العقد كواقعة قانونية

م. عباس فاضل عباس(*)

الملخص

كان العقد ولا يزال من ابرز المواضيع التي تشغل الباحثين في القانون المدني، هذا وان لم يكن ابرزها على الاطلاق ، ويعد العقد من مصادر للالتزام . والاصل ان تكون آثار العقد نتيجة اتفاق المتعاقدين، وهذا امر مفروغ منه ولا يختلف فيه اثنان، لكن هناك حالات تكون فيها آثار العقد ليست حصيلة اتفاق طرفي العقد وانما هي آثار يرتبها القانون ، فيحدد الالتزامات التي تقع على كل من المتعاقدين، سواء اكان العقد باطلا ام بقي العقد صحيحا مع تعديل آثاره ، والواقع ان مسألة انقلاب العقد الى واقعة قانونية ليست محل اتفاق بين الفقهاء، اذ المعروف ان العقد هو ابرز التصرفات الارادية، لكن مع ذلك فمن الممكن ان تنشأ بعض الاثار ولا تكون حصيلة اتفاق طرفي العقد ، فهل يبقى العقد عندئذ تصرفا اراديا ام يصبح واقعة قانونية ؟ سنحاول عن طريق هذا البحث التطرق لهذه المسألة . وتبقى فكرة سلطان الارادة بعدها اهم الافكار التي تعزز دور الارادة في ابرام العقد من المواضيع الجديرة بالبحث وذلك عن طريق معرفة مفهومها في الشريعة والقانون المدني .

المقدمة

العقد في القانون المدني العراقي هو : (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه[1] . ولا يخفى ما في هذا التعريف من تأكيد على دور الارادة في احداث الاثر القانوني، ذلك ان الالتزامات القانونية اما تكون ارادية او غير ارادية – تصرف قانوني وواقعة مادية - وتقديسا لمبدأ سلطان الارادة بعد العقد هو الانموذج الابرز لها لا يكاد احد يتطرق الى العقد بوصفه واقعة قانونية ، ولعل الصورة التي ينصرف اليها الذهن اول الامر هي ان العقد يكون واقعة قانونية فيما يتعلق بالاثبات ، اما ان يكون العقد واقعة قانونية كمصدر للالتزام،فهذه الفكرة لا تكاد تطرق بالبحث،على الرغم من وجود العديد من الصور التي يكون فيها العقد مجرد واقعة قانونية يترتب حكمها بموجب القانون وليس الارادة .

إن دراسة العقد كواقعة قانونية يقتضي منا تقسيم هذا الموضوع على مبحثين : نتناول في الاول منهما مفهوم العقد كواقعة قانونية في الاثبات . اما المبحث الثاني فسيكون لدور العقد كواقعة قانونية بعده مصدرا للالتزام، ويكون ذلك من جهة صور العقد بوصفه واقعة قانونية،ولعل ابرز تلك الصور هي: الاثار التي

(*) الجامعة العراقية / كلية القانون Alicmi24@gmail.com

يرتبها العقد الباطل ، ومن تلك الاثار التي ينتجها العقد الباطل هي تسجيل العقار المباع خارج دائرة التسجيل العقاري، والامتداد القانوني العقد الايجار، فضلا عن اتفاق المتعاقدين على احالة العقد للقانون او المحكمة عند عدم اتفاقهم على المسائل الجزئية فيه واقصد بذلك (تكميل العقد) .

المبحث الاول

العقد كواقعة في الاثبات

دراسة العقد كواقعة قانونية ودوره في الاثبات تقتضي منا التطرق الى العقد والواقعة القانونية كأصل عام، ثم نرى بعد ذلك دورهما في الاثبات، ولما كان مبدأ سلطان الارادة ، هو المبدأ الذي يعطي للارادة دورها ويعلي من شأنها ، نرى ضرورة تناول هذا المبدأ من جهة مفهومه مع بيان موقف الفقه الاسلامي منه ، وعلى هذا الاساس يكون تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، يكون كل مطلب لدراسة احدى تلك المفاهيم.

المطلب الاول

العقد والواقعة القانونية كأصل عام

التصرف القانوني والواقعة القانونية (المادية) هما مصدرا الالتزام في القانون المدني؛[٢] . فالتصرف القانوني هو انصراف الارادة الى احداث اثر قانوني ، في حين ان الواقعة المادية تعني حدوث الاثر القانوني من دون ان تنصرف انصراف الارادة الى احداثه[٣]. ويطلق على العمل الارادي، (العمل القانوني)، كما يقال له التصرف القانوني، وهو عمل تتجه فيه الارادة الى احداث ثر قانوني معين،وهو نوعان ، هما : العقد والاردة المنفردة[٤]. فالعقد لا يتم الا بتوافق ارادتي المتعاقدين ، واما الارادة المنفردة فهي صادرة من جهةواحدة،غير انها لا تكون مصدرا للالتزام الا في حالات معينة نص عليه القانون[٥] . اما المصادر غير الارادية فتشمل الوقائع التي تترتب عليها الاثار القانونية بصرف النظر عن اتجاه الاردة لاحداث هذه الاثار ، وهذه الوقائع متنوعة،ومع ان هذه الوقائع متنوعة الا انه لا توجد نظرية عامة للواقعة تجمع اصولها المشتركة كما هو الحال بالنسبة للعمل القانوني ، ومع ذلك فهناك واقعتان خصهما المشرع بعناية خاصة، الا وهما الفعل الضار والكسب بلا سبب ، وهذا ما يفسر بروز هاتان الواقعتان بوصفهما مصدران للالتزام ، يضاف لهاتين الواقعتين وقائع اخرى رتب عليها القانون نشوء الالتزام، مثل واقعة القرابة وما يترتب عليها من التزام بالنفقة ، وواقعة الجوار وما يترتب عليها من التزام بين الملاك المتجاورين[٦] . وانسجاما مع فكرة البحث الا وهي (العقد كواقعة قانونية) أود ان اشير الى اللبس الذي قد يشوب معنى الواقعة احيانا فيما يتعلق بالفرق بين الواقعة القانونية والواقعة المادية ، والجواب بخصوص الفرق بين الواقعتين المادية والقانونية ، هو ان الواقعة القانونية اصل الالتزامات كلها الارادية وغير الارادية ، فالاصل ان الواقعة القانونية هي مصدر الحقوق جميعا ، سواء أ كانت تصرفات ام وقائع مادية[٧] ، فالواقعة القانونية تعني : اية حادثة ارادية او غير ارادية يرتب عليها القانون اثرا . فالواقعة القانونية اذن تنقسم الى : تصرف قانوني وواقعة مادية . وهذه الاخيرة

امـا ان تكـون واقعة طبيعية مسـتقلة تماما عن نشـاط الشخص ، كشروق الشـمس وغروبها، او ان تكـون عمـل مـادي من فعل الانسـان إذ يكون للانسـان دخل في وقوعه ،وهذه الاعمال الاخيرة يرتب عليها القانون اثرا بصرف النظر عن ارادة صاحبها ، فسواء أكانت اتجاه الارادة الـى احداث هذا الاثر، ام اتجـاه الى غيره ، او لـم تتجه الـى احداث اي اثر ، فـان القانون هو الـذي يرتب على هذه الاعمال اثرها [٨] . ومع وضوح هـذه التفرقة بيـن الواقعتيـن القانونية والمادية ، غيـر انه كثيرا ما يقع الخلط واللبس بينهمـا من خلال شـروحات القانـون الفقهاء، وبعبارة ادق يتم التعبير عن الواقعة المادية بلفظ الواقعـة القانونية ، ويـراد بها الاثر الذي ينتجه القانـون دون اتجاه الارادة الـى احداثه ،فتكون الواقعة المادية هي الواقعة القانونية نفسها[٩] .

وعلـى غـرار فقـه القانـون الوضعي هذا يمكن للفقه الاسـلامي ان يـرد مصادر الالتزام الى مصدريـن هما التصرف القانوني والواقعة الماديـة ، بـل ان الفقه الاسـلامي اكثـر قابلية لهذا التقسـيم الثنائي من فقـه القانون الوضعي، ويتجلى ذلك في امرين وعلى النحو الاتي :

الاول – انـه لا يباعـد بين العقـد والارادة المنفـردة بالقـدر الـذي نـراه في فقـه القانون الوضعـي، فكثيرا ما يقع الخـلاف فيما اذا كان تصـرف معين ينعقد بالايجاب والقبول او ينعقد بالايجاب وحـده ويبقى التصرف موصوفا بانه عقد في الحالتين .

الثاني – انه لا يقتصر على ان يجعل العقد مصـدرا للالتزام ، بل يجعله ايضا ينقل الملكية لا ان ينشيء التزاما بنقلها[١٠] .

والعقـد لدى الفقهاء المسـلمين هو : ارتباط بالإيجـاب والقبـول على وجه مشـروع يثبت أثـره فـي محلـه. وللفقهـاء المسـلمين تفصيل بهذا الصدد،فهو من حيـث اللغة يعني الضمان والعهـد، اما اصطلاحـا فهو ارتبـاط الإيجاب بالقبـول ، كعقـد البيع والنـكاح وغيرهما على وجه تترتب عليه آثاره [١١] .

ويلاحظ ايضا ان فقهاء الشـريعة الاسلامية يسـتعملون فـي الكثير مـن المناسـبات تعبير: التصرفـات القوليـة والتصرفـات الفعليـة، ويريـدون بالاولى اي التصرفـات القولية – ما يريده فقهاء القانون الوضعي بتعبير (التصرف القانونـي) . ويريدون بالثانية اي (التصرفات الفعلية) ما يريده فقهاء القانون بتعبير (الواقعة القانونية)[١٢] .

المطلب الثاني

دور الواقعة في الاثبات

تقدم ان الواقعة القانونية هي اصل الالتزامات الارادية وغيـر الاراديـة جميعها،ومن طريق الواقعـة القانونيـة يظهـر التصـرف القانوني والواقعة المادية . اما عن دور الواقعة القانونية فـي الاثبات ، فيراد بذلـك ان الواقعة هي محل الاثبات ، سـواء أكان العمل اراديا ام غير ذلك. ودراسـة دور الواقعـة في الاثبـات يكون اثناء بيان معنى الاثبات ، ثم معرفة محل الاثبات ، ثم بيان الفرق بين اثبات التصرف واثبات الواقعة القانونية ، ولأجل ذلك نقسـيم هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الاتي :-

الفرع الاول – مفهوم الاثبات :

الاثبـات بمعنـاه القانوني فهـو اقامة الدليل امام القضاء بالطـرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت اثارها [١٣] . وعرفه البعض علـى انه اقامة الدليل علـى حقيقة امر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من اثار [١٤].

نتائج التعريف :

اولا - إن الاثبـات بمعنـاه القانوني هو غير الاثبـات بمعناه العام ، فالاثبات بالمعنى العام لا يشترط فيه ان يكون امام القضاء ، ولا ان يكون بطرق محـددة ، فهو ان صح التعبير طليق من القيود بخلاف الاثبات القضائي .

ثانيا - لما كان الاثبـات القضائي ترد عليه العديـد من القيود لعل ابرزها التقيد بادلة محددة من الاثبات ، فان الحقيقة القضائية قد تكون غير متفقة مع الحقيقـة الواقعية، اذ كثيرا ما تتجافى الحقيقتـان ، وهذا مـا يجعل الحقيقـة القضائية منعزلة في بعض الاحيان عن الواقع[١٥] .

إن مـدى مطابقة الحقيقـة القضائية للحقيقة الواقعيـة تختلـف باختـلاف مذاهـب الاثبات، اذ توزعـت الشـرائع قديما وحديثـا بالاخذ عن مذاهب الاثبات الثلاثة وهي على النحو الاتي :

اولا : مذهـب الاثبات المطلق : يرمي هذا المذهـب الى تخويل القاضي سـلطة مطلقة في تحـري الوقائع التي تعرض عليه ، فيسـمح له اذا مـا رفع اليه نزاع ان يتولى بنفسـه التحرى عن الحقيقة بكافة الوسـائل، فيجيز له استدراج الخصـوم ومباغتتهـم واسـتعمال الحيل معهم لانتزاع الحقيقة منهم[١٦] .

ثانيا : مذهـب الاثبات المقيـد : رأت اكثر الشـرائع القديمـة في مرحلة تاليـة من مراحل تطورهـا الحـد من سـلطة القاضي في تسـيير الدعـوى والفصل فيها، وذلـك من جهة حصر وسـائل الاثبـات، وتعيينهـا تعيينا دقيقـا ،إذ لا يجـوز للخصوم ان يثبتـوا حقوقهم الامن خلال هـذه الوسـائل . فضلا عن ذلك الـزام القاضي بالوقوف من الدعوى موقـف الحياد ، إذ يمتنع عليه القضاء بعلمه الشخصي[١٧] .

