

آثار البطلان بالنسبة للغير-^(*)

د. أكرم محمود حسين

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق / جامعة الموصل

د. هند فالح محمود

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

إذا أبطل التصرف لم يكن له اثر وإذا كان التصرف يدخل في تكوين عقد تبادلي فان الالتزامات التي كان يرمي إنشاؤها تزول فإذا لم تكن هذه الالتزامات قد نفذت وجب رد الطرفين إلى مركزهما قبل التعاقد كلما أمكن ذلك وإذا كان احد الطرفين قد تصرف في حق من الحقوق التي ترتبت له بمقتضى التصرف الباطل فتصرفه باطل بدوره على وفق القاعدة التي تقتضي بأن ((ما بني على باطل فهو باطل)) ونشأ من هذه القاعدة المنطقية المبدأ الذي يقضي بأن التصرف الباطل لا يرتب أثراً ما، غير ان ذلك كثيراً ما يجافي العدالة عندما يتم تطبيقه بصورة مشددة ذلك ان العقد الباطل قد يكون نفذ فعلاً واحتفظ بكيانه مدة معينة فخلف قيامه وتنفيذه مراكز ومصالح جديرة بالحماية وربما كانت هذه المصالح أجدر بالرعاية من المصالح التي يرمي حمايتها فضلاً عن ان تطبيق مبدأ عدم ترتب اثر على العقد الباطل قد يؤدي إلى حدوث كثير من النتائج الاقتصادية والاجتماعية التي لا تحمد عقباها لذا حاول المشرع تفادي تلك النتائج ببعض الاستثناءات التي يكون مقصودها حماية حسن النية واستقرار المعاملات بل تقتضي المصلحة العامة نفسها تلك الحماية لما فيها من رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التي يركن الناس إليها.

Abstract:

If the act was nullity it has no effect , and if the act enters into a contract interactive , the commitments which was created will disappear , If these commitments doesn't implemented it must reply parties to their centers before contracting whenever possible, if one of the parties had acted in a right that had him under his wrong acting , so his acting will be wrong with The rule that ((what built on

(*) أستلم البحث في ٢٣/٤/٢٠١٤ *** قبل للنشر في ٤/٥/٢٠١٤.

falsehood is false)), Originated from this logical base a principle include that acting wrongs don't arrange the impact , However, this often inimical to justice when it is applied because the nullity contract might be implemented and maintained a certain entity so it's founding and implemented successor a centers and interests worthy of protection, And these interests may be worth to care from the ones that should be protect , as well as the application principle of non-impact on nullity contract may lead to many economic and social consequences of that ominous, So the legislator try to avoid those results with some exceptions that have as a consequence the protection of good faith and stability of transactions , but public interest require that protection for their sponsorship of public credit and ethnocentrism legitimate confidence lulled people.

ألقدمية

أولاً: موضوع البحث

البطلان وصف يلحق التصرف القانوني المخالف لأحكام القانون ويفضي الى انعدامه وعدم ترتيب آثاره القانونية فإذا دخل هذا التصرف في تكوين عقد فيكون أثره عد العقد غير موجود في نظر القانون ويسري ذلك بأثر رجعي ليس في العلاقة بين المتعاقدين فحسب بل للغير أيضا ما دام انه تعاقد في اطار العقد الباطل على وفق القاعدة التي تقضي بأن " ما بني على باطل فهو باطل"^(١).

(١) ترجع الجذور الفكرية لهذه المقولة الى علم المنطق وهي نتيجة من نتائجه إذ يقتضي التفكير المنطقي السليم المجرد ان يكون اساس التصرفات الفعلية والقولية صحيحا حتى تترتب اثارها الشرعية او القانونية والاساس هو القاعدة التي تبنى عليها الأشياء المادية والمعنوية، فان شاب ذلك الاساس عيب او عدم مشروعية كان باطلا ومنعدما شرعا وقانونا، ولا أثر له ولا يفيد حكما، ويقتضي منطوق البطلان اعادة الحال الى ما كانت عليه أصلا ان كان ذلك ممكنا، نقلا عن فارس حامد عبد الكريم العجرشي، قاعدة ما بني على باطل فهو باطل والتطورات الحديثة التي طرأت عليها، بحث منشور على الموقع الالكتروني: =

فترتب على بطلان عقد المتصرف بطلان العقود الأخرى التي يجريها المتصرف عليه وهذا ما يسمى بالأثر العيني للبطلان الذي يجعله ساريا في مواجهة كافة ومعنى ذلك سقوط الحق الذي كسبه الغير متى سقط حق من أدلى له بهذا الحق بسبب البطلان، والحديث ينصرف هنا الى البطلان بنوعية المطلق^(١) والنسبي^(٢) لأن الاختلاف بين النوعين قائم قبل تقرير البطلان فإذا ما تم إبطال العقد بالتراضي أو بحكم القاضي فإنه يصبح هو والعقد الباطل بطلانا مطلق على حد سواء إذ تترتب الآثار نفسها فيزول العقد في الحالتين بأثر رجعي غير أن ذلك كثيرا ما يجافي استقرار التعامل عندما يتم تطبيقه بصورة مشددة لأن العقد الباطل قد يكون نفذ فعلا واحتفظ بكيانه مدة معينة فخلف قيامه وتنفيذه مراكز ومصالح جديرة بالحماية وربما كانت هذه المصالح أجدر بالرعاية من المصالح التي يرمي حمايتها.

ونقصد بالغير في هذا المقام كل من تلقى من أحد المتعاقدين حقا عينياً على الشيء الذي هو محل العقد الباطل وقد يتأثر بالعقد بوسيلة أو بأخرى من حيث الصحة أو البطلان فهو - بعبارة أخرى - الخلف الخاص للمتعاقدين، فلو أن شخصا اشترى عينا معينة ورهنها عند آخر ثم تقرر بطلان عقد البيع فإن أعمال نتائج البطلان تؤدي إلى زوال البيع بأثر يمتد إلى الماضي لذا فإن حقوق الدائن المرتهن تزول ويسترد البائع العين خالصة مما رتب عليها المشتري من حقوق الغير.

إلا أن الأصل الذي يقتضيه منطق البطلان حدّ المشرع من نتائجه ببعض الاستثناءات التي يكون مقصودها حماية حسن النية واستقرار المعاملات بل المصلحة العامة نفسها تقتضي تلك الحماية لما فيها من رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التي يركن الناس إليها.

تاريخ الزيارة 2007/10/19 <http://Farisagrish.maktoobloy.com>

- (١) التصرف الباطل بطلان مطلق: هو التصرف الذي أختل فيه احد العناصر الأساسية في تكوينه وهي الإرادة والمحل والسبب والشكل في حال لزومه قانونا.
- (٢) التصرف الباطل بطلان نسبي: هو التصرف الذي تخلف فيه شرط من شروط صحته بأن يكون المتصرف ناقص الأهلية أو شاب إرادته عيب من العيوب التي تؤثر في السلامة الداخلية للإرادة فتفسدها وتجعل التصرف قابلا للإبطال.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع

إذا أبطل التصرف او قضي بإبطاله لم يكن له اثر ويسري هذا الأمر ليس في العلاقة بين المتعاقدين فحسب بل للغير أيضاً ما دام قد تعاقدوا في إطار العقد الباطل أي ان البطلان يمتد ليشمل نطاق العقد كله بوصفه وحدة متماسكة تتم بعمل إرادي متحد غير ان ذلك كثيراً ما يجافي استقرار التعامل عندما يتم تطبيقه بصورة مشددة ذلك ان العقد الباطل قد يكون قد نفذ فعلاً واحتفظ بكيانه مدة معينة فخلف قيامه وتنفيذه مصالح جديرة بالحماية ربما كانت هذه المصالح أولى بالرعاية من المصالح التي يريد القانون حمايتها فضلاً عن ان التطبيق الثابت المنقطع النظير لمبدأ عدم ترتب آثار على العقد الباطل قد تؤدي إلى حدوث كثير من النتائج الاقتصادية والاجتماعية التي لا تحمد عقابها، ومن اجل تسليط الضوء على المشاكل التي يثيرها البطلان بالنسبة لغير المتعاقدين ووضع المقترحات الملائمة لها وقع اختيارنا على هذا الموضوع.

ثالثاً: منهجية البحث

انتهجت الدراسة أسلوب البحث التحليلي المقارن اذ تناولت بالتحليل الجزئيات المتعلقة جميعها بالدراسة بعرض الآراء والاتجاهات الفقهية وتحليلها“ فضلاً عن عرض النصوص القانونية نوات الصلة بالموضوع والتعليق عليها. وقد اعتمدت الدراسة على الأسلوب المقارن في بيان موقف المشرع العراقي متمثلاً بالقانون المدني العراقي من جهة و ببعض القوانين من جهة أخرى التي انحصرت بشكل رئيس بالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني اللبناني والقانون المدني الفرنسي لاختلاف هذه القوانين في حيثيات معالجتها للموضوع.

رابعاً: خطة البحث

تقع هذه الدراسة في مبحثين ، نتناول في المبحث الأول المبادئ التي تقوم عليها الحماية التي يجري تأمينها للغير من آثار البطلان التي تتمثل بمبدأ حسن النية ومبدأ الوضع الظاهر، ونتناول في المبحث الثاني أهم التطبيقات التشريعية لهذين المبدأين التي تعد بمثابة استثناءات على الأثر الرجعي للبطلان.

