سلطة القاضي فيتكييف العقدورقابة المحكمة العليا عليه

جيلالي بن عيسى
باحث في الدكتورافكلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

الملخص:

تنشأ العقود بوجه عام وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وللأفراد كامل الحرية في إبرام ما يشاءون من اتفاقات فيما بينهم ، لكن الآثار العملية لما يبرمون تتضح من ما مقاصد عقودهم ومن طبيعتها ، ومن خلال تلك الآثار العملية يتسنى للقاضي تكييف عقد ما ويتم إعطاءه الوصف القانوني الصحيح ويصنف ضمن نوع معين من العقود ومنه تتحدد الأحكام القانونية الخاصة به والواجبة التطبيق عليه ، ولا عبرة للقاضي بما أعطاه المتعاقدان من تكييف لاتفاقهما إنما العبرة بما قصده فعليا من هذا الاتفاق ، وعلى ذلك فإن عملية التكييف مسألة قانونية من اختصاص القاضي ويخضع بشأنها لرقابة المحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية : حرية التعاقد ; تكييف العقد ; دور القاضي; رقابة المحكمة العليا.

Résumé:

Les contrats en général sont crées conformément au principe de l,autonomie de la volonté, les individus ont toute liberté de conclure des accords entre eux. En conséquence, les effets pratiques sont déterminés selon les buts recherchés par les deux parties ainsi que la nature de leur contrat. Et ce n'est qua partir de ces effets le juge a la latitude de qualifier tel ou tel contrat et de lui donner sa description légale exacte, et déterminer la catégorie juridique à la quelle appartient, ainsi que les dispositions spécifiques applicables à ce contrat. Le juge ne prend pas en considération la qualification donnée par les contractants mais accorde l, importance qu'ils recherchent pratiquement c, est pourquoi la qualification est une question de droit qui est du ressort et de la compétence du juge et reste soumise au contrôle de la cour suprême.

Les mots clés : liberté contractuelle; qualification de contrat; rôle de juge; contrôle de la cour suprême.

المقدمة:

يتحدد مضمون العقد بتفسيره وتكييفه ، فالتفسير يعني البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين أما التكييف فيتم من خلاله إعطاء الوصف القانوني الصحيح المحدد للآثار التي أرادا طرفي العقد تحقيقها والتي تطابق حقيقة الاتفاق الحاصل بينهما،وتحديد مقاصدهما المبينة للغايات العملية التي اتجهت إرادتهما إليها بغض النظر عن الوصف الذي منحه المتعاقدين لاتفاقهما، ومتى اتضحت هذه الآثار وتحددت يتضح تكييفها من طرف القاضي والذي يعد أي التكييف عملا قانونيا محضا من صميم عمل القاضي و لا دخل لسلطان إرادة المتعاقدين فيها، وبه يتم معرفة نوع العقد الذي أبرمه المتعاقدين وتتحدد الأحكام الخاصة به و الواجبة التطبيق عليه .

أهمية الدراسة و أسباب اختيار الموضوع:

إن اهتمامنا لاختيار هذا الموضوع جاء لاعتبارات موضوعية جعلته جديرا لأن يكون موضوع بحث وهي:

أن الموضوع ذا صلة مباشرة بالواقع الاجتماعي والاقتصادي اليومي للأشخاص، إذ أنهم وهم يباشرون نشاطاتهم اليومي و يبرمون العديد من العقود التي يصادف البعض منها خلافات بشأن تكييفها مما يقتضي تدخل القاضي لإيجاد حل للنزاع المطروح عليه.

إن مسألة تكييف العقد ذات أهمية عملية إذ بالتكييف الذي يعطيه القاضي للعقد تتحدد أثاره العملية التي لم ينظمها طرفي العقد بإرادتهما.

بالتكييف يتم وضع العقد في إطاره القانوني الصحيح ومنه تتبين أثاره الحقيقية التي يمكن أن يتضمنها العقد المبرم بين المتعاقدين أو لا يتضمنها.

يتضح الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي من خلال عملية التكييف لاسيما من خلال صرفه النظر عن التكييف الذي أعطاه المتعاقدين لاتفاقهما.

ولبحث موضوع تكييف العقد ارتأيت طرح الإشكالية القانونية التالية : ما هي عملية التكييف وكيف يواجهها القاضي وما هي سلطة المحكمة العليا عليه؟

للإجابة عن هذه الإشكالية أعددت خطة من مبحثين تناولت في الأول ماهية تكييف العقد وصوره ، بينما خصصت الثاني لدور القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه.

المبحث الأول: ماهية التكييف و صوره

بعد قيام القاضي بعملية تفسير العقد والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، عليه تعيين طبيعة العملية القانونية العقدية ، والبحث عن ما أراده المتعاقدين والآثار المترتبة من وراء إبرامهما للعقد تبعا لما اتجهت إليه إرادتهما ودون الأخذ بعين الاعتبار لرغبتهما في ذلك ، وهو ما يعرف بتكييف العقد ، والذي يعتبر عملا قانونيا محضا يستقل به القاضي لوحده ولا عبرة لإرادة الأطراف في تحديده [1] ، ولتناول موضوع تكييف العقد سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتعرض في الأول لماهية التكييف و في الثاني لصوره .

