ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية الحقوق
College of Rights

Invalidity of the contract that violates the public law and decency The ancient Roman rule as a model

Assist. Lect. Adnan Abbas Hamza
Department of Law, Hilla University College, Babylon, Iraq
adnanab@hilla-unc.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 17 Apr 2023
- Accepted 7 May 2023
- Available online 1 June 2023

Keywords:
- **Null.**
- **Contract .**
- **System.**
- **Decencyies.**
- **Rule.**
- **Roman.**

Abstract: The contract as a legal act is one of the most important means of civil interaction between persons, including the exchange of obligations, it is a legal system, and for this interaction it must be controlled by controls and preserve its social function, and that the draft Iraqi Civil Code adopted the invalidity of the contract contrary to public order and morals, " Article 130 paragraph 1 of the Iraqi Civil Code states (the place of obligation must be not legally prohibited and not contrary to public order or morals, otherwise the contract was invalid)", " as Article 132 paragraph 1 of the Iraqi Civil Code states (the contract invalid if the contractor commits for no reason or for a reason prohibited by law and contrary to public order or morals)", And that the Roman rule violates the logic of invalidity and even violates its effect, so how to talk about contracts, which, according to the origin, " violate public order and morality and are characterized by illegality ", as it makes no sense to raise in our courts the issue of reinstatement of contracts concluded for the purpose of immoral practices such as vice or gambling, as they do not conform to the trends of most Islamic legislation in Arab countries, which take Islamic texts as a source of legislation , and if a judge faces such contracts, it is not forbidden to request restitution, but when ruling on it, it is not in favor of the parties to the contract that is contrary to public order and morality, but restitution is in favor of the state , We consider it necessary to stipulate this provision in the Iraqi Civil Code and the laws in question in the texts dealing with the invalidity of a contract that violates public order and morals.

© 2023 TUJR, College of Right, Tikrit University

بطلان العقد المخالف للنظام العام والآداب القاعدة الرومانية القديمة نموذجا

م.م. عدنان عباس حمزة
قسم القانون، كلية الحلة الجامعة، بابل، العراق
adnanab@hilla-unc.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٧ / نيسان / ٢٠٢٣
- القبول : ٧ / ايار / ٢٠٢٣
- النشر المباشر : ١ / حزيران /٢٠٢٣

الكلمات المفتاحية :
- بطلان.
- عقد.
- نظام.
- ادأب.
- قاعدة.
- رومان.

الخلاصة: إنّ العقد بوصفة تصرف قانوني يعد من أهم وسائل التعامل المدني بين الأشخاص بما يتضمنه من تبادل للالتزامات , فهو نظام قانوني ولهذا التعامل لا بد من ضوابط تحكمه وتحفظ له وظيفته الاجتماعية , وأن مشروع القانون المدني العراقي تبنى بطلان العقد المخالف للنظام العام والآداب ," فالمادة ١٣٠ فقرة ١ من القانون المدني العراقي تنص على (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او الآداب والا كان العقد باطلا)" , " وكما تنص المادة ١٣٢ فقرة ١ مدني عراقي على (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام او الآداب)", وأنّ القاعدة الرومانية تخالف منطق البطلان بل إنَّها تخالف أثره فكيف الحديث عن عقود فهي بحسب الأصل "تخالف النظام العام والآداب وتتصف بعدم المشروعية ", إذ من غير المنطقي أن تثار في محاكمنا مسألة إعادة الحال في عقود أُبرمت بغرض ممارسات غير أخلاقية كممارسة الرذيلة أو لعب القمار فهي لا تتفق واتجاهات أغلب التشريعات الاسلامية في الدول العربية التي تتخذ من النصوص الإسلامية مصدرًا للتشريع , وفي حال واجه القاضي مثل تلك العقود فلا يمنع طلب الاسترداد ولكن عند الحكم به لا يكون لصالح طرفي العقد المخالف للنظام العام والآداب إنَّما يكون الاسترداد لصالح الدولة , وذلك كعقاب لطرفي العقد أو أحدهما بحرمانه من استرجاع المبالغ أو الأشياء التي دفعت للقيام بعمل غير مشروع ,ونرى ضرورة النص على هذا الحكم بالقانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة في النصوص المعالجة لبطلان العقد المخالف للنظام العام والآداب .

© ٢٠٢٣, كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

إن العقد يمثل وسيلة من وسائل التعامل بين الأفراد في المجتمع , بل وجد ليكون أداة لتبادل المنافع فوضعت له قواعد لتحقيق المصلحة العامة سواء أكانت فردية أم جماعية , فأن توافرت في العقد الشروط والأركان جميعها فأن القانون يرتب عليه أثارا لما فيه من التزامات , أما أذا خلا العقد أو تخلف من شروطه وأركانه فإن العقد يكون باطل , فالبطلان هو جزاء ينصب على العقد يقصد منه تعطيل فاعلية العقد في انتاج الاثر القانوني , فهو رقابة القانون في استكمال العقد للمسائل الجوهرية , فإذا

تخلف العقد ركن من أركان انعقاده أو شرط من شروط صحته فإنه لا يرتب الالتزامات في ذمة طرفيه , وانعدمت قدرته على ترتيب آثاره ويكون جزاؤه البطلان الذي فرضه القانون لعدم اتباع الأفراد قواعد تنظيم العقد التي أوجب المشرع مراعاتها تحقيقًا للمصلحة عامه , فإذا تحققت كل مفترضات جزاء البطلان رتب هذا الجزاء أثره في انهاء التصرف القانوني بين المتعاقدين وعُد العقد كأنه لم يكن , وفكرة النظام العام من الافكار السائدة في جميع فروع القانون، وتلعب دورا على جانب كبير من الاهمية في النظام القانوني، إلا أن تطبيقاتها تختلف باختلاف طبيعة كل من القوانين من ناحية العرض الذي يراد تحديد مدلولها من اجله , ففي القانون المدني، "فان فكرة النظام العام تعد قيدا على سلطان ارادة الافراد، ولاسيما في نطاق العقود المدنية بشان عناصر تكوين العقد، ذلك انه يشترط في الالتزام الناشئ عن العقد ان لا يكون كل من السبب والمحل مخالفا للنظام العام والآداب, ولهذا وردت عدة مواد قانونية بذلك سيتم تناولها في هذا البحث, وأن مشروع القانون المدني العراقي تبنى بطلان العقد "المخالف للنظام العام والآداب" لكن القاعدة الرومانية تخالف منطق البطلان وتعطل أثره فهي تخاطب حالة غير المشروعية أي "العقود المخالفة للنظام العام والآداب", وتحد من إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد الغير مشروع , فتثير مسألة مدى جواز استرداد ما دفع , وتمنع المطالبة بالإعادة على الطرف الذي يكون عدم المشروعية أتيًا منه , ولعل من أهم ركائزها المحل أو السبب المخالف للنظام العام

وان موضوع بحثنا " بطلان العقد المخالف للنظام العام والآداب القاعدة الرومانية القديمة انموذجا, فمن حيث اطار بحثنا لهذا الموضوع فقد اخترناه بمبحثين إذ يقوم الاول منها على الاطار المفاهيمي وجاء بثلاثة مطالب أولهما: تعريف البطلان لغة واصطلاحا وقانونيا, والثاني: النظام العام والآداب تعريفه واسبابه ونصوص من المواد القانونية , ومن ثم يأتي الثالث: نبذة تعريفية عن القانون الروماني , اما المبحث الثاني فقد جاء مخالفة القاعدة الرومانية لبطلان العقد وتعطيل أثره , إذ جاء بمطلبين ايضا , تعلق الاول منها: القاعدة الرومانية ومخاطبتها للحالة غير المشروعة , بينما تضمن الثاني: موقف التشريعات الحديثة من القاعدة الرومانية ثم جاءت الخاتمة .

