



جامعة أسيوط - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

نظرية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات

مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص: عقود ومسؤولية

إشراف الأستاذ:

د. سمير شيهاني

إعداد الطالبين:

محمد شريف جمال

معقاسي رشيد

لجنة المناقشة:

الأستاذ: د. قاسي سي يوسف رئيساً

الأستاذ: د. سمير شيهاني، أستاذ محاضر قسم "أ" بجامعة البويرة مشرفاً ومقرراً

الأستاذ: راجح بلعزوز ممتحناً

تاريخ المناقشة: 2019/02/25

إهداء

أهدي هذا العمل :

إلى روصيّ اختي اللّتين فقدتهما وأنا انجز هذا العمل

إلى والديّ أطال الله عمريهما الذين قال فيهما الرّحمن: ﴿وَخَفِضَ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّكَّانِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا﴾ .

إلى بناتيّ : مريم و سارة و فاطمة و نور و أمهنّ .

إلى أخوتيّ جمعا ولكلّ أفراد عائلتيّ .

إلى كلّ أستاذة و عمّال كلّية الحقوق والعلوم

السيّاسيّة بجامعة العقيد آلليّ محمد أولوج بالبوية ،

إلى ابن العم الأستاذ الدكتور محمد شريف حسين

الذيّ كان لنا دائم النّصح والارشاد .

محمد شريف جمال

إهداء

أهدي هذا العمل :

إلى روهيَّ من قال فيهما الرَّحْمَنُ : ﴿ وَخَفِضَ لَهُمَا
هِنَاحَ الذُّكَّانِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنِيمَا كَمَا رَبَّيَانِي
صَغِيرًا ۝ ﴾ .

إلى ولديَّ : طه الأمين و تسنيم و أمهما .

إلى أخويَّ وأخواتي وكلِّ أفراد عائلتي .

إلى زملائي في العمل السابقين والحاليين و
أخصَّ منهم الأستاذ مولاي عوادي محمد و خالد
لخضر .

إلى كلِّ أئمة وعمّال كلية الحقوق والعلوم
السياسية بجامعة العقيد آلكي محمد أولوج بالبويرة ،

إلى الأستاذ الدكتور محمد شريف حسين الذي
كان لنا دائم النصع والارشاد .

معقاسي رشيد

كلمة شكر

الحمد لله الذي أثار لنا درب العلم والمعرفة
وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى إنجاز هذا
العمل.

نتوجه بمجزيل الشكر والإمتنان إلى
كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز
هذا العمل، وفي تذليل ما واجهنا من صعوبات،
ونخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور سمير شيهاني
الذي لم يخل علينا طيلة مسارنا الدراسي
بتوجيهاته، ونصائحه القيمة وبما أتاه الله من علم

ولا يفوتنا إلا أن نشكر كل أئمة كلية الحقوق
والعلوم السياسية.

مقدمة:

القانون ظاهرة اجتماعية؛ فالمجتمع هو أساس وجود القانون، ذلك أن الحقوق لا توجد إلا في جماعة، والقانون لا يظهر إلا في المجتمع، فيأتي لينظم العلاقات بين أفرادها، عن طريق وضع قواعد قانونية.

والقاعدة القانونية، هي تلك القاعدة المنظمة لسلوك الفرد داخل المجتمع، والتي تكون عامّة ومجرّدة وملزمة، ويترتب على مخالفتها توقيع جزاء، مدنيًا كان أم إداريًا أم جزائيًا. كما أنها تحدّد لكلّ فرد في المجتمع ما له من حقوق وما عليه من واجبات، وتحدّد المراكز القانونية التي يمكن أن يشغلها الأفراد في المجتمع وشروط شغلهم لهذه المراكز التي تحظى بحماية القانون، فيعرف كلّ فرد حدوده فلا يتجاوزها.

والفرد صاحب المركز القانوني يُسمح له باستعمال هذا المركز والاستفادة منه بما يقرره من حقوق وما يفرضه من التزامات، وعندما يقوم الفرد بالتصرّف في هذه الحقوق التي يخولها له ذلك المركز القانوني ويتعامل مع غيره من أفراد المجتمع، فإنّه يجعلهم يطمئنون في تعاملهم معه؛ لأنّهم يتعاملون مع صاحب مركز قانوني يخوله التّعامل مع غيره، ويترتب على هذا التّعامل كافة الآثار القانونية التي تصرّف على أساسها

بيد أنه قد تنشأ وتتكوّن مراكز لا تستند في وجودها إلى القانون، يشغلها بعض الأفراد فتبدو للغير أنّها مراكز قانونية، لكنّها في الواقع مراكز فعلية، يظهر الشخص فيها أمام النّاس على أنه صاحب المركز القانوني، ويتعامل مع النّاس على هذا الأساس، ويتعاملون معه على نفس الأساس، ومن ثم فهو يمارس ويباشر السّطات التي يخولها له هذا المركز.

وهنا قد تنثور العديد من المشاكل والصّراعات في بعض الحالات من الوضعيات النّاشئة عن هذا التّصرف، مما يؤدي إلى فقدان النّقة في التّعاملات بين الأفراد، وهذا ما يزعزع الوضع الاجتماعي والاقتصادي، ويهدّد استقرار المجتمع في باب التّعاملات؛ لهذا جاءت نظرية الوضع الظّاهر لمعالجة الآثار المترتبة عن تصرّف صاحب المركز الفعلي، والتي قد تؤدي إلى زعزعة النّقة في التّعاملات القانونية.

ونظرية الوضع الظّاهر نظرية قديمة، عرفها الرومان في قضية ملخصها أنّ قاضي روما كان من العبيد، في حين أنه لم يكن يُسمح لهم باعتلاء منصّة القضاء حسب القانون

الروماني، فأثيرت مسألة ما صدر عنه من أحكام ومدى صحّتها بعدما كُثِف أمره. وعملاً بمبدأ استقرار المعاملات، قضي بالاعتراف بصحة التصرفات التي قام بها، على الرغم من أنّ هذه التصرفات يجب أن تكون باطلة؛ لأنّ الحرّية كانت شرطاً من شروط تولي منصب القضاء، وبالتالي لم يتمّ إبطال أحكامه السابقة⁽¹⁾.

أمّا في فرنسا فقد أخذ بهذه النظريّة في القرار التفسيري الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي عام 1807 الذي اعترف بصحة الأوراق الرّسمية التي صدرت من غير ذي صفة⁽²⁾، على اعتبار أن حسن النّية والغلط الشّائع كافيان لتغطية المخالفات التي تقع فيها التصرفات⁽³⁾.

كما عرف الفقه الإسلاميّ مسألة الوضع الظاهر، منذ زمن بعيد، ونصّت عليه جميع المذاهب الإسلاميّة⁽⁴⁾ خاصّة في حكم المال المغتصب والوريث الظاهر والمفقود، فعرفته البلدان العربيّة بذلك وأخذت بالنظريّة، ولعل أول تقنين تبناها كان في عهد العثمانيين؛ حيث نصت المادّة 42 من مجلة الأحكام العدليّة قد نصت: «العبرة للغالب الشائع لا للنادر» أي أنّ الأحكام تجري على الظاهر الذي انتشر وشاع بين الناس لا الحقيقة التي لا يعلمها أحد، والمادّة 68 منها والتي نصت على: «دليل الشّيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه» أي إنّه عندما يتعسر أن نصل إلى الحقيقة نأخذ بظاهر الأشياء⁽⁵⁾.

(1) نقلا عن د سعودي سرحان، فكرة ممثل الشركة الظاهر بين المنطق المجرد و ضرورات الحياة العملية ص2، نقلا عن هنري مازوو في مبدأ الغلط الشائع يولد الحق، مقال له في المجلة الفصلية، 1924، ص58 و ما بعدها.

(2) Avis du conseil d'état sur la validité d'extraits d'actes délivrés par des employés auxquels la loi ne conférerait pas de caractère public. voir :Joseph Adrien Rogron, le code civil expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence, société typographique Belge, Bruxelles, 1838, p211.

(3) محمود زاوي، نظرية الوضع الظاهر في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1998، نقلا عن

Mazeud Henri, la maxime "error .communis facit jus", RTPC,1924, p.935

(4) سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، لبنان، ص من 88 إلى 98.

(5) راجع في ذلك: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م، الجزء الأول، ص50.

وقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع؛ لأنه أثار فضولنا كي نغوص في أعماق هذه النظرية ونتعرف على أسسها وأركانها؛ نظرا لقلّة الدراسات التي أولته الأهمية، والإشكاليّات العديدة المطروحة في الواقع المعيش بين المراكز القانونيّة والوضع الظاهر، مما أدّى إلى تعطلّ الكثير من مصالح النَّاس، وإلحاق الضّرر بها، وكذا الحاجة الماسّة لمعرفة أحكام وأسس الوضع الظاهر وشروط تطبيقها على التّصرّفات المختلفة، وكذا نشر الوعي بأهميّة دراستها والتّعرف عليها من طرف طلبة القانون.

وتكمن أهميّة الموضوع في كون نظريّة الوضع الظاهر مصدرا لكسب الحقّ إذا توفّرت شروطها، ومساهمتها في استقرار المعاملات، إذ أنّها تستجيب لضرورات الحياة مما يستوجب دراستها وتبيينها حتى يزول اللبس، كما أنّ فهم أحكام الوضع الظاهر ومعرفة أساسها والفروع التي تطبق عليها، يساهم في تحقيق الأمان للأفراد في تعاملاتهم حماية لاستقرار المجتمع.

وفي حدود علمنا، ومن خلال مطالعتنا، لم نجد إلا دراسة واحدة في الموضوع على المستوى الوطني، تمثلت في أطروحة دكتوراه لصاحبها محمود الزواوي على، أما على مستوى الوطن العربيّ فهناك بعض الدراسات ولكنّها قليلة؛ لذا قد واجهتنا صعوبات في إنجاز هذا البحث، بخصوص الوصول حتى إلى هذه المراجع والدراسات القليلة التي تناولت الموضوع، وكذا التّحفظات التي واجهتنا من الجهات التي طلبنا منها بعض المعلومات حول الموضوع.

إنّ نظريّات القانون لا تستحقّ وصفها العلميّ ما لم تستمد تطبيقاتها من الحاجيّات العمليّة لأفراد المجتمع والتّطبيقات القضائيّة ويظلّ الواقع هو المحكّ الحقيقيّ الدائم لمصادقيّة أي نظريّة قانونيّة.

وعليه، نطرح الإشكاليّة الآتية:

ماذا يقصد بفكرة نظريّة الوضع الظاهر؟

ماهي عناصرها والأسس التي قامت عليها وشروط تطبيقها؟

وهل للفكرة تطبيقات قانونيّة؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة يستلزم التعرف على مختلف جوانب هذه النظرية وفهمها وبلوغ هذا الغرض اعتمدنا الخطة التالية.

قسمنا الموضوع إلى فصلين اثنين: حيث خصصنا الفصل الأول منه لمفهوم نظرية الوضع الظاهر، وفيه تطرقنا إلى تعريف الوضع الظاهر وتحديد أركانه وعالجنا أيضا فيه الأساس القانوني للنظرية واستعرضنا مختلف الآراء التي قيلت في هذا الشأن، في حين تناولنا في الفصل الثاني نطاق تطبيق نظرية الوضع الظاهر، في العقود وأخذنا الوكالة الظاهرة نموذجا، وفي الأموال، وتناولنا المالك الظاهر.

وقد اعتمدنا في إنجاز بحثنا هذا على المنهج الوصفي التحليلي الملائم للموضوع؛ ومن خلال جمع آراء بعض فقهاء القانون، وأحكام القضاء حول مفهوم نظرية الوضع الظاهر، ثم إسقاطها على تطبيقات النظرية في مجال الوكالة الظاهرة والملكية الظاهرة.

الفصل الأول

مفهوم نظرية الوضع الظاهر

نظرية الوضع الظاهر من النظريات الحديثة، في العلوم القانونية، و إن عرف تطبيقها القدماء سواء الرومان أو المسلمون ، فهي تسعى لإرساء قواعد العدالة والامان داخل المجتمع كما ترمي الى تحقيق استقرار المعاملات والثقة فيما بين افراد الجماعة ، وهذا ما يهدف اليه المشرعون في كل الدول. وسنسلط الضوء في المبحث الاول على نظرية الوضع الظاهر، ونتطرق فيه الى التعريف بالظاهر من مختلف الجوانب اللغوي والاصطلاحي والفقهي كما نتطرق الى الأركان التي يجب توفرها لإضفاء الحماية القانونية على صاحب الظاهر في ، كما أنّ لكل نظرية أسس قانونية يستند الفقه عليها وهو في طريقه نحو تأصيلها وتبرير الآثار القانونية المترتبة عليها (المبحث الثاني)



المبحث الأول

تحديد المقصود بالوضع الظاهر

قمنا بتخصيص هذا المبحث للتعريف بالوضع الظاهر من الناحية اللغوية والاصطلاحية و كذا تبيان معنى الظاهر في الشريعة الاسلامية، كما ندرج فيه اراء بعض فقهاء القانون (المطلب الأول)، لننتقل بعد ذلك الى دراسة الأركان المادية و المعنوية التي تقوم عليها نظرية الوضع الظاهر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الوضع الظاهر

يعتبر تعريف الوضع الظاهر أهم خطوة لدراسة هذه النظرية، فحساسة وغموض هذه النظرية يستدعي التشخيص الدقيق لها للإلمام بكل جوانبها، ويمكن في هذا الصدد التطرق إلى تعريف الوضع الظاهر من الجانب اللغوي والاصطلاحى (الفرع الأول)، بالإضافة إلى الإشارة إليه في الكتاب والسنة وتعريف الفقهاء له، وكذلك في القانون الوضعي (الفرع الثاني) وهو ما سنبيّنه فيما يلي:

الفرع الأول

تعريف الوضع الظاهر لغة واصطلاحاً

تتكوّن هذه العبارة من كلمتين هما: الوضع والظاهر؛ لذا لا بد من تعريف كل واحدة منهما على حدة، لنقوم بالجمع بينهما فيما بعد.

أولاً: تعريف الوضع لغة:

جاء في لسان العرب لابن منظور، أنّ الوضع ضدّ الرّفْع، فنقول: وضع الشيء يضعه وضعاً وموضوعاً، وجمعه مواضع وأوضاع، وهو اسم المكان الموضوع. والموضوع مصدر وضعت الشيء بين يديّ وضعاً وموضوعاً. والمعنى في ذلك أنّه اتخذ حيزاً من الأرض محدّداً ومعلومًا. كما جاء أيضاً أن وضع الشيء وضعاً بمعنى اختلقه، وتواضع

القوم على شيء اتفقوا عليه، وأوضعت في الأمر إذا وافقته فيه على شيء⁽⁶⁾، وللکلمة معاني أخرى كثيرة ليس المقام مقام سردها كلها.

ثانياً: تعريف الظاهر لغة

نقول: ظهر الشيء ظهراً أي برز وبان بعد خفاء⁽⁷⁾، والظاهر اسم من أسماء الله الحسنى، قال الله تعالى: ﴿هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ وَالظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾⁽⁸⁾، ويؤخذ بمعنى الانتصار والغلبة، كما جاء في قوله تعالى في سورة الكهف: ﴿إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذًا أَبَدًا﴾⁽⁹⁾.

ويقصد به صفة ما يبدو واضحاً للعيان، ووفقاً لهذا المعنى اللغوي فإن الظاهر هو ما تقع عليه العين، أي ما يدرك بالمشسوس⁽¹⁰⁾.

وجاء في لسان العرب أن الظاهر هو خلاف الباطن⁽¹¹⁾. قال تعالى: ﴿وَذَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ...﴾⁽¹²⁾، أي لا تقربوا ما حرم الله جهراً وسراً. وقيل الظاهر هو ما يبدو في الشيء مقابل ما هو عليه في ذاته، وهذا أقرب مفهوم لفكرة الظاهر باعتباره الوهم الذي يشبه الحقيقة⁽¹³⁾.

ثالثاً: تعريف الوضع الظاهر اصطلاحاً

- (6) محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، لبنان، المجلد الثاني عشر، ص 396.
- (7) إسماعيل بن حمد الجوهري، الصحاح في اللغة والعلوم، تقديم الشيخ عبد الله العلي، دار الحضارة العربية، لبنان، المجلد الثاني، ص 70.
- (8) الآية 03 من سورة الحديد.
- (9) الآية 20 من سورة الكهف.
- (10) إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، مجمع اللغة العربية، الجزء الثالث، ص 578.
- (11) محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، لبنان، المجلد الرابع، ص 523.
- (12) سورة الأنعام، الآية 120.
- (13) سلامة عبد الفتاح حلبية، مرجع سابق، 2005، ص 24.

يعدّ اصطلاح الوضع الظاهر من المصطلحات الغامضة التي تتضمن معاني متعددة ومتناقضة⁽¹⁴⁾، إذ له معنيان: أحدهما مادي، وهو ما يجسد حقيقة موضوعية، وآخر معنوي وهو الذي لا تكون حقيقته كما تبدو للعيان⁽¹⁵⁾، إذ إنّه وهم، فينشئ مركزاً فعلياً ظاهراً يعطي حقاً، وقد أخذ القضاء الفرنسي والمصريّ بهذا المعنى الثاني، وذلك بإعطاء نظريّة الوضع الظاهر تطبيقاً واسعاً⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني

تعريف الظاهر في الفقه الإسلامي والقانون

سنتناول في هذا الفرع الظاهر من خلال اشارات القرآن الكريم و ما جاء في السنة النبوية الشريفة أولاً ، ثم سنتعرض الى تعريف الظاهر عند بعض الفقهاء المسلمين ثانياً ، ونتعرّض بعد ذلك لتعريف الظاهر عند فقهاء القانون الوضعي.

أولاً: الوضع الظاهر في الكتاب والسنة

جاء في القرآن الكريم ذكر كلمة ظهر وما يشتق منها أو في معناها الظاهر تسعا وخمسين مرة، تختلف بعض مفاهيمه عن المقصود في موضوع بحثنا، لكن بعضها يقترب من ذلك، فقد قال الله تعالى في الآية 94 من سورة النساء: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ ءَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْغُونَ عَرَضَ الْحَيٰوةِ الدُّنْيَا فَعِنْدَ اللَّهِ مَغَانِمٌ كَثِيرَةٌ كَذٰلِكَ كُنْتُمْ مِّن قَبْلُ فَمَنْ ءَلَّهِ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٤﴾ ، والمقصود به الحكم على الوقائع بالظاهر، أمّا

(14) إيمان زكري ، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2107م، ص36.

(15) نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية المنظمة العربية للثقافة والعلوم، التابعة للجامعة العربية، 1977، ص04.

(16) إسماعيل سرکوت، الظاهر ودوره في الإثبات دراسة مقارنة في القانون الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2009، ص22.

الباطن والسرائر فتركها الله، حيث جاء في تفسير المراغي « و بهذا ارشد المؤمن إلى أن يتهم نفسه و يفتش عن قلبه و لا يبني الظن على ميله و هواه بل عليه أن يتقبل الظاهر حتى يستبين له خلافه» كما قال في تفسير كلمة تبيينوا « أي كونوا على بينة من الامر الذي تقدمون عليه ، و لا تأخذوا بالظن بل تدبروا ليظهر لكم إن الايمان العاصم من حقن الدماء يكفي فيه ظاهر الحال»⁽¹⁷⁾

كما لا تخلو السنة النبوية الشريفة أيضا من الظاهر في مجال التقاضي، حيث إن القضاء يجري الأمر فيه على الظاهر؛ لأن بواطن الأمور فيها تخفى، ولهذا كلفنا الله تعالى بالأخذ بالظاهر، حيث روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر»⁽¹⁸⁾.

وقال أيضا: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الْخَصْمُ، فَلَعلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغَ مِنْ بَعْضٍ، فَأَحْسِبُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَأَقْضِي لَهُ بِذَلِكَ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ، فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنَ النَّارِ فَلْيَأْخُذْهَا أَوْ لِيَنْزِكْهَا»⁽¹⁹⁾.

وهذا الحديث هو أساس قاعدة: «الأحكام تجري على الظاهر»⁽²⁰⁾. فالوضع الظاهر الذي ظهر به الشخص أمام الناس واعتقدوا بصحته ومطابقتها للحقيقة وتعاملوا معه على

(17) احمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، الجزء 5، ط1، مصر، 1946ص127 .

(18) محمد بن إدريس الشافعي، مسند الإمام الشافعي، ترتيب: محمد عابد السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1370هـ - 1951م، الجزء الأول، ص13.

(19) محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ترقيم وترتيب: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، 1422هـ، الجزء التاسع، باب مَنْ قُضِيَ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّ قَضَاءَ الْحَاكِمِ لَا يُجِلُّ حَرَامًا وَلَا يُحَرِّمُ حَلَالًا، وَبَابُ: الْقَضَاءُ فِي قَلِيلِ الْمَالِ وَكَثِيرِهِ سَوَاءً، حديث رقم 7181 و 7184، ص72-73؛ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1412هـ - 1991م، الجزء الثالث، باب الحكم بالظاهر، حديث رقم 1713، ص1337. واللفظ للبخاري.

(20) محيي الدين يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1347هـ - 1929م، الجزء الأول، ص212؛ وهبة الزحيلي، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1409هـ - 1989، الجزء الأول، ص163.

أساسه، واتخذوا الإجراءات لمواجهة استنادا إليه، وهو الذي تبنى وتؤسس عليه الأحكام القضائية في المسائل التي يثور الخلاف بين الخصوم بشأنها أمام القضاء، والقاضي مكلف بالحكم بالظاهر الذي يثبت أمامه.

ثانيا: الظاهر في الفقه الإسلامي

من الفقهاء المسلمين الذين عرفوا الوضع الظاهر، نجد ابن قدامة الذي قال بأنه ما يسبق إلى الفهم عند الاطلاق معنى، مع تجويز غيره و ان شئت قلت ما احتمل معنيين، هو في أحدهما أظهر، فحكمه أن يصار إلى معناه الظاهر، ولا يجوز تركه إلا بالتأويل⁽²¹⁾. ويقصد بهذا التعريف هو اللفظ الذي اطلق و صدر من متكلم فإن السامع يسبق الى فهمه منه معنى معين و قوله تجويز غيره معناه ان اللفظ له معنيان احدهما سبق الى فهم السامع و يرجح عنده و الاخر لم يسبق فهمه و لم يترجح عند السامع⁽²²⁾.

ثالثا: الظاهر في القانون

عبر فقهاء القانون عن الوضع الظاهر بتعريفات عدة، تشترك كلها في عناصر أساسية نستنتجها من خلال عرض مجموعة من التعاريف الموضوعية له.

فمفهوم الظاهر يشير إلى مركز قانوني تخيلي أو وهمي يتضح من خلال التخيل العميق أنه ليس كذلك، فهو عبارة عن مباشرة شخص مكّنات ومزايا وسلطات مركز ليس له، أي ليس ذي صفة في حيازة هذا المركز، تخوله التمتع بمزاياه وتحمل أعبائه والتزاماته. ويرجع ذلك إلى اغتصاب صفة أو منحها على خلاف الحقيقة، فيظهر الشخص مالكا لصفة ليست في الحقيقة له ولا يتمتع بها قانونا⁽²³⁾.

(21) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، روضة الناظر وجنة المناظر، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413هـ - 1993م، الجزء الثاني، ص563.

(22) عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، اتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في اصول الفقه، على مذهب الامام أحمد بن حنبل، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1996م، ص79-80-81-82.

(23) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص06.

وقد عرّف أيضا بأنه المحسوس المخالف للحقيقة، والذي يوهم الغير بأنه مركز قانوني حقيقي. كما عرّف أيضا بأنه المركز الواقعي الذي يتّخذ صورة المركز الحقيقي رغم أنّه ليس كذلك، ويستتبع غلطاً شائعاً⁽²⁴⁾.