المطلب الأول: ماهية التكييف

لكلمة التكييف اصطلاحين لغوي و قانوني ففي الاصطلاح اللغوي كيف الشيء قطعه و جعل له كيفية معلومة، و تكيف الشيء صار على كيفية من الكيفيات و كيف الأديم قطعه، و الكيفة القطعة من كلاهما عن اللحياني. و يقال للخرقة التي يرفع بها ذيل القميص القدام : كيفة، و الذي يرفع به ذيل القميص الخلف حيفة. و كيف اسم معناه الاستفهام، قال الزجاج في قوله تعالى : " كيف تكفرون و كنتم أمواتا " الآية 28" سورة البقرة " تأويل كيف استفهام في معنى التعجب .

[1] خليل محمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية ،2005، ص 140.

أما في الاصطلاح القانوني فالتكييف هو الانشغال اليومي للقاضي الذي يتعين عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم كل حالة واقعية معينة، ومنه فالتكييف هو الوسيلة و السبيل الذي يعتمده رجل القانون للنهوض بمهامه، أما تكييف العقد فهو العملية الذهنية التي تستهدف ربطه بالوصف القانوني الذي ينسب إليه بغية إعمال أحكامه القانونية الصحيحة .[1]

و بناءا عليه فالمقصود من عملية تكييف العقد هو إعطائه الوصف القانوني الصحيح وتصنيفه ضمن نوع معين من العقود بمعنى هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاولة مثلا [2].

و على هذا فتعيين طبيعة العقد هي تكييفه، ولعملية تكييف العقد اتصال وثيق بإرادة المتعاقدين وهي متعلقة بمسألة تفسيره ولا سلطان لإرادة طرفي العقد في تحديد طبيعة التكييف باعتبارها عملا قانونيا من اختصاص القاضي و حده و تكمن أهميتها في تحديد الآثار التي لم يذكرها المتعاقدين في العقد[3] .

كما أن مسألة التكييف هي مسالة بالغة الأهمية لأنها تتعلق بالدرجة الأولى بالبناء القانوني للعقد ولن يتسنى تحديد أثاره وفهم ما يتضمنه من التزامات واجبة التنفيذ سواء أكانت جوهرية أم ثانوية إلا على ضوء التكييف، وبالتكييف يتم معرفة نوع العقد ومنه تتحدد الأحكام الخاصة به والواجبة التطبيق عليه، وبذلك يتوقف حل نزاع ما، ذلك أن لكل عقد من العقود أحكامه الخاصة به إلى جانب الأحكام العامة التي تنظم العقود[4].

و على هذا يقتضي التكييف عموما بذل جهد فكري خلاق لا يكتفي فيه رجل القانون أن يكون ملما بكل الأحكام التي يتضمنها قانون معين كالإحاطة بالأحكام المتعلقة بالعقود المسماة مثلا فحسب،بل يجب أن تكون لديه خبرة خاصة وبصيرة نافذة وأن يتصف بحس قانوني وخبرة قضائية وفراسة، ذلك أن الحكم بدون فراسة مآله الظلم في الأحكام، فقد يعتقد القاضي أن القضية المعروضة أمامه تتشابه وقائعها مع قضية سابقة فيحكم بنفس الحكم الذي أصدره على سابقتها مما يؤدي إلى الخطأ في التكييف ومنه الخطأ في تطبيق القانون، لذلك يتطلب التكييف من القاضي أن يكون قادرا على التحليل والتأصيل في أن واحد بمعنى معاينة جزئيات وتفاصيل الواقعة وتفكيكها إلى عناصرها الأولية ودراستها،وبالمقابل يجب عليه أن يكون قادرا على الوصول إلى جوهر القضية للحالة الواقعية

[1] عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول المصدر الإرادي والالتزامات، العقد، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2007، ص98 وما يليها.

[2] محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإرادة العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر، 2012، ص 290 .

[3] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق، ص141.

[4] صالح ناصر العتيبي ،فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، مصر، 2009، ص 197.

و منها يستنبط الحكم الواجب التطبيق عليها رجوعا إلى القاعدة القانونية التي تحكمها [1] ، وبالتكييف يتمكن القاضي من تحديد القواعد القانونية الآمرة و المكملة الواجبة التطبيق، فإذا كان العقد الذي أبرمه المتعاقدين من العقود المسماة ، فتسري عليه القواعد العامة للعقود بدءا من المادة 54 إلى المادة 123 ق.م.ج .

