نظرية تحول العقد
وتأصيلها في ضوء قواعد أصول الفقه الإسلامي

م. د.عدنان ابراهيم عبد الجميلي
كلية القانون والشريعة – الفلوجة - / جامعة الأنبار

الخبير اللغوي
م. محمد جاسم الساطوري

الخلاصة
(نظرية تحول العقد وتأصيلها في ضوء قواعد اصول الفقه الأسلامي)

ولدت نظرية تحول العقد في احضان الفقه الألماني، وقننها الشارع الألماني فظهرت نصا مكتوبا في القانون المدني ، وعنه اخذت معظم القوانين ومنها القانون العراقي وقوانين بعض الدول العربية ، وتحول العقد كفكرة موجودة في الفقه الأسلامي من خلال كثير من المسائل والتطبيقات التي يزخر بها هذا الفقه ، لكن هذه الفكرة ظهرت في هذا الفقه عند الكلام عن دور (النية) في العقد وكونها هي المعول عليها اكثر من (صيغة العقد والفاظه) ، وبالتالي فمتابعة (الأرادة الباطنة) والبحث عنها قد ينقذ كثيرا من العقود من حالة البطلان التي تعرض لها ، وبالرجوع الى اصول الفقه الأسلامي نلاحظ ان علماء الأصول يعيدون الفكرة من خلال تلك التطبيقات الى بعض القواعد الفقهية العامة ، حيث يخرجون هذه الفروع على تلك القواعد ، وارى ان على المختصين في الفقه واصوله من المعاصرين تقع مهمة التأصيل والتأطير والبحث عن النظريات المبثوثة في ثنايا هذا الفقه ، وارجو ان يكون البحث المتواضع المعروض خطوة على هذا الطريق.

Abstract

(Theory of the contract transforming and enhancing according to Islamic Law)

This theory was born in the lap German literature, German street was transformed it to be a written text in civil law, and it took most of the laws, including Iraqi law and the laws of some Arab countries and the transformation of the contract as an idea exists in Islamic jurisprudence through many of the issues and applications found in this jurisprudence, but this idea emerged in this doctrine when talking about the role of (faith) in the contract and it is relying on them for more than (a contract and his words). Therefore; checking (Internal will) and search for it can save many of the contracts in the event of invalidity against, and the reference to the assets of Islamic jurisprudence , we note that the assets'

scholars rebuild idea through those applications to some general jurisprudence rules, where these branches out of those rules, I think that the experts in Islamic jurisprudence and origins of the contemporary must do the task of Indigenization and Framing and the search for theories delivered in the course of this doctrine, and I hope the research to be the a step of the way.

المقدمـــــة

استقرت نظرية العقد في اطار القانون والفقه القانوني على ان اركان العقد ثلاثة: الرضا والمحل والسبب ، فأذا توافرت هذه الأركان مستكملة لشروطها كان العقد صحيحا ، واذا ما تخلف ركن او اكثر كان العقد باطلا.

والعقد الباطل ليس له وجود قانوني –كقاعدة عامة- ولا يترتب عليه اي اثر فيكون بمثابة العدم ، لكن هذه القاعدة ترتب كثيرا من النتائج السلبية في مجال المعاملات المالية وينعكس ذلك على الجانب الأقتصادي والأجتماعي ، لذا دأب الفقه ومن بعده المشرع الى تفادي تلك الآثار والنتائج من خلال التقليل من حالات البطلان –ما امكن- عن طريق (اعادة الحياة) الى عقود باطلة او ابقاء تلك العقود قائمة وصحيحة قدر الأمكان.

وكان من الوسائل التي تحد من الآثار السلبية لزوال اثار العقود غير المستكملة للشروط والمتطلبات القانونية هي فكرة (تحول العقد Conversion du contrat) وتقوم النظرية على ان اثار العقد الباطل اذا كانت لا تتحقق بسبب عدم توافر الشروط والأركان التي يتطلبها القانون لقيامه فأنه لا يمكن تجاهل حصول (واقعة مادية) – على انقاض العقد الباطل- قد تستخلص منها مسائل جوهرية تكون اساسا صالحا لقيام

عقد آخر (جديد) غير ذلك الذي لحقه البطلان ، وهنا يولد عقد جديد على انقاض العقد الباطل وفقا لفكرة تحول العقد.[١]

فالعقد قد يكون باطلا تحت التسمية التي وضعها له المتعاقدان او قصداها للوهلة الأولى ، لكنه تتوافر فيه اركان عقد اخر قد يؤدي بالنتيجة الى ما اراد الطرفان الوصول اليه من خلال ما ابرماه من عقد اتضح بطلانه، وحاول الفقه القانوني ان يتوصل الى حل لهذه المسألة فجاء الحل على يد الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر.[٢]

حيث صاغ الفقهاء الألمان هذه النظرية واخذ بها القانون المدني الألماني في المادة (١٤٠) وعلى نهجه سارت معظم القوانين المدنية العربية واهمها المصري في المادة (١٤٤) والعراقي (المادة ١٤٠).[٢]

فكيف عالج الفقه الأسلامي هذه الحالة ، وهل كان الحل الذي اورده هذا الفقه متجسدا (بنظرية) متكاملة كما هو الحال في الفقه القانوني وما هي التطبيقات الفقهية التي اوردها الفقهاء لمثل هذه النظرية.

