مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: شكلية عقد المساطحة – المفهوم والاثار دراسة قانونية مقارنة بين الواقع العملي والنظام القانوني لعقد المساطحة
اسم الكاتب: د. أسماء صبر علوان
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/526
تاريخ الاسترداد: 2026/11/22 18:26 +03

الموسوعة السياسيّة 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 السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

شكلية عقد المساطحة - المفهوم و الاثار
دراسة قانونية مقارنة بين الواقع العملي والنظام القانوني لعقد المساطحة

د. أسماء صبر علوان
مدرس القانون المدني كلية القانون الجامعة المستنصرية

Abstract

In spite of the agreement among legislation , courts and jurisprudence that the right of specifics has not appeared but just through the contract, this agreement not implied the matter of "formation " in which must be available to conclude the contract, the question is : Is it for proofing of for concluding.

Through the legal articles that related with the right of specifies in Iraq civil law of registration and the law of evidence .

It is obvious that the formation for concluding . for this point, we intended to determines the meaning of this formation and its concept and the procedures that should be followed to be found and the conditions with the point of view for jurisprudence and legislation and the effect due to its lacking .

All these matters according the scientific standards and the scientific fact .

الملخـــــص

رغم اجماع الفقه والقضاء والتشريع على ان حق المساطحة لا ينشأ إلا عن طريق العقد . بيد ان هذا الاجماع انفرط عقده حول الشكلية التي يجب ان تتوافر في هذا العقد . فهل هي شكلية للأثبات ام انها للانعقاد .

ومن خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بحق المساطحة في القانون المدني العراقي ، وقانون الاثبات العراقي وقانون التسجيل العراقي تبين انها شكلية للانعقاد ، ولذا ارتأينا في هذه الدراسة تحديد المقصود بهذه الشكلية وتحديد مضمونها والاجراءات التي يجب اتباعها لقيامها والشروط الخاصة بها ، والاثر المترتب على تخلفها . كل ذلك وفق المعايير العلمية والواقع العملي.

المقدمة

يمثل حق المساطحة حقا عينيا اصليا من الحقوق العينية التي نضمها المشرع المدني العراقي ، ينشأ عن اتفاق يتم بين مالك الأرض و المساطح ، و هذا الاتفاق هو المصدر المنشئ لهذا الحق ، ولا ينشأ هذا الحق إلا عن طريق الاتفاق او العقد ، لكن رغم الإجماع الحاصل على أن اتفاق المساطحة لا ينشأ **إلا** بتوفر أركانه وفق القواعد العامة من رضا أطرافه و محل يرد عليه حكمه و سبب موجود و مشروع أدى الى نشوئه ، لكن اختلف الفقه و التشريعات القانونية تبعهما القضاء أيضا على الشكلية التي يجب ان تتوفر في هذا الاتفاق ، و هي تسجيل العقد في الدائرة المختصة المثلة بدائرة التسجيل العقاري ، وفق الإجراءات التي **رسمها** المشرع لتسجيل هذا الاتفاق في السجل العقاري ، هل ان هذه الشكلية هي للإثبات او إنها للانعقاد ، ففي الحالة الاولى يكون الاتفاق صحيحا و مستوفيا لشروطه القانونية و مرتبا لآثاره **بتوفر** أركانه التقليدية الثلاثة ، اما في الحالة الثانية فان الاتفاق يكون منعدما و باطلا و لا يرتب اثرا و لا يفيد الحكم اصلا لانتفاء ركن من اركان انعقاده الا و هو الشكلية .

و قد دارت أراء **الفقهاء** و قرارات المحاكم بين هذين الرأيين فترة ليست بالقليلة ، اذ تناثرت احكام الشكلية في عقد المساطحة بين قوانين مختلفة منها القانون المدني العراقي و قانون الاثبات المدني العراقي و قانون التسجيل العقاري العراقي ، وقد حسم المشرع الخلاف في هذا الصدد وقرر بان شكلية عقد **المساطحة** تمثل ركنا في انعقاده وليست مقررة للاثبات ، و بالتالي فان انتفائها يؤدي الى بطلان العقد ، فما هذه الشكلية و ما هو مضمونها و كيف تقوم ؟ و ما هي الاجراءات الواجب اتباعها لقيامها و الشروط الخاصة بها ؟ و **موقف** الفقه و التشريع و القضاء منها ؟ و ما هو الاثر المترتب على تخلفها ؟ و هل يمكن ان **يتحول** عقد المساطحة غير المستوفي للشروط الشكلية الى عقد اخر؟

هذه الاسئلة و غيرها هي ما قامت هذه الدراسة للاجابة عليها و توضيح المسائل المتعلقة بها، على وفق الاراء **الفقهية** و الاحكام القضائية و التشريعات النافذة ، لتكون الاجابة شاملة مانعة جامعة وفق المعايير العلمية النظرية و الواقع العملي . و لغرض بيان الافكار المتعلقة بهذه الدراسة باسلوب علمي واضح و محدد فاننا سنبحث موضوع الدراسة وفق خطة علمية مقسمة الى ثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الأول مفهوم الشكلية في عقد المساطحة ،و قسمناه الى ثلاثة **مطالب** خصصنا الأول منها لتعريف الشكلية اما الثاني لخصائص الشكلية و اما الثالث لتمييز عنصر الشكلية

عن إجراءات الإثبات اما المبحث الثاني فتناول مستلزمات تحقق الشكلية و قسمناه الى مطلبين خصصنا الأول لشروط قيام الشكلية في عقد المساطحة أما الثاني لبيان الغاية من اشتراط الشكلية ، اما المبحث الثالث و الاخير في هذه الدراسة **فعقدناه** لبحث الأثر القانوني للشكلية و قسمناه الى مطلبين تناولنا في الأول منهما الموقف القانوني من شكلية عقد المساطحة اما المطلب الثاني فبينا فيه البطلان كجزاء لتخلف الشكلية و قد اختتمنا الدراسة بخاتمة تضمنت خلاصة ما توصلنا إليه في هذه الدراسة من نتائج .

المبحث الأول

مفهوم الشكلية في عقد المساطحة

إن بيان مفهوم الشكلية في عقد المساطحة يستلزم منا الوقوف على تعريف الشكلية ، والخصائص المميزة لها ، ليتسنى لنا تمييز الشكلية في عقد المساطحة عن إجراءات الإثبات وذلك في مطالب ثلاثة **كالأتي** :

المطلب الأول

تعريف الشكلية في عقد المساطحة

حق المساطحة كما يذهب المشرع العراقي " حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح و التزاماته " [1]. وهو حق يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري[2].

