# النظام القانوني لعقد الضد

د.سعد ربيع عبد الجبار/ جامعة الأنبار/ كلية القانون والعلوم السياسية م.م. إبراهيم حمود مهنا /جامعة الأنبار/ كلية القانون والعلوم السياسية
م.م. إسراء ناطق عبد الهادي/ هيئة التعليم التقني/ الكلية التقنية الإدارية بغداد

Abstract

The unnamed contract have been dealt in this study. This study explained the meaning of the contract, the way of its construction, and the results of its construction, because this type of contract has huge legal importance by protecting the foreign people about the contract, who deal with the both sides of the unnamed contract. This study has been divided into two parts; the first part dealt with legal concepts and the way of construction. The second part discussed the legal results which followed the construction from two viewpoints; related to persons and that which related to the issue.

**الملخص**

تناولنا في هذه الدراسة نظاما قانونيا لعقد غير مسمى بينت مفهومه والية انعقاده وبيان اثاره للاهمية القانونية الكبيرة التي يحتلها من خلال حماية الاغيار حسني النية المتعاملين مع طرفي هذا العقد, و الحد من تحايل المدين القانوني بالتهرب من دائنيه وذلك بابرام تصرفات قانونية تؤدي الى اضعاف ذمته المالية التي هي الضمان العام للدائنين. فهو عقد مستتر وراء عقد ظاهر صوري لا يختلف مع الاخير من حيث الاطراف وانما يختلف معه من حيث طبيعة العقد او اركانه وشروطه. وقد ارتأينا تقسيم البحث في هذا الموضوع الى مبحثين تناولنا في الاول المفهوم القانوني لعقد الضد والية انعقاده ونبحث في الثاني الاثار القانونية التي يرتبها من حيث الاشخاص ومن حيث الموضوع ونختتمه بخاتمة نبين فيها اهم النتائج والمقترحات.

**المقدمة**

توصف الذمة المالية للمدين بانها الضمان العام للدائنين في استيفاء ديونهم وان جوهر هذا الضمان العام يقوم على الثقة ومظهره ان الدائن يعتمد على اموال المدين في

ضمان الوفاء بدينه كما يعتمد على حسن نية تصرف المدين في امواله بالقدر الذي لايؤدي الى اضعاف عناصر ذمته المالية. وان الشخص بغض النظر عن صفته كونه دائنا ام مدينا يقوم بتلبية حاجته في حصوله على الاشياء او منافعها دون رقبتها عن طريق ابرام التصرفات القانونية التي تكون كفيلة لذلك, فيقوم بابرام التصرفات القانونية الناقلة للملكية مثل البيع والهبة والقرض اذا كان يرغب في تملك عين او حقا معينا او رغب في اخراج ملكيتها من ذمته المالية ليدخلها في ذمه مالية اخرى, ويقوم بابرام التصرفات الناقلة للمنفعة اذا رغب في الحصول على منفعة الشئ لا رقبته كأن يبرم عقد ايجار, ويقوم باجراء التصرفات الواردة على العمل اذا رغب القيام بعمل كأن يبرم عقد مقاولة.

ومعلوم ان المشرع العراقي لم يضع حدا لهذه التصرفات فقنن بعضا منها ووضع لها اسماء واحكاما قانونية خاصة وترك بعضا في اشارة منه لاهمية التصرفات المقننه وكثرت تداولها ولعدم قدرت المشرع على حصر جميع التصرفات الجائزة, لذلك لا يتبادر الى الذهن عدم جواز التصرفات غير المقننه وانما هي بطبيعتها تصرفات جائزة الا اذا خالفت النظام العام والاداب العامة.

بيد ان اساس الثقة الذي قام عليه الضمان العام للدائنين قد يتزعزع اذا لجأ المدين الى اجراء تصرفات قانونية لا يجني من ورائها الحصول على النفع مباشرة بالقدر الذي يؤدي الى الاضرار بدائنيه وبالتالي يكون للمدين نفعا غير مباشرا منها وهو عدم تسديده لذلك الدين او التاخر في التسديد.

وحيث ان دور التصرفات التي يباشرها المدين المعنية هو افراغ ذمة المدين المالية او اضعافها فمن الاكيد ان المدين لم يكن قاصدا الالتزام باثارها كمن يقوم بهبة جزء من امواله الى شخص اخر قاصدا تهريب هذه الاموال من تنفيذ الدائن عليها, فالواهب لايرغب البته في الالتزام باثار عقد الهبة لان في ذلك اضرارا في ذمته المالية لذلك يتفق مع الموهوب له اتفاقا خفيا مضادا لعقد الهبة ويكشف فيه حقيقة الاخير, ويسمى الاتفاق الحقيقي بعقد الضد, ويحتل هذا التصرف اهمية كبيرة متأتية من كيفية تحايل المدين القانوني في المحافظة على ذمته المالية من دائنيه وبالتالي فان هذا الامر يؤدي بالضرورة الى الاضرار بهم. وبناءا على ما تقدم ولعدم وجود دراسة متخصصة تبين النظام القانوني لعقد الضد دفعنا ذلك الى بحثه بشكلا مفصل باعطاء مفهومه القانوني وكيفية انشائه وبيان اثاره التي تنقسم من حيث سريانها بالنسبة للاشخاص وبالنسبة للموضوع, وتكون هذه الدراسة في التشريع العراقي الذي نظم احكام

هذا العقد بشكل غير متكامل لذلك فهو بحاجة الى سد النقص التشريعي.