وعرّف كذلك بأنه الظاهر الخادع المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة والمتولّدة عن ممارسة شخص لسلطات أو اختصاصات مركز على خلاف مقتضى القواعد العامة أو بمخالفة النّظم المتّبعة والمرعية في هذا الشأن⁽²⁵⁾، والظاهر بهذا المعنى يستمدّ العناصر المكوّنة له من المعنيين الماديّ والمعنويّ؛ حيث إنّ الظاهر الماديّ ما تدركه الحواس وما يقع تحت النّظر، أما الظاهر المعنويّ ما يظهر للعين أنّه حقيقة ولكن في حقيقته وهم، فالظاهر وضع مخالف للحقيقة القانونية، قد نشأ نتيجة أفعال وتصرفات محسوسة مقترنة بعوامل محيطة من شأنها أن توقع الغير في التّعامل مع هذا الوضع، كما لو أنّه وضع حقيقيّ يقرّه ويحميه القانون⁽²⁶⁾.

ومن خلال التّعريف السابقة يتضح أنّ للوضع الظاهر ثلاثة عناصر هي:

- أ- صاحب الوضع الظاهر: وهو الشّخص صاحب المركز الفعليّ الظاهر المخالف للحقيقة.
- ب- الغير حسن النّيّة: وهو الشّخص الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر معتقدا أنّه صاحب الحق.
- ج- صاحب الحقّ: والحقّ نوعان عينيّ وشخصيّ، ويعرّف الأول بأنه سلطة يقرّها القانون لشخص على شيء محدّد بذاته تكون له بمقتضاها أن يستفيد منها مباشرة في

(24) انظر في ذلك: سعودي سرحان، فكرة ممثل الشركة الظاهر بين المنطق القانوني المجرد وضرورات الحياة العملية، دار ياسر للطباعة . مصر، 2000، ص09.

(25) عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة والمظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليها من أثر، رسالة دكتوراه في القانون الإداري، جامعة القاهرة، مصر، 1955، ص05.

(26) نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، مصدر جديد من مصادر الالتزام غير الإرادية، دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، ص35.

حدود معينة يرسمها القانون⁽²⁷⁾، أما الثاني فهو علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلتزم شخص بأن يؤدي عملاً معيناً أو يمتنع لصالح الطرف الآخر عن أداء عمل معين. وفي كلتا الحالتين، فإنه يحقق مصلحة مقصودة لصاحب الحق، وبالتالي فإن صاحب الحق يتحدد في ضوء المصلحة المقصودة، فالسلطة المقررة لشخص في استعمال حق معين، لا تجعل منه صاحب هذا الحق، طالما أن المصلحة المقصودة تخص شخصاً آخر، فيكون هذا الأخير هو صاحب الحق، والأمثلة عن ذلك كثيرة⁽²⁸⁾

المطلب الثاني

أركان نظرية الوضع الظاهر

لقد حدّد الفقه والقضاء للوضع الظاهر ركنين اثنين، لا بد من توافرها لإضفاء الحماية التي قررتها نظرية الأوضاع الظاهرة على الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر المخالف للحقيقة، أحدهما مادي، وسنتناول تعريفه وعناصره (الفرع الأول)، والثاني معنوي، والذي يشمل حسن النية والغلط الشائع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الركن المادي للوضع الظاهر

سنوضح من خلال هذا الفرع الركن المادي بالتطرق إلى عناصره، والتمثلة في المظهر الناتج عن الرضا (أولاً)، والمظهر الناتج عن الواقعة القانونية (ثانياً)، والمظهر الناتج عن الشهر العقاري (ثالثاً).

(27) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة، القاهرة، 1981، ص 04.

(28) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 36.

أولاً: تعريف الركن المادّي للظاهر

يتمثل الركن المادّي للوضع الظاهر في استقرار المركز الفعليّ لصاحب الوضع الظاهر بالقدر الذي يوهم الغير والكافة، بأنه مركز قانوني صحيح يتفق مع الحقيقة، وذلك بإعلام صاحب الوضع الظاهر بعوامل ومظاهر مادية مُحيطَة به. ولما كان الظاهر هو الوضع الفعليّ غير الموجود قانوناً، حيث إنّ الظروف المحيطة به هي التي ولدت الاعتقاد باتّفاقه مع الوضع القانوني؛ فإنّ الظاهر في هذه الحالة يستفيد من التّرجيح على الحقيقة، وهذا من أجل حماية الغير الذي اعتقد بتعامله مع وضع حقيقيّ. ولما كان المركز القانوني للمالك الحقيقيّ قد يُستدلّ عليه بعقد شراء صحيح أو ما يثبت ملكيته، أو قد يستدلّ عليه بممارسته لمُكنات الملكية من استعمال أو استغلال أو تصرّف؛ فكذلك المركز الفعليّ للمالك الظاهر، قد يُستدلّ عليه من عقد بيع باطل أو مفسوخ، وقد يستدلّ عليه أيضاً من ممارسة مكنات الملكية⁽²⁹⁾.

ثانياً: عناصر الركن المادّي للظاهر

يتجلى الركن المادّي في مجموعة من المظاهر المادّية التي تدلّ عليه والتمثلة في:

1- المظهر الناتج عن الرضا:

التصرف القانوني فعل ارادي، يستلزم توفر الإرادة التي يعبر عنها بالرضا، إضافة إلى الأركان الأخرى التي يقررها القانون لصحة التصرف، ويشترط القانون وجوب توفر رضا سليم وخال من العيوب، وأن يكون المتصرف كامل الاهلية، فإذا لحقت به إحدى عيوب الرضا، أصبح مختلاً ومعيباً، وقد يتعرض للبطلان، فإذا ما بطل كان بأثر رجعي، فيثور الأشكال في حالة تصرف الطرف الآخر في المال إلى الغير حسن النية.

و يمكن القول أننا نجد في هذه المجال ثلاثة مظاهر :

(29) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص. ص 60، 61.

مظهر ناتج عن عيوب الرضا (الاستغلال - الغلط - التدليس - الاكراه)

مظهر ناشئ عن انعدام الرضا (التزوير)

مظهر ناشئ عن نقص الاهلية (عندما يتعمد ناقص الأهلية إخفاء نقص أهليته).

2- المظهر الناتج عن واقعة قانونية:

قد يتمثل هذا المظهر في حكم قضائي اتضح فيما بعد أنه فاسد لخطأ، أو لاستناده إلى وقائع غير صحيحة أو إلى سند ثبت تزويره فيما بعد. ومثال ذلك: قضية لابوسنير la Boussinière الشهيرة التي أثبتت أمام القضاء الفرنسي⁽³⁰⁾، حيث كان القضاء قد حكم لموصي بأموال التركة لموصي له، ثبت فيما بعد أن وصيته مزورة، وقد اعتبره القضاء وارثاً ظاهراً بالرغم من إلغاء وصيته؛ وذلك لأن الغير قد تعامل معه على أساس حكم قضائي اعترف بصفته كموصي له⁽³¹⁾.

3- المظهر الناتج عن الشهر العقاري:

الشهر العقاري هو إشهار يتعلق بالإعلان عن نشوء أو انتقال حقوق عينية عقارية، كحق الملكية والحقوق العينية التبعية، ورغم الإجراءات الصارمة والقواعد المضبوطة والحيطة الكبيرة التي تحيط بكل عملية شهر لحقوق الملكية والحقوق العينية التبعية التي تضيق من نطاق تطبيق نظرية الظاهر، إلا أنه في حالة عدم صحة المعلومات المشهورة سيقع الغير حسن النية لا محالة في الغلط، لا سيما أن الشهر العيني يجعل من اكتساب حقاً بناءً عليه مالكا ولو كان قد تلقى الحق من غير مالكة؛ نظراً للحجية المطلقة التي يتمتع بها الشهر العيني⁽³²⁾.

(30) Civ, 26 janvier 1897, DP 1900.1.33. note Sarrut. S. 97.1.313. voir :Henri Capitant et al, les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 1,Dalloz, 13^e édition, 2015, p585.

(31) راجع: فتحة قره، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، مصر، 1988، ص35.

(32) محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1963، ص490.

الفرع الثاني

الركن المعنوي للوضع الظاهر

يتمثل الركن المعنوي للوضع الظاهر، في ضرورة توافر حسن النية في الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر.

ولا يكفي في هذا الشأن توافر حسن النية لدى الغير، وإنما يتعيّن فوق ذلك أن يشيع الغلط لدى الكافة في شأن المركز الظاهر، باعتقاد الكافة بأنه يطابق المركز الحقيقي، ومن ثمّ فلا يُعتبر حسن النية متوفراً إلاّ إذا لم يكن في وسع ذلك الغير والكافة التوصل إلى معرفة المركز الحقيقي المخالف للوضع الظاهر، ولو بذل ذلك الغير عناية الرجل العاديّ ولم يُقصر في استطلاع حقيقة الأمر المخالف للظاهر.

فينبغي حسن النية إذا ما كان الغلط في معرفة المركز الحقيقي المخالف للمركز الظاهر، ناتجا عن السذاجة أو الإهمال؛ وذلك نظراً لوضوح الحقيقة أو إمكانية التوصل إليها لو كان ذلك الغير قد بذل عناية الرجل العاديّ لاستطلاعها؛ لهذا يُشترط انتفاء تقصير الغير في استطلاع الحقيقة، وإلاّ زال عنه افتراض حسن النية، وفقد الحماية التي تقرّها نظرية الأوضاع الظاهرة.

أولاً: حسن النية

1- تعريف حسن النية:

مبدأ حسن النية نصّت عليه الكثير من القوانين الوضعية؛ فقد نصّت عليه المادة 107 من القانون المدني: «يجب أن ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية». وقد ذهب المشرع في هذه المادة إلى اعتبار مبدأ حسن النية في العقود روح العقد الذي يجب أن تسود كل مرحلة من مراحل تشكّله؛ لأنها تحقّق غاية القانون، وفي هذا يقول محفوظ لعشب: «يجب أن لا يقتصر مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود بل يجب الأخذ به قبل

ذلك»⁽³³⁾. كما أنّ الفقه والقضاء الفرنسيين قد ذهبا إلى أنّ مبدأ حسن النية لا يقتصر على مرحلة من مراحل العقد بل يشملها جميعاً⁽³⁴⁾، كما أن المشرع الفرنسي في تعديل 10 فبراير 2016 نص على ذلك صراحة في المادة 1104 من القانون المدني⁽³⁵⁾، وجعل هذا الأمر من النظام العام، لكن ما المقصود بحسن النية؟

لم تعرّف القوانين الوضعيّة حسن النية بشكل واضح ودقيق، وإنما اكتفت باستخدام تعابير تقريبية، فقد نصت عليه المادة 824 من القانون المدني الذي جاء فيها: "يفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حقّ الغير إلاّ إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم"

إنّ مفهوم حسن النية لصيق بالإنصاف، وهو روح العمل القانوني، وهو الإرادة الأخلاقية التي تهدف إلى ربط المبادئ القانونية بالأفكار الجوهرية للعدالة، فهو التّعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي الحق ضمن الغاية المنشودة للقانون، والحرص على الالتزام بحدود القانون في الأعمال القانونية وخصوصاً في العقد⁽³⁶⁾.

ومن التعاريف الأكثر شيوعاً لحسن النية: الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة، بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقيق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة. ويعرّف أيضاً بأنه اعتقاد الموفى له استحقاقه لما يستعمله. والأصل هو افتراض حسن النية، فإن ادعى عكس ذلك وجب على من ادعى إثبات ادعائه⁽³⁷⁾.

(33) محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص84.

(34) راجع: عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات ابن الجوزية، بيروت، 2006، ص83.

(35) «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public».

(36) أنظر د عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع نفسه، 2006، ص83 وما بعدها.

(37) أنور ياسين محمد الجبوري، شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2006، الجزء الثاني، ص36.

ومما سبق عرضه، يتّضح أنّ حسن النّيّة هو الأصل في الإنسان، وبالتالي فكرة مبدأ حسن النّيّة يختلف باختلاف المعيار الذي يقوم عليه، فقد يقوم على معيار شخصي أو موضوعي أو قانوني.

أ - حسن النّيّة تبعاً للمعيار الشخصي:

حسن النّيّة هو عنصر نفسي داخلي يتعلّق بشخص معيّن وواقعة معيّنة، والأصل فيه الوجود، أي يُفترض أنّ كلّ شخص حسن النّيّة إلى أن يثبت العكس⁽³⁸⁾؛ لأنّ إثبات حسن النّيّة أمر عسير. وعلى العكس من ذلك، فإنّ سوء النّيّة يمكن إثباته؛ لأنّه يتكوّن من عنصرين: أحدهما واقعي والآخر نفسي.

1- **العنصر الواقعي:** وهو العلم بانعدام صفة صاحب الظاهر، ويظهر ذلك في صور عديدة، كأن يثبت أنّه يعلم بوفاة الموكل أو أنه باتصال بالمفقود... الخ.

2- **العنصر النفسي:** وهو العزم على عدم الالتزام بحدود القانون، والذي يظهر في الإقدام على التعامل مع صاحب الوضع الظاهر رغم العلم بانعدام صفته⁽³⁹⁾، نجد النزاع أمام المحاكم بالنسبة لعنصر حسن النّيّة محصوراً في إثبات سوء النّيّة⁽⁴⁰⁾، وقد أكّدت محكمة النقض المصريّة هذا الرأى في حكمها الصّادر في: 13/05/1945⁽⁴¹⁾ وكذلك نقض مدني رقم: 433 لسنة 57 ق جلسة 15/01/1992⁽⁴²⁾.

ومن ثمّ، فإنّه وفق هذا المعيار يتمثل حسن النّيّة في جهل الشّخص من الغير أو عدم العلم بالعيب الذي يجعل التصرّف غير قانوني.

(38) نص المادة 824 فقرة 3: «ويفترض حسن النية دائماً حتى يقوم الدليل على عكس ذلك».

(39) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 77.

(40) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 156.

(41) الطعن مدني رقم 156 لسنة 21 ق، جلسة 13/05/1954، المكتب الفني السنة 5، ص 856.

(42) الطعن رقم 433 لسنة 57، جلسة 15/01/1992، المكتب الفني، السنة 43، عدد 1، القاعدة رقم 36، ص 160.

ومما ورد في هذا القرار: «... وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه بأن كان يعلم بأن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه، أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيئ النية في معنى المادة المذكورة؛ لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع ذات العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده».

ب - حسن النية وفق المعيار الموضوعي:

وفقا لهذا المعيار يكون حسن النية هو الاتفاق مع الأخلاق والقيم الحسنة عند القيام بالأفعال والتصرفات، دون الاعتداد بجهل أو علم الشخص بواقعة معينة، وهذا ما عبّر عليه المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني في الفقرة الأولى.

ج - حسن النية تبعا للمعيار القانوني:

ذهب البعض إلى أنّ المعيار القانوني لحسن النية يكون بقصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون وليس الالتزام ذاته، فقد يقصد شخص الالتزام بالقانون ومع ذلك تقع منه مخالفة، إما لجهله بالقانون أو عدم إمامه بالموضوع⁽⁴³⁾.

والسلطة التقديرية للقاضي تلعب دوراً كبيراً في تقدير حسن النية، حيث يبحث عن الظروف التي واجهت الغير، وتوافر الشروط التي تبرر الاعتقاد المشروع، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية: بأنّ حسن النية الذي يقتضيه التملك بالتقادم الخمسي هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف، إنّ المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإن كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك انتفى حسن النية؛ فحسن النية مسألة واقعية يشتغل بتقديرها قاضي الموضوع⁽⁴⁴⁾.

وحسن النية يرتبط بمدى قيام الغير بالتحري عن قانونية مركز المتصرف، فعلى الغير أن يتحرى الدقة والحذر عند الاستعلام عن صفة المتصرف، وإلا اعتبر غلطة غير مغتفرة. ويمكن الاستخلاص مما سبق، أنّ حسن النية قانونا هو قصد الالتزام بالقانون دون إهمال أو تقصير.

(43) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص137.

(44) الطعن رقم 4233 لسنة 65، جلسة 1997/12/13، المكتب الفني، السنة 48، عدد 2، القاعدة رقم 273، ص1461.

وهناك قرار لمحكمة التمييز اللبنانية بنى نظرية الظاهر على الخطأ المشروع من قبل الغير، جاء فيه: «الوكالة الظاهرة تفترض أن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهري قد وقع بخطأ مشروع معتقدا أن هذا الشخص يحمل وكالة». محكمة التمييز المدنية، بيروت، رقم 73، بتاريخ 2013/07/11، مجموعة باز، رقم 52، 2013، ص499-504.

2- الغير في الوضع الظاهر:

تناول الفقه تعريف الغير بمفاهيم مختلفة لتعدد أوضاعه، حيث نجده في العقد الصوريّ، الشهر، الوكالة... الخ؛ فيقصد بالغير في العقد كل شخص غير المتعاقدين وخلفهما العامّ والخاصّ إذا انصرف أثر العقد إليهما، فيعتبر الغير كل شخص أجنبيّ عن العقد ولا ينصرف إليه أثر العقد⁽⁴⁵⁾.

والغير في كلّ وضع من هذه الأوضاع يتحدّد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع. والفكرة المشتركة في كلّ هذه الأوضاع هي أنّ أثراً قانونياً معيّناً قد يمتدّ إليه، وتقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتدّ إليه⁽⁴⁶⁾.

وبما أنه ليس هناك تعريف جامع في الفقه للغير، فإننا سنورد له بعضاً منها بما يخدم الموضوع.

عرّفه البعض بأنه: «كلّ شخص يتأثر بوضع قانونيّ معيّن لا يكون طرفاً فيه أو ممثلاً فيه أو ساهم فيه»⁽⁴⁷⁾. إلا أنّ هذا التعريف لم يوضّح المعنى الدقيق لمصطلح الغير في نظرية الوضع الظاهر؛ لذا عرّف بعض الفقه الغير في نظرية الوضع الظاهر بأنه: هو الأجنبيّ عن الظاهر، أي الشخص الذي لم يقدّم ولم يساهم في وجوده واستقراره وليس خلفاً عاماً أو ممثلاً بواسطة صاحب الظاهر في حصول هذا الوضع، وهو في الوقت ذاته قد تعامل مع صاحب الظاهر بقصد الحصول على حقّ أو ميزة⁽⁴⁸⁾.

ومن خلال هذا التعريف نستخلص أنّ الغير في نظرية الوضع الظاهر هو من تعامل مع صاحب الوضع الظاهر، ولم يساهم ولم يكن عنصراً في وجود هذا الوضع واستقراره وشيوعه بين الكافة، وهو ليس من الخلف العام لصاحب الوضع الظاهر، وإنّما انتقل إليه الحقّ من اعتقاد مشروع منه بقانونية مركز صاحب الظاهر.

(45) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص328.

(46) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص94.

(47) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص93.

(48) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص128.

فيكون هنا الغير هو المقصود بالحماية في نظرية الوضع الظاهر، ولكن بشرط أن يكون حسن النية في مواجهة صاحب الحق الذي يريد إبطال التصرف الذي قام به مع صاحب الوضع الظاهر، فسيئ النية لا يحميه المشرع.

وعند العودة إلى القاعدة العامة لتعريف الغير، فإن العلاقة التي تربط بين صاحب الوضع الظاهر وهذا الغير من حيث التصرف المبرم بينهما هي علاقة تعاقدية، فلا يمكن أن يحتج أحد الأطراف بعدم إبطال العقد بين طرفي العقد إذا شابه أحد عوارض أو موانع الاهلية أو عيوب الرضا أو غيرهما بصفة عامة استنادا لنظرية الوضع الظاهر، حيث إنه لا يعدّ من الغير في هذه العلاقة صاحب الظاهر مع الغير المتعاقد معه، فيقتصر دور الظاهر على تحصين التصرف الصادر من صاحب الوضع الظاهر ضد عيب واحد وهو انعدام الصفة وليس عيباً آخر من عيوب الرضا أو الأهلية (49).

3- معيار قياس حسن النية:

عند البحث عن معيار لسلوك ذلك الغير، رأى جانب من الفقه أنّ الوهم الذي يقع فيه الغير، أي الغلط المبني على الجهل، عبارة عن حالة سلبية نفسية داخلية يصعب إقامة الدليل عليها، أو على عكسها ممّا يستوجب اللجوء إلى معيار موضوعي لتقدير سلوك الغير (50)، وينظر إلى هذا المعيار وفق الشخص المعتاد، فإذا تبين أنّ هذا الشخص لم يتخذ الحيطة والحرص الذين يلتزم بهما عادة الشخص المعتاد (العادي) في نفس الظروف، أعتبر سيئ النية، وحُرّم من الحماية القانونية. وهذا المقياس يسهل تطبيقه، ويجعل المعاملات تستمر، وينأى عن الدخول في أغوار البحث النفسي لشخص الغير.

ويعتد بحسن النية، إذا ترجمت إلى سلوكيات كالاستعلام والتحري، قبل الإقدام على التعاقد وعدم التقصير أو الإهمال في ذلك (51).

(49) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 95.

(50) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع نفسه، ص 101.

(51) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع نفسه، ص 103.

وخلاصة القول أنّ حسن النية في نظرية الظاهر، من أهم الأركان التي تقوم عليها النظرية، فهي لا تكفي بما تُكِنُّ النفس البشرية وما تخفيه، وإنّما يعتدّ بحسن النية إذا تُرجمت إلى سلوكات كالاستعلام والتحرّي.

أ - وسائل التحري والاستعلام:

إنّ حسن النية ركن من أركان الوضع الظاهر كما أسلفنا، وهذا الركن يرتبط وجوداً وعدمًا بالتحري والاستعلام القانوني، فالغير الذي تعامل مع صاحب الظاهر يستفيد من الحماية القانونية شرط أن يكون قد قام بالتحري اللازم للتعاقد والاستعلام القانوني المطلوب وإلاّ اعتبر مقصراً. فعدم القيام بالاستعلام والتقصّي والتحري يؤثر على حسن النية، وقد يفقد الحماية القانونية المقررة لهذا الغير، وللتحري وسائل شخصية وأخرى قانونية.

ب- الوسائل الشخصية:

لعلّ هذه الوسيلة من أسهل الوسائل وأقصرها، فيستعلم أطراف العقد عن كلّ ما يهمّ العقد من مستندات ووثائق، ويتأكد كل طرف من أهلية المتعاقد معه ومن صحّة البيانات المقدّمة له.

وقد أقرّ القضاء المصريّ ذلك في أحكامه، حيث جاء في أحد قرارات محكمة النقض: «الأصل في قواعد الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره. وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوي في ذلك أن يكون الغير الذي تعاقد مع الوكيل عالمًا بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك»⁽⁵²⁾.

ج - الوسائل القانونية:

إنّ الحماية المقررة للغير حسن النية في نظرية الوضع الظاهر لا تكون إلاّ إذا بذل الشخص عناية الرجل المعتاد في التحري عن قانونية التصرف، ولذلك يجب الاستعلام من

(52) الطعن رقم 22 لسنة 38، جلسة 14/04/1973، المكتب الفني، السنة 24، عدد 2، القاعدة رقم 107، ص 608.

الجهات المختصة؛ كالمحافظة العقارية، أو مصلحة الضرائب، وما إلى ذلك من المصادر التي يمكن أن تبين له صفة المتعاقد معه.

ثانياً: الغلط الشائع

1- الغلط عامة

الغلط عامّة هو اعتقاد يخالف الحقيقة، وقد يقع على واقعة فيسمّى غلطاً في الوقائع، وقد يقع على قاعدة قانونية فيسمّى غلطاً في القانون، والغلط وهم يقوم في ذهن الشخص فيصوّر له الأمر على غير حقيقته، ويكون هو الدافع إلى التعاقد حيث هو تصوّر كاذب للواقع، يؤدّي بالشخص إلى إبرام تصرف ما كان ليبرمه لو تبين حقيقته، فهو يصيب الإرادة عند إبرام التصرف (53).

وقد عرفت نظرية الغلط تطوراً محسوساً خرج بها عن حدود النظرة التقليدية الجامدة إلى نظرية حديثة أوسع آفاقاً وأكثر مرونة، فالنظرية التقليدية التي أسسها فقهاء القانون الفرنسي القديم، تقسم الغلط إلى ثلاثة أنواع بحسب تأثيره على صحة العقد:

أ - غلط مانع : هو غلط يمنع انعقاد العقد لأنه يؤدي إلى فقدان ركن من أركانه وهو ثلاثة أصناف، الغلط الذي ينصب على سبب الالتزام، الغلط الذي ينصب على ذات الشيء محل الالتزام، و الغلط الذي ينصب على سبب الالتزام.