المبحث الأول

المبادئ التي تحمي الغير من آثار البطلان

تتمثل هذه المبادئ كما اشرنا بمبدأ حسن النية والوضع الظاهر، وسنفرد لكل من هذين المبدأين مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

مبدأ حسن النية

حسن النية مصطلحاً يحمل في طياته معنى واسعاً ويختلط بعناصر كثيرة كالجهل، والغلط والخطأ وجميعها من طبيعة واحدة هي الطبيعة الذاتية، فهو أذن عنصر ذاتي يرتبط بشخص الغير، وعلى الرغم من كونه مصطلحاً شائع الاستعمال في نصوص القانون وتبرز نصوص تقرر لصاحب حسن النية حقوقاً على خلاف القواعد العامة، فأننا نجد أن أغلب التشريعات قد تجنبت وضع تعريف محدد له، لذا وجد الفقهاء صعوبة كبيرة تكتنف تحديد مضمون حسن النية في التصرفات القانونية وقد ظهر في هذا المجال اتجاهان رئيسان هما:

الاتجاه الأول:

يجد أصحابه^(١): أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً، فحسن النية ينشأ من جهل الغير بالصفة الحقيقية للمتصرف أو اعتقاده انه يتعامل مع ذي صفة^(٢)، أما في حالة الشك في صفة المتصرف فإن مثل هذا الشك يجعل الغير سيء النية، لأن حسن النية هو الاعتقاد البات في صفة المتصرف وان أي قدر من الشك كافٍ لاستبعاد حسن النية، لأن حسن النية يفرض على الغير عند إقدامه على إبرام التصرف واجب بحث الاحتمالات كلها التي ثار حولها الشك

(١) د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٧٩، ص ٤٥٢، وينظر أيضاً، د. عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٣٣٠، د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٣، ص ٣١٨، د. سليمان مرقس، العقود المسماة، ج ١، عقد البيع، ط ٤، دار أم الكتب، ١٩٨٠، ص ٥٢١.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية واثرة في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، بلا مكان طبع، ١٩٩٧، ص ٨١.

لمعرفة الحقيقة. اما إذا أصر على إبرام التصرف مع شكه في صفة المتصرف فهذا يضعه في منزلة الشخص سيء النية^(١).

يعد الجهل أو الغلط الذي يقع فيه الغير- بحسب هذا الاتجاه- حالة ذاتية نفسية خاصة به ويصعب إقامة الدليل عليها أو على عكسها ومن ثم وجب الالتجاء إلى معيار موضوعي يقاس بمقتضاه سلوك الغير وهذا المعيار هو الشخص المعتاد فإذا ثبت انه تعمد التعامل مع علمه بانعدام صفة المتصرف أو ثبت انه لم يتخذ الحيطة والحذر للذين يلزم بهما الشخص المعتاد، كان سيء النية ولا يكون جديراً بحماية القانون^(٢).

ويتضح من هذا المسلك أنه يرمي إلى قياس حسن النية بمعيار موضوعي واحد يسهل تطبيقه، لذا يستقر التعامل بدلاً من مشقة البحث عن العوامل النفسية الداخلية للشخص الغير^(٣).

ويجد حسن النية بهذا المعنى سنداً له في نصوص من القانون من ذلك نص المادة (١/١١٤٨) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه "يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك"^(٤).

واشترطت المادة (١/١١٦٣) مدني عراقي^(٥). حسن نية الحائز في تملك المنقول بالحيازة واشترطت أن يكون الحائز قد اعتقد وقت بدء الحيازة أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك وأي شك يقع في الحائز نفسه وقت بدء الحيازة أو تلقي الحق في أن المتصرف قد لا يكون هو المالك للمنقول ينفي حسن نيته^(٦).

(١) د. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهر، ط ١٩٥٧، بلا مكان طبع، ص ٩٢، وينظر أيضاً: د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص ٨٢.

(٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، ج ٩، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٤) تقابلها المادة (١/٩٦٥) مدني مصري والمادة (١/١١٧٦) مدني أردني.

(٥) تقابلها المادة (١/٩٧٦) مدني مصري، والمادة (١/١١٨٩) مدني أردني.

(٦) ينظر: د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص ٨٣.

ونصت المادة (٥٥٠) من القانون المدني الفرنسي على أن "الشخص حسن النية هو من يجهل العيب الذي يشوب تصرفه"^(١).

الاتجاه الثاني:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه^(٢) في تحديد مضمون حسن النية إلى القول: لا يمكن تعريف حسن النية بأنه جهل أو غلط أو خطأ فشتان بين هذه الأصول وحسن النية، صحيح ان هذه العناصر جميعها تتصل، وقد تلتقي في بعض الفروض إلا أن التطابق بينها غير كامل، فالجهل هو عدم العلم بأمر، والغلط وهم يصيب الشخص فيصور الحال على غير حقيقته، والخطأ سلوك مدان ومعيب لأنه يجانب الصواب وما يجب ان يكون عليه الشخص المعتاد فأين حسن النية من هذه الأمور.

ثم يعتمد أصحاب هذا الاتجاه في بيان مضمون حسن النية على تحليل مصطلح حسن النية، فالنية هي القصد وعزم القلب على شيء معين ومن ثم فهي إرادة باطنة مادام صاحبها لم يعبر عنها بقصد ترتيب أثر قانوني معين، ويستدل على النية بطريق غير مباشر أي عندما يلبسها تصرف خارجي للشخص، وتصبح للنية أهمية كبيرة في التصرفات عندما يقرر القانون تحديد وصف تصرف معين وآثاره في ضوء من حسن النية أو سوءها.

هذا عن النية، أما عن معنى كونها حسنة أو سيئة فيرى أصحاب هذا الاتجاه أنها أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين تنبع من القواعد والأخلاق التي تسود المجتمع ويمكن تحديد الحسن في الأمانة والعدالة والإخلاص وعدم الجور وفي النتيجة يكون سوء النية قصد الإضرار بالغير والخيانة والظلم^(٣).

(1) Art.550:Le possesseur est de boone foi qu and it possede comme propre Teire en vertu dun Titre Translatif de propriete don't il ignore les vices.

(٢) د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٣٤، د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية العربية، ٢٠٠١، ص ٦٥.

(٣) د. نعمان محمد خليل جمعة، المرجع نفسه، ص ١٣٤ - ١٣٥، د. محمد سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص ٦٥.

ولما كانت هذه الأمور نوات معانٍ أخلاقية وتقوم على المثالية التي لا يأخذ بها القانون، كان لا بد لأصحاب هذا الاتجاه من وضع تعريف قانوني محدد لحسن النية، فعرفوه بأنه "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون" ولا يلزم التحقيق الفعلي لهذا الالتزام، فقد يقصد الشخص احترام القانون ولكن يؤدي سلوكه إلى مخالفته سواءً لعدم إدراكه لكل الوقائع أم لجهله بحكم القانون^(١).

وقد جاء حسن النية بهذا المعنى في بعض نصوص القانون منها نص المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه "يجب تنفيذ العقد على وفق ما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"^(٢) ونص المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي، الذي جاء فيه "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون الإخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالتسجيل"^(٣).

ونص المادة (٢/١١٢٦) مدني عراقي، الذي جاء فيه "والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً"^(٤). فالمشرع في هذه الحالة قد نص على وجوب إتباع إجراء معين حتى تنتقل الملكية ومن ثم يكون الشخص حسن النية إذا قصد الالتزام بحدود القانون وذلك بأن يقوم بتسجيل العقار محل العقد اما إذا لم يتم بتسجيله عد سيء النية في نظر القانون لإهماله وتقصيره^(٥).

ولذا يكون حسن النية عنصراً نفسياً داخلياً ذاتياً يتعلق بشخص معين وواقعة معينة وهو مفترض في الناس كلهم "لأنه القاعدة العامة ولا يلزم الشخص أن يقدم الدليل على حسن نيته لأنه يستحيل عملياً إقامة الدليل على عنصر كامن في النفس، ويتعلق الأمر

(١) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٢) تقابلها المادة (١٤٨) مدني مصري والمادة (١/٢٠٢) مدني أردني.

(٣) تقابلها المادة (٢٠٤) مدني مصري.

(٤) تقابلها المادة (٩٣٤) مدني مصري.

(٥) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص ٨٨.

بواقعة سلبية ولا يطالب المرء بإثبات الوقائع السلبية لأنها لم تحدث فليس لها آثار أو شواهد يمكن أن يستدل بها عليها^(١).

يبقى بعد ذلك تحديد سوء النية وهو عكس حسن النية، فسوء النية هو قصد مخالفة القانون والخروج عليه وهو موقف عمدي يدخل فيه الغش وقصد الإضرار بالغير^(٢). وهو يتكون من عنصرين الأول نفسي وهو العزم على الخروج على أحكام القانون والثاني واقعي وهو العلم بانعدام صفة المتصرف ويخرج عن العنصر النفسي إلى حيز الواقع في صورة الإقدام على إبرام التصرف معه^(٣). لذا يجد جانب من الفقه^(٤): أنه كان من الاضرب أن تدور صياغة نصوص القانون حول سوء النية والعلم بانعدام الصفة بدلاً من الحديث عن حسن النية وعدم العلم بانعدام الصفة على أساس ان لعنصر سوء النية مظاهر خارجية وبالنتيجة يمكن إقامة الدليل عليها.

ولا نتفق مع هذا الرأي بل نجد أنه من المفروض حتماً أن تدور صياغة نصوص القانون حول حسن النية وعدم العلم بانعدام الصفة على أساس أن حسن النية هو أصل عام مفترض في الإنسان ولأن الأصل براءة الذمة، وأن من يدعي حسن النية لا يقع عليه عبء الإثبات وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي عكس ذلك.

ولابد ان نشير في هذا الصدد الى ان قواعد العدالة اذا كانت تأبى الإضرار بالغير حسن النية لأنه لم يرتكب خطأ في تعامله مع غير المالك لجهله واعتقاده بأنه المالك الحقيقي فإنها في الوقت ذاته تأبى ان تكون هذه الحماية على حساب المالك الحقيقي ومن حرمانه من ملكه لمجرد انه ارتبط بعقد تقرر بطلانه فيما بعد - إلا اذا كان المالك الحقيقي هو من تسبب بخطئه في بطلان العقد - عليه نرى انه، اذا كان لحسن نية الغير من دور فانه يكون بإعطاء الغير الحق لاسترداد ما تم دفعه لرفع الضرر عنه مع حقه في طلب التعويض ان كان له مقتضى.