هذا ما سنتناوله بالدراسة والبحث وذلك من خلال خطة البحث التالية:

المبحث الأول/ نظرية تحول العقد

الفرع الأول/ شروط تحول العقد

الفرع الثاني/ نماذج تطبيقية لتحول العقد واثار العقد الباطل

الفرع الثالث/ التكييف القانوني لتحول العقد

المبحث الثاني/تأصيل النظرية في اصول الفقه الأسلامي

الفرع الأول/ قاعدة اعمال الكلام اولى من اهماله

---

(١) للأطلاع على التطور التاريخي لنظرية تحول العقد ينظر :- احمد يسري / تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة ، مطبعة الرسالة، القاهرة ١٩٥٨ ص٣٩ ، وكذلك د.صاحب عبيد الفتلاوي / تحول العقد ط١ دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ١٩٩٧ ص١٠-١١.

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الأسلامي ط٣ ، مطابع دار المعارف بمصر ١٩٦٧ ١٠٠/٤.

(١) والمادة (١٤٠١) من القانون المدني المجري ، والمادة (١٤٢٤) من القانون المدني الأيطالي لسنة ١٩٤٢ . ينظر : احمد يسري /تحول التصرف القانوني ، ص ٣٩.

الفرع الثاني/ العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني

الخاتمة.

وأرجو ان اكون قد وفقت في تناول هذا الموضوع ، والله الموفق ومنه العون.

الباحث.

المبحث الأول/ نظرية تحول العقد Conversion du Contrat

تنص المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري على انه "اذا كان العقد باطلا او قابلا للأبطال وتوافرت فيه اركان عقد اخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه ، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد".(١)

وتقضي المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي بأنه "اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه ، اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد".(٢)

ولا نريد ان نتوقف طويلا عند الفروق بين النصين ونكتفي بالأشارة الى الطابع الذي يميز القانون المدني العراقي بصفة عامة عن القانون المدني المصري من ان الأول شديد التأثر بالفقه الأسلامي على عكس الأخير، فنظرية البطلان النسبي او (العقد القابل للبطلان) وليدة الفقه الغربي ولا وجود لها في الفقه الأسلامي الذي عرف عوضا عنها فكرة (العقد الموقوف) وما يترتب على هذه التفرقة من نتائج كثيرة وخطيرة على العقود واثارها.

---

(١) السنهوري المصدر ذاته (١٠٠/٤).

(٢) د.حسن الذنون / اصول الألتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ١٩٧٠ ص ١٢٣.

وسوف نتولى دراسة هذه النظرية في فرعين نخصص اولهما لشروطها ونخصص الثاني لنماذج من تطبيقاتها ولآثار العقد الباطل:

الفرع الأول: شروط تحول العقد:-

بالرجوع الى نص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي يتضح ان شروط تطبيق هذه النظرية ثلاثة وكما يلي:-

اولا: بطلان العقد الأصلي برمته:-

فيجب ان يكون التصرف الأصلي باطلا ، ولايجوز ان يكون تصرفا صحيحا ، ولا تصرفا باطلا في شق منه ، صحيحا في الشق الآخر.

اذ لو كان التصرف صحيحا لما جاز ان يتحول الى تصرف اخر حتى لو انطوى التصرف الأول على عناصر التصرف الآخر.

مثال ذلك:- اذا ابرم عقد رهن حيازي صحيح في ورقة رسمية ، وتبين ان كلا من الراهن والمرتهن كان يفضل ان يكون الرهن رهنا رسميا لا رهنا حيازيا ، فلا يتحول التصرف الذي ابرماه الى رهن رسمي ، لأن رهن الحيازة وقع صحيحا.

وكذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف او شرط فاسخ ، اذا تخلف الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد لا يتحول الى تصرف اخر ، لأن العقد ابرم صحيحا واتجهت ارادة المتعاقدين الى تعليقه على هذا الشرط او ذاك ولا يريدان ان يتحول هذا العقد الى عقد اخر. [١]

اما اذا كان العقد صحيحا في شق منه وباطلا في الشق الآخر ، فان تصحيحه يتم من خلال فكرة اخرى هي (انتقاص العقد) بأن يكون صحيحا في شقه الصحيح فقط دون الشق الباطل وهي نظرية اخرى لا مجال للخوض فيها في هذا البحث.

ثانيا: ان ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول اليه:-

حيث ينبغي ان يكون هناك تصرف اخر يتحول اليه التصرف الأصلي ، بحيث يكون التصرف الجديد مختلفا عن التصرف الأول ، اما مجرد تعديل التكييف

(١) السنهوري /المصدر ذاته (١٠١/٤-١٠٢).

القانوني للتصرف مع بقائه ذاته فليس بتحول كما لو تم تكييف وصية على سبيل الخطأ بأنها بيع ، فاذا ما تم تعديل هذا التكييف او تصحيحه فأنما هو عثور على التكييف الصحيح للعقد او التصرف.