إضافة إلى القواعد الخاصة المنظمة للعقد المسمى المعني ، فإذا كان العقد مثلا عقد بيع طبقت بشأنه المواد المتعلقة بعقد البيع و هي المواد من 351 إلى 412 ق.م.ج، و إذا كان عقد إيجار تم إعمال المواد من 467 إلى 537 ق.م.ج، و إن كان عقد وكالة فإن المواد من 575 إلى 585 ق.م.ج هي المطبقة و هكذا بحسب طبيعة العقد المسمى، أما إذا كان ما تعاقد بشأنه المتعاقدان ليس من العقود المسماة فتتضمه الأحكام العامة المطبقة على العقود، كما تساعد عملية تكييف العقد على تأويله و بموجبها تتضح طبيعة التعامل و ينكشف المعنى الحقيقي للعبارات الغامضة، ويتحدد العرف الخاص بهذه العملية القانونية الواجب إتباعها،وللقاضي التمسك بالأوصاف القانونية المقررة لكل صنف من العقود دون التقيد بالتكييف الذي أقره المتعاقدين، وله أن يعطي وصفا قانونيا بالرجوع إلى التعريف القانوني لمختلف العمليات العقدية التي قام بتصنيفها و بذلك يكون تكييفه بمثابة التطبيق السيئ أو الخاطئ للقانون [2]، و بذلك تتحدد طبيعة ونوع العقد المعروض على القاضي كونه من العقود المسماة أو غير المسماة، ويترتب بالتالي إنزال الحكم القانوني الصحيح عليه، ومن ثم فإن القاضي يلتزم بتكييف العقد ، ذلك أن التكييف يتوقف عليه معرفة أحكام القانون الواجب التطبيق عليه [3] .

و في هذا الصدد فإن قاضي الموضوع غير ملزم بأن يمضي في عملية التكييف بناء على طلب أحد المتعاقدين، بل له أن يسعى في ذلك كلما اتضحت له عدم المطابقة بين طبيعة العقد والوصف الممنوح [4].

المطلب الثاني: صور تكييف العقد

بعد انعقاد العقد يتم الشروع في عملية تنفيذه والتي قد تثير نزاعات تتعلق بموضوع تكييفه بحيث يتم اللجوء إلى القضاء، ولكون التكييف مسالة قانونية فإن القاضي ينظر إلى ما تعاقد عليه الأطراف والغرض الذي يهدفان إليه دون مراعاة التكييف الذي أعطوه ، ثم يطابق ذلك على ما يناسب والأحكام المطبقة على العقود المسماة ، فإذا وجد تطابق بين ما ورد في العقد والأحكام

---

[1] ديداني بومدين ،أحسن زقور ، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مقال نشر في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، العدد01، جوان ، 2017، ص 205.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 421 .

[3] محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية ، بيروت لبنان، 2000 ص 336.

[4]– زكريا سرايش ،الوجيز في مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للنشر والتوزيع ، بوزريعة الجزائر،2014، ص 127.

المطبقة على العقود المسماة طبق القاضي الأحكام الخاصة بهذا العقد المسمى مستعينا بالالتزام المميز للعقد ، مع وجوب أخذ الحيطة في مدى تطابق الاتفاق وأحكام العقد المسمى ، فمثلا الالتزام النقدي ليس له دلالة خاصة في تحديد طبيعة العقد المسمى ذلك أن العديد من العقود (البيع، الإيجار، التأمين، عقد النقل...إلخ) يلتزم فيها أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من النقود وبالتالي فالطابع النقدي لا يكفي للتمييز بين هذه العقود، ومع ذلك فإن الالتزام النقدي له دوره قي التكييف بطريقة سلبية وأولية متى تعلق بعنصر أساسي لوجود عقد معين، إذ لا وجود لبيع دون ثمن، وعلى هذا فإن القاضي وبناء على ما تم عرضه يتوصل إلى أحد الحلول الأربعة لتكييف العقد وهي إما اللجوء إلى التكييف الحصري عندما يتعلق الأمر بعقد مركب،أو التكييف التوزيعي وذلك في حالة وجود مجموعة من العقود ،أو التكييف غير الدقيق ، أو الحالة الأخيرة وهي رفض إعطاء تكييف للاتفاق [1].

– التكييف الحصري QUALIFICATION EXCLUSIVE :

يكون هذا التكييف عندما يتعلق الأمر بعقد غير مسمى أو عقد مركب أو مختلط يهدف إلى غرض واحد امتزج بعضه بالبعض الأخر (كعقد البيع بصيغة الإيجار الذي هو في تكييفه القانوني عملية بيع بالتقسيط)، باعتبار أن تحديد الوصف القانوني الصحيح الذي يتفق مع ماهيته، ومع النتيجة التي ارتضاها الأطراف، وفي مثل هذه العقود فإن القاضي بحاجة إلى بحث وتعمق لإعطاء الوصف القانوني الصحيح على العقد المركب المعني بالتكييف وتعيين الأحكام المطبقة عليه [2].