-
- (١) د. فتحيه قره، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٨٣،
وينظر في المعنى نفسه د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص ٨٢.
- (٢) د. نعمان محمد خليل، مرجع سابق، ص ١٣٩.
- (٣) د. فتحيه قره، مرجع سابق، ص ٨٣.
- (٤) د. نعمان محمد خليل، المرجع السابق، ص ١٥٢.

المطلب الثاني

مبدأ الوضع الظاهر

تعد نظرية الوضع الظاهر إحدى النتائج العملية لتطبيق القانون وهي تعمل على تعزيز الحق المكتسب من الغير على وفق الحالة الظاهرة^(١). والنظرية من صنع القضاء الفرنسي الذي يسعى دائماً إلى التخفيف من حدة القواعد القانونية وعدم مراعاتها للواقع^(٢). ثم زاد القضاء المصري فجعل من الوضع الظاهر قاعدة عامة وليس استثناء^(٣).

وقد عرف جانب من الفقه^(٤). الظاهر بأنه المحسوس المخالف للحقيقة الذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون، فالغالب والمعتاد الذي لا مجال لإنكاره ان يكون صاحب المركز الظاهر هو نفسه صاحب المركز القانوني الذي يعبر عنه هذا الظاهر إلا أنهما قد لا يتطابقان إذ يكون صاحب المركز الظاهر ليس هو نفسه صاحب المركز القانوني ، ويقوم

(1) Alain Benabent, droit Civil, 3 eme, edition mont chrestien, Paris, 1991, p.106.

(2) Alian Benabent, Op. Cit. p. 107.

(٣) فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها إلى "الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر عن غيره من تصرفات بشأنها إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني، يتبين أن المشرع قد اعتد في تطبيقات عدة هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعاً مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول = ووصفها بالاستثناء وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها "ينظر: نقض مدني ١٦/٢/١٩٨٦ هيئة عامة، مجموعة الاحكام، ٣٣، ق ٦٣٩، قضاء النقض في المجموعة المدنية، ج ٢، المجلد الأول، رقم ٥٣٦، ص ١٧٤ وفي المعنى نفسه، نقض ١١/٤/١٩٩١، قضاء النقض، المرجع نفسه، ص ١٧٥، ونقض في ٣/٧/١٩٩٤ القضاء، ٢/٢٧، رقم ٥٥، ص ٦٠٠، ونقض ٩/٧/١٩٩٥، القضاء، ٢٨، العدد الأول والثاني، رقم ٢٣، ص ٥٢٠. نقلًا عن: محمد سعيد عبدالرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات -دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة-، دار الفكر الجامعية، ٢٠٠٨م، ص ١٧.

(٤) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٤.

الظاهر على أساس أن شخصا ما يبدو أمام الآخرين بأنه صاحب حق وهو في حقيقة الأمر ليس كذلك، إذ يحوز ميزات لا تستند إلى القانون ولكن إلى الواقع^(١). وينشأ عن هذا الوضع مواجهة بين صاحب المركز القانوني الحقيقي الذي كان من شأن أعمال القواعد على وجهها الصحيح تمتعه بالحق محل التصرف، وصاحب المركز الظاهر الذي لا يخول له أعمال القاعدة القانونية المتمتع بميزات ومكانات هذا الحق إلا أنه يظهر بمظهر صاحب الحق وبالنتيجة يكون بمركز واقعي أو فعلي يواجه المركز القانوني لصاحب الحق^(٢). بل ينشأ عنه مواجهة بين صاحب الحق والغير الذي تصرف معه صاحب الوضع الظاهر أيضا فيلى جانب من سينتصر القانون؟

لا شك في أنه من وجهة النظر المنطقية القائمة على تطبيق القواعد القانونية بكل صراحة ودقة أن ينتصر القانون لصاحب الحق وبالنتيجة يقضي ببطلان أو عدم نفاذ التصرف الصادر من صاحب الوضع الظاهر، إلا أن الواقع المتنوع واللامتناهي قد يثير عديداً من المشاكل ويلقي الكثير من الظلال على حكم القانون، فقد يكون هذا الغير حسن النية ولا يعلم بوضع المتصرف الظاهر ولم ينسب اليه اي إهمال أو تقصير.

بناءً عليه نجد أن أحكام الوضع الظاهر فرضها الواقع للعمل على استقرار المعاملات وتوكيد الثقة فيها، وهو أمر كما يجد البعض^(٣) يتصل بالمصلحة العامة على نحو يسوغ التضحية بصاحب المركز القانوني الحقيقي.

أولاً- الأساس القانوني للوضع الظاهر المتعلق بالغير:

لابد من البحث عن أساس قانوني يرد إليه الوضع الظاهر ويكون أساساً للحكم الاستثنائي الذي يحمي الغير مع مساسه بحقوق صاحب مركز حقيقي يحميه القانون.

ويجد جانب من الفقه^(٤): ان تحديد الأساس القانوني للوضع الظاهر لأول وهلة صعبٌ لسببين:

- (١) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق ص ٥ و ٦.
- (٢) د. فتيحة قره، مرجع سابق، ص ١٢.
- (٣) محمد كمال عبد العزيز، القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، ج ١، بلا مكان ولا سنة طبع، ص ٢٧٩.
- (٤) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٢٩؛ ود. فتيحة قره، مرجع سابق، ص ١٣.

أ- إن الظاهر وهو حيازة صفة بغير أساس من القانون يمكن أن يقع مساساً بأي حق من الحقوق من دون تمييز لنوع الحق أو طبيعته . والحق الذي يتلقاه الغير من صاحب الظاهر يماثل الحق المتعدى عليه في طبيعته ونوعه وبالنتيجة فإن المطلوب تأسيس حق الغير الذي يمتد إلى أنواع الحقوق كلها . وهنا تبدو الصعوبة في العثور على أساس قانوني يمكن ان تسند إليه الحقوق كلها التي يمكن للغير الحصول عليها استناداً إلى الظاهر .

ب- إن المطلوب تأسيسه بنتيجتين متعارضتين وهما فقد صاحب الحق لحقه واكتساب الغير لهذا الحق، ولو أن النتيجتين المتعارضتين كانتا أثراً لتصرف واحد لأمكن العثور على أساس مشترك، ولكن الوضع هنا يختلف، إذ يكتسب الغير الحق بوصفه أثراً لتصرف تم بينه وبين شخص آخر غير صاحب الحق، ومن ثم فإن أساس كسب الغير للحق لا يكون دائماً هو أساس فقد صاحب الحق حقه . ولوضع أساس قانوني للظاهر بوصفه أحد الظواهر القانونية التي تفتقد إلى سند قانوني فقد ابتدع الفقه عدداً من الأسس التي قد تكون مردداً لأحكام قانونية كثيرة وهذه الأسس تكون على نوعين: الأول ينسب إلى صاحب الحق كفكرة النيابة وفكرة الصورية وفكرة المسؤولية المدنية لصاحب الحق، والنوع الثاني ينسب إلى الغير .

ولابد من التنويه بأنه قدر تعلق الأمر بالموضوع مدار البحث سنقتصر على بيان الأسس التي تنسب إلى الغير .

إن أساس البحث هنا إنما يتعلق بأساس اكتساب الغير للحق مع أنه يتعامل مع غير ذي صفة، وتختصر هذه الأسس فيما يأتي:

١. حسن النية:

ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أنه لما يتميز به مبدأ حسن النية من شمول في مجال التصرفات القانونية يصلح أن يكون أساساً للظاهر بوجه عام وأن حسن نية الغير هو أساس حمايته لكن هذا الرأي مرفوض من قبل جانب آخر من الفقه^(٢) الذي يجد أن حسن النية هو شرط من الشروط التي يجب توافرها لتطبيق أحكام الظاهر إلا أنه لا يكفي وحده

(١) د. عز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائنين المرتهنين، في القانون المدني المصري،

بلا مكان طبع، ١٩٤٢، ص ٢٠٣.

(٢) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٤٤، فتحة قره، مرجع سابق، ص ٢٣.

لكسب الحق وإلا أدى ذلك إلى إلغاء أسباب كسب الحق الأخرى التي تشترط إلى جانب حسن النية شروطاً أخرى مثل شرط الحيازة في المنقول.

٢. الغلط الشائع:

وذهب جانب آخر من الفقه^(١) إلى تأسيس حماية الغير على فكرة الغلط الشائع ويقصد بفكرة الغلط الشائع، (بالغلط العام الجماعي)، أي اعتقاد الكافة بحقيقة الظاهر^(٢). وترجع هذه الفكرة في نشأتها إلى القانون الروماني، واستقرت في القانون الفرنسي القديم وطبقها القضاء الفرنسي في مناسبات عدة على أنها تستمد من القانون الروماني، بل أن مجلس الدولة الفرنسي الذي له قوة القانون قد استند إلى هذه الفكرة في تصحيح الأوراق الرسمية التي أصدرها من هم ليسوا ذي صفة في إصدارها بحكم القانون على الرغم من عدم ورود أية إشارة إلى قاعدة الغلط الشائع في القانون المدني الفرنسي وقد ورد في حيثيات القرار "أنه في الأزمان جميعها وفي التشريعات جميعها الغلط الشائع وحسن النية يكفيان لتغطية المخالفات التي تقع في التصرفات وفي الأحكام التي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تفاديها" ومنذ ذلك الحين ارتبط تاريخ الظاهر بالقاعدة التي تقرر الغلط الشائع يولد الحق وشاع الاستناد إليها في أحكام القضاء الفرنسي^(٣)، وقد رد على هذا الرأي بالقول، ان الغلط الشائع ليس سوى شرطاً من بين شروط آخر يلزم توافرها لتطبيق أحكام الظاهر^(٤).

٣. الثقة المشروعة:

أسس الفقيه الفرنسي (ايما نويل ليفي) حماية الغير على الثقة المشروعة وهو يجد أن الثقة المشروعة في ظاهر معين كافية لنشوء الحق في ذمة من اعتمد على هذا الظاهر وتعامل معه على هذا الأساس وأن انتقال الحق لا يعتمد بالأساس على إرادة صاحبه أو

(١) د. عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٢) د. سلامة عبدالفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديد للسنة، ٢٠٠٥، ص ١٥٨.