اذن ينبغي وجود رابطة بين التصرفين تجعل من التصرف الأصلي منطويا على جميع عناصر التصرف المتحول اليه ، دون ان تتم اضافة اي عنصر جديد ، فاذا ما اضيف عنصر جديد فقد خرج الموضوع عن نطاق التحول ودخل تحت مظلة اخرى هي (تصحيح العقد).

فأذا باع شخص لآخر ارضا تبين انها غير مملوكة له فلا يتحول العقد الى بيع منزل مملوك للبائع حتى لو ثبت ان المتعاقدين كانا يقبلان بذلك لو علما ان البائع لايملك الأرض.

وكذا لو اشترى شخص شيئا ظنا منه انه اثري فيبقى العقد قائما اذا ما بادر البائع الى تصحيح الموقف وتسليم الشئ الأثري ، فليس في الأمر تحول للعقد انما هو تصحيح له.[1]

ثالثا: جواز انصراف أرادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف المتحول اليه:-

ولا يعني ذلك انصراف نية المتعاقدين الى ذلك التصرف ابتداءا والا لما كان ذلك تحولا ، ولا يمكن ان يكون المتعاقدان قد ارادا التصرف الجديد ارادة حقيقية ذلك لأنهما لم يكونا يعلمان ببطلان التصرف الأصلي ، والى ذلك التصرف اتجهت ارادتهما وانصرفت نيتهما.

فأذا ما ثبت بطلان التصرف ، وعرفنا ان فيه عناصر تصرف جديد يثور التساؤل: لو كان المتعاقدان وقت ابرام التصرف الأصلي قد علما ببطلانه هل تتجه ارادتهما الى ابرام التصرف الآخر؟ فان كان هذا محتملا وقع التحول على ارادة مفترضة يستخلصها القاضي ويفرضها القانون.[2]

والقاضي انما يستخلص تلك الأرادة المفترضة من الغاية العملية التي اراد المتعاقدان الوصول اليها من خلال ابرام العقد الذي تبين بطلانه ، وبالتالي فلو توفر

(١) السنهوري /المصدر ذاته (١٠٢/٤-١٠٤).
(٢) السنهوري /المصدر ذاته (١٠٥/٤).

طريق قانوني صحيح يؤدي الى الغاية ذاتها كلا او بعضا فمن المحتمل انهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح ، اذ العبرة بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية.

وتلك الغاية هي التي ترسم اطار التحول وتحدده، والقاضي يتعرف على تلك الغاية من خلال النظر في التصرف الأصلي والظروف المقارنة له. وعلى سبيل المثال :- اذا حصل الدائن من مدينه على كمبياله باطلة ، وكان عنده قبل ذلك سند عادي يثبت الدين فالكمبيالة الباطلة لا تتحول الى سند عادي لأن القرائن دلت على ان غاية الدائن من الحصول على الكمبيالة ليست هي الوصول الى مجرد دليل يثبت الدين ، بل الوصول الى وسيلة اثبات معينة بذاتها لمالها من مميزات خاصة هي الكمبيالة ، وبالتالي فلو علم الطرفان ببطلان الكمبيالة وقت تحريرها لما انصرفت ارادتهما المحتملة الى السند العادي ، اما اذا تعهد شخص لآخر بأن يجعله وارثا له بعد وفاته ولم تكن بينهما صلة قرابة او زوجية ، فأذا توفي (المتعهد) مصرّاً على تعهده يتحول الى الوصية لتعذر حمله على صيغته الأصلية ، ولأن عناصر الوصية متوفرة في هذا التعهد ويستطيع القاضي ان يستدل على ان ارادة المتعهد تنصرف الى ابرام الوصية لو علم ببطلان (تعهده الأصلي) من خلال الغاية او المآل او الدافع على التعهد وهو تقديم مال لشخص بلا مقابل وذلك يتحقق بالوصية ايضا.

وهكذا فالحوالة بشرط عدم براءة المحيل تبطل حوالة وتصح كفالة ، والكفالة بشرط براءة الأصيل عن الدين تبطل كفالة وتصح حوالة.[1]

وخلاصة القول في هذا الصدد:- ان العبرة في تحول العقد تكون بالغاية العملية التي قصدها المتعاقدان والتي ارادا تحقيقها من خلال العقد الذي ابرماه وليس بالصيغة القانونية التي عبّرا عنها بهذا العقد الباطل.[2]

---

(١) د.مصطفى ابراهيم الزلمي / اصول الفقه في نسيجه الجديد ط١١ شركة الخنساء للطباعة المحدودة ٢٠٠٢ ص٣٩٠.
(٢) ابراهيم الدسوقي ابو الليل /البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٨ ص٧٧.
(٣) د.حسن الذنون / المصدر نفسه ص١٢٤-١٢٥.
(٤) وكذلك الحال بالنسبة للثمن الصوري (Prix Fietif) وهو الثمن الذي يذكر في العقد لمجرد استيفاء الشكل لا بقصد المطالبة به ، ومثاله ان يبرئ البائع المشتري من الثمن او يهبه له في نفس العقد ، لأن معنى هذا ان المشتري لم يكن ابدا مدينا بالثمن وان ذكر الثمن في العقد كان لمجرد الشكل ، وعقد البيع في هذه الحالة باطل لأنعدام ركن من اركانه ، الا انه مع ذلك قد يتحول الى عقد هبة اذا حوى عناصرها وانصرفت اليها نية الطرفين تطبيقا للقواعد العامة في فكرة تحول العقد. (الذنون/كتابه عقد البيع ، مطبعة الرابطة، بغداد ص١٠٧).