المبحث التمهيدي

الاطار المفاهيمي

المطلب الاول / التعريف بالعقد الباطل لغة واصطلاحا وقانونيا

أولًا // تعريف العقد الباطل في اللغةً

للعقد معانٍ عديدة في اللغة منها : الربط والوصل : فيقال عقد طرفي الحبل أو نحوه : أي ربطهما بوصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم وصلهما , ومن معانيه أيضا : الإحكام والبناء , والتوكيد والعهد : فيقال عاقدته بمعنى عاهدته , وكذلك التوثيق والعزم , وأيضًا يأتي بمعنى اليمين : فيقال عقدت اليمين , كما إنّ العقد ما عقد من البناء[١].

إما الباطل لغة : " الباطل خلاف الحق وضده " [٢], "ومعنى بطل , بطل الشي يبطل بطلًا وبطولًا وبطلانًا ذهب ضياعًا وخسرًا فهو باطل وأبطله هو , إذ يقال ذهب دمه بطلًا , وبطل في حديثه بطالة , وأبطل هزل والاسم الباطل , والباطل نقيض الحق والجمع أباطيل على غير قياسه كأنّه جمع أبطال أو أبطيل هذا مذهب سيبويه وفي التذهيب , وجمع الباطل بواطل قال أبو حاتم واحدة الأباطيل أبطولة وقال أبن دريد واحدتها إبطالة ودعوى باطل "[٣], وقوله تعالى ﴿ وَقُلْ جَآءَ ٱلْحَقُّ وَزَهَقَ ٱلْبَـٰطِلُ ۚ إِنَّ ٱلْبَـٰطِلَ كَانَ زَهُوقًا ﴾ [٤] , والمعاني تفيد الزوال واللاقيمة .

ثانيا : تعريف العقد الباطل اصطلاحًا

من خلال البحث لم نجد تعريف صريح للعقد الباطل في التشريعات في أغلب نصوصها, بل أكتفت بذكر صور العقد الباطل وأن المعنى الاصطلاحي للعقد الباطل يقسم الى قسمين هما :

أ- تعريف العقد الباطل قانونًا : ذكر بعض المشرعين تعريفًا صريحًا للعقد الباطل ومنهم من أكتفى بذكر تطبيقات العقد الباطل ودعوى البطلان , وبهذا الصدد نجد أنّ المشرع العراقي أورد في القانون

---

[١] لسان العرب , العلامة جمال الدين ابن منضور , تحقيق عامر أحمد , مراجعة عبد المنعم إبراهيم , منشورات علي بيضون , بيروت , ط ١ (١٤٢٤- ٢٠٠٣) , (٣/ ٣٢٥) , وكذلك : المصباح المنير , العلامة أحمد بن علي الفيومي , معجم عربي – عربي , مكتبة لبنان , ط ٢٠٠١, ص ١٦٠.

[٢] معجم المؤلفين , أبو نصر إسماعيل بن حماد الجواهري الفارابي (ت٣٩٣هـ) : تحقيق أحمد عبد الغفور عطار , , دار العلم للملاين , بيروت , ط٤ , ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م, (٤ / ١٦٣٥)

[٣] لسان العرب , مصدر سابق , ص٣٧٣.

[٤] سورة الاسراء , الآية ٨١

المدني العراقي النافذ تعريفًا صريحًا للعقد الباطل في "المادة (١/١٣٧) منه والتي نصتط " العقد الباطل هو ما لا يصح أصلًا باعتبار ذاته أو وصفًا باعتبار بعض أوصافه الخارجية " .

إمّا القوانين محل المقارنة فلم تورد تعريفًا صريحًا لهذا العقد , إذ لم يعرف المشرع المصري العقد الباطل في قانونه المدني النافذ رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨" , ونفس الحال جاء في القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل إذ لم يرد تعريفًا صريحًا للعقد الباطل ", ولكن تضمن قواعد عامة في بطلان العقد. فالعقد الباطل "يعد بموجِب التعريف الصريح الذي أورده المشرع العراقي لا وجود له إلّا من حيث الصورة ", بل له وجود مادي وليس له وجود قانوني ومن ثم فهو عدم , ولا يترتب عليه أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح , وأن تسمية العقد الباطل عقدًا جاءت من قبيل المجاز , إذ لا وجود له في الحقيقة وليس له أثر ولا يفيد حكمًا[١].

ب- تعريف العقد الباطل فقهًا : في حدود البحث لم اجد تعريف متفق عليه , بل تعددت الاتجاهات الفقهية القائلة في تعريفه إلى ثلاثة اتجاهات من حيث أساس العقد الباطل ونتيجته, فكل إتجاه منهم عرّف العقد الباطل تعريفًا يختلف عن الاخر, ولغرض الإحاطة العلمية بتعريف كل اتجاه من الاتجاهات الفقهية الثلاثة للعقد الباطل على وجه الخصوص , سنتناولها كل على حده:

الاتجاه الأول : عّرف بعض فقهاء هذا الاتجاه[٢] بطلان العقد "بأنّه انعدام رجعي لآثار العقد , والذي يعد جزاءً لأي نقص ملازم لتكوينه فهو وسيلة للجزاء , ويجد أنصار هذا الاتجاه , أنّ بطلان العقد جزاء قانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها[٣] , وتبعًا لذلك فإنّ البطلان نظام قانوني يراد به عدم الاعتراف بالعقد واعتباره غير قائم [٤], وذلك بسبب اختلال تكوينه إذ يؤدي البطلان إلى انعدام التصرف بأثر رجعي منذ تأريخ ابرامه [٥] , سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير[٦], وبذلك فبطلان العقد ما هو إلا جزاء لتخلف عنصر من العناصر الأساسية للعقد , سواءٌ تخلف ركن من أركانه

---

[١] الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , د. عبد المجيد الحكيم , د. عبد الباقي البكري , د. محمد طه البشير , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ,١٩٨٠, ١/ ١٢١.

[2] Gerard legier, droit civil, les obligations, dalloz, Paris, 1992, p 45.

[٣] الوسيط في شرح القانون المدني , د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , مصادر الالتزام بوجه عام , المجلد الأول , ط٣ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ٢٠٠٩ , ١/ ٥٣٢ .

[٤] النظرية العامة للالتزام , مصادر الالتزام , د. أنور سلطان , دار المعارف , القاهرة , ١٩٦٥, ١/ ٢١٧

[٤] دعوى بطلان العقود , د. محمد المنجي , ط ٤ , ٢٠٠٦ , ص٢٩٠ .

[٦] مصادر الالتزام , د. عبد المنعم فرج الصدة , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٢, ص٢٩٩ .