ب - الغلط المؤثر في الرضا : و هذا الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال و هو حالتين .

غلط ينصب على مادة الشيء أو صفة من صفاته (54)

(53) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص82.

(54) عبد المنعم فرج الصّدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1984، ص228.

ج - الغلط غير المؤثر : وهو غلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد أو غلط في شخصية الشخص إذا لم تكن في الاعتبار⁽⁵⁵⁾.

وقد تعرّضت هذه النظرية إلى نقد كبير، فظهرت النظرية الحديثة التي استعانت بالمعيار الذاتي بدلا من المعيار الموضوعي، الذي يأخذ بالغلط الجوهرية، فالعبرة في هذا المعيار بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقد لا بالخصائص التي تكون في مادة الشيء وفي ذاته، وهو نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، فمادامت إرادة المتعاقد هي التي تنشئ الرابطة القانونية، فيجب الأخذ بهذه الإرادة في حقيقتها وعلى وجهها الصحيح⁽⁵⁶⁾.

و قد أخذ القانون الجزائري بالنظرية الحديثة في الغلط حيث نصت عليه المواد 81-82-83-84-85 و يتضح من فحوى المادتين 81-82 السالفة الذكر انه يلزم لإبطال العقد شرطان .

1 : أن يكون الغلط جوهريا و الغلط الجوهرية هو ذلك الغلط و الدافع الذي كان الرئيسي سواء كان الغلط في صفة جوهرية في الشيء أو في شخص المتعاقد أو صفة من صفاته أو غلط في القيمة أو الغلط في الباعث⁽⁵⁷⁾.

2 : اتصال الغلط بالمتعاقد الاخر و إن لم يشر اليه القانون الجزائري صراحة ، و لكن اشار اليه ضمنا في المادة 80 من القانون المدني في قول المشرع (اذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية)

ثانيا: الغلط الشائع في الواقع و الغلط الشائع في القانون

(55)جميل الشراوي مرجع سابق، ص 113.

(56)عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 113.

(57)محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص168-172

1 - تعريف الغلط الشائع: الغلط الشائع، فكرة قديمة في مفهومها وهو الغلط الذي يقع فيه معظم الناس ويشيع بينهم إلى درجة حصول الاعتقاد الجازم بصحة الوضع الذي يروونه رغم أنه غير صحيح و لا يشترط في الغلط الشائع أن يشمل كافة الناس بدون استثناء بل يكفي أن يقع فيه جلهم⁵⁸

و الغلط الشائع كالغلط العام يمكن أن يكون في الواقعة أو في القانون.

1-الغلط الشائع في الواقعة :

الغلط الشائع في الواقعة هو الغلط الذي يكون في اغلب الاحيان مؤسسا على وثائق كتابية رسمية و على اجراءات الشهر بحيث يصعب في كثير من الاحيان اكتشافه و قد يكون السبب واقعة قانونية أو واقعة مادية فالعبرة بمدى جسامه الظهر بالحقيقة.

2-الغلط في القانون

الغلط في القانون يفترض وقوع غلط بشأن نص قانوني معين و الاستمرار فيه و هذا التصور يصعب التسليم به لأنه يخالف قاعدة جوهرية و هي من النظام العام و هي (عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) لكن الغلط في القانون يختلف عن قاعدة (عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) لان الغلط هنا لا يقصد به التهرب من تطبيق قاعدة قانونية بل بالعكس يطلب تطبيق النص القانون الذي لم يراع⁽⁵⁹⁾

وقد نص القانون الجزائري على الغلط في القانون صراحة في المادة 83 ق م .

(58) لوزان أمين الحاج سليمان، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2017، ص114.

(59) علي جلال العدوي، اصول المعاملات، المكتبة المصرية الحديثة، مصر 1967، ص166.

كما نص عليه القانون المدني المصري في المادة 122 و ما يشترط في هذا النوع من الغلط هو أن لا يوجد نص صريح يستبعده كما هو الوضع بالنسبة للصلح، وهذا ما نصت عليه المادة 465 من القانون المدني.

3- ومن صور الغلط الشائع في القانون

أ - الغلط الناتج عن فهم خاطئ للقانون و ذلك بغموض أو سوء فهم فيطبق بصورة خاطئة و يستمر العمل به على هذا المنوال لمدة معينة إلى ان يكتشف الخطأ (60)

ب - الغلط الشائع الناتج عن تفسير خاطئ للقانون من قبل المحكمة و يكون مصدر الغلط هنا هو المحاكم بحيث يقع القضاء في خطأ بشأن تطبيق نص قانوني ثم يستمر على هذا النحو إلى اكتساب الخطأ (61)

ج - الغلط الشائع الناتج عن خطأ مادي في القانون : قد يعتري النص القانوني خطأ مادي مما يجعله مدعاة للوقوع في غلط عند طبيعة حرفيا ، فيعتمد الأشخاص إلى التمسك بالنص الخاطئ .

د- و قد يكون الغلط نتيجة الاختلاف في المعنى بين النص المكتوب باللغة العربية و النص المكتوب باللغة الفرنسية بالنسبة للقانون المدني و قد أخذت المحكمة العليا بالنص المحرر بالفرنسية في قضية تتعلق بمبدأ سريان ميعاد الطعن المنصوص عليه في المادة 498 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية (62)

ثالثا - تمييز الغلط في الوضع الظاهر عن الغلط عامة:

(60) محمود الزواوي ، مرجع سابق، ص105.

(61) محمود زواوي مرجع نفسه، ص 105.

(62) قرار المحكمة العليا في 22 فبراير 1983، المجلة القضائية، عدد،1، ص،335.

قد يكون الغلط الشائع غلطاً واقعياً، وقد يكون كذلك في مسألة قانونية. ويلزم أن يبلغ الغلط الشائع حدًا كبيراً حتى يعتدّ به، بحيث يكون من الجسامة التي تمنع المتعاقد الآخر من إبرام العقد إذا وقع في هذا الغلط.

ويتعيّن التمييز بين الغلط الشائع في نظريّة الظاهر والغلط الذي يمسّ طرفيّ العقد أي الذي يتعلّق بعيوب الإرادة؛ والغلط الشائع في الوضع الظاهر يتمسك به الشخص الذي وقع فيه للإبقاء على التصرّف، بينما الغلط كعيب في الإرادة يتمسك به صاحبه لإبطال التصرّف⁽⁶³⁾، فحدود هذا الأخير هو العقد، بينما حدود الغلط الشائع هو القانون كلّه. وعليه، فالصلة بينهما هو الغلط فقط وفي ما عدا ذلك فهما مختلفان، إذ إنّ معيار وجود الغلط الشائع هو معيار موضوعي يتمثّل في معيار الشخص المعتاد في نفس الظروف الخارجية، أمّا المعيار الذي تبناه المشرع في الغلط في الواقع أو الغلط في القانون فهو معيار ذاتي شخصي، ويقع عبء إثبات الغلط الشائع على عاتق من يدّعيه، وهو الغير المتعاقد مع صاحب الوضع الظاهر، وللقاضي السّلطة التقديرية في التحقق من وجوده⁽⁶⁴⁾.

(63) حمدي عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر 1999، ص. ص 255-256.

(64) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 82.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لنظرية الوضع الظاهر

لحدّثة هذه النظرية سعى الفقه للبحث عن أساس قانوني لها؛ حيث تعدّدت الأسس التي وضعت لها، وفق منظار كل جانب؛ فهناك من نسبها إلى صاحب الحق (المطلب الأوّل) وهناك من نسبها إلى الغير (المطلب الثاني)، لكن لم يسلم أي جانب من النقد لقصور كلّ أساس من الإلمام بجميع تطبيقات نظرية الوضع الظاهر؛ لذا أردنا أن نبيّن من خلال هذا المبحث تلك الأسس التي استند عليها الفقه والقضاء لتأصيل نظرية الوضع الظاهر وتبيّر الآثار المترتبة عن الأخذ بها.

المطلب الأوّل

الأساس الذي ينسب لصاحب الحق

يرى بعض الفقه أنّ الأساس القانوني لنظرية الوضع الظاهر يعود إلى صاحب الحق، فصاحب الوضع الظاهر يبدو كأنّه نائب لصاحب الحق (الفرع الأوّل) أو أنّ صاحب الحق كان طرفاً في ظهور المظهر المخالف للحقيقة (الفرع الثاني) أو أنّ صاحب الحق ساهم بخطئه وإهماله في ظهور المظهر المخالف للحقيقة، أو أنّه بتصرفاته سبب ضرراً للغير مما أوجب التعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل

النيابة أساس نظرية الوضع الظاهر

مضمون هذا الأساس هو القول بأنّ صاحب الوضع الظاهر عندما يقوم بإجراء قانوني إنّما يقوم به نيابة عن صاحب الحق⁽⁶⁵⁾.

والنيابة كما يعرفها معظم رجال القانون هي: «حلول إرادة النائب محلّ إرادة الأصيل، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت

(65) محمود الزواوي، مرجع سابق، ص 56.

منه هو»⁽⁶⁶⁾، أو أنها حلول إرادة شخص معين يسمّى النائب محلّ إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمّة الأصيل لا إلى ذمّة النائب⁽⁶⁷⁾.

ففي النيابة هناك ثلاثة أطراف: النائب الذي يعبر عن إرادة شخص آخر هو الأصيل، ليتعاقد مع شخص آخر هو الغير. فالنائب حينما يقوم بتصرف قانوني من بيع أو رهن أو تصرف آخر كبيع ما لا يملك أو رهنه إنّما ينوب عن صاحب الحق⁽⁶⁸⁾، لكن هذا الرأي يتناسب مع حالة واحدة من حالات الوضع الظاهر وهي الوكالة الظاهرة، والتي سنتطرق إليها في الفصل الثاني الخاص بتطبيقات الوضع الظاهر، ولا يغطي جميع مجالات نظرية الوضع الظاهر⁽⁶⁹⁾.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى النيابة فيما له علاقة بالوضع الظاهر في المادة 76 من القانون المدني⁽⁷⁰⁾، والتي تقرّ بإضافة أثر العقد الذي أبرمه النائب إلى الأصيل عند انقضاء النيابة إذا كان طرفا العقد يجهلان وقت إبرامهما العقد انقضاء الوكالة.

وقد وجّهت لهذا الرأي عدة انتقادات؛ أولها أنّ هذا الأساس لا يشمل الحالات الأخرى المتعدّدة لنظرية للظاهر؛ فنظرية النيابة تبنى على أساس إرادة الطرفين في أن يتصرف النائب لحساب الأصيل، وهذا مفقود في نظرية الوضع الظاهر؛ لأنّ صاحب الحقّ الظاهر تصرف لحسابه الخاصّ، وهذا التصرف يضرّ بصاحب الحقّ ولا يضاف لحسابه بل يتحمّل آثار التصرف وهو ليس طرفاً فيه⁽⁷¹⁾.

(66) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج1، فقرة 83، ص189؛ الجزء السابع، المجلد الأول: العقود الواردة

على العمل: المقابلة الوكالة الوديعة الحراسة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون ذكر تاريخ طبع، فقرة 300، ص567.

(67) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص139.

(68) زواوي محمود، مرجع سابق، ص57.

(69) فتحة فرة، مرجع سابق، ص96.

(70) تنص المادة 76 من القانون المدني على: «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت العقد انقضاء النيابة، فإنّ

أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف الى الأصيل أو خلفائه».

(71) محسن عبد الحميد ابراهيم البيه. نظرية الوارث الظاهر (أركان الظاهر كمظهر للحق)، مكتبة الجلاء، مصر،

1992، ص51.

وثانيها أنّ صاحب الوضع الظاهر عندما يبرم تصرفاً قانونياً يكون باسمه ولصالحه، وما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف إليه لا إلى صاحب العقد، عكس النيابة التي تضاف فيها الحقوق والتزامات إلى الأصل⁽⁷²⁾، وهذا ما قضت به المادة 76 من القانون المدني الجزائري، ضف إلى ذلك أنّ النيابة مصدرها محدّد في القانون بأن تكون اتفاقية أو قانونية أو قضائية، وهذا يختلف تماماً عن الوضع الظاهر الذي لا مجال فيه للتوكيل أو الصفة القانونية، وهذا ما يجعل النيابة غير صالحة كأساس لنظرية الوضع الظاهر⁽⁷³⁾.

الفرع الثاني

الصورية أساس لنظرية الوضع الظاهر

يرى بعض الفقه أنّ الصورية هي أساس نظرية الوضع الظاهر⁽⁷⁴⁾؛ ذلك أنها تمثل اصطلاحاً لمظهر قانوني يخالف الحقيقة، من أجل إخفاء اتفاق سرّي بين طرفي التصرف القانوني، فالتصرف الصوري هو الذي يبدو للغير أنّه التصرف الحقيقي، وهذا الأخير هو الذي يحميه القانون حسب المادة 198 من القانون المدني⁽⁷⁵⁾.

والصورية نوعان: صورية مطلقة وصورية نسبية.

- 1- الصورية المطلقة: هي أن يكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، و لا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر يختلف عن العقد الظاهر⁽⁷⁶⁾، أي أنّ التصرف الظاهر يخفي عدماً⁽⁷⁷⁾، فالإرادة المستترة تعطل كلّ ما ينتج من آثار عن الإرادة الظاهرة.
- 2- الصورية النسبية: فهي اتّجاه طرفي التصرف القانوني إلى إخفاء التصرف الحقيقي عن طريق تصرف ظاهر⁽⁷⁸⁾، أي اتّجاه الإرادة الباطنة إلى تعطيل آثار الإرادة

(72) سلامة عبد الفتاح حلبية، مرجع سابق، ص 140.

(73) زاوي محمود، مرجع سابق، ص 57. نجوان عبد الستار علي مبارك مرجع سابق، ص 123.

(74) عبد الباسط محمد جمعي، مرجع سابق، ص 236.

(75) تنص المادة 198 من القانون المدني: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري».

(76) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج 2: الإثبات - آثار الالتزام، فقر 610، ص 1075.

(77) محسن عبد الحميد ابراهيم البيه. مرجع سابق، ص 33.

الظاهرة أو تعديلها. وقد تكون الصورية النسبية بالتستر، وترد على تكيف العقد فقط ولا تؤثر على وجوده، والهدف منها إخفاء حقيقة التصرف بين طرفي العقد، كمن يلبس البيع ثوب الهبة أو إخفاء الهبة تحت ستار عقد البيع من أجل التهرب من التزامات مختلفة⁽⁷⁹⁾. كما قد تكون الصورية بالضد، وهذا إن كان التصرف المستتر يتضمن تعديلا في شرط أو ركن من أركان التصرف القانوني، كإظهار ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه في السر تهربا من الضرائب، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي، توفيا للأخذ بالشفاعة. كما قد تكون الصورية بالتسخير، فتتناول شخصية أحد المتعاقدين، بحيث يكون التعاقد باسم شخص والحقيقة أنه تم باسم شخص آخر يقصد إخفاؤه لوجود مانع يمنعه من التعاقد مثلا⁽⁸⁰⁾.

وأخيرا ومما سبق من تعريف للظاهر والصورية يتضح جليا أنهما يشتركان في الخطوط العامة⁽⁸¹⁾، إذ إن كليهما يسعيان لحماية الغير الذي تعامل على أساس الظاهر المخالف للحقيقة، غير أنهما يختلفان في كثير من النواحي؛ فالصورية تفترض دائما وجود تصرف إرادي خفي وآخر ظاهر، أي أن المظهر قام بإنشائه أطراف التصرف، عكس الوضع الظاهر الذي يتم بدون إرادة صاحب الحق ودون علمه، وحتى هذا الوضع لا يرجع في حقيقته إلى إرادة طرفي التصرف في غالب الأحيان. كما أن نظرية الوضع الظاهر لا تسبب صراعا بين المتمسك بالحقيقة والمتمسك بالظاهر كما هو في الصورية، وهذا ما يجعل الصورية لا تصلح أساسا لنظرية الظاهر، حيث إن نظرية الظاهر أوسع وأشمل من الصورية، وما الصورية إلا تطبيق من تطبيقات نظرية الوضع الظاهر؛ فلهذا لا يمكن تأسيس حكم على حكم قانوني آخر أضيق منه مجالا⁽⁸²⁾، فالصورية مكرسة بنص قانوني لا

(78) محمد شتا أبو السعد الموجز العلمي في الصورية- في ضوء أحكام النقض، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997، ص4.

(79) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج2: الإثبات- آثار الالتزام، فقرة 611- 612، ص.ص1074-1075

(80) راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، فقرة 611، ص ص 1074-1075.

(81) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص34.

(82) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع نفسه - ص36 - نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص125.

يمثل سوى إحدى حالات الظاهر، وهي الحالة الإرادية، فهي إذن حالة جزئية لا يمكن أن تصلح أساساً لنظرية أوسع وأشمل⁽⁸³⁾.

الفرع الثالث

المسؤولية التقصيرية أساس لنظرية الوضع الظاهر

يرى جانب من الفقه أن أساس نظرية الوضع الظاهر هي المسؤولية التقصيرية⁽⁸⁴⁾، إذ إن الخطأ الذي يرتكبه صاحب الحق ويسبب ضرراً للغير يلزمه بالتعويض⁽⁸⁵⁾، فالمادة 124 من القانون المدني الجزائري تشير إلى أن أي فعل يأتيه شخص ما ويكون منطويًا على خطأ، ويؤدي إلى إحداث ضرر بالغير، يلزم فاعله بالتعويض، وفي هذه الحالة يكون هذا التعويض بتصحيح التصرف القانوني الذي قام به صاحب المركز الفعلي (المالك الظاهر - الوكيل الظاهر - ممثل الشركة الظاهر...) أي صاحب الظاهر الذي أكسب الغير حقًا. فصاحب الحق بإهماله ورعونته سبب ضرراً للغير مما أدى إلى خلق وضع جعل الغير يعتقد بأن من يتعامل معه هو صاحب الحق الحقيقي⁽⁸⁶⁾، فالموكل الذي لم يحتفظ ولم يحدد حدود الوكالة ولم يراقب ويتابع وكيله يكون قد ارتكب خطأ، وهذا الخطأ غالباً ما يسبب ضرراً للغير حسن النية، ويجب وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أن يعوّض هذا الضرر، ويكون التعويض هنا بتصحيح التصرف وجعله نافذاً في ذمة صاحب الحق، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في جميع أحكامها المتعلقة بتصحيح تصرف صاحب الوضع الظاهر⁽⁸⁷⁾.

(83) محمود الزواوي، مرجع سابق، ص 62.

(84) محمود الزواوي، مرجع نفسه، ص 52.

(85) تنص المادة 124 من القانون المدني: «كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض».

(86) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 162.

(87) انظر في مثل هذه القرارات: الطعان رقم 512 و 531 لسنة 53، جلسة 1987/06/30، المكتب الفني، السنة

38، عدد 2، القاعدة رقم 190، ص 892؛ الطعن رقم 727 لسنة 51، جلسة 1988/05/02، المكتب الفني، السنة 39،

عدد 2، القاعدة رقم 143، ص 881؛ الطعن رقم 1800 لسنة 57، جلسة 1988/11/23، المكتب الفني، السنة 39،

عدد 2، القاعدة رقم 201، ص 1197؛ الطعن رقم 1533 لسنة 15، جلسة 1991/04/11، المكتب الفني، السنة 42،

وقد تعدّدت الآراء الفقهية حول أساس المسؤولية المدنية؛ حيث أرجعها الفقه في ظلّ المذهب الفرديّ إلى فكرة الخطأ الشخصيّ وقيام المسؤولية التّقصيريّة على هذا الأساس (النّظرية الشخصيّة)، ثم تطوّر الأمر لتقام المسؤولية التّقصيريّة على أساسي نظريّة تحمّل التّبعة ونظريّة الضّمان⁽⁸⁸⁾، وهذه هي النّظرية الموضوعيّة.

أولاً: النّظرية الشخصيّة (الخطأ أساس المسؤولية)

إنّ استقرار الوضع الظّاهر لا يمكن تصوّره إلا بمساهمة صاحب الحقّ بخطئه على الأقلّ أو عدم احتياطه أو رعونته⁽⁸⁹⁾.

ويرى الفقيه Levy Emmanuel أنّ صاحب الحقّ يجب عليه أن يتمسك بحقه ويدافع عنه، فإن أهمل وخالف هذا الواجب كان مساهماً في إيهاام الغير وخذاعهم⁽⁹⁰⁾.

غير أنّه وإن كانت أحكام محكمة النقض المصريّة تأخذ بالخطأ كشرط لتطبيق نظريّة الوضع الظّاهر⁽⁹¹⁾، وبؤيدها في ذلك عدد كبير من الفقهاء الفرنسيين، يدعمهم القضاء

عدد 1، القاعدة رقم 144، ص 897؛ الطعن رقم 334 لسنة 58، جلسة 1992/12/30، المكتب الفني، السنة 43، عدد 2، القاعدة رقم 297، ص 1458؛ الطعن رقم 545 لسنة 66، جلسة 2002/12/25، المكتب الفني، السنة 53، عدد 2، القاعدة رقم 243، ص 1260؛ الطعن رقم 1078 لسنة 72، جلسة 2003/05/12، المكتب الفني، السنة 54 عدد 1، القاعدة رقم 132، ص 770؛ الطعن رقم 549 لسنة 71، جلسة 2009/06/09، المكتب الفني، السنة 60، القاعدة رقم 116، ص 696؛ الطعن رقم 274 لسنة 66، جلسة 2009/11/23، المكتب الفني، السنة 60، القاعدة رقم 148، ص 868.

(88) علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر 2007، ص ص 38، 39.
(89) سعودي سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية للمتعاملين مع الشركات التجارية في القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر 1999، ص 356.

(90) نقلا عن: نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 124.

(91) حيث جاء في قرارات محكمة النقض المصريّة المذكورة سابقاً الإشارة إلى الخطأ. ونذكر هنا فقط ما جاء في القرار الأخير الصادر بتاريخ 2016/02/10، والذي يجمل ما استقر عليه القضاء هناك: «المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مناط نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق - المالك الحقيقي - أن يكون الأخير قد أسهم بخطئه - سلباً أو إيجاباً - في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة».

بأحكام كثيرة تصبّ في ذلك⁽⁹²⁾؛ إلا أنّ سلوك صاحب الحقّ لا يشكل خطأ دائماً، فلا يمكن أن نقول إنّ شخصا ارتكب خطأ إذا ما اتخذ شخص مظهر وكيله بدون علمه؛ لذا نجد أن البعض يقول بأنّ الخطأ الشّخصي لا يصلح أن يكون أساساً لنظريّة الوضع الظاهر؛ لأنّه لا يغطّي كلّ الحالات التي تنشأ عنها الأوضاع الظاهرة، كالوارث الحقيقيّ الذي حُرّم من نصيبه بعد صدور حكم نهائيّ بعدم صحّة سنده، وكصاحب الحقّ الذي عادت إليه ملكيته بأثر رجعيّ وبعدها زالت ملكيّة المتضرّر بأثر رجعيّ⁽⁹³⁾.

ثانياً: النظريّة الموضوعيّة (تحمل التّبعة)

لقد شهد العالم مع بزوغ فجر النّورة الصّناعية والتّطوّر الهائل في وسائل الإنتاج والمستوى الماديّ للأشخاص، وتنوّع الأنشطة مع تنوّع الوسائل (سيّارات، آلات صناعيّة معاملات مبتكرة... الخ) عدداً كبيراً من الحوادث التي يصعب إثبات الخطأ فيها، وبالتالي بقي كثير من الأشخاص بدون تعويض لعدم قدرتهم على إثبات خطأ المسؤول؛ ممّا جعل الفقه والقضاء في بعض القضايا يعتبر المسؤولية المترتبة عن عمل شخص (مثلاً حارس الشّيء) مسؤوليّة بقوة القانون⁽⁹⁴⁾، وقد أدّت هذه الاجتهادات إلى فكرة التخلّي عن الخطأ كأساس للمسؤولية، لتظهر نظريّة التّبعة التي يرى أصحابها أنّ القانون المدنيّ يهتمّ بجبر الأضرار الناتجة عن سلوك الأشخاص⁽⁹⁵⁾، فكلما تضرّر شخص من نشاط شخص آخر عليه أن يتحمّل النتائج عن ذلك النشاط⁽⁹⁶⁾، وجبر الضرر الناتج عن ذلك النشاط.