الفرع الثاني: نماذج تطبيقية لتحول العقد واثار العقد الباطل:-

اوردنا عند الكلام عن شروط هذه النظرية بعض النماذج العملية لها ولا بأس بالتوسع في مجال النماذج لمزيد الفائدة والأيضاح[٣]:-

١. الكمبيالة التي لم تستوف الشكل القانوني ، تتحول الى سند عادي.
٢. تعهد الشخص بأن يجعل غيره وارثا بجزء شائع في التركة باطل ، لكنه يتحول الى وصية.
٣. المحرر الرسمي الذي يفقد صفة الرسمية (لعدم اختصاص الكاتب العدل مثلا) يتحول الى سند عادي (محرر عرفي) ما دام موقعا من قبل الطرفين.
٤. البيع بثمن تافه يتحول الى هبة اذا كان قد انصب على منقول تم تسليمه.[٤]
٥. تتحول القسمة الباطلة لنقص اهلية احد المتقاسمين الى قسمة (مهايأة) اذا كان ناقص الأهلية (مأذونا) لأن قسمة المهايأة تدخل في اعمال الأدارة التي يسمح للمأذون بها بخلاف قسمة الأعيان التي تعتبر من اعمال التصرف.

- اما عن الآثار التي يرتبها المشرع على العقد الباطل فهي انما تهدف لحماية حسن النية واستقرار المعاملات:-

فالشركة –مثلا- اذا لم تستوف الشكل القانوني وقعت باطلة ، الا انه لا يجوز للشركاء الأحتجاج بهذا البطلان على الغير (حسني النية) ، فالمعاملات التي تمت قبل ان يطلب الشريك الحكم بالبطلان تبقى صحيحة (م ٦٢٨ م ع).

والعقد الصوري وان لم يكن له وجود في نظر القانون بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام ، الا ان للخلف الخاص وللدائنين ، اذا كانوا حسني النية التمسك به اذا كانت مصلحتهم في ذلك (م/١٤٧ م ع).

والوفاء للدائن الظاهر صحيح مبرئ للذمة اذا كان الموفي حسن النية (م/٣٨٤ م ع)[١].

الفرع الثالث: التكييف القانوني لتحول العقد:-

(١) د.حسن الذنون /اصول الألتزام ص١٢٥.

لاحظنا ان العنصر المهم في نظرية تحول العقد يكمن في (نية المتعاقدين) وارادتهما المحتملة ، والذي يبحث في هذه النظرية هو القضاء ، فحيثما وجد القاضي ان ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى القبول بالعقد (المتحول اليه) لو علما ببطلان العقد الأصلي فأنه يحكم بتحول العقد.

والقاضي في ذلك انما يستعين بسلطته في تفسير العقود ، وهي سلطة واسعة يكيف العقد بمقتضاها بما يراه مناسبا ما دام لا ينحرف في عملية التكييف عن الغاية العملية التي قصدها المتعاقدان ، وهو بعمله هذا انما يقوم بأحلال (الغاية العملية المقصودة) محل الأرادة القانونية المعلنة متوخيا التمشي مع نية المتعاقدين ، لأنهما ان لم يريدا العقد الصحيح ارادة (قانونية) فقد اراداه ارادة عملية ، والأرادة القانونية ما هي الا وسيلة الى تحقيق غرض عملي ، فأذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة.[١]

اذن فتحول العقد يتم من خلال سلطة القاضي في تفسير العقود ، والعقد الذي ينتج اثارا قانونية ليس هو هذا العقد الباطل (الأصلي) بل هو العقد الصحيح (المتحول اليه) ، وهذا العقد الصحيح ليس اساسه العقد الباطل، بل اساسه عناصر مستقلة عن هذا العقد تجمعت في دائرته وفسرها القاضي تفسيرا حاول فيه الأهتداء بنية المتعاقدين وارادتهما المحتملة، فاستخلص منها العقد الصحيح ، وبذلك يثبت لدينا ان نظرية تحول العقد ليست استثناءا من قاعدة ان العقد الباطل لا ينتج اثرا.[٢]

المبحث الثاني/ تأصيل النظرية في اصول الفقه الأسلامي:-

عرف فقهاء الشريعة فكرة تحول العقد ، ووردت في كتب الفقه الاسلامي تطبيقات لهذه الفكرة، فهذا ابن رجب الحنبلي[*] يقرر في قواعده انه اذا اعاره شيئا واشترط عليه العوض صح وانقلب العقد الى قرض فيملكه بالقبض ، واذا قال خذ هذا المال