وشكلية عقد المساطحة تؤسس على الحكم القانوني المتقدم الذي اقره المشرع المدني العراقي من ان الاتفاق الذي ينشئ حق المساطحة واجب التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وهذا هو مبنى الشكلية التي يقام عليها العقد المنشئ لحق المساطحة ، و الشكلية ليست مطلوبة فقط في انعقاد عقد المساطحة وانما هي مطلوبة في كثير من العقود التي تدخل ضمن طائلة العقود الشكلية.[3] وكما كان عقد المساطحة عقد شكلي فانه لا يكفي لانعقاده التراضي بل لابد من استيفاء الرسمية التي نص عليها القانون[4]، و الشكلية في عقد المساطحة لا تستمد احكامها فقط من القانون المدني العراقي و إنما نتعرف على أحكامها من خلال الجمع بين النصوص القانونية الواردة في القانون **المدني** العراقي وقانون التسجيل العقاري العراقي وقانون الإثبات العراقي النافذ كونه ينظم عملية إثبات السندات الرسمية وإجراءات تحريرها ، فالشكلية في عقد المساطحة تعني إجراء يثبت فيه موظف مختص في دائرة التسجيل العقاري ما تم على يديه أو ما أدلى به أطراف عقد **المساطحة** في حضوره وطبقا للأوضاع القانونية .

و **التسجيل** في دائرة التسجيل العقاري يعني توثيق الاتفاق المنشئ لحق المساطحة في الدائرة

الرسمية المختصة وتثبيت الحق باسم صاحبه في السجل العقاري وإصدار السند الرسمي الخاص به وفق أحكام القانون.

لذلك لا يكون للاتفاق غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري أي اثر لاستلزام المشرع قيام الشكلية الرسمية إضافة إلى الاركان المعتادة الأخرى في العقود من رضا ومحل وسبب .

و على ذلك تكون الشكلية تجسيدا للادارة فرضه المشرع ورتب **عليه** اثرا قانونيا الا وهو انعقاد هذا العقد وتمامه ، فهي اذن أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرض القانون استيفائها في شكل معين ، ويترتب على مخالفتها آثارا قانونية.[٥]

المطلب الثاني

خصائص **الشكلية** في عقد المساطحة

إن التصرفات **القانونية** تنشأ وتترتب أثارها بمجرد تعبير المتعاقد عن إرادته بأي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة أي بالتراضي وهذا ما يحصل في العقود الرضائية لكن اذا ما أشترط المشرع وسيلة أو شكلا معينا لها كما هو الحال في عقد المساطحة لا ينعقد مالم يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهذه الشكلية لها خصائص مهمة تبرز بالاتي :-

١- شكلية **عقد المساطحة تجسيد لإرادة المتعاقدين :**

الإرادة باعتبارها حقيقة ذهنية باطنة فأنها تكون عديمة الأثر ان لم تجسد شكل مادي ملموس ٦. وهو ما يطلق عليه اسم التعبير عن الإرادة او إعلان الإرادة ٧.

وبالشكل الذي تظهر فيه الإرادة يمثل قيداً على مبدأ الرضائية نفسه لأنه يحدد من قدرة الإرادة في اختيار أسلوب أو وسيلة التعبير اذ يفرض الشكل نفسه على الإرادة لا بد للأخير ان تراعيه والا كانت عديمة الأثر والجدوى ٨.

وبذلك تتحدد وظيفة الشكل بأمرين : أولهما إظهار للإرادة ووسيلة لإعلانها ، والثاني قيد على الإرادة يستلزم إظهارها بمظهر تعبيري محدد . الشكل هنا هو الكتابة الرسمية التي يفرضها المشرع لإبرام اتفاق المساطحة باعتبارها صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة لأن كتابة العقد و توثيقه لدى دائرة التسجيل العقاري تكون مسلكاً صريحاً في دلالته واضحاً في مضمونه لإظهار إرادة المتعاقدين التي هي عنصر نفسي خفي لا تكون موضوع اهتمام القانون مالم يكن ظهورها الى العالم الخارجي بوسيلة تعبيرية مفهومة و منسجمة مع الطبيعة الإنسانية .٩

فلا بد للاتفاق الذي ينشئ حق المساطحه من ان يتم تسجيله وتوثيقه لدى الدوائر

المختصة وفق الإجراءات المقررة في هذا الخصوص .١٠

٢- شكلية عقد المساطحة تجسيد للإرادة فرضته المشرع :

إن استلزام المشرع في بعض العقود " و منها عقد المساطحة " ، لأن تخضع لشكل رسمي محدد هو أمر يفرضه المشرع ويبتغي من ورائه تحقيق غايات كثيرة .١١

فقد تدفعه أهمية التصرف القانوني داخل المجتمع ، وقد يدفعه الحرص على حماية الائتمان والأشخاص حسني النية من الغش والخداع الذي قد يتعرضون له ان لم يتم تسجيل تصرفاتهم بصورة رسمية .

و شكلية عقد المساطحة ليست مقررة في العقد النهائي فحسب وانما تنسحب الى الاتفاق الابتدائي الذي يكون وعداً بإبرام عقد المساطحة .١٢

فالشكل الرسمي هنا يعد عنصراً جوهرياً في التصرف القانوني المتمثل بعقد المساطحة ، لكونه يمثل ركناً في العقد لا ينعقد بدونه ، بخلاف الشكلية التي تقرر للإثبات حيث تكون إجرائية وليست عنصراً في التصرف [١٣].

وهنا سؤال يطرح نفسه :

ما حكم تخلف الشكلية عندما يتفق الأطراف على مراعاتها ؟

الإجابة تكون بالبحث فيما أذا كانت هذه الشكلية للأثبات أو للأنعقاد . اما أذا تعذر تفسير قصد المتعاقدين من الشكلية ، واذا تعذر وصف هذه الشكلية فيمكن الاستناد الى المبدأ القائل ان الأصل في العقود الرضائية وبالتالي تكون الشكلية الشكلية للإثبات لا للانعقاد ، لان الرضائية في العقود ليست لها علاقة بالنظام العام فيكون للمتعاقدين حرية الاتفاق على مخالفتها في العقد الذي يبغيان إبرامه وبذلك يتخذ العقد الشكل الذي حدده المتعاقدين ١٤.

و عليه لا يكون للشكل الاتفاقي صفة الالتزام طالما كان بإمكان المتعاقدين العدول عنه في أي وقت .

المطلب الثالث

تمييز عنصر الشكلية في عقد المساطحة عن إجراءات الإثبات

تذهب بعض الآراء الفقهية الى ان الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات لا تختلف عن كونها وسيلة ايضاً لانعقاد العقد ، فلا وجود لأي فارق بين تخلف الكتابة باعتبارها وسيلة للإثبات وبين تخلف الكتابة التي يفرضها المشرع لانعقاد العقد ، فالنتيجة واحدة في تخلف الكتابة و هي عدم وجود الحق ١٥.

لكن هذا القول لا يمكن الأخذ به في ظل القانون العراقي ذلك ان تخلف الكتابة اللازمة لانعقاد أي عقد تخلف من حيث الطبيعة عن الكتابة اللازمة لإثبات أي عقد . كما ان اشتراط الكتابة لإثبات العقد لا يعني ان هذه الوسيلة (الكتابة) هي الإجراء الوحيد لإثبات العقد ، على ذلك فأن تخلف الكتابة لإثبات أي تصرف بأدلة إثبات أخرى غير الكتابة كالبينة الشفويه مثلاً.

