تحول العقد بين الشريعة والقانون

أجود علي غالب العزاوي
المدرس المساعد في قسم الدين
كلية الآداب - جامعة بغداد

تمهيد :

١ ـ ان القاعدة الاساسية في الاتفاقات المنعقدة قانونا ، تأخذ مكان القانون بين المتعاقدين ، أي ان الطرفين ملزمان بتنفيذ الاتفاق ، مع ملاحظة النصوص القانونية الموضحة لارادتها • ومتى تم العقد مستوفيا للاركان والشروط ، كان ملزما للأطراف بالوفاء به •

أي ان التعامل بين الناس يجب ان يكون على اساس صحيح ، والقانون بحد ذاته يحميه ويحفظ هذه الحقوق والتصرفات ، اما اذا لم يتم التعامل بين الناس على أسس صحيحة ، فعندئذ يكون باطلا ، لاوجود له قانونا ، ولا يترتب عليه أي أثر ، ومع ذلك نجد ان بعض التصرفات الباطلة منتجة لبعض الاثار ••

اما باعتبارها واقعة مادية ، واما باعتبارها تصرفا قانونيا احيانا اخرى • وما ينشئه العقد باعتباره تصرفا قانونيا ، انما هي آثار اصلية ينتجها العقد باعتباره عقدا ، وذلك في حالات استثنائية حماية لقصد المتعاقدين واستمرار التعامل •

ان من الآثار الناتجة عن التصرف الباطل باعتباره واقعة مادية ، فانما هي آثار عرضية لا أصلية ، ترتبت على هذه الواقعة المادية ، من أهم هذه الآثار ما استخلص من نظرية تحول العقد التي صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر .

أما ماهية هذه النظرية ، فهذا ما سنحاول ان نبينه في هذا البحث ، على بسط لها في الفقه الاسلامي ، مع المقارنة بينهما ، لمعرفة قدرة الصناعة الفنية للفقه الاسلامي ، والى أي مدى وصل .. خاصة وقد تأثر المشرع العراقي بالفقه الاسلامي في صياغة اكثر نصوص تقنينه واستمدادها منه .

٢ ـ معنى التحول في اللغة : ـ

قبل ان نتناول هذه الفكرة من جانبيها الشرعي والوضعي نرى ان نأخذ المعنى اللغوى للفظة « تحول » ليتضح لنا مدى احتفاظ اللفظ بمعناه ، أو مدى ما طرأ عليه من تبدل ..

جاء في لسان العرب (تحول عن الشيء : زال عنه الى غيره . أبو زيد .. حال الرجل يحول مثل تحول من موضع الى موضع ، الجوهري : حال الى مكان آخر أى تحول . وحال الشيء نفسه يحول بمعنيين : يكون تغيرا ، ويكون تحولا .

وحال الشيء حولا وحؤولا وآحلل ، الاخيرة عن ابن الاعرابي ، كلاهما تحول .

وفي الحديث « من أحال دخل الجنة » يريد من أسلم ، لأنه تحول من الكفر عما كان يعبد الى الاسلام ، الأزهرى حال الشخص يحول اذا تحول ، وكذلك كل متحول عن حالة)[1] .

٣ ـ معنى تحول العقد في القانون :ـ

يفهم معنى التحول في اصطلاح الوضع ، من صياغة المشرع العراقي لمنطوق المادة ١٤٠ منه اذ نصت «اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد آخر ، فأن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه ، اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد »[٢] .

أي ان التصرف أو العمل القانوني الباطل يتضمن رغم بطلانه على عناصر تصرف قانوني آخر ، فيتحول التصرف الذي قصد اليه المتعاقدان ، الى التصرف الآخر الصحيح الذي توافرت عناصره ، وبذا يكون التصرف القانوني الباطل ، قد انتج أثرا عرضيا لا أصليا .

مثال ذلك ، الكمبيالة التي لم تستوف الشكل اللازم قانونا باطلة ، باعتبارها كمبيالة ، ولكنها تتحول الى سند دين عادي صحيح .