أو شرط من شروطه[١] . وهذا جزاء قانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة , مستوفية لشروطها فهو جزاء تخلف عنصر من عناصر العقد الأساسية , أي تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته وهو جزاءٌ صارم وضعه المشرع عند مخالفته القواعد التي أوجب إتباعها عند إبرام العقد[٢] .

الاتجاه الثاني : ما يجد جانب من الفقهاء الفرنسين[٣] "أنّ المراد ببطلان العقد عدم صحته أو عدم نفاذه وذلك لمخالفته أمرًا أو نهيًا مصدره القانون , وبهذا المعنى يتضح لنا أنّ أنصار هذا الاتجاه قد ساووا بين عدم صحة العقد وبين عدم نفاذه , بل بين ذات المعنيين معًا ومعنى بطلان العقد , إذ جعلوا العقد الباطل بالخيار بين المعنيين عدم النفاذ أو عدم الصحة , رغم إنّ عدم الصحة وصف ينصب على التصرف القانوني ليكون تصرفًا غير صحيح , وعدم النفاذ يتناول التصرف القانوني ليكون تصرفًا غير صحيح , وعدم النفاذ يتناول التصرف القانوني في المرحلة التالية لإنشائه , أي في مرحلة ترتيب الآثار , ويعني عدم ترتيب الآثار وهي مرحلة خارجة عن التصرف ذاته[٤] , وبهذه التسوية بين عدم النفاذ وبين عدم الصحة يمكننا القول :

إنّ العقد الغير صحيح هو عبارة عن لفظ مرادف للعقد الباطل , والعقد الغير نافذ هو لفظ غير مرادف للعقد الباطل , ذلك أنّه لفظ ينصرف لآثار العقد ويقصد به عدم ترتيب الآثار , دون الدخول بسبب عدم ترتيب الآثار , وهي مخالفة التصرف لقواعد القانون[٥] فقد يكون العقد قد نشأ صحيحًا وحالت أسباب معينة دون ترتيب آثاره .

الاتجاه الثالث : ما يجده بعض الفقهاء[٦] أنّ البطلان وصف يلحق التصرف القانوني ذاته نتيجة لوجود عيب , وليس جزاءً وِجِهَ إلى آثاره مباشرة , ويلحق العيب بالتصرف إذا خالف قاعدة قانونية تتعلق بإبرام التصرف , وهذا الوصف يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف , وبهذا المعنى عرفه آخرون[٧]" بأنّه وصف يلحق

---

[١] النظرية العامة للالتزام , مصادر الالتزام , د. توفيق حسن فرج , الدار الجامعة , ١٩٨٨ , ١/١٩٠.

[٢] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , نظرية الالتزام بوجه عام , د. جمال الدين زكي , , ١٩٧٦ , ١/ ٢١٧ .

[٣] نظرية البطلان في القانون المدني , د. هند فالح محمود , دراسة تحليلية مقارنة , دار الكتب القانونية , مصر,٢٠١٥م, ص ٤٤ .

[٤] نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري , د. جميل الشرقاوي , دار النهضة العربية, القاهرة ١٩٥٩, ص ٥٨.

[٥] المصدر السابق , ص ٥٨.

[٦] البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة د. عبد الحكم فودة , دار المطبوعات الجامعية , ١٩٩٣ , ص٢٠

[٧] نظرية بطلان التصرف القانوني , د. جميل الشرقاوي , مصدر سابق , ص١٣٩ .

التصرف القانوني المعيب لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية أو اتفاقية , فيؤدي إلى توقيع جزاءٍ يتمثل في شلّ فعالية التصرف , وإفقاده آثاره القانونية .

فالبطلان بهذا المعنى ليس جزاءً موجه إلى آثار العقد مباشرةً , وإنّما هو نظام للجزاء المدني القصد منه حماية القواعد القانونية الخاصة بإنشاء التصرفات القانونية من خلال منع ترتيب الآثار المقصودة من العقد الذي لم يتم وفقا للقانون[١] .

ومن وجهة نظر الباحث , أن اصحاب هذا الاتجاه هم الاقرب في التعريف : إذ أنّ بطلان العقد ما هو إلا نتيجة لبطلان التصرف الناتج عن العقد , فالبطلان وصف يوصف به التصرف القانوني يؤدي إلى انعدام التصرف الذي بدوره يحول دون ترتيب آثاره القانونية , ولما كان هذا التصرف داخلًا في تكوين العقد فلا بد أنْ يؤدي التصرف الباطل إلى بطلان العقد المكون له .

إن بطلان العقد يؤدي إلى عدم ترتيب الآثار القانونية للعقد , أي إعدام العقد واعتباره كأنّه لم يكن.

المطلب الثاني/ النظام العام والآداب تعريفه واسبابه

أولاً // التعريف بالنظام العام والآداب واسبابه وهدفه

((التعريف بالنظام العام))

يصعب أن نجد اتفاق موحد على تعريف النظام العام , إذ لكل مجتمع مبادئ أساسية اجتماعية وأخلاقية وسياسية و اقتصادية يأتمر بها بل تختلف المبادئ والقيم في مجتمع عن الاخر فما هو مباح في مجتمع غربي قد يكون مخالفا للنظام العام في مجتمع شرقي واحيانا يختلف من زمن إلى اخر في المجتمع الواحد كما ورد في القاعدة الشرعية " لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان "

إذ عرف : " تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو اخلاقية "[٢] وكذلك عرفه اخر " النظام العام فكرة ترمي الى حماية المجتمع الوطني والأسس الجوهرية التي يقوم عليها ايا كان الفرع القانوني الذي يستخدم فيه ومهما كانت طبيعته العلاقة القانونية المطروحة" [٣]

إما تعريف الفقهاء " مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين عليهم جميعا

---

[١] المصدر السابق , ص١٣٩.

[١] فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق , عماد طارق البشري , المكتب الاسلامي –بيروت و ط١ , ٢٠٠٥م , ص٤١-٤٢

[١] المصدر السابق , ص ٤٣-٤٤

مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهما حتى ولو حققت اتفاقات مصالح فردية , وذلك لان المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة "[١]

اسباب ظهور مبدأ النظام العام [٢] :

١- سبب داخلي يتمثل بتدخل الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية لحماية الضعيف وتأمين المصلحة العامة واستقرار المجتمع

٢- استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية المناقضة للنظام العام الداخلي

الامثلة :

في الصعيد الاجتماعي : قوانين الايجار- حماية المستهلك – العمل والعمال

الاقتصادي : استقرار سعر الصرف المالي والحد من تهريب العملة والمعادن

الهدف من تطبيق عقد النظام العام " هو سيادة المجتمع على الفرد وتقييد مبدأ سلطان الإرادة لصالح تطور المجتمع وحماية مؤسساته "[٣]

الآداب العامة : مجموعة الأسس والقيم الاخلاقية التي يقوم عليها البنيان الأساسي للمجتمع و التي تؤدي مخالفتها إلى تفكك المجتمع وانحلاله , أن فكرة الآداب العامة تختص في الجانب الاخلاقي لفكرة النظام العام ,بل هي جزء من النظام العام بمعنى اوسع و للمحافظة على المجتمع من الانحلال ويجب الالتزام بها من قبل الجميع , وترد عبارة الآداب العامة جنباً إلى جنب مع عبارة النظام العام في لغة القانون لكونها تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع

وفكرة النظام العام من الافكار السائدة في جميع فروع القانون، وتلعب دورا على جانب كبير من الاهمية في النظام القانوني[٤] ، إلا أن تطبيقاتها تختلف باختلاف طبيعة كل من القوانين من ناحية العرض الذي يراد تحديد مدلولها من اجله.