(٣) نقلا عن: د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٤) د. فتيحة قره، مرجع سابق، ص ٢٣.

إرادة من انتقل إليه بقدر اعتماده على قبول المجتمع له وثقته به، فإرادة الغير في كسب الحق مشروعة لأنه تلقاها نتيجة تعامله مع ظاهر مستقر جدير بثقة المجتمع فيه^(١). ولم تلق فكرة الثقة المشروعة أيضاً قبولاً من جانب من الفقه^(٢). الذي يجد أنها في مجال الظاهر لا تضيف شيئاً جديداً إلى نظرية الظاهر فهي ليست سوى وصف قانوني تحليلي لقيود ترتبط بالظاهر.

٤. المصلحة العامة:

اتجه فقهاء آخرون^(٣): إلى حماية الغير على أساس المصلحة العامة، وغالباً ما يأتي ذكر المصلحة العامة عندما تتم المقارنة بين المصالح المتعارضة، إذ أدى تصرف صاحب الوضع الظاهر إلى ظهور تعارض بين مصلحتين مصلحة صاحب الحق وهي مصلحة خاصة وحمايتها أو إهدارها لن يتجاوز حدود صاحب الحق وحده، ومصلحة الغير الذي تعامل على أساس الظاهر المستقر وهي لا تتعلق به وحده وإنما تتعلق بالمصلحة العامة التي تتمثل في حماية التعامل في المجتمع وفي تأمين الثقة المشروعة التي يوليها التعامل في الأوضاع الظاهرة لذا فإنه من الجدير بالاعتبار تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(٤).

٥. فكرة المظهر:

لعدم كفاية الأسس التي وضعها الفقه لحماية الغير حسن النية فقد ذهب جانب من الفقه^(٥). إلى عدم ضرورة البحث عن أساس قانوني لنظرية الظاهر لان هذه النظرية باتت من المسلمات التي لا تحتاج إلى إيجاد أساس قانوني لها فهي تكفي نفسها بنفسها

(١) نقلا عن د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٣) د. عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٦٤، ٦٥، ١٢١.

(٤) السيد عدنان إبراهيم السرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ١٤٤ وما بعدها.

(٥) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٤٧، فتحيه قره، مرجع سابق، ص ٤٢، د. سلامة عبدالفتاح حلبية، مرجع سابق، ص ١٦٤.

فالاكتفاء بتصرف صاحب المركز الظاهر إنما يجد سنده في الظاهر بمفرده، فمظهر صاحب الحق متى كان معقولاً ينبغي أن ينتج في العلاقة مع الغير الآثار نفسها التي ينتجها الحق نفسه، فالمظهر المبرر والمشروع يصلح في ذاته أساساً قانونياً كافياً لإقرار ونفاذ التصرف الذي ابرمه الغير مع صاحب الوضع الظاهر والمشرع وعلى الرغم من أنه لم يستخدم في غالبية نصوصه تعبير الوضع الظاهر مما لا يعني انه لم يعتد بهذه الفكرة، فالألفاظ التي استخدمها والنتائج التي رتبها تعبر بوضوح عن وجود شخص يظهر أمام الناس بمظهر صاحب مركز قانوني أو صفة قانونية ويتعامل معه الناس بحسن نية واعتقاد مشروع على هذا الأساس وهو في حقيقة الأمر ليس كذلك، مما دفع المشرع إلى التدخل لحماية الغير الذي اندفع إلى التعامل مع هذا الشخص استناداً إلى هذا المظهر^(١).

لذا نجد ان أحكام الوضع الظاهر لا تستند الى قاعدة قانونية فهي نظرية من خلق القضاء الفرنسي وتناولها الفقهاء بإيجاد الأساس القانوني للوضع الراهن سواء من صاحب الحق او من جانب الغير حسن النية إذ بحث الفقهاء عن أساس الوضع الظاهر بحسن النية والغلط الشائع والعدالة والثقة المشروعة وحماية المصلحة العامة والائتمان وهي في حقيقة الأمر لا تعدوا ان تكون شروط او مسوغات لتطبيق أحكام الوضع الظاهر وفي جانب هذا الوضع الظاهر الذي يستند الى مركز فعلي غير حقيقي ولا يستند الى قاعدة قانونية. هناك صاحب الحق الذي يستند حقه الى قاعدة قانونية، لذا حاول الفقه بمجموعه تسويغ حماية الغير استناداً إلى الوضع الظاهر من دون ان يحاول إيجاد التبرير المناسب لحماية صاحب الحق لأنه أولى بالحماية لأنه حقه يستند إلى قاعدة قانونية، عليه نجد انه من المناسب ان يتدخل المشرع ليعتبر التصرف الذي يجريه صاحب الظاهر موقوفاً على إجازة صاحب الحق لان اعتبار التصرف موقوفاً سيحقق حماية الطرفين فان أجازته صاحب الحق كانت الإجازة توكيلاً لصاحب الظاهر ومن ثم يعد التصرف قد انعقد صحيحاً وبالتالي تتحقق مصالح الأطراف جميعاً.

ثانياً- آثار إعمال الوضع الظاهر للغير:

يكن جوهر هذه الآثار في اعتبار تصرف ما باطلاً أو غير نافذ على وفق القواعد العامة وكأنه قد صدر من صاحب المركز الحقيقي.

(١) د. محمد سعيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٢٧.

ولابد من الإشارة إلى أن إعمال الوضع الظاهر يعكس آثاراً متعددة للمركز القانوني للغير وصاحب الحق وصاحب الظاهر الا أننا سنقتصر فيما يأتي على بيان أثر اعمال الوضع الظاهر للغير مدار بحثنا.

يترتب على إعمال الوضع الظاهر، صحة التصرفات التي تتم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ونفاذاً في مواجهة صاحب المركز الحقيقي^(١). وهو ما معناه حصول الغير على المزايا والمنافع والحقوق كلها التي ينتجها التصرف، فلو تعلق الأمر بتصرف ناقل للملكية لاكتسب ملكية هذا الشيء، ويكتسب منفعة الشيء لو كان من شأن التصرف أن يكسب هذه المنفعة وتبرأ ذمته من الدين إذا كان من شأن التصرف ان يبرئ ذمته منه كما لو أوفى أجرة المسكن إلى الموكل الظاهر عن المالك، كما يتمتع بالمركز القانوني الذي يتولد من حصوله على مستند أو شهادة صادرة من الموظف الظاهر وفي المقابل يلتزم الغير بالالتزامات جميعها التي يفرضها التصرف كدفع الثمن والامتناع عن المنافسة غير المشروعة ويلتزم بتعويض الأضرار المترتبة على الإخلال بالتزاماته سواءً بعدم التنفيذ أم التأخر عن التنفيذ^(٢).

ولا ننسى أن نشير في هذا الصدد إلى أن الظاهر لا يصحح إلا عيب انعدام صفة المتصرف، أما العيوب الأخرى مثل انعدام الرضا وعيوبه أو عدم مشروعية المحل أو السبب فهي تخضع للقواعد العامة للبطلان أو الإبطال بحسب الأصول^(٣).

ولتصحيح التصرف الذي أسسه صاحب الظاهر مع الغير لابد من تضافر شروط عديدة ندرجها فيما يأتي:

- (١) د. محمد سعيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٩٩.
- (٢) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٤٩-٥٠، وينظر في المعنى نفسه د. فتحيه قره، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٦، وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الأثر للوضع الظاهر في قرارات عديدة نذكر منها: قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٧١/١١/٣٠، الذي جاء فيه "يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها ان تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المركز الحقيقي" نقلا عن د. محمد سعيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٩٩.
- (٣) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٥٠.

١- وجود المركز الفعلي لصاحب الظاهر

يجب لوجود المركز الفعلي لصاحب الظاهر وجود العناصر اللازمة لوجوده أو الاستدلال عليه وهو بذلك يكون موازياً للمركز القانوني لصاحب الحق ومن ثم فهما يتشابهان في عناصر الوجود أو الممارسة أو كليهما فالمركز القانوني للمالك قد يستدل عليه بعقد بيع صحيح أو ممارسة المالك لمكانات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف والمركز الفعلي للمالك الظاهر يستدل عليه بعقد بيع باطل أو مزور أو قد تكون عناصره ممارسة مكانات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف^(١).

٢- ان يكون المتعامل مع صاحب الظاهر من الغير:

وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان أجنبياً عن التصرف أو الواقعة التي أنشأت الوضع الظاهر وعن أطراف هذا التصرف أو تلك الواقعة وبناءً عليه لا يعد غير من أسهم في وجود هذا التصرف أو الواقعة التي أنشأت الوضع الظاهر^(٢).

٣- حسن نية الغير:

الغير حسن النية هو الشخص الذي يرغب في إبرام تصرف معين بقصد الحصول على حق أو ميزة معينة وقد انعقد عزمه على عدم الخروج عن حكم القانون ثم يتعامل مع غير ذي صفة قانونية بالنسبة إلى الحق موضوع التصرف، من دون أن يعلم بانعدام تلك الصفة، لذا فإن نظرية الوضع الظاهر تدخل لحمايته مما تقضي به القواعد العامة من عدم الاعتداد بهذا التصرف لصدوره من غير ذي صفة بتصحيح هذا العيب^(٣).

٤- الغلط الشائع:

اختلف الفقه في تحديد مفهوم الغلط الشائع إلا أن الرأي الراجح^(٤) يذهب إلى ان محور البحث عن مفهوم الغلط الشائع يجب أن ينحصر في العناصر التي يتكون منها المركز

(١) المرجع نفسه، ص ٥٩.

(٢) د. فتحة قره، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٣) د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٤) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ١٦٤ - ١٦٥، وينظر في المعنى نفسه محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص ٦٦.