كذلك لو تعهد شخص تعهدا لا رجوع فيه ان يجعل آخر وارثا له ، فيكون التعهد باطلا ، لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف عقد اقامة الوارث ، ولكنه يتحول الى وصية ، يجوز الرجوع فيها .[٣]

٤ ـ ونظرية تحول العقد ـ كما قدمنا ـ نظرية المانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأخذ بها كقاعدة عامة في نص صريح ، هو المادة ١٤٠ منه[٤] وعلى هذا النهج نهج التقنين المدني المصرى الجديد ، اذ لم يكن التقنين السابق يتضمن نصا يقرر النظرية كمبدأ عام ، وان كان القضاء ، مطبقا لها في بعض الحالات ، فأورد نصا صريحا

فيها ، هو المادة ١٤٤ منه ، اذ نصت « اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه اركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه ، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد »[٥] .

والتباين فيما بين النصين المدنيين العراقي والمصري ، في تقسيم العقد الباطل ، انما نابع من تأثر المشرع العراقي بالفقه الاسلامي ومفهومه للبطلان ، وان حاول ان ينسق بينها وبين ما استمده من الفقه الغربي ، بخلاف المشرع المصري الذي استمدها ـ نظرية البطلان ـ من الفقه الغربي ، ومن هنا جاء التباين في قبوله للعقد القابل للابطال ، بخلاف المشرع العراقي الذي اعتد بوحدة العقل الباطل ، التي هي أكثر دقة وقبولا وارضاء للمنطق القانوني من غيره[٦] .

٥ ـ شروط تحول العقد : ـ

يتبين مما تقدم ، ان هناك شروطا لتحول التصرف القانوني الباطل الى آخر صحيح ، هي : ـ

١ ـ بطلان التصرف الأصلي .

٢ ـ تضمن التصرف الأصلي لعناصر تصرف آخر .

٣ ـ انصراف نية المتعاقدين المحتملة الى هذا التصرف .

٦ ـ الشرط الأول : بطلان التصرف الأصلي : ـ

يجب ان يكون التصرف الأصلي باطلا ، ويقصد بالباطل هنا ، التصرف الباطل مطلقا عند المشرع العراقي ، او الباطل بطلانا مطلقا والباطل بطلانا نسبيا بعد تقرر بطلانه ، عند المشرع المصري ، فيجب

أولا وجود تصرف أصلي باطل ، ويترتب على هذا .

أ ـ اذا كان التصرف الأصلي صحيحا ، فلا يتحول الى تصرف آخر ، كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف .

مثال ذلك : هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية ، لا تتحول الى وصية ، لأن الهبة وقعت صحيحة ، فلا يتحول الا التصرف الباطل ، ولو تبين ان كلا من الواهب والموهوب له ، كان يفضل الوصية على الهبة .(٧) كذلك العقد المعلق على شرط واقف أو فاسخ ، فاذا تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف ، سقط العقد ، لأن العقد صحيح ، ولكن المتعاقدان ارادا تعليقه على هذا الشرط الفاسخ والواقف ، ولم يريدا ان يتحول العقد الى آخر اذا سقط عقدهما بفعول الشرط .

ب ـ ان يكون التصرف الأصلي باطلا بأكمله ، فلو كان جزء منه باطلا ، والتصرف قابلا للانقسام ، فعند ذلك لا يتحول بل ينتقص ، وهو ما نصت عليه المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٣ من القانون المدني المصري .

مثال ذلك ، الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة سبع سنوات فان العقد يصح في خمس سنوات ، ويبطل فيما زاد . (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي و (٨٣٤) من القانون المدني المصري .

أما اذا كان العقد غير قابل للانقسام ، فانه يسقط كله ، وهنا قد يكون محل لتحول التصرف في هذه الحالة الى تصرف آخر ، كما قد يكون هناك محل لتحول الشق الباطل من التصرف المنتقص الى تصرف صحيح ، مع بقاء الشق الصحيح على حاله .

٧ ـ الشرط الثاني : تضمن التصرف الاصلي الباطل لعناصر تصرف آخر صحيح .

يجب ان يتضمن التصرف القانوني الباطل لعناصر ، تكون هي جميع عناصر التصرف الآخر ، الذي يتحول اليه العقد ، دون اضافة لأى عنصر جديد . فاذا اختل هذا الشرط لم يجز التحول ، كما لو باع شخص شيئا قد هلك قبل البيع ، فلا يجوز احلال شيء آخر محله .

ويحسن ان نميز هنا بين تصحيح العقد ، ومراجعته ، وتحوله ، واجازته .