ففي القانون المدني، "فان فكرة النظام العام تعد قيدا على سلطان ارادة الافراد، ولاسيما في نطاق العقود المدنية بشان عناصر تكوين العقد [١]، ذلك انه يشترط في الالتزام الناشيء عن العقد ان لا يكون كل من

---

[٢] معاهدة المعاهدات ما لها وما عليها , محمد عزيز شكري , مجلة الشريعة والحقوق الكويتية , السنة الاولى العدد الاول،١٩٧٧م, ص ١١٦

[٣] الأخلاق والحياة الاقتصادية , فرانسوا ساليه ,: ترجمة عادل العلوا , منشورات عويدات –بيروت , ط٢ , ١٩٨٩م , ص٨٤-٨٥

[١] النظرية العامة للالتزام , محمد وحيد الدين , ص٦٥

[٢] القانون المدني , العقد , مصطفى العوجي , مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع , بيروت , ١ / ٧٩

السبب والمحل مخالفا للنظام العام والآداب فالمادة ١٣٠ فقرة ١ من القانون المدني العراقي تنص على (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او الآداب والا كان العقد باطلا). كما تنص المادة ١٣٢ فقرة ١ مدني عراقي على (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام او الآداب).

كما ان المادة ١٣٠ الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي اوردت بعض التطبيقات لفكرة النظام العام إذ تنص " يعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

المطلب الثالث / نبذة تعريفية عن القانون الروماني

القانون الروماني هو مجموعة المراسيم والقواعد والنظم القانونية التي صدرت في مختلف مراحل التاريخ الروماني، إذ هو ذات جذور تاريخية قديمة تمتد من تاريخ تأسيس روما (٧٥٤ ق.م) وحتى وفاة الامبراطور جوستنيان (٥٦٥ ق.م)[٢] , " مر القانون الروماني خلالها بمراحل متطورة لتأخذ تلك القواعد والمراسيم شكلها النهائي في مدونات اهمها قانون الالواح الاثني عشر الذي صدر عام (٤٥١ ق.م) والتي اختصت الالواح الثلاثة الاولى منه بنظام الدعاوي، وصيغت مواده بأسلوب شعري وبعبارات موجزة، وكذلك مدونة جوستنيان التي صدرت عام (٥٢٧ ق.م) وطبقت في مناطق كثيرة من العالم القديم وهي تحتوي على (٩١٢٤) فقرة قانونية"[٣]

---

[١] الوجيز في شرح القانوني المدني , مصادر الالتزام مقارنه مع الفقه الاسلامي , د. عبد المجيد الحكيم , ط٢ , مطبعة الرسالة ١٩٦٣ , ١/ ٢٤١.

[١] كامل السامرائي , قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي وتعديلاته وذيوله , مطبعة شفيق – بغداد –١٩٦٧, ص٧٩.

[٢] مختصر تفسير الميزان , محمد حسين الطباطبائي , مطبعة الكوثر, ط١ , ٢٠٠٨, وكذلك: السومريون هم صانعوا القانون الروماني , احمد غسان سبانو , منشور على شبكة الانترنت الموقع :www.tanawolat.com–٢٠١١.

المبحث الثاني

مخالفة القاعدة الرومانية لبطلان العقد وتعطيل أثره

المطلب الاول / القاعدة الرومانية مخاطبتها للحالة غير المشروعة

تخاطب القاعدة الرومانية حالة غير المشروعية أي "العقود المخالفة للنظام العام والآداب", وتحد من إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد الغير مشروع , فتثير مسألة مدى جواز استرداد ما دفع , وتمنع المطالبة بالإعادة على الطرف الذي يكون عدم المشروعية أتيًا منه , ولعل من أهم ركائزها المحل أو السبب المخالف للنظام العام ولغرض التوضيح سنتناول كل فقرة على حده ثم نبين أثرها في الفقرة الثالثة .

الفقرة الأولى // "مخالفة محل العقد للنظام العام"

يقرر القانون المدني عادةً سلطان القضاء في إبطال جميع التصرفات التي يخالف محلها أو سببها النظام العام والآداب , إذ يفهم من ذلك أنَّ المشرع قد فوض القضاء بيان ماهية المقصود بالنظام العام[١] , فمثلاً " إذا ما نظرنا إلى القاعدة القانونية لمبدأ توافق الإرادتين في العقد لوجدنا أنّ ثمة مصطلحات مثل الإرادة وحرية التعاقد والعقد ترتبط بالإنسان وهذا الأخير له الإمكانية في قبول التعاقد أو رفضه ومع ذلك تظل هذه الحرية ليست مطلقة إذ يرد عليها قيد مهم خصوصًا من النظام العام"[٢].

لذا تعد فكرة "النظام العام والآداب" قيدًا مهمًا على حرية الأفراد وسلطان إرادتهم فيما يتعلق بإبرام العقود والاتفاقات , إذ يبطل القضاء كل عقد يكون مخالفًا "للنظام العام والآداب" حتى ولو لم تكن هنالك قواعد قانونية آمرة تنص عليه صراحةً , وكثيرًا ما يلجأ القضاء إلى هذه الفكرة كما هو الحال بالنسبة لإبطال الاتفاقات الخاصة بإقامة علاقات جنسية غير مشروعة مثلا[٣].

ولصعوبة المشرع بحصر مقدما قواعد مانعة لجميع أنواع التعامل الضارة بالمصلحة العامة وهذا أمر مستحيل التطبيق عمليا , لذلك فقد تبنى المشرعون إطارًا مرنًا من خلاله يتقرر منع التعامل الضار بالمصلحة العامة دون الحاجة إلى نص قانوني صريح وهذا الإطار هو ما يسمى "النظام العام والآداب"، ومثاله في القانون المدني العراقي" نص المادة (١٣٠) والمادة (١٣٥) من القانون المدني المصري

---

[١] فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي , د. عمار طارق البشري , عمان , المكتب الاسلامي , ٢٠٠٥ , ص٢٥٤.

[٢] تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية مثال الشرق الأوسط منذ ١٩٤٥د. بشار عدنان ملكاوي , عمان , المؤلف،٢٠٠٢, ص٤٣.

[٣] نظرية القانون , د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل , الكويت , مجلس النشر العلمي , جامعة الكويت , ٢٠٠٦ , ١/ ٥٨ .

والمادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي ", والتي تناولت عدم المشروعية للمحل أو السبب عندما يكون مخالفًا للنظام العام أو الآداب دون بيان الحالات المخالفة بالنص الصريح .

كما إنَّ المقرر أنّه إذا خالف المتعاقدان لعقدهما قاعدة عامة متعلقة بالنظام العام فإنّ جزائه بطلان العقد وطبقا للمادة (١/١٣٨) من القانون المدني العراقي العقد الباطل لا ينتج أي أثر وبالتالي يجوز لكل ذي مصلحة سواء كان المتعاقدان أم الغير ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة أنْ تقضي به من تلقاء نفسها بموجب المادة (١٤١) من القانون ذاته .