ويترتب على هذا القول ان الشكل عنصر جوهري في تكوين وانشاء التصرف الذي يتطلب الشكلية فهو يدخل في ماهيته وجزءاً منه والعقد الذي لا يستوفي الشكل الذي نص عليه القانون فلا وجود له في نظر المشرع [١٦].

اما أدلة الإثبات فأنها خارجة عن ماهية العقد ولا تأثير لها على صحة العقد وبذلك فأن تخلف دليل الإثبات (الكتابة) مثلاً لا تؤدي الى بطلان التصرف بل الى صعوبة في إثبات هذا التصرف .

وقد نص المشرع العراقي على ان بعض التصرفات التي يجب إثباتها بالكتابة جاز اللجوء الى وسيلة أخرى لإثباتها فقد أجاز المشرع العراقي إثبات بعض التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على خمسة الاف دينار بطريق الإقرار وتوجيه اليمين [١٧]. وان كانت القاعدة العامة تقضي بأن الإثبات يكون بالكتابة فأن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات كما في التنازل عن الكتابة ومبدأ ثبوت الكتابة وحالة وجود مانع الإثبات وحالة فقدان الدليل الكتابي .

كما ان هنالك بعض التصرفات القانونية التي اشترط المشرع إثباتها بالكتابة فأن في ذات الوقت لم يعتبرها من النظام العام . وبالتالي يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على ما يخالفها وهذا الأمر نجده في كثير من التشريعات ، كما في قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٨١٩٨٧. وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.[١٩]

من كل ذلك يتضح لنا انه بالرغم من كثرة الاستثناءات التي ترد على قاعدة الإثبات بالكتابة فان اثر تخلف الدليل الكتابي لا يرقى الى مستوى انعدام التصرف القانوني او بطلانه في التطبيق العملي .

المبحث الثاني

مستلزمات تحقق الشكلية

إن المستلزمات المطلوب تحققها لقيام عنصر الشكلية في عقد المساطحة تتمثل بالشروط التي يجب ان تتوفر حتى يعترف المشرع بالعقد او الاتفاق المنشئ لعقد المساطحة ،

ولكي تفهم أهمية هذه الشروط فلا بد من الوقوف على غاية المشرع من إقرار هذه الشروط لقيام هذه الشكلية ، وسنقف على شروط قيام شكلية عقد مساطحة وغاية المشرع من اقرار هذه الشروط في مطلبين كالآتي :-

المطلب الأول

شروط الشكلية في عقد المساطحة

عندما يستلزم المشرع تعبير صريح عن الإرادة فهذا يستلزم بالضرورة توفر شكل خاص للتصرف ، لكي ينتقل به من الرضائية الى الشكلية لان الصورة المعتادة للشكلية هي الكتابة الرسمية ، لان الشكل أضيق نطاقاً من التعبير الصريح ٢٠.

لذلك تستلزم شكلية عقد المساطحة لقيامها توفر الشروط الاتية :-

١- الكتابة الرسمية :

وتعني كتابة عقد المساطحة كتابة رسمية ، وهي الكتابة التي يثبت فيها موظف عام في دائرة التسجيل العقاري ما تم على يديه او ما أدلى به أطراف عقد المساطحة في حضوره .٢١ والكتابة تعني تصوير مادي ظاهر وثابت اللفظ بحروف الهجاء ، وذلك في صورة تسطير للحروف وجمعها في الورقة بشكل يمكن التعرف على ارادة الشخص الذي سلك طريق الكتابة أسلوب للتعبير عن الإرادة ٢٢.

ويعد التوقيع الخطي عنصراً في الكتابة الحرفية ، لأنه يفيد موافقة صاحب التوقيع على مضمون ما ورد في المحرر ، والتوقيع في القانون العراقي يتم اما بالإمضاء أو ببصمة الإبهام ٢٣.

٢- تدخل موظف عام في إجراء الشكلية :

الموظف بشكل عام هو كل شخص عهدت اليه وظيفة حكومية دائمة داخله في الملاك الدائم الخاص بالموظفين ويتقاضى راتباً من الدولة ٢٤.

والموظف المقصود هنا هو موظف دائرة التسجيل العقاري الذي يباشر مهمة التسجيل في السجل العقاري ، ولا تتطلب هذه المهمة ان يقوم الموظف بمباشرة تحرير عقد المساطحة بخط يده وإنما يكفي ان يصدر المحرر موقع ومختوم وفقاً للأصول من الموظف الرسمي المختص ٢٥.

٣- اختصاص الموظف بالكتابة الرسمية :

يشترط إتمام شكلية عقد المساطحة ان تكون صادرة من الموظف المختص بدائرة التسجيل العقاري ضمن اختصاصه .

والاختصاص أما نوعي وينصب على نوع التصرف او مكاني اي يكون داخلاً ضمن الاختصاص المكاني للدوائر المعنية ويكون الاختصاص زمانياً أيضا أي ان تصدر الكتابة

من الموظف وهو لا يزال محتفظا بوظيفته والصلاحيات المخولة له ٢٦.

٤- تحرير عقد المساطحة وفق الأوضاع المقررة قانونياً :-

على الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري مراعاة الأوضاع القانونية التي تؤدي الى إثبات حق المساطحة في السجل العقاري ، فمثلاً يقوم موظف السجل العقاري بالتحقق مثلاً من أهلية المتعاقدين ورضاهم ودفع الرسم وتلاوة الورقة وحضور الشهود والتأكد من صحة التوقيع وحفظ الأصول ٢٧ . ويعتبر البعض الكتابة الرسمية هي الصورة الوحيدة التي يشترطها المشروع لكي يكون التصرف القانوني تصرفاً شكلياً ٢٨، و يمكن القول ان تخلف أي شرط من شروط الكتابة الرسمية يترتب عليه بطلان اتفاق المنشئ لعقد المساطحة ٢٩ .

المطلب الثاني

الغاية من اشتراط الشكلية

بالرغم من ان عقد المساطحة عقد مؤقت لأنه من عقود المدة ٣٠. الا ان المشرع العراقي استوجب تسجيل هذا العقد رسمياً في دائرة التسجيل العقاري ، وذلك لإيجاد وسيلة ضمانة لحماية التصرف القانوني للتعبير عن الإرادة بشكل جلي و واضح على النحو الذي يضمن استقلالية وحرية الإرادة في إحداث الأثر القانوني .

ولتفصيل ذلك فأننا قسمنا هذا المطلب الى فرعين نبحث في الأول منهما حماية المصلحة العامة و نخصص الثاني لحماية المصلحة الخاصة .

الفرع الأول

حماية المصلحة العامة

يراد من الشكلية التي يشترطها المشرع لإبرام عقد المساطحة حماية المصلحة العامة و هذا يبدو جلياً في مجال توفير الضمان والثقة بين الأطراف من أجل تسهيل وتبسيط التعاقد هذا من جانب ومن جانب اخر لاستقرار المعاملات وتحقيق العدالة . فاشتراط الشكلية في بعض أنواع العقود و الفرض منها تقليل المنازعات التي قد تنشأ بين الأفراد والتخفيف من حدتها٣١.