٨ ـ فتصحيح العقد يكون بادخال عنصر جديد عليه ، يؤدي قانونا الى جعله صحيحا ، كما لو عرض صائغ على شخص فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج ، فيظل الشخص الذي اشتراه مرتبطا بالعقد ، فاذا عرض الصائغ فص الياقوت على المشتري ، ادخل عنصر جديد ـ فص الياقوت ـ

كذلك في عقود المعاوضة ، اذا استغل أحد الاطراف ، فللطرف الآخر ان يتوقى دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ، فعرض ما يكفي لرفع الغبن ، عنصر جديد في العقد أدى الى اجازته .

والتصحيح لا يجرى في العقد الا بتغيير في عنصر من عناصره اما ابداله بعنصر جديد ، كما في ابدال فص الزجاج بفص الياقوت ، واما بزيادة فيه ، كالتكملة في حالة الغبن .

من هنا يظهر ان التصحيح مزيج من تصرف ارادى وعمل مادى يصدر من الطرف الذي لم يتقرر البطلان لصالحه . وليعلم أن التصحيح ـ كما تقدم ـ يكون بأرادة المتعاقد أو بحكم القانون .

٩ ـ أما مراجعة العقد ، فقد تكون في عقد نشأ صحيحا ، ولكنه

لم يستكمل مسائله غير الجوهرية ، التي لم يتفق عليها المتعاقدان ، أو في عقد نشأ معيبا ، كانقاص الالتزام في الاستغلال ، وهي لا تكون الا من عمل القاضي .

من هنا يظهر الفرق بين التصحيح والمراجعة ، أو بين تحول العقد والتصحيح والمراجعة ، فتحول العقد ـ كما قدمنا ـ يكون بأستبدال عقد جديد بعقد قديم ، من غير ادخال أي عنصر جديد ، وعدم ادخال أي عنصر جديد ، هو الذي يسيز تحول العقد من تصحيحه ومراجعته .

١٠ ـ أما الاجازة فهي استيفاء العقد القابل للابطال بعناصره كما هي وفي هذا تتفق مع التحول وتختلف عن التصحيح والمراجعة .

والعقد القابل للابطال عند اجازته ، يجاز ذاته دون أن يحل محله عقد جديد ، وهنا الفارق بينه وبين التحول ، وهو وجه الاتفاق مع التصحيح والمراجعة ، اذ كلا من التصحيح والمراجعة يستبقي العقد الأصلي ، ولكن يدخل عليه عناصر جديدة[٨] .

١١ ـ الشرط الثالث : ـ انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف الآخر : ـ

ومعنى هذا ان تنصرف ارادة المتعاقدين المحتملة الى تصرف قانوني صحيح ، هو الذي تحول اليه التصرف الباطل الأصلي ، وليس معنى هذا ، ان ارادة المتعاقدين ارادة حقيقية في هذا التصرف ، لو كانا على علم ببطلان التصرف الاصلي والا لما كان هذا تحولا بل كان اعمالا للارادة الحقيقية عن طريق تفسيرها ، وانما ارادتهما المحتملة ، هي التي انصرفت الى هذا التصرف .

أما ارادتهما الحقيقية ، فلقد انصرفت الى التصرف الاصلي الباطل .

أما لو كان المتعاقدان على علم وقت ابرام العقد ببطلانه ، هل من المحتمل ان يقصدا التصرف الآخر ؟ .

نعم اذا كان ذلك محتملا ، وقع التحول ، مثال ذلك كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (٧٧٧ من القانون المدني المصري)[٩] ، فان العقد يتحول في هذه الحالة ، اذ ان كفالة ناقص الاهلية الحاصلة بسبب نقص الاهلية ، تقع صحيحة ككفالة حقيقية ، وتبقى كذلك ما لم يتمسك الأصل ببطلان التزامه لنقص اهليته ، فتبطل الكفالة حينئذ ، وتتحول الى تعهد منشيء لالتزام أصلي في ذمة المتعهد ، اذا توافرت فيه اركان العقد ، كما في الكفالة ، لأنه من المحقق ما دامت الكفالة معقودة بسبب نقص الأهلية ، ان نية الطرفين فيها منصرفة الى ابرام هذا التعهد ، لو علما وقت الكفالة ببطلانها ، ولا يعترض على هذا ، بأن التحول في هذه الحالة الى تعهد بالتزام أصلي ، بناء على ان هذا التعهد ، يقع نتيجة لاتجاه ارادة الكفيل وقت العقد الى الالتزام بتعهد أصلي ، لم يكن هو الاتجاه الأصلي المباشرة بل كان اتجاها معلقا على احتمال تمسك ناقص الأهلية ببطلان العقد[١٠] .