الفقرة الثانية : السبب غير المشروع المنافي للآداب

إن فكرة "الآداب " لا تقل عن فكرة "النظام العام "من حيث عدم وضوحها وتعذر ضبطها , فتعد مجموعة من القواعد التي جاءت في أمة معينة أو جيل معين , إذ وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقًا لما يسود علاقاتهم الاجتماعية , لتخضع لتقدير القاضي , "وتطبيقا لأحكام المادة (١/١٣٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " يكون العقد باطلًا إذا التزام المتعاقد بدون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام والآداب"[١] والأصل في الإرادة هو المشروعية فلا يلحقها بطلان إلّا إذا كان الالتزام الناشئ عنها مخالفًا للنظام العام او الآداب محلًا أو سببًا أو كان على خلاف نص آمر أو ناهٍ في القانون .

وهذا ما نلاحظه من القضاء ببطلان الاتفاقات الخاصة التي تخالف "الآداب " , كما هو الحال في عقداً قرض غايته تشييد البيوت لممارسة الرذيلة أو للعب القمار , حتى ولو رخص القانون بإقامة تلك العقارات , لكونَ الترخيص ينفي عنها مخالفتها للنظام العام ولكنه لا ينفي مخالفتها للآداب[٢], وتمثل الآداب المظهر المشروع الأكثر خصوصية للنظام العام , فلا بد من الحد من العقود المخالفة للآداب كعقود لعب القِمار وممارسة الرذيلة , بل نجد ضرورة الحد من العقود الحديثة التي أولاها القانون عناية خاصة , مثل تلك المتعلقة بحماية جسم الإنسان بكيانه المادي والمعنوي و الاتفاقيات التي تتم بهدف تحقيق تجارة رابحة غير أخلاقية من بيع وشراء الأعضاء البشرية , وإن كنا لسنا بصدد مدى جواز

---

[١] "يقابلها المادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص " يكون السبب غير مشروع عندما يحضره القانون أو عندما يخالف الآداب العامة أو النظام العام " نقلا عن البروفيسور ,فايز الحاج شاهين , مصدر سابق , ص١٠٥٤, والمادة (١٣٦) من القانون المدني المصري التي تنص " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطل" .

[٢] الوسيط , د. عبد الرزاق احمد السنهوري , المجلد الأول , مصدر سابق ,١/ ٥٠٢ , الفعل النافع والقانون (من مصادر الالتزام) , د. سليمان مرقس, مطابع دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة , ١٩٦٠, ص٢٨٢

التعاقد على بيع وشراء الأعضاء البشرية ومدى مشروعيتها إلا إنّه من الناحية القانونية والأخلاقية نعتقد بأنَّ التجارة في الأعضاء البشرية تقع في إطار الطابع غير المشروع لموضوع العقد , إذ يجب حماية الفرد من نفسه وتجنب أنْ يقبل هذا الفرد تشويهها أو أي عملية خطرة في سبيل الربح , ولذلك يولي المشرع اهتمامه بحياة الشخص وسلامة جسمه ومشاعره وعواطفه ويعطيه الحق في طلب وقف الاعتداء على أي حق من تلك الحقوق الملازمة لشخصيته , وكذلك حرم الاعتداء على جسم الإنسان من جانب الغير وأعطاه حق المطالبة بالتعويض من المعتدي[١] , ويضاف إلى ذلك حظر نقل الأعضاء البشرية بمقابل يحصل عليه المنقول منه أو ورثته من المنقول إليه أو ذويه أو أية فائدة مادية كانت أو عينية بسبب النقل أو بمناسبته[٢] .

الفقرة الثالثة : استبعاد دعوى البطلان لعلَّة السبب الغير المشروع وفق القاعدة الرومانية

تتعلق القاعدة الرومانية بمنشأ عرفي صرف فلا يستمع إلى من يتذرع بخسته , وهي قاعدة لها مدى محدود جدًا فهي لا تتعلق إلا بالرد بعد بطلان العقد بسبب عدم أخلاقية أو مشروعية الموضوع أو السبب , وإن كان المستفيد من العقد بالطبع طلب بطلانه إلا إنّها ترفض له أي دعوى بطلان لاسترداد ما دفع , فمقولة الخسة أو الغش لا تنجم عن عدم قانونية العقد أو الاتفاق فحسب وإنَّما لتعلق العقد بمخالفة للآداب العامة , ومن ثم عدة هذه القاعدة مهجورة[٣] .

ومفاد القاعد الرومانية إنَّها لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية في العقد الباطل لعدم المشروعية , فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئًا تنفذًا لعقد باطل لم يكن له أنْ يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آتٍ من جهته , فمثال ذلك : إذ شخصاً أعطى لشخص اخر مالاً ليرد له ما سرقه منه فيستطيع أنْ يسترد المال , لِأنَّ عدم المشروعية غير آتٍ من جهته , أما في الرشوة والمقامرة وما إلى ذلك فمن أعطى المال لا يستطيع أنْ يسترده , بسب عدم المشروعية آتٍ من جهته أو هو شريك فيه فهو طرف ملوث لا يجوز له انْ يحتج بغش صدر من جانبه[٤].

---

[١] المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية د. حسام الدين كامل الاهواني , مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , ١٩٧٥, السنة الرابعة عشر , ص٣ .

[٢] ضوابط مشروعية نقل الاعضاء البشرية في ضوء مشروع نقل وزراعة الاعضاء البشرية المصري , د. أحمد محمد الرفاعي , , القاهرة , دار النهضة العربية , ٢٠١٠ , ص١٠٦ .

[3] Alain Benabent , Domat droit Prive : droit civil (LES obligations) Pareis, Montchrestien ,2006 ,p 176

[٤] الوسيط , د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , المجلد الاول , مصدر سابق , ١/ ٥٨٩ , النظرية العامة للالتزام , د. عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , ص٣٣٥ .

وبالعودة إلى القاعدة الرومانية نجدها لا تمنع العقود المخالفة للآداب من أنْ تعرض أمام القاضي بدعوى البطلان إذ يجوز الادعاء ببطلان العقد لعدم مشروعيته , ولكنها بالمقابل لا تعطي الحق للطرف الغاش أو الملوث أنْ يطالب فيها المتعاقد الآخر باسترداد ما دفع , بل تثبت فقط للطرف البريء من هذا الإثم إن كان ثمة طرف بريء .

إما إذا كان الطرفان ملوثين لم يكن لأ يهما حق استرداد ما نفذه , وأحتفظ كلٌّ منهما بما تسلمه بموجب العقد الباطل[١] .

وهكذا تصدت هذه القاعدة لحالة عقد "مخالف للنظام العام والآداب" فلا يجوز لِأحد المتعاقدين أنْ يطلب من المحكمة أن تقضي له بإبطال العقد وباستعادة ما كان دفعه تنفيذاً لذلك العقد , وهي بحسب تعبير بعض الفقه الفرنسي " باعتماد نتيجتها تبدو ظالمة جدًا فعلى سبيل المثال قد يستفيد المقترض من خِسته بالاحتفاظ بالعقارات موضوع القرض وهو يعلم بأنَّه أقترضها لبناء واستثمار مكان لممارسة الرذيلة"[٢] .