ثالثا : مذهـب الاثبات المختلـط : عالجت اكثـر الشـرائع عيوب مذهـب الاثبـات المقيد بـأن ادخلت عليه مـن مذهب الاثبـات المطلق وهـو تخويـل القاضـي قـدرا من السـلطة في تسـيير الدعـوى، وتقدير الادلـة . والظاهر ان الشـرائع التي اخذت بهـذا المذهب اخذت بمبدأ حيـاد القاضـي ومبدأ حصر الادلـة وترتيبها ، وقـد خففت من مضارهما بـأن خولت القاضي سـلطة واسـعة في تقدير قيمة ما يعرض عليه من ادلة[١٨] .

وقد اخذ المشـرع العراقي بالنظام المختلط في الاثبات[١٩] . والاسباب التي حدت بالمشرع العراقـي الى ان يسـير بهذا الاتجـاه تعود الى التغييـرات التي اصابت القانـون ، لذا كان من المنطق القانوني السـليم ان يسعى المشرع الى ان يتيح للقاضي ان يمارس دورا فاعلا وايجابيا فـي نطاق اثبات الحقوق ، اذ ليس من الصحيح افتـراض قلة الفهم بالقاضي[٢٠] . ويتجلى الدور الايجابي للقاضي في قانون الاثبات في السلطة التي منحها له المشرع، فيتمتع بموجبها بحرية

التقدير بالنسبة لبعض الادلة التي لا يحدد لها القانون حجية معينة كالشهادة، اذ للمحكمة من تلقاء نفسها ان تستدعي من ترى لزوما لسماع شهادته في الاحوال التي يجيز فيها القانون الاستماع للشهادة [٢١] .

الفرع الثاني – محل الاثبات

إن محل الاثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته ، فمحل الاثبات هو ليس الحق، سواء أكان هذا الحق شخصيا ام عينيا ، بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق[٢٢] . وبعبارة اخرى ان محل الاثبات هي الواقعة التي يرتب عليها القانون اثرا من الاثار، وهذه الواقعة اما ان تكون تصرفا قانونيا او تكون واقعة مادية، وهذا التصرف او هذه الواقعة هي محل الاثبات، فالاثبات ينصب على عنصر الواقع وليس على عنصر القانون[٢٣] . واذا كانت الواقعة المرد اثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به كما لو تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشتري بالثمن، فان الواقعة في هذه الحالة لايمكن الا ان تكون متعلقة بالحق المطالب به، وهي في الوقت عينه منتجة في الاثبات .

ولا تظهر اهمية كون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها في حالة الاثبات المباشر، وانما تظهر اهميتها في حالة الاثبات غير المباشر ، اذا انصب الاثبات لا على الوقعة ذاتها مصدر الحق بل على واقعة اخرى قريبة منها . ذلك ان الاثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل من الواقعة الاصلية ،اذ يتعذر اثباتها ، الى واقعة بديلة ، هي التي يتيسر فيها الاثبات . ففي الاثبات غير المباشر يشترط في الواقعة البديلة لا ان تكون قريبة من الواقعة الاصلية فحسب ، وانما لا بد ان تكون متصلة بها اتصالا وثيقا، وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالحق المطالب به . اذ ان اتصالها بالواقعة الاصلية التي هي مصدر الحق ، يجعل اثباتها متعلقا باثبات الواقعة الاصلية ، فيصبح اثبات الواقعة البديلة من شأنه ان يجعل اثبات الواقعة الاصلية قريب الاحتمال [٢٤] .

واذا انصب الاثبات على مصدر الحق، فان تعلقت الواقعة محل الاثبات بالحق واضح جدا، فلا توجد علاقة اقوى من العلاقة بين الحق ومصدره، كما لو اثبت البائع عقد البيع لمطالبة المشتري بتسديد ثمن المبيع، ولكن الاثبات لا ينصب دائماً على مصدر الحق، بل قد ينتقل الى شيء آخر، ففي هذه الحالة يشترط ان يكون هذا الشيء الذي انتقل إليه محل الاثبات قريبا ومتصلا بالمحل الاصلي للاثبات ،وهو مصدر الحق وبالتالي الحق ذاته . وتعد الواقعة قريبة ومتصلة، اذا كان من شأن اثباتها ان يقتنع القاضي بوجود مصدر الحق ومن ثم وجود الحق ذاته، واقتناع القاضي يتحقق اذا كانت الواقعة المراد اثباتها تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال، وتعلق الواقعة بالحق المطالب به او عدم تعلقها، مسألة تقديرية تخضع لسلطة قاضي الموضوع[٢٥] . واتصال الدعوى بالواقعة او عدم اتصالها بها ، امر متروك لتقدير المحكمة [٢٦] .

والخلاصة من ذلك كله هو ان الواقعة القانونية كما هي مصدر الالتزام بنوعيه الارادي وغير الارادي، فانها من ناحية اخرى تعد محل الاثبات، اذ ان الاثبات يرد على

الواقعة التي انشأت الحق ولا يرد على الحق ذاته [٢٧] .

الفرع الثالث – الفرق بين اثبات التصرف القانوني والواقعة القانونية

إن طرق الاثبات حسب قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ثمانية طرق، جاءت على سبيل الحصر وهي : الدليل الكتابي، (دليل كتابي رسمي وعادي) الإقرار، والاستجواب، والشهادة،و القرائن، وحجية الاحكام، واليمين، والمعاينة، والخبرة. ويحدد القانون لكل وسيلة من وسائل الاثبات حجية معينة ، ولأي من الخصوم اختيار دليل من الادلة التي يجيزها القانون لاثبات الواقعة محل النزاع .

فأما الكتابة : فهي اقوى طرق للاثبات، ولها قوة مطلقة اذ يجوز ان تكون طريقا للاثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز . ومن مزايا الكتابة انها يمكن اعدادها مقدما منذ نشوء الحق دون التربص الى وقت المخاصمة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد مسبقا . اما الشهادة او البينة : فانها وان كانت من اقوى الادلة في الماضي ، لكنها لم تعد كذلك في القوانين المعاصرة، فهي طريق للاثبات ذو قوة محدودة ، اذ لا يجوز اثبات التصرفات القانونية بها الا في حالات استثنائية، ولا تثبت بها الا الوقائع القانونية ، لانها اعمال مادية فيجوز اثباتها بالبينة للضرورة[٢٨] . وقد بين قانون الاثبات العراقي حجيتها في الاثبات داخل نص المادة(٧٦) منه اذ تنص على ان : (يجوز الاثبات بالشهادة في الوقائع المادية. فبين انها تصلح لاثبات الوقائع المادية دون التصرفات القانونية .

إلا إن الحكم السابق يمثل الاصل العام ، فالاصل ان الشهادة جائزة في اثبات الوقائع المادية دون التصرفات ، واستثنى من ذلك اجاز القانون العراقي اثبات التصرف القانوني بموجب الشهادة اذا كان بحدود مبلغ معين اذ تنص (المادة ٧٧) (ف اولا) من قانون لاثبات العراقي (يجوز اثبات وجود التصرف القانوني او انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تزيد على خمسين دينارا)[٢٩] .

اما القرائن[٣٠] : فهي طريق غير مباشر للاثبات ، لان الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محل النزاع ، بل واقعة اخرى متصلة بها ،يرى القانون او القاضي ان في اثباتها اثباتا للواقعة الاولى، فيكون الخصم قد اثبت الواقعة الثانية اثباتا مباشرا ، واثبت الواقعة الاولى – وهي الواقعة محل النزاع – اثباتا غير مباشر[٣١] .

اما الاقرار[٣٢] : فانه اذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لا يكون طريقا لاثبات الحق بل هو اعفاء من اثباته ، ونزولا من الخصم المقر عن حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه، ويترتب على ذلك امران : الاول - ان الاقرار يقبل في التصرفات القانونية والوقائع القانونية على السواء. والثاني - ان الاقرار حجة قاصرة على المقر دون غيره[٣٣] .

اما اليمين : فانها كالاقرر فهي ليست طريقا للاثبات ، لان توجيه اليمين الى الخصم او رده عليه انما هو احتكام الى ذمته، فان حلف كان هذا تحملا للحق ، وان نكل كان هذا بمثابة

الاقـرار، ومن ثم يقبل توجيه اليمين في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء، شان اليمين في ذلك شأن الاقرار[٣٤] .

اما المعاينة : فقد ثـار الخلاف بين الفقهاء حول ما اذا كانـت دليل من ادلة الاثبات ام انها من الاجراءات العامة التي تخدم مختلف طرق الاثبات ولا تعد طريـق للاثبات قائما بذاته[٣٥]. ويسـعنا القول ان المعاينة حسب قانون الاثبات العراقـي هي احـدى ادلة الاثبـات ، إذ(تنص المادة ١٢٥)مـن قانون الاثبات العراقي على انـه : (للمحكمـة من تلقاء نفسـها او بناء على طلـب احد الخصـوم ان تقرر الانتقـال لمعاينة المتنازع فيه او تندب لذلك احد قضاتها لمعاينته او احضـاره لديها في جلسـة تعينها لذلك، متى رات في هذا مصلحـة لتحقيق العدالة) . ولكن دورها فـي الاثبات يقتصر على الوقائع المادية دون الصرفات القانونية [٣٦] .

اما الخبرة : فهي اجراء تحقيقي واستشـارة فنيـة تقـوم بهـا المحكمـة بقصـد الحصـول علـى معلومـات ضروريـة عـن طريـق اهل الاختصاص،وذلـك للبـت فـي المسـائل التي يسـتلزم الفصـل فيها امـورا علميـة او فنية لا تسـتطيع المحكمـة الالمـام بهـا [٣٧]. فالخبرة تتنـاول المسـائل الفنية والعلمية دون المسـائل القانونية وهذا ما نصت عليه (المادة ١٣٢) من قانون الاثبات العراقي : (تتناول الخبرة الامور العلميـة والفنيـة وغيرها من الامـور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية). اما دورها في الاثبات فهي تثبـت الوقائع القانونية دون الصرفات القانونية .

ولـم نتطـرق الى حجية الاحكام بسـبب ان حجيـة الاحكام ما هـي الا قرينـة قانونية على مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعة ، وهي قرينـة تقوم علـى تغليب احتمـال توفيق الحكم فـي اثبات الحقيقة الواقعـة على عدم توفيقه في ذلـك، ويترتب عليها اعفاء من يتمسـك بالحكم مـن عبء اثبات المـدون فيه للواقـع[٣٨] . اما حجيتهـا في الاثبات فقـد بينتها المادة ١٠٥ من قانـون الاثبات العراقـي : (للاحكام الصادرة من المحاكـم العراقية التي حازت درجة البتات تكـون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطـراف الدعـوى ولـم تتغير صفاتهـم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا) .

فالفـرق اذن بيـن العمـل الارادي وغيـر الارادي هو من جهة ما يجوز به اثبات الواقعة القانونية بنوع معين من ادلة الاثبات من عدمه . ذلك ان التصرفات القانونية لانها نابعة عن ارادة فلا يمكن اثباتها الا بوسـائل محددة ، الا وهي : (الكتابـة ، والاقـرار ، واليمين) . في حين ان الواقعة القانونية (المادية) وبسبب عدم صدورها عن ارادة وعزم و تصميم مسبق ، فمن المتعذر اثباتهـا بالكتابة ، ولاجل تيسـير اثبات الواقعة القانونيـة (المادية) نجد ان القانون يجيز اثباتها بكل طرق الاثبات . وتحسـبا لعدم القدرة على اثبـات الاعمال القانونية (التصرف القانوني) فـي بعض الحالات ، لاسـيما وان القانون حدد طرقـا بذاتها لاثباتهـا ، نجـد ان القانون اوجد حالات اسـتثنائية بهـذا الخصـوص ، اذ اجاز اثبات التصرف القانوني بغير الوسائل المحددة له من حيث الاصل[٣٩] .

المطلب الثالث

مبدأ سلطان الارادة

يمتـاز هذا المبدأ باهميـة خاصة ترجع الى اعتباره مـن المباديء التي قـام عليها المذهب الفـردي الذي يقـدس حرية الفـرد، فضلا عن ذلك فان اهمية هذا المبدأ في دراسـتنا نابعة من عنوان البحث، لذا نرى اهمية دراسته من خلال محوريـن هما : مفهوم سـلطان الارادة كأصل عام ، ثم موقف الشريعة الاسلامية منه .

الفرع الاول

مبدأ سلطان الارادة كأصل عام

يـراد بمبـدأ سـلطان الارادة ، ان الارادة قادرة على ان تنشئ التصرف القانوني ، وتحدد الاثـار التي ترتب عليه ، فهو مبدأ ذو شـقين : يتعلـق الشـق الاول منه بالشـكل ، وهو عبارة عن مبدأ الرضائية الـذي يجعل الارادة وحدها مجردة عن اي شـكلية كافية لانشاء التصرف. اما الشـق الثانـي فمقتضاه ان تكـون ان تكون الاردة كذلك صاحبة السـلطان فـي تحديد اثار التصرف ، فتسـتطيع الارادة ان تنشئ عقدا لا يعرفه القانـون، وان تتجه الى ما يخالف احكام العقود التي نظمها القانون ، وان تجعل من العقد الرضائي عقدا شكليا او عينيا[٤٠] .