و في هذا النوع من التكييف يستمد القاضي الطبيعة القانونية للعقد من الالتزامات الرئيسية الموضوعية لكل عقد والتي تمكن من تكييف العقد ومن هذه الالتزامات في عقد البيع مثلا نقل حق الملكية أو حق مالي من طرف البائع ودفع الثمن النقدي للعين المبيعة من طرف المشتري، وفي الحالة التي يتضمن فيها العقد عدة التزامات رئيسية منها ما ينتمي إلى عقد مسمى معين وأخرى إلى عقد مسمى أخر، كأن يكون بعضها مثلا بيعا والبعض الأخر مقاولة فهنا تكيف كل مجموعة من الالتزامات الرئيسية على حدة [3].

– التكييف التوزيعي QUALIFICATION DISTRIBUTIVE :

هذا النوع من التكييف يكشف عن مدى نسبية قانون العقود المسماة، ويتم هذا التوزيع بإحدى الطريقتين :

– الطريقة الأولى : إخضاع كل عنصر من عناصر العقد في نفس الوقت لقاعدة قانونية مختلفة، تجزئة للعقد هذه يفترض أنها قد تمت استنادا إلى إرادة الأطراف أو نص القانون.

---

[1] نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإراريطة الإسكندرية مصر، 2000 ، ص 276.

[2] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ،دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ،الجزائر،2015،ص 417 .

[3] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ، ص 423.

– الطريقة الثانية : و يتم فيها إخضاع العقد على سبيل التتابع لقاعدة قانونية مختلفة لاسيما إذا كانت طبيعة العقد تتغير أثناء التنفيذ، مثال ذلك في بيع عقار في طور الإنجاز، فالعقار وهو في مرحلة التشييد هو عقد مقاولة ثم يتبع البيع ذلك.

ينبغي أن نشير أن التكييف هنا لا يمكن أن يكون تكييفا جميعا (cumulative) بمعنى أن عقد معين لا يمكن أن يكون بصدد نفس القاعدة القانونية عقد بيع وعقد هبة في نفس الوقت لكنه يمكن أن يكون عقد معين بصدد بعض القواعد، كأن يكون عقد بيع من حيث القواعد الشكلية ويكون في نفس الوقت نوع أخر من العقود بصدد القواعد الموضوعية كعقد الهبة المستترة .

3– التكييف غير الدقيق QUALIFICALION INEXACTE :

و فيه يكيف القاضي عقد ما استنادا إلى القصد المشترك للمتعاقدين ورجوعا إلى الغرض الحقيقي من وراء تعاقدهما، و الغرض المقصود هنا هو الغرض العملي الذي يستخلص من مجموع ظروف التعاقد، وقد يتوصل القاضي في بعض الأحيان إلى تكييف غير دقيق لعدة أسباب منها ما يكون نتيجة لفعل المتعاقدين مما يقتضي تقويمه، وفي معظم الأحوال يكون تكييف الأطراف لعقدهما غير دقيق حيث يكون اسم العقد الذي أستعمل لا يعكس حقيقة الواقع الاقتصادي للعقد نتيجة الغلط أو الجهل بحقائق الأشياء، كما قد يكون متعمدا قصد التحايل على القانون للإفلات من الضرائب أو بإعطاء تكييف صوري للعقد وفي مثل هذه الحالات يعتبر التكييف تدليسيا، ففي حالة الغلط أو الجهل يقوم القاضي بتصحيح تكييف المتعاقدين وإعطاء العقد تكييفه الصحيح، أما في حالة التحايل المتمثل في إعطاء تكييف صوري للعقد فإنه لا يحوز للقاضي أن يحكم بالصورية إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة في العقد الحقيقي وبعد إثباته بوجود هذا العقد، وقد يكون التكييف غير دقيق كذلك من طرف القاضي ومثال ذلك إعطاء القضاء الفرنسي لزمن طويل وصف عقد الخزينة le contrat de coffre– fort وصف عقد إيجار ثم عدله إلى عقد حراسة contrat de garde.

كما أن المشرع نفسه قد يعطي وصفا غير دقيق لعقد من العقود ، فمثلا اعتبر المشرع اتفاق المساعدة الزراعية من عقود التبرع وهو وصف غير دقيق لأن في هذا العقد يوجد التزامات متقابلة ولا وجود لنية التبرع في هذا العقد واعتبره المشرع المصري كذلك فقط لتخلف المقابل النقدي، كما تعمد نفس المشرع في إعطاء عقد بيع عقار تحت التشييد وصف عقد بيع على الرغم من أن القواعد التي تنظمه تمزج بين عقد البيع وعقد المقاولة .