الظاهر، فإذا كانت هذه العناصر متقنة وقريبة الشبه من العناصر التي يتكون منها المركز القانوني كان غلط الغير فيها من الغلط الشائع، أما إذا كان زيفها أو مخالفتها للحقيقة ملموسة أو واضحة فأنها لا تدخل في مفهوم الغلط الشائع، بمعنى آخر أن الغلط يكون شائعاً إن هو استند إلى ظاهر قوي مستقر مقنع ومعقول مما يسوغ ترتب النتيجة الخطيرة للظاهر وهي سلب الحق من صاحبه لمنحه للغير، فالوارث الظاهر مثلاً يعد ظاهراً مقنعاً ومبرراً إن كان قريباً للمتوفي إلى درجة تسمح بالتوارث قانوناً.

٥- أن يكون التصرف الذي تم مع الغير من قبيل المعاوضات كالبيع والإجارة ونحوهما ويعني ذلك أن تصرف صاحب الظاهر إذا كان من التبرعات المحضة فإن الغير لا يكتسب الحق على الشيء محل التصرف^(١). فالحماية هنا استثنائية ولا محل لإضافتها على من يكتسب بغير مقابل وللمالك استرجاع الشيء من يد الغير في حال إبطال العقد لأن "درء المفسد أولى من جلب المنافع"^(٢).

المبحث الثاني

التطبيقات التشريعية لبدأي حسن النية والوضع الظاهر

من المعلوم أن التطبيقات التشريعية هي الطريق الوحيدة لإثبات فكرة معينة أو مبدأ لاسيما في الدول التي لا تصل أحكام القضاء فيها إلى حد إنشاء القواعد القانونية بناءً عليه سنعرض في هذا المطلب أهم التطبيقات التشريعية لمبدأي حسن النية والوضع الظاهر التي تعد بمثابة استثناءات أو قيود تحد من الأثر الرجعي للبطلان وفي الفرعين الآتيين:

المطلب الأول

التطبيقات التشريعية لبدأ حسن النية

أورد المشرع في قوانين الدول محل المقارنة جرياً منه على حماية الغير حسن النية العديد من الاستثناءات التي تحد أو تقيد من الأثر الرجعي للبطلان نورد منها على سبيل البيان والتمثيل وليس الحصر والتعيين ما يأتي:

(١) د. محمد سليمان الأحمد، المرجع نفسه، ص ٢٠١.

(٢) تنظر المادة (٨) من القانون المدني العراقي.

أولاً- عقود الإدارة:

إن تبقى هذه العقود صحيحة بوصفها من أعمال الإدارة ويقصد بأعمال الإدارة: تلك الأعمال التي لا تخرج المال عن ذمة صاحبه ويقتصر أثرها على إدارته وتسيير أمور استغلاله فقط. ومن أهم صورها، عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات إذ تبقى صحيحة ولو صدر حكم ببطلان سند ملكية من صدرت منه، والسبب في بقاء عقود الإدارة هو حماية الغير حسن النية الذي اطمأن إلى سلامة سند من صدرت عنه هذه العقود من أسباب البطلان أو الإبطال تدعيماً لثقتهم في ذلك، وبخاصة وليست أعمال الإدارة ذات آثار خطيرة. فضلاً عن كونها ضرورية لاستغلال الأموال ويجب القيام بها في وقتها المناسب وأن يكون لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء حتى يتيسر إجراؤها^(١).

لم يرد مثل هذا القيد بنص صريح في نطاق البطلان ولكن يمكن ان يستخلص من القواعد العامة مادام انه ضروري لإدارة المال والمحافظة عليه، إذ نصت المادة (١٠٥/١) من القانون المدني العراقي على أنه: "... ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وإيفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف والنفقة على الصغير"^(٢). ونصت المادة (٧٢٤) مدني عراقي على أنه "ليس لمن لا يملك الا حق الإدارة أن يعقد إجازة تزيد مدتها على ثلاث سنوات فإذا عقدت الإجازة لمدة أطول من ذلك أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"^(٣).

(١) د. خالد جمال احمد حسن، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، بلا مكان طبع، ٢٠٠٢، ص ١٢١.

(٢) يقابلها نص المادة (١١٢) مدني مصري والمادة (١٢٥) مدني أردني.

(٣) يقابلها نص المادة (٥٥٩) مدني مصري، والمادة (١٦٣) مدني أردني.

ثانياً- بقاء الرهن الرسمي^(١) الصادر من مالك زال سند ملكيته بأثر رجعي:

تنص المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري على أنه "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه لأي سبب آخر إذا كان الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن"^(٢).

ومؤدى هذا النص أنه إذا كان الراهن قد اشترى العقار بعقد قابل للإبطال وتقرر إبطاله فإن الرهن يبقى لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية الذي لا يعلم بالعيب الذي يشوب سند ملكية الراهن ويؤدي إلى إبطاله، فأقدم بحسن نية على منح الراهن ائتمانه، فلا يؤثر بطلان التصرف في حقه وله ان يتمسك بالرهن في مواجهة المالك الأصلي الذي يعود العقار إليه مثقلاً بهذا الحق على الرغم من أن الرهن لم يصدر منه^(٣).

ويعد هذا النص قيدياً على المبدأ العام للأثر الرجعي الذي يقضي بأن المالك إذا زال ملكه بأثر رجعي يعد كأن لم يكن مالكاً للعقار الذي تصرف فيه وزوال ملكية العقار بأثر رجعي تجعل تصرفاته في هذا العقار كأن لم تكن، إذ جعل هذا النص الرهن الصادر من مالك رهناً صحيحاً لا يزول حتى لو زالت ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي^(٤).

(١) يسمى أيضاً (بالرهن التأميني) وقد عرفته المادة (١٢٨٥) من القانون المدني العراقي بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حق عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون" تقابلها المادة (١٠٣٠) مدني مصري والمادة (١٣٢٢) مدني أردني.

(٢) ينبغي أن نشير إلى أن المادتين (١٥ و ١٧) من قانون الشهر العقاري المصري لسنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم صحائف دعاوى بطلان العقود وغيرها، وبشان عدم سريان أحكام دعاوى البطلان قد جعلتا هذا الحكم شاملاً لكل العقود العينية على العقارات، ينظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، بلا مكان طبع، ص ٤٩٥-٤٩٧.

(٣) د. غني حسون طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، العدد الثاني، ١٩٧٨، ص ١٨٨.

(٤) د. احمد إبراهيم الغول، الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٠٢.

ولم نجد في نصوص القوانين محل المقارنة ما يقابل هذا النص.

ويشترط لإعمال هذا القيد حتى يبقى الرهن لمصلحة الغير (الدائن المرتهن):

- ١- أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وقت انعقاد الرهن الرسمي فإذا كان غير مالك للعقار المرهون وقت الرهن لا ينطبق الحكم الوارد بهذه المادة^(١). مما يعني أن حماية الغير حسن النية يجب أن تقتصر على الحالة التي يكون فيها سند الملكية قابلاً للإبطال ثم تقرر إبطاله، وليس باطلا ابتداءً^(٢).
 - ٢- يجب ان يكون الدائن المرتهن وقت إبرام عقد الرهن حسن النية، أي لا يعلم بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي، اما إذا كان عنده شك في ذلك لم يكن حسن النية، لأن سريان حق المرتهن في مواجهة المدعي فيه إجحاف لحق الأخير الذي سيقصر حقه في مطالبة المدعي عليه بالتعويض وقد يكون المدعي عليه معسراً أو مفلساً لذا لا يعمل به إلا إذا كان الغير الذي ترتب له حق عيني قبل تسجيل دعوى البطلان حسن النية وكان قد تعامل مع شخص ثبتت له الملكية قانوناً في وقت ما^(٣).
 - ٣- يجب أن يكون زوال ملكية الراهن، بعد قيد الرهن بأثر رجعي يرتبه القانون لا الاتفاق، كان يكون سند ملكه قابلاً للإبطال بعيب من عيوب الإرادة ثم تقرر إبطاله^(٤).
- فإذا توفرت هذه الشروط بقي الرهن لمصلحة الدائن المرتهن ولو زالت ملكية الراهن بأثر رجعي.

(١) المرجع نفسه، ص ٣٠١.

(٢) د. جلال علي العدوي، أصول المعاملات، المكتبة المصرية الحديثة للطباعة والنشر، ١٩٦٧، ص ٢٠٥.

(٣) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر، ١٩٦٢، ص ٢٩٧.

(٤) د. احمد إبراهيم الغول، الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

ثالثاً- تعارض الأثر الرجعي للبطلان مع قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

تنص المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي على أنه "١- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد"^(١).

ومؤدى هذا النص أن حيازة المنقول تكون سبباً لكسب الملكية إذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه^(٢).

ولذا يعد هذا النص مقيداً للأثر الرجعي للبطلان، فلا يستطيع المالك الأصلي الاستفادة من الأثر الرجعي للبطلان لتعارضه مع حقوق الحائز حسن النية^(٣).

فلو اشترى شخص منقولاً وباعه لآخر حسن النية وتم تسليمه إياه ثم تقرر بطلان سند المتصرف فإن منطق البطلان يقضي أن تنهار التصرفات جميعها التي أجراها المتصرف ويسترد البائع الأول المنقول خالياً من تلك التصرفات لأن البيع عدّ كأن لم يكن إلا أنه مع ذلك يستطيع المتصرف إليه أن يملك المنقول متى كان حسن النية وذلك بالاستناد إلى قاعدة: الحيازة في المنقول سند الملكية، مع ملاحظة أنه إذا تملك المتصرف إليه (المشتري) المنقول بالحيازة فإنه وبلا شك لا يستطيع أن يتمسك بطلب إبطال العقد^(٤). إذ تقوم الحيازة في هذه الحالة مقام العقد في أحداث الأثر الذي تخلف عنه وهو نقل

(١) تقابلها المادة (١/٩٧٦) مدني مصري والمادة (١/١١٨٩) مدني أردني والمادة (٣٠٧) من أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٠، والمادة (٢٢٧٩) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد ود. نواف حازم خالد، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ١٤، ٢٠٠٣، ص ٤٦.