ويذهـب انصار هذا المذهب الى ان الارادة لها السـلطان الاكبر في تكوين العقد وفي الاثار التـي ترتـب عليـه ، بل وفـي جميـع الروابط القانونيـة ولـو كانت غير تعاقديـة . فعندهم ان النظـام الاجتماعـي يرتكـز على الفـرد ، فهو الغايـة ، ولخدمته يسـخر المجموع ، والفرد لا يسـتكمل شـخصيته الا بالحرية ،بل ان مظهر هذه الشخصية هي الارادة الحرة المستقلة . وقد كان لهذا المبدأ كبيـر الاثر في القانون الحديث بعـد انتشـار المذهـب الفـردي ، الا ان هنـاك عوامل عديدة منها ، ظهور الصناعات الكبيرة، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية، مهدت للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، و اثر ذلك مبدأ سلطان الارادة وجعل من خصومه يمعنون في نقـده ، حتى قام اخيرا فريـق من المعتدلين بوضع الامور في حدودها المعقولة [٤١] .

ونظريـة سـلطان الاردة هي نتاج الفلسـفة السياسـية الفرديـة فـي القـرن الثامن عشـر، والحريـة الرأسـمالية في الاقتصـاد التي بلغت اوجها في القر التاسـع عشر ، ويتلخص جوهر النظرية في مبدأين هما :

المبدأ الاول : إن اسـاس القوة الملزمة للعقد هـو ما لـلارادة من سـلطان ذاتـي ، فالعقد لا يسـتمد قوته الملزمة من القانون وانما من ارادة طرفيه، ويقتصـر دور القانون على الاعتراف بالاثر الملـزم للعقد كما اراده الطرفان ، وعلى ضمـان تنفيذ الالتـزام العقدي بفـرض الجزاء على الاخلال به .

المبـدأ الثانـي :إن كل مـا هـو عقدي هو بالضرورة عادل ، فكل التزام اساسـه الرضاء والاختيـار لابد وان يحقق العدالة ، اما الالتزام الذي يفرض على الشخص من دون ارادته فهو قيد على الحرية يجب التضييق على نطاقه بقدر الامكان[٤٢] .

ومع ذلك كله فان مبدأ سـلطان الارادة ليس مطلقا من كل قيد بل ان الارادة – ارادة الطرفين

– تلتزم بعدم المساس بالنظام العام وبالاداب[٤٣] . فضلا عن ذلك فان التشريعات بدأت تقلص من مبدأ سلطان الارادة، اذ نظمت طائفة من العقود فلم يعد للافراد حق تكييفها وتوجيهها الوجهة التي يريدون، بل هم ملتزمون بمراعاة التنظيم الذي فرضه المشرع ، كما ادرك المشرع ان المساواة القانونية لا تغني فتيلا ، وانها في كثير من الصور توقع الضعيف تحت براثن القوي، جعل يفسح المجال للمساواة الفعلية بطريق النص على بطلان طائفة من الشروط التي يفرضها الطرف القوي في العقد على الطرف الضعيف . والواقع ان قواعد النظام العام والاداب التي فرضها المشرع قيدا على حرية الارادة وسلطانها ، كانت هي الثغرة التي امكن منها النيل من مبدأ سلطان الارادة وشوكته ، لاسيما وان الشارع لم يعد يحدد تلك القواعد تحديد حصري بل تركها للقاضي يفصل فيها بما يوحي اليه المجتمع الذي يقضي فيه[٤٤] .

نخلص من ذلك ان سلطان الارادة وان كان من اهم المباديء التي تعلي من شأن الارادة ودورها في احداث الاثر القانوني ، غير ان هذا المبدأ اليوم لم يعد مطلقا ، فللارادة دورها المحفوظ واثرها الملموس في انشاء التصرفات القانونية شرط ان يكون ذلك في الحدود التي يجيزها القانون .

الفرع الثاني

موقف الشريعة الاسلامية من مبدأ سلطان الارادة

يعرف الفقهاء المسلمون مبدأ سلطان الارادة من خلال قاعدة فقهية شهيرة الا وهي " العقد شريعة المتعاقدين " [٤٥] . الا ان تطبيق تلك القاعدة ليس مطلقا من كل قيد ، فلا يؤخذ بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" إلا إذا جاءت في حدود الشريعة ومقاصدها ، إذ ان شريعة الله فوق شريعة المتعاقدين، فإذا تجاوزها العقد وجب نقضه أو تعديله بما يحقق العدل للطرفين[٤٦]. فالعقد شريعة المتعاقدين ما لم يخالف الشرع، لقول الله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ))[٤٧]. وتأكيدا على ذلك جاء حديث النبي ﷺ «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»[٤٨]. اما إذا خالف العقد أو الشرط الشرع فلا عبرة به وهو باطل، وإن تراضى الطرفان عليه، فالتراضي لا يحل الحرام . وقد ورد في ذلك قول النبي ﷺ : « ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[٤٩] . فقد أجمع العلماء على أنه من اشترط فى البيع شروطًا لا تحل أنه لا يجوز شيء منها؛ لقوله عليه السلام: (من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله فهو باطل)[٥٠] .

فاذا كان فقهاء القانون يأخذون بمبدأ سلطان الإرادة العقدية ، أي أن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد وآثاره المترتبة عليها، ولكن في حدود النظام العام [٥١] : وهي الحدود التي يضعها التشريع وفقا لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة والاقتصاد، فلا يصح مثلا الاستئجار على ارتكاب جريمة أو على فعل ما ينافي الآداب الاجتماعية، أو النظام الاقتصادي

والسياسي . واذا كانت قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) تعني لدى اهل القانون انها قانون ملزم لكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضي به بنوده وشروطه . فان الفقه الحنبلي يلتقي مع مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في نطاق القوانين المدنية المعاصرة [٥٢] .

ومع ان الفقهاء المسلمون متفقون على أن الرضا أساس العقود لقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } [٥٣] . ولقول النبي محمد ﷺ «إنما البيع عن تراض»[٥٤] وان مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته، دون حاجة لممارسة شكلية معينة . الا انهم اختلفوا على رأيين فيما يتعلق بمبدأ حرية إنشاء العقود (حرية التعاقد) أي اختيار نظام معين ليكون عقدا بين طرفين، أو اختيار نوع معين من أنواع العقود الجديدة فضلا عن العقود المتعارف عليها في الماضي. وهذان الرأيان على النحو الاتي :

الرأي الأول- للظاهرية : وهم المضيقون الذين يقولون : الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، أي أن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع[٥٥] .

الرأي الثاني - للحنابلة وبقية الفقهاء: وهم الموسعون الذين يقولون : الأصل في العقود وما يتصل بها من شروط الإباحة ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشرع. واستدلوا على رأيهم بما يأتي :

١ - إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية السابق ذكرها لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار، وكذلك : آية {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[٥٦]، أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء، أي أنها نصت على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وأوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة، فيصبح العقد ملزما له بنتائجه، ومقيدا لإرادته حفظا على مبدأ استقرار التعامل . وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقا لمصالحهم، بغير دليل شرعي، تحريم لما لم يحرمه الله، فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.

٢ - هناك فرق بين العبادات والمعاملات. أما العبادات فيجب ورود الشرع بها، وأما المعاملات ومنها العقود فلا تتطلب ورود الشرع بها . فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة استصحابا للمبدأ الأصولي وهو أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة[٥٧] ؛ لأن القصد من المعاملات رعاية مصالح الناس، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحا. ويصح التعامل بعقود جديدة لم تعرف سابقا من طريق القياس أو الاستحسان أو الإجماع أو العرف الذي لا يصادم أصول الشريعة ومبادئها. وهذه المصادر لا بد لها من سند في الكتاب أو السنة[٥٨] .

واتفق الفقهاء أيضا على أن ترتيب آثار العقود هي في الأصل من عمل الشارع ، لا من عمل المتعاقدين . فإرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد، ولكن الشريعة هي التي ترتب ما لكل عقد من حكم وآثار[٥٩] . ويقول الفقهاء: إن العقود أسباب «جعلية شرعية» لآثارها،

أي أن الرابطة بين العقد وآثاره باعتبار أن أحدهما مسبب والآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعية عقلية، وإنما هي رابطة جعلها الشارع بينهما، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض بما يشترطون من شروط، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم. فإرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط كعقد البيع، وأما ما يترتب على العقد من آثار كنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع، فمتروك لتقدير الشرع. وتستمد إرادة العاقدين سلطانها من الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد، فقد تكون حدود الشرع محققة لحاجة العاقدين، فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد المشروعة، فإن لم تحقق حاجة العاقدين وغرضهما احتاجا إلى اشتراط شروط تحقق الغرض المطلوب .

ان الشريعة والقانون متفقان على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع لا من عمل العاقد ، والفارق بينهما في مدى تفويض الشارع إلى العاقدين من السلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئيا في كل عقد . ونتفق[٦٠] مع من يرى الاخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقا لحاجات الناس ومصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة، وإلا لشلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفا لدى الفقهاء. ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصا على ما له من حرمة وقداسة ولما فيه من جهة العبادة ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية. وقد قال الفقهاء: « الأصل في الأبضاع أي المتعة الجنسية ـ التحريم»[٦١] .

المبحث الثاني

العقد كواقعة بوصفه مصدرا للالتزام

دراسة الدور القانوني للعقد كواقعة قانونية بعده مصدرا للالتزام ، يكون من خلال صور العقد بوصفه واقعة قانونية ، ولعل ابرز تلك الصور هي : الاثار التي يرتبها العقد الباطل، وتسجيل العقار المباع خارج دائرة التسجيل العقاري ، والامتداد القانوني العقد الايجار،فضلا عن اتفاق المتعاقدين على احالة العقد للقانون او المحكمة عند عدم اتفاقهم على المسائل الجزئية في العقد (تكميل العقد). ولأجل الوقوف على تلك الصور قسمت هذا المبحث على اربعة مطالب، نخصص كل مطلب منها لدراسة احدى صور العقد بوصفه واقعة قانونية وعلى النحو الاتي.

المطلب الاول

الاثار التي يرتبها العقد الباطل

فيما سبق ذكرت ان القانون المدني العراقي يعرف العقد بانه : ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه[٦٢] . والمقصود بذلك هو العقد الصحيح ، اذ ان العقد الذي يثبت اثره في

المعقـود عليه ويرتب اثاره هـو العقد الصحيح وليـس الباطـل ، وان كان هـذا النـص جاء به المشرع ضمن السياق العام ، قبل ان يبدأ بتقسيم العقد الى صحيح وباطل، ومع ذلك فان القانون المدني العراقي عرف العقد الصحيح في (المادة ١٣٣) منـه بأنـه : (هـو العقد المشـروع ذاتاً ووصفاً بان يكون صـادراً من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سـبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل) .

فيجـب لأجل ان يكـون العقـد صحيحا ان تتوافر اركانه من رضا ومحل وسـبب ، اضافة الـى شـروطه وان تكـون اوصافه سـالمة من الخلـل، فـاذا توافر له ذلك ترتـب عليه حكمه، وهو ان يثبت اثره في المعقود عليه كما ورد في المادة ٧٣ آنفـة الذكر، او على حد تعبير المادة ١٣٣ ف ٢ : (واذا لـم يكـن العقـد الصحيـح موقوفاً افاد الحكم في الحال) .

امـا العقد الباطـل فقد عرفته المـادة المادة ١٣٧ مـن القانون المدنـي العراقي بأنه : (هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعـض اوصافه الخارجية) ثـم بينت في الفقرة (٢) مـن نفـس المادة الحالات التـي يكون فيها العقـد باطلا ، وهي ان يكـون الخلل قد اصاب احـد اركانه ، فنصـت على ان : (يكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحـل غير قابـل لحكم العقد او يكون السـبب غير مشـروع) غيـر ان البطلان قـد لا يكون نتيجة للخلل الذي يصيب الركن فحسب ، وانما يمكن ان يكون الخلل قد شـاب اوصاف العقد لا اركانه وهذا ما بينته الفرة (٣) من المادة ذاتها (ويكـون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشـة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون) . ويثور التساؤل بهذا الصدد عن الاثر الذي يرتبه العقد الباطل ؟

إن بطـلان العقـد يعني اهـدار كل اثر له , فالعقـد الباطـل لا ينتـج اي اثر ، لأنـه ليس له وجـود قانونـي ، وينبنـي على ذلك انـه يتعين اعـادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقـد. علـى ان بطلان العقد قـد تترتب عليه مسـؤولية تقصيرية - لا تعاقديـة – على عاتق العاقد الذي اتى من جهة البطلان[٦٣] .