وعليه يتجه جانب من الفقه إلى أنّ أساس نظريّة الوضع الظاهر هو تحمّل التّبعة⁽⁹⁷⁾، فالشّخص وهو يقوم بإجراء معاملات، أو يستعمل مركزاً قانونياً، يجب أن يتحمّل المسؤولية

(92) محمود الزواوي، مرجع سابق، ص 52.

(93) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 184.

(94) راجع: إبراهيم العشاوي داتين، تطور الخطأ كأساس للمسؤولية المدنيّة، دار النهضة العربيّة، 1998، ص 199.

(95) محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدنيّ الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، 1981، ص 368.

(96) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 1114.

(97) محمود الزواوي، مرجع نفسه، ص 54، 55.

عن الأوضاع الظاهرة التي أدى نشاطه إلى ظهورها، ودفع الغير إلى الاعتقاد بصحة وقانونية المركز الذي يبدو عليه، مما سبب لهم ضرراً، وعليه تحمّل المخاطر التي ينطوي عليها التعامل، ومنها مخالفة الظاهر للحقيقة التي تمّ التعامل على أساسه. وحسب هذه النظرية فإنّ المخاطر لا تقتصر على الحوادث المفاجئة والقوة القاهرة، وإنّما تنتج عن الحياة الاجتماعية، فتعقد الحياة وتشابك المصالح من شأنه أن يجعل حماية الائتمان ضرورة ماسّة⁽⁹⁸⁾.

هذه الحماية تقتضي أنه عندما يثق الغير في وضع الظاهر، فيجب أن لا تهدد هاتاه الثقة، وأن تبيّن عدم مطابقة الظاهر للحقيقة، ويجب التّضحية بالحقيقة لمصلحة الظاهر؛ لأنّ الظاهر هو الوحيد الذي لمسّه الغير، وبالتالي تصبح الحقيقة بالنسبة للغير.

وبالنسبة لتطبيقات نظرية الوضع الظاهر في القانون التجاري فإن صاحب الحق هو الذي استثار الخطأ المترتب عن الوضع الظاهر، وذلك بمشاركته في التعامل، وبما أنه يستفيد، فعليه تحمّل المخاطر المترتبة عنه حتى وإن لم يرتكب خطأ، وبما أنه تسبّب في مظهر خادع؛ فعليه وحده تقع تبعته⁽⁹⁹⁾.

لم تسلم نظرية المخاطر أو تحمل التّبعة من النّقد، خاصة وأنه ليس مسلماً بها حتى في مجال المسؤولية المدنية، وقد اختلف أنصارها فيما يتعلّق بنوع التّبعة التي تصلح أساساً لمسؤولية شخص لم يرتكب خطأ، هل هي تبعة الثروة أو الرّبح أو النشاط أو النّفوذ أو السّلطة، وبالنسبة للمنادين بتبعة المساهمة في التّعامل، فبغض النظر عن سلامة الفكرة فهي لا تصدق على جميع فروض الظاهر⁽¹⁰⁰⁾.

كما أنّ فكرة التّبعة لم يقصد بها المساءلة المدنية بغير قيد أو ضابط، وإنّما القصد منها تخفيف العبء عن المضرور بإعفائه من إثبات الخطأ في جانب المسؤول، ويظنّ الخطأ أساسياً لقيام المسؤولية، كون الضرر نتيجة لفعل المسؤول. وبالتالي عند تأسيس الظاهر على تحمّل التّبعة فإنّه وإن كان لا يتطلّب أن يكون الظاهر قد استقرّ بخطأ صاحب

(98) فتحة قرّة، مرجع سابق، ص22.

(99) سعودي سرحان، مرجع سابق، ص356.

(100) فتحة قرّة، مرجع نفسه، ص24.

الحقّ أو بمساهمته، فكيف ينسب الظاهر إلى فعل صاحب الحقّ في الفروض التي يستقرّ فيها بغير علمه أو رغما عن إرادته⁽¹⁰¹⁾.

ونافلة القول أنّ المسؤولية المدنية تختلف عن الظاهر، وبالتالي لا تصلح أساسا له، وهذا ما استقرت عليه الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في 13 ديسمبر 1962⁽¹⁰²⁾، فالمسؤولية المدنية تسعى لتعويض ضرر محقق، ويكون هذا التعويض مساويا للضرر، فلو انتهينا إلى المسؤولية المدنية كأساس لأحكام الظاهر، فأين الضرر المحقق وما هو التعويض؟ وما مقداره؟ فلو أجاز التصرف مع الغير استنادا إلى الظاهر لكان تقاديا لضرر محتمل بالنسبة للغير وليس تعويضا لضرر محقق أصابه، فقبل تطبيق أحكام الظاهر نكون بصدد تصرف مهدد بالإبطال أو عدم النفاذ، والتهديد بالإبطال وعدم النفاذ لا يعتبران ضررا محققا، وبعد تطبيق أحكام الظاهر يصحّ التصرف، فيكون قد زال احتمال الضرر⁽¹⁰³⁾، فالظاهر لا يهدف إلى جبر الضرر وإنما إلى حماية الثقة في التعامل⁽¹⁰⁴⁾.

إذن من خلال استعراضنا للأفكار السابقة التي نادت بتأسيس الوضع الظاهر على أساس المسؤولية المدنية لاختلاف نظرياتها، نجد أنّها لا تصلح بأن تكون أساسا للوضع الظاهر.

(101) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 130.

(102) «Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs». Ass. plén. 13 décembre 1962 (D. 1963. 277, note J. Calais-Auloy, JCP 1963. II. 13105, note P. Esmein, RTD civ. 1963. 572, obs. Cornu.

Voir: François Terré, Yves Lequette, mandat apparent. conditions. tiers. croyance légitime. pouvoirs du mandataire, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^e édition, 2000, p. 559 ; Jacques Mestre, Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne, Revue trimestrielle de droit civil, 1990, Chroniques, p. 270.

(103) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص.ص 115، 116.

(104) فتحة قرّة، مرجع سابق، ص 215.

المطلب الثاني: الأساس القانوني الذي ينسب للغير

الغير في نظرية الوضع الظاهر هو الأجنبي عن الوضع الظاهر، أي الشخص الذي لم يقم ولم يساهم في وجود الوضع الظاهر واستقراره، وتعامل مع صاحب الوضع الظاهر من أجل الحصول على حق. وسنتطرق في هذا المطلب إلى الأسس التي تنسب إلى هذا الغير في نظرية الوضع الظاهر، حيث إن هذا الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر بحسن نية منخدا بمظهر مخالف للحقيقة كأساس لهذه النظرية (الفرع الأول)، وحماية لهذا الغير وتحقيقا للثقة والمحافظة على المصلحة العامة واستقرار المعاملات وتحقيقا للعدالة التي يصبو إليها القانون كأساس آخر ينسب إلى هذا الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس الذي ينسب إلى عناصر الظاهر

سنتناول في هذا الفرع عناصر الظاهر كأساس لنظرية الوضع الظاهر والتي تتمثل في العنصر المعنوي بشقيه: حسن النية والغلط الشائع، والعنصر المادي الذي يتمثل في المظهر.

أولاً: العنصر المعنوي:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأساس القانوني للظاهر يقوم على حسن النية، أما الاتجاه الآخر فيرى أن أساس الوضع الظاهر هو الغلط الشائع.

1- حسن النية:

إن هدف نظرية الوضع الظاهر هو حماية الغير حسن النية وحسن النية شرط من شروط تطبيق نظرية الوضع الظاهر. ولم تشترط هذه النظرية حسن نية صاحب الحق أو صاحب الوضع الظاهر. وقد قيل إن حسن النية هو أساس حماية الغير الذي تعامل مع صاحب الحق، والذي قام باستعمال جميع وسائل التحري والاستعلام القانونية المطلوبة، وإلا عدّ مقصراً، فعدم قيامه بواجب الاستعلام والتحري يؤثر على حسن النية، فحسن النية في مجال التصرفات القانونية «هو عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف»⁽¹⁰⁵⁾.

(105) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق ص 87 وما يليها.

والبحث هنا عن أساس نظرية الوضع الظاهر هو البحث عن أساس تصحيح تصرف صاحب الحق الذي أدى إلى اكتساب الغير للحق وهو يتعامل مع غير ذي صفة⁽¹⁰⁶⁾. غير أن ما يؤخذ على هذه النظرية هو أن فكرة حسن النية فكرة واسعة وغير محددة المعالم بدقة، فليس كل حسن نية ينتج وضعاً ظاهراً، بل لابد من أن يتدعم بالمظهر الذي بدا عليه صاحب الوضع الظاهر، أضف إلى ذلك أنه في بعض الأحيان لا يحتاج الوضع الظاهر إلى حسن النية، كما أن حسن النية قد يكون له دور قانوني ثانوي، مثل الذي يتعامل مع صاحب الظاهر الذي يحوز وثائق رسمية مزورة تثبت وضعيته⁽¹⁰⁷⁾. وجدلاً، إذا سلمنا بهذه الفكرة كأساس للظاهر لتبرير اكتساب الغير للحق، فإنها لا تبرر فقدان صاحب الحق لحقه. كما أن حسن النية شرط من شروط تطبيق نظرية الوضع الظاهر على تصرف قانوني لحماية الغير، فلا يعقل أن يكون عنصر معين شرطاً لتطبيق حكم معين وكذا أساساً قانونياً لهذا الحكم⁽¹⁰⁸⁾.

2- الغلط الشائع:

تعتبر فكرة الغلط الشائع فكرة قديمة جداً، حيث تعود إلى العصر الروماني⁽¹⁰⁹⁾، حيث كان القانون الروماني آنذاك يستوحي منها أحكاماً كثيرة لها علاقة بنظرية الظاهر، ففي حالة شيوع الغلط بين العامة حول مركز قانوني ما، فإن القضاء الروماني كان يعتبر المركز صحيحاً، وبالتالي يرتب آثاراً قانونية، وهو نفس ما اعتمد عليه فقهاء القانون الكنسي ومن بعده القانون المدني الفرنسي لسنة 1804⁽¹¹⁰⁾.

والغلط عامة كما يراه الفقه هو حالة تقوم بالنفس فتعمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الشخص صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم

(106) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 134.

(107) زواوي محمود، مرجع سابق، ص 61.

(108) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع نفسه، ص 134.

(109) ونص هذه القاعدة باللاتينية "error communis facit jus". انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، فقرة 313، ص 513.

(110) راجع: محمود زواوي، مرجع نفسه، ص 98.

عدم صحّتها، والغلط بهذا التعريف يشمل كل أنواع الغلط⁽¹¹¹⁾، إلا أنّ قاعدة الغلط يولد الحقّ ورثت سواء من القانون الرومانيّ أو القانون الفرنسيّ القديم فأخذها الفقهاء وصنعوا عنها قاعدة لكسب الحقّ في بعض الأحيان⁽¹¹²⁾، وهو الغلط الذي لا يمكن تفاديه والتغلب عليه.

والغلط الذي لا يمكن تفاديه، والتغلب عليه، يدخل بدوره في نطاق الخطأ الشائع، هذه القاعدة العرفية والتي سبق تعريفها، اتخذها بعض الفقهاء كأساس لنظريّة الظاهر، إذ ما دام الغير قد تصرف مع صاحب الوضع الظاهر بناء على حالة يعتقد جلّ الناس بأنّها حقيقة فيجب اعتبارها كذلك وهذا هو المقصود بعبارّة الغلط الشائع يقوم مقام القانون⁽¹¹³⁾.

وقد استند الفقهاء الفرنسيّون لتدعيم هذا الرأي إلى قرار مجلس الدوّلة الفرنسيّ في 02-07-1807 سالف الذكر، الذي اعتبر قاعدة الغلط الشائع يقوم مقام القانون قاعدة إلزاميّة، إلا أنّ المحاكم الفرنسيّة لم تعد تأخذ بالغلط الشائع لطرح نظريّة الوكالة الظاهرة، وذلك منذ 1982 تاريخ صدور قرار الهيئة العامّة لمحكمة النقض الفرنسيّة⁽¹¹⁴⁾، فلم تأخذ بالغلط الشائع في تصحيح جانب من جوانب تطبيقات نظريّة الظاهر، وهي الوكالة الظاهرة، ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسيّة بهذا المفهوم (الغلط الشائع يقوم مقام الحقّ) «بأنّ الغير حسني النية الذين يتصرفون تحت تأثير حسن النية لا يستمدّون حقوقهم لا من المالك الحقيقي ولا من المالك الظاهر ولكنهم يستمدّونه من القانون»⁽¹¹⁵⁾.

(111) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 289-290.

(112) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 114.

(113) زواوي محمود، مرجع سابق، ص 60.

(114) Cass., ass. plén., 28 mai 1982: Bull. civ. n° 3; R., p. 38; D. 1983. 117, concl. Cabannes; ibid. 349, note Gaillard. Comp. Civ. 3e, 3 nov. 1982: Gaz. Pal. 1983. 1. Pan. 130, obs. Dupichot.

(115) Civ. 3e, 27 nov. 1987: Defrénois 1988. 483, obs. Vermelle Nîmes, 1er févr. 1990: JCP N 1991. II. 207, note Ph. H. B. V. aussi: Civ. 3e, 4 mai 1982: Bull. civ. III, n° 111 23 nov. 1988: JCP N 1990. II. 73, n° 1 (2e esp.), obs. Moreau (mandat apparent) 17 juill. 1992: Bull. civ. III, n° 256.

وكذلك:

Civ 3, 20 janvier 2009, pourvoi no 08-10824 (propriété apparente) ; Civ 3, 23 juin 2009, pourvoi no 08-18983 (mandat apparent).

أشارت إلى القرارين الأخيرين:

Anne Danis-Fatôme, Les limites actuelles de la théorie de l'apparence, Approche critique

=

لذلك يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الغلط الشائع وما يتولّد عنه من اعتقاد خاطئ يجب أن يكون مصدراً للحقّ المكتسب، وليس فقط سبباً للخروج عن القواعد القانونية من أجل تحقيق العدالة والاستقرار في المعاملات.

ورغم وجهة هذا الرأي إلاّ أنّه انتقد في كثير من الأوجه، منها أن الغلط الشائع لا يشترط حسن النية، بل هو كحسن النية شرط من الشروط التي يجب أن تتوفر لتطبيق أحكام الظاهر.

و فكرة الغلط الشائع إن كانت تبرّر اكتساب الغير للحقّ إلاّ أنّها لا تبرّر فقدان الآخر للحقّ⁽¹¹⁶⁾.

ثانياً: العنصر المادّي (المظهر)

يرى جانب من الفقه أن أساس نظرية الظاهر هو المظهر ذاته⁽¹¹⁷⁾، فالشيء الذي استند على الأخذ بالظاهر هو المظهر الذي اتخذ صفة الحقيقة، فالمظهر المستقرّ المبرّر في ذاته يعتبر أساساً قانونياً كافياً لإقرار ونفاذ التصرف الذي قام به الغير وأنتج آثاراً قانونية، فالسبب في حماية الغير هو وجود الظاهر ذاته والبحث فيما عدا هذا الأساس هو بحث فلسفيّ تجاوز حدود القانون⁽¹¹⁸⁾، وقد أيّد هذا الرأي مجموعة من فقهاء القانون المصريّين إذ اعتبروا أنّ المظهر في حد ذاته نظرية مستقلة بذاتها، وذكر ذلك السنهوري في كتابه الوسيط (موضوع الوكالة الظاهرة) نقلاً عن عبد الباسط جميعي: «أن إلزام الموكل بعمل وكيله الظاهر إنّما يرجع إلى قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية رغم مخالفة ذلك للحقيقة.

منشور على موقع:

<https://books.openedition.org/putc/298#ftn9>

تاريخ الاطلاع: 2019/01/24.

(116) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 136.

(117) انظر فتحة قرّة، مرجع سابق، ص 23.

(118) جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، الطبعة الثالثة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980، ص 332.

ينبغي أن تتولّد عنه بالنسبة إلى الغير، حسن النية نفس الآثار التي تتولّد عن الوكالة الحقيقية»⁽¹¹⁹⁾.

والفقه المصريّ عند اعتماده على المظهر المستقلّ كأساس لنظرية الظاهر إنّما حذا حذو الفقه الفرنسيّ الذي اتخذ المظهر كأساس مستقلّ لترتيب الآثار القانونية لتصرف صاحب الوضع الظاهر الذي وقع في غلط شائع⁽¹²⁰⁾.

الفرع الثاني

العدالة ونظرية استقرار المعاملات أساسان للظاهر

بعد أن سعى البعض لإيجاد أساس لنظرية الوضع الظاهر، بالاستناد إلى آراء مستمدة من النظريات المستقرّة في القانون، والتي حاولت تبرير نظرية الوضع الظاهر، وجدنا أنها لم تسلم من الانتقادات؛ الأمر الذي دفع الفقه إلى أن يتجه بفكره إلى البحث عن أسس أخرى لنظرية الوضع الظاهر، فما كان إلّا أن اتّجه صوب روح القانون والأهداف والغاية من وضعه، فاهتدى بعضهم إلى أنّ تحقيق العدالة داخل المجتمع أساس لنظرية الوضع الظاهر (أولاً)، واتّجه رأي آخر إلى اعتبار المصلحة العامة واستقرار المعاملات كأساس للنظرية (ثانياً).

أولاً: العدالة كأساس لنظرية الوضع الظاهر

نصّت المادة الأولى من القانون المدنيّ الجزائريّ أنّ القاضي إذا لم يجد نصّاً تشريعياً يحكم بمقتضاه فإنّه يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعيّ وقواعد العدالة؛ لذا حاول البعض الاستناد إلى العدالة لتبرير حماية الغير على اعتبار أنّه ليس من العدل أن يحرم الغير من حقّه ولا تهدّد مصلحته في حماية حقّه المكتسب من تعامله مع شخص انخدع في مظهره مع أنّه أخذ جميع احتياطاته من تحرّ واستعلام.

(119) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، فقرة 308، ص 616.

(120) مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 1987، ص 232.

ولعلّ هذا الاتجاه حاول تبرير رأيه بما ذهب إليه القضاء المصريّ في أحكامه، وخاصة بعد صدور الحكم التاريخي من محكمة النقض المصريّ في 16/02/1986 وما تلاه من أحكام، والتي نهجت نفس النهج من الاعتداد بالظاهر، ذاكرة من بين الاعتبارات التي اعتمد عليها القضاة في أحكامهم، اعتبار العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع⁽¹²¹⁾.

ولكن إذا أخذنا مبدأ العدالة فهو مبدأ عام للقانون، وهو روحه، وبالتالي يرى بعض الفقهاء أنّه لا يصلح أساساً لحكم معيّن فرض لحماية جميع الخاضعين للقواعد القانونيّة. إنّ إثارة الأحكام القضائيّة إلى اعتبارات العدالة لا يعني بالضرورة أخذها كأساس لتلك النظريّة والحكم خاضع للسلطة التقديرية للقضاة.

إنّ قواعد العدالة تعدّ المصدر الأخير في ترتيب المصادر كما وضعته المادة الأولى من القانون المدنيّ؛ مما يعدّ الفقهاء تعدياً على الترتيب الذي وضعه المشرع⁽¹²²⁾.

ثانياً: المصلحة العامّة واستقرار المعاملات كأساس لنظريّة الظاهر

ذهب البعض إلى أنّ المصلحة العامّة، واستقرار المعاملات، تعتبر كأساس لأحكام الظاهر، فعند تنازع المصلحة العامّة مع المصلحة الخاصّة، أي مصلحة الفرد صاحب الحقّ ذي الصفة القانونيّة، ومصلحة المجتمع والمتمثّلة في مصلحة الغير الذي تعامل على أساس الظاهر المستقرّ، فالأولى بالحماية هي المصلحة العامّة؛ لأنّ تأمين حركة التعامل واستقرار المعاملات مصلحة عامّة تعلق على المصلحة الخاصّة، فالمجتمع بحاجة إلى استقرار المعاملات في حماية حقوق أفرادها، كما أنّه بحاجة إلى النشاط المتمثّل في الإنتاج وتبادل السلع والخدمات، ومن هنا تبدو أهميّة تحقيق التوازن بين الأمن الثابت والأمن المتحرّك،

(121) الطعن رقم 826 لسنة 54، جلسة 16/02/1986، المكتب الفني، السنة 33، عدد 1، القاعدة رقم 2، ص 639. ومما جاء فيه: «الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر من غيره من تصرفات بشأنها. إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني، يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعاً مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها، بما يحول ووصفها بالاستثناء. وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها...».

(122) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 145.

فليس من اليسير التّضحية بأحدهما من أجل الآخر، فإذا كان الحقّ مختفياً خلق مركزاً واقعياً أوهم الغير بأنه حقيقة، وكان هذا الغلط شائعاً بين الكافة، فيكون في هذا الوقت من مصلحة المجتمع تفضيل مصلحة الحركة على مصلحة من ظل قانعا بحماية القانون لحقه الثّابت⁽¹²³⁾.

ومع ذلك ففكرة الاستقرار الحركي رغم وجهاتها تقوم على اعتبارات اقتصادية، وتتصل بفلسفة القانون، وتحتاج إلى صناعة فنية تنقلها من النّطاق النظريّ الفلسفيّ إلى نطاق النّظرية القانونية⁽¹²⁴⁾. ومما تقدّم، وانتقاداً لهذا الرّأي، فإن هذه الفكرة تصلح في مجال القانون التجاريّ ولا تصلح في مجال القوانين الأخرى.

(123) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع نفسه، ص142.

(124) عبد الباسط محمد جميعي، الوكالة الظّاهرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، مصر 1963، ص335.

الفصل الثاني: نطاق تطبيق نظرية الوضع الظاهر

إنّ مجال تطبيق نظرية الوضع الظاهر في مختلف فروع القانون واسع ومتشعب⁽¹²⁵⁾؛ فنجدها مثلاً في مجال العقود، وفي مجال الأموال، وحالة الأشخاص، وهذا في مختلف فروع القانون كما أسلفنا؛ فنجدها في إطار القانون المدني تتمثل في: الوكيل الظاهر، والمالك الظاهر، والحائز الظاهر، والجنسية الظاهرة، والأهلية الظاهرة... كما نجدها في القانون التجاري تتمثل في: الشريك الظاهر، والوكيل الظاهر... ونجدها أيضاً تتمثل في القانون الإداري في ما يدعى بالموظف الفعلي... الخ. وإذا نظرنا إلى مختلف هذه التطبيقات وجدنا أنه من العسير تناولها جميعاً بالدراسة والبحث.

لذا - وفي إطار القانون المدني - ارتأينا التطرّق في هذا الفصل إلى نطاق تطبيق هذه النظرية في العقود وبالضبط في الوكالة، وفي نطاق الأموال اخترنا الملكية الظاهرة؛ ففي الوكالة الظاهرة (المبحث الأول)، عرضنا مفهوم الوكالة الظاهرة والشروط الواجب توفرها في بيئة التصرف لكي يأخذ القضاء بالوكالة الظاهرة، وسردنا حالاتها؛ وفي الملكية الظاهرة (المبحث الثاني)، تطرّقنا فيه إلى الملكية الباطلة والملكية المهددة بالزوال، ودور نظرية الوضع الظاهر فيها، والوارث الظاهر وحالاته، والمالك الظاهر في المنقولات المحجوزة.

(125) انظر في شمول نظرية الوضع الظاهر لمختلف فروع القانون: ايمان زكري، المرجع السابق، ص.ص 37-38.

المبحث الأول: الوكالة الظاهرة

الوكالة تصرف قانوني، عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 571 من القانون المدني بأنه: «عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه». وقد نظم أحكامها في الفصل الثاني من الباب التاسع من القانون المدني تحت عنوان "العقود الواردة على العمل"، وهذا يعني أنّ عقد الوكالة من العقود الواردة عن العمل، مهما كانت طبيعة هذا العمل، طالما أنه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويجيزه القانون⁽¹²⁶⁾.