واخيرا فان الخطة التي ننتهجها في البحث في النظام القانوني لعقد الضد نقسمها الى مبحثين نتناول في الاول مفهوم عقد الضد والية انعقاده ونتناول في البحث الثاني اثار عقد الضد من حيث الاشخاص ومن حيث المضمون, ونختتم البحث بخاتمة نبين فيها اهم النتائج والمقترحات.

المبحث الاول

مفهوم عقد الضد و الية انعقاده

ينشأ عقد الضد شانه في ذلك شأن العقود الاخرى و ذلك بمروره المراحل الطبيعية التي تمر بها العقود بوجه عام ؛ التكوين التنفيذ و الانتهاء. لكن عقد الضد كتصرف قانوني مستتر بالتصرف الصوري يتميز ببعض العناصر الخاصة ذات الاثر في تكوين العقد و تنفيذه بوجه خاص. و على ضوء ذلك نعرض في مطلب اول المفهوم القانوني لعقد الضد و نعرض في مطلب ثاني تكوين العقد و نتناول فيه كيفية انعقاده.

المطلب الاول

المفهوم القانوني لعقد الضد

لم يضع المشرع تعريفا لعقد الضد و لم يشرع له احكاما قانونية خاصة بصورة مباشرة , و معنى هذا ان عقد الضد هو من العقود الغير المسماة , لذلك نعول في بيان المفهوم القانوني له الى ما ذهب اليه الفقه في تعريفه. فعقد الضد هو الاتفاق الحقيقي الذي يبرم بين المتعاقدين على اثر اتفاقهما الصوري, فهو يبين حقيقة التصرف بين الطرفين و يقابل الصورية التي لا يكون فيها للتصرف في حقيقة الواقع[1]. و يطلق عليه البعض ورقة الضد[2], فعقد الضد هو العقد الحقيقي الذي يحكم العلاقة فيما بين المتعاقدين او بين احدهما و الخلف العام للمتعاقد الاخر و كان العقد الصوري لم يوجد على الاطلاق فيستبعد و معه كافة احكامه[3].

اذا عقد الضد هو عقد حقيقي بين الطرفين المتعاقدين ومستتر بعقد ظاهر يختلف عنه بالطبيعة او الاركان او الشروط , و يكون الطرفان قصدا التمسك بالعقد المستتر الحقيقي مع التظاهر بالقصد الى العقد الظاهر.

و يلجأ الى هذا التصرف القانوني غالبا المدين ليخفي حقيقة تصرفه الذي يرمي فيه الى التهرب من دفع دينه الى دائنه و احيانا يصدر عقد الضد من شخص ليس بمدين و يكون دافعه مشروعا و سنبحث هذا الامر في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثاني

انعقاد عقد الضد

ينعقد عقد الضد بتوافر اركانه الثلاثة و هي التراضي و المحل و السبب , و يشترط ركن الشكلية اذا ورد العقد على عقار او منقول يستوجب المشرع لانعقاده التسجيل لدى جهة

معينة كالبيع الوارد على السيارة الا ان عقد الضد لا يمكن استيفاء الشكلية فيه لان في ذلك تعارض مع حقيقته باعتباره تصرفا مستترا.

بناء على ما تقدم نتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع نخصصها للبحث في اركانه دون الشكلية التي سنقوم ببحثها مفصلا في المبحث الثاني.

الفرع الاول

التراضي

التراضي هو ارادة المتعاقدين في انشاء العقد و الالتزام باثاره[□]. و يشترط في التراضي ان يكون موجودا و صحيحا, فبالنسبة لوجود الرضا هو وجود الارادة بان يعبر عنها الانسان و يظهرها للعالم الخارجي المحسوس و تتجه الارادة الى احداث اثرا قانونيا , و لا يشترط في التعبير عن تلك اللارادة طريقة معينة , و توجد الارادة ايضا بتطابق الايجاب مع القبول[□], بالاضافة الى ان ينصب التراضي على المسائل الجوهرية و هي طبيعة العقد و المحل و عليه يجب ان تتجه ارادة المتعاقدين الى الاعتراف بوجود عقد صوري و عقد حقيقي مستتر فاذا كان العقد الاول جديا لا صوريا و قصد به تحقيق غرض ليس هو الغرض المباشر من العقد (اخفاء عقد اخر) كالمدين الذي يتصرف في امواله تصرفا جديا ليحول دون دائنيه و التنفيذ عليها يكون تصرفه بعيدا عن نطاق الصورية و لا يخضع الا للدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها , و كذلك تنتفي الصورية اذا تضمن العقد الظاهر اشارة الى العقد الحقيقي[□].

و يشترط ايضا في ارادة المتعاقدين ان تكون متعاصرة ذهنيا ,أي يكون صدورهما معا في وقت واحد, و المقصود بالمعاصرة الذهنية أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين و انعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر و ان صدر التصرف المستتر (عقد الضد) بعد ذلك. و يعود تقدير توافر المعاصرة الذهنية من عدمه من اختصاص محكمة الموضوع , فلو اتفق الطرفان على الصورية وقت ابرام العقد ثم حررا عقد الضد في وقت لاحق كنا هنا بصدد صورية , و لكن اذا ابرم الطرفان تصرف معين ثم ابرم بعده بمدة طويلة تصرف اخر يتعارض معه لم نكن هنا بصدد صورية و انما بصدد تعديل او الغاء الاول[□].