حيث تعمل الشكلية على تبصير المتعاقد وحمله على التفكير مليا قبل الإقدام على إبرام بعض العقود المهمة كعقد المساطحة مثلاً حيث اشترط المشرع العراقي تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري حماية لحقوق الأفراد من الغش و التحايل و التدليس بين المتعاقدين و يتحقق هذا الهدف عن طريق تسجيل هذا التصرف في دائرة

التسجيل العقاري ، وفق الاجراءات المحددة و الشكليات المرسومة لتسجيل هذه العقود و بذلك تستقر الحقوق ؛ و تكسب حماية قانونية تامة في مواجهة أطرافها و مواجهة الغير .

الفـــرع الثاني

حماية المصلحة الخاصة

إذا أبرم اي عقد أو أنشئ أي تصرف قانوني فأن آثاره تنصرف للمتعاقدين اولاً ومن ثم لخلفهما العام أو الخاص ثانياً وبمعنى أوسع فأن الغاية من الشكلية حماية المتعاقدين (المساطح ومالك الأرض وبنفس الوقت حماية للغير) وكما سبق بيانه ان الارادة امر باطن كامن في النفس لا نستطيع التعرف اليها مالم تأخذ مظهراً مادياً ملموساً ويتجسد هذا المظهر بالشكل .

وتعد الشكلية في وقتنا الحاضر وسيلة حمائية للأفراد وضمانة لاستقرار المعاملات في المجتمع على حد سواء٣٢، بالرغم من وجود نظرية عيوب الإرادة التي تعيب الإرادة (الرضا) وهي الإكراه ، الغلط ، الغبن مع التغرير ، الاستغلال ٣٣، إلا ان أحكام هذه العيوب لا تقدم ضمانة كافية للمتعاقدين لأنها تجعل التصرف موقوفاً على إجازة من وقع تحت طائلة هذه العيوب ، فأنها لا تعطينا الحماية الكاملة التي شأنها إسباغ الثقة بين المتعاقدين واستقرار المعاملات .

وتتزايد أهمية الشكلية التي تتطلبها بعض التصرفات كما في عقد المساطحة اذ يرد العقد دائماً على عقار والعقار هو ثروة قومية وما يرد عليه من تصرفات قانونية يمكن ان تضعف الذمة المالية للمالك بالضعف خصوصا إذا ما كانت الأطراف المتعاقدة مختلفة في المركز الاقتصادي بحيث يكون احدهما في وضع يفضل عن الآخر و يقع تحت رحمته وسلطته فمن هنا اراد المشرع تحقيق الحماية عن طريق فرض الشكلية والتي تتطلب " و خصوصاً الرسمية منها "، تدخل موظف رسمي مختص بالقيام بإجراءات طويلة و معقدة تنبه المتعاقد الى خطورة التصرف الذي يريد ابرامه ، وانه سيقع على عنصر ايجابي ذا اهمية اقتصادية كبيرة ، الامر الذي يدفع المتعاقد الى التفكير مليا قبل الادام على مثل هكذا تصرف .

و نخلص مما تقدم الى أن اشتراط تسجيل عقد المساطحة له أهمية للمتعاقدين وللغير فهو حق عيني يرد على العقد ومن ينوي القيام بهذا التصرف يجب ان يكون على علم ودراية كافيين بأهمية هذا التصرف

القانونية والاقتصادية وخطورته لانه يرد على ثروه مهمة ليس من السهل التفريط فيها خصوصاً وان عقد المساطحة قد يستمر لمدة خمسين سنة ٣٤ .

المبحث الثالث

الأثر القانوني للشكلية

سنتولى دراسة الموقف القانوني من شكلية عقد المساطحة في مطلب أول ، ثم نتناول بالبحث البطلان كجزاء لتخلف الشكلية في مطلبين كالآتي :

المطلب الأول

الموقف القانوني من شكلية عقد المساطحة

يستلزم عقد المساطحة لانعقاده شكلية معينة تتمثل بضرورة تسجيل هذا العقد في دائرة التسجيل العقاري ، و اذا لم يستوف عقد المساطحة شكليته القانونية ، فأن القانون يرتب على ذلك جزاء و اثر ، و قد أختلف موقف التشريع عن موقف الفقه والقضاء من أقرار هذا الجزاء.

وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نخصص الفرع الاول لدراسة موقف الفقه والقضاء من شكلية عقد المساطحة والفرع الثاني نخصصه لبيان الموقف التشريعي من هذه الشكلية .

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء

لقد أدى عدم ذكر المشرع العراقي للجزاء القانوني المرتب على عدم استيفاء عقد المساطحة الشكلية المتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري صراحة الى اختلاف اراء الفقهاء في مجال القانون المدني .

حيث ذهب فريق منهم الى القول بان البطلان هو الجزاء الوحيد المرتب في حالة عدم تسجيل عقد المساطحة ٣٥.

ولو أمعنا النظر في هذا الرأي لوجدنا أن الاخذ بهذا الرأي يحقق فوائد جمة منها ان اشتراط الشكلية في عقد المساطحة يساهم في اثبات هذا العقد اذا ما نشب نزاع بين الطرفين ، مالك ارض من جهة والمساطح من جهة أخرى لا سيما ان مدة عقد المساطحة مدة طويلة قد تصل الى خمسين عام وبالتالي فيكون التسجيل هنا دليلاً كتابياً لا نمكن انكاره .

كذلك فأن عقد المساطحة يعد من العقود المهمة ولا بد من تنبيه الطرفين الى خطورة هذا النوع من التصرف .

وقد ذهب رأي أخر في الفقه الى القول بان الغرض من الشكلية هي للتوثيق وليس للأنعقاد حيث قال " اذا كتب اطراف عقد المساطحة هذا العقد في ورقة عادية ولم

يسجلاه في دائرة التسجيل العقاري فلا يكون العقد في هذه الحالة باطلاً " .٣٦

وهذا الرأي ينتقد من عدة جهات منها انه يتناقض نص المادة (١٢٦٦/ف ٢) من القانون المدني العراقي ، و التي جاء فيها : ((٢. حق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري)) .

كما انه يؤدي الى صعوبة في الاثبات اذا ما ثار النزاع بين اطراف عقد المساطحة لا سيما اننا نعلم ان عقد المساطحة من العقود طويلة المدة .

ونحن نؤيد الرأي الاول الذي ذهب اليه الفقه وهو ان البطلان هو جزاء لتخلف شكلية عقد مساطحة تماشياً مع نص المادة (١٢٦٦/ ف ٢) من القانون المدني العراقي انفة الذكر .

اما عن موقف القضاء من شكلية عقد المساطحة فيمكننا القول من خلال الوقوف على احكامه وقراراته انه قد سار على نهج المشرع فقبل نفاذ القانون المدني كان عقد المساطحة يتم اثباته بحجة شرعية او يتم تنظيمها من قبل كاتب العدل ٣٧.