والوكالة إما أن تكون عامة لا تخصيص فيها لفرع خاص من الأعمال القانونية، وهذه الوكالة لا تخول الوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة طبقاً لنص المادة 573 من القانون المدني، وإما أن تكون الوكالة خاصة، وذلك عندما تخصص لعمل معين ومحدد، فقد اشترط المشرع في كلّ الأعمال التي ليست من أعمال الإدارة، توكيلاً خاصاً، مثل بيع عقار معين، وهذا ما قضت به المادة 574.

إنّ الوكيل وهو يقوم بتصرف قانوني إنّما يقوم به باسم الموكل ولحسابه، وكلّ الآثار الناتجة عن هذا التصرف سواء كانت حقوقاً أو التزامات تضاف إلى الموكل، ولا يسأل عنها الوكيل إلا إذا كانت هذه التصرفات خارجة عن حدود الوكالة فيكون المسؤول عنها حينها هو الوكيل شخصياً. ومع ذلك فقد تحدث ظروف وملابسات تجعل شخصاً يقوم بتصرفات يبدو فيها للغير كأنه وكيل حقيقي يقوم بأعماله في الحدود المرسومة له، فيتعامل معه الغير بناء على ذلك في هذه الحالة، ممّا جعل القضاء ينظر إليها بصفة خاصة ويعاملها معاملة خاصة إذا توفرت شروط معينة ومحددة، وذلك حماية للغير حسن النية، فأوجد ما يسمى الوكالة الظاهرة من أجل تصحيح التصرف الذي قام به شخص لا يملك صفة الوكيل.

وقد لقيت نظرية الوضع الظاهر مجالاً خصباً في نطاق الوكالة؛ لذا سنتناولها بالدراسة في هذا المبحث في مطلبين: حيث سنعرّف الوكالة الظاهرة ونميزها عن الأنظمة المشابهة

(126) رمضان بوعبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص10.

لها وشروط تطبيقها (المطلب الأول)، ثم نعرض بعدها لحالات الوكالة الظاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الوكالة

لتحديد مفهوم الوكالة الظاهرة، لا مناص من التطرق في إلى تعريف الوكالة الظاهرة من خلال آراء بعض الفقهاء (الفرع الأول)، وبما أن الأمور تعرف بما يقابلها لابد لنا في سبيل ذلك أن نميّزها عما يشابهها من أنظمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الوكالة الظاهرة

إنّ الوكالة الظاهرة من صنع الاجتهاد؛ صاغها القضاء من خلال الحالات الخاصة التي طرحت عليه، وتبعه في ذلك الفقه لمواجهة الضّرورات العمليّة وتوطيدًا للاستقرار⁽¹²⁷⁾، فأمام غياب النصّ التشريعيّ الذي ينظّم الوكالة الظاهرة تدخّل القضاء ليضع قواعد تطبيقها حماية للغير حسن النية الذي وقع ضحية للمظهر الخادع⁽¹²⁸⁾.

وقد اختلف الفقهاء في تعريف الوكالة الظاهرة؛ فعرفت على أنّها الحالة التي يعتبر فيها الموكل ملزمًا تجاه الغير حسن النية، عندما يكون لديه اعتقاد مشروع بأن الوكيل يتمتع بالصلاحيّات الكافية التي تجيز له التعامل أو التعاقد مع الغير⁽¹²⁹⁾.

في حين عرفها الإخوة مازو Mazeaud بأنّها استناد يمكن أن يلزم شخصًا لم تتجه إرادته إلى إلزامها تجاه الغير، الذي اعتقد بأن الشخص الذي تعاقد معه هو وكيل حقيقي وبذلك نكون أمام وكالة ظاهرة⁽¹³⁰⁾.

(127) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، فقرة 306، ص. 601-602.

(128) فتحة فرة، مرجع سابق، ص 48.

(129) Aubry et rav cours de droit civil français 6^{ed} paris 1952 p273 .

وعرّفها السنهوري بأنّها الحالة التي يعمل فيها الوكيل دون نيابة من الموكل مع اعتقاد الغير عن حسن نية أنّ الوكيل يعمل في حدود الوكالة التي منحت له بسبب المظهر الخارجي الذي دفع الغير إلى الغلط والوهم⁽¹³¹⁾.

أمّا نعمان جمعة فعرّف الوكالة على أنها عبارة عن شبه وكالة لا وكالة حقيقية بين الموكل والوكيل الظاهري⁽¹³²⁾.

من خلال التعاريف السابقة والتي تشترك كلّها في عناصر أساسية، وإن اختلفت في ألفاظها، فإنّ الوكالة الظاهرة هي وكالة يعتقد فيها الغير أنّه يتعامل مع وكيل يكتسب الصفة القانونية التي تسمح له بإبرام التصرف القانوني، باعتبار أنّ الوكيل يبدو في الظاهر أنّه وكيل حقيقي.

والظاهر الذي نبحت عنه في الوكالة الظاهرة، لا يعبر عن المركز الحقيقي الذي ألزم فيه المشرع الموكل بالتصرفات الصادرة عن وكيله متى كانت صحيحة وفي حدود الوكالة، وإنّما نبحت عن ظاهر مخالف للحقيقة ومتولّد عن ممارسة شخص لمركز قانوني لا يحمل الصفة التي تخول له شغله⁽¹³³⁾.

ومع ذلك فإنّ هذا الظاهر قد يؤسّس في بعض الحالات ووفقاً لشروط معينة وضعاً قانونياً يولّد حقاً.

(130) نقلا عن: لوزان أمين الحاج سليمان، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 27.

(131) عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، فقرة 306، ص 601.

(132) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 66.

(133) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرية الوارث الظاهر دراسة تحليلية تأصيلية في القوانين المصري، الكويتي، الفرنسي، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1993، ص 07.

الفرع الثاني

تمييز الوكالة الظاهرة عن ما يشته به من أنظمة

الوكالة الظاهرة هي قيام شخص له مواصفات و سلوك الوكيل، بالتصرف باسم ولحساب شخص آخر، على أنه موكل، وهي تشبه كثيرا من الأنظمة القانونية الأخرى في كثير من الجوانب، و تختلف عنها في جوانب أخرى، فهي تتميز عن الوكالة العادية، سواء الصريحة أو الضمنية (أولا) كما أنها تختلف عن اقرار الموكل لتصرف الوكيل خارج حدود الوكالة (ثانيا) وإن كانت تتشابه مع الفضالة في جانب، فإنها تختلف عنها في جوانب أخرى (ثالثا)

أولا: تمييز الوكالة الظاهرة عن الوكالة العادية

عرف المشرع الوكالة في المادة 571 من القانون المدني - كما أسلفنا- الوكالة أو الإنابة بعمومها بأنها عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه. وإن كانت المادة لم تشر إلى قبول الوكيل للوكالة كشرط من شروط الوكالة وصفته، فهذا يعني تطبيق القواعد العامة عليها في هذا، فيكون فيها القبول مطلوباً، ويكون إما صريحا أو ضمنياً، أي أنّ الوكالة يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية، وهنا لا بد لنا من التمييز بين هذين النوعين وبين الوكالة الظاهرة.

أ. الوكالة الظاهرة والوكالة الصريحة:

تكون الوكالة صريحة كغيرها من العقود عند تطابق إرادتين وفقا لطرق التعبير المنصوص عليها في المادة 60 الفقرة الأولى من القانون المدني، فتوافق إرادة الموكل إرادة الوكيل. أما في الوكالة الظاهرة فليس شرطاً لازماً وجود إرادة الموكل لقيامها.

فالعنصر الأساسي الذي يلعب دورا بارزا في التمييز بين الوكالة الظاهرة والوكالة الصريحة هو عنصر الإرادة؛ ففي الأولى تكون إرادة الموكل غائبة حيث إنّ الوكالة تستنتج من الظروف والملابسات المحيطة بالتصرف، أما الوكالة الصريحة فالإرادة فيها تكون باتّة لا غموض فيها، فتطبيق إحدى هاتين الوكالتين يستبعد منهجياً تطبيق الأخرى. إضافة إلى

ذلك، فإنّ في الوكالة الصّريحة يعمل فيها الوكيل باسم الموكلّ ولصالحه، أمّا في الوكالة الظّاهرة يعمل الوكيل لصالحه الخاص لا لصالح الموكلّ⁽¹³⁴⁾.

وعلى الرّغم من اختلاف الوكالة الظّاهرة والوكالة الصّريحة فإنّهما تلتقيان من حيث الاعتبار الشّخصي، حيث في كلتا الوكالتين تلعب شخصية الوكيل دوراً أساسياً في انعقاد الوكالة أو اعتقاد الغير بصحة الوكالة أو بوجودها.

ب. الوكالة الضمّنية والوكالة الظّاهرة:

إن الحدود الفاصلة بين الوكالة الضمنية والوكالة الظّاهرة، ليست جلية وواضحة، فهما صوّرتان لنظام واحد، الشيء الذي يجعلهما متشابهتين إلى حد كبير مما يجعل صعوبة في التفريق بينهما، فهما تنتميان إلى نفس الفكرة أي النيابة مع عدم وجود التوكيل الصريح في كلتا الحالتين، ما أدى بالمحاكم إلى تطبيق الوكالة الظّاهرة عند الشك حول وجود الوكالة⁽¹³⁵⁾.

إلاّ أنه من خلال تعريف الوكالة الظّاهرة والوكالة الصّريحة، نلاحظ أوجه الاختلاف؛ فالوكالة الضمّنية تنبثق عن علاقة قانونية قائمة بين الموكلّ والوكيل، عكس الوكالة الظّاهرة التي تعبر عن حالة تظهر فيها علاقة بين اثنين وكأنّ أحدهما موكلّ والآخر وكيل⁽¹³⁶⁾.

إضافة إلى ذلك فعنصر الإرادة يفرّق بينهما، ففي الوكالة الضمّنية الإرادة فيها متوفرة رغم عدم التصريح بها مباشرة، أمّا الوكالة الظّاهرة فتقوم على اعتقاد الغير حسن النّيّة المشروع⁽¹³⁷⁾.

(134) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص32.

(135) علي ابراهيم، العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار الفكر، لبنان، 2002، ص360.

(136) لوزان أمين الحاج سليمان، مرجع سابق، ص39.

(137) علي ابراهيم، مرجع نفسه، ص333.

ثانيا: تمييز الوكالة الظاهرة عن إقرار الموكل

عندما يتجاوز الوكيل حدود وكالته ويتصرف بغير قصد لغموض الوكالة مثلا فيتوسّع في تفسيرها، أو عن قصد بحيث أنه يدرك تجاوزه لحدود الوكالة، معتقداً أن الموكل سوف يقرّ عمله فيما بعد، فإذا رفض الموكل تصرف الوكيل تحمّل الوكيل تبعه تصرفه، أما إذا أقره فإنه يتحمّل الالتزامات الناشئة عن هذا التصرف، رغم أنّها لم ترد في مضمون الوكالة، فأقرار الموكل للتصرف يغني عن البحث في الأمور الأخرى التي جعلت الوكيل يتعامل خارج حدود الوكالة⁽¹³⁸⁾.

إذن فأقرار الموكل يجعل العمل الذي أجراه الوكيل كأنه ضمن حدود الوكالة ولا عبرة بالتحري عن حسن النية أو البحث هل هناك مظهر يوحي بوجود الوكالة، بخلاف الوكالة الظاهرة التي يشترط فيها التحري وإثبات حسن النية ووجود المظهر الخادع⁽¹³⁹⁾.

ثالثا: تمييز الوكالة الظاهرة عن الفضالة

تتشترك فكرة الوكالة الظاهرة والفضالة في أنّهما مستوحاتان من فكرة النيابة؛ فالوكالة الظاهرة يبدو فيها للغير أنّ صاحب الحقّ يقوم بعمل لشخص آخر هو الأصيل أو الموكل، والفضالة أيضاً هي قيام الفضوليّ بعمل لصالح شخص آخر هو ربّ العمل⁽¹⁴⁰⁾، إلا أنّ الوكالة الظاهرة تتطلب وجود مظهر يدلّ على الوكيل، أمّا الفضالة فلا تحتاج لمظهر يدلّ على الفضوليّ، ضف إلى ذلك أنّه يشترط في الفضالة أن يكون العمل مستعجلاً ونافعاً لصاحب العمل⁽¹⁴¹⁾، عكس الوكالة الظاهرة التي لا يشترط فيها الاستعجال، ويلزم الموكل

(138) فتية قرّة، مرجع سابق، ص48.

(139) فتية قرّة، مرجع نفسه، ص48.

(140) عبد الرزاق دربال ، الوجيز في نظرية العامة للالتزام ومصادره، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، الجزائر، ص117.

(141) علي ابراهيم، مرجع سابق، ص360.

فيها بتحمل أعمال الوكيل الظاهر حتى وإن كان هذا العمل يسبب له ضرراً ويمس بمصلحته⁽¹⁴²⁾.

كما أن الفضالة جاءت لحماية صاحب الشأن في هذا الأمر المستعجل، ولم تهدف إلى حماية الغير الذي انخدع بالمظهر، عكس الوكالة الظاهرة التي جاءت لتحمي الغير حسن النية الذي انخدع بالمظهر⁽¹⁴³⁾.

الفرع الثالث

شروط الوكالة الظاهرة

هناك ثلاثة شروط يجب أن تتوفر في ظروف وبيئة التصرف لكي يأخذ القضاء بالوكالة الظاهرة، وقد ضبطت محكمة النقض المصري أحكام الوكالة الظاهرة في قرار صدر لها بقولها: «يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل، قيام مظهر خارجي أسهم فيه الوكيل بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور الوكيل بمظهر صاحب الحق في تصرف من شأنه أن يخدع كافة ويوهم الغير ويحمله على التعاقد معه بهذه الصفة دون أن يرتكب هذا الغير خطأ أو يقصر في استطلاع الحقيقة، وذلك للشواهد المحيطة بهذا الوكيل والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع، فمطابقة هذا المركز للحقيقة يقتضي نفاذ التصرف الذي أبرمه الوكيل الظاهر مع الغير حسن النية في حق الأصيل»⁽¹⁴⁴⁾.

إن من خلال هذه الأحكام فقد حدّد القضاء ثلاثة شروط لنفاذ التصرف الذي عقده الوكيل الظاهر مع الغير في حق صاحب الحق أي الأصيل وهي:

- أن يعمل الوكيل باسم الموكل، ولكن خارج حدود الوكالة، أو دون وجودها.
- أن يكون الغير حسن النية.
- قيام مظهر خارجي للوكالة منسوب للموكل.

(142) محكمة التمييز المدنية اللبنانية، الغرفة الأولى، قرار رقم 12، تاريخ 2001/01/21، ص 296.

(143) سلامة عبد الفتاح حليبة، مرجع سابق، ص 314.

(144) الطعن رقم 630 لسنة 39، جلسة 1975/11/22، المكتب الفني، السنة 26، القاعدة رقم 275، ص 1462.

أولاً: أن يعمل الوكيل باسم الموكل خارج حدودها أو دون إنابة

إنَّ الشرط الأول الذي يجب أن يتوفّر لقيام الوكالة الظاهرة هو عمل الوكيل باسم الموكل متجاوزاً حدود الوكالة المرسومة له؛ فإمّا أن يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة، وإمّا أن يعمل بدون وكالة أصلاً أو بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها. ويقع عبء إثبات انعدام نيابة الوكيل على الموكل⁽¹⁴⁵⁾.

ثانياً: حسن نية الغير

الشرط الثاني لقيام الوكالة الظاهرة هو توفر حسن نية الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر، إذ لو كان يعلم بعدم نيابة الوكيل عن الموكل، بحث تجاوز هذا الوكيل حدود الوكالة المرسومة له أو أن وكالته انتهت، أو أنه يعمل بدون وكالة أصلاً، وأقدم على التعاقد مع الوكيل الظاهري، فإنه سوف يتحمّل نتيجة تصرّفه، ولا يحتجّ على الموكل بالتصرّف الذي قام به مع الوكيل، بل يرجع في هذه الحالة على الوكيل الذي تعاقد معه طالباً التعويض⁽¹⁴⁶⁾.

وهنا يتوجب على الغير، قبل تعاقد مع الوكيل، التنبّث من وجود الوكالة وحدودها وصحّتها، فهو المطالب بإثبات حسن نيّته عندما تعاقد مع الوكيل الظاهر، وأنّه لم يكن يعلم بانعدام نيابته، وغالباً ما يستعين الغير بالمظهر الخارجي للوكيل الظاهر لإثبات حسن النيّة⁽¹⁴⁷⁾.

أمّا إذا وقع الشكّ في صفة الوكيل الظاهر، فإنّ الغير يصبح سيء النيّة؛ لأنّ حسن النيّة هو الاعتقاد البات والنّهائي بصفة الوكيل الظاهري⁽¹⁴⁸⁾، فالشكّ يعيب حسن النيّة.

(145) عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ج7، فقرة 306، ص606.

(146) عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع نفسه، ج7، فقرة 306، ص606.

(147) فتية قرّة، مرجع سابق، ص52.

(148) لوزان أمين حاج سليمان، مرجع سابق، ص107.

ولا يشترط لقيام الوكالة الظاهرة حسن نية الوكيل، سواء كان الوكيل حسن النية أو سيء النية، فإذا كان الغير حسن النية فإن أثر التصرف الذي قام به الوكيل ينصرف إلى الموكل (149).

ثالثاً: قيام مظهر خارجي للوكالة منسوب للموكل

لا يكفي حسن نية الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهري لانصراف أثر التصرف للموكل، بل لابد من توفر مظهر خارجي للوكالة صادر من الموكل، ويكون من شأنه أن يجعل الغير يعتقد أن هناك وكالة حقيقية، وهذا الشرط هو الذي يميز الوكالة الظاهرة، ويجعلها ذات أثر قانوني⁽¹⁵⁰⁾، ومثال ذلك الوكالة التي بانتهاء المهمة التي فوض فيها الوكيل ولا يسترد فيها الموكل سند التوكيل، أو في حالة انعدام الوكالة أصلاً، أين يجب أن يكون هناك مظهر خارجي لها، أو كالتوكيل الذي يعطيه الموكل على بياض للوكيل يملأ فيه هذا الأخير ما يخالف المتفق عليه مع الموكل.

المطلب الثاني

حالات الوكالة الظاهرة

من الملاحظ أنّ الوكيل إذا عمل دون وكالة أو تجاوز حدود الوكالة أو تمّ عزله وواصل العمل بالتوكيل، فإن القاعدة العامة تشير إلى أنّ آثار التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير لا تنصرف إلى الموكل، لكن هناك أحوال معينة يدعّم فيها حسن نية الغير الذي تعاقد مع الوكيل مظهرًا خارجيًا، ينسب إلى الموكل، يكون فيها أثر التصرف نافذاً في حقّ الموكل، هذه الحالات تتمثل في مجاوزة الوكيل حدود الوكالة (الفرع الأول)، انتهاء الوكالة (الفرع الثاني)، انعدام الوكالة (الفرع الثالث).

(149) عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ج7، فقرة 306، ص607.

(150) فتحة قرّة، مرجع سابق، ص52.

الفرع الأول

تجاوز الوكيل حدود الوكالة

الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في الحدود التي رسمها الموكل في عقد الوكالة، من دون زيادة أو نقصان؛ لأنّه في حالة تجاوزه لهذه الحدود يفقد صفة التصرف باسم الموكل أي يفقد صفة الوكيل⁽¹⁵¹⁾، إلا أن القانون أجاز له في بعض الحالات، تجاوز هذه الحدود، وهذه الحالات تمثل استثناءات من القاعدة العامّة، نصّت عليها المادّة 575 من القانون المدني في باب الوكالة، والمادّة 76 من القانون المدني في باب النيابة عموماً⁽¹⁵²⁾.

إلا أنّ هذه الاستثناءات لم تبق وحيدة بل أتبعها الاجتهاد باستثناء آخر كرسه في الوكالة الظاهرة⁽¹⁵³⁾، وألزم الموكل بالأعمال التي قام بها الوكيل متجاوزاً صلاحياته حماية للغير حسن النية الذي انخدع بالظاهر، فهل كلّ تجاوز يشكلّ وكالة ظاهرة؟

بطبيعة الحال ليس كلّ تجاوز وكالة ظاهرةً يُلزم على أساسها الموكل بتصرف الوكيل، فالأصل أنّ كلّ وكالة إذا دقق فيها الغير واطّلع عليها تبيّنت له حدودها، وعلى هذا الأساس يتعامل مع الوكيل، ولكن مع ذلك نجد بعض الوكالات تحمل في طياتها غموضاً وملابسات يصعب على الغير التعرف عليها، وهذه الملابسات والغموض تتخذ صوراً متعدّدة⁽¹⁵⁴⁾، نورد بعضاً منها أدناه.

أولاً: الوكالة على بياض

الوكالة على بياض هي وكالة مكتوبة بطريقة غير كاملة، حيث يترك الموكل بياضاً، سواء للاسم أو لموضوع الوكالة أو للثنتين معاً، ويكون ذلك عندما يكون الوكيل محدود الأهمية، ولا يعني الموكل من يكون وكيله فيه، فأبي شخص يصلح لهذه المهمّة، وهنا قد يتصرف الوكيل خلافاً لأمر الموكل، وقد يوقع الموكل على سند الوكالة ويتفق مع وكيله

(151) عبد الباسط محمد جميعي، الوكالة الظاهرة، مرجع سابق، ص 29.

(152) تقابلها على التوالي: المادّتان 703 و 108 من القانون المدني مصري.

(153) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 306، ص. 601-602.

(154) سلامة عبد الفتاح حليبة، مرجع سابق، ص 137.

على حدودها تاركا له سند تحرير الوكالة ثم يحزرها الوكيل مانحاً نفسه سلطات أوسع من تلك المتفق عليها، فيكون الوكيل قد أساء استعمال السند الموقع له وتجاوز حدود الوكالة، وهذه الحالة تقدّم تطبيقاً مثالياً لنظرية الوضع الظاهر، إذ لا بد في هذه الحالة من حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع هذا الوكيل، والطريق الوحيد لحمايته هو نفاذ التصرف الذي أبرمه الوكيل. أمّا عن التجاوز وخيانة الأمانة، فهو أمر يعاقب عليه القانون طبقاً لنص المادة 381 من قانون العقوبات⁽¹⁵⁵⁾.

وهذه الأمور لا تتصل بالغير وإنما تظلّ محصورة بين الموكل ووكيله، فيتم تسويتها على أساس المسؤولية المدنية للوكيل⁽¹⁵⁶⁾، وجبر الضرر الذي لحق بالموكل نتيجة إساءته استعمال السند الموقع على بياض بالتعويض وفقاً لما نصت عليه المادة 124 القانون المدني⁽¹⁵⁷⁾، وقد أجمع الفقه والاجتهاد على إلزام الموكل بكلّ ما يجريه الوكيل من أعمال حتى ولو تجاوز هذا الأخير حدود الوكالة الممنوحة له؛ لأنّه حين وقع السند على بياض فإنّه منح وكيله سلطات غير محدودة، على الأقل في نظر المجتمع⁽¹⁵⁸⁾، ويكون أساس إلزام الموكل هو إرادة الموكل ذاته⁽¹⁵⁹⁾.

ثانياً: الوكالة المصوغّة بعبارات غامضة وغير منضبطة

هذا النوع من الوكالات يدفع الغير إلى الاعتقاد بصحة تصرفات الوكيل، ويمدّ سلطاته. وقد يحدث ذلك باتفاق بين الموكل والوكيل لإيهام الغير بالسلطات الواسعة التي يمتلكها الوكيل والتي هي أوسع من تلك الممنوحة فعلاً، ومثال لك: الموكل الذي حرّر سند

(155) المادة 381 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يوليو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(156) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص 194.

(157) المادة 124 من الأمر 75-58.

(158) انظر في ذلك: عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص 313.

(159) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 73.

وكالة إلا أنه استخدم فيه ألفاظاً وعباراتٍ غامضة ومرنة وفضفاضة، بحيث تحتل أكثر من معنى، واستخدمها الوكيل لإبرام تصرفات تتجاوز الحدود التي أرادها الموكل فعلاً⁽¹⁶⁰⁾.