و نضيف الى ما تقدم ان يكون الرضا صحيحا اي سليما من العيوب و هي الغلط و الاكراه و التغرير مع الغبن و الاستغلال , و التي ان اقترنت بالرضا تجعل من العقد موقوفا على اجازة من وقع فيها و يمارس حقه في نقض العقد بفترة لا تتجاوز الثلاثة اشهر تبدأ من تاريخ علمه بالغلط او زوال الاكراه او انكشاف التغرير مع الغبن , عدا الاستغلال الذي يجب التفرقة فيه بين ما اذا ورد تصرف من تصرفات التبرع و الذي يجعل من العقد

باطلا, و بين وروده على تصرف من تصرفات المعاوضة و الذي لم يعطى فيه الحق لمن كان ضحية الاستغلال ان ينقض العقد و انما يكون له الحق في المطالبة برفع الغبن الى الحد المعقول و ذلك في سنة من تاريخ وقوع الاستغلال[□].

و جدير بالذكر ان اطراف عقد الضد هم ذاتهم اطراف العقد الظاهر الا اذا كانت الصورية بالتسخير , و التي يقصد بها اخفاء احد طرفي التصرف وراء شخص اخر بقصد التحايل على احكام القانون كما لو وهب شخص مالا لاخر و يكون الموهوب له في العقد المذكور ليس هو المقصود بالهبة بل المقصود شخص اخر يغلب ان تكون الهبة غير جائزة له فيوسط الواهب بينه و وبين الموهوب له الحقيقي شخصا مسخرا تكون مهمته ان يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها الى الموهوب له الحقيقي[□].

و قد اورد المشرع العراقي احكاما مختلفة للصورية بطريق التسخير كما في نص المادة (595) من القانون المدني العراقي التي منعت عمال القضاء و المحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها و نص المادة (596) التي منعت المحامي من التعامل بالحقوق ذاتها.

الفرع الثاني

المحل في عقد الضد

المحل هو الشئ الذي يلتزم المدين به, و المدين يلتزم بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل او اعطاء شئ[□□]. و تجدر الاشارة ان المحل في عقد الضد هو ذاته في العقد الصوري او جزء منه, فاذا كان العقد الصوري عقد بيع و عقد الضد (المستتر) هو عقد هبة و الشئ الموهوب كمية من الذهب ,في هذا الافتراض يكون عقد الضد (الهبة) متحد مع العقد الصوري (عقد البيع) بجزء من المحل لان المحل في عقد البيع يتكون من جزئيين هما المبيع و الثمن[□□], اما عقد الهبة فينتفي فيه ركن الثمن . و تسمى هذه الصورية بطريق التستر و هي التي يقصد بها اخفاء طبيعة التصرف القانوني بين الطرفين. و قد يكون المحل في عقد الضد هو ذاته في العقد الصوري كأن يتم الاتفاق الظاهري على عقد بيع بثمن معين مع اخفاء اتفاق مستتر يكون فيه الثمن اعلى او اقل من الثمن المعلن حتى يتهرب المدين بتصرفه هذا من مطالبة الشفيع بحقه في الشفعة او يتهرب من دائنيه . في هذا الفرض يكون المحل في عقد الضد هو ذاته في العقد الصوري ,و تسمى هنا الصورية بطريق المضادة و تعرف بانها الصورية التي لا تتناول وجود العقد او طبيعته بل ركنا او شرطا فيه[□□].

ايا كان الامر فانه يشترط في المحل كما يشترط في العقود الاخرى ان يكون موجودا عند ابرام العقد او قابلا للوجود في المستقبل[□□] , فاذا تبين انه غير موجود اصلا او كان موجودا ولكنه هلك قبل العقد فلا ينعقد العقد ولا ينشأ التزام على أي من الطرفين , ويشترط فيه ايضا ان يكون ممكنا اذ لابد ان يكون العمل او الترك الذي ورد عليه العقد ممكنا. اما اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا[□□] .اما اذا كانت الاستحاله نسبية أو استحالة شخصية خاصة بشخص المدين فلا تؤثر على ابرام العقد ويلزم المدين بالتعويض[□□] . وكذلك يشترط في المحل ان يكون معينا او قابلا للتعين بحيث يكون معلوما للمتعاقدين علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة والغرر[□□] . واخيرا يشترط في المحل ان يكون قابلا للتعامل فيه فلا يوجد في طبيعة الشيء مايمنع التعامل فيه بالاضافة الى نص القانون وان لا يكون مخالفا للنظام العام والاداب[□□] .

الفرع الثالث

السبب

يتصل السبب اتصالا وثيقا بالارادة لان الارادة لا تتحرك الا لتحقيق غرضا معينا ولا يتصور ان يلتزم الشخص بارادته التزاما معتبرا في القانون دون وجود سبب دفعه لذلك , على انه اذا كان السبب والارادة عنصرين متلازمين فان السبب يظل عنصرا متميزا عن الارادة فالغرض الذي اتجهة اليه الارادة , لذلك لايدخل في تكوين الالتزام وانما يتعلق بنوايا العاقد في شأن اهداف تكمن وراء الفائدة التي يحصل عليها بموجب العقد[□□] .

