



مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: النظام القانوني لعقد الضد

اسم الكاتب: د. سعد ربيع عبد الجبار، م.م. إبراهيم حمود مهنا، م.م. إسراء ناطق عبد الهاדי

[رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/708](https://political-encyclopedia.org/index.php/library/708)

تاريخ الاسترداد: 2025/05/14 17:17 +03

الموسوعة السياسية هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.

لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسية – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسية – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام

[المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use](https://political-encyclopedia.org/terms-of-use)

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفلد في مكتبة الموسوعة السياسية
مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكرية ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي يتضمن المقال تحتها.



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

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.

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 والمقررات.

المقدمة

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

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

الملخص

تناولنا في هذه الدراسة نظاماً قانونياً عقد غير مسمى بينت مفهومه والية انعقاده وبيان اثاره للاهمية القانونية الكبيرة التي يحتلها من خلال حماية الغيار حسني الثانية المعاملين مع طرف هذا العقد، و الحد من تحايل المدين القانوني بالتهاون من دائرته 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 وإنما

إلى إجراء تصرفات قانونية لا يجني من ورائها الحصول على النفع مباشرة بالقدر الذي يؤدي إلى الضرار بدائنه وبالتالي يكون للمدين نفعة غير مباشراً منها وهو عدم تسديده لذك الدين أو التأخر في التسديد.

وحيث أن دور التصرفات التي يباشرها المدين العنية هو افراغ ذمة الدين المالية أو اضعافها فمن الاكيد ان المدين لم يكن قاصداً للالتزام باثارها كمن يقوم بهبة جزء من امواله الى شخص اخر قاصداً تهريب هذه الاموال من تنفيذ الدائن عليها، فالواهب لايرغب البته في الالتزام باثار عقد الهبة لأن في ذلك اضراراً في ذمه المالية لذلك يتتفق مع الموهوب له اتفاقاً خفياً مضاداً لعقد الهبة ويكشف فيه حقيقة الاخير، ويسمى الاتفاق الحقيقي بعقد الضد، ويحتل هذا التصرف أهمية كبيرة متأتية من كيفية تحايل المدين القانوني في المحافظة على ذمه المالية من دائنه وبالتالي فإن هذا الامر يؤدي بالضرورة إلى الضرار بهم. وبناءً على ما تقدم ولعدم وجود دراسة متخصصة تبين النظام القانوني لعقد الضد دفعنا ذلك إلى بحثه بشكل مفصل باعطاء مفهومه القانوني وكيفية انشائه وبيان اثاره التي تنقسم من حيث سريانها بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع، وتكون هذه الدراسة في التشريع العراقي الذي نظم احكام

ضمان الوفاء بدينه كما يعتمد على حسن نية تصرف المدين في امواله بالقدر الذي لا يؤدي إلى اضعاف عناصر ذمته المالية. وان الشخص بغض النظر عن صفتة كونه دائن ام مدينا يقوم بتلبية حاجته في حصوله على الاشياء او منافعها دون رقتها 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 حقاً معيناً او رغب في اخراج ملكيتها من ذمه المالية ليدخلها في ذمه مالية اخرى، ويقوم بابرام التصرفات الناقلة للمنفعة اذا رغب في الحصول على منفعة الشئ لا رقتها كأن يبرم عقد ايجار، ويقوم باجراء التصرفات الواردة على العمل اذا رغب القيام بعمل كأن يبرم عقد مقاولة.

ومعلوم ان المشرع العراقي لم يضع حداً لهذه التصرفات فقnen بعضها ووضع لها اسماء واحكاماً قانونية خاصة وترك بعضها في اشارة منه لأهمية التصرفات المعنونة وكثرت تداولها ولعدم قدرت المشرع على حصر جميع التصرفات الجائزة، لذلك لا يتبدادر الى الذهن عدم جواز التصرفات غير المعنونة 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

إلى ما ذهب إليه الفقه في تعريفه. فعقد الضد هو الاتفاق الحقيقى الذى يبرم بين المتعاقدين على اثر اتفاقهما الصورى، فهو يبين حقيقة التصرف بين الطرفين و يقابل الصورية التي لا يكون فيها للتصرف في حقيقة الواقع^(١). و يطلق عليه البعض ورقة الضد^(٢)، فعقد الضد هو العقد الحقيقى الذى يحكم العلاقة فيما بين المتعاقدين او بين احدهما و الخلف العام للمتعاقد الآخر و كان العقد الصورى لم يوجد على الاطلاق فيستبعد و معه كافة احكامه^(٣).