وقد قضي بأنه للأخذ بالوكالة الظاهرة عند وجود وكالة خطية، يجب أن تكون هذه الوكالة مصوغة بعبارات مبهمة، تثير الشك في ذهن الغير، وتوحي له بالصلاحيات الواسعة للوكيل. أمّا إذا كانت عبارات الوكالة واضحة لا يشوبها غموض، فإنّه لا يمكن للغير الاحتجاج بنظرية الوكالة الظاهرة⁽¹⁶¹⁾.

ثالثاً: الوكالة الدائمة

الوكالة الدائمة تنطبق على وكالة مديري الشركات والممثلين التجاريين؛ ففي بداية العمل يطّلع الغير مع هؤلاء على سند الوكالة، ولكن بعد ذلك لا يتصور مطالبتهم بسند الوكالة في كلّ مرّة يتم فيها التعامل معهم، فتودّي الوكالة المستمرة إلى خلق مركز واقعي ظاهري⁽¹⁶²⁾، فيفترض معه بأنّ الوكيل مازال يتمتع بجميع الصلاحيات والسلطات الممنوحة له في سند الوكالة السابقة، والتي اعتاد الغير عليها⁽¹⁶³⁾، فيكون الموكل على إثرها ملزماً تجاه الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل الظاهري معتقداً بأنه مازال يحمل صفة الوكيل.

فالعرف يقتضي أصلاً عدم مطالبة هؤلاء بإبراز سند الوكالة في كلّ تعامل، ومستلزمات التجارة تدعو إلى الامتناع عن مطالبتهم بذلك في كلّ مرة، وهذا ما استقرّ عليه العرف في المعاملات مع أمثال هؤلاء⁽¹⁶⁴⁾، فالتصرّف الذي يجريه أحد الوكلاء يقاس على حدود سلطة نظرائه وأمثاله، فيضاف إلى الموكل⁽¹⁶⁵⁾، ونكون هنا أمام وكالة ظاهرة لتوفّر الشرطين: مظهر وكالة انخدع به الغير وحسن نية هذا الأخير.

(160) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع نفسه، ص 72.

(161) راجع: لوزان أمين حاج سليمان، مرجع سابق، ص 42.

(162) لوزان أمين الحاج سليمان، مرجع نفسه، ص 43.

(163) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص 317.

(164) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع نفسه، ص 318.

(165) سلامة عبد الفتاح حليبة، مرجع سابق، ص 249.

إلا أن جانباً من الفقه يرى بأنه إذا يسّر الموكل للغير العلم بالقيود التي وضعها للوكيل، والمخالفة للمألوف، فإنّ الغير يكون مخطئاً إذا لم يلتفت إليها، ولا يعذر بجهله؛ وعلى ذلك لا يكفي حسن النية والمظهر لقيام الوكالة الظاهرة في هذه الحالة بل لابد من انعدام الخطأ من جانب الغير⁽¹⁶⁶⁾.

الفرع الثاني

استمرار عمل الوكيل بعد انقضاء الوكالة

الوكالة تنتهي لأسباب عديدة، نصّت عليها المواد: 586-589 من القانون المدني، منها ما هو متعلّق بشخص الموكل، ومنها ما هو متعلّق بشخص الوكيل، فضلاً عن ما هو متعلّق بعقد الوكالة ذاته.

فأمّا ما يتعلّق بشخص الموكل، فعدوله أو وفاته. وأمّا الأسباب التي ترجع لشخص الوكيل، فهي التّحية (العزل)، أو تنازل الوكيل عن وكالته، أو وفاته، وهناك أسباب تعود إلى عقد الوكالة ذاته تتمثل في استنفاذ عقد الوكالة، أو هلاك محلّ الوكالة.

والمعلوم أنّ القاعدة العامّة تقضي بأنه يترتّب على انقضاء الوكالة لسبب من الأسباب المذكورة سابقاً انتهاء صفة الوكيل، ولا يلزم الموكل بالأعمال التي يجريها الوكيل باسمه، وبالتالي عدم نفاذ تصرفات الوكيل في حق الموكل، إلا أنّ انتهاء الوكالة قد يخفى على الغير، الذي يتعامل مع الوكيل، ويكون أحياناً من الصّعب اكتشاف انتهائها، ومن غير المقبول اعتباره قد تعامل مع غير ذي صفة⁽¹⁶⁷⁾.

ويمكن تقسيم طرق انتهاء الوكالة اثنتين: طريق إرادي، وطريق غير إرادي؛ فإذا حدث ذلك فما تأثيره على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل.

(166) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص 198.

(167) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 604.

أولاً: الانتهاء الإرادي

يتم انتهاء الوكالة بشكل إرادي إما بعزل الوكيل من طرف الموكل أو بعدول الوكيل وتنازله عن الوكالة.

1- أثر عزل الوكيل على تصرفاته تجاه الغير: للموكل حق عزل الوكيل متى شاء، وهذا ما نصّت عليه المادة 587 من القانون المدني، فالعزل حق أعطاه المشرع للموكل، ويسري العزل في وجه الوكيل من تاريخ علمه به وليس من تاريخ حصوله⁽¹⁶⁸⁾، غير أنّ علم الوكيل بالعزل لا يكفي وحده لإيقاف سريان الوكالة، إذ لا بد من إعلام الغير الذين يتعاملون مع الوكيل بذلك، فإذا علم الغير بعزل الوكيل، واستمرّ في العمل معه يكون الموكل في حلّ من هذه الالتزامات. أمّا إذا لم يعلم الغير بذلك، فالوكالة نافذة في حق الموكل، ولا يمكن للموكل الاحتجاج بالعزل بوجه الغير حسن النية⁽¹⁶⁹⁾.

2- أثر عدول الوكيل على انصراف أثر تصرفاته إلى الأصيل: من حقّ الوكيل أن يعدل عن الوكالة ويتنازل عنها حسب ما نصّت عليه المادة 588 القانون المدني، فالوكيل الذي قرّر عدم الاستمرار في الوكالة نادراً ما يستمرّ في القيام بأعمال الوكالة، ولكن في بعض الحالات وعلى الرّغم من حصول العدول، قد يستمرّ الوكيل بالقيام بالأعمال التي كان موكلاً بها، ففي هذه الحالة تطبّق أحكام الوكالة الظاهرة حماية للغير حسن النية الذي انخدع بمظهر الوكالة وتعامل مع الوكيل الظاهر، والتصرّف الذي أجراه الوكيل مع الغير يكون نافذاً في وجه الموكل⁽¹⁷⁰⁾.

ثانياً: الانتهاء الطارئ

قد تنتهي الوكالة لأسباب طارئة ومفاجئة، وذلك إمّا بالوفاة الطبيعية أو الإفلاس، أو تغيير الحالة المدنية للموكل.

(168) علي فارس سلطان، موجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص184.

(169) علي فارس سلطان، مرجع نفسه، ص184.

(170) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص670.

1- أثر الوفاة الطبيعية على التصرفات التي يعقدها الوكيل: من الطبيعي أن تؤدي وفاة أحد أطراف الوكالة إلى انتهاء الوكالة. وهذا ما نصّت عليه المادة 586 من القانون المدني، فلا ينصّف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثتهما، إلا إذا اقتضى الأمر ذلك، أو كان هناك اتفاق بشأن ذلك⁽¹⁷¹⁾.

فالوكالة التي كانت تخوّل الوكيل تمثيل الموكل، ليست حقًا يمكن توريثه للخلف العام، فإذا تابع الوكيل أعماله، وهو يجهل وفاة موكله وكان الغير الذي تعامل مع الوكيل حسن النية، أي لا يعلم بوفاة الموكل تعتبر الأعمال التي قام بها صحيحة ولا توسم بطابع الخطأ، إلا إذا كان عدم العلم ناشئًا عن خطأ الوكيل أو الغير⁽¹⁷²⁾. وانصرف أثر العقد الذي يبرمه الوكيل، حقا كان أو التزاما، إلى ورثة الموكل، لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية، التي تهدف لحماية الغير حسن النية، وما قيل بالنسبة للشخص الطبيعي يقال بالنسبة للشخص المعنوي⁽¹⁷³⁾.

2- أثر الإفلاس على تصرفات وكيل الموكل المفلس: الإفلاس وهو نظام خاص بالتجار، وهو الطّريق للتّنفيز الجماعيّ على أموال المدين التّاجر الذي توقف عن دفع ديونه التّجارية ويهدف إلى غلّ يده عن إدارة أمواله والتّصرّف فيها من أجل تصفيته وتوزيعها على الدّائنين حسب ما ينصّ عليه القانون في بابه التّالث تحت عنوان نظام الإفلاس والتّسوية القضائيّة⁽¹⁷⁴⁾.

والإفلاس هو سبب من أسباب انتهاء الوكالة؛ لأنّ المفلس لا يستطيع التّصرّف في أمواله أو إدارتها بنفسه، ومن الطّبيعيّ أن لا يوكلّ غيره للقيام بأعمال لا يستطيع القيام بها، فمن يوم إشهار الإفلاس تنقضي الوكالة وتصبح معدومة ولا تنتج أي أثر، وبالتالي بطلان أيّ تصرّف يقوم به الوكيل باسم المفلس ولحسابه، ولا تكون أعمال الوكيل نافذة في مواجهة جماعة الدّائنين. وهذا يكون منطقيًا في حالة ما إذا كان الغير الذي تعامل مع وكيل المفلس

(171) انظر في ذلك: عبد الرزاق احمد السنهوري، ج7، فقرة 324، صص647-648، والفقرة 330، ص655.

(172) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، المجلد الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار الثقافة، لبنان، ص212.

(173) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 331، ص658.

(174) أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج. ر عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

تاجرًا يعلم بإفلاس التاجر، ولكن إذا لم يكن من التاجر ولم يعلم بحصول الإفلاس على الرغم من حصوله، عندها يشكل تصرف الوكيل بعد الإفلاس حالة من حالات الوكالة الظاهرة، فتعتبر الأعمال التي قام بها الوكيل نافذة في حق جماعة الدائنين⁽¹⁷⁵⁾.

3- أثر تغير حالة الموكل المدنية: لم يضع المشرع الجزائري نصًا خاصًا بالأهلية لإبرام عقد الوكالة سواء بالنسبة للموكل أو الوكيل بل تركها للقواعد العامة. وتطبيقًا لتلك القواعد⁽¹⁷⁶⁾، والتي نصت عليها المادة 78 من القانون المدني، فكل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض، أو يفقدها بحكم.

إذن قد تطرأ على أهلية الموكل تغيرات تؤدي إلى انتهاء الوكالة، وذلك بفقدان الموكل لأهلية التصرف لسبب من الأسباب التي حددها القانون كما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني والمتمثلة في العته والجنون والسف

فالموكل يكفيه وقت الوكالة أن يكون مميزًا، ثم يشترط الأهلية اللازمة لإبرام التصرف وقت تعاقد الوكيل، فإن كان التصرف ضارًا وجب أن يكون الموكل كامل الأهلية، وإلا كان التصرف باطلاً، وإن كان نافعا نفعًا كليًا، فيكفي فيه التمييز ليكون نافذاً، وإن كان دائرًا بين النفع والضرر فيكفي فيه التمييز ليكون صحيحًا فقط، ولكنه يكون قابلاً للإبطال وفقاً للمادة 101 قانون أسرة، وموقوفاً وفقاً لنص المادة 83 قانون مدني .

وعليه ففي حالة فقدان الموكل للأهلية فلن يستطيع مباشرتها بواسطة وكيل⁽¹⁷⁷⁾؛ لذلك من غير الجائز استمرار الوكالة في حالة فقدان الموكل لأهليته. بيد أنه قد يستمر الوكيل في عمله ويتعاقد مع الغير بصفته وكيلاً، وهنا قد أضفت الاجتهادات الشرعية على هذه الأعمال التي قام بها الوكيل حتى ولو كان هذا الوكيل سيئ النية، من خلال إعمال نظرية الوضع الظاهر، إذ من غير الطبيعي أن يتحقق الغير في كل مرة من أهلية الموكل⁽¹⁷⁸⁾.

(175) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص 50.

(176) رمضان بو عبد الله، مرجع سابق، ص 20.

(177) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع نفسه، ص 50.

(178) لوزان امين الحاج سليمان، مرجع سابق، ص 51.

الفرع الثالث

عدم وجود عقد وكالة

هذه الحالة تفترض عدم وجود وكالة أصلا بين المتصرّف وصاحب الحق، ومع ذلك فإنّه يتصرّف كأنه وكيل، وعملا بمبدأ نسبية العقد فإنّ العقد لا يلزم الأطراف، وخلفهم في بعض الأحيان، ولكن لا يمكن أن يتعداه إلى الغير⁽¹⁷⁹⁾. فكيف يمكن إعمال حكم وكالة لا وجود لها؟

أولا: انعدام الوكالة

1- الاستناد إلى الوكالة الظاهرة في حال انعدام الوكالة حقيقة:

لا يمكن أن يوجد ظل لشيء غير موجود، ومن ثمّ لا يعد المتصرّف وكيلًا عن الموكل حين يتصرّف كأنه وكيل حقيقةً مع انعدام الوكالة، وحكم القانون في هذا واضح، فلا تسري آثار التصرف الذي أبرمه الوكيل الظاهر في حق صاحب الشأن، لكن عندما يتعامل الغير مع هذا الوكيل الظاهري عن حسن نية، مستندا إلى أمور وظروف خارجية جعلته يعتقد بأنه يتعامل مع وكيل، يعمل باسم الموكل ولصالحه؛ يقتضي الأمر في هذه الحالة حماية هذا الشخص الذي اعتمد على ظاهر الحال، ويكون من نتيجة ذلك أن يتحمل الموكل نتائج العمل القانوني وآثاره⁽¹⁸⁰⁾.

2- بعض تطبيقات الوكالة الظاهرة في حال انعدام الوكالة حقيقة:

قد تتحقق الوكالة الظاهرة بدون علم صاحب الشأن بذلك، فإذا تقمص شخص صفة الوكيل الظاهري بغير علم صاحب الشأن، وصنع لنفسه من الأوراق أو من الظروف ما يوهم الغير بوكالته، كأن يتقدم شخص بمخالصة من الدائن لقبض الدين، ويستولي على هذه

(179) فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم

الإدارية، بن عكنون، 1992، ص116.

(180) فتحة قرّة، مرجع سابق، ص49.

المخالصة خلسة فيقبض الدين من دون أن تكون عنده وكالة أصلاً، فيكون قبضه صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين⁽¹⁸¹⁾.

ويمكن أن تقوم الوكالة الظاهرة بمجرد تقديم الوكيل لمظهر يدل على وكالته من دون تقديم سند الوكالة كأن يكون في مسلكه وتصرفاته وأقواله ما يمكن تصديقه والافتتاح بصحة وكالته، وهذا ما قضت به محكمة استئناف إكس الفرنسية⁽¹⁸²⁾ حين أقرت بصحة تصرف تاجر مجوهرات ويدعى السيد بولاك حين سلّم حقيبة المجوهرات التي أودعها عنده أحد تجار المجوهرات الجوالين إلى وكيل ظاهري على الرغم من عدم تقديم أي مستند⁽¹⁸³⁾.

ثانياً: بطلان الوكالة

البطلان كما يعرف هو الجزاء القانوني المترتب عن انعدام ركن من أركان العقد أو فقدان الأهلية، أو وجود أحد عيوب الرضا أو نقص الأهلية، فيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً في الحالة الأولى وقابلاً للإبطال في الحالة الثانية. والوكالة عقد تنطبق عليه القواعد العامة للبطلان، فإذا استمر الوكيل بالعمل في حالة البطلان فما مصير التصرف؟

أ- الوكالة الباطلة بطلاناً مطلقاً:

تكون الوكالة باطلة بطلاناً مطلقاً عندما يغيب فيها شرط من شروط صحة العقد أو ركن من أركانه (الرضا - المحل - السبب) أو تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة أو لم تتخذ الشكل القانوني المطلوب في أصل التصرف، فالوكيل الذي يعمل بوكالة باطلة هو في حكم الوكيل منعدم الوكالة⁽¹⁸⁴⁾.

ومتى قضي ببطلان الوكالة فإنّ الوكالة تزول بأثر رجعي أي كأنّها لم تكن على الإطلاق، فتعتبر في حكم الوكالة المنعومة. فإذا تعاقد الوكيل مع الغير، جاز للغير أن

(181) فتية قرّة، مرجع نفسه، ص 49.

(182) CA, 18/12/1933, RTD 1934, P63

(183) نقلاً عن: لوزان أمين الحاج سليمان، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2017، ص 55.

(184) عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 306، ص 605.

يتمسك بصحة عقد الوكالة على اعتبار أنها وكالة ظاهرة إذا توفرت شروطها، ويجوز للموكل أن يعود على الوكيل بدعوى الإثراء بلا سبب أو استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية⁽¹⁸⁵⁾.

وقضت محكمة التمييز اللبنانية بأنه لقيام وكالة ظاهرة يجب أن تتوفر ثلاثة شروط أولها⁽¹⁸⁶⁾:- أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولحسابه ولكن دون نيابة. وأن يتجاوز حدود الوكالة، وإما يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة. أن يعمل كوكيل دون وكالة أصلا أو بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطاله.

ب- الوكالة القابلة للإبطال:

تكون الوكالة قابلة للإبطال وفقا للقواعد العامة إذا شاب العقد عيب من عيوب الإرادة التي نصّ عليها القانون، فإذا قام الوكيل بتصرف قانوني مع الغير وكان هذا الغير يجهل أن عقد الوكالة قابل للإبطال، ولم يكن يستطيع أن يعرف أنّ هذه الوكالة مهددة بالإبطال، بعد قيامه بالتحري والاستعلام، فإنّ أثر هذا التصرف ينصرف إلى الوكيل حتى وإن حكم ببطلان عقد الوكالة⁽¹⁸⁷⁾، استنادا إلى نظرية الوضع الظاهر، وبذلك تصبح هذه الوكالة الباطلة - والتي وفقا للقواعد العامة لا ينفذ التصرف الذي قام به الوكيل في حق الموكل وبأثر رجعي - وكالة ظاهرة تلزم الموكل بالتصرفات التي قام بها الموكل الذي بطلت وكالته⁽¹⁸⁸⁾.



(185) محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، الوكالة في التصرفات القانونية، أحكام الوكالة، أركان الوكالة، الآثار التي تترتب على الوكالة انتهاء الوكالة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص101.

(186) قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الخامسة، قرار 1993/19، بتاريخ 1993/12/14، مجموعة باز، رقم 32، 1993، ص.ص 417-420.

(187) فتية قرّة، مرجع سابق، ص. ص 49-50.

(188) محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، مرجع نفسه، ص111.

المبحث الثاني

الملكيّة الظاهرة

المالك الظاهر هو المالك الذي يبدو للكافة أنه مالك حقيقي يتمتع بكامل مكنات الملكية، من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهو حائز للشيء يستعمله أو يتصرف فيه بالبيع أو الرهن...، فهو في الحقيقة يأخذ صفة المالك في الظاهر أما في الحقيقة فهو غير ذي صفة. وأهمية الملكية الظاهرة في مجال نظرية الوضع الظاهر سنتناولها بالدراسة من خلال هذا المبحث، بالتطرق إلى الملكية الباطلة والملكية المهددة بالزوال، ودور نظرية الظاهر فيها (المطلب الأول)، والوارث الظاهر، لنتطرق بعدها إلى حالة المالك الظاهر للمنفولات المحجوزة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الملكيّة الباطلة والملكيّة المهددة بالزوال

قد تتعرض ملكية شخص إلى البطلان نتيجة أن هذه الملكية قائمة أصلا على سند باطل، وطبقا لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل، أو يكون السند الذي قامت عليه الملكية سندا غير بات ولا نهائي، وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى الملكية القائمة على سند باطل (الفرع الأول)، والملكيّة القائمة على سند غير نهائي (الفرع الثاني)، ثم التطرق إلى دور نظرية الظاهر في مجال هاتين الملكيتين (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الملكيّة القائمة على سند باطل

الملكيّة لا بد أن تستند لانتقالها إلى الطرف الغير إلى عنصرين أساسيين متلازمين لا يغني أحدهما عن الآخر، وهما: وجود تصرف صحيح صادر عن ذي صفة، الشهر العقاري لهذا التصرف⁽¹⁸⁹⁾.

(189) فتحة قرّة، مرجع سابق، ص 65.

والمشرع الجزائري لا يعترف بغير الشهر للدعاء بالملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، وهذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني، والمادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري، عدا انتقال التركة إلى الورثة، فتكون بمجرد وفاة صاحب التركة⁽¹⁹⁰⁾.

لكن قد يكون هذا السند - سواء كان عقدا موثقا أو حكما قضائيا - صحيحا ظاهريا، ولكن في حقيقته يعد باطلا أصلا؛ إما لأنّ السند باطل بطلانا مطلقا لأسباب متعددة مثل التزوير، أو لعدم توفر ركن من أركان العقد، أو كان التصرف فيه غش، فالعقد إذا كان ثمرة غش أو تواطئ وجب أن يكون باطلا فالشهر لا يصححه⁽¹⁹¹⁾، والعقد الذي أصل السند فيه حكما قضائيا، أي المبني على حكم قضائي، تبيّن فيما بعد عدم صحته، لخطأ في تطبيق القانون أو للتزوير⁽¹⁹²⁾.

أو قرارا إداريا منح على إثره حق عيني تم إلغاؤه من طرف السلطات التي أصدرته بعدما تبينت عيوب هذا القرار أو عدم قانونيته لمختلف الأسباب، ومن ذلك: قضية "مدينتي" في مصر، التي ثار حولها جدل كبير؛ حيث منح لرجل أعمال قطع أرضية للبناء تبلغ مساحتها 33 مليون متر مربع بثمان زهيد، وتم إنشاء فيلات وعمارات فوقها وتم بيعها للعمامة، وبعد ذلك تم إلغاء القرار والحكم ببطلان عقد البيع⁽¹⁹³⁾، فالسؤال المطروح هنا: ما هو مصير أصحاب هذه الشقق والفيلات؟ فتطبيقا للقاعدة العامة: ما بني على باطل فهو باطل، فإن ملكية أصحاب الشقق تزول، و بالتالي عدم نفاذ التصرف الصادر منهم في جهة صاحب الحق، وهذا ما يؤدي إلى زعزعة الاستقرار الاجتماعي.

(190) أمر رقم: 74-75 المؤرخ في 8 ذو القعدة 1395، الموافق 12 نوفمبر سنة 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج. ر عدد: 92، الصادرة بتاريخ الثلاثاء 14 ذو القعدة 1395، الموافق 18 نوفمبر سنة 1975.

(191) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص252.

(192) فتيحة قرّة، مرجع سابق، ص35.

(193) قرار مجلس الدولة المصري، مصلحة القضاء الإداري، دائرة العقود، الدعوى رقم: 12622، السنة القضائية 63، جلسة 2010/06/22.

الفرع الثاني

الملكيّة المهدّدة بالزوال

تتعدّد صور الملكيّة المهدّدة بالزوال بتعدد الأسباب المؤدية لهذا الزوال؛ فقد تكون الملكيّة قائمة على شرط، وهذا الشرط إمّا أن يكون فاسخاً أو واقفًا، وإمّا أن تكون هذه الملكيّة مهددة بالإبطال لعيب من عيوب الرضا أو تكون الملكيّة قابلة للفسخ لعدم لإخلال أحد الأطراف بالتزاماته.

أولاً: الملكيّة المعلقة على شرط

الشرط هو تعبير عن الارادة يعلق على أمر مستقبل، غير محقق الوقوع، إمّا وجود الالتزام أو زواله (194).

والشرط قانونا هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وهو المستفاد من نصّ المادة 203 من القانون المدني: «يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه»، وهو - كما أشرنا سابقا - نوعان: شرط واقف وشرط فاسخ.