و اذا كان الامر كذلك فان السبب يخلتف من عقد الى اخر و من شخص الى اخر بحسب الدوافع الخاصة لكل متعاقد , الا انه بامكاننا القول ان السبب في العقد الظاهر هو غالبا ما يكون اخفاء عقد حقيقي اما يقصد المتعاقد منه الاضرار بالدائن او الشفيع او انه غير مرخص له بان يبرم نوع من التصرفات القانونية فيوكل امر القيام بهذا النوع لشخص اخر و يقوم بدوره بابرام عقد مستتر مع الوكيل لينقل له الحق الذي كان نتيجة هذا التصرف خفية او أي فرض اخر , و التي يطغى عليها في مجملها ان السبب الرئيس وراء ابرام العقد الظاهر هو اخفاء هذا العقد بعقد ظاهر للتعليل المذكور. اما السبب الذي يكمن وراء عقد الضد فيمكن القول انه يبرم بقصد محافظة المتعاقد على حقوقه كونه دليل اثبات عكس الظاهر بمجمله او بجزء منه؟, و لما كانت الغاية الاساس من وراء عقد الضد هي الحجية في اثبات حقوق لا يضمنها العقد الظاهر فالاولى في عقد الضد ان يكون مكتوبا و على الرغم من ذلك لم ينص المشرع العراقي على شكل معين لعقد الضد و انما ترك تحديد ذلك للقواعد

العامة و لحرية المتعاقدين يحررونه بالشكل الذي يرونه مناسبا لذلك فقد يتم تنظيمه على شكل سند عادي او رسمي و يمكن ان ينظم احد العقدين (الظاهر و المستتر) بشكل سند عادي و الاخر بشكل عقد رسمي.

و يشترط في السبب ان يكون موجودا و مشروعا غير مخالف للنظام العام و الاداب العامة كما نصت على ذلك المادة (132) من القانون المدني العراقي , و قد افترض المشرع في المادة ذاتها ان لكل تصرف قانوني سببا و افترض ايضا مشروعية هذا السبب المفترض و القى عبء اثبات عكس ذلك على من يدعي خلاف ذلك الافتراض.

المبحث الثاني

الاثار القانونية لعقد الضد

قدمنا ان عقد الضد يبرم سرا بين المتعاقدين ليمحو اثر عقد ظاهر او يعدل فيه او بعبارة اخرى يمحو اثر العقد الظاهر كلا او جزئيا كما اذا اراد مدين تهريب شئ له من دائنه فيبيعه بيعا صوريا لاخر و يبرم معه اتفاقا حقيقيا يبقي الشئ في ملكه. الا ان هذا الاتفاق في حال ابرامه فان طبيعته الخاصة ترتب اثارا قانونية يتميز بها عن غيره من العقود و تختلف هذه الاثار باختلاف الاشخاص و باختلاف المال الذي يكون محلا لهذا العقد لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين نبحث في الاول اثر العقد من حيث الاشخاص و نتناول في الثاني اثر العقد من حيث الموضوع.

المطلب الاول

اثر عقد الضد من حيث الاشخاص

اقر المشرع العراقي التصرف الصوري الذي يبرمه المتعاقدين و في ذات الوقت اجاز لهما التحفظ على هذا التصرف الظاهر بتصرف حقيقي مستتر و ذلك في المادتين (147 و 148 ) من القانون المدني العراقي , و لكي يحفظ المشرع حق الغير و حقوق المتعاقدين جعل من اثر العقد مختلفا تبعا لاختلاف الاشخاص لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين كلاتي:

الفرع الاول

اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

نصت المادة 148 من القانون المدني العراقي على ما ياتي (يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام و لا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم).

و من هذا النص يتضح لنا انه اذا اتفق المتعاقدان على ابرام تصرف معين و لكنهما اخفياه في صورة تصرف اخر لا وجود له في الحقيقة فالذي ينفذ في حقهما هو التصرف الحقيقي الذي اراده الطرفان دون التصرف الصوري الذي لم يريدا به اكثر من تصرفا كاذبا ليخفي التصرف الحقيقي , و الواضح من النص اعلاه ايضا ان هذه القاعدة تسري على الخلف

العام للمتعاقدين ايضا , و المقصود بالخلف العام هو من يخلف سلفه بجزء كبير او بكل ذمته المالية(□□) و خير مثال عليه هم الورثة. فالتصرف الصوري إذاً لا ينتج أي اثر في العلاقة بين المتعاقدين و خلفهما العام ما دامت الارادة لم تتجه اليه(□□). فاذا ستر شخصان هبة ابرماها في صورة بيع فان الذي يسري في حقهما و في حق ورثة كل منهما هو العقد الحقيقي المستور أي الهبة دون العقد الصوري و هو عقد البيع.

و حيث ان القانون لم يشترط شكلا خاصا لعقد الضد الا انه لا بد ان يكون مكتوبا اذا كان العقد الظاهر مكتوبا(□□).

الفرع الثاني

اثر العقد بالنسبة للغير

نصت المادة (147) من القانون المدني العراقي على ما ياتي (1- اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص اذا كانو حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري كما ان لهم ان يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم و ان يتمسكوا بالعقد المستتر. 2- و اذا تعارضت مصالح ذوي الشان فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك الاخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين).

من النص يتبين ان المشرع راعى الاشخاص الذين ينخدعون بوجود التصرف الصوري و يتوهمون بصحته و يركنون اليه و يعولون عليه في معاملاتهم فلو ترك الامر للقواعد القانونية العامة ما اختلف اثر الصورية بالنسبة الى الغير عن اثرها بالنسبة للمتعاقدين , ففي كلا الحالتين لا يوجد في الواقع الا التصرف الحقيقي دون التصرف الصوري , الا ان العدالة تقتضي حماية حقوق هؤلاء على اساس اعتبار ان التصرف الكاذب الذي خدعهم هو تصرف حقيقي من شانه ان يرتب اثاره و ليس لمصطنعي الصورية القول بان الضرر لحقهم من هذا الوضع فهم من تسببوا في خديعة الناس و ما هذا الا مجرد تطبيق لنظرية سائدة اخذت جذورها تتشعب في دنيا القانون في و قتنا الحاضر و هي نظرية الوضع الظاهر(□□).