(٣) د احمد إبراهيم الغول، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٤) د. لاشين محمد يونس الغياتي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ط١، مكتبة جامعة طنطا، ١٩٨٦، ص ٨٢، ولكن يجد بعضهم بأن مشتري المبيع في هذه الحالة لا يسقط حقه في طلب الإبطال لأن التملك بالحيازة لا يتم الا اذا تمسك به المشتري ولا يمكن أن يجبر على هذا التمسك، ينظر: د. محمد لييب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ٦٨.

الملكية إلى المشتري من دون بذل شيء من جانبه أو تفويت أي حق عليه^(١). علما أن تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا يقتصر على حالة تملك المنقول فحسب بل انه شامل لحالة اكتساب حق عيني عليه أيضا^(٢).

ولكي يمتلك حائز المنقول الشيء الذي في حوزته بحسن نية يجب أن تتوفر الشروط التي حددها القانون المدني العراقي في المادة (١١٦٣). وهي:

١- حسن نية الحائز:

ويكون الحائز حسن النية بموجب المادة (٢/١١٤٨) مدني عراقي في حالتين:

الأولى : عندما يجهل أنه يعتدي على حق الغير.

الثانية: عندما لا يكون قد اغتصب الحيازة بالقوة والإكراه.

وسبق أن عرفنا ماهية حسن النية، الذي نريد أن نضيفه: إن المشرع العراقي قد اعتد بعنصري العلم والإرادة، فجعل مناط التمييز بين حسن النية وسوءها يعتمد على العلم ثم الإرادة فعد الشخص حسن النية إذا كان يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، ولا يصبح سيء النية إلا من الوقت الذي يعلم فيه انه يعتدي على الغير وأنه يريد هذا الاعتداء حتى لو اعتقد أن له حقاً في الحيازة^(٣).

٢- أن يستند الحائز في حيازته إلى سبب صحيح:

لا يكفي أن يكون الحائز حسن النية للاستفادة من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بل يجب ان يستند في حيازته إلى سبب صحيح^(٤).

قد لا يستطيع الحائز ولو كان حسن النية الاستفادة من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، متى كان المنقول قد خرج عن سيطرة مالكة بوسائل حددها القانون وهي، الضياع والسرقة والغصب وخيانة الأمانة، إذ يستطيع المالك أن يسترد المنقول من يد الحائز خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة^(٥).

(١) د سليمان مرقس، شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص ٥٢١.

(٢) د. احمد إبراهيم الغول، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٣) د. محمد سليمان الأحمد، و د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٤) ينظر نص الفقرة الثالثة من المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي.

(٥) ينظر: المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي.

تصطدم أعمال الأثر الرجعي للملكية التي مصدرها الحيازة - ولاشك - مع نص المادة (١/١٣٤) مدني عراقي الذي جاء فيه "إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو غبن مع تغيير جاز للعاقدة أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغيير كما له أن يجيزه فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي..."^(١)

لقد أعطى المشرع العراقي للمالك بموجب هذا النص درجة كبيرة من الاحترام عندما قرر إبطال تصرفات كل من انتقلت إليه العين التي خرجت من ملك صاحبها بعقد موقوف لم يجزه المالك وقام بنقضه، وأقر بحق المالك في استرداد العين إذ وجدها وإن تداولتها الأيدي، حتى يبدو أن ما قرره هذا النص مبدأ لا يقبل الاستثناء^(١). وهذا ما دفع المشرع العراقي إلى حماية الحائز بقريئة قانونية قاطعة تتمثل بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) إذ جعل الحيازة في المنقول بحسن نية وسبب صحيح قريئة قانونية قاطعة على الملكية وليس سبباً مباشراً لها، لذا فقد تجنب المشرع العراقي الوقوع في تناقض لا يقبل التوفيق أو الترجيح^(٢).

٣- ان ترد الحيازة على منقول لا تأبى طبيعته اكتساب ملكيته بالحيازة:

اذ تسري قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) على المنقولات التي يجوز حيازتها قانوناً وتداولها من يد لأخرى من دون حاجة إلى إجراءات شكلية معينة، لذا يخرج عن نطاق هذه القاعدة المنقولات المعنوية والمنقولات المادية المخصصة للنفع العام والمنقولات التي تحتاج إلى شكلية خاصة للتصرف فيها، كالسيارات والطائرات والمنقولات التي تخصص تبعاً لعقار (العقار بالتخصيص) اذ لم تنفصل عنه. وايضا

(١) د. محمد سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص ٨٤ هامش (١).

(٢) على الرغم من ان الحائز للمنقول عن حسن نية وسبب صحيح في القانون العراقي يمتنع على مدعي الملكية ضده أن يثبت عكس ما تقرره القريئة القانونية القاطعة، لكن هذه القريئة يمكن دحضها بالإقرار أو النكول عن حلف اليمين، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ إذ جاء فيها (يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القريئة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام).

الحقوق الشخصية كالديون والأوراق التجارية لأن الديون تنتقل بالحوالة والأوراق التجارية تنتقل بالتظهير والمناولة اليدوية^(١).

رابعاً- تعارض الأثر الرجعي للبطلان مع أحكام التقادم الخمسي:

نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي على أنه "٢- وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري واقرنت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع سماع الدعوى فيها تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق، ٣- والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل الآتية: أ- الاستيلاء على الاراضي الموات، ب- انتقال المال بالإرث والوصية، ج- الهبة، د- البيع أو الفراغ"^(٢).

نظمت هذه المادة تقادماً قصيراً لاكتساب ملكية الحقوق العينية العقارية ومفادها أنه إذا وقعت الحيازة على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، وتحقق ركنا الحيازة المادي والمعنوي^(٣). وشروطهما^(٤). فإن أثر البطلان لا يسري في مواجهة الغير الذي مرت

(١) د. محمد سليمان الأحمد و د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) تقابلها المادة (٩٦٩) مدني مصري والمادة (١١٨٢) مدني اردني إذ اشترطت ان تمر على حيازة العقار سبع سنوات، كما اجاز المشرع اللبناني للشخص الثالث ان يكتسب حقا على العقار غير المسجل متى تصرف به تصرفاً هادئاً ومستمراً وعلنياً بنية التملك خمس سنوات، اذا كان سنده قابلاً للإبطال وخمس عشرة سنة اذا كان سنده باطلاً بطلاناً مطلقاً، ينظر: د. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص ٤٢٣، وينظر: (٢٢٦٧) مدني فرنسي.

(٣) يتمثل الركن المادي بالسيطرة الفعلية على شيء أو حق يجوز العامل فيه (م ١/١١٤٥) مدني عراقي ويتمثل الركن المعنوي بتوفر نية استعمال الشيء المحاز فيظهر الحائز بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني محل الحيازة، ينظر: د محمد سليمان الأحمد و د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٤) وهذه الشروط : ألا تقوم الحيازة على مجرد عمل من أعمال الإباحة وأن تكون مستمرة غير متقطعة (١١٤٥ / ٢ مدني عراقي) وأن تخلو من عيوب الإكراه والخفاء العيني (المادة ١١٤٦ مدني عراقي) وأن تكون الحيازة بحسن نية وسبب صحيح.

على حيازته خمس سنوات ولا يمكن ان يسترد منه الحق الذي اكتسبه حتى ولو كان سند المتصرف قد زال عنه بأثر رجعي نتيجة بطلان التصرف الصادر إليه من المالك، وتطبيقا لذلك: إذا باع شخص عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري لأخر ثم تصرف المشتري بالعقار الذي اشتراه بالبيع إلى مشتر حسن النية يجهل أنه يتصرف فيما لا يملك، وحاز هذا المشتري العقار خمس سنوات ثم حكم بإبطال سند المتصرف فلا يجوز للمالك الحقيقي أن يطالب باسترداد العقار من المشتري الثاني للأثر الرجعي للبطلان لأن هذا المشتري يستطيع أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بثبوت الملكية بالتقادم القصير الذي يعد مسبباً لكسب الملكية^(١).

ولا تكون صلاحية العقد سبباً صحيحاً للتملك بالحيازة أو التقادم يقتصر على العقد القابل للإبطال أو الموقوف لأنه عقد له وجود قانوني ومن ثم فإنه يصلح لأن يكون سبباً لأنه كان سينقل الملكية لو أنه صدر من المالك.

أما إذا كان التصرف القانوني الذي تلقى الحائز بموجبه حيازة العقار باطلاً، فإنه لا يكون له وجود قانوني ومن ثم لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً، يستوي في ذلك أن يكون التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل أو الموضوع^(٢).

المطلب الثاني

التطبيقات التشريعية للوضع الظاهر

ليس في وسعنا الإحاطة بالتطبيقات كلها التي تضمنها القانون للوضع الظاهر وإنما نود أن نشير هنا إلى قسم منها وهي سبيلنا الوحيد لكي نتصور فكرة الوضع الظاهر ونستوعبها.

ومن الأمثلة على هذه التطبيقات، الوارث الظاهر والوكيل الظاهر وسنتعرض أيضاً لحالة صورية العقد على وفق ما يأتي:

(١) د. إبراهيم احمد الغول، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٨، حق الملكية، بلا مكان طبع، ١٩٦٧، ص ١٠٩٥ - ١٠٩٧، د. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص ٦٧٢.

أولاً- الوارث الظاهر

وهو شخص يتوهم من يتعامل معه والمحيطين به بناءً على الظروف الواقعية الملازمة، انه وارث حقيقي يتصرف فيما ورثه شرعاً من مال مورثه في حين انه ليس كذلك لأنه ليس وارثاً حقيقياً مطلقاً وإنما لأنه وارث لبعض المال فحسب^(١)، ويعد الوارث الظاهر نفسه وارثاً ويعدده الغير كذلك لأنه ليس هناك وجود قريب اقرب منه يحجبه عن الإرث^(٢). فإذا تصرف في أموال التركة بوصفه وارثاً ثم ظهر وارث آخر يحجبه فإن العقد الذي يعقده الوارث الظاهر عندما يتصرف في أموال التركة أو يديرها ليس عقداً باطلاً ما دام ركن العقد متوافراً وهو التراضي^(٣).