4 ـ رفض التكييف:العقد ذو الطبيعة الخاصة :CONTRAT SUI GENERIS :

و يتم اللجوء إلى رفض التكييف عندما يستحيل تصنيف العقد المعني بالتكييف ضمن أية طائفة من طوائف العقود الموجودة ، وذلك بسبب خصوصية العقد التي تمنع خضوعه تماما لأي من أنظمة العقود الخاصة وتجعل منه عقدا ذا طبيعة خاصة يفلت من النظام القانوني لأحد العقود المسماة ، مع الإشارة إلى أن رفض التكييف لا يكون إلا على سبيل الاحتياط [1] .

[1] نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص281.

المبحث الثاني: دور القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه

نتطرق في هذا المبحث إلى دور القاضي في تكييف العقد و رقابة المحكمة العليا عليه والذي قسمناه إلى مطلبين نتناول في الأول دور القاضي في تكييف العقد و في الثاني إلى رقابة المحكمة العليا لتكييف قاضي الموضوع.

المطلب الأول : دور القاضي في تكييف العقد

تكييف العقد من عمل القاضي فبعد الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يقوم القاضي بتحديد الوصف القانوني للعقد، ذلك أن تحديد هذا الوصف يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم التعاقد[1] .

كما يتصف التكييف والتفسير بأن كلاهما عمليتان اجتهاديتان من صميم عمل القاضي هدفهما تحقيق غاية نهائية واحدة هي الوصول إلى حسن تطبيق القانون، إلا أن التكييف يعنى بتحديد طبيعة النزاع وإعطائه الوصف القانوني المناسب له وبالتالي تحديد الأحكام القانونية الخاصة به والواجبة التطبيق عليه ، في حين يعني تفسير العقد التأمل العميق لمفاهيمه وألفاظه وتحديد ما قصده المتعاقدين من إرادتهما المشتركة ، وإدراك الهدف المقصود من العقد ومن ثم يبدو التمييز أمرا متيسرا بإدراك كل من عملية التكييف والتفسير [2].

و على هذا فعملية تكييف العقد تثار عند الشروع في تطبيق أية قاعدة قانونية ذلك أن القانون يتضمن قواعد قانونية محددة وضعت لتنظيم وقائع الحياة والتي هي متنوعة وغير محدودة فنجد مثلا القواعد القانونية للنظرية العامة للالتزام تتضمن الإطار العام المنظم لكل العقود وهناك قواعد خاصة بالعقود المسماة تنظم كل عقد مسمى على حدة ، لكن عمليا فإن الأفراد هم أحرار في إبرام ما يشاؤن من عقود تبعا لما تتطلبه مقتضيات حياتهم اليومية دون الأخذ بعين الاعتبار للصيغ والمصطلحات ولا إشكال إذا ما أبرمت ونفذت هذه العقود مادام لم يثير ذلك خلاف بين عاقديها، لكن الإشكال يطرح عندما يثور نزاع حول تنفيذها ويعرض على القضاء ، وهنا على القاضي الرجوع إلى ما اتفق عليه المتعاقدين والقيام بعملية قانونية تتمثل في توظيف وتصنيف الاتفاق ضمن فئة من فئات العقود المسماة، ويطبق عليه تلك القواعد التي تحكم هذا العقد المسمى مع القواعد العامة المنظمة للعقود، أما إذا اتضح أن هذا الاتفاق لا يتطابق مع أي من العقود المسماة فيسعى القاضي إلى البحث عن القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات، أو في اقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من قواعد هذا العقد المسمى، كما للقاضي أن لا يتقيد بما أورده المتعاقدين من وصف قانوني لعقدهما، وهنا يفترض على القاضي القيام بعمليتين متتاليتين :

[1] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزاريطة الإسكندرية مصر، 2005، ص 234.

[2]– علي هادي عطية الهلالي – النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الإتحادية العليا– مكتبة السنهوري –منشورات زين الحقوقية –طريق صيدا القديمة –لبنان – ط 1– 2011– ص 21.

– الأولى: تحديد العناصر الميزة لنموذج معين من العقود المسماة، كأن يبحث في عقد البيع توفر عنصر الثمن ونقل الملكية، وفي عقد العمل عنصر التبعية وفي الهبة نية التبرع وهكذ ا، أما الثانية فيبحث فيها فيما أبرمه الطرفان من عناصر واقعية مقابل للعناصر المميزة للعقد المسمى، وهذا ما يجعل من التكييف مسالة قانون لا مسألة واقع و يخضع لرقابة محكمة النقض.

و في بعض الحالات تلزم عملية التكييف القاضي بتفسيره أولا بالوقوف على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين حقيقة للمقابلة بينها وبين ما أعطاه المشرع من وصف قانوني، ولقاضي الموضوع السلطة المطلقة في تفسير بنود العقد وشروطه قصد استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين وعدم تقييده بما تفيده عبارة ما بل التقيد بالعقد برمته ودون رقابة لمحكمة النقض،لاسيما وأن العبرة في التكييف القانوني بحقيقة التعاقد طبقا لمقتضيات القانون لا بما يصفه به الخصوم [1].