بيد ان الامر يحتم علينا بيان من هو الغير في الصورية ,

حدد القانون على سبيل الحصر و فقا لنص المادة (147) المذكورة انفا الاشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالعقد الصوري و هم:

1- دائنو المتعاقدين في التصرف , فلو ابرم تصرف صوري وليكن بيعا مثلا فلدائني كل من التعاقدين البائع والمشتري ان يتمسكو بالتصرف الصوري او الحقيقي ايهما لهم انفع سواء كان حق الدائن مستحق الاداء ام غير مستحق وسواء كان حقه سابقا على التصرف الصوري ام لاحقا له بشترط ان يكون خاليا من النزاع(□□) .

وواضح مما تقدم ان من مصلحة دائني البائع التمسك بالتصرف الحقيقي والقول بان لا يوجد بيع كي يبقى المبيع في ذمة مدينهم, و يستطيعون ايضا التمسك بالتصرف الصوري اذا كان المدين هو المشتري والقول بوجود البيع حتى يدخل المبيع في ذمة مدينهم وبالتالي يكون لهم الحق في التنفيذ عليه .

2- الخلف الخاص لكل من المتعاقدين في التصرف الصوري .

اعطى القانون ايضا هذا الحق للخلف الخاص لكل من المتعاقدين , ويقصد بالخلف الخاص هو من يخلف سلفه بجزء من ذمته الماليه[□□] , وبذلك يكون خلفا خاصا كل من يكسب من احد المتعاقدين حقا عينيا على الشئ موضوع التصرف الصوري . فلو باع شخص عينا لاخر بيعا صوريا فلكل من كسب حقا عينيا على هذه العين قبل التصرف الصوري او بعده من البائع او المشتري يعتبر من الغير في البيع الصوري الذي تم ومثال ذلك الدائن المرتهن الذي يرهن لديه البائع العين ثم يقوم بعد ذلك ببيعها بيعا صوريا , او مشتر ثان باع له البائع –بيعا جديا– العين مرة اخرى بعد ان باعها بيعا صوريا , او دائن مرتهن يرهن له المشتري الصوري العين , او مشتر ثان باع له المشتري الصوري باع له االعين بيعا جديا بعد ان اشتراها بعقد صوري[□□] .

ويسوغ للخلف الخاص ( لكل من المتعاقدين) التمسك بعقد الضد او العقد الظاهر سواء كان حقه قد نشأ قبل ابرام ذلك التصرف ام بعد ذلك فلا اهمية لتاريخ نشوء حق الخلف الخاص[□□] .

و مما سبق يتضح ان القانون و ان كان قد اعطى لهؤلاء الاشخاص الحق في التمسك بالعقد الصوري او الحقيقي ايهما اوثق لمصلحتهم. الا ان هذا الخيار لا يثبت لهم الا اذا كانوا حسني النية[□□]. بمعنى ان يكونوا غير عالمين بالصورية و العبرة في تقدير حسن النية هو وقت التعامل و نشوء الالتزام و حسن النية مفترض و على من يدعي العكس اثبات ما يدعيه و اذا ثبت علم الغير وقت تعامله بعقد الضد انتفت الحكمة من حمايته و لزمه عقد الضد شانه في ذلك شان المتعاقدين[□□].

و يثور التساؤل عما اذا كان يلزم لحرمان الغير من التمسك بالعقد الظاهر اثبات علمه الفعلي بالعقد المستتر ام انه يكفي في هذا الشان ثبوت امكانية علمه به.

و يرى جانب من الفقه انه اذا ما اشهر عقد الضد فلا يقبل من الغير ان يحتج بالجهل به بعد ذلك لان في هذا الاشهار او الاعلان قرينة على على علمه به و لكنها قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس[□□].

و متى كان للغير –كما قدمنا– ان يتمسك بعقد الضد او ان يتمسك بالعقد الظاهر

اذا كان في مصلحته و كان حسن النية فانه يمكن تصور وقوع تعارض بين مصالح الاغيار حيث يكون من مصلحة البعض التمسك بالعقد الظاهر و البعض الاخر يتمسك بعقد الضد, و نستطيع في هذه الفرضية ان نحقق الرغبتين معا اذ لا بد من تفضيل احداهما على الاخرى و لكن لمن تثبت هذه الافضلية فهل تثبت لمن تمسك بالعقد الظاهر ام تثبت لمن تمسك بعقد الضد. فلو احتكمنا للقواعد العامة لوجب ان نفضل التمسك بالعقد الحقيقي لانه العقد الذي انصرفت اليه ارادة المتعاقدين . الا ان المشرع العراقي وضع حكما لحسم هذا النزاع في المادة 147 منه رجح فيه كفة من يتمسك بالعقد الظاهر او الصوري توجها منه لتوفير ضمان اكثر لاستقرار المعاملات و رعاية للاغيار الحسني الذين اطمأنوا الى العقد الظاهر و رتبوا تعاملهم على اساسه.