كما تؤكد على أنّ على القاضي رفض طلبات الاسترداد في حالة العقود التي بنيت بالمخالفة للنظام العام أو الآداب , وإن تقدم المتعاقد الذي تضرر جراء عدم التنفيذ بطلب استرداد ما دفع أو التعويض وسواء نفذ المتعاقد الآخر التزاماته التي يفرضها عليه العقد الباطل أم لم ينفذها[٣] .

فتستند هذه القاعدة على فكرة إنَّه لا يجوز تدنيس ساحة القضاء بالاستماع إلى دعوى طرف تذرع فيها بعمل "مخالف للنظام العام والآداب" , وإنَّ مثل هذا الطرف غير جدير بالحماية فالمحكمة تنفض يديها من العقود المخلة بالنظام العام والآداب[٤] .

"وِجدت في القانون الروماني قاعدة تقضي بأنّه في حالة بطلان العقد لعدم مشروعية محله أو سببه فإنّ دعوى استرداد ما نفذ منه لا تثبت للطرف الذي تلوث بعدم المشروعية , وبموجب هذه القاعدة فإنّه لا يجوز للدافع استرداد ما دفعه إلى الطرف الآخر, إذ يجب ألا يستفيد الآثم من إثمه ," فالمتعاقد الذي يكون عدم المشروعية راجعًا إليه أو يكون مشتركًا في سبب عدم المشروعية لا يستطيع المطالبة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد" ,

---

[١] الوافي في شرح القانون المدني , د. سليمان مرقس , الجزء الأول(المدخل للعلوم القانونية) , ط٦ , بيروت , مكتبة صادر ,١٩٨٧ , ص٤٤٠ .

[2] Alain Benabent , droit civil ,op . cit .p 177

[٣] نظرية العقد , د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , المجمع العلمي العربي الاسلامي , بيروت ,١/ ٦٥٤.

[٤] مصادر الالتزام ,د. مصطفى عبد الجواد , مصدر سابق , ص٤٢٤ .

وهذه القاعدة على هذا النحو تخالف النتيجة المنطقية للبطلان والتي مفادها إعادة كل شيء إلى أصله فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئًا للآخر تنفيذا للعقد الباطل جاز له استرداده"[١], وهنا فلابد من التنويه إلى وجوب التمييز بين مشروعية السبب ومشروعية المحل فقد يكون الالتزام مشروعا بينما سببه غير مشروع فإذا أتفق شخصان على أن يرتكب أحدهما جريمة مقابل مبلغ من المال يدفعه له الثاني كان محل الالتزام بدفع المال صحيحا بينما يكون سببه فارتكاب الجريمة غير مشروع , وإذا أتفق شخصان على أنْ يمتنع أحدهما عن ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال يدفعه له الثاني كان محل التزام كل منهما مشروعا بينما سببه غير مشروع[٢].

وعلى أي حال فإنّ القاعدة الرومانية القديمة عند تطبيقها تعطل أثر البطلان , وتخالف منطقه .

المطلب الثاني / موقف التشريعات الحديثة من القاعدة الرومانية

طبق الفقه والقضاء الفرنسيان القاعدة الرومانية القديمة زمنًا طويلًا على الرغم كون القانون الفرنسي لم ينص عليها , وكان القضاء الفرنسي يقصرها على العقود الباطلة لمخالفة الآداب دون تلك التي تبطل بسبب مخالفة "النظام العام "ما لم تكن المخالفة بالغة الخطورة[٣] . كما طبق القضاء المصري هذه القاعدة مدة من الزمن على الرغم من عدم نص القانون المدني عليها إذ فسَّرَ عدم النص عليها بإرادة تطبيقها ضمنًا[٤] , إذ كان يستثنى من هذه القاعدة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد الأحوال التي يكون فيها العقد باطلًا دون التفرقة بين سبب البطلان سواء كان عدم المشروعية مخالفة النظام العام أم الآداب .

أَما القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة أغفلت القاعدة الرومانية والنص عليها ومرد ذلك الإغفال إلى عدم التشجيع على العقود غير المشروعة واستبعاد القاعدة من التطبيق وعدم الأخذ بها, وهذا ما نجده واضحًا "عند حذف النص الخاص بمضمون هذه القاعدة من المشروع التمهيدي للقانون المصري إذ تنص المادة ٢٠١ المحذوفة منه" " لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أنْ يسترد ما

---

[١] آثار بطلان العقد دراسة مقارنة , د. ندى الشجيري , مكتبة السنهوري , ط١ , ٢٠١٦, ص ١٥٣.

[٣]الوسيط , د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , المجلد الأول , مصدر سابق , ١/ ٤٤٥.

[٣] نظرية العقد , د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص٢٩٢.

[٤] "إذ ذهبت محكمة الإستئناف الأهلية إلى أنّه (اذا ظهر للمحكمة أنّ العقد باطل لعدم مشروعية سببه وجب عليها الا تساعد أي من طرفي العقد بل تترك الحال إلى ماهي عليه بمعنى أنّه لا تأمر بتنفيذ مالم ينفذ ولا بإعادة ما تنفذ من التعهد بمقتضى هذا العقد وعلى ذلك إذا كان العقد الباطل عقد بيع وحصل تسليم جزء من الارض المبيوعة بقي هذا الجزء مع المشتري وبقي ما لم يسلم البائع) محكمة الاستئناف الأهلية ١٨ أبريل ١٩١١ , مجمع ١٢ , رقم ٨٥ . آثار بطلان العقد دراسة مقارنة , مصدر سابق , ص١٥٥ .

دفعه إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب " إذ لم يتضمن القانون المدني المصري هذا النص المحذوف[١] .

وحسنًا فعل المشرع في كل من (العراق وفرنسا ومصر) من عدم النص على حالة أثر "بطلان العقود المخالفة للنظام العام والآداب" , فمن غير المستساغ أنْ نجد عقودًا تقوم على مخالفة القوانين لاسيما في البلدان العربية والإسلامية كمن يتعاقد مع آخر على ارتكاب جريمة أو إخفاء معالمها أو عدم التبليغ عنها أو الاتفاق على بيع محل معد لممارسة البغاء إلى غير ذلك من العقود التي لا يمكن في حال عدم تنفيذها الدفع ببطلانها أمام القاضي ؛ لأنَّها ولدت بحسب الأصل مخالفة للنظام العام و الآداب[٢] , وتطبيق هذه القاعدة سيكون دافعاً لإبرام العقود التي "تخالف النظام العام والآداب" , كون ما سوف يقصده طرفا العقد المخالف للنظام العام والآداب سوف يتحقق ولا يلغى أو يزال"[٣] .

كما إنَّ أغلب الفقهاء[٤] لم يقبلوا بنتيجة القاعدة الرومانية القديمة لما ترتبه من نتائج لا تتفق برأيهم مع القواعد العامة للبطلان , وتؤيد آثار العقد الباطل لعدم مشروعيته وتبقي على تلك الآثار مما يجعل البطلان ليس جزاءً على مخالفة قواعد العقد , وتطبيق هذه القاعدة خروجًا عن النص القانوني الآمر بإعادة الحال إلى ما كانت علية عند البطلان .