اذا عقد الضد هو عقد حقيقى بين الطرفين المتعاقدين ومستتر بعده ظاهر يختلف عنه بالطبيعة او الاركان او الشروط ، و يكون الطرفان قصدا التمسك بالعقد المستتر الحقيقى مع النظاهر بالقصد الى العقد الظاهر.

و يلتجأ الى هذا التصرف القانوني غالبا المدين ليخفى حقيقة تصرفه الذي يرمي فيه الى التهرب من دفع دينه الى دائنه و احيانا يصدر عقد الضد من شخص ليس بمدين و يكون دافعه مشروع و سنبحث هذا الامر في البحث 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

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

واخيرا فان الخطة التي ننتهي إليها في البحث في النظام القانوني لعقد الضد نقسمها الى مباحثتين نتناول في الاول مفهوم عقد الضد والية انعقاده ونناول في البحث الثاني اثار عقد الضد من حيث الاشخاص ومن حيث المضمون، ونختتم البحث بخاتمة نبين فيها اهم النتائج والمقترنات.

المبحث الاول

مفهوم عقد الضد و الية انعقاده ينشأ عقد الضد شأنه في ذلك شأن العقود الأخرى 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 ثانى 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

توافرت شروطها ، و كذلك تنتفي الصورية اذا تضمن العقد الظاهر اشارة الى العقد الحقيقي^(١).

ويشترط ايضا في ارادة المتعاقدين ان تكون متعاقرة ذهنيا، أي يكون صدورهما معا في وقت واحد، و المقصود بالمعاقرة الذهنية أي المعاشرة التي دارت في ذهن المتعاقدين و انعقدت عليهما نيتها وقت صدور التصرف الظاهر و ان صدر التصرف المستتر (عقد الضد) بعد ذلك. و يعود تقدير توافر المعاشرة الذهنية من عدمه من اختصاص محكمة الموضوع ، فلو اتفق الطرفان على الصورية وقت ابرام العقد ثم حررا عقد الضد في وقت لاحق كنا هنا بصد صورية ، و لكن اذا ابرم الطرفان تصرف معين ثم ابرم بعده بمدة طويلة تصرف اخر يتعارض معه لم نكن هنا بصد صورية و انما بصد تعديل او الغاء الاول^(٢).

ونضيف الى ما تقدم ان يكون الرضا صحيفا اي سليما من العيوب و هي الغلط و الاكراه و التغیرير مع الغبن و الاستغلال ، التي ان اقترن بالرضا تجعل من العقد موقوفا على اجازة من وقع فيها و يمارس حقه في نقض العقد بفترة لا تتجاوز ثلاثة اشهر تبدأ من تاريخ علمه بالغلط او زوال الاكراه او انكشف التغیرير مع الغبن ، عدا الاستغلال الذي يجب التفرقة فيه بين ما اذا ورد تصرف من تصرفات التبع و الذي يجعل من العقد

معينة كالبيع الوارد على السيارة الا ان عقد الضد لا يمكن استيفاء الشكلية فيه لأن 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 البحث الثاني.

الفرع الاول

التراضي

التراضي هو ارادة المتعاقدين في انشاء العقد و الالتزام باثاره^(٣). و يشترط في التراضي ان يكون موجودا و صحيفا، 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 الارادة طريقة معينة ، و توجد الارادة ايضا بتطابق الايجاب مع القبول^(٤). بالإضافة 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 صوري و قصد به تحقيق غرض ليس هو الغرض المباشر من العقد (اخفاء عقد اخر) كالمدين الذي يتصرف في امواله تصرفًا جديا ليحول دون دائنيه و التنفيذ عليها يكون تصرفه بعيدا عن نطاق الصورية و لا يخضع الا للدعوى البوليصية اذا

المحل في عقد الضد

المحل هو الشئ الذي يلتزم المدين به، و المدين يلتزم بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل او اعطاء شئ^(١). 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 (المستثن) هو عقد هبة و الشئ الموهوب كمية من الذهب في هذا الافتراض يكون عقد الضد (الهبة) متعدد مع العقد الصوري (عقد البيع) بجزء من المحل لأن المحل في عقد البيع يتكون من جزئيين هما البيع و الثمن^(٢)، اما عقد الهبة فينتهي 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 لأن 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^(٣).