ومن النصوص التشريعية التي تأخذ بتصريفات الوارث الظاهر نص المادة (٣٨٤) مدني عراقي الذي جاء فيه: "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا اقر الدائن هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر"^(٤).

يتضح من هذا النص أن المشرع العراقي اعتمد على فكرة الوضع الظاهر في مجال الوفاء للوارث الظاهر ورتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين حسن النية تجاه الدائن

(١) د. محسن عبد الحميد البيه، نظرية الوارث الظاهر، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٧٢، ص ١٦.

(٢) د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع، ص ٤١٥.

(٣) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة العاني، ١٩٤٣، ص ٢٥٦.

(٤) يقابله نص المادة (٣٣٣) مدني مصري حيث جاء فيه "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا اقر الدائن هذا الوفاء... أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته"- حيث رجح بعض الفقه ان المقصود بالنص هو حالة الوارث الظاهر على اعتبار أن الوارث الظاهر يعد حائزاً للدين وبالنتيجة يكون الوفاء اليه مبرئاً لذمة المدين حسن النية، ينظر د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ١٢١، ويقابله أيضاً نص المادة (١٢٤٠) مدني فرنسي، ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني الأردني أو اللبناني.

الحقيقي، فلا يلزم بالوفاء لهذا الأخير مرة أخرى، كحماية للمدين حسن النية الذي اعتقد اعتقاداً مشروعاً أنه يوفي للدائن الحقيقي.

وأيضاً نص المادة (٨٩٧) مدني مصري الذي جاء فيه: "دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات عينية على تلك الأموال، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إراثهم"^(١).

ويعد جانب من الفقه هذا النص^(٢) تطبيقاً مباشراً لنظرية الوضع الظاهر لأنه يقضي بحماية الغير حسن النية الذي تعامل مع وارث الظاهر، ويمنع الدائن العادي الذي لم يظهر دينه قبل توزيع التركة من الرجوع على هذا الغير الذي كسب حقاً عينياً من الوارث الظاهر على مال من أموال التركة وهو يعد وارثاً ظاهراً لأنه على وفق القاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين) لا يملك حق إرث على ذلك الجزء من نصيبه الذي رصد لسداد ديون المورث وفي النهاية فإنه قد تصرف في ما لا يملك.

ثانياً- الوكالة الظاهرة

الوكيل الظاهر هو من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع انصراف آثاره لحساب هذا الأخير ومصالحته دون وكالة قائمة بين الأصيل والوكيل^(٣). ويجب لوجود الوكالة الظاهرة أن يعمل الوكيل باسم الموكل من دون نيابة، وأن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية أي يعتقد بأن الوكيل نائب، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الغير، إذ يجب عليه أن يثبت انه عندما تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام نيابته لأنه من المفروض

(١) يقابله نص المادة (١١٠٧) مدني أردني، ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي بل ان المشرع العراقي قد أورد نصاً مخالفاً لنص المادة (٨٩٧) مدني مصري هو نص المادة (١١٠٧) مدني عراقي إذ جاء فيه "١- لدائني التركة العاديين وللموصى لهم ان يلاحقوا استيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقاً عينية، ٢- ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين فإذا انقضت هذه المدة تصرف الورثة في التركة قبلهم الا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير للإضرار بهم".

(٢) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٣) د. فتحية قره، مرجع سابق، ص ٤٢.

أن الغير قد اطلع على سند الوكالة وتثبت من نيابة الوكيل قبل ان يتعاقد معه، ويجب أن يقوم في الوكالة مظهر خارجي منسوب إلى الموكل ويكون من شأن هذا المظهر أن يجعل الغير معذورا في اعتقاده ان هناك وكالة قائمة، ومن صور الوكالة الظاهرة:

١- مجاوزة الوكيل حدود الوكالة، وأكثر ما يكون ذلك عندما يستخدم الموكل في سند الوكالة ألفاظا غامضة أو مرنة إذ تتسع لأكثر من معنى، فيستخدمها الوكيل لإبرام تصرفات تتجاوز الحدود التي أرادها الموكل فعلا، وقد يحدث ذلك باتفاق مسبق بين الموكل والوكيل لإيهام الغير بأن للوكيل صلاحيات أوسع من تلك الممنوحة له^(١).

وإذا كانت القاعدة العامة أن الوكيل يلزم بتنفيذ الوكالة من دون تجاوز حدودها المرسومة^(٢). مما يعني أن خارج حدود الوكالة لا نيابة ولا نفاذ لتصرفات الوكيل بحق الموكل إلا أننا ومع ذلك نجد أن جانباً من الفقه^(٣) يرى أن للغير أن يتمسك بالتصرف الذي أبرمه مع الوكيل ما دامت ألفاظ الوكالة تحتل ذلك، والتزام الموكل هنا أمر يستند إلى القواعد العامة التي تفرض على الشخص تحمل نتائج فعله الشخصي فعليه تحمل آثار الصياغة المعيبة لسند وكالته.

٢- استمرار عمل الوكيل بعد انتهاء وكالته : قد تنتهي الوكالة لأسباب عديدة منها وفاة الموكل أو فقده لأهليته أو بانتهاء مهمة الوكيل التي وكل بها وغيرها من الأسباب التي يترتب عليها ألا تعود إلى الوكيل صفة في التحدث عن موكله وبالنتيجة عدم نفاذ تصرفات الوكيل في حق الموكل، غير أن انتهاء الوكالة في مثل هذه الفروض قد تخفى على الغير الذي يتعامل مع الوكيل ويكون من العسير عليه اكتشاف انتهائها وهو الذي لم يقصر في التثبت من سند الوكالة ويصبح بالنتيجة من غير المقبول عدّه قد تعامل مع غير ذي صفة وابطال التصرف أو عدّه غير نافذ في حق الموكل^(٤).

(١) د. عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ١٩٤، ١٩٥.

(٢) تنظر المادة (٩٢٣) مدني عراقي والمادة (٧٠٣) مدني مصري، والمادة (٨٠٤) مدني أردني، والمادة (٧٧٩) مدني لبناني.

(٣) د. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، مجلد ثاني، في العقود الواردة على العمل والمقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الناشر دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ٦٠٤.

وفي ذلك تنص (٩٤٨) مدني عراقي على أنه "لا يحتج بانتهااء الوكالة على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهاائها" وتنص المادة (١٠٧) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن اثر العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً يضاف إلى الأصيل أو خلفاته" كما نصت المادة (٨١٣) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: "إن العزل من الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً في حق شخص ثالث حسن النية، اذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله. على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله" والمادة (٨١٩) من القانون نفسه التي تقضي بـ "إن الأعمال التي يجريها الوكيل باسم الموكل قبل أن يعلم بوفاته أو بأحد أسبابه التي أدت إلى انتهاء الوكالة، تعد صحيحة، بشرط أن يكون الشخص الثالث الذي تعاقد معه جاهلاً أيضاً بهذا السبب" كما تنص المادة (٨٦٢) من القانون المدني الأردني على أنه: "تنتهي الوكالة بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير" وتنص المادة (٨٦٣) منه "للموكل ان يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير...".

وأخيراً نشير إلى نص المادة (٢٠٠٥) من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه: أن "العزل لا يحتج به على الغير الذين تعاملوا عن جهل به".

ثالثاً: صورية العقد

تعرف الصورية بأنها تصرف قانوني اتجهت فيه الإرادة إلى عدم ترتيب آثارها كلها أو بعضها وهي تتضمن إرادتين: إحداهما معلنة والثانية مستترة إذ تقوم الأخيرة بتعديل الآثار كلها المعلنة أو بعضها^(١).

والذي يعيننا هنا أننا في حالة الصورية نخرج عن تطبيق القواعد المنطقية للبطلان حيث يتم احترام المظهر القائم وهو ظهور العقد الصوري بمظهر العقد الصحيح فيترتب على العقد الباطل جميع آثاره للغير^(٢). لذا نصت المادة (١٤٧) ومن القانون

(١) لمزيد من التفصيل يراجع: السهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد، ج١، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص ٨٧٩، وما بعدها.

(٢) د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد الثالث، ١٩٣٤، ص ٣٤٣، وينظر في المعنى نفسه، القاضي سالم روضان، الموسوي، الصورية في بطلان العقد، مقالة نشرت في ٢٠٠٨/٨/١٨، على الموقع الإلكتروني:

المدني العراقي على انه "١- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري... ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"^(١). فيجوز للغير ان يتمسك بالعقد الصوري إذا كان حسن النية أي يجهل أن هذا العقد صوري وليس حقيقياً وإلا طبق عليه الأثر الرجعي للبطلان واحتج في مواجهته بورقة الضد (العقد الحقيقي)^(٢).

لذا يتضح أن الأثر الرجعي للبطلان يتعارض مع حماية الغير (الدائنين والخلف الخاص) في أحكام الصورية وأن المشرع رجع مصلحة المتعاملين على أساس العقد الظاهر على الرغم من صوريته وأسبغ عليهم حمايته بشرط أن يتوفر لديهم حسن النية، فقضى بأن يترتب على العقد الصوري- وهو عقد منعدم قانوناً - آثاره الأصلية التي كانت تترتب عليه لو لم يكن صورياً حماية لهم لحسن نيتهم^(٣).

الخاتمة

يجدر بنا في ختام هذا البحث بيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها:

أولاً: النتائج:

١. يترتب على بطلان عقد المتصرف بطلان العقود الأخرى التي يجريها المتصرف إليه مما يسمى بالأثر العيني للبطلان الذي يجعله سارياً في مواجهة الكافة ومعنى ذلك سقوط الحق الذي كسبه الغير متى سقط من حق أدنى له بهذا الحق بسبب البطلان.
٢. يعد حسن النية عنصراً نفسياً وذاتياً يرتبط بشخص معين ووقت معين وهو مفترض في الناس كلهم لأنه القاعدة العامة ولا يلزم الشخص ان يقدم الدليل على حسن نيته لأنه يستحيل عملياً إقامة الدليل على عنصر كامن في النفس فالأمر يتعلق بواقعة سلبية ولا

تم الاطلاع على هذا الموقع بتاريخ ١١/٢/٢٠١٠.