فالاصـل اذن ان العقـد الباطـل لا يولـد حقـا، ولا ينشـئ التزاما ، لانه عـدم والعدم لا ينتـج اثرا، بيد انه قد يترتـب على العقد الباطل بعض الاثـار ، اما بعده واقعـة قانونية ، وتلك الاثار التي ينتجها العقد الباطل ليست هي الاثر الاصلـي الـذي يترتب علـى العقـد، وانما هي اثـر عرضي يترتب على العقـد باعباره واقعة مادية، ومن امثلة تلك الاثار العرضية التي تنشأ عـن العقد الباطـل ، تلك الاثار التي تنشـأ عن عقـد الـزواج غير الصحيح ، فـاذا صحب هذا العقد واقعـة الدخول ترتب عليـه بعض الاثار العرضية كوجوب العدة والمهر وثبوت النسب وسقوط الحد[٦٤] .

وتبـدو الاثـار العرضية التـي ينتجها العقد الباطـل فـي صـورة اكثر وضوحـا من خلال حالتين نـص عليهما القانـون المدني العراقي، وهمـا حالتـا انتقـاص العقـد ، وتحـول العقد، ونعرض لهما من خلال النقطتين الاتيتين :

اولا : انتقاص العقد : تنص (المادة ١٣٩) مـن القانون المدني العراقـي : (اذا كان العقد في شـق منه باطلاً فهذا الشـق وحـده هو الذي يبطل، اما الباقي مـن العقد فيظل صحيحاً بعده عقـداً مسـتقلاً الا اذا تبين ان العقـد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً) . فالمقصود بفكرة انتقاص العقد هـو تجزئته في حالة ما اذا امكن تجزئتـه الى عناصر صحيحة وعناصر باطلة، فيكون العقد صحيحا بعد شقه الصحيح ، ويهمل الشق الباطل . لكن اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل بطل العقد كله [٦٥] .

ثانيا : تحول العقد : تنص المادة ١٤٠ من القانـون المدني العراقي : (اذا كان العقد باطلاً وتوافـرت فيه اركان عقـد آخر فان العقد يكون صحيحاً بعده العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانـت نيتهما تنصرف الى ابرام هـذا العقد) . ففكرة تحـول العقد اذن تقوم على انـه اذا انطوى التصـرف الباطل على عناصر تصـرف اخر ، فانه يتحول الـى هذا التصرف الاخيـر ذا تبيـن ان المتعاقديـن كانـت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد الاخير، ومثال ذلك البوليصة (السـفتجة) التي لا تسـتوفي الشروط الالزاميـة التي نص عليهـا قانون التجارة تعبر سند دين عادي[٦٦] .

فالاصل اذن ان العقد الباطل لا يترتب عليه سـوى بعض الاثار الثانوية او العرضية ، لكن فـي بعض الحالات نجـد ان العقد الباطل ترتب عليـه اثار العقـد الجوهرية ، ومثـال ذلك عقد الشركة الباطل لعدم استيفائه الاوضاع القانونية التي يتطلبها، فخلافا لقواعد البطلان نجد ان هذا العقد لا يكون له اثر رجعي ، بل تعد الشركة في الفترة التي قامت فيها باعمالها في حكم الشركة الصحيحة ، حتى اذا صدر حكم ببطلانها ، زالت اثارهـا من تاريخ هذا الحكـم ، فكأنما قد ترتب على عقد الشركة الباطل جميع اثاره الجوهرية مؤقتـا في الفترة بين انعقـاده والحكم ببطلانه ، بـل قد يكون ترتب الاثار الجوهرية دائميا ليس مؤقتا لكن بالنسبة لغير المتعاقدين كما هو الحال فـي العقود الصورية، فهذه العقود وان كانت لا اثر لها بالنسـبة لاطرافها ، فالعقد الصوري في حكم العقد الصحيح بالنسبة للغير[٦٧] .

رأينـا ان العقد الصحيـح اذا لم يكن موقوفا فانـه يفيد حكمه بالحال، فيثبت اثره في المعقود عليـه، وهذه هـي النتيجة الطبيعـة التي لأجلها تم ابـرام العقد، غير ان اثر العقـد الباطل بينته (المـادة ١٣٨) (العقـد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً) فهـذا النص يفيد ان العقد الباطل لا ينعقـد ولا يترتـب عليـه اي اثر مـن اثاره، بـل ان هذا العقـد لا يراد منه المعنـى الحقيقي لكلمـة عقد، وانما يطلق عليـه لفظ العقد مجازا لا حقيقة[٦٨].

يفهـم مما تقـدم ان العقد الباطـل لا يترتب عليـه اي اثر مـن اثاره ، ولكن الاثـار التي لا تترتب علـى العقد هي تلك الاثـار التي ارادها المتعاقـدان، او تلك الاثار التـي تنتج عن العقد بطبيعتـه، مثالها انتقـال الملكية فـي عقد البيع الباطـل ، فالاثار التي ارادهـا المتعاقدان ابتداء لا تنتج عـن العقد الباطل،لكـن العقد الباطل لا يخلو مـن اي اثر اطلاقا ،اذ تنـص الفقرة (٢) من (المادة ١٣٨) على انه (إذا بطل العقد يعاد المتعاقـدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فـإذا كان هـذا مسـتحيلاً جاز الحكـم بتعويض

معـادل) . فاعادة الطرفين الى الحال الذي كانا عليـه قبل العقد هو في حقيقـة الامر اثر ترتب على العقد ، لكنه ليس الاثر الذي انصرفت اليه ارادة المتعاقديـن، وانما هو اثر ترتب بموجب القانـون . فضلا عن ذلك مـا تنص عليه الفقرة (٣) من المادة نفسها (ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهليـة اذا بطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير مـا عـاد عليه من منفعة بسـبب تنفيـذ العقد) . فهـذا اثر ترتب على العقد رغم ان العقد الباطل لا ينتـج اي اثـر كأصل عام ، فنـرى ان القول بـان العقـد الباطل لا ينتج اي اثـر . انما يراد منهـا تلك الاثار التي انصرفـت اليها الارادة ، اما الاثار التي رتبها القانون فهي تنتج عن العقد على الرغم من كونه باطلا .

فمـن المؤكد ان الاثـار المتقدمـة هي اثار نتجـت عن عقـد باطل ، وهي غيـر تلك الاثار التـي ارادها المتعاقدان ابتـداء ، وانما هي اثار انتجها القانون ، ومع ذلك نجد ان القانون مع ان العقـد يعد باطلا ، الا انه يعتد بارادة المتعاقدين الى حد ما ، وهـو ما ورد بعجز (المادة ١٣٩) فيمـا يتعلـق بانتقـاص العقـد (الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشـق الذي وقع باطلاً) ومثله الحال فيمـا ورد بالمادة ١٤٠ فيما يتعلق بتحـول العقد ، اذ تنص على انه : (اذا تبين ان المتعاقديـن كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد) .

فتدخـل القانـون في احداث الاثـر القانوني للعقـد يختلف عنه بين الاثـار الاصلية والاثار العرضية، ففي الاثـار الاصلية نجد ان القانون هـو الذي ينتج الاثار على العقد الباطل ، وربما تكـون تلك الاثار بعيدة تماما عما انصرفت اليه ارادة التعاقديـن ، امـا فـي الاثـار العرضية ، وهـي حالتا انتقاص العقد وتحول العقد، نجد ان المشرع يراعي ارادة المتعاقدين بأن تكون تلك الارادة قـد انصرفت الى احداث هذا الاثر الذي رتبه القانون . ونخلص من كل ما تقدم ان الاثار التـي تنتج عن العقد البطـل في بعض صورها هي اثار نتجت عـن القانون وليس للارادة فيها اي دور، وذلـك يعني ان العقد الباطل ما هو الا واقعة قانونية ، انتجت تلك الاثار بحكم القانون.

المطلب الثاني

تسجيل العقار المباع خارج دائرة التسجيل العقاري

تنـص(المـادة ٥٠٨) من القانـون المدني العراقي بخصـوص بيع العقار على ان : (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشـكل الذي نص عليه القانون) كما تنـص المادة (٣ - ف ٢) من قانون التسـجيل العقـاري رقم (٤٣) لسـنة ١٩٧١ على : (لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) .

وينبنـي علـى ذلك ان بيـع العقار بموجب القانـون العراقي هـو من العقود الشـكلية التي يسـتلزم تسـجيلها بدائـرة التسـجيل العقاري ، وبالتالي فان بيع العقار خارج الدائرة المختصة هـو عقد بيع باطل ولا ينتـج عنه اثره كما تبين لنـا. فعقد بيع العقـار الباطل لا ينعقـد ولا يفيد الحكم اصلا ، والاثر الوحيد الذي ينتج عنه هو اعـادة الطرفين الى الحالة التـي كانا عليها قبل العقـد ،وهذا الاثر يرتبه القانون على العقد بعده

واقعــة قانونية كما تقدم ، فهــو اثر لم تنصرف اليه ارادة المتعاقدين اليه ابتداء . ونتيجة لموقف القانــون العراقي الجازم فيما يتعلق بابطال عقد بيــع العقار الخارجي . بــات الناس يلجأون الى ابرام عقد بيع العقار الخارجي رغم بطلان هذا العقد ، الامر الذي يترتب عليه امكان اي طرف من طرفي العقــد وطبقا لأحكام القانون (اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد) ونتيجة لهذه الاشكالية وشيوعها وكثرة حدوثها فــي المجتمــع ، فقــد تنبه لها المشــرع واصدر التعديل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ :

أ - يقتصــر التعهــد بنقــل ملكيــة عقار او حق التصرف فيه علــى الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده، ســواء أكان اشــترط التعويــض في التعهــد ام لم يشــترط فيه، على ان لا يقــل مقــداره عن الفرق بيــن قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمته عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن اي ضرر اخر.

ب- إذا كان المتعهــد لــه قــد ســكن العقار محــل التعهــد او احــدث فيــه ابنية او منشــات اخرى او مغروســات بدون معارضة تحريرية مــن المتعهد، فــان ذلك يعد ســببا صحيحا يبيح للمتعهــد له تملــك العقار او حــق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض علــى الوجه المذكــور في الفقــرة (ا) من هذا البند، مضافا اليه قيمة المحدثات والمغروســات قائمة وقت النكول .

فيبدو من هذا النص انه تضمن حكمين هما:

الحكــم الاول : التعويــض : إذ إن العقــد الباطل (عقد بيع العقار الخارجي) ترتب عليه مســؤولية مدنية نتيجــة الاخــلال بالتعهد بنقل الملكيــة ، الا ان الفقــه قد اختلف حول اســاس هــذا التعويــض فذهب الــى عدة نظريــات . اذ ذهبت طائفة الى القول بان اســاس المســؤولية هنا هي المسؤولية العقدية، فالعقد وان لم يسجل فــي الدائــرة المختصــة الا انــه لا يــزال عقدا صحيحا، فهــو لا ينتج اثره فيمــا يتعلق بانتقال الملكيــة ، الا انه مع ذلك هــو عقد صحيح يلزم طرفيه بشروطه ، ومنها الشرط الجزائي[٦٩] . اذ يترتــب علىه التزام في ذمــة البائع مفاده قيام البائــع باتخاذ الاجراءات اللازمــة لنقل الملكية للمشــتري ، وللاخيــر اجبار البائــع على تنفيذ التزامه عن طريق دعوى صحة التعاقد : وهي دعوى صحــة ونفاذ عقد البيع ، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشــتري تنفيــذا عينيــا ، والحصول على حكم يقوم تســجيله مقام تســجيل العقــد في نقل الملكية[٧٠].

إلا ان هــذا الحكم اذا كان ينســجم مع احكام القانــون المدنــي المصري فهو لا ينســجم مع احــكام القانون المدنــي العراقي الــذي عد بيع العقار من الصرفات الشــكلية التي لا تنعقد ولا يترتــب عليهــا اي اثر الا اذا اســتوفت الشــكل الــذي نص عليه القانــون ، لذا ذهبت طائفة الى القول بان اســاس المســؤولية هنا هي المسؤلية التقصيريــة[٧١] . وهنــاك رأي اخر لعله اصح الاراءبصــدد هــذه المســألة وهــو ان اســاس المسؤولية هنا نص القانون ، فالقانن هو مصدر هذا التعويض مباشــرة سواءأكان تضمن التعهد شرطا جزائيا ام لا [٧٢] .

الحكم الثانـــي : احقية تملك العقار : وهو ما تضمنته الفقرة (ب) مـن القرار المذكور،اذ اصبح يحق لمشـتري العقار بموجب عقد البيع الخارجي ، تملك هذا العقار اذا توافرت الشروط المذكورة فيه .