---

(١) السنهوري /نظرية العقد ط١ دار الكتب المصرية بالقاهرة ١٩٣٤ ص٦٣٦.
(٢) المصدر نفسه ص٦٣٧.
(٣) د.حسن الذنون / اصول الألتزام ص ١٢٥.
(*) ابو الفرج زين الدين بن عبد الرحمن بن احمد ، ولد في بغداد ، وتوفي في دمشق ، من علماء الحنابلة ، محدث، حافظ، فقيه، اصولي، ومؤرخ من تصانيفه: (جامع العلوم والحكم) و (ذيل طبقات الحنابلة) و (تقرير القواعد وتحرير الفوائد) . ينظر شذرات الذهب ٣٣٩/٣ ومعجم المؤلفين ١١٨/٥.

مضاربة والربح كله لك كان قرضا ، واذا اجره الأرض بثلث ما يخرج منها كان اجارة باطلة وتحول العقد الى مزارعة.[٣]

واستنادا لهذه النصوص وغيرها لن يثور جدل حول وجود تطبيقات لهذه الفكرة في الفقه الأسلامي او حول كون الفقهاء المسلمين يعرفونها او لايعرفونها لكننا سنحاول البحث في تأصيل هذه الفكرة وجذورها في ثنايا علم الأصول والقواعد الفقهية العامة التي تخرجت عليها تلك التطبيقات ، فاذا كان تحول العقد وسيلة فنية الغرض منها الأبقاء على الروابط العقدية في صورة عقد اخر مختلف عن العقد المقصود اصلا لأن الحفاظ على (الرابطة العقدية) ولو في صورة عقد اخر افضل بكثير من اهدارها واهمالها مادامت تحقق الغرض النهائي للطرفين من العملية التعاقدية ، وما دامت (الفاظ العقود وصيغها) لا تقصد لذاتها وانما للوصول الى اثارها ونتائجها [١] ، فان هذه الحقيقة هي التي ننطلق لتلمس الأساس والمنطلق التي تنطلق منه فكرة تحول العقد في اصول الفقه الأسلامي والتي جعلت فقهاء المسلمين يبنون كثيرا من ارائهم الفقهية عليها ، وهذا ما سنبحثه في المبحثين التاليين:-

الفرع الأول: قاعدة إعمال الكلام اولى من اهماله

يذهب استاذنا الدكتور مصطفى الزلمي[*] الى ان اساس نظرية تحول العقد هو كل من القاعدتين الفقهيتين :- [اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز][٢] و [اعمال الكلام خير من اهماله] [٣].

ويرى ان العقد حقيقة في اتفاق ارادتين فأكثر على احداث اثر يعتد به الشرع –او القانون- فاذا تعذرت الحقيقة كما في العقد الباطل يصار الى المجاز وهو التصرف المتحول اليه ، لأن اعمال الكلام خير من اهماله ، فالبيع اذا كان باطلا لكون ثمنه شيئا تافها بالنسبة الى القيمة الحقيقية للمبيع يتعذر على القاضي ان يحمله على معناه

---

(١) محمد حلمي بهجت /اثار التصرفات الباطلة ، بحث في مجلة القانون والأقتصاد ، السنة الثالثة العدد الثالث اذار ١٩٣٣ ص٤١٩.
(٢)المجلة م/٦١.
(٣) المجلة م/٦٠.
(٤) د.مصطفى الزلمي /المصدر السابق ص٣٨٩.
(٥) المجلة م/١٢.
(*) ولد في السليمانية عام ١٩٢٤م ودخل المدارس الدينية عام ١٩٣٤ م ، حاز الأجازة العلمية في العلوم الأسلامية ١٩٤٦ وحاز الدكتوراه في الفقه المقارن عام ١٩٧٥ م ثم الدكتوراه في القانون عام ٢٠٠٥ تخرج على يديه الكثير من طلبة العلم ، ولا يزال يمارس التدريس والتأليف امد الله في عمره . (ينظر كتابه : اصول الفقه في نسيجه الجديد /الغلاف) .

الحقيقي بل يصار الى معناه المجازي وهو اقرب تصرف تتوافر فيه عناصر البيع كالهبة ، مع امكان انصراف ارادة المتعاقدين الى ذلك على تقدير علمهما ببطلان التصرف الأصلي .[٤]

وواضح ان هاتين القاعدتين تشكلان اساسا لفكرة تحول العقد التي قال بها الفقهاء المسلمون ، واذا عدنا الى بعض القواعد الأخرى رأيناها تقرر بأن (الأصل في الكلام الحقيقة)[٥] واذا كانت صيغة العقود والتصرفات انما هي كلمات (منطوقة او مكتوبة) سلمنا بأن الأصل في العقد ان ينفذ وينتج اثره على الوجه الذي قصده المتعاقدان لأن ذلك هو الأصل، فأذا تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي بحثنا عن معنى مجازي قريب (لأن اعمال الكلام خير من اهماله) واعماله حينئذ سيكون من خلال ترك المعنى الحقيقي لصيغة العقد والبحث عن معنى مجازي يحقق رغبة المتعاقدين وقصدهما من وراء التعاقد (فأذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز) واذا لم يمكن حمله على معنى مجازي فالكلام يهمل ، ومن هنا وردت القاعدة الفقهية (اذا تعذر اعمال الكلام يهمل) [١].