وينظر أيضاً: المحامي حسين المؤمن، الصورية - المواضعة - وكيفية إثباتها، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان (٢٠١)، السنة التاسعة، ١٩٥٠، ص ٣٥.

(١) تقابلها المادة (٢٤٤) مدني مصري و(٣٩٨) مدني أردني و(١٣٢١) مدني فرنسي ولم نجد لها ما يقابلها في القانون المدني اللبناني.

(٢) د. احمد إبراهيم الغول، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٣) د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص ٣٠٠.

- يطالب المرء بإثبات الوقائع السلبية لأنها لم تحدث فليس لها آثار أو شواهد يمكن ان يستدل بها عليها .
٣. تعد نظرية الوضع الظاهر إحدى النتائج العملية لتطبيق القانون وهي تعمل على تقرير الحق المكتسب من جانب الغير على وفق الحالة الظاهرة ، فقد يكون هذا الغير حسن النية ولا يعلم بوضع المتصرف الظاهر ولم ينسب إليه أي إهمال او تقصير .
٤. على الرغم من ان المشرع العراقي لم يستخدم في نصوصه تعبير الوضع الظاهر فان ذلك لا يعني انه لم يعدت بهذه الفكرة فالألفاظ التي استخدمها والنتائج التي رتبها تعبر بوضوح عن وجود شخص يظهر أمام الناس بمظهر صاحب مركز قانوني او صفة قانونية ويتعامل معه الناس بحسن نية واعتقاد مشروع على هذا الأساس وهو في حقيقة الأمر ليس كذلك مما دفع المشرع إلى التدخل لحماية الغير الذي اندفع إلى التعامل مع هذا الشخص استنادا الى هذا المظهر .
٥. يترتب على أعمال الوضع الظاهر صحة التصرفات التي تتم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ونفاذها في مواجهة صاحب المركز الحقيقي وهو ما معناه حصول الغير على كل المزايا والمنافع والحقوق التي ينتجها التصرف .
٦. يجب ان يكون التصرف الذي يتم مع الغير من قبيل المعاولات كالباع والإجارة ونحوهما مما يعني ان تصرف صاحب الظاهر اذا كان من التبرعات المحضة فان الغير لا يكتسب الحق على الشيء محل التصرف ، فالحماية هنا استثنائية ولا محل لإضافتها على من يكتسب بغير مقابل وللمالك استرجاع الشيء من يد الغير في حالة بطلان العقد لان درء المفاسد أولى من جلب المنافع .
٧. تبقى عقود الإدارة صحيحة ولو صدر حكم ببطلان سند ملكية من صدرت منه حماية للغير حسن النية الذي اطمأن الى سلامة سند من صدرت عنه هذه العقود تدعيما للثقة لاسيما أن أعمال الإدارة ليست ذات آثار خطيرة، فضلا عن كونها ضرورية لاستغلال الأموال ويجب القيام بها في وقتها المناسب .
٨. بعد ان قرر المشرع العراقي إبطال تصرفات كل من انتقلت إليه العين التي خرجت من ملك صاحبها بعقد باطل او بعقد موقوف، قرر حماية الغير حسن النية من أسباب البطلان بقريئة قانونية قاطعة تتمثل بقاعدة (الحيارة في المنقول سند الملكية) إذ جعل الحيارة في المنقول بحسن نية وسبب صحيح قريئة قانونية قاطعة على الملكية وليس

سببا مباشرا لها وبذلك تجنب المشرع العراقي الوقوع في تناقض لا يقبل التوفيق او الترجيح.

٩. اذا وقعت الحيازة على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري وتحقق ركنا الحيازة المادي والمعنوي وشروطها فان أثر البطلان لا يسري في مواجهة الغير الذي مرت على حيازته خمس سنوات ولا يمكن ان يسترد منه الحق الذي أكتسبه حتى ولو كان سند المتصرف قد زال عنه بأثر رجعي نتيجة بطلان التصرف الصادر إليه من المالك.

ثانيا: التوصيات:

١. ان يقصر المشرع أثر حسن نية الغير على إعطاء الغير الحق في استرداد ما تم دفعه لرفع الضرر عنه مع حقه في طلب التعويض ان كان له مقتضى ذلك ان قواعد العدالة اذا كانت تأبى الإضرار بالغير حسن النية لأنه لم يرتكب خطأ في تعامله مع غير المالك لجهله واعتقاده بأنه المالك الحقيقي فإنها تأبى في الوقت ذاته ان تكون هذه الحماية على حساب المالك الحقيقي ومن ثم حرمانه من ملكه لمجرد ان ارتبط بعقد تقرّر بطلانه فيما بعد - إلا اذا كان المالك الحقيقي هو من تسبب بخطئه في بطلان العقد -.
٢. لا تستند أحكام الوضع الظاهر الى قاعدة قانونية لذا حاول الفقه بمجموعه إيجاد أساس للوضع الظاهر بحسن النية والغلط الشائع والعدالة والثقة المشروعة وحماية المصلحة العامة وفي جانب هذا الوضع الظاهر هناك صاحب الحق الذي يستند حقه الى قاعدة قانونية عليه نقترح ان يتدخل المشرع العراقي ليعتبر التصرف الذي يجريه صاحب الوضع الظاهر موقوفا على اجازة صاحب الحق لان اعتبار التصرف موقوفا سيحقق حماية الطرفين فان اجازة صاحب الحق كانت الإجازة توكيلا لصاحب الظاهر ومن ثم يعد التصرف قد انعقد صحيحا وبالتالي تحققت مصالح الأطراف جميعا.
٣. نقترح عدم تقييد الأثر الرجعي للبطلان بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وبقاعدة التقادم الخمسي في حالة كون المتصرف في العقار او المنقول غاصبا اما في غير هذه الحالة فيمكن تقييد الأثر الرجعي للبطلان بالقاعدتين المذكورتين.
٤. إعمال الأثر الرجعي لبطلان التصرف بسبب تخلف ركن من اركانه وان تعلق حق الغير به بصرف النظر عن اشتراط الحيازة في المنقول او مضي مدة التقادم في العقار إذ لا ينتج العقد الباطل أي اثر ولا يفيد الملك ومن ثم لا يفيد التصرف.

.٥

المصادر

١. د. أحمد إبراهيم الغول، الاثر الرجعي في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٢. د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج٢، احكام الالتزام، دار المعارف، مصر، ١٩٥٧.
٣. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار الجامعة، ١٩٨٨.
٤. د. جلال علي العدوي، اصول المعاملات، المكتبة المصرية الحديثة للطباعة والنشر، ١٩٦٧.
٥. د. حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الاول، نظرية العقد، مطبعة العاني، ١٩٤٣.
٦. د. خالد جمال احمد حسن، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، البحريني، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، ٢٠٠٢.
٧. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج١، الدار الجامعية، ١٩٨٦.
٨. د. سلامة عبد الفتاح حليبة، احكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥.
٩. د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦.
١٠. د. سليمان مرقس، العقود المسماة، ج١، عقد البيع، ط٤، دار الكتب، ١٩٨٠.
١١. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٣.
١٢. د. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، بلا مكان طبع، ١٩٥٧.
١٣. د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، ١٩٩٧.
١٤. د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد ج١، دار الفكر، بلا سنة طبع.

١٥. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء السابع، مجلد ثاني، العقود الواردة على العمل والمقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الناشر دار النهضة العربية، ١٩٦٤.
١٦. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثامن، حق الملكية، بلا مكان طبع، ١٩٦٧.
١٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء التاسع، اسباب كسب الملكية (حق الارتفاق، حق الانتفاع)، دار احياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
١٨. د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد، بلا مكان طبع، ١٩٨٤.
١٩. د. عبدالمنعم البدرابي، عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.
٢٠. د. عبدالمنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع.
٢١. د. عز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائنين المرتهين في القانون المدني المصري، بلا مكان طبع، ١٩٤٢.
٢٢. د. فتيحة قره، احكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩.
٢٣. د. لاشين محمد يونس الغياتي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقہ الاسلامي، ط١، مكتبة جامعة طنطا، ١٩٨٦.
٢٤. د. محسن عبد الحميد البيه، نظرية الوارث الظاهر، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٢.
٢٥. د. محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الفكر الجامعية، ٢٠٠٨.
٢٦. د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية العربية، كلية الحداثة الجامعة، ٢٠٠١.
٢٧. محمد كمال عبد العزيز، القانون المدني في ضوء الفقہ والقضاء، ج١، بلا مكان ولا سنة طبع.
٢٨. د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.

٢٩. د. نعمان محمد خليل جمعه، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
٣٠. د. هدى عبدالله، دروس في القانون المدني، العقد، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
٣١. حسين المؤمن، الصورية - المواضع - وكيفية اثباتها بحث منشور في مجلة القضاء العدد (٢-١) السنة التاسعة، ١٩٥٠.
٣٢. د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، قسم ثاني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد الثالث، ١٩٣٤.
٣٣. د. غني حسون طه، القانون المدني الكويتي، بين نظرية الفقه الاسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، العدد الثاني، ١٩٧٨.
٣٤. د. محمد سليمان الاحمد، د. نواف حازم خالد، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد ١٤، ٢٠٠٣.
٣٥. عدنان ابراهيم السرحان، الاوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٦.
٣٦. القاضي سالم روضان الموسوي، الصورية في بطلان العقد، مقالة نشرت على الموقع الالكتروني: www.domosubar.Almuntada.showthreadphp?1=5519

37. Alain Benabent. droit civil, 3eMe, edition Mont chrestien, Paris, 1991.