المطلب الثاني

اثر عقد الضد من حيث الموضوع

عقد الضد بطبيعته كما في سائر العقود يرد اما على منقول او على عقار من حيث الموضوع ومن الجدير التذكير به هو ان كلا من العقد الظاهر وعقد الضد ينصبان على ذات الموضوع الا ان العقد الباطن يتناول العقد الظاهر بالتعديل سواء لجهة الشروط او الوصف او الشخص او أي عنصر من عناصره ويجب ان يكون هذا التعديل ممكنا قانونا والا اصبح العقد الظاهر هو الساري والملزم حتى فيما بين المتعاقدين.واستنادا لما قدمنا لابد لنا من تناول هذا المطلب في فرعين نخصص الاول لاثر عقد الضد اذا كان موضوعه منقول والثاني اثره اذا كان موضوعه عقار.

الفرع الاول

اثر عقد الضد الوارد على منقول

تنتقل ملكية المنقول في العقود الرضائية من لحظة ابرام العقد اذا كان معينا بالذات (قيمية) ومن تاريخ الافراز اذا كان معينا بالنوع (مثلية)[□□] والمقصود بالعقود الرضائية هي العقود التي لاتتطلب في انعقادها شكلية معينه[□□] من حيث الاصل وهذا الامر لا يحول دون ابرام عقد ظاهر مع الاحتفاظ بعقد الضد الحقيقي المستتر يفيد بنقيض العقد الاول بل هذا هو الاطار القانوني الطبيعي لابرام عقد الضد ذلك لعدم وجود الشكلية في هذه العقود.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه حول الشكلية الذي يشترطها المشرع في عقود البيع التي ترد على بعض المنقولات,اذ يقيد المشرع انعقاد العقد بمراعاة الشكلية التي يقررها كالقانون رقم(56) لسنة(1955) الذي يعتبر تسجيل عقد بيع الماكنة ايضا ركنا لانعقاده .فاذا ماتم عقد بيع وارد على سيارة وكان صوريا هل من الممكن ابرام عقد ضد خفي

يثبت حقوق للطرفين مغايرة للحقوق المقرة في العقد الظاهر ؟.

في حقيقة الامر لم اجد نصا خاصا يعالج هذه الحالة وبدورنا يمكننا القول ان من غير الممكن ابرام عقد ضد لان ذلك يستوجب الشكلية وهي تسجيله مرة اخرى في دائرة المرور واذا ما تم تسجيله سيلغى العقد الظاهر المسجل اولا .اما اذا لم يتم تسجيل الاتفاق الحقيقي او الظاهر فلا ينشأ عقد لانتفاء ركن من اركانه. واذا ابرم عقد ظاهر تم تسجيله واحتفظ الطرفين بسند عادي خفي حقيقي فانه لايكون متمتع بالقوة ذاتها التي يتمتع بها العقد الظاهر او الصوري ذلك لان الاخير هو سند رسمي موثق في دائرة رسمية وبالتالي من غير الممكن الاعتماد على السند العادي في اثبات عكس العقد الصوري او الظاهر الذي تم تسجيله.

ونخلص اخيرا ان عقد الضد لايكون له اثر بل حتى لاينشأ اذا ورد البيع على منقول يشترط المشرع شكلا معينا لانعقاده.

الفرع الثاني

اثر عقد الضد الوارد على عقار

اثر التصرفات القانونية الواردة على عقار انما هي تصرفات تمتاز بالشكلية المتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري فلا يكفي لقيامها التراضي وبالتالي فان الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير سواء بالنسبة للمتعاقدين او بالنسبة للاغيار الا بتسجيل ذلك التصرف في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما يستخلص من نصوص المواد (90و91و508والفقرة الثانية من المادة 1126و1203و 1324) من القانون المدني العراقي والمواد (2و3)من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 .

وحيث ان اشتراط المشرع العراقي وفقا للمواد المشار اليها تسجيل التصرفات القانونية التي ترد على عقار في دائرة التسجيل العقاري واعتبار هذه الشكلية ركنا في تلك التصرفات فان عدم تسجيلها تعد تصرفات باطلة لعدم اكتمال اركانها.

وبناء على ماتقدم لو ابرم عقد بيع عقار وتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فهو الذي تسري احكامه بالنسبة للاغيار حتى لو كان يخفي هذا العقد اتفاقا خفيا حقيقيا بين المتعاقدين ذلك لان الاخير يعد تصرفا باطلا اذ لابد من تسجيله حتى يكون صحيحا واذا تم تسجيل الاتفاق الحقيقي الخفي فانه يكون لاغيا للعقد الظاهر وتسري احكامه على الكافة سواء المتعاقدين ام الاغيار.

اما لو احتفظ المتعاقدين بسند عادي خفي حقيقي يناقض العقد الصوري الذي ورد على عقار فلا يمكن للطرفين الطعن بهذه الصورية استنادا الى المادة (149) والتي نصها الاتي (لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات

الواقعة على عقار مادام قد استوفى شرائط صحته) وبذلك فأن المشرع العراقي يمنع سماع دعوى الصورية بشأن التصرفات الواردة على عقار بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري. ويذهب جانب من الفقه عندنا في العراق(□□) الى ان هذا المنع يسري على المتعاقدين دون الاغيار بداعي ان العدالة تقتضي اعطاء غير المتعاقدين مكنة الطعن .

الا اننا نرى ان هذا المنع يسري بحق المتعاقدين والاغيار على حد سواء مع فتح المجال الضيق اما الاغيار على سبيل الاستثناء وقد اورد المشرع العراقي الاستثناءات على منع الغير من الطعن في الصورية وسنوجز هذه الاستثناءات بالاتي :-

1- لايسري هذا المنع على الشفيع صاحب حق الشفعة, فله ان يطعن بالصورية اذا كان الثمن صوريا ويدفع للمشتري ما دفعه من الثمن الحقيقي وهذا ما قضت به المادة (1128) من القانون المدني العراقي والتي نصها (الشفعه هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة).