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^(٤).

و جدير بالذكر ان اطراف عقد الضد هم ذاتهم اطراف العقد الظاهر الا اذا كانت الصورية بالتسخير ، و التي يقصد بها اخفاء احد طرف التصرف وراء شخص اخر بقصد التحايل على احكام القانون كما لو وهب شخص مالا لآخر و يكون الموهوب له في العقد المذكور ليس هو المقصود بالهبة بل المقصود شخص اخر يغلب ان تكون الهبة غير جائزه له فيوسط الواهب بينه و وبين الموهوب له الحقيقي شخصا مسخرا تكون مهمته ان يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها الى الموهوب له الحقيقي^(٥).

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

الفرع الثاني

متلازمين فان السبب يظل عنصراً متميزة عن الارادة فالغرض الذي اتجهت اليه الارادة ، لذلك لا يدخل في تكوين الالتزام وانما يتعلق بنوايا العاقد في شأن اهداف تكمن وراء الفائدة التي يحصل عليها بموجب العقد^(١) .

و اذا كان الامر كذلك فان السبب يختلف من عقد الى اخر و من شخص الى اخر بحسب الدوافع الخاصة لكل متعاقد ، الا انه بامكاننا القول ان السبب في العقد الظاهر هو غالباً ما يكون اخفاء عقد حقيقي اما يقصد المتعاقد منه الاضرار بالدائنين 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 اي 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؟، ولما كانت الغاية الاساس من وراء عقد الضد هي الحجية في اثبات حقوق لا يضمنها العقد الظاهر فالاولى في عقد الضد ان يكون مكتوباً و على الرغم من ذلك لم ينص المشرع العراقي على شكل معين لعقد الضد و انما ترك تحديد ذلك للقواعد

ايا كان الامر فانه يشترط في المحل كما يشترط في العقود الاخرى ان يكون موجوداً عند ابرام العقد او قابلاً للوجود في المستقبل^(٢) ، فإذا تبين انه غير موجود اصلاً او كان موجوداً ولكنه هلك قبل العقد فلا ينعقد العقد ولا ينشأ الالتزام على أي من الطرفين ، ويشترط فيه ايضاً ان يكون ممكناً اذ لابد ان يكون العمل او الترك الذي ورد عليه العقد ممكناً. اما اذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً^(٣) . اما اذا كانت الاستحاله نسبية او استحاله شخصية خاصة بشخص المدين فلا تؤثر على ابرام العقد ويلزم المدين بالتعويض^(٤) . وكذلك يشترط في المحل ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين بحيث يكون معلوماً للمتعاقدين علماً كافياً نافذاً للجهالة الفاحشة والغرر^(٥) . وخيراً يشترط في المحل ان يكون قابلاً للتعامل فيه فلا يوجد في طبيعة الشيء ما يمنع التعامل فيه بالإضافة الى نص القانون وان لا يكون مخالفاً للنظام العام والاداب^(٦) .

الفرع الثالث

السبب

يتصل السبب اتصالاً وثيقاً بالارادة لأن الارادة لا تتحرك الا لتحقيق غرضاً معيناً ولا يتصور ان يلتزم الشخص بارادته التزاماً معتبراً في القانون دون وجود سبب دفعه لذلك ، على انه اذا كان السبب والارادة عنصرين

الأشخاص 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 وفي ذات الوقت اجاز لهما التحفظ على هذا التصرف الظاهر بتصريف حقيقي مستتر و ذلك في المادتين (147 و 148) من القانون المدني العراقي ، ولكي يحفظ المشرع حق الغير و حقوق المتعاقدين جعل من اثر العقد مختلفا تبعا لاختلاف الاشخاص لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين كلاطي :

الفرع الاول

اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

نصت المادة 148 من القانون

المدني العراقي على ما يأتي (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

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

و يشترط في السبب ان يكون موجودا و مشروع غير مخالف للنظام العام و الاداب العامة كما نصت على ذلك المادة (132) من القانون المدني العراقي ، وقد 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

الآثار 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 شيء له من دائرته فيبيعه بيعا سوريا لآخر و يبرم معه اتفاقا حقيقيا يبقى الشيء 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 محلها لهذا العقد لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين نبحث في الاول اثر العقد من حيث

يعولون عليه في معاملاتهم فلو ترك الامر للقواعد القانونية العامة ما اختلف اثر الصورية بالنسبة الى الغير عن اثراها بالنسبة للمتعاقدين ، ففي كلا الحالتين لا يوجد في الواقع الا التصرف الحقيقي دون التصرف الصوري ، الا ان العدالة تقتضي حماية حقوق المؤلء على اساس اعتبار ان التصرف الكاذب الذي خدعهم هو تصرف حقيقي من شأنه ان يرتب اثاره و ليس لصفعي 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 وقتنا الحاضر وهي نظرية الوضع الظاهر^(١).