كما أن القاعدة في التكييف ليس بالوصف الذي يسبغه المتعاقدان على العقد ، إما عن جهل أو تعمد ، أو غلط لإخفاء غرض غير مشروع ، وإنما العبرة بالغرض العملي الذي أراده المتعاقدان من تعاقدهما ، وهو ما يستخلصه القاضي من عبارات العقد وطبيعة الالتزامات ، وبكل القواعد والملابسات التي تستنتج من تفسير العملية القانونية المقصودة ، فعلى سبيل المثال لو وصف العقد بأنه عقد بيع وتم النص فيه على أن البائع يحتفظ بحيازة الشيء المبيع والإنتفاع به وحرمان المشتري من التصرف فيه طوال حياة البائع فهنا يكيف هذا العقد على أنه عقد وصية وليس عقد بيع [2] .

و متى تبين للقاضي أن ما رغبه المتعاقدين من ما أبرماه يتعارض مع ما اتجهت إليه إرادتهما، بحيث أن ما سمي من عقد عن جهل أو تعمد لا ينطبق عن ما ينتجه هذا العقد من أثار، فهنا على القاضي القيام بتصحيح هذه التسمية من تلقاء نفسه ودون موافقة المتعاقدين [3].

و قد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه : " عند عدم الإشارة إلى التزام معين أثناء التعاقد فإن لقضاة الموضوع سلطة تفسير نوعية العقود و تقدير الوقائع للبحث في النية الحقيقية للمتعاقدين، دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، فإن العبرة هي بالتكييف القانوني الصحيح للوقائع النزاع الذي يعطيه القاضي لموضوع العقد وليس التكييف الذي يعتقده أو يقترحه أطراف هذا العقد أو أحدهم " وهذا معناه أن عدم إشارة الأطراف في الاتفاق إلى التزام معين ، يوكل الأمر لقاضي الموضوع الذي له سلطة تقديرية لتفسير العلاقة التعاقدية . [4]

---

[1] – نبيل ابراهيم سعد ، نفس المرجع السابق، ص269.

[2] – بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط6، ،2008، ص 243

[3] – خليل محمد حسين ، نفس المرجع السابق ، ص141 .

[4] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2015 ، ص 415 .

يتضح مما تقدم بأن على القاضي و هو يقوم بعملية التكييف أن يستند إلى قرائن يقدر أثرها في وصف العقد، منها مركز ذوي الشأن ووصفهم الاجتماعي و كذا الأحكام القانونية التي أحالت دون قيامهم بتصرف ما ، و لذلك لجو ءا إلى طريقة غير مباشرة ليتمكنوا من القيام بما تعذر عليهم القيام به قانونا ، فمثلا إذا كان التصرف لا يصح للوارث لكونه يتعارض مع القاعدة لا وصية لوارث دون إجازة الورثة ، فيفسر هذا التصرف على أنه بيع أو هبة ، وبهذا المعنى قضى بأنه إذا فسرت المحكمة العقد بأنه هو أوفى لقصد المتعاقدين، و اعتبرت أنه يسير رهنا على خلاف ظاهر عباراته ومدلولها،فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه ، ذلك لأنها مقيدة بتكييف العقد، بعد أن تبينت أن المقصود منه إخفاء غرض غير مشروع يجعل رهن حيازة متضمن لربا فاحش في صورة بيع وفاء، و قد كان عليها أن تصدر الحكم في الدعوى على مقتضى هذا التكييف الصحيح الذي تبينته وأوردت أسبابه. [1]

تجدر الإشارة إلى أن التكييف السيء أو الخاطئ يعد بمثابة التكييف السيء أو الخاطئ للقانون كما سبق ذكره، أما إذا كان الوصف القانوني للعقد واضحا ، فلا يمكن للقضاة إعادة تكييفه على أساس التأويل بغرض استمرار العقد الذي لم يحترم الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في النص الجديد ، وفي هذا الصدد فإن المحكمة العليا قد نقضت قرار المجلس بسبب التكييف الخاطئ للعقد إذ جاء في إحدى قراراتها : "إن قضاة المجلس لما قضوا بأن عقد التسيير الذي لم يخضع للإجراءات الشكلية المنصوص عليها بالمادة 230 من القانون التجاري يعد إيجارا من الباطن نظرا لعدم قيام طرفيه بالإجراءات الرسمية قد خالفوا القانون، لأن عقد الإيجار من الباطن له تعريفه و شروطه و ذلك في نص المادة 188 من القانون التجاري ، في حين عقد التسيير تعرفه المادة 203 من القانون التجاري و كلا العقدين له خصائصه المحددة قانونا [2].

كما أنه من المعلوم أن تكييف العقد يعرض عادة في صيغة دعوى ترفع أمام المحكمة ، مما يقتضي أن القاضي لا يتقيد بصيغة العقد الظاهرة ولا بطلبات أطراف الدعوى بل له الصلاحية المطلقة في إعطاء التكييف القانوني السليم على العقد وفقا لمعايير معينة من أهمها الظروف المحيطة بإبرامه و في حالة امتناعه عن التكييف يعتبر منكرا للعدالة [3].