2- يجيز قانون التسجيل العقاري في نص المادة (139) منه ابطال التسجيل العقاري استنادا الى قرار من الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي واما اذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز ابطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات.

3- لدائرة ضريبة الدخل ولدائرة التسجيل العقاري اثبات ان الثمن المسجل في دائرة التسجيل هو اقل من الثمن الحقيقي وانه ذكر لغرض التقليل من ضريبة الدخل او رسوم التسجيل. وللموصى له بعقار ان يقيم الدعوى على الورثة (دعوى الاستحقاق)وكذلك للوارث الذي لم يدرج اسمه في القسام الشرعي تصحيح هذا القسام وادخال اسمه فيه مع الورثة الاخرين.

**الخاتمة**

ان عقد الضد ليس حديث النشأة و انما هو عقد قديم نسبيا نصت عليه اغلب قوانين الدول و منها القانون العراقي , و ان البحث في النظام القانوني لعقد الضد لا يجد بريقه في ما يحققه من نتائج ضرورية من تعديل و اضافة للتشريع فحسب و انما تعطي دراسته طرحا جديدا في بيان مفهومه القانوني و كيفية انعقاده و ما يرتبه من اثار قانونية. و من خلال هذه الدراسة توصلنا للنتائج الاتية :

اولا : عقد الضد كنظام قانوني لا ينتمي للعقود المسماة فهو عقد لم يحظ من المشرع باسم و لا احكام قانونية خاصة و انما اكتفى بالاشارة غير المباشرة له في القواعد العامة للالتزامات و ذلك في الاحكام القانونية

المنظمة للصورية , لذلك جاءت معالجة المشرع العراقي لهذا الموضوع معالجة سطحية لم تبين له مفهوما قانونيا خاصا و لم يتطرق الى الية انعقاده و تكوينه بقيام اركانه.

ثانيا: ينعقد عقد الضد بقيام اركانه من رضا و محل و سبب و لا يشترط فيه الشكلية ركنا , حتى لو ورد على عقار او منقول و يشترط القانون تسجيل التصرف الذي يرد عليه, اما اذا استوفى الشكلية المعنية فسيخرج من كونه عقدا خفيا حقيقيا مستترا بعقد ظاهر و يكون هو العقد المعتمد و النافذ بين المتعاقدين و الغير على السواء لانه يكون في هذه الحالة معدلا او لاغيا للعقد الظاهر اذا كان الاخير مستوفيا للشكلية ايضا و تنتفي بذلك غايته المضادة للعقد الظاهر. بيد انه اذا لم تستوفى الشكلية فيه اذا ورد على عقار او منقول يشترط القانون تسجيل التصرف الذي يرد عليه فانه يعتبر عقدا باطلا و بذلك لا يؤت عقد الضد اثاره القانونية.

ثالثا: ان اطراف عقد الضد هم ذاتهم اطراف العقد الظاهر و الدافع فيه الى التعاقد غالبا اثبات حقيقة مختلفة عن التي اتى بها العقد الظاهر . اذاً عقد الضد يختلف عن العقد الظاهر فقط في طبيعة العقد او اركانه و شروطه, من شأن هذا الاختلاف ان يحفظ للمدين المبرم لعقد الضد حقه الذي يكون فقده في العقد الظاهر , و دلالة هذا الامر ان الاثر الذي يرتبه يمس اطرافه فقط و خلفهم العام ام الدائنين العاديين و الخلف الخاص لكل من المتعاقدين فتسري عليهم احكام العقد الظاهر , الا ان العدالة تقتضي بان تترك حرية الاختيار لهم بين العقد الظاهر و عقد الضد ان علموا به و هذا ما اخذ به المشرع العراقي في المادة(1/147) منه.

رابعا: بناء على النتائج المتقدمة نرى انه يتوجب على المشرع العراقي النص صراحة على النظام القانوني لعقد الضد و وضع الاحكام القانونية الخاصة به, و ذلك بوضع تعريفا خاصا له يبين مفهومه القانوني على غرار العقود المسماة كالبيع و الايجار و المقاولة و سائر العقود المسماة الاخرى , الا انه في تقديرنا يجب النص عليه في النظرية العامة للالتزامات ذلك العقود المسمادة تنقسم في طبيعتها ام عقود ترد على الملكية او ترد على المنفعة او ترد على العمل , اما عقد الضد فانه عقد في مضمونه قد يحتوي على عقد ناقل للملكية مثل البيع او الهبة و قد يكون محتويا على عقد ناقلا لمنفعة مثل عقد الايجار و قد يكون محتويا على عقد واردا على عمل مثل عقد المقاولة لذلك يتعذر درجه ضمن نوع معين و محدد لهذه العقود . و بالتالي يكون ضرورة النص عليه في النظرية العامة للالتزامات حتى يكون شاملا لجميع العقود.

**الهوامش**

(□) – لمى وراق , خصائص روقة الضد , منشور على الموقع الالكتروني في الشبكة العنكبوتية , www.egyptlaw.alafdal.net

(□) – د. حسن علي الذنون و د.محمد سعيد الرحو , الوجيز في النظرية العامة للالتزام ,عمان , ط1 , 2004 , ص124.و د.انور طلبة , المطول في القانون المدني , ج 4 , الاسكندرية , ط2 , 2006, ص 569. و د. عبد الرازاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج2 , لبنان , ط3 ,2000, ص1073.