أ- **الشرط الواقف:** هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فالالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون نافذا إلا إذا تحقّق هذا الشرط، وهذا ما نصّت عليه المادة 206 من القانون المدني، أمّا قبل تحقق الشرط فلا يكون قابلا للتنفيذ سواء جبريا أو اختياريا، أمّا إذا تخلّف الشرط الواقف فالالتزام يزول ويصبح كأن لم يكن، ولا يترتب أي آثار على العقد (195).

ب- **الشرط الفاسخ:** وهو الشرط الذي يعلق عليه زوال الالتزام القائم، فيترتب على تحققه زوال الالتزام وأي أثر ترتب عليه وبأثر رجعي، إلا إذا اتفق الطرفان على عدم رجعية الأثر، أي من نشوء الالتزام، وهذا ما نصّت عليه المادة 208 القانون المدني (196).

(194) سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2009.

(195) راجع نص المادة 206 من القانون المدني.

(196) راجع نصي المادتين 207، 208 من القانون المدني.

فالملكية القائمة على شرط هي ملكية مهددة بالزوال، سواء كان هذا شرطا واقفا أو شرطا فاسخا.

ففي الملكية القائمة على شرط واقف، المالك فيها لا يحوز المال، وحقه غير قابل للتنفيذ، ولا يملك حق التصرف في هذه الملكية، وإنما يجيز له القانون حسب المادة 206 من القانون المدني القيام بأعمال الإدارة، وهذا هو الرأي الغالب.

والمالك تحت شرط فاسخ، الذي انتقلت إليه الملكية تحت هذا الشرط، له كامل الحقوق على ملكيته من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن تصرفاته تكون مهددة بالزوال، فإذا تحقق الشرط الفاسخ فيزول وبأثر رجعي العقد، أي من تاريخ نشوء الالتزام وليس من تاريخ تحقق الشرط الفاسخ، إلا إذا اتفق طرفا العقد على استبعاد الأثر الرجعي كما أسلفنا، وتبعا لذلك تزول ملكية المالك.

ثانيا: الملكية القابلة للفسخ

عقد البيع من أهم العقود التي ترد على الملكية وتنقلها من يد إلى أخرى، بشروط حددها القانون. وقد يتعرض هذا العقد إلى الفسخ، استنادا لأحكام نص المادة 119 من القانون المدني، إذ لا بد لإمكانية فسخ هذا العقد من توافر آلية تخدم هذا الفسخ، وفق الشروط التي حددها القانون.

فإذا فسخ العقد زالت كل آثاره وأعيد المتعاقدون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد كم نصت عليه المادة 122 من القانون المدني، وتبعا لذلك تزول ملكية المالك؛ لأن العقد هو أصل نقل الملكية، وبزوال الأصل يزول ما ترتب عليه⁽¹⁹⁷⁾.

ثالثا: الملكية القابلة للإبطال

الملكية القابلة للإبطال هي ملكية قامت على عقد صحيح منتج لجميع آثاره منذ البداية، ولكن صحته مزعومة ومهددة بالزوال، فإذا تمسك من شرع الإبطال لمصلحته، أي

(197) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 356.

ناقص الأهلية أو معيب الإرادة، أو من حدده نص خاص في القانون، مثل بيع ملك الغير، حسب نص المادة 397 ق م، بيع النائب لنفسه دون ترخيص، زال العقد والآثار المترتبة عليه بأثر رجعي⁽¹⁹⁸⁾، أي من تاريخ نشوء العقد، وبالتالي زوال الملكية الناتجة عنه.

الفرع الثالث

دور الظاهر في مجال الملكية الباطلة والمهددة بالزوال

بعد التقديم الذي وضعناه لزوال الملكية، نقوم في هذا الفرع بتبيان دور أو أثر الظاهر على الملكية التي زالت عن أصحابها. ونشير بداية أن جانباً من الفقه يرى أن نظرية الظاهر لا مجال لإعمالها في شأن العقارات إلا في حدود أعمال الإدارة فقط، وبالتالي لا يمكن إعمالها في مجال أعمال التصرف، حيث لا تنتقل الملكية بين المتعاقدين ولا يحتج بها لدى الغير إلا بشهر التصرف، عملاً بمبدأ القوة الثبوتية التي تحكم نظام الشهر العيني، فلا يمكن الطعن فيه سواء بدعوى البطلان أو دعوى الاستحقاق والاسترداد ويكون التصرف في مأمّن من المنازعات⁽¹⁹⁹⁾؛ لأنّ المحافظ العقاري يدقّق في الوثائق ويتفحصها وله حق رفضها، وهذا ما نصّت عليه المادة 22 من الأمر 74-75، والمادة 105 من المرسوم 63-76.

ورغم وجاهة هذا الرأي الذي يتفق مع الفقه والقضاء بأن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر، إلا أنّ هناك جانباً من الفقه يرى أن إمكانية إعمال نظرية الوضع الظاهر في التصرفات العقارية عامّة دون تحديد أعمال الإدارة، وذلك أنّ الشهر العقاري لا يكفي لتصحيح عقد باطل أو قابل للإبطال، فالمشرّع الجزائريّ أجاز الطعن في الحقوق العينية الناتجة عن وثائق مشهّرة، وهذا ما نصّ عليه في المادة 85 من المرسوم 63-76 المتعلّق بإنشاء الدفتر العقاري، التي تنصّ على: «إن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقاً»⁽²⁰⁰⁾.

(198) جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 141.

(199) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائريّ، الجزء الأول، التصرف القانوني و العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 198-199.

(200) المرسوم 63-76 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396، الموافق 25 مارس سنة 1976، يتعلّق بتأسيس السجل العقاري ج. ر، عدد 30 الصادرة بتاريخ 13 ربيع الثاني عام 1396، الموافق 13 أبريل سنة 1976.

فنستخلص من هذه المادّة أنّ مبدأ القوة الثبوتية التي يقوم عليها نطاق الشهر العيني في التشريع الجزائري ليست مطلقة، بل هي نسبية.

ونعتقد أنّ كلام الفريقين لا يخلو من نظر؛ ذلك أنّ انتقال الملكية حتى في ظل نظام الشهر العيني، إما أن يكون لمصلحة المالك الحقيقي، وأما أن يكون لمصلحة الغير؛ فإذا كان المالك الحقيقي هو من قام بشهر الملكية وفق نظام السجل العيني، فإنه يكرن محميا تجاه الغير، و لا يحتج هذا الغير عليه بشيء، إلا في حدود ضيقة، أي في الحقوق التي تكون ما دون الملكية كالإيجار، والرهن، و حق الانتفاع بشروط معينة، أما اذا كان الغير هو من قام بشهر ملكيته وفق نظام السجل العيني، فإنه وفق قول الاتجاه الأوّل بالقوة الثبوتية المطلقة، له يكون هو المحمي، فنكون امام أعمال نظرية الوضع الظاهر، ولا يمكن الطعن في ملكيته، اما وفق قول الاتجاه الثاني الذي يرى امكانية الطعن في عقد الملكية رغم انتقالها وفق نظام الشهر العيني، فان للمالك الحقيقي استرداد ملكيته، و بالتالي لا يمكن حماية الغير و لو كان حسن النية، و من ثم لا يمكن تطبيق نظرية الوضع الظاهر

أما في مشروع القانون العربي الموحد للسجل العقاري، أجاز الطعن في القوة الثبوتية المطلقة للسجل العيني⁽²⁰¹⁾، وذلك بسبب التزوير أو التدليس فإذا تثبت التزوير أو التدليس بحكم حائز على قوة الشيء المقضي فيه، وجب إبطال التسجيل بنصّ المادّة 152 منه، أما إذا انتقلت ملكية الوحدة العقارية قبل وضع الإشارة على البطاقة العقارية بوجود دعوى التزوير أو التدليس، فإنّ المشرّع يقضي بعدم المساس بحقوق الغير حسن النية الذي تملك العقار على وجه نهائي⁽²⁰²⁾.

وهذا تطبيق من تطبيقات نظرية الوضع الظاهر، إذ إنّ المشرّع فضّل في هذه الحالة حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المالك الظاهر.

(201) مشروع القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي في

الدورة العاشرة بتاريخ 1994/04/28، منشور بموقع المجلس www.lar.org، تم الاطلاع عليه يوم 2018/12/24.

(202) حامد النفاوي، الوجيز في قانون التسجيل العيني، الطبعة الأولى، دار الميزان، تونس، 2012، ص392.

وهذا ما ذهب إليه مجلس وزراء العرب عند اعتمادهم مشروع القانون العربي للتسجيل العقاري حيث أجاز الطعن في القوة الثبوتية المطلقة للتسجيل العيني بالتزوير أو التدليس فقط. في حالة تسجيل التصرف قبل التأشير على دعوى التزوير أو التدليس

وقد ذهب المشرع المصري في هذا الاتجاه في الفقرة الثانية من المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقاري، التي نصت على أن الغير الذي اكتسب حقًا بحسن نية من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي بعد حكم مؤثر عليه طبقًا للقانون هذا الحكم لا يكون حجة عليه إذا كان قد سجل وشهر حقه قبل التأشير على الدعاوى المنصوص عليها في المادة 15 من القانون، والتي هي دعاوى البطلان والفسخ والإبطال والرجوع، والزامية إلى إبطال التصرف الذي قام به المالك الظاهر، فالمشرع في هذه المادة قد استند إلى نظرية الوضع الظاهر على نحو يسمح بتطبيقها في جميع الأحوال⁽²⁰³⁾.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 86 من المرسوم 63-76.

«فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغاؤها أو نقضها عندما تنتج أثرًا رجعيًا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهارة مسبقًا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون، تطبيقًا للقانون».

وقد خالف البعض هذا الموقف واعتبر هذه المادة تطبيقًا تشريعيًا لنظرية الوضع الظاهر، مشيرين إلى أن الغير لا تكون له الحماية بناء على نظرية الوضع الظاهر إلا في دعاوى زوال الملكية؛ لأن الملكية التي كانت ظاهرة زالت بأثر رجعي⁽²⁰⁴⁾.

من التطبيقات التشريعية للوضع الظاهر التي نصت عليها المادة 1034 قانون مدني مصري: «يبقى قائمًا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن».

(203) عبد الباسط محمد جميعي، مرجع سابق، ص 371.

(204) نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 110.

يرى بعض الفقهاء أنّ هذه المادّة تكريس لنظرية الوضع الظاهر بصفة عامّة، واعتراف للمالك الظاهر بصفة خاصّة، فهي تصحّ تصرفاً قام به شخص مالك بمقتضى سند مهدد بالزوال، وعلى ذلك فمتى كان المرتهن حسن النية فإنّه يتمتع بحماية القانون؛ لأنّه يكون قد تعامل مع شخص يوحى السند الذي بموجبه تعامل معه بأنّه سند صحيح، يجيز لصاحبه حق التصرف، ويتوفر الركن المعنوي المتمثل في: حسن النية والغلط الشائع، والركن المادي المتمثل في المظهر؛ نكون أمام تطبيق نظرية الوضع الظاهر⁽²⁰⁵⁾.

وقد ذهب المشرع الجزائري في نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري، حيث صحّ التصرف الذي قام به المالك الذي تقرّر زوال ملكيته بأثر رجعي، لأي سبب من الأسباب التي نصّ عليها القانون، حين قام بالرهن لصالح الغير، وهذا ما نصّت عليه المادّة 885 من القانون المدني.

أمّا في فرنسا فقد أيد جانب كبير من الفقه والقضاء تطبيق نظرية الظاهر في حالة البطلان المطلق أو في حالة الملكية المهذّدة بالزوال، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسيّة في قضية تمثّلت في بيع صوري (هبة) لولد طبيعي - وهو ما يمنعه القانون الفرنسي-، حيث قام هذا الولد بترتيب رهن على المال الذي تلقاه، فرجع إخوانه دعوى بطلان التصرف للغشّ ومخالفة القانون، فحكم لهم بذلك، لكن بالنسبة للرهن فقد اعتبرته المحكمة صحيحاً ونافاً في حقّهم، كما حكمت في نفس الاتجاه عدّة محاكم فرنسيّة⁽²⁰⁶⁾.

لم نستطع حصر جميع التّطبيقات التّشريعيّة لنظرية الظاهر، وإنّما بيّنا أنّ المشرعين: الفرنسي والمصري وبعدهما الجزائري، قد أخذوا بها في بعض النصوص. وعليه يمكن القول بتطبيق نظرية الوضع الظاهر على الملكية متى تبيّن أنّ المالك الظاهر كان يبدو كأنّه المالك الحقيقي، ومتى توقّرت أركان نظرية الوضع الظاهر في العقار وشروط تطبيقها، ويجب أن يكون التصرف في العقار بعوض⁽²⁰⁷⁾؛ لأنّ التصرف إذا لم يكن بعوض عند

(205) سلامة عبد الفتاح حليبة، مرجع سابق، ص338.

(206) نقلا عن: محمود زاوي، مرجع سابق، ص136.

(207) الطعن رقم 826 لسنة 54، جلسة 1986/02/16، المكتب الفني، السنة 33، عدد 1، القاعدة رقم 2، ص639.

زوال الملكية بأثر رجعي، فإنّ الغير هنا لا يتصور أن يصبه ضرر، وعليه فليس هناك داع لحماية.

المطلب الثاني

الوارث الظاهر والمالك الظاهر للمنتقولات المحجوزة

قد يتصرف البعض في ملك الغير، وهذا التصرف تصرف قابل للإبطال، طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري (المادة 397)، إلا أن هناك حالات اعتبرها القضاء المصري في بعض الأحيان تصرفاً في ملك الغير، لكن في أحيان أخرى اعتبرها غير ذلك، وناولها في الوارث الظاهر في (الفرع الأول)، وحالات هذا الوارث (الفرع الثاني)، كما أنّ القانون أجاز حجز منقولات مملوكة للغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التعريف بالوارث الظاهر والموصى له الظاهر

قد يهلك صاحب المال، فيرثه شخص يتبين فيما بعد أنه ليس وارثاً (الفرع الأول)، وقد يوصي بجزء من ماله لشخص، ثم يتراجع على ذلك، أو يستفيد من وصية لاحق له فيها (الفرع الثاني)

أولاً: المقصود بالوارث الظاهر

لقد عرّف جانب من الفقه الوارث الظاهر على أنه شخص غير وارث حقيقة ينظر إليه الناس عموماً على أنه الوارث الحقيقي.

وعرّفه جانب آخر بأنه شخص يتوهم من يتعامل معه والمحيطون به بناء على الظروف المحيطة به أنه وارث حقيقي يتصرّف فيما ورثه شرعاً من مال مورثه، في حين أنه ليس كذلك، إمّا لأنّه ليس وارثاً حقيقياً مطلقاً أو لأنّه وارث فقط لبعض المال لكنه أخذ أكثر مما يستحق شرعاً ويظهر أمام الناس أنه يحوز المال بصفة علنية وهادئة أو تستقر أموال التركة أو جزء منها في ذمته، ثم يتبين فيما بعد مانع من موانع الوراثة، مثل قتل الوارث لمورثه أو يظهر من هو أقرب للمورث، فيحجب الوارث الأول كما لو أن المتوفى متزوج

مثلا في فرنسا وله ابن من زوجة أخرى لم يظهر وقت التحري عن ورثته أو المفقود الذي توزع أمواله على ورثته أو شركائه في تركة غيره مثلا الأخ المفقود عند توزيع تركة الأب⁽²⁰⁸⁾.

ثانيا: المقصود بالموصى له الظاهر:

هناك فرق بين الموصى له والوارث الظاهر، حيث أن هذا الأخير هو ذلك الشخص الذي يتسلم نصيبا من التركة بناء على وصية من المورث، والوصية كما يعرفها قانون الأسرة في المادة 184 هي: «تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع».

والوصية ترجع الى إرادة الموصى له لا إلى إرادة القانون وبالتالي فالموصى له ليس بوارث حقيقي. وبالتالي فالموصى له الظاهر والذي بيده وصية باطلة أو مزورة أو تم الرجوع فيها لا يمكن إضفاء صفة الوارث الظاهر عليه.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الوصية في قانون الأسرة وبالتالي فالموصى له لا يندرج تحت نظرية الوارث الظاهر وإنما يمكن إدراجه تحت نظرية الوضع الظاهر عامة⁽²⁰⁹⁾.

الفرع الثاني

حالات الوارث الظاهر

للوارث الظاهر حالات متعددة منها حالة الوارث الذي تصرف في التركة قبل ظهور المفقود المحكوم عليه بالموت، وحالة الوارث الظاهر الذي تصرف في التركة قبل ظهور دائن المتوفى ويستغرق دينه أموال التركة، كما يكون في حالة ظهور الوارث الحقيقي بعد تصرف الوارث الظاهر في التركة⁽²¹⁰⁾.

(208) عبد المنعم بدرابي، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، مصر، 1969، ص38.

(209) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص211.

(210) فتحة قرّة، مرجع سابق، ص83.

أولاً: ظهور المفقود بعد الحكم بوفاته

المفقود شخص انقطعت أخباره فلم يعرف مكانه ولا حياته من مماته، وهو ما أورده نص المادة 109 من قانون الأسرة. ولا يعتبر مفقوداً إلاً بحكم ولا يحكم بموت المفقود إلاً بعد مضي أربع سنوات عن فقده، وهذا ما نصّت عليه المادة 113، وذلك بعد التحري بجميع الطرق الممكنة والموصلة إلى معرفة إن كان حياً أو ميتاً.

ولا توزع تركة المفقود، ويحفظ نصيبه إذا كان شريكاً مع ورثة ولا يوزع إلاً بعد صدور الحكم بموته، وهذا ما نصّت عليه المادة 115 الفقرة الأولى من قانون الأسرة.

وقد يحكم بمماته ثم يعود للظهور بعد ذلك حياً، فإذا اتضح بعد صدور الحكم بموت المفقود أنه مازال حياً استرد منه ما كان موجوداً تحت يد الورثة إذا لم يستهلكه أو يتصرفوا فيه بالبيع، ولا يرجع عليهم بالبيع ولا يرجع عليهم بالضمان، قال الشيخ أبو زهرة: «...لأنّ المطالبة بالقيمة أساسها ضمانهم لهذه الأعباء، والضمان يكون بأحد أمرين إمّا بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة، وإمّا بالتعدي، ولا عقد أوجب الضمان، ولا تعدي - إذ إنّ أيديهم كانت يداً شرعية استولت بحكم شرعي محترم...»⁽²¹¹⁾؛ لأنّ وضع اليد عليه كان بناء على سبب مشروع وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة 115 من قانون الأسرة ويستفيد من هذه المادة أنّ المفقود إذا رجع لا يسترد الأموال التي تصرف فيها وريثه أو شركاؤه واكتسب الغير بحسن نية حقاً. وفي ذلك حماية للغير لحسن النية الذي تعامل مع وارث ظاهر وكذلك حماية للوارث الظاهر⁽²¹²⁾.

فالمشرع هنا يحمي الغير الذي اطمأن إلى الوضع الظاهر والذي لم يكن له سبيل للعلم بمخالفة هذا الوضع للحقيقة.

(211) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص224.

(212) محمد أبو زهرة، مرجع نفسه، ص224.

ثانياً: ظهور دائن للمورث يستغرق دينه أموال التركة أو بعضها

لا تركة إلا بعد سداد الدين، فلا تخلص التركة للورثة خلوصاً إلا بعد سداد الدين، وإن قسمت قبل سدادها فإنَّ القسمة تكون قابلة للنقض⁽²¹³⁾.

وقد نصّت المادة 858 من القانون المدني المصري على أن: «...دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورهم في قائمة الجرد، ولم تكن لهم تأمينات عينية على تلك الأموال لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إترائهم». ويذهب جانب من الفقه إلى أنّ هذا النصّ يطبق نظريّة الأوضاع الظاهرة تطبيقاً مباشراً؛ لأنّه يقضي بحماية الغير حسن النية، الذي اكتسب حقا من خلال تصرف الوارث في نصيبه من أموال التركة⁽²¹⁴⁾، وهو يعتبر وارثاً ظاهراً وفقاً لقاعدة: «لا تركة إلا بعد سداد الدين»⁽²¹⁵⁾، فليس له حق الإرث على جزء من نصيبه؛ لأنّ هذا الجزء من التركة كان مخصصاً لسداد ديون المورث، وبالتالي فإنّه تصرف في مال ليس له بل ملك للدائنين.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أنّ تصرف الوارث في هذه الحالة هو تصرف في ملك الغير⁽²¹⁶⁾؛ لأنّه تصرف في أموال ليست من حقه وهي أموال الدائنين، وتطبيقاً

(213) الشيخ محمد أبو زهرة، مرجع نفسه، ص 224.

(214) انظر: نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 121.

(215) - أشار إليها: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 295.

غير أن هذه القاعدة ليس متفقاً عليها بين فقهاء الشريعة؛ فالحنفية فيرون في رأي لهم أن التركة لا تنتقل إلى الورثة إذا كانت الديون تستغرقها كاملة، أما إذا لم تستغرقها فإنها تنتقل إليهم بمجرد موت المورث، ولكن الدين يبقى معلقاً بالتركة. أما عند الشافعية، والحنابلة في أشهر الروايتين، فتنتقل التركة إلى الورثة ولو كانت الديون مستغرقة لها، مع بقائها - الديون - متعلقة بالتركة.

انظر في ذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 310-311؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1427هـ - 2006م، الجزء الأول، ص 212-214.

(216) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص ص 22-26.

لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين، فلا مجال للحديث عن الوارث الظاهر بل نحن بصدد ورثة حقيقيين، وإن كانوا مسؤولين عن الوفاء بديون المورث⁽²¹⁷⁾.

لكن رغم انتقال التركة محملة بالديون فإنّ الوارث هنا يعتبر وارثاً ظاهراً، لتوفر الشواهد المادية للظاهر في هذه الحالة، وهي عدم ظهور الدائنين العاديين في قائمة الجرد، وهذه الشواهد تكفي لقيام مركز فعلي لصاحب الوضع الظاهر، ويتولد عنها اعتقاد شائع بقانونية مركز الوارث⁽²¹⁸⁾.

ثالثاً: ظهور الوارث الحقيقي بعد الاستيلاء على صفته دون وجه حق

قد تؤول تركة المتوفى إلى شخص يعتبر وارثاً شرعياً له، ويظهر أمام الكافة على أنه كذلك، إلا أنه في الحقيقة ليس كذلك. وتظهر هذه الحالة في مظهرين:

1- **حين لا يكون للمورث وارث:** فيتقدم شخص مدعياً أنه وارث ويصدق الناس في هذا الزعم⁽²¹⁹⁾.

2- **حين يكون الوارث الشرعي محجوباً بآخر أو ممنوعاً من الميراث** بتحقق أحد موانع الميراث⁽²²⁰⁾، وبالرغم من ذلك قد تصرف في المال الموروث بعد استيلائه عليه. ففي هاتين الحالتين اللتين استولى فيهما الشخص على مال التركة باعتباره وارثاً، وتصرف بناء على ذلك في المال الموروث مع الغير في الفترة ما بين توزيع التركة وظهور الوارث الحقيقي أو اكتشاف الحقيقة، يعدّ وارثاً ظاهراً، ويترتب على ذلك نفاذ التصرفات التي قام بها في حق الوارث الحقيقي حماية للغير حسن النية، ويتساوى في ذلك إن كان هذا الوارث الظاهر حسن النية أو سيئ النية⁽²²¹⁾.

(217) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 217.

(218) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع نفسه، ص 217.

(219) نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع نفسه، ص 218.

(220) فتحة قرّة، مرجع سابق، ص 86.

(221) نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع نفسه، ص 218.

رابعاً: ظهور وصية لاحقة

قد يتلقى شخص مال التركة بناءً على وصية، ثم يتضح بعد ذلك أن هناك وصية لاحقة تلغي هذه الوصية التي تصرف بناءً عليها الموصى له، أو قد يظهر بطلانها أو تزويرها⁽²²²⁾.

وهنا انقسم الفقه الفرنسي إلى رأيين في اعتبار تلك الحالة من حالات الوارث الظاهر من عدمه⁽²²³⁾؛ حيث رأى فريق عدم إطلاق صفة الوارث الظاهر على الموصى له الذي تصرف في المال الموصى له بوصية باطلة أو مزورة أو تم الرجوع عنها وأنّ تعبير الوارث الظاهر لا ينطبق إلاّ عندما يؤول الحق عن طريق الميراث الطبيعي، ونحا الجانب الغالب من الفقه عكس ذلك واعتبره وارثاً ظاهراً⁽²²⁴⁾.