و بناء عليه فإن القاضي ملزم بتكييف العقد المطروح أمامه دون الأخذ بعين الاعتبار للوصف الذي أعطاه له المتعاقدان ، ويفترض أن القاضي يقوم بعمليتين متتاليتين تتمثل الأولى في التحديد بطريقة مجردة للعناصر القانونية المميزة لنموذج معين من العقود كتوافر عنصر الثمن ونقل الملكية في عقد البيع مثلا وعنصر التبعية في عقد العمل، أو نية التبرع في عقد الهبة وهكذا...، ثم العملية الثانية وهي البحث عن العناصر الواقعية المقابلة للعناصر القانونية المميزة للعقد المسمى .[4]

---

[1] إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية عويدات للطباعة والنشر،لبنان ،الطبعة الثانية ، 1998، ص 243 .

[2] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ، ص422.

[3] عبد الحق صافي، المرجع السابق ، ص201 .

[4] – نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع السابق، ص 268

مما تقدم تناوله و لكون التكييف مسألة قانون قائمة على إعطاء الآثار القانونية التي رتبها العقد و وصفها القانوني قصد تسليط حكم القانون عليها ومادام القاضي ملزم بتطبيق القانون تطبيقا صحيحا فإنه ملزم بإعطاء ذلك الوصف القانوني لما تعاقد عليه الطرفان دون الالتزام بما حدده هؤلاء من وصف أو تكييف و دون الأخذ بما صدر منه من تكييف سواء أكان صحيحا أم لا و دون الالتفات كذلك لما اتفقوا عليه من تكييف ولما اشترطوا و ما رتبته تلك المشارطات من أثار .

مع التنويه إلى أنه يمكن الأخذ بموقفهم على السبيل الاستهداء في عملية تفسير العقد والتي للقاضي دور فيها يسبق دوره في عملية التكييف و مرتبط به[1] .

الجدير بالتنويه بأنه وعلى الرغم من أن القاضي غير مقيد بتكييف المتعاقدين لأن التكييف مسألة قانونية يستقل بها القاضي إلا أن البعض لا يرى ذلك في كل الأحوال، ومنهم الأستاذ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان إذ يرى أن الشرط الوارد في العقد بإعطائه وصفا قانونيا معينا يؤثر على حرية القاضي في التفسير باعتباره شرطا مكتوبا ولا يجوز إثباته إلا بالكتابة وعلى ذلك فإن عملية التكييف هي الأخرى يجب أن تقوم على عناصر مستمدة من العقد ولا يمكن تعديل تكييفه على عناصر خارجية عنه، أما في حالة خلو العقد من شرط يعطي تكييفا قانونيا للعقد فهنا يجوز للقاضي الاستعانة بعناصر خارجية عنه وبالتالي الاعتماد على هذا التفسير في عملية التكييف، ومن هنا تظهر أهمية شروط العقد التي تعطيه وصفا قانونيا عن باقية الشروط2.

المطلب الثاني : رقابة المحكمة العليا لتكييف العقد

بما أن تكييف العقد من المسائل القانونية ، إذ يترتب على عملية التكييف تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على التصرف الذي أبرماه المتعاقدان ، وبالتالي فإن سلطة قاضي الموضوع في تحديد الوصف القانوني يخضع لرقابة المحكمة العليا ، إذ تقوم بمراقبة نشاط القاضي الذهني الذي قام به وهو بصدد عملية التكييف، وباعتبار المحكمة العليا محكمة قانون لا محكمة وقائع فإن رقابتها تقتصر في مجرد إعادة النظر في الأحكام والبحث في مدى صحة تطبيق قاضي الموضوع للقانون أو مخالفته له دون أن تعيد النظر في وقائع الدعوى وتفسيرها والتي تتركها لاجتهاد القاضي، ولكون القاضي في تكييفه للعقد يقوم بالمقابلة بين الأثر الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين كما استخلصها من العقد وبين الماهية المجردة للعقد كما وردت في نص القانون الشيء الذي يجعل من التكييف عملية قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا.[3]

---

[1] شريف الطباخ ، التعويض عن الإخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسئولية المدنية ، دار الفكر والقانون ، المنصورة مصر، طبعة 2008، ص 15 .

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، منشأة توزيع المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر،.200، ص 111.