فالتحول اذن لا يقوم على ارادة حقيقية ، بل على ارادة مفروضة ، تستخلص من الواقعة ، فيفرضها عندئذ القانون تستخلص هذه الارادة من الغاية العملية التي يريد المتعاقدان الوصول اليها ، ولكن اختارا طريقا قانونيا تبين بطلانه فان كان هناك طريق قانوني صحيح ، يؤدي الى الغاية نفسها ، كان من الممكن القول ، انهما أرادا هذا الطريق القانوني الصحيح المؤدي الى تلك الغاية التي قصداها ، لو كانا قد علما ببطلان الطريق القانوني الذى اتبعاه .

فالعبرة اذن بالغاية العملية ، لا بالوسيلة القانونية الموصلة اليهـا ، والقاضي .. يستخلص من الواقعة ـ المادية الباطلة ، عناصر التصرف الصحيح ، التي انصرفت اليه ارادة المتعاقدين المحتملة .. وهنا تظهـر سلطة القاضى التقديرية في اقامة التصرف الصحيح ، مقام التصرف الباطل، ويجعل منه أثرا عرضيا له[١١] .

١٢ ـ سلطة القاضى التقديرية : ـ

القاضى يستطيع ان يكشف عن ارادة المتعاقدين المحتملة ، بالقرائن المحيطة بتصرف الطرفين ، فسكوت الطرفين عن التمسك ببطلان العقـد بعد عملهما به ، أو تنفيذهما للعقد الأصلي واستمرارهما في تنفيذه ، يدل على أن نيتهما قد انصرفت الى التحول .

فالواقع ان القاضى يحل نفسه محلهما ، فيبدل عقدهمـا القديـم الباطل ، الى عقد جديد صحيح ، على ان تكون عناصر العقد الجديد الذي أقامه ، قد توافرت في العقد الباطل الأصلي ، فلا يسلك بأى وجه مـن الوجوه ، ان يلتمس عناصر عقد من خارج نطاق العقد الاصل ، كما عليه ان يسترشد في هذا بارادتهما ، وسلطته هذه ليست سلطة تحكمية، بل الشروط الثلاث المتقدمة ، قيود تحد من اطلاق تقديره على نحو يقرب الشقة قدر الامكان ، ما بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية ، فلا تزيد مهمته ، عن أن يقرران شروط التحول قد توافرت وان التحول قد وقع بحكم القانون[١٢] .

وهذه السلطة وبعبارة اخرى التكييف القانوني من القاضى ، يقع تحت رقابة محكمتي الاستئناف والتمييز ، جاء في المذكرة الايضاحيـة للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد « ... وقيل

في الرد على ذلك ، بأن المقصود بهذه المادة أن نضع للقاضي معيارا لتحقيق العدالة ، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين عند ابرام العقد ، وهذا التكييف القانوني من القاضي ، يقع رقابة محكمة النقض ، على ان يكون مفهوما ، ان القاضي يبحث في النية التي كان مفروضا قيامها قبل النزاع .. » (١٣) .

١٣ ـ ارادة المتعاقدين : ـ

اذا كان على القاضي كما تقدم ، ان يبحث عن نية المتعاقدين ، فيستخلصها ويسترشد بها في اعادة انشاء العقد .

وهنا يبدو التساؤل التالي ، متى يفرض القانون هذه الارادة ؟

اختلفت وجهة نظر فقهاء القانون الى اراء ثلاثة :ـ

الأول : ـ

يذهب البعض الى وجوب الارادة المتحملة ، التي بموجبها يقوم التحول ، لا ارادة حقيقية ، والا لم تكن تحولا ، بل اعمالا لها عن طريق تفسيرها ، فهناك غاية عملية ارادا الوصول اليها ، وقد اختارا طريقا لذلك نبين بطلانه ، فان كان هناك طريق قانوني صحيح لذلك ، فمن الممكن القول انهما ارادا ذلك الطريق ، وهذا ما سبق بيناه .