وكانت هذه الشكلية تكفي لانعقاد العقد وترتيب اثاره فكان الاتفاق مابين مالك الارض والمساطح متى ما تم تضمينه في حجة شرعية او وثق من قبل الكاتب العدل كافي لانعقاد عقد المساطحة . وبقي رأي القضاء مستقراً على هذا النحو حتى بعد نفاذ القانون المدني العراقي حيث ذهب القضاء في بعض قراراته الى ان الشكلية هنا هي للتوثيق وليس للانعقاد مفسراً ان نص المادتين (٦٨) و (١٢٦٦) من القانون المدني العراقي ، على انهما و ان عدتا حق المساطحة حقاً عينياً ، واشترطت الفقرة الثانية من المادة ١٢٦٦ تسجيله فأنها لم تتناول تسجيله إلا لأول مرة وهي عند نشوئه كما انها لم تقرر البطلان لعدم التسجيل ، لكن اذا ما رجعنا الى نص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري التي لم تعتبر التسجيل ركناً من اركان العقد بل لغرض التوثيق .٣٨

وهذا القول يمكن ان نلمسه من خلال القرارات التي تقدرها محكمة التمييز الاتحادية ، حيث قضت في احد قراراتها بأن ((ينعقد العقد المتعلق بحق المساطحة بأتفاق ارادتي الطرفين ويعتبر التسجيل في دائرة التسجيل العقاري توثيقاً للعقد وليس ركناً من أركانه))٣٩.

لو تمعنا النظر في هذا القرار لوجدنا ان عقد المساطحة في حالة عدم تسجيله فأنه لا ينشئ ألا التزامات وحقوق شخصية وبالتالي فأنه لاينشأ حق المساطحة لمساطح لاننا كما نعلم ان

حق المساطحة من الحقوق العينية الاصلية الواردة على عقار و التي لا تنعقد و لا يفيد الحكم بها اصلا ما لم يتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري .

و يمكن ان نرد موقف القضاء وهذا بالقول ان القضاء قد سار على هذا النهج قبل صدور قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، لان عقد المساطحة كان يوثق بحجة شرعية يتولى الكاتب العدل اعدادها ٤٠ .

أما بعد نفاذ قانون التسجيل العقاري ،فقد جاءت المادة الثالثة ف (٢) ٤١ بإفصاح علني غير قابل للشك والتأويل او الاجتهاد بأن تسجيل العقد المساطحة هو ركن في الانعقاد وان تسجيل هذه العقود المهمة والخطيرة يتم حصراً أمام دائرة التسجيل العقاري.

وفي فترة لاحقة بدأ القضاء يعيد النظر في موقفه ولكنه بدأ الخلط بين حق المساطحة وبين حق المستأجر في العقود الزراعية . حيث اعتبر ركني الأجرة والمدة من اركان انعقاد عقد المساطحة دون الإشارة الى ركن التسجيل حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز " ان حق المساطحة لا يبطل اذا لم يسجل في مديرية التسجيل العقاري مادام قد تحددت فيه المدة و الأجرة ".٤٢

وهذا الخلط غير جائز ابداً ذلك لان حق المستأجر وكما هو معلوم لدينا حقاً شخصياً فهو لا يترتب الا حقوق والتزامات شخصية وبالتالي فلا يمكن اعتباره حقاً عينياً ، وهذا الخلط الذي وقع فيه القضاء جاء بسبب قرار مجلس قيادة الشورة المنحل حيث اعتبر حق المستأجر بحكم حق المساطحة لأغراض الرهن التأمين وتمديد حكم هذا القرار يعود الى ضرورة التأمين وضمان القروض التي يمنحها المصرف الزراعي٤٣، علما ان العقود التي تعقدها المصارف هي عقوداً لا تختلف شكلاً او موضوعياً بحق المساطحة وسرعان ما غير القضاء موقفه هذا في الاونه الاخيرة حيث سار على نهج جديد وهذا يبدو لنا من خلال التمعن ببعض القرارات التي اصدرتها محكمة التميز الاتحادية والتي اعتبرت عقد المساطحة من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري .٤٤

الفـــــرع الثانـــــي

الموقف التشريعي

للتعرف على موقف التشريع من شكلية عقد المساطحة ، فأننا سوف نمر على تطور الموقف التشريعي من عقد المساطحة .

اولاَ :- قبل صدور و نفاذ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١:

حيث كانت العقود تنشأ على شكل حجة شرعية منظمة او موثقة من الكاتب العدل وهنا كانت الشكلية التي تتطلبها بعض العقود ومنها عقد المساطحة هي الشكلية اللازمة للانعقاد وللأثبات٤٥.

ثانياً :- بعد نفاذ القانون المدني الحالي:

نظم المشرع العراقي عقد المساطحة بأعتباره عقداً من العقود الشكلية تنظيماً موضوعياً وشكلياً ٤٦.

حيث عرفت المادة (١/١٢٦٦) من القانون المدني العراقي عقد المساطحة بأنه (حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشأت اخرى غير الفراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض و يحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح و التزاماته).

كما اوجب تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري ورغم هذه الميزة التي يمكن ان نلقيها على عقد المساطحة الآ اننا نفاجئ بأن المشرع العراقي لم ينص صراحة ضمن النصوص القانونية التي نظمت عقد المساطحة على الجزاء المترتب على عدم استيفاء عقد المساطحة الشكلية وهي (التسجيل) ٤٧.

ثالثاً :- بعد نفاذ قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١:

اذ بعد صدور هذا القانون نجد ان المشرع العراقي قد تبنى موقفاً جديداً بشأن شكلية عقد المساطحة عند نشوء هذا العقد لأول مرة وعند نقل حق المساطحة الى الغير بعد نشوئه، حيث قرر بطلان عقد المساطحة عند عدم التسجيل في مديرية التسجيل العقاري ٤٨.

ويتضح ذلك جلياً اذا ما رجعنا الى لنص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري التي قضت بعدم انعقاد التصرف العقاري الاّ بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري .

و بالرغم من أن اشارة المشرع هنا كانت صريحة الاّ ان دوائر الكتاب العدول استمرت على توثيق عقد المساطحة لحين نفاذ قانون الكتاب العدول ٤٩. الذي منع توثيق عقد المساطحة ، وقد اكد هذا المنع ايضاً نص المادة (١٥/ ف٣) من قانون الكتاب العدول الجديد رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٨ .

من كل ذلك نسطيع القول ان المشرع قد اعتبر التسجيل ركناً من اركان عقد المساطحة وهو ركن للانعقاد والتوثيق وبدونه يبطل العقد ولا يترتب عليه أي اثر.٥٠

المطلب الثاني

البطلان جزاء تخلف الشكلية في عقد المساطحة

يعرف البطلان؛ بأنه جزاء قانوني يلحق التصرف القانوني ذاته فهو لا ينصرف الى اطراف عقد المساطحة (مالك الارض والمساطح) بل انه يترتب نتيجة وجود اخلال بأركان العقد والمتمثلة بـ (الرضا والمحل والسبب والتسجيل) او بالشروط الواجب توفرها في هذه الأركان و لتوضيح مفهوم البطلان و التعرف على الدعوى الخاصة به ، فقد اقتضت دراستنا ان نقسم هذا المطلب الى فرعين ، خصصنا الفرع الاول لبيان مفهوم البطلان ، اما الفرع الثاني فقد خصصناه للتعرف على دعوى البطلان و كالآتي .