[3] علي علي أبورمان ، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ،ط1، 2015،ص 84 ومايليها

بناء على تقدم فإن قاضي الموضوع لا يخضع للرقابة المحكمة العليا بشأن نشاطه الذهني في تقدير الوقائع لكون ذلك خاضعا لسلطة تقديره ولوسائل اقتناعه والقاعدة في ذلك هي الأخذ بالإثبات الإقناعي والاستثناء هو الإثبات القانوني، أي تحديد قوة قانونية للأدلة ، فللقاضي سلطته التقديرية في الأدلة وتقدير قيمتها وكفايتها أو عدم كفايتها في الإقناع ولا يسأل في هذا عن بيان أسباب اقتناعه ،لأن هذه الأسباب ليست بحاجة إلى تسبيب لكنه ملزم ببيان مصادر اقتناعه وعناصره دون بيان أسبابه، وبالتالي فنشاط القاضي الذهني التقديري لارقابة عليه من طرف المحكمة العليا ، لكن المصادر التي يستمد منها عناصر تقديره خاضعة للرقابة وتتم عن طريق رقابة الأسباب، وتختلط هذه الرقابة بالرقابة على سلطة القاضي القضائية ، وإذ تراقب محكمة النقض مصادر السلطة التقديرية فهي في الواقع تراقب مسألة صحة إعمال القانون ، لأن الخطأ في التقدير يؤدي إلى خطأ في التكييف ، وهذا الأخير يؤدي إلى خطأ في إعمال القانون مما يخضعه لرقابة المحكمة العليا .[1] و على أية حال فإن المحكمة العليا تفرض رقابتها على عمل القاضي متى تعلق الأمر بتكييف العقد وتحديد وصفه القانوني الصحيح ذلك أن بيان طبيعة العقد والأحكام المطبقة عليه من مسائل القانون التي ينفرد بها قاضي الموضوع مما يستوجب إخضاعها لرقابة المحكمة العليا 2 ، ومن ثم فإن التعرف على حقيقة ما عناه المتعاقدين يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا بسط لرقابة المحكمة العليا عليه ، أما التكييف القانوني لما عناه المتعاقدين فيما أبرماه من عقد فهو يخضع لرقابتها وقد أكدت محكمة النقض المصريه ذلك بقولها :" ولئن كان التصرف على ماعناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع ، إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانوني لما قصده المتعاقدين وإنزال حكم القانون على العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض [3].

مع الإشارة كذلك إلى أن تكييف العقد لا يترتب عليه تغيير سبب الدعوى مادام أن القاضي لا يضيف جديدا من عنده بشأن الوقائع وإنما يقوم بالتكييف إستنادا إلى الوقائع المعروضة عليه وهو ما عبرت عنه نفس المحكمة (نقض مصرية) بقولها:" إذا استعملت محكمة الاستئناف سلطتها في التكييف وكيفت الوقائع المطروحة عليها ، دون أن تضيف إليها جديدا ،بأنها تكون الإثراء بلا سبب، بعد أن عدل المدعي عن الاستناد إلى عقد القرض، فإنه لا يجوز النعي عن حكمها بأنها غيرت سبب الدعوى من تلقاء نفسها .[4]

---

[1] – نبيل اسماعيل عمر ،سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر ، 2011،ص 549

[2] – بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص417

[3] – محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق، ص 339

[4] – مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت لبنان ،1987،ص221

الخاتمة :

في نهاية الدراسة خلصنا إلى عدة نتائج وتوصيات نبينها كما يلي:

– إن تكييف العقد هو إعطاءه الوصف القانوني الصحيح والمطابق لحقيقة ما أراده المتعاقدين وتصنيفه ضمن نوع معين من العقود وبالتالي تتحدد طبيعته القانونية و تتعدد الأحكام المنظمة له العقد والواجبة التطبيق عليه.

– تكييف العقد لا سلطان فيه لإرادة طرفي العقد على اعتبار أنه من صميم عمل القاضي ولا يتقيد فيه بتكييفهما.

– تقتضي عملية تكييف العقد بذل نشاط ذهني خلاق للوصول إلى تكييف صحيح للعقد ولن يكون ذلك إلا بتوافر خبرة خاصة واطلاع واسع وتعمق بماهية العقود وبكل الأحكام القانونية المنظمة لها بمختلف تصنيفاتها ، إضافة إلى بصيرة وحس وفراسة وحيطة وحذر ، لاسيما وأن أي خلل في التكييف يترتب عنه خطأ في الحكم وبالتالي المساس بحقوق المتعاقدين

– تكييف العقود مسألة قانونية يخضع القاضي في شأنها لرقابة المحكمة العليا .

– على الأشخاص الحرص في عقودهم أن يولوا الأهمية البالغة لمسالة تكييفها من خلال صياغة عباراتها ومدلولاتها وذلك حتى لا يتفاجؤا بتكييف لا يتطابق مع ما اتجهت إليه مقاصدهم.

– لا ينبغي للقاضي أن يرفض تكييف عقد ما بدعوى أنه غير مسمى إلا على سبيل الاستثناء وذلك عندما يتضح له أن هذا العقد لا يتوافر على العناصر القانونية المميزة لعقد من العقود المسماة وعليه إخضاعه إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد وإذا تعذر عليه إيجاد الحل عن هذا الطريق لجأ إلى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة باستعمال القياس.