والنقطـة المهمـة بهـذا الصدد هـو ان حق تملك العقار ، هـو الغرض الذي انصرفت اليه ارادة المتعاقديـن ابتداء ، غير ان ذلك الغرض لم يتحقق كون الشـكلية ركـن من اركان العقد، ولتخلف الشكلية كان العقد باطلا ، فجاء القرار ليعطـي المشـتري الحـق بتملـك العقار،وهذا هـو ذات الغرض الـذي انصرفـت اليه ارادة المتعاقديـن عنـد ابـرام العقـد، فهـل العقد هنا تصرفا ام واقعة ؟

نـرى ان العقـد لا يزال واقعـة ، لا تصرفا حسـب التوصيف الـذي قدمنا ، ذلـك ان الاثر المتمثل بحق المشتري بتملك العقار لم يكن ثمرة ارادة المتعاقدين ، بسبب ان العقد لايزال باطلا، ولا يصلـح لنقل الملكية، وانما جاء الحق بتملك العقار بحكـم القانون وليس العقد ، فالقانون هو الـذي رتب ذلك الاثر، فيصـدق عندئذ ان يقال ان العقد هنا كما في الصورة السـابقة ما هو الا واقعة قانونية

المطلب الثالث

الامتداد القانوني العقد الايجار

لا بـد ان نعرف ان عقد الايجار في القانون العراقي لا ينظمـه القانون المدني العراقي فقط وانمـا يدخل فـي تنظيمـه فضلا عـن القانون المدنـي قانون اخـر هو قانون ايجـار العقار رقم (٨٧) لسـنة ١٩٧٩ ، وهذا القانون الاخير احـدث تعديـلات جوهريـة على احـكام العقد لدرجـة يصح معها ان يقال ان العقد لم يعد ينتج آثـاره بموجب الارادة وانما غـدا العقد بموجبه واقعة يرتب القانون عليها آثارها دون الاعتداد بارادة المتعاقدين .

فعقـد الايجار حسـب نـص المـادة (المادة ٧٢٢) من القانون المدني العراقي هو : (تمليك منفعة معلومة بعـوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتـزم المؤجر ان يمكن المسـتأجر من الانتفاع بالمأجور). ولعل ابـرز التعديلات التي ادخلها قانون ايجار العقار على القانون المدني العراقي وأثرت بشكل واضح على ارادة المتعاقدين الى درجـة يصح معها القول انـه لم يعد للارادة اي دور في انشـاء تلـك الاثـار او انهائها ، هو ما يتعلق بالمدة ، إذ نجد ان المادة(المادة ٧٣٩)من القانون المدني العراقي تنظم ابتداء مدة الايجار بقولهـا : (تبـدأ مدة الاجارة، مـن الوقت الذي سـمى في العقد، وان لم يسم فمن تاريخ العقد) . كمـا اعطى للارادة دورهـا الحقيقي في انهاء عقد الايجار والاتفاق على المدة وقد جاءت تلك الاحـكام طبقا لمـا تلمليه طبيعـة العقد بوصفه تصرفا قانونيـا ناتجا عن انصراف الارادة الى احداث الاثر القانوني [٧٣].

والملاحـظ ان القانون المدنـي العراقي قد نظم احـكام المدة اثناء نصـوص جاءت مكملة لارادة المتعاقديـن في حالة عدم حسـم الارادة لبعـض المسـائل التفصيليـة في العقـد ، فنجد (المادة ٧٤١) من القانون المدني العراقي تنص علـى : (اذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة او عقد لمـدة غير محددة او اذا تعـذر اثبات المدة

المدعى بها فيعتبر الايجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الاجرة وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب احد المتعاقدين اذا هو نبه المتعاقد الآخر بالاخلاء ....) ومع هذا يمكن القول ان هذا التحديد لم يأت عن ارادة المتعاقدين وانما هو حكم جاء به القانون في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على المدة ، او تفاقهم وعدم قدرتهم على اثبات ما اتفقوا عليه ، لكن هذا الحكم لا يعتبر تعديلا حقيقيا لارادة المتعاقدين انما يمكن القول هو انه تكميل للارادة وليس الغاء او تعديلا لها .

نجد ان الغاء الارادة وترتيب اثار اخرى غير تلك التي انصرفت لها الارادة يكون في يكون بأجلى صوره بما جاء في احكام قانون ايجار العقار، فقد عالجه المشرع العراقي في المادة الثالثة منه بقوله : (يمتد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته مادام المستأجر شاغلا العقار ومستمرا بدفع الأجرة طبقا لأحكام هذا القانون[٧٤].

فهذا النص يعد تعديلا حقيقيا لارادة المتعاقدين بحيث ان الاثر الذي ترتب على العقد يختلف تماما عن الغرض الذي انصرفت له الارادة لحظة ابرام العقد ، وان هذا الاثر لا يمكن ان يكون حصيلة اتفاق ، وانما هو اثر قانوني نص عليه المشرع ، ورتب احكامه دون التفات الى ارادة طرفي العقد .

فلم يعد للمؤجر الحق في طلب اخلاء المأجور عند انقضاء مدة الايجار ، بل يبقى المستأجر منتفعا بالمأجور ما شاء من المدة وليس للمؤجر اخراجه منه ، وانما له التمسك بسبب من الاسباب المحددة في القانون والواردة على سبيل الحصر[٧٥] . كما لا يجوز اضافة سبب جديد يخول المؤجر انهاء الايجار سواء كان ذلك عند ابرام عقد الايجار ام بعد تمتع المستأجر بحماية القانون[٧٦] .

والواقع ان الامتداد القانوني لعقد الايجار موجود ضمن احكام القاون المدني فضلا عن قانون ايجار العقار، ولكن يوجد في الامتداد بين القانونين بعض الفروق نوجزها بما يلي :

اولا - نطاق تطبيق الامتداد الاتفاقي يكون في عقود الإيجار الخاضعة لأحكام القانون المدني، بينما نطاق تطبيق الامتداد القانوني يكون في عقود الإيجار الخاضعة لأحكام قانون إيجار العقار

ثانيا - الامتداد ألاتفاقي ملزم للمؤجر والمستأجر بينما الامتداد القانوني ملزم للمؤجر دون المستأجر.

ثالثا - أحكام الامتداد الاتفاقي ليست من النظام العام بينما أحكام الامتداد القانوني من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

فاذا كان الاصل ان المدة في عقد ايجار العقار هي حصيلة ارادة واتفاق الطرفين فان تدخل المشرع في تحديدها، وجعل العقد ممتدا دون انصراف ارادة الاطرف الى ذلك ، يعد اثرا للعقد انتجه القانون ولم تنتجه الارادة ابتداء ، بل لم تنصرف اليه اصلا ، ولا يمكن القول ان هناك ارادة ضمنية او مفترضة للمتعاقدين نظمها المشرع ، لاسيما في حالة الاتفاق ابتداءعلى مدة زمنية محددة للعقد

اثنـاء ابرام العقد ، الامر الـذي يعني ان تعديل ارادة المتعاقدين بهذا الشكل يجعل عقد الايجار بعيـدا عن العمل القانوني (التصرف القانوني) ويعطيـه شـكل الواقعـة القانونية التـي يرتب القانون اثارها دون الرجوع لاطراف العلاقة .

المطلب الرابع

تكميل العقد

تعنـي فكـرة تكميـل العقـد ان هنـاك عقدا صحيحـا تم بيـن اطرافـه الا ان هنـاك بعض المسائل الثانوية التي لم يتطرق اليها المتعاقدون مع انها ضرورية لتنفيذ العقد تنفيذا كاملا يحقق الغرض الذي قصده من وراء انعقاده [٧٧] .

إن تكميل العقد يعني سـد النقص في تنظيم العقد الصحيح بمعنـى ان هناك تعبيرا تصرفيا اشتمل على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاده ولم يشـتمل علـى العناصر التفصيليـة الثانوية كجزء من التعبير عن الارادة، فان تكميل العقد يعني اضافة الجـزء الناقص اليه،وهذا التكميل امـا ان يكون عن طريـق اتفاق بيـن الطرفين المتعاقديـن، وفي هذه الحالة فان طبيعة التكميل تاخـذ حكم الاتفـاق دونما شـك . الا ان تكميل العقد من قبـل المحكمة يأخذ طبيعة مختلفة وقد اختلف الفقهاء بشـأنها فمنهم من يرى ان تكميل المحكمـة للنقـص في العقـد ما هو الا تفسـير لارادة المتعاقدين وهذا هو اتجاه النزعة الذاتية في العقد الذي تمثله المدرسة اللاتينية ،في حين يذهـب اصحـاب النزعة الموضوعيـة الى ان تكميل العقد لا يستند الى ارادة المتعاقدين وانما يلجـأ القاضي الـى معاييـر موضوعية لاكمال النقص الذي يشوب العقد[٧٨] .

العقد هو ارتباط الايجاب مع القبول ، ويعني ذلك ان يتطابق الايجاب مع القبول مطابقة تامة فـان العقد ما هو الا ارتبـاط الايجاب بالقبول ، ومـن ثم فان كل ما يرغـب المتعاقد بالحصول عليـه اثنـاء العقـد وكل شـرط يظفـر بأهمية للمتعاقد ينبغي ان يدرج اثناء مرحلة التفاوض، غير ان المتعاقدين قد لا يكون بوسـعهما حسـم السـائل الفصيلية جميعها، ويكونوا على عجالة مـن امرهم بغـرض ابـرام العقد الامـر الذي يضطر المتعاقدين الى ترك المسـائل الفصيلية لوقت اخر ، وهذه المسألة نظمها القانون المدني العراقي بموجلب المادة (٨٦) بفقرتيها :

١ – يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسـائل الجوهريـة التي تفاوضا فيها امـا الاتفاق على بعض هذه المسـائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة.

٢ – واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهريـة في العقد واحتفظا بمسـائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسـائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التـي لم يتم الاتفاق عليها فـان المحكمة تقضي فيها طبقـاً لطبيعة الموضـوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

ففي النـص المتقدم نجـد ان المتعاقدين قد اتفقـا على جميع المسـائل الجوهرية في العقد. وبقيت مسـائل تفصيليـة لم يتفقـا عليها ، وفي حالة عدم الاتفـاق على عليها فان المحكمة هي التـي تكون لهـا القدرة على حلهـا طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

والسـؤال الـذي يثار بهذا الصـدد ، هل ان المسـائل التفصيليـة فـي العقد والتـي تضطلع المحكمة بحسـمها ، تكون الاثـار الناتجة عنها هي اثار اتفاقية ام انها اثار رتبها القانون ؟

نرى ان الاثار هنا ليست اثار اتفاقية ، وانما هي اثار قانونيـة ، والامر في ذلك واضحا من خـلال الامعان بنـص المادة (٨٦) نفسـها ، اذ تنـص في عجز الفقرة الثانية منها على : (واذا قـام خـلاف على المسـائل التي لم يتـم الاتفاق عليهـا فان المحكمـة تقضي فيها طبقـاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة) .

اذ ان جملة (واذا قام خلاف على المسـائل التـي لم يتم الاتفاق عليها) تشـير بوضوح الى ان هذه المسـائل لم تكن حصيلـة اتفاق ، وانما هـي اثـار نتجت عـن القانـون ، الامـر الذي يضفي على العقد في هذه الحالة وصف الواقعة القانونية .

الخاتمة

لعل من الثوابت الراسـخة فـي علم القانون ان العقد هـو ابرز صور التصـرف القانوني، لا سـيما اذا ما علمنا ان التصـرف القانوني له مصدران فقط ، هما العقد والارادة المنفردة . لذا فان وصف العقد بانه واقعة قانونية يتسـم بنوع من الغرابة ! اذ كيف يكون العقد واقعة قانونية؟ حاولنـا من خـلال هذه الدراسـة الموجزة بيان الحالات التـي يكون فيها العقـد واقعة قانونية، وذكرنـا ان ما نقصده بكون العقد واقعة قانونية يأخـذ معنيين : فهـو اما ان يراد بـه واقعة في الاثبـات، فها الامر لا اشـكال فيه. لكن المعنى الثانـي للعقد بوصفه واقعة قانونية هو ان يكون العقد مصدرا للالتزام، لكن ليس بوصفه عملا قانونيا ارادیا وانما بوصفه واقعة قانونية انتجت الاثر دون انصـراف لارادة الى احداثه، كانت هذه الدراسة محاولة لاثبات هذا الرأي . والواقع ان ما يقال بصدد العقد واقعة قانونية لا يعد امرا حاسما ولعل ذلك يتضح من خلال السؤال التالي: اذا كان العقـد واقعة قانونية في العقد الباطل فما هي المسـؤولية المترتبة على هذا العقد الباطل هل هي مسؤولية عقدية ام تقصيرية ؟ والجواب علـى ذلك ان كلمـة الفقهاء لم تتفـق بعد بصدد هذه المسـؤولية ، اذ يرى جانب مـن الفقه انها عقدية في حين يـرى جانب اخر من الفقهاء ان المسـؤولية هنـا تقصيرية . فنرى انقسـام الفقه بصدد هذه المسـالة رغم انها ابرز حالات العقد بوصفه واقعة قانونية واكثرها انسـجاما مع هذا الوصف فما بال الحالات الاخرى ؟

ولعل هذا السـؤال ينتج عنه سـؤال اخر ما هو العنصر الحاسـم في عد العقد واقعة قانونية من عدمه ؟ وبعبارة اخرى هل نوع المسـؤولية عقديـة كانت ام تقصيرية هـي التي تخلع على العقـد وصـف التصـرف الارادي او الواقعـة الماديـة ؟ ام ان نـوع المسـؤولية المدنية ليس هو العنصر الحاسـم بصدد هذه المسـألة ، وان الـذي يخلع هـذا الوصف على العقـد هو دور الارادة فـي احـداث الاثر القانونـي . وقد رأينا عن طريق هذا البحث ان العنصر الاساس الذي يضفـي على العقـد وصف الواقعـة قانونية او التصرف الاارادي هـو دور الاردة في احداث الاثـر القانونـي، فحيثما تكـون الارادة وحدها هـي المنتجة للاثار نكون عندئذ بصدد تصرف

قانونـي ، اما اذا مـا كان القانون هو الذي ينتج الاثار وهو امر حاصل لا شك في الصور التي عرضنا لها فإن العقد عندئذ يكون واقعة قانونية.