(□) – د. انور طلبة , المرجع نفسه , ص 569–570.

(□) – د. عصمت عبد المجيد , مصادر الالتزام في القانون المدني , بغداد , 2007 , ص39.

(□) – المرجع نفسه , ص39–62.

(□) – د. انور طلبة , المرجع السابق , ص572.

(□) – د. محمدين عبد القادر محمد , الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه , دار الكتب القانونية , مصر , 2008, ص134.

(□) – د. انور سلطان , الموجز في النظرية العامة في الالتزام , مصادر الالتزام , دار الجامعة , الاسكندرية , 2005 , ص92–122 . و د. عبد القادر الفار و اخرون, مصادر الالتزام , ط1 , دار الثقافة , 2006 , ص67–80.

(□) – د. السنهوري . مرجع سابق . ج2, ص1075.

(□□) – عبد الرازاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ط3 , ج1 , لبنان, ص306.

(□□) – د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي , الموجز في العقود المسماة , البيع و الايجار و المقاولة , دار الحكمة , بغداد , 1992–1993 , ص65.

(□□) – د. عبد القادر الفار , احكام الالتزام , ط1, عمان , 2009, ص104.

(□□) – ينظر نص المادة (129) من القانون المدني العراقي.

(□□) – ينظر نص المادة (2/127) من القانون المدني العراقي.

(□□) – ينظر المادة ذاتها.

(□□) – ينظر نص المادة (128) من القانون المدني العراقي.

(□□) –ينظر نص المادة (61) من القانون المدني العراقي. و للمزيد ينظر د. عصمت عبد المجيد , مرجع سابق , ص123 و ما بعدها.

(□□) – د. عصمت عبد المجيد , المرجع نفسه , 134.

(□□) – د. انور سلطان , مرجع سابق, ص204.

(□□) – د. محمدين عبد القادر محمد , مرجع سابق , ص136.

(□□) – و هذا ما يفهم من نص المادة (18) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979, التي نصها (يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في حالتين :1– اذا فقد السند الكتابي لسبب لا

دخل لارادة صاحبه فيه .....الخ) و كذلك المادة (1/79)من ذات القانون و التي نصها (لا يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى و لو كان التصرف المطلوب لا تزيد قيمته على خمسين دينارا: 1- فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي).

(□□) – للمزيد ينظر د. محمدين عبد القادر محمد , المرجع نفسه , ص137 .

(□□) – د. عاطف محمد كامل , الغير في القانون المدني المصري , رسالة دكتوراة , جامعة الاسكندرية ,1976, ص606–650. وينظر عكس ذلك د. سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني , ج2, المجلد الرابع , احكام الالتزام , 1992, ص387.

(□□) – د. انور سلطان , مرجع سابق, ص204.

(□□) – د. السنهوري , مرجع سابق , ج2, ص1089.

(□□) – د. محمدين عبد القادر محمد , مرجع سابق , ص140.

(□□)- ينظر نص المادة (147) من القانون المدني العراقي.

(□□) – د. انور سلطان , احكام الالتزام , النظرية العامة في الالتزام دراسة مقارنة بين القانون المصري و اللبناني , 1974, البند 160 نقلا عن عبد القادر الفار , مرجع سابق , ص109. ينظر نص المادة (147) من القانون المدني العراقي.

(□□) – د. السنهوري, مرجع سابق , ج2 , ص1012 الهامش رقم 2.

(□□) – نصت المادة (531) من القانون المدني على الاتي (اذا كان المبيع عينا معينة بالذات او كان قد بيع جزافا , نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع . و اما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز .).

(□□) – د. انور سلطان , مصادر الالتزام, مرجع سابق, ص17.

(□□) – د. شاكر ناصر الوسيط في شرح القانون المدني , ج1, بدون سنة الطبع , ص152.

المراجع


1. www.egyptlaw.alafdal.net
2. د. انور سلطان , الموجز في النظرية العامة في الالتزام , مصادر الالتزام , دار الجامعة , الاسكندرية , 2005.
3. د. انور سلطان , احكام الالتزام , النظرية العامة في الالتزام دراسة مقارنة بين القانون المصري و اللبناني , 1974
4. د.انور طلبة , المطول في القانون المدني , ج 4 , الاسكندرية , ط2 , 2006.
5. د. حسن علي الذنون و د.محمد سعيد الرحو , الوجيز في النظرية العامة للالتزام ,عمان , ط1 , 2004.
6. د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي , الموجز في العقود المسماة , البيع و الايجار و المقاولة , دار الحكمة , بغداد , 1992–1993.
7. د. سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني , ج2, المجلد الرابع , احكام الالتزام , 1992.
8. د. شاكر ناصر الوسيط في شرح القانون المدني , ج1, بدون سنة الطبع

9. د. عاطف محمد كامل , الغير في القانون المدني المصري , رسالة دكتوراة , جامعة الاسكندرية ,1976
10. د.عبد الرازاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ط3 , ج1 , لبنان,2000.
11. د. عبد الرازاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج2 , لبنان , ط3 ,2000
12. د. عبد القادر الفار, مصادر الالتزام , ط1 , دار الثقافة , 2006.
13. د. عبد القادر الفار , احكام الالتزام , ط1, عمان , 2009.
14. د. عصمت عبد المجيد , مصادر الالتزام في القانون المدني , بغداد , 2007
15. د. محمدين عبد القادر محمد , الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه , دار الكتب القانونية , مصر , 2008.