الفرع الاول

مفهوم البطلان

عرفت المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي ، العقد الباطل بنصها على أنه :

" ١- العقد الباطل هو مالا يصح اصلاً بأعتبار ذاته او وصفاً بأعتبار بعض اوصافه الخارجية .

٢- فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول الصادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد .

٣- و يكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون " .

من خلال هذا النص يتبين لنا ان العقد الباطل هو العقد الذي لا يصح أصلا ولا يصح وصفاً . ويمكن ان ترجع اسباب البطلان الى فئتين ، اما خلل في ذات العقد ومقوماته ، واما خلل في أوصافه الخارجية٥١.

اما عن موقف القانون المدني المصري من العقد الباطل ، فيمكننا القول انه لم يتضمن ايضاً نصاّ يقرر قاعدة عامة مفادها جزاء تخلف الشكل في التصرفات الشكلية هو البطلان ٥٢. هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ان بعض التصرفات الشكلية لم يجعل لها المشرع جزاءاً لتخلف شكليتها كالتصرفات المنشئة لملكية الاسرة ٥٣. وحق الحكر٥٤.

وعليه سوف نبحث في هذا الفرع ، تعريف البطلان وخصائص البطلان واخيراً حق التمسك بالبطلان في الفقرات الثلاثة الاتية :

أولاً :- تعريف البطلان :

البطلان هو الجزاء المترتب على اختلال تكوين العقد ، وهو نظام قانوني ينصرف بوجه عام الى العقد أو التصرف القانوني الذي لم يقم اصلاً . فالبطلان يجعل العقد معدوماً بأثر رجعي اي من تاريخ ابرامه

واسباب العدم قد تتعدد الاّ انه من حيث ماهيته واحد.٥٥

ويختلف البطلان من حيث الوقت الذي يلحق فيه البطلان بالعقد ، فهناك نوع من البطلان يلحق العقد منذ ابرامه بحيث يولد العقد ميتاً ،ويسمى هذا البطلان بـ (البطلان المطلق) ، و نوع اخر لا يلحق العقد الاّ بعد ابرامه بفترة من الزمن وهذا النوع يسمى بـ (البطلان النسبي) ،٥٦ ولم يأخذ بهذا التقسيم المشرع المدني العراقي .

وعقد المساطحة كعقد شكلي لابد من تسجيله في مديرية التسجيل العقاري ، واذا تخلف الشكل في عقد المساطحة فأننا نكون امام بطلان مطلق وهو ما يجعل عقد المساطحة في حكم العدم فلا ينشأ اي التزام مديني أو طبيعي .

وجدير بالذكر ان المشرع العراقي جعل البطلان درجة واحدة بسبب ادراكه ان الشكل هو شرط للتعبير عن الارادة او هو وصف يلحق باحد الاركان ٥٧، و هذا ينصرف الى بطلان عقد المساطحة ايضا .

ثانياً :- خصائص البطلان :

يتسم عقد المساطحة الباطل بثلاث خصائص هي :-

الخصيصة الاولى :- العقد الباطل لا يرتب اثاراً قانونية :

عقد المساطحة الباطل لا وجود له فهو منعدم الاثر قانوناً ولا حاجة اذا ما أصدر حكماً بشأنه تقرير بطلان وعلى المتعاقدين التصرف كما لو كان العقد غير موجود ، و للمحكمة ان تحكم بالبطلان متى ما توفر سبب البطلان من تلقاء نفسها حتى اذا لم يطلب ذلك المتعاقدين .٥٨

الخصيصة الثانية :- العقد الباطل تصححه الاجازة .

و الاجازة مقررة فقط في العقود الموقوفة ، ذلك لأن العقد الموقوف هو عقد قائم وموجود ٥٩. مع عدم إفادة الحكم في الحال . وللعاقد بعد زوال سبب الوقف اما الاجازة فيصبح نافذاً بأثر رجعي وأما النقض فيصبح باطلاً ٦٠.

وبناءاً على هذا القول فأن انعدام الشكلية في عقد المساطحة يبطل العقد و العقد الباطل هو بمثابة المعدوم الذي لا وجود له فالاجازة لا تصححه ، فهو عقد ولد ميتاً ، ولا يمكن إحياؤه ٦١.

الخصيصة الثالثة :- العقد الباطل لا يرد عليه التقادم :

طالما ان العقد الباطل هو عقد منعدم الوجود قانوناً ، فيجوز اقامة دعوى البطلان مهما تقادم الزمن ، وذلك ان العنصر الزمني لا يمكن ان يحيل العدم وجوداً وقد سعت بعض التشريعات حماية الاوضاع المستقرة ان تحدد سقوط دعوى البطلان بمدة زمنية.٦٢

اما عن موقف القانون المدني العراقي ، فأن الزمن مهما طال فلا تسقط دعوى البطلان ولكنه في ذات الوقت لو رجعنا لمادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي٦٣ ؛ لوجدناها تقرر صراحة بأن الدعوى لا تسمع على المنكر بعد مضي خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي ، وهذه الدعوى تختلف عن دعوى البطلان ، ذلك ان الاخيرة تكون في حالة وجود عقد شاب ركن من اركانه خلل ما .

ثالثاً :- حق التمسك بالبطلان :

نصت المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي ٦٤على انه ((اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة)) .

من النص المتقدم يتبين لنا انه يمكن لكل شخص ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، فيحق للمتعاقدين و دائنيهما وورثتهما وكل من كسب حقاً عينياً على العين موضوع العقد الباطل او حقاً شخصياً بالنسبة لهذه العين ٦٥، ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لأن الاحكام المتعلقة بالبطلان تعتبر من النظام العام . فيمكن لمالك الارض و المساطح وورثتهما التمسك ببطلان عقد المساطحة كما للمحكمة أن تقضي بالبطلان اذا ما وجدت سبب البطلان تلقاء نفسها حتى اذا لم يطالب المدعي بذلك يجوز التمسك بالبطلان في أي حالة تكون الدعوى.٦٦

الفرع الثاني

دعوى البطلان

اذا ما نشأ نزاع بين الاطراف المتعاقدة بشأن شكلية عقد المساطحة في حالة عدم مراعاة الاطراف لهذه الشكلية لخطأ مرتكب من قبل احد الاطراف المتعاقدة عن حسن النية ، فبأمكان الاطراف المتعاقدة كما لخلفهما العام والخاص و دائنيهما اللجوء الى القضاء اما بصورة رفع دعوى البطلان أو بصورة دفع .

فيمكن لمالك الارض الدفع ببطلان عقد المساطحة لعدم استيفاء الشكلية او اللجوء للقضاء في صورة دعوى الاستحصال حكم ببطلان عقد المساطحة .

ولكن هل يهدر عقد المساطحة اذا لم يتم تسجيله ؟

وللأجابة عن هذا التساؤل يمكن القول ان عقد المساطحة لا يهدر و إنما يمكن ان يتحول الى عقد اخر متى ما توفرت فيه اركان العقد الاخر وفقاً لنظرية تحول العقد ٦٧.