واذا عدنا الى شرح قاعدة (الأصل في الكلام الحقيقة) نقول : ان الراجح حمل الكلام على معناه الحقيقي لا المجازي كلما امكن ذلك ، وعلى هذا الأساس تفسر عقود الناس وتصرفاتهم ، "فمن قال وقفت داري على اولادي ثم الفقراء فأن الوقف ينصرف الى الأولاد الصلبيين ولا يشمل الأحفاد لأن كلمة (اولادي) حقيقة في الأولاد الصلبيين ، فما دام للواقف اولاد صلبيون فهذه الكلمة تنصرف اليهم فقط ولا يدخل معهم احفاد الواقف ان وجدوا" [٢].

واذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز (لأن اعمال الكلام اولى من اهماله) ولا يجوز اهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما امكن حمله على معنى حقيقي او مجازي ، (واذا تعذر اعمال الكلام يهمل) ، بمعنى انه اذا لم يمكن حمله على معناه الحقيقي ولا

---

(١) المجلة م/٦٢.

(٢) شرح المجلة للأستاذ سليم رستم باز ط٣ المطبعة الأدبية ، بيروت ١٩٢٣ ص ٢٤-٢٥.

(٣) وبذلك لا نتفق في الرأي مع استاذنا الزلمي – حفظه الله – الذي يرى ان علماء المسلمين في الأصوليين والفقهاء سبقوا فقهاء القانون في اقرار هذه (النظرية) في الفقه واساسها في اصول الفقه /كتابه : اصول الفقه في نسيجه الجديد ص٣٩٠.

(*) محمد بن ابي بكر بن سعد الزرعي ، شمس الدين، ولد في دمشق عام ٦٩١هـ وتوفي عام ٧٥١هـ ، تتلمذ على يد ابن تيمية وانتصر له وسجن معه في دمشق، من تصانيفه : (الطرق الحكمية) و (مدارج السالكين) و (اعلام الموقعين) . ينظر : الأعلام ٢٨١/٦ ط١١ ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ٢٠٠٢.

المجازي فنه يهمل ويعتبر لغوا لا يترتب عليه حكم ، كما لو ادعى او اقر بأن فلانا الذي هو اكبر منه سنا ابنه ، فلا يمكن حمل كلامه على معنى حقيقي ولا مجازي.

واذا كان الفقه الأسلامي قد عرف هذه (الفكرة) التي تجد جذورها في ثنايا القواعد الفقهية المذكورة ، فهذا لا يعني ان هذا الفقه قد سبق الفقهاء الألمان في صياغتها (كنظرية عامة) ، لأنها ظهرت في الفقه الألماني نظرية متكاملة بشروطها وتفاصيلها في حين انها في الفقه الأسلامي ظهرت كتطبيقات متناثرة في ثنايا الكتب ، وحاولنا البحث عن تأصيلها من خلال القواعد الفقهية التي اوردناها.[٣]

يقول ابن القيم[*] : "الأقوال انما تفيد الأحكام اذا قصد المتكلم بها –حقيقة او حكما- ما جعلت له، واذا لم يقصد بها ما يناقض معناها ، وهذا فيما بينه وبين الله تعالى، فأما في الظاهر فالأمر محمول على الصحة والا لما تم عقد ولا تصرف فأذا قال: بعت او تزوجت كان هذا اللفظ دليلا على انه قصد معناه المقصود به . . . وان كانت العبرة في الحقيقة بالمعنى واللفظ دليل ولهذا يصار الى غيره عند تعذره ، وهذا شأن عامة انواع الكلام".[١]

الفرع الثاني: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني [٢]:-

وفي هذا يقول ابن القيم : "وقاعدة الشريعة التي لايجوز هدمها ان المقاصد والأعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والأعتقاد يجعل الشئ حلالا او حراما او صحيحا او فاسدا ، وطاعة او معصية ، كما ان القصد في العبادة يجعلها واجبة او مستحبة او محرمة او صحيحة او فاسدة ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر"[٣].

وبالرجوع الى القاعدة اعلاه نقول ان العبرة في العقود –وكذا سائر التصرفات- للمقاصد والمعاني اي ما اراد المتعاقدان الوصول اليه من نتيجة ، لا لألفاظ العقود

---

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين (لأبن قيم الجوزية) ط١ ، الناشر مكتبة مصر ١٩٩٩ بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد،(١٠٠/٣-١٠١).

(٢) المجلة م/٣.

(٣) اعلام الموقعين ٨٢/٣.

(٤) د.محيي هلال السرحان /القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة مطبعة اركان –بغداد ١٩٧٨ ص٣٦.