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 المتعاقدين البائع والمشتري ان يتمسكون بالتصرف الصوري او الحقيقي ايهما لهم افع 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^(٢).

العام للمتعاقدين ايضا ، و المقصود بالخلف العام هو من يخلف سلفه بجزء كبير او بكل ذمته المالية^(٣) و خير مثال عليه هم الورثة. فالتصرف الصوري إذا لا ينتج أي اثر في العلاقة بين المتعاقدين و خلفهما العام ما دامت الارادة لم تتجه اليه^(٤). فإذا ستر شخصان هبة ابرماها في صورة بيع فان الذي يسري في حقهما وفي حق ورثة كل منهما هو العقد الحقيقي المستور أي الهبة دون العقد الصوري و هو عقد البيع.

و حيث ان القانون لم يشترط شكلاما عقد الضد الا انه لا بد ان يكون مكتوبا اذا كان العقد الظاهر مكتوبا^(٥).

الفرع الثاني

اثر العقد بالنسبة للغير

نصت المادة (147) من القانون المدني العراقي على ما يأتي (1- اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص اذا كانوا حسني النية ان يتمسكون بالعقد الصوري كما ان لهم ان يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم و ان يتمسكون 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 يتوهمن بصحته و يرکنون اليه و

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 (١٠).

و مما سبق يتضح ان القانون و ان كان قد اعطى لهؤلاء الاشخاص الحق في التمسك بالعقد الصوري او الحقيقى ايهما اوثق لمصلحتهم. الا ان هذا الخيار لا يثبت لهم الا اذا كانوا حسني النية (١١). بمعنى ان يكونوا غير عاليين بالصورية و العبرة في تقدير حسن النية هو وقت التعامل و نشوء الالتزام و حسن النية مفترض و على من يدعى العكس اثبات ما يدعى و اذا ثبت علم الغير وقت تعامله بعقد الضد انتفت الحكمة من حمايته و لزمه عقد الضد شانه في ذلك شأن المتعاقدين (١٢).

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

ويرى جانب من الفقه انه اذا ما اشهر عقد الضد فلا يقبل من الغير ان يحتاج بالجهل به بعد ذلك لان في هذا الاشهار او الاعلان قرينة على علمه به و لكنها قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس (١٣).

ومتى كان للغير -كما قدمنا- ان يتمسك بعقد الضد او ان يتمسك بالعقد الظاهر

واوضح مما تقدم ان من مصلحة دائن البائع التمسك بالتصرف الحقيقى والقول بان لا يوجد بيع كي يبقى المبيع في ذمة مدینهم، و يستطعون ايضا التمسك بالصرف الصوري اذا كان المدين هو المشتري والقول بوجود البيع حتى يدخل المبيع في ذمة مدینهم 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 المالية (١٤)، وبذلك يكون خلفا خاصا كل من يكسب من احد المتعاقدين حقا عينيا على الشئ موضوع التصرف الصوري . فلو باع شخص عينا لآخر بيعا سوريا 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 ثم يقوم بعد ذلك ببيعها بيعا سوريا ، او مشتر ثان باع له البائع -بيعا جديا- العين مرة اخرى بعد ان باعها بيعا سوريا ، او دائن مرتهن يرهن له المشتري الصوري العين ، او مشتر ثان باع له المشتري الصوري باع له العين بيعا جديا بعد ان اشتراها بعقد صوري (١٥) .

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 بال النوع (مثالية)^(١) والمقصود بالعقود الرضائية هي العقود التي لا تتطلب في انعقادها شكلية معينة^(٢) 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 يقييد المشرع انعقاد العقد بمراعاة الشكلية التي يقرها القانون رقم(56) لسنة(1955) الذي يعتبر تسجيل عقد بيع الماكنة ايضا ركنا لانعقاده. فإذا ماتم عقد بيع وارد على سيارة وكان صوريا هل من الممكن ابرام عقد ضد خفي

اذا كان في مصلحته و كان حسن النية فانه يمكن تصور وقوع تعارض بين مصالح الاغيارات حيث يكون من مصلحة البعض التمسك بالعقد الظاهر و البعض الآخر يتمسك بعقد الضد، و نستطيع في هذه الفرضية ان نحقق الرغبتين معا اذ لا بد من تفضيل احداهما على الاخر و لكن لن تثبت هذه الافضلية فهل تثبت لمن تمسك بالعقد الظاهر ام تثبت لمن تمسك بعقد الضد. فلو احتجمنا للقواعد العامة لوجب ان نفضل التمسك بالعقد الحقيقي لانه العقد الذي انصرفت اليه ارادة المتعاقدين . الا ان المشرع العراقي وضع حكما لجسم هذا النزاع في المادة 147 منه رجح فيه كفة من يتمسك بالعقد الظاهر او الصوري توجها منه ل توفير ضمان اكثر لاستقرار المعاملات و رعاية للاغيارات الحسنية 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 كل 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

للمتعاقدين او بالنسبة للاغيار الا بتسجيل ذلك التصرف في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما يستخلص من نصوص المواد (٩١ و ٩٠ و ٥٨) والفرقة الثانية من المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي والمواد (٢ و ٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

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 اكمال اركانها.

وبناء على ماتقدم لو ابرم عقد بيع عقار وتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فهو الذي تسرى احكامه بالنسبة للاغيار حتى لو كان يخفي هذا العقد اتفاقا خفيا حقيقيا بين المتعاقدين ذلك لان الاخير يعد تصرف باطلا اذ لابد من تسجيله حتى يكون صحيحا واذا تم تسجيل الاتفاق الحقيقى الخفي فانه يكون لاغيا للعقد الظاهر وتسرى احكامه على الكافية 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 (١٤٩) والتي نصها الاتي (لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات

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 المروor 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 لا يكون 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 لا يكون له اثر بل حتى لainشا 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

يجوز ابطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات.

3- دائرة 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 يتحققه من نتائج ضرورية من تعديل و اضافة للتشريع فحسب و انما تعطي دراسته طرحا جديدا في بيان مفهومه القانوني و كيفية انقاده و ما يرتبه من اثار قانونية. و من خلال هذه الدراسة توصلنا للنتائج الآتية:

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

الواقعة على عقار مادام قد استوفى شرائط صحته) وبذلك فإن المشرع العراقي يمنع سماع دعوى الصورية بشأن التصرفات الواردة على عقار بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري. (٢٠) ويفذهب جانب من الفقه عندنا في العراق الى ان هذا المنع يسري على المتعاقدين دون الاغيار بداعي ان العدالة تقضي 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- لا يسري هذا المنع على الشفيع صاحب حق الشفعة، فله ان يطعن بالصورية اذا كان الثمن صوريا ويدفع للمشتري ما دفعه من الثمن الحقيقي وهذا ما قبضت به المادة (1128) من القانون المدني العراقي والتي نصها (الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة).

2- يجوز 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

يمس اطرافه فقط و خلفهم العام او الدائنين العاديين و الخلف الخاص لكل من المتعاقدين فتسرى 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(147) منه.

رابعاً: 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 تعريفاً خاصاً 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 المسماة 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 ناقلاً لمنفعة مثل عقد الايجار و قد يكون محتويا على عقد وارداً على عمل مثل عقد المقاولة لذلك يتذرع درجه ضمن نوع معين و محدد لهذه العقود . و بالتالي يكون ضرورة النص عليه في النظرية العامة للالتزامات حتى يكون شاملاً لجميع العقود.

المنظمة للصورية ، لذلك جاءت معالجة المشرع العراقي لهذا الموضوع معالجة سطحية لم تبين له مفهومها قانونياً خاصاً و لم يتطرق الى الية انعقاده و تكوينه بقيام اركانه.

ثانياً: ينعقد عقد الضد بقيام اركانه من رضا و محل و سبب و لا يشترط فيه الشكلية ركناً ، حتى لو ورد على عقار او منقول و يشترط القانون تسجيل التصرف الذي يرد عليه، اما اذا استوفى الشكلية المعنية فسيخرج من كونه عقداً خفياً حقيقة مستترا بعقد ظاهر و يكون هو العقد المعتمد و النافذ بين المتعاقدين و الغير على السواء لانه يكون في هذه الحالة معدلاً او لاغياً للعقد الظاهر اذا كان الاخير مستوفياً للشكلية ايضاً و تنتهي 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 عقداً باطلأ و بذلك لا يؤت عقد الضد اثاره القانونية.