الثاني : ـ

هناك من لا يكتفي بالارادة المحتملة ، بل يشترط وجود ارادة احتياطية ، تصرف ارادة المتعاقدين احتياطيا الى التصرف الصحيح ، الذي تحول اليه التصرف الباطل ، اى يجب ان يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان تصرفهما ، فتتصرف ارادتيهما احتياطيا الى التصرف الآخر ، عند تحقق هذا الاحتمال .

الثالث :ـ

ويذهب البعض الى مجرد انعدام ارادة عكسية ، أى ارادة تستبعد هذا التصرف فيتحول العقد[١٤] .

وطبعا الرأى الأول ، هو ما أخذ بنظر الاعتبار ، كما يفهم من تطبيق النصين المدنيين العراقي والمصرى ، والاعمال التحضيرية للنص المصري خاصة ، وهو ما نرجحه ، اذ قيام التصرف على ارادة احتياطية ، يعني قيام ارادة حقيقية في وجود التصرف الصحيح ، لا احتمالية كما يراها اصحاب الرأي الاول ، فكأنما ارادا تصرفا باطلا من الأصل ، ثم أرادا تصرفا صحيحا على سبيل الاحتياط ، وهذا من شأنه ان يجعل تحول العقدة مجرد تطبيق للقواعد العامة ، وقد قدمنا ان التحول لا يمكن ان يقوم على ارادة حقيقية ، اذ لا يعد هذا تحولا ، بل تفسيرا لهذه الارادة الاحتياطية والارادة .. الاحتمالية ، وهي أمر صعب كثيرا ما يخلط بينهما .

ونقيض ما تقدم الرأى الثالث ، الذي يأخذ بالارادة الظاهرة فلا يشترط ارادة احتياطية او احتمالية ، بل يكتف بعدم وجود ارادة عكسية، وهذا تطرف[١٥] .

١٤ ـ تحول العقد في الفقه الاسلامي :

عرف الفقه الاسلامي هذه الفكرة ، وان كانت لم تأخذ بشكل وصياغة الفقه الغربي لها ، اذ وردت في تطبيقات الفقهاء ، من الاجدر الاشارة الى بعضها لاتمام الفائدة :ـ

منها ، اذا قال الضامن لصاحب الحق ، اكفل لك دينك على شرط

ان تبرىء ذمته ، ففعل جاز ذلك ، وتبرأ ذمة المديون ، بينما تبقى ذمة الكفيل .. مشغولة بالحق وحده ، اذ هي في هذه الحالة حوالة .

جاء في الاختيار «ولو شرط عدم مطالبة الاصيل فهي حوالة» لوجود معناها[١٦] . أى انها في هذه الحالة يتحول التصرف الى عقد حوالة لا كفالة ، وهذا التحول بناء على ارادة احتمالية لا حقيقية اقتضت ذلك، كما يفهم من النص .

وما يقال عن عقد الكفالة ، يقال عن عقد الحوالة ، اذ الحوالة يشرط عدم براءة المحيل ، تتحول الى عقد كفالة ..

جاء في الاختيار : (كما اذا اشترط في الحوالة مطالبة المحيل تكون كفالة) لوجود معنى الكفالة والعبرة للمعاني[١٧] .

أى يمكن اعمال هذا المعنى لاكتمال عناصره ، وطبعا الاعمال هنا لا يمكن ان يكون بناء على ارادة حقيقية ، والا كان هذا تفسيرا لها ، بينما ما وجد مغاير لهذا التفسير ، لذا كان تحوله بناء على ارادة مفروضة لهذا المعنى .

ومنها ايضا ، اذا انطوت المضاربة على شرط يفسرها فتتحول عندئذ الى عقد آخر .

جاء في الاختيار «فان شرط الربح لمضارب فهو قرض» لان كل ربح لا يملك الا بملك رأس المال ، شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لرده فيكون قرضا .

(وان شرط لرب المال فهو بضاعة) هذا معناها عرفا وشرعا (واذا فسدت المضاربة فهي اجارة فاسدة) لأنه عمل له بأجر مجهول ، فيستحق أجر المثل[١٨] .

أي ان عقد المضاربة ، قد يتحول الى عقد قرض ، اذا شرط رب المال الربح للمضارب ، أو أي عقد بضاعة ، اذا شرط الربح له دون المضارب ، اذ هو في هذه الحالة يوكل المضارب في شراء بضاعة بلا أجر ، فكل ما يشتريه يكون له ، وعليه نفقاته ، وليس على المشتري شيء .