ومبانيها ، ومن هنا لو قال :- وهبتك هذه الدار بسيارتك كان ذلك بيعا ، ولم يكن هبة.[٤]

ولعل مضمون هذه القاعدة يلتقي مع شروط نظرية تحول العقد من ناحية البحث عن نية المتعاقدين وارادتهما من وراء ابرام العقد وعدم الوقوف على الألفاظ والكلمات التي تصدر عنهم ، اذا ما تعذر حمل تلك الألفاظ على حقيقتها.

يقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص "اي ان العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ ، كالبيع والأجارة والحوالة ، تعتبر فيها المقاصد والمعاني ولا عبرة بالألفاظ ، ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وان كان منعقدا بلفظ البيع، لأنه لم يقصد به تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه، ومما يتفرع عن هذه القاعدة ما لو قال: وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان بيعا بالأجماع اذ العبرة للمعاني لا للألفاظ . . ومنه ان الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المدين كفالة ، والهبة بشرط العوض بيع فتجري فيها الشفعة ، والأعارة لمدة معلومة بأجر معلوم اجارة . . . والوصاية حال حياة الموصي وكالة ، وتوكيله بعد موته وصاية".[١]

فالعقود من جملة الأمور التي يباشرها الأنسان وحيث ان المنظور اليه في ترتيب الأحكام على هذه الأمور هو ماقصده فاعلها منها فكذلك الحكم في العقود لا يترتب على مجرد الألفاظ وانما على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد ، لأن المعنى المقصود من الألفاظ المستعملة هو المعنى الحقيقي المراد وان المقاصد هي حقائق العقود وقوامها ، وانما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد ، فأذا ظهر القصد كان الأعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم بناءا عليه، فتراعى اولا المعاني الظاهرة للألفاظ ، واذا تعذر الجمع بينهما وبين المعاني التي قصدها العاقدان في عقدهما فانه يصار الى المعاني المقصودة ويهمل جانب الألفاظ من حيث دلالتها على المعاني الظاهرة ، ويعرف

---

(١) شرح سليم باز على المجلة ص١٩.
(٢) شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ط وزارة المعارف ، مطبعة العاني ١٩٤٩ ص ٥٦.
(٣) د.عبد الكريم زيدان / الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الأسلامية ط١ مؤسسة الرسالة ، بيروت ٢٠٠١ ص١٤-١٥.

قصد العاقدين من العبارات الواردة في صيغة العقد او من قرائن الحال التي توضح القصد والغاية من العقد ، وهكذا فلا بد من مناسبة بين الصيغة والمعنى المقصود من اجل الأستدلال على ارادة الطرفين (الحقيقية) من وراء العقد.[٢]

ويورد الشراح امثلة عملية لهذه القاعدة الفقهية ما هي الا نماذج واضحة لفكرة تحول العقد ، منها[٣] :-

أ- الهبة بشرط العوض بيع:- فمن قال لآخر وهبتك هذه الفرس بمائة دينار فقال الآخر قبلت كان العقد بيعا وان كانت الصيغة بلفظ الهبة.

ب-الأعارة بشرط العوض اجارة :- فمن قال لآخر اعرتك سيارتي هذه بخمسين دينارا تستعملها هذا اليوم في بغداد فقال الآخر قبلت كان العقد ايجارا لا اعارة ولو ان الأيجاب كان بلفظ الأعارة.

ج- الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة:- فأذا قال المدين لدائنه احلتك بما لك من دين في ذمتي ومقداره كذا على فلان على ان تبقى ذمتي مشغولة بهذا الدين ، حتى يدفع لك المحال عليه الدين، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة، لأن الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة ولم ينتقل الدين هنا من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وانما ضمت ذمة المدين الى ذمة المحال عليه في المطالبة بالدين ، وهذا هو حقيقة الكفالة لأنها تعرف بأنها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بالدين ، وليس فيها نقل دين من ذمة الى ذمة بخلاف الحوالة.

هذا وتجدر الأشارة الى ان القانون المدني العراقي قد جمع بين القواعد الفقهية– السابق ذكرها- في مادتين من مواده ، فجاء في المادة (١٥٥) منه [١- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. ٢- على ان الأصل في الكلام الحقيقة، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز].

في حين تضمنت المادة (١٥٨) منه : (اعمال الكلام أولى من اهماله، لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل)، مما يدل على ان القانون العراقي يتبنى موقف الفقه الأسلامي بالأخذ بالأرادة الظاهرة متى كانت صيغة العقد قاطعة وواضحة –كقاعدة عامة- والا فهو يلجأ الى الأرادة الباطنة بالبحث في قصد المتعاقد ونيته وحمل الفاظه على ذلك

القصد او تلك النية اذا تعذر حمل الكلام على ظاهره وهذا من سمات تأثر هذا القانون بالفقه الأسلامي واصطباغه بصفته كأصل عام.[1]

الخاتمة

[اهم نتائج البحث]

١. نظرية تحول العقد نظرية المانية صاغها الفقهاء الألمان ، ونص عليها القانون المدني الألماني ، وعنه اخذت معظم القوانين المدنية بما فيها القوانين العربية.

٢. العقد الباطل لا ينتج اثارا لأنه (معدوم) من الناحية القانونية ، لكن العناصر الموجودة فيه تشكل اساسا لعقد جديد ، يعترف به القانون بشروط ، وبالتالي فتحول العقد ليس استثناءا من قاعدة العقد الباطل لا يولد اثارا.