الهوامش

(١)المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(٢)عرفت المادة ٦٩ من القانون المدني العراقي الاتزام بأنه : (رابطة قانونية ما بين شخصين دائن او مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل) . في حين عزف المشرع المصري عن وضع تعريف للالتزام ، بعد ان الالتزام من المواضيع الخلافية في الفقه، ويتنازعها مذهبان هما المذهب المادي والمذهب الموضوعي ، ولم يشأ المشرع المصري ان يقطع بالأخذ بمذهب دون اخر ، والتعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي للقانون المصري هو ان الالتزام : حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص ان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ن يمتنع عن عمل . وقد رأت اللجنة حذف هذه المادة في المشروع النهائي، وذلك تجنبا للتعريفات قدر الامكان وتحرزا من تأكيد الطابع المادي بموجب نص تشريعي قد يجعله يطغى على الطابع الشخصي. ينظر : عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ١ نظرية الالتزام بوجه عام - ص ١١٣.

(٣)عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني - المصدر السابق - ص ١٢٩ – ١٣٤ . انظر ايضا : الدكتور– رمضان ابو السعود – دار الجامعة الجديدة – ٢٠١٦ – ص١٢. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٠ ص– ١٥- ١٦ . الدكتور: حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام . دار الحرية للطباعة - بغداد – ١٣٩٦ – ١٩٧٦م ص ٢٥ – ٢٦ . الدكتور : درع حماد – النظرية العامة للالتزامات – مكتبة السنهوري – ٢٠١٦ – ج١ - ص ٣١- ٣٣ .

(٤)يذكر ان مجال الارادة المنفردة في الفقه الاسلامي اوسع منه في فقه القانون الوضعي, فهناك تصرفات تتم بارادة منفردة في الشريعة والقانون على السواء، كالجعالة او الوعد بجائزة والوصية والوقف والابراء واجازة العقد واستعمال خيار من الخيارات المعروفة ، وثمة تصرفات تعتبر عقودا بالقانون ،بينما تتم بالشريعة بالارادة منفردة، كالكفالةوالقرض والهبة والعارية ، إذ يرجح القول بان الركن هو الايجاب فحسب ، فضلا عن ذلك هناك تصرفات اخرى تتم بالشريعة بارادة منفردة كالوعد وهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل . والنذر وهو التزام فيه قربة لله تعالى . ينظر : عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – ١٩٩٠ – ج ١ – ص٧٥ .

(٥) اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – مصادلر الالتزام – الناشر – مكتبة عبدالله وهبة – ١٩٩٦ - ص ٤٥ . عبد المنعم فرج الصدة - المصدر السابق - ج ١ – ص ٧٥ – ١٩٦٦ – ج١ – ص ٤٥ .

(٦)اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – المصدر السابق - ص ٤٥ – ٤٦ .

(٧)عبد المنعم فرج الصدة - المصدر السابق – ج ١ – ص ٨٤ .

(٨)عبد المنعم فرج الصدة المصدر نفسه - ص ٨٤ .

(٩)انظر : السنهوري – ج٢ – ص ١ – ٢ . اذ يقول : (فالتصرف القانوني هو الارادة تتجه الى احداث اثر قانوني معين , فيرتب القانون عليها هذا الاثر , مثل ذلك العقد فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق ارادتين وقد ينشيء الحقوق الشخصية او يكسب

الحقـوق العينيـة ، وقد يقـوم التصرف علـى ارادة منفـردة كما في الوصية ويؤدي الى كسـب الحقوق العينية او يؤدي الى انقضاء الحقوق الشـخصية كما في الوفاء والابراء . اما الواقعة القانونية فهي واقعة ماديـة يرتب عليهـا القانون اثرا ، وقـد تكون وقعة طبيعية لا دخل لارادة الانسـان فيهـا كالموت، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بارادة الانسـان كالبناء والغـراس ، واذا كانت واقعـة اختيارية ، فقد يقصد الانسـان من ورائها احداث الاثر القانوني المترتب عليها كالاسـتيلاء والحيازة ، وقد لا يقصد هذا الاثر كدفـع غير المسـتحق، وقد يقصد عكـس هذا الاثر كالعمل غير المشروع ،وسواء قصد اثرها القانوني او لـم يقصـد او قصـد عكسـه ، فهي دائمـا واقعة مادية، وليسـت ارادية كما هـو الحال في التصرف القانونـي، وقد تنشـيء الواقعـة القانونيـة الحقوق الشـخصية ، كما هو الحال في العمل غير المشروع والاثراء بلا سـبب ، وقد تكسـب الحقـوق العينية ، كمـا هو الحال في الحيازة والمـوت (الميراث) وقد تقضي الحقوق الشخصية ، كما في اتحاد الذمة وقد تقضـي الحقوق العينيـة كما في التـرك وقد تحدث اثارا قانونية اخرى، كمـا في القرابة وهي مانع من موانـع الزواج . وخلاصة ذلـك ان المقابلة فيما بين التصـرف القانوني والواقعـة القانونية هي مقابلة ما بين الارادة والعمل المادي ، فحيث تمخضت الارادة لاحـداث اثـر قانوني فاحدثـه القانـون فثم تصرف قانوني ، وحيث وقع عمل مادي ولو خالطته الارادة فرتـب عليه القانون اثرا ، فثم واقعة قانونية، وهناك ما يتوسط التصرف القانوني والواقعة القانونية فهي واقعة مختلطة كالاستيلاء والشفعة .

(١٠) تنص لمادة ٦٩ ف (٢) من القانون المدني العراقي (ويعتبر حقاً شـخصياً الالتـزام بنقل الملكية اياً كان محلهـا نقداً او مثليـات او قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شـخصياً الالتزام بتسليم شـيء معين) ينظر: - عبد المنعم فرج الصدة - المصدر نفسه – ص ٨٥ .

(١١)الموسـوعة الفقهيـة الكويتيـة صادر عـن: وزارة الأوقـاف والشـئون الإسـلامية – الكويـت عـدد الأجـزاء: ٤٥ جزءا الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ) .. الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويـت .. الأجـزاء ٢٤ – ٣٨ - الطبعة الأولى، مطابـع دار الصفوة – مصر – ج ٢٨ – ص ٢٢٠. – ج ١٢ – ص ٧١ .

(١٢)حسـن علـي الذنـون - المصـدر السـابق – ص ٢٦ . للتفصيـل اكثـر حـول التصرفـات الفعليـة والقولية،انظـر: الموسـوعة الفقهيـة الكويتيـة – المصدر السابق - ج ١٢ – ٧١ - ٧٣

(١٣) ينظر : السـنهوري – الوسـيط في شـرح القانون المدني – ج ٢ ص ١٤.

(١٤) ينظـر : سـليمان مرقـس الاثبـات – ج٢ الادلة الخطية واجراءاتها - ص ١. والمراجع المشار اليها بهامـش رقم ١ مـن نفس الصفحة - السـنهوري – المصدر السابق – ص ١٤ – ١٥.

(١٥) السـنهوري – الوسـيط - ج ٢ – ص ١٤ – ١٥. يذكـر ان الحقيقة ليس لهـا معنى محدد ، وانما تتجسـد بهـذا المفهوم مـن خلال الحكـم القضائي ، الذي هـو تقرير للحقيقـة من خلال ما اسـتطاع ان يراهـا القاضـي في ضوء وقائع الدعـوى ، والادلة الـي قدمهـا الخصـوم او ثبتت من سـير المرافعة , فالحقيقـة القضائيـة هي ما يثبتـه القاضي في حكمه نتيجـة لتحريـه حقيقة الواقـع . ففي مجـال القانون يوجـد نوعان من الحقائق ، همـا : الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فالحقيقة القضائية هي ما يتضمنه الحكم القضائي الصادر في الدعوى وهو ما يصطلح عليه بحجية الاحكام ، التي تعني الحكم النهائي الذي تنتهـي بـه الدعوى ، ويعـد حجة فيمـا يفصل فيه , على الرغم من ان هذا الحكم القضائي وكذلك قناعة المحكمـة ، قد بني علـى مبدأ الرجحان ، اما الحقيقة الواقعية، فهـي تعني المصدر المنشـيء للحق ، ايا كان هـذا المصدر، واقعة قانونية، ام تصرفا قانونيا. ينظر : أ. د. مصطفى الزلمي - د. ياسر باسم ذنون السـبعاوي – الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين

النسبي والاطلاق – دراسة في ضوء قواعد الفلسفة –مجلة بحوث مستقبلية - المجلد : ٤ الاصدار - ٢٠٠٦ – ص ١٢٩ .

(١٦) سليمان مرقس – المصدر السابق ص ٥.

(١٧) مرقس – المصدر السابق ص ٧.

(١٨) مرقس – المصدر السابق – ص ٨ – ٩.

(١٩) فقد جاء في الاسباب الموجبة لقانون الاثبات (انه في صدد طرق الاثبات تخير القانون العراقي الاتجاه الوسط ما بين انظمة الاثبات المقيد والمطلق فعمد الى تحديد طرق الاثبات ولكنه جعل للقاضي دورا ايجابيا في تقدير الادلة وفي التحرك الذاتي الموصل الى الحكم العادل والى الحسم السريع ، واقام كل ذلك على ما ينبغي ان يتوافر للقاضي من ثقة يوليها له المشرع) .

(٢٠) د. ادم وهيب النداوي – شرح قانون الاثبات – بغداد – ١٩٨٦ – ص ٥٧.

(٢١) استاذنا الدكتور عباس العبودي, شرح احكام قانون الاثبات – دراسة مقارنة – في ضوء احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ والقوانين المقارنة معززة بالتطبيقات القضائية – ص ٣٠ – ٣١.

(٢٢) السنهوري – ج ٢ – المصدر السابق - ص ٤٦ – ٤٧ . ومحل الاثبات لا يكون الا واقعة قانونية ، فاذا نازعني شخص مثلا في ملكية سيارة اشتريتها، كان علي ان اردت ان اقيم الدليل على ملكيتي ان اثبت العقد الذي اشتريتها به ، فيكتفي القاضي مني بذلك ويرتب على ثبوت العقد ثبوت ملكيتي للسيارة وفقا للقانون .

والوقائع القانونية نوعان اعمال قانونية وافعال . والعمل القانوني وقد سبق تفصيلهما بيان الفرق بينهما . انظر : سليمان مرقس – ٤٥ – ٤٧ .

(٢٣) حسن علي الذنون – النظرية العاة للالتزامات المصدر السابق - ص ٤٨٩ .

(٢٤) السنهوري – ج ٢ – المصدر السابق – ص ٦١ .

ايضا : استاذنا الدكتور عباس العبودي,شرح احكام قانون الاثبات – المصدر السابق – ص ٤٥. سمير عبد السيد تناغو – احكام الالتزام والاثبات – الناشر - مكتبة الوفاء القانونية – الطبعة الاولى – ٢٠٠٩ - ص ٦٥ .

(٢٥) عصمت عبد المجيد بكر – شرح قانون الاثبات – المكتبة القانونية – بغداد – دون سنة طبع – ص ٦٢ -٦٣.

(٢٦) حسن علي الذنون – المصدر السابق – ص ٤٩٠.

(٢٧) ولاجل ذلك يشترط في الواقعة شروط عديدة : فهي فضلا عن كونها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ، يشترط فيها ان تكون محددة وان تكون ممكنة (غير مستحيلة) وان تكون الواقعة متنازع فيها ومتعلقة بالدعوى وجائز اثباتها . ينظر المصادر السابقة: السنهوري – الوسيط – ج ٢ – سليمان مرقس. ايضا : استاذنا الدكتور عباس العبودي - شرح احكام قانون الاثبات – المصدر السابق - عصمت عبد المجيد بكر- ادم وهيب النداوي – الموجز في قانون الاثبات .

(٢٨) انظر : السنهوي - الوسيط - ج ٢ – ص ٩٠ – ٩١ .