أمّا الفقه المصري فالرأي الراجح عنده هو عدم اعتبار هذه الحالات للموصى له (الوصية الباطلة أو المزورة أو المرجوع عنها) ضمن حالات الوارث الظاهر، وإنّما من تطبيق لنظرية الوضع الظاهر عامّة؛ لأنّ أسباب الميراث هي الزواج والقرابة⁽²²⁵⁾.

الفرع الثالث

المالك الظاهر للمنتقولات المجبوزة

من الشروط الواجب توفرها في محل التنفيذ، أن يكون المال محل التنفيذ مملوكاً للمدين، فالمدين يضمن التزاماته بأمواله، وليس بأموال الغير، وإنّ حجز أموال الغير التي هي تحت يد المدين يعتبر اعتداءً على حق الغير لا يجيزه القانون، وتقع باطلة إجراءات التنفيذ على أموال الغير التي هي تحت يد المدين⁽²²⁶⁾، ويكون للغير أن يدافع عن حقوقه

(222) فتيحة قرّة، مرجع سابق، ص 86.

(223) نقلا عن: محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، مرجع سابق، ص 27.

(224) انظر في ذلك: فتيحة قرّة، مرجع سابق، ص 87.

(225) انظر في ذلك: نجوان عبد الستار علي مبارك، مرجع سابق، ص 219.

(226) وجدي راغب، التنفيذ القضائي، الطبعة الرابعة، دار النهضة، مصر، 1995، ص 295.

عن طريق المنازعة في التنفيذ⁽²²⁷⁾، ولكن في بعض الحالات يجوز التنفيذ على المال رغم أنه ليس مُلكاً للمدين. ومن أهم الحالات التي أقرها القانون ما نصت عليه المادة 995 من القانون المدني الجزائري، بأنه لمؤجر المباني والأراضي الزراعية حق امتياز على كل ما يوجد في العين المؤجرة من منقولات قابلة للحجز، تكفي لضمان الأجرة المستحقة لمدة سنتين من الإيجار أو لكل مدة الإيجار إن قلت عن سنتين، وينتقل حق الامتياز على جميع المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، حتى وإن لم تكن ملكاً للمستأجر، وهذا ما أقرته أيضاً المادة 501 م القانون المدني الجزائري.

كما نصت المادة 996 قانون مدني على حق صاحب الفندق في الحجز على أموال وأمتعة النزيل ومجوهراته التي أحضرها معه إلى الفندق، ولو كانت غير مملوكة له، استيفاءً للمبالغ المستحقة في ذمة النزيل⁽²²⁸⁾.

ويشترط في الحالتين - طبقاً للنصين المذكورين أعلاه- أن يكون المؤجر وصاحب الفندق حسني النية، أي لا يعلمان بوجود حق الغير على تلك الأموال المراد حجزها، وأن لا تكون مسروقة أو ضائعة من أصحابها.

فعند مباشرة الدائن لإجراءات الحجز والتنفيذ، بداهة سيحصل تنازع بين حق الدائن الحاجز في مباشرة الحجز وبين حق الغير الذي يدعي ملكية المنقولات محل الحجز، وهنا يكون حل هذا الإشكال وهذا التنازع في تطبيق نظرية الوضع الظاهر، باعتبار المستأجر أو النزيل مالكا ظاهراً لهذه المنقولات، شرط أن تتوفر فيه متطلبات تطبيق هذه النظرية، والتي يمكن أن نجملها في الآتي:

1- وجود شواهد مادية خارجية تولد الاعتقاد بأن هذه الأموال هي ملك للمدين (المستأجر أو نزيل الفندق مثلاً) دون سواه، وأن يساهم الغير - المالك الحقيقي لهذه المنقولات أو الأمتعة - بخطئه في ظهور حائزها بمظهر المالك.

(227) فتحي والي، التنفيذ الجبري، الطبعة الثانية، دار النهضة للنشر والتوزيع، مصر 1995، ص296.

(228) بوصري محمد، طرق التنفيذ من الناحية المدنية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر 2015/2014، ص532.

2- أن يكون الدائن - المؤجر أو صاحب الفندق - حسن النية، أي أنه لا يعلم بأن هذه المنقولات أو الأمتعة مملوكة للمستأجر أو النزيل وقت وضعها في العين المؤجرة ولا يؤثر في ذلك علمه اللاحق بحق الغير⁽²²⁹⁾.

3- أن لا تكون تلك المنقولات ضائعة أو مسروقة، تطبيقاً لنص المادة 836 ق م وقد ذهب البعض، و منهم عبد المنعم بدرابي إلى اعتبار أن امتياز المؤجر على المنقولات المملوكة للغير، و امتياز صاحب الفندق على الأمتعة وما وضع كأمانة في خزانة الفندق، يستند إلى قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية»⁽²³⁰⁾. غير أننا نعتقد أن حق المؤجر أو صاحب الفندق في مباشرة إجراءات الحجز والتنفيذ على هذه المنقولات رغم ملكيتها للغير وإثباته لذلك، فيستند إلى نظرية الوضع الظاهر.

فحق الامتياز الذي يقرره المشرع في المادتين 994 و 995 من القانون المدني، والذي يجيز لمؤجر العين أو صاحب الفندق الحجز والتنفيذ على هذه المنقولات، لا يجد أساسه في قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، إلا في حالة عدم منازعة الغير وادعائه لملكية المنقولات⁽²³¹⁾، أما في حالة ادعائه للملكية وإثباتها فإن قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» لا تصلح أساساً لمباشرة الدائن لإجراءات الحجز واستيفاء الدين من المدين، ومن ثم فالذي يصلح أساساً هنا هو نظرية الوضع الظاهر؛ وذلك لتوفر الركن المادي والذي ولّد اعتقاداً شائعاً ومشروعاً بأن هذه المنقولات هي ملك للمستأجر أو النزيل ومساهمة صاحب الحق بخطئه أو إهماله في ظهور المستأجر أو النزيل أمام المؤجر كأنه المالك الحقيقي.

وبسبب عدم علم المؤجر أو صاحب الفندق بأن هذه المنقولات ليست ملكاً للمستأجر أو النزيل أي حسن نية المؤجر أو صاحب الفندق، وبالتالي توفر الركن المادي والركن المعنوي لتطبيق نظرية الوضع الظاهر⁽²³²⁾.

(229) فتية قرّة، مرجع سابق، ص 159.

(230) عبد المنعم بدرابي، مرجع سابق، ص 424.

(231) محمد سعيد عبد الرحمان، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، مصر، 2008، ص 219.

(232) محمد سعيد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 220.

وإن كان الدكتور محمود زاوي يشير إلى أن: «نظرية الوضع الظاهر هي آخر وسيلة يلجأ إليها القاضي، فإذا وجد سنداً قانونياً فلا داعي لها»⁽²³³⁾، وأنّ المنقولات المادية التي تخضع لقاعدة الحيّزة في المنقول سند الملكية تخرج عن النظرية العامة للظاهر، مؤيداً بذلك الرأي القائل بأنّ حق الامتياز على الموجودات في العين المؤجرة التي نصّت عليه المواد 501 و995 و996 من القانون المدني، وأساسه القاعدة الشهيرة «الحيّزة في المنقول سند الملكية» والتي أخذ بها المشرّع الجزائريّ، ونصّ عليها في المادة 835 من القانون المدني، وليس تطبيقاً من تطبيقات نظرية الوضع الظاهر.

(233) محمود زاوي، مرجع سابق، ص 149.

خاتمة

من خلال دراستنا هذه، توصلنا إلى أنّ نظرية الوضع الظاهر نظرية تستمد عناصرها من التنازع الجاري بين الواقع المخالف للقانون، والذي لا يمكن التّضحية به وتركه دون حماية وإهدار حق من تمسك به من ناحية، وبين المركز الحقيقي القانوني الذي يحميه القانون من جهة أخرى. هذا النزاع بين هذين المركزين - المركز الفعلي الواقعي والمركز الحقيقي القانوني - ولد النظرية التي إنما جاءت للتوفيق بين القانون والواقع، إذ ليس من العدالة والمنطق أن نخضع الواقع إلى القانون المجرد حتى وإن كان يتعارض مع روح العدالة التي ينشدها روح القانون، كما لا يعقل التوسع في تغليب الواقع على حساب القانون الذي ينظم شؤون المجتمع بقواعده المعروفة (العامة والمجردة) فتضيع الثقة في القانون؛ مما يؤدي أيضا إلى إهدار الحقوق.

وعلى ذلك فإنّ نظرية الوضع الظاهر هي نظرية مستحدثة، أنشأها القضاء عندما واجهته بعض القضايا التي لا يوجد فيها نص واضح لتطبيقه عليها، فاجتهد من أجل تحقيق العدالة والمحافظة على الثقة واستقرار المعاملات، وكذا تغليب مصلحة المجتمع على المصلحة الفردية في مختلف الجوانب: القانونية، الاجتماعية، الأخلاقية.

ولتطبيق هذه النظرية حدّد القضاء شروطاً دقيقة وصعبة، مضيّقاً سبل تطبيقها إلى أقصى حدّ. وقد نساء، لماذا القضاء وليس المشرّع؟ والجواب على ذلك كان في البدء أن القضاء هو أول من استحدث وطبق وسبب أحكامه على أساس الظاهر، وأخذ الفقه على عاتقه شرح وتبني هذه النظرية، ووضع شروط تطبيقها والتأسيس لها، وتحديد أركانها وتمييزها عما يشابهها من نظريات.

وإن كان مجال الفقه القانوني واسعاً، فإن من تصدّى لهذه النظرية عدد قليل من الفقهاء على مستوى الوطن العربي، وكان فقهاء القانون المصريون هم أول من تبني هذه النظرية ودعوا إلى تطبيقها، مما أدى بالمشرع إلى تبني بعض النصوص القانونية المستمدة من هذه النظرية. أما في الجزائر فلم نجد خلال بحثنا هذا من تبني هذه النظرية، ولم نعثر على أحكام قضائية استندت إلى نظرية الوضع الظاهر.

أما على المستوى التشريعي، فإننا نجد أن هناك بعض النصوص القانونية أوردها المشرع الجزائري تعدّ تطبيقًا لنظرية الظاهر، كالمادة 76 والمادة 885 والمادة 827 القانون المدني الجزائري.

إن صلاحية نظرية الظاهر لأن تكون مصدرا من مصادر كسب الحق، أو كسب الملكية، هو أمر في غاية الخطورة؛ لأنه يهدر حقًا قانونيًا ويكسب حقًا فعليًا، فالتوسع في تطبيقها يؤدي إلى إفقاد الثقة في القواعد القانونية المقننة، وهذا شيء خطير على استقرار المجتمع، وهو المنشود عند تطبيق نظرية الوضع الظاهر؛ لذا يجب تحديد أركان وحالات تطبيق نظرية الوضع الظاهر، وجعلها معلومة لدى الكافة، وخاصة رجال القانون.

أما التطبيقات التي قمنا بدراستها في هذا البحث لنظرية الوضع الظاهر فهي: حالة المالك الظاهر بكل مكوناته، من مالك مهددة ملكيته بالزوال وحالاته المتعددة، أو الوارث الظاهر، والذي يعتبر مالكا ظاهرا عندما يفقد ما ورثه، وأيضا المالك الظاهر للمنقولات المحجوزة، وكذا الوكالة الظاهرة التي عرفناها وبيننا حالاتها. والنظرية لا تقتصر على ما ذكرنا، فإن هناك مجالات أخرى لتطبيقها في مختلف فروع القانون مثل: المؤجر الظاهر، وربّ العمل الظاهر، والشركة الظاهرة، والحالة الظاهرة في القانون، والمحامي الظاهر؛ وهذه أحكام تستحق البحث والدراسة.

ومما سبق نخلص إلى القول بأن الأخذ بنظرية الوضع الظاهر أصبح ضرورة ملحة لا بدّ أن يُوليها المشرع والقضاء والفقهاء الجزائريّ العناية اللاّزمة، مع التأمي وتوخي الحيطة في التوسع فيها، وأنه على الجامعة إدراجها في المقررات الدراسية لتلقينها لطلبة القانون من أجل التعريف بها، على غرار ما هو موجود في الدول التي تبنت هذه النظرية، والاستفادة من مزاياها ومواكبة التطور القانوني.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

I- القرآن الكريم: رواية حفص عن عاصم، مصحف المدينة للنشر الحاسوبي، مجمع الملك فهد.

II- السنّة النبوية:

1- محمد بن إدريس الشافعي، مسند الإمام الشافعي، ترتيب: محمد عابد السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1370هـ - 1951م.

2- محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ترقيم وترتيب: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، 1422هـ.

3- محيي الدين يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1347هـ - 1929م.

4- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1412هـ - 1991م.

III- التفسير:

احمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، مكتبة مصطفى الباي الحلبي، الجزء 5، ط1، مصر، 1946.

IV- الفقه وأصوله:

1- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، روضة الناظر وجنة المناظر، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413هـ - 1993م.

- 2- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ - 2003م.
- 3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1409هـ - 1989م.
- 4- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، الكويت، 1427هـ - 2006م.

V- معاجم اللّغة والقواميس

- 1- إبراهيم أنيس، عبد الحلیم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مجمع اللّغة العربية.
- 2- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، لبنان.
- 3- إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللّغة والعلوم، تقديم الشيخ عبد الله العلايلي، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، لبنان.

ثانياً: المراجع

أ- باللّغة العربية:

I- الكتب

- 1- إبراهيم العشماوي داتين، تطور الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، 1998.
- 2- أبو جمعة محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، دار المعارف، مصر.
- 3- إسماعيل سرکوت، الظاهر ودوره في الإثبات دراسة مقارنة في القانون الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2009.

- 4- أنور ياسين محمد الجبوري، شرح القانون المدني، الجز الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2006.
- 5- جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها واحكامها وتنازع القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1980.
- 6- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة، القاهرة، 1981.
- 7- حمدي عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الارادية للالتزام، العقد والرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
- 8- حامد النفاوي، الوجيز في قانون التسجيل العيني، الطبعة الأولى، دار الميزان، تونس، 2012.
- 9- سعودي سرحان، فكرة ممثل الشركة الظاهر بين المنطق القانوني المجرد وضرورات الحياة العملية، دار ياسر للطباعة، مصر، 2000.
- 10- رمضان بوعبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 11- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، المجلد الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار الثقافة، لبنان.
- 12- سعودي سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية للمتعاملين مع الشركات التجارية في القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
- 13- سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام، مصر، 1989.
- 14- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام و الاثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2009.
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- 16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع: العقود الواردة على العمل، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- 17- عبد الستار علي مبارك نجوان، الوضع الظاهر في القانون المدني، مصدر جديد من مصادر الالتزام غير الإرادية، دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة.
- 18- عبد الفتاح حليبة سلامة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، لبنان.
- 19- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1984.
- 20- عبد المنعم بدرأوي، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، مصر، 1969.
- 21- عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات ابن جوزية، بيروت 2006.
- 22- علي جلال العدوي، اصول المعاملات، المكتبة المصرية الحديثة، مصر، 1967.
- 23- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 24- علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 2007.
- 25- فتحي والي، التنفيذ الجبري، الطبعة الثانية، دار النهضة للنشر والتوزيع، مصر، 1995.
- 26- فتيحة قره، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، مصر، 1988.
- 27- لوزان أمين الحاج سليمان، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2017.
- 28- محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، نظرية الوارث الظاهر، أركان الظاهر كمظهر للحق، مكتبة الجلاء، مصر، 1992.
- 29- محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

- 30- محمد بودالي، عيبا الغلط والتدليس في القوانين العضوية والفقہ الإسلامي، الجامعة الأردنية، 1989.
- 31- محمد سعيد عبد الرحمان، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، مصر، 2008.
- 32- محمد شتا أبو السعد، الموجز العلمي في الصورية في ضوء أحكام النقص، دار الفكر الجامعي، مصر.
- 33- محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، الوكالة في التصرفات القانونية، أحكام الوكالة، أركان الوكالة، الآثار التي تترتب على الوكالة انتهاء الوكالة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 34- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الثانية، دار الهدى، 2012.
- 35- محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقہ، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963.
- 36- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 1985.
- 37- نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية المنظمة العربية للثقافة والعلوم التابعة للجامعة العربية، 1977.
- 38- وجدي راغب، التنفيذ القضائي، الطبعة الرابعة، دار النهضة، مصر، 1995.

II- الرسائل العلمية

- 1- إيمان زكري، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2107.
- 2- فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1992.

- 3- عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة والمظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليها من أثر، أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، جامعة القاهرة، 1955.
- 4- مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1987.
- 5- محمود زاوي، نظرية الوضع الظاهر في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1998.

III- النصوص القانونية

- 1- أمر رقم: 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد: 78، مؤرخة في 1975/09/20 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07-05، المؤرخ في 13/05/2007.
- 2- أمر رقم: 75-74 المؤرخ في 8 ذو القعدة 1395، الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج. ر عدد: 92 الصادرة بتاريخ الثلاثاء 14 ذو القعدة 1395، الموافق 18 نوفمبر سنة 1975.
- 3- مرسوم 76-63 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396، الموافق 25 مارس سنة 1976، يتعلّق بتأسيس السجل العقاري ج. ر عدد: 30 الصادرة بتاريخ 13 ربيع الثاني عام 1396، الموافق 13 أبريل سنة 1976.

IV- مراجع باللغة الفرنسية:

- Henri Capitant et al, les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 1, Dalloz, 13e édition, Paris, 2015.
- Jacques Mestre, Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne, Revue trimestrielle de droit civil, 1990, Chroniques
- Joseph Adrien Rogron, le code civil expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence, société typographique Belge, Bruxelles, 1838.
- François Terré, Yves Lequette, mandat apparent. conditions. tiers. croyance légitime. pouvoirs du mandataire, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11e édition, 2000.

-Le code civil Français.

٧- المواقع الالكترونية

<https://books.openedition.org/putc/298#ftn9>

فهرس المحتويات

1.....	مقدمة:
5.....	الفصل الأول: مفهوم نظرية الوضع الظاهر
6.....	المبحث الأول: تحديد المقصود بالوضع الظاهر
6.....	المطلب الأول: تعريف الوضع الظاهر
6.....	الفرع الأول: تعريف الوضع الظاهر لغة واصطلاحاً
6.....	أولاً: تعريف الوضع لغة:
7.....	ثانياً: تعريف الظاهر لغة
7.....	ثالثاً: تعريف الوضع الظاهر اصطلاحاً
8.....	الفرع الثاني: تعريف الظاهر في الفقه الإسلامي والقانون
8.....	أولاً: الوضع الظاهر في الكتاب والسنة
10.....	ثانياً: الظاهر في الفقه الإسلامي
10.....	ثالثاً: الظاهر في القانون
12.....	المطلب الثاني: أركان نظرية الوضع الظاهر
12.....	الفرع الأول: الركن المادي للوضع الظاهر
13.....	أولاً: تعريف الركن المادي للظاهر
13.....	ثانياً: عناصر الركن المادي للظاهر
13.....	1- المظهر الناتج عن الرضا:
14.....	2- المظهر الناتج عن واقعة قانونية:
14.....	3- المظهر الناتج عن الشّهر العقاري:
15.....	الفرع الثاني: الركن المعنوي للوضع الظاهر
15.....	أولاً: حسن النية
15.....	1- تعريف حسن النية:

- أ - حسن النية تبعاً للمعيار الشخصي: 17
- ب - حسن النية وفق المعيار الموضوعي: 18
- 2- الغير في الوضع الظاهر: 19
- 3- معيار قياس حسن النية: 20
- ثانياً: الغلط الشائع 22
- 1- الغلط في القانون والغلط في الواقع 22
- المبحث الثاني: الأساس القانوني لنظرية الوضع الظاهر 27
- المطلب الأول: الأساس الذي ينسب لصاحب الحق 27
- الفرع الأول: النيابة أساس نظرية الوضع الظاهر 27
- الفرع الثاني: الصورية أساس نظرية الوضع الظاهر 29
- الفرع الثالث: المسؤولية التصريحية أساس لنظرية الوضع الظاهر 31
- أولاً: النظرية الشخصية (الخطأ أساس المسؤولية) 32
- ثانياً: النظرية الموضوعية (تحمل التبعة) 33
- المطلب الثاني: الأساس القانوني الذي ينسب للغير 36
- الفرع الأول: الأساس الذي ينسب إلى عناصر الظاهر 36
- أولاً: العنصر المعنوي: 36
- ثانياً: العنصر المادي (المظهر) 39
- الفرع الثاني: العدالة ونظرية استقرار المعاملات أساسان للظاهر 40
- أولاً: العدالة كأساس لنظرية الوضع الظاهر 40
- ثانياً: المصلحة العامة واستقرار المعاملات كأساس لنظرية الظاهر 41
- الفصل الثاني: نطاق تطبيق نظرية الوضع الظاهر 43
- المطلب الأول: مفهوم الوكالة 45
- الفرع الأول: تعريف الوكالة الظاهرة 45
- الفرع الثاني: تمييز الوكالة الظاهرة عن ما يشبهه به من أنظمة 47

- 47.....أولاً: تمييز الوكالة الظاهرة عن الوكالة العادية.
- 47..... أ. الوكالة الظاهرة والوكالة الصريحة:
- 48..... ب. الوكالة الضمنية والوكالة الظاهرة:
- 49..... ثانياً: تمييز الوكالة الظاهرة عن إقرار الموكل.
- 49..... ثالثاً: تمييز الوكالة الظاهرة عن الفضالة.
- 50..... الفرع الثالث: شروط الوكالة الظاهرة.
- 51..... أولاً: أن يعمل الوكيل باسم الموكل خارج حدودها أو دون إنابة.
- 51..... ثانياً: حسن نية الغير.
- 52..... ثالثاً: قيام مظهر خارجي للوكالة منسوب للموكل.
- 52..... **المطلب الثاني: حالات الوكالة الظاهرة**
- 53..... **الفرع الأول: تجاوز الوكيل حدود الوكالة**
- 53..... أولاً: الوكالة على بياض.
- 54..... ثانياً: الوكالة المصوغة بعبارات غامضة وغير منضبطة.
- 55..... ثالثاً: الوكالة الدائمة.
- 56..... **الفرع الثاني: استمرار عمل الوكيل بعد انقضاء الوكالة**
- 57..... أولاً: الانتهاء الإرادي.
- 57..... ثانياً: الانتهاء الطارئ.
- 60..... **الفرع الثالث: عدم وجود عقد وكالة**
- 60..... أولاً: انعدام الوكالة.
- 61..... ثانياً: بطلان الوكالة.
- 63..... **المبحث الثاني: الملكية الظاهرة**
- 63..... **المطلب الأول: الملكية الباطلة والملكية مهددة بالبروال**
- 63..... **الفرع الأول: الملكية القائمة على سند باطل**

- 65.....الفرع الثاني: الملكية المهددة بالرّوال
- 65.....أولا: الملكية المعلقة على شرط
- 66.....ثانيا: الملكية القابلة للفسخ
- 66.....ثالثا: الملكية القابلة للإبطال
- 67.....الفرع الثالث: دور الظّاهر في مجال الملكية الباطلة والمهددة بالرّوال
- 71.....المطلب الثاني: الوارث الظّاهر والمالك الظّاهر للمنتقولات المحجوزة
- 71.....الفرع الأوّل: التعريف بالوارث الظّاهر
- 71.....الفرع الثاني: حالات الوارث الظّاهر
- 73.....أولا: ظهور المفقود بعد الحكم بوفاته
- 74.....ثانيا: ظهور دائن للمورث يستغرق دينه أموال التركة أو بعضها
- 75.....ثالثا: ظهور الوارث الحقيقي بعد الاستيلاء على صفته دون وجه حق
- 76.....رابعا: ظهور وصية لاحقة تلغي الأولى
- 76.....الفرع الثالث: المالك الظّاهر للمنتقولات المحجوزة
- 80.....خاتمة
- 82.....قائمة المصادر والمراجع
- 89.....فهرس المحتويات