كما ويرى أخرون[٥] أنّه يجب استرداد ما دفع دون تمييز بين سبب مخالف "للنظام العام وسبب مخالف للآداب" , فيكون طلب الرد مقبولًا في الحالتين , ويرى القضاء الفرنسي[٦] " أنّ السبب الغير

---

[١] نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد د. أحمد حشمت أبو ستيت ,مصدر سابق , ص٢٥٠ .

[٢] الاتجاهات العامة في القانون المدني ,د. محمد وحيد الدين سوار , دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات العربية المدنية , عمان , دار وائل للنشر , ٢٠٠٣ , ص١١٧.

[٣] نظرية العقد , د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص٢٩٠ , وأيضا : النظرية العامة للالتزامات , د. عصمت عبد المجيد بكر , مصدر سابق , ص٣٢٠ .

[٤] نظرية العقد , د. سليمان مرقس , المصدر السابق , ص٢٩٠ , وكذلك : شرح النظرية العامة للالتزامات , مطابع أبي الهول , القاهرة , بدون سنة طبع , ص٢٣٢ , وايضاً , دعوى بطلان العقود , د. محمد المنجي , مصدر سابق , ص٤٧٥.

[٥] نظرية العقد , د. عاطف النقيب , بيروت , منشورات عويدات , ١٩٨٨ , ص٣٧٠ , النظرية العامة للموجبات والعقود , مراجعة مرسال سيوفي جورج سيوفي , , ط٢ , بيروت , ٢٠٠٧ ,١ / ٣٢٢ .

[٦] محكمة النقض المدنية ١,٢٧ تشرين الثاني /نوفمبر ١٩٨٤ : مج قصر ١٩٨٥. ٢. ٦٨٣ , القانون المدني الفرنسي بالعربية , البروفيسور فايز الحاج شاهين , بيروت – لبنان , طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة , ص ١٠٥٤ .

مشروع في الالتزام لا يحول دون إقامة دعوى استرداد ما دُفِع " , كما إن جانب الفقه الفرنسي القديم"[١] عارض تطبيق مضمون القاعدة الرومانية القديمة إذ إنَّها تجعل من العقد المخالف للآداب بمنزلة العقد الصحيح [٢].

الخاتمة :

١- عرف القانون المدني العراقي النافذ العقد الباطل بموجب نص المادة (١/١٣٧) " العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية "

٢- إن مشروع القانون المدني العراقي تبنى بطلان العقد المخالف للنظام العام والآداب ,.

٣- إنّ القاعدة الرومانية معيبة من الوجهتين المنطقية والعملية , فمنطق البطلان يقضي أنْ يكون الاسترداد جائزًا في كل الأحوال حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل. ومن الناحية العملية فالمنطق يقضي هو أيضا بأنْ يكون الاسترداد جائزًا في كل الأحوال , فما دام الغرض محاربة العقود غير المشروعة فيكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله و يكون بقاء المال في يد الطرف الآخر

المصادر :

(١) الاتجاهات العامة في القانون المدني , محمد وحيد الدين سوار , دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات العربية المدنية , عمان , دار وائل للنشر , ٢٠٠٣ ,

(٢) آثار التصرفات الباطلة ,حلمي بهجت بدوي , مجلة القانون والاقتصاد , السنة الرابعة , العدد الأول, مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده , يناير ١٩٣٤.

(٣) الأخلاق والحياة الاقتصادية فرانسوا ساليه: ترجمة عادل العلوا , منشورات عويدات –بيروت , ط٢, ١٩٨٩م

(٤) البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة , عبد الحكم فودة , دار المطبوعات الجامعية,١٩٩٣,

---

[١] القاعدة الأخلاقية , بند ٣٥ , ص٧٢ وبند ١٠٦, ص١٩١ , وكذلك الفقيه ديمو لوب , العقود , , بند١/ ٣٨٦ , والفقيه لوران ج ١٦ بند١٦٤ , والفقيه كولميه دي سانتير ج٥ بند٤٩ . آثار التصرفات الباطلة , د. حلمي بهجت بدوي , مصدر سابق , ص٣٦١.

[٢] الوسيط , د. عبد الرزاق احمد السنهوري , ١/ ٥٩١ .

(٥) تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية مثال الشرق الأوسط منذ ١٩٤٥, بشار عدنان ملكاوي , عمان , المؤلف , ٢٠٠٢,

(٦) دعوى بطلان العقود , محمد المنجي , ط ٤ , ٢٠٠٦

(٧) السومريون هم صانعوا القانون الروماني – احمد غسان سبانو –منشور على شبكة الانترنت الموقع :www.tanawolat.com–٢٠١١.

(٨) شرح النظرية العامة للالتزامات ,محمد وهيبة , مطابع أبي الهول , القاهرة , بدون سنة طبع

(٩) ضوابط مشروعية نقل الاعضاء البشرية في ضوء مشروع نقل وزراعة الاعضاء البشرية المصري , أحمد محمد الرفاعي , القاهرة , دار النهضة العربية , ٢٠١٠ ,

(١٠) فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي , عمار طارق البشري , عمان , المكتب الاسلامي , ٢٠٠٥ ,

(١١) قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي وتعديلاته وذيوله ,كامل السامرائي , مطبعة شفيق – بغداد –١٩٦٧,

(١٢) القانون المدني , العقد , مصطفى العوجي , مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع , بيروت ,

(١٣) لسان العرب , العلامة جمال الدين ابن منضور , تحقيق عامر أحمد , مراجعة عبد المنعم إبراهيم, منشورات علي بيضون , بيروت , ط ١ (١٤٢٤– ٢٠٠٣) ,

(١٤) مختصر تفسير الميزان , محمد حسين الطباطبائي , مطبعة الكوثر , ط١, ٢٠٠٨.

(١٥) المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية , حسام الدين كامل الاهواني , مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , ١٩٧٥, السنة الرابعة عشر .

(١٦) مصادر الالتزام , عبد المنعم فرج الصدة , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٢

(١٧) المصباح المنير , أحمد بن علي الفيومي , معجم عربي – عربي , مكتبة لبنان , ط ٢٠٠١,

(١٨) معاهدة المعاهدات ما لها وما عليها , محمد عزيز شكري , مجلة الشريعة والحقوق الكويتية , السنة الاولى العدد الاول , ١٩٧٧م,

(١٩) معجم المؤلفين :تحقيق أحمد عبد الغفور عطار , أبو نصر إسماعيل بن حماد الجواهري الفارابي (ت٣٩٣هـ) , , دار العلم للملاين , بيروت , ط٤ , ١٤٠٧هـ–١٩٨٧م.

(٢٠) نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد , أحمد حشمت أبو ستيت , الكتاب الأول , مصادر الالتزام , ط ٢, القاهرة , ١٩٥٤ .

(٢١) نظرية البطلان في القانون المدني , هند فالح محمود , دراسة تحليلية مقارنة , دار الكتب القانونية, مصر , ٢٠١٥م,

(٢٢) النظرية العامة للالتزام , د. عبد الحي حجازي , الجزء الثاني , مصادر الالتزام , مطبعة نهضة مصر , ١٩٥٤.

(٢٣) النظرية العامة للالتزام , مصادر الالتزام , أنور سلطان , دار المعارف , القاهرة , ١٩٦٥,

(٢٤) النظرية العامة للالتزام , مصادر الالتزام , توفيق حسن فرج , الدار الجامعة , ١٩٨٨

(٢٥) النظرية العامة للالتزامات , د. عصمت عبد المجيد بكر , منشورات جامعة جيهان الخاصة , العراق – أربيل , ٢٠١١ .