أما اذا شرط له قدرا محددا من الربح ، دون ان يكون القدر مشاعا ، كان المضارب أجيرا وأمينا عليه ، له أجر مثله ربح أو لم يربح ، ولا يستحق الأجر المسمى لفساد التسمية بفساد العقد . وهذا كله قائم على ارادة مفروضة لهذا التحول .

ومنها أيضا تحول عقد القرض الى عقد بيع ، وتحول العارية بعوض الى عقد اجاره .

جاء في الفروق « سؤال العارية معروف كالقرض ، اذا وقعت الى أجل بعوض جازت ، وان خرجت بذلك عن المعروف ، فلم لا يكون القراض كذلك ، اذا خرج بالقصد الى نفع المقرض عن المعروف يجوز . (جوابه) اذا وقعت العارية بعوض صارت اجارة ، والاجارة لايتصور فيها الربا .. والقرض بالعوض بيع .. »[١٩] .

أي ان عقد الاجارة ، هو ما يتحول اليه عقد العارية بعوض والقرض بعوض يتحول الى عقد بيع .. وهذا أيضا بناء على نية المتعاقدين الاحتمالية لا الحقيقية ، والا لم يكن هناك تحولا .

ومنها ما جاء في قواعد ابن رجب « لو أجره الارض بثلث ما يخرج منها زرع ، نص أحمد على صحته ، واختلف الأصحاب في معناه ، فقال القاضي هي اجارة على حد المزارعة ، تصح بلفظ الأجارة وحكمها حكمها ، وقال ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني : هي مزارعة بلفظ الأجارة ،

فتصح على قولنا ، ويجوز ان يكون البذر من العامل ، والا فلا .. »[٢٠]

أي ان الاجارة تتحول الى مزارعة بناء على ما احتمله التصرف ومنها لو قال له في دين السلم : صالحني منه على مثل الثمن: قال القاضي: يصح ويكون اقالة ، وقال هو وابن عقيل : لايجوز بيع الدين من الغريم بمثله ، لأنه نفس حقه ، فيخرج في المسألة وجهان التفتا الى اللفظ والمعنى[٢١] .

أي اما ان ينظر الى الارادة الحقيقية وتفسيرها عن طريق اللفظ فلا تحول ، أو يتحول العقد بناءا على المعنى المحتمل من اللفظ .

١٥ ــ بين الفقه والقانون : ــ

مما تقدم يظهر ان الفقه الاسلامي ، قد عرف هذه الفكرة بالرغم مما قلنا ، من أنها لم تأخذ شكل وصياغة الفقه الغربي وان كان من الصعب ، ان نقول ان الفقه الاسلامي عرف نظرية تامة منفصلة ، تضفي على العقد الباطل جانبا قانونيا نتيجة تحول ، يظهر أثره القانوني باعتباره تصرفا قانونيا لا واقعة مادية ، والسبب في هذا ، ان هذه النظرية حديثة الوضع في القانون ، روعي في وضعها جوانب هامة من التصرفات الباطلة القابلة للتحول ، ولوحظ في صياغتها متطلبات المرحلة الزمنية والحضارية للمجتمع ، ومن هنا جاء هذا التبويب والصياغة والاظهار وفي هذا الفارق ، والفقه الاسلامي أوجد قواعد ، عامة هامة ، تكيف التصرفات في وقوعها وفي ترتيب آلاثار عليها ، جعل الوضع كثيرا منها موادا قانونية له ،[٢٢] من هذه القواعد التي لها مساس كبير بمدار البحث قاعدة «الامور بمقاصدها» وقاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » م١٥٥/٣ عراقي وكقاعدة « اعمال الكلام أولى من

اهماله » (م٥٨) مدني عراقي «الاصل في الكلام الحقيقية» «اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز ») ١٥٥/٢ .. وغير ذلك .