٣. العنصر المهم في العقد الباطل الذي ترتكز عليه فكرة تحول العقد هو (الأرادة المشتركة للطرفين) وهي ارادة محتملة ، يقع على عاتق القضاء الكشف عنها والبناء عليها.

٤. الفقه الأسلامي عرف فكرة تحول العقد ، وبدا ذلك واضحا في التطبيقات الفقهية المتناثرة في بطون الكتب الفقهية لكن هذه الفكرة لم تظهر في هذا الفقه كنظرية متكاملة (او كفكرة مجردة).

---

(١) هذا رأي استاذنا الذنون في محاضرات القاها على طلبة الماجستير في كلية الحقوق جامعة النهرين ١٩٩٩ ، ويخالفه في ذلك د.مالك دوهان الحسن فهو يرى: ان المبدأ العام في القانون المدني الفرنسي هو الأخذ بالأرادة الباطنة وبالتالي ابطال العقد اذا تعارضت الارادة الظاهرة مع الأرادة الباطنة. جاء في م/١١٥٦ مدني فرنسي "١-تصاغ العقود عادة في عبارات دارجة ليس من الصحيح تفسيرها حسب لغة القانون ٢- لما كان اثر العقد مقتصرا على طرفيه فلا ضرر من تفسيره حسب الأرادة الحقيقية للمتعاقدين". وان القانون الألماني يأخذ بالأرادة الظاهرة –وعرفنا انه في احضان هذا القانون ولدت نظرية تحول العقد. واما القانون المدني العراقي فهو يأخذ بالأرادة الباطنة كأصل عام ولم يأخذ بألأرادة الظاهرة الا على وجه الأستثناء . انظر كتابه/ المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ص٥٠٧-٥٠٨ ونحن مع رأي استاذنا الذنون.

٥. من خلال التدقيق في كتب اصول الفقه الأسلامي وجدنا ان الفقهاء المسلمين يرجعون هذه الفكرة الى بعض القواعد الفقهية الكلية بشكل واضح لا لبس فيه، واهم هذه القواعد : (الأصل في الكلام الحقيقة) (اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز) (اعمال الكلام اولى من اهماله) (اذا تعذر اعمال الكلام يهمل) (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

٦. الفقه الأسلامي فقه عملي تطبيقي يضع الحلول للمشاكل والمسائل التي تعرض ولم يعجز يوما عن تقديم حل لواقعة طرأت ، ويبقى على عاتق المختصين في الفقه واصوله من المعاصرين تخريج الفروع على الأصول وبناء الفروع على القواعد ، واثراء القواعد الفقهية ، والتأطير والتأصيل لنظريات كثيرة مبثوثة في ثنايا هذا الفقه العظيم.

قائمة ترتيب المصادر حسب ترتيب ظهورها في البحث:-

١. احمد يسري / تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة، مطبعة الرسالة ، القاهرة ١٩٥٨.

٢. د.صاحب عبيد الفتلاوي /تحول العقد ط١ دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٧.

٣. د.عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الأسلامي ط٣ مطابع دار المعارف بمصر ١٩٦٧.

٤. د.حسن الذنون/ اصول الألتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ١٩٧٠.

٥. د.مصطفى الزلمي /اصول الفقه في نسيجه الجديد ط١١ شركة الخنساء للطباعة المحدودة ،٢٠٠٢.

٦. ابراهيم الدسوقي ابو الليل /البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨.

٧. د.حسن الذنون/ عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد.

٨. محمد حلمي بهجت/ اثار التصرفات الباطلة، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد ، السنة الثالثة ، العدد الثالث، اذار ١٩٣٣.
٩. د.عبد الرزاق السنهوري / نظرية العقد ط١ دار الكتب المصرية بالقاهرة ١٩٣٤.
١٠. شرح مجلة الأحكام العدلية /للأستاذ سليم رستم باز ط٣ ، المطبعة الأدبية ،بيروت ١٩٢٣.
١١. اعلام الموقعين عن رب العالمين لأبن قيم الجوزية بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، الناشر مكتبة مصر ١٩٩٩.
١٢. د.محيي هلال السرحان/ القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة ، مطبعة اركان ، بغداد ١٩٨٧.
١٣. شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ط وزارة المعارف ، بمطبعة العاني ١٩٤٩.
١٤. د.عبد الكريم زيدان /الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الأسلامية ط١ مؤسسة الرسالة بيروت، ٢٠٠١.
١٥. د.مالك دوهان الحسن/ المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للقواعد القانونية، مطبعة الجامعة ، بغداد ١٩٧٢.
١٦. خير الدين الزركلي /الأعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين) ، ط٣، دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٦٩.
١٧. ابو الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي / شذرات الذهب في اخبار من ذهب ، ط المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت.
١٨. عمر رضا كحالة/ معجم المؤلفين (تراجم مصنفي العربية) ط مطبعة الترقي ، دمشق ١٩٥٩.