(٢٩) مادة ٧٧ اولا – يجوز اثبات وجود التصرف القانوني او انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تزيد على خمسين دينارا. ثانيا – اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسين دينارا او كان غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك. ثالثا – تقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا وقت الوفاء به. فاذا كانت قيمته في ذلك الوقت لا تزيد على خمسين دينارا فتصح الشهادة لاثباته حتى لو زادت قيمته على خمسين دينارا بعد ضم الفوائد والملحقات. رابعا – اذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الاثبات بالشهادة في كل طلب

لا تزيـد قيمته على خمسـين دينـارا حتى ولو كانت هـذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، او كان منشؤها تصرفات قانونية ذات طبيعة واحدة بين الخصوم انفسـهم، وكذلك الحكـم في كل وفاء يتعلق بتلك الطلبات لا تزيد قيمته على خمسـين دينارا. مع ملاحظة ان مبلغ الخمسـين دينـار اصبح (٥٠٠٠) خمسـة الاف دينـار . انظر : قانون رقم ٤٦ لسـنة ٢٠٠٠ التعديل الاول لقانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

(٣٠) القرينـة اصطلاحا : ما يشـير الـى مطلوب, او هـي : الامارة التـي بلغت حد اليقين, وقيل هي: كل أمـارة ظاهرة تقارن شـيئاً خفيـاً، فتدل عليـه . اما قانـون الاثبات العراقي فقد عـرف القرينة القانونية في المـادة ٩٨ بقوله : اولا – القرينـة القانونية هي استنباط المشرع امرا غير ثابت من امر ثابت. وبين حكمهـا فـي الفقرة الثانيـة بقوله : القرينـة القانونية تغنـي مـن تقـررت لمصلحته عـن اي دليـل اخر مـن ادلة الاثبات. امـا القرينة القضائيـة فقد عرفها المشـرع العراقي بالمـادة ١٠٢ : القرينة القضائية هي اسـتنباط القاضي امـرا غير ثابت من امر ثابت لديه في الدعاوى المنظورة . وبين حكمها في الفقرة الثانية : للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلـك في نطاق ما يجـوز اثباته بالشـهادة . ينظر: مجلة الأحكام العدلية – الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشـي - المادة (١٧٤١) . انظر ايضا : فقه السـنة : سيد سابق - الناشر: دار الكتـاب العربي، بيروت – لبنـان – الطبعة الثالثة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م – ج ٣ ص ٤٥٤. ينظـر ايضا : الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ للزُّحَيْلِيّ - الناشر: دار الفكر - سـوريَّة – دمشـق – الطبعة : الرَّابعة - ج ٧ – ص ٥٨٠٢.

(٣١) السنهوري – الوسيط – ج ٢ – ص ٩٢ .

(٣٢) السنهوري – الوسيط – ج ٢ – ص ٩٢ .

(٣٣) ومـن القواعـد الفقهية بهذا الصدد : (البينة حجة متعديـة، والإقرار حجة قاصرة) البينة حجة متعدية " أي متجـاوزة إلـى غير من قامـت عليه، وملزمة لـه " والإقـرار حجة قاصرة " علـى نفس المقر لا تتجـاوزه إلى غيـره، لأن كونـه حجـة يبتنى على زعمـه، وزعمه ليس بحجة على غيره . فالأصل أن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايتـه على غيره. ومن امثلة هـذه القاعدة لو أقـر الوصـي بدين على الميت , فإقـراره باطل ولا يأخـذ المقر به من تركـة المتوفى، ولا يلزم الوصي أيضـا بأدائه. كذلك : لو توفى شـخص وترك ولدين فأقـر أحدهما لرجل بأنه أخوه وأنكـره الآخر فيلزم المقـر بإعطاء ثلث ما أخذه من التركة للمقر له للأخ الثالث، ولا يلزم الأخ المنكر بشيء . ينظر : المجلة فـي المادة (١٦٤٢) - درر الحكام في شـرح مجلة الأحكام : علي حيدر - الناشـر: دار الجيل الطبعة : الأولـى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م – ج ١ – ص ٧٧-٧٨.

(٣٤) السنهوري – الوسيط – ج ٢ – ص ٩٣ .

(٣٥) عصمت عبدالمجيد بكر – المصدر السابق – ص ٢٨٦ .

(٣٦) عصمت عبدالمجيد بكر – المصدر السابق – ص ٢٨٠.

(٣٧) استاذنا الدكتور عباس العودي - شرح احم قانون الاثبات – المصدر السابق – ص ٣١٣ . والمصادر المشار اليها هامش رقم ٣ .

(٣٨) سـليمان مرقس – المصدر السابق – ج ٣ – ص ١٣٦ – ١٣٧ .

(٣٩) تنـص المادة مادة ١٨ من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسـنة ١٩٧٩ : يجـوز ان يثبت بجميع طـرق الاثبـات مـا كان يجـب اثباتـه بالكتابـة في الحالتين : اولا – اذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لارادة صاحبـه فيه . ثانيـا – اذا وجد مانع مادي او ادبـي حال دون الحصول على دليل كتابي. فالاصل ان التصـرف القانونـي لا يمكن اثباتـه الا بالطرق المحـددة كما ذكرنا اعلاه ، ولكن اسـتثناء ومراعاة

لحـالات خاصة نجد انه من الممكن اثبات التصرف القانوني بغير تلك الوسـائل ، وبعبارة اخرى معاملة العقـد او التصـرف الارادي عقـدا او ارادة منفردة وكأنه واقعة قانونية او عمل مادي غير ارادي .

(٤٠) عبـد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد – المصدر السابق - ج ١ ص ٩٢ – ٩٣ .

(٤١) السنهوري – الوسيط – ج ١- ص ١٤١ .

(٤٢) والنتائـج التـي ترتـب علـى مـا تقـدم تتلخص بفكرتيـن اساسـيتين همـا : النتيجة الاولـى : حرية التعاقـد ، اذ طالما كلما هـو عقدي يكون بالضرورة عادلا ، فانه يتعين على المشـرع ان يفسـح المجال والحريـة الواسـعة فـي ابـرام العقـد وفـي تحديد مضمونـه . النتيجـة الثانيـة : هي وجـوب احترام مشـيئة المتعاقدين، فلا يجوز نقـض العقد او تعديله الا باتفاقهما ، وليس للمشـرع او القاضي ان يتدخل بالعقد . ينظر السـماعيل غانم – المصدر السـبق – ص ٥٠ – ٥١ .

(٤٣) حلمـي بهجـت بـدوي – اصـول الالتزامـات – المصدر السابق – ص ٦٥ .

(٤٤) حلمـي بهجـت بدوي – المصدر السـابق – ص ٦٧ – ٦٨ .

(٤٥) شـرح القواعـد الفقهيـة : أحمد بن الشـيخ محمد الزرقـا - الناشـر: دار القلـم - دمشـق / سـوريا - الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م – ص ٤٨٢.

(٤٦) أحمـد الريسـوني - نظريـة المقاصـد عند الإمام الشاطبي - الناشر: الدار العالمية للكتاب الإسلامي – الطبعة : الثانية - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م – ص ٣٤٦ .

(٤٧) سورة المائدة : الاية ١

(٤٨) رواه أبـو داود – السـنن - الناشـر: المكتبـة العصريـة، صيـدا – بيروت – حديـث رقم ٣٥٩٤ – ج ٣ – ص ٣٠٤ . كمـا رواه البيهقـي : السـنن الكبرى - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان – الطبعـة - الثالثـة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م - حديث رقم ١١٤٢٩ – ج ٦ – ١٣١.

(٤٩) رواه البخـاري - صحيح البخاري - الناشـر: دار طوق النجاة - الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ – حديث رقم ٢١٦٨ – ج ٣ – ص ٧٣. كما رواه مسلم – صحيح مسلم - الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت – حديث رقم – ١٥٠٤- ج ٢ – ص ١١٤٢. ورواه الامام احمد : المسـند - الناشـر: مؤسسـة الرسـالة الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م – حديث رقم ٢٥٧١٦ – ج ٤٢ - ص٤٧١ .

(٥٠) شـرح صحيح البخارى لابن بطال - دار النشـر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض - الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م ج ٦ – ص ٢٩٣ .

(٥١) لا تعتـرف الشـريعة الاسـلامية بالنظـام العـام، وإنما بما حده الله ورسـوله . انظر: الزُّحَيْلِيّ - الفِقْهُ الإسـلاميُّ وأدلَّتُـهُ المصـدر السـابق - ج ٤ – ص ٣٠٤٥ .

(٥٢): أ. د. وَهْبَـة بـن مصطفـى الزُّحَيْلِـيّ – المصدر السابق – ج ٤ – ص ٣٠٤٦ .

(٥٣) سورة النساء : الاية ٢٩ .

(٥٤) رواه ابن ماجه - السنن - الناشر: دار إحياء الكتب العربية - حديث رقم ٢١٨٥ – ج ٢ – ص ٧٣٧ .

(٥٥) وقد اسـتدلوا بجملة ادلة منها قول النبي صلى الله عليه وسـلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » قال ابن حزم معلقا على هذا الحديث : (بطلان كل عقد عقده الإنسـان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه) كما اسـتدلوا بالحديث السابق : « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئـة شـرط» . للتفصيل ينظر: الإحـكام في أصول الأحكام - ابـن حزم - الناشـر: دار الآفاق الجديدة، بيـروت ج ٥ - ص ٣٢ . ينظـر ايضـا : المحلـى بالآثـار : ابن حـزم - الناشـر: دار الفكر – بيروت الطبعـة : بـدون طبعة وبـدون تاريخ – ج ٦ – ص ٤٦٦ ومـا بعدهـا . ايضـا : الزُّحَيْلِـيّ – المصـدر السابق – ج ٤ – ص ٣٠٤٨ .

(٥٦) سورة المائدة – الاية ٥.

(٥٧) قال السيوطي تعليقا على قاعدة : (الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم) هذا مذهبنا، وعند أبي حنيفة : الأصل فيها التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة، ويعضد الأول قوله ﷺ « ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئا» أخرجه البزار والطبراني من حديث أبي الدرداء بسند حسن . ينظر : الأشباه والنظائر المؤلف : جلال الدين السيوطي - الناشر: دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م – ص ٦٠.

(٥٨) وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ – المصدر السابق – ج ٤ – ص ٣٠٤٩ .

(٥٩) فالعقود لدى الفقهاء المسلمين يقترن بها نوعان من الشروط هما الشروط الشرعية . وهي تلك التي اشترطها الشارع في العقود كالزواج والبيع والهبة والوصية . والشروط الجَعْلية : وهي ما يشترطه المكلف، كما لو اشترطت المرأة تقديم معجل المهر كله، وكما لو اشترط المشتري نقل المبيع أو استلامه في مكان معين . ولا بد أن يكون الشرط الجعلي موافقًا لحكم الشرع، ومتفقًا مع مقتضى العقد أو التصرف، فإن كان منافيًا له بطل التصرف، كما لو اشترطت المرأة في عقد الزواج عدم المعاشرة، ولذا تتفاوت درجات الشرط الجعلي. فإما أن يكون مكملًا لحكمة الشرع ومتفقًا مع مقتضى العقد، كاشتراط الكفالة أو الرهن في الدَّيْن المؤجل، وهذا القسم متفق على صحته. وإما أن يكون الشرط الجعلي مخالفًا لمقتضى العقد ومتعارضًا معه كأن يشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته، وهذا القسم متفق على بطلانه وإلغائه. وإما أن يكون شرطًا زائدًا على مقتضى العقد، وهو الذي يقترن فيزيد من التزامات أحد الطرفين، أو يقوي هذه الالتزامات، وحكم هذا النوع مختلف فيه بين المذاهب اختلافًا واسعًا، فقد أجازه وتوسع به المذهب الحنبلي والمالكي، وضيق فيه المذهب الحنفي والشافعي.

ينظر : محمد مصطفى الزحيلي : الوجيز في أصول الفقه الإسلامي- الناشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م ج ١ – ص ٤٠٨ – ٤٠٩ . ينظر ايضا : عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع - الناشر: مطبعة المدني «المؤسسة السعودية بمصر» - ص ١١٤.

(٦٠) الفقه الاسلامي وادلته للزحيلي – المصدر السابق – ج ٤ – ص ٣٠٥١ - ٣٠٥٢ .

(٦١) قاعدة : [الأصل في الأبضاع التحريم] ويقول السيوطي : فإذا تقابل في المرأة حل وحرمة، غلبت الحرمة، وقال ابن نجيم تعقيبا على ذلك : (ولهذا لا يجوز التحري في الفروج) وهو عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته . وفي مبسوط السرخسي: إذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثا ثم نسيها، وكذلك إن متن كلهن إلا واحدة لم يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة . انظر : الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ لابن نجيم - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م - ص ٥٧ - الأشباه والنظائر للسيوطي – المصدر السابق - ص ٦١ . الموسوعة الفقهية الكويتية – ج ٣٢ – ص ٩٣ .

(٦٢) انظر : المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٦٣) اسماعيل غانم – المصدر السابق – ص ٢٩٠ – ٢٩١ .