اذ الاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه لأنه ضده ، فمتى تعذر اعمال الارادة الحقيقية . عند ذلك يمكن الانصراف الى الارادة المحتملة .. وهذا ما نجده في استعمال الفقهاء ، كقولهم ، «التفاتا الى اللفظ والمعنى» أي نظرا الى اللفظ والمعنى الحقيقي المقصود منه ، أو الى المعنى الاحتمالي لهذا اللفظ ، اذا وجد مثل ذلك ، عند عدم امكان اعمال الارادة الحقيقية ، ولعل في تطبيقات الفقهاء المتقدمة ، كتحول عقد المضاربة الى عقد قرض او عقد بضاعة او عقد اجارة ، او تحول العارية بعوض الى عقد اجارة أو عقد القرض بالعوض الى بيع ، او الكفالة بشرط براءة الأصيل الى حوالة ، والحوالة بشرط مطالبة المحيل الى كفالة .. الى اخره ، ما يدلل على ما ذهب اليه بسالي من أن التصرف الصحيح ، قد قام على الغاية التي قصد اليها المتعاقدان ، الوصول اليها ، وقد اختارا طريقا قانونيا تبين بطلانه(٢٣) .

اذ العبرة بناء على هذه الفكرة بالغاية العملية ، فاذا كان هناك طريق صحيح ، يؤدي الى هذه الغاية ذاتها ، فمن الممكن القول شرعا او قانونا بأنهما كانا يريدان هذا الطريق الصحيح ، لو كان يعلمان ببطلان الطريق الذي اختاراه ، وطبعا هذا لا يكون الا بالارادة المفروضة لا الاحتياطية ، كما يرى بعض فقهاء الوضع ، وطبعا لا يعني هذا وضعا وشرعا ان العقد الباطل قد انتج اثره القانوني خلافا لمنطق البطلان ، وانما ترتب على العقد الجديد الذي وجدت اركانه في العقد الباطل ، ولا خلاف بين الشرع والوضع في سلطة القاضي التقديرية ، لهذا التحول ، بغض النظر عن

الوسيلة الموصلة الى هذه الغاية ، هذه السلطة التقديرية تتكيف من حيث تفسير العقد ، بمبدأ سلطان الارادة ، فالقاضي يفسره أولا على ضـــوء الارادة .. الظاهرة ، بما استخدمه المتعاقدان من عبارات في ابرام العقد ، فاذا عجز التجأ الى الارادة الباطنة ، أي الى ما قصده المتعاقدان عنـــد تعبيرهما بألفاظ العقد ، فهو يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وهو يسترشد في تفسيره هذا بجملة قواعد شرعية او وضعية ،فاذا انتهى من ذلك ، واستخلص النية المشتركة ، انتقل الى تحديد نطاق العقد ، وكيفية تنفيذه كي تترتب آلاثار عليه .

الهوامش :

١ ـ لسان العرب لابن منظور ج١١ ص١٨٧ـ١٨٨ .

٢ ـ يرى الدكتور عبدالمجيد الحكيم ركاكة في صياغة المادة ، فهي تنص « اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما ... » وخير منها « اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت ... »

انظر الوسيط في نظرية العقد ج١ ص٤٨٦ هامش (١) هذا النقد في صياغة المادة ادق واقبل ، وهو عين ما ورد في منطوق النص المدني حسب ورودها في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيـدي للقـانون المصري كما سيأتي . ولعل المشرع العراقي قد اخذ بصياغة المـادة المدني المصري قبل اجراء التعديل عليه ـ لاحظ مجموعة الاعمـال التحضيرية ج٢ ص ٢٦٢ـ٢٦٧ .

٣ ـ الوسيط للدكتور عبدالرزاق السنهوري ج١ ف٣٠٦ ص٥٤٦ـ٥٤٧ . الموجز في القانون المدني العراقي للدكتور عبدالمجيـــد الحكيم ج١ ف٤٥٨ ص٢٤٥ .

٤ ـ تنص المادة على أنه « اذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر ، فهذا العمل الاخير هو الذي يؤخذ به ، اذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان » .

٥ ـ تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي « اذا كان العقد باطلا او قابلا للبطلان ، وتوافـرت

فيه اركانه ، اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد ، لو انهما كانا يعلمان ببطلان العقد الاول » وفي لجنة المراجعة ، أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الاخيرة من النص وانتهت اللجنة الى الاقتصار على حذف عبارة « لو انهما كان يعلمان ببطلان العقد الاول » لانها تزيد لا محل له ، ولان المسألة نيط أمرها بالنية ، ولا محل للتقيد بعد ذلك بالعلم ، او بأي ظرف آخر ، ما دام الامر – سيرجع في النهاية الى تقدير القاضي وأصبح رقم ١٤٤ – ووافق مجلس الشيوخ على المادة ، كما اقرتها لجنته ٠
مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص٢٦٢–٢٦٧ ٠

٦ – للتأكيد على دقة وقبول وارضاء وحدة العقد الباطل للمنطق القانوني راجع الوسيط للسنهوري ج١ ص ٥٣٨ هامش (١) ومجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص٢٥٥–٢٥٦ ٠

٧ – الوسيط للسنهوري ج١ ص٥٤٨ والموجز للحكيم ج١ ف٤٦٠ ص٢٤٦ ، والوسيط فيه نظرية العقد للحكيم ج١ ف٦٩٦ ص٤٨١ ٠

٨ – مصادر الحق للدكتور عبدالرزاق السنهوري ج٤ ص١١١–١١٢ والوسيط للسنهوري ج١ ص٥٥٠ هامش (١) ٠

٩ – نصت المادة (٧٧٧) من التقنين المدني المصري على ما يلي : « من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذه المدين المكفول » ٠

١٠– رسالتنا « الكفالة بين الشريعة والقانون » دراسة مقارنة ، مكتوبة بالآلة الكاتبة ف١٣٣ ص١٩٢ وعقد الكفالة للدكتور سليمان مرقص ص٤٩–٤٠ ٠ والوسيط للدكتور السنهوري ج١٠ ص٤٩ هامش(١)

١١– الموجز للدكتور الحكيم ج١ ف٤٦٣ ص٢٤٧–٢٤٨ مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٤ ص١١٤–١١٥ ٠

١٢– مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص٢٦٣–٢٦٤ ٠

١٣– مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص٢٦٥–٢٦٧ ٠

١٤– الوسيط للدكتور السنهوري ج١ ص٥٥١ هامش (٢) ، مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٤ ص١١٣–١١٤ والوسيط في نظرية

العقد للدكتور الحكيم ج١ ص٤٨٥ هامش (١) ·

١٥ـ مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٤ ص١١٤ والوسيط للمؤلف نفسه ج١ ص٥٥١ هامش (٢) ·

١٦ـ الاختيار ج٢ ص٦٣ ، والهداية ج٣ ص٩٢ ·

١٧ـ الاختيار ج٢ ص٦٣ ، والهداية ج٣ ص٩٢ ·

١٨ـ الاختيار ج٢ ص٥٨٣ والهداية ج٣ ص٢٠٢ والفقه على المذاهب الاربعة للجزيري ج٢ ص٤٢ـ٤٣ ومجمع الضمانات لابي محمد البغدادي ص٣٠٣ ·

١٩ـ الفروق للقرافي ج٤ ص٢ ·

٢٠ـ القواعد لابن رجب الحنبلي ص٥٠ ·

٢١ـ القواعد ص٥٠ ·

٢٢ـ انظر المواد ١٥٥ـ١٦٧ من القانون المدني العراقي ·

٢٣ـ الوسيط للدكتور السنهوري ج١ ص٥٠٢ هامش (١) ·
والوسيط في نظرية العقد للدكتور الحكيم ج١ ص٤٨٣ هامش (١)·

المصادر

١ ـ الاختيار ـ لابن مودود الموصلي ·

٢ ـ عقد الكفالة ـ الدكتور سليمان مرقص ·

٣ ـ الفروق ـ القرافي ·

٤ ـ الفقه على المذاهب الاربعة ـ عبدالرحمن الجزيري ·

٥ ـ القواعد ـ لابن رجب الحنبلي ·

٦ ـ الكفالة في الشريعة والقانون ـ اجود علي غالب العزاوي ·

٧ ـ لسان العرب ـ لابن منظور ·

٨ ـ مجمع الضمانات ـ لابن غانم البغدادي ·

٩ ـ مجموعة الاعمال التحضيرية :

١٠ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ للدكتور عبدالرزاق السنهوري ·

١١ـ الموجز في القانون المدني العراقي ـ للدكتور عبدالمجيد الحكيم ·

١٢ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ للدكتور عبدالرزاق السنهوري ·

١٣ـ الوسيط في نظرية العقد ـ للدكتور عبدالمجيد الحكيم ·

١٤ـ الهداية شرح بداية المبتدى ـ للمرغيناني ·