(٢٦) النظرية العامة للموجبات والعقود , جورج سيوفي , مراجعة مرسال سيوفي , الطبعة الثانية , , بيروت , ٢٠٠٧ ,

(٢٧) نظرية العقد , د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , المجمع العلمي العربي الاسلامي , بيروت

(٢٨) نظرية العقد , عاطف النقيب , بيروت , منشورات عويدات , ١٩٨٨ ,

(٢٩) نظرية القانون , إبراهيم الدسوقي أبو الليل , الكويت , مجلس النشر العلمي , جامعة الكويت,٢٠٠٦

(٣٠) نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري , جميل الشرقاوي , دار النهضة العربية , القاهرة ١٩٥٩,

(٣١) الوافي في شرح القانون المدني , سليمان مرقس , الجزء الأول(المدخل للعلوم القانونية) , ط٦ , بيروت , مكتبة صادر ,١٩٨٧ ,

(٣٢) الوجيز في شرح القانوني المدني , عبد المجيد الحكيم , مصادر الالتزام مقارنه مع الفقه الاسلامي, ط٢ , مطبعة الرسالة ١٩٦٣ ,

(٣٣) الوجيز في عقد البيع , إسماعيل غانم , مكتبة عبد الله وهبة , ١٩٦٣.

(٣٤) الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , عبد المجيد الحكيم , د. عبد الباقي البكري, د. محمد طه البشير , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ,١٩٨٠.

(٣٥) الوسيط في شرح القانون المدني , عبد الرزاق أحمد السنهوري , المجلد الأول , مصادر الالتزام بوجه عام , ط٣ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ٢٠٠٩

(٣٦) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , نظرية الالتزام بوجه عام , جمال الدين زكي , ١٩٧٦ .

Sources :

(1) general trends in civil law , Mohammed Wahid al-Din Sawar, a balanced study of Islamic jurisprudence and Arab civil codes, Amman, Wael publishing house, 2003 ,

(2) the effects of false actions ,my dream Bahjat Badawi , Journal of law and economics , the fourth year , the first issue , Fathallah Elias Nouri and sons press , January 1934.

(3) the ethics and economic life of Francois Salet: translated by Adel al-Alwa, oweidat publications-Beirut, Vol. 2, 1989

(4) invalidity in civil law and special laws, Abdul Hakam Fouda, University Publishing House , 1993 ,

(5) the impact of the principles of the decade on the solutions of a political crisis, for example, the Middle East since 1945, Bashar Adnan Malkawi, Amman , author, 2002,

(6) claim of invalidity of contracts, Mohammed Al-Munji , I 4, 2006

(7) the Sumerians are the makers of Roman law-Ahmed Ghassan Spano-published on the internet website :www.tanawolat.com-2011.

(8) explanation of the general theory of obligations, Mohamed Wahiba, Sphinx printing house, Cairo, no printing year

(9) controls the legality of the transfer of human organs in the light of the Egyptian human organ transfer and transplantation project, Ahmed Mohamed el Refai, Cairo, Arab renaissance House , 2010 ,

(10) the idea of public order in theory and practice a comparative study between positive laws and Islamic jurisprudence, Ammar Tariq Al-Bishri, Amman, Islamic Bureau , 2005 ,

(11) Baghdadi code of Criminal Procedure and its amendments and tails, Kamel al-Samarrai, Shafiq press-Baghdad -1967,

(12) civil law , contract , Mustafa al-awji , bahsun publishing and distribution , Beirut ,

(13) the tongue of the Arabs, Allama Jamal al-Din ibn mundhur, the investigation of Amer Ahmed, the review of Abdel Moneim Ibrahim, Ali Baydoun publications, Beirut, 1st floor (1424 - 2003) ,

(14) brief interpretation of the balance , Mohammed Hussein Tabatabai , Al-Kawthar press , Vol.1, 2008.

(15) legal problems raised by human organ transplants , Hossam El-Din Kamel El-Ahwani , Journal of legal and Economic Sciences , 1975, fourteenth year .

(16) sources of commitment, Abdel Moneim Farag al-Sada, Arab renaissance House , Cairo, 1992
(17) the illuminating lamp, Ahmed Ben Ali Fayoumi, Arabic – Arabic dictionary, Lebanon library, I 2001,
(18) the Treaty of treaties , what it has and what it has, Mohammed Aziz Shoukry, Kuwaiti magazine of Sharia and rights, first year, first issue,1977,
(19) Dictionary of authors :investigation of Ahmed Abdul Ghafoor Attar , Abu Nasr Ismail bin Hammad al-Jawahiri Al-Farabi (d393h),, Dar Al-Alam for millions , Beirut , Vol.4 , 1407h-1987g.
(20) The Theory of obligation in the new civil law , Ahmed Heshmat Abou setet , book I , sources of obligation , Vol .2, Cairo , 1954.
(21) the theory of invalidity in civil law, hind Faleh Mahmoud, a comparative Analytical Study, House of legal books, Egypt, 2015,
(22) the general theory of commitment, D. Abdel hay Hegazy, Part II, sources of commitment, Nahdet Misr press , 1954.
(23) general theory of commitment, sources of commitment, Anwar Sultan, House of knowledge , Cairo, 1965,
(24) general theory of commitment, sources of commitment, Tawfik Hassan Faraj, University House , 1988
(25) general theory of obligations, D. Ismat Abdul Majid Bakr, publications of Ceyhan private university, Iraq-Erbil , 2011 .
(26) the general theory of obligations and contracts, George Sioufi, review of Mersal Sioufi, second edition,, Beirut, 2007 ,
(27) contract theory , D. Abdul Razzaq Ahmed Al-Sanhouri, Arab Islamic scientific complex, Beirut
(28) The Theory of the contract, Atef El-Naqib, Beirut, oweidat publications, 1988 ,
(29) theory of law, Ibrahim Al-Desouki Abu al-Layl, Kuwait, scientific publishing Council, Kuwait University, 2006
(30) Theory of invalidity of legal disposition in Egyptian civil law, Jamil El Sharkawy, Dar El Nahda El Arabiya, Cairo 1959,
(31) El-Wafi in explaining the civil law , Suleiman Mark, part I (introduction to legal Sciences), vol. 6, Beirut, Sadr library ,1987 ,
(32) a brief explanation of the Civil Law , Abdul Majid Al-Hakim, sources of commitment compared with Islamic jurisprudence,, Vol. 2, Risala press, 1963 ,

(33) the brief in the contract of sale , Ismail Ghanem , Abdullah Wahba library , 1963.

(34) brief on the theory of obligation in Iraqi Civil Law , Abdul Majid Al-Hakim , Dr. Abdul Baqi Al-Bakri, Dr. Mohammed Taha al-Bashir, Ministry of higher education and scientific research ,1980.

(35) the mediator in explaining the Civil Law, Abdul Razzaq Ahmed Al-Sanhouri, volume I, sources of commitment in general, Vol. 3, Halabi human rights publications, Beirut 2009

(36) the mediator in explaining the new civil law, the theory of obligation in General, Jamal al-Din Zaki , 1976 ,