(٦٤) ينظر: الدكتور حسن علي الذنون – المصدر السابق – ص ١٢٥ – ١٢٦ . ينظر ايضا : الدكتور : درع حماد – المصدر السابق – ص ١٩٢ .

(٦٥) انظر : الدكتور : درع حماد المصدر السابق – ج١ – ص ١٩٣ . الدكتور : حسن علي الذنون – المصدر السابق – ص ١٢٨ -١٢٩ - عبد المجيد الحكيم - واخرون – المصدر السابق – ج١ – ص ١٢٥ – ١٢٦ – اسماعيل غانم – المصدر السابق - ٢٩٥

(٦٦) انظـر المصادر السـابقة نفسـها : الدكتور : درع حمـاد – ج١ – ص ١٩٧ . الدكتـور : حسـن علي الذنـون – ص ١٢٩ - ١٣٠ - عبـد المجيـد الحكيم - واخـرون – المصدر السـابق – ج١ – ص ١٢٦ - ١٢٧ – اسـماعيل غانـم – ٢٩٧ . للتفصيل اكثر انظر : الدكتور – عصمت عبد المجيد بكر - نظرية العقـد في القوانين المدنية العربية – دراسـة مقارنة في القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الاشارة الى احكام الفقه الاسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في ابرام العقد – دار الكتب العلمية - ١٩٧١ .

(٦٧) حلمـي بهجـت بـدوي المصـدر السـابق – ص ٢٥٢ – ٢٥٣ . تنـص المـادة ١٤٧ مـن القانـون المدنـي العراقي : ١ – اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقديـن وللخلـف الخاص اذا كانوا حسـني النية ان يتمسـكوا بالعقـد الصوري كمـا ان لهم ان يثبتوا صورية العقـد الذي اضر بهم وان يتمسـكوا بالعقد المسـتتر. ٢ – واذا تعارضت مصالح ذوي الشـأن فتمسـك البعض بالعقـد الظاهر وتمسـك الآخرون بالعقد المستتر كانت الافضلية للاولين.

(٦٨) الحقيقة هي الكلمة المسـتعملة في معناها الحقيقي, ايـا كانت هـذه الحقيقة : لغوية اوشـرعية اوعرفية, فهـي اللّفـظ المسـتعمل فيمـا وُضِع له. مثـل : لفظ "الأسد" حينما يسـتعمل للدلالة على الحيوان . وأما المجاز هو اللّفظ المسـتعمل في غير ما وُضِع له في اصطلاح التخاطب، مثل لفظ "الأسـد" إذا اسـتعمل للدّلالـة على الرجل الشـجاع، مع قرينـة دالّة على ذلك، كذلك اسـتعارة لفظ الصلاة للدلالة على الدعاء أو الدابـة للدلالة على الحمار. ينظر : مفتاح العلوم: يوسـف بن أبـي بكر بن محمـد بن علي السـكاكي الخوارزمـي الحنفي أبو يعقوب (المتوفى: ٦٢٦هـ) ضبطه وكتب هوامشـه وعلق عليـه: نعيم زرزور الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان – الطبعة : الثانيـة، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م – ص ٣٥٩ . ايضا : البلاغـة العربيـة : عبد الرحمن بن حسـن حَبَنَّكَة الميداني الدمشـقي (المتوفى: ١٤٢٥هـ) - الناشـر: دار القلم، دمشـق، الدار الشامية، بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م – ج ٢ – ص ١٢٨ .

(٦٨) عبد المجيد الحكيم واخرون - المصدر السابق - ص ٦٨ – ٦٩ ,

(٧٠) ينظر: رمضان ابو السـعود – المصدر السـابق – ج ٢ – ص٤٧. تنـص المـادة ٤٢٨ مـن القانون المدنـي المصـري (يلتـزم البائع ان يقـوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع الى المشـتري وان يكف عن اي عمل من شـأنه ان يجعل نقل الحق مستحيلا او عسـيرا) وتنـص المادة ١٨ من قانون التسـجي العقـاري المصري على ان (جميع العقود الصادرة بين الاحياء بعوض او بغير عوض والتي من شانها انشاء حق ملكية او حق عيني عقاري اخر او نقله او تغييره او زواله , وكذلك الاحكام النهائية التي يترتب عليها شـئ من ذلك , يجب شهرها بواسطة تسجيلها في قلم كتـاب المحكمة الابتدئيـة الكائن في دائرتها العقار او في المحكمة الشرعية ..... ويترتب على عدم التسـجيل ان الحقوق المشـار اليها لا تنشـأ ولا تنتقـل ولا تتغير ولا تزول الا بيـن المتعاقدين ....) ونتيجـة لذلك فقـد توجه القضاء المصري مسـايرة منـه للنصـوص القانونية فجـاءت قراراتـه لتؤكد عدم انتقـال ملكية المبيع للمشـتري الا بالتسجسـل في الشـهر العقاري . للتفصيل انظر: عدنان هاشـم جواد الشـروفي - أثر عقـد البيع الخارجي على نقل ملكية العقار -دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة جامعـة بكربلاء – العدد ١٢ – المجلد ٣ – تشـرين اول ٢٠٠٥ - ص ١٢٩ .

(٧١) الدكتور حسـن علي الذنون – المصدر لسـبق – ص ٣٥٥ .

(٧١) انظر: الدكتور درع حماد – المصدر السابق – ج ٢ – ص ٥٤ – ٥٥ .

(٧٢) انظـر المـواد ٧٤٠ – ٧٤١ مـن القانن المدني العراقي .

(٧٤) تستثنى من حكم هذه المادة العقارات المعدة للسكنى المبنية حديثا واكتمل بنائها في ١٩٩٨/١/١ أو بعده وتكون مدة نفاذ عقد الإيجار فيها وفق اتفاق الطرفين.

(٧٥) انظر : المادة ١٧ من قانون ايجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩

(٧٦) الدكتور جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المدنية – البيع – الايجر – المقاولة – دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية – النشر – العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة – دون سنة طبع – ص ٢٩٦ . ينظر ايضا : الدكتور سعيد مبارك – الدكتور طه الملا حويش – الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي – الموجز في العقود المسماة – البيع – الايجار – المقاولة – شركة العاتك لصناعة الكتاب – بيروت – ٢٠١٧ – ٢٠١٨ – ص ٣٥٢ – ٣٥٣.

(٧٧) انظر: خالد عبد حسين الحديثي – تكميل العقد – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الاولى ٢٠١٢ - ص ١١.

(٧٨) خالد عبد حسين الحديثي – المصدر السابق - ص ٤٠ وما بعدها .

قائمة المصادر والمراجع

١- أ. د. مصطفى الزلمي - د. ياسر باسم ذنون السبعاوي – الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبي والاطلاق – دراسة في ضوء قواعد الفلسفة –مجلة بحوث مستقبلية - المجلد : ٤- الاصدار - ٢٠٠٦.

٢- ابن بطال - شرح صحيح البخارى - دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض- الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .

٣- ابن حزم : المحلى بالآثار - الناشر: دار الفكر – بيروت الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.

٤- ابن ماجه - السنن - الناشر: دار إحياء الكتب العربية .

٥- ابن نجيم : الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م .

٦- أبو داود السجستاني – السنن - الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت .

٧-الإحكام في أصول الأحكام - ابن حزم - الناشر: دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٨-أحمد الريسوني - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي - الناشر: الدار العالمية للكتاب الإسلامي – الطبعة : الثانية - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م .

٩- احمد محمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية - الناشر: دار القلم - دمشق / سوريا - الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

١٠- اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – مصادلر الالتزام – الناشر – مكتبة عبدالله وهبة – ١٩٩٦.

١١- الامام احمد بن حنبل : المسند - الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م.

١٢- البخاري : صحيح البخاري - الناشر: دار طوق النجاة - الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ .

١٣- البيهقي : السنن الكبرى - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان – الطبعة - الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

١٤- خالد عبد حسين الحديثي – تكميل العقد – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الاولى ٢٠١٢ .

١٥- الخوارزمي : مفتاح العلوم : يوسف بن أبي بكر بن محمد بن علي السكاكي الخوارزمي الحنفي أبو يعقوب (المتوفى: ٦٢٦هـ) ضبطه وكتب هوامشه وعلق عليه: نعيم زرزور الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان – الطبعة : الثانية، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

١٦- د. ادم وهيب النداوي – شرح قانون الاثبات – بغداد – ١٩٨٦ .

١٧-الدكتور : عصمت عبد المجيد بكر - نظرية العقد في القوانين المدنية العربية – دراسة مقارنة في القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الاشارة الى احكام الفقه الاسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في ابرام العقد – دار الكتب العلمية - ١٩٧١ .

١٨- الدكتور : درع حماد – النظرية العامة للالتزامات – مكتبة السنهوري – ٢٠١٦ .

١٩-الدكتور : سعيد مبارك – الدكتور طه الملا حويش – الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي – الموجز في العقود المسماة – البيع – الايجار – المقاولة – شركة العاتك لصناعة الكتاب – بيروت – ٢٠١٧ – ٢٠١٨ .

٢٠- الدكتور : سليمان مرقس الاثبات – ج٢ الادلة الخطية واجراءاتها .

٢١- الدكتور : سمير عبد السيد تناغو – احكام الالتزام والاثبات – الناشر - مكتبة الوفاء القانونية – الطبعة الاولى – ٢٠٠٩ .

٢٢- الدكتور : عبد المجيد الحكيم ، اعبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٠.

٢٣- الدكتور : عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – ١٩٩٠.

٢٤- الدكتور : عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع - الناشر: مطبعة المدني «المؤسسة السعودية بمصر» .

٢٥- الدكتور : عصمت عبد المجيد بكر – شرح قانون الاثبات – المكتبة القانونية – بغداد – دون سنة طبع.

٢٦- الدكتور : عصمت عبد المجيد بكر- ادم وهيب النداوي – الموجز في قانون الاثبات.

٢٧- الدكتور :عباس العبودي, شرح احكام قانون الاثبات – دراسة مقارنة – في ضوء احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ والقوانين المقارنة معززة بالتطبيقات القضائية .

٢٨- الدكتور :عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ١ نظرية الالتزام بوجه عام.

٢٩- الدكتـور جعفـر الفضلـي – الوجيز في العقـود المدنية – البيع – الايجر – المقاولة – دراسـة في ضوء التطـور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية – النشر – العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة – دون سنة طبع .

٣٠- الدكتور: حسن علي الذنون، النظرية العامـة للالتزامات، مصـادر الالتزام – احكام الالتـزام – اثبات الالتزام . دار الحرية للطباعة - بغداد – ١٣٩٦ – ١٩٧٦م .

٣١- الدكتور: رمضان ابو السعود – دار الجامعة الجديدة – ٢٠١٦ .

٣٢- الزحيلي – الفقه الاسـلامي : الناشر: دار الفكر - سوريَّة – دمشق – الطبعة : الرَّابعة.

٣٣- سيد سـابق : فقه السنة - الناشر: دار الكتـاب العربـي، بيـروت – لبنـان – الطبعة الثالثة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

٣٤- السيوطي : الأشباه والنظائر - الناشر: دار الكتـب العلمية - الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م .

٣٥- عدنـان هاشـم جواد الشـروفي - أثر عقـد البيـع الخارجي علـى نقل ملكيـة العقار -دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة جامعة بكربلاء – العدد ١٢ – المجلد ٣ – تشرين اول ٢٠٠٥ .

٣٦- علي حيـدر : درر الحكام في شـرح مجلـة الأحكام - الناشـر: دار الجيـل الطبعة : الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م .

٣٧- مجلـة الأحـكام العدليـة – الناشـر: نـور محمد، كارخانه تجـارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي .

٣٨- محمد مصطفـى الزحيلـي : الوجيز في أصول الفقه الإسـلامي- الناشر: دار الخير للطباعة والنشـر والتوزيع، دمشـق – سـوريا الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .

٣٩- مسـلم – صحيح مسلم - الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت .

٤٠- الموسـوعة الفقهيـة الكويتيـة صادر عـن: وزارة الأوقاف والشـئون الإسـلامية – الكويت .

٤١- الميداني الدمشـقي : البلاغة العربية: عبـد الرحمن بن حسـن حَبَنَّكَة - الناشـر: دار القلم، دمشـق، الدار الشامية، بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

The Contract as a Legal Fact

Lect.Abbas Fadhel Abbas(*)

Abstract

The contract was and is still one of the most prominent issues that concern researchers in civil law, if it is not the most prominent one at all, and the contract is the most important source of commitment. The principle is that the commitments of the contract are the result of the agreement of the contracting parties, and this is a matter of which no two disagree, but there are cases in which the commitments of the contract are not the outcome of the agreement of the parties to the contract, but rather are commitments arranged by the law. The contract remained valid with the amendment of its commitments, and in fact the issue of turning the contract into a legal event is not the subject of agreement among the jurists, but nevertheless it is possible that some commitments may arise and the outcome of the agreement of the parties to the contract is not.

(*) Al- Iraqia University /College Of Law & Political Science