ويمكن بيان شروط تطبيق النظرية تحول العقد .٦٨

١- ان يكون العقد الاصلي (عقد المساطحة) باطلاً .

٢- ان تتوفر في العقد الاصلي عناصر عقد جديد والعقد الجديد هنا هو عقد الايجار مثلا .

٣- وجود الدليل على انصراف نية المتعاقدين الى العقد الجديد متى ما كانوا على علم بالاسباب بطلان العقد الاصلي ٦٩.

ويتحول عقد المساطحة الى عقد ايجار فأن يد المستأجر تكون يد أمانة و لا يعد غاصباً ٧٠، لا سيما ان مالك الارض هو الذي سلم الأرض للمساطح ، كما ان تشيد المساطح في الابنية والمنشأت قد تمت بعلم وبموافقة صاحب الارض .

الخاتمة :

في خاتمة هذه الدراسة يمكن ان نستعرض ابرز النتائج التي توصلنا اليها من خلال هذا البحث و التي نعتقد بان ذكرها و التركيز عليها فيه فائدة على المستويين النظري و العملي ، وقد تمثلت ابرز هذه النتائج بالاتي :

١- الشكلية في عقد المساطحة تعني إجراء يثبت فيه موظف مختص في دائرة التسجيل العقاري ما تم على يديه أو ما أدلى به أطراف عقد المساطحة في حضوره وطبقا للأوضاع القانونية . و توثيق الاتفاق المنشئ لحق المساطحة في الدائرة الرسمية المختصة وتثبيت الحق باسم صاحبه في السجل العقاري وإصدار السند الرسمي الخاص به وفق أحكام القانون.

٢- ان الشكل في اتفاق المساطحة يعد عنصرا جوهريا في تكوين وإنشائه فهو يدخل في ماهيته و تكوينه والعقد الذي لا يستوفي الشكل الذي نص عليه القانون فلا وجود له في نظر المشرع و بهذا يختف الشكل المعتبر كركن في الانعقاد عن الشكل المقرر للإثبات لأن الشكلية هذه خارجة عن ماهية العقد ولا تأثير لها على صحة العقد وبذلك فأن تخلف دليل الإثبات (الكتابة) مثلاً لا تؤدي الى بطلان التصرف بل الى صعوبة في إثبات هذا التصرف.

٣- تتزايد في وقتنا الحاضر أهمية الشكلية التي تتطلبها بعض التصرفات كما في عقد المساطحة اذ يرد العقد دائماً على عقار والعقار هو ثروة قومية وما يرد عليه من

تصرفات قانونية يمكن ان تضعف الذمة المالية للمالك بالضعف خصوصا إذا ما كانت الأطراف المتعاقدة مختلفة في المركز الاقتصادي بحيث يكون احدهما في وضع يفضل عن الآخر و يقع تحت رحمته وسلطته وقد اراد المشرع تحقيق الحماية عن طريق فرض الشكلية والتي تتطلب تدخل موظف رسمي مختص بالقيام بإجراءات طويلة و معقدة تنبه المتعاقد الى خطورة التصرف الذي يريد ابرامه ، وانه سيقع على عنصر ايجابي ذا اهمية اقتصادية كبيرة ، الامر الذي يدفع المتعاقد الى التفكير مليا قبل الادام على مثل هكذا تصرف .

٤- بعد نفاذ قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، اذ بعد صدور هذا القانون نجد ان المشرع العراقي تبنى موقفاً جديداً بشأن شكلية عقد المساطحة عند نشوء هذا العقد لأول مرة وعند نقل حق المساطحة الى الغير بعد نشوئه، حيث قرر بطلان عقد المساطحة عند عدم التسجيل في مديرية التسجيل العقاري ويتضح ذلك جلياً بالرجوع الى نص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري التي قضت بعدم انعقاد التصرف العقاري الاّ بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري .

٥- إن انعدام الشكلية في عقد المساطحة يبطل العقد و العقد الباطل هو بمثابة المعدوم الذي لا وجود له فالإجازة لا تصححه ، فهو عقد ولد ميتاً ، ولا يمكن إحياؤه ، و عقد المساطحة الباطل لا وجود له فهو منعدم الاثر قانوناً ولا حاجة اذا ما أصدر حكماً بشأنه تقرير بطلان وعلى المتعاقدين التصرف كما لو كان العقد غير موجود ، و للمحكمة أن تحكم بالبطلان متى ما توفر سبب البطلان من تلقاء نفسها حتى اذا لم يطلب ذلك المتعاقدين لأن احكام البطلان تعتبر من النظام العام .

الهوامش

١ م ١٢٦٦ ف ١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ المعدل .

٢ م١٢٦٦ ف٢ من نفس القانون .

٣ كعقد بيع العقار وعقد الرهن التاميني وعقد بيع المركبات وعقد بيع السفينة للمزيد ينظر المادة ١١٢٦ ف ٢ من القانون المدني و ف ١ من المادة ١٢٨٦ من المدني العراقي وقانون المرور العراقي رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ وقانون تسجيل السفن رقم ١٩ لسنة ١٩٤٢ .

٤ ف ٢ من المادة ١١٦٦ من القانون المدني العراقي سابقة الذكر والمادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٠ النافذ المعدل التي تنص على ((ينشأ حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وفقا صحيحا بتسجيل اتفاق صاحب الأرض و المساطح في السجل العقاري))

٥ لمزيد ينظر د. حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠٤ ، ص ٨ وما بعدها .

٦ و الشكلية لغةً مشتقة من الشكل ، والشكل هو صورة الشيء المحسوسة والمتوضحة أو هيئة الشيء وصورته ، ينظر العلامة ابن منظور ، معجم لسان العرب ، دار لسان العرب ، مادة شكل ، وكذلك المعجم الوجيز ، مادة شكل ، كتاب التعريفات للجرجاني .

٧ د.عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي مع الموازنة والمقارنة بالفقه الاسلامي ، مصادر الالتزام ، ج١ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣م ، ص ٥٤ .

٨ د.حسين عبد القادر معروف ، مرجع سابق ، ص٩ .

٩ د. نعمان محمد خليل ، الحقوق العينية ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٢٤ .

١٠ المادة ١٢٦٦ /ف٢ سابقة الذكر من القانون المدني العراقي .

١١ قارن مع د.صدام فيصل المحمدي ، إشكالات في أزمة الرهون العقارية الأمريكية ومعالجتها وفق أحكام القانون العراقي (دراسة في أسباب الأزمة المالية العالمية) ، بحث منشور في جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، عدد خاص بالمؤتمر الاول لكلية القانون ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٩٣ وما بعدها .

١٢ ينظر نص المادة ٩١ / ف٢ من القانون المدني العراقي النافذ .

١٣ قارن مع د. صدام فيصل المحمدي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣

١٤ د.حسين عبد القادر معروف ، مرجع سابق ، ص٢٨ .

١٥ د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني ، الطبعة الأولى ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص ١٧ . كذلك ينظر : د.محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق ، كلية القانون ، ١٩٩٣ ، ص ١٨٧ .

١٦ د.حسين عبد القادر معروف ، مرجع سابق ، ص٢٥ .