ثالثاً: ان اطراف عقد الضد هم ذاتهم اطراف العقد الظاهر و الدافع فيه الى التعاقد غالباً 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

الهواش

- (□) - لمى وراق ، خصائص رؤقة الضرد ، منشور على الموقع الإلكتروني في الشبكة العنكبوتية ، www.egyptlaw.alafdal.net
- (□) - د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، عمان ، ط 1 ، 2004 ، ص 124 . و د. انور طلبة ، المطول في القانون المدني ، ج 4 ، الاسكندرية ، ط 2 ، 2006 ، ص 569 . و د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 2 ، لبنان ، ط 3 ، 2000 ، ص 1073 .
- (□) - د. انور طلبة ، المرجع نفسه ، ص 569-570.
- (□) - د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، بغداد ، 2007 ، ص 39.
- (□) - المرجع نفسه ، ص 39-62.
- (□) - د. انور طلبة ، المرجع السابق ، ص 572.
- (□) - د. محمددين عبد القادر محمد ، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائناته ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 ، ص 134.
- (□) - د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة في الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 92-122 . و د. عبد القادر الفار و آخرون، مصادر الالتزام ، ط 1 ، دار الثقافة ، 2006 ، ص 67-80.
- (□) - د. السنهاوري . مرجع سابق . ج 2، ص 1075.
- (□□) - عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط 3 ، ج 1 ، لبنان، ص 306.
- (□□) - د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز قي العقود المسماة ، البيع و الإيجار و المقاولة ، دار الحكمة ، بغداد ، 1992-1993 ، ص 65.
- (□□) - د. عبد القادر الفار ، احكام الالتزام ، ط 1، عمان ، 2009، ص 104.
- (□□) - 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 ، ص 123 و ما بعدها.
- (□□) - د. عصمت عبد المجيد ، المرجع نفسه ، 134.
- (□□) - د. انور سلطان ، مرجع سابق، ص 204.
- (□□) - د. محمددين عبد القادر محمد ، مرجع سابق ، ص 136.
- (□□) - وهذا ما يفهم من نص المادة (18) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979، التي نصها يجوز ان يثبتت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في حالتين : 1- اذا فقد السند الكتابي لسبب لا

دخل لارادة صاحبه فيهالخ) 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. محمددين عبد القادر محمد ، المرجع نفسه ، ص 137.

(□□) - د. عاطف محمد كامل ، الغير في القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، 1976، ص 606-650. وينظر عكس ذلك د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2، المجلد الرابع ، احكام الالتزام ، 1992، ص 387.

(□□) - د. انور سلطان ، مرجع سابق، ص 204.

(□□) - د. السنهوري ، مرجع سابق ، ج 2، ص 1089.

(□□) - د. محمددين عبد القادر محمد ، مرجع سابق ، ص 140.

(□□) - 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 نacula عن عبد القادر الفار ، مرجع سابق ، ص 109. ينظر نص المادة (147) من القانون المدني العراقي.

(□□) - د. السنهوري، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 1012 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 . واما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز .).

(□□) - د. انور سلطان ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 17.

(□□) - د. شاكر ناصر الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1، بدون سنة الطبع ، ص 152.

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 ، ط 2 ، 2006.

5. د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، عمان ، ط 1 ، 2004.

6. د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز قي العقود المسماة ، البيع و الاجار و المقاولة ، دار الحكمة ، بغداد ، 1992-1993.

7. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2، المجلد الرابع ، احكام الالتزام ، 1992.

8. د. شاكر ناصر الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1، بدون سنة الطبع

9. د. عاطف محمد كامل ، الغير في القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية، 1976.
10. د. عبد الرازاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط 3 ، ج 1 ، لبنان، 2000.
11. د. عبد الرازاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 2 ، لبنان ، ط 3 ، 2000.
12. د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام ، ط 1 ، دار الثقافة ، 2006.
13. د. عبد القادر الفار ، احكام الالتزام ، ط 1، عمان ، 2009.
14. د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، بغداد ، 2007.
15. د. محمددين عبد القادر محمد ، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008.