١٧ المادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

١٨ المادة (٣) من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ نصت على : " يجب ان يكون عقد العمل مكتوباً ويحدد نوع العمل ومقدار الأجر . وفي حالة عدم كتابة العقد فللعامل ان يثبت العقد والحقوق الناشئة عنه بجميع طرق الإثبات " .

١٩ المادة (١١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ نصت على انه : " اذا اقر احد لامرأة انها زوجته ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني وصدقته ثبتت زوجيتها له باقراره ".

٢٠ د.حسين عبد القادر معروف ، مرجع سابق ، ص٣٥ .

٢١ المادة (١/٢١) من قانون الإثبات العراقي سابقة الذكر . والتي نصت على انه " يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أو بصمة ابهام " .

٢٢ د. فائق محمود الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية ، مجلة القانون المقارن ، العدد (٢٠) سنة ١٣ ، بغداد ١٩٨٧ ، ص ١٣٧ .

٢٣ المادة (٢٥) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

٢٤ المواد (١–٢) من قانون الخدمة المدنية العراقية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ .

٢٥ المحامي حسين عبد الهادي ، شرح قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، الطبعة الأولى ، مطبعة الاقتصاد ، ١٩٨٦ ، ص ٣٦ .

٢٦ د.ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ٨٨.

٢٧ د.محمد علي الصوري ، شرح قانون الإثبات ، ج١ ، مطبعة الشفيق ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ١٣٤ ، وما بعدها.

٢٨ د.حسين عبد القادر معروف ، مرجع سابق ، ص١٤٤ .

٢٩ كما سيأتي بيانه في مبحث حكم تخلف الشكلية .

٣٠ د.محمد طه البشير ، و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصيلة ، ج١ ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٢ ، ص ٣١٧ .

٣١ د.محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢ ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٢ ، ص ٤٠٦ .

٣٢ د. محمود وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، معهد الإدارة العامة ، ١٩٨٥ ، ص ١٠.

٣٣ للمزيد ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، و د.عبد الباقي البكري ، و د.محمد طه البشير ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٥ .

٣٤ نصت المادة (١٢٦٧ / ١) من القانون العراقي النافذ على انه : " لا يجوز ان تزيد مدة المساطحة عن خمسين سنة ، فان كانت المدة لم تحدد فلكل من المساطح وصاحب الارض ان ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الاخر بذلك " .

٣٥ د. حسين علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٣٥٥ .

٣٦ .شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، ج١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٤٠ . و قارن مع زمن غازي الساعدي ، حق المساطحة – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٠ .

٣٧ قانون كتاب العدول رقم ٦٥ لسنة ١٩٣٨ والنظام رقم ٢١ لسنة ١٩٤٠ .

٣٨ عبد الله غزاي العزاوي : حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منها ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص٢١ .

٣٩ القرار رقم ٤١٨ /م/١٩٧٦ الصادر في ١٩٧٦/١٠/٢٠ المنشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٧١ ... و قد جاء في نفس المعنى القرار رقم ٣٥ ، هيئة عامة اولى ، ١٩٧٧ في ١٩٧٧/٥/٢١ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، ١٩٧٧ ، ص ١١٣ . وكذلك القرار رقم ٦٦ ، هيئة عامة اولى ، ١٩٧٦ في ١٩٧٦/٦/١٢ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، ١٩٧٦ ، ص ١١٢ .

٤٠ د. زمن غازي الساعدي ، مرجع سابق ، ص ٧١ .

٤١ و التي تنص على ان (التصرف العقاري لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) .

٤٢ القرار رقم ١٤٣٤ /م٣/٧٤ في ١٩٧٥/٣/١١ ، منشور ، ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، ١٩٨٨ ، ص ١٥ .

٤٣ للمزيد ينظر الاستاذ عبد الله غزاي ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .

٤٤ رقم القرار ٢٠٠١ / م٢ / ٩٨ صدر في ١٩٩٨/٦/٢٣ ، غير منشور . بنفس المعنى القرار رقم ١٦ /م١ / ١٩٩٧ ، صدر في ١٩٩٧/٩/٢٩ ، غير منشور .

٤٥ عبد الله غزاي ، مرجع سابق ، ص١٩ .

٤٦ نظم المشرع العراقي عقد المساطحة من حيث (التعريف ، الخصائص ، النطاق ، الاركان ، .... الخ)

٤٧ د. زمن غازي الساعدي ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

٤٨ عبد الله غزاي ، مرجع سابق ، ص١٩.

٤٩ قانون الكتاب العدول العراقي رقم ٢٧ سنة ١٩٧٧ ، البند ثالثا ، المادة ١١ .

٥٠ عبد الله غزاي ، مرجع سابق ، ص٢٠ .

٥١ د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٢١ .

٥٢ المادة (١٩٣) من مشروع القانون المدني المصري " يكون العقد باطلاً في الحالات الاتية : ... ج- اذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون باطلاً بدونه ولم يستوفي هذا العقد الشكل ، او اذا اغفل المتعاقدان اجراء شكلي يعتبره القانون ركناً في تكوين العقد " . وقد تم الغاء هذه المادة من قبل لجنة المراجعة . للمزيد ينظر : د.حسين عبد القادر معروف ، مرجع سابق ، ص ١٩٩ .

٥٣ المادة (٨٥١) من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨ .

٥٤ المادة (١٠٠٠) من القانون المدني المصري .

٥٥ المحامي مكي ابراهيم لطفي ، الشكلية القانونية لتعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ١٤٥ .

٥٦ د. محمد المنجي ، دعوى بطلان العقود ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندريـــة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٧٩.

٥٧ المادة (١٣٧ / ف٣) من القانون المدني العراقي نصت على انه : " ٣- يكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون " .

٥٨ د.عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ .

٥٩ نصت المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي على انه : " ١- اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير ، جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما له ان يجييزه ... " .

٦٠ د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

٦١ د. محمد المنجي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥ .

٦٢ المشرع الفرنسي قرر سقوط دعوى البطلان بمعنى ٣٠ سنة وقد قرر بمدة اقل بعض التصرفات . اما المشرع المصري فقد قرر بالمادة (٢/١٤١) بسقوط دعوى البطلان بمضي ١٥ سنة من تاريخ التصرف ، للمزيد ينظر : د. محمد المنجي ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ .

٦٣ نص المادة (٤٢٩) مت القانون المدني العراقي " الدعوى بالالتزام اياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمسة عشر سنة مع مراعاة ما ورد فيه من احكام خاصة " .

٦٤ تقابلها المادة (١٤١/ف١) من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨.

٦٥ د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ .

٦٦ المستشار فرج علواني هليل ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٨ .

٦٧) المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي : " اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى ابرام هذا العقد " .

٦٨ للمزيد ينظر : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، نظرية العقد ، ج٢ ، المجلد الأول ، الطبعة الرابعة ، مطبعة السلام ، ١٩٨٧ ، ص ٤٦٢ .

٦٩ د. زمن غازي الساعدي ، مرجع سابق ، ص ٦٨ .

٧٠ نصت المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي على انه " تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك " .