الدكتور عبد المجيد الزروقي

أحكام الغلط

دراسة في المنهجية التشريعية



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
أسسها محمد علي بيضون
سنة 1971 بيروت - لبنان
DKi

د. عبد المجيد الزّرّوقي

أحكام الغلط

(دراسة في المنهجية التشريعية)

دار الكتب العلميّة
بيروت
2010



مواضعات

ج	جزء
ص	صفحة
ط	طبعة
عدد	الفقرة عدد
ق. ت	مجلّة القضاء والتّشريع
م	ميلادي
م. أ. ش	مجلّة الأحوال الشّخصيّة
م. ا. ع	مجلّة الالتزامات والعقود
المشروع	المشروع الأوّلي للمجلّة المدنيّة والتّجارية التّونسيّة 1897
المشروع المُرَاجَع	المجلّة المدنيّة والتّجاريّة التّونسيّة. مشروع قبلي 1899 (له ترجمتان أسميتا في هذا العمل: التّرجمة الكاملة – التّرجمة النّاقصة)
م. م. ف	المجلّة المدنيّة الفرنسيّة
ن. م. ت	نشريّة محكمة التّعقيب
هـ	هجري

Art.	Article
Arch. Ph. Dt.	Archives de philosophie du droit
Cass.	Arrêt de la cour de cassation
C. Civ.	Code civil
Civ.	Chambre civile
C. O. C.	Code des obligations et des contrats
D.	Dalloz
D. O. C.	Dahir formant code des obligations et des contrats
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J. C. P.	Jurisclasseurs périodiques (semaine juridique)
Mém.	Mémoire
N°.	Numéro
P.	Page
R. R. J.	Revue de la recherche juridique (Droit prospectif)
R. T. D.	Revue tunisienne de droit
Rev. int. dt. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. trim. dt. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Sirey

(et) s.	et suivant
T.	Tome
Th.	Thèse de doctorat
Trav. Ass. H. CAPITANT	Travaux de l'Association Henri CAPITANT

المخطّط العامّ

الجزء الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط

العنوان الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط التلقائي
الفصل الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في صور الغلط التّلقائي
الفصل الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي

العنوان الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث
الفصل الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصلين 56 و57
الفصل الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصل 60

الجزء الثّاني**:** الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط

العنوان الأوّل: الإحكام في الأحكام المذكورة تصريحا: مراتب المؤيِّدات
الفصل الأوّل: الإحكام في مرتبة غير الصّحيح
الفصل الثّاني: الإحكام في مرتبة الصّحيح

العنوان الثّاني: الإحكام في الأحكام المطويّ ذكرها: آثار مراتب المؤيِّدات
الفصل الأوّل: الإحكام في آثار مراتب المؤيِّدات غير المتعلّقة بالزّمن
الفصل الثّاني: الإحكام في أثر مراتب المؤيِّدات المتعلّق بالزّمن

مقدّمة

1. تندرج أحكام الغلط ضمن الأحكام المتعلّقة بالإرادة.

والإرادة[1] قسمان[2]:

---

[1] جاء في لسان العرب (محمّد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، و 630 هـ / ت711 هـ، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط 1): " أراد الشّيء شاءه (ج 3، ص 188) [...] الإرادة صفة توجب للحيّ حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه. وفي الحقيقة هي ما لا يتعلّق دائما إلاّ بالمعدوم فإنّها صفة تخصّص أمرا ما لحصوله ووجوده كما قال الله تعالى: ﴿**إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ**﴾ (ج 3، ص 191) [...] الشّهوة أبلغ من الإرادة والعقلاء مجمعون على أنّ الشّهوة غير محمودة البتّة فأمّا المراد فمنه محمود ومنه غير محمود (ج 6، ص 162)[...] الحرص شدّة الإرادة والشّره إلى المطلوب وقال الجوهري الحرص الجشع (ج 7، ص 11)".

انظر أيضا: المناوي (محمّد عبد الرّؤوف)، التّوقيف على مهمّات التّعاريف، تحقيق: محمّد رضوان الدّاية، بيروت/ دمشق، دار الفكر المعاصر/ دار الفكر، 1410 هـ، ط 1، ص 48: "الإرادة صفة توجب للحيّ حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه. ولا يتعلّق دائما إلاّ بمعدوم فإنّها صفة تخصّص أمرا بحصوله ووجوده، ذكره ابن الكمال وقال الرّاغب في الأصل قوّة مركّبة من شهوة وحاجة وأمل وجعلت اسما لنزوع النّفس إلى الشّيء".

وانظر كذلك: الجرجاني (علي بن محمّد بن علي)، التّعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، بيروت، دار الكتاب العربي، 1405 هـ، ط 1، ص 30: "وأراد الشّيء أحبّه وعني به. والاسم الرّيد. وفي حديث عبدا إنّ الشّيطان يريد ابن آدم بكلّ ريدة أي بكل مطلب ومراد. يقال أراد يريد إرادة والرّيدة الاسم من الإرادة والإرادة المشيئة".

وانظر أخيرا: الشّيخ علي المشكيني، اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، قم، النّاشر: دفتر نشر الهادي، ط 5، 1413 هجري قمري/1371 هجري شمسي: **الإرادة**: " هذه الكلمة موضوعة لغة واصطلاحا **لصفة خاصّة من صفات النّفس تتعلّق بإيجاد فعل أو تركه، وتكون علّة تامّة لتحقّق ذلك في الخارج.**

ولهذه الصّفة **مقدّمات** تحصل في النّفس قبل حصولها، كما أنّ لها **معلول** ومسبّب يوجد في الخارج بعد وجودها:

أمّا **المقدّمات**: فمنها: **تصوّر** فعل شيء أو تركه.

ومنها: **الميل** إليه المسمّى بهيجان الرّغبة.

ومنها: **التّصديق** بحسنه وعدم البأس في صدوره بالتّفكّر في مصلحة الصّدور ودفع مفسدته.

ومنها: **الجزم** به والعزم عليه وهي الحالة الشّبيهة بالإرادة المتّصلة بها.

وبعد كمال تلك المقدّمات يتكوّن في النّفس **شوق مؤكّد يقتضي تحريك المريد نحو المراد أو مقدّمته ويكون موجبا لحركة العضلات إليه، ويسمّى ذلك الشّوق بالإرادة [...]**

وأمّا **معلولها** فقد علم أنّه **حركة عضلات المريد نحو المراد أو نحو مقدّماته فيما كان فعليّا**.

ثمّ إنّها **تقسّم بتقسيمات**:

الأوّل: تقسيمها إلى **الإرادة الفعليّة والإرادة الاستقباليّة**. فالأولى: هي التي تتعلّق بأمر حالي كما إذا أراد الإنسان تحريك يده [...] والثّانية: هي التي تتعلّق بأمر استقبالي، كما إذا أراد الإنسان [...] السّفر بعد يوم [...]

الثّاني: تقسيمها إلى **الإرادة الحقيقيّة والإرادة الإنشائيّة** وهذا التّقسيم مبنيّ على تخيّل كون لفظ الإرادة مترادفا مع الطّلب وحسبان أن لمعناهما مصداقين، مصداقا حقيقيّا هي الصّفة النّفسانيّة المذكورة آنفا، ومصداقا إنشائيّا هو الطّلب الإنشائي والإرادة الإنشائيّة وسيجيء الكلام فيه.

الثّالث: تقسيمها إلى **الإرادة التّكوينيّة والإرادة التّشريعيّة**. فالأولى: إرادة الشّخص صدور الفعل عنه بنفسه بلا تخلّل إرادة غيره في صدوره، كما في إرادة الله تعالى خلق العالم وإيجاد الأرض والسّماء، وكإرادتك أكلك وشربك [...] والثّانية: إرادة الشّخص صدور الفعل عن غيره بإرادته واختياره كما في إرادة الله تعالى صدور العبادات والواجبات من عباده باختيارهم وإرادتهم، لا مجرّد حصولها بأعضائهم وصدورها بأبدانهم بدون تخلّل القصد منهم، وكما في إرادتك صدور الفعل من ابنك [...] بلا إجبار منك وإلجاء [...] تنبيهان: [...] الثّاني: هل الطّلب والأمر لفظان موضوعان للمعنى الذي وضع له لفظ الإرادة فالجميع ألفاظ مترادفة حاكية عن معنى واحد، أو هما موضوعان لمعنى آخر هو البعث والتّحريك نحو فعل أو ترك، سواء كان بعثا خارجيّا كجرّ المأمور قسرا نحو المأمور به، أو بعثا اعتباريّا منشئا باللفظ كقوله اضرب أو اشرب، فهما في أنفسهما مترادفان ومعناهما يباين معنى الإرادة إذ البعث والتّحريك الفعلي أو الإنشائي غير الصّفة المتأصّلة الحاصلة في النّفس، وجهان [...] لكن الأظهر هو الثّاني.

الرّابع: تقسيمها إلى **الإرادة الاستعماليّة والإرادة الجدّيّة**.

فالأولى إرادة المتكلّم استعمال اللفظ في المعنى، والثّانية إرادته المعنى المستعمل فيه اللفظ.

واعلم أنّه ربما يعلم أنّ المتكلّم استعمل اللفظ في معنى من المعاني ويشكّ في أنّه هل أراد المعنى المستعمل فيه حقيقة أم رتّب عليه الحكم في الكلام ظاهرا فقط، فيقال حينئذ إنّ الإرادة الاستعماليّة محقّقة موجودة والإرادة الجدّيّة مشكوكة بمعنى أنّ استعمال اللفظ في المعنى ثابت وقصد المعنى مشكوك، فالمراد من الإرادة الاستعماليّة نفس استعمال اللفظ في معناه، فإذا ورد أكرم العلماء [...] نحكم باستعمال كلمة العلماء في معناها الحقيقي أعني الاستغراق [...] ثمّ إذا شككنا في أنّه هل أراد جميع الأفراد جدًّا أم لم يرد الفسّاق من العلماء [...] نقول إن الإرادة الجدّيّة بالنّسبة إلى العالم الفاسق [...] مشكوكة. ثمّ إنّ للعقلاء في هذه الموارد أصلا كليّا يعملون به، وهو **بناؤهم على تحقّق الإرادة الجدّيّة في مورد الشّك وتطابقها مع الاستعماليّة**، ويسمّيه

الأصوليّون بأصالة التّطابق بين الإرادتين. وحيث إنّه ينتزع من الإرادة الاستعماليّة الحكم بمرتبته الإنشائيّة ومن الإرادة الجدّيّة الحكم بمرتبة الفعليّة والتّنجّز تكون نتيجة بنائهم على تحقّق الإرادة الجدّيّة، البناء على فعليّة الحكم والعمل عليه.

ثمّ إنّه لو ظهر بعد ذلك وجود الإرادة بنحو القطع يعلم بكون الحكم بإكرام الفسّاق مثلا حكما فعليّا واقعيّا، ولو ظهر عدمها كما لو فرض الظّفر بمخصّص ينكشف كون الحكم بوجوب إكرام الفسّاق حكما إنشائيّا محضا.

ثمّ إنّ هذا كلّه لو قلنا بأنّ تخصيص العامّ وتقييد المطلق لا يخرجهما عن حقيقتهما، بل التّخصيص مثلا تصرّف في الإرادة لا في الاستعمال، وأمّا على مبنى المشهور فالتّلازم بين الإرادتين ثابت، فإذا ظهر تخصيص فرد فكما يحصل العلم بعدم تعلّق الإرادة الجدّيّة له يحصل العلم بعدم الاستعمال أيضا، ولو شكّ في التّخصيص شكّ في الإرادتين، وأهل هذا المبنى أيضا يدّعون أنّ هنا أصلا عقلائيّا هو بناؤهم على استعماله في العموم وإرادته، ويسمّونه بأصالة العموم وهي من مصاديق أصالة الحقيقة كما سيجيء تحت عنوان الأصل".

وبعبارة تختصر ما جاء للتّوّ:

"[...] للمتكلّم إرادتين:

الأولى الإرادة الاستعماليّة التي تُعدّ مقوّمة للاستعمال، وهو إطلاق اللفظ وإرادة معناه، ويشترك فيه كلّ من يتكلّم عن شعور وإرادة (سنشير بعد قليل إلى أنّ المقصود المميِّز) من غير فرق بين الهازل والممتحِن وذي الجِدّ.

ثمّ إنّ له وراء تلك الإرادة إرادة أخرى، وهي ما يعبّر عنها بالإرادة الجدّيّة.

فتارة لا تتعلّق الإرادة الجدّيّة بنفس ما تعلّقت به الإرادة الاستعماليّة، كما في الهازل [...]

وأخرى تتعلّق الأولى بنفس ما تعلّقت به الثّانية". جعفر السُّبحاني، الموجز في أُصول الفقه / الجزء الأوّل والثاني، مؤسسة الإمام الصادق عليه السّلام، 1420 هـ. ق، ط. 2، ص 189 و190.

وإنّ لهذا التّقسيم للإرادة (استعماليّة/جدّيّة) علاقة بما سيأتي للتوّ. إذ سنرى أنّ هنالك صورا إرادة الاستعمال فيها موجودة، أمّا الإرادة الجدّيّة فغير موجودة (على المشهور حين نعلم أنّ الإرادة الجدّيّة غير موجودة بالنّسبة إلى أمر ما نعلم أنّ الإرادة الاستعماليّة غير موجودة بالنّسبة إلى ذلك الأمر). ثمّ إنّ هذه الصّور قسمان: قسم للعلم بأنّ الإرادة الجدّيّة غير موجودة وهنا نجد الإكراه، إلخ (ونجد مادّة التّأويل وتحديدا مسألة المجاز). وقسم لعدم العلم بأنّ الإرادة الجدّيّة غير موجودة وهنا نجد الغلط. وإنّ الأصل هو التّطابق بين الإرادة الاستعماليّة والإرادة الجدّيّة، بمعنى أنّ وجود الأولى ينجرّ عنه وجود الثّانية. لذلك يقال إنّ الأصل عدم الإكراه، وعدم الغلط، إلخ؛ أي إنّ الأصل الصّحّة (وفي مادّة التّأويل الأصل عدم المجاز، أي الأصل الحقيقة). ولذلك أيضا يستدعي الإكراه، والغلط، إلخ الإتيان بدليل عليه. فالأصل لا يتطلّب التّدليل عليه، أمّا الخروج عن الأصل فيتطلّب ذلك.

انظر أيضا حول الإرادة:

اليزدي (محمّد تقي مصباح)، المنهج الجديد في تعليم الفلسفة. ترجمة محمّد عبد المنعم الخاقاني، بيروت، دار التّعارف للمطبوعات، 1998، ج 2، ص 428: "إنّ الأفعال الاختياريّة للإنسان تتمّ عادة بهذه الصّورة، حيث يظهر أوّلا تصوّر للفعل ونتيجته، ويتمّ التّصديق بمقدّميّة الفعل لحصول النّتيجة والفائدة المترتّبة عليه، ثمّ يحصل الشّوق في النّفس إلى الخير والكمال والفائدة المترتّبة على الفعل، وفي ظلّ ذلك ينبع الشّوق إلى الفعل نفسه. وفيما إذا كانت الشّروط متوفّرة والموانع مفقودة فإنّ الشّخص يتّخذ القرار للقيام بالفعل، وفي الحقيقة فإنّ العامل الأصلي والمحرّك الواقعي لإنجاز الفعل هو الشّوق إلى فائدته، ولهذا لا بدّ من عدّ العلّة الغائيّة هي الشّوق، ويسمّى متعلّقه بالعلّة الغائيّة مجازا وبالعرض. لكنّه لا ينبغي أن يُتصوّر أنّ كون هذه المراحل ضروريّة في كلّ فعل اختياري، بحيث إذا كان الفاعل فاقدا للعلم الحصولي والشّوق النّفساني فإنّ فعله لا يكون اختياريّا أو ليس له علّة غائيّة، وإنّما الضروري في كلّ فعل اختياري هو مطلق العلم والحبّ، سواء أكان علما حضوريّا أم حصوليّا، وسواء أكان شوقا زائدا على الذّات أم كان حبّا هو عين الذّات". وقبل هذا المقتطف قال المؤلّف (ج 2، ص 89): "الكلمة الإرادة معنى عامّ يرادف تقريبا الحبّ والرّغبة، وبهذا المعنى تستعمل في مورد الله تعالى، كما أنّها تعرف في مورد الإنسان بعنوان كونها كيفيّة نفسانيّة (في مقابل الكراهة)، ومن هذه الجهة فهي مثل العلم الذي يشمل من – ناحية – العلم الذّاتي الإلاهي، ويشمل - من ناحية أخرى – العلوم الحصوليّة للإنسان التي تعتبر من قبيل الكيفيّات النّفسانيّة".

انظر كذلك حول الإرادة:

"لابي" (بول)، منطق الإرادة (باللغة الفرنسيّة)، مكتبة الفلسفة المعاصرة، باريس، "فيليكس ألكان،1902.

LAPIE (Paul), Logique de la volonté, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, Félix Alcan, 1902.

"سالتال" ("فيليب") (تحت إدارة)، الإرادة (باللغة الفرنسيّة)، باريس، إلليبس، 2002.

SALTEL (Philippe) (ouvrage dirigé par), La volonté, Paris, Ellipses, 2002.

"فاغارو" (فرانس)، الإرادة، (باللغة الفرنسيّة)، باريس، أرمان كولين، 2002.

FAGARO (France), La volonté, Paris, ARMAND COLIN, 2002.

وإنه ليوجد بهذا الكتاب ما يلي: " الإرادة [...] يمكن أن تعرّف بأنها القدرة على اتخاذ قرار بإتيان فعل. فالفعل الإرادي هو قبل كلّ شئ فعل عمدي، أي فعل يسبقه ويحكمه مشروع واع. وطبقا لهذا التعريف يفرّق عموما داخل كلّ فعل إرادي تامّ بين **أربع مراحل متتالية: تصوّر الهدف المزمع بلوغه، التفكّر، العزم أو القرار،**

إرادة التّعبير[3] وإرادة الأثر[4].
وقد تغيب إرادة التّعبير بصفة مطلقة[5]، وقد تغيب بصفة نسبيّة[6].

التنفيذ. وتصوّر الهدف [...] (هو) تمثّل مسبق لما نشتهي تحقيقه [...] والتّفكّر (هو) فحص الأسباب التي تدفعنا للتّصرف بهذه الطّريقة أو تلك [...]" (ص 13).
« [...] la volonté [...] on peut la définir comme le pouvoir de se déterminer à agir. L'acte volontaire est avant tout un acte intentionnel, c'est-à-dire un acte précédé et déterminé par un projet conscient. Conformément à cette définition, on distingue, généralement, dans tout acte volontaire complet, quatre phases successives: *la conception* du but à atteindre, *la délibération*, la détermination ou *décision*, *l'exécution*. La conception du but [...] (c'est) la représentation préalable de ce que l'on désire accomplir [...] La délibération (c'est l') examen des raisons que nous pouvons avoir d'agir de telle ou de telle manière [...] » (p. 13).
كما نجد بنفس الكتاب: « **إنّ سيسرون [...] هو أفضل من عرّف الإرادة: " حالما تتمثل صورة شيء، أيّا كان الشّيء، ويظهر كونه حسنا، فالطّبيعة نفسها تدفعنا لأن نجرّب بلوغه. وحين يكون هذا التّوجّه متأتّيا من ثبات وحكمة [...] فنحن نسمّيه إرادة" [...] (والرّواقيّون يرون أنّ الإرادة) لا توجد إلا لدى العقلاء، ويعطونها التّعريف التّالي: الارادة هي رغبة مصحوبة بالعقل**» (ص 37).
« C'est [...] CICÉRON qui a le mieux défini la *voluntas* [...]: " Dès que se présente l'image d'une chose, quelle quelle soit, qui parait bonne, la nature même nous pousse à essayer de l'atteindre. Lorsque cette tendance procède avec *constance* et *sagesse* [...] nous l'appelons *voluntas*"[...] (Les stoïciens) pensent qu'elle ne se rencontre que chez le sage, et en donnent la définition suivante: la *voluntas* est un désir accompagné de raison. » (p. 37).

[2] انظر إلى سوار (محمد وحيد الدين): التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، عمان. الأردن، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 1998، ص 443 وما بعدها.

[3] أي "أن الشّخص الذي تصدر منه عبارة معيّنة، أو فعل معيّن، أو يتخذ موقفا معيّنا من شأنه أن ينتج أثرا شرعيا، يجب أن يفعل ذلك، وهو يريد هذا المظهر المادي الذي يقوم به" [سوار (محمد وحيد الدين)، مرجع سابق، ص 444]. وهذا القسم الغربي يساوي حسب هذا المؤلّف (نفس المكان) قسما موجودا في فقه الأحناف هو الاختيار. والاختيار في العقود هو القصد إلى السّبب (نفس المؤلف، ص 443) أو هو قصد النطق بالعبارات التي تنشأ بها [أبو زهرة (محمد): الملكيّة ونظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة، مصر، دار الفكر العربي، ص 199]. **(إرادة التّعبير هي ما أسمي في الهامش1: الإرادة الاستعماليّة).**

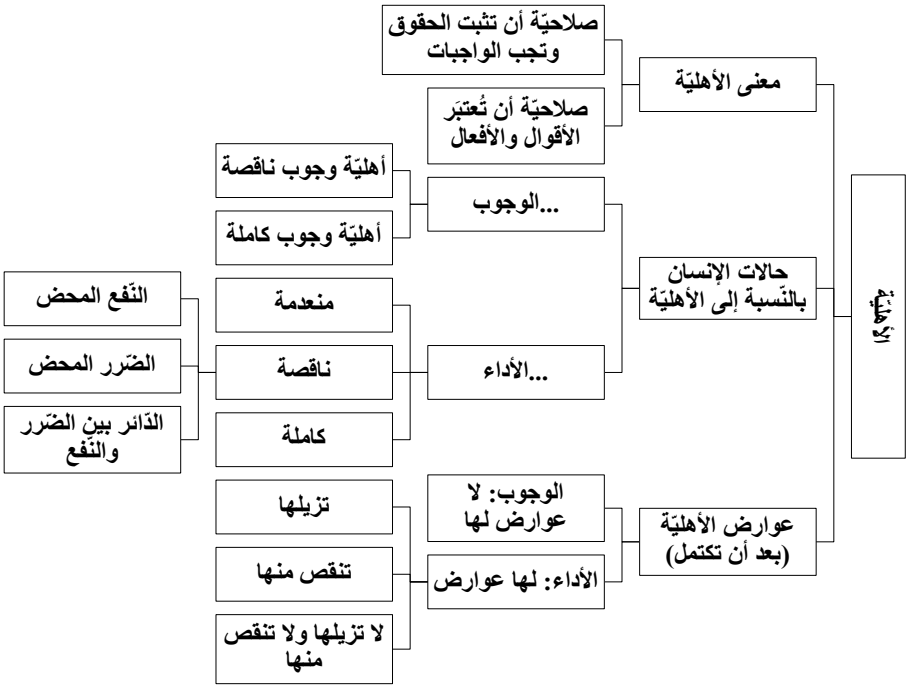
[4] "ويقصد بإرادة الأثر نية إحداث الأثر الشرعي" [سوار (محمد وحيد الدين), مرجع سابق, ص444]. وهذا القسم الغربي يطابق حسب هذا المؤلف (نفس المكان) قسما موجودا عند الأحناف وهو الرضا.
"ويلاحظ هنا أن إرادة الأثر هي أكثر عموما من إرادة التعبير [...] فكل إرادة للأثر هي إرادة للتعبير في نفس الوقت، وليست كل إرادة للتعبير إرادة للأثر. فقد تتوافر الأولى وتتخلف الثانية كما في الصّوريّة. ويقول الأستاذ علي الخفيف في هذا المعنى «ومن هذا يظهر أنّ الرّغبة في حكم العقد [إرادة الأثر] تستلزم الرغبة في سببه، والقصد إليه [إرادة السّبب]، لأنّ من يرغب في الزّواج مثلا يقصد إنشاءه بالعبارات الدّالّة عليه، ويرغب في ذلك، وإنّ القصد إلى سبب العقد، وهو العبارة [إرادة التّعبير] لا يستلزم الرّضا بحكمه [إرادة الأثر]، وإن شئت قلت لا يستلزم الرّغبة فيه، إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذى كما في المكره، أو لهو كما في الهزل، ولذا قال الفقهاء: وجود الرّضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه، وفي سببه، ويستلزم كذلك الرّضا بالسّبب، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرّضا، لأنّ مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرّغبة فيه» " (ص 445). **(إرادة الأثر هي ما أسمي في الهامش 1: الإرادة الجدّيّة).**

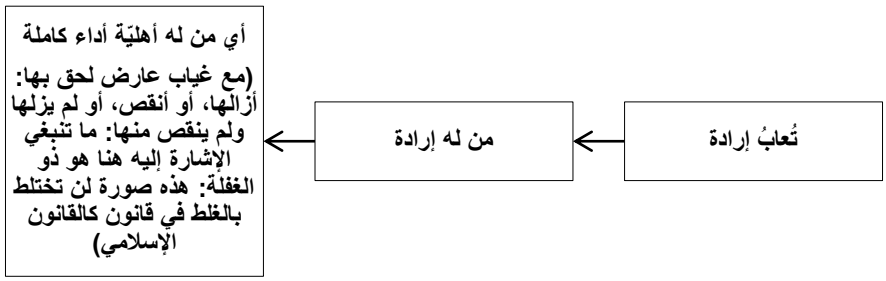
[5] هنا نجد الصّبي غير المميز، والمجنون، والنّائم، والمغمى عليه، والسّكران، إلخ.

[6] هنا نجد الصّبي المميّز، إلخ.
وبعبارة تحوصل ما سبق (وإذا أخذنا الأمر في القانون الإسلامي لوضوحه ولتفادي تحاليل طويلة تتعلّق بعوارض الأهليّة إن نحن أخذنا القانون التّونسي كمنطلق – طبعا ما نحن بصدده لا يحتاج، على الأقلّ هنا، أن نأخذ فيما يخصّه هذا القانون التّونسي):
من يملك العقل يملك القصد إلى الأفعال والأقوال، أي يملك الإرادة (إرادة التّعبير). وامتلاك العقل يخفى فلا يعرف إلاّ بالعبارة عنه. وقد اختار المشرّع (في موقف) كعبارة عن امتلاك العقل امتلاكا ناقصا (أو كعبارة عن التّمييز) سنّ السّابعة. كما اختار كعبارة عن امتلاك كامل العقل 15 سنة. وهذه هي أهليّة الأداء. والإنسان (له بوصف الإنسان أهليّة الوجوب) قد يكون عديم أهليّة الأداء (الطّفل دون 7 سنوات – المجنون في أيّ سنّ: في هذه الصّور لا عقل فلا إرادة)، وقد يكون ناقصها (المميِّز والمعتوه وهو ليس بمختلّ العقل ولا فاقده بل هو ضعيف العقل ناقصه: في هذه الصّور يفرّق بين التّصرّفات النّافعة والضّارّة والدّائرة بينهما) وقد يكون كاملها (15 سنة- من اكتملت عنده أهليّة الأداء يمكن أن يعرض لها عارض فيزيلها كالجنون والنّوم والإغماء، أو

ومن حضرت عنده إرادة التّعبير[7]، قد تغيب عنده إرادة الأثر.

ينقصها كالعته أو لا يزيلها ولا ينقصها كالسّفه والغفلة والدّين. فإذا لم يعرض ما سبق، أي إذا بقيت إرادة التّعبير كاملة يمكن أن يحصل خلل على مستوى إرادة الأثر).





انظر حول عموم الأهليّة في القانون الإسلامي: عبد الوهّاب خلاّف، علم أصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، 2003، ص 156 وما بعدها.

[7] يتحدّث أرسطو عن الفعل غير الإرادي ويقسّمه إلى قسمين: فعل يؤتى به تحت الإكراه وفعل يؤتى به عن جهل(par ignorance).

ويقول أرسطو إن اعتبار ما يؤتى به خوفا من آلام أكبر أو لأسباب نبيلة، اعتبار ذلك فعلا لا إراديا قابل للنقاش. ففي وقت الفعل تصرّف الشّخص وهو مريد. لكن وفي المطلق يمكن القول إنه ليس بمريد لأنه لا أحد يختار مثل هذا الفعل.

كما يقول أرسطو إنه لا يمكن عدّ الفعل الذي يؤتى به عن جهل فعلا لا إراديا إلا متى أحسّ صاحبه بالألم وبالندم. وفعلا من أتى فعلا عن جهل لا يمكن عدّه مريدا لأنه لا يعرف ما يفعل، لكن لا يمكن عدّه غير مريد لأنه لا يحسّ بالألم. وعلى هذا فالفعل عن جهل نوعان: فعل يندم عليه (يقترح أرسطو وصفه بـ: acte involontaire) وفعل لا يندم عليه (يقترح أرسطو وصفه بـ: acte non volontaire) [لذلك فإن فترة ما بعد النشأة هامّة والواجب إدخالها في العمل].

ويختم أرسطو بالفصل بين الفعل عن جهل (agir par ignorance) والفعل وسط الجهل (agir dans l'ignorance)، فالسّكران والغاضب مثلا يتصرّفان لا عن جهل بل في حال جهل (يتصرفان لا عن جهل بل عن سكر، إلخ). فهما وغيرهما ممن يوجد في نفس الحال يجهلان الأشياء التي ينبغي فعلها والأشياء التي ينبغي تفاديها. فهما إذن يرتكبان غلطا. وإنّ هذا العمل لا يهمّ من حاله الغلط، بل يهمّ من حاله ليس الغلط لكنه يقع في الغلط. قرّب ممّا سيأتي في إطار الحديث عن الغبن، وانظر ما ورد أعلاه في: "أرسطو"، الأخلاق في

فإذا كان صاحب إرادة الأثر عالما بغيابها، كُنّا أمام:
تعبير حكائي[8]،
أو تحفّظ ذهني[9]،
أو صوريّة[10]،
أو هزل،
أو سمعة وفخر (إلخ)[11]،
أو إكراه،
أو مضغوط ومضطرّ[12].
أمّا إذا لم يعلم، فنكون أمام غلط[13].
والغلط هو محلّ هذا البحث. والحديث عن نقطة داخل هذا المحلّ يوحي بما يمكن أن يمثّل فرضيّة بحث. وفرضيّة البحث تفرض من جهة المقاربة التي ينبغي أن تُعتمد، ومن جهة أخرى المخطّط[14].

نيكوماك، ترجمة "تريكو"، باريس، مكتبة فران الفلسفية، 1990، الكتاب III، الفصل 1 و 2.
ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, Trad. J. Tricot, Paris, Lib. Ph. J. Vrin, 1990, livre III, ch 1 et 2.

[8] نجد هذا التعبير في حالات التلقين (تلقين أجنبي كلمات عربية لا يفقه معناها) وحالات التعليم والتعلم (أستاذ القانون التجاري الذي يحرر بغرض التعليم سندا تجاريا لفائدة أحد طلبته) وحالات التمثيل.

[9] الفصل 25 م.ا.ع.

[10] الفصل 26 م.ا.ع.

[11] الفصل 18 م.ا.ع.

[12] هنالك صورتان: صورة المعاقد الذي يوجد ظروفا وهذه تضغط على معاقده، ويبدو أننا لم نغادر الإكراه هنا، وصورة المعاقد الذي لا يوجد هذه الظروف (قد يعلمها وقد لا يعلمها، وإذا علمها يكون مبدئيا قد استغلها).

[13] انظر حول ما سبق: سوار (محمد وحيد الدين)، مرجع سابق، ص 373 وما بعدها.
وإنه ليمكن القول انطلاقا من جميع ما تقدّم:
إنّ الإرادة الاستعماليّة وإرادة التعبير والاختيار تعابير تفيد نفس الشّيء. وكذلك الأمر بالنسبة إلى الإرادة الجدّيّة وإرادة الأثر والرّضا.
وإنّ:
الإرادة الاستعماليّة غير موجودة (ومن ثمّ الجدّيّة) بالنّسبة إلى الصّبيّ غير المميّز، إلخ.
الإرادة الجدّية غير موجودة (بالنسبة إلى أمر ما) (ومن ثمّ الاستعمالية بالنسبة إلى ذلك الأمر وهذا على المشهور)وصاحبها يعلم في صور الإكراه والمضغوط والتعبير الحكائي والتحفظ الذهني والصورية والهزل، إلخ. أمّا إذا كان صاحبها لا يعلم فالأمر يتعلّق بغلط.

[14] بعبارة مختلفة:
سيتمّ التّعرّض إلى المادّة التي سيُعمَل عليها.
ثمّ ستوضع قنطرة تنقل من المادّة التي سيُعمَل عليها إلى المنهجيّة التي سيُعمَل بها.
وأخيرا سينتهى إلى المنهجيّة التي سيُعمَل بها.
وفي إطار المنهجيّة سيتعرّض إلى:
الإشكاليّة، أي إلى ما سيحتجّ عليه (وإلى فائدته).
وإلى تمشّي الحِجاج (أو المقاربة).
وإلى القطبين الذين سيدور عليهما الحِجاج (أو المخطّط).

محلّ البحث

2. فإذا بدأنا بمحلّ البحث، قلنا إنّه "أحكام"، وبالتّحديد "أحكام الغلط"، وبالتّدقيق "أحكام الغلط التي جاءت في مكان معيّن هو م.ا.ع":

3. أوّلاً محلّ البحث "أحكام ...". والأحكام هي مدلول خطاب المشرّع المتعلّق بأفعال من توجّه إليهم ذلك الخطاب[15]. والخطاب يأتي: إمّا بما هو ناظم للأفعال، وإمّا بما يجعل النّظام الموضوع للأفعال متّبعا ومطاعا، أي ما يؤيِّد أصل الخطاب النّاظم؛ ومن هنا قيل إنّ الأحكام إمّا أصليّة وإمّا تأييديّة[16]. والأحكام الأصليّة، كما يُرى، محميّة؛ أمّا الأحكام التّأييديّة فحامية. والحماية أنواعٌ منها المدني[17]، والمدني ضروب منه الإبطال.

4. ثانيا محلّ البحث "... الغلط ...". والغلط لفظ أصله غير عربي[18]. ومعناه المعجمي العامّ[19] عدم معرفة وجه الصّواب. وليس للفظ الغلط معنى

---

[15] انظر تعريف الحكم أو القاعدة القانونية على أنها تهمّ الفعل الإنساني:
- "تيبيارج" (كاترين)، القانون المرن. دراسة في أنسجة القانون (باللغة الفرنسية)، المجلة الفصليّة للقانون المدني 2003، ص 620.
THIBIERGE (Catherine), Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit, Rev. trim. dt. civ., 2003, p. 620.
وانظر في نفس المقال (ص 619) أن ليس ثمّ فرق بحسب الأصل بين الكلمتين الفرنسيتين: norme وrègle فكلاهما يعني رسم خطّ سير وإن كان البعض يرى (الهامش 107 من المقال) أن الكلمة الفرنسية norme تشمل الأحكام العامة (يطلق عليها أيضا: règles) والأحكام الخاصة (القرارات القضائية والإدارية – العمل القانوني)، أي انه يرى أن كلمة norme تدخل فيها كلمة règle.
ثم انظر (ص 620) كيف أن محتوى القانون هو الوجوبي والممنوع والحق ذو الجانبين ولكنه أيضا المستحب وغيره، وانظر كيف أن البعض يرى أن الكلمة الفرنسية normatif لا يدخل فيها إلا الوجوبي والممنوع (ص 621)، وانظر كيف أن هذه الكلمة الفرنسية يمكن التوسع فيها لتشمل لا فقط ما يجب فعله (أو تركه) sollen بل وأيضا ما يستحبّ فعله (ص 622).
- "برجال" (جان لويس)، النظرية العامّة للقانون (باللغة الفرنسية)، باريس، دالوز، ط 2، 1989، عدد 278: "القاعدة القانونية هي أمر يوجهه النظام القانوني للإنسان".
BERGEL (Jean-Louis), Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 2ème éd, 1989, n° 278: « La règle de droit est un commandement que l'ordre juridique adresse à l'homme ».
وقرّب من تعريف الحكم في علم أصول الفقه الإسلامي: الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد): المستصفى من علم الأصول، دار الفكر، ج1، ص 55. وانظر إلى الرازي (فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين): المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فياض العلواني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1412هـ-1992م، ج1، ص89. الآمدي (علي بن محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط2، 1406هـ-1986م، ج1، ص135 وما بعدها. الصدر (محمد باقر)، دروس في علم الأصول (الحلقة الأولى والثانية) ط، 1، قم، مركز الأبحاث والدراسات التخصّصية للشهيد الصدر، 1421هـ ق، ص 63-64. السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامّة، المجمع العلمي لأهل البيت، 1418 هـ، ص 51.

[16] الزّرقا (مصطفى أحمد): المدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ- 1998 م، ج 2، ص 663 وما بعدها.

[17] قد يكون المؤيد ترغيبيا أو ترهيبيا وهذا قد يكون تأديبيا (عقوبة جزائية مثلا) وقد يكون مدنيا (نفس المرجع السابق ونفس المكان).

[18] السّيوطي (جلال الدّين عبد الرّحمان ابن أبي بكر)، المزهر في علوم اللغة وأنواعها، تحقيق فؤاد علي منصور، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1998، ص 95.

[19] ابن منظور: لسان العرب:" غلط الغلط: أن تعيا بالشّيء فلا تعرف وجه الصواب فيه [...] والغلط في الحساب وكلّ شيء، والغلت لا يكون إلّا في الحساب[...]" انظر أيضا حول الغلت: الجوزي (ابو الفرج جمال الدّين بن علي بن محمّد بن جعفر)، المدهش، تحقيق مروان قباني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 2، 1985، ص 47: "[...] وتقول العرب في الحساب غلت وفي غيره غلط[...]" وبما أنّ م.ا.ع لها صياغة باللغة

عرفي، أي أنّ الوسط القانوني التّونسي[20] (وغير التّونسي[21]) يستعمله في المعنى المعجمي العامّ الذي هو عدم العلم بالحقيقة أو بالواقع.

فإذا ذهبنا إلى الأعمال التّحضيريّة لمجلّة الالتزامات والعقود[22]، وجدناها تبدأ بتعريف للعلم ولليقين وللظّنّ، ثمّ تمرّ إلى تعريف الغلط وتربطه بالجهل. والعلم هو "... تطابق المثال الذي في أذهاننا مع ما عليه الأشياء في ذاتها"[23]. أمّا اليقين فهو "حالة ذهنٍ تأكّد من حقيقة شيء"[24]. و"حالما لا يكون ثمّ هذا اليقين لا يكون ثمّ إلاّ ظنّ ... والظّنّ ضرب من الشّك لأنّ مؤدّاه عدم التيقّن من وجود أو عدم وجود شيء"[25]. و"ما بعد الظّنّ يوجد الغلط، فمن يغلط يتصوّر الأشياء خلافا لما هي عليه في الواقع؛ فهو يجهلها إذن. والغلط هو دوماً شكل من الجهل ..."[26].

وما جاء للتّوّ من كلام للأعمال التّحضيريّة، وما جاء قبله من معنى معجمي، يحتاج توضيحاً. وينبغي بدء هذا التّوضيح بالقول إنّ هنالك اليقين بالمعنى الوارد منذ قليل - وهو المعنى الذي نجده في الفلسفة - وحاصله رسوخ ذهن فيما لديه من علم. بعبارة أدقّ، اليقين هو الإذعان للحقيقة؛ وهو عين العلم بها[27].

واليقين هو يقين في الإثبات؛ أي علم بما في الأمر. وهو أيضا يقين في النّفي؛ أي علم بما ليس في الأمر.

الفرنسية. وفي هذه جاءت لفظة: erreur فسنعطي معناها اللغوي. وقد جاء هذا المعنى مثلا في معجم "روبار الصغير1" (Le Petit Robert.1): الغلط هو:" عمل العقل الذي يأخذ الخاطئ على أنه صحيح والعكس [...]"

"Acte de l'esprit qui tient pour vrai ce qui est faux et inversement [...]".

[20] انظر مثلا: الزّين (محمّد)، النّظريّة العامّة للالتزامات. 1 العقد، مطبعة الوفا، تونس، ط 2، 1997، عدد 58: "[...] الغلط حالة تقوم بالنّفس تحمل على توهم غير الواقع[...]".

[21] انظر مثلا: "فارجا" (جيرار)، القانون الاقتصادي الخاصّ، ج 2، نظرية الالتزامات (باللغة الفرنسية) باريس، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، 1975، ص 141. حيث يقول إنّ الغلط هو تمثل خاطئ للحقيقة العقديّة.

FARJAT (Gérard), Droit privé de l'économie, T. 2, théorie des obligations, P.U.F., 1975, p. 141.

[22] وبالتّحديد إلى ما سنسمّيه بعد قليل المشروع المُرَاجع.

[23] « La science, c'est la correspondance de la notion de nôtre esprit avec ce que les choses sont en elles-mêmes ».

[24] « La certitude est l'état d'un esprit qui est assuré de la réalité d'une chose »

وتحيل الحاشية بالنّسبة إلى هذا التعريف على الفقيه الحنفي ابن نجيم الذي له كتاب البحر الرّائق[وهو حاشية على كتاب كنز الدقائق للفقيه الحنفي حافظ الدين النسفي (8 أجزاء والجزء الثامن ليس لابن نجيم بل للثوري)] وكتاب الأشباه والنظائر، وهذا هو المحال عليه في المشروع المُرَاجع (أحالت الحاشية على: ج1، ص 84 و104).

[25] «Dès qu'on n'a pas cette certitude, il n'y a qu'une opinion (c'est la doxa des grecs). " L'opinion (*dhann*) est une sorte de doute car elle implique l'incertitude sur l'existence ou l'inexistence d'une chose" ».

[26] "Au-delà de l'opinion, il y a l'erreur, celui qui se trompe conçoit les choses différemment de ce qu'elles sont en réalité, il les ignore par conséquent[...]".

[27] اليقين عند الفلاسفة مرتبط بالحقيقة كما سلف. لكن يمكن أخذ اليقين من وجهة ذاتيّة والقول إنّه التّأكّد من أنّ الذي في أذهاننا مطابق الحقيقة أو مخالفها. انظر هذين المعنيين لليقين في أطروحة "بروشار" (فيكتور)، الغلط (باللغة الفرنسية)، باريس، ليفرول وبابير، 1876، ص 95 و 98.

BROCHARD (Victor), De l'erreur, Paris, Berger-Levrault et C^ie et Germer Baillère et C^ie, 1876, p. 95 et p. 98

أمّا الشّكّ وعدم اليقين فعدم يقين في الإثبات؛ أي عدم علم بما في الأمر. وهو أيضا عدم يقين في النّفي؛ أي عدم علم بما ليس في الأمر.

فثمّ إذن يقين مطلق وعلم مطلق؛ وهو يتكوّن من شيئين في نفس الوقت: علمٌ أوّلٌ مقيّدٌ، هو العلم بما في الأمر؛ وعلمٌ ثان مقيّدٌ، هو العلم بما ليس في الأمر.

إلى جانب ما سبق، ثمّ عدم يقين مطلق وعدم علم مطلق؛ وهو يتكوّن من شيئين في نفس الوقت: عدم علم أوّل مقيّد، هو عدم العلم بما في الأمر؛ وعدم علم ثان مقيّد، هو عدم العلم بما ليس في الأمر.

وفي اللغة المستعملة، حين يُتحدّث عن العلم (حين نقول مثلا نحن عالمون بلون القلم الذي في يد كلّ واحد منا)، لا يُقصد إلاّ العلم بما في الشّيء (نعني مثلا علمنا بلونه الأحمر، إلخ). لكنّ الحقيقة أنّ العلم بأمر (لون القلم، إلخ) هو في نفس الوقت ما سبق (العلم بلونه الأحمر، إلخ) زائد العلم بما ليس في الشّيء (العلم بأن ليس لونه الأبيض، والأخضر، وغير ذلك من بقيّة الألوان).

ونفس الشّيء بالنّسبة إلى عدم العلم. فما يُقصد، حين يُتكلّم عنه، هو عدم العلم بما في الشّيء (حين نقول لا نعلم، نقصد عدم علمنا بأنّ القلم الذي في يد كلّ واحد منّا هو أحمر). وإنّ المعاجم لتترجم ما سبق حين تقول إنّ الغلط هو عدم معرفة وجه الصّواب، أي هو عدم العلم بما في الشّيء حقّا (لونه الأحمر). لكنّ الحقيقة أنّ عدم العلم بما في الشّيء هو ما سبق، ومعه وفي نفس الوقت عدم العلم بما ليس في الشّيء (أحد، أو بعض، أو كلّ ما تبقّى من الألوان)[28].

بعبارة أخرى: يُقصد العلم الإيجابي ويُغيّب العلم السّلبي؛ ويُقصد عدم العلم الإيجابي ويُغيّب عدم العلم السّلبي.

وهنا يكمن الخطر من استعمال اللغة العاديّة. فالعلم وعدم العلم – خلافا لما نجده في الاستعمال – يتركّبان من جانب ايجابي ومعه وفي نفس الوقت جانب سلبي. فالعلم إذن – وكذلك عدم العلم – ليس له مكوّن واحد، أي ليس بسيطا؛ بل مكوّنان، أي هو مركّب[29].

---

[28] قارن مع: "بلانشي" ("روبار")، البنى العقلية. محاولة لتنظيم منهجي للمفاهيم (باللغة الفرنسية) باريس، المكتبة الفلسفيّة فران 1969، ص 87 وما بعدها.

BLANCHÉ (Robert), Structures intellectuelles, essai sur l'organisation systématique des concepts, Paris, Librairie J. Vrin, Seconde édition 1969, p. 87 et s.

[29] جاءت فيما قلنا إنّا سنسمّه بعد قليل المشروع المُرَاجع إشارة إلى ابن نجيم في مكان (ج 2، ص 136 من كتاب الأشباه والنظائر، الدار العامرة، 1920) قال فيه: "وأمّا الجهل فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم. فإن قارن اعتقاد النقيض فهو مركّب، وهو المراد بالشعور بالشّيء على خلاف ما هو به، وإلا فبسيط وهو المراد بعدم الشعور[...]". قرّب ما سبق من: الشيخ الدكتور عبد الهادي الفضلي، دروس في أصول فقه الإمامية، مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر، الطبعة الأولى، 3 رجب / 1420 هـ، ص250 و251: "القطع تعريفه: القطع من المصطلحات الأصولية الخاصة بعلم أصول الفقه وكلمة القطع في لغتنا العربية لا تفيد المعنى الذي يقصده الأصوليون منها، إلا إذا أخذت الكلمة بمعنى (الجزم)، الذي هو نتيجة العلم بالشّيء. والجزم هو الحالة النفسية التي تحصل للإنسان بعد العلم بالشّيء، وهي تعني الاعتقاد القاطع لكل احتمالات الخلاف. ولتوضيح هذا ببيان أجلى نقول: عندنا - هنا - ثلاثة مفاهيم مترتبة فيما بينها، هي: العلم + المعلومة + الجزم. ونقصد: بالعلم: الإدراك. وبالمعلومة: الفكرة التي تحصل في الذهن بعد الإدراك. وبالجزم: الحالة النفسية التي تعبّر عن مستوى

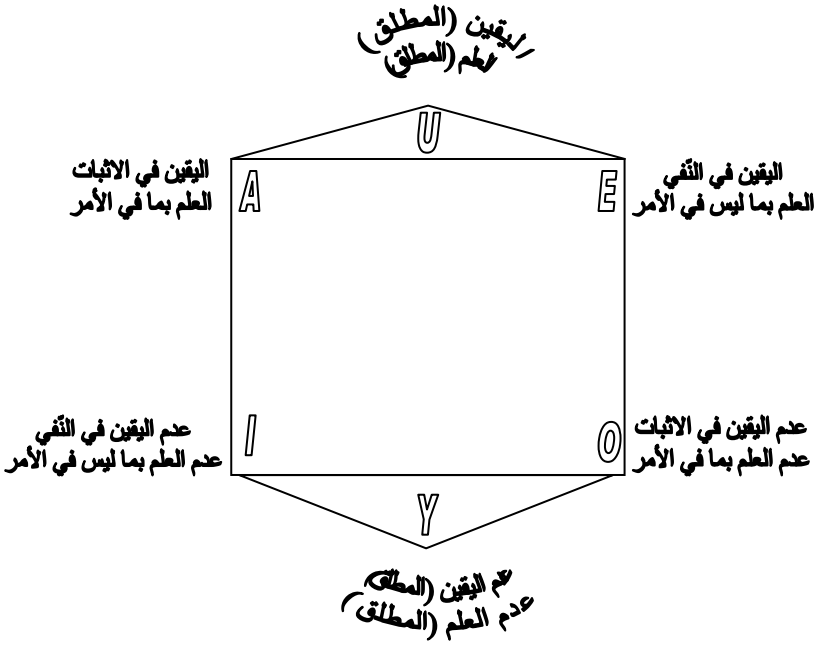
ولتفادي هذا الخطر، سنأتي ببنية[30] نضع فيها ما سبق. وسننطلق فيما يخصّها من العلم بما في الأمر. ويمكّن هذا الانطلاق – إن نحن درنا في اتّجاه عقارب السّاعة – من وضع نفي بعده (أي بعد العلم بما في الأمر)، وهذا يعطي العلم بما ليس في الأمر؛ ومن وضع نفي قبله (أي قبل العلم بما في الأمر)، وهذا يعطي نقطة ثالثة نتوقّف عندها في عمليّة الدّوران، هي عدم العلم بما في الأمر. فإذا أخذنا هذه النّقطة (عدم العلم بما في الأمر) ووضعنا نفيا بعدها وواصلنا الدّوران، فسيعطي ذلك نقطة رابعة وأخيرة هي: عدم العلم بما ليس في الأمر. فإذا جمعنا النّقطتين الأُولَيَيْن أعطى ذلك: العلم المطلق أو المركّب. وإذا جمعنا النّقطتين الثّانيتين أعطى ذلك: عدم العلم المطلق أو المركّب، أي الجهل المركّب.

ويمكن رسم[31] ما سبق على النّحو التّالي:

الاعتقاد بتلك المعلومة. وللتوضيح بالمثال نقول: إذا كان الدليل الذي يتعامل معه الفقيه في مجال استنباط الحكم منه - آية كان أو رواية - نصا في معناه، نقول عنه انه قطعي الدلالة، وذلك لأن الفقيه يستنبط منه حكما يفيده الجزم به. فعملية الاستنباط هي العلم (الإدراك). والحكم الذي استفاده الفقيه من النص هو المعلومة. والحالة النفسية التي حصلت للفقيه بعد حصول المعلومة لديه هي الجزم[...] فأي هذه الثلاثة (العلم، المعلومة، الجزم) هو القطع في اصطلاح الأصوليين ؟ الذي يظهر من عبائر القوم: أن القطع هو الجزم، وبما يعم اليقين والجهل المركب. وسموه بالقطع لأنه يقطع كل احتمالات الخلاف، أي ينفيها. ومع الجزم أو القطع يعتقد الإنسان الجازم أو القاطع بأن معلومته التي أفادها من عملية الإدراك الذي هو العلم هي مطابقة للواقع، سواء هي في الحقيقة مطابقة للواقع أم في اعتقاده هي كذلك .ولكنهم قد يعبرون عن هذا الجزم بالقطع، وهو الأكثر. وقد يطلقون عليه اسم العلم، وهو كثير. وقد يقولون اليقين أو الجزم وهو قليل. **فان كانت المعلومة – حقيقة- مطابقة للواقع، فهو ما يسمى باليقين. وان كانت غير مطابقة للواقع، وإنما ذلك في اعتقاد الإنسان الجازم أو القاطع فقط فهو ما يعرف بالجهل المركب. وكلاهما - أعني اليقين والجهل المركّب - يطلق عليه اسم الجزم."**

[30] انظر: "بلانشي" ("روبار")، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 90.

[31] ما سنضعه مأخوذ من عمل "بلانشي" السّابق الذّكر. وإنّنا لم نهتمّ فيما أُخِذ – على غرار ما فعله "بلانشي" – بتحديد نوع العلائق بين مختلف الأشياء التي تحتلّ المراكز السّتّة في الرّسم (تضادّ- تناقض – إلخ) لأنّ هذا لا يهمّنا فيما نحن بصدده وهو الوصول إلى معنى الغلط. كما أنّنا ولنفس السّبب لم نهتمّ بكون ما وصلنا إليه قابل أم لا لأن يتطوّر إلى شكل آخر (ملاحظة: وضعنا في الرّسم أحرفا لأنّها المتداولة).



فإذا أخذنا عدم العلم، قلنا إنّه – ولكي يكون سبباً لغلطٍ – ينبغي أن يكون غير معلوم من صاحبه[32]. فمن يعلم أنّه لا يعلم أمرا، لا يصدر حكما حوله، بل يضع افتراضا؛ والافتراض كافتراض لا يمكن أن يوسم بالغلط.

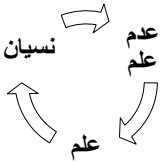
ويمكن أن يُزاد ويقال إنّ العلم قد يترك مكانه للنّسيان. والنّسيان يعادل عدم العلم[33].

وموضوع العلم شيءٌ يكون خارجا ومنفصلا عن العقل، لكن يمكن أن يكون شيئا عقليّا[34]. ومعرفة حقيقة شيء – أيّاً كان – هي أن يكون في ذهننا مثال مطابق لعين الشّيء[35]؛ أي أن تكون الفكرة التي في أذهاننا مطابقة

---

[32] "ف. زفاجيلسكي لياسين"، تحت عبارة: "الغلط (فلسفة عامّة) (باللغة الفرنسية)، الموسوعة الفلسفيّة الكلّيّة. II. المصطلحات الفلسفيّة. F. Svagelski-Liassine, Erreur (philo.géné), Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques, P.U.F., Paris, 1ère éd., 1990.
بعبارة أخرى: هنالك الجهل البسيط، وهو جهل مع العلم بالجهل؛ وهنالك الجهل المركّب، وهو جهل مع الجهل بالجهل (وهنالك العلم البسيط، وهو علم مع الجهل بالعلم؛ وهنالك العلم المركّب وهو علم مع العلم بالعلم).

[33] يبدأ الانسان وهو لا يعلم. ثمّ قد يعلم. فإذا نسي، عاد كمن لم يعلم.



انظر إلى أفلاطون: محاورة "تيتات" (باللغة الفرنسية)،187 د/188 ب.
Platon, Théétète, Traduction, notices et notes par Émile Chambry, GF Flammarion, Garnier, Paris, 1967, p. 131 (Théétète/187 d-188 b).

[34] "بروشار (فيكتور)"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 73.

[35] سولاز" ("أنتونيا") تحت كلمة: الحقيقة (الفلسفة) (باللغة الفرنسية)، الموسوعة الكلّيّة 2009. انظر أيضا الهامش 4. 2.
SOULEZ (Antonia), sous le mot: Vérité (Philosophie), Encyclopædia Universalis 2009.

لموضوعها الذي قلنا للتّوّ إنّه قد يكون شيئا خارجيّا ومنفصلا عن عقلنا وقد يكون شيئا عقليّا.

بعبارة أخرى، ثمّ تأليف عقلي؛ أي ثمّ أمران (أ) و (ب) أُخِذا على النّحو التّالي: الأوّل كمحكوم عليه والثّاني كحكم (أ هو ب). فإذا قيل هذا الحكم للنّفس أو للغير[36] (إذن نحن أمام الجملة التّالية: أ هو ب)، وإذا أُلبِس الحكم ثوب الضّرورة وثوب الكلّيّة (أ هو ب: العلاقة بينهما حُدِّدت على أنّها واجبة، أي على أنّها ليست افتراضا أو نتاج نسج من الخيال/ العلاقة اعتُبِرت أنّها واجبة عند كلّ النّاس، أي أنّها لم تُعتبر خاصّة بمن وضعها)[37]، وإذا طابق الحكم الواقع (الواقع هو: أ هو ب) ... إذا تحقّق جميع ما تقدّم، كنّا أمام الحقيقة (وأمام اليقين بالمعنى الفلسفي). أمّا إذا لم يطابق الحكمُ – الذي أُلبِس ثوبَ الضّرورة والكلّيّة – الواقعَ، فنحن أمام الخطأ[38] (لو لم نعتبر الأمر من زاوية نفسيّة[39]) أو الغلط (لو اعتبرنا الأمر من زاوية نفسيّة[40])[41].

وينبغي – ربطاً لما جاء الآن بما سبق – ملاحظة أنّ اصطلاح البعض جرى على قصر اليقين على صورة التّطابق[42]، بالرّغم من أنّ الحكم له طابع الضّرورة لا في هذه الصّورة فحسب بل أيضاً في صورة عدم المطابقة.

كما ينبغي ملاحظة أنّ الحقيقة لها طابع الضّرورة العقليّة لا الفعليّة. ولأنّ الضّرورة عقليّة، أي مستقلّة عنّا وعمّا يمكن أن نقرّره كأفراد، ثمّ حقيقة؛ ولأنّ

---

[36] "سولاز" ("أنتونيا")، مرجع سابق: الحقيقة (الفلسفة) (باللغة الفرنسية).

[37] "بروشار" ("فيكتور")، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 131 وما بعدها.

[38] "سولاز" ("أنتونيا")، مرجع سابق: الحقيقة (الفلسفة) (باللغة الفرنسية). قرّب من الجاحظ في هذا الكلام الذي ينسبه له الأسنوي: "الخبر هو الكلام الذي يحتمل التّصديق والتّكذيب كقولنا قام زيد ولم يقم بخلاف قولنا زيد أضربه [...] (ص444) [...] الجمهور على أنّ الخبر إمّا صدق أو كذب فالصّدق هو المطابق للواقع والكذب غير المطابق وجعل الجاحظ بينهما واسطة فقال الصّدق هو المطابق مع اعتقاد كونه مطابقا والكذب هو الذي لا يكون مطابقا مع اعتقاد عدم المطابقة فأمّا الذي ليس معه اعتقاد فإنّه لا يوصف بصدق ولا كذب مطابق كان أو غير مطابق". الأسنوي (أبومحمّد عبد الرّحيم بن الحسين)، التّمهيد، تحقيق محمّد حسن هيتو، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1400 هـ، ط 1 ، ص 443.

[39] "بلانشي" ("روبار")، تحت كلمة: الحقيقة (المنطق) (باللغة الفرنسية)، الموسوعة الكلّيّة 2009.
BLANCHÉ (Robert), Vérité (Logique), Encyclopædia Universalis 2009.

[40] "بلانشي" ("روبار")، مرجع سابق: الحقيقة (المنطق) (باللغة الفرنسية).

[41] الخطأ لغة (المعجم العربي الحديث) له معنيان: ما هو ضدّ العمد **وما هو ضدّ الصّواب**. وفي هذا المعنى الثّاني يلتقي الخطأ بالغلط. لكن انظر موقفا آخر في معجم الفروق اللغويّة لأبي هلال العسكري: "1565. الفرق بين الغلط والخطأ: أن الغلط هو وضع الشيء في غير موضعه ويجوز أن يكون صوابا في نفسه، والخطأ لا يكون صوابا على وجه، مثال ذلك أن سائلا لو سأل عن دليل حديث الأعراض فأجيب بأنها لا تخلو من المتعاقبات ولم يوجد قبلها كان ذلك خطأ لان الأعراض لا يصح ذلك فيها، ولو أجيب بأنها على ضربين منها ما يبقى ومنها ما لا يبقى كان ذلك غلطا ولم يكن خطأ لان الأعراض هذه صفتها إلا أنك قد وضعت هذا الوصف لها في غير موضعه، ولو كان خطأ لكان الأعراض لم تكن هذه حالها لان الخطأ ما كان الصواب خلافه وليس الغلط ما يكون الصواب خلافه بل هو وضع الشيء في غير موضعه، وقال بعضهم الغلط أن يسهى عن ترتيب الشيء وإحكامه والخطأ أن يسهى عن فعله أو أن يوقعه من غير قصد له ولكن لغيره". معجم الفروق اللغوية الحاوي لكتاب أبي هلال العسكري وجزءا من كتاب السّيّد نور الدّين الجزائري، تحقيق مؤسّسة النّشر الإسلامي التّابعة لجماعة المدرّسين بقم المقدّسة، الطّبعة الأولى، شوّال المكرّم 1412، مؤسّسة النّشر الإسلامي التّابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة، ص 390.

[42] انظر عدد 4.

الضرورة ليست فعليّة، أي لأنّ الحقيقة لا توجد بالنّسبة إلى الإنسان إلاّ متى خضع لها بإرادته، أي لأنّ الإنسان حرّ، ثمّ غلط[43].

أخيراً، ينبغي ملاحظة أنّ الغلط يكون في الحكم. لكن ثمّ من يزيد ويقول: لا غلط إلاّ في الحكم[44].

هكذا، وبعبارة تجمل ما تقدّم، حاصل الغلط أن نكون أمام ما يلي:

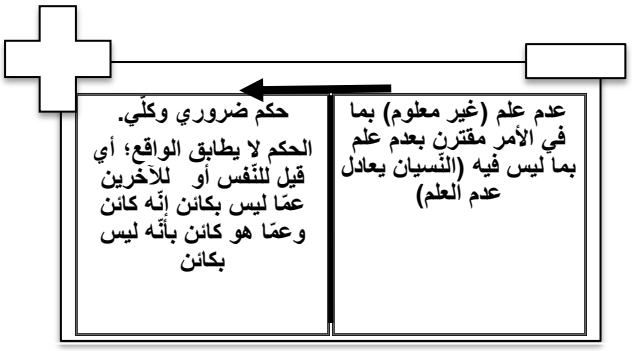
- أمر سلبي:

عدم علم بما في الأمر وعدم علم بما ليس فيه (والنّسيان يعادل عدم العلم).

عدم العلم هذا غير معلوم.

- أمر إيجابيّ:

عدم العلم (غير المعلوم) ولّد حكما ضروريّا وكلّيّا لا يطابق الواقع؛ أي أنّه حُكِم عمّا ليس كائنا بأنّه كائن، وحُكِم عمّا هو كائن بأنّه ليس كائنا.



هذا هو معنى الغلط[45]. والإتيان به ليس ترفاً فكريّاً، إذ لا ينبغي الاكتفاء بالقول مع المعاجم إنّ الغلط عدم معرفة الصّواب (لأنّ الغلط ليس مجرّد أمر

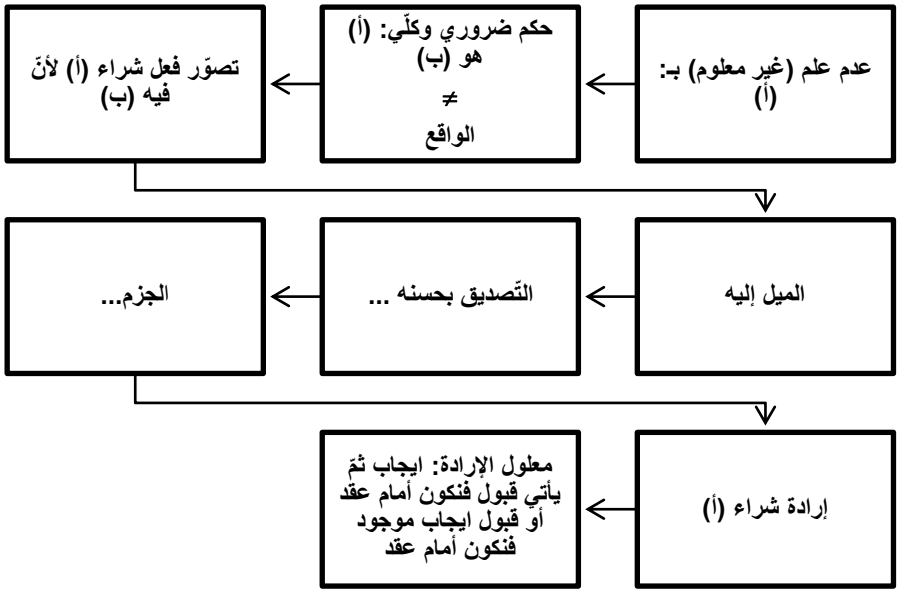
---

[43] قرّب من: "بروشار (فيكتور)"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 175.

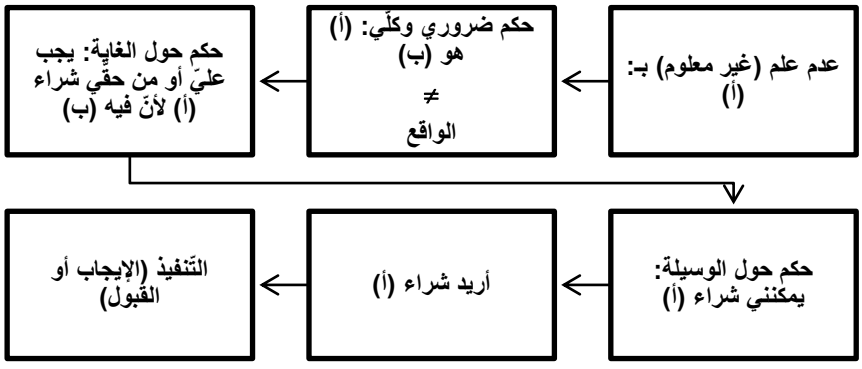
[44] "بروشار (فيكتور)"، مرجع سابق، ص 22 و 140 و141 إلخ.

[45] وينبغي أن نربط هذا المعنى للغلط بما جاء في عدد 1 وهوامشه حول الإرادة. ويينبغي أن نأتي بذلك الرّبط في رسم:

سلبي[46]. فضلا على أنّ عدم المعرفة مركّب ومطلق)، بل ينبغي مع ما سبق تبنّي قول الأعمال التّحضيريّة بأنّ الغلط أمر إيجابي (لكن مع إدخال توضيحات وتعديلات عليه: نعم نحن أمام تصوّر وبالتّحديد أمام حكم لا يطابق الواقع. إلاّ أنّ هذا الحكم له مواصفات معيّنة، ثمّ إنّ الغلط ليس شكلا من الجهل بل هو نتاج الجهل).



إذن: 1 (عدم علم ...) يوجد 2، و2 يوجد 3، وهكذا إلى أن نصل إلى 9.
بعبارة أخرى تبدأ من النّهاية: معلول الإرادة (العقد: أي الإيجاب أو القبول) مختلّ لأنّ الإرادة مختلّة، والإرادة مختلّة لأنّ مقدّماتها مختلّة، والمقدّمات مختلّة لأنّ الحكم مختلّ، والحكم مختلّ لأنّ هنالك خللا في العلم.
وإنّ ما سبق بُني على ما جاء عند علي المشكيني. لكن لو أخذنا أطروحة "لابي" (منطق الإرادة. سبق ذكرها) لما تغيّر الأمر على مستوى الجوهر:



وحسب "لابي" (ص 229) وجود الإرادة وسلامتها يفترض العلم على مستوى ما وضعناه في المرحلة 4. لكن ينبغي أن نضيف أنّ هذا العلم على مستوى 4 يستوجب العلم على مستوى 1.
وينبغي أن نختم بالرّبط بما جاء سابقا وأن نقول إنّ الغلط هو عدم كفاية عارض (inaptitude accidentelle) (انظر: "ف. زفاجيلسكي لياسين"، تحت عبارة: "الغلط (فلسفة عامّة)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)). وهذا هو الذي يفرّق بينه وبين حالات الانعدام النّسبي للإرادة حيث عدم الكفاية ليس عارضا. قرّب من هامش سيرد في عدد 246.

[46] انظر إلى من يسوّون الغلط بعدم العلم وبالجهل: "بروشار (فيكتور)"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 27 و 30 و غير ذلك من صفحات هذا العمل.

بعبارة أدقّ: الغلط ليس أمرا سلبيّا فحسب كما تقول المعاجم، ولا هو أمر إيجابي كما تقول الأعمال التّحضيريّة، بل الغلط – إن نظرنا إليه برمّته – اجتماع الأمرين معا.

والغلط يُتحدَّث عنه في الفلسفة وفي حقول معرفيّة أخرى[47]، لكن سنكتفي بالغلط في الحقل القانوني.

والغلط في الحقل القانوني جماعي وفردي[48]، لكن سنكتفي بالفردي.

ثمّ إنّ الغلط يُتحدّث عنه في القانون العامّ[49] والخاصّ، ويتحدّث عنه في الواقعة القانونيّة[50] وفي العمل القانوني. لكن سنكتفي بالغلط في القانون المدني، وبالتّحديد بالغلط في النّظريّة العامّة لنشأة العمل القانوني؛ أي سنكتفى بالغلط التّلقائي والمُحدَث الذين يتحقّقان وقت إبرام العمل القانوني[51].

---

[47] مثل الأخلاق وغيرها (انظر:"بروشار"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص1). بل إنّ الغلط من صميم المسألة العلميّة ("ف. زفاجيلسكي لياسين"، مرجع سابق). فإذا نظرنا إلى محلّ الغلط، وبالتّحديد إلى أهمّ محلّ للغلط وهو الشئ، وجدنا أنفسنا في مفترق علوم عديدة: الرّياضيّات Mathématique، الميكانيك Mécanique، الفيزياء Physique، الكيمياء Chimie، علم الأحياء Biologie، علم التّشكّل Morphologie، المنطق Logique، الألسنيّة Linguistique، السّيميائيّة البنيويّة Sémiotique structurale، علم الجمال Esthétique. كما نجد أنفسنا، بعد النّظر إلى نفس النّقطة، أمام العديد من المقاربات: الإدراكية perceptive، العرفانيّة cognitive، الفينومينولوجية phénoménologique، الدّلاليّة sémantique، السّيميو-ألسنيّة sémio-linguistique. (انظر "بيتوتو (جون)، الموسوعة الكلّيّة 2009، تحت كلمة: الشّكل (باللغة الفرنسية) .(Petito (Jean), Forme, Encyclopædia Universalis 2009

[48] انظر تقسيم الغلط إلى جماعي وفردي: "غاسان" ("ريمون")،منهجيّة أطروحة الدكتوراه في القانون (باللغة الفرنسيّة)، مجلّة البحث القانوني 1996، عدد 4،، ص1171 و1172. GASSIN (Raymond), Une méthodologie de thèse de doctorat en droit, R. R. J. 1996-4, p. 1171 et 1172.

[49] مثال: قرار وزير (إلخ) اتُّخذ عن غلط: "غاسان" ("ريمون")، نفس المرجع السّابق.

[50] سيُشار لاحقا إلى الغلط في إطار واقعة قانونية.

[51] هذا القصر لمحلّ البحث على حقل لا يعني أنّ بعض ما سيحويه لا يمكن أن يُستَغلّ خارج ذلكم الحقل. ومثال ذلك القانون الجزائي ونظريّة الظاهر وغير ذلك من الحقول القانونيّة، بل يمكن أيضا أن يحصل الاستغلال خارج حقول القانون. على كلّ انظر حول الغلط في القانون الجزائي وحول نظريّة الظّاهر:
ابن حمودة (سمير)، الغلط في القانون الجزائي، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1998.
قزارة (إيمان)، نظرية الظاهر في القانون الخاص، مذكرة كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2003-2002.
محفوظ (محمد)، إسهام في دراسة الظاهر في القانون التونسي. حول قرار الدوائر المجتمعة عدد 27632 المؤرخ في 4 أفريل 1997 (تعليق باللغة الفرنسية)، المجلة القانونية التونسية 2001، ص 375 وما بعدها.
MAHFOUDH (Mohamed), Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien. À propos de l'arrêt des chambres réunies n° 27632 du 4 avril 1997, RTD 2001, p. 375 et s.
"ديروسين" (دافيد)، الواقع المعيش، الواقع القانوني والحقيقة القضائية في روما وفي القانون الفرنسي القديم. مساهمة تاريخية لدراسة نظرية الظاهر (مقال باللغة الفرنسية)، المجلة الفرنسية لنظرية وفلسفة وثقافة القانون، 2003، ص 191.
DEROSSIN (David), Réalité vécue, réalité juridique et vérité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, 2003, p. 191.
"بومبيالش – جونو" (دينيس)، العنصرالنفسي في نظرية الظاهرعلى ضوء فقه قضاء محكمة التعقيب (مقال باللغة الفرنسية)، مجلة البحث القانوني 2004-3، ص 1547.
POMBIEILCH–JEAUNEAU (Denise), L'élément psychologique de la théorie de l'apparence à la lumière de la jurisprudence de la cour de cassation, RRJ 2004-3, p. 1547.

5. ثالثا محلّ البحث ما ورد "... في م.ا.ع"، وبالتّدقيق محلّ البحث أحكام الغلط التي جاءت بالأساس في الفصل 43 وما بعده (الغلط التّلقائي جاء بالأساس في الفصول من 44 إلى 49 م.ا.ع، والغلط المُحدَث جاء بالأساس في الفصول 56 و 57 و 60[52]).

و م.ا.ع منتوج لجنة تسمّى لجنة تدوين القوانين التّونسية[53]. ويتحدّث مقرِّر[54] هذه اللجنة عن مهمّتها، ويقول إنّ هذه المهمّة تحدّدت بالاستناد إلى ما

---

[52] قولنا بالأساس يعني أن الغلط التلقائي والمحدث الذين يردان في إطار عمل قانوني قد جاءا في نصوص أخرى ونقصد هنا خاصة الفصل 647 وما بعده من م.ا.ع. انظر عدد 210 وما بعده.

◄ ♦ وإنّ لفظ الغلط قد ورد بالعديد من النصوص: 438 – 444 – 457-475-478-484-527-528-1216-1472.

وإنّ عملنا وإن همّ مباشرة بعض هذه النصوص (438-457-478-1472) إلا أن نتائجه قابلة لتستغل في إطار البقية (على مستوى تعريف الغلط، إلخ).

♦ ونفس القول يصحّ في حق اللفظة الفرنسية erreur فقد جاءت في: 73-78-92-438-475-478-484-527-528-1191 - إلخ. فما يهم عملنا مباشرة هو 438، إلخ. لكن نتائجه قابلة لأن تستغل في 73 و78، إلخ.

◄ ثم إن لفظ التغرير والتدليس قد وردا في نصوص تهمنا مباشرة لأنها تتعلق بالغلط المحدث (43-56-57-60) الذي نعمل عليه. ووردت في نصوص أخرى:

♦ التغرير:61- 92-107-132-306-638-1181-1221-1285-1290-1307-1310-1313-1324-1474 (هنالك نصوص تهم عملنا مباشرة: 638-1474 – إلخ. وبالنسبة إلى البقية قد يستغل بعضها جزء من نتائج هذا العمل: على مستوى معنى العمد، إلخ).

♦ التدليس: 208-213-214-278-287-306-311-331-336-338-356-378-438-444-478-480-481-506-798-1472 (هنالك نصوص تهم عملنا مباشرة: 331-438- إلخ، و أخرى قد يصلح لها بعض من عملنا لكنها لا تدخل فيه: 336-338- إلخ).

ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة التدليس بعبارات أخرى (التغرير، إلخ - إذن وعلى مستوى التغرير زادت القائمة الخاصة بهذه العبارة)، لكن القانون لم يستبدل معنى التدليس بمعنى العبارات الأخرى. والسّبب أنّ الفصل الثاني من قانون 2005 قال إنّ مضمون المجلة لم ينقح.

وهذا الكلام يعني أنّ التحاليل الواردة طوال هذا العمل لن تتأثر في شيء.

لكن صدور قانون 2005 يعني أنّ مهمة من سيعمل على م.ا.ع ستتعقّد: لأنّ العبارات استبدلت فينبغي أن يأتي بالنص الجديد. لكن ولأنّ المعنى لم ينقح فينبغي أن يظل يعمل (التأويل) على النص القديم!!! بعبارة أخرى على هذا العامل أن يعمل وفي يد نص ما قبل 2005 وفي يد أخرى نص ما بعد 2005 (إذن سيعمل بيديه الاثنتين معا): لو اكتفى بنص ما قبل 2005 سوف لن يأتي بالتغيير الشكلي. ولو اكتفى بنص ما بعد 2005 فإنّ الخشية أن يأتي بتأويل غير مقبول: ومثال ذلك الصورة (سنكتفي بالأبسط) التي لا يعثر فيها على نية المشرّع من عبارة استبدلت بأخرى. فإذا اتفق وأن كان للعبارة القديمة معنى وضعي وللعبارة الجديدة معنى وضعي مغاير. فالاكتفاء بالجديد يؤدي إلى إعطاء معنى للقانون يخالف هذا القانون. فإذا انتبهنا إلى ما سبق تساءلنا: ألن نجد المؤوّلين وبمرور الوقت يعملون فقط على الجديد؟ (أي يعملون بيد واحدة. وفعلا من سيحمل نسختين من المجلة (ما قبل 2005 + ما بعد 2005 = 2) وفي صياغتين عربية وفرنسية (2 + 2 = 4: إذن يحتاج الأمر أكثر من يدين !!!)؟ وأكثر من هذا ينبغي أن تكون إحدى النسختين أصلية: مثال سنراه ويتعلق بالفصل 402. نسخته الأصلية قالت: "عدى"/ قانون2005 استبدلها بـ: "عدا"/ لو عملنا على نسخ مثل نسخة 1993 سنجد: "عدا"، وعندها لن نجد فرقا بين الفصل 402 في نسخة 1993 والفصل 402 بعد صدور قانون 2005) وعندها ألن يأتوا بتأويل تغيّر من القانون؟ وباختصار أليس التنقيح الشكلي لا يبقى في بعض الحالات وبمرور الزمن تنقيحا شكليا؟

على كلّ سنشير إلى التغييرات الشكلية التي مسّت بعض النصوص التي نعمل عليها (الحاجة لا تدعو لأن يشار إلى الكلّ، وأكثر من هذا فالحاجة ليست ملحّة على مستوى ما سيشار إليه). وسنبدأ هذه الإشارات بالقول إنّ النصوص التي استبدلت منها عبارة التدليس هي: 213-214-278-331-336-338-356-378-480-1472.

♦ ونفس القول يحق في ما يخص الكلمة الفرنسية dol فقد وردت في الفصول 43 و 56 و57 و60 لكنها جاءت أيضا في: 61-85-107-132-208-213-214-244-278-287-331-356-444-478-481-506-642-660-821-1140-1181-1217-1313-1472-1474. وهنا أيضا ثمّ نصوص تدخل في العمل: 660- إلخ، وأخرى قد يصلح لها بعض العمل ولكنها لا تدخل فيه.

وينبغي أن يُختم جميع ما تقدّم بالتّنبيه على أنّ المقاربة المعتمدة في العمل (انظرها في عدد 10 و11) تقتضي العمل على نصوص المجلّة وقت صدورها. وهذا يعني أنّ التّغييرات اللاّحقة – حتّى ما كان منها أصليّا – لا ينبغي أن تُبنى عليها التّحاليل والاستدلالات (طبعا هذا لا يمنع من الإشارة إلى التّغييرات كما قيل أعلاه).

[53] وهي لجنة أسسها المقيم العامّ للجمهورية الفرنسية بتونس "ريني ميلي" René MILLET وتكونت في 6

سبتمبر 1896. وقد ترأسها "روا" Roy وهو قنصل فرنسا من الدرجة الأولى والكاتب العامّ للحكومة التونسية، وضمت كأعضاء :"بادو" Padoux، وهو قنصل فرنسا الثاني، ومساعد الكاتب العامّ للحكومة التونسية، و"بارج" Berge، وهو رئيس محكمة من الدرجة الأولى ومدير المصالح العدلية بالحكومة التونسية، و"أنتريو" Anterrieu، وهو قاض بمحكمة تونس ورئيس المحكمة العقارية المختلطة، أما مقرر اللجنة فهو "سانتيلاّنا" Santillana، ولقد وضع هذا "المشروع الأوّلي للمجلّة المدنيّة والتجارية التونسية"

« Projet préliminaire de code Civil et Commercial tunisien. Soumis à la commission de codification des lois tunisiennes par M.D.SANTILLANA, membre de la commission, Tunis, Imprimerie générale, 1897 »

(ما كتب باللغة الفرنسية موجود بالصفحة الخارجية للكتاب الذي ضم المشروع) وذلك سنة 1897. ثم خضع المشروع لفحص من قبل فرع من اللجنة sous-commission على مدى أكثر من ثلاثين جلسة وذلك خلال ربيع وصيف 1898. ولقد عهد هذا الفرع لـ: "سانتيلاّنا" بوضع نص مشروع قبلي أو تمهيدي يكون أساسا لمناقشات لجنة متخصصة وموسعة. فحرر "سانتيلاّنا" هذا المشروع نصا وحواشي:

Code civil et Commercial tunisien, avant-projet, discuté et adopté au rapport de M.D SANTILLANA, Tunis Imprimerie Générale, 1899.

(انظر حول تاريخ م.ا.ع: أدريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود: بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، المغرب، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 1996؛ وانظر: ابن عاشور (سناء): منابع القانون التونسي الحديث. التشريع التونسي في فترة الاستعمار (باللغة الفرنسية)، أطروحة دكتورا دولة، تونس كلية العلوم القانونيّة والسياسية والاجتماعية، 1996.

BEN ACHOUR (SANA), Aux sources du droit moderne tunisien. La législation tunisienne en période coloniale, Thèse de Doctorat d'Etat, Tunis, Faculté des sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1996.

SACRANI (Raja), Sources doctrinales du code des obligations et des contrats tunisien. Etude de la théorie générale des obligations, Th., Tunis, Faculté de droit et sciences politiques de Tunis.

وإننا بسبب تشابه العناوين (مشروع أولي - مشروع قبلي أو تمهيدي)، فضلنا أن نصف الأول ***بالمشروع*** والثاني ***بالمشروع المُرَاجَع*** (تركنا هنا وصف المراجع بضمّ الميم لأسباب تتعلق بالشكل) تاركين بذلك تلك العناوين وتاركين أيضا إمكانيات أخرى (كأن نصف مثلا ما ورد أوّلا بتاريخ طبعته وما ورد ثانيا بنفس الطريقة). وسبب التفضيل أن المختار فيه إشارة إلى علاقته بـ: م. ا. ع (هذا موجود كذلك في غير المختار) وفيه أيضا إشارة إلى علاقة جزئيه ببعضهما البعض (الثاني مراجعة للأوّل). وينبغي هنا وخدمة لما سيأتي أن نشير إلى أنه ليس ثمّ – على حدّ علمنا – ترجمة للمشروع، ولكن بالنسبة إلى المشروع المُرَاجَع ثمّ ترجمتان: واحدة جاء بغلاف طبعتها ما يلي:" الحكومة التونسية. قانون مدني وتجاري. طبعة جديدة. طبع بمطبعة الدولة التونسية الرسمية سنة 1316 هـ - 1899 م"، وجاء كعنوان لها (ص 2):" لائحة ابتدائية لقانون مدني وتجاري". وثانية جاء بغلافها: "الحكومة التونسية، قانون مدني وتجاري، طبع بمطبعة الدولة التونسية الرسمية سنة1316 هـ - 1899 م"، وجاء كاسم لها (ص 2):"لائحة ابتدائية في تنظيم قانون مدني وتجاري للمملكة التونسية". وعلينا أن نلاحظ أن هنالك اختلافا على صعيد محتوى نصوص الترجمتين. كما علينا أن نلاحظ أن الترجمة التي ذكرناها في المرتبة الأولى فيها الجزء الأول والثاني من المشروع المُرَاجَع. لذا سنسمّيها في عملنا: ***الترجمة الكاملة***. أما الترجمة الثانية فليس فيها إلا الجزء الأول، ولذلك سنسمّيها: ***الترجمة الناقصة***.

وينبغي أن نشير إلى أن المجلة الجنائية لها أيضا أعمال تحضيرية تتمثل في مشروع. وأن هذا المشروع له أيضا حاشية تحوي إحالات على قوانين متعددة جدا. ولقد قيل في تقديم المشروع إن شكله أخذ من المجلة الجنائية الفرنسية ومن المجلة الجنائية العثمانية. أما مضمونه فقيل انه اخذ من القانون الإسلامي ومن فقه قضاء المحاكم التونسية ومن التشاريع الأوروبية (خاصة المجلة الفرنسية) التي يمكن ملاءمة مبادئها مع القانون الإسلامي ومع الأعراف التونسية. كما قيل إن المشروع اخذ من التشاريع العثمانية والمصرية والسياموية (سيام Siam هي الآن تايلندا). انظر إلى:

Avant-projet de code pénal tunisien. Présenté par la sous-commission au rapport de M.H. GUYOT directeur des services judiciaires du gouvernement tunisien.

[54] هو: دافيد سانتيلاّنا DAVID SANTILLANA (9 /5/ 1855 – 12/3/ 1931)" ولد في تونس في 9 ماي 1855 من أسرة يهوديّة ذات أصل إسباني قديم لجأت إلى تونس واستقرّت بها. لكنّها كانت تحمل الجنسيّة الإنجليزية [...] عُيّن وهو في السّادسة عشر من عمره في 1871 سكرتيرا للّجنة الدّوليّة لشؤون تونس الماليّة بيد أنّه استقال من هذا المنصب [...] وانتقل من ثمّ إلى لندن ليستعدّ لدخول المسابقة الخاصّة بالخدمة المدنيّة أو السّلك الديبلوماسي. لكنّ ظروفا [...] دعته إلى العودة إلى تونس ليتولّى تدبير شؤون الأسرة ورعاية إخوته [...] وحوالي 1880 التحق بكلّيّة الحقوق بجامعة روما، ومنها حصل على ليسانس الحقوق [...] استدعي – وهو لا يزال طالبا [...] – ليكون مستشارا لهيئة الدّفاع عن أحمد عرابي باشا [...] ولا شكّ أنّ السّبب في استعانة هيئة الدّفاع به – وكانت من محامين إنجليز – أنّه كان يتقن العربيّة، ويعرف جيّدا الشّريعة الإسلاميّة، وفي الوقت نفسه كان بريطانيّ الجنسيّة [...] وأثناء إقامته في روما طالبا [...] حصل على الجنسيّة الإيطاليّة،

كانت عليه ملامح[55] القانون الإسلامي آنذاك[56]. وكلام المقرّر عن هذه الملامح وعمّا فعلته اللجنة يوحي بما يمكن أن يكون فرضيّة بحث. لذا ينبغي الإتيان بهذا الحديث لاتّخاذه قنطرة نحو تلك الفرضيّة.

والجانب الأوّل لحديث مقرِّر اللجنة، والخاصّ بملامح القانون الإسلامي، يرجع هذه الملامح إلى سمتين.

السّمة الأولى أنّ القانون الإسلامي أساسه المصلحة. وهذا أمر ليس خاصّا به، بل يُفسَّر انطلاقا من أهداف المجتمع. فالإنسان الفرد ضعيف القوّة، قليل الحيلة. قبالة ذاك، هو متعدّد الاحتياجات. لذا لا يستطيع العيش دون معونة

وهو كان يتقن الإيطاليّة إتقانا تامّا منذ صغره وهو في تونس [...] وبعد حصوله على الليسانس في القانون [...] في1883 مارس مهنة المحاماة في روما وفي فيرنتسه حتّى1896، حين دعاه المقيم الفرنسي – وكانت تونس قد احتلّتها فرنسا منذ 1881 – ليكون عضوا في اللجنة المكلّفة بتقنين القوانين التّونسيّة، وكانت مؤلّفة من خمسة أعضاء، كان هو من بينهم العضو الوحيد المختص في الشّريعة الإسلاميّة [...] (وكانت النّتيجة مشروعا قام سانتلاّنا بصياغة موادّه ولقد ألمح) دون برهان صريح إلى إمكان أن تكون بعض قواعد الفقه الإسلامي مستمدّة من القانون الرّوماني [...] وقد ظلّ سانتلاّنا مخلصا لهذا الرّأي طول حياته [...] وعاد سانتلاّنا، بعد أن أتمّ مهمّته [...] (في تونس) إلى روما في 1899، لكن لا ليستأنف عمله في المحاماة، بل ليتفرّغ للبحث في الشّريعة الإسلاميّة، معتزلا الحياة العامّة. ولم يقطع عليه عزلته إلاّ دعوة جاءته من الجامعة المصريّة (الأهليّة) القديمة في 1910 [...] فلبّى الدّعوة بإلحاح من الحكومة الإيطاليّة وحثّ من أصدقائه، فجاء إلى مصر وقام بإلقاء محاضرات في تاريخ الفلسفة الإسلاميّة طوال العامّ الجامعي 1910. لكنّه لم ينشر هذه المحاضرات. وقد ألقاها باللغة العربيّة [...] وتوجد منها نسخة (مخطوطة) في مكتبة جامعة القاهرة [...] وفي هذه المحاضرات [...] اهتمّ سانتلاّنا بمقارنة الفلسفة الإسلاميّة بأصولها اليونانيّة وبما سبقها عند السّريان [...] وعلى الرّغم من أنّ الجامعة المصريّة طلبت منه الاستمرار [...] فإنّه آثر العودة إلى روما [...] فشغل [...] كرسيّ الشّريعة الإسلاميّة في كلّيّة الحقوق بجامعة روما من 1913 إلى 1923. وكان طبيعيّا أيضا أن تلجأ إليه الحكومة الإيطاليّة في التّشريعات الخاصّة بليبيا. فكلّفته وزارة المستعمرات، هو واجنتسيو جويدي، بترجمة وشرح "مختصر خليل" [...] وهو المختصر المعتمد في سائر بلاد المغرب والمشرق لدراسة الفقه المالكي، ومن هنا ترجم إلى الفرنسيّة [...] لكنّ أعظم إنتاج لسانتلاّنا هو كتابه [...] "نظم الشريعة الإسلاميّة بحسب مذهب مالك مع مراعاة أيضا لمذهب الشّافعي" [...] وقد ظهر الجزء الأوّل (في) 1926 ويشمل (1) الجماعة الإسلاميّة ورئيسها؛ (2) مصادر الشّريعة وتفسيرها؛ (3) التّشريع في الزّمان والمكان، (4) الأشخاص؛ (5) الأسرة؛ (6) الحقوق العينيّة [...] وظهر الجزء الثاني بعد وفاته بمدّة طويلة في 1943 ويشمل: (7) النّظريّة العامّة في الالتزامات؛ (8) الالتزامات الجزئيّة؛ (9) قانون المواريث؛ (10) قانون التّقاضي؛ فهارس [...] وقد ورد في آخره أنّه طبع في 1938 تلافيا لما يقضي به الأمر الصّادر في نهاية 1938 بمنع نشر مؤلّفات [...] اليهود [...] وهذا الكتاب [...] لخّص فيه سانتلاّنا محاضراته [...] التي ألقاها [...] في جامعة روما [...] ويقول في مقدّمته إنّ ضعف حالته الصّحّية حالت بينه وبين عرض التّطوّر التّاريخي للشّريعة الإسلاميّة. وهو في عرضه للشّريعة [...] لم يلتزم التّرتيب المتّبع في كتب الفقه [...] وهذا ما أخذه عليه برجشتريسر [...] إذ أخذ عليه أنّه أوّل الفقه الإسلامي تأويلا رومانيّا [...] لكن كان هذا موقف سانتلاّنا في فهمه للشّريعة الإسلاميّة منذ بداية أبحاثه فيها، كما أشرنا إلى هذا من قبل. وإلى جانب الفقه الإسلامي، كان سانتلاّنا مولعا بدراسة التّصوّف الإسلامي وعلاقته بالنّصوّف الأفلوطيني والنّصوّف المسيحي. وقد جمع في هذا المجال الكثير من المواد [...] لكنّه لم ينشر [...] منها شيئا، ولم ينشر ابنه شيئا منها، رغم أنّ ابنه هذا من المتخصّصين في الفلسفة، ويقول عن أبيه إنّ مذهبه كان "نزعة عقليّة صوفيّة تنشد مذهبها الميتافيزيقي" [...] كذلك يروي هذا الابن أنّ أباه قد خطّط وأعدّ جزئيّا مؤلّفات أخرى: في تاريخ الكنيسة المسيحيّة، وتاريخ القانون الرّوماني، وقاموسا عربيّا. لكن دلافيدا يقول إنّه لم يوجد في أوراق سانتلاّنا وتعليقاته ما وصل إلى درجة التّحرير تسمح بنشره". عبد الرحمان بدوي، موسوعة المستشرقين، بيروت، دار العلم للملايين، ط 3، 1993، ص341-344. انظر أيضا: يحيى مراد، معجم أسماء المستشرقين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 2004، ص 434: " آثاره: ملخّص ابن الإنسان للشيخ طنطاوي جوهري (مجلّة الدراسات الشرقية)، والقوانين المدنية والتجارية وهو مصنّف كبير يؤلّف بحثا جامعا لفقه الحقوق الإسلاميّة (1898)، وترجمة الجزء الثاني من مختصر خليل بن إسحاق إلى الإيطالية مع تعليق عليه وهو مجموعة الأحكام المالكية الأكثر شيوعا في الحقوق المدنية والجزائية والقضائية في المغرب (ميلانو1919، وقد ترجم الجزء الأوّل إغناطيوس جويدي)، وزيد بن علي ونظام الزيدية (مجلة الدراسات الشرقية 8، 1919 - 20)، والخلافة والسلطان في الشرع الإسلامي (الشرق الحديث 4، 1924)، وكتاب الفقه الإسلامي المالكي ومقارنته بالمذهب الشافعي".

[55] في اللغة الملامح ما بدا من محاسن الوجه ومساوئه (انظر المعجم العربي الحديث، لاروس، 1987).

[56] انظر المقدمة المرفقة بالمشروع المُرَاجَع.

أمثاله[57]، أي دون تقسيم العمل. من هنا، حين وُجد الفرد وُجد معه الاجتماع من أجل التّعاون المتبادل، أي من أجل مصلحة الكلّ. فالمجتمع إذن ليس جملة من الأفراد وُجدت معاً على وجه الصّدفة، بل هو جمعيّة وُجدت من أجل صالح الكلّ، أي هو جمعيّة تعاونيّة. ويحتاج ما لأجله وُجدت الجمعيّة (ومن ثمّ الجمعيّة نفسها) إلى سلطة ترعاه (ومن ثمّ ترعى الجمعيّة نفسها وتُبقي على وجودها بالإبقاء على سبب وجودها). هذه السّلطة هي الدّولة (إلخ). والدّولة ترعى ما لأجله وُجدت الجمعيّة بواسطة أداة هي القانون[58]. إذن العلّة الغائيّة لكلّ قانون هي مصلحة الكلّ. والقانون الإسلامي لم يمثّل استثناءً إذ أنّ له مقصداً عامّاً هو صالح العباد[59].

لتفسير هذه النقطة، سنفصّل قليلا فيما جاء عند "سانتيلاّنا"، وسننطلق من تمييز بين الشّريعة والفقه[60]. أمّا الشّريعة فهي "نصوص القرآن الموحى به من الله ﷻ إلى رسوله محمّد ﷺ، والسّنّة النّبويّة وهي أقوال الرّسول ﷺ وأفعاله التي هي شرح وتفصيل لما أجمله القرآن وتطبيق عملي لأوامره ونواهيه وإباحاته باعتبار أنّ كلّ ما يصدر عن الرّسول ﷺ متّصلا بتفسير الشّريعة وتطبيقها ليس من عند نفسه ومن رأيه الشّخصي وإنّما هو بوحي من الله تعالى إليه ... (و) أمّا الفقه فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشّريعة وما يستنبطونه من تلك النّصوص ويقرّرونه ويؤصّلونه وما يقعّدونه من القواعد المستمدّة من دلالات النّصوص"[61]. والفقه، إن كان محلّه علاقة الفرد بالدّولة أو علاقة الأفراد ببعضهم، فيمكن تسميته بالقانون الإسلامي.

"والشّريعة معصومة وهي في العقيدة الإسلاميّة صواب"[62]. "أمّا الفقه فهو من عمل الفقهاء في طريق فهم الشّريعة وتطبيق نصوصها وفقا لغرض الشّارع والقواعد الأصوليّة في استنباط الأحكام منها ... (فهو) فهم الفقيه ورأيه ... (وهو) قابل للمناقشة والتّصويب والتّخطئة، ولكنّ التّخطئة تنصرف إلى فهم

---

[57] قارن مع "نيتشه": المعرفة المرحة (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامة الفلسفية، 1993، ص 364 وما بعدها.
NIETZSCHE (F), Le gai savoir, Paris, librairie générale française, 1993, p. 364 et s.

[58] ثمّ إنّ الدولة وحين تحصل نزاعات فإنها تحلها عن طريق جانب من جوانبها هو القضاء. انظر حول هذا الأمر وحول ما ورد أعلاه من هدف القانون وغيره مقدمة "سانتيلاّنا"، الفقرة 3، ص 2 وما بعدها.

[59] وإن كان صالح العباد عنده لا يهمّ الدار الدنيا لوحدها: الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي): الموافقات في أصول الشّريعة، بيروت، دار الكتب العلمية، المجلد الأوّل، ج 2، ص 4 و5.

[60] سيرد لاحقا ما يبرّر هذا التفصيل. ثم إن التمييز المتحدّث عنه جاء عند الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق ج 1، ص 153. وإننا لن نفعل فيما سيأتي حول هذا التمييز وما يتبعه من تعاريف وغيرها إلاّ نقل ما جاء عند هذا الفقيه.
وينبغي أن نشير إلى أن هنالك من يعطي للشريعة معنى غير الذي سنجده عند الزرقا بعد قليل، وهذا المعنى يجعلها بمثابة العامّ (محلّها: عقائد، وأخلاق، ومعاملات، إلخ) ويجعل الفقه بمثابة الخاص (محله: معاملات، إلخ). انظر إلى: قاسم (يوسف): مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية 1983، ص 19 وما بعدها وخاصة ص 26 وما يليها.

[61] الزرقا (مصطفى أحمد): المدخل، مرجع سابق، ج 1، ص 153. انظر أيضا إلى ابن خلدون: المقدّمة، مطبعة التقدم، 1322 هـ، ص 353. حيث يقول إنه إذا استخرجت الأحكام من الأدلة قيل لها: فقه.

[62] ويضيف الزرقا [(مصطفى أحمد): نفس المرجع والمكان] أنها خير كلها. ويمكن أن نزيد أنه فُرِغ منها لقوله ﷻ: ([...] **اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا** [...]) (المائدة.3).

الفقيه لا إلى ... النّصّ. ومن ثمّ اختلفت آراء الفقهاء وردّ بعضهم على بعض وخطّأ بعضهم بعضا"[63].

ولكي يكون المشهد كاملا، يجب أن يضاف أنّ الفقه يحوي نوعين من الأحكام[64]:

أحكام جاءت في نصوص قطعيّة الثّبوت والدّلالة، وهذه في الحقيقة ليست فقها أي فهما للشّريعة بل هي الشّريعة ذاتها. مثال ذلك أصل وجوب الصّلاة والزّكاة وصوم رمضان والوفاء بالعقود وعدم أكل مال النّاس بالباطل.

وأحكام جاءت في نصوص غير قطعيّة الثّبوت أو الدّلالة، أو سكتت عنها النّصوص.

هذه الأحكام المسكوت عنها تستخرج بواسطة القياس (قد تكون العلّة هنا بمثابة الحكمة وهنا نلاقي المقصد) أو بواسطة الاستحسان إن رُئِي سبب يقتضي الخروج عن حكم القياس (يمكن تسميته قياسا على المقصد) أو بواسطة الاستصلاح والمصالح المرسلة (هو أيضا قابل لأن يسمّى قياسا على المقصد). والحَكَمُ في هذه الأحكام نيّة الشّارع، وهي أحكام اجتهاديّة.

أمّا تلك الأحكام المنطوق بها، فقد يختلف في ثبوتها أو يختلف في دلالتها؛ والحَكَمُ في الدّلالة هو أيضا قصد الشّارع[65]. وهي أحكام اجتهاديّة بدورها.

ويمكن أن نأخذ هذا النّوع الثّاني من الأحكام، ونعود بعد ذلك إلى الشّريعة لنقول إنّها – على حدّ عبارة أحدهم[66] ـ أحكام تنطوي على مقاصد[67] (هذا بالنّسبة إلى المنطوق به) ومقاصد تنطوي على أحكام (هذا بالنّسبة إلى المسكوت عنه).

والمقصد العامّ للشّريعة هو العدل. "فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأيّ طريق كان، فثمّ شرع الله ودينه"[68]. بعبارة تُستقى ممّا جاء منذ قليل: مقصد الشّريعة العامّ، الإتيان بما هو صالح، وتحديداً الإتيان بما هو صالح غالب[69].

---

[63] الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 1، ص 153 - 154.

[64] نفس المؤلف، نفس الكتاب، ج 1، ص 154.

[65] قارن مع نفس المؤلف في نفس الكتاب: ج 1، ص 154 و155.

[66] الفاسي (علال): مقاصد الشّريعة الإسلامية ومكارمها، الدار البيضاء، مكتبة الوحدة العربية، 1963، ص 43.

[67] هذا يهم نوعي الأحكام. لكن بالنسبة إلى النوع الأوّل لا يؤخذ القصد على أنه حَكَمٌ على معنى الحكم (لا يمكن أن نستنتج أن قصد الحكم هو أمر ما، ثم يصرفنا هذا القصد الذي استنتجناه عن ذلك المعنى، بعبارة أخرى يكون القصد هنا مساويا للمعنى).

[68] ابن قيم الجوزية (محمد)، "الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، قدم له وراجعه وعلق عليه الشيخ بهيج غزاوي، بيروت، دار إحياء العلوم، ص 21.

[69] الشاطبي، مرجع سابق، المجلد الأوّل، ج 2، ص 4 وما بعدها.

يقول إن "الاستقراء الذي يفيد العلم دل على أن الشّريعة وضعت لصالح العباد في الدارين". ويضيف أن نية المشرع أن تكون الأحكام أثرها:

-ا لصالح الضروري المتمثل في حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال.

على هذا فالفقه – وما يهمّنا منه القانون الإسلامي ـ هو جملة من الأحكام تقوم على فكرة المصلحة[70]. وهذه قد تتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان. ثمّ إنّ ذلك الأساس للفقه يفسّر إعطاءه مكانة هامّة للعرف، والعرف بدوره يتغيّر.

لكنّ الفقه الإسلامي – وهنا نصل إلى السّمة الثّانية ـ مبنيّ على النّص الشّرعيّ. من هنا فإنّ لأحكامه[71] "الوضعيّة" صبغة "غير وضعيّة" أي دينيّة: نعم معنى النّص يأتي به عمل بشري هو عمل الفقيه، لكنّ صاحب النّص (وصاحب السّكوت) ليس الدّولة بل هو الله تعالى[72].

وحسب "سانتيلاّنا"، تجعل هاتان السمتان ملامح القانون الإسلامي وهيئته محترمة في نظر أهل الذّكر، لكنّها لا تبوّئه المرتبة الأولى. فقد افتقر هذا القانون ـ والكلام دائما للمستشرق "سانتيلاّنا" ـ إلى ما افتقر إليه وفي كلّ شيء الشّرق: منهجيّة أكثر صرامة[73] وفكرا تأليفيّا[74]. "فهذا الميل إلى الفوضى، وهذا

(* مثال أوّل: لو كنا أمام نص يحتمل معنيين واحدا يؤدي إلى حفظ الدين والآخر لا، فالواجب إعطاء النص المعنى الأوّل، لأنه المقصود من صاحب النصّ.
* مثال ثان: أمر مسكوت عنه: على الفقيه أن يضع له حكما أثره حفظ الدين.
* إلخ).
- الصالح الحاجّي المتمثل في إتمام الصالح الضروري، أي في إتمام حفظ الدين إلخ [...] (عادة ما توضع هنا أحكام هي تخفيف لأخرى. فالأحكام الموضوعة أثرها مصلحة تتمثل في التيسير ويحتاجها الفرد والمجموعة. مثال: ليحفظ المال يجب أن يشتري الإنسان ما هو موجود لأن بيع غير الموجود فيه غرر. إلا انه وفي بعض الحالات قد توجد حاجة لبيع غير الموجود).
- الصالح التحسيني المتمثل في الكمال الإنساني.
فلو لم يوجد الحكم الذي قصد منه تحقيق مصلحة ضرورية لفسد العمران (وفقا لتقييم الشرع) أو لتقوّض نظامه أو لاختل الأمن.
ولو لم يوجد الحكم الذي قصد منه تحقيق مصلحة حاجية لوقع الناس في حرج.
ولو لم يوجد الحكم الذي قصد منه تحقيق مصلحة تحسينية، لكان الناس على حال بعيدة عن الكمال.
ولو اختل كل الحاجي وكل التحسيني للبست الشّريعة ثياب الحرج (هذا ضد لمقصدها وهو: الرحمة، واليسر، إلخ) ولاتصفت بضدّ ما يستحسن في العادات (هذا ضد لمقصدها: "بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"). إلاّ أنه يقبل اختلال الجزء اليسير منهما والذي ليس من شأنه إزالة حسن الشّريعة وجمالها.
ثم إنه وداخل المصالح الضرورية يقدم الدين على النفس (إلخ) وهذا في صورة التعارض، كما يقدم الضروري على الحاجي (إلخ) وهذا أيضا في حالة التعارض. انظر إلى الشاطبي، مرجع سابق، المجلد الأوّل، ج 2، ص 7 وما بعدها.

[70] انظر مقدمة "سانتيلاّنا"، الفقرة 3، ص 5.

[71] بالتحديد للنوع الثاني من أحكامه وهو الذي يعدّ في الحقيقة فقها أمّا النوع الأوّل فهو شريعة كما تقدم.

[72] انظر إلى مقدمة "سانتيلاّنا" الفقرة 3، ص 9 وما بعدها.
ويقول الزرقا إن لهذا الفقه قيمة عظيمة وتقديرا كبيرا ولكن ليست له "القدسية التي للشريعة نفسها والمتمثلة بنصوصها من الكتاب والسنة الثابتة". مرجع سابق، ج 1، ص 154.

[73] هذه دعوى ألقاها صاحبها هكذا ودون أن يكلّف نفسه الإتيان ولو بحجّة واحدة عليها (انظر ما سيأتي بنفس هذه الفقرة). وإنّنا سنكتفي – أمام دعوى دون إثبات – بالقول (وهذا يهم الشّرق والغرب) إن العلم يوجد أوّلا ثم يتقدم ثم يوجد تفكير حول مادته وحول منهجيته. وبالنسبة إلى علم الفقه وبعد أن تطور وجد علم الأصول كتفكير حوله (انظر حول ما سبق: الشيخ محمّد مهدي شمس الدّين، الاجتهاد والتّجديد في الفقه الإسلامي، بيروت، المؤسّسة الدوليّة للدّراسات والنّشر، ط 1، 1999، ص 19 وما بعدها). وإن الباحث في الأصول – وهي مزيج من علوم متعددة وصهر لها في بوتقة واحدة – ليجد فيها منهجية استخراج أحكام كاملة ومترابطة وصارمة. أمّا في الغرب فيكفي أن نذكر ما قاله "جيني" من أن "المسألة المنهجية تلعب دورا متواضعا في تاريخ النظريات القانونية". "جيني" (فرانسوا)، منهجية التأويل والمصادر في القانون الخاص الوضعي (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، 1954، ج 1، ص 21.
« [...]La question méthodologique joue un rôle très effacé dans l'histoire des doctrines juridiques». GENY (F), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, L.G.D.J., 1954, T. I, p. 21.
انظر نفس هذا التأكيد عند " ڤاسان" (ريمون)، منهج لأطروحة الدكتوراه في القانون، (مقال باللغة الفرنسية)، مجلة البحث القانوني 1996-4، ص 1169.

العجز المتأصّل على النّظام وعلى الانضباط أدّى ومبكّرا إلى العجز السّياسي للعرب، كما كان في الميدان الفكري سببا ليس أقلّ حسما للضّعف. وهو الذي منع أكثر من غيره القانون الإسلامي من أن يتطوّر كنظام علمي"[75].

وإنّ "سانتيلاّنا" لم يُرفِق كلامه بحجج تثبته حتّى يمكن البحث في متانتها. ومن زاوية تواصل ما جاء للتّوّ: يُعدّ كلام هذا المستشرق تعميميّا لأنّه لم يأت بأمثلة تدعّمه وتكون من الأهمّيّة على مستوى عدد الحقول المعرفيّة التي تناولها وأطلع قارئه عليها حتى تسمح – من وجهة علميّة موضوعيّة – بأن يحكم من خلالها على كلّ الفكر الإسلامي[76].

ويواصل المستشرق "سانتيلاّنا" قائلا إن هنالك سببا آخر لعدم نجاح القانون الإسلامي هو مغالاته في فكرة العدالة، هذه المغالاة التي أدّت إلى تعطيل المعاملات (يُلاحظ هنا أنّ البعض لا يكون مع العدل إلاّ متى لم يضرّ بالأعمال[77])[78].

GASSIN (R), Une méthode de la thèse de doctorat en droit, R.R.J. 1996-4, p. 1169.

[74] هذه الدعوى هي مثل سابقتها ويقال في شأنها نفس الشّيء. ولكن ينبغي أن نضيف أمرين:

- أوّلهما يهم عموم الفكر الإسلامي. فقول "سانتيلاّنا" هنا يمكن أن يوضع قبالته كلام "جارودي" حول وجود مفتاح واحد للثقافة الإسلامية (فقه – فلسفة – علوم - فن). "جارودي" (روجي)، عظمة الإسلام وانحطاطاته، باريس، ألفابيتا وشاما، 1996، ص37 و38.

GARAUDY (R), Grandeur et décadences de l'Islam, Paris, Alphabeta et Chama, p. 37 et 38.

- وثانيهما أنه وداخل مادة العقد جاءت هذه الدعوى على ألسنة العديد [مثال: شحاتة (شفيق)، مفهوم العقد في القانون الإسلامي (مقال باللغة الفرنسية)، أرشيف فلسفة القانون، عدد 13، ص 129.

CHEHATA (Chefik), Le concept de contrat en droit musulman, A.P.D., n° 13, p. 129.

وهنا ينبغي أن نشير إلى مادة الجزاء وينبغي أن نسأل شفيق شحاتة وغيره: هل يمكن أن يقوم هذا البناء دون وجود فكر تأليفي لكل مادة العقد؟

قارن مع: "بقْبَف" (محمد)، التصريح بالإرادة، مصدر من مصادر الالتزام في القانون التونسي (محاولة لنظرية عامّة)، أطروحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993- 1994، ص47

BAGBAG (Mohamed), De la déclaration de volonté source d'obligation dans le Code des Obligations et des Contrats (Essai d'une théorie générale), Thèse de Politiques de Tunis, 1993 - Doctorat d'Etat, Tunis, Faculté de Droit et des Sciences 1994.

[75] "سانتيلاّنا": المقدمة، الفقرة 4، ص 11:

«Cette tendance à l'anarchie, cette incapacité foncière d'organisation et de discipline, qui ont fait de bonne heure, l'impuissance politique des Arabes, a été, dans l'ordre intellectuel, une cause non moins décisive de faiblesse, et ce qui a le plus empêché le droit musulman de se développer comme système scientifique. ».

[76] وإنّه لينبغي – من زاوية العلم – أن لا يُردّ على التعميم بالسقوط فيما سقط فيه وهو التعميم.

ثم إنّه ينبغي – من زاوية العلم أيضا – أن يلاحظ أنّ الدخول في نقاش موضوعي مع الذين اختاروا التعميم عمدا أمر لا يؤدّي إلى نتيجة تؤثّر عليهم. وفعلا في كلام التعميميّين دوما جانب من الحق وجانب من الباطل، ولذلك إن جيء لهؤلاء بما هو باطل في كلامهم، جاؤوا بما هو حــق من ذلك الكلام وإن كان يسيرا. وإن جيء لهم بباطله وبحقه ردّوا: نعم ولكن في دعوانا الحق.

[77] هم أصدقاء للعدل لكنّ صداقتهم للأعمال أكبر؛ أو إن شئتَ قلتَ: يعبدون الأعمال ويشركون بعبادتها العدل، لكن وحين يكون ثمّ تعارض ينقلبون إلى موحّدين يعبدون الأعمال ولا يشركون بعبادتها شيئا.

[78] ويقول "سانتيلاّنا إن فكرة العدل أخذها القانون الإسلامي من "أرسطو" أكثر مما أخذها من الدّين، كما يقول إنها أدت به إلى منع الفائض بكل أشكاله وإلى كراهية الغرر وإلى منع عدم التحديد في العقود. وهنا أيضا نحن أمام تعميم. وثمّ الباطل وثمّ الحق (انظر إلى جانب الباطل مثلا من خلال خيار الرؤية الذي سنتحدث عنه بعدد 180 وما بعده وانظر إلى جانب الحق عند: السنهوري (عبد الرزاق)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،

وما سبق ينبئ، حسب "سانتيلاّنا"، بما سيكون عليه عمل اللجنة وهو تنظيم الفقه غير المتّسق وتنويره وتوحيده، وإزالة أجزائه التي عفا عنها الدّهر، وإتمام ناقصها[79] (إذن عمل اللجنة يتمثّل في تهذيب البناية الموجودة).

لكنّ هذا الكلام لـ "سانتيلاّنا" لا يتلاءم كثيرا مع ما قاله في البدء[80] وهو أنّ مهمّة اللجنة تتمثل أوّلا في الإتيان بالمادّة التي ستصلح في عمليّة التّدوين من القانون الفرنسي[81]، ومن القانون الأوروبي لو أنّ المصدر الأوّل مطالب بتركه في فرنسا نفسها[82]. وثانيا في الإتيان بكلّ مادّة يمكن أن تستعمل – من منظور مبادئ القانون المعاصر من جهة، والوضع الحالي للمجتمع التّونسي من جهة أخرى – وذلك من الفقه الإسلامي ومن القانون التّونسي (إذن عمل اللجنة يتمثّل في وضع بناية جديدة مع استعمالٍ عرضيّ لأحجار من البناية القديمة، إذا استجابت لمواصفات محدّدة). وعلى هذا فالمأتيّ به ثانيا يجب أن يلائم:

من جانب أوّل مبادئ القانون المعاصر، أي مبادئ القانون الفرنسي بالأساس (يستنتج من هذا أنّه، وعندما لا يوضع الحلّ من فرنسا أو من أوروبا كمادّة، يوضع كروح[83]).

ومن جانب ثان الوضع الحالي لتونس (يلاحَظ هنا أنّه لم يُفعل نفس الشّيء مع القانون الغربي المتبنَّى، ممّا يدلّ على أنّه لم يُرد على مستوى الجانب الأساسي من القانون الذي وُضع أن يكون ثمّ تلاؤم مع وضع المجتمع. وهكذا فالفقه الإسلامي والقانون التّونسي – أي ما هو عرضي في البناية – يؤخذ بهما بشرطين، أمّا القانون الغربي – ما يمثّل الهامّ في البناية – فلا)[84].

محاضرات ألقيت في 1953 و1954، بيروت، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الجزء الثالث المتعلق بالمحلّ). ويمكن أن يقال هنا إننا هنا أمام النوع الثاني من الأحكام الذي تحدثنا عنه سابقا مع ما يعني ذلك من إمكانية استخراج أحكام مختلفة حول المسألة الواحدة.

[79] مقدمة "سانتيلاّنا"، الفقرة 5، ص 12.

[80] مقدمة "سانتيلاّنا"، الفقرة 1 و2، ص 1 و2.

[81] ينبغي أن يلاحظ هنا أنّ "نابليون" فكّر - حسب "كاربونيي" - في أن يأخذ في قانونه ببعض يسير من القانون الإسلامي: "كاربونيي" ("جون")، إسحاق وإسماعيل. إخوة غير أشقّاء (باللغة الفرنسيّة)، حركات القانون المعاصر، دراسات مهداة للأستاذ ساسي بن حليمة، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2005، ص 14 (الهامش). CARBONNIER (Jean), Isaac et Ismaël. Demi-frères, Mélanges offerts au Pr. Sassi Ben Halima, Tunis, C.P.U. 2005, p. 14 (La note).

[82] قال إن مهمة اللجنة الإتيان بالقانون الفرنسي، لكن اللجنة الفرعية رأت أن تتوسع بأن تكمّل هذا القانون أو تغيره بقانون أوروبي (ألمانيا – إيطاليا – سويسرا - إنجلترا) كلما كان هذا التغيير أو هذا التكميل مطالبا به في فرنسا.

أنظر حول هذه النقطة المتعلقة بالتوسيع: شرف الدين (محمد كمال)، نبذة حول منهجية وضع الأحكام المتبناة في تحضير المجلة التونسية للالتزامات والعقود (باللغة الفرنسية)، المجلة الدولية للقانون المقارن، 1996، عدد 2، ص 425 و426.

CHARFEDDINE (M.K) ,Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats, Rev. Int. Dt.comp, 1996, n° 2, p. 425 et 426.

وانظر حول التفرقة بين المصادر الشكلية والمصادر المادية للقوانين نفس المقال السابق ص 427.

[83] لم يقل العكس أي وجوب أن يكون القانون الغربي الموضوع ملائما لروح الفقه الإسلامي.

[84] ولعلّ ما سبق يفسر نقل فرنسا هذا القانون إلى المغرب لينطبق على الفرنسيين وعلى الأوروبيين. ويمكن القول إن عمل اللجنة أعطى م.ا.ع. وهذه لها أصول وفصول (آباء وأبناء):

* فأمّا أصولها فالقانون **الفرنسي** (للتدقيق ينبغي القول: نصوص + فقه + قضاء) بالأساس والقانون **الأوروبي** ومن ورائهما القانون **الرّوماني** [*ويمكن أن نشير هنا إلى أن "سانتيلاّنا" من المستشرقين الذين يقولون* ***إن الفقه***

ويمكن القول، بناء على ما سبق من كلام "سانتيلاّنا"، إنّ عمله – والذي صار جزؤه الأكبر م.ا.ع – هو بالأساس قانون فرنسي مادّة أو على الأقلّ روحا.

ولقد قال عنه إنّه: "عمل حضاري بادرت به فرنسا وستتشرّف به أمام التّاريخ حين توارى في ثرى النّسيان انتصارات أخرى أكثر دويّاً، وهو مصير تخصّصه الأيّام لكلّ ما أتى بالقوّة لوحدها"[85] (هذا الكلام لا يحتاج لأن يوضع تحته سطر).

هذه النبوءة لـ"سانتيلاّنا" قد صدقت، فما زال عمله حيّاً إلى اليوم[86].

الإسلامي هو تقليد للقانون الرّوماني *(مقدمة "سانتيلاّنا" الفقرة 5، ص12. وهو رأي يتبناه عضو آخر من اللجنة وهو "بارج": أدريوش (أحمد) مرجع سابق، ص 119 وما بعدها. لكن انظر الردود على هذا الرأي: نفس المؤلف ونفس المرجع، ص97 وما بعدها. ثمّ انظر نقد* بعض المستشرقين لـ:"سانتيلاّنا"عند رجاء السكراني في أطروحتها المذكورة سابقا وذلك بعدد 66 و67 و450 وما بعدها وخاصة 472 و ما بعدها، ***وهذا النقد يهمّ المنهج المعتمد من "سانتيلاّنا" والمتمثل في التأويل الروماني للقانون الاسلامي (عدد 67)، وفعلا يرى بعض المستشرقين أنّ اعتبار الفقه نسخة أو تقليدا للقانون الروماني "سذاجة علمية" (عدد 473)).*** *وإن "سانتيلاّنا" هو أيضا من المستشرقين الذين يرون أن* ***الفلسفة الإسلامية ترجع إلى الفلسفة اليونانية****. نفس المؤلف ونفس المرجع ص 121. لكن انظر إلى ما جاء عند "جارودي" (مرجع سابق: باللغة الفرنسية ص37 وما بعدها) من أن الإسلام لم يكن مجرد ناقل للثقافات السابقة وخاصة منها اليونانية*]. وبدرجة أقلّ القانون **الإسلامي. *[يقول أحدهم إن البنية ألمانية وسويسرية (كتاب أوّل للأحكام العامّة للالتزامات وإن كان يهم بالدرجة الأولى نوعا منها هو الاتفاقات وكتاب ثان لأحكام تهمّ بعض العقود وتهمّ شبه العقود ويمكن أن تنطبق على العقود غير المسماة). كما يقول إن المحتوى أقرب إلى القانون الفرنسي وأحيانا هو تدوين للقانون الإسلامي*** *(مقال "مونيجي" (ص30 و31) وانظر إلى مقالات الخمليشي والمذكوري والكشبور وعزيمان [وكلها بالمجلّة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7، 1984،] وإلى كتاب أدريوش (ص10) وإلى ابن عاشور (عياض) [السياسة والدين والقانون في العالم العربي (باللغة الفرنسية)، تونس، سيراس، 1992، ص 139.*

BEN ACHOUR (Yadh), Politique, religion et droit dans le monde arabe, Tunis, CERES, 1992, p139.] *لتجد من يوافق رأي "مونيجي" ومن يخالفه).*

*وأمّا فصولها:

- **فظهير الالتزامات والعقود المغربي** الصادر في 12 أوت سنة 1913 لينطبق أمام المحاكم الفرنسية التي ستنشأ في 15 أكتوبر 1913 على المتقاضين أمامها وهم الفرنسيون والأجانب والمغاربة الذين لهم جنسيتان والمغاربة المحميون بواسطة نظام الامتيازات الأجنبية. مقال "مونيجي"، ص33 و34. [حرر "بارج" هذا القانون ("مونيجي". ص29)، ولقد اعترضنا سابقا كعضو في اللجنة التي عملت في تونس].
- **ومجلّة تطوان** الصادرة سنة 1914 [هذا رأي "ديكرو" (مصدر وابتكارات ظهير الالتزامات والعقود، (مقال باللغة الفرنسية)، جريدة محاكم المغرب، 25 فيفري 1958، عدد 1، 225.

DECROUX (Paul), Origine et originalités du Dahir formant Code des Obligations et des Contrats, Gazette des tribunaux du Maroc, 25 Fév 1958, n° 1, 225.

- **ومجلّة طنجة** الصادرة سنة 1924 (مقال "ديكرو" ومقال "مونيجي"، نفس المكان).
- ومجلّة **موريطانيا** الصادرة سنة 1989 [أدريوش (أحمد)، المرجع السابق، ص 18، الهامش عدد 29]. انظر إلى هذه التفاصيل وغيرها بهامش في عدد 22 من هذا العمل.

[85] مقدمة "سانتيلاّنا" الفقرة 6، ص 13.

« [...] Cette œuvre de haute civilisation dont la France a pris l'initiative, et dont elle aura l'honneur devant l'histoire, lorsque bien d'autres triomphes plus retentissants, seront ensevelis dans l'oubli que l'avenir réserve à tout ce qui ne relève que de la force. »

[86] بل أكثر من هذا فقد فتح دخول هذا العضو إلى الجسد القانوني التونسي الباب إلى دخول أعضاء أخرى حتى أنه لم يبق الآن الكثير من الأعضاء القديمة. ويقول "مونيجي" وهو يتحدث عن المغرب إن الحماية كانت تشعر بأنها نظام مؤقت، ولذلك اتخذت سبيل الحكمة بأن لم تحاول نقض المجتمع الإسلامي بل عمدت إلى تبديله من الداخل وذلك بصفة تدريجية (ص 28). ومن هنا كان هدف واضعي قانون الالتزامات والعقود جعل القانون المغربي ككل يستدبر الشّرق ويستقبل الغرب. ولقد حدثنا المؤلف عن ضرب تدريجي بالأشعة للقانون المغربي (ص 26) [وعموما لمؤسسات المجتمع (ص 46 و47)] بواسطة قوانين الأجانب].
وإننا لنجد تأييدا لما سبق في وثائق تاريخية تهم تونس: انظر (206) و (207) (حيث ستجد فكرة التدريج) و

ويمكن أن يستنتج ممّا تقدّم من حديث "سانتيلاّنا" عن ملامح القانون الإسلامي وعن مهمّة اللجنة أنّه يصبّ في اتّجاه القول بأنّ عملهم مثّل إتيانا بحَسَن وتركا لغير حَسَن.

فرضيّة البحث

6. والإتيان بحَسن وترك غير الحَسن قولٌ يوحي بما يمكن أن يمثّل فرضيّة بحث، أي بما يمكن أن يمثّل فكرة أساسيّة يُبحث عن مدى توفّرها في م.ا.ع أو في أجزاء منها مثل أحكام الغلط. بعبارة أخرى: يمكن التّفكير في عملٍ يتعلّق بتبيّن *الحَسن من غير الحَسن*[87].

هذا التّبيّن قد يُؤتى به فيما يخصّ أحكام المجلّة في ذاتها، أي قد يُبحث عن حُسن الأحكام أو عدم حُسنها في ذاتها. ويمكن وصف هذا البحث بكونه بحثا عن وجود أو عدم وجود *إتقان*.

كما أنّ هذا التّبيّن قد يُؤتى به فيما يخصّ أحكام المجلّة معتبرة بالنّظر إلى ما أخذت مكانه، أي قد يُبحَث عن حُسن الأحكام أو عدم حُسنها بالنّظر إلى ما سبقها. هذا البحث يمكن نعته بكونه بحثا عن وجود أو عدم وجود *إصلاح* وذلك بحسب ما إذا كان ما جاءت به المجلّة أعلى من السّابق أو هو دونه.

بعبارة واحدة، قد يُفَكَّرُ في إشكاليّة تتعلّق بـ: الحُسْن (أو عدم الحُسْن)، أي بـ: الإتقان (أو عدم الإتقان) زائد الإصلاح (أو ما هو ضدّ الإصلاح)، أي قد يُفَكَّرُ في عمل يكون السّؤال فيه متعلّقا بـ: الإحكام، إذ الإحكام في اللغة الإتقان والإصلاح[88].

---

(211) (حيث ستجد نفس الفكرة ولكنها تهم هنا القانون المدني وإدخاله ليمهد السبيل لإدخال لاحق للقانون الجزائي) و (218 و219) (حيث ستجد شروطا مرتبطة بفكرة التدريج) وذلك بـ:

Fonds Quai d'Orsay - (N° de bobine 152) -N° de carton (dossier) N.S: 219. Dossier n° 2 - n ° de folios 199 à 219.

انظر أيضا إلى وصف لحياة المجلة عند: هاشم (محمد العربي)، مجلة الالتزامات والعقود: مائة سنة من الوحدة ؟ (باللغة الفرنسية)، منشور بـ: مجموع مقالات مهداة إلى محمد الشرفي، تونس، مركز النشر الجامعي، 2001، ص 231 وما بعدها.

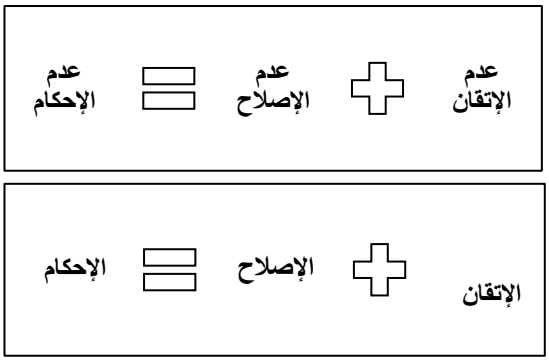
HACHEM (Mohamed Larbi), Le code des obligations et des contrats: cent ans de solitude ? Mélanges en l'honneur de Mohamed CHARFI, Tunis, C.P.U., 2001, p. 231 et s.

[87] جاء في المعجم العربي الحديث (لاروس) أنّ "النّقد[...] هو تمييز جيّد الكلام من رديئه". وعليه فإنّ هذه الدّراسة ستكون نقديّة.

[88] جاء في لسان العرب لابن منظور: "[...] أحكم الأمر أتقنه [...] حكم الشّيء وأحكمه، كلاهما: منعه من الفساد. قال الأزهري: وروينا عن إبراهيم النخعي أنه قال: حكّم اليتيم كما تحكّم ولدك، أي امنعه من الفساد، وأصلحه كما تصلح ولدك [...]"

وعلى هذا فاستعمالنا للفظة الإحكام، وإن ذكّر بالآمدي وابن حزم مثلا (الإحكام في أصول الأحكام)، إلاّ أنه وخلافا عنهما جاء للتدليل على معنيين في نفس الوقت: الإحكام هو الإتقان والإصلاح.

كما أنّ استعمالنا للإحكام وللإتقان (ويتبع ذلك استعمالنا للإصلاح) بعيد عمّا جاء في معجم الفروق اللغويّة لأبي هلال العسكري وحاصله: "37. الفرق بين الإتقان والإحكام: أن إتقان الشيء إصلاحه وأصله من التقن وهو الترنوق الذي يكون في المسيل أو البئر وهو الطين المختلط بالحمأة يؤخذ فيصلح به التأسيس وغيره فيسدّ خلله ويصلحه فيقال أتقنه إذا طلاه بالتقن ثم استعمل فيما يصحّ معرفته فيقال أتقنت كذا أي عرفته صحيحا كأنه لم يدع فيه خللا، والإحكام إيجاد الفعل محكما ولهذا قال الله تعالى﴿ كِتَابٌ أُحْكِمَتْ آيَاتُهُ﴾ أي خلقت محكمة ولم يقل أتقنت لأنها لم تخلق وبها خلل ثم سد خللها. وحكى بعضهم أتقنت الباب إذا أصلحته قال أبوهلال رحمه الله



7. وينبغي هنا أن تساق ملاحظتان، ثمّ يُعمد من بعد ذلك إلى محاولة تدقيق السّؤال:

فأمّا الملاحظتان، فتتمثّل أولاهما في الإشارة إلى أنّ ترك الفقه الإسلامي والأخذ بالقانون الغربي لا يعني دائما ترك متقن لفائدة غير متقن ومن ثمّ إتيانا بما هو ضدّ للإصلاح. فالأحكام الحسنة (التي فيها صالح العباد حسب ما ورد سابقا)، أي التي فيها إحكام، هي التي تركت تقليد السّيّئ وإن كان السّيّئ "محلّيّا" وأخذت بما هو الأفضل وإن كان الأفضل "مستوردا".

وإدراك الإحكام قد يكون بضربة حظّ. وقد حدّثنا "أرسطو" عن جنود ليس لهم من العلم ولا من التّدريب شيئا، يرتمون هنا وهناك، ويسيرون خبط عشواء في أرض المعركة، مع ذلك يأتون بضربات ناجحة[89].

لكنّ إدراك الإحكام الحقيقي يكون بالاجتهاد: أي بغلق باب تقليد السّلف (هنا نجد السّلفيّة الدّينيّة) وباب تقليد الغرب (هنا نجد الفكر الليبرالي العربي والفكر الماركسي العربي، أي نجد – على حدّ عبارة الجابري – السّلفيّة الاستشراقيّة والسّلفيّة الماركسيّة[90])؛ أي بغلق باب الكسل (باب السّلفيّة بوجوهها الثّلاثة) وفتح باب العمل[91].

تعالى: ولا يقال أحكمته إلا إذا ابتدأته محكما". معجم الفروق اللغوية الحاوي لكتاب ابي هلال العسكري وجزءا من كتاب السّيّد نور الدّين الجزائري (مرجع سابق)، ص 14.

[89] "أرسطو"، الميتافيزيقا، ترجمة وتعليق "تريكو"، مكتبة النّصوص الفلسفيّة، باريس، المكتبة الفلسفيّة "فران" 1991، ج 1، ص 37 و38.

ARISTOTE, La métaphysique, Traduction et commentaire par J. TRICOT, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Bibliothèque philosophique J. VRIN, 1991, T. I, p. 37 et 38.

[90] نقد الجابري السلفية الدينية (مشروعها: إلغاء تراث عصر الانحطاط والرجوع للأصول مباشرة. لكن الماضي "الذي أعيد بناؤه بسرعة قصد الارتكاز عليه للنهوض أصبح هو نفسه مشروع النهضة"، ص 13). كما نقد السلفية الاستشراقية (تتمثل في الفكر الليبرالي العربي الذي ينظر إلى التراث العربي الإسلامي "من الحاضر الذي يحياه، حاضر الغرب الأوروبي فيقرأه قراءة أوروباوية النزعة" ص 14، أي يقرأه وفق منهج ورؤية السلف الاستشراقي ومن ثمّ فهو يرى أن "المستقبل في الماضي العربي كان في استيعاب ماض غير الماضي العربي (ثقافة اليونان بكيفية خاصة)، وبالمقايسة يصبح المستقبل في الآتي العربي مشروطا باستيعاب الحاضر – الماضي الأوروبي"، ص 14). ومعلوم أن الجابري نقد أيضا السلفية الماركسية (التي تطلب من الثورة أن تعيد بناء التراث و[...] من التراث أن يساعد على إنجاز الثورة [...] والتي هي سلفية لأنها "محاولة لتطبيق طريقة تطبيق السلف الماركسي للمنهج الجدلي وكأن الهدف هو البرهنة على صحة المنهج المطبق لا

هذا عن الملاحظة الأولى، أمّا الثّانية فتتمثّل في الإشارة إلى أنّ هنالك موازين متعدّدة للحكم على أحكام معيّنة (في ذاتها أو بالنّظر إلى ما أخذت مكانه) بأنّها حسنة أو غير حسنة: منها السّياسي والاجتماعي والاقتصادي ومنها غير ذلك. ولقد اختير في هذا العمل ميزان المنهجيّة التّشريعيّة. والمقصود: أن تكون في الأحكام دقّة نظر وتمييز[92]، وأن يكون فيها ردّ للأجزاء إلى أصول ثابتة[93]، وجمع في نسق متّسق[94]، وفصل وتنويع حيث يجب ذلك[95]. بعبارة

تطبيق المنهج". ص 16). محمد عابد الجابري، نحن والتراث، قراءات معاصرة في تاريخنا الفلسفي، ط4، بيروت، دار التنوير للطباعة والنشر، 1985.

[91] وهنا تمّ اختلاف يمكن الإشارة إليه بسرعة وبسطحية (تتمثل خاصة في أن يرد الأمر إلى موقفين لا غير). فهنالك من يرى أن "العمل" يتمثّل في استنباط الأحكام من "العقل". وهنالك من يرى أن "العمل" يتمثّل في استنباط الأحكام (إذن بواسطة العقل) من الشريعة وفق مقصد صاحبها المتمثل في العدل وصالح العباد.
وهذا الخلاف لا يحلّ بإنهائه نظريّا فهذا متعذّر حتى على من يرغب في ذلك (لا يمكن أن نصبح وعلى الصّعيد النّظري أمام موقف واحد من الموقفين)، بل بإيجاد "الطّرق الإجرائية العادلة" التي تسمح إن اقتضى الأمر ذلك بالحسم على الصعيد العملي لفائدة أحد الموقفين.
ويمكن أن نضيف أنه وأحيانا يصوّر الأمر على أنه يتمثّل في هذا الاختيار: فإمّا فقه لا علاقة له بهذا الزمن وإمّا كلّ قانون الغرب. لكن وبين شرّين يجب أن يُرفض اختيار حتى الأهون منهما (العبارة هي لـ: "كارل كراوس" وقد أوردها: "بورديو" ("بيار"): مسائل في علم الاجتماع، تونس، سيراس للنشر، 1993، ص 18.
BOURDIEU (Pierre), Questions de sociologie, Tunis, CERES Editions, 1993, p. 18.
وفي نفس الخط يصوّر الاجتهاد بأنه مقدمة نتيجتها استدبار الموروث واستقبال الغرب. لكن الاجتهاد – في تقديرنا – مقدمة نتيجتها استدبار السيئ واستقبال الحسن. وعلى هذا من يدعو صادقا إلى فتح باب الاجتهاد يجب أن يدعو لا فقط إلى غلق باب تقليد فقه القرن الرابع بل وأيضا باب تقليد الغرب.

[92] قرّب من: الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 2، ص 775.

[93] قرّب من: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 4، ص 284.
انظر أيضاً إلى من قيّم سلبيا م.ا.ع من هذه الزاوية: الزين (محمد)، مائوية التدوين في تونس. مجلة الالتزامات والعقود، (باللغة الفرنسية) منشور بـ: التدوين، تحت إدارة "برنار بانيي"، معهد الدراسات القضائية، كلية الحقوق بتولوز، (باريس، دالوز، 1996، ص 190 و191).
ZINE (Mohamed), Centenaire de la codification en Tunisie, Le code des obligations et des contrats, In: la codification, Sous la direction de Bernard BEIGNIER, Institut d'études judiciaires, Faculté de droit de Toulouse (Paris, Dalloz, 1996, p. 190 et 191).

[94] أنظر حول الاتساق أو التناسق (الشكلي والأصلي) في م.ا.ع (عموم أحكامها): شرف الدين (محمد كمال)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 433 وما بعدها.

[95] **إذن إشكاليّة هذا العمل إشكاليّة منهجيّة. بالتّحديد هي إشكاليّة تتعلّق بالمنهجيّة التّشريعيّة (= بعلم التّشريع = بالصّناعة التّشريعيّة: في هذا العمل يمكن أن يُستعمل كموّدّ لمعنى "منهجيّة" (إلخ) العبارة العربيّة صناعة لأنّ الصّناعة هي "قدرة [...] على استعمال أمور لغرض من الأغراض" (ورد هذا المعنى للصّناعة عند:** المظفّر (محمّد رضا)، المنطق، بيروت، دار الطّباعة للمنشورات 1995، ص 308).
والمنهجيّة التّشريعيّة تتكوّن من قسمين: قسم أصلي هو قسم السّياسة التّشريعيّة (la politique législative) وموضوعه تصوّر غايات وأهداف التّدخّل التّشريعي. وقسم شكلي هو قسم التّقنية التّشريعيّة (la technique législative) وموضوعه منحصر في صبّ خيارات السّياسة التّشريعيّة في صيغ. انظر حول ما سبق: "بارجال" ("جان لويس". المنهجيّة القانونيّة (باللغة الفرنسيّة)، باريس، المنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، 2001، ص 276. Bergel (Jean-Louis), Méthodologie juridique, Paris, P.U.F., 2001, p. 276
وإنّ هذا العمل يهمّ المنهجيّة أو الصّناعة التّشريعيّة في جانبها الأصلي إذ سنعمل على التّصوّر التّشريعي لمادّة الغلط، على تشكيل المشرّع لهذه المادّة (لا تشكيله للنّصوص التي تحوي الغلط وإلاّ لأصبح العمل داخلا في الجانب الشّكلي من المنهجيّة).
انظر أيضا حول المنهجيّة ومختلف أقسامها:
المعجم القانوني، باللغة الفرنسية، منشور بإدارة "جيرار كورنو"، جمعية "هنري كابتون"، ط2، باريس، المنشورات الجامعية لفرنسا 1990 (كلمة: technique législative)
Vocabulaire juridique, Publié sous la direction de Gérard Cornu, Ass. H. Capitant, 2ème éd, Paris, P.U.F., 1990 (technique législative).
وانظر أيضا إلى "جيني" (فرانسوا)، العلم والتقنية في القانون الخاص الوضعي (باللغة الفرنسية)، باريس، سيراي، 1927.

واحدة، المقصود: أن تمثّل الأحكام "خطابا واضحا ومتّسقا" حسب لفظ "أفلاطون"[96]، أي خطابا يجمع المتماثلات ويفصل المختلفات حسب ما يعنيه هذا الفيلسوف[97].

ولقد سبقت أعمال تتناول م.ا.ع من هذه الزّاوية (زاوية الإتقان على صعيد المنهجيّة التّشريعيّة)[98]، وسنحاول اتّباع خطواتها. لكنّنا سنحاول أيضا البحث في مسألة الإصلاح.

8. بناءً على الملاحظة الأولى وخاصّة الثّانية يكون سؤالنا هو: هل ثمّ، من منظور المنهجيّة التّشريعيّة، إحكام في أحكام م.ا.ع وبالتّحديد في تلك المتعلّقة بالغلط؟ أي هل وافقت أحكام الغلط الإتقان ومعه الإصلاح؟

9. إنّ الفرضيّة التي سننطلق منها والقضيّة[99] التي سنحاول إثباتها (إثبات

GENY (François), Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey, 1927.
الذي تحدث عن "التقنية القانونية" Technique juridique وقال إنها مصطلح مهني (ج 1، عدد 34، ص 99) وقسّمها بالخصوص إلى ثلاثة أقسام منها "التقنية التشريعية" Technique législative (يدخل في القسم السابق: "التقنية العرفية" Technique coutumière أمّا القسمين الآخرين فهما "التقنية الفقهية" Technique doctrinale [قرّبها من التمشي الذي سيقال بعد قليل إنّه سيعتمد في هذا العمل] و"التّقنية القضائية" Technique jurisprudentielle) (ج 3، عدد 185 و186). ولقد أعطى بعض الأوصاف التي تجعل من التقنية القانونية حسنة من ضمنها الاتساق (ج 3، عدد 89).
وانظر: "موران" ("شارل ألبار") (تحت إدارة)، علم التشريع الشكلي والأصلي، مرسيليا، المنشورات الجامعية لـ: آكس مرسيليا، 1999.
MORAND (Charles-Albert) (sous la direction de), Légistique formelle et matérielle, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
وانظر إلى: "لاسير كييسوف" (فاليري)، التّقنية التشريعية. دراسة حول المجلات المدنية الفرنسية والألمانية، مكتبة القانون الخاص ج371، باريس، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، 2002.
LASSER-KIESOW (Valérie), La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand, Bibliothèque de droit privé, T 371, Paris, L.G.D.J., 2002.

[96] « Discours clair et cohérent »
"أفلاطون" محاورة "فادر" (باللغة الفرنسية)، ترجمة وتقديم وحاشية "إيميل شامبري"، باريس، قارنيي، فلاماريون 1964، ص 151.
PLATON, Phèdre, Traduction, notices et notes par Emile CHAMBRY, Paris, Garnier-Flammarion, 1964, 265 e-266 a, p. 151.

[97] نفس المؤلف ونفس المرجع، ص 151 و152. ويسمّي "أفلاطون" هذا الخطاب خطابا "ديالكتيكيا". ويمكن أن نسميه أيضا بالعقلاني.

[98] انظر في تونس وعلى سبيل المثال من ذكروا أعلاه: الزين (محمد)، وشرف الدين (محمد كمال).

[99] القضية هي تنصيص قابل لان يقال عنه انه صحيح أو انه خاطئ.
« énoncé verbal susceptible d'être dit vrai ou faux ».
مثال ذلك: الأرض كروية الشكل.
وتتركب القضية من موضوع (un sujet) (الأرض في مثالنا) ومحمول (un prédicat) (كروية الشكل في مثالنا). انظر: لالاند (أندري)، معجم تقني ونقدي للفلسفة (باللغة الفرنسية)، باريس، كادريج، المنشورات الجامعية بفرنسا، ط3، 1993، تحت الكلمات: proposition- sujet- prédicat
LALANDE (André), Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, P.U.F., 3ème édition, 1993.
وانظر الغزالي، معيار العلم في المنطق، شرح احمد شمس الدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1990م. حيث يقول في ص 81-82: "إن القضية باعتبار ذاتها تنقسم إلى جزأين مفردين: احدهما خبر والآخر مخبر عنه كقولك زيدٌ قائمٌ. فإن زيدا مخبر عنه، وقائم خبر [...] وقد جرت عادة المنطقيين بتسمية الخبر محمولا، والمخبر عنه موضوعا. فلننزل على اصطلاحاتهم، فلا مشاحة في الألفاظ".

صحّتها أو إثبات خطئها) تتمثّل فيما يلي: أحكام الغلط (هي) مجانبة للإحكام[100] (= ثَمّ في أحكام الغلط: عدم إحكام = ثمّ في أحكام الغلط: عدم إتقان + عدم إصلاح).

ولثبوت هذه القضيّة عدّة تداعيات. بعبارة أخرى: لطرح إشكاليّة الإحكام عدّة فوائد. فنحن أمام فكرة من المفيد البحث فيها أوّلا في ذاتها، وثانيا في إطار مجلّة الالتزامات والعقود، وثالثا داخل نموذج هو أحكام الغلط.

من المفيد أوّلاً البحث في فكرة الإحكام في ذاتها لأنّ مردوديّة القانون (القبول به – سهولة تطبيقه – إلخ) على الصّعيد الاقتصادي، أو الاجتماعي، أو الفنّي (إلخ) أثر لوجود الفكرة والعكس بالعكس. في هذا المعنى يقول أحدهم: "إنّ الفعل التّشريعي ينبغي أن تؤطّره ضوابط منهجيّة صارمة، وينبغي أن يُسار به وِفْق طرق تصوّر وتعبير معيّنة، وذلك لتجنّب ظهور اللاعقلاني. فلا شكّ أنّ القوانين ذات النّوايا الحسنة والتي شُكِّلت بطريقة سيّئة أو التي كانت غير مفهومة من الذين يتلقّونها (لا شكّ أنّ هذه القوانين) ضرُّها أكبر من نفعها"[101].

من المفيد ثانياً البحث في فكرة الإحكام في إطار مجلّة الالتزامات والعقود لأنّ هذه المجلّة منتوج له علاقة، وفق قول "سانتيلاّنا"، بالفقه الإسلامي من جهة وبالقانون الغربي من جهة أخرى، أي هي منتوج يسمح بالمقارنة بين ذلك الفقه (وهو في عموم مادّة المعاملات عمل إنساني لأنّنا إمّا أمام منطوق به ليس قطعيّ الثّبوت أو ليس قطعي الدّلالة وإمّا أمام مسكوت عنه) من جهة، والقانون الغربي من جهة أخرى؛ أي بين إبداع تشريعي إنساني أوّل (الفقه الإسلامي في عموم هذه المادّة) وإبداع تشريعي إنساني ثان (القانون الغربي)؛ مع ما يعني ذلك – بسبب خروج المسألة في أغلبها من دائرة المقدّس – من إمكانيّة تقييم كلّ واحد منهما بواسطة أقوال من داخله ومن خارجه في نفس الوقت؛ ومع ما يعني ذلك من انعكاسات على مستوى جعلهما مصدرا مادّيّا.

من المفيد ثالثا البحث في فكرة الإحكام في إطار نموذج (من يقول نموذجا، يقول دراسة جزئيّة، أي يقول بما يوفّر فرصا أكبر للدِّقّة) من أحكام

---

[100] علينا أن نلاحظ أن حسن الصناعة أو المنهجيّة التشريعيّة مطلوب لو أنه لم يعطل متطلبات أخرى. وإن عملنا سيهم هذه الصناعة حين لا تمنع هذه الدواعي الأخرى.
كما علينا أن نلاحظ أن ما يمثل فرضية انطلاق في هذا العمل (عدم الإحكام يساوي الإتيان بما ليس متسقا زائد ترك موروث متسق) هو في جزء منه (الإتيان بما ليس متسقا) نتيجة ومحصلة في أعمال أخرى. انظر: الزين (محمد)، مرجع سابق، (باللغة الفرنسية)، ص 190 و191. وانظر خاصة: شرف الدين (محمد كمال)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 422.

[101] "L'action législative doit en effet être encadrée par des contraintes méthodologiques strictes et conduite selon des méthodes de conception et d'expression déterminées pour éviter «le surgissement de l'irrationnel»: «Il ne fait pas de doute que des lois pourtant bien intentionnées, mais mal conçues ou incompréhensibles pour leurs destinataires, peuvent faire plus de mal que de bien»". "برجال" (جان لويس)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 271.

مجلّة الالتزامات والعقود هو نموذج أحكام الغلط. والسّبب أنّ لهذه الأحكام إشعاعا (إذن الجزئي له تمثيليّة) إذ تشمل، كما سيُتبيّن ذلك، زيادة على الرّضا، الموضوع والسّبب. ثمّ إنّ نوعا من أحكام الغلط (الأحكام التّأييديّة) يمسح كلّ شروط النّشأة. زِدْ على ذلك أنّ مجلّة الالتزامات والعقود، كما سنرى، ربطت نفسها بالمنطق؛ ومن المجدي لمن يبحث في فكرة الإحكام أن ينظر في كيفيّة تعامل القانون الذي يدرسه مع ما جاء به المناطقة.

وعليه فالقضيّة التي سنعمل عليها هامّة. وهذه القضيّة، كما يستخلص ممّا سبق، أوحى بها إطار محلّ البحث (وبالتّحديد حديث "سانتيلاّنا" عن المشروع، ومن ثمّ عن مجلّة الالتزامات والعقود، أي عن إطار الغلط)؛ ثمّ إنّها، أي القضيّة، تحدّد المراحل الواجب اتّباعها في كلّ نقطة نمرّ بها، ومن ثمّ فهي تفرض تمشّيا معيّنا في العمل، أي تفرض المقاربة التي ينبغي أن تعتمد فيه.

المقاربة المعتمدة في البحث

10. وفعلاً فإنّ فرضيّة البحث (أو القضيّة فيه) تفرض أن يؤتى بالنّصوص وبالتّحديد بما أراده صاحبها منها[102]. والإتيان بالمراد يستدعي إعطاء النّص معناه[103] الموجود في النّظام اللغوي العامّ (المعنى الوضعي

---

[102] قد يمكن أن نجد طرقا أخرى تتمثل في النظر إلى الأحكام مباشرة عند فقه القانون [وهنا قد يكون من المجدي أن توجد بحوث تنظر في الفرق بين: فقه القانون قبل الاستقلال وبعده - فقه القانون الذي جاء به أجانب و الذي جاء به تونسيون - فقه قانون قبل تعريب جزء من الدراسات القانونية في كليات الحقوق وفقه قانون بعد ذلك (إلخ)، أو تنظر في الفرق داخل القضاء: قبل الاستقلال و بعد الاستقلال - فقه قضاء له تكوين زيتوني وفقه قضاء له تكوين مختلف - فقه قضاء متكوّن في كلّيّات الحقوق قبل التّعريب وبعد التّعريب (إلخ). قارن مع "مونيجي" في المكان الذي ذكر سابقا، ص 47 وما بعدها. وانظر إلى: بن عمو (نذير)، الفقه التونسي المتعلق بالقانون الخاص من فجر القرن 20 إلى مشارف القرن 21، مجموعة لقاءات الحقوقيين عدد 8، تأثير القرن 20 في القانون التونسي (ملتقى)، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2000، ص 96 وما بعدها BEN AMMOU (Nadhir), La doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du XXème siècle à la veille du XXIème siècle, Collection forum des juristes n°8, L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien (Colloque) Tunis Faculté de droit et des sciences politiques 2000, p. 96 et s]

لكنّ القضيّة التي سنعمل عليها تستوجب إحضار الأحكام كما أرادها المشرّع. وهذا قد نجده في فقه القانون أو فقه القضاء (عندها يمكن استعمالهما) وقد لا نجده (عندها لن نستطيع استعمالهما). ثم إنّه وحتى في الحالة الأولى ينبغي أن نبحث بأنفسنا ومن البداية عن معنى النّصوص كما أرادها المشرّع. ثمّ وفي وقت ثان يمكن أن نضيف الفقه والقضاء. لكنّ هذه الزّيادة وكما يُرى لا تحتاجها القضيّة ويمكن الاستغناء عنها.

انظر حول قواعد التّأويل في م.ا.ع: العرفاوي (عزالدين)، قواعد تأويل القانون المكتوبة. بحث في منهجيّة رسميّة لتأويل القوانين (باللغة الفرنسيّة) أطروحة دكتورا دولة، كلّيّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2000.
ARFAOUI (Ezzeddine), Les règles écrites d'interprétation de la loi. Essai sur une méthode officielle d'interprétation des lois, Thèse de doctorat d'Etat Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 2000.

[103] ينبغي أن نشير إلى أن العلوم التي درست المعنى:

- في الثقافة الإسلامية هي علم النحو (الصوتيات- علم الصرف- علم النحو)، وعلوم البلاغة (علم المعاني- علم البيان- علم البديع)، ونقد الشعر، وعلم التفسير، وعلم أصول الفقه، إلخ.
- في الثقافة الغربية: الفلسفة، المنطق، علم النفس، علم الرمز، النقد، الدلائلية la Sémiotique، إلخ.

انظر إلى تمّام (حسّان): اللغة العربيّة معناها ومبناها، الدّار البيضاء، دار الثّقافة، ص15 وما بعدها.
ثم انظر حول اللغة في الفضاء القانوني الإسلامي كتب أصول الفقه وفي الفضاء القانوني الغربي وعلى وجه المثال: "كورنو" (جيرار)، الألسنية القانونية، ط 2، باريس، مونكريستيان، 2000.
CORNU (Gerard), Linguistique juridique, 2ème édition, Paris, Montchrestien, 2000.

والمعنى العرفي). والسّبب أن ثمّ افتراضاً مفاده أنّ من يستعمل لفظا أو تركيب ألفاظ يريد به معناه اللغوي. لكن هناك احتمال آخر حاصله أنّ صاحب الكلام قد يريد معنى مخالفا. وللتّثبت من تحقّق أو عدم تحقّق هذا الاحتمال ينبغي استخراج نيّة صاحب الكلام.

والنّية أمر باطني، ومن ثمّ لا يمكن الوصول إليها مباشرة. فإذا حَمَلَت عبارةٌ النّيّةَ، وإذا أمكن الوصول إلى هذه العبارة، يكون قد أمكن بنفس المناسبة الوصول إلى النّيّة. بعبارة أخرى، يُعدّ البحث عن النّيّة في حقيقته بحثا عن عبارة عنها[104]. هذه العبارة عن النّيّة قد نصل إليها بدون تخمين، أي من طريق مباشر (طريق الوصول إلى العبارة مباشر لكنّ طريق الوصول إلى النّيّة يكون من خلال العبارة أي هو غير مباشر)؛ وقد نصل إليها بواسطة التّخمين، أي من طريق غير مباشر[105].

والمعنى اللغوي، وكذلك العبارة عن النّيّة التي تأتي من الطّريق المباشر، هما اللذان ينبغي أن يحكما تناول كلّ نقطة من نقاط هذا البحث. على هذا فالمقاربة التي ستعتمد يجب أن تكون مقاربة بسيكولوجيّة[106] أو تاريخيّة[107]، أي مقاربة تدخل ضمن صنف المقاربة السّكونيّة[108].

لكن الضّرورة تقتضي – حين لا يوجد مجال لاستخراج النّيّة من الطّريق المباشر، وحين يكون النّص غامضا أو ساكتا – أن يتمّ اللجوء إلى استخراج النّيّة بواسطة التّخمين؛ وهنا تكون المقاربة غائيّة téléologique (البحث عن

---

[104] انظر إلى:"لابي" (بول)، مرجع سابق، (باللغة الفرنسية)، ص 132:"لا نقرأ مباشرة في السّرائر، بل نكتشف النّوايا من خلال علاماتها الخارجيّة". "Nous ne lisons pas directement dans les consciences: c'est d'après leurs signes extérieurs que nous devinons les intentions".
انظر أيضا ما سيأتي بعدد 165.

[105] انظر حول النية المباشرة وغير المباشرة:
كاربونييه" (جون)، القانون المدني، المقدمة، (باللغة الفرنسية) باريس المنشورات الجامعية الفرنسية، ط25، 1997، عدد 154.
CARBONNIER (Jean), Droit Civil. Introduction. Paris, P.U.F., 25ème éd, 1997, n° 154.
وإن النية المباشرة لنجدها في عرض البواعث – التقارير – النقاشات البرلمانيّة (نفس المرجع السابق ونفس المكان).

[106] انظر إلى: "بيرلمان" (حاييم)، المنطق القانوني. علم البيان الجديد (باللغة الفرنسية)، باريس دالوز، ط 2 ، 1979، ص 58.
PERELMAN (Chaïm), Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 2ème édition 1979, p.58.
انظره أيضا في ص 151 حيث يتحدّث عن مساوئ هذه الطّريقة. لكنّ هذه المساوئ لا تهمّ عملنا.
انظر أيضا: "برجال" (جان لويس)، المنهجيّة القانونيّة، (باللغة الفرنسيّة)، باريس، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 1، 2001، ص 240.
BERGEL (Jean-Louis), Méthodologie juridique, Paris, P.U.F., 1ère édition, 2001, p. 240.
انظره أيضا في ص 262 حيث يتحدث عن جدوى هذه الطريقة.

[107] "برجال" (جان لويس)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 240.

[108]: "بيرلمان" (حاييم)، المنطق القانوني... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 59.

روح وهدف القانون) [109] أو اتّساقية أو غير ذلك ممّا يدخل أغلبه تحت عنوان المقاربة الدّيناميكيّة[110].

والحاصل أنّ المقاربة في هذا العمل ينبغي أن تكون سكونيّة بالأساس، لكنّها قد تصبح بصفة احتياطيّة مقاربة ديناميكيّة[111].

11. والمقاربة ستعطي مراد المشرّع من كلّ نقطة من نقاط الغلط. فإذا استحضرنا كلام "سانتيلاّنا" المتمثل في كون مصادر الأحكام هي إمّا الغرب (قانون – فقه – قضاء) وإمّا الفقه الإسلامي[112]، تطلّب الأمر الإتيان بهذه المصادر.

فإذا حُدّد المراد وأُتي بالمصادر، أمكن الوصول لمعرفة كون حكم م.ا.ع في هذه النّقطة أو تلك من نقاط الغلط:

إمّا مصدره الفقه، وهنا لا يمكن المرور للإحكام على مستوى المنهجيّة التّشريعيّة (قلنا إنّ الإحكام يتكوّن في نفس الوقت من الإتقان ومن الإصلاح. في هذه الصّورة، إن أمكن البحث في الإتقان، فإنّه لا يمكن البحث في كون المجلّة أصلحت أو لم تصلح بالنّظر إلى ما سبقها لسبب بسيط وهو أنّها أتت بهذا الذي سبقها).

وإمّا مصدره ليس الفقه، وهنا يكون الحكم مستوردا:

فإذا كان المستورد مثل الفقه، لم يمكن المرور إلى الإحكام (هنا أيضا، إن أمكن البحث في الإتقان، فإنّه لا يمكن الخوض في الإصلاح لأنّ ما أتي به مثلٌ للّذي سبق).

---

[109] "بيرلمان" (حاييم)، المنطق القانوني... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 58.

[110] أي الغائي وغيره: انظر مثلا "بيرلمان" (حاييم)، التأويل القانوني (مقال باللغة الفرنسة)، أرشيف فلسفة القانون، عدد 17، ص 31.
PERELMAN (Chaïm), L'interprétation juridique, A.P.D. n° 17, p. 31.

[111] وإن من يريد إطلاق اسم على هذه الطريقة سيقول إنها تجمع بين "الشرح على المتون" ومعه وبصفة احتياطية بعض ما وصفه "جيني" بـ: "البحث العلمي الحر":
"جيني" (فرانسوا)، منهجية التأويل ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، ص 267. (انظر أيضا ص 204 وما بعدها) وانظر وصفا سريعا لموقف "جيني" عند " ڤيستان " و" ڤوبو" بمساعدة "فابر مڤنون": القانون المدني، مقدمة عامّة (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، ط 4، 1995، عدد 159.
GHESTIN, GOUBEAUX avec le concours de FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil. Introduction générale, Paris, L.G.D.J., 1995, n° 159
وانظر أيضا إلى "جيني" (فرانسوا)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، ص 186 وما بعدها.
ويمكن أن ندرج جزء هذه الطريقة المتعلق بالنية تحت قسمين تعرّض إليهما "بيرلمان" هما "العقلي" rationnel والمعقول raisonnable.
"بيرلمان" (حاييم)، الأخلاق والقانون (باللغة الفرنسية)، بلجيكا، منشورات جامعة بروكسال، 1990، ص 511 إلى 522.
PERELMAN (Chaïm), Ethique et droit, Belgique, Editions de l'université de Bruxelles, 1990, p. 511 à 522.
كما يمكن أن ندخل هذه الطريقة تحت مباحث عديدة في أصول الفقه.
وعلينا أن نشير ونحن نتناول هذا الجزء من التمشي أن هنالك من أرجع ظاهرة عدم إعمال بعض أحكام م.ا.ع إلى انعدام أعمال ذات طابع "شرحي" لهذه المجلة. الزين (محمد)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 195.

[112] انظر عدد 5.

أمّا إذا كان المستورد مختلفا عن الفقه، فهناك فرضيّتان:

أولتهما أنّ حكم م.ا.ع هو دون الفقه جودة على مستوى المنهجيّة التّشريعيّة. هنا يكون الحكم ممثّلا عدم الإحكام (عدم إتقان في الحكم ذاته زائد قيامٌ بما هو ضدٌ للإصلاح).

وثانيتهما أن يكون حكم م.ا.ع أعلى من الفقه. هنا يكون الحكم غير مجسّد لعدم الإحكام (هنا نكون أمام حكم محكم، أي متقن لو نظرنا إليه وحده، ومصلح لو نظرنا إليه ونحن نستحضر سابقه)[113].

---

[113] هنالك حالات أخرى ولكنها تتبع ما سبق:

- قد يكون حكم م.ا.ع جديدا. فإذن هو ليس في الفقه. وهنا سيكون إمّا مثله أو مختلفا عنه، وهذا يرجعنا إلى ما جاء في المتن.

- قد يكون حكم م.ا.ع خليطا من الفقه والغرب، وهنا يقال فيه ما قيل في الحالة السابقة.

وبناء على ما تقدم يمكن القول إن هذا العمل وبعد أن يحدد حكم م.ا.ع يحاول معرفة مصدره هل هو القانون الإسلامي أم القانون الغربي (إلخ).

ثم إنه وفي مرحلة موالية، إن وجد في حكم م.ا.ع ترك للقانون الإسلامي، يحاول أن يرى هل تم التخلّي عن غير متقن أم عن متقن. وفي هذه الحالة ينظر هل أخذ بغير متقن (وهنا لا يكون هنالك إصلاح ومن ثمّ لا يكون هنالك إحكام). وهنا يستحيل العمل إما إلى مقارنة بين القانون الإسلامي والقانون الغربي لو أنه هو المأخوذ به وإما إلى مقارنة بين القانون الإسلامي وقانون م.ا.ع لو أن هذه جاءت بجديد. وعلى هذا فعمل المقارنة تابع لمحل هذا العمل ولصورة داخل إشكاليته.

والتبعية الأولى تجعل المقارنة جزئية. ومعلوم أن أدبيات القانون المقارن تقول إن المقارنة الكلية أفضل [انظر حول هذا الأمر وغيره:

"كونستانتينيسكو" (ليوتان جون)، كتاب القانون المقارن (باللغة الفرنسية)، باريس، ايكونوميكا، 1983، ج 3 ص 37 وما بعدها.

CONSTANTINESCO (Léontin-Jean), Traité de droit comparé, Paris, Economica, T. 3, p. 37 et s.

"أنسال" (مارك)، جدوى ومناهج القانون المقارن (باللغة الفرنسية)، نوشاتال، منشورات إيداس وكالاند، 1971.

- Ancel (Marc), Utilité et méthodes du droit comparé, Neuchatel, Editions Ides et calendes, 1971.

"هـ.أ.شوار ليبرمان فون واهلندورف"، القانون المقارن. النظرية العامّة والمبادئ (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء 1978، خاصة ص 172 إلى 214.

- H.A SCHWARZ-LIBERMANN VON WAHLENDORF, Droit comparé. Théorie générale et principes, Paris, L.G.D.J. 1978, notamment p. 172 à 214.

المعجم الموسوعي لنظرية ولعلم اجتماع القانون (باللغة الفرنسية) ط 2، باريس، المكتبة العامّة للقانون ولفقه القضاء، 1993، ص 76.

- Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2ème éd, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 76.

وانظر حول منهج المقارنة:

* معجم علم الاجتماع (باللغة الفرنسية)، باريس، لاروس 1989، ص 40 و 41.

Dictionnaire de sociologie, Paris, Larousse 1989, p. 40 et 41.

* "ڤرافيتز" (مادلين)، مناهج علوم الاجتماع (باللغة الفرنسية)، ط. 8، باريس، دالوز، 1990، ص 470 وما بعدها

GRAWITZ (Madeleine), Méthodes des sciences sociales, 8ème édition, Paris, Dalloz, 1990, p. 470 et s]

لكن عملنا يضيق عنها.

أما التبعية الثانية فتعني أن المقارنة أمر ينجر عن صورة داخل العمل، وعلى كل حاولنا وبقدر المستطاع تجنب مخاطر المقارنة بأن نستحضر ونحن نقارن وضمن ما نستحضر أن أيّ حكم في أيّ قانون يتبع مفاهيم ويتنزل ضمن أصناف معيّنة. كما حاولنا أن نستحضر أن التشابه أو الاختلاف قد يكون ظاهريا بسبب اختلاف معنى الصيغة الواحدة أو بسبب لعب صيغتين مختلفتين دورا واحدا.

انظر إلى: "دافيد" (ريني)، تحت كلمة القانون المقارن، الموسوعة الكلية 1988، ج 6، ص 424 وما بعدها وخاصة ص 427 و428.

DAVID (René), Sous le mot: droit comparé, Encyclopaedia Universalis, 1988,

يخلص ممّا تقدّم أنّ كلّ نقطة من نقاط أحكام الغلط ستمرّ بمراحل ثلاث:

Corpus 6, p. 424 et s, et surtout p. 427 et 428.
وينبغي أن نختم هذه الملاحظات بالإشارة:
أوّلا إلى أننا إن قارنّا فبين أصل الأحكام. وعلى هذا فالاختلاف الموجود عادة (ليس دائما) بين شكل القانون الإسلامي وشكل القانون الغربي (في ذاته أو في فقه قضائه) غير ذي أثر.
(انظر حول شكل تدوين القانون المدني الفرنسي:: "راي" (جون)، بحث في البنية المنطقية للمجلّة المدنية الفرنسية (باللغة الفرنسية) باريس، مكتبة فليكس ألكان، 1926، ص 196 وما بعدها.
RAY (Jean), Essai sur la structure logique du code civil français, Paris, Librairie Felix Alcan 1926, p. 196 et s)
ثانيا إلى أن القضية والتمشي يمكن أن يعملا على أحكام أخرى لـ: م. ا. ع. كما يمكن أن يعملا على قوانين أخرى تونسية أو أجنبية (أحكام الغلط في م. م. ف هل فيها إتقان وهل مثلت إصلاحا بالنظر إلى ما سبقها أي بالنظر إلى القانون الفرنسي القديم وبالنظر إلى القانون الروماني).

أوّلاً: تحديد مراد صاحب م.ا.ع بواسطة اللغة وبواسطة العبارة المباشرة وبصفة احتياطيّة بواسطة العبارة غير المباشرة.

ثانياً: الإتيان بالقانون الغربي وبالقانون الإسلامي الموجودين في وقت وضع م.ا.ع.

ثالثاً: الحكم على م.ا.ع من زاوية الإتقان والإصلاح معا، أي من زاوية الإحكام، وبالتّحديد من زاوية الإحكام على مستوى المنهجيّة التّشريعيّة.

وكما يُرى، فالمقاربة ومن ثمّ المرور بهذه المراحل، فرضته القضيّة واستوجبته فرضيّة البحث. والقضيّة والفرضيّة تفرض زيادة على ما سبق تخطيط البحث.

تخطيط البحث

12. للتّدليل على هذا ينبغي استحضار ما يلي:

- أنّ محلّ البحث الغلط الوارد أساسا بالفصل 43 وما بعده من م.ا.ع. هذا الغلط تلقائي ومُحدَث. وإنّ حصر العمل في الغلط التّلقائي يبقي جوانب منه غير واضحة[114]. ونفس الشّيء لو حُصِر البحث في الغلط المحدث[115]. لذا ينبغي دراسة الغلطين معا لينير الواحد منهما ميدان الآخر.

- أنّ عبارة الغلط في الفصل 43 وما بعده عُني بها الغلط التّلقائي لوحده. لكنّ الباحث في الفصول 56 و57 و60 يجد أنّ نيّة صاحب هذه النّصوص تمثّلت في تنظيم الغلط المحدث وإن لم يستعمل هذه العبارة في هذه النّصوص[116].

---

[114] سنرى مثلا أنّ الغلط التلقائي الذي محلّه الباعث لا يبطل. وسنرى أنّ الغلط المحدث بواسطة كتمان والذي محلّه الباعث يبطل. وسنرى الغلط المستغلّ بواسطة كتمان والذي محلّه الباعث. وسنرى أنّ الانزلاق من الغلط المستغلّ إلى المحدث ممكن. وعلى هذا يكون الانزلاق من التلقائي إلى المحدث ممكنا بدوره. وكلّ هذا يجعل الغلط المحدث يسهم في فهم التلقائي.

[115] الغلط المحدث هو غلط وزيادة. وإذا كان الواجب فهم الزيادة، فالواجب قبل ذلك فهم الغلط.

[116] سنجد لاحقا أنّ الفصل 56 م.ا.ع (إلخ) هو لتغرير يحدث غلطا. ويمكن التركيز على الجانب الأوّل وتسمية ما جاء بالفصل 56 (إلخ) تغريرا (هذه تسمية للكل بجزء منه، وهي التسمية المتداولة). كما يمكن التركيز على الجانب الثاني وتسمية ما جاء بالفصل 56 (إلخ) غلطا محدثا (هذه أيضا تسمية للكل بجزء منه). وإنّ عدم إمكان المرور إلى فكرة الإحكام على مستوى جانب التغرير (انظر عدد 193 وما بعدها) وإمكان ذلك على مستوى جانب إحداث الغلط (انظر عدد 219 وما بعدها)، أدّى إلى اختيار التركيز على الجانب الثاني وتسمية ما جاء بالفصل 56 (إلخ) غلطا محدثا. وعلى هذا سُمي الفصل 56 (إلخ) بجزئه الأهمّ على مستوى الإشكالية (هذه كما قيل تسمية للكل بجزء منه). وبهذا استطعنا أن نضع ما ورد بالفصل 56 (إلخ) تحت اسم واحد (الغلط) مع ما ورد بالفصل 45 (إلخ).

- أنّ نصوص الغلط التّلقائي والمحدث مشحونة بمعنى قانوني[117] يتمثّل في نوعين من الأحكام: أحكام أصليّة، وأحكام تأييديّة. ولضرب مثال من هذه النّصوص سنأخذ الفصل 45 الذي قال إنّ "الغلط في نفس الشّيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتّعاقد". هذا القول (الوعاء) يحتوي على حكم تأييدي (معنى أو شحنة قانونيّة) تعبّر عنه لفظة "الفسخ" (وعاء). كما يحتوي القول على أحكام أصليّة تترجمها بقيّة الألفاظ[118].

[117] انظر إلى "كورنو" (جيرار)، الألسنية ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 20 وما بعده حيث يتحدث عن ألفاظ القانون على أنها وعاء يحوي شحنة قانونية.

[118] وقد يقال لِمَ لا ينظر إلى الفسخ في النّصّ على أنّه آثار وإلى بقيّة المحتوى على أنّه شروط، أي لِمَ لا تُستعمل اصطلاحات صارت اليوم أكثر تداولا (شروط – آثار، إلخ)، ولِمَ يُبتعد عمّا بات مألوفا ؟

الجواب: ... نعم ينبغي أن لا يكون العمل طفرة مستهجنة. لكنّ الشّرط أن يكون المعهود ممكنا وأن لا يحصل إن تمّ اعتماده إخلال. فإذا نظرنا إلى لفظة الشّروط وجدنا أنّ استخدامها يخلّ بالمعنى (المعنى هو صور وشروط والاسم شروط. وقد يُقال: إنّ المعنى هو شروط متعلّقة بالصّور وشروط متعلّقة بغير الصّور. وعلى هذا فإنّ اسم الشّروط لا يخلّ بالمعنى. لكنّ كلاما كهذا لا يخفى ما فيه من العِيّ). وعلى هذا فلفظ الأحكام الأصليّة أفضل. وإذا اختير هذا اللفظ، اختير معه رديفه وهو الأحكام التّأييديّة.

وقد يقال أيضا لِمَ لا ينظر إلى الأحكام على أنّ محتواها يتمثّل: من جهة في فرضيّة أو فرض (الصّور والشّروط)؛ ومن جهة أخرى فيما يحصل حين تتحقّق الفرضيّة (الحلّ أو الجزاء) [انظر حول هذه البنية للقاعدة القانونية: شرف الدين (محمد كمال)، قانون مدني. النظرية العامّة – الأشخاص – إثبات الحقوق، تونس، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ط 1، 2002، عدد 16؛ تناغو (سمير عبد السيد)، النظرية العامّة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف 1986، ص 43 (يحيل على مرجعين لـ:"دابان" DABIN)].

الجواب: ... نعم عبارات "الفرضيّة أو الفرض" و" الحلّ أو الجزاء" أقرب إلى الوسط القانوني الرّاهن، وهذه مزيّة. لكنّ هذه العبارات تفيض عن المعنى المقصود، وهو ما يمثّل نقيصة [إنّ الحلّ عبارة واسعة إذ تشمل ما جاء مثلا في الفصل 45 م.ا.ع تحت اسم الفسخ (وهذا يعنينا)، لكنّها تشمل ما جاء مثلا بالفصل 50 م.ا.ع تحت اسم الإكراه أو في الفصل 1 م.ح.ع تحت اسم المال (وهذا أزيد ممّا يعنينا). وإنّ الجزاء عبارة واسعة بدورها إذ تشمل ما هو سلبي (هذا يعنينا) وما هو إيجابي (هذا أزيد ممّا يعنينا) (انظر حول الإيجابي والسلبي المعجم العربي الحديث). فإذا لم يمكن اعتماد عبارة الحلّ أو الجزاء، لم يمكن بنفس المناسبة اعتماد عبارة الفرض]. ولأجل هذا السّبب تُركت الاصطلاحات المتداولة اليوم واستعيض عنها بعبارتي الأحكام الأصليّة والأحكام التّأييديّة: لتأديتهما لكلّ المراد، ولإنبائهما عن العلاقة الرّابطة بينهما، ولتماثلهما [يتضح مما سبق أنّ النصوص القانونية تتركّب من جزءين:

أحكام أصلية / أحكام تأييدية (هذا ما اختير. وهو أفضل من الزاوية المتناولة أعلاه. لكنّه مفضول من زوايا أخرى).

محكوم عليه / حكم (هذا من اصطلاحات الفقهاء. انظر: الغزالي، المستصفى، دار الفكر، ج 1، ص 36).

فرض / حلّ (هذه اصطلاحات غربية كما تقدّم).

لكن يمكن أن نطلق على الجزأين أسماء أخرى وذلك حين نستحضر أنّهما قابلين وفي كلّ الحالات إلى أن يجعلا في شكل قضيّة. مثال: الغلط يبطل / الامتياز حقّ عيني / إلخ. (طبعا النص القانوني إنشائي، ولكنه قابل لأن ينظر إليه من زاوية الخبر).

ومن هذه الأسماء:

مخبر عنه / خبر.

موضوع / محمول (هذا من اصطلاحات المنطق. ويمكن أن نشير إلى أنّ اصطلاحات النحاة هي: مبتدأ / خبر. أمّا اصطلاح علم الكلام فهو: موصوف / وصف. الغزالي، المرجع السابق، ج 1، ص 35).

وإنّ ما عمدنا إليه هنا خيار. وإذا لم نكن من الذين يشاحّون في الألفاظ، كان لنا أن نختار واحدا من البقية. بل لعله ينبغي أن يقال إنّ اختيار " محكوم عليه / حكم" هو أفضل لوضوحه. وأفضل من ذلك اختيار "موضوع / محمول". فهذا الاصطلاح هو للمناطقة. ومن ثمّ فهو معروف في الاختصاصات الأخرى ضرورة أنّ المنطق لا يهمّ مادّة بعينها. وإنّنا لنجد من يعمد إلى هذا الخيار ويتحدّث داخل القاعدة القانونية عن موضوعها ومحمولها (اصطلاحات الأصول، مكتبة النور، أصول الفقه، مركز البحوث الكمبيوترية للعلوم الاسلامية، انظر تحت: قاعدة القرعة / قاعدة نفي الحرج (أو العسر) / قاعدة اليد)].

ويمكن البحث عن الإحكام في الأحكام الأصليّة لوحدها. لكنّ محاولة النّقد لا تكون كاملة إلاّ متى تمّ تناول الإحكام في الأحكام التّأييديّة أيضا. فالأصل يعمل وسط المؤيِّد، وثمّ تفاعل بينهما لا يمكن الوصول إليه إلاّ بدراستهما معا[119].

13. فإذا استُحضِر جميع ما سبق، أمكن الاستدلال على أنّ القضيّة فرضت التّخطيط. وفعلاً، من ضمن ما يثبت صحّة أو عدم صحّة القول بوجود إحكام على مستوى المنهجيّة التّشريعيّة؛ وتحديداً، من ضمن ما يثبت صحّة أو عدم صحّة القول بوجود جمع للمتماثلات وفصل للمتخالفات، أن يؤتَى بالتّقسيم الذي جاء به المشرّع للأحكام الأصليّة[120]. هذا يعني أن يؤتى بهذه الأحكام الأصليّة لوحدها. فإذا فُعِلَ ذلك، بقيت الأحكام التّأييديّة بدورها لوحدها وقابلت من ثمّ الأحكام الأصليّة[121].

14. ما جاء للتّوّ يعني أنّ تخطيط البحث ينبغي أن يتركّب من جانبين:
أوّلهما: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط (الجزء الأوّل)؛
ثانيهما: الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط (الجزء الثّاني)[122].

---

[119] انظر هامشا ورد في عدد 1. وانظر ما سيأتي حول تفاوت محالّ الغلط وارتباط ذلك التفاوت بالمؤيّدات. ويمكن أن يضاف أنّ الغلط في الوصف غير الذاتي أدخله البعض ضمن أحكام الشرط الفاسخ. أمّا الفصل 45 م.ا.ع فقال "...وصفه الموجب للتعاقد."، وكان قد قال قبل ذلك بمؤيّد هو الفسخ. وإننا سنجد تقاربا بين الشرط الفاسخ، وخيار العيب أو الوصف، والبطلان النسبي. وكلّ هذا يؤدّي إلى أنّه لا يمكن تناول تلك الصورة من الغلط (هذا أصل) دون التعرّض إلى الشرط والخيار والبطلان (هذا مؤيّد).

[120] ويتمثل هذا التقسيم، كما سنرى ذلك، في:
غلط تلقائي ومحدث.
وداخل التلقائي صور وشروط.
وداخل المحدث 56 و57 من جهة و60 من جهة أخرى.
وإن القارئ، وحين يتتبع هذا التقسيم ويجد فيه عيبا على مستوى جمع المتماثلات وفصل المتخالفات، سيدرك بصفة تلقائية أن ذلك العيب من المجلة.

[121] إذن مكوّنات عنوان العمل:
1. "أحكام": لفظ مطلق وأردنا به العموم.
2. "الغلط": أُخذ كمعنى داخل الفصل 43 وما بعده لا كلفظ. وكمعنى هو عام ويشمل الغلط التلقائئ والمحدث (قلنا سابقا إن لفظة الغلط في 43 وما بعده استعملت للتلقائئ فحسب)
[1 و2 يكشفان عن مادة العمل أو عن محل البحث]
3. "الإحكام": الفكرة العامّة أو القضيّة أو الإشكاليّة (إلخ) في هذا العمل.
4. " (دراسة في المنهجيّة التّشريعيّة)": الزّاوية التي سيُتناول منها الإحكام.

[122] إن الجملتين اللتين تمثلان عنوان الجزء الأوّل وعنوان الجزء الثاني هما جملتان خبريتان. ومعلوم أن جملة الخبر – وخلافا لجملة الإنشاء: الأمر، النهي، الدعاء إلخ – تقبل الصحة والخطأ. وعلى هذا فالعناوين في عملنا لا تسبق النتائج التي سيتوصل إليها داخلها: وجود إحكام / عدم وجود إحكام. انظر: الجندي (درويش)، علم المعاني، القاهرة، دار نهضة مصر للطبع والنشر، ص 14 وما بعدها.

الجزء الأوّل
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط

15. من يقرأ نصوص م.ا.ع المتمثّلة في الفصل 43 وما يليه، يمكنه أن يجد نوعين من أحكام الغلط: أحكام للغلط التّلقائي (وهي موجودة بالأساس في الفصول 43 إلى 49)[123]، وأحكام للغلط المُحْدَث[124] (وهي موجودة بالأساس في الفصول 56 و57 و60)[125].

[123] تسهيلا لقراءة هذا العمل، سنورد محتوى هذه النّصوص وقت صدورها. لكن سنضيف أمرين: أوّلاً، ما جاء في المشروع المُراجع في صيغته الأصليّة وفي ترجمته الكاملة؛ والسّبب، كما سيتبيّن لاحقاً، أنّ م.ا.ع نقلت في أغلب الأحيان ما جاء في هذين المصدرين. ثانياً، محتوى نصوص م.ا.ع بعد تنقيحها بمقتضى القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005.

المشروع المُراجع (1899)	مجلّة الالتزامات والعقود (1906)	مجلّة الالتزامات والعقود (2005)
الفصل 47 - الرضاء الصادر عن غلط او عن تدليس او عن اكراه يقبل الابطال Article 47 - Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence.	الفصل 43 – الرضاء الصادر عن غلط او عن تدليس او عن اكراه يقبل الابطال Article 43 – Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence.	الفصل 43 - الرضاء الصادر عن غلط أو عن تغرير أو عن إكراه يقبل الإبطال. Article 43 – Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence.
الفصل 48 - العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين اولا اذا كان هو السبب الوحيد او السبب الاصلي في التعاقد ثانيا اذا كان مما يعذر فيه بالجهل Article 48 - L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation : 1) lorsqu'elle en est la cause unique ou principale ; 2) lorsqu'elle est excusable.	الفصل 44 - العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين اولا اذا كان هو السبب الوحيد او السبب الاصلي في التعاقد ثانيا اذا كان مما يعذر فيه بالجهل Article 44 – L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation : 1) lorsqu'elle en est la cause unique ou principale ; 2) lorsqu'elle est excusable.	الفصل 44 - العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين: أولا: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد. ثانيا: إذا كان مما يعذر فيه بالجهل. Article 44 – L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation : 1) lorsqu'elle en est la cause unique ou principale ; 2) lorsqu'elle est excusable.
الفصل 49 – إذا شمل الغلط جميع المتعاقدين فلا قيام به في الفسخ Article 49 – Néanmoins, l'erreur de droit commune à toutes les parties ne donne pas ouverture à la rescision.		

الفصل 50 - الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ في صورتين أولا الغلط في ذات المعقود عليه او في تعيينه او في وصفه الموجب للتعاقد ثانيا اذا كان أحد المتعاقدين يقصد عقدا غير الذي صرح برضائه به Article 50 – L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision : 1) lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement ; 2) lorsque l'une des parties a eu en vue un contrat différent de celui auquel elle a déclaré consentir.	الفصل 45 - الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه او في نوعه او في وصفه الموجب للتعاقد Article 45 – L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision lorsqu'elle porte sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement.	الفصل 45 - الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد. Article 45 – L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision lorsqu'elle porte sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement.
الفصل 51 - الغلط في ذات احد المتعاقدين او في صفته لا يكون موجبا للفسخ الا اذا كان ذات المتعاقد معه او صفته من لاسباب الموجبة للرضى بالعقد Article 51 – L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.	الفصل 46 - الغلط في ذات احد المتعاقدين او في صفته لا يكون موجبا للفسخ الا اذا كان ذات المتعاقد معه او صفته من لاسباب الموجبة للرضى بالعقد. Article 46 – L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf, le cas, où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.	الفصل 46 - الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضى بالعقد. Article 46 – L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.

الفصل 52 - مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وانما يصلح الغلط Article 52 – Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.	الفصل 47 - مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وانما يصلح الغلط Article 47 – Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.	الفصل 47 - مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط. Article 47 – Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.
الفصل 53 - اذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق او في المتعاقد عليه فعلى الحاكم ان يراعي ظروف الاحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا او انثى Article 53 – Dans l'appréciation de l'erreur, soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes, et aux circonstances de la cause.	الفصل 48 - اذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق او في المتعاقد عليه فعلى الحاكم ان يراعي ظروف الاحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا او انثى Article 48 – Dans l'appréciation de l'erreur et de l'ignorance soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et aux circonstances de la cause.	الفصل 48 - إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في المتعاقد عليه فعلى القاضي أن يراعي ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى. Article 48 – Dans l'appréciation de l'erreur et de l'ignorance soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et aux circonstances de la cause.

الفصل 54 - اذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها احد الطرفين فله القيام بفسخ العقد في الصور المقررة بالفصل 50 والفصل 51 اعلاه وهذا لا ينافي اجراء حكم القواعد العمومية المتعلقة بالتقصير وحكم الفصل فيما يتعلق بالتلغراف خاصة Article 54 – Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la résolution de l'obligation dans le cas des art. 50, 51 ci-dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute et de l'art. dans le cas spécial des télégrammes.	الفصل 49 - اذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها احد الطرفين فله القيام بفسخ العقد في الصور المقررة بالفصل 45 والفصل 46 اعلاه وهذا لا ينافي اجراء حكم القواعد العمومية المتعلقة بالتقصير وحكم الفصل 459 فيما يتعلق بالتلغراف خاصة. Article 49 – Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont l'une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la résolution de l'obligation dans le cas des articles 44 – 45 ci-dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute et de l'article 457 dans le cas spécial des télégrammes.	الفصل 49 - إذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها أحد الطرفين فله القيام بفسخ العقد في الصور المقررة بالفصلين 45 و46 أعلاه وهذا لا ينافي إجراء حكم القواعد العمومية المتعلقة بالتقصير وحكم الفصل 457 فيما يتعلق بالتلغراف خاصة. Article 49 – Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont l'une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la résolution de l'obligation dans le cas des articles 44 – 45 ci-dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute et de l'article 457 dans le cas spécial des télégrammes.

[124] إنّ البحث في نيّة المشرّع، والذي سنعرضه لاحقا، هو الذي جعلنا نقول إنّ هذه النّصوص هي للغلط وللغلط المحدث بالرّغم من أنّ هذين اللفظين لم يظهرا في صيغة تلك الفصول.

[125] تسهيلا لقراءة هذا العمل، سنورد محتوى هذه النّصوص وقت صدورها. لكن سنضيف ثلاثة أمور: أوّلاً، ما جاء في المشروع المُراجع في صيغته الأصليّة وفي ترجمته الكاملة؛ والسّبب، كما سيتبيّن لاحقاً، أنّ م.ا.ع نقلت في أغلب الأحيان ما جاء في هذين المصدرين. ثانياً، محتوى نصوص م.ا.ع بعد تنقيحها بمقتضى القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005. ثالثا: الفصل 61 لارتباطه بالفصل 60.

المشروع المُراجع (1899)	مجلّة الالتزامات والعقود (1906)	مجلّة الالتزامات والعقود (2005)

الفصل 56 - التغرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه مخاتلات أو كنايات حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به. Article 56 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.	الفصل 56 - التغرير يوجب الفسخ اذا وقع من احد الجانبين او من نائبه او ممن كان متواطيا معه مخاتلات او كنايات حملت الجانب الاخر على العقد بحيث انه لم يتم الا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير المتعاقدين اذا علمه من انتفع به Article 56 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.	الفصل 61 - التغرير يوجب الفسخ اذا وقع من احد الجانبين او من نائبه او ممن كان متواطيا معه مخاتلات او كنايات حملت الجانب الاخر على العقد بحيث انه لم يتم الا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير المتعاقدين اذا علمه من انتفع به Article 61 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.
الفصل 57 - التغرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة. Article 57 – Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts.	الفصل 57 - التغرير الواقع في توابع العقد اذا لم يكن هو السبب الاصلي في التعاقد لا يوجب الا تعويض الخسارة Article 57 – Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts.	الفصل 62 - التغرير الواقع في توابع العقد اذا لم يكن هو السبب الاصلي في التعاقد لا يوجب الا تعويض الخسارة Article 57 – Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts.

16. فإذا اكتفينا بما هو أصلي من هذه الأحكام وجمعناه بالقضيّة التي نعمل عليها، أعطى ذلك عنوانين:
أوّلهما للإحكام في أحكام الغلط التّلقائي (العنوان الأوّل)؛

الفصل 60 - الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغرير العاقد الآخر أو نائبه أو مَن نابه في العقد عدا ما استثني بالفصل الآتي. Article 60 – La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle, et sauf l'exception ci-après.	الفصل 60 - الغبن لا يفسخ العقد الا اذا تسبب عن تغرير العاقد الاخر او من نائبه او ممن نابه في العقد عدى ما استثنى بالفصل الاتي Article 60 – La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle et sauf l'exception ci-après	الفصل 65 - الغبن لا يفسخ العقد الا اذا تسبب عن تغرير العاقد الاخر او من نائبه او كان ممّا يشمله الفصل الاتي Article 60 – La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle, et sauf l'exception ci-après.
الفصل 61 - الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث. Article 61 – La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou de son conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi et bien qu'il n'y ait pas de dol de l'autre partie. Est réputé lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.	الفصل 61 - الغبن يفسخ العقد اذا كان المغبون صغيرا او ليس له اهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه او من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الاخر والغبن في هاته الصورة هو ما اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد اكثر من الثلث Article 61 – La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou de son conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi et bien qu'il n'y ait pas de dol de l'autre partie. Est réputé lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.	الفصل 66 - الغبن يفسخ العقد اذا كان المغبون صغيرا او ليس له اهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه او من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الاخر والغبن في هاته الصورة هو ما اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد اكثر من الثلث Article 66 – La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou de son conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi et bien qu'il n'y ait pas de dol de l'autre partie. Est réputé lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.

وثانيهما للإحكام في أحكام الغلط المُحْدَث (العنوان الثّاني).

العنوان الأوّل
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط التّلقائي

17. جاءت بالفصول 43 إلى 49 لفظتان هما الغلط والجهل. ومن ينظر إلى الصّياغة العربيّة ويقرّب الفصل 48 (حين تحدّث عن جهل في المتعاقد عليه) من الفصل 45 (الذي كان قد سمّى بعدُ هذه الصّورة باسم الغلط)، سيقول إنّه وبالنّسبة إلى م.ا.ع نحن أمام مترادفين. نفس هذا القول يخرج به قارئ الفصول44 و45 و48[126] من الصّياغة الفرنسيّة، وكذلك قارئ "المشروع المُرَاجع". فلقد جاء بهذا المشروع، وبالتّحديد بالحاشية الجانبيّة لفصله الخمسين، أنّ: "الغلط هو ... دوما شكل من الجهل. والفقهاء العرب والرّومان يستعملون ألفاظ الجهل والغلط على أنّها مترادفة"[127].

18. كما جاء بالفصول 43 إلى 49 أمر آخر، هو تقسيم الغلط. فلقد بدأ المشرّع بنصوص تهمّ صور الغلط (44 - 45 - 46 - 47)، ثمّ ثنّى بنصّ يهمّ

---

[126] تحدث الفصل 44 عن الغلط في القانون:" l'erreur de droit "،
وتحدث الفصل 45 عن الغلط في الواقع:"l'erreur de fait…"،
وتحدث الفصل 48 عن غلط وجهل سواء في القانون أو في الواقع:
« … l'erreur et … l'ignorance, soit de droit soit de fait ».

[127] والذي سيصبح جزؤه الأوّل هو الفصل 45 م. ا. ع.
«…L'erreur est … toujours une forme d'ignorance, et les jurisconsultes arabes comme les romains, emploient indifféremment l'un pour l'autre les mots djahl (ignorance) et galath (erreur)".
انظر موقفا مخالفا عند:"دومولومب"، دروس حول مجلّة نابليون، (باللغة الفرنسية)، باريس، لاهور، 1869-1882، ج 24، عدد 84.
DEMOLOMBE (Charles), Cours de Code Napoléon, Paris, Ch. Lahure, 1869-1882, T. 24, n° 84.
والذي قال إن:"الغلط هو اعتقاد مخالف للحقيقة، وهو أخطر من مجرد الجهل الذي لا يجب خلطه به. فالجهل هو عدم المعرفة، والغلط هو اعتقاد المعرفة عن خطإ".
" L'erreur est une opinion contraire à la vérité, elle est plus grave que la simple ignorance, avec laquelle il ne faut pas la confondre, l'ignorance ne sait pas, l' erreur croit savoir, et elle se trompe".
وانظر أيضا الذي قال إن الجهل هو الذي يوجد الغلط وذلك عند "لوران": مبادئ القانون المدني الفرنسي (باللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة مارسكو الأكبر شفاليي - مارسكو وشركاؤه - ورثة، بروكسال، بروبلون وشركاؤه للنشر، وارثه إيميل بروبلون، ط 5، 1893، ج 15، عدد 486.
LAURENT (François), Principes de droit civil français, Paris librairie A.MARESCO.AINE, A.CHEVALLIER-MARESCO et Com, successeur, Bruxelles, BRUYLANT-CHRISTOPHE et COM, Editeurs, successeur Emile BRUYLANT, 5ème édition, 1893, T. 15, n° 486.
وقارن جميع ما سبق مع عدد 4.

شرطـا له (48)، ثمّ ختم بنصّ يعيدنا مرّة أخرى إلى ما سبق من صور (49). ويمكن، بسبب ما سبق، أن نجزّئ المادّة إلى هذين الجزأين فنبدأ بالصّور ثم نمرّ إلى الشّرط. لكن يبدو أنّ الصّيغة الشّرطيّة في الفصل 44 – زيادة على كونها تؤكّد ما وصلنا إليه من كون ما جاء بالفصل 48 هو شرط – تمكّن (هذه المرّة ليس بمفردها بل بمعيّة نفس نوع الصّيغة في الفصلين 45 و46) من الحديث عن شرط آخر ليصير المفرد جمعا؛ أي ليصير الشّرط شروطا[128].

19. وكلّ ما سبق (الأحكام الأصليّة المتمثّلة في صور وشروط الغلط التّلقائي)، إن جُمِع بمسألة الإحكام (وجوده أو عدم وجوده)، أعطى:
عنوانا أوّلا هو الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في صور الغلط التّلقائي (الفصل الأوّل)؛
وعنوانا ثانيا هو الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي (الفصل الثّاني).

[128] من يرى أنّ أقلّ الجمع ثلاثة سيقول إنّ المفرد لم يصر جمعا بل مثنّى.

الفصل الأوّل

الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في صور الغلط التّلقائي

20. وصف الفصل 37 من المشروع والفصل 50 من المشروع المُرَاجَع والفصل 45 من م.ا.ع في صياغتها الفرنسيّة الغلط في الشّيء بكونه غلطا في الواقع. لكنّ الفصل 38 من المشروع والفصل 51 من المشروع المُرَاجَع والفصل 46 من م.ا.ع في نفس الصّياغة السّابقة لم يطلقوا هذا الوصف على الغلط في الشّخص. والسّؤال: هل تخصيص الفصول الأولى الغلط الأوّل بذلك الوصف يفيد اختصاصه به وأنّه لا يهمّ الغلط الثّاني؟

21. تنبغي الإجابة على هذا السّؤال بطريقتين:

فأمّا الطّريقة الأولى، فحاصلها وجود موقفين: أحدهما يقول إنّ التّخصيص يفيد الاختصاص، والثاني يقول لا[129]. وهذا الثّاني أمتن حجّة. وسنأخذ به، لا لهذا السّبب فقط، بل لأنّ م.ا.ع اعتمدت قول أصحابه[130]. وعلى هذا يمكن وصف صورة الشّخص بأنّها صورة واقع، لأنّ النّصوص التي أوردناها أعلاه في مرتبة أولى لا تمنع من ذلك.

وأمّا الطّريقة الثّانية، فتستند إلى نيّة المشرّع الواردة في تعبير مباشر هو الفصول 40 من المشروع و53 من المشروع المُرَاجَع (واتّبعتهما في ذلك الصّياغة الفرنسيّة للفصل 48 م.ا.ع). فهذه النّيّة اتّجهت إلى وضع شرط يهمّ كلّ الصّور بما فيها الشّخص، واستعملت لذلك لفظ الواقع (فهو إذن للشّخص أيضا) ولفظ القانون[131]، ممّا يدلّ على أنّ عدم استعمال الفصول الواردة أعلاه في مرتبة ثانية وصف الواقع للشّخص لم يكن يراد منه أن لا ينعت به.

---

[129] انظر: الغزالي (أبو حامد): المستصفى من علم الأصول، دار الفكر، ج 2، ص 191 إلى ص 212.

[130] الفصل 534.

[131] يقول "لوران" [مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 486] إن النصوص الرّومانية وصفت الغلط بكونه جهلا في الواقع أو في القانون.

وإننا وحين نذهب إلى «الديجاست" Digeste أو «البونداكت" Pandectes (المختار أو المنضّد أو المستصفى أو المهذّب حسب فهمي (عبد العزيز): مدونة "جوستنيان" في الفقه الروماني Institutes، بيروت، عالم الكتب، صفحة م) نجد في الكتاب 22. العنوان 6 - وهو مكان مشار إليه في الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع- أن "الجهل هو إمّا في الواقع وإمّا في القانون ..."

Digeste XXII. 6: "L'ignorance est ou du fait ou du droit…". Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, traduit en français par feu. M. Hulot et par M. Berthelot, sur un exemplaire des Pandectes florentines, conféré avec l'édition originale de Contius, celles de Denis Gaudefroy par Elzevir et autres. Editeur: à Metz, chez Behmer et Lamort ; à Paris, chez Rondonneau. An XII (1803).

22. لكنّ الصّعوبة جاءت من التّرجمة الكاملة، ومن التّرجمة النّاقصة للمشروع المُرَاجع، فهاتان أتيتا إلى النّص الذي وضع شرطا يهمّ كلّ الصّور وتحدّثتا فيه عن الشّيء دون الشّخص. ولقد تسرّب هذا الخطأ إلى الصّياغة العربيّة للفصل48 من م.ا.ع [132].

23. رغم هذا الخطأ، يمكن القول إنّ أصحاب المجلّة أرادوا أن يؤلّفوا بين صور الغلط وأن يردّوها إلى صنفين هما الواقع والقانون. وسنحاول البحث في الإحكام في إطار الصّنف الأوّل (القسم الأوّل) ثمّ في إطار الصّنف الثّاني (القسم الثّاني).

[132] انظر إلى الفصل 44 من قانون الالتزامات والعقود المغربي (الدار البيضاء، دار الكتاب، ط 1، 1966) الذي لم يقع في الخطأ الذي وقع فيه الفصل 48 م.ا.ع، علما وأن القانون الأول هو تقريبا نقل للثاني (انظر هذا التأكيد عند:"ديكرو (بول) مصدر وخصوصيات الظهير الذي يمثل مجلّة الالتزامات والعقود (ظ.ا.ع) (باللغة الفرنسية). جريدة المحاكم المغربية، 25 فيفري 1958، عدد 1225، ص 19 الذي يقول إن هذا الظهير، الصادر بالرباط في 12 أوت 1913 والذي دخل حيز التطبيق في 15 أكتوبر 1915، قد اتبع – كما يقول ذلك " بارج " في مقدمته (اعترضنا "بارج" سابقا في تونس كعضو للجنة التي أعدت المشروع والمشروع المُرَاجَع: عدد 5 من هذا العمل) – في مخططه العامّ وفي أحكامه التفصيلية م.ا.ع التونسية. وقد يسمح لنا هنا ونحن نذكر هذا المقال أن نزيد على ما سبق بأن نذكر أمرين جاءا به: أولهما أن م.ا.ع صدرت لتنطبق فقط أمام محاكم البايات (Tribunaux beylicaux) وعلى الرعايا التونسيين. أما ظ.إ.ع فقد صدر لينطبق فقط أمام المحاكم الفرنسية وعلى المتقاضين أمامها، أي على الأجانب بالأساس. وثانيهما أن ظ.إ.ع (ومن ثمّ م.ا.ع) قد مثل نموذجا لمجلّة الالتزامات الصادرة بتطوان سنة 1914 ولمجلّة الالتزامات الصادرة بطنجة سنة 1924.
DECROUX (Paul), Origine et originalités du Dahir formant Code des obligations et contrats (DOC) Gazette des tribunaux du Maroc, 25 février 1958, n° 1225, p. 19
ولقد أكد العديد من الفقهاء على ما قاله "ديكرو" من أن ظ.إ.ع هو "فرع" "أصله" م.ا.ع. انظر المقالات التالية:
المذكوري (محمد شعيبي)، دراسة انتقادية لظهير الالتزامات والعقود، ص 33.
"مونيجي" ("جوال")، ترجمة حياة مجلّة الالتزامات والعقود: من تلقي إلى استيعاب مجلّة أجنبية من قبل النظام القانوني المغربي (باللغة الفرنسية)، ص 15 وما بعدها.
MONEGER (Joël), Biographie du code des obligations et contrats, de la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, p. 15 et s.
الكتاني (عزالدين)، الغبن في القانون المغربي (باللغة الفرنسية)، ص 209.
KETTANI (A), La lésion en droit marocain, p. 209.
وهذه المقالات منشورة بالمجلّة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7، 1984 (القسم العربي والفرنسي). وهو عدد خاص نشر أعمال" الأيام الدراسية حول قانون الالتزامات والعقود والمجتمع بعد مضيّ 70 عاما".

القسم الأوّل: الإحكام في صور الغلط في الواقع

24. سبق منّا أنّ المشرّع أراد من الواقع الشّيء والشّخص. وهي صور "مبطلة". لكن الكلمة قابلة لأن تشمل حالات أخرى "غير مبطلة". لذا سننظر أوّلا في الإحكام في الغلط في الواقع "المبطل" (§1) وثانيا في الإحكام في الغلط في الواقع "غير المبطل" (§2).

§1 الإحكام في صور الغلط في الواقع "المبطل"

25. إنّ الحديث عن الغلط في الواقع ينطوي على الحديث عن الغلط في القانون[133]. وإنّ الحديث عن الغلط في الواقع "المبطل" يتضمّن الحديث عن الغلط في الواقع غير المبطل[134]. كما أنّ الحديث عن الغلط في الواقع "المبطل" في جانبه الخاصّ بالشّيء يحتوي على الحديث عن الغلط في الواقع "المبطل" في جانبه الخاصّ بالشّخص[135]. وإنّنا سنأتي بهذين الحديثين (الشّيء والشّخص) الواحد منهما تلو الآخر وذلك في إطار القضيّة التي نعمل عليها. بعبارة أخرى سننظر في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء (أ) ومن بعد ذلك في الإحكام في صورة الغلط في الشّخص (ب).

(أ) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء

26. من يدرس م.ا.ع يمكنه القول إنّها نظّمت الغلط في الشّيء مرّتين: مرّة بهذا الاسم (أي: اسم الغلط في الشّيء)، ومرّة بغير هذا الاسم. وسنحاول البحث في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم الغلط، ثمّ في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم غير اسم الغلط.

(1) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم "الغلط"

27. تحدّثت الصّياغة العربيّة للفصل 45 م.ا.ع عن "نفس الشّيء":

---

[133] انظر عدد 123 وما بعده من هذا العمل. لذلك فإن الحديث عن الأوّل هو بعد حديث عن الثاني. وهذا ما يجعل ذاك أكبر كمّا من هذا.

[134] سنرى أن الأوّل والثاني هما بالأساس للسبب. لذلك وإذا سبق الحديث عن أحدهما وخاصة عن الأوّل منهما، كان ذاك حديثا عن الثاني يستغنى عنه إبّان تناول هذا الثاني. وهذا ما يجعل الحديث الأوّل أهمّ كمّا.

[135] سنرى أن الأوّل للذات (إلخ) وكذلك الثاني. فإذا سبق الحديث عن الأوّل كان ذاك حديثا عن الثاني يستغنى عنه إبّان تناول هذا الثاني. وهذا ما يجعل الحديث الأوّل أهمّ كمّا.

والمعنى الوضعي لـ: "النّفس" هو جملة الشّيء وحقيقته[136] ووجوده في ذاته[137].

أمّا المعنى الوضعي لـ: "الشّيء" فهو "كلّ موجود من الذّوات والمعاني"[138] (إذن علينا أن نسأل ما الذي لا يعنيه لا ما الذي يعنيه).

وينبغي أن نضيف هنا – لكونه يسير في نفس اتّجاه المعنى اللغوي الوضعي – ما جاء عند ابن رشد من جهة وما جاء عند "هايدغر" من جهة أخرى:

فلقد قال الأوّل إنّ لفظة الشّيء: "... تقال على كلّ ما تقال عليه لفظة الموجود، وهو معنى متصوّر في النّفس سواء كان خارج النّفس كذلك أو لم يكن كقرايل وعنقاء مغرب، وبذلك يصحّ قولنا هذا الشّيء إمّا موجود وإمّا معدوم ..."[139].

وقال الثّاني إنّ للشّيء ثلاثة معاني: واحدٌ ضيّق ومفاده ما يكون في متناول يدنا (حجر– زهرة –إلخ)، وآخرٌ واسع وحاصله ما جاء سابقا بالإضافة إلى المخطّطات والقرارات والأفكار والأفعال (إلخ)، والمعنى الأخير أوسع وفيه نجد ما تقدّم ومعه كلّ ما هو بطريقة أو بأخرى شيء وليس لا شيء[140].

يخلص ممّا تقدّم أنّ مدلول "نفس الشّيء" هو «جملة أو حقيقة الموجود من الذّوات والمعاني» أو هو «وجود ذلك الموجود في ذاته». فإذا قُرِّبَ المدلول من الدّال – وهو "نفس الشّيء" – لم يكن المدلول بأوضح من الدّال[141]. لذا

---

[136] جاء في لسان العرب لابن منظور (مرجع سابق) أن النفس في كلام العرب على ضربين من بينهما جملة الشّيء وحقيقته.

[137] جاء في المعجم العربي الحديث (لاروس) أن معنى "نفس الأمر" حقيقته ووجوده في ذاته.

[138] المعجم العربي الحديث، لاروس.

[139] ابن رشد، رسائل ابن رشد الفلسفية، تقديم وضبط وتعليق: رفيق العجم وجيرار جهامي، بيروت، دار الفكر اللبناني، ط 1، 1994، ج 6: رسالة ما بعد الطبيعة، ص 43.

[140] هايدغر: مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 18.

[141] انظر إلى هذه الظاهرة (ولكن في غير العربيّة) عند:

Nicole Delbecque (édition), Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage (ouvrage collectif), Éd. Duculot, Bruxelles, 2002, p. 168 et :169

« …une des stratégies permettant de décrire le sens d'un mot consiste à le "paraphraser" en utilisant une autre séquence de mots censée dire "la même chose". Or la paraphrase n'est efficace que si les mots utilisés sont plus simples que le mot à définir. Malheureusement, les définitions des dictionnaires vont souvent à l'encontre de ce principe, donnant par conséquent dans le piège de **l'obscurité**. Ainsi, le Petit Robert définit le nom *triangle* par la paraphrase "figure géométrique, polygone à trois côté". Si l'usager du dictionnaire ne connaît pas le mot *triangle*, peut-on

سيطرح السّؤال ما جملة وما حقيقة وما وجود الموجود في ذاته ؟ (أي سيجعل المدلول دالاّ بدوره وسيطلب مدلوله)[142]. وقد ينبغي – قبل تقديم جواب الفصل 45 نفسه عن هذا السّؤال – أن نورد صياغته الفرنسيّة والمعنى اللغوي لما جاء فيها. فلقد تحدّثت هذه الصّياغة عن "الواقع". وهو في الوضع "... ما يوجد واقعيّا، وما هو من مجال الواقع ... (وهو معارض) ... للفكرة، وللحلم، إلخ ."[143]

هذا المعنى أضيق من ذاك الذي وجدناه للعبارة الواردة في صياغة م.ا.ع العربيّة. مع ذلك ردّ الفصل 45 (وهنا نقدّم بنفس المناسبة جواب السّؤال السّابق) كلاّ من عبارته العربيّة والفرنسيّة إلى ثلاثة أقسام هي: ذات الشّيء، ونوعه[144]، ووصفه[145].

---

s'attendre à ce qu'il comprenne le sens de l'adjectif *géométrique* et du nom *polygone* ? Probablement pas…L'on se rend compte que toutes explicites que soient les définitions obscures, elles ne contribuent guère à éclaircir le sens d'un mot. Paradoxalement, elles introduisent souvent des mots que l'on comprend encore moins…L'obscurité va d'ailleurs souvent de pair avec un autre écueil, celui de la circularité. On parle de circularité lorsque le mot A est paraphrasé par le mot B, et le mot B par le mot A – comme dans l'exemple suivant (emprunté, lui aussi, au Petit Robert): *sort* " ce qui échoit, ce qui doit arriver (à qqn) du fait du hasard, des circonstances ou d'une prédestination supposée " ; *hasard* " cause fictive de ce qui arrive sans raison apparente ou explicable, souvent personnifiée au même titre que le sort, la fortune, etc". Parfois le cercle ne se ferme qu'au bout de plusieurs sauts – comme quand A se définit par par B, B par C, et puis C par A. Il est évident que les "définitions" circulaires n'aboutissent à rien».

[142] معنى "نفس الشّيء" الوضعي: ما ورد أعلاه / معناها العرفي: ليس لها معنى عرفي / في الأعمال التحضيرية: نجد لها كمعنى ما سيأتي لاحقا.

[143] معجم روبار الصغير 1 (مرجع سابق):

« Le fait … ce qui existe réellement, ce qui est du domaine du réel … (opposé à l'idée ou rêve etc.) ».

[144] ربما يثار مشكل ضيق المعنى اللغوي للصياغة الفرنسية على مستوى هذه الصورة لأننا سنجدها بمثابة الفكرة وربما لا يثار لأن حاصل الفكرة جملة من أشياء واقعية (انظر مثلا عدد 74 وما بعده).

[145] ينبغي هنا أن نقدم ملاحظتين:

- أولاهما أن 45 تحدث لا عن ذا ت الشّيء (إلخ)، بل عن ذات المعقود عليه (إلخ). لكن لأنه ردّ الشّيء ونفسه إلى معقود عليه وذاته (إلخ) استعملنا أعلاه – وبدل لفظة المعقود عليه – ما جيء به على انه مرادفها (الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من المشروع المُرَاجع تؤيّد هذا الفهم).

- ثانيهما أننا بدأنا بالمعنى اللغوي لـ: "نفس الشّيء" خارج سياقها. لكن ولأن هذا المعنى (جملة كل موجود...إلخ) ليس بأوضح من الدال (نفس الشّيء)، حوّلنا وجهتنا دون أن نغادر اللغة نحو معنى "نفس الشّيء" كما يستخرج من الجوّ التعبيري الذي تعيش فيه.

وإن هذا الجوّ أو السياق ليفرز – بحسب تركيبة جملة 45، وبحسب إمكان أن يدل حرف "أو" في النص (أو لا يدلّ)على أحد معانيه وهو الجمع المطلق – عدة معان لـ: "نفس الشّيء":

28. وقد يكون المقتضى أن ننظر في علاقة كلّ قسم بمسألة الإحكام التي نعمل عليها. لكن الملاحظ أنّ ما يرتبط بهذه المسألة هو التّقسيم لا الأقسام كلّ على حدة. لذا سنركّز عملنا على التّقسيم. مع ذلك لن نترك الخوض في الأقسام كلّ لوحده لأنّه لا يمكن الحكم على التّقسيم إلا بعد فهم الأقسام. بعبارة أخرى، ينبغي عرض أقسام الغلط في الشّيء الواحد منها تلو الآخر (I)، لكي يمكن بعد ذلك الحكم على تقسيم الغلط في الشّيء بالنّظر إلى مسألة الإحكام (II).

I - عرض أقسام الغلط في الشّيء

29. أقسام الغلط في الشّيء ثلاثة. وقد نفكّر في عرضها تباعا وفق التّرتيب المعطى لها في الفصل 45. لكن ينبغي أن نعمد إلى ترتيب آخر، فنبدأ بالذّات، ثم نجمع النّوع بالوصف (لأنّ الأوّل وصف كالثّاني). كلّ هذا سيعطي عنوانين:
الغلط في ذات الشّيء (الفرع الأوّل)؛
الغلط في نوع الشّيء وفي وصفه أو الغلط في وصفه (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: الغلط في ذات الشّيء

30. من ينظر إلى المشروعين يجد أنّ هناك فقهاء اعتُمِدوا كثيرا كمراجع للفصل 43 وما بعده من م.ا.ع. ومن ينظر إلى هؤلاء الفقهاء يجدهم يقرّبون الغلط في ذات الشّيء من صورة أولى[146] ثمّ من صورة ثانية[147].

---

* منها أنها بمثابة "الكل" والذات والنوع والوصف بمثابة الأجزاء (هنا نكون أمام ثلاثة صور وأمام ثلاثة أسماء متباينة)
* ومنها أنها بمثابة أمر والذات والنوع والوصف كل واحد منهم هو هذا الأمر (هنا نكون أمام صورة واحدة ثم فسرت بألفاظ – يجب أن تعد مترادفة – مختلفة).
* ومنها ما هو خليط من المعنيين السابقين (الذات والنوع صورة واحدة – إذن الاسمان مترادفان – والوصف صورة أخرى – إلخ).
وإن ما سيأتي من تحاليل سيمكّن من أن نرجّح في النهاية المعنى الأوّل (وهو الذي قلنا به في المتن) رغم ما قد يعترضنا في الطريق من نقاط قد تشكّك في وجاهة هذا الترجيح (عدد 32 من هذا العمل).

[146] هي صورة الغلط في طبيعة العقد. وهذه لم تكن موجودة في نص المشروع الذي يقابل 45 من م.ا.ع، ثمّ وجدت في نص المشروع المُرَاجَع والذي يقابل أيضا 45، ثم اختفت مرة أخرى في ثنايا م.ا.ع لأننا لا نجدها في 45.
ولقد جاء التقريب المذكور أعلاه عند: "أوبري" و"رو"، دروس في القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاري (باللغة الفرنسية)، باريس، المطبعة والمكتبة العامّة لفقه القضاء، ط 4، 1878، ج 4، الفقرة 343 AUBRY (C) et RAU (C), Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIÆ, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 4ème éd,

واستئناسا بهم، ينبغي أن يُقسّم العنوان الذي نحن بصدده إلى بابين: باب لـ"عين" الغلط في ذات الشّيء؛ وباب لما قرِّب منه، أي لما هو "مثلٌ" لهذا الغلط.

31. ═ فإذا دخلنا باب "عين" الغلط في ذات الشّيء، وجدنا أمرين: الشّيء "العادي" (إن صحّت العبارة) والثّمن وهو شيء "خاصّ"[148].

32. ▲ فإذا بدأنا بالشّيء "العادي"، كان علينا أن نبحث عن معنى لفظة الفصل 45. وهذه عربيّة وفرنسيّة:

فأمّا العربيّة – وهي الذّات – فتعني في اللغة الخاصّة، والحقيقة[149]، والنّفس، والعين، والجوهر[150]. ويمكن أن نضيف إلى ما سبق: الماهية[151]. لكن – لأنّ المعنى هنا أيضا ليس أوضح من المبنى – سنضطرّ لأن نواصل بأن نسأل: ما خاصّة الشّيء أو حقيقته؟ ما نفسه أو عينه أو جوهره؟ وإذا عمدنا إلى الإضافة الواردة للتّوّ، ما ماهيته ؟ ولن يقف الأمر عند هذا السّؤال، بل ينبغي أيضا أن نزيد: ألم نجد بعدُ أنّ الغلط في نفس الشّيء هو في اللغة غلط في الحقيقة ؟ ألا نجد الآن أنّ الغلط في ذات الشّيء هو أيضا غلط في الحقيقة ؟ فكيف يكون للغلط في الذّات – وهو القسم – نفس المعنى الذي للمُقسّم ؟ وأكثر من ذلك ألم نجد أنّ الذّات هي النّفس ؟ فكيف تكون النّفس هي المُقسّم وفي نفس الوقت بعض المُقسّم ؟

قد ينبغي ترك لفظة الذّات وترك أسئلتها. وقد ينبغي – هروبا من هذا التّعقيد – التّوجّه إلى الكلمة التي تقابلها في الصّياغة الفرنسيّة[152]. فإذا فعلنا، وجدنا هذه الكلمة تفيد بحسب وضعها في اللغة النّفس والعين[153]. وعلى هذا

1878, T. 4, §343.

[147] نفس المرجع السابق ونفس الجزء الفقرة 343 مكرر.

[148] قرّب هذا مع ما جاء عند "كاربونيي" (جون)، القانون المدني، ج 4: الالتزامات، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، ط 21، 1998، عدد 10 CARBONNIER (Jean), Droit civil. Les obligations, Paris, P.U.F., 21ème éd, 1998, n° 10.

[149] لسان العرب لابن منظور (مرجع سابق).

[150] المعجم العربي الحديث، لاروس (مرجع سابق).

[151] هذا معنى جاء عند ابن رشد (مرجع سابق، ص42 و43) الذي، وبعد أن عدّد معاني هذه اللفظة التي قال إنها مطلقة، تكلّم بما يلي: "وأمّا ذات الشّيء إذا استعملت هكذا مضافة: إنّما نعني به ماهيته أو جزء ماهيته". ولقد أضفنا هذا الذي قاله ابن رشد لأن الماهية مرادفة للجوهر كما سنرى.

[152] هي كلمة Identité.

[153] انظر معجم روبار الكبير، باريس، روبار، 1989.

فمعناها مساو لمعنى اللفظة العربيّة. هذا يؤدّي إلى أن نجد أنفسنا مرّة أخرى أمام بعضٍ من الأسئلة التي حاولنا استدبارها وأمام بعضٍ من التّعقيد الذي أردنا تجنّبه.

وقد ينبغي أن لا نخوض في هذه الأسئلة هنا؛ أي قد ينبغي أن لا نقتحم غمار هذا التّعقيد في هذه المرحلة المبكّرة من العمل. فالأسئلة والتّعقيد سيعترضانا مرّة أخرى في نطاق عبارة النّوع وعبارة الوصف. عندها نكون في مرحلة متقدّمة أكثر، وعندها يكون الوقت أنسب لمواجهة تلك الأسئلة وذلك التّعقيد.

33. إذن لنتجنّب الأسئلة والتّعقيد الآن، بأن نترك الألفاظ ومعانيها الوضعيّة، وبأن نولّي الوجهة نحو التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع من تلكم الألفاظ:

فإذا فعلنا، وجدنا أنّ هذا التّعبير – متمثّلا في الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من المشروع المُرَاجع – يُسْلِم أنّ واضعي المجلّة يرون أنّ الغلط قسمان: واحد يؤثّر على الالتزام، والآخر لا.

فأمّا المؤثّر، فيُرجِعُه واضعو المجلّة إلى جزأين[154]. وأوّل جزء أشير إليه بواسطة العدد واحد، وأعطي العنوان التّالي: "الغلط في الماهية[155] (في الذّات) أو في الهويّة[156] ...":

"Erreur sur la substance (*thât*) ou identité ...".

ومن يقرأ هذا العنوان سيقول – آخذا في الحسبان وظيفة القوسين[157] – إنّ الماهية مرادفة للذّات. لكنّه لا يستطيع أن يقول نفس الشّيء عن الهويّة[158].

Le Grand Robert, Dictionnaire de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, 1989: « Identité…du lat. idem le même, caractère de ce qui est identique ».

[154] سنرى فيما سيأتي أن في كل جزء ثمّ صورة. لكن هنالك صورة موجودة بالقسم غير المؤثّر، إلا أنها حسب واضعي المجلّة حين يتوفر فيها شرط تصعد درجة وتصبح هي الصورة الثالثة عددا داخل قسم المؤثّر.

[155] Substance (وهذا أحد أسباب الإضافة التي عمدنا إليها منذ قليل حين أتينا بما جاء به ابن رشد). وإن ترجمتنا لها في المتن بالماهية مأخوذة من قاموس يترجمها أيضا بالجوهر (وبالمادّة: سنرى لماذا). المنهل, قاموس فرنسي عربي، بيروت، دار الآداب، ط 27، 2000.

[156] Identité: هوية، ذاتية حسب قاموس المنهل.

[157] القوسان (انظر حول القوسين ومعنييهما لاروس الكبير للغة الفرنسية، باريس، مكتبة لاروس، 1986. Grand Larousse de la langue française, Paris, Librairie Larousse, 1986.) هما لجملة (أو لجزء من جملة أو لمجموعة جمل) مستقلة تماما من الناحية النحوية عن الجملة الأساسية، توضع وسطها أو في نهايتها لكي تدقق أو تعدل أو تنقص من معناها.

[158] لأن الكلمة الفرنسية "ou" لها عدة معان وليس التعادل بين شكلين (لفظتين) لهما نفس المعنى إلاّ واحدا منها.

إلاّ أنّه، ومباشرة بعد العنوان، استُعمِل ضمير الغائب المفرد؛ والغائب هنا ما ورد في العنوان، وهو واحد، وهذا يدلّ على أمرين: أوّلهما أنّ ما جاء بالعنوان صورة واحدة، وثانيهما أنّ الهويّة مرادفة للاسمين الآخرين[159]. فإذا استُحضر الآن أنّ الفصل 45 تحدّث في صياغته العربيّة عن ذات وفي صياغته الفرنسيّة عن هويّة، أمكن القول إنّ ما سنجده تحت العنوان الوارد أعلاه هو معنى لما تحدّث عنه هذا النّص (الذّات في الصّياغة العربيّة والهويّة في الصّياغة الفرنسيّة).

وما نجده يبدأ بإشارة إلى فقيه مالكي[160] في مكان تحدّث فيه عن جهل يكون محلّه المثمون[161]. ومثاله شخصان يشتريان سلعتين "على أنّ كلّ واحد يأخذ واحدة بما ينوبها من الثّمن"[162]. لكن ولكي نجد مثالا يهمّنا علينا أن نواصل قراءة ما جاء في الحاشية عن ابن عاصم[163] وعن التّسولي والتّاودي[164]، بل علينا أن نرجع بأنفسنا إلى هؤلاء لنفهم منهم أنّ هنالك أوّلا غلط في الذّات لا يُصدَّق من يزعم أنّه وقع فيه، وصورته تتمثّل في الذي يقف على بائع ويشير إلى شيء أمامه قائلا: بعني هذا الحجر، ثم يأتي ويقول ظننت المبيع ياقوتا وهو غير ذلك[165]. كما نفهم من نفس الفقهاء أن هنالك ثانيا غلط في الذّات يؤخذ به، وصورته تتمثّل في الذي يقف على بائع ويشير إلى شيء أمامه

---

[159] ولعل هذا يثير صعوبة على مستوى فهم الفصل 50 من المشروع المُرَاجع. فصورته الأولى أسماها هوية (identité). وإننا نعلم من الحاشية الجانبية أن مرادف هوية هو ماهية (substance). وإننا وحين نتقدم في قراءة الفصل 50 نجده قد أسمى صورته الثانية ماهية. وعلى هذا فصورتي هذا النص لهما اسم واحد. وإننا لن نخوض في هذا الأمر، لأننا سنجد فيما سيأتي تفسيرا له.

[160] الزّرقاني (سيدي عبد الباقي)، شرح الزّرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشيخ محمد البنّاني، بيروت، دار الفكر، المجلّد 3، ج 5، ص 24. (ملاحظة: هذا هو العنوان المعتمد في المشروع المُرَاجع سواء للزّرقاني أو للبنّاني وما صدر عن دار الفكر هو نقل للطبعة المعتمدة من اللجنة، وإن المشروع حين يستعمل أرقاما رومانيّة فهو يشير إلى الأجزاء، وحين يستعمل أرقاما عربية فهو يريد الصفحات).

[161] حدثنا أيضا عن الثمن. ولكن الثمن سيتحدّث عنه بعد قليل ضمن " الشّيء الخاص".

[162] نفس المرجع السابق ونفس المكان.

[163] ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو بكر محمد بن محمد)، متن العاصمية المسمّى بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ويليه متن لامية الزقاق في فقه المالكية، مصر، ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي، ص 48.

[164] التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسمّاة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، وبحاشيته: التاودي (أبو عبد الله محمد)، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، ط 2، دار الفكر، 1370 هـ - 1951 م.

[165] قال التسولي عن هذه الصورة إن التسمية بالاسم العام (الحجر) مظنّة لمعرفة المشتري بالمشترى " فلا يقبل دعواه خلافها لأنه خلاف الغالب وكان عليه أن يتثبت بنفسه": المرجع السابق، ج 2، ص 24. انظر مثال غلط محله حجر عند أرسطو، الأخلاق ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، الكتاب 3، الفصل 2.

قائلا: "بعني هذه الياقوتة وهي غير ذلك"[166]. وقد قيل إنّ هذا الجهل تعلّق بحقيقة المشترى[167].

34. ويخلص ممّا جاء للتّوّ – بعد أن يُضاف له ما تناولناه في المقدّمة حول معنى الغلط – أنّ الغلط في ذات شيء[168]، لنسمّه (أ)، هو حكم يجانب الواقع سببه عدم علم بما في الأمر (غير أ) وعدم علم بما ليس فيه (أ)[169].

35. ▲ ويمكن – دائما انطلاقا من الحاشية الجانبيّة للفصل50 من المشروع المُرَاجع - القول إنّ الغلط في ذات الشّيء قُصد به أيضا صورة الشّيء "الخاص" وهو الثّمن. فلقد أشارت تلك الحاشية إلى الزّرقاني[170] في

---

[166] يقول التسولي إن تسمية الشّيء بغير اسمه مظنّة الجهل به: نفس المرجع السابق ونفس المكان.

[167] التسولي: نفس المرجع السابق ونفس المكان.

[168] أطلقت الترجمة الكاملة على الصورة الأولى اسمين: الغلط في ذات المعقود عليه والغلط في تعيينه. ولعلّه بالإمكان أن نعطي مثالا معاصرا عن هذه الصورة ويتمثل في شخص يريد أن يشتري سيارة "مرسيدس" قديمة موجودة بقاعة عرض مؤسسة معيّنة. فيهتف إلى المتصرف في المغازة مصرحا بأنه اشترى "المرسيدس" المعروضة، جاهلا أنه قبل أن يهتف هنالك "مرسيدس" أقدم من الأولى قد أخذت مكان التي رآها. ("فيتز" (كلود)، القانون الخاص الألماني – 1. الأعمال القانونيّة الحقوق الشّخصية، باريس، ليتاك، 1992، عدد 323.

WITZ (Claude), Droit privé allemand – 1. Actes juridiques, droit subjectifs, Paris, Litec, 1992, n° 323

وإن التعريفين الذين طبقناهما على الذات ينطبقان على كل صور الغلط التي ستأتي.

[169] ليسمح لنا هنا بما لا يسمح به التمشي المعتمد في هذا العمل، وهو الإشارة إلى الفقه التونسي (مادة وأشخاصا) وهو يتحدث عن الغلط في الذات دون أن يسند حديثه إلى اللغة زائد نيّة المشرّع:

"دوبلا"، شرح مجلّة الالتزامات والعقود التونسية، تعريب محمد المالقي، طبعة أولى بمساعي ومجهودات جمعية قدماء طلبة الحقوق التونسية، سنة 1367-1948، ج 1، ص 32.

الزين (محمد)، النظرية العامة للالتزامات، 1، العقد، تونس، ط 2، 1997، ص 136.

قطران (حاتم)، النظرية العامة للالتزامات، درس مرقون كلية العلوم القانونيّة والسياسية والاجتماعية بتونس، ص 34.

بلحاج حمودة (العجمي)، دروس في القانون المدني. الالتزامات. العقد، درس مرقون (باللغة الفرنسية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1984- 1985، ص 134.

BEL HAJ HAMOUDA (Ajmi), Cours de droit civil. Les obligations. Le contrat (polycopié), Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1984 -1985, p. 134.

وليسمح لنا أيضا بأن نشير إلى قرار تعقيبي تونسي يهمّ هذه الصورة: مدني 11251، 22 أفريل 1985، ن، ج 1، ص 178.

وعلى كلّ فإنّ "ذات" لها معنى وضعي، ومن يبحث في العرف لايجد جديدا، ونفس الشّيء حين يبحث في الأعمال التحضيرية.

[170] الزرقاني، مرجع سابق، ج 5، ص 24.

وينبغي أن نضيف للمتن ما يلي:

- لو أسمينا ما جاء بـ: 45 (شيء) فهذه اللفظة (شيء) مطلقة (في اللغة: كل موجود) وتفيد بحسب نية المشرع المعبّر عنها مباشرة الإطلاق (الموجود الذي يقع المتعاقدان في غلط حوله هو الثمن والمثمن).

- ولو أسميناه، كما جاء بالنص نفسه، معقودا (عليه)، فـ: "معقود" لفظة مطلقة (فيها المثمون والثمن)، وهي تفيد بحسب نية المشرع المعبّر عنها مباشرة الإطلاق.

- إنّ مسألة الإطلاق تهمّ لا فقط صورة45 الأولى بل ونظريا الثانية والثالثة (النوع أيضا هو نوع شيء ونوع

مكان تحدّث فيه عن الجهل الذي محلّه – حسب تسمية الفقه الغربي المعاصر[171] - تعيين الثّمن أو تعيين السّكة.

36. ممّا سبق يمكن القول إنّ التّعبير المباشر يسلم أنّ الصّورة الأولى للفصل 45 هي صورة حكم يجانب الواقع سببه عدم علم بأن ما عيّنّاه هو شيء "عادي" ما، وفي نفس الوقت عدم علم بأن ما عيّنّاه هو ليس الشّيء "العادي" الذي أردناه. كما أنّ التّعبير المباشر يمكّن من القول إنّ تلك الصّورة لذلك الفصل هي أيضا لحكم يجانب الواقع سببه عدم علم بأن ما عيّنّاه ثمن أو سكّة ما وفي نفس الوقت عدم علم بأن ما عيّنّاه ليس الثّمن أو السّكة التي أردناها[172].

37. لكن ما سبق من تعبير مباشر لا يسلِم الصّنف الذي يندرج فيه الغلط في ذات الشّيء "العادي" أو "غير العادي": هل هو الذي اتّفقت فيه نيّتا الطّرفين أم هو الذي اختلفتا فيه ؟

فأمّا الصّنف الأوّل – وسنأخذ هنا مثال الثّمن، وهو يغني عن غيره - فمن صوره أن نستخرج تعبيرا اقتنعنا بأنّه يحمل نيّتي الطّرفين معا على أنّ الثّمن دينار[173]، لكنّنا نجد كتب العقد ينصّ على ثمن آخر (هنا وقع الطّرفان في الغلط).

وأمّا الصّنف الثّاني – وسنبقى مع تعيين الثّمن - فمثاله أن نستخرج تعبيرا اقتنعنا بأنّه يحمل إرادة الطّرفين: [أ] و [ب]. ومفاد هذا التّعبير، أنّ [أ] أراد دينارا و [ب] دينارين. فهنا ينقسم الأمر إلى حالتين: أولاهما أنّ كتب العقد

معقود عليه. إلخ.). لكن – ولأنّ الثمن لا يتحدث عنه إلاّ مع الذات (انظرما سيرد الآن في المتن حول الإشارة إلى الزرقاني) – لن نثير هذه المسألة إلاّ هنا. ويمكن أن نزيد فنقول إنّ نقود اليوم لايتحدث في إطارها فقه اليوم (مثلا الفرنسيّ منه) إلاّ عن الذات. فإذا كان هذا الحديث يعني أنّه لا وجود لنوع أولوصف للنقود، ثمّ إذا كان هذا الحديث صحيحا، فإنّ النتيجة ستكون متمثّلة فيما يلي: عبارة 45 الواردة في مرتبة أولى (...ذات **المعقود عليه**) تهمّ المثمون والثّمن / نفس العبارة، وحين وردت في مرتبة ثانية وثالثة (...نوعـ **ـه**...وصف: **ـه**)، تهمّ المثمون دون الثمن. (قرّب هذا ممّا سيرد لاحقا حول علاقة الذات بالنوع والوصف).

[171] انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، القانون المدني، الالتزامات (باللغة الفرنسية)، باريس، دالوز، ط 6، 1996، عدد 204: حيث يوردون صورتين: صورة الذي يظنّ أن الثمن هو 1450 فرنك والحال أنه 14500 فرنك، وصورة الذي يظنّ أن الثمن هو5000 فرنك قديم، والحال أنه 5000 فرنك جديد TERRÉ (François), SIMLER (Philippe)et LEQUETTE (Yves), Droit civil. Les obligations, Paris, Dalloz, 6ème éd, 1996, n° 204.

(ملاحظة: وضع الفرنك الجديد بمقتضى مرسوم 27 ديسمبر1958 ليعمل به بداية من 1 جانفي1960 وقيمته تساوي 100 فرنك قديم. نفس المرجع السابق، عدد 1233).

وانظر إلى:"ڤيستان" (جاك)، مؤلف في القانون المدني. تكوين العقد، باريس، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، ط 3، 1993، عدد 495/ GHESTIN (Jacques), Traité de droit civil. La formation du contrat, Paris, L.G.D.J., 3ème éd, 1993, n° 495.

[172] ينبغي أن ننبّه هنا إلى أن هنالك اختلافا بين الغلط في الثمن والغلط في القيمة. ففي هذا اتفق الأطراف على الثمن، لكن أحدهم ينازع فيما بعد هذا الثمن بحجة أنه لا يتناسب والقيمة الاقتصادية الحقيقية للشيء أو للخدمة المسداة. كما أن الغلط في الثمن مختلف عن الغلط في الحساب. انظر "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" مرجع سابق (باللغة الفرنسية) عدد 204.

[173] مثلا بين الطرفين معاملات سابقة بدينار.

نصّ على دينار (هنا وقع [ب] في الغلط) أو نصّ على دينارين (هنا وقع [أ] في الغلط) [174] وثانيتهما أنّ كتب العقد نصّ على ثمن ليس الدّينار ولا الدّينارين (هنا وقع [أ] و [ب] في الغلط).

ولعلّه بالإمكان – استنادا إلى التّعبير غير المباشر المتمثّل في حمل كلام العاقل على ما لا يؤدّي إلى نتائج ضارّة - القول إنّ المشرّع لم يرد أن تكون صورة الفصل 45 الأولى للصّنف الأوّل، إذ جاء في هذا النّص جزاء الفسخ، ومن المضرّ أن يأتي تشريع ويقول بهذا الجزاء في هذه الحالة التي التقت فيها نيّتا الطّرفين.

بل لعلّه يمكن الاستغناء عن التّعبير غير المباشر بالتّعبير المباشر. وفعلا جاء، بآخر الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع، حديثٌ عن غلط في اسم الشّيء ونيّات الأطراف قد اتّفقت. كما جاء حديث عن غلط في أوصاف الشّيء والأطراف متّفقون على الشّيء. وقد يقال إنّ هذه الصّورة (وربّما أيضا سابقتها) لا علاقة لها بما جاء في مرتبة أولى بالفصل 45 أو بما جاء في بداية الحاشية الجانبية للفصل50 المذكور. ويمكن أن نردّ بالنّسبة إلى صورة الاسم أنّه أشير فيما يخصّها إلى الزّرقاني[175] في مكان تحدّث فيه عن الحالتين اللتين وجدناهما عند قراءة ابن عاصم والتّسولي والتّاودي[176]، هذه القراءة التي تمّت في إطار التّعبير المباشر عن قصد المشرّع ممّا جاء في المرتبة الأولى بالفصل 45 أو ببداية الحاشية الجانبيّة[177].

---

[174] تحدث "ڤيستان"عن الصنف الأوّل وقال إنه غلط يرتكبه الطرفان وذلك حين تلتقي إرادتهما على عقار (هو أخذ مثال الشّيء "العادي") لكنهما يعيّنان آخر. كما تحدث عن الحالة الأولى من الصنف الثاني وقال عنها إنها لغلط يرتكبه طرف فقط، وذلك حين تذهب كل إرادة إلى عقار مختلف عن ذلك الذي ذهبت إليه الأخرى (مرجع سابق، عدد 495).

[175] وبالتحديد إلى ج 5 ، ص 153.

[176] انظر عدد 33 من هذا العمل.

[177] ينبغي أن نضيف للمتن أن عبارة الفصل 45 مطلقة وتشمل الصنفين، لكن هنالك قرينة تصرف هذا المطلق إلى الخصوص وهي نية المشرع المتوصل إليها بواسطة التخمين ونيته المتوصل إليها من الوجه المباشر.
بعبارة أخرى: هنالك أصل العملية، أي ما سنعتبر وبواسطة التأويل أنّه قصد حقّا من الأطراف (طبعا تحمله عبارة لأنّ القصد يخفى ولا يعرف إلا بغيره وهو العبارة عنه)، وهنالك عبارة عن العملية (مخالفة للعبارة السابقة) (للتبسيط سنسمّي الأصل أصلا والعبارة المخالفة عبارة):
الصّورة الأولى: لنفرض أنّ الأصل نجد به: إيجاب (أراد البيع بدينار) = قبول (1 أراد الشّراء بدينار) / والعبارة نجد بها (ما ليس 1 د)[= إيجاب (أراد البيع بما ليس دينارا) = قبول (ما ليس1 د)].
من المعلوم أنّ الإبطال يهمّ الأصل، وهنا الأصل ليس مختلا (تطابق الإيجاب مع القبول). أمّا العبارة فنعمل عليها الفصل 515 م.ا.ع (لا نأخذ بما هو موجود بها لأنّه ظاهر لفظ). وإنّ لهذا الكلام تأثير على فهم الفصل 47. فهنا اعتبر النص-كما سنرى لاحقا- أنّ الأصل غير مختلّ وبالتحديد اعتبر أنّ هنالك التقاء للإرادات حول النتيجة الصحيحة (إذن قرينة والقرينة قد تطابق الواقع وقد تخالفه: انظر ما سيأتي حول القانون الألماني إبّان تناول الغلط في الحساب). ثمّ إنّ النّص أخذ بعد ذلك بحلّ الفصل 515: العبرة بالمقصود (والمقصود افترضه الفصل 47)، لا بظاهر اللفظ (ظاهر اللفظ سيكون بدوره مفترضا، أي أنّ الافتراض الأوّل يتبعه افتراض ثان وهو أنّ ما لم يرد أي ما هو ظاهر لفظ هو المحصلة الخاطئة).
الصّورة الثّانية: لنفرض أنّ الأصل نجد به: إيجاب (أراد البيع بدينارين) ≠ قبول (1 د) / العبارة نجد بها: إمّا: 1 د أو 2 د، وإمّا: ما ليس 1 د ولا 2 د. فهنا وبعد أن حدّد ما الذي يمثّل أصلا (أي عددنا عبارة معناها ما يلي:

إيجاب (أراد البيع بدينارين) / قبول (1 د)، عددناها تحمل القصد)، ينجرّ عن هذا التحديد أن يقال بعدم التقاء الإرادات، أي ينجرّ إبطال للأصل.

وإنّ الفصل 45 لمطلق ولكن ثمّ قرينة مقيدة (من نية غير مباشرة ومباشرة) تصرفه إلى الصورة الثانية لا غير.

ويمكن نقل جميع ما سبق حول الصّورتين وتطبيقه على الغلط في طبيعة العقد وغيره من صور الغلط.

وتنبغي العودة إلى الصّورة الأولى (وإلى مثيلاتها ممّا سيأتي من صور تطابق الإيجاب مع القبول حول أمر رُئيَ أنّه هو المقصود ومجيء العبارة بما يخالف ذلكم الأمر. وينبغي أن نضيف الغلط في الحساب حين نحلّله كما سيأتي لاحقا على أنّ ما قُصِد وما تمّ التّفكير فيه هو المحصّلة الصّحيحة. لكن العبارة جاءت فيها المحصّلة خاطئة) للقول:

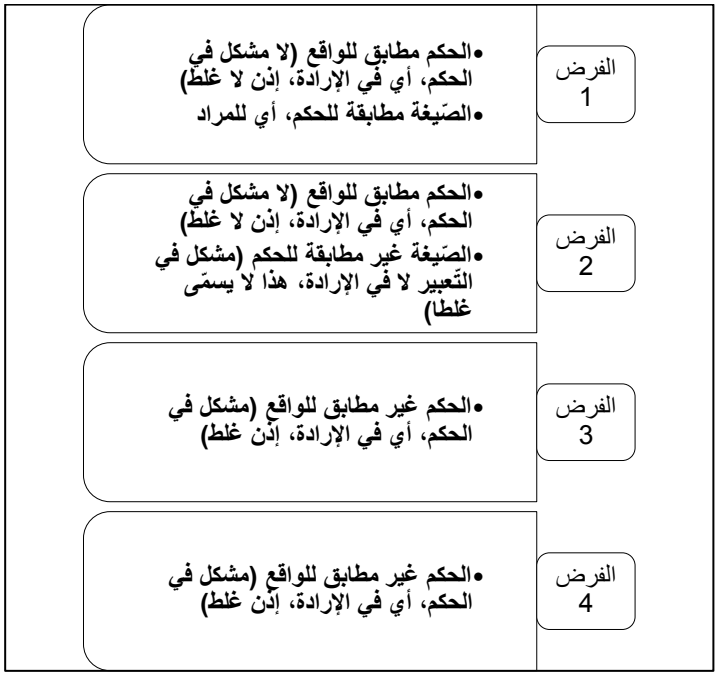
- هنا ثمّ حكم؛ أي ثمّ تفكير.
- لكن حصل خلل إذ العبارة لم تحمل ذلكم التّفكير (حملت تفكيرا آخر).

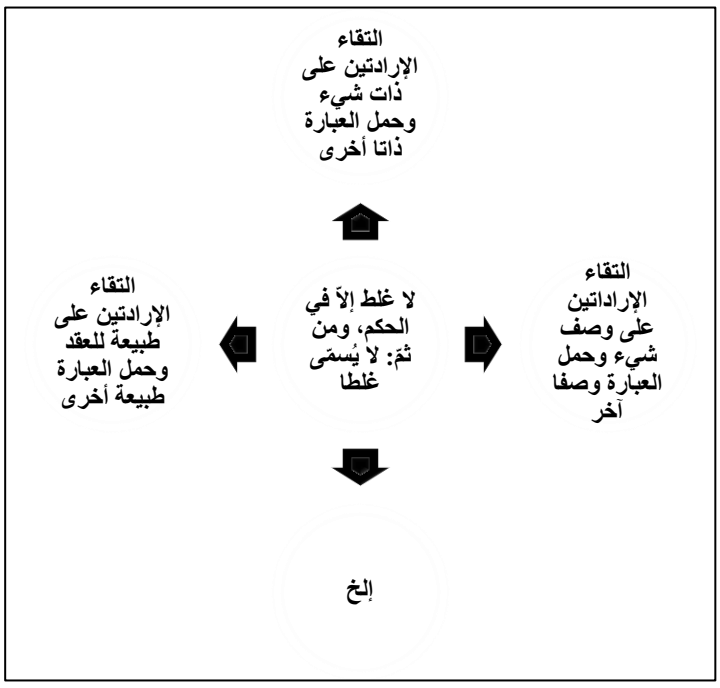
وعليه فالخلل والغلط همّ العبارة ولم يهمّ الحكم. لذا من يقول أن لا غلط إلاّ في الحكم (انظر عدد 4) لن يُسمّي الصّور السّابقة (صور التقاء الإرادات على أمر ومجيء العبارة بغير ذلكم الأمر) صور غلط.

بعبارة مختلفة، ثمّ أربع فروض:

الواقع	الحكم	الصّيغة (الجملة الخبريّة / القضيّة الخبريّة)
(أ) هو (ب)	(أ) هو (ب)	(أ) هو (ب)
(أ) هو (ب)	(أ) هو (ب)	(أ) هو (ج)
(أ) هو (ب)	(أ) هو (ج)	(أ) هو (ج)
(أ) هو (ب)	(أ) هو (ج)	(أ) هو (ب)

وإنّ هذا الرّدّ سيعيننا على الآخر الذي يهمّ صورة الوصف. فهنا حصلت





إشارة إلى المادّة 65 من المجلّة العثمانيّة[178]. وفي شرح هذه جاء مثال[179] لا يختلف في شيء عن ذلك الذي اعترضنا في إطار التّعبير المباشر المرتبط بصورة الذّات سوى أنّنا وفي هذا الإطار كنّا أمام مثال الياقوتة –وهو أمر لا يدرك بالمشاهدة، ولذلك يؤخذ بهذا الغلط – وفي صورة الوصف نحن أمام لون وهو يدرك بالمشاهدة، ولذا عُدّ الواصف قد لغا، وأُخِذ بإشارته، ممّا يؤدّي إلى التقاء نيّته بنيّة عارض الشّيء، ومن ثمّ إلى صحّة العقد. وعلى هذا يمكن القول – وهذا سيعترضنا فيما بعد في إطار عمليّة الحكم - إنّ الصّورتين الواردتين في مرتبة أخيرة بالحاشية الجانبيّة هما للذّات. لكنّهما، خلافا للصّورة الأولى لهذه الحاشية ومن ثمّ خلافا للفصل 50 من المشروع المُرَاجع وللفصل 45 م.ا.ع، لا يوجب الغلط فيهما فسخا.

38. ═ وإنّنا، بالحديث عن هاتين الصّورتين، نكون قد تحدّثنا عمّا هو مثل الذّات هيئة لا جزاءً. ولقد قلنا سابقا إنّنا سنتناول زيادة على الذّات ما هو مثل الذّات. إلاّ أنّنا وقتها لم نكن نقصد الصّورتين الواردتين للتّوّ، بل كنّا نقصد صورتين أخريين هما الغلط في طبيعة العقد والغلط في وجود السّبب:

39. ▲ فأمّا الغلط في طبيعة العقد، فلم يكن موجودا في نصّ المشروع الذي يقابل الفصل 45[180]. ثمّ وجد في نصّ المشروع المُرَاجَع وذلك مع الذّات والنّوع والوصف[181]. ثمّ عاد إلى عدم الوجود في الفصل 45 م.ا.ع[182]. ويمكن، انطلاقا من المراجع المستعملة في المشروع المُرَاجَع مع الفصل 3 ومع فصول البطلان، القول إنّ أصحاب اللجنة يرون التقاء الارادات ركنا أساسيّا من أركان العقد. فإذا استحضرنا أن بالإمكان تحليل صور الغلط في الذّات والغلط في

---

[178] التي تقول: " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر": حيدر (علي)، درر الحكام شرح مجلّة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الجيل، ط 1، 1411 هـ/1991 م.

[179] "... لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صحّ البيع ولغا وصف الأدهم ":حيدر (علي)، درر الحكام... (مرجع سابق)، ج 1، ص 64.

[180] وهو الفصل 37.

[181] الفصل 50 من المشروع المُرَاجع.

[182] ملاحظة1: قد يختلف نص المشروع (مثلا الفصل 37 لم يحو طبيعة العقد) عن نص المشروع المُرَاجَع (الفصل 50 هو 37 السابق زائد طبيعة العقد). ويمكن القول انطلاقا من المقدمة التي كتبها "سانتيلاّنا" أن التغيير سببه ملاحظات فرع اللجنة (sous-commission) الذي فحص المشروع).

وقد يختلف نص المشروع المُرَاجع (الفصل 50 مثلا) عن نص م.ا.ع (الفصل 45 ليس فيه طبيعة العقد).

وسنحاول أن نشير إلى هذه الاختلافات لكي يتبين أن تغيير المشروع وخاصة تغيير المشروع المُرَاجَع لم يكن دائما من أجل وضع حل من الفقه الإسلامي.

ملاحظة2: رسم الغلط في طبيعة العقد مطابق لرسم الغلط في الذات، أي أننا نجد:

صورة أولى: الأصل نجد به: ايجاب (أراد البيع) = قبول (بيع) / العبارة نجد بها (ما ليس بيعا).

وصورة ثانية: الأصل نجد به: ايجاب (أراد البيع) ≠ قبول (هبة) / العبارة نجد بها: إمّا: بيع أو هبة، وإمّا: ما ليس بيعا ولا هبة.

وإنّه ليصحّ هنا نفس التمشي الوارد أعلاه.

طبيعة العقد على أنّهما نوعان داخل جنس هو عدم التقاء الإرادات[183]، أمكن القول إنّه وفي المشروع أخرِجَت من الجنس الذي يحكمه نصّ الأركان صورة الذّات ووضعت في الفصل 37 ليكون لها حكما مختلفا عن مجانساتها؛ ثمّ في المشروع المُرَاجَع، زيد على ذلك بأن ألحق الغلط في طبيعة العقد بالغلط في الذّات؛ أخيرا، وفي م.ا.ع، تمّت العودة إلى الحلّ الموجود بالمشروع[184].

40. ▲ ولعلّ ما سبق، يمكّن من القول إنّ وضع الغلط في وجود السّبب كان مختلفا. فهذا الغلط ظلّ دائما في نفس المكان (سواء في المشروع أو في المشروع المُرَاجَع أو في م.ا.ع) وهو من جهة النّصّ الذي يعدّد الأركان ومن جهة أخرى النصّ الذي يتحدّث عن وجود السّبب[185].

41. وينبغي استغلال فرصة الحديث عن الغلط في وجود السّبب[186]

---

[183] انظر مثلا إلى:"أوبري" و"رو"، مرجع سابق، ج4، الفقرة 343. اللذان يتحدثان عن صور لعدم تطابق الإيجاب مع القبول ومن هذه الصور صورتان للغلط.

[184] انظر هامشا سيرد في عدد 283.

[185] تحدث المشروع والمشروع المُرَاجَع عن غياب السّبب فقط، ولم يتحدثا عن "السّبب الخاطئ" – وهذا ما فعلته الصياغة العربية والفرنسية لـ: م.ا.ع. لكننا نعلم أن "...الالتزام على سبب خاطئ هو أيضا التزام بدون سبب، لكن مرئيا من خلال نفسية المدين...".

« L'obligation sur une fausse cause est encore l'obligation sans cause، mais considérée à travers la psychologie du débiteur … ».

("كاربونيي"، الالتزامات، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 58) لذا يمكن القول إن إضافة "السّبب الخاطئ" ليس فيها زيادة معنى جديد (فقط سيصير الفصل 67 م.ا.ع مساويا للفصل1131 م م ف مبنى ومعنى، والحال أنه ودون هذه الإضافة لكلمة "سبب خاطئ" مساو له معنى لا مبنى).

[186] علينا أن نشير هنا إلى أن تسمية هذه الصورة بالغلط في وجود السّبب مأخوذ من الفقه الفرنسي الذي استعمل من قبل اللجنة (انظر مثلا إلى "أوبري" و"رو", مرجع سابق (باللغة الفرنسية), ج4, الفقرة 343 مكرر). كما علينا أن نشير إلى أن هذا الفقه يقول إن هذا الغلط محكوم بالفصل 1131 م م ف، وأخيرا علينا أن نشير إلى أنه يقدم في إطاره مثالين هما:

مثال الوارث الذي يلتزم بتنفيذ وصية كان الموصي قد ألغاها دون علمه بهذا الإلغاء.

ومثال من يقتسمون ميراثهم مع من ليس له وصف الوارث (ملاحظة: لم يعد - لو قُبل هذا - ثمّ فرق بين 67 و46 م.ا.ع أو 1131 و1110. ف 2 م م ف).

وإن الإشارات السابقة لواجبة الإتمام بواحدة أخرى مفادها أن الغلط في وجود السّبب قد يرد في إطار عمل قانوني (المثالان السابقان، ويمكن أن نضيف مثال من يعد بدفع دين لا وجود له، إلخ). وهنا نجد أنفسنا أمام الفصول 2 و325 و67.

كما أن ذلك الغلط يمكن أن يحدث في إطار واقعة قانونية، وقد تأتي هذه كأثر لعمل قانوني (لو أخذنا الأمثلة السابقة: بعد أن وعد الوارث دفع - بعد القسمة مُكّنُ غير الوارث من مناب - بعد الوعد بالدفع دفع فعلا) وقد تأتي الواقعة لوحدها (ظنّ أنه مدين فدفع)، وهنا نجد أنفسنا أمام أحكام آثار البطلان وأحكام الفصل 73 (انظر إلى "أوبري"و"رو", § 442 وهي مكان مشار إليه تحت الفصل 78 حيث يقولان هنالك دفع ما لا يلزم لا فقط حين يكون الالتزام الذي تم تنفيذه غير موجود، بل وأيضا حين يكون ذلك الالتزام أساسه سند باطل أو قابل للإبطال، إلخ) أو أمام هذه الأحكام لوحدها.

إذن: الغلط في وجود السّبب قد يولّد:

← واقعة قانونية (ظنّ أنّه مدين فدفع).

← عملا قانونيا (ظنّ أنّه مدين فوعد بالدفع أو أقرّ بالدّين).

هنا يحكم الصّورتين نظام يؤدّي إلى نتائج متشابهة.

انظر حول الإطار الذي يرد فيه الغلط:

"لوسوارن". وضعية غلط القائم بالدّفع في استرداد ما دفع وهو غير مستحق، (مقال باللغة الفرنسية)، المجلة

للإشارة إلى صورة قريبة هي الغلط في وصف السّبب. هذه الصّورة غير منطوق بها في م.ا.ع[187]، وهي مثل سابقتها مادّة[188]، لكنّها مختلفة عن هذه السّابقة جزاءً.

42. بعبارة أخرى - إذا جعلنا الحديث يشمل كلّ ما سبق من صور – وضعت م.ا.ع وفق معيار الجزاء الطّبيعة ووجود السّبب في صنف[189]، والذّات ووصف السّبب في صنف آخر[190]. بهذا ابتعدت عن الفقه الفرنسي الذي نجده

الفصل يّة للقانون المدني، 1949, ص 212.
LOUSSOUARN (Y), La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu, Rev. trim. dt. civ., 1949, p. 212.
"قيستان"، غلط القائم بالدفع، شرط لاسترداد غير المستحق، (مقال باللغة الفرنسية)، دالوز 1972، ص 277.
GHESTIN (J), L'erreur du *solven*,condition de la répétition de l'indu, Dalloz, 1972, chron, p. 277.

[187] أخذ الاسم هنا أيضا من "أوبري" و"رو" (نفس المرجع السابق ونفس المكان). ولقد قال هذان إن هذا الغلط محكوم بالفصول 1109 و1117 و1304 و1338 م م ف. كما قدّما له مثال من يعد، عن طريق تجديد الالتزام، بدفع دين طبيعي كان يظنّ خطأ أنه نافذ مدنيا.
وعلينا أن نلاحظ أن الغلط السابق جاء في إطار عمل قانوني. لكن الغلط يمكن أن يرد في إطار واقعة (دفع الدين). فأما الصورة الأولى فحكمها نصل إليه بعد القياس على 45. ولعله يمكن الوصول إليه من خلال نية المشرع المستخلصة من وجه مباشر إذ أن هذه الصورة كما تقدم جاءت عند فقه استعمل تحت الفصل 50 من المشروع المُرَاجع. وهذا الحكم يتمثل في البطلان النسبي. أما الصورة الثانية فحكمها موجود بالفصل 78 م.ا.ع (لكن في الصورة الثانية الدافع يظل دافعا لأنه لا يسترد، أما في الصورة الأولى فالواعد سيبطل الوعد وإذن لن يكون دافعا، ولعل هذا قد يدعو البعض إلى محاولة الوصول إلى حل آخر بالنسبة إلى الصورة الأولى. لكن الواجب هنا أن يعمد إلى قواعد تأويلية أخرى مثل تلك التي تحمل مقتضى الاتساق وغيره).
إذن: الغلط في وصف السّبب قد يولّد:
← واقعة قانونية (ظنّ أنّه مدين مدنيّا فدفع).
← عملا قانونيا (ظنّ أنّه مدين مدنيّا فوعد بالدّفع أو أقرّ بالدّين).
هنا يحكم الصّورتين نظام يؤدّي إلى نتائج متباعدة ؟
على كل انظر إلى المراجع الفقهية المستعملة تحت الفصل 78 من المشروع المُرَاجع لتجد أن الصورة التي أسميناها الثانية قد تم الحديث عنها في إطار عنوان شبه العقد أي في إطار الواقعة القانونية ("أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية) § 441 و442 – "لوران "، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 20، عدد 354 – لكن انظر "توليي": القانون المدني الفرنسي وفق ترتيب المجلة (باللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة المحكمة الملكية، ط 3، 1821- 1834، ج 6، عدد 75.
TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), Le droit civil français, suivant l'ordre du code, Paris, Librairie de la cour royale, 3ème édition 1821, 1834, T. 6, n° 75.
– وإن كان كلامه قد جاء في إطار العمل القانوني – إلا أنه بمثابة ذكر الشّيء بالشّيء. وفعلا قال "توليي" إن الغلط في القانون مقبول في العمل القانوني، ثم أضاف – وهنا نصل إلى عدد 75 المشار إليه – إن هذا مبدأ نجده أيضا في دفع ما لا يلزم - أشير أيضا إلى هذا الفقيه في مكان آخر: ج 7، عدد 391 حيث تحدث عن دفع دين سقط بالمقاصة دون العلم بذلك وعن مسالة الاسترداد.
انظر أيضا إلى المراجع الأخرى، وانظر إلى الحاشية الجانبية لتجد فيها أمثلة من الفقه الإسلامي تهم الصورة الثانية.

[188] إن نُظر إلى السّبب ففي الصوتين السّبب قريب. انظر حول السّبب القريب: عدد 149 وما بعده من هذا العمل.

[189] صنف البطلان المطلق كما سنرى ذلك في الجزء الثاني من هذا العمل.

[190] هو صنف البطلان النسبي لأننا سنرى في الجزء الثاني أن هذا هو معنى عبارة "الفسخ" الواردة بـ: 45.

مشارا إليه في أعمالها التّحضيريّة. فهذا الفقه يضع وفق معيار الجزاء الذّات والطّبيعة في صنف (ويسمّيهما، لكونه يدخلهما في باب عدم تطابق الإيجاب مع القبول، صور "سوء التّفاهم"[191]) ويلحق بهما وجود السّبب. لكنّه يضع وصف السّبب في صنف آخر[192].

في هذا الصّنف الآخر نجد – ضمن ما نجد – الغلط في وصف الشّيء:

الفرع الثّاني: الغلط في نوع الشّيء وفي وصفه/ أو الغلط في وصف الشّيء

43. تحدّث الفصل 45 عن النّوع وعن الوصف، وسنحاول البحث في المعنى اللغوي لكلّ من هذين اللفظين وفي إرادة المشرّع منهما:

المسألة الأولى: المعنى اللغوي

44. فإذا بدأنا بالمعنى اللغوي وجب علينا أن ننظر في كلّ لفظ على حِدة:

الجملة الأولى: النّوع

45. وأوّل لفظ هو النّوع. وإنّ المعجم وما هو راجح أنّه إرادة المشرّع ليحيلان فيما يخصّه على مادّة. وهذا ما سيجعلنا وبعد إيراد المحيل، نذهب إلى المحال عليه:

46. * المحيل: إذا بدأنا بلفظة النّوع وجدنا أنّها الضّرب من كلّ شئ وأنّ لها تحديدا في المنطق[193]. كما وجدنا أنّها "الصّنف من كلّ شئ ... وفي اصطلاح المناطقة كلّي مقول على واحد أو على كثيرين متّفقين في الحقائق ..."[194]. والسّؤال: ما الضّرب وما الصّنف؟ ثمّ وعلى مستوى الاصطلاح ما الكلّي وما الواحد وما الكثيرون وما الحقائق التي يتّفق عليها؟

فإذا مررنا إلى اللفظة المقابلة للنّوع في الصّياغة الفرنسيّة، وجدناها تفيد: "الطّبيعة الخاصّة بمجموعة من الأشخاص أو الأشياء والتي تسمح باعتبارهم منتمين إلى صنف مميّز"[195]. وهنا أيضا يطرح السّؤال: ما الطّبيعة الخاصّة وما الصّنف المميّز؟

إنّ سبب طرح هذا السّؤال وسبب طرح سابقه شبيه بسبب طرح الأسئلة التي تركنا الإجابة عنها في إطار صورة الغلط في الذّات.

وفعلا هنا أيضا لدينا عمليّة تفسير. وهنا أيضا انطلقنا من مبنى (لفظ أو ألفاظ) ووصلنا إلى معنى هو بدوره مبنى (لفظ أو ألفاظ وإن كان في هذا اللفظ

---

[191] والعبارة لـ"أوبري" و"رو" (نفس المرجع السابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343).

[192] انظر إلى"أوبري" و"رو" (نفس المرجع السابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرر).

[193] لسان العرب لابن منظور.

[194] المعجم الوسيط. انظر أيضا: المعجم العربي الحديث، لاروس (مرجع سابق).

[195] "معجم روبار الصغير1":

« Espèce…nature propre à plusieurs personnes ou choses, qui permet de les considérer comme appartenant à une catégorie distincte ».

أو الألفاظ اختلاف مع ما انطلقنا منه). ثمّ هنا أيضا ما وصلنا إليه ليس أوضح من الذي انطلقنا منه. فإذا تأمّلنا هذا الذي وصلنا إليه، أمكن تبيّن سبب كونه ليس أوضح من المبنى المنطلق منه. فالنّوع في معناه اللغوي العامّ كما سبق هو الضّرب والصّنف. والضّرب في معناه اللغوي هو النّوع. كما أنّ الصّنف في معناه اللغوي هو النّوع[196]. وهكذا فنقطة الوصول هي نقطة الانطلاق، ممّا يعني أنّه لم يحصل تقدّم في عمليّة الفهم والتّفسير. لكن جاء في المعاجم العربيّة معنى قيل إنّه منطقيّ[197]. وإنّه سيظهر لنا لاحقا تأثّر المشرّع وأخذه بالمنطق في

---

[196] المعجم العربيّ الحديث.

[197] زيادة على قول المعجم الوسيط إنّنا أمام معنى منطقي يمكن أن نورد ما يثبت هذا الكلام:
فلقد جاء عند ابن عرفة (وهنا نصل إلى الكلام الموجود في المعجم): "... النوع الحقيقي المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو". (المختصر في المنطق، ص3، انظره في الموقع الالكتروني: www.Alwaraq.com).
وجاء في كتاب الحدود الفلسفية للخوارزمي: "النّوع هو مثل الإنسان المطلق والفرس والحمار؛ وهو كلّيّ يعمّ الأشخاص". الأعسم (عبد الأمير)، المصطلح الفلسفي عند العرب، الدار التونسيّة للنّشر والمؤسّسة الوطنيّة للكتاب بالجزائر، 1991، ص 241.
وجاء في كتاب المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلّمين لسيف الدين الآمدي: "وأمّا النّوع فعبارة عن أخصّ كلّيين مقولين في جواب: ما هو؛ كالإنسان بالنّسبة إلى الحيوان. وربّما قيل النّوع على ما يقال على كثيرين مختلفين بالعرض في جواب: ما هو؛ كالإنسان بالنّسبة إلى زيد وعمرو، ونحوه". انظره عند: الأعسم (عبد الأمير)، مرجع سابق، ص 360.
وجاء عند الجرجاني نفس الكلام الذي وجدناه أعلاه في معجم اللغة إذ قال: "...النوع اسم دال على أشياء كثيرة مختلفة بالأشخاص والنوع الإضافي هي ماهية يقال عليها وعلى غيرها الجنس قولا أوّليا أي بلا واسطة كالإنسان بالقياس إلى الحيوان فإنه ماهية يقال عليها وعلى غيرها كالفرس والجنس وهو الحيوان حتى إذا قيل ما الإنسان والفرس فالجواب إنه حيوان وهذا المعنى يسمّى نوعا إضافيا لأن نوعيته بالإضافة إلى ما فوقه وهو الحيوان والجسم النامي والجسم والجوهر واحترز بقوله أوّليا عن الصنف فإنه كلّي يقال عليه وعلى غير الجنس في جواب ما هو حتى إذا سئل عن زيد وفرس معيّن بما هما كان الجواب الحيوان لكن قول الجنس على الصنف ليس بأوّلي بل بواسطة حمل النوع عليه فباعتبار الأوّلية في القول يخرج الصنف عن الحدّ لأنه لا يسمّى نوعا إضافيا. والنوع الحقيقي **كلّ مقول على واحد أو على كثيرين متفقين بالحقائق** في جواب ما هو. فالكليّ جنس والمقول على واحد إشارة إلى النوع المنحصر في الشّخص وقوله على كثيرين ليدخل النوع المتعدّد الأشخاص وقوله متفقين بالحقائق ليخرج الجنس فإنه مقول على كثيرين مختلفين بالحقائق وقوله في جواب ما هو يخرج الثلاثة الباقية الفصل والخاصة والعرض العام لأنها لا تقال في جواب ما هو وسمي به لأن نوعيته إنما إلى حقيقة واحدة في أفراده": الجرجاني (علي بن محمد بن علي)، التعريفات، تحقيق ابراهيم الابياري، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1405 هـ، ص 316 و317.
وعلى هذا فإن التمشّي (وهو قانوني لأن حاصله إعمال أدوات التأويل الواردة بالفصل 532 وما بعده من م.ا.ع) المعتمد في العمل يفرض الذّهاب إلى المنطق في هذه النقطة (ثم إننا سنضطر بعد ذلك، لكون المتبنى هو من المنطق، أن نقيّمه انطلاقا من المنطق: انظر عدد 54 وما بعده.). قرّب هذا من "كورنو" الألسنية... مرجع سابق باللغة الفرنسية عدد 18: الذي يضع – تحت عنوان الألفاظ التي لها معنى قانوني هو نقل خاص، مع أو دون تغيير لمعنى لغوي – الكلمات الفرنسية التالية: matière – substance -essence qualité). وإن هذا الذهاب إلى المنطق سيوصل إلى إلقاء ضوء مختلف على الغلط في الشّيء، ومن ثمّ على عموم الغلط التلقائي بل والمحدث أيضا.
إلاّ أنّه ورغم وجود إمكانية للوصول إلى نتائج مشابهة على مستوى نقاط أخرى من عملنا إن نحن استعملنا المنطق، فإننا لن نعمله. والسّبب أن التمشي المعتمد لا يبرّر هذا الإعمال. ومثال ذلك: كون المنطق يسمح بتحديد العلاقة بين الصحة وبين البطلان النسبي (لو أخذ على أنها صحّة مؤقّتة)على أنها علاقة تأدية بالمعنى المنطقي للتأدية (البطلان النسبي يؤدّي إلى الصّحة)، وكون المنطق يسمح بتحديد العلاقة بين البطلان المطلق

الفصل 45. وعلى هذا ينبغي الوقوف عند هذا المعنى المنطقي لأنّ الرّاجح أنّه هو المراد للفظة النّوع[198]. لكنّ هذا الوقوف يجعلنا نقول إنّ المعنى المتوصّل إليه ليس أوضح من المنطلق منه. والسّبب أنّ ّنا أمام معنى عرفيّ خاصّ، وبالتّدقيق أمام معنى ليس مردّه العرف عند أهل القانون بل عند المناطقة. لذا ينبغي (من أجل إنجاح عمليّة التّفسير بجعل المتوصّل إليه أوضح من المنطلق منه) أن نذهب إلى مادّة المنطق لنستخرج ما جاء فيها حول النّوع.

47. *المحال عليه: سنأخذ هنا نماذج من كتابات منطقيّة عربيّة إسلاميّة وغربيّة: فأمّا النّموذج العربي الإسلامي فاخترناه من الغزالي[199]، ومن ابن تيمية[200]. وأمّا الغربي فاخترناه من "الالاند"[201]، ومن "هايدغر"[202].

والصحة (مؤقّتها وغير مؤقتها معا) على أنها علاقة تناقض بالمعنى المنطقي للتناقض، وكون المنطق يسمح (لو نُظر إلى أسباب الصحة وأسباب البطلان النسبي وأسباب البطلان المطلق، مع استحضار أنّ السّبب الواحد لا يكون مثلا سبب بطلان نسبي ومطلق معا، أو سبب صحّة وسبب بطلان نسبي، إلخ) بتحديد العلاقة بين كلّ اثنين من هذه الأشياء الثلاثة (الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق) على أنّها علاقة تضادّ. وكون المنطق يسمح بتحديد العلاقة بين البطلان في الفقه الإسلامي وعدم اللزوم مثلا على أنها علاقة تضاد بالمعنى المنطقي للتضاد إلخ. وبعبارة واحدة يسمح المنطق بالوصول إلى معرفة مختلفة لنظرية الجزاء الغربية ومن ثمّ لنظرية الجزاء في م.ا.ع، وكذلك لنظرية الجزاء الإسلامية وللفروق بين هذه النظريات. وعلى هذا ذهبنا إلى المنطق حيث أوجب التمشّي الذهاب، ولم نذهب حيث أوجب عدم الذهاب. انظر حول بعض ما جاء أعلاه: الشيخ محمّد رضا المظفر (أصول الفقه: مرجع سابق، ج 1، ص 305) حين يقول: "الفساد (= البطلان) ... ما يقابل الصحة تقابل العدم والملكة على الأصحّ، لا تقابل النقيضين ولا تقابل الضدين".

[198] جاء عند "ميل" أنّ النّوع والجنس عبارات لها معنى عرفي (هو قال شعبي) ومعنى فلسفي ومعنى في العلوم الطّبيعيّة. فأمّا المعنى الفلسفي فسنأتي به لاحقا. وأمّا المعنى في الطّبيعيّات فهو سلبي. وفعلا لايعدّ من ينظر إليهم على أنّهم منحدرون من أصل واحد لا يعدّون أنواعا مختلفة. وأمّا في المعنى العرفي فالجنس كلّ مجموعة تحوي أخرى. وهذه الأخرى تسمّى نوعا (مثال: الانسان جنس وأهل الرّياضيّات منهم نوع. سنرى لاحقا أنّه وفي الفلسفة لا يسمّى جنسا ونوعا إلاّ ما كان من جوهر الموضوع). وفي هذا العمل – إذا ثبت العرف الذي تحدّث عنه "ميل" - لم نذهب إلاّ إلى المعنى الفلسفي لأنّه ترجّح لدينا أنّه هو الذي عناه المشرّع. حول المعاني الثّلاث انظر: "ميل" ("جون ستيوارت")، نظام منطق الاستدلال والاستقراء. عرض لمبادئ الحجّة ومناهج البحث العلمي، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل السّبع، الفقرة 3 و4.

MILL (John Stuart), Système de logique déductive et inductive. Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique, Livre I: Des noms et des propositions, Ch. VII, § 3 et 4.

[199] لأنه كتب في هذا الأمر في مؤلف خاص بالمنطق (معيار العلم في المنطق، مرجع سابق) وفي نفس الوقت في مؤلف يهمّ القانون (المستصفى في علم الأصول، مرجع سابق).

[200] وسبب اختيار ابن تيمية أن كتابه مؤلف نقدي للمنطق، وهذا سيصلح لنا في عملية الحكم التي سنأتي بها مباشرة بعد عملية العرض. وعنوان مؤلف ابن تيمية: الردّ على المنطقيين. ويتكوّن من جزءين أوّلهما لمبحث الحدّ والقضية والقياس، والثاني لمبحث الاستدلالات (بيروت، دار الفكر اللبناني، ط 1، 1993).

وينبغي أن نشير إلى أن إحسان عباس (وهو محقق كتاب ابن حزم: التقريب لعلم المنطق والمدخل إليه بالألفاظ العامّيّة والأمثلة الفقهية، بيروت، منشورات مكتبة الحياة) قسم المفكرين المسلمين إلى فريقين (انظر ص: ل.): فريق انتصر للمنطق الأرسطوطاليسي (ابن حزم، الرازي، الغزالي)، وفريق حاول الاستقلال عنه (الناشئ، النوبختي، الباقلاني، ابن تيمية). ويقول إحسان عباس: "ومن الطريف أن يقارن المرء بين اثنين متقاربين في المذهب العقائدي تقاربا شديدا مثل ابن حزم وابن تيمية وهما يقفان على طرفين متباعدين في النظر إلى المنطق" ص: ل.

[201] لأنه قاموس:"الالاند" (أندري)، معجم تقني ونقدي للفلسفة (باللغة الفرنسية)، باريس، كادريج، المنشورات الجامعية لفرنسا، ط3، 1993.

48. - فإذا بدأنا بالكتابات العربيّة الإسلاميّة، وجدناها تتحدّث عن الماهية: وهي ما دلّ عليه اللفظ بالمطابقة (كقولك: الإنسان)؛ وتتحدّث عن جزئها الدّاخل فيها: وهي ما دلّ عليه اللفظ بالتّضمن (كقولك فيما يخصّ الإنسان: حيوان فقط أو ناطق فقط)؛ وتتحدّث عن اللازم الخارج عنها: وهو ما دلّ عليه اللفظ بالالتزام، وهذا ينقسم إلى قسمين: لازم وجود الماهية دون حقيقتها (الظّلّ والحدوث للآدمي) ولازم الماهية (الزّوجيّة للسّتّة والفرديّة للثّلاثة)؛ أخيرا تتحدّث الكتابات العربيّة الإسلاميّة - إلى جانب ما ورد للتوّ وهو العرضي اللازم - عن عرضي عارض[203].

على هذا، هنالك الماهية، وهنالك الوصف الذّاتي، وهنالك الوصف العرضي وهذا لازم وعارض[204].

49. فأمّا الوصف الذّاتي فهو:" كلّ داخل في ماهيّة الشّيء وحقيقته دخولا لا يُتصوّر فهم (الماهيّة) دون فهمه، وذلك كاللونيّة للسّواد، والجسميّة للفرس والشّجر. فإنّ من فهم الشّجر فقد فهم جسما مخصوصا، فتكون الجسميّة داخلة في ذات الشّجريّة دخولا به قوامها في الوجود والعقل لو قدّر عدمها لبطل

LALANDE (André), Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, Quadrige, P.U.F., 3ème éd, 1993.

[202] لأن له كتابا خاصا بالشّيء ("ما الشّيء"، مرجع سابق، باللغة الفرنسية) وعلينا أن نشير إلى أننا وعلى المستوى النقدي للمنطق سنستعمل من الغرب ما سنجده داخل "لالاند"، ولكن أيضا سنذهب إلى أحد أهمّ ناقدي المنطق في الفكر الغربي وهو «نيتشه».

[203] انظر ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 82 و83. قارن مع ما جاء في كتاب المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلّمين لسيف الدين الآمدي: "وأمّا دلالة المطابقة فعبارة عن دلالة اللفظ على ما وضع له؛ كدلالة الإنسان على الحيوان النّاطق، ونحوه. وأمّا دلالة التضمّن فعبارة عن دلالة اللفظ عل جزء موضوعه؛ كدلالة الإنسان على الحيوان وحده أو على النّاطق وحده. وأمّا دلالة الالتزام فعبارة عن دلالة اللفظ على ما هو خارج عن معناه بواسطة انتقال الذهن من مدلول اللفظ إلى الأمر الخارج؛ كدلالة لفظ الإنسان على الكاتب أو الضاحك أو نحوه". انظره عند: الأعسم (عبد الأمير)، مرجع سابق، ص 354.

[204] سنصل إلى الكتابات المنطقيّة الغربيّة لاحقا. لكن ينبغي أن نقول من الآن أنّ "ميل" يتحدّث عن قسمين لما يقبل الحمل Les prédicables. القسم الأوّل نجد فيه *genus de la chose, Speci, differentia*, والقسم الثّاني نجد فيه *proprium, accidens* . فحيوان هو جنس للإنسان أو لشخص معيّن (صالح مثلا). وحيوان هو نوع للكائن. وما يفصل بين من ينتمون إلى نفس الجنس يسمّى *differentia* (عاقل تفصل الانسان عمّن يوجدون معه بنفس الجنس). وبالنّسبة إلى القسم الثّاني فلا ينتمي لجوهر الموضوع. وقد قلنا إنّه يوجد فيه *proprium* وهو وصف لا ينتمي للجوهر ولكن ينتج ضرورة عن الجوهر ولا يفارقه (ناطق بالنّسبة إلى الانسان). كما يوجد في القسم الثّاني *accidens* وهو كلّ وصف لا ينتمي إلى القسم الأوّل ولا ينجرّ عنه. ويقسّمه "ميل" إلى ما ينفصل وإلى ما لا ينفصل"ميل" ("جون ستيوارت")، نظام منطق الاستدلال والاستقراء. عرض لمبادئ الحجّة ومناهج البحث العلمي، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل السّابع، الفقرات: 2 و5 و7 و8.

MILL (John Stuart), préc., Ch. VII, § 2, 5, 7 et 8.

انظر أيضا: "بان" (ألكسندر")، المنطق الاستدلالي والاستقرائي (مترجم إلىاللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة جيرمير-بالبير، 1875، ص 387.

BAIN (Alexander), Logique déductive et inductive, Paris, Lib. Germer-Baillière, 1875, p. 387.

وجود الشّجريّة وكذا ... لو قُدّر خروجها عن الذّهن لبطل فهم الشّجر ..."[205]. وهكذا فالذّاتي هو الذي "... لا يرتفع في الوجود والوهم جميعا"[206]، و"هو الذي تتوقّف الحقيقة عليه"[207].

50. وأمّا العرضي، فلازم وعارض:

واللازم، لازم الماهية، وهو الذي "لا يمكن أن تعقل (الماهية) موجودة دونه"[208]؛ ولازم وجود الماهية، وهو الذي "يمكن أن تعقل الماهية موجودة دونه"[209]. والقسم الثّاني من اللازم هو الذي عناه الغزالي حين قال إنّه: "... لا يفارق الذّات البتّة ولكن فهم الحقيقة والماهية غير موقوف عليه كوقوع الظّلّ لشخص الفرس والنّبات والشّجر عند طلوع الشّمس فإنّ هذا أمر لازم لا يتصوّر أن يفارق عند من يعبّر عن مجاري العادات باللزوم ويعتقده ولكنّه من توابع الذّات ولوازمه وليس بذاتي له وأعني به أنّ فهم حقيقته غير موقوف على فهم ذلك ... إذ الغافل عن وقوع الظّلّ يفهم الفرس والنّبات ... وإن لم يخطر بباله ذلك ..."[210]. على ما تقدّم، يكون لازم الماهية هو ما لا يرتفع في الوجود ويمكن أن تبقى الماهية مفهومة لو رفع في الوهم والتّقدير[211].

أخيرا يأتي العرضي العارض، وهو الذي يرتفع في الوجود والذّهن معا[212].

51. يمكن أن نحوصل ما سبق بالقول:

- إنّ الوصف الذّاتي لا يفارق الماهية في العقل وفي الوجود. ولقد أعطي كمثال الحيوانيّة أو النّاطقيّة (وصفان ذاتيّان) للإنسان (الماهية).

- إنّ الوصف اللاّزم للماهية لا يفارقها في العقل. ويمكن أن يُلاحظ هنا

---

[205] الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 1، ص 13.
[206] الغزالي، معيار العلم ... مرجع سابق، ص 66.
[207] ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 82.
[208] ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 82.
[209] ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 82.
[210] الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 1، ص 13.
[211] الغزالي، معيار العلم ... مرجع سابق، ص 66. وفي ص 68 نجد حديثا عن لازم ضروري وعن لازم وجودي.
[212] الغزالي، معيار العلم ... مرجع سابق، ص 67. انظر نفس المرجع بالنسبة إلى تفاصيل أكثر وبالنسبة إلى صعوبات يثيرها هذا التقسيم وكيفية حلّها وغير ذلك من المسائل: ص 64 وما بعدها. قارن مع السيد علي الحسيني السيستاني (مرجع سابق، ص 99): "المقصود بكلمة العوارض جمع عارضة كفواطم جمع فاطمة اخذ من العروض بمعنى الإضافة، سواء كان العارض من المقولات التسع في إضافتها للجوهر، أم من المحمولات الانتزاعية كالإمكان والوجوب المضافين للوجود، أم من المحمولات الاعتبارية كالوجوب والحرمة المضافين للأفعال، أم من سنخ الوجود لإضافته للماهية كما قالوا: « إن الوجود عارض الماهية تصورا »، أم من سنخ الجوهر كإضافة الصورة النوعية الجوهرية للمادة، فالعروض مطلق الإضافة بنحو الحمل أو التركيب الاتحادي أو الانضمامي. وهذا هو المقصود في كلماتهم بالعوارض حتى في نظر من عبر بلفظ الأعراض كالشيخ الرئيس في الإشارات والنجاة، إذ لو كان نظره لخصوص المقولات التسع لم يكن موضوع العلم شاملاً لسائر الموضوعات في سائر العلوم كالعلوم الاعتبارية مثل علم النحو والفقه والأصول، والعلوم الحقيقية كعلم الفلسفة ".

أنّ الذي لا يفارق في العقل لا يفارق في الوجود. وعليه يمكن القول إنّ الوصف اللاّزم للماهية لا يفارق الماهية في الوجود أيضا. والمثال الذي يعطى الزّوجيّة للعدد الزّوج والفرديّة للعدد الفرد[213].

- إنّ الوصف اللازم لوجود الماهية يفارقها في العقل ولا يفارقها في الوجود. ومثاله الحدوث للإنسان.

- إنّ الوصف العارض للماهية يفارقها في العقل وفي الوجود جميعا. ومثاله السّواد أو البياض (وصف) للإنسان (ماهية)[214].

52. فإذا رجعنا الآن إلى الوصف الذّاتي قلنا إنّه ينقسم – عند المناطقة - إلى عامّ وخاصّ:

فأمّا الوصف الذّاتيّ العامّ، فيسمّى الجنس، ويجزّأ إلى جزءين: أوّلهما العامّ الذي لا أعمّ منه وهو جنس الأجناس، وثانيهما العامّ الذي ثمّ ما أعمّ منه وهو جنس بالإضافة إلى ما هو أعمّ منهم ونوع – هنا نصل إلى عبارة الفصل 45 من م.ا.ع - بالإضافة إلى من هم أعمّ منه.

وأمّا الوصف الذّاتيّ الخاصّ، فيسمى النّوع – هنا أيضا نحن أمام لفظة الفصل 45 –، ويتفرّع بدوره إلى فرعين: يهمّ الفرع الأوّل الخاصّ الذي ثمّ ما أخصّ منه، وهو نوع بالإضافة إلى من هو أخصّ منهم وجنس بالإضافة إلى من هم أخصّ منه؛ ويهمّ الفرع الثّاني الخاصّ الذي لا يوجد ما هو أخصّ منه، ويطلق عليه اسم نوع الأنواع أو النّوع الأخير، وهو الذي لا ينقسم بعد ذلك إلاّ بالشّخص أو بالعدد أو بالأوصاف غير الذّاتيّة[215].

ويقول المناطقة إنّ الحدّ التّام المفيد لتصوّر الحقيقة والماهية هو الجنس القريب[216]، زائد الفصل[217]. كما يقولون إنّ "(الجنس) و (الفصل) عبارة عن الحقيقة نفسها تفصيلا، كقولك: شراب مسكر، وحيوان ناطق. و (النّوع) عبارة عنها إجمالا كقولك: إنسان[218] وفرس وجمل"[219].

---

[213] انظر هذا المثال عند:ابن تيمية، مرجع سابق، ج1، ص 88.

[214] انظر بالنسبة إلى مثال البياض: الغزالي، معيار العلم ... مرجع سابق، ص 66.

[215] إن الوصف الذاتي إن اشترك فيه عدّة موصوفين سمي بالإضافة إليهم جنسا، وإن تميز به الموصوف عن غيره ممّن يشاركه في الجنس سمي فصلا (انظر ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 82 و83). فالحيوانيّة مثلا يشترك فيها الإنسان والفرس (إلخ) فهي بالإضافة إليهم جنسا، ولو أريد الحديث عن الإنسان لدعت الحاجة إلى زيادة فيقال هو عاقل أو ناطق ليحترز بها عمّا ليس بعاقل أو عمّا ليس بناطق، وهذا الاحتراز يسمى فصلا لأنه – وبواسطته - تمّ فصل الموصوف عن غيره ممّا يشاركه في الجنس.

[216] إن الإنسان مثلا هو حيوان وجسم إلخ. ورغم أن "الجسم" جنس للإنسان فإنه لا يؤتى به في الحدّ لأنه ثمّ ما هو أقرب منه وهو "الحيوان"، وهذا الأقرب هو الذي يستعمل في الحدّ، فيقال الإنسان حيوان.

[217] انظر ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 82 و83 وص 91 و92. انظر أيضا: السّيستاني (السّيّد علي الحسيني)، الرّافد في علم أصول الفقه، بقلم منير السّيّد عدنان القطيفي، مكتب آية الله العظمى السّيّد السّيستاني، قم، 1414 هـ، ص 99: "وأمّا الذاتي فله أربعة معاني: 1. ذاتي باب الإيساغوجي وهو النّوع والجنس والفصل ...".

[218] وجدنا في مرحلة أولى الإنسان ماهية. ووجدنا بعد ذلك الوصف الذاتي نوعا. وها أننا نجد الآن

يخلص من كلّ ما سبق أنّ لفظة النّوع في الفصل 45 م.ا.ع تفيد الأوصاف الذّاتيّة، وهي عبارة عن الحقيقة والماهية على وجه الإجمال. بل يمكن أن نضيف: من جهة أولى أنّ النّوع هو الجنس لأنّ نفس الأمر هو من زاوية نوع ومن أخرى جنس؛ من جهة ثانية أنّ النّوع هو الماهية وذلك حين ننظر إلى المثال المعطى في إطار الماهية وهو الإنسان.

53. - فإذا مررنا الآن إلى الكتابات الغربيّة وجدنا "لالاند" و"هايدغر":

54. ● فأمّا الأوّل (وخلافا لما فعلناه مع الكتابات الإسلاميّة التي دخلناها من باب الماهية فوجدناه أيضا بابا للنّوع) فسنلجه من باب النّوع، ثمّ من باب الماهية (لنكتشف هنا أيضا أنّ الباب واحد):

ولقد جاء في باب النّوع أنّه: "... القسم (أ) بوصفه معتبرا كمكوّن لامتداد قسم آخر (ب). - (ب) هو إذن الجنس الذي (أ) نوعه"[220].

الإنسان نوعا.

[219] الغزالي، معيار ... مرجع سابق، ص 73.

انظر حول كل ما سبق في المتن أو في الهوامش:

الغزالي" معيار ... مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

الغزالي" المستصفى مرجع سابق، ج 1، ص 12 وما بعدها.

الرازي (فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين)، المحصول في علم أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1412 هـ/1996 م، ج 1، ص 222 وما بعدها.

انظر أيضا السّيّد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص 275): "إن الذهن بمقتضى نظرية التكثر الادراكي قد يتصور الشّيء الواحد بعدة صور، فتارة يتصوره على نحو الإجمال فيعبر عنه بـ: عالم وتارة يتصوره على نحو التفصيل ويعبر عنه بـ: ذات ثبت لها العلم، كالفرق اللحاظي بين الإنسان والحيوان الناطق. انظره أيضا في ص 18 و19: "هناك عدة نظريات فلسفية ذكرناها في علم الأصول ورتبنا عليها بعض الأفكار الأصولية، منها نظرية التكثر الإدراكي والتي تعني أن الذهن البشري ليس صندوقاً أميناً في استقبال المعلومات الخارجية كما كان يذكر قدماء الفلاسفة بان الذهن البشري كصفحة المرآة يرتسم فيها صور المحسوسات بلا تغيير ولا تبديل، بل الذهن قد يتلقى بعض الصور بعدة وجوه وأشكال لحكومة العوامل الخارجية والنفسية على الذهن أثناء تصوره كما تتحرك القوة المتخيلة لإدراك الشّيء على عدة أنحاء، فقد نتصور الإنسان بصورة إجمالية بسيطة ونعبر عنها بالإنسان أو البشر وقد نتصوره بصورة تفصيلية مركبة ونعبر عنه بالحيوان الناطق مع أنه حقيقة واحدة، وهذا دليل على الفعالية الذهنية في كثرة مدركاتها. ومما رتبناه على هذه النظرية الفلسفية تحليل مفهوم الوجود الرابط الذي يعتقد أغلب الفلاسفة أنه وجود واقعي حقيقته عين الربط والتعلق بطرفيه وهما الجوهر والعرض وأنه يتحقق في الذهن كذلك، فكما يوجد في الخارج مثلا زيد وقيام وربط واقعي بينهما فكذلك في الذهن، لكننا نعتقد ان الوجود الرابط مجرد عمل إبداعي ذهني يرتبط بهذه النظرية وهي نظرية التكثر الإدراكي فالخارج لا يحوي غير وجودين جوهري وعرضي كزيد والقيام بلا حاجة للربط بينهما، فإن عرضية العرض متقومة بكون وجوده في نفسه عين وجوده لغيره من دون حاجة لوجود رابط وراء ذلك، والذهن عندما يتلقى صورة القيام وزيد مثلاً يتلقاها على نحوين بمقتضى نظرية التكثر الادراكي:

1 ـ الهوهوية (كلمة مركبة من « هو هو » معناها أن المحمول عين الموضوع) والاتحاد بين الوجودين وكأنهما وجود واحد، وهذا لون من ألوان الوجود الرابط. 2 ـ ثبوت شيء لشيء آخر فيحتاج الذهن حينئذٍ لعمل إبداعي وهو الدمج والربط بينهم".

[220] « Espèce…A. LOGIQUE. Une classe A, en tant qu'elle est considérée comme formant une partie de l'extension d'une autre classe B. – B est alors le genre dont A est l'espèce. »

"لالاند" (أندري): "معجم تقني ونقدي للفلسفة (باللغة الفرنسية), كادريج, باريس, المنشورات الجامعية لفرنسا, ط3, 1993.

أمّا باب الماهية[221]، فقد جاءت به عدّة معان سنهتمّ بأوّلها لأنّه الباب الآخر للنّوع. لكنّنا سنتعرّض أيضا للمعنى الرّابع لكونه مساويا للأوّل. وحاصل المعنى الأوّل أنّ الماهية: "ما هو دائم في الأشياء التي تتحوّل، بوصف هذا الدّائم كالموصوف ... الذي يتغيّر بواسطة التّعديل ويبقى هو نفسه، والذي يؤدّي وظيفة الرّكيزة المشتركة لأوصافه المتعاقبة ... (و) الماهية الأولى (هي) الكائن الفردي باعتباره بلا واسطة وبغاية الدّقة الموصوف الذي نثبت له أو ننفي عنه أوصافا، والذي هو ليس بوصف لأيّ موصوف ... (أمّا الماهية الثّانية) فهي ما يمكن أن يكون بصفة ثانويّة موصوفا داخل قضيّة مثل المصطلحات العامّة: الإنسان، الفرس. لكن لا يمكن تسميتها ماهية إلاّ قياسا على (الماهية الأولى) ... (فهي) تقتبس هذا الدّور من الماهية الأولى وتجسّدها بطريقة منقوصة ... (ويمكن أن نضيف أنّه و...) من بين الماهيات الثّانية، يُعدّ النوع "أكثر ماهويّة" من الجنس"[222].

أمّا معنى الماهية الوارد في مرتبة رابعة فهو: "المادّة معرّفة كيميائيّا، أو على الأقلّ معتبرة من منظور الخصائص الفيزيائيّة الكيميائيّة التي تميّزها عن أجسام أخرى. «الماهية التي يعرّفها الكيميائيّون الحديثون باسم الكربون والتي تظهر لنا في وضعين جدُّ مختلفين، وضع الماس ووضع الفحم»"[223]. ويبدو – وهذا سنجد آثاره فيما بعد في القانون الغربي - أنّ معنى الماهية هنا مرتبط بما ورد أعلاه في إطار الماهية الثّانية. فمادّة الشّيء ينظر إليها لا في نفسها فحسب

LALANDE (André), Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Quadrige, Paris, P.U.F., 37ème édition, 1993.

[221] Substance

[222] " Ce qu'il y a de permanent dans les choses qui changent, en tant que ce permanent est considéré comme un sujet… qui est modifié par le changement tout en demeurant « le même », et en servant de support commun à ses qualités successives… «Substance première » … c'est l'être individuel, en tant qu'il est immédiatement … et par excellence le sujet dont on affirme ou l'on nie des prédicats, et qui n'est lui même prédicat d'aucun sujet … « Substance seconde » … ce qui peut être secondairement le sujet d'une proposition, comme les termes généraux: « l'homme », « le cheval ». Mais elle ne peut être appelée substance que par analogie…Elles empruntent ce rôle à la substance première qu'elles représentent incomplètement: aussi, parmi les substances secondes, l'espèce est-elle « plus substantielle » que le genre".

انظر حول هذا المعنى للماهية وحول غيره: "ترابوز" ("إدوارد")، الماهية في المجلّة المدنيّة (باللغة الفرنسيّة)، مجلّة البحث القانوني، 2006، العدد 3، ص 1275 وما بعدها. TREPPOZ (Edouard), La substance dans le code civil, R. R. J., 2006-3, p. 1275 et s.

[223] " Matière chimiquement définie, ou du moins considérée au point de vue des propriétés physico-chimiques qui la distinguent d'autre corps « La substance que les chimistes modernes connaissent sous le nom de carbone et qui s'offre à nous sous deux états si différents, à l'état de diamant et à l'état de charbon »"

أي كخصائص بل على أنّها ما يميّزه عن أجسام أخرى، أي على أنّها - ولنستحضر هنا بالخصوص المعنى اللغوي الوارد سابقا لكلمة espèce (النّوع) - تدخله في صنف مميّز وبالتّدقيق على أنّها صنف[224]. ويؤيّد ما سبق ما جاء في "الالاند" من أنّ "غموض هذه العبارة (الماهية) كان بعدُ هامّا عند أرسطو، ويظهر بجلاء في الصّيغة، المذكورة مرارا كثيرة، والتي يقول فيها إنّ (الماهية) هي المادّة ... والشّكل ... وخليطهما..."[225].

55. والحاصل من "الالاند" ثلاثة أمور:

أوّلها أنّ الماهية – ووُصفت بالأولى - هي الكائن الفردي. وهذا المعنى

---

[224] انظر إلى عدد 146 من هذا العمل.

[225] انظر إلى بداية نص الحاشية لتجد فيه ما يلي:

"L'ambiguïté de cette notion est déjà considérable chez Aristote, et elle se manifeste d'une façon éclatante dans la formule, très fréquente, ou il dit que (la substance) c'est la matière …, et la forme … et le composé des deux …".

وانظر إلى الفرق بين الجنس والمادّة والفصل والصورة عند السّيّد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص277 و278 و279: "3 - الاعتبار الحملي: وهو الاعتبار المتقوم بلحاظين لماهية واحدة عند الحمل، ومثاله ما ذكره الفلاسفة في بيان الفارق بين الجنس والفصل والمادّة والصورة، فإن العقل إذا تأمل أي موجود مادي قام بتقسيمه إلى عنصرين أحدهما ما به الاشتراك والآخر ما به الامتياز، وما به الاشتراك إن لوحظ بما هو قوة واستعداد محض فهو ملحوظ بحده الخاص، وهذا هو المعبر عنه بشرط لا وهو المادّة، وإن لوحظ بما هو متحد مع محصله وبما هو متقوم به فهذا هو المعبر عنه بـ لا بشرط وهو الجنس. وما به الامتياز إن لوحظ بما هو فعلية صرفة لها حد خاص فهذا هو المعبر عنه بشرط لا وهو الصورة، وإن لوحظ بما هو محصل ومقوم للجهة المشتركة فهذا هو المعبر عنه لا بشرط وهو الفصل ، ولذلك كان المأخوذ بنحو اللابشرط من الجنس والفصل قابلين للحمل والمأخوذ بنحو البشرط لا من المادّة والصورة غير قابلين للحمل. إذن فالماهية الواحدة إذا لوحظت بلحاظين وكانت بالنظر لأحدهما قابلة للحمل وبالنظر للآخر غير قابلة للحمل فهذا هو الاعتبار الحملي المعبر عنه بلا بشرط...

تعريف حقيقة الحمل، وهو مستند لأمرين: أ - إن الحمل من مقولة الفعل لا من مقولة الانفعال، بمعنى أن إذعان النفس بقيام زيد ومشيه في الخارج - مثلاً - الذي هو عبارة عن انعكاس ما في الخارج في صفحة الذهن مع تسليم النفس به لا يعد حملاً، وإنما الحمل عملية إبداعية تقوم بها النفس، وهي إيجاد الاندماج والهوهوية (كلمة مركّبة من « هو هو » معناها أنّ المحمول عين الموضوع) بين الموضوع والمحمول، ودليلنا على ما ذكرنا هو الوجدان لمن تأمل فيه. ب - بما أن الحمل عمل نفسي يقوم به الإنسان لربط الموضوع والمحمول لذلك يكون للاعتبار واللحاظ دور فيه، فيختلف الحمل باختلاف اللحاظ والاعتبار مما يكشف عن كون الحمل عملاً نفسياً يرتبط بنوع اللحاظ والاعتبار للموضوع والمحمول لا انفعالاً عما في الخارج فقط، فمثلاً بالنسبة إلى ما ذكرناه سابقاً من الفرق بين الجنس والمادّة والفصل والصورة، حيث أن كل ماهية لها عنصران ما به الاشتراك وما به الامتياز فما به الاشتراك إن لوحظ بما له من الحدود التي تفصله عما به الامتياز فهو المادّة، وإن لوحظ بما هو مبهم تمام الابهام لا تحصل له الا بالصور النوعية والفصول فهو الجنس. وبناءاً على اللحاظ الأول يكون ما به الاشتراك معتبراً في الذهن بنحو البشرط لا عن الحمل، وبناءاً على اللحاظ الثاني يكون معتبراً في الذهن بنحو اللابشرط عن الحمل، ويصح للذهن حمل الجنس على النوع، فيقول: الإنسان حيوان بناءاً على الاعتبار الثاني ولا يصح للذهن حمل المادّة على الصورة النوعية بناءاً على الاعتبار الأول. فتبين لنا من خلال هذا المثال أن الحمل ليس انفعالاً محضاً عما في الخارج بل هو عمل نفسي يتأثر ويتغير بتغير اللحاظ والاعتبار الذهني، كما أن هذه الاعتبارات ليست مجرد فرض واختراع بل لها مناشيء واقعية، فمثلاً ما به الاشتراك في الماهيات الواقعية له حيثيتان واقعيتان، إحداهما: كونه ذا حد خاص يتميز به عن غيره، وثانيتهما: كونه مبهماً تاماً الابهام لولا تحصله بالفصل . فإذا ادرك الذهن هاتين الحيثيتين فإن لاحظه بالحيثية الأولى أخذه بنحو البشرط لا، وترتب على ذلك عدم حمله على الذات، وإن لاحظه بالحيثية الثانية أخذه بنحو اللابشرط، وترتب على ذلك صحة حمله على الذات".

يهمّ الصّورة الأولى من صورالفصل 45. ولقد رأينا الحاشية الجانبيّة للمشروع المُراجَع تسمّيها أيضا ماهية[226]، كما رأيناها تتمثّل في أن يكون أمامنا شيء (كائن فردي على حدّ عبارة "لالاند") ونحن نعتبره شيئا آخر.

ثانيها أنّ باب الماهية الثّانية هو باب النّوع، بل النّوع أكثر "ماهوية" من الجنس. ويمكن أن نزيد هنا بأن نستحضر ما جاء سابقا على لسان الغزالي والذي مفاده أنّ الجنس والفصل عبارة عن الحقيقة تفصيلا، والنّوع عبارة عنها إجمالا. وإنّه سيمكن القول فيما بعد إنّ الماهية التي وجدناها في السّابق عند المناطقة العرب والمسلمين هي الماهية الثّانية التي نجدها الآن عند المناطقة الغربيّين. كما سيمكن أن نضيف لما تقدّم أن بالإمكان إطلاق الاسم الأوّل[227] أو الثّاني على الصّورة الثّانية من الفصل 45.

ثالثها أنّ المادّة قد نظر إليها من زاوية تجعلها معادلة للماهية الثّانية وللنّوع؛ أي أنّه نظر إليها كصنف (من هنا سيحصل انزلاق إلى أوصاف أخرى لتعدّ بدورها صنفا).

56. فإذا قرّبنا ما ورد أعلاه ممّا ورد قبله حول المعنى اللغوي لكلمة الفصل 45 الفرنسيّة الواردة في مرتبة ثانية، قلنا إنّ هذه الكلمة تفيد: الطّبيعة الخاصّة التي تدرج في صنف مميّز، والماهية الثّانية، والنّوع، والجنس، إلخ. كما تفيد المادّة منظورا إليها لا في نفسها فحسب بل من زاوية كونها ما يميِّز أي من زاوية ما يُصنِّف.

57. • فإذا مررنا الآن إلى "هايدغر"[228]، وجدناه ينطلق من سؤال: ما الشّيء؟ ويقول إن بالإمكان أن يطرح بالنّظر إلى إطار الشّيء وهو الزّمان والمكان[229]. لكنّه يضيف أن بالإمكان أن يوجّه العمل حول السّؤال نحو اتّجاه آخر هو نسيج الشّيء أو الهيئة التي بُنيت عليها الأشياء[230]. وينبغي هنا أن نترك الكلمة لـ"هايدغر"[231] وأن نكتفي بنقل ما قاله ومفاده أنّه نظر إلى الأشياء وأراد أن يتقيّد بما رآه[232] فوجد أنّ ما تشترك فيه كلّها أنّها "دائما شيء له هذه

---

[226] جاء فيها ما يلي:"1- غلط في ماهية (ذات) أو هُويّة الموضوع المتعاقد عليه."
« 1- Erreur sur la substance (dhât) ou identité de l'objet sur lequel on contracte. »

[227] أسميت الصورة الثانية في الفصل 50 من المشروع المُرَاجع: الماهية substance
وأسميت الصورة الأولى للفصل 50 في حاشيته الجانبية: ماهية substance
ولقد صار بإمكاننا القول إن الصورتين مختلفتين. ومن يريد أن يبتعد عن الاسم الواحد سيستعمل للصورة الأولى اسم الماهية الأولى وللصورة الثانية اسم الماهية الثانية أو يستعمل اسمين مختلفين غير هذين.

[228] هايدغر، ما الشّيء؟، مرجع سابق (باللغة الفرنسية).

[229] انظر نفس المرجع السابق، ص 26.

[230] انظر نفس المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

[231] انظر نفس المرجع السابق، ص 42 إلى 45.

[232] أخذ حجرا فوجده صلبا وذا لون رمادي وسطحه ليس بناعم، أمّا شكله فغير متّسق وهو ثقيل ويتركّب من هذه المادّة أو تلك (نظر إلى المادّة هنا في نفسها).

الميزات وتلك، ودائما شيء مكوّن بهذه الكيفيّة وتلك، هذا الشّيء يسكن ... في هيئات وجود. وهو الدّائم الذي نرجع له دوما في عمليّة تثبيت الميزات كما نرجع إلى ما هو نفسه. هكذا إذن هي الأشياء بعينها. ما الشّيء إذن؟ نواة يوجد حولها الكثير من الميزات المتحوّلة، شيء له شيء آخر، شيء فوقه شيء آخر"[233]. ويورد "هايدغر" ما قاله "كانط" من أنّ "كلّ الظّواهر [أي كلّ الأشياء بالنّسبة إلينا] تحوي شيئا دائما (الماهية) بوصفه الشّيء نفسه وشيئا متحوّلا بوصفه مجرّد تحديد لذلك الشّيء أي كيفيّة وجود له"[234]. ثمّ، وفي مكان بعيد وحين يتحدّث عن الزّمن في موضوع التّجربة (الطّبيعة)، يقول "هايدغر" إنّ هنالك دائما تحوّلا أي كيفيّة وجود تخلفها وتعقبها كيفيّة وجود أخرى لنفس الشّيء. كما يقول لنا إنّ تحديد التّحوّلات، أي تحديد ما يحدث في الطّبيعة يفترض الدّوام لأنّ الدّائم فقط هو الذي يتحوّل (change)، أمّا المتحوّل فلا يخضع للتّحوّل بل للتّعديل (modification)[235]. ويخلص "هايدغر" إلى أنّه يمكن وضع التّحديد الأساسي لـ: "شيئيّة الشّيء"[236] تحت عنوانين موروثين شائعين معروفين جدّا:

"1- ما يرقد (أو يسكن) في التّحت	ما هو دائما متّصل به (مضموم له) بعدُ، ويظهر معه
2- الماهية	العرض
3- الرّكيزة	الميزات
4- (الموضوع	المحمول)"[237].

ثم نظر إلى نبتة فرأى لها جذرا وجذعا وأوراقا خضراء (إلخ).
ثم تأمل حيوانا فوجد له عينين وأذنين، كما وجده يتنقل من مكان إلى آخر وله أعضاء يستعملها (إلخ).
وأخيرا أبصر ساعة فوجد بها تروس (Rouages) وزنبرك (Ressort) وميناء (Cadran).

[233] هايدغر، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 43.

La chose est: "… toujours quelque chose qui a telles et telles propriétés, toujours quelque chose qui est constitué de telle et de telle manière. Ce quelque chose est le support des propriétés, le quelque chose repose pour ainsi dire sous les manières d'être ; ce quelque chose est le durable auquel nous revenons toujours comme au même, lors de la fixation des propriétés. Ainsi sont donc les choses mêmes. Qu'est – ce par conséquent qu'une chose ? Un noyau, autour duquel se tiennent beaucoup de propriétés changeantes, ou un support sur lequel se tiennent ces propriétés, quelque chose qui possède autre chose, qui l'a sur soi ".

[234] هايدغر، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 44 .

"… tous les phénomènes (c'est à dire toutes les choses pour nous) contiennent quelque chose de permanent (substance) en tant que l'objet lui-même, et quelque chose de changeant en tant que simple détermination de cet objet, c'est à dire un mode d'existence de l'objet ».

[235] ص 240. انظر هامشا سيرد في عدد 74، حيث ستجد حديثا عن الأعراض مفاده أن "الوجود الجوهري يعيش في صميمه حركة تطورية تتشأن بعدة شؤون وتتلون بعدة ألوان والأعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهري المتطور ".

[236] Choseité de la chose

[237]

« 1- Ce qui gît dessous	ce qui toujours y est joint est s'est présenté avec lui
2- substance	accident
3- support	propriétés
4- sujet	prédicat ».

قارن مع ما جاء عند السّيّد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص 95 وما بعدها): "... في بيان معنى الموضوع: إنّ الموضوع يطلق على أربعة معاني: الأول: الموضوع مقابل المحمول: فإن المناطقة ذكروا أن القضية - لفظية كانت أم ذهنية - إن كانت شرطية فهي مركبة من مقدم وتالي له، وان كانت حملية فهي مركبة من موضوع ومحمول، سواءاً كانت ثبوتية أو سلبية. والثبوتية كما تحتاج لموضوع مقرر في الوعاء اللفظي أو الذهني تحتاج أيضاً لوجود الموضوع في ظرفه المحكي عنه، فإن ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له لا الثابت، ولكن إذا كانت سلبية كما في قولنا زيد ليس بقائم فقد ذهب المعظم إلى كفاية تقرر الموضوع في الوجود اللفظي والذهني من أجل تأليف القضية بلا حاجة لوجود المسلوب عنه في الواقع، بينما قد يستفاد من كلام المحقق النائيني (قده) في بحث استصحاب العدم الأزلي احتياج السالبة المحصلة لوجود الموضوع في وعائه المناسب مما يترتب
عليه إنكار جريان استصحاب العدم الأزلي).
وبيان ذلك: أن هناك مسلكين في باب القضايا.
1 - القول بالوجود الرابط.
2 - القول بعدمه. فالقول الأول يعني تركب القضية من ثلاثة أطراف موضوع ومحمول ورابط، باعتبار أن هناك وجودين محموليين وجود الجوهر ووجود العرض فإذا لم يكن بينهما وجود رابط لا يتم ارتباطهما واقعاً ولا يصح حمل أحدهما على الآخر، فإذا كانت القضية موجبة نحو زيد قائم فلابدّ فيها من وجود الموضوع واقعاً، لأن الإيجاب يعني الربط بين الموضوع والمحمول والربط يحتاج لطرفين يتقوم بهما فلابد من وجود الموضوع حينئذٍ ليتقوم به الوجود الربطي، بينما إذا كانت القضية سالبة والسلب يعني عدم الربط فلا يجب حينئذٍ وجود رابط حتى يحتاج لموضوع موجود يتقوم به، فلا تحتاج السالبة المحصلة لوجود الموضوع.
والقول الثاني - وهو مختار المحقق النائيني (قده) - هو القول بعدم الوجود الرابط، وذلك لأن الارتباط الواقعي بين الموضوع والمحمول حاصل بنفس عرضية المحمول فإن معنى عرضية المحمول هو كون وجوده في نفسه عين وجوده لغيره بلا حاجة لوجود رابط بينه وبين الموضوع، وحينئذٍ إن كانت القضية موجبة فتارة يلاحظ وجود المحمول العرضي في نفسه وهذا هو الوجود المحمولي، وتارة يلاحظ وجوده للموضوع وهو معنى عرضيته، وبهذا اللحاظ يحتاج لوجود الموضوع لأن ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له.
وإن كانت القضية سالبة فالمسلوب أمر عرضي يلاحظ تارة عدمه في نفسه ويعبر عنه بالسلب التام، وتارة يلاحظ سلبه عن الموضوع وحينئذٍ يكون مفاده مفاد ليس الناقصة وهو العدم النعتي، وهو بهذا يحتاج للموضوع أيضاً لأن ثبوت شيء – ولو كان سلباً - لشيء فرع ثبوت المثبت له. إذن فالتفريق بين القضية الموجبة والسالبة في الحاجة لوجود الموضوع وعدمه راجع للاعتراف بالوجود الرابط المتحقق في الموجبات فيحتاج لوجود الموضوع وعدم تحققه في السوالب فلا حاجة لوجود الموضوع لعدم تقوم شيء به، وأما مع إنكاره فلا فرق بين الموجبة والسالبة في كون المحمول عرضياً والعرض متقوم بموضوع جوهري بمقتضى عرضيته فيحتاج لوجود الموضوع على كل حال، وبناء على هذا فالقضايا السالبة ترجع كلها لحمل العدم النعتي على الموضوع، فلا يمكن الاستصحاب العدمي حينئذٍ، لأن استصحاب العدم المحمولي لا يثبت العدم النعتي والعدم النعتي ليست له حالة سابقة حتى يستصحب، ونقاش المبنى والبناء يأتي في باب الاستصحاب.
الثاني: الموضوع في مقابل العرض: ذكر الحكماء في بيان العرض والجوهر أن العرض ماهية لو وجدت كان وجودها في نفسها عين وجودها لموضوعها، والجوهر ماهية لو وجدت وجدت لا في موضوع، فالجوهر في غنىً عن أعراضه وإن لم يكن في غنىً عن جوهر آخر، فالمادّة مع كونها جوهراً لا تستغني في وجودها عن الصورة النوعية المحصلة لها...". وينبغي أن يقال هنا إنّه وبعد قراءة عدد 66 وما بعده من هذا العمل يمكن – على مستوى ما جاء أعلاه عند هايدغر- إضافة هذا الكلام للسّيّد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص150): "إنّ الفلاسفة قسّموا الحمل لقسمين، مواطاة واشتقاق، فالأول حمل هو هو والثاني حمل ذو هو، والتقسيم المذكور إنما هو بحسب ظاهر النسبة الاسنادية في القضية، حيث ان المسند إن صح اسناده للموضوع بلا واسطة فالحمل مواطاة وان احتاج إسناده لتوسيط مفهوم ذو وصاحب فهو حمل اشتقاق، لكن كلا القسمين

"ما الشّيء إذن ؟ الجواب: الشّيء هو ركيزة دائمة لكثير من الميزات الباقية فيه والمتحوّلة فيه. وهذه الإجابة هي جدّ طبيعيّة حتى أنّها تحكم الفكر العلمي. وهي لا تحكم الفكر «النّظري» فقط، بل كلّ تعامل مع الأشياء وكلّ حساب وتقييم لها"[238].

58. والحاصل من "هايدغر" أنّ الشّيء: نواة أو ركيزة أو ما يرقد في التّحت أو موصوف أو ماهية زائد ما هو دائما مضموم لما سبق ويظهر معه أو زائد ميزات أو أوصاف أو عرض.

والمكوّن الأوّل دائم وهو الشّيء نفسه، أمّا المكوّن الثّاني فمتحوّل لأنّه مجرّد تحديد للشّيء أي كيفيّة وجود له.

والمكوّن الأوّل الذي جاء عند "هايدغر" هو الذي اعترضنا في السّابق عند "الالاند" وعند المناطقة المسلمين تحت اسم مدلول المطابقة، إلخ.

59. انطلاقا من كلّ ما سبق، يمكن القول:

أوّلا: إنّ صورة الفصل 45 الثّانية سواء في صياغته العربيّة (النّوع) أو الفرنسيّة (espèce) تفيد: الكلّي المقول على واحد أو كثيرين متّفقين في الحقائق، والطّبيعة الخاصّة التي تسمح بإدراج مجموعة ضمن صنف معيّن، والأجزاء الدّاخلة في الماهية، والأوصاف الذّاتية، والعبارة عن الحقيقة على وجه الإجمال، والقسم الذي هو مكوّن لامتداد قسم آخر، والماهية الثّانية.

ثانيا: إنّنا، وبمناسبة البحث في الصّورة الثّانية، وجدنا معنى لسابقتها وهو الماهية الأولى. ولعلّنا أيضا وبنفس المناسبة قد مررنا كذلك بمعنى الصّورة الثّالثة. لكن لنتثبّت من ذلك من خلال البحث في معناها اللغوي.

الجملة الثّانية: الوصف

60. إنّ معاجم اللغة تقول عن لفظة الصّياغة العربيّة (وصف) إنّها لنعت

عند التأمل والتحليل هو حمل مواطاة، اذ المفهوم الحقيقي للحمل هو خلق الاتحاد والالتحام بين الموضوع والمحمول بحيث يكون المحمول وجهاً للموضوع".

انظر أيضا ص 280:

" ب - أقسام الحمل: للحمل نوعان:

1 - الحمل الذاتي الأوّلي، وهو ما كان متقوّماً بالاتّحاد المفهومي بين الموضوع والمحمول والتّغاير الاعتباري، ولو بالإجمال والتفصيل نحو الإنسان حيوان ناطق أو بإيهام سلب الشّيء عن نفسه ثم إثباته له نحو الناطق ناطق.

2 - الحمل الشائع الصناعي، وهو ما كان متقوماً بالتغاير المفهومي بين الموضوع والمحمول والاتحاد الوجودي في أي وعاء من أوعية الوجود ذهناً أو خارجاً، نحو الإنسان ناطق والإنسان كلّي".

[238] هايدغر، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 45.

« Qu'est ce donc qu'une chose ? Réponse: une chose est le support subsistant de beaucoup de propriétés subsistant en elle et s'y transformant. Cette réponse est si qu'elle régit aussi la pensée scientifique, et non seulement la pensée " naturelle " , mais tout commerce avec les choses, leur calcul, et leur évaluation»." théorique "

الشّيء بما فيه[239]، ولإعطائه حلّة[240]، ولإظهار حاله، وبيان هيئته[241]. كما تقول عن اللفظة المقابلة لها في الصّياغة الفرنسيّة (qualité) إنّ معناها هو: "كيفيّة وجود مميّزة"[242].

ويمكن القول هنا إنّا أمام لفظة عامّة (وصفه)، إذ الوصف – حسبما نعلم ممّا تقدّم - ذاتي وغير ذاتي، والسّؤال هل تفيد العموم؟

سيترك جواب هذا السّؤال إلى وقت لاحق، لكن يمكن القول - من وجهة الاحتمالات الممكنة التي يضعها من يستند إلى النّيّة غير المباشرة[243] - إنّ هذا الجواب لن يخرج عن أمرين: فإمّا أنّ لفظة "وصفه" تفيد العموم (الذّاتي/غيرالذاتي)، وإمّا أنّها تدلّ على خصوص معيّن (غيرالذّاتي)[244]. وعلى هذا، وفي كلتا الحالتين، ستكون لفظة الفصل 45 للوصف غير الذّاتي: أي لما وجدناه في السّابق تحت اسم العرضي اللازم والعرضي العارض في الكتابات المنطقيّة الإسلاميّة، وما وجدناه تحت اسم الميزات والعرض في إحدى الكتابات الغربيّة.

وهكذا، يمكن الخروج ممّا سبق بثلاثة أمور:

- أوّلها، وهذا لم نبحث عنه ولكنه اعترضنا في الطّريق، أنّ صورة الفصل 45 الأولى للماهية الأولى.

- ثانيها أنّ صورة الفصل 45 الثّانية:

هي لما أسماه المناطقة المسلمون مدلول التّضمن والأوصاف الذّاتية وغير ذلك، ولما يسمّيه المناطقة الغربيّون ماهية ثانية وغير ذلك.

- ثالثها أنّ صورة الفصل 45 الثّالثة هي لما يصفه المناطقة المسلمون بالوصف العرضي والذي يقسّمونه إلى لازم (وهذا يقسّمونه إلى لازم الماهية ولازم وجود الماهية[245]) وعارض، كما أنّها لما نعته "هايدغر" منذ قليل بالعرض.

وهذا الأمر الثّالث سنفصّل فيه لاحقا من خلال البحث في العبارة غير المباشرة عن نيّة المشرّع، وبالتّحديد من خلال قاعدة التّأويل القائلة إنّ الإفادة أولى من الإعادة والتّأسيس أولى من التّأكيد[246].

---

[239] المعجم العربي الحديث لاروس (مرجع سابق).

[240] حلاّه حسب لسان العرب لابن منظور (مرجع سابق).

[241] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط 3، 1405 هـ / 1985 م.

[242] روبار الصغير1: "Manière d'être plus ou moins caractéristique"

[243] سنصل بعد قليل إلى النّيّة المباشرة لذلك لم يمكن استعمالها الآن.

[244] انظر حول كلّ هذا عدد 85 .

[245] صورة الفصل 45 الثّالثة هي فقط للازم وجود الماهية كما سيتوضّح ذلك من خلال الأعمال التّحضيريّة.

[246] انظر إلى عدد 85، وانظر حول قاعدة الإفادة:

-حيدر (علي)، درر الحكام ... مرجع سابق، ج 1، ص 59.

-ابن نجيم، الأشباه والنظائر (وبهامشه: الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر)، بيروت، دار

لكن لننظر الآن في العبارة المباشرة عن النّيّة من هذه الصّورة ومن سابقتها:

المسألة الثّانية: العبارة المباشرة عن النّيّة

61. سننظر إلى العبارة المباشرة عن النّيّة من الصّورة الثّانية (الجملة الأولى) ومن الصّورة الثّالثة (الجملة الثّانية) من الفصل 45:

الجملة الأولى: الصّورة الثّانية من الفصل 45

62. أسميت هذه الصّورة من قبل الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من المشروع المُرَاجع بالغلط في الأوصاف الأساسيّة للشّيء[247]، وقالت الحاشية إنّها تعادل صورة الذّات[248]، وإنّها تعيب الرّضا، وإنّ سبب البطلان فيها حسب ابن نجيم هو غياب الموضوع لأنّ الإرادة ذهبت إلى شيء مختلف[249]، ثم

الكتب العلمية، 1405 هـ/1985 م، ج 1، ص 429 وما بعدها (وهذان العنوانان عملت عليهما اللجنة التي أعدت المشروعين، لكن في طبعة مختلفة).

- "بيرلمان" (ح)، المنطق القانوني. البلاغة الجديدة (باللغة الفرنسية)، باريس، دالوز، ط 2، 1979، ص 59.

PERELMAN (C), Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1979, p. 59.

- "بيرلمان" و"أولبراشت تيتيكا"، مؤلّف الحِجاج. البلاغة الجديدة (باللغة الفرنسية)، بروكسال، منشورات جامعة بروكسال، ط 5، 1992 ص 194 وما بعدها وص 236 وما بعدها وص 603 وما بعدها.

PERELMAN (C) et OLBRECHTS-TYTECA (Lucie), Traité de l'argumentation. La d. de l'Université de Bruxelles, 5 ème éd., 1992, p. énouvelle rhétorique, Bruxelles, 194 et s – p. 236 et s. – p. 603 et s.

- "بيرلمان"، الأخلاق والقانون (باللغة الفرنسية)، بروكسال، منشورات جامعة بروكسال، 1990، ص 806.

d. de l'Université de Bruxelles, éPERELMAN (C), Ethique et droit, Bruxelles, 1990, p. 806.

وانظر حول التعبير غير المباشر عموما:

- "كاربونيي", المقدمة, مرجع سابق (باللغة الفرنسية), عدد 154.

- "كاربونييي"، علم الاجتماع القانوني (باللغة الفرنسية)، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، 1994، ص 136.

CARBONNIER (Jean), Sociologie juridique, Paris, Quadrige, P.U.F., 1994, p. 136.

- "إيكو" (امبرتو)، حدود التأويل، ترجمته إلى الفرنسية مريم بوزهار، باريس، شركة النشر ڤراسي وفاسكال، 1992، ص 51 وما بعدها.

ECO (Umberto), Les limites de l'interprétation, Traduit par Myriam BOUZAHER, Paris, Société des éd. Grasset et Fasquelle, 1992, p. 51 et s.

- دريدا (جاك)، الكتابة والاختلاف (باللغة الفرنسية)، باريس، منشورات ساي، 1967، ص 229 وما بعدها.

DERRIDA (Jacques), L'écriture et la différence, éd Seuil, 1967, p. 229 et s.

- الموسوعة الفلسفية الكلية، المصطلحات الفلسفية (باللغة الفرنسية)، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، 1990. كلمة: "تناقض".

Encyclopédie philosophique universelle. Les Notions philosophiques, Paris, P.U.F., 1990, le mot: « contradiction ».

[247] «Erreur sur les qualités essentielles de la chose »

[248] « Elle équivaut à l'erreur sur l'identité ou la substance »

[249] "...وإذا سمى شيئا وأشار إلى خلاف جنسه، كما إذا سمى ياقوتا وأشار إلى زجاج فالبيع باطل لكونه بيع المعدوم..." ابن نجيم، مرجع سابق، ج 2، ص 276، عدد 55. وهذه الطبعة لم يستعملها أصحاب المشروع، ولكن ما جاء هنا يقابل ما جاء في ج1 من ص326 من الطبعة التي استعملت.

أعطت مثال الثّوب المصنوع من قماش عادي والثّوب المصنوع من قماش رفيع، كما أعطت مثال الزّجاج والياقوت[250]. فإذا تركنا الحاشية وذهبنا إلى المتون، وجدنا الفصل 37 من المشروع يسمّي الصّورة الثّانية ماهية[251]، وكذلك الحال بالنّسبة إلى الفصل 50 من المشروع المُرَاجَع. أمّا التّرجمة فالكامل منها نجد به اسم الوصف[252] والنّاقص اسم الجوهر[253]. ولو قرّبنا هذا ممّا سبق لقلنا:

* إنّ الماهية في المشروعين ماهية ثانية[254].

---

[250] جاء المثال الأوّل عند ابن نجيم في المرجع والمكان الواردين أعلاه: ثوب هروي وثوب مروي.
وجاء المثال الثاني عند نفس المؤلف، كما جاء في مرجع آخر أشير إليه بالحاشية وهو المادّة 208 من المجلّة العثمانيّة التي تقول: "إذا باع شيئا وبيّن جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فلو باع زجاجا على أنه الماس بطل البيع".

[251] Substance.

[252] جاء فيها ما يلي:"...في ذات المعقود عليه أو في تعيينه أو في وصفه..." والذي بدا لي أن الاسمين الأوّلين مترادفين ومن ثمّ فهما معا لصورة واحدة. أمّا الاسم الثالث فيحتوي على الصورتين المتبقيتين.

[253] علينا أن نلاحظ هنا أنه وحين مررنا من المشروعين إلى م.ا.ع سواء في صياغتها العربية أو الفرنسية صرنا أمام اسمين جديدين (نوع - espèce). وإنّا لنعلم انه اخذ رأي لجنة تسمى لجنة توجيه النّظر الشرعي. (انظر كتاب أدريوش السابق الذكر، ص 183 وما بعدها)، لكن ليس لدينا الآن أدنى أثر لأعمالها.[قال محمود شمام ["بعض ما دوّن من تشريع مرجعه أحكام الشّريعة الإسلامية، " ق ت، 1985، عدد 6، ص47]: "هنالك ملف موجود بخزينة الدولة تحت رقمي 14- 142 [وفيه] ملاحظات شيخ الإسلام رئيس اللجنة على لائحة المجلس الأمر الذي يدل على مشاركة فعلية عميقة من الفقهاء في صنع هذه المدونة المدنية العصرية".
وقال أحمد ادريوش [ص 180 من كتابه] بعد أن ذكر قول محمود شمام: "لقد تبين لنا من خلال بحثنا بقسم الوثائق التونسية أن لها رقما آخر هو 521 - 142، لكنها وللأسف مفقودة".
ومن يرجع إلى الأرشيف الوطني لا يجد ما سبق، بل كلّ ما يجده هو ما يلي:

1- Carton 142-Dossier 517: Projet préliminaire de code civil et commercial tunisien annoté 1897. (texte français) (retrouvé).
2- Carton 142-Dossier 518: traduction arabe du code civil et commercial tunisien à partir de l'art 1853 (manque).
3- Carton 142-Dossier 519: le code précité en minute annoté en arabe (manque).
4- Carton 142-Dossier 520: une minute au crayon de l'avant projet du code civil et commercial tunisien (manque).
5- Carton 142-Dossier 521: notes de Cheikh El Islam sur un grand nombre d'articles du code Kheireddine (manque).
6- Carton 142-Dossier 522: un exemplaire du texte arabe de l'avant projet du code civil et commercial tunisien. Imprimé en 1899 (complet) (retrouvé).
7- Carton 142-Dossier 523: un exemplaire en fascicule du texte français de l'avant projet précité – 1961 articles seulement (manque).

و على هذا فعدد الملف وهو 14 الذي تحدث عنه محمود شمام هو رقم خاطئ. أما الملف عدد 521 الذي تحدث عنه أحمد أدريوش فيهمّ قوانين خير الدين] .
وعلى هذا فإنا إذا وجدنا م.ا.ع مختلفة عن المشروع المُرَاجع لا نستطيع أن نقطع بأن التغيير كان بتأثير لجنة التوجيه، أو أنه كان بأيدي أخرى أو بتأثيرها. (لو كان الحل في المشروع المُرَاجَع غربي، ثم نجده في م.ا.ع إسلاميا فيمكن أن نرجّح أن التغيير كان بتأثير لجنة توجيه النظر الشرعي، ولو كان غربيا ثم نجده غربيا آخر فيمكن أن نرجح عكس ما سبق. لكن وفي الحالتين لا يمكن أن نقطع لغياب الوثائق التاريخية التي تمكن من ذلك).

[254] نلاحظ أن متن المشروع المُرَاجع سمّى الصورة الثانية ماهية، أمّا الحاشية الجانبية فقالت عنها إنها معادلة للذات...وللماهية. وعلى هذا فالماهية معادلة للماهية. والمقصود أن الماهية الثانية معادلة للماهية الأولى.

* وإنّ الوصف في التّرجمة الكاملة للمشروع المُرَاجع هو الذّاتي وغير الذّاتي.

* وإنّ الجوهر في التّرجمة النّاقصة لهذا المشروع هو الجوهر الكلّي[255].

63. فإذا أخذنا الآن من كلّ هذه الأسماء – وقد باتت الآن كثيرة، بل ويرقد تحت الواحد منها أكثر من معنى[256] - الماهية، وأخذناه في الغرب، وجدنا له تاريخا مضطربا في الفكر الفلسفي والمنطقي[257]. ولعلّ هذا قد انعكس على القانون، وإنّنا قد ألمحنا إلى ذلك سابقا حين تحدّثنا عن المادّة[258]، ولكنّنا سنضيف هنا ما جاء عند "لوران" – الذي أشير إليه في الحاشية التّحتيّة للفصل 50 من المشروع المُرَاجع[259] - والذي يقول إنّ الفقه الفرنسي منقسم فيما يخصّ الماهية فبعضه يعطيها معنى النّوع أو الأوصاف الذّاتية ومعنى المادّة ويعطيها هذا المعنى فقط[260]، وبعضه الآخر يعطيها معنى الوصف غير الذّاتي لا

---

[255] قسّم الغزالي (معيار العلم، مرجع سابق، ص 306) الجواهر إلى قسمين:
- الجوهر الشّخص كزيد وعمرو وقال إنه لا يمكن أن يكون محمولا (وهذا ما وجدناه عند "لالاند" وهو يتحدث عن الماهية الأولى [عدد 54 من هذا العمل] ولهذا يمكن أن نضيف اسما آخر لصورة 45 الأولى).
- والجواهر الكلية كالإنسان والجسم والحيوان، وهذه يمكن حملها على موضوع كأن نشير مثلا إلى موضوع هو زيد ونحمل هذه الجواهر عليه، فنقول: زيد إنسان وحيوان وجسم (وهذا أيضا وجدناه عند "لالاند" وهو يتحدث عن الماهية الثانية: عدد 54 من هذا العمل). ولقد تحدث الفصل 50 في الترجمة الناقصة عن ثلاثة صور هي الذات (إذن الجوهر الشّخص) والجوهر (إذن الجوهر الكلي) بالإضافة إلى صورة اسماها صفة مرغوبة من أجلها وقع التعاقد.

[256] وهذه مزلّة للقدم حذرنا منها الغزالي حين قال إن: "من طلب المعاني من الألفاظ ضاع وهلك وكان كمن استدبر المغرب وهو يطلبه"، وأعطانا ما يجنبنا السقوط حين قال إنه يجب فهم المعنى أوّلا حتى إذا رسخ في أذهاننا مررنا إلى الألفاظ ولا يضرنا عندها أن كانت كثيرة، وكان يرقد تحت الواحد منها أكثر من معنى(الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 1، ص 21).
بعبارة أخرى يلاقي القارئ أوّل ما يلاقي اللفظ، لكن عليه أن لا يتوقف عنده (أن لا يجالسه) وأن يمر إلى المعنى ويتأمله مليا (أن يجالسه)، وعندها يمكنه أن يعود إلى اللفظ (عندها مجالسته لن تزلّ بها القدم).

[257] انظر حول معنى هذه اللفظة منذ "أرسطو"، وحتى قبله، ومرورا بـ"ديكارت" و"لايبنيتز" و"كانط" و"هيجل" و"نيتشه" و"هايدغر" وغيرهم: الموسوعة الفلسفية الكلية، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، المقال الخاص بـ"الماهية" (substance).

[258] انظر عدد 54 وما بعده.

[259] «لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية). ولقد أشارت الحاشية إلى ج 15، عدد 487 وما بعده. وإن ما سيأتي أعلاه موجود بالتحديد بعدد 489.

[260] ويذكر لنا هنا ناشري "زكاري" ثم "ماركادي" الذي يقول إن الأمر يتعلق بالوصف الذي يدخل الشّيء في نوع أو آخر (والكلمة لـ"ماركادي") بحسب ما إذا وجد هذا الوصف أو لم يوجد.
كما يذكر لنا "كولمي دي سانتار" الذي يقول إن: "الأوصاف التي تكوّن الماهية هي التي غيابها يغيّر الشّيء ويبدّله إلى درجة يصبح فيها شيئا آخر، كائنا آخر غير الذي كان يجب أن يمثّل موضوع الاتفاق".
« Les qualités constituant la substance sont celles dont l'absence dénature la chose, l'altère au point qu'elle devient une autre chose, un autre être que celui qui devait être l'objet de la convention. »
ويلاحظ هنا أمران:
- إننا أمام تحليل للصورة على أنها لغياب الموضوع (وسيضيف "لوران" بعد المقتطف الوارد أعلاه أننا أمام غياب رضا) وهذا أمر اعترضنا سابقا عند ابن نجيم (عدد 62 من هذا العمل).
- إننا أمام ماهية تتكون من أوصاف، وهذا يذكّرنا بمدلول المطابقة ومدلول التضمن عند المناطقة المسلمين

غير[261]. ويبدو أنّ أصحاب المشروعين في تونس – حين استعملوا في الفصل 37 ومن بعده في الفصل 50 لفظة الماهية - قد اتّبعوا البعض الأوّل.

هذا الرّأي نصل إليه بعد البحث في التّعبير المباشر عن النّيّة. فلنواصل إذن مع هذا التّعبير، لكن هذه المرّة في إطار الصّورة الثّالثة:

الجملة الثّانية: الصّورة الثّالثة من الفصل 45

64. لو بحثنا في الحاشية الجانبيّة للمشروع المُرَاجع عن الصّورة الثّالثة لوجدنا أنّها لم ترد مع الغلط في الذّات وفي النّوع. لتوضيح ما سبق علينا أن نعرض بُنية هذه الحاشية الجانبيّة والتي تنقسم إلى قسمين: قسم الغلط الذي يعيب الالتزام وفيه نجد الذّات والوصف الأساسي، وقسم الغلط الذي لا يعيب الالتزام وفيه ثلاث حالات: فأمّا الثّانية والثّالثة فتهمّان صورة الغلط في اسم أو في وصف الشّيء حين يكون الأطراف متّفقين على الشّيء. وأمّا الأولى (وهي التي ستهمّنا هنا) فقد أسمتها الحاشية بالغلط "الذي ينصبّ على وصف غير أساسي"[262] (لتُعارض باسمها اسم الصّورة الثّانية من القسم الأوّل: "غلط في أوصاف أساسيّة للشّيء"[263]). وأعطت الحاشية الجانبيّة لهذا "الغير أساسي" أمثلة من القانون الرّوماني هي: أخذ ذهب ليس خالصا على أنّه ذهب خالص؛ وياقوتة خضراء على أنّها حمراء؛ وخلّ على أنّه خمر[264]. وتقول الحاشية عن

(عدد 48 من هذا العمل).

وعلى كل انظر إلى "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 86 الذي يقول لنا إن الصعوبات مردّها أن مصطلح الماهية هو مصطلح ميتافيزيقي.

[261] هذا هو موقف "لوران"، ويقول إنه رأي "بوتيي" و"دوما". وقبل ذلك قال لنا إن هذين هما المؤلفين الحقيقيين للمجلّة المدنيّة الفرنسية (ج 15، عدد 488) ممّا يعني أن هذا هو ما أراده 1110 م م ف من لفظة الماهية الواردة به، وذلك حسب "لوران" طبعا.

ولعله يتجه أن نشير إلى أن "لوران" لا يستعمل كلمة "وصف غير ذاتي"، ولكننا فهمنا أنه يقصدها (إلى جانب الذاتي) لأنه يقول إن الماهية هي ما اعتبره الأطراف ماهية.

كما ينبغي أن يلاحظ أنّ معنى الماهية في الموقف الثاني خُرج به عن المنطق.

[262] L'erreur "… porte sur une qualité non essentielle".

[263] « Erreur sur les qualités essentielles de la chose».

[264] انظر إلى هذه الأمثلة عند معاصرين لنا يشيرون إلى نفس المرجع والمكان الذي نجده بحاشية المشروع المُرَاجع والذي هو قانون روماني: "رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران)، الصيغ اللاتينيّة في القانون الفرنسي، باريس، ليتاك، ط4، 1998، ص130.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), Locutions latines du droit français, Paris, Litec, 4ème éd, 1998, p. 130.

انظر "مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس" (فرانسوا)، دروس في القانون المدني. الالتزامات.النظرية العامة، باريس، مونكريستيان، ط8 عن طريق "فرانسوا شاباس"، 1991، عدد 163.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), CHABAS (François), Leçons de droit civil.Obligation. Théorie générale, Paris, Monchréstien, 8 ème éd, Par François CHABAS, 1991, n° 163.

انظر تفصيل هذا الامر في "الديجاست" وذلك في المكان الذي اشير اليه في الحاشية التحتية وفي الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع (§2. 9. 1. XVIII):

"وهذا أوجد فرصة للتّساؤل إن كان ثمّ بيع في الصّورة التي يتّفق فيها الأطراف على الشّيء لكنّهم يخطئون في

هذه الأمثلة إنّ النّوع فيها هو نفسه لم يتبدّل (لم نخرج عن الذّهب، أو عن الياقوت، إلخ.)[265]، لذلك لا يمكن القول إنّ الرّضا غير موجود. لكن (هنا سنترك الكلام للحاشية لأنّ ما فيها يفسّر لماذا قال الفصل 45 "وصف موجب للتّعاقد") "إذا كانت هذه الأوصاف، مع أنّها ثانويّة (قبل ذلك نُعِتت بأنّها غير أساسيّة)، قد عُدّت أساسيّة من قِبَلِ الأطراف، فالغلط يعيب العقد"[266]. ثمّ تحيل الحاشية على المادّة 310 من المجلّة العثمانيّة التي تهمّ خيار الوصف والتي تورد بدورها مثال الياقوت (الألوان هنا ليست كما الحاشية الأحمر والأخضر، بل هي الأحمر والأصفر)[267].

من كلّ ما سبق، يمكن أن نأتي باستنتاج، وأن نقوم بحوصلة:

فأمّا الاستنتاج فهو أنّ لفظة الذّات والنّوع والوصف لها معان في اللغة، وهذه المعاني توجد معها نيّة مؤيّدة تدلّ عليها قرينة هي العبارة المباشرة.

وأمّا الحوصلة فتنقسم إلى قسمين: قسم نلخّص فيه ما جاء في المنطق وقسم نلخّص ما جاء إلى حدّ الآن في إطار م.ا.ع.

الماهية. ومثال ذلك أن يباع خلّ على أنّه خمر، ونحاس على أنّه ذهب وقصدير، أو أيّ شيء آخر يشبه الفضّة (مثل حديد أبيض) على أنّه فضّة. لقد كتب "مارسيلوس" في الكتاب السّادس من "الديجاست" أنّ البيع موجود بما أنّ الأطراف اتّفقوا على الجسم المبيع وإن كانوا لم يتّفقوا على المادّة. وإني اتبنّى رأيه في ما يخصّ الخمر والخلّ لأنّ الماهية تقريبا واحدة، لكن مع افتراض أنّ نفس الخمر الذي بيع هو الذي صار خلاّ. فاذا كان الخمر لم يصبح خلاّ لكن وفي وقت البيع لم يكن يوجد بالبرميل إلاّ خلاّ فإنّنا نقرّر أنّ شيئا بيع بدلا عن شيء آخر. وفيما يخص الحالات الأخرى الواردة أعلاه، أعتقد أنّ البيع باطل كلّما كان هنالك غلط في المادّة".

"C'est ce qui a donné occasion de demander s'il y aurait vente dans le cas où les parties seraient d'accord sur la chose, mais se tromperaient sur la substance ; par exemple, si on vend du vinaigre pour du vin, du cuivre pour de l'or, de l'etain pour de l'argent, ou autre chose qui ressemble à de l'argent (comme du fer blanc). Marcellus écrit au livre six du Digeste, qu'il y a vente, puisque les parties sont d'accord sur le corps vendu, quoiqu'elles ne le soient pas sur la matière. J'adopte son avis à l'égard du vin et du vinaigre parceque c'est à peu près la même substance, en supposant pourtant que ce soit le même vin qu'on a vendu qui soit devenu aigre: car si le vin ne s'est point aigri, mais qu'au moment même de la vente, il n'y avait dans le tonneau que du vinaigre, on décidera qu'une chose a été vendu pour une autre. A l'égard des autres cas rapportés si-dessus, je pense que la vente est nulle toutes les fois qu'il y a erreur sur la matière."

[265] لكن انظر التفصيل الوارد بـ: "الديجاست".

[266] « …Si ces qualités, quoique secondaires, avaient été considérées comme essentielles par les parties, l'erreur vicierait le contrat… »
انظر ما سيأتي بالحاشيتين281 و501.

[267] "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف كان المشتري مخيّرا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمّى. ويسمى هذا خيار الوصف مثلا لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيّرا وكذا لو باع فصّا ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أنه أصفر يخيّر المشتري".
وقد يمكن القول إن لفظة "وصفه" في 45 عامّة لكنها:
- وحسب النية غير المباشرة تفيد الخصوص.
- وحسب النية المباشرة (انظر عدد 74) تفيد الخصوص.

وينبغي الإتيان بالقسم الأوّل في قالب رؤوس أقلام وفي تعابير مختلفة عمّا سبق:

- ثمّ تنوّع في الأشياء: بعضها طبيعي (شجرة، إلخ) وبعضها غير طبيعي (سيّارة، إلخ). وثمّ تنوّع داخل الأشياء (سيّارة من نوع كذا وأخرى من نوع آخر، إلخ). أضف إلى ذلك أنّ بعض الأشياء حسّي والبعض الآخر لا (الفكرة شيء، إلخ).

- إذا اهتممنا بالأشياء التي ندركها بحواسّنا قلنا إنّ بعضها ثابت (السيّارة إلخ لا تزيدها الأيّام حجما، إلخ) وبعضها ديناميكيّ (النّبتة إلخ تتطوّر على مستوى الأوصاف بمرور الأيّام).

- لدينا شيء حسّي (أ) من الأشياء التي تعترضنا في الكون.

- (أ) مصدر مجموعة من الأحاسيس[268].

- طريقة أخرى ممكنة لرؤية الأمور: (أ) له أوصاف حسّيّة: و$_1$، و$_2$، و$_3$، ... (مثلا هو: أبيض، إلخ).

- (أ) يمكن أن يكون مصدرا لا لأحاسيس بل لأفكار وعواطف (أ جميل). لكن الجمال ليس مكوِّنا لـ (أ) ومن ثمّ لا يعدّ وصفا (طبعا الجمال مصدره أوصاف).

- (أ) هو تجمّع أحاسيس أو هو تجمّع أوصاف.

- أوّلا: ما هي الأوصاف الأساسيّة أو الذّاتيّة لـ: (أ) ؟

جواب المنطق: هي الأوصاف التي إن حذفناها صرنا أمام شيء آخر لا يُسمّى (أ).

ثانيا: ما هي الأوصاف غير الأساسيّة أو غير الذّاتيّة (العرضيّة) لـ: (أ) ؟

جواب المنطق: هي الأوصاف التي إن حذفناها صرنا أمام شيء آخر، لكن هذا الشّيء الآخر يُسمّى بدوره (أ).

- طريقة أخرى لعرض الأمور:

أوّلا: لدينا (أ) و (ب) ← اختلافهما لا يمكن استنفاذه وليس له سببا واحدا ← بالنّسبة إلى المناطقة: (أ) و (ب) نوعان مختلفان ← هما شيئان.

⇐ هذا يعني أنّ الأوصاف الذّاتيّة لـ: (أ) لا توجد في (ب) والعكس صحيح.

---

[268] سننقل هنا تحاليل وردت عند: "ميل" ("جون ستيوارت")، نظام منطق الاستدلال والاستقراء. عرض لمبادئ الحجّة ومناهج البحث العلمي، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل الثّالث وما يليه.
MILL (John Stuart), Système de logique déductive et inductive. Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique, Livre I: Des noms et des propositions, Ch. III et s.

ثانيا: لدينا (أ) و (ب) ← اختلافهما يمكن إرجاعه إلى بعض الأسباب (اللون، إلخ) ← بالنّسبة إلى المناطقة: (أ) و (ب) ليسا بنوعين مختلفين ← ليسا بشيئين.

⇐ هذا يعني أنّ الأوصاف الذّاتيّة لـ: (أ) توجد في (ب) والعكس صحيح.

⇐ هذا يعني أنّ بعض الأوصاف غير الذّاتيّة لـ: (أ) لا توجد في (ب).

- بعبارة أخرى: إذا كنّا أمام شيء، كنّا أمام الشيء وأوصافه الذّاتيّة وغير الذّاتيّة. وما يتّفق معه في الأوصاف الذّاتيّة، لا يعدّ في المنطق شيئا آخر. أمّا الذي يختلف معه على مستوى هذه الأوصاف، فيعتبر عند المناطقة شيئا آخر. فإذا استقرّ في الأذهان ما سبق، أمكن أن يُزاد: إذا حصل اتّفاق في الأوصاف الذّاتيّة قد يوجد معه إمّا اختلاف في الأوصاف العرضيّة (كوننا هنا أمام شيئين لا يثير الشّك. فقط المناطقة يقولون إنّ الشيئين ليسا نوعين أي ليسا شيئين) وإمّا اتّفاق في هذه الأوصاف (هنا نتساءل: هل نحن أمام شيئين[269]).

فإذا مررنا الآن إلى القسم الثّاني من الحوصلة، وجب الاتيان به في جدولين: جدول لغلط الفصل 45 ولما وصلنا إليه بمناسبة البحث في هذا النّص، وجدول لنقاط تهمّ صور الفصل 45.

الغلط غير المنصوص عليه بـ 45 م.ا.ع			الغلط المنصوص عليه بـ 45 م.ا.ع		
ما يدخل في الفصل 2 م.ا.ع		ما لا يدخل في الفصل 2	الصّورة الأولى	الصّورة الثانية	الصّورة الثّالثة
ما يدخل في الفصل 2 لوحده	ما يدخل في الفصل 2 و67		الذّات	النّوع	الوصف الموجب للتّعاقد
الطّبيعة	وجود السّبب	وصف السّبب			

	الذّات	النّوع	الوصف
الأسماء	ماهية أولى - الكائن الفردي- جوهرٌ شخص- تعيين - (إلخ)	1- الماهية: مدلول مطابقة - ماهية (حاو) تتضمّن أوصافا (المحتوى). 2- ماهية ثانية – أوصاف ذاتيّة - مدلول التّضمن – ركيزة - ما هو في التّحت – جوهر كلّي 3- المادّة منظور إليها كصنف.	- وصف غير ذاتي- وصف غير أساسي جعله الأطراف أساسيا (الحاشية الجانبيّة والحاشية التّحتيّة بإشارتها إلى

[269] سنرى هذه الصّورة لاحقا: عدد 75.

زيادة على ما سبق يمكن أن يلاحظ أنّ الأشياء المعنويّة يمكن أن يُقال فيها بعض ما قيل في الأشياء الحسّيّة.

			"لوران".ج 15. عدد (489
الأمثلة	1- ياقوتة فإذا هي غير ذلك (إلخ) 2- أشارت الحاشية الجانبيّة إلى الزّرقاني، ج 5، 153.	1- ياقوتة فإذا هي زجاج (إذن: غير ياقوتة) إلخ. 2- أشارت الحاشية الجانبيّة إلى الزّرقاني، ج 5، 153.	- ياقوتة خضراء (عند الرّومان) أو صفراء (عند العثمانيّين والأحناف) على أنّها حمراء.

يمكن الآن، وهذه الحوصلة بين أيدينا، أن نمرّ إلى مرحلة محاولة الحكم.

II- الحكم على تقسيم الغلط في الشّيء

65. إنّ محاولة الحكم على تقسيم صور الغلط في الشّيء هي محاولة حكم على تقسيم الشّيء، أي هي محاولة حكم على المنطق. فإذا أتي بمحاولة الحكم على المنطق، أمكن المرور إلى محاولة الحكم على القانون انطلاقا من الحكم على المنطق.

الفرع الأوّل: الحكم على المنطق

66. سنحاول هنا أن نعرض ما جاء من نقد للمنطق. وسنختار كأنموذج للنّاقدين في الفضاء الفكري العربي الإسلامي ابن تيمية خاصّة، كما سنختار كأنموذج للنّاقدين في الفضاء الغربي «نيتشه» خاصّة. ولعلّه يمكن انطلاقا من هذين النّموذجين – وإذا أردنا أوّلا وأخيرا الوضوح - أن نقسّم حديثنا إلى أربع مسائل.

المسألة الأولى: الماهية الأولى والذّاتيّات

67. سنتكلّم هنا عن الفرق بين الماهية الأولى والأوصاف الذّاتيّة.

68. وإنّه بالإمكان أن نستثمر كلاما لابن تيمية و لـ "نيتشه" من أجل الوصول إلى ثمرة هي نقد المنطقيّين:

69 * فإذا بدأنا بكلام ابن تيمية وجدنا حاصله قولا: «إنّ صفات الموصوف قائمة به يمتنع أن تكون متقدّمة عليه في الخارج. وأمّا تسمية الصّفة جزء فسبب ذلك أنّها أجزاء في التّصوّر الذّهني وفي اللفظ»[270]. ويواصل ابن تيمية قائلا لقد: «جعلوا صفة الموصوف متقدّمة عليه في الخارج. وهذا ما يعلم بصريح العقل بطلانه. وسبب غلطهم أنّ ذلك الوصف إذا تكلّم به كان جزء من الكلام متقدّما على سائر تمام الجملة في التّصوّر والتّعبير. وهو في الذّهن واللسان جزء من الجملة ... فاشتبه عليهم ما في الأذهان بما في الأعيان»[271].

انطلاقا من ابن تيمية[272]، يمكن نقد المنطقيّين بالقول إنّ صفات

[270] ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 90.
[271] ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 91.
[272] قرّب أيضا ممّا قاله في المرجع السابق: ج 1، ص 94 و95.:

الموصوف موجودة به ولا يمكن فصلها عنه بالقول هنالك الشّيء وهنالك أوصافه[273]. فالشّيء وأوصافه أمر واحد، والماهية الأولى هي الأوصاف (الذّاتيّة لأنّها هي التي نتحدّث عنها الآن)[274].

70. فإذا تمّ المرور إلى "نيتشه" وجدناه يقول: "... إذا محوت ... كلّ ... الأوصاف ... فإنّ الشّيء سيضمحلّ، لأن ... الشّيء اختلاق نحن الذين أدخلناه لضرورات منطقيّة، لكي نستطيع أن نعيّن وأن نفهم (لكي نستطيع أن نربط في حزمة هذا الجمع من الأوصاف)" [هذان القوسان جاءا في كتاب نيتشه][275].

---

[273] انظر أيضا: المظفر (محمد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الأعلمي، ط 2، 1990، ج 2، ص 22 حين يقول متحدثا عن الذات وعن الذاتيات (يتحدث أيضا عن اللوازم وإذن هو يستبق حديثا سنأتي به) "قد عرفتم في مباحث الفلسفة أن الذات والذاتي يستحيل جعله بالجعل التأليفي لأن جعل شئ لشئ إنما يصحّ فيما يمكن فيه التفكيك بين المجعول والمجعول له. وواضح أنه يستحيل التفكيك بين الشّيء وذاته أي بين الشّيء ونفسه، ولا بينه وبين ذاتياته ... ولوازم الذات كالذات يستحيل أيضا جعلها بالجعل التأليفي على ما هو الحق، وإنما يكون جعلها بنفس جعل الذات لا بجعل آخر وراء جعل الذات...إنما نعرف استحالة جعل الذات والذاتي ولوازم الذات بالجعل التأليفي لأنا نعرف أوّلا امتناع انفكاك الذات عن نفسها وامتناع انفكاك لوازمها عنها...".

[274] انظر إلى ما جاء عند السّيّد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص 93): " التّقسيم الثّالث: في نسبة الواسطة لذيّها، تنقسم الواسطة في العروض بلحاظ نسبتها لذيّها إلى أربعة أقسام:...3 - نسبة التساوي كالأجزاء بالأسر مع الكلّ فإنّهما شيء واحد والاختلاف مفهومي".

[275] "نيتشه"، إرادة الاقتدار، (باللغة الفرنسية)، باريس، "غاليمار"، 1947، ج 1، ص 92، عدد 178.

NIETZSCHE, La volonté de puissance, Paris, Gallimard, 1947, T. I, p. 92, n° 178.

قد يتّجه أن نشير إلى أنّنا محونا من نصّ "نيتشه" أمرين لكي يبقى قوله واضحا لأنه وبعد هذا المحو يكون غير مختلف على مستوى الاصطلاحات عمّا سبق:

- فأمّا الأمر الأوّل فحديثه عن "وصف شيء" « qualité de chose » والذي حذفنا منه في المتن كلمة وصف وأبقينا كلمة شيء لوحدها (لأنّ... الشّيء اختلاق...) وذلك لأنّه وفيما سبق كنّا نفصل بين الماهية (وتساوي ما عناه «نيتشه»بـ"وصف شيء") والأوصاف. فرأينا لكي لا تختلط الأمور أن لا نتحدث عمّا له وصف شيء والذي له أوصاف، بل عن شيء له أوصاف.

- وأمّا الأمر الثاني فحديثه عن علاقات وأفعال الشّيء إلى جانب الأوصاف (من المفروض أنّه قال:"... إذا محوت... كلّ علاقات وكلّ أوصاف وكلّ أفعال الشّيء..."). ولقد محونا العلاقات والأفعال لأنّنا أدرجناها ضمن كلمة الأوصاف التي أخذناها في معنى واسع هو ما يتمّ إثباته أو نفيه عن الذات. بعبارة أخرى هنالك موصوف أو مخبر عنه وقلنا إن علاقاته وأفعاله وغيرهما أي كلّ ما ينسب إليه أو ينفى عنه أوصاف أو خبر له. وبهذا نكون قد أخذنا كلمة الوصف وكلمة الخبر في معنى واسع، متّبعين في ذلك أحد المناطقة إنقول:"رور" (ماري- لويز)، مبادئ المنطق المعاصر، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، 1967، ص79.

ROURE (Marie-Louise), Eléments de logique contemporaine, Paris, P.U.F., 1967, p. 79.

إنّ المعنى الواسع للخبرprédicat [ونحن استعملنا هذا بالنسبة إلى الأوصاف] هو ما يتم إثباته أو نفيه عن موضوعsujet [ما أسمي في نص «نيتشه»: الشّيء، وما أسميناه منذ قليل: موصوفا ومخبرا عنه]. وعلى هذا فهي تفرق بين خمسة أنواع من القضايا:

1- القضية الإسنادية Proposition attributive ومثالها سقراط فان [وهذا يقابل ما أسماه «نيتشه» بـ: أوصاف الشّيء].

2- القضية الفعلية proposition verbale ومثالها سقراط يتجوّل [وهذا يقابل ما أسماه «نيتشه»بـ: أفعال الشّيء].

3- التنصيص غير الشّخصي énoncé impersonnel ومثاله: أمطرت Il pleut = la pluie est tombante [وهذا يقابل ما أسماه «نيتشه»بـ:أفعال الشّيء].

71. وعلى هذا ليس ثمّ أمران موصوف (بالنّسبة إلينا الآن: ماهية أولى) وأوصاف (بالنّسبة إلينا الآن: أوصاف ذاتيّة) بل أمر واحد[276].

يخلص ممّا سبق أن لا فرق بين الماهية الأولى والذّاتيّات.

72. والذّاتيّات هي التي وجدناها سابقا عند "لالاند" تحت اسم الماهية الثّانية، أي كجزء من المعنى الأوّل للماهية عند هذا المنطقيّ.

بعبارة أخرى لا وجود للماهية الأولى. لكن لنتّفق: لا وجود للماهية

4- قضية الوجود proposition d'existence ومثالها فلان موجود.

وإنّ الرّسم (أ) هو (ب)، أي: مخبر عنه أو موصوف مع خبر أو وصف، يتماشى تماما مع 1، كما يتماشى – ولو بشيء من الاصطناع - مع 2 و3. لكنه لا يتماشى مع 4 لأن الوجود لا يمثل تحديدا للشيء، أي أنه ليس خبرا أو وصفا مثل أي خبر أو وصف آخر، بل هو يعبّر عن الطّابع الفعلي للشيء ولتحديداته المحتملة [انظر ص74 من نفس المرجع].

5- قضية العلاقة proposition relationnelle ومثالها (أ) يساوي (ب) – (أ) أكبر من (ب): [وهذا يقابل ما أسماه «نيتشه»بـ:علاقات الشّيء] والتي يمكن إدخالها ضمن 1 بشرط اعتبار "يساوي (ب)" و "أكبر من (ب)" ككلّ هي التي تؤدّي وظيفة الخبر (ص74 و75 من نفس المرجع). وقد عدّت "رور" العلاقة خبرا (ولذلك عددناها نحن وصفا) لأنّها أخذت الخبر في المعنى الواسع الذي ذكرناه سابقا [انظر ما قالته بحاشية ص79]. ويخلص من كلّ ما سبق أنّ الخبر في معناه الواسع (بالنّسبة إلينا الوصف في معناه الواسع) يشمل بالنّسبة إلى "رور" الإسناد (ما أسماه «نيتشه»الوصف) والفعل والعلاقة}.

وإنّ «نيتشه»قد أكّد في عديد المواضع على عدم وجود الشّيء وعلى أنّه من اختلاقنا:

انظر إلى كتابه:

- إرادة الاقتدار، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، ص 74 عدد 128 وص 77 عدد 135 وص 79 عدد 140 وص 80 وص 81 عدد 143 وص 84 و85 عدد 154 وص 86 و87 عدد 159 وص 90 عدد 169 وص 99 و100 عدد 202 وص 100 عدد 203 وص 255 عدد 177 وص 290 عدد 298 وص 290 عدد 299 وص 290 و291 عدد 300 وص 291 عدد 301 وص 304 عدد 344 وص 310 و311 عدد 373 وص 311 و312 عدد 374 وص 312 عدد 375.

- وإلى كتابه: المعرفة المرحة (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامة الفرنسية، 1993، ص 213 وما بعدها.

NIETZSCHE, Le gai savoir, Paris, Librairie générale française, 1993, p. 213 et s.

- وإلى كتابه: الإنساني، المفرط في الإنساني (باللغة الفرنسية)، باريس، "ماركور فرنسا"، 1910، ج 1، ص 26 عدد 11.

NIETZSCHE, Humain, trop humain, Paris, Mercure de France, 1910, p. 26, n° 11

وانظر إلى:"شوبنهاور"، العالم كإرادة وكتمثل (باللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة فليكس ألكان، ط7، ج1، الفقرة7، ص27 وما بعدها.

SCHOPENHAUER, Le monde comme volonté et comme représentation, Paris, Librairie Felix Alcan, 7ème éd, T. I, §7, p. 27 et s.

[276] انظر من يقول إنّا نخرج عن الحقيقة إن كان باستطاعتنا أن نجد شيئا لا يسمّى محمولا وهو ماهية. بعبارة أخرى ليس ثمّ ماهية بمعنى شئ يختلف عن الأوصاف الذّاتيّة ويحوي هذه الأوصاف: "بان" (ألكسندر")، المنطق الاستدلالي والاستقرائي (مترجم إلىاللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة جيرمير-باليير، 1875، ص 382.

BAIN (Alexander), Logique déductive et inductive, Paris, Lib. Germer-Baillière, 1875, p. 382.

قرّب من هامش سيرد في عدد 74 حيث ستجد حديثا عن الأعراض مفاده أن " ليس لها وجود محمولي خاص بها وإنما الوجود الجوهري يعيش في صميمه حركة تطوّريّة تتشأن بعدّة شؤون وتتلوّن بعدّة ألوان والأعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهري المتطوّر، فحينئذ ليس عندنا وجودان في الخارج بل وجود واحد والاعراض نابعة من صميم هذا الوجود الواحد من دون أن توجب تعدّداً وجوديّاً له".

الأولى مستقلّة عن الماهية الثّانية (أو عن الأوصاف الذّاتيّة. وسنرى لاحقا أن لا وجود للماهية الأولى مستقلّة عن جميع الأوصاف). فهنا ثمّ اسمان لكن المسمّى واحد[277]. وواحد من الاسمين هو الماهية الثّانية.

المسألة الثّانية: الماهية الثّانية

73. هذه المسألة تتناول ما جاء في سابقتها وتزيد عليها:

* وما جاء في سابقتها الماهية الثّانية. وسنحاول أن نأتي بما قاله ابن تيمية، ثمّ بما قاله "نيتشه"، قبل أن نحوصل:

● وما قاله الشّيخ هو أنّ هذه الماهية: "مجرّد وضع واختراع، إذ يقدر كلّ إنسان أن يخترع ماهية في نفسه غير ما اخترعها الآخر. وإذا ادّعى هذا أنّ الماهية هي "الحيوان النّاطق" أمكن الآخر أن يقول بل هي الحيوان الضّاحك. وإذا قال هذا إنّ الحيوانيّة ذاتيّة للإنسان بخلاف العدديّة للزّوج والفرد أمكن للآخر أن يعارضه ويقول: بل العدد ذاتي للزّوج والفرد واللون ذاتي للسّواد بخلاف الحيوان فليس ذاتيّا للإنسان. إذ مضمون هذا كلّه أن يأتي شخص إلى صفات متماثلة في الخارج فيدّعي أنّ الماهية التي يخترعها في نفسه هي هذه الصّفة دون هذه. فإنّه إن جعل هذا مطابقا للأمر في نفسه – وهو قولهم - كان مبطلا، وإن قال: هذا اصطلاح اصطلحته، قوبل باصطلاح آخر، وكان هذا ممّا لا فائدة فيه"[278].

● في نفس السّياق، يقول "نيتشه": "في عالم الصّيرورة ... (لا يمكن أن تكون) ... فرضيّة ... الماهية ... إلاّ خطأ"[279]. وفي مكان آخر يضيف: "... النّوع ... خطأ نرتكبه في كلّ مكان ... (و) يجب أن لا نؤوّل هذه الضّرورة التي نحن فيها والتي تجبرنا على خلق ... أنواع ... على أنّها ستجعلنا قادرين على تحديد ما هو العالم الحقيقي، بل يجب أن نرى فيها ضرورة تَدَبَّرْنَا بها لأنفسنا عالما يجعل وجودنا ممكنا. إنّا نخلق بهذا عالما يبدو لنا قابلا للتّوقّع ومبسّطا ومفهوما ... إنّ الضّرورة الذّاتيّة التي نجد أنفسنا فيها والتي تجبرنا على الاعتقاد في المنطق تعبّر عن هذه الواقعة البسيطة: إنّنا وقبل أن نعي بالمنطق، لم نفعل شيئا إلاّ أنّنا أدخلنا مسلّماته في الصّيرورة، وها نحن الآن نجدها في الصّيرورة، ولم يعد بإمكاننا صنع شيء آخر، وإذن صرنا نعتقد أنّ هذه الضّرورة تضمن لنا الحقيقة. نحن الذين خلقنا ... الماهية ... (والتي) بواسطتها عملنا طويلا على أن نسوّي بين الأشياء، على أن نكبّر صورها

---

[277] يقول "ميل" (مرجع سابق باللغة الفرنسيّة، الكتاب الأوّل، الفصل الثّالث، الفقرة 6)لا توجد ماهية (أولى) دون أوصاف ولا أوصاف دون ماهية أولى.

[278] ابن تيمية، مرجع سابق، ج 1، ص 87.

[279] "نيتشه"، إرادة الاقتدار، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، ص 74، عدد 128.
« Dans un monde du devenir … , l'hypothèse … de la substance … ne peut être qu'une erreur».

ونبسّطها. إنّ العالم يبدو لنا منطقيّا لأنّنا بدأنا بجعله منطقيّا."[280].

ويقول "نيتشه"، في نفس هذا الاتّجاه ولكن في كتاب ثان[281]، إنّ المنطق "... يرتكز على مسلّمات لا يوجد ما يقابلها في عالم الواقع ..."[282]. ويضيف، في كتاب ثالث[283]، إنّ المنطق ضروري لبقاء البشريّة وأنّ "الإنسان لا يمكنه أن يحيا دون أن ينضمّ إلى اختلاقات المنطق"[284].

● والحاصل ممّا سبق أنّ الماهية أو الماهية الثّانية (إلخ) اختراع (والعبارة لابن تيمية) أو خطأ (والعبارة لـ: "نيتشه") أو شيء موجود في الأذهان لا في الأعيان[285].

* فإذا مررنا إلى المعنى الرّابع للماهية كما جاء عند "لالاند" أي إذا مررنا إلى المادّة، وجدنا في الوسط القانوني من يعتبرها كذلك أي من يعتبرها ماهية ووجدنا من يتّخذ موقفا مخالفا. ونفس الأمر نجده مع أوصاف أخرى مثل مصدر الشّئ ... فـ: "أوبري" و"رو" لا يريان أنّنا أمام ماهية أمّا غيرهما

---

[280] "نيتشه"، إرادة الاقتدار، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، ص 76 و77، عدد 135.
« … L'espèce … c'est la même erreur que l'on commet partout … il ne faut pas interpréter cette nécessité où nous sommes de créer … des espèces … comme si elle ; il faut y voir la devait nous mettre en mesure de fixer ce qu'est le monde vrai nécessité de nous accommoder un monde qui nous rende l'existence possible ; nous créons par là un monde qui nous paraît prévisible, simplifié, intelligible … la nécessité subjective où nous sommes de croire à la logique exprime ce simple fait que, longtemps avant de prendre conscience de la logique, nous n'avons fait autre chose que d'introduire ses postulats dans le devenir: à présent nous les retrouvons dans le devenir, - nous ne pouvons plus faire autrement - et nous pensons alors que ! C'est nous qui avons créé… la cette nécessité nous est garante d'une vérité substance… d'après (laquelle) nous avons le plus longtemps travaillé à tout égaliser, à tout grossir et tout simplifier. Le monde nous paraît logique parce que nous avons commencé par le rendre logique. »
انظر أيضا حول نفس المسألة: عدد 211 إلخ من نفس الكتاب.

[281] " نيتشه "، الإنساني المفرط في الإنساني، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، ص 26، عدد 11.

[282] « La logique … repose sur des postulats auxquels rien ne répond dans le monde réel» (« par exemple sur le postulat de l'égalité des choses »).

[283] "نيتشه"، خارج الخير والشّرّ (باللغة الفرنسية)، باريس، ڤاليمار، 1971، ص 24، عدد 4.
NIETZSCHE (F), Par-delà bien et mal, Paris, Gallimard, 1971, p. 24, n° 4.

[284] « … L'homme ne pourrait pas vivre sans se rallier aux fictions de la logique »
انظر أيضا حول نفس النقطة – والتي تتكرر كثيرا في كل كتاب من كتبه المذكورة سابقا - كتابا آخر لـ "نيتشه": المعرفة المرحة، ص 216 وما بعدها، عدد 111.

[285] انظر أيضا نفس الفكرة:
« Convaincus que les classes ne sont que des dénominations, nous n'imaginons pas de supposer qu'il existe dans la nature des genres et des espèces, et nous ne verrons dans ces mots, genres et espèces, qu'une manière de classer les choses suivant les rapports qu'elles ont à nous et entre elles ». CONDILLAC, Les premiers développements de l'art de penser, Paris, L'esprit et Debure, p. 108.

فنعم.

ويبدو، لمن يتأمّل ما سبق، أنّ الخوض في الماهية وفي الأوصاف الذّاتية (إلخ) قد أفضى بعد إلى الخوض في الأوصاف العرضيّة. وسنحاول الآن البحث عن الفرق بين هذه الأوصاف وغيرها من جهة والذّات من جهة أخرى.

المسألة الثّالثة: الذّات (الماهية الأولى) والأوصاف

74. جاء عند "لالاند"[286] في حديث عن الماهية الأولى (أو "الكائن الواقعي مثل هذا الرَّجل المفرد"[287]) أنّها تعني "حقيقة تتعلّق بشخص واحد ... وهنا فالذي لا ينفصل عنه ليس فقط الأوصاف الأساسيّة (هذا اصطلاح حاشية المشروع المُرَاجع، ولكنّنا هنا في هذه الصفحات استعملنا اصطلاحا آخر هو الأوصاف الذّاتيّة) مثل الامتداد والعقل، بل وأيضا كلّ الأوصاف (إذن غير الذّاتية لأنّه ليس بعد الذّاتي إلاّ غير الذّاتي) بدون استثناء والتي يمكن إثباتها له عن حقّ، (فالماهية الأولى أو الكائن الواقعي) ليس إلاّ مجموعة هذه الأوصاف التي هي الوحيدة القابلة لأن تعرف حقّ[288].

---

[286] "لالاند"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية (، ص.1052.

[287] « …un être concret, tel homme individuel… »

[288] «Le mot substance (première) désigne une réalité individuelle …; mais alors ce ne sont pas seulement ces attributs essentiels, tels que l'étendue ou la pensée, qui en sont inséparables: ce sont tous les attributs, sans exception, qu'on en peut affirmer avec vérité; elle n'est que la totalité de ces attributs, seuls effectivement connaissable».

قارن مع: السّيستاني (السّيّد علي الحسيني)، مرجع سابق، حين قال: "ومن النظريات الفلسفية التي نهتم بها كثيراً في بحوثنا الأصولية نظرية وحدة الموجود بيان ذلك: أن النظرية المشهورة في الفلسفة التقليدية هي تعدد الموجود لجوهر وعرض، وأن الوجود الجوهري ما كان موجودا لا في موضوع والوجود العرضي ما كان وجوده في الموضوع، واختلف أصحاب هذه النظرية في كون التركيب بينهما إذا اجتمعا هل هو تركيب اتحادي أم تركيب انضمامي كانضمام الحجر للحديد في بناء الدار مثلاً، ولكننا نختار ما طرحه بعض فلاسفة الغرب كالفيلسوف الفرنسي ـ روسّو ـ وبعض فلاسفة الشرق وهو آقا علي مدرسي من اتحاد هذين المفهومين وهما الجوهر والعرض وجوداً، وذلك لأن الموجود شيء واحد في الخارج إلا أنه يعيش حركة تطورية تكاملية والأعراض ما هي إلا أنحاء وجوده التطوري وألوان حركته التكاملية المتجددة لا أنها وجودات محمولية أخرى ترتبط بوجوده وتنضم إليه، وقد رتبنا على هذه النظرية كثيراً من البحوث الفلسفية " (ص 20). ويضيف"السّيستاني" في مكان لاحق: " لقد قال علماء الاجتماع والتاريخ بان اللغة دليل حضارة المجتمع، فاللغة المتكاملة تعكس تكامل المجتمع فسعة آفاقها واشتمالها على المفردات القانونية والصناعية والفنية كاشف عن حضارة المجتمع وتطوره، كما أن اللغة لسان معبر عن نوع التفكير الاجتماعي، فمثلاً الجملة الاسنادية في اللغة العربية نحو زيد قائم لا تشتمل الا على طرفين موضوع ومحمول مما يدل على كون النسبة الاسنادية بالمفهوم العربي تعني اتحاد الطرفين وجوداً والهوهوية (كلمة مركّبة من « هو هو » معناها أنّ المحمول عين الموضوع) المصداقية بينهما، بينما هذه الجملة في اللغة الفارسية واليونانية تحتاج لرابط وهي كلمة ـ است ـ أو ـ استين ـ مضافاً لوجود الموضوع والمحمول مما يدل على كون مفهومها في الفكر الفارسي عبارة عن ثبوت شيء لشيء ـ أي ثبوت القيام لزيد ـ وهذا المفهوم يحتفظ بالغيرية والاثنينية بين طرفي القضية بخلاف المفهوم العربي الذي يعكس الوحدة والاندماج، فاللغة إذن دليل على نوع التفكير الاجتماعي " (ص38). ويقول كذلك: "... حينما دخل علم الفلسفة أوساط المجتمع العربي احتاج علماء العرب لترجمة الأفكار الفلسفية وانتخاب الفاظ عربية للتعبير عنها، سواءاً على مستوى المركبات أم على مستوى المفردات، فمثلاً بالنسبة إلى المركبات نرى أن الجملة الاسنادية نحو زيد قائم يختلف تصورها في الارتكاز العربي عن تصورها في الارتكاز الفارسي أو اليوناني، فالجملة في العرف العربي تعبر عن هوهوية واتحاد بين وجودين، وجود زيد ووجود القيام من دون أن تشم رائحة الغيرية والاثنينية بينهما، بينما مفهوم هذه الجملة في العرف الفارسي واليوناني يعني ثبوت شيء لشيء آخر فهو يحافظ على الغيرية والاثنينية بين الطرفين، ولذلك يحتاج لوجود الرابط بينهما كلفظ ـ است ـ في الفارسية و ـ أستين ـ في اليونانية، وحيث إن الفكر المنطقي بدأ على يد اليونانيين لذلك

هذا الكلام لـ: "لالاند" يدعّمه ما ورد في المسألة الأولى على لسان "نيتشه" والذي مفاده أنّك إن محوت الأوصاف اضمحلّ الموصوف[289]. فليس هنالك إذن إلاّ الأوصاف[290].

أصبح التصور المنطقي للقضية وهي الجملة الخبرية موافقاً للعرف اليوناني، وحينما ترجم علم المنطق إلى العربية ترجم هذا التصور أيضاً لكن لما لم يوجد في اللغة العربية ثلاثة أطراف- موضوع ومحمول ورابط - لأن العرف العربي لا يرى القضية بمعنى ثبوت شيء لشيء بل بمعنى اتحاد الوجودين فلا تحتاج لوجود رابط بحسب ارتكازه، استعار العلماء لفظ - هو- للتعبير عن الرابط محافظة على التصور المنطقي المتأثر بالعرف اليوناني، فقالوا: القضية ثلاثية الأطراف نحو زيد هو قائم" (ص 60). انظره أيضا في ص 155 و156: "لقد ذكر علماء النفس أن طريقة التفكير ترتبط ارتباطاً وثيقاً باللغة المستخدمة عند التفكير، فإن اللغات العالمية لا تختلف اختلافاً لفظياً فقط بل ان كل لغة تتضمن بين ثناياها طريقة معينة للتفكير والتحليل، فمثلاً كثيرمن اللغات تختلف عن اللغة العربية في تقديم المسند على المسند اليه بعكس اللغة العربية وهذا له تأثير كبير في طريقة التفكير والتحليل الذهني. كما أن اللغة الفارسية واليونانية تستلزم تصور القضايا الحملية على أنها من باب ثبوت شيء لشيء، لذلك يذكر فيها الرابط بين الموضوع والمحمول وهو (است أو استين)، بينما اللغة العربية تصور للذهن أن القضية الحملية من باب الهوهوية بين الموضوع والمحمول نحو زيد قائم، ولذلك عندما يعبرون عن نسبة الربط فيها يذكرون ضمير الشأن وهو - لفظ هو-. ومما لا شك فيه أن تصور القضية على النحو الأول يختلف عن تصورها على النحو الثاني، فلو كان ارتباط اللفظ بالمعنى ارتباط السّبب بالمسبب لم نجد تلازماً بين طبيعة اللغة وطريقة التفكير، إذ شأن اللفظ حينئذٍ اخطار المعنى فقط كاخطاره باي لفظ من لغة اخرى فلا يتغير نوع تصور المعنى لتغير طريقة اللفظ، بينما تأثر اسلوب التفكير باللغة المستخدمة كاشف عن علاقة الاندماج والهوهوية بين اللفظ والمعنى وانعكاس المعنى في اللفظ نفسه".

انظر حول نفس المسألة كتابا في الألسنيّة العرفانيّة: Delbecque (Nicole) (éd), Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage (ouvrage collectif), Éd Duculot, Bruxelles, 2002, p.168, 169 et 182.

وانطر أيضا: (ميلاد)خالد، الإنشاء في العربيّة بين التركيب والدّلالة. دراسة نحويّة تداوليّة، تونس، جامعة منّوبة/ المؤسّسة العربيّة للتّوزيع،1421 هـ/2001 م، ط 1، ص 366 و487.

[289] انظر عدد 70.

[290] قارن مع السّيد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص 280 وما بعدها):

"للحمل نوعان: 1 - الحمل الذاتي الأولي، وهو ما كان متقوماً بالاتحاد المفهومي بين الموضوع والمحمول والتغاير الاعتباري، ولو بالإجمال والتفصيل نحو الإنسان حيوان ناطق أو بإيهام سلب الشّيء عن نفسه ثم إثباته له نحو الناطق ناطق. 2 - الحمل الشائع الصناعي، وهو ما كان متقوماً بالتغاير المفهومي بين الموضوع والمحمول والاتحاد الوجودي في أي وعاء من أوعية الوجود ذهناً أو خارجاً، نحو الإنسان ناطق والإنسان كلي.

ج - أقسام حمل المشتق: تارة يدخل حمل المشتق في الحمل الذاتي الأولي نحو الناطق ناطق ولا ريب في صحته كما سبق،

وتارة يدخل في الحمل الشّائع، وهذا على أقسام: 1 - ما كان من الانتزاعيات نحو الإنسان ممكن ولا ريب في صحة حمله، للتغاير المفهومي بين الطرفين والاتحاد الوجودي الذهني لو كان المراد بالامكان الامكان الماهوي، أو الاتحاد الوجودي في الخارج لو كان المراد بالامكان الامكان الوجودي

بمعنى الفقر الذّاتي. 2 - ما كان من الاعتباريات نحو الخمر محرم والصلاة واجبة ولا ريب في صحة الحمل فيه، للتغاير المفهومي والاتحاد في وعاء الاعتبار، فإن المعروض للحرمة الاعتبارية هو طبيعي الصلاه الموجود في وعاء الاعتبار، لاشتراط وحدة الوعاء في

حمل شيء على آخر.

3 - ما كان من الأعراض المقولية المتأصلة نحو الانسان قائم وقاعد، وهذا القسم قد يورد عليه بإيراد مبني على القول ببساطة المشتق، وبيانه: أننا إذا قلنا زيد قائم فالحمل المذكور حمل شائع صناعي متقوم بالتغاير المفهومي والاتحاد الوجودي، فأما التغاير المفهومي فهو حاصل بلا ريب ولكن الكلام في الاتحاد الوجودي، فإننا إن اخترنا القول بالتركيب في المشتق فلا ريب حينئذٍ في وحدة الموضوع والمحمولى وجوداً لأن المراد بالمحمول الذات الواجدة للقيام وهذا المفهوم متحد وجوداً مع زيد الخارجي، ولكننا إذا اخترنا القول ببساطة المشتق وأن لفظ قائم معناه نفس معنى القيام وإنما الفرق اعتباري وهو لحاظ اللابشرط عن الحمل والبشرط لا

بعبارة أخرى: ثمّ بين الموصوف والأوصاف تغاير مفهوميّ ليس إلاّ، أمّا في الوجود فثمّ اتّحاد[291]. فالقول مثلا إنّ (موصوفا ما) له (الوصف$_1$) و (الوصف$_2$) و ... لا يُراد به "أنّ لـ (الوصف$_1$) وجودا ولـ (الوصف$_2$) وجودا آخر وقد صارا موجودين معا في (الموصوف)، إنّما المراد بمعيّة (الوصف$_1$) و (الوصف$_2$) أنّ الذّهن عند تحليل (الموصوف) وملاحظة حدِّه اعتبر معنيين أحدهما مبهم والآخر معيّن محصّل له، فهما موجودان بوجود واحد، فالوجود واحد والمعنى اثنان"[292].

عنه فحينئذ لا يوجد اتحاد وجودي بين زيد والقيام، فإن زيداً يعني الوجود الجوهري القائم بنفسه والقيام يعني وجوداً محمولياً آخر وهو الوجود العرضي القائم بالموضوع فمع تحقق الوجودين كيف يحصل الاتحاد الوجودي المقوم للحمل الشائع ؟!

والجواب: إنّ هنالك مسلكين في وجود الأعراض: 1 - مسلك الآقا علي المدرس وهو المختار عندنا، ومحصله: أن الأعراض ليس لها وجود محمولي خاص بها وإنما الوجود الجوهري يعيش في صميمه حركة تطورية تتشأن بعدة شؤون وتتلون بعدة ألوان والاعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهري المتطور، فحينئذ ليس عندنا وجودان في الخارج بل وجود واحد والاعراض نابعة من صميم هذا الوجود الواحد من دون أن توجب تعدداً وجودياً له، نظير المادّة الهيولائية المتصورة بعدة صور نوعية من دون أن يكون للمادة وجود آخر غير وجود الصورة المحددة لها، وعلى هذا المسلك فالاتحاد الوجودي المقوم للحمل حاصل.

2 - مسلك المشهور من تعدد الوجود لموجود جوهري قائم بنفسه وموجود عرض قائم بموضوعه، والاتحاد الوجودي

المعتبر في الحمل حاصل حتّى بناءً على هذا المسلك.

بيان ذلك: إنّ الفلاسفة قسّموا الحمل الشّائع لقسمين:

1- حمل حقيقي ذاتي.

2- حمل مجازيّ عرفي.

والمراد بالقسم الأول ما كان المحمول فيه منتزعاً من ذات الموضوع من دون وجود واسطة بينهما، لا واسطة في الثبوت ولا واسطة في العروض، نحو الوجود موجود والضوء مضيء والبياض أبيض، ولا إشكال في صحة هذا الحمل للتغاير المفهومي بين الطرفين بلحاظ دخالة حيثية اللابشرط في مفهوم المحمول ودخالة حيثية البشرط لا في مفهوم الموضوع

وللاتّحاد الوجودي بينهما.

والمراد بالقسم الثّاني ما كان المحمول فيه أجنبياً عن الموضوع، وهو نوعان: 1 - الحمل المجازي الأدبي، أي ما يعد بنظر العرف تجوزاً لا حقيقة نحو الميزاب جاري، فإن الحمل هنا حمل مجازي حتى بنظر العرف لعدم الاتحاد الوجودي بين الموضوع والمحمول وإنما حمل عليه لواسطة جلية في العروض وهي جريان الماء فيه، وهذا النّوع من الحمل خارج عن محلّ كلامنا.

2 - الحمل المجازي العقلي، أي ما يعد بنظر العرف حملاً حقيقياً وإن كان بنظر العقل حملاً مجازياً، لأن هذا الحمل مستند لواسطة في العروض ولكن لخفاء هذه الواسطة عند العرف عده العرف حقيقياً ولجلائها عند العقل المتأمل كان الحمل مجازياً عنده، ومثال ذلك الإنسان موجود، فإن الموجود في الحقيقة هو الوجود لا الانسان ولكن لأجل وجود واسطة خفية وهي كون الماهية حداً للوجود صح حمل الموجود على الانسان، فهو حمل حقيقي عرفاً لخفاء الواسطة وحمل مجازي عقلاً لمعرفة الواسطة عند العقل.

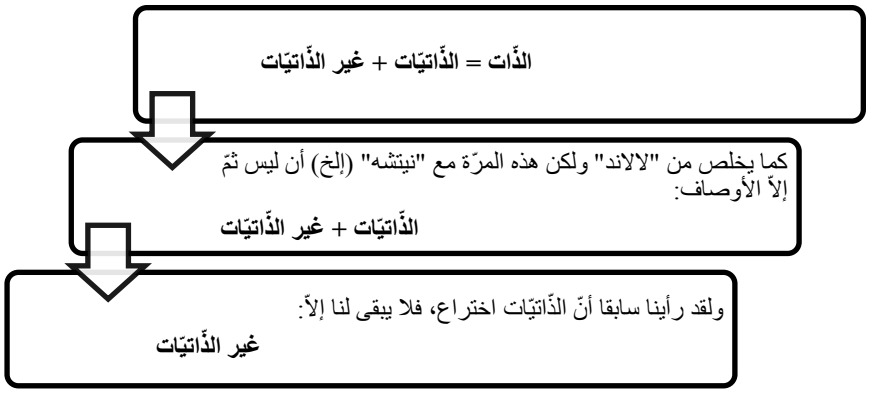
ومثال ذلك - أيضاً - الجسم أبيض، فإن الأبيض في الواقع هو البياض لا الجسم لكن لوجود واسطة وهي تقوم وجود البياض بوجود الجسم، سواءاً فسرنا هذا التقوم بالتركيب الانضمامي كما هو رأي بعض الفلاسفة ام فسرناه بالتركيب الاتحادي كما هو رأي البعض الآخر منهم فهذا الحمل حقيقي عرفاً لخفاء الواسطة مجازي عقلاً للعلم بها عند العقل ". انظر أيضا ص294 وما بعدها.

[291] انظر عدد 72.

[292] بتصرّف عن الحيدري (السّيّد كمال)، المذهب الذّاتي في نظريّة المعرفة، دار فراقد، إيران. قم، 2005، ص 24. الهامش 1.

ويخلص من "لالاند" – إذا استعملنا اصطلاح م.ا.ع: الذّات[293]، وأضفنا إليه الاصطلاح الذي تعوّدنا عليه في هذه الصّفحات (الأوصاف الذّاتيّة أو الذّاتيّات[294]، والأوصاف غير الذّاتيّة أو غير الذّاتيّات[295]) -:

أنّ الذّات (هذا القلم الذي أكتب به / هذا الشّخص الجالس أمامي/ إلخ.) هي الذّاتيات زائد غير الذّاتيات:



وهكذا ليس هنالك إلاّ غير الذّاتيّات. لكن لنتّفق مرّة أخرى: ليس هنالك ماهية أولى مستقلّة عن الأوصاف غير الذّاتية. فهنا ثمّ تغاير مفهومي. لكن هناالك وحدة في الوجود. ولا يمكن تصوّر ماهية أولى دون أوصاف كما لا يمكن تصوّر أوصاف دون ماهية[296].

ويفهم من الغزالي، حين يحدّثنا عن طريق اكتساب الحدّ، أنّه تؤخذ أمور هي غير الذّاتيّات التي ليست اختراعا[297] فتُتأمل ثمّ يوضع الجنس والفصل أي توضع الذّاتيّات[298]. فالذّاتيّات إذن تضاف إضافة[299]. وعلى هذا فالذي نفرّق به

---

293 كما تقدّم وردت هذه العبارة كاسم للصّورة الأولى الواردة بالفصل 45.

294 استعملت م.ا.ع عبارة النّوع.

295 استعملت م.ا.ع عبارة الوصف.

296 "ميل" ("جون ستيوارت")، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل الثّالث، الفقرة 6.

297 يقول الغزالي نأخذ " شخصا من أشخاص المطلوب حدّه بحيث لا ينقسم".

298 يقول الغزالي إنه وبعد أخذ ما سبق ينظر "من أي جنس من جملة المقولات العشر، فنأخذ جميع المحمولات المقوّمة لها التي في ذلك الجنس ولا يلتفت إلى العرض واللازم بل يقتصر على المقوّمات ثمّ يحذف منها ما تكرّر، ويقتصر من جملتها على الأخير القريب ونضيف إليه الفصل . فإن وجدناه مساويا للمحدود من وجهين فهو الحدّ. ونعني بأحد الوجهين: الطرد والعكس والتساوي مع الاسم في الحمل. فمهما ثبت الحدّ انطلق الاسم ومهما انطلق الاسم حصل الحدّ. ونعني بالوجه الثاني المساواة في المعنى، وهو أن يكون دالاً على كمال حقيقة الذّات لا يشذّ منها شيء".

(ما ورد بهذا الهامش وبسابقه مأخوذ من المعيار، مرجع سابق، ص 265 و266).

وينبغي أن نشير إلى أن الغزالي قال (نفس المرجع، ص 271 و272) إنّ "رعاية الترتيب في هذه الأمور

بين شيئين هو في الحقيقة غير الذّاتيات والتي هي ليست اختراعا[300].

شرط للوفاء بصناعة الحدود وهو في غاية العسر. ولذلك لما عسر ذلك اكتفى المتكلّمون بالمميّز فقالوا الحدّ هو القول الجامع المانع ولم يشترطوا فيه إلاّ التمييز". ويقول لنا الغزالي إنّ هذا العسر هو الذي دعاه لأن يورد جملة من الحدود المعلومة (ص 273 وما بعدها) في مادّة الإلهيّات والطّبيعيّات والرّياضيّات.

[299] قرّب ما سبق من هذا القول:

" Suivant Mill, nous ne pouvons « réaliser un concept dans la pensée abstraction faite des éléments concrets qui sont les caractères d'un individu ou qui sont représentés par l'imagination.- Nous ne pouvons imaginer d'objet adéquat à la notion générale du mot *homme* ; car l'homme qui serait cet objet ne serait ni grand, ni petit, ni gras, ni maigre, ni blanc, ni noir, ni homme, ni femme, ni jeune, ni vieux, mais à la fois tout cela et rien de cela…Pures création mentales. Les concepts ne sont que ce qu'on peut les concevoir, et on ne peut les concevoir comme universels, mais seulement comme parties de l'idée d'un objet particulier, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'objet particulier soit toujours le même » … Cette objection de Mill peut valoir contre les théories qui attribuent à l'esprit le pouvoir de connaître les idées ou les choses en soi, abstraction faite de tout élément sensible ; mais elle perd toute importance si on admet avec Kant que les formes de la pensée sont à la vérité vides par elles-mêmes, tant que l'expérience ou l'imagination ne leur fournit pas un contenu…Il devient tout naturel alors qu'on ne puisse imaginer une notion générale que sous la forme d'un objet particulier…En formant le concept d'homme, je me représente un homme grand ou petit, gras ou maigre ; mais puisque l'objet peut être changé, je sais que cette image n'égale pas mon concept. Ce que le concept contient en outre, c'est, suivant l'expression de Hamilton, un caractère d'universalité potentielle ". Victor Brochard, De l'erreur, Berger-Levrault et C^{ie} et Germer Baillère et C^{ie,} Paris, 1876, p. 150 et 151.

[300] يقول السّيّد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص 214 وما بعدها):" لا ريب أن شيئية الشّيء - التي بها يمتاز عن غيره ويكون حقيقة منفصلة عن الحقائق الأخرى - بصورته لا بمادته، ولكن ما هو المعيار في الصورة الفاصلة للحقيقة هل هو النظر العرفي أم النظر الفلسفي؟ **المعيار الفلسفي**: ويرى الفلاسفة أن الصورة المقومة للحقيقة هي الصورة النوعية المعبر عنها بالفصل ، فالإنسان مثلاً بناطقيته لا بجسمه، فلو تحول الجسم إلى تراب فالإنسان باق باعتبار عدم تغير صورته الإنسانية وهي روحه الناطقة. **المعيار العرفي**: وهو الذي يرى تمايز الأشياء بالصورة الشكلية والآثار الملموسة عند العرف. **وبينهما عموم من وجه**، فالجسد البشري - مثلاً - بعد فقدانه للحياة يراه العرف بأنه هو الإنسان وأنه مات، والموت والحياة حالات طارئة لا حقائق مختلفة، بينما الفلاسفة لا يعتبرون الجسد الميت إنساناً بل يعتبرونه جماداً والإنسان غيره فيختلفان حقيقة بالموت والحياة. كما أن الحليب واللبن المصنوع منه حقيقتان عرفا وذات واحدة فلسفة، لاتحاد الصورة النوعية فيهما. وبعد البيان المذكور نقول: بان المعتبر في الصورة الفاصلة للحقيقة هو النظر العرفي لا النظر الفلسفي لعدة أسباب: **أولاً**: إن الرؤية الفلسفية لا دليل على واقعيتها وصحتها، فربما يكون المعيار الواقعي في الفصل بين الأشياء هو الفصل بالعوارض والآثار...ولا دليل على لزوم كون الفاصل بالصور النوعية والفصول، ولعل الاتجاه الفلسفي في جعل معيار التمييز مبنياً على الصور النوعية والفصول تعبير عن عرف خاص في المجتمع اليوناني الذي نشأت فيه بذرة الفلسفة، ومن الواضح أن الأعراف والمجتمعات تختلف في معيار التمييز كما نلاحظ اختلاف المجتمعات في جعل بعض الفواكه أو الحيوانات تحت عنوان واحد أو عناوين متعددة. فمن المحتمل جداً كون الفلسفة اليونانية في اعتمادها على الصور النوعية كمعيار للتمييز بين الحقائق تعبر عن عرف خاص ورؤية إنسانية معينة لا أن ذلك هو المعيار الواقعي المعتمد. **ثانياً**: قد ذكر الفلاسفة أنفسهم أن الاطلاع على الحقائق الواقعية غير متيسر والفصول التي يطرحونها ما هي إلا فصول مشهورية لا فصول حقيقية، فالناطق - مثلاً - الذي جعل فصلاً للإنسان إن أريد به النطق فهو كيف مسموع وإن أريد به الفكر فهو كيف نفساني أو فعل ذهني، ومن المعلوم عندهم عدم تقوم الجوهر بالأعراض من الكيف والفعل، إذن فالناطق فصل مشهوري لا فصل حقيقي. ونتيجة ذلك: أنه كيف يمكن لنا أن نعتبر المعيار في تمييز الحقائق هو النظر

انطلاقا ممّا تقدّم، يمكن القول إنّ الفارق بين شيئين هو فارق بين غير ذاتيّات وغير ذاتيّات أخرى. وهذا الفارق قد يكون عظيما أو دقيقا بحسب الحالات. بعبارة أخرى يعدّ الفارق بين ذاتين (كائنين واقعيين) فارقا بين أوصاف (نوع معيّن من الأوصاف) وأخرى يتدرّج من العظيم إلى الدّقيق تدرّجا لا يمكن ضبطه مسبقا إذ هو يتبع الذّاتين أو الكائنين اللذين نحن بصدد البحث عن الفارق والمائز بينهما.

بعد كلّ الذي جاء أعلاه، ينبغي الإتيان بمسألة أخيرة تكون بمثابة المحصّلة.

المسألة الرّابعة: المحصّلة

75. سنضع نقطة أولى، ثمّ نقطة ثانية، ثمّ نستخرج منهما محصّلة.

* وسنبدأ النّقطة الأولى بمثال نأخذه عن الياقوت لأنّ ذكره تكرّر على لسان المشروع المُرَاجع. فلقد أورده في إطار حديث عن الذّات[301]، وفي إطار حديث عن الذّاتيّات[302]، وفي إطار حديث عن غير الذّاتيّات[303].

وحاصل ما ورد في الحديثين الأوّلين:

ياقوت وغير ياقوت، أي ذات لنسمّها (أ) وذات أخرى مختلفة عنها لنسمّها (ب).

ياقوت وزجاج، أي ذاتيّات لنسمّها (أ)' وذاتيّات أخرى مختلفة عنها لنسمّها (ب)' .

فإذا وقفنا الآن ونظرنا إلى (أ)، لم نجده مختلفا عن (أ)'. وكذلك الشّأن بالنّسبة إلى (ب) في علاقته بـ: (ب)' [304].

الفلسفي مع قصوره - كما صرح الفلاسفة أنفسهم - في الوصول لفرز الواقعيات وتحديدها". ويقول في مكان آخر (ص 314):" إنّ...التفكير الفلسفي التقليدي...يرى أن معرفة الحقائق الواقعية يتم من خلال معرفة عنصرين: ما به الاشتراك وهو الجنس وما به الامتياز وهو الفصل ، إلا أن هذا السنخ من التفكير غير مقبول عندنا لوجهين:1- عدم وجود برهان قاطع على صحته. 2 - كونه عقيماً في الإيصال لمعرفة واضحة السمات والملامح. وقد اعترف بذلك المناطقة أنفسهم، فقالوا بعدم إمكان الوصول للواقعيات وكنه حقائقها، لذلك فالطريقة المثمرة في الوصول لمعرفة الحقائق هي الطريقة التي طرحتها الفلسفة الحديثة، وهي معرفة الأشياء من خلال آثارها الحسية وعوارضها الفعلية والانفعالية... ب - ذكر المناطقة بأن الفصول المطروحة في العلوم لتحديد الواقعيات مأخوذة على نحو المعرفة للفصول الحقيقية لا على نحو الموضوعية، فمثلاً الناطق فصل مشهوري معرف بالفصل الحقيقي، وهو مبدؤه أي النفس الناطقة، والاّ فلا يعقل كون الناطق ذاتيا للإنسان، فإن المراد بالنطق إن كان هو النطق الجارحي فهو من مقولة الكيف المسموع، وإن كان هو النطق الجانحي الإدراكي فهو من مقولة الكيف النفساني أو مقولة الفعل أو الإضافة على اختلاف المباني في بحث العلم في الفلسفة، وعلى كلا التفسيرين فالناطق من العرضيات لا من الذاتيات، فلا يكون فصلاً مقوماً لحقيقة الإنسان".

[301] انظر عدد 74 من هذا العمل.

[302] انظر عدد 74 من هذا العمل.

[303] انظر عدد 74 من هذا العمل. لكن علينا أن نلاحظ أننا نأتي بتلك الأحاديث هنا لا على أنها للقانون بل على أنها للمنطق.

[304] وهذا يدلّ – كما سنؤكد على ذلك بعد قليل - أن لا فرق بين الغلط في الذات والغلط في الذاتيات. طبعا قد نقول إنّ (ب) صنف مفتوح و (ب)' صنف مغلق ومن ثمّ هما مختلفان. لكن حين ننظر إلى ما يدور في ذهن الغالط وحين ننظر إلى ما يقع عليه الغلط نجد أنفسنا دوما أمام صنف مغلق: ظنّ أنّه ياقوت فإذا به غير

وإذا أخذنا (أ) ووضعنا بجانبه (ب) [غير الياقوت أمور غير متناهية من ضمنها الزّجاج]، وجدنا أنّ الفرق بينهما هو على صعيد المادّة (إلخ) أي على صعيد غير ذاتيّات.

أمّا إذا أخذنا (أ)' ووضعنا بجانبه (ب)' ، فإنّنا لن نجد شيئا مختلفا عمّا سبق.

كلّ هذا يدلّ على أنّ اختلاف ذات عن ذات أخرى، واختلاف نوع عن نوع آخر هو اختلاف بين غير ذاتيّات وغير ذاتيّات أخرى.

هذه النتيجة بيّنة فيما يخصّ محلّ الحديث الثّالث. فالاختلاف بين الياقوتتين (الحمراء من جهة والخضراء من جهة أخرى) هو اختلاف بين لون ولون آخر، أي ومرّة أخرى بين غير ذاتيّات وغير ذاتيّات أخرى.

فالكلّ إذن سواء. وعلى هذا لا معنى للتّفرقة التي وضعها المناطقة بين الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات[305].

والاستنتاج الذي يمكن الخروج به هو أنّ شيئين (ياقوت وغير ياقوت، ياقوت وزجاج، ياقوت أحمر وياقوت أخضر، قلم وورقة، أرض وأرض أخرى، إلخ.) – ليُسمّيا كما يُشاء (ذاتين، نوعين، إلخ.) – يختلفان متى وُجِد تفاوت بين أوصاف غير ذاتيّة وأوصاف غير ذاتيّة أخرى. فإذا كان التّفاوت فاحشا كان الاختلاف بين الشّيئين كبيرا وإن لا فلا.

لكن ألا نعود بهذا الكلام إلى المنطق وإلى ما قاله "ميل"[306] عن المناطقة من أنّهم إن رأوا الاختلاف بين شيئين لا يمكن حصره ولا يرجع إلى سبب واحد قالوا ثمّ نوعان وثمّ شيئان، وإن رأوا أنّ الاختلاف يمكن حصره قالوا النّوع واحد والشيء واحد ومن هنالك الاختلاف هو فقط في العوارض؟ الجواب بالنّفي: فالشّيئان المختلفان اختلافا فاحشا في الأوصاف العرضيّة قد يكونا شيئا واحدا عند المناطقة.

* ويمكن أن نزيد على ما تقدّم – هنا نصل إلى النّقطة الثّانية – ونقول إنّه قد تتّفق الأوصاف جميعها ومع ذلك لا نكون أمام شيء واحد بل أمام شيئين. وفعلا قد يعترضنا: شيء أوّل له أوصاف (هذا القلم الذي أكتب به) وشيء ثان له نفس الأوصاف (قلم آخر له نفس الشّكل، واللون، والوزن، و... ، إلى أن نأتي على جميع الأوصاف). وإنّنا نعلم أنّ الزّمان والمكان يجعلان هذين الشّيئين مختلفين عن بعضهما البعض (إذا كان الشّيء الأوّل في الزّمان1 يملأ المكان1 فإنّ الشّيء الثّاني في نفس الزّمان سيملأ مكانا غير1)[307]. لكنّنا نعلم

ياقوت= فإذا به شئ آخر محدّد.

[305] ونقلها عنهم 45 م.ا.ع.

[306] انظر عدد 64.

[307] "بان" (ألكسندر)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 321.

أيضا أنّ الزّمان والمكان إطار، أي أمور خارجة عن الشّيء[308]، أي تحديدات لا تنتمي إليه[309]، أي أنّها ليست أوصافا له[310]. فإذا افترضنا الآن أنّنا وضعنا اليوم الشّيء الأوّل في المكان$_1$ والشّيء الثّاني في المكان$_2$، وجاء أحدُهم ليلا ووضع الشّيء الأوّل في المكان$_2$ والشّيء الثّاني في المكان$_1$، لم نستطع نحن الذين سنعود في الغد ونقف أمام المكان$_1$ أن نقول إنّا لم نعد أمام الشّيء (وهو الأوّل) الذي تركناه بالأمس وإنّنا صرنا أمام شيء أخر.

على هذا يمكن القول إنّ غير الشّيء قد نأخذه – نحن البشر – على أنّه الشّيء، والسّبب عدم وجود تفاوت بين أوصاف الشّيء وأوصاف غيره.

بعبارة أخرى نحن البشر، لكي نأخذ وعلى الدّوام الشّيء على أنّه الشّيء وغيره على أنّه غيره، أي لكي نقول وعلى الدّوام عن شيئين إنّهما مختلفان، أي لكي نقول وعلى الدّوام عن شيئين إنّهما شيئان، لا بدّ من أن نكون أمام تفاوت بين أوصاف غير ذاتيّة وأوصاف غير ذاتيّة أخرى (قيل "على الدّوام" لكي ينبّه إلى أنّه لم يُقصد أنّه وحين تتّحد الأوصاف لا نكون أمام شيئين. فلقد قلنا إنّه قد نكون أمام شيء أوّل له أوصاف معيّنة وشيء ثان له نفس الأوصاف ولكنّه ليس الشّيء الأوّل. في هذه الفرضيّة لا يمكن إعمال أحكام الغلط ما دامت جميع الأوصاف التي أريدت موجودة).

* انطلاقاً من كلّ ما سبق، يمكن الخروج بقول مفاده أن لا فرق بين هذه الأمور الثّلاثة الذّات، والنّوع، وغير الذّاتيّات.

هذا القول يعدّ محاولة حكم على المنطق، ممّا يعني أنّه قد صار بالإمكان محاولة الحكم على القانون انطلاقا من هذه المحاولة للحكم على المنطق.

---

[308] "هايدغر"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 29.
انظرإلى آثارهذه النقطة في مادة الحوز والملكية: "جاردي" (جون لويس)، بحث في الأسس القبلية لعقلانيّة الأخلاق والقانون (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، 1972، ص 206 وما بعدها.
GARDIES (Jean-louis), Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 206 et s.

[309] "هايدغر"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 38.

[310] "هايدغر"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 27 وما بعدها.

الفرع الثّاني: الحكم على القانون انطلاقا من الحكم على المنطق

76. سنبدأ هنا بمحاولة الحكم على القانون الغربي، ثمّ نمرّ إلى محاولة الحكم على القانون الإسلامي، ونختم بمحاولة الحكم على القانون التّونسي.

المسألة الأولى: الحكم على القانون الغربي

77. سنركّز، فيما يخصّ القانون الغربي، على ذلك الذي بدا لنا أنّ م.ا.ع قد أخذت منه، ونعني القانون الفرنسي. لكن بما أنّ القانون الفرنسي تأثّر بالقانون الرّوماني، فسنبدأ بهذا، ثمّ نختم بذاك.

الجملة الأولى: الحكم على القانون الرّوماني

78. لم يقبل القانون الرّوماني، في البدء وإلى حدّ القرن الثّاني للميلاد، إلاّ بالغلط في طبيعة العقد وبالغلط في ذات الشّيء وفي ذات الشّخص. لكن، وفي مرحلة لاحقة أي في بداية القرن الثّالث، أخذ بالغلط في المادّة منظورا إليها من زاوية كونها ماهية (المعنى الرّابع)[311]. ولإعطاء صورة كاملة عن القانون الرّوماني[312]، ينبغي أن يُضاف أنّه – وفي حقل بيع الحيوان والرّقيق - قبِل ببعض العيوب التي تمنع الاستعمال. بعبارة أخرى، في هذا الميدان الخاصّ، قبِل بغير الذّاتيّات.

79. على هذا، فالقانون الرّوماني قال بالذّات، وقال في نطاق خاصّ بغير الذّاتيّات. ومن يَقُلْ ما سبق، يكون قد قال بالذّاتيّات. لذا يمكن القول إنّ نظرة "التّثليث" التي وجدت في المنطق قد مرّت إلى القانون الرّوماني. هذا يعني أن بالإمكان سحب ما قيل عن المنطق وتطبيقه على القانون الرّوماني. ويمكن أن ندقّق هذا الكلام بالقول إنّ الرّومان قبلوا في البدء الذّات ورفضوا غيرها. لكنّنا نعلم ممّا سبق أن لا فرق بين تلك الذّات وهذا "الغير". هذا يعني أنّ القانون الرّوماني قبل "الغير" في نفس اللحظة التي ظنّ فيها أنّه قد رفضه. ثمّ إنّ هذا القانون أدخل بعض غير الذّاتيّات وأوصد الباب في وجه المتبقيّ منها. لكنّنا نعلم أنّ الذّات مقبولة، وهذه لا فرق بينها وبين غير الذّاتيّات. وعلى هذا فما تُرك في الخارج وغُلِّقتِ الأبواب كي لا يدخل البيت هو بعدُ متربّع فيه.

ويبدو أنّ نظرة "التّثليث" هذه قد مرّت من القانون الرّوماني إلى القانون الفرنسي.

الجملة الثّانية: الحكم على القانون الفرنسي

80. احتوى القانون الفرنسي على الذّات (إلى جانب الطّبيعة ووجود

---

[311] "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") و"شاباس"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 159 وعدد 163.
انظر أيضا: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 215.
ويقول الأوائل إن الغلط هنا مانع، ويقول الثانون إنه معدم للرضا.

[312] جاءت هذه الصورة عند:"مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") وشاباس، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 163.

السّبب) وعلى كلمة الماهية.

فلقد جاءت الذّات (لا كلفظ طبعا) بالفصل 1108 م.م.ف (ومعها بنفس الفصل الطّبيعة والسّبب[313]، والسّبب جاء أيضا بالفصل 1131 كما تقدّم معنا حسب "أوبري" و"رو"[314]). أمّا لفظة الماهية فجاءت بالفصل 1110 (يلاحظ هنا أنّه لم تفهم الماهية في هذا الفصل على أنّها تشمل الماهية الأولى). ولقد اختلف في معناها: فبعضهم جعلها للذّاتيّات وللمادّة رافضا مدّها للقِدَم وللمصدر[315]، وبعضهم الآخر جعلها لكلّ ما رآه الأطراف أساسيّا أي بالتّحديد لغير الذّاتي[316].

81. وعلى هذا، فالمجلّة الفرنسيّة إمّا أنّها تقول بالذّات وبالذّاتيّات فقط[317]، وإمّا أنّها تقول بهما زائد بغير الذّاتيّات[318].

* فإذا قالت بالذّات وبالذّاتيّات فقط صحّ في حقّها ما سبق من أنّها تقول أيضا بغير الذّاتيّات. ولعلّه يجب أن نشير هنا إلى أنّ الذين ينسبون إلى م.م.ف هذا الموقف يضيفون بأنّ غير الذّاتي يُقبل لو أنّه جعل صراحة[319] أو ضمنا[320] شرطا[321].

* أمّا إذا كانت تقول بهذه الأشياء جميعا (الذّات /الذّاتيّات /غير الذّاتيّات)، فستكون كالمنطق من أصحاب "التّثليث"، وسيصحّ في حقّها ما صحّ في حقّه[322].

ولعلّ السّؤال الآن هل كان الفقه الإسلامي بدوره "منطقيّا" (كما قالت لنا الحاشية الجانبيّة من المشروع المُرَاجع الخاصّة بالفصل 50).

المسألة الثّانية: الحكم على القانون الإسلامي

82. لو سُمِح بالمجاز مرّة أخرى، لقلنا إنّ الفقه الإسلامي ليس "تثليثيّا"،

---

313 "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") وشاباس، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 161، ص 151.

314 "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

315 وهذا هو موقف "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرر.
وموقف "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 86.
و"دومولومب" يزيد مادة العيوب في البيع (ج 24، عدد 107)، ولكن سنعود إليه لاحقا.

316 "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 490 وما بعدها. ويقول "لوران" إن موقفه هو موقف "بوتيي" و"دوما" وإن هذين هما اللذان اتبعتهما م م ف (عدد 488).

317 في كل هذه التحاليل تركنا مسألة العيوب الخفية لأننا سنعود إليها لاحقا.

318 ولقد رأينا "لوران" ينسب هذا القول إلى م م. وينبغي أن ندقق هنا وأن نقول: إنّ لفظة الفصل 1110 اعتبرت لغير الذاتي. لكنّ قانونا يقبل غير الذاتي يقبل من باب أولى الذاتي. وإنّ هذا هو الذي يبرّر ما جاء في المتن.

319 "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 97.

320 "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 98.

321 انظر إلى "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرر.

322 لعله ينبغي أن نشير هنا إلى أن الذين يرون 1110 للذاتيات فقط يرون هذه الصورة غير خطيرة. أمّا "لوران" الذي يراها للذاتيات ولغير الذاتيات (عدد 490) فيصف الذاتيات بالخطيرة، بل لعله يمكن القول إنه لا يدخلها أصلا في 1110.

بل "ثنويّا". ولعلّه يسمح لنا لاحقا وحين ننظر من زاوية معيّنة أن نقول إنّه "توحيدي":

* هو ليس "تثليثيّا" لأنّه لا يعرف الذّات كصنف مستقلّ، فلقد وجدنا ابن عاصم يستعمل اسم الذّات في مثال الياقوت الذي يظهر غير ياقوت[323]. نفس هذا المثال سُمّي عند آخرين جنسا. ممّا يعني أنّنا أمام اسمين نعم، لكن أمام صنف واحد لا صنفين[324].

* وهو "ثنوي" لأنّه يفرّق بين الذّاتيّات وغير الذّاتيّات[325]. ولا يخرجه من "الثّنويّة" إلى التّثليث فصله داخل غير الذّاتيّات بين التّفاوت الفاحش وغير الفاحش، لأنّ غاية هذا الفصل أن يجمع الفاحش مع الذّاتيّات، ومن ثمّ أن يبتعد هذان عن غير الفاحش.

وفعلا فإنّ الفقه الإسلامي يقسّم الغلط إلى قسمين غلط في الجنس، وغلط في غير الجنس:

ومثال الأوّل عدم العلم بأنّنا أمام زجاج وعدم العلم بأنّنا لسنا أمام ياقوت[326]. أمّا مثال الثّاني فعدم العلم بأنّنا أمام ياقوت أصفر وعدم العلم بأنّنا لسنا أمام ياقوت أحمر[327].

---

[323] انظر عدد 33 من هذا العمل.

[324] انظر إلى هذا الصنف عند: السنهوري (عبد الرزاق)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بيروت، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، ج 2، ص 106 وما بعدها. وانظر المراجع التي استعملها.

[325] انظر:

1- أبو زهرة (محمد)، الملكية ونظرية العقد في الشّريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 417 وما بعدها. وانظر المراجع التي استعملها.

2- سلامة (محمد)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1414 هـ / 1994 م، ص 236 وما بعدها. وانظر المراجع التي استعملها.

3- محمصاني (صبحي)، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلامية. بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972، ج 2 ص 420 وما بعدها. وانظر المراجع التي استعملها.

4- حيدر (علي)، درر الحكام... مرجع سابق: التعليق تحت المادّة 65.

5- رستم باز اللبناني (سليم)، شرح المجلّة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1406 هـ / 1986م: التعليق تحت المادّة 65.

[326] جاء في المبسوط للسّرخسي (ج 13، ص 12 و13):" وإذا اشترى فصّا على أنّه ياقوت...إن كان المشار إليه زجاجا فالبيع فاسد **لانعدام المجانسة** ... وكذلك إذا اشترى ثوبا على أنّه هروي فإذا هو من صنف آخر فهو فاسد، لأنّ الثّياب **أجناس** مختلفة ...".

وجاء في الفتاوى الخانيّة (ج 2، ص 134):" ولو باع شيئا معيّنا وسمّاه باسم آخر، بأن قال بعتك هذا الثّوب على أنّه هروي فإذا هو مروي، لا يجوز البيع، لأنّ الهروي مع المروي **جنسان مختلفان لاختلاف الصّفة** ".

وجاء في البدائع (ج 5، ص 139 و140):" وعلى هذا يخرج إذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال بعتك هذا الثوب الهروي بكذا فإذا هو مروي، أو قال بعتك هذا الثّوب على أنّه مروي فإذا هو هروي..." (أخذ كلّ هذا عن السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 106 وما بعدها.).

[327] جاء في فتح القدير (ج 5، ص 201):"ومن المختلفين **جنسا** ما إذا باع فصّا على أنّه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلا على أنّه ياقوت أحمر فظهر أصفر صحّ ويخيّر...".

ثمّ إنّ هذا الفقه، وداخل ما ليس جنسا أو ما ليس أوصافا ذاتيّة، يفصل بين أمرين: التّفاوت الفاحش في المنفعة بين ما طلبه المشتري وحقيقة المبيع، والتّفاوت غير الفاحش. ومثال الأوّل عدم العلم بأنّ الدّار بناؤها لبن وعدم العلم بأن ليس بناءها الآجر. أمّا الثّاني فمثاله عدم العلم بما في الدّار وهو انعدام بناء ما وعدم العلم بما ليس فيها وهو ذلك البناء[328].

على هذا، صار "الواحد" وهو الشّيء ثلاثة: جنس، وغير جنس مع تفاوت فاحش، وغير جنس مع تفاوت غير فاحش. مع ذلك لا يمكن القول إنّ الفقه من أصحاب "التّثليث" (حتّى إن كان هذا "التّثليث" مختلفا عن الغربي باعتبار أنّ الفقه لا يردّ "الواحد" إلى ذات وجنس وغير جنس)لأنّه جاء بالتّفاوت الفاحش ليلحقه بالجنس، ولنصير أمام "اثنين" هما: من جهة الذّاتيّات وغير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش، ومن جهة أخرى غير الذّاتيّات مع تفاوت غير فاحش.

* ولعلّه بالإمكان القول – رغم ما ورد للتّوّ - إنّ الفقه ليس "ثنويّا"، بل هو "توحيدي"، وذلك لأنّ "الجنس" عنده له معنى مختلف عن المناطقة. للتّدليل على هذا، يتّجه تتبّع هذا النّص لصاحب "فتح القدير": "وإن كانا من جنس واحد إلاّ أنّ اختلافهما بالصّفة فاحش، كان كاختلاف الجنس (إذن الفاحش هو مثل الجنس وليس هوالجنس) ... بل ليس الجنس في الفقه إلاّ المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منهما تفاوتا فاحشا (إذن نحن أمام معنى جديد للجنس ليس هو الذي وجدناه عند المناطقة، لكن لنتأكّد من هذا بمواصلة تتبّع ما جاء في "فتح القدير")، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشا بلا نظر إلى الذّاتي (إذن معنى للجنس أو للذّاتي لا يُنظر فيه إلى الجنس أوالذّاتي، بعبارة أخرى يقول لنا صاحب "فتح القدير" إنّ الفقه اعتبر الجنس جملة أشياء تستعمل لغرض ما، فإذا كنّا أمام شيئين يتفاوت الغرض منهما تفاوتا فاحشا وضعنا كلّ واحد منهما في جنس، دون أن نلتفت إلى أنّنا أمام شيئين لهما نفس الأوصاف الذّاتيّة - أي وعند المناطقة أمام شيئين من جنس واحد - أو أمام شيئين مختلفين على مستوى هذه الأوصاف – أي وعند المناطقة أمام شيئين من جنسين -. لكن لنواصل قراءة النّص الفقهي لمزيد التّأكّد ممّا سبق) ... والمعتبر في أنّهما جنسان أو جنس واحد (إذن سيعطينا معيار تقسيم الفقهاء الشّيء إلى جنس وغير

وجاء في الفتاوى الهنديّة (ج 3، ص 140 و141):" وكذا لو اشترى كتابا على أنّه كتاب النّكاح من تأليف محمّد رحمه الله فإذا هو كتاب الطّلاق أو كتاب الطّب أو كتاب النّكاح لا من تأليف محمّد رحمه الله..." (كل هذا أخذ من السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص110 وما بعدها).

[328] جاء في بدائع الصنائع (ج 5، ص 140):" ولو قال بعتك هذه الدّار على أنّ فيها بناء فإذا لا بناء فيها، فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثّمن وإن شاء ترك، فرق بين هذا وبين ما إذا قال بعتك هذه الدّار على أنّ بناءها آجرّ فإذا هو لبن أنّه لا ينعقد، ووجه الفرق أنّ الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا **فالتحقا بمختلفي الجنس** على ما بينّا فيما تقدّم" (أخذ عن السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 111).

جنس) تفاوت الأغراض (إذن هذا هو المعيار) تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس (إذن المعيار يعطينا ما هو جنس)، أو قريبا فيكون من الجنس الواحد (إذن المعيار يعطينا ما ليس جنسا)، دون اختلاف الأصل يعني الذّاتي (التّثخين منّا، وأردنا أن ننبّه به على أنّ الفقهاء – وقد نسب صاحب "فتح القدير" كلّ ما ورد أعلاه لا لنفسه بل للفقه - اعتبروا أنّا لو كنّا أمام شيئين من جنس واحد حسب رؤية المنطق، وكان هذان الشّيئان متفاوتين تفاوتا فاحشا على مستوى الغرض منهما، فنحن ومن منظورهم، أي ومن منظور الفقه، أمام جنسين لا أمام جنس واحد. ويمضي النّص الفقهي الذي نحن بصدده في هذا الاتّجاه ويعطينا مثالا فيقول:). ولذا قالوا الخلّ مع الدّبس جنسان مع اتّحاد أصلهما (ولعلّه ينبغي أن نهتمّ بهذا المثال وأن نقول إنّ الدّبس هو عصير العنب المغلّى المكثّف، فالخلّ إذن وعصير العنب جنس واحد عند الفقه، ولقد سبق أن رأينا[329] كيف أنّ الرّومان، وأمام مثال الخلّ والخمر عدّوا الأمر جنسين. وعلى هذا لم يخرج الرّومان من تصنيف المناطقة. ويبدو – كما سنرى ذلك لاحقا - أنّ م.ا.ع كانت مثلهم)[330].

وقد يقال انطلاقا ممّا سبق: نعم الفقه ليس "تثليثيّا " "تثليثيّة" المنطق، نعم لم يأت داخل المنطق ويمحو صنفا ليدخله ضمن آخر ويقول بثنويّة هي في النّهاية داخلة في فضاء المنطق، لكنّ هذا الفقه قال بصنفين، ومن ثمّ فهو "ثنوي"، وإن كانت هذه "الثّنويّة" ذات معنى جديد[331].

وقد يُقبل ما سبق، لكن وإلى جانبه يمكن أن يُنظر إلى الأمر من زاوية أخرى فيُقال إنّ الفقه "توحيدي" لأنّه عدّ "الشّيء" مفهوما واحدا. لكن، لأنّ هذا الواحد يتركّب من طبقات أو درجات متفاوتة، عمد الفقه المذكور إلى الفصل بينها.

83. والحاصل ممّا سبق أنّ المناطقة جاؤوا بـ"التّثليث" وقالوا بـ:الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات. ولقد اتّبعهم الرّومان ومن بعدهم الفرنسيّون. لكن الفقه الإسلامي ابتعد عن المنطق وجاء بتصنيف خاصّ به[332].

---

[329] انظر عدد 64 من هذا العمل.

[330] انظر إلى "فتح القدير"، ج 5، ص 206 عن السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 108.

[331] يؤكد قولنا إننا أمام معنى جديد ما جاء عند الزيلعي من "أن الذكر والأنثى من بني آدم مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فإن المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار...فصارت جنسا آخر غير الذكورة ومن غيره (يقصد الكبش والنعجة) جنس واحد لتقارب المقصود فإن المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالذكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا **واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد**" انظر الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، مصر، ط 2، ص 53.

[332] سنجد لاحقا (عدد 293 من هذا العمل) المالكية تسوّي بين الجنس وغير الجنس على صعيد الجزاء، لكن لا نستطيع من خلال ما عرفناه عنها أن نقول إنها تسوّي بين الصور ذاتها ومن ثمّ تقول بالتوحيد. لذلك لم ندخلها في النقاش الوارد أعلاه.

والسّؤال الآن: هل اتّبعت م.ا.ع الفرنسيّين ومن قبلهم الرّومان وكانت من ثمّ مع المنطق، أم أنّها اتّبعت الفقه وخرجت من هنالك عن فضاء المعنى الذي أوجده المناطقة؟

المسألة الثّالثة: الحكم على القانون التّونسي

84. جاء بالحاشية الجانبيّة للفصل 50 من المشروع المُرَاجع أنّ الفقه الإسلامي[333] في مادّة الغلط كان محكوما بالمنطق[334]. لكنّ ما سبق من تحاليل يفيد أنّ القول بوجود نقل عن المنطق صحيح لو كان المعنيّ به لا القانون الإسلامي بل القانون الرّوماني ومن بعده القانون الفرنسي.

85. ويبدو أن بالإمكان نقل القول بالنّقل عن المنطق إلى م.ا.ع. لكن قبل ذلك ينبغي تحليل ما جاء فيها. فلقد تحدّث فصلها الخامس والأربعون عن الذّات (وهذا موجود في المنطق وفي القانون لدى الرّومان والفرنسيّين) ثمّ عن النّوع (وهذا أيضا موجود في نفس المكانين) ثمّ عن الوصف الموجب للتّعاقد. وينبغي الوقوف عند هذه الصّورة مرّتين:

مرّة للقول إنّ عبارة "وصفه" عامّة (مفرد معرّف بالإضافة: أضفنا له الضّمير المتّصل المفرد المذكّر الغائب: "ـه") لأنّها تحوي الذّاتي وغير الذّاتي. ومؤوّل العامّ مدعوّ للبحث عن قصد صاحب العامّ من عامّه. فإذا فعل: إمّا أن لا يجد هذا القصد، عندها يُجري العامّ على عمومه؛ وإمّا أن يجده، حينئذ يُجري العامّ على ما يوافق ما وجده. هذا الكلام واجب التّدقيق بحسب ما إذا وجد الباحث قصدا مباشرا أو لم يجد:

فإذا لم يجد القصد المباشر، عندها سنكون - بالنّسبة إلى الحالة التي تخصّنا - أمام عبارة لنسمّها (أ) لها معنى لنسمّه 1، وأمام عبارة لنسمّها (ب) لها المعنى 1 ولكن لها معنى آخر لنسمّه 2. هنا تفتح ثلاث إمكانيّات تأويليّة (طبعا إذا كان معنى (أ) لا يحتمل النّزاع).

الإمكانيّة التّأويليّة الأولى، أن تُعطى العبارة (ب) المعنى1 لا غير. مثل هذا التّأويل يفضي إلى جعل القانون محتويا على تكرار وعلى إعادة، أي يفضي إلى جعل القانون غير مقتصد. ومعلوم أنّ المراد المفترض للعاقل أن لا يكرّر وأن لا يعيد أي أن يقتصد (حين لا يكون للتّكرار وللإعادة ولعدم الاقتصاد فائدة). وإنّه وحين يحتمل كلام العاقل معنيين: واحد يؤدّي إلى أن يكون في هذا الكلام تكرارا دون فائدة وثان يؤدّي إلى أن لا يكون ما سبق، فالأقرب لقصد العاقل المعنى الأوّل. ويعبّر في مادّة التّأويل عمّا جاء للتّوّ بـ: "الحجّة

---

[333] وخاصّة منه الفقه الحنفي.

[334] قالت الحاشية بالتحديد إنه محكوم بالفكر الإغريقي (لكن ما الفكر الإغريقي هنا سوى أنه الفلسفة ومن ثمّ المنطق): "إن الفقه الإسلامي المتعلق بالغلط، وخاصة المدرسة الحنفية، محكوم بالأفكار الإغريقية".
« La doctrine musulmane de l'erreur, notamment celle de l'Ecole hanéfite, est dominée par les idées helléniques ».

الاقتصاديّة"، أو "مبدأ عدم التّكرار"، أو "قاعدة الإفادة أولى من الإعادة والتّأسيس خير من التّأكيد"[335]. وبناءً على هذه الحجّة أو المبدإ أو القاعدة، أي بناءً على مراد العاقل (وهو هنا المشرّع) المتوصّل إليه بواسطة التّخمين، سيقال إنّ الإمكانيّة التّأويليّة الأولى مقبولة أو غير مقبولة بحسب ما إذا وجد المؤوّل أو لم يجد فائدة من إعادة صاحب النّصّ للمعنى1 مرّتين. لكنّ هذه الإمكانيّة تظلّ في كلتا الحالتين غير مقبولة لأنّ فيها إقصاء للمعنى2. وفعلا ثمّ هنا رفض لمدّ العامّ إلى أحد مصادقه دون دليل من نيّة.

فإذا مررنا إلى الإمكانيّة التّأويليّة الثّانية وهي إعطاء العبارة (ب) المعنى2، قلنا إنّ هذه الإمكانيّة مقبولة بالرّجوع إلى ما جاء منذ قليل. لكنّها - ومن نفس المنظور - تصبح غير مقبولة لو وجدت فائدة من إعادة المعنى1 مرّتين.

فإذا انتهينا إلى الإمكانيّة التّأويليّة الثّالثة وهي إعطاء العبارة (ب) المعنى1 و2 معا، فهنا سيقبل الأمر أو لا يقبل بحسب ما إذا وجدت أو لم توجد فائدة من الإعادة.

على هذا ينبغي، وفي كلّ الأحوال، أن يعطى (ب) المعنى2. أمّا المعنى1 فيعطى لـ: (ب) أو لا يعطى له بحسب ما إذا تُوُصِّل بواسطة التّخمين أو لم يُتوصّل إلى وجود فائدة من الإعادة.

فإذا طبّق ما سبق على عبارات الفصل 45 ("نوعه" = الوصف الذّاتي / "وصفه": عبارة عامّة، إذن تساوي: الوصف الذّاتي + الوصف غير الذّاتي)، أدّى ذلك إلى القول إنّ عبارة "وصفه" ينبغي أن تعطى معنى الوصف غير الذّاتي. ثمّ بعد ذلك، وبحسب ما إذا وجدنا أو لم نجد فائدة من تكرار الحديث عن الوصف الذّاتي، سنضيف أو لا نضيف كمعنى لـ: "وصفه" الوصف الذّاتي. بعبارة أخرى: ينبغي البحث هنا هل ثمّ أم لا فائدة من التّكرار، أي هل ثمّ أم لا فائدة من الإتيان بخاصّ (هو النّوع) ثمّ الإتيان بعده بعامّ (هو "وصفه"). وقد نفكّر في فائدة فنقول إنّ العامّ لو أتي به وحده لكان ثمّ احتمال أن يعمد مؤوّل إلى

---

[335] إن لعدم الاقتصاد أو للتكرار أو للإعادة فوائد منها الإصرار والتأكيد (انظر "بيرلمان" و"تيتيكا"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 194 وما بعدها، وص 236 وما بعدها، وص 633 وما بعدها). وإن المؤوّل لمدعوّ – في غياب تعبير مباشر عن النيّة - وأمام فهم للقانون على أنه تعرض لصورة واحدة مرتين، أو فهمه (لو كان ذلك ممكنا طبعا) على أنه تحدث في المرتين عن صورتين، أن يعمد إلى هذا الفهم الثاني لأن المصلحة في وجود حكم يتناول صورة ما راجحة على المصلحة في التأكيد على صورة سبق التعرض إليها. وفي هذا الاتجاه يقول أحدهم إنه وحتى بالنسبة إلى جُمل من هذا القبيل:"الحرب هي الحرب"، من الواجب أن لا ننظر إليها على أنها تطبيق لمبدإ الوحدة، بل الواجب أن نتصوّر كل ما يمكن تصوّره لكي تصبح هذه الجمل ذات معنى وذلك بإعطاء كل كلمة من الكلمتين المعادتين دلالة مختلفة عن الأخرى ("بيرلمان"، الأخلاق ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 806).

أنظر أيضا القول إنّ الإفادة أولى من الإعادة والتأسيس خير من التأكيد عند ابن نجيم، مرجع سابق، ج 1، ص 391 وما بعدها، وعند علي حيدر، مرجع سابق، ج 1، ص 59 و60.

صرفه عن خصوص ما، فإذا أراد المتكلّم ألاّ يُفعل هذا مع خصوص معيّن جاء به مع العامّ[336].

لكن قد يعارض هذا الكلام – على الأقلّ بالنّسبة إلى العامّ الذي لدينا (لأنّ فيه معنيان فقط) – بالقول: لماذا لم يجئ بخاصّ (وصف ذاتي) وبعده بخاصّ آخر (وصف غير ذاتي)؟ الجواب: أنّ صاحب النّص، وفي الإتيان بالخاصّ وبعده بالعامّ، أي في الإتيان بالخاصّ مرّتين، قد يسعى إلى تحقيق فائدة.

على هذا نعود مرّة أخرى لمسألة البحث عن الفائدة. لكنّنا لن نحتاج لإتيانه. والسّبب أنّ لدينا القصد المباشر وهو مغن عن القصد غير المباشر. وفعلا حين ننظر في الأعمال التّحضيريّة نجد ما يعدّ قرينة مخصّصة لعبارة "وصفه". ويتمثّل ما نجده في حديث عمّا سيصبح الصّورة الثّالثة من الفصل 45 (الجنس هو نفسه – الرّضا موجود – وصف غير أساسي/ثانوي qualité non essentielle / secondaire جُعل من قبل الأطراف أساسيّا: إذن تبدّل للوصف غير الأساسي ليس تبدّلا للجنس / الجنس اسم آخر للوصف الذاتي / إذن تبدّل للوصف غير الأساسي ليس تبدّلا للوصف الذّاتي / إذن الوصف غير الأساسي ليس الوصف الذّاتي / ليس ثمّ بعد الوصف الذاتي إلاّ الوصف غير الذاتي / إذن الوصف غير الأساسي هو الوصف غير الذّاتي). ويمكن أن يضاف من الأعمال التّحضيريّة الأمثلة (أخذ ياقوت أخضر على أنّه أحمر، إلخ)، وهي كلّها لأوصاف غير ذاتيّة[337].

يخلص ممّا سبق أنّ لفظة الوصف –بحسب التّعبير المباشر - تفيد غير الذّاتي.

فإذا انتقلنا الآن إلى المرّة الثّانية، قلنا إنّه جاء في آخر الفصل 45 شرط ولا نعرف هل أنّه خاصّ بالصّورة الثّالثة أو أنّه يمتدّ إلى الثّانية والأولى[338]. والحديث عن شروط الغلط سنأتيه لاحقاً. لكن لنأخذ من اللاّحق القدر الذي يصلح لنا هنا. يتمثّل اللاّحق في أنّه أشير في المشروع المُرَاجع إلى "أوبري" و"رو" في مكان قالا فيه إنّ الغلط في الوصف الذّاتي يبطل، وذلك على خلاف الوصف غير الذّاتي. لكنّهما أضافا أنّ هذا ينقلب مبطلا لو أنّ الوصف جعل شرطا[339]. وإنّ الذي يهمّنا هنا أنّ الشّرط التصق بصورة غير الذّاتي. فإذا علمنا أنّ في م.ا.ع نفس الالتصاق أمكننا القول إنّها عنت بالوصف ما ليس ذاتيّا، أي

---

[336] انظر إلى الغزالي: المستصفى ... مرجع سابق، ج 2 ، ص 202.

ملاحظة: ما جاء هنا من تمشّ متعلق بنقطة من الفصل 45 (نوعه / وصفه) يمكن سحبه مع تغيير طفيف إلى نقطة من الفصل 56 (مخاتلات / كنايات) سترد في عدد 203: نوعه / وصفه ← خاص وعامّ - مخاتلات / كنايات ← عامّ وخاص.

[337] انظر حول محتوى الأعمال التحضيريّة عدد 64.

[338] انظر إلى عدد 156 من هذا العمل.

[339] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

أنّ المجلّة لم ترد بعبارتها (وصفه) عموما (الوصف الذّاتي والوصف غير الذّاتي) وإنّما خصوصا، وخصوصا معيّنا (الوصف غير الذّاتي)[340].

86. ما سبق يمكّن من القول إنّ م.ا.ع من أهل "التّثليث"، أي أنّها "ابن" للقانون الفرنسي الذي هو "ابن" للقانون الرّوماني الذي هو "ابن" (أو على الأقلّ هو "مثل") للمنطق.

ولقد رأينا "التّثليث" قابلا في ذاته للنّقاش. فليس فيه دقّة النّظر التي توجِد تقسيما صحيحا للمادّة المتناولة. بعبارة أخرى ليس في التّثليث جمعا للمتماثلات.

وإنّ هذا ليجعلنا نضع الغرب في مرتبة دون الفقه الإسلامي (*ينبغي هنا ونحن نقارن لأوّل مرّة القانون الغربي بالقانون الإسلامي [ونقارن بنفس المناسبة أحدهما أو كليهما بـ: م.ا.ع] في مادّة الغلط التّلقائي أن نأتي بثلاث ملاحظات:*

أولاها: أنّ مقارناتنا ستكون بين نقاط جزئيّة [مثال ذلك ما جاء أعلاه حول تقسيم الشّيء، فهذه نقطة من ضمن نقاط عديدة تمثّل جملتها مادّة الغلط].

ثانيها: أنّ هذه المقارنات الجزئيّة يجب أن يؤتى بكلّ واحدة منها، لكن مع استحضار ما قاله السّنهوري حين أكّد على أنّ مزيّة القانون الغربي والتي تجعله متفوّقا على القانون الإسلامي من زاوية المنهجيّة التّشريعيّة تتمثّل في كون ذاك وضع عيوب الإرادة مع بعضها البعض أمّا هذا فالعيوب فيه مشتّتة وأكثرها تشتّتا الغلط "ولا تستطيع أن تجمع أطرافه ... إلاّ إذا ضممت إلى خيار الوصف أو الخلف في الوصف خيار الرّؤية ثمّ خيار العيب، وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط. وعليك أن تجمع هذه الأحجار المتناثرة، وترصّها جميعا جنبا إلى جنب، لتشيّد منها بناءً متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظريّة عامّة للغلط في الفقه الإسلامي" [السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 265. وانظر عدد 353 من هذا العمل حيث سترد مزيّة أخرى ذات طابع عامّ يتفوّق بها القانون الغربي على الفقه الإسلامي باستثناء المالكيّة].

ثالثها: أنّنا لن نستطيع أن نأتي بهذه المقارنة ذات الطّابع العامّ في كلّ نقطة نتناول فيها مقارنة جزئيّة. وعلى القارئ أن يستحضر دوما المقارنة

---

[340] انظر ما يؤيد هذا وذلك بهامش سيرد في عدد 120.
وانظر أيضا إلى عدد 55.
وانظر علاقة الشرط الفاسخ بالبطلان النسبي وبخيار العيب والوصف وذلك بهامش سيرد في عدد 368.
وينبغي ونحن نختم هذا الحديث عن الفصل 45 من م.ا.ع أن نتعرّض إلى الغلط الذي محلّه مادّة الشّيء ونقول إنّه مسكوت عنه: فمادّة الشّيء ليست ذات الشّيء، ومادّة الشّيء ليست نوع الشّيء، ومادّة الشّيء ليست وصفا غير ذاتي من منظور من أخذ منهم الفصل 45 وهم المناطقة والفلاسفة (المادّة ماهية عندهم). وعلى هذا قد نقيس المادّة على الذات أو النوع قائلين إنّا وفي جميع هذه الصور أمام ماهية. وقد نقول بالمادّة من باب أولى لأنّها ماهية والفصل 45 قبل ما دون ذلك وهو الأوصاف غير الذّاتية.

العامّة إلى جانب المقارنة الجزئيّة لكي يكون حكمه على القانون الغربي وعلى القانون الإسلامي دقيقا).

فإذا قرّبنا من هذه النّتيجة كون م.ا.ع أخذت من ذلك الغرب وكانت من ثمّ مستوردة وتاركة للمحلّي، أمكننا القول إنّ ما هجرته كان هو المتقن. هذا السّبب كافٍ للقول إنّ أحكام م.ا.ع التي تناولناها مجانبة للإحكام، أي ليس فيها إتقان ولم تأت بما يُعدّ إصلاحا للأحكام التي كانت موجودة قبلها (بالنّظر إلى ما سبقها تكون م.ا.ع قد فعلت ما هو ضدّ للإصلاح).

87. وينبغي توسيع دائرة مقارنة م.ا.ع بما جاء في الغرب لتشمل لا فقط ما تعرّض إليه الفصل 45، بل أيضا ما بحثنا فيه بمناسبة تحليل هذا الفصل. كما ينبغي إيراد كلّ ذلك في جدول لتسهل هذه المقارنة:

	الغرب	الفقه	م.ا.ع
1- الطّبيعة	غلط خطير (1108 م.م.ف حسب "أوبري" و"رو" مثلا: الفقرة 343).	يدخل في صور عدم تطابق الإيجاب مع القبول.	الفصل 2: إذن غلط خطير.
2- وجود السّبب	غلط خطير (1108 و1131 م.م.ف حسب "أوبري" و"رو" مثلا، الفقرة 343 مكرر). * مثال: الوعد بتنفيذ وصية ألغيت.	تتبع هذه الصّورة قاعدة "لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه". انظر المادّة 72 من المجلّة العثمانيّة، وابن نجيم والحموي: مرجع سابق. ج 1، ص 461 و462. *مثال وفاء كفيل دين بعد أن أوفى الأصيل (تحت مادة المجلّة العثمانيّة). *مثال:" لو أعطى شخص آخر مبلغا ظانّا بأنّه مدين له به، ثم تبيّن له أنّه غير مدين يحقّ له استرداد ما دفع" (تحت مادة المجلّة العثمانيّة المذكورة أعلاه). كما يلاحظ، نحن أمام غلط في إطار واقعة قانونية.	الفصل 2 و67: إذن غلط خطير.
3- وصف السّبب	غلط غير خطير (1109 و1117 و1304 و1338 م.م.ف حسب "أوبري" و"رو"، الفقرة 343 مكرر). * مثال: من يعد عن	تتبع هذه الصّورة قاعدة "لا عبرة بالظنّ البين خطؤه".	غلط غير خطير.

	طريق تجديد الالتزام بدفع دين طبيعي كان يظنّ خطأ أنّه نافذ مدنيا.		
4- الذّات	غلط خطير (1108: عدم تلاقي الإرادات. "أوبري"و"رو"،الفقرة 343).	لا وجود له كصنف مستقلّ.	الفصل 45: غلط غير خطير.
5- النّوع أو الجنس، إلخ.	*البعض ← غلط خطير ("لوران"، ج 15، عدد 489: لاعقد لأنّه لا رضا) ← أيضا الرّومان حسب الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع. *البعض الآخر ←1110 م.م.ف ← مخالفو "لوران"، أي مثلا "أوبري" و"رو".	معنى آخر للجنس ولغير الجنس. ثمّ داخل غير الجنس هنالك التّفاوت الفاحش والتّفاوت غير الفاحش.	الفصل 45: غلط غير خطير.
6- الوصف غير الذّاتي أو ما ليس جنسا.	*هو 4 أو5 لو نظر إليه من زاوية أخرى. * لو نظر إليه من غير تلك الزّاوية، فلا بدّ لكي يمكن أن يوصل إلى حلّ العقد من أن يشترط صراحة أو ضمنا: "أوبري" و"رو"، الفقرة 343 مكرّر؛ "دومولومب"، ج 24،عدد 97 و98.	*يلحق التّفاوت الفاحش بالجنس. *يمكن القول إنّ حاصل الأمر تفاوت فاحش، وغير فاحش.	*هو 4 أو5 لو نظر إليه من زاويةأخرى * لو نظر إليه من غير تلك الزّاوية، فيجب أن يكون قد أوجب التّعاقد ← غلط غير خطير: 45.

فإذا رجعنا مرّة أخرى إلى الفصل 45 وإلى الغلط في الشّيء، وجدنا سببا آخر يربطه بمسألة الإحكام. هذا السّبب هو الذي سنبحث فيه في العنوان الموالي.

(2) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم غير اسم "الغلط"

88. هنالك الغرب، ونقصد هنا القانون الرّوماني والقانون الفرنسي؛ وهنالك الشّرق، ونعني الفقه الإسلامي؛ وهنالك ما قد يكون غربيّا أو شرقيّا، ونريد بهذا م.ا.ع.

I- الغرب

89. قلنا إنّا نعني بالغرب القانون الرّوماني، والقانون الفرنسي:

الفرع الأوّل: القانون الرّوماني

90. سبق أن وجدنا القانون الرّوماني يقبل:

أوّلا: الذّات [سنسمّيها: (أ)].

ثانيا: الذّاتيّات [سنسمّيها: (ب)]

كما سبق أن وجدناه يرفض غير الذّاتيّات [سنسمّيها: (ج)].

لكن عثرنا أيضا على ما يفيد قبوله، في مادّة بيع الحيوان والرّقيق، بعض العيوب التي تمنع الاستعمال، أي قبوله في ميدان خاصّ بعض غير الذّاتيّات[341] (بعض ج).

91. وإمن ينظر إلى هذا القانون يجده متّسقا، لكن من يمعن النّظر يكتشف أنّه على خلاف ذلك. ولقد سبق منّا ما يمكّن من ملاحظة هذا.

على هذا يكون ثمّ نظامان: واحد في شكل قانون عامّ لأنّه يهمّ كلّ الصّور، وآخر في شكل قانون خاصّ لأنّه أراد أن يهمّ بعض الصّور. لكن المشكل أنّ المنظّم في النّظامين واحد.

هذا "الخلل"سيرثه الفرنسيّون. وللتّأكّد من هذا سنمرّ دون تأخير إلى قانون هؤلاء.

الفرع الثّاني: القانون الفرنسي

92. انقسم القانون الفرنسي إلى قسمين: واحد ورث عن "الرّومان" "خللهم"، وآخر ورث الخلل وزاد عليه خللا.

المسألة الأولى: الموقف الأوّل داخل القانون الفرنسي

93. جاء عند "أوبري" و"رو" قبول للذّات، وقبول للذّاتيّات، ورفض لغير الذّاتيّات[342]. ويستند هذان الفقيهان في ما يخصّ هاتين الصّورتين إلى عبارة الفصل 1110 م.م التي مفادها قبول للذّاتي نفسه[343]، والتي يريانها دالّة على روح التّضييق. فالنّصّ لم يستعمل لفظة الذّاتي ويقيّدها بكلمة "نفسه" إلاّ ليقصي غير الذّاتي. ويحيلنا هذان المؤلّفان على الأعمال التّحضيريّة لـ: م.م.ف، ممّا يعني أنّهم يرون أنّ ما استخرجوه من معنى للفصل 1110 مردّه تعبير مباشر عن نيّة واضعي مجلّة "نابليون". ويعطي "أوبري" و"رو" مثال لوحة ظُنّ أنّها لفنّان بارع، وقطع نقديّة ظُنّ أنّها قديمة. فهذه الأوصاف التي رأوها غير ذاتيّة لا تؤثّر على العقد إلاّ إذا اشترطت[344].

وإنّنا سنترك مسألة الاشتراط هذه إلى وقت لاحق[345]، لكنّنا سنضيف إلى ما جاء عند "أوبري" و"رو" عن م.م.ف في إطار الفصل 1110، حديث هذه المجلّة في الفصل 1641 وما بعده عمّا أسمته بالعيوب الخفيّة في إطار البيع والتي تمسّ الاستعمال كلّيّا أو جزئيّا.

---

[341] انظر عدد 78 من هذا العمل.

[342] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[343] قال الفصل 1110 إن: "الغلط ليس سببا لبطلان الاتفاق إلاّ إذا انصبّ على ماهية الشّيء نفسها...".
« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose… ».

[344] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[345] انظر عدد 156 من هذا العمل.

94. وإنّ م.م.ف بكلّ ما سبق تكون نسخة منقولة عن القانون الرّوماني: ففيها الذّات والذّاتيّات مقبولين، وفيها غير الذّاتيّات مرفوض على وجه العموم ومقبول على وجه الخصوص، بل على وجه خصوص مساو تقريبا لذلك الذي اعترضنا عند الرّومان[346].

ولعلّ هذا الشّبه بين المورّث والوارث يمكّن من سحب ما قيل عن ذاك[347] إلى هذا. لكنّنا نعلم أنّ بعضهم رأى أنّ الوارث مختلف وهذا هو الذي سنبحث فيه الآن.

المسألة الثّانية: الموقف الثّاني داخل القانون الفرنسي

95. قال "لوران"[348] إنّ "بوتيي" و"دوما" هما المؤلّفان الحقيقيّان لـ: م.م.ف، وهذا يعني أنّ "لوران" يرى أنّ ما رآه "بوتيي" و"دوما" هو عبارة مباشرة عن نيّة المشرّع. وإنّ هذين قد رأيَا أن يُرجَع إلى "إرادة الأطراف المتعاقدة. فالوصف الأساسي (الذّاتي) هو ما رآه هؤلاء أساسيّا. والغلط الذي ينصبّ على هذا الوصف يعيب الرّضا، حتّى وإن لم تتغيّر الكينونة بسبب انعدام هذا الوصف"[349]. ثمّ يشير "لوران" إلى مثال المصدر والقِدم الذين اعترضانا سابقا عند "أوبري" و"رو" – لأنّه هنا في معرض ردّ عليهما - قائلا إنّ "الشّيء لا يتغيّر جوهره وإنّ الكينونة تبقى هي نفسها أيّاً كان مصدر الشّيء ومهما كان قِدمه. نعم هذا صحيح مادّيا. لكن هل هو كذلك لو عدنا إلى إرادة الأطراف كما قال بذلك "بوتيي"؟ ألا يجب أن نقول مع "دوما": إنّ من يشتري تمثالا يظنّه إغريقيّا لم يكن بمشتريه لو علم أنّه حديث؛ إذن فرضاه معيب"[350].

يخلص ممّا سبق أنّ "لوران" يرى أنّ عبارة "ماهية" الواردة بالفصل 1110 م.م، أراد بها واضعوها ما ليس ذاتيّا لا غير.

---

[346] كلاهما همّ البيع وكلاهما همّ الاستعمال. لكنّهما افترقا على مستوى الموضوع فكان الرّقيق والحيوان عند الرّومان، لكنّ هذا التّحديد غير موجود بالفصل 1641 وما بعده من م.م (ورد بالمجلّة المدنيّة أيضا نصّ موضوعه العيوب في عقد الكراء: 1721).

[347] انظر عدد 90 وما بعده من هذا العمل.

[348] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد488.

[349] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 489:

POTHIER veut que l'on consulte « l'intention des parties contractantes, c'est la qualité qu'elles ont eue principalement en vue qui est la qualité substantielle, et l'erreur sur cette qualité viciera leur consentement, quand même l'être ne changerait pas à raison de l'absence de cette qualité ».

[350] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 490:

« … La chose ne change pas d'essence, l'être reste le même, quelle que soit son origine ou son ancienneté. Matériellement cela est vrai. Mais en est-il de même si l'on consulte l'intention des parties, comme le veut POTHIER? Ne doit-on pas dire avec DOMAT: Celui qui achète une statue qu'il croit grecque ne l'aurait pas achetée s'il avait su qu'elle fut moderne ; donc son consentement est vicié ».

96. وهكذا يكون القانون الفرنسي قد قرئ على أنّه يقبل الذّات، ويقبل الذّاتيّات – بل إنّ "لوران" يرى أنّنا هنا أمام غياب رضا ومن ثمّ غياب عقد[351] - ويقبل في الفصل 1110 غير الذّاتيّات. فإذا قرّبنا ممّا سبق الفصل 1641 وما بعده وجدنا أنفسنا مرّة أخرى أمام غير الذّاتيّات. ولعلّه ينبغي أن نترك الفقه الفرنسي نفسه يقول ما سبق. فلقد جاء عند "دومولومب" – وهو من أصحاب الموقف الأوّل لا الثّاني، لكنّا سنعرض هنا كلّ موقفه لمزيد من الوضوح - أنّ عبارة الفصل 1110 للذّاتيّات وأنّ "الغلط في مجرّد عيوب أو نقائص الشّيء وإن كانت خفيّة ليست سببا لبطلان العقد. هذه هي القاعدة. لكن، وخلافا لذلك وكاستثناء، تصبح هذه العيوب أو النّقائص وفي بعض الاتّفاقات سبب بطلان إذا كانت كما يقال فاسخة (الفصل 1641 إلى 1649) ... وفي الخلاصة (وإنّ الذي يعنينا نحن هو هذه الخلاصة) فإنّ نظريّة العيوب الموجبة للفسخ، في الفصل 1641 وما بعده، تتأسّس فلسفيّا على نفس دعامة نظريّة الغلط في الماهية في الفصل 1110 باعتبار أنّها ترتبط باستعمال الشّيء لما أعدّ له. لكنّ نظريّة العيوب تلك توسيع لنظريّة الغلط هذه باعتبار أنّها تقبل إبطال العقد من أجل مجرّد عيوب لا تغيّر ماهية الشّيء نفسها، والتي هي (وهنا نصل إلى ما أردناه) أوصاف عرضيّة"[352]

والحاصل من "دومولومب" أنّ الفصل 1110 للذّاتيّات وأنّ الفصل 1641 توسيع له ولكن في عقود معيّنة، ومَدٌّ إلى غير الذّاتيّات.

97. فإذا أخذنا أصحاب الموقف الثّاني - لأنّهم هم الذين يهمّوننا في هذا العنوان - قلنا إنّه وبالنّسبة إليهم تشمل نظريّة الغلط الذّاتيّات وغير الذّاتيّات. فإذا كان الفصل 1641، وكما قال "دومولومب" توسيعا، فإنّه يكون قد وسّع واسعا (إن أردنا الدّقّة، قلنا: هو حصّل حاصلا).

بعبارة أخرى يحتوي القانون وتحت اسم الغلط على غير الذّاتيّات، لكنّه نظّم غير الذّاتيّات مرّة ثانية تحت اسم غير الغلط وذلك بالفصل 1641.

فإذا استُنِد إلى ما تمّ التّوصّل إليه للتّوّ، أمكن القول إنّ الوارث قد انتقل

---

[351] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 489.

[352] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 107:

« …l'erreur sur les simples vices ou défauts de la chose, fussent-ils même cachés, n'est pas une cause de nullité du contrat. Telle est la règle. Mais au contraire, par exception, ces vices ou défauts deviennent, dans certaines conventions, une cause de nullité, lorsqu'ils sont, comme on dit, rédhibitoires (art 1641 et 1649…) … En résumé donc, la théorie des vices rédhibitoires, dans les articles 1641 et s, repose philosophiquement sur la même base que la théorie de l'erreur sur la substance, dans l'article 1110, en tant qu'elle s'attache à l'usage auquel la chose est destinée. Mais elle est une extension de cette théorie en tant qu'elle admet la rescision du contrat pour de simples vices qui ne dénaturent pas la substance même de la chose, et qui n'en sont que des qualités accidentelles».

إليه خلل المورّث.

بل إنّ الوارث زاد على "الخلل" "خللا" آخر، فقبل غير الذّاتيّات تحت اسم الغلط، ثمّ قبلها ثانية تحت اسم آخر هو العيوب.

98. هذا الفهم لـ:م.م (على أنّها وتحت اسم الغلط نظّمت الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات، وتحت اسم العيوب نظّمت غير الذّاتيّات) هو الذي ساد في فرنسا.

وإنّه، أي الفهم، هو الذي أدخل فقهها في "تيه". وسنحاول – لضرورة ستأتي إبّان حديثنا عن القانون التّونسي- عرض هذا التّيه من خلال ثلاثة كتب أخذناها كنموذج[353].

فبعد أن قال هذا الفقه بما ذكر أعلاه، حاول (وهنا نصل إلى "التّيه") أن يجد فرقا بين الغلط والعيوب:

فقال إنّ الغلط للإبرام والعيوب لما بعد الإبرام[354].

لكن هذا لم يقنع، فقال إنّ العيوب لما يؤدّي لعدم الصلوح للاستعمال والغلط لغير ذلك[355].

وهذا بدوره لم يقنع، فقال إنّ العيوب للاستعمال الاقتصادي والغلط للضّروب الأخرى من الاستعمال[356].

وبعد كلّ ما سبق سُقِطَ في يده فلم يجد بدًّا من القول إنّ النّصين لنفس المادّة.

لكنّه حاول الفصل على أسس أخرى:

فقال إنّ الغلط للعامّ أي لكلّ العقود والعيوب للخاصّ أي للبيع[357].

فلمّا لم يقنع، قال إنّ الغلط للقانون العامّ في البيع والعيوب "تطبيق" يختلف في بعض النّواحي[358]. وهذا "التّطبيق" ذو طابع هجين فحالاته حالات غلط وآثاره آثار فسخ من أجل عدم التّنفيذ[359]. بعبارة أخرى، اعتبر الفقه أنّ

---

[353] *الكتاب الأوّل هو: "ڤيستان" (جاك)، مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامة للقانون ولفقه القضاء، 1971.
GHESTIN (J.), La notion d'erreur dans le droit positif actuel, Paris, L.G.D.J., 1971.
*الكتاب الثاني هو: "ڤيستان" و"ديشي" كتاب العقود البيع (باللغة الفرنسية) باريس المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء 1990
GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), Traité des contrats. La vente, Paris, L.G.D.J., 1990.
*الكتاب الثالث هو: "ڤيستان"، تكوين العقد... مرجع سابق، (باللغة الفرنسية).

[354] "ڤيستان"، مفهوم الغلط، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 275.

[355] "ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 545.

[356] "ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 545.

[357] "ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 547.

[358] نفس المرجع السابق ونفس المكان.

[359] "ڤيستان"، مفهوم الغلط، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 277 وما بعدها.
"ڤيستان" و"ديشي"، البيع، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 763.

العيوب لبيع شيء غائب. وعلى هذا فالرّضا لا يُعاب لحظة النّشأة بل لحظة تسلّم الشّيء. ثمّ فصّلَ فقال بدعوى الفسخ من أجل عدم التّنفيذ قبل التّسلُّم. أمّا بعده فتبقى دعوى الفسخ إذا وجد غلط في الشّيء. والسّبب أنّ الغلط يوقف مفعول التّسلُّم، وعلى المشتري بمجرّد علمه بالعيب إمّا إمضاء هذا التّسلُّم أو المطالبة بالفسخ. ويفسّر هذا الاختلاف بين فترة ما قبل التّسلُّم وما بعدها بأنّه، وحين يتسلّم المشتري البضاعة، يقوم اتّفاق ضمني على انتهاء الالتزام بالتّنفيذ، ولذلك لا يمكن للمشتري القيام بالفسخ، لكنّه يسترجع هذه الإمكانيّة إن كان تسلُّمه، ونظرا لخفاء العيب، قد عابه غلط في أوصاف الشّيء. هذا ما يفسّر كون حالات دعوى الضّمان هي حالات بطلان لغلط في الشّيء وكون نظامها نظام فسخ. وإنّ الغلط الذي همّ تسلُّم الشّيء له أثر يتمثّل في إرجاء تاريخ اعتبار العقد قد نُفِّذ وفي إعادة فتح إمكانيّة الفسخ والتّعويض وذلك لفترة قصيرة. كلّ هذا إذا لم يكن المبيع حاضرا، فإذا كان كذلك فالغلط يهمّ النّشأة[360].

... ويبدو أنّ هذه "الرّحلة الطّويلة الشّاقّة" للفقه مردّها أنّه "نسِي" أنّ هنالك الفصل 1110 وهنالك الفصل 1641، وأنّ هذا مأخوذ من الرّومان الذين قبلوا بعض غير الذّاتيّات بعد أن لم تكن مقبولة في مادّة الغلط. فإذا صارت مادّة الغلط تقبلها (وهذا هو الفهم الذي ساد وما زال يسود الآن لعبارة الفصل 1110) استحالت مادّة الفصل 1641 تكرارا لمادّة الغلط. بعبارة أخرى (هي عبارة العنوان الذي جاء فوق كلّ هذا المحتوى): نحن أمام مادّة نُظّمت مرّة أولى بالفصل 1110 تحت اسم الغلط، ثمّ نظّمت مرّة ثانية بالفصل 1641 تحت اسم آخر.

ويبدو الشّرق بعيدا عن الغرب على هذا المستوى.

---

[360] من النّاحية النّظريّة يمكن القول إن لا فرق بين الحاضر والغائب: بمعنى أنّه وفي كلتا الحالتين لو كان العيب موجودا وقت النّشأة فنحن أمام مسألة بطلان. نعم في الغائب يُكتشف العيب بداية من التّسلّم. لكن هنا -كما في الحاضر- يمكن نظريّا أن يُفرّق بين عيب موجود قبل النّشأة وآخر وُجِد بعدها. فتوضع الصّورة الأولى ضمن مسائل النّشأة والثّانية ضمن التّنفيذ (طبعا في التّطبيق الحدود بين ما هو نشأة وما هو تنفيذ ليست دائما واضحة المعالم). انظر عدد 161 حيث نجد الفقه الإسلامي يسوّي بين الحاضر والغائب (الحاضر قسمان: ما يدرك وصفه بالمشاهدة وما لا ما يدرك وصفه بالمشاهدة)/ الغائب: مثل الحاضر الذي لا يدرك وصفه بالمشاهدة). انظر أيضا حول الغائب خيار الرّؤية: عدد 179 وما بعده.

II - الشّرق

99. يعرف الفقه الإسلامي خيار الوصف وخيار العيب[361]. وسنحاول الخوض في هذين الواحد منهما تلو الآخر انطلاقا من مراجع فقهية معيّنة هي التي استعملت في المشروع المُرَاجع (وبالتّحديد بجانب الفصل 754 وما بعده والذي سيصبح في م.ا.ع الفصل 647 وما بعده). وسبب اختيار هذه المراجع دون غيرها[362] هي أنّها ستصلح أيضا في العنوان الموالي للّذي نحن بصدده.

الفرع الأوّل: خيار الوصف

100. يعرف الفقه، كما قيل منذ قليل، خيار الوصف. وهو على ضربين: ما يثبت بغير شرط (وصورته أن يزول الوصف قبل التّسليم)، وما يثبت بشرط. وما يثبت بشرط هو الذي يهمّنا، وهو قسمان: ما يشترط فيه تصريحا اتّصافه بوصف مرغوب فيه كشراء ياقوت على أنّ له لونا محدّدا فإذا له لون آخر؛ وما يشترط اتّصافه بوصف مرغوب عرفا كشراء بقرة غير حلوب والحال أنّ المتعارف عليه شراء تلك البقرة لكونها حلوبا[363].

---

[361] بالإضافة إلى خيار الرؤية، وهو خيار يثبت في العقد الصحيح وذلك على وجوه: أن يشتري شخص سلعة لم يرها – أن يرى بعض ما اشتراه صفقة واحدة من أشياء متفاوتة – أن يشتري الأعمى شيئا لا يمكنه معرفة وصفه. انظر إلى: حيدر (علي)، درر الحكام... مرجع سابق، ج 1، ص 319 وما بعدها.

انظر حول الخيارات:

الفقه الحنبلي: (المقدسي) محمد بن مفلح أبو عبد الله، الفروع وتصحيح الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ، ج 4، ص 76 وما بعدها؛ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ج 4، ص 85؛ مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المبجّل أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1389 هـ، ص 111؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، 1402 هـ، ج 3، ص 212 وما بعدها.

الفقه الشّافعي: زكريّا بن محمد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري أبو يحيى، فتح الوهّاب بشرح منهج الطلاّب، دار الكتب العلميّة، بيروت ط 1، 1418 هـ، ج 1، ص 292؛ محمد الخطيب الشّربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ج 2، ص 19.

الفقه الحنفي: زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، دار المعرفة، بيروت، ط 2، ج 6، ص 38 وما بعدها؛ شمس الدّين السّرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج13، ص5 وما بعدها؛ أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، ج3، ص30 وما بعدها؛ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، 1411 هـ - 1991 م، دار الفكر، ج 4، ص 308 وما بعدها.

الفقه المالكي: سيدي أحمد الدّردير أبو البركات، الشّرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ج 3، ص 105؛ خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ، ص 181؛ محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، 1409 هـ - 1989 م، ج 3، ص 421.

الفقه الإمامي: هاشم معروف الحسني، نظريّة العقد في الفقه الجعفري. عرض واستدلال ومقارنات، دار التّعارف للمطبوعات، بيروت، 1416 هـ/1996 م، ص417 وما بعدها؛ ابن حمزة الطوسي، الوسيلة، مكتبة آية الله مرعشي، قم، 1408 هـ، ص 236؛ السيد مصطفى الخميني، كتاب الخيارات (ج 3 و 4)،تحقيق ونشر: مؤسسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، آبان 1376 - جمادى الثاني 1418، ط 1، مطبعة مؤسسة العروج.

[362] انظر إلى بعض هذا الغير عند السنهوري مثلا. مرجع سابق، ج 1، ص 106 وما بعدها.

[363] انظر إلى حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 305 وما بعدها. وستجد أمثلة أخرى لخيار الوصف:كلب معلّم/ ليس معلّما. بعير/ ناقة. بغل/ بغلة. لحم ضأن/ لحم ماعز. بستان فيه كذا شجرة/ ليس فيه. دار فيها كذا

والواجب أن يكون الوصف خاليا من الغرر فلا يجوز بيع بقرة على أنّها حامل أو على أنّها تحلب مقدار كذا[364]. كما أنّ الواجب أن يكون الوصف مرغوبا فيه: فإذا بيع مال على أنّ فيه عيبا[365] فظهر سليما منه فلا خيار، أمّا إذا بيع على وصف فظهر المبيع أعلى من الوصف المشترط "فإن كان ليس ثمّ تفاوت بين الوصفين بالنّظر إلى غرض المشتري من المبيع فلا يثبت للمشتري خيار وإلاّ يثبت"[366].

وإنّ هذه النّقطة لتبيّن مدى التّرابط بين خيار الوصف وخيار العيب لأنّنا سنجد أنّ هذا يقوم متى فات الغرض المقصود من البيع[367].

الفرع الثّاني: خيار العيب

101. جاء في تفسير المادّة 338 من المجلّة العثمانيّة[368] أنّ "العيب في المبيع هو الذي يوجب نقصا في قيمته عند التّجار الذين يبيعون ويشترون أمثاله[369]، أو الذي تقتضي الخِلقة السّليمة أن يكون المبيع عاريا وخاليا منه[370]،

غرفة أو مساحتها كذا/ ليس فيها ما سبق...

[364] يعدّ هذا الشرط فاسدا لأنه لا يعلم ما في بطن البقرة أو ضرعها أحمل أم لبن، أم ليس ما سبق أي أن يكون انتفاخا، انظر إلى حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 306.

[365] اشترى حصانا على أن يكون أعرج فظهر غير أعرج... انظر حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 306.

[366] حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 307. قارن مع ما جاء عند السّيّد علي الحسيني السّيستاني (مرجع سابق، ص 328 و329): "أ ـ إن التوصيف على نوعين:1 ـ تقييدي. 2 ـ إخباري. فإن الموصوف إما أن يكون كلياً أو جزئياً، فإن كان الموصوف كلياً وكان الوصف أخص منه مطلقاً أو من وجه فمرجع التوصيف حينئذ للتقييد، وتضييق دائرة الموصوف بحيث يعد المؤلف من المقيد والقيد مفهوماً واحداً، وماهية خاصة مغايرة لماهية المقيد وحده وماهية القيد وحده. نعم لو كان الوصف مساوياً للموصوف الكلي فلا يتصور التقييد والتضييق حينئذ، بل يكون هذا الوصف إخباراً توضيحياً لا قيداً احترازياً. وإن كان الموصوف جزئياً فلا يتصور فيه التقييد والتضييق لعدم سعته وتعدد حصصه، بل يرجع وصفه للإخبار بأنه واجد للوصف الكذائي. فإن قلت: يصح تقييد الجزئي بلحاظ حاله لا بلحاظ ذاته، فإن حاله مطلق ذو حصص متعددة فيصح تقييده بلحاظه. قلت: هذا خارج عن محل الكلام، فإن مورد كلامنا في تقييد الجزئي وعدم تقييده، وأما حال الجزئي فهو كلي طبيعي يتصور فيه التقييد والتضييق، إلا أن تقييده لا يعدّ تقييدا للجزئي. وما ذكرناه من الفرق بين عنوان التوصيف التقييدي والتوصيف الإخباري هو المطابق للارتكاز العرفي المعول عليه عند الفقهاء، ولذلك ذكر الفقهاء بأن البائع لو قال: (بعتك الحنطة العراقية) ثم دفع للمشتري حنطة أخرى فالبيع صحيح، وعلى البائع دفع المصداق الحقيقي للمبيع، فإن المبيع ـ بعد التوصيف التقييدي ـ له حصة خاصة لا تنطبق على ما دفع للمشتري، فعلى البائع تسليم مصداقها الواقعي. وأما لو قال البائع: (بعتك هذه الحنطة العراقية) فمرجع الوصف حينئذ للاخبار والالتزام الضمني بانها عراقية، لا للتقييد لعدم كون الموصوف كلياً قابلاً للتقييد، فالوصف في الحقيقة التزام آخر في ضمن الالتزام باصل البيع، ومع تخلف الوصف لا يكون البيع باطلاً لبقاء الالتزام الأول باصل البيع، ولكن يكون للمشتري خيار تخلف الوصف الراجع لتخلف الشرط الضمني، وهو الالتزام بواجدية المبيع للوصف الكذائي، فهذا التفصيل هو المطابق للارتكاز العرفي".

[367] لذلك سنجد أنّ الفصل 754 من المشروع المُرَاجع يتحدث في فقرته الأولى عن العيب وفي فقرته الثانية عن الوصف، ثم سنجد الحاشية الجانبية وهي تشير إلى مراجع فقرة الوصف ترسلنا إلى شرح الزرقاني وإلى الدّرّ المختار وإلى ردّ المحتار وهم يتحدثون عن العيب باعتبار أنّهم لا يفصلونه على ما يبدو عن الوصف. انظر ما سيأتي بـ: عدد 333 من هذا العمل.

[368] وهذه المادّة مشار إليها في إطار فقرة الفصل 754 الخاصّة بالعيب.

[369] النقصان يهمّ قيمة المبيع لا ثمنه المسمّى لأن ثمن المبيع قد يكون أقلّ من قيمته.

[370] الحنطة في خلقتها الأصلية رديئة أو متوسّطة أو حسنة، فالرداءة إذن ليست عيبا. لكن لو وُجد بها بلل أو

أو الذي يفوّت الغرض والمقصود منه[371]، أو الذي لا يمكن إزالته بلا مشقّة[372]. وكلّ ذلك يوجب نقصانا في الماليّة ..."[373]. وينبغي تقسيم العيوب بحسب موضوعها كما فعل المشروع المُرَاجع، كما ينبغي إيراد بعض الفقهاء المشار إليهم من قِبَل هذا المشروع وذلك في إطار كلّ واحد من تلك الأقسام.

فإذا بدأنا بالعيب الذي ينصبّ على المنقول[374]، وجدنا مثلا الدّرّ المختار[375]. أمّا إذا مررنا إلى عيب الحيوان[376]، وجدنا مثلا الزّرقاني[377]. فإذا ختمنا بالعقّارات[378]، وجدنا مثلا السّجلماسي[379] وابن فرحون[380] وابن

كانت فارغة فهذا عيب. ولقد أعطي أيضا مثال الحصان فقيل إنّ كبره ليس عيبا، لكنه قيل أيضا لو اشترى حصانا على أن له خمس سنوات فإذا له عشرة كان هذا عيبا.

[371] إذا كنّا أمام شاة مقطوعة الأذن واشتريت للأضحية كنا أمام عيب وإلاّ فلا. وإن كنّا أمام بقرة غير حلوب تُشترى للّبن فهذا عيب وإن كانت تُشترى للّحم فكونها غير حلوب ليس بعيب. وعلينا أن نلاحظ هنا أن هذا المثال اعترضنا في إطار خيار الوصف ممّا يدلّ على التداخل بين الخيارين.

[372] نجاسة في ثوب يضرّه الغسل عيب، وفي ثوب لا يضرّه الغسل لا، وزيت في ثياب عيب لأنه لا يمكن إزالته بغير مشقة.

[373] حيدر (علي)، درر الحكام... مرجع سابق، ج 1، ص 343. وإن ما ورد داخل النص من إحالات للتفسير أدخلناه نحن بعد أن أخذناه من نفس المؤلف. ص 343 وما بعدها. ولعله ينبغي أن نذكر هنا ما ورد بـ: ص 344 وص 345 من تعداد لما عُدّ من العيوب، ولما عُدّ من غير العيوب:

*ما عُدّ من العيوب:

1- عدم نهق الحمار حسب المعتاد – الدار مشؤومة أو في ضمنها قبر- في الحنطة تراب، سوس، رائحة كريهة، أو حباتها ضئيلة- الكرم: نمل فوق العادة- الحائط: خرق كبير- الجمل الذي بيع على أنه هجين فظهر أنه من جنس آخر- الكتاب: نقص جزء أو جزءين - فَرْوٌ فيه نَحْتٌ - لحم ضأن، لحم ماعز (كنا وجدنا هذا المثال في إطار خيار الوصف) ... الحذاء ضيّق ... أن تُشتَرَى دار مع مسيل لها في ملك آخر فيتبيّن أنّ المسيل ليس لها.

2- الضريبة، ضريبة أرفع

3- عدم الضريبة، وجود ضريبة

4- حمار الخمس سنوات، حمار العشر

6- ...

7- ...

8- الحذاء: ضيقه غير الناشئ عن علّة في رجل المشتري - بقرة غير حلوب تشترى للّبن عيب، أما إذا كانت تشترى للّحم لا عيب (كنا وجدنا هذا المثال في إطار خيار الوصف).

*ما لم يُعدّ عيبا: مشي الحمار ببطء ما لم يشترط المشتري أن يكون سريعا.

وإنّ ما ورد للتوّ، إذا أضفناه إلى ما لاحظناه سابقا، يبيّن أن لا فرق بين خيار الوصف وخيار العيب.

[374] الفصل 759 من المشروع المُرَاجع.

[375] انظره في: ابن عابدين، ردّ المحتار على الدّرّ المختار (الدّرّ المختار هو للحصكفي)، المعروف بحاشية ابن عابدين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2 ، 1407 هـ/ 1987 م، ج 4، ص 99. وأحد الأمثلة التي نجدها في الدّرّ المختار: "شرى ثمرة كرم ولا يمكن قطافها لغلبة الزنابير".

[376] الفصل 760 من المشروع المُرَاجع.

[377] الزرقاني، مرجع سابق، ولقد أشير له هنا في مواضع عديدة منها: ج 5، ص127 حيث تحدث عن وصف له فيه غرض فيه مالية ككونها طباخة (هذا يهمّ الرقيق) أو ليس فيه مالية ككونها ثيب، كما تحدث عن الإباق والسرقة والجارية المغنيّة (الرقيق) وعن الخصاء بالنسبة إلى الغنم- إلخ.

[378] الفصل 761 من المشروع المُرَاجع.

[379] السجلماسي (عبد الجليل الفلالي)، كتاب فتح الجليل الصمد في شرح التكميل المعتمد. المشتهر بكتاب العمليات العامة، تونس، مطبعة الدولة التونسية المحروسة، 1290 هـ، ص 142: "وقيل إن العروض كالدور

سلمون[381]. وإنّ ما أورده هؤلاء عيوبا تنقص القيمة[382] وجاءت مع الفصل 759 من المشروع المُرَاجع. وإنّها أيضا، في نفس الوقت[383]، عيوبا تُصيِّر على عدم الصّلوح للاستعمال[384]، وجاءت مع الفصلين 760 و761. بعبارة أخرى: كما أنّ التّقسيم إلى خيار وصف وخيار عيب لم يُرَد منه حقًّا أنّنا أمام قسمين، كذلك الأمر بالنّسبة إلى التّقسيم داخل خيار العيب بين الذي ينقص القيمة والذي ينقص الانتفاع. أي كما أنّ هنالك تداخلا بين القسمين الكبيرين، هنالك أيضا تداخل بين جزئَيْ أحد هذين القسمين الكبيرين. وما تقدّم يدلّ على أنّ الفقه الإسلامي – حتّى بأقسامه هذه - لم ينظّم نفس المادّة مرّتين، وتحت اسمين مختلفين. ففي الوصف وجدنا حديثا عن الغرض من الشّيء، وفي العيب لقينا نفس الحديث. وفي ذاك عثرنا على أمثلة، وفي هذا اعترضتنا نفس الأمثلة.

لا يجب الرد فيها باليسير وعلى هذا كان ابن رزق يحمل الروايات. وقولنا يسير العيب المراد به الذي يحطّ من الثمن يسيرا لا الذي لا ينقص به الثمن وقولنا نحو العبد أي من العروض غير الأصول فإن لها أعني الأصول حكما غير هذا. قال ابن رشد في المقدمات بعد أن قسّم العيب على ثلاثة أوجه فأمّا ما لا يحط من الثمن شيئا ليسارته أو لأن المبيع لا ينفك منه فإنه لا حكم له وأمّا ما يحطّ من الثمن يسيرا فلا يخلو أن يكون في الأصول أو في العروض فإن كان في الأصول فإنه لا يجب به الردّ وإن كان المبيع قائما وإنما الواجب فيه الرجوع بقيمة العيب وذلك كالصدع في الحائط وما أشبه ذلك. وأمّا إن كان في العروض فظاهر المدونة وغيرها أن الرد يجب به كالكثير سواء وقيل إنه كالأصول لا يجب الردّ به وإنما فيه الرجوع بقيمته."

[380] ابن فرحون (برهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، [وبهامشه ابن سلمون (الكناني) كتاب العقد المنظّم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام]، بيروت، دار الكتب العلمية، ج 2، ص 74 (وليست ص 75 و76 كما أشارت حاشية المشروع المُرَاجع) حيث نجد حديثا عن تشقق حيطان وعن تهيؤ للسقوط وأنها عيوب تحط من الثمن.

[381] ابن سلمون (الكناني)، كتاب العقد المنظّم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، [على هامش كتاب ابن فرحون السابق الذكر]، ج 1، ص 167 و168 (وليس ص 166 كما ذكرت حاشية المشروع المُرَاجع) حيث جاء:

- موقف أوّل:

*عيوب الدور ثلاثة أقسام: عيب خطير يستغرق معظم الثمن (الردّ)، وعيب يسير لا ينقص من الثمن (لا ردّ)، وعيب ينقص من الثمن ولا يذهب بمعظمه (يرجع بقيمة المبيع ويتمسك بالمبيع).

*بقية المبيعات حلّ مخالف.

- موقف ثان: بقية المبيعات مثل الدور (الموقف الأوّل أشهر).

- موقف آخر: الدور وغيرها وأيضا الحيوان: عيب ينقص القيمة- خيار الرّد ما لم يفت.

- موقف آخر: عيب العقار اليسير: لا رد، لكن رجوع بالقيمة إلاّ أن يفوت.

- موقف آخر: عيب يسير: حطّ القيمة، عيب كثير: الردّ.

- موقف آخر: الثلث: الردّ، أقل من الثلث: لا ردّ.

ولقد وردت بالحاشية إشارة إلى هذا الكلام لابن سلمون: "في الموّازية سوء الجار في الدار عيب تُردّ به، وقال غيره ليس ذلك بعيب، وقد قال أبو صالح الحرّاني سمعت مالكا يقول تردّ الدار من سوء الجار وكثرة البق فيها عيب، ونزلت بقرطبة فحكم بردّها..."

[382] ما وجدناه في الدر المختار (تابع للفصل 759) وفي ابن فرحون (تحدثنا عنه وهو تابع لـ:761 ولكنه أيضا مشار إليه مع 759) وفي ابن سلمون (أشير إليها مع 759 الخاص بالقيمة ومع 761 الخاص بالاستعمال).

[383] انظر الهامش السابق.

[384] ما وجدناه عند الزرقاني (تابع للفصل 760) وعند السجلماسي (تابع للفصل 761) وعند ابن سلمون (ذكرناه أعلاه تابعا لـ761 أي للعقارات، لكنه أشير إليه أيضا مع الحيوان) وعند ابن فرحون (انظر الهامش السابق).

فالفقه إذن يتحدّث عن وصف وعن عيب، أي عن صنفين، لكن لم يقصد أنّ الصّنفين مختلفان. والدّليل أنّا نجد في الفقه إذابة لكلّ فرق بين الخيارين[385]. وكلّ ما سبق يدلّ على أنّنا وفي كلّ الأحوال لسنا أمام ما وجدناه في الغرب من مادّة رُفِضت على وجه العموم ثم قُبلت على وجه الخصوص. هذا في موقف، أمّا في موقف آخر للغرب فما قيل للتّوّ إنّه قُبِل على وجه الخصوص أُبقي وزيد عليه قبولٌ على وجه العموم. ولعلّ هذه المقارنة تنبئ بعد بما سيقال عن القانون التّونسي.

III مجلّة الالتزامات والعقود

102. سبق أن وجدنا م.ا.ع تتحدّث في الفصل 45 عن الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات. وإنّا نجدها في الفصل 647 وما بعده تتحدّث عن العيوب في إطار البيع[386]. وينبغي تحليل الفصل 647 لمعرفة محتواه، ثمّ ينبغي تقريب الفصل 647 من الفصل 45 لتبيّن هل ثمّ فارق أم لا بين هذا النصّ وذاك:

فإذا بدأنا بالتّحليل وجدنا الفصل 647 ينقسم إلى فقرتين:

فقرة ثانية تحدّثت في صياغتها العربيّة عن الوصف وفي الفرنسيّة عن Qualité. ولقد سبق أن تعرّضنا إلى المعنى اللغوي لهاتين اللفظتين والذي هو واحد[387].

وفقرة أولى تتكلّم في صياغتها العربيّة عن العيب وفي الفرنسيّة عن Vice، واللفظ الأوّل يفيد في اللغة النّقيصة[388] والثّاني يفيد عدم الكمال[389]، أي يفيد نفس المعنى.

وإنّنا، لكي نستقرّ على هذين المعنيين اللغويين أو نغادرهما، مدعوّون للبحث عن نيّة المشرّع.

والتّعبير المباشر عن نيّة المشرّع من الوصف يسلمنا بأنّه لغير الذّاتي[390]. أمّا التّعبير المباشر عن قصد المشرّع من العيب فيسلمنا أنّ نقيصة

---

[385] انظر عدد 333 من هذا العمل.

[386] هنالك أيضا حديث عن العيوب في عقد الكراء مثلا: انظر إلى الفصل 758 وما بعده.

[387] انظر إلى عدد 60 من هذا العمل.

[388] انظر إلى معجم اللغة العربية: المعجم العربي الحديث، لاروس، مرجع سابق.

[389] انظر معجم اللغة الفرنسية روبار 1 الصغير تحت كلمة vice.

[390] نجد بآخر الفقرة 2 من الفصل 754 من المشروع المُرَاجع (وهي مساوية للفقرة 2 من 647) رقما محيلا (هو رقم 2) على محتوى بالحاشية له نفس الرقم وهنا نجد ابن نجيم (ج 1، ص 328 و329 وهنا يتعلق الأمر بطبعة **مساوية** لتلك التي يشار إليها في المشروع المُرَاجَع: ابن نجيم الأشباه والنظائر [وبحاشيته: الحموي غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر]، دار الطباعة العامرة، 1920) يتحدث عن مثال البقرة الحلوب والفرس الهملاج وهي أمثلة نجدها في الإحالات التي تهم صورة 45 الثالثة: انظر مثلا إلى المادّة 310 من المجلّة العثمانيّة التي تقول:"إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف كان المشتري مخيّرا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمّى ويسمّى هذا خيار الوصف. مثلا لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيّرا وكذا لو باع فصّا ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخيّر". ثم نجد في تفسيرها حديثا عن فرس هملاج.

القيمة ونقيصة الاستعمال[391] هي أيضا لغير الذّاتي[392].

وعلى هذا - وهنا نمرّ إلى التّقريب المتحدّث عنه أعلاه - يكون ما جاء بالفصل 647 م.ا.ع هو نفسه الذي وجدناه من قبلُ في الفصل 45 م.ا.ع. ولمزيد التّدليل على هذا يمكن أن نأخذ مثال البقرة غير الحلوب: فهذا نجده في الصّورة الثّالثة من الفصل 45 م.ا.ع حين ننظر إلى ما أشارت إليه الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من المشروع المُرَاجع (أشارت إلى المادّة 310 من المجلّة العثمانيّة)، ثمّ نجده في الفقرة الثّانية من الفصل 647 م.ا.ع المتعلّقة بخيار الوصف وذلك حين ننظر إلى ما أشارت إليه الحاشية الجانبيّة الخاصّة بالفقرة الثّانية من الفصل 754 من المشروع المُرَاجَع (أشارت إلى ابن نجيم).

فإذا أضفنا الآن ما قلناه سابقا من أن لا فرق بين خيار الوصف وخيار العيب، كانت النّتيجة أنّ صورة الفصل 45 م.ا.ع الثّالثة هي نفسها صورة فقرة الفصل 647 الأولى.

103. وإنّه لا يمكن نقد م.ا.ع بسبب فصلها خيار الوصف عن خيار العيب لأنّها أخذت ذلك عن فقه يفصل دون أن يقول إنّا أمام صنفين لا تتداخل عناصرهما ببعضها البعض (أتت م.ا.ع بالفقه، وإذن لا يمكن أن تكون قد أصلحت أو أفسدت بالنّظر إلى ما كان لأنّها أتت بالذي كان. فإذا لم يمكن الحديث عن الإصلاح [أو عدم الإصلاح] لم يمكن الحديث عن الإحكام [أو عدم الإحكام]، لأنّ الإحكام في عملنا يتكوّن في نفس الوقت من الإتقان والإصلاح).

لكن في المقابل يمكن أن نهتمّ بتنظيمها الوصف غير الذّاتي مرّة في الفصل 45 تحت اسم الغلط، ومرّة في الفصل 647 تحت اسم العيوب والوصف من جهة وتحت عنوان العيوب من جهة أخرى.

والنّاظر إلى م.ا.ع يجدها بعيدة عن الشّرق ومن ثمّ فما أتت به ليس محلّيا. ثمّ إنّ المتأمّل من نفس الزّاوية يجد م.ا.ع مساوية للقانون الفرنسي، بل وللموقف الثّاني داخله والذي وجدناه قد أدخل على موروثه المختلّ خللا

كما نجد كمحال عليه ردّ المختار في مكان (ج5 ، ص 99) يتحدث فيه عن السرقة والحرية والجنون (الرقيق) وعن ثمرة كرم لا يمكن قطافها لغلبة الزنابير (الشّيء) وهذه أيضا أوصاف غير ذاتية (ملاحظة: تكلم ابن عابدين عمّا سبق تحت اسم العيب لأنه على ما يبدو لم يعمد إلى الفصل بين خيار الوصف وخيار العيب).

[391] كان ثمّ في المشروع المُرَاجع ثلاثة نصوص (759 و760 و761):قال الأوّل إنّه للقيمة وللاستعمال وتحدث عن المنقولات والأشياء القابلة للاستهلاك، أمّا الثاني فقال إنّه للاستعمال وتكلم عن الحيوان، وأمّا الثالث فتحدث عن الاستعمال في إطار العقارات. لكن مراجع هذا بها نفس أمثلة الأوّل على مستوى مسألة القيمة (عيوب الدور اليسيرة والكثيرة وعيوب العروض) ممّا يعني أنه لا يجب الخروج باستنتاجات مفادها أنّ القيمة هي فقط للمنقولات وللأشياء القابلة للاستهلاك، أو مفادها أنه وعن طريق تسميتي: " قيمة/انتفاع" قيل بحاجز عازل لا ينفذ من هذه المنطقة إلى تلك. ولقد أشير إلى نفس الشّيء في الهامش السابق بالنسبة إلى الوصف والعيب.

[392] انظر الأمثلة التي رأيناها سابقا في إطار الفصول 759 و760 و761 من المشروع المُرَاجع لأنها جاءت تحت المادّة 338 من المجلّة العثمانيّة وهذه مشار إليها على أنها تعني الفقرة 1 من الفصل 754 من المشروع المُرَاجَع، أي الفقرة 1 من الفصل 647 م.ا.ع.

آخر[393]. ولعلّ الفقه الذي تناول أو سيتناول م.ا.ع قام أو سيقوم بنفس "الرّحلة الطّويلة الشّاقّة" التي وجدنا الفقه الفرنسي قد تجشّم عناءها[394]. وعلى كلٍّ، فما استوردته م.ا.ع أقلّ اتقانا من الفقه الإسلامي الذي هجرته. وهذا يربطها مرّة أخرى بمسألة الإحكام (انعدامه هنا) التي نعمل عليها.

104. يخلص من كلّ ما سبق أنّ م.ا.ع وفي الفصل 45 كانت من أهل "التّثليث"، كما أنّها وفي الفصل 647 أعادت تنظيم نفس ما هو موجود بالفصل 45 ولكن تحت اسم آخر غير الغلط.

فإذا أتينا بالغرب وبالشّرق وقرّبناهما من حلول تلك المجلّة، وجدناها أخذت من ذاك وتركت هذا. ولقد بدا أنّ الشّرق أكثر إتقانا هنا من الغرب. فذاك لم يفرّق بين متماثلين، أمّا هذا فنعم. فإذا قُبِل الذي بدا، قُبِل بنفس المناسبة القول إنّ م.ا.ع وضعت غير متقن ولم تأت بإصلاح لما كان موجودا قبلها (فعلت ما هو ضدّ للإصلاح)، أي قُبِل القول إنّ أحكامها لا تجسّد الإحكام.

ولعلّ بعض الذي قيل عن الشّيء سوف يصحّ عن الشّخص لأنّ نسيجهما – وهنا نستعير العبارة من "هايدغر" - واحد.

(ب) الإحكام في صورة الغلط في الشّخص

105. غادرنا للتّوّ مادّة الشّيء حيث ثبت أنّ م.ا.ع من أهل "التّثليث". وها نحن ندخل في هذه اللحظة مادّة الشّخص حيث سيثبت أنّ المجلّة من أصحاب "الثّنوية". رغم هذا "الاختلاف في الدِّين" بين المادّتين، فإنّ بعض ما قيل في الأولى يصلح لأن يُنقل إلى الثّانية، أي أنّ بعض ما سبق من كلام في المادّة الأولى يغني عن الإطالة فيما سيأتي من كلام حول المادّة الثّانية.

ويستدعي الخوض في المادّة الثّانية - مادّة الشّخص - تحليل الفصل 46 من م.ا.ع. فإذا جيئ بهذا التّحليل وجب - من منظور التمشّي المعتمد في كلّ العمل - الإتيان بالغرب وبالشّرق، ثمّ وجب من بعد ذلك المرور إلى محاولة الحكم على المجلّة بالنّظر إلى مسألة الإحكام (وجوده – انعدامه)، وذلك بحسب ما ستفضي إليه المرحلتان السّابقتان:

106. ◄ وإنّ نقطة التّحليل ممكنة البدء بملاحظة أنّ الفصل 46 استعمل صيغة "لا ... إلاّ"، وجاءت فيه "من" التّبعيضيّة. لكن لن يُتوقّف عند هذه الجوانب. والسّبب أنّنا في إطار عنوان يهمّ صور الغلط[395]. هذا العنوان

---

[393] انظر عدد 95 وما بعده من هذا العمل.

[394] انظر عدد 98 من هذا العمل.

[395] أشارت الحاشية التحتية للفصل 51 المُرَاجع إلى "لوران" (ج 15، عدد 497 وما بعده) وإلى "دومولومب" (ج 24، عدد 108 وما بعده) وإن الأوّل (عدد 498) قد قسّم حديثه إلى تبرّع وإلى عوض وداخل العوض إلى التزام بعمل وإلى التزام موضوعه شيء نبيعه أو نسوّغه. وهو عين ما فعله الثاني (عدد 109) ولكن في عبارات أخرى هي طبيعة العقد والظروف التي ولّدته. وإن كل هذه الأمور مرتبطة بحرف "من" وهذا سنعود إليه في إطار غير هذا الذي نحن داخله.

يدعو إلى أن يُوَجَّهَ النظرُ إلى عبارتي: "ذات المتعاقد معه" و "صفته" وإلى ما يقابلهما في الصّياغة الفرنسيّة:

فإذا بدأنا بـ: "الذّات"، نقلنا ما جاء سابقا في إطار الشّيء وقلنا إنّها الخاصّة، والحقيقة[396]، والنّفس، والعين، والجوهر، والماهية[397].

وإذا مررنا إلى ما جاء في الصّياغة الفرنسيّة كمقابل لعبارة "الذّات"، وجدنا لفظة personne، وتفيد في اللغة "الفرد من النّوع الإنساني"[398].

هذا المعنى اللغوي لهذين اللفظين للفصل 46 يحيل إلى ما وجدنا أنفسنا أمامه في إطار الشّيء وهو الماهية الأولى[399].

لكن وككلّ معنى لغوي يتّجه، للقول به أو للقول بأنّ اللفظ أريد به خلاف ذلك المعنى، النّظر في التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع. هذا التّعبير لا يسلمنا شيئا يبعدنا عن اللغة. على هذا سنستقرّ على ما أسلمتنا إيّاه اللغة.

ويمكن أن نضيف لما سبق أنّ التّعبير المباشر يسمح بالقول إنّ لفظة الفصل 46 أخِذت من عند "دومولومب" مثلا حين تحدّث عن الشّخص وعن الوصف[400].

وهذه اللفظة ـ لفظة الوصف ـ هي الثّانية ترتيبا في الفصل 46 سواء في صياغته العربيّة أو الفرنسيّة. وتعني في هاتين اللغتين النّعت، وإكساء الحلّة، وإظهار الحال، وبيان الهيئة، وكيفيّة الوجود المميّزة[401]. ولعلّ هذه اللفظة العامّة: "صفته" (كسابقتها التي جاءت بالفصل 45: "وصفه") تفيد الخصوص، أي تفيد ما ليس ذاتيّا[402]. وعلى كلّ ليس ثمّ في التّعبير المباشر عن النّيّة ما يصرفها عن المعنى اللغوي الذي ذكرناه.

107. ◄ فإذا أتينا الآن بالغرب، وجدناه يتحدّث عن هاتين الصّورتين. وفعلا فإنّ "دومولومب"، كما تقدّم، قال بالشّخص وبالوصف وذلك بالرّغم من أنّ الفصل 1110 (فقرة 2) م.م.ف لم يذكر إلاّ الأوّل (جاءت فيه عبارة: personne). ونفس الأمر نجده بالفصل 180 (وردت فيه نفس العبارة: personne) الذي لم تضف إليه عبارة الوصف (qualité)، وبالتّحديد عبارة الأوصاف الأساسيّة (qualités essentielles)، إلاّ في 11 جويلية 1975[403].

---

396 لسان العرب لابن منظور.

397 المعجم العربي الحديث، لاروس.

398 معجم روبار الصغير1:« individu de l'espèce humaine »

399 انظر عدد 54 وما بعدها من هذا العمل.

400 "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 121. وهو مشار إليه بالحاشية التحتية للفصل 51 من المشروع المُرَاجع.

401 انظر عدد 60 من هذا العمل.

402 انظر عدد 60 من هذا العمل.

403 ولقد فهم النص على أنّ التخصيص فيه يفيد الاختصاص، ثمّ على أنّه لا يفيد ذلك، إلى أن تدخل المشرّع

أمّا الشّرق فنجد فيه صورة الشّفيع الذي يُذكَر له أنّ المشتري فلان فيسلِّم ولا يمارس حقّ الشّفعة فإذا بالمشتري شخص آخر[404].

كما نجد فيه صورة الموكّل الذي يظنّ أنّ الوكيل الذي أقامه صاحبَ أهليّة (ومن ثمّ سترجع على هذا الوكيل حقوق العقد) والحال أنّ الوكيل ليس كذلك (ومن ثمّ فحقوق العقد سترجع عليه هو، أي الموكّل)[405].

ونجد أيضا بالفقه الإسلامي صورة[406] من تُستأجر لتُرضع ولدا فيُتَبَيّن أن بلبنها أو بخُلُقِها فسادا[407].

ليحسم الأمر ويؤيد التأويل الثاني. (انظر مثلا إلى "كاربونيي" وإلى تاريخ الفصل 180 في القضاء الفرنسي منذ قرار "برتون" في 24 أفريل 1862. "كاربونيي" (جون) العائلة، الطفل، الزوجان، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، ط 20، 1999، ص415 وما بعدها.

CARBONNIER (J), La famille. L'enfant. Le couple, Paris, P.U.F., 20ème éd, 1999, p. 415 et s.

ولعلّه يمكن الإتيان بفهم آخر لما جاء في فرنسا: فالفصل 180 أتت به عبارة personne وهذه لها معنى لغوي. ويمكن القول إنّ النص أوّل في البداية على أنّه قصد معنى ثانيا هوالأوصاف التي تتكوّن منها عناصر الحالة المدنية. ويبدو أنّأ هنا أمام معنى تشريعي (وعلى هذا لسنا أمام قياس كما جاء في بداية الكلام). كما يبدو أنّ قرار "برتون" رفض أن تعدّ بقيّة الأوصاف معنى تشريعيا ثانيا (لا أن يمدّ حكم180 بواسطة القياس). ثمّ جاءت المحاكم في منتصف القرن العشرين تقريبا وقبلت ما رفضته الدوائر المجتمعة. وإنّ مشرّع سنة 1975 وبإضافته لكلمة qualité يكون ردّ الفعل على إدخال معنى ثالث لعبارة personne، أي يكون مؤيدا لفهم قرار "برتون". لكنّه وفي الآن نفسه لم يقص المعنى الثالث، أي اتبع التطور الذي كرّس، وذلك حين جاء بهذا المعنى الثالث بواسطة اللفظة التي زادها.

فإذا تمّ المرور إلى الفصل 1110 أمكن التمسك بأنّ عبارته personne عرفت مصيرا مختلفا. فلقد قيل إنّ الغلط في ذات الشّخص موجب للبطلان المطلق، ومن ثمّ فهو خارج عن الفصل المذكور. وهذا يعني أنّ العبارة فسّرت على أنّ المشرّع لم يرد منها معناها اللغوي بل معنى آخر.

[404] جاءت هذه الصورة في المبسوط (ج 14، ص 105) وفي البحر الرائق (ج 8، ص 144) وفي الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (ج 3، ص 487) وفي الخرشي (ج 6، ص 173) وفي شرح البهجة للشيخ زكرياء الأنصاري (ج3، ص 279) وذلك حسب السنهوري مرجع سابق، ج 2، ص 128 و129.

[405] يفرّق جزء من الفقه الإسلامي بين حكم العقد والمراد به الأثر المرتب عن العقد (في البيع: ثبوت ملكية المشتري للمبيع واستحقاق البائع للثمن المذكور في العقد) وحقوق العقد والمراد بها "كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد والتمكين لكلا العاقدين ممّا أعطاه له العقد وضمان سلامة المعقود عليه وأنه وفق الأوصاف التي وصف بها، ولذا يعدّ من حقوق العقد في البيع تسليم المبيع وقبض الثمن والردّ بخيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وضمان ردّ الثمن إذا تبين أن المبيع لم يكن ملكا للبائع وقت البيع". (أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 347). وحكم العقد في العقود التي تضاف للوكيل (البيع. إلخ.) يكون للموكّل أمّا حقوقه فتكون للوكيل (نفس المرجع، ص 349).

وقد جاءت الصورة الواردة في المتن في بدائع الصنائع (ج6، ص34) وفي تكملة فتح القدير (ج 6، ص 15 و16) وكل ذلك حسب السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 129 و130 و131.

[406] جاء هذا المثال في المبسوط (ج 15، ص 119 و121 و122) وفي الزيلعي (ج 5، ص 128) وفي البحر الرائق (ج 8، ص 22 و23) وذلك حسب السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 131 و132.

[407] قد يمكن أن يشار إلى صورة وصف همّت عقد الزواج وحصلت في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه. فلقد خضّب رجل شعره بالسواد. فلمّا دخل بزوجته نصل خضابه وظهرت شيبته. فشكاه أهلها إلى أمير المؤمنين فأوجعه ضربا وقال له غررت بالقوم (إذن تغرير أحدث - وهذا هو الذي يهمّنا - غلطا في الوصف). وفي رواية الغزالي فرّق الفاروق بين الزوجين. انظر: الغزالي: إحياء علوم الدين، الدار المصرية اللبنانيّة، ج 2، ص 44؛ أبو طالب المكي: قوت القلوب في معاملة المحبوب ووصف طريق المريد إلى مقام التوحيد، بيروت، دار صادر، ط 1، 1995، ج 2، ص 473.

وإنّا لم نجد[408] من يحلّل الصّورة الأولى من منظور أنّها للأوصاف الحسّيّة أي للذّات أو للشّخص. لكن وجدنا من يحلّلها من زاوية أخرى. وفعلا جاء في البحر الرّائق[409]: "وإن قيل له إنّ المشتري فلان فسلّم، ثمّ ظهر أنّه غيره، فله الشّفعة، لتفاوت النّاس في الأخلاق". فالصّورة لتفاوت، ولتفاوت في الخُلق، والخُلق وصف غير حسّي.

فإذا تمّ المرور إلى الصّورة الثّانية، وجدنا من يصرّح بتحليلها على أنّها للوصف. وفعلا قالت "تكملة فتح القدير"[410] إنّ: "المشتري دخل في العقد على ظنّ أنّ حقوقه تتعلّق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخيّر، لأنّه فات عن وصف مرغوب فيه".

يخلص ممّا سبق أنّه - وخلافا للشّيء[411] - لا يمكن الجزم بأنّ الفقه قال بصورة واحدة هي الأوصاف. كما أنّه لا يمكن القول إنّه قال بصورتين لمجرّد وجود الأمثلة الواردة أعلاه إذ الفيصل هنا تحليل الصّور وتصنيفها لا مجرّد الإتيان بها.

108. ◄ وينبغي بعد الذي سبق الإتيان بالحكم:

وقد ننظر، من أجل ذلك ومرّة أخرى، في التّفرقة الغربيّة بين الذّات والصّفات. وقد نحاول أن نفسّرها فنقول: إنّ الشّخص هو ما نراه بأمّ أعيننا أي المظهر الخارجي والحسّي، أمّا الأوصاف فغير ذلك.

بعبارة أخرى:

إذا كان لدينا شخص أوّل: فلدينا من جهة مظهره الخارجي أو وصفه الحسّي (سنسمّي هذه الجهة: أ) ومن جهة أخرى أوصافه الأخرى (سنسمّي هذه الجهة الأخرى: 1، و2، و3، إلخ).

فإذا كان لدينا معه شخص ثان: فلدينا من جهة مظهره الخارجي أو وصفه الحسّي (سنسمّي هذه الجهة: ب) ومن جهة أخرى أوصافه الأخرى (سنسمّي هذه الجهة الأخرى: 1 مكرّر، و2 مكرّر، و3 مكرّر، إلخ).

فإذا ارتُكِب غلط في ذات (أ) وفي شخصه فهذا يعني أنّه أُخِذ (ب) مثلا على أنّه (أ)؛ أي يعني أنّنا لم نجد (أ).

أمّا إذا ارتُكِب غلط في وصف (أ) فهذا يعني أنّه أُخِذ ما ليس 1 على أنّه 1؛ أي يعني أنّنا ما زلنا نجد (أ) [لم نمرّ مثلا إلى: ب]، لكنّا نجد (أ) من دون 1.

على هذا ثمّ فرق بين الصّورتين. لكن لنسأل: هل يبرّر هذا الفرق قولا بأنّ الصّورة الأولى أعلى وأخطر من الثّانية؟

---

[408] لم نأخذ الفقه الإسلامي المعاصر وبالتّحديد الفقه الذي يعرف أصحابه التّصنيف الغربي خشية أن يكون هؤلاء قد سحبوا ذلك التّصنيف على الأمثلة التي وجدوها عند القدامى.

[409] البحر الرائق: ج 8، ص 144 وذلك حسب السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 128 و129.

[410] فتح القدير: ج 6، ص 15 و16، حسب السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 130 و131.

[411] انظر عدد 82 من هذا العمل.

لقد قال بعض الفقهاء الغربيّين بذلك[412]. لكن الذي يبدو أنّ كلامهم قابل للنّقاش:

وفعلا إذا أخذت الصّورة الأولى على أنّها تحوي أنّه أريد (أ) وله الوصف 1 و2 و3. لكنّ الذي وُجد هو (ب) وله الوصف 1 مكرّر (وهو مساو لـ: 1)، والوصف 2 مكرّر (وهو مساو لـ: 2)، والوصف 3 مكرّر (وهو مساو لـ: 3)[413].

ثمّ أخذت الصّورة الثّانية على أنّها تتضمّن أنّه أريد (أ) وله الوصف 1 و2 و3، لكنّ الذي وُجد هو (أ) ... نعم، إلاّ أنّه من دون 1 و2 و3[414].

... إذا أخذ ما سبق، تبيّن أنّ الصّورة الثّانية أشدّ من الأولى أوعلى الأقلّ مثلها شدّة. بعبارة أخرى إذا بُدِّلت ذات وبُدِّلت أوصاف فهذا لا يعني بالضّرورة أنّ التبديل الأوّل أهمّ.

فإذا لم توجد هذه الأهمّيّة لم تبق جدوى للتّفرقة بين الذّات والأوصاف ويكون الأفضل جمع الكلّ تحت عنوان الأوصاف إذ الذات أوصاف حسّيّة أي في النّهاية أوصاف[415].

وعلى هذا، فـ "التّوحيد" هنا أيضا خيرٌ من "الثّنويّة". لكنّنا لا نستطيع أن نقول إنّ الفقه الاسلامي أحسن صناعة تشريعيّة من فقه القانون الفرنسي.

هذا الكلام يهمّ مباشرة القانون التّونسي، لأنّ هذا القانون أخذ ما جاء في فقه القانون الفرنسي وفرّق بين الشّخص والوصف.

وينبغي أن يضاف، وبصفة عرضيّة، أنّ م.ا.ع لم تتحدّث عن النّوع. والسّبب لا يتمثّل في كونها اكتشفت أنّه "اختراع"، بل يكمن في كون الذين تحاكيهم لم يأتوا بشيء هنا. وإنّه لبالإمكان وعلى المستوى النّظري أن يوجد هذا الكلام عن النّوع وذلك حين ينظر إلى الشّخص الطبيعي وإلى الشّخص

---

[412] انظر إلى الحديث منه:

*" لوسوارن"، ملاحظات تحت حكم محكمة الاستئناف بـ:روان 4 مارس 1969، المجلّة الفصل ية للقانون المدني، 1969، 762.

LOUSSOUARN, obs. sous C.A. de ROUEN, 4 mars 1969, Rev.Trim. Dt. civ, 1969, 762.

*"تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 211.

*"فيستان"، تكوين ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 495.

[413] أراد المرأة فلانة لدينها ولحسبها ومالها فوجد أخرى ذات دين وحسب ومال.

[414] أراد المرأة فلانة لدينها ولحسبها ومالها فوجد نفس هذه الفلانة ولكن بلا دين ولا حسب ولا مال.

[415] إنّ مسألة التساوي أو عدم التساوي في الأهمّية بين الذات كضرب من الأوصاف وبقيّة الأوصاف مسألة واقعية لا يمكن حسمها مسبقا. ولعلّه بالإمكان أن يُضاف لما سبق ما جاء إبّان الحديث عن الشّيء: من كون الذّات هي ذاتيات زائد غير ذاتيات (الذّات = ذاتيات + غير ذاتيات)، ومن كون الذّات غير موجودة (هكذا لايبق إلاّ الذّاتيات وغير الذّاتيات)، ومن كون الذّاتيات غير موجودة، ومن كون غير الذّاتيات (وبالتدقيق لازم وجود الماهية والعارض لا لازم الماهية)هي الموجودة، ومن كون هذا الموجود أو هذه الأوصاف لكائنين واقعيين قد تتقارب أو تتباعد بحسب الحالات. انظر عدد 75 وما بعده من هذا العمل.

المعنوي.

وبغضّ النّظر (أو مع النّظر) إلى هذه المسألة العرضيّة، يمكن القول عن الفصل 46 إنّه مستورد وتارك للمحلّي. لكن لا يمكن القول إنّه مجسّد لعدم الإحكام.

109. على هذا وعلى الذي سبقه، تكون المحصّلة أنّ " الشّيء" جانبَ الإحكام. لكن لا يمكن إتيان نفس القول فيما يتعلّق بـ"الشّخص". والملاحظ أنّ الكلام في ذاك أغنى عن كثير كلام في هذا. فهل سنجد نفس ما تقدّم في إطار الضّرب الآخر من الغلط في الواقع؟

§2 الإحكام في صور الغلط في الواقع "غير المبطل"

110. ينقسم "الغلط في الواقع غير المبطل" إلى قسمين: واحد موجود بنصوص م.ا.ع[416] وآخر يجب البحث عنه في التّعبير المباشر عن نيّة واضعيها. والأوّل هو الغلط في الحساب أو الغلت[417]، أمّا الثّاني فهو ما يسمّى بالغلط في الباعث. وسنحاول البحث في علاقة الأوّل ثمّ في علاقة الثّاني بمسألة الإحكام (وجوده - انعدامه): أي سننظر في الإحكام أوّلا في صورة الغلط في الحساب أو في صورة الغلت (أ) وثانيا في صورة الغلط في الباعث (ب).

(أ) الإحكام في صورة الغلط في الحساب/ أو في صورة الغلت

111. سنحاول هنا قطع مرحلة التّحليل، ثمّ مرحلة الإتيان بالغرب وبالشّرق، ثمّ مرحلة محاولة الحكم بالنّظر إلى القضيّة التي نعمل عليها:

112. ◄ فأمّا التّحليل فسنبدؤه بالإشارة إلى أنّ الفصل 47 تحدّث: أوّلا عن "مجرّد الغلط في الحساب" / "simples erreurs de calcul"؛ وثانيا عن كون هذا الغلط يُصلح.

* فإذا شرعنا بالحديث الأوّل وجب أن نأتي بالمعنى اللغوي قبل أن نبحث في مسألة النّيّة:

وإنّ الصّياغة الفرنسيّة للفصل47 تتمثّل في تركيب قدّم فيه وصف معيّن (simple) على الموصوف (erreur). هذا التّركيب يفيد أنّ الكلام هو عن الموصوف وعن الموصوف وحده، أي دون أيّة زيادة[418].

---

[416] هنالك أيضا الغلط في القيمة. ولكنّ هذا سنورده لاحقا (عدد 240 وما بعدها).

[417] جاء في لسان العرب لابن منظور (مرجع سابق) وفي إطار كلمة غلط: "... والغلط في الحساب وكل شيء، والغلت لا يكون إلاّ في الحساب..."، وعلى هذا فكلمة الغلط مطلقة أمّا كلمة الغلت فخاصة بالحساب. انظر أيضا حول الغلت: الجوزي (ابو الفرج جمال الدين بن علي بن محمد بن جعفر)، المدهش، تحقيق مروان قباني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 2، 1985، ص 47: "... وتقول العرب في الحساب غلت وفي غيره غلط...".

[418] انظر هذا الأمر في اللغة الفرنسية حيث ستجد في معجم "روبار الصغير1" ما يلي:
"Simple… II… 3° (devant le nom). Qui est uniquement ce que le substantif implique et rien de plus … une simple formalité. V. pur, seul. Tribunal de simple police…".

أمّا الصّياغة العربيّة فتفيد – انطلاقا من مدلول جرّد[419] – أنّ الحديث هو عن غلط في الحساب وعن غلط في الحساب عُرِّي من غيره.

هذا عن اللغة، فإذا مررنا إلى نيّة المشرّع، استوجب ذلك الإتيان بأمرين:

وأوّل الأمرين يتمثّل في أنّ ما جاء بالمشروع (الفصل 39) هو عينه ما جاء بالمشروع المُرَاجَع (الفصل 52)، وهو نفسه الذي انتقل إلى م.ا.ع في صياغتها الفرنسيّة.

والباحث في الأعمال التّحضيريّة لا يجد أنّ المبنى - حين استعمل في المرّة الأولى - قد أريد به غير المعنى الوضعي اللغوي. ثمّ إنّ الباحث لا يجد ما يفيد أنّه، حين أُبقي على هذا المبنى، حصل تحويل له نحو معنى مختلف.

أمّا ثاني الأمرين، فينبغي بدؤه بحديث جاء في إطار فقه القانون الألماني[420]، ومفاده أن ثمّ صورتين:

أولاهما نجدها مدعّمة بمثال "دهّان" المنازل الذي يطلب ثمنا جمليّا - لنقُلْ ألف دينار - للقيام بأعمال "دهن" لشقّة على أساس عمليّة حسابيّة خاطئة لمساحة الجدران.

وثانيتهما تهمّ من يقف أمام شيئين مختلفين لكلّ منهما ثمنه المعلن عنه (لنقل إنّ الشّيء الأوّل وضع عليه 400 د ثمنا والثّاني 450 د) ويقوم بعمليّة حسابيّة خاطئة (مثلا ظنّ أنّ محصّلة عمليّة الجمع 1000 د) تمثّل محصّلتها ما سيعدّ الثّمن الجملي.

والصّورة الأولى يمكن أن ينظر إليها من زاوية أخرى فتكون غلطا في وصف الشّيء هو المساحة أوجد غلطا في قيمة الأداء المقدّم[421].

أمّا الصّورة الثّانية فلا يمكن النّظر إليها من زاوية ترجعها إلى دائرة الشّيء، أو إلى دائرة ما سنسمّيه لاحقا بالسّبب القريب[422]، أو (عموما) إلى دائرة الغلط الذي رأيناه في العنوان السّابق بوصفه مبطلا[423].

---

[419] جرّد تجريدا ... ثوبه ومنه: عرّاه منه (انظر المعجم العربي الحديث).

[420] انظر إلى "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 339.

[421] يرى القضاء الألماني أنّه وحين لا يُعلِم "الدّهّان" في مثالنا صاحب الشّقة بأساس تحديده للثّمن فنحن أمام غلط في الباعث غير ذي أثر. أمّا حين يعلِمه فنحن أمام ما يسمّى في ألمانيا "غلط في محتوى التّصريح" وهو ذو أثر. وإنّ الفقه الألماني ينقد هذا الموقف ويرى أنّ مجرّد الإعلام غير كاف لوضع عبء تحمّل خطر الخطإ في الحساب على كاهل صاحب الشّقة في مثالنا.

[422] انظر عدد 149 وما بعده من هذا العمل.

[423] يمكن الإتيان بتحليل قريب من الذي تقدّم والقول إنّ حاصل الصورة الأولى خلل في المعطيات التي انبنت عليها العملية الحسابية جعل هذه العملية لا تصل إلى ما كان ينبغي أن تصل إليه، أي جعل هذه العملية مختلة. أمّا حاصل الصورة الثانية فخلل في العملية الحسابية وخلل في العملية الحسابية لوحدها. فهنا نحن أمام مجرّد غلط في الحساب. أمّا هناك فأمام غلط في المعطيات التي انبنى عليها الحساب، أي أمام ما ليس مجرّد غلط في الحساب.

و"مجرّد الغلط في الحساب" بهذا المعنى (= محصّلة خاطئة لخلل يهمّ فقط عمليّة جمع أو طرح أو قسمة أو ضرب) هو الذي يجعل صورة الفصل 47 مختلفة من جهة عن الغلط في تعيين الثمن وفي السّكّة اللذين تحدّثنا

على أساس ما سبق، يمكن القول: إذا كان الفصل 47 لما لا يبطل، وإذا كانت الصّورة الأولى قابلة لأن ينظر إليها من زاوية تدرجها في المبطل، فصون كلام المشرّع عن التّناقض[424] - بأن يقول عن صورة إنّها تبطل ولا تبطل - يقتضي جعل هذا النّص للصّورة الثّانية دون الأولى.

على هذا، يكون لعبارة الفصل 47 "مجرّد الغلط في الحساب" معنى لغوي هو الغلط في الحساب والغلط في الحساب وحده ودون أيّة زيادة، وتكون هنالك نيّة على هذا المعنى مردّها قرينة تتمثّل في تعبير غير مباشر. بعبارة أخرى، ينتج عمّا سبق أنّ م.ا.ع تحدّثت عن غلط في الحساب لا يُزاد عليه، أي لا يمكن النّظر إليه أيضا من زاوية الغلط المؤثّر في صحّة العقد.

* فإذا انتُهي ممّا تقدّم، أمكن الالتفات إلى الحلّ الموضوع وهو الإصلاح. وينبغي هنا –لغاية المقارنة - أن نأتي بما رآه فقه القانون الألماني[425] من أنّه يمكن: إمّا أن نأخذ بالمحصّلة الصّحيحة لأنّنا نعتقد أن بالإمكان توقّع كون المتلقّي تثبّت في الحساب وأصلح من ثمّ ما اقترح عليه، وهذا الذي أصلحه هو الذي مثّل موضوع قبوله. وإمّا أن نأخذ بالمحصّلة الخاطئة لأنّنا نرى أنّ المتلقّي لم يقبل إلاّ ما اقترح عليه. وإمّا أن لا يمكننا بواسطة التّأويل لا القول إنّ المتلقّي أراد قبول ما يمثّل محصّلة صحيحة ولا إنّه أراد ما يمثّل محصّلة خاطئة، وعندها يتعذّر القول بالتقاء الإرادات وبولادة العقد.

بعبارة أخرى هنالك: 1 + 1 (وهذا يحمله تعبير)، أي هنالك: 2 (كأمر

عنهما سابقا (عدد35) ومن جهة أخرى عن الغلط في القيمة الذي سنتحدّث عنه لاحقا (عدد 243).

[424] انظر إلى: "بيرلمان"، الأخلاق، مرجع سابق، ص 806. حيث يورد تطبيقا معروفا لتلك القاعدة على نص لـ:"هيراقليط" جاء فيه: "ندخل ولا ندخل النّهر مرّتين". فـ: "ندخل النّهر مرّتين" فُسّرت على أنّها تعني ضفّتيه، لكي لا تتناقض مع: "لا ندخل النّهر مرّتين" التي فسّرت على أنّها تعني مياهه الجارية [انظر حول عموم مسألة Tautologie "بيرلمان" و"تيتيكا": مؤلّف الحِجاج. البلاغة الجديدة، منشورات جامعة بروكسال، 1992، ص 292 وما بعدها وص 588. Perelman (Chaïm) et Olbrechts-Tyteca (Lucie), Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique, éd de l'université de Bruxelles, 1992, p. 292 et s. V. aussi: p. 588]. ولعلّه ينبغي هنا أن نشير إلى أنّ المؤلّف تحدّث في كتاب الأخلاق (ص765) عن الحالة التي نكون فيها أمام متناقضين ولا نستطيع إقصاء أحدهما لأنّ كليهما ممكن داخل النّص المؤوّل. ويقول إنّ معيار الإقصاء يكون هنا أيهمّا أصلح (قرّب هذا القول من الفصول: 541 و556 و557 م.ا.ع).

وعلى كلّ انظر حول عدم التناقض عموما وذلك في الفضاء الفكري الغربي:

*"بيرلمان" و"تيتكا"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 166 وما بعده.

*"بيرلمان"، الأخلاق، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 565- 619 وما بعدها - 755 وما بعدها- 806.

*"دريدا"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 229 وما بعدها.

*"كربونيي"، علم الاجتماع ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 136.

*"إيكو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 51 وما بعدها.

*الموسوعة الفلسفية الكلية، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، كلمة: تناقض/contradiction.

وانظر في الفضاء الفكري الإسلامي، وعلى سبيل المثال منه الفضاء الفقهي، ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ج 1، ص 398 وما بعدها، الطبعة التي ذكرناها سابقا وقلنا إنها ليست التي يشير إليها المشروع المُرَاجع.).

[425] انظر إليه عند "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 339 و340.

ضمني باعتبار أنّ 2 محصّلة لعمليّة الجمع)؛ ثمّ هنالك: 3 (وهذا يحمله تعبير). على هذا، وفي الجملة، ثمّ معنيان: أوّلهما 2؛ وثانيهما 3.

فإمّا أن نجد، بواسطة عمليّة التّأويل، قرينة حاليّة أو مقاليّة على أنّه أريد المعنى 2؛ عندها نأخذ بهذا المعنى.

وإمّا أن نجد نيّة على المعنى 3؛ عندها نأخذ بهذا المعنى.

وإمّا أن لا نجد لا هذه النيّة ولا تلك؛ فنصير أمام ما هو كالمشترك، أي أمام ما هو كالذي له عدّة معاني لا يمكن القول بها معا لكونها معان مختلفة؛ هنا يسقط التّعبير ولا يؤخذ به[426].

وما جاء الآن يمكّن من القول إنّ م.ا.ع قطعت الطّريق على المؤوّل وأعطته مباشرة الحلّ، أي أنّها جاءت إلى "صورتنا" وقالت: إمّا إنّ فيها معنيين ويجب عليكم أن تأخذوا بأحدهما ولا تلتفتوا إلى النّوايا، وإمّا – وهذا ممكن بدوره ويصبّ في نهاية الأمر فيما سبق - إنّ فيها معنى واحدا ويجب عليكم أن تأخذوا به ولا يهمّ إن عثرتم على نيّة مخالفة[427].

---

[426] قارن هذا مع قاعدة الفصل 531 م.ا.ع المتعلقة بالحقيقة والمجاز.

[427] انظر ما رأيناه سابقا حول الغلط في ذات الشّيء وحول الغلط في طبيعة العقد، ثمّ انظر بعد ذلك إلى القرار التعقيبي الذي قرّب فيه الغلط في ذات الشّيء من الغلط في الحساب (تع، مدني، 11251، 22 أفريل 1985، ن، ج1 ، ص 178).

ويمكن أن نورد رسما سبق معنا والذي يذكّر بالموقف الذي يفضي إلى القول إنّ الغلط في الحساب ليس غلطا.

وفعلا إذا كانت العبارة فيها: 7 + 5 = 11

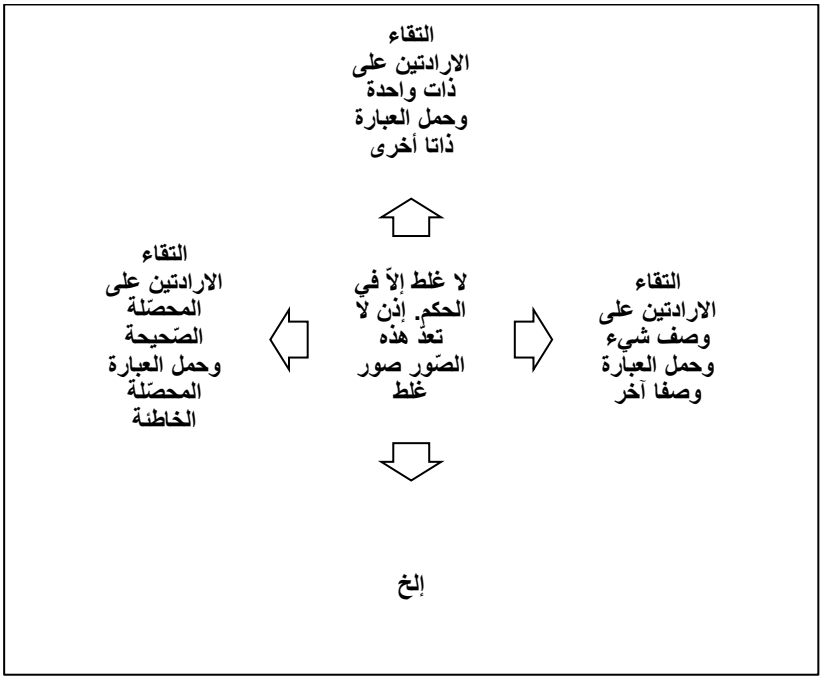
فالبعض يرى أنّ التّفكير كان: 7 + 5 = 12

وعليه لا غلط في الحكم هنا، بل حصل الغلط في التّعبير. ومن ثمّ لا تسمّى هذه الصّورة غلطا:

ويمكن القول عن هذا الحلّ لـ: م.ا.ع إنّه ليس الأفضل.

113. ◄ لكن ينبغي قبل ذلك – لأنّا أمام حكم على الفصل 47 - أن نأتي بالغرب المعتمد. فلقد أشير مثلا في المشروع المُرَاجع إلى نصّ في م.م.ف يقول أيضا بالإصلاح[428]. هذا الحلّ نجده أيضاً بالشّرق[429]. وفعلا، جاء تحت المادّة 72 من المجلّة العثمانيّة[430] أنّه "لو كان شخص يشتري من تاجر بضائع ويقيّد التاجر ما يشتريه الرّجل بدفتره وأراد المشتري دفع ثمن ما أخذه فطلب من التّاجر أن يجمع كلّ ما أخذه منه فغلط التّاجر فبدل من ألف طلب ألفين ودفع المشتري الألفين بعد ذلك ثمّ تبيّن له أنّ المطلوب منه ألف قرش فقط فدفع الألف الثّانية للتّاجر خطأ لا يمنعه من استردادها"[431].

114. ◄ ممّا سبق، يمكن القول إنّ م.ا.ع - سواء اتّبعت ذاك الغرب أو هذا الشّرق - قد أخذت بما ليس الأفضل[432]. لكن، لأنّها مثل الفقه لا يمكن



[428] لم يشر مباشرة إلى الفصل 2058 باعتبار أنه سبقت هذا النص عبارة "قارن" وبالتحديد اختزالها وهو: .cf لكن السّبب على ما يبدو أنّ الفصل 47 م.ا.ع جاء لكل العقود، أمّا 2058 فيهمّ عقد الصلح لذلك لم يمكن أن تحصل الإشارة إليه بصفة مباشرة.

[429] لقد أشارت الحاشية الجانبية للمشروع المُرَاجع إلى رد المحتار، ج 4، ص 630. لكن هنالك خطأ مطبعي في رقم الصفحة ولم نجد له إصلاحا في القائمة الموجودة لهذا الغرض في هذا المشروع (الجزء الرابع فيه فقط 523 صفحة) لذا تعذر علينا الرجوع إلى الشّرق المعتمد كمرجع واستعضنا عنه بما ورد أعلاه.

[430] التي تقول: "لا عبرة بالظنّ البين خطؤه".

[431] حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 72.

[432] هنالك أصول في مادّة العقد وهي من جهة الفصل 515 الذي يدعو لأن يعطى التعبير المعنى الموافق

المرور لفكرة الإحكام (بسبب عدم إمكان الخوض في المكوّن الثّاني للإحكام الذي هوالإصلاح).

ولقد كان على هذه المجلّة أن تهجر في مثل هذه المواطن الفقه[433]. لكن يبدو أنّها لا تضيّعه إلاّ حين يكون هو الأصلح. ولعلّ هذا هو أيضا شأنها في ما يخصّ الغلط في الباعث.

(ب) الإحكام في صورة الغلط في الباعث

115. ◄ لم يرد نصّ في عنوان م.ا.ع الخاصّ بعيوب الإرادة يتحدّث عن الغلط في الباعث[434] ويقول إنّه مبطل أو غير مبطل. لكنّنا نجد بالحاشية التّحتية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان[435] تكلّما فيه عن الباعث والوصف غير الذّاتي وقالا إنّهما لا يبطلان. وأضافا إنّ الأوّل[436] والثّاني[437] يصبحان مؤثّرين على العقد لو أنّ نيّة الأطراف المشتركة جعلت منهما شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد. ويبدو أنّ المقصود هنا أنّنا أصبحنا أمام عقد شَرطيّ وأنّ التّأثير على العقد ليس سببه الغلط بل سببه عدم تحقّق الشّرط[438].

وإنّنا لن نخوض هنا في علاقة الغلط بالشّرط لأنّه أمر سنأتيه لاحقا[439]، لكن ينبغي أن نشير إلى أمرين:

للمقصد ومن جهة أخرى الفصل 531 الذي يمكن وانطلاقا منه أن نقول بإبطال التعبير لو لم نستطع العثور على نية على أحد معانيه التي لا يمكن القول بها جميعا. وقد كان يمكن إرجاع المادّة التي نحن بصددها إلى هذه الأصول فنكون قد جمعناها بما هو مثلها. ويبدو أن هذا الجمع لو أتي به لا يعطل داعيا آخر. (على كل قارن ما قلناه عن الفصل 515 وخاصة عن الفصل 531 بما جاء عند: الجربي (سامي)، تفسير العقد، تونس، مركز النشر الجامعي، 1999).

[433] أو بالتحديد ما هو مثل الفقه لأن ما تأخذ به هو هذا ثم يتفق أن يكون المأخوذ به مثل الفقه.

[434] لن نستطيع الآن أن نعرّف الغلط في الباعث. لكن حين سنصل إلى عدد 148 وما بعده سيصير بإمكاننا تقديم تعريف سلبيّ والقول إنّه: **الغلط الذي ليس محلّه الشّيء ولا الشّخص ولا طبيعة العقد ولا وجود السّبب ولا وصف السّبب ولا الحساب ولا القيمة**؛ أو القول إنّ: **الباعث علّة غائيّة ليست شيئا ولا شخصا ولا طبيعة عقد، إلخ.**

[435] ج4، الفقرة 343 مكرر.

[436] قد ينبغي أن يشار إلى أن ما أضافاه ما زال موجودا في الفقه الحديث: انظر إلى:

* "كاربونيي"، الالتزامات، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 42.

*"مالوري" و"أيناس"، القانون المدني. الالتزامات (باللغة الفرنسية)، باريس، كوجاس، ط 9، 1998 – 1999.

عن طريق "أيناس" عدد410

MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), Droit civil. Obligations, Paris, Cujas, 9ème éd, 1998/ 1999 par AYNES, n° 410.

*"تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 212 الذين تحدثوا عن شرط تعليقي وفاسخ.

[437] ما أضيف هنا نجده أيضا عند "دومولومب، " مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 97 و98.

[438] والكلام لـ:"دومولومب". مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 97.

[439] انظر عدد 156 من هذا العمل.

أوّلهما أنّ م.ا.ع نفضت عن نفسها ما ذهب إليه الفقيهان المذكوران أعلاه، حين أدخلت الوصف غير الذّاتي تحت عنوان الغلط، وإن كان قد عَلِقَ بها شيء منهما حين قالت: "موجب للتّعاقد".

ثانيهما أنّها لم تفعل ذلك مع الباعث. هذا يعني أنّه قد عَلِقَ بها هنا كلّ شيء، أي أنّها عدّت الباعث غير داخل في أحكام الغلط، وإن كان يمكن أن يدخل في أحكام الشّرط[440]. نعم ... قد لا يُقال بالمفهوم[441] ... نعم قد لا يقال إنّ المسكوت عنه – وهو هنا الباعث - حكمه عكس حكم المنطوق به لمجرّد كونه مسكوتا عنه (المنطوق به حكمه الدّخول في مادّة الغلط، وعكس هذا الحكم عدم الدّخول في هذه المادّة) ... نعم ... لكن يترجّح، انطلاقا من الذين أشير إليهم كمرجع في المشروع المُرَاجع، أنّ المسكوت عنه أريد أن لا يكون مبطلا على معنى مادّة الغلط.

116. ◄ فإذا قُبِل ما سبق، أمكن المرور إلى المرحلة الموالية وهي الإتيان بالغرب وبالشّرق. فأمّا المجيء بالأوّل فقد تحقّق بعد لضرورات اقتضتها المرحلة السّابقة، أي مرحلة التّحليل. وأمّا المجيء بالشّرق فسيحصل هنا. والشّرق يعرف في مادّة "العيوب"[442] مثال من "اشترى عَرْصة[443] على أنّ ضريبة الأملاك التي تأخذها الحكومة عنها مائة قرش فظهر أنّ ضريبتها أكثر من ذلك"، ويعرف مثال من "اشترى عقّارا على كونه لا ضريبة عليه فظهر بعد الشّراء أن عليه ضريبة"[444]، ويعرف مثال من يشتري دارا ظانّا أنّ الجار ليس من أهل السّوء ثمّ يجده منهم[445]، ويعرف مثال من يؤجّر آخر على الصّلاة أو الصّيام ليؤدّيهما بدلا عنه ظانّا أنّهما ليسا بفرضي عين[446]. هذه الأمثلة تدخل ضمن ما يسمّيه الغرب "غلطا في الباعث"[447]. لذا يمكن القول إنّ

---

[440] لكن انظر هامشا سيرد في عدد 120.

[441] انظر حول هؤلاء: الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 2، ص 204 وما بعدها.

[442] لا في مادة الوصف لأن الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع أشارت إلى المادّة 310 من المجلّة العثمانيّة الخاصّة بخيار الوصف، ولا نجد بها أية إشارة إلى المواد التي جاء فيها خيار العيب. لكن وكما رأينا (عدد 100 وما بعده) وكما سنرى (عدد 333) ثمّ تداخل بين العيب والوصف.

[443] انظر إلى المعجم العربي الحديث لاروس حيث ستجد العرصة بفتح العين وسكون الراء وهي ساحة الدار أو الفسحة بين الدور التي ليس فيها بناء.

[444] انظر هذين المثالين عند حيدر (علي)، درر الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 344. ولقد سبق وأن رأينا هذين المثالين في هذا العمل.

[445] انظر إلى ابن سلمون، مرجع سابق، ج 1، ص 168. ولقد سبق وأن تعرضنا إلى هذا المثال.

[446] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، ج 2، ص 166. انظر هذه الصورة بالفصل 834 م.ا.ع الذي يقول: "يبطل كلّ عقد موضوعه ما يأتي: ... ثالثا: الإجارة على عبادة عينيّة واجبة على كلّ مسلم كالصلاة والصوم".

[447] انظر إلى غرب حديث: مثلا "ڤيستان"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 509. وقرّب الأمثلة التي جاءت عنده من التي وردت أعلاه. وانظر خاصة إلى "كاربونيي"، الالتزامات، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 41: حيث تحدث عن "غلط في الآثار وخاصة في الآثار القانونيّة للعمل القانوني (مثال: شراء عقار مع جهل النفقات التي تنجر عن الشراء" erreur sur les conséquences, spécialement…»

الشّرق ليس مثل الغرب باعتبار أنّ ذاك قبل في المادّة التي نعمل عليها[448] ما رفضه هذا.

ولعلّ الغرب الحديث بصدد الاقتراب من الشّرق إذ أنّه بدأ يقبل الباعث في مادّة التّبرّع (لا في كلّها طبعا بل في جزء منها هو الأعمال القانونيّة الصّادرة عن طرف واحد[449]).

117. ◄ ويبدو - وهنا نصل إلى مرحلة الحكم - أن بالإمكان الآن أن نفصل بين ثلاثة أشياء:

- أوّلها، أنّ الذي يرى قبول الباعث أفضل من رفضه يرى بنفس المناسبة الشّرق خيرا من الغرب، ويربط لأجل هذا م.ا.ع بمسألة عدم الإحكام (عدم إتقان وعدم إصلاح)[450].

- وثانيها، أنّ الذي أدخل الوصف غير الذّاتي في مادّة الغلط، لا يُفهم كثيرا تركُه "الباعث" في مادّة الشّرط إذ أنّنا هنا وهناك أمام ما سنسمّيه لاحقا سببا بعيدا[451]. ويبدو أنّ جزء الغرب الذي أخرج الكلّ إلى مادّة الشّرط أقرب إلى الاتّساق[452].

- وثالثها، أنّ م.ا.ع - إذا تتبّعنا المراجع التي استعملتها[453] - قبلت في مادّة العيوب الباعث. على هذا يكون الغلط المنظّم تحت اسم الغلط قد رفض ما قبِله الغلط المنظّم تحت غير اسم الغلط.

118. لكن لنترك الغلط المنظّم تحت اسم غير اسم الغلط، ولنهتمّ بالغلط المنظّم تحت اسم الغلط:

رأينا منذ قليل (من الغلط المنظّم تحت اسم الغلط) الغلط غير المؤثّر، ووجدنا فكرة عدم الإحكام في الباعث ولم نجدها في الحساب. ورأينا قبل ذلك الغلط المؤثّر، ووجدنا الفكرة في الشّيء لكن لم نستطع الخوض في نفس الفكرة

---

les conséquences juridiques, de l'acte (ex. achat d'immeuble fait dans l'ignorance des charges qui s'en suivent » .

انظر أيضا إلى وصف لغلط في الآثار القانونية على أنه غلط في الباعث. "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 341.

[448] هي مادة الغلط، ولكن اسمها في الفقه الوصف والعيب. إلخ...

[449] مثل الوصية. انظر "قيستان"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 510.

[450] سنجد في ما بعد الباعث مندرجا ضمن صنف بعض أجزائه مبطل والبعض لا. وعلى هذا فمقتضى جمع المتماثلات لا يمكن الحديث عنه هنا. لكننا سنجد بعد ذلك مادّة الكتمان الذي يحدث والذي يستغل الغلط، وهنا قد يمكن الحكم وفق داعي الاتّساق على الباعث وعلى غيره من صور الغلط التي قد نجد أن م.ا.ع قد قرّرت في شأنها أنها لا تبطل. وعلينا أن نلاحظ أن قبول أو عدم قبول الباعث في ميدان مخصوص (مثلا ذاك الذي وجدناه أعلاه في إطار الغرب الحديث) أمر يتجاوز دائرة هذا العمل.

[451] انظر عدد 149 وما بعده من هذا العمل.

[452] لكن انظر هامشا سيرد بعدد 120.

[453] انظر إلى الأمثلة الواردة بـ: عدد 116. وإنّا وجدناها بالمشروع المُرَاجَع وإنّها هي التي تحدثنا عنها في عدد 100 من هذا العمل.

في الشّخص. وإنّا سنرى بعد قليل أنّ الكلام عن الشّيء والشّخص (وعن الباعث) هو بعدُ كلام عن القانون. ويمكن أن نضيف أنّ الكلام عن ذينك، أي عن الواقع والقانون، هو كلام عن الفصل 49. وفعلا فإنّ هذا النّصّ - كما قال ذلك بنفسه - لم يأت بصنف مستقلّ عن الشّيء والشّخص. ثمّ إنّ هذا النّصّ - هذا لم يقله بنفسه - لم يجئ بصنف مستقلّ عن القانون[454].

يخلص ممّا جاء أعلاه أنّ الكلام عن الشّيء كلام عن الشّخص. لأجل ذلك كان الكلام عن الشّخص أصغر (لأنّ الشّيء جاء في البدء). كما يخلص أنّ الكلام عن الشّيء والشّخص كلام عن القانون. لأجل ذلك سيكون الكلام عن القانون أصغر (لنفس السّبب السّابق). فإذا كان الكلام عن الشّيء والشّخص والقانون كلاما عن الفصل 49، لم يبق شيء ليُقال عن هذا الفصل (على الأقلّ على مستوى الصّور، وهو ما نحن بصدده)[455].

وما سبق أمرٌ لا يرتبط بكمّ الحديث فقط، بل يرتبط أيضاً بمسألة الإحكام (انعدامه هنا). فإذا وجدنا المسألة على نحو معيّن في الشّيء وجدناها على نفس النّحو في القانون.

القسم الثاني: الإحكام في صورة الغلط في القانون

119. جاءت بالصّياغة العربيّة لـ: م.ا.ع عبارة جهل الحقّ (الفصل 44: "... جهل ... الحقّ ...")[456]. ومن يبحث في التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع[457]، سيقول إنّه قرينة على أنّ المقصود مخالف لما ينبئ به المعنى اللغوي (الحقّ: ما لك، إلخ.)، أي سيقول إنّه أريد حكم مجانب للواقع سببه عدم علم بما في القانون وعدم علم بما ليس فيه.

وجاءت بالصّياغة الفرنسية عبارة الغلط في القانون (الفصل 44: "... L'erreur de droit"). وقد يقال إنّنا أمام إطلاق، أي أمام الغلط في القانون (droit objectif)، أو أمام الغلط في الحقوق (droit subjectif). لكن ما سبق حول المعنى اللغوي في الصّياغة العربيّة وبالتّحديد ما سبق حول وجود قرينة على ما يخالف هذا المعنى اللغوي، هو أيضا قرينة على أنّه وفي

---

[454] أشارت حاشية الفصل 54 من المشروع المُرَاجع إلى "لوران" (ج 15، عدد 495) حيث أعطانا مثال الوكيل المكلف ببيع قطن والذي يتلقى تلغرافا من الموكل يأمره أن يبيع بـ: 139 فرنك فيبيع بـ: 140. لكن وقبل ذلك ارتكبت إدارة التلغراف خطأ لأن الأمر كان بالبيع بـ:165 (انظر إلى نفس هذا المثال في القانون الألماني عند "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 325).

[455] لذلك كان الكلام عن الشّيء كبيرا وعن الشّخص أصغر، ولذلك كان الكلام عن الشّيء والشّخص (والباعث) كبيرا وسنجده عن القانون أصغر، ولذلك كاد الكلام عن 49 ألاّ يكون بمعنى أنه لم يظفر حتى بعنوان خاص به تحت باب صور الغلط.

[456] انظر ما أثارته هذه العبارة من صعوبات: الجلولي (علي)، تعليق على القرار التعقيبي المدني عدد 2078 المؤرخ في 17 أفريل 1980، مجلّة المحاماة 1989، ج 1، ص 198.

[457] انظر إلى المراجع المشار إليها تحت الفصل 48 من المشروع المُرَاجع.

الصّياغة الفرنسيّة أريد من المطلق مقيّدا أي أريد القانون[458].

120. وإنّ تلكما العبارتين قد جاءتا بالتّدقيق داخل نصّ هو الفصل 44 وتحت عنوان هو العيوب. لكنّنا نعلم أنّ هذا العنوان، حين كان مشروعا ومن بعد ذلك مشروعا مُراجعا، حوى نصّا يضمّ القاعدة الرّومانيّة التي مفادها أنّ الغلط إذا صار عامّا استحال قانونا أو حقّا. هذه القاعدة لا علاقة لها بالعنوان الذي نحن بصدده. لذا فعدم نقلها إلى م.ا.ع، حين نُقِل إليها هذا العنوان، كان الحلّ الأفضل[459].

---

[458] سنرى بعد قليل أنّ الغلط في القانون يحدث أنواعا متعدّدة من الغلط من ضمنها الغلط في الحقّ. وعلى هذا يمكن القول إنّ "جهل" في44 م.ا.ع مطلق أي هي جهل الحق الذي ينجرّ عن جهل القانون، أوجهل الحقّ الذي لا ينجرّ عن جهل قانون، ثمّ القول إنّ هنالك قرينة تدلّ على أنّ المطلق يفيد الخصوص وهو هنا جهل الحقّ الذي ينجرّ عن جهل القانون. لكنّ هذا لا يساوي ما أراده المشرّع من الفصل 44 وهو كلّ جهل بالواقع (لا بالحقّ فقط) كان مصدره جهلا بالقانون.

[459] قال الفصل 36 من المشروع والفصل 49 من المشروع المُرَاجَع إنّ الغلط في القانون والذي يشترك في الوقوع فيه كلا الطرفين لا يوجب فسخا. وإننا نعلم من المراجع المستعملة بالمشروع المُرَاجَع أنّ المقصود هو القاعدة الرّومانية القائلة إنّ الغلط إذا عمّ عدّ قانونا أو ترتّبت عنه الحقوق:

(L'erreur commune est créatrice de droit / *Error communis facit jus*).

وإنّ هذه القاعدة ترجع إلى الإمبراطور "أدريان" ADRIEN الذي عرضت أمامه واقعة العبد الذي اشتهر بين الناس على أنه حرّ والذي شهد على وصية ثم كشف أمره فطلب الوارث الشرعي إبطالها، لكنّ الإمبراطور قال بالصحة لأنّ الغلط في حرّية الشاهد كان عامّا بين الناس. (هذه هي القصّة عند "لوران"، مرجع سابق، ج 13، عدد 281. وقد أشير إليه بالمشروع المُرَاجَع، ولكن أنظرها أيضا عند: "رولان" (هنري) و"بوابيي" (لوران)، الأقوال المأثورة في القانون الفرنسي، باريس، ليناك، ط 3، 1992، ص 229 وما بعدها.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), Adages du droit français, Paris, Litec, 3ème éd, 1992, p. 229 et s.)

ثم طرح نفس المشكل (ونعود هنا إلى قصة "لوران") أمام الإمبراطور "سفير" Séveres والإمبراطور "أنطونين" Antonin فقضيا في نفس الاتجاه. ثم جاء "جوستينيان" Justinien ووضع القاعدة في القوانين التي دوّنها، ويقول لنا "لوران" إنّ الفقهاء والقياصرة تجنّبوا دائما القول إنّ الغلط يولّد الحقوق. لكن هذا القول المأثور وجد في قانون آخر ليهمّ مادة التأويل وبالتحديد ليقضي بأن اللفظة إذا كان لها في اللغة معنى، ثم شاع لها وعلى وجه الخطإ معنى آخر، فالمعتمد هذا المعنى الآخر. وعلى هذا فالقول المأثور خاص بمادة معيّنة، لكنه وفي القانون القديم صار قاعدة عامة، ثم انتقل بهذه الصفة إلى القانون الفرنسي. ولقد حمل "لوران" على هذه القاعدة (وحاشية المشروع المُرَاجع قالت لنا إنه ضدّها) لكنّه قبل محتواها، أي قبل أن لا يتم إبطال زواج لكون من أشرف على إبرامه لم تكن له الصّفة القانونيّة، وأن لا يتمّ إبطال وصيّة لكون شاهدها لا يملك أهليّة، أي قبل بالزّواج الظّنّي Mariage putatif وبالأهليّة الظّنّيّة Capacité putative لكون أطراف الزّواج أو الوصيّة حسنو النيّة، وإن كان لم يقبل أن يقال إنّ غلطهم خلق قانونا أو أنتج حقوقا. ويقول لنا "مازو" [القولة المأثورة: الغلط المشترك يولّد الحقّ (باللغة الفرنسية)، المجلّة الفصل يّة للقانون المدني، 1924، ص 929 وما بعدها.

MAZEAUD (Henri), La maxime *error communis facit jus*, Rev.Trim.Dt civ, 1924, p. 929 et s.

حول نفس المادّة انظر: MASSOT (Olivier), L'erreur *au fond* du droit, Revue interdisciplinaire d'études juridiques (R. I. E. J.), 2006.57, p. 157 et s. ; DEUMIER (Pascal), Error communis facit jus ?, in : L'erreur, sous la dir. de : FOYER (Jean), TERRÉ (François) et PUIGELIER (Catherine), P.U.F., Paris, 1ère éd., 2007, p. 9 et s.]

إنّ هنالك فرقا وإنّه لا يجب الخلط بين هذا الغلط والغلط الذي يعيب الرّضا. فهناك نجد أنّ الذي ارتكب غلطا

121. فإذا تركنا ما لم يُنقل واهتممنا بالمحتوى الذي وُجد في المشروع ثمّ في المشروع المُرَاجَع ثمّ في م.ا.ع، أمكننا القول إنّ هذا المحتوى وفي الموقع الأوّل تعلّق بالغلط في القانون كصور[460]. أمّا في الموقع الثّاني والثّالث فإنّه -

يريد إبقاء العقد، وهنا يريد إبطاله.
لكن لنترك "مازو" مؤقّتا ولنذهب إلى "رولان" و"بوابيي"، فهذان قالا لنا (المرجع الوارد أعلاه: ص 233 و234) إنّ القولة المأثورة تسمح بإصلاح عيوب عديدة منها:
*عدم الاختصاص (من ليس له وصف مأمور عمومي).
*عدم السّلطة أو الولاية (الوليّ الظنّي أي الذي عّين بصفة غير قانونيّة [لا الوليّ الواقعي الذي ليس له أيّ سند عيّنه]).
*عدم الأهليّة.
*عدم الحقّ: وهنا يحدثنا الفقيهان عن "الوارث الظّاهر" الذي أوجد لنفسه وصيّة (إذن مدلّسة) ثم ورث ثم باع ما ورثه. فهنا لن يؤثّر قيام الوارث الحقيقي على المشتري طالما كان غلطه مشتركا بينه وبين غيره وطالما كان ذلك المشتري حسن النّيّة.
وإن هذه الأمثلة تؤكّد ما قاله "مازو" من أنّنا هنا بعيدون عن عيوب الرّضا، وتجعل ما عمدت إليه م.ا.ع من محو للفصل 36 و49 المذكورين أعلاه أمرا مستحسنا.
(ملاحظة1: إن الاستحسان يهمّ الشّكل [وضع الفصل 36 ووضع الفصل 49 اللذان يهمّان ابقاء العقد مع نصوص تهم إبطاله] أمّا الأصل [عدم نقل الفصل 36 أو الفصل 49 إلى م.ا.ع هو عدم نقل لحكم عامّ يهم الظّاهر ؟... إذن هو قطع للطّريق أمام التّوسّع بواسطة القياس في أحكام خاصّة في م.ا.ع: الفصول 252 (يقرّب منه الفصل 208)- 1163- 1168- 1488- 1510 ؟ يمكن أن يضاف لهذه القائمة الفصل 476 من مجلّة الشّركات التّجاريّة] فلن نخوض فيه [على كلّ انظر حول عموم مسألة الظاهر: قزارة (إيمان)، نظريّة الظّاهر في القانون الخاص، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2002- 2003. وانظر أيضا: محفوظ (محمد)، إسهام في دراسة الظّاهر في القانون التّونسي. حول قرار الدّوائر المجتمعة عدد 27632 المؤرّخ في 4 أفريل 1997 (تعليق باللغة الفرنسية)، المجلّة القانونيّة التّونسيّة 2001، ص 375 وما بعدها.
Mahfoudh (Mohamed), Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien. À propos de l'arrêt des chambres réunies n° 27632 du 4 avril 1997, R.T.D., 2001, p. 375 et s.
وانظر كذلك: "ديروسين" (دافيد)، الواقع المعيش، الواقع القانوني والحقيقة القضائيّة في روما وفي القانون الفرنسي القديم. مساهمة تاريخيّة لدراسة نظريّة الظّاهر، (مقال باللغة الفرنسيّة)، المجلّة الفرنسيّة لنظريّة وفلسفة وثقافة القانون، 2003، ص 191.
DEROSSIN (David), Réalité vécue, réalité juridique et réalité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence, Revue française de philosophie et de culture juridiques, 2003, p. 191.
"بومبيالش – جونو" (دينيس)، العنصرالنّفسي في نظريّة الظّاهرعلى ضوء فقه قضاء محكمة التعقيب (مقال باللغة الفرنسيّة)، مجلة البحث القانوني2004 - 3، ص 1547.
POMBIEILCH – JEAUNEAU (Denise), L'élément psychologique de la théorie de l'apparence à la lumière de la jurisprudence de la cour de cassation, R.R.J. 2004 - 3, p. 1547.
ملاحظة 2: هنا أيضا اختلف المشروع المُرَاجع من جهة و م.ا.ع من جهة أخرى. قارن مع ما لاحظناه في موطنين سابقين).

[460] قال الفصل 35 من المشروع أنّ "الغلط في القانون يمكن أن يؤدي إلى البطلان النسبي للعقد إذا كان هو السّبب الوحيد أو الأساسي للاتفاق ".
« L'erreur de droit peut donner lieu à la rescision du contrat lorsqu'elle est la cause unique ou principale de la convention ».
ونلاحظ هنا أنّ النص تحدث عن الصورة وعن شرط. لكننا سنرى لاحقا أن الشرط لا يخرجنا عن الصور". انظر عدد 147 وما بعده.

زيادة على ما سبق - تعلّق بقبول هذا الغلط[461].

والصّور تدخل في العنوان الذي نحن بصدده، أمّا القبول ففي عنوان سيأتي. لذا إن وجب الخوض في الصّور هنا، فينبغي عدم فعل ذلك مع القبول. لكن سنخرق هذا الواجب. والسّبب أنّ الأفضل أن يكون الحديث الآتي عن القبول عامّا يشمل كلّ صور الغلط سواء نتجت عن غلط في القانون أو لم تنتج عنه. ولن يتحقّق ذلك إلاّ متى جئنا هنا وتكلّمنا في القبول من الزّاوية الخاصّة بالغلط في القانون.

بناءً على ما تقدّم، ستتمّ تجزئة ما سيأتي إلى فقرتين واحدة لصور الغلط في القانون (§1) وأخرى لقبول الغلط في القانون (§2).

§ 1 صور الغلط في القانون

122. أرادت م.ا.ع أن تتعرّض إلى الغلط في القانون ومن هنالك إلى صوره، ثمّ هي جاءت بنصّ خاصّ ينطق بما أرادته. لذا يمكن تقسيم ما أتت به إلى جزءين: واحد للصّور في نفسها وآخر للكلام عن الصّور في نصّ مستقلّ بنفسه. فإذا ركّبنا على هذين الجزءين العلاقة بالمسألة أو الفكرة التي نعمل عليها (الإحكام: وجوده/انعدامه) أعطى ذلك عنوانا أوّلا للإحكام في صور الغلط في القانون في نفسها (أ) وعنوانا ثانيا للإحكام في صور الغلط في القانون منطوقا بها في نصّ مستقلّ بنفسه (ب).

(أ) الإحكام على مستوى الصّور في نفسها

123. ◄ إذا استثنيت صورة الغلط في الحساب، أمكن القول إنّ صور الغلط في القانون هي نفسها صور الغلط في الواقع[462].

فقد نجد أنفسنا أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وصف الشّيء

---

[461] تجنبا لكلمة "جهل الحق" سنترك ترجمتي المشروع المُرَاجع وسنقوم بهذا العمل بأنفسنا لنقول إن الفصل 48 نصّ على أنّ: "الغلط في القانون يؤدي إلى البطلان النسبي للالتزام:
1- إذا كان هو سببه الوحيد أو الأساسي.
2- إذا كان مغتفرا."
« l'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation:
1-lorsqu'elle en est la cause unique ou principale ;
2-lorsqu'elle est excusable »
وإن 1 من هذا النص قد سبق الكلام عنه أعلاه.

[462] لقد صار الفقه الحديث يتعرض إلى كل هذه الصور ويعطيها تقسيمات متعددة بعد أن كان الفقه القديم وأعني به المستعمل في م.ا.ع ("أوبري" و"رو"، و"لوران"، و"توليبي") يكتفي بالتعرض على وجه المثال إلى البعض منها. ويمكن أن نعطي كأنموذج عن الفقه الحديث:
* "ڤيستان "، مفهوم الغلط... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 52 وما بعده.
*"ڤيستان"، تكوين العقد... مرجع سابق، عدد 505 وما بعده.
*"تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 216.
*"ديكوتنييس" (روجي)، الغلط في القانون (باللغة الفرنسية)، المجلّة الفصلية للقانون المدني، 1951، ص 309 وما بعدها. DECOTTIGNIES (Roger), L'erreur de droit, Rev. Trim. Dt. civ., 1951, p. 309 et s.

بالمعنى الضّيّق[463]، أو بالمعنى الواسع[464]؛
وقد نجدها أمام غلط في القانون يحدث غلطا في الشّخص[465]؛
أو أمام "غلط قانوني في الطّبيعة القانونيّة للاتّفاق"[466]؛
أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وجود السّبب[467]؛

---

[463] ومثاله من يبيع ما ورث ظنّا منه أنّ القانون يقول إنه يرث النصف والحال أن القانون يقول إنه يرث أكثر من ذلك. فهنا ثمّ غلط في القانون أحدث غلطا في وصف للشيء وهو كمّه (انظر هذا المثال عند "ڤيستان"، مفهوم الغلط...، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد55. وقد أخرجه من قضية نظرت فيها محكمة "ڤرونوبل" في 24 جويلية 1830). كما يمكن أن يعطى مثال من يظنّ أنّ القوانين تسمح ببناء مدرسة على أرض معيّنة فيشتريها، فهنا الغلط في القانون أحدث غلطا في وصف الأرض وهو الصلوحية لاستعمال معيّن (انظر هذا المثال عند نفس المؤلف السابق وفي نفس المكان وقد استخرجه من قضية نظرت فيها محكمة "أورليون" في 18 جانفي 1895).

[464] نقصد بالشّيء في معنى واسع الحقّ المنصبّ على الشّيء في معنى ضيّق. ومثاله الأبوان اللذان باعا حقهما في إرث ابنتهما وهما يجهلان التنقيح الذي أدخل على الفصل 1904 م م ف بواسطة قانون 14 فيفري 1900، هذا التنقيح الذي جعل لهما ملكية تامة على ما يرثاه وهو النصف بعد أن كانا لا يتمتعان قبل التنقيح إلاّ بحق رقبة يهمّ نفس الكمّ من المخلّف الإيجابي (جاء هذا المثال عند "ڤيستان"، مفهوم الغلط... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 55 – تكوين العقد ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 505. وقد استخرجه من قرار نظرت فيه محكمة التعقيب الفرنسية في 17 نوفمبر 1930).

[465] وهب رجل مطلّقته مالا وهو يعتقد أنه استردّها لعصمته جاهلا أنّ الطّلاق الرّجعي ينقلب بائنا بانقضاء العدّة. وهذا مثال نجده عند السّنهوري (مرجع سابق، ج 2، ص 142 و143) بدون تسميته غلطا في القانون يحدث غلطا في وصف الشّخص (ظنّ أنّ لها وصف الزّوجة). ويلاحظ أنّ هذا الاسم موجود عند بعضهم ("تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 216) ولكن دون مثال. انظر أيضاً: الموسوي (محمّد صادق)، نظريّة الجهل والغلط بين الفقه والقانون، دار الهادي، بيروت، الطّبعة الأولى، 1423 هـ / 2002 م، ص 88، حيث يقول: "لو ارتكب أحد ما عملاً أو حقّق عقداً أو إيقاعاً دون أن يكون لديه تصوّر ذهني بالنّسبة إلى الحكم الشّرعي أو القانون، أو كان لديه شبهة وشكّ في حكم الشّرع والقانون، أو كان يتصوّر عمله مطابقاً لهما إلاّ أنّه مخالف لهما في حقيقة الأمر، يقال للجهل في مثل هذه الصّور بـ «الجهل بحكم القانون». وتصدق هذه الصّورة على من يتزوّج بامرأة في عدّة عقد النّكاح تصوّراً منه أنّ مثل هذا العقد جائز شرعاً وقانوناً، أو اللجوء إلى إلى مثل هذا العقد بدون أن يعلم هل الزّواج بالمرأة أثناء العدّة جائز أم لا".

[466] والكلام لـ:"ڤيستان":

« Erreur de droit sur la nature juridique de la convention »

(تكوين العقد...، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)،عدد 506) الذي قدّم هنا وكمثال صورة نظرت فيها محكمة التّعقيب الفرنسيّة في 18 مارس 1980 وهي لمن ظنّ إبّان التّوقيع على عملين قانونيين أنّ الأمر هو معاوضة بين أراض والحال أنّهما عقدا بيع. **فجهل تكييف القانون لما قام به، أي جهل القانون أحدث غلطا في موضوع الالتزامات (إذن الغلط في طبيعة العقد هو كغيره غلط في القانون أحدث غلطا في الواقع)**.

[467] أعطى "توليبي" [القانون المدني الفرنسي وفق ترتيب المجلّة (باللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة المحكمة الملكية، ط 3، 1821 - 1834، ج 6.

TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), Le droit civil français, suivant l'ordre du]code (3ème éd, Paris, Librairie de la cour royale, 1821-1834, T. 6)

وهو مشار إليه بحاشية الفصل 48 من المشروع المُرَاجع (ولكن في رقم خاطئ هو 58 والحال أنّ الصّحيح هو 62 وما بعده) مثال من غلط في القانون، وغلطه هذا جعله يعتقد أنّ شخصا آخر يرث معه فاقتسم معه الميراث (لاحظ هنا أنه كان يمكن أن نقول إنا أمام غلط في القانون أحدث غلطا في وصف الشّخص). فـ:"توليبي" يقول هنا إنّ "...القسمة التي رضيت بها عن جهل بالقانون لا يمكن أن تكون بالنّسبة إلى ابن أخي أو ابن أختي سندا ووسيلة للتّملّك ولا بالنّسبة إليّ سببا لفقدان الملكيّة... فمن المستحيل التّمسك بأنّ غلطي لوحده بدون أيّ سبب آخر يمثّل سندا مشروعا وطريقا عادلة لكي يتملّك، وإلاّ يجب التّمسك ضدّ العقل، وضدّ النّص الدّقيق للفصل 1131 أنّ التزاما يقوم على غير سبب أو على سبب خاطئ يمكن أن يكون صحيحا وينتج أثره ...".

« ... Le partage que j'ai consenti par erreur de droit, n'a pu être pour mon neveu un

أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وصف السّبب[468]؛
أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في الباعث[469].

titre et un moyen d'acquérir, ni pour moi un moyen de perdre ma propriété… il est impossible de soutenir que mon erreur soit par elle-même, et destituée de toute autre cause, un titre légitime pour un autre, et une juste voie pour acquérir. Autrement il faut soutenir, contre la raison et contre le texte précis de l'article 1131, qu'une obligation sans cause, ou sur cause fausse, peut être valable et produire son effet …»

ويلاحظ هنا أن "توليبي" تحدّثنا عن غلط في القانون، ثمّ حدّثنا عن الفصل 1131 أي عن وجود السّبب. وكلّ هذا يعني أنّه يقول بغلط في القانون يحدث غلطا في وجود السّبب.

وقد يمكن هنا أن نعطي مثالا من تفسير المجلّة العثمانيّة (حيدر (علي)، درر الحكّام، مرجع سابق، ج1، ص72) مفاده أنّ شخصا ادّعى "… على آخر بألف قرش فقال المدّعى عليه للمدّعي إذا حلفت بأنّ هذا المبلغ الذي تدّعيه يلزم ذمتي لك أدفعه لك، فحلف وظنّ المطالب أنّه مجبر على أداء المبلغ بموجب الشّرط الذي اشترطه على نفسه فدفع المبلغ لكن بعد ذلك إذا تبيّن له أنّ اليمين بمقتضى المادّة 76 لا يتوجّه على المدّعي بل على المدّعى عليه المنكِر يحقّ له استرداد ما دفعه".

كما يمكن أن نعطي مثال من سأل رجلا عن الطّريق فقال له هذا الرّجل "… اسلكه فإنّه آمن، فهو لا يضمن إذا سلك الرّجل الطّريق وأخذته اللصوص وهذا حكم فيه خفاء فلو ظنّ أنّه يضمن فدفع له كان له أن يستردّ ما دفع" (السّنهوري، مرجع سابق، ج2، ص144). انظر هذا المثال بمرجع آخر سبق ذكره.

وهذان المثالان – لو أريد جعلهما يهمّان عملا قانونيّا - لوجب الحديث لا عن دفع بل عن وعد بالدّفع.

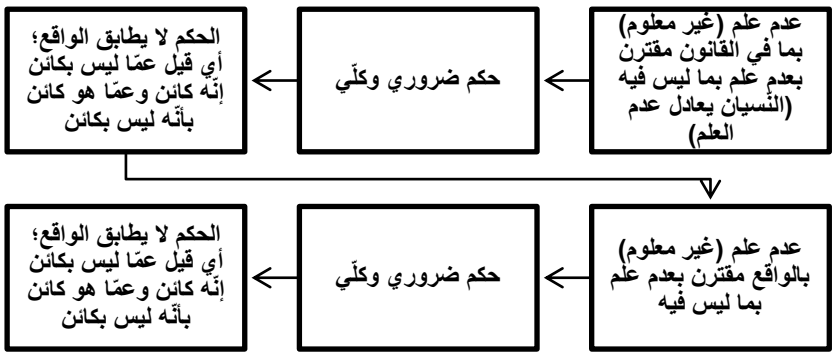
وأخيرا يمكن أن نعطي مثال شركة نقل البضائع التي تعرّضت لحادث سرقة لأشياء حريف كانت موجودة بمخازنها. وقد وعدت هذه الشّركة بأن تدفع لصاحب الأشياء قيمتها جاهلة حكم القانون الذي يقول إنّ السّرقة صورة للقوّة القاهرة ومن ثمّ فالشّركة معفاة من المسؤوليّة (تعقيبي فرنسي، 20 نوفمبر 1990، النشرة المدنيّة I ، عدد 250 - المجلّة الفصلية للقانون المدني، 1992، ص 100، ملاحظات "ماستر".

Civ, 1ère, 20 Novembre1990, Bull civ I, n ° 250 ; Rev.Trim.Dt Civ, 1992, p. 100, Obs: MESTRE.

انظر أيضا: "ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 505 – "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") و"شاباس"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 172 – "ديكوتنييس"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 321 وما بعدها،

[468] ظنّ أنّ القانون يقول إنّ الدّعاوى لا تسقط بمضيّ الزّمن، وهذا الظّنّ جعله يعتقد أنّه مدين مدنيّا، والحال أنّه بقي مدينا ولكنّ دينه صار طبيعيّا. فإذا وعد هذا الشّخص بالدّفع صرنا أمام غلط في القانون أوجد غلطا في وصف السّبب.

[469] أجّر شخصا ليصلّي أو ليصوم بدلا عنه ظنّا منه أنّ الصّلاة والصّيام ليسا بفرضي عين (انظر هذا المثال بالفصل 834 م.ا.ع حيث قيل بجزاء البطلان. وعلى هذا ينبغي استثناؤها من الأحاديث التي ستأتي عن تقييد المطلق. ملاحظة1: هذا المثال خاصّ جدّا لأنّ الغلط همّ القانون الإسلامي، ولهذا قد يُرفض عن حقّ اتّخاذه مثالا/ ملاحظة2: أشير إلى الفصل 834 بهامش سابق). أو ظنّ أنّ القانون لا يضرب ضرائب على عمليّة شراء المنازل فدعاه ذلك إلى الشّراء (انظر الأمثلة الواردة بـ: عدد 116 من هذا العمل وزد عليها الغلط في القانون).



1

24. والفصل 44 مطلق، لكن ثمّ قرينتان تصرفانه إلى ضربين مختلفين من الخصوص:

فأمّا القرينة الأولى فنيّة المشرّع المعبّر عنها مباشرة، إذ جاءت، تحت الفصل 48 من المشروع المُرَاجع، إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان ذكرا فيه الغلط في الباعث[470] وقالا إنّه لا يدخل في أحكام الغلط، أو إنّه لا يبطل. ثمّ جاءا بعد ذلك ليقولا إنّ الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في واقع غير الذي سبق يمكن أن يؤدّي إلى الإبطال[471]. كما جاءت تحت نفس النّصّ إشارة إلى "لوران" وهو يقول: "يجب أن ينصبّ الغلط في القانون على الماهية، وحالما ينصبّ على الماهية فهو يعيب الرّضا"[472]. ويبدو أنّه يقصد أنّ الغلط في الواقع إذا كان مبطلا، كان الغلط في القانون الذي يولّده مبطلا بدوره. وإذا لم يكن الأوّل مبطلا، لم يكن الثّاني بدوره مبطلا. هذه المراجع، إذا عدّت تعبيرا مباشرا عن نيّة المشرّع، تجعلنا نقول إنّ المطلق في الفصل 44 ثَمّ ما يصرفه إلى الخصوص، وبالتّحديد إلى خصوص معيّن هو كلّ الصّور الواردة إلى حدّ الآن باستثناء الباعث (والحساب لأنّنا أخرجناه من الدّائرة التي نعمل عليها في هذه اللحظة[473]).

---

[470] ولكن أيضا في الوصف غير الذاتي إذا لم يجعلا شرطا. انظر إلى موقفهما بـ: عدد 115 وما بعده من هذا العمل.

[471] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، عدد 343 مكرر.

[472] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 508.

« … Il faut que l'erreur de droit tombe sur la substance de la chose, et dès qu'elle tombe sur la substance, elle vicie le consentement ».

[473] وباستثناء القيمة التي سنتناولها لاحقا في العنوان الثّاني من هذا الجزء الأوّل.

وأمّا القرينة الثّانية فنيّة المشرّع المعبّر عنها بطريقة غير مباشرة، وبالتّحديد قاعدة وجوب صون كلام العاقل عن التّناقض ما أمكن. فلقد رأينا الغلط في طبيعة العقد يرقد في ثنايا الفصل الذي يعدِّد الأركان. كما رأينا نفس الشّيء بالنّسبة إلى الغلط في وجود السّبب (زيادة على كونه موجودا بالفصل 67 م.ا.ع)[474]. فإذا أدخلنا صورة الغلط في طبيعة العقد في الفصل 44 م.ا.ع صار كلام المشرّع غير متّسق. وكذلك الأمر مع الغلط في وجود السّبب. وفعلا فهذا الغلط لوحده خطير. ومن غير المعقول، إذا زيد عليه الغلط في القانون، أن ينقلب مع الزّيادة أقلّ خطورة. هذا الغياب للاتّساق يجعلنا نقول: نعم الفصل 44 مطلق، لكن هنالك قرينة تصرفه إلى الخصوص وبالتّحديد إلى خصوص معيّن هو الشّيء والشّخص (بالنّسبة إلى وصف السّبب: إمّا أن يفهم من النّيّة المباشرة أنّه يبطل بطلانا نسبيّا، وعندها ينبغي استجابة للاتّساق أن يقال نفس الشّيء عن الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في وصف السّبب. وإمّا أن يقاس على الفصل 45، وعندها ينبغي أن يفعل نفس الشّيء مع الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في وصف السّبب فيقاس هذا على الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الشّيء).

والحاصل ممّا سبق أنّ المطلق لم يُفِد هنا الإطلاق لأنّه ينبغي أن يخرج منه – لكون "مطلَقِنا" مؤثّر في العقد - الباعث الذي سيسقط في دائرة غير المؤثّر[475]، وأن يخرج منه طبيعة العقد ووجود السّبب اللذان سيصعدان إلى درجة المؤثّر جدّا[476].

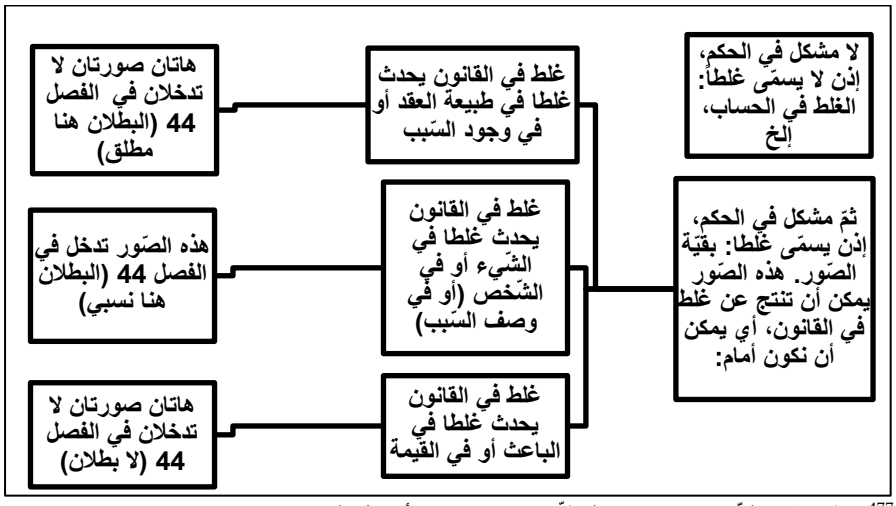
---

[474] انظر عدد 39 وما بعده من هذا العمل.

[475] مع الاحتراز ممّا ورد في هامش سابق لو قبل المثال أو لو وجد مثال آخر.

[476] ينبغي إتيان ما سبق في رسم بياني مع استباق حديث سيأتي عن الغلط في القيمة مفاده أنّ هذا الغلط لا يبطل حسب م.ا.ع.

125. ◄ فإذا انتهينا إلى ما سبق من تحديد لمحتوى الفصل 44، أمكن المرور إلى مرحلة الإتيان بالشّرق وبالغرب. وإنّا سنكتفي بالغرب الذي يقبل مبدأ أن يؤثّر الغلط في القانون في العقد. ولقد اعترضنا منه بعدُ "أوبري" و"رو" من جهة و"لوران" من جهة أخرى. أمّا بالنّسبة إلى الشّرق فيمكن القول إنّه يعرف خيار الوصف وخيار العيب، وهذا مطلق فيشمل ما يحدثه وما لا يحدثه غلط في القانون. كما يمكن أن يضاف أنّا لم نجد في الفقه قرينة تدلّ على أنّه لم يرد الإطلاق (ينبغي أن نقول أكثر ممّا سبق وأن نخرج من حقل الفقه الذي لا نعثر فيه وبوضوح على المادّة التي نحن بصددها ونمرّ إلى حقل الأصول أو إلى حقل القواعد العامّة حيث نجد هذه المادّة[477]).



[477] انظر مثلا: الشّيخ محمّد رضا المظفّر، مرجع سابق (أصول الفقه)، ج 2، ص 29 وما بعدها في عنوان اشتراك الأحكام بين العالم والجاهل: " أحكام الله تعالى مشتركة بين العالم والجاهل بها، أي أن حكم الله ثابت لموضوعه في الواقع سواء علم به المكلف أم لم يعلم، فانه مكلف به على كل حال. فالصلاة - مثلا - واجبة على جميع المكلفين سواء علموا بوجوبها أم جهلوه، فلا يكون العلم دخيلا في ثبوت الحكم أصلا. وغاية ما نقوله في دخالة العلم في التكليف دخالته في تنجز الحكم التكليفي، بمعنى أنه لا يتنجز على المكلف على وجه يستحق على مخالفته العقاب الا إذا علم به، سواء كان العلم تفصيليا أو إجماليا، أو قامت لديه حجة معتبرة على الحكم تقوم مقام العلم. فالعلم وما يقوم مقامه يكون- على ما هو التحقيق - شرطا لتنجز التكليف لا علة تامة، خلافا للشيخ الأخند صاحب الكفاية قدس سره. فإذا لم يحصل العلم ولا ما يقوم مقامه بعد الفحص واليأس لا يتنجز عليه التكليف الواقعي، يعني لا يعاقب المكلف لو وقع في مخالفته على جهل، وإلا لكان العقاب عليه عقابا بلا بيان، وهو قبيح عقلا، (وسيأتي إن شاء الله تعالى في أصل البراءة شرح ذلك). وفي قبال هذا القول زعم من يرى أن الأحكام انما تثبت لخصوص العالم بها أو من قامت عنده الحجة، فمن لم يعلم بالحكم ولم تقم لديه الحجة عليه لا حكم في حقه حقيقة وفي الواقع. ومن هؤلاء من يذهب إلى تصويب المجتهد، إذ يقول: ان كل مجتهد مصيب وسيأتي بيانه في محله ان شاء الله تعالى في هذا الجزء. وعن الشيخ الأنصاري - أعلى الله مقامه - وعن غيره أيضا كصاحب الفصول رحمه الله، ان أخبارنا متواترة معنى في اشتراك الأحكام بين العالم والجاهل وهو كذلك. و (الدليل على هذا الاشتراك) - مع قطع النظر عن الإجماع وتواتر الأخبار - واضح، وهو أن نقول: 1 - ان الحكم لو لم يكن مشتركا لكان مختصا بالعالم به إذ لا يجوز أن يكون مختصا بالجاهل به، وهو واضح. 2 - وإذا ثبت انه مختص بالعالم، فان معناه تعليق الحكم على العلم به. 3 - ولكن تعليق الحكم على العلم به محال، لانه يلزم منه الخلف. 4 - اذن يتعين ان يكون مشتركا بين العالم والجاهل. (بيان لزوم الخلف): انه لو كان

فإذا استحضرنا الآن أنّ الغلط في القانون ليس "صنفا خاصّا من الغلط إذ هو لا يهمّ إلاّ المصدر النّفساني للتّمثّل الخاطئ للموضوع (ينبغي أن نضيف: أو للتّمثّل الخاطئ للشّخص، إلخ.) وأنّ هذا هو الذي يبرّر في نهاية الأمر بطلان العقد"[478]، إذا استحضرنا ما سبق أمكننا أن نقول (ونحن نقارن

الحكم معلقا على العلم به كوجوب الصلاة مثلا، فانه يلزمه - بل هو نفس معنى التعليق - عدم الوجوب لطبيعي الصلاة، إذ الوجوب يكون حسب الفرض للصلاة المعلومة الوجوب بما هي معلومة الوجوب، بينما أن تعلق العلم بوجوب الصلاة لا يمكن فرضه إلا إذا كان الوجوب متعلقا بطبيعي الصلاة. فما فرضناه متعلقا بطبيعي الصلاة لم يكن متعلقا بطبيعيها، بل بخصوص معلوم الوجوب. وهذا هو الخلف المحال. وببيان آخر في وجه استحالة تعليق الحكم على العلم به نقول: إن تعليق الحكم على العلم به يستلزم منه المحال، وهو استحالة العلم بالحكم، والذي يستلزم منه المحال محال، فيستحيل نفس الحكم. وذلك لأنه قبل حصول العلم لا حكم - حسب الفرض، فإذا أراد أن يعلم يعلم بماذا ؟ فلا يعقل حصول العلم لديه بغير متعلق مفروض الحصول. وإذا استحال حصول العلم استحال حصول الحكم المعلق عليه، لاستحالة ثبوت الحكم بدون موضوعه. وهو واضح. وعلى هذا، فيستحيل تقييد الحكم بالعلم به. وإذا استحال ذلك تعين أن يكون الحكم مشتركا بين العالم والجاهل، أي بثبوته واقعا في صورتي العلم والجهل، وان كان الجاهل القاصر معذورا أي انه لا يعاقب على المخالفة. وهذا شئ آخر غير نفس عدم ثبوت الحكم في حقه. ". انظر أيضا: السّيّد محمّد باقر الصّدر، دروس في علم الأصول، مركز التّحقيق التّابعة للمؤتمر العالمي للإمام الشّهيد الصّدر، 1421 هـ، الحلقة الثّانية، ص 333 وما بعدها. انظر كذلك المادّة 72 من المجلّة العثمانيّة وهي مادّة جاءت تحت عنوان القواعد الكلّيّة.

[478] "فيستان"، مفهوم الغلط ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 56.

« L'erreur de droit ne se présente pas comme une catégorie spéciale d'erreur. Elle ne concerne que l'origine psychologique de la représentation erronée de l'objet qui, finalement justifie l'annulation du contrat ».

ويواصل "فيستان" في نفس المكان قائلا إنّ ما تقدم لا يعني أنّ وجود الغلط في القانون غير ذي فائدة " فالطّالب له دائما مصلحة من إثارة جهله أو الخطإ الذي وقع فيه في تأويل القانون لكي يجعل تمثّله الخاطئ للعناصر الأساسيّة للعقد أمرا محتمل التّصديق وهذا التّمثل الخاطئ هو الذي يبرّر في نهاية الأمر إبطال ذلك العقد. ففائدة الغلط في القانون الذي يتمسّك به الطّالب تهمّ ميدان الإثبات. والغلط في القانون – بوصفه يسمح بتفسير التّمثّل الخاطئ الذي يشتكي منه الطّالب - بإمكانه أن يجعل هذا الغلط مغتفرا بشرط أن يكون ذلك الجهل للقانون مغتفرا بدوره".

« Le demandeur aura toujours intérêt à faire état de son ignorance ou de sa fausse interprétation de la loi, afin de rendre vraisemblable la représentation inexacte des éléments essentiels du contrat qui, finalement justifiera l'annulation de celui-ci. C'est donc sur le terrain de la preuve que se situe l'intérêt de l'erreur de droit alléguée par le demandeur. Dans la mesure, d'ailleurs où l'erreur de droit permettra d'expliquer la représentation inexacte dont se plaint le demandeur, elle pourra rendre celle-ci excusable, à la condition évidemment que l'ignorance de la disposition légale incriminée soit elle-même excusable. »

وإنّ الكلام الأوّل والثاني لـ: "فيستان" لجدّ هامّ، فهو يعني أنّ الغلط في القانون يدخل: من جهة في " الغلط في الواقع " (هذا هو حاصل كلامه الأوّل)، ومن جهة أخرى في" شرط مغتفر" (هذا هو حاصل كلامه الثّاني).

الغلط في القانون = غلط في القانون يحدث غلطا في الواقع

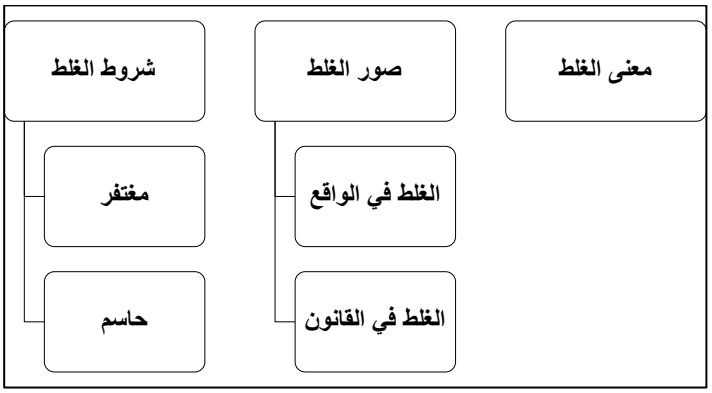
الغلط في القانون = غلط في القانون (= شرط مغتفر، وإذن يدخل في الشّرط.) + غلط في الواقع (هذا غلط في الواقع، وإذن يدخل في هذا الغلط.).

وإنّ كلّ هذا ليعني أنّه ينبغي أن نغيّر نظرتنا للمادة:

- تُعرَض المادّة على هذا النّحو أو على نحو قريب من هذا النّحو: معنى الغلط / صورالغلط = الواقع + القانون/ شروط الغلط = حاسم + مغتفر.

بين الشّرق والغرب في إطار الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الشّيء أو في الشّخص أو في طبيعة العقد أو في وجود السّبب أو في وصفه) نفس ما قلناه ونحن نقارن بين ذلك الشّرق وهذا الغرب على مستوى الغلط في الشّيء لا غير أو في الشّخص لا غير أو في طبيعة العقد لا غير أو في وجود السّبب لا غير أو في وصفه لا غير.

كما يمكننا أن نقول (ونحن نقارن بين الشّرق والغرب في إطار الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الباعث) نفس ما قلناه ونحن نقارن بين ذلك الشّرق



انظرمثلا إلى:

الزّين (محمد)، مرجع سابق، عدد 158 وما بعده.

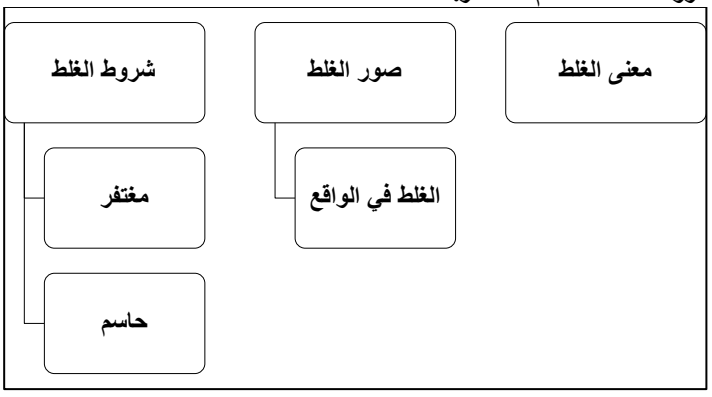
"مازو" ("هنري"و"ليون"و"جون")، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 161 وما بعده.

"ستارك"و"رولون"و"بوايي"، القانون المدني. الالتزامات. 2 العقد، (باللغة الفرنسية)، باريس، ليتاك، ط 6، 1998، عدد 455 وما بعده.

STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER, Droit civil. Les obligations. 2 Contrat, Paris, LITEC, 6ème éd, 1998, n° 455 et s.

ثمّ انظر خاصّة إلى بنية الفصل 44 (خاصّة صياغته الفرنسيّة)، وانظر إلى بنية الفصل 45 (خاصّة صياغته الفرنسيّة) والفصل 46 والفصل 48.

- والواجب، بعد هذا الكلام لـ: "فيستان"، أن تُعرض المادّة كما يلي: معنى الغلط/ صورالغلط = الواقع/ شروط الغلط = حاسم + مغتفر.



وهذا الغرب في إطار الغلط في الباعث لا غير.

126. ◄ ثمّ إنّه، بعد ذلك، يمكننا القول إنّ م.ا.ع – في مادّة الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الواقع أيّا كان نوعه - مستوردة، وإنّ علاقتها بمسألة الإحكام التي نعمل عليها لا تختلف في شيء عمّا وجدناه في إطار تلك الأنواع للغلط في الواقع. بعبارة أخرى، كان كلامنا عن الواقع لا غير كلاما عن الغلط في القانون، ومن ثمّ فذاك أغنى بعد أن أُتِي به عن هذا.

لكنّ الغلط في القانون يمكن أن يراد ولا يُنطق به في كلام خاصّ. وهذا وجه آخر يمكن أن يمثّل موضوع مقارنة بين م.ا.ع والشّرق والغرب، أي موضوع بحث عن الإحكام.

(ب) الإحكام على مستوى الصّور منطوقا بها في نصّ مستقلّ بنفسه

127. ◄ لن تحتاج منّا مرحلة التّحليل هذه المرّة تحليلا، إذ يكفي أن نقول إنّ م.ا.ع وضعت نصّا خاصّا للغلط في القانون.

128. ◄ فإذا مررنا إلى مرحلة الإتيان بالفقه الإسلامي وبالقانون الغربي وبدأناها بالأوّل، قلنا إنّه - على حدّ ما أمكن الاطّلاع عليه - لم يفرد الغلط في القانون في إطار مادّة العمل القانوني بحديث خاصّ (قيل سابقا إنّ هذه المادّة موجودة لا في الحقل الفقهي بل في الحقل الأصولي أو في حقل القواعد الفقهيّة العامّة). وينبغي لمن يريد أن يجد أمثلة عن هذا الغلط، أن يستخرجها من ضمن حالات لا علاقة لها أحيانا بالقانون المدني بل لا علاقة لها حتّى بالمعاملات. وينبغي هنا أن نقدّم نموذجا يدلّ على ما سبق. فلقد جاء عند أحدهم ما يلي: "ومن هذا القبيل حربيّ دخل دارنا فأسلم، فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحدّ، بخلاف ما إذا زنى، لأنّ جهله بحرمة الزّنى لا يكون شبهة، لأنّ الزّنى حرام في جميع الأديان، فلا يكون جهله عذرا بخلاف الخمر، فما في المحيط وغيره: شرط الحدّ ألاّ يظنّ الزّنى حلالا ... بخلاف الذّمي إذا أسلم فشرب، يحدّ لظهور الحكم في دار الإسلام، فجهله بتقصيره. والثّالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنّه (أي جهله بالشّرائع) يكون عذرا. فلو ترك صلوات جاهلا لزومها في الإسلام لا قضاء. وكذا كلّ خطاب تركه ولم يشتهر فجهله عذر لقوله تعالى: (لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا) (المائدة.93) نزلت في الذين شربوا الخمر بعد تحريمها غير عالمين بخلافه بعد الانتشار ... وملحق به (أي بهذا الجهل) جهل الشّفيع بالبيع، فلو باع الدّار المشفوع بها بعد بيع دار بجوارها غير عالم لا يكون تسليما للشّفعة. وجهل الأمة المنكوحة بالإعتاق فلم تفسخ، وكذا لو علمته وجهلت ثبوت الخيار لها شرعا لا يبطل خيارها وعذرت ... بخلاف الحرّة زوّجها غير الأب أو الجدّ صغيرة، فبلغت جاهلة بثبوت حقّ الفسخ لها لا تعذر لأنّ الدّار دار علم وليس

للحرّة ما يشغلها عن التّعلّم، فكان جهلها لتقصيرها بخلاف الأمة"[479].

في كلّ ما سبق، لا نجد فيما يهمّنا إلاّ مثال الشّفعة. في هذا المثال نحن أمام من يجهل القانون الذي يمكّن من الشّفعة في دار الجار فيقوم بتنازل. ويمكن توصيف المثال بالقول إنّنا أمام غلط في القانون أحدث غلطا في وجود السّبب القريب أو البعيد من إتيان ذلك التّنازل.

ويمكن تقديم مثال أوضح، وهو لمن سئل عن طريق فقال: هو آمن. فسلكه السّائل، فأخذته اللصوص، فعاد للمسؤول وطالب بالتّعويض، فظنّ هذا الذي سئل أنّ القانون يوجب عليه دفع التّعويض فوعد بالدّفع[480].

129. فإذا انتقلنا الآن إلى الغرب المشار إليه كمرجع تحت الفصل 48 من المشروع المُرَاجع، وجدنا مثلا "لوران"[481] يقول إنّ مسألة الغلط في القانون كانت محلّ خلاف في القانون الفرنسي القديم وبقيت كذلك تحت حكم المجلّة المدنيّة:

فالبعض يقول إنّه لا يؤثّر. وحجّته أنّ المجلّة سكتت في النّصوص العامّة وهي الفصل 1109 وما بعده، ونطقت برفض هذا الغلط في نصّين هما الفصل 1356[482] والفصل 2052[483]. ويُعدّ هذان النّصّان، حسب هذا البعض، مجرّد تطبيق للقاعدة العامّة (التي لم تجئ في نصّ) الرّافضة لهذا الغلط. وهنا يردّ القائلون بأنّ الغلط في القانون يؤثّر قائلين: إن كانت القاعدة العامّة هي الرّفض فما الجدوى من وضع نصّين خاصّين يقولان هما أيضا بالرّفض؟ ثمّ يضيفون إنّ النّصوص العامّة لم تسكت فالفصل 1109 قال إنّ كلّ غلط يؤثّر. وكذلك الفصل 1377[484]. لذا، ولوجود أسباب خاصّة توجب رفض الغلط في القانون في الإقرار وفي الصّلح، اضطرّ المشرّع لوضع الفصل 1356 والفصل 2052.

130. ◄ وعلى كلٍّ، وأيّاً كانت قوّة حجج الطّرفين، فقد هيمن في فرنسا الموقف الثّاني، هذا الموقف هو الذي أخذت به م.ا.ع. وقد يُقال: لم لا تقولون إنّ م.ا.ع أخذت بالفقه الإسلامي فهو أيضا يقبل بالغلط في القانون؟ الجواب: إنّ

---

[479] فتح الفنار بشرح المنار لابن نجيم. عن السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 143 و144. وانظر نماذج أخرى جاءت عنده بالصفحات الموالية.

[480] لقد غيّرنا المثال لأنّه وفي الأصل لمن دفع لا لمن وعد بالدفع. انظر: ابن عابدين، العقود الدرية، ج 1، ص 285، وذلك حسب القرداحي (شكري)، القانون والأخلاق (باللغة الفرنسية)، بيروت، المطبعة الكاثوليكية، 1954، ج 2، ص 37 و38.

CARDAHI (Choukri), Droit et moral. Le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1954, T. 2, p. 37 et 38.

[481] "لوران"، مرجع سابق، ج 15، عدد 505 وما بعده.

[482] يقابله 438 م.ا.ع ولكن هذا قبل هذا الغلط.

[483] يقابله 1473 م.ا.ع وقد رفض هذا وذاك هذا الغلط.

[484] يقابله في م.ا.ع الفصل 73.

وضع المجلّة لنصّ خاصّ يقبل بهذا الغلط ينبئ بالمنبع الذي نهلت منه.

والمورد لم يكن م.م.ف. وقد يكون م.م الإيطاليّة[485]. ويبدو أنّ الهاجس الذي حكم واضعي م.ا.ع أن لا يقال في إطارها ما قاله البعض في إطار م.م.ف من أنّ القاعدة العامّة هي رفض الغلط في القانون. لذا، قطعاً للطّريق على هذا القول، جيء بقبول هذا الغلط منطوقا به. وقد يُسمح هنا بالمجاز وبالقول: إذا رأيتَ م.ا.ع فاتحة مظلّتها وليس ثمّ مطر في تونس فانظر لعلّ السّبب أنّها أمطرت في فرنسا ... في القرن التّاسع عشر!

ولعلّ مسألة النّطق بصور الغلط في القانون في نصّ مستقلّ – خلافا لمسألة صور هذا الغلط في نفسها - لا تكفي في نظر البعض لإدراج م.ا.ع في فكرة عدم الإحكام[486]. لكن بالإمكان القول، حتّى لو اتّبعنا هؤلاء، إنّ المجلّة، وفي العنوان الذي يضمّ المسألتين، نصف محكمة أو نصف غير محكمة.

فإذا تركنا الآن الحكم، قلنا إنّ المجلّة "قبِلت" الغلط في القانون. وقد أردنا من هذا اللفظ فيما سبق قولها بصور لهذا الغلط تؤثّر على العقد. لكنّنا سنريد منه فيما سيأتي معنى آخر هو متى تكون هذه الصّور المؤثّرة "مؤثّرة"، أي متى تقبل هذه الصّور "المقبولة"[487].

§ 2 قبول الغلط في القانون

131. قلنا سابقا[488] إنّ هذه المسألة خارجة عن الفصل الذي نحن بصدده وتابعة للّذي يليه. وقد نجد عذرا في كون الغلط في القانون آخر نقطة في تراب الفصل الأوّل وأن الرِّجْل التي تخطو هنا لا يُضمن أن لا تقع في تراب الفصل الثّاني. لكنّ عذرنا ليس ما سبق، بل هو إرادة ترك الفصل الثّاني خالصا لما هو مشترك بين كلّ أنواع الغلط. بعبارة أخرى، نريد أن نتمّ في الفصل الأوّل ما هو خاصّ بالغلط في القانون (أي بالتّحديد، نريد تناول علاقة الفصل 44 بالفصل 545 من م.ا.ع) ليخلو للمشترك وجهُ الفصل الثّاني.

وما ينبغي هنا هو البدء بمسألة أوّليّة وهي أنّ المشروع حوى نصّا يقول إنّ "القانون لا يحمي الأطراف من تبِعات طيشهم وانعدام عنايتهم"[489]. وقد

---

[485] أشير في الحاشية التحتية للفصل 48 من المشروع المُرَاجع إلى الفصل 1109 من المجلّة المدنيّة الإيطالية الصادرة في 25 جوان 1865 والداخلة حيّز التطبيق في غرة جانفي 1866 والذي يقول إن "الغلط في القانون لا ينتج بطلان العقد إلاّ في الحالات التي يعدّ فيها الغلط السّبب الوحيد أو الأساسي للعقد".

« L'erreur de droit ne produit la nullité du contrat que dans le cas seulement ou elle en est la cause unique ou principale » (Code civil italien, Traduit, annoté et procédé d'une introduction par Henri PRUDHOMME, Paris, PEDONE, 1896)".

[486] لقد جاء سابقا ما يعدّ النقاش الأهمّ لهذه النقطة. لكنّ بقيّة هذا النقاش سترد لاحقا. ولذلك ترك هنا.

[487] سيأتي في فصل الشّروط ما يبرّر هذا الكلام عن صور مؤثّرة "مؤثّرة" ومقبولة "مقبولة".

[488] انظر عدد 121 من هذا العمل.

[489] الفصل 510:

« La loi ne protége pas les parties contre les suites de leur imprudence et de leur

انتقلت هذه القاعدة إلى المشروع المُرَاجَع مع تغيير طفيف في المبنى لا يبدّل شيئا من المعنى[490]. ثمّ اختفت في م.ا.ع[491] كمبنى وبقيت كمعنى باعتبار أنّ هنالك مبنى آخر كان موجودا منذ المشروع ويؤدّي مع القاعدة المذكورة نفس المعنى (بقيت القاعدة كمعنى ببقاء مُساويها). ونقصد بالمبنى الآخر ما أصبح في م.ا.ع الفصلين 545 و44.

132. وإنّ النّصّ الأوّل قابل لفهمين ومن ثمّ تابعه وهو النّصّ الثّاني[492]:

133. ◄ وحاصل الفهم الأوّل أنّ الصّياغة العربيّة للفصل 545 قالت إنّ "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتّى على العوامّ ...". وقد يقال إنّ المعنى الوضعي لحرف "أو" هو أنّه لأحد الشّيئين. فيكون النّصّ قد وضع تأكيدين: أوّلهما "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب (فعل) ممنوع"؛ وثانيهما "جهل القانون لا يكون عذرا فيما لا يخفى حتّى على العوامّ". لكن علينا أن نقدّر، بالنّسبة إلى التّأكيد الثّاني، وجود حذف وأن نقول إنّه عنى: "جهل القانون لا يكون عذرا (في ارتكاب فعل منْعُه) لا يخفى حتّى على العوامّ". فإذا أعدنا المحذوف، انكشف لنا معنى للنّصّ تكون فيه "أو" قد صُرِفَتْ عن معناها الوضعي إلى معنى الواو[493]، أي بالتّدقيق انكشف لنا أنّها في الفصل 545 لجمع تفسير بالمفسَّر، أي في النّهاية انكشف لنا أنّ النّصّ يحوي تأكيدا وحيدا.

---

défaut de diligence ».

[490] الفصل 630:

« La loi ne protége pas les parties contre les suites de leur imprudence ou de leur incurie ».

ونلاحظ أنّ الكلمة الأخيرة تبدلت ولكن معناها هو نفسه الذي للكلمة الأخيرة من المشروع.

وإنّ ما جاء في الفصل 510 من المشروع وفي الفصل 630 من المشروع المُرَاجَع هي القاعدة الرّومانية: *de non vigilantibus non curat praetor* والتي جرت العادة على ترجمتها بـ: La loi ne protége pas les imbéciles (القانون لا يحمي المغفّلين) (انظر هذه التّرجمة عند: "مالوري" و"أيناس"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، عدد 411). ولكن ترجمتها الدّقيقة هي: Des insouciants le préteur n'a cure (لا يبالي الحاكم بمن ليس مباليا) (انظر هذه التّرجمة عند: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، عدد 215. قارن مع "بيرلمان"، المنطق ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 59.

[491] انظر نقاطا أخرى سبقت معنا وتمثّل اختلافا بين المشروع المُرَاجع و م.ا.ع.

[492] ينبغي أن نلاحظ هنا أنّ 44 م.ا.ع (بالتّحديد النّص الذي يساويه في المشروع المُرَاجع وهو 48) أرسلنا فيما يخصّ مراجعه إلى 48 م.ا.ع (بالتّحديد النّص الذي يقابله في المشروع المُرَاجَع وهو 53). ومراجع48 مساوية في جزء هامّ منها لمراجع 545 م. ا.ع (بالتّحديد النّص الذي يقابله في المشروع المُرَاجَع وهو 531). وعلى كلّ قارن ما سيجيء مع: "جاردي" (جون لويس) بحث في الأسس القبلية لعقلانيّة الأخلاق والقانون (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، 1972، ص218 وما بعدها، حيث يفرّق بين جهل عين المنع وجهل الظروف المادّية لانطباق المنع.

GARDIES (Jean-louis), Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 218 et s.

[493] و"أصل وضعها أن تكون لأحد الشيئين أين كانت وكيف تصرّفت" ابن جني (أبو الفتح عثمان)، الخصائص، تحقيق محمد علي النجار، بيروت، عالم الكتب، ج 2، ص 457. "وذهب قطرب إلى أن أو قد تكون بمعنى الواو" (نفس المرجع، ج 2، ص 460).

134. فإذا استُحضِر أنّ منع فعل هو وجوب لضدّه ووجوب فعل هو منع لضدّه[494]، قيل إنّ الفصل 545 هو لجهل قانون محتواه منع أو وجوب، وهذا القانون لا يخفى على العوامّ.

135. ومعلوم أنّ القانون يحوي – إلى جانب المنع والوجوب – ما يسمّى بالحقّ ذي الجانبين أو بالحرّيّة ذات الجانبين[495]. والجهل قد يتعلّق بمثل هذا القانون الذي له مثل هذا المحتوى.

ومعلوم أيضا أنّ الحقّ أو الحرّيّة ليسا تكليفا بالنّسبة إلى صاحبهما[496]. لذا يمكن لصاحب الحقّ أن يجهل الحقّ وأن يجهل القانون الذي يكرّس الحقّ. لكنّ الأمر مختلف بالنّسبة إلى الغير. فإذا كنّا أمام حرّيّة منصوص عليها بقانون، فهذا القانون - لكي ينطبق - لا بدّ أن يمنع الغير من إلغائها، ومعلوم أنّ القانون يريد أن ينطبق[497]، فإذن القانون يمنع الآخر من إتيان فعل إلغاء تلك الحرّيّة (ما هو حقّ لك هو واجب عند غيرك). أمّا إذا كنّا أمام حرّيّة غير منصوص عليها، فهذه الحرّيّة مقبولة ضمنا من القانون[498]، والقبول حكم للقانون[499]، وحكم القانون يريد أن يكون فعليّا، فإذن لا بدّ من أنّ هذا الحكم الذي قبِل الحرّيّة قد منع الآخر من إلغائها[500].

136. وما سبق ينبّه إلى أمرين: أوّلهما أنّ الفصل 545 يعني من زاوية ما الحرّيّة ذات الجانبين، وثانيهما أنّه لجهل قانون حكم المنع فيه أو الوجوب صريح أو ضمني.

بعبارة تحوصل ما جاء أعلاه: نصّ الفصل 545 على أنّ جهل قانون يعرفه العوامّ وحكَم صراحة أو ضمنا بمنع أو بوجوب فعل ... جهل ذلك القانون لا يُغفر؛ أي إنّ القانون الذي أُفتُرِض أنّ العوامّ تعرفه نافذ في جميع

---

[494] انظر إلى: الغزالي، المستصفى (مرجع سابق)، ج 1، ص 81 وما بعدها؛ الرّازي، المحصول (مرجع سابق)، ج 2، ص 199 وما بعدها؛ الآمدي (الإمام علي بن محمّد)، مرجع سابق، ج 2، ص 191 وما بعدها؛ المظفّر (محمّد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسّسة الأعلمي للمطبوعات، ط 2، 1410 هـ/1990 م، ج 1، ص 257 وما بعدها.

[495] مثالها حق المالك في التّفويت (إلخ) وغير ذلك من الحقوق التي تهم القانون المدني أو غيره.
انظر حول الحق ذي الجانبين والحرية ذات الجانبين: "جاردي" (جون لويس)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 53 وما بعدها وخاصة ص 70 وما بعدها. (قد يحوي القانون أمورا غير تلك التي وردت في المتن).

[496] انظر حول التكليف عموما: الغزالي، الاقتصاد في الاعتقاد، بيروت، دار الهلال، ط1 ، 1993، ص 183 وما بعدها.

[497] هذه إرادة يحملها تعبير غير مباشر.

[498] ما لا يلغى من الحريات بقانون هو مقبول لأن الحرية هي الأصل. انظر على سبيل المثال: "جاردي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 128 وما بعدها.

[499] قد لا يقبل هذا الكلام، ويقال إنّ الحقّ الأصلي ليس حكما قانونيّا. عندها ينبغي أن لا نبقي في المتن إلاّ الحديث عن الحقّ المكرّس قانونا.

[500] لأن حكم القانون هنا ضمني فجزاء مخالفة المنع قد لا تكون من نوع معيّن (مثلا في القوانين الحديثة لا يكون الجزاء جزائيا لوجود مبدإ شرعيّة الجرائم وشرعيّة العقوبات).

الأحوال طابق الافتراض الحقيقة أم خالفها.

137. فإذا أخذنا الآن الصّياغة الفرنسيّة للفصل 545 وجدناها تقول: "... جهل ... القانون لا يُغفر إذا تعلّق الأمر بفعل ممنوع أو إذا تعلّق الأمر بما هو معروف عند أكثر الأمّيّين أمّيّة"[501]. ومن ينظر داخل هذا النّص إلى حرف "أو"، يجد له أربعة معان[502] منها اثنان (هما الأوّل والأخير) قابلان لأن يُعطيا للفصل 545. فإذا بدأنا بالمعنى الأخير، أي إذا قلنا إنّ حرف "أو" هو للمراوحة، وجدنا أنّ هذا المعنى لا يستقيم. وفعلا إذا أخذنا الجزء الثّاني وهو: "جهل القانون لا يُغفر إذا تعلّق الأمر بما هو معروف عند أكثر الأمّيّين أمّيّة"، وأحضرنا معه كون القانون يحوي منعا (وهذا وجوب لضدّه) أويحوي حقّا (والحقّ إن نُظر إليه من زاوية "الآخر" وُجد أنّه منع أو وجوب للضّدّ)، إذا قمنا بجميع ما سبق ... كانت النّتيجة أنّ الجزء الثّاني ليس مختلفا عن الأوّل بل هو توضيح له باعتبار أنّه جاء بإضافة هي معرفة القانون المتمثّل في المنع من قبل الأمّيّين. بعبارة أخرى يدعو محتوى أجزاء النّصّ المؤوّلَ إلى القول إنّ "أو" لا تفيد المراوحة بل التّعادل بين هذه الأجزاء(وهذا هو معنى "أو" الأوّل).

على هذا، تكون الصّياغة الفرنسيّة للفصل 545 مساوية للصّياغة العربيّة، أي يكون كلاهما قد قال إنّ جهل قانون معروف عند العوامّ لا يُغفر.

138. فإذا جئنا الآن بالفصلين 44 و48 معا، قلنا إنّهما يفيدان أنّه وفي مادّة العمل القانوني جهل قانون معروف عند العوامّ لا يُغفر. وعلى هذا فهما تطبيق للفصل 545، أي أنّ هذا عامّ وذانك خاصّ[503].

ومن يأخذ العامّ - أي من يأخذ الفصل 545 وهو يقول: " جهل قانون معروف عند العوامّ لا يُغفر" - سيسأل: "وجهل قانون غير معروف عند العوامّ، هل يُغفر؟".

ومن يريد أن يجيب سيقول إنّ هذه المسألة مسكوت عنها في عمومها، وسيضيف أنّ حلّها يرجع إلى الموقف الذي نتّخذه من مفهوم أو دليل الخطاب[504] أو التّأويل العكسي[505].

---

[501] « …L'ignorance de la…loi n'excuse pas lorsqu'il s'agit d'un fait illicite ou de ce qui est notoire aux plus illettrés. ».

[502] هو حرف ou ومعانيه في اللغة الفرنسية هي:

1 – تعادل أشكال تفيد نفس الشّيء Equivalence de formes désignant une même chose.

2 – عدم المبالاة أمام احتمالين متعارضين Indifférence entre deux éventualités opposées.

3 – تقييم تقريبي بواسطة عددين .Evaluation approximative par deux numéros

4 - المراوحة: Alternative (المعجم الفرنسي: روبار الصغير1، مرجع سابق)

[503] وقد يحتاج للخاص إلى جانب العامّ لكي لا يُخرج الخاص لسبب من الأسباب التي تقدح في ذهن المؤوّل من حكم العامّ (انظر الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 2، ص 202).

[504] انظر إلى هذه المواقف عند الغزالي مثلا: المستصفى، مرجع سابق، ج 2، ص 204 وما بعدها.

ثمّ إنّ من يريد أن يكمِل الإجابة سيقول إنّ هذه المسألة في خصوصها، أي في مادّة العمل القانوني، منطوق بها. وسيضيف أنّ جوابها هو بالإيجاب (نعم يُغفر) وهو موجود بالفصلين 44 و48.

بهذا الكلام وبكلام سابق له يكون الفصل 44 (و48): من جهة تطبيقا للفصل 545؛ ومن جهة أخرى ناطقا بأمر سكت عنه هذا النّصّ.

139. ◄ هذا عن الفهم الأوّل للفصل 545، فإذا مررنا الآن إلى الفهم الثّاني وهو:

فهم يقرّ، من جهة، بوجود جزءين في كلّ من الصّياغة العربيّة والفرنسيّة:

واحد يقول إنّ: جهل قانون جاء بمنع لا يغفر[506].

وثان يقول إنّ: جهل قانون (وما القانون سوى منع[507]) معروف عند العوامّ لا يغفر.

ثمّ هو (أي الفهم) يقرّ – من جهة أخرى وعلى أساس التّعبير غير المباشر عن نيّة المشرّع - أنّ الجزء الثّاني يخصّص الأوّل ويجعله متعلّقا بما يعرفه العوامّ.

... إذا مررنا إذن للفهم الثّاني، يكون الحاصل أنّ الفصل 545 قال شيئا واحدا وهو أنّ جهل قانون يعرفه العوامّ لا يغفر.

على هذا، يؤدّي الفهم الثّاني إلى نفس ما يؤدّي إليه الفهم الأوّل. لكنّنا نريد أن نجعله فهما ثانيا حقّ ّا، أي مؤدّيا إلى غير ما أدّى إليه الفهم الأوّل. لأجل ذلك يجب أن نقول إنّ الجزء الأوّل مطلق ويفيد الإطلاق أي أنّه قال بشيئين معا، هما: من ناحية جهل قانون جاء بمنع يعرفه العوامّ لا يغفر، ومن ناحية أخرى: جهل قانون جاء بمنع ولا يعرفه العوامّ لا يغفر.

كما يجب أن نقول – خلافا لما ورد أعلاه - إنّ الجزء الثّاني من الفصل 545 ليس مقيّدا للأوّل، أي ليس ماحيا لجهته الثّانية، بل مجرّد مؤكّد على الأولى، إذن ومبق على ناحيته الثّانية[508].

على هذا يكون الفصل 545 قد قال شيئا أوّلا ثم أكّد عليه وهو أنّ جهل قانون معروف عند العوامّ لا يغفر. وقال شيئا ثانيا وهو أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ لا يغفر[509].

---

[505] وهو أمر لن نخوض فيه هنا لأنّه يبعدنا عن عملنا الذي نحن بعد بعيدون عنه.

[506] مع إدخال ما ورد سابقا عن الوجوب وعن الحرية ذات الجانبين.

[507] مع إضافة ما ورد سابقا حول الوجوب وحول الحرية ذات الجانبين.

[508] انظر حول التأكيد ما جاء بـ: عدد 62 من هذا العمل.

[509] هذا هو الجديد مقارنة بالفهم الأوّل ولقد قلنا في إطاره إن مسألة جهل غير المعروف مسكوت عنها، وهنا وفي الفهم الثاني هي منطوق بها. لكن علينا أن نلاحظ أنه لو خضنا في دليل الخطاب في إطار الفهم الأوّل لكُنا قد وصلنا (ربما)إلى نفس محتوى الفهم الثاني وذلك حين نكون من معارضي المفهوم.

140. فإذا أحضرنا الفصل 44 (و48) قلنا إنّه تطبيق للشّيء الأوّل[510]، لكن فيه (فيهما في الحقيقة) حكم مفاده أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ يغفر[511]، بهذا الحكم يكون استثناءً للفصل 545.

141. وإذا أحضرنا الآن وفي إطار هذا الفهم الثّاني الفقه الإسلامي قلنا إنّ فيه حكما عامّا مفاده أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ يغفر[512]،

وإذا قلنا إنّ هذا الحكم أفضل من ذاك القائل إنّ هذا الجهل لا يغفر،

وإذا صحّ أنّ ما سمّيناه بالفهم الثّاني هو ما أراده صاحب الفصل 545،

... إذا تحقّق ما تقدّم، أمكن القول إنّ هذا النّصّ يُجسِّد عدم الإحكام، وأمكن من ثمّ القول عن الفصل 44 إنّه (وبوصفه متّخذا وضع الاستثناء على هذا المستوى) ممثّلٌ بدوره لنفس الفكرة[513].

142. ومن ينظر إلى ما سبق، يجدنا قد أشرنا إلى الفصل 48. هذا يعني أنّ أقدامنا غادرت بعدُ الفصل الأوّل، فصل الصّور؛ وانتقلت إلى الفصل الثّاني، فصل الشّروط.

لكن السّؤال أليست الصّور هي بعدُ الشروط ؟

مثل هذا السّؤال لم يعد يفاجئنا:

ألم نجد الشّيء هو بعدُ الشّخص؟

ألم نجد الشّيء والشّخص (وعموما الواقع) هما بعدُ القانون (ومسألة الإحكام لأنّها هناك فهي أيضا هنا)؟

ألم يُغْنِ الحديث عن الشّيء عن الحديث في بقيّة الواقع (الشّخص)، ومن ثمّ عن الكلام في القانون؟

ألم نجد أن ليس ثمّ إلاّ الشّيء؟

لم لا تكون الشّروط كذلك؟

... لننظر:

---

[510] لنأخذ مثال أب يُتوفّى ويترك ابنا وبنتا مسلمين، ويبيع الابن ما ورثه، ثمّ يأتي ويقول إنّي ظننت أنّي أرث الثُّمُن فإذا به الثلثان، ولذا فغلطي في القانون أحدث غلطي في كمّ المبيع لأنّي كنت أعتقد أنّي بعت ما يساوي ثُمُن ما تركه أبي. فهنا الحكم الذي مفاده أنّ للذّكر مثل حظّ الأنثيين (النّساء.11: **(يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ** ...) - النّساء.176: **(وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ)** (معروف عند العوامّ والغلط فيه لا يغفر (بالتّحديد وكما سنرى ذلك لاحقا الغلط لا يصدّق).

[511] شخص يتوفّى ويترك أخا شقيقا (عاصب بالنّفس حسب 114 م. أ. ش) وبنتا (صاحبة فرض النّصف حسب الفصل 93 م.أ.ش)، وتبيع البنت ما ورثته، ثمّ تأتي وتقول إنّي وحين بعت كنت أجهل أحكام الفصل 143 مكرّر. ف2 م.أ.ش، وغلطي في القانون جعلني أقع في غلط في كمّ المبيع الذي ظننته نصف المخلّف الإيجابي لأبي، فإذا به كلّ المخلّف. فهنا الحكم الذي مفاده أنّ "البنت تعدّدت أو انفردت وبنت الابن وإن نزلت يُردّ عليهما الباقي ولو مع وجود العصبة بالنّفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدّولة"، هذا الحكم غير معروف عند العوامّ، وغلط البنت – إن كانت من العوامّ - مغتفر. (بقي أن نحلّ مشكل: من هم العوامّ هنا ؟)

[512] انظر إلى ما جاء عند السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 143 وما بعدها.

[513] إلاّ إذا كان ثمّ داع يوجب أن تترك م.ا.ع موقف الفقه في عمومه ولا تأخذ منه إلاّ جزءً يهمّ العمل القانوني.

الفصل الثّاني

الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي

143. يمكن لمن يقرأ الفصل 43 وما بعده من م.ا.ع أن يقول إنّ العلّة شرط للغلط في نفسه وللغلط في محلّه. كما يمكنه أن يقول إنّ للغلط شرطا آخر هو وجوب أن يكون مغتفرا (هذه هي عبارة الفصل 44 في صياغته الفرنسيّة، وعبارة الحاشية الجانبيّة لنصّ المشروع المُرَاجع والذي صار في م.ا.ع الفصل 48). على هذا يوجد شرطان للغلط: "العلّة" و"مغتفر". وسنحاول البحث في علاقة كلّ واحد منهما بالإحكام (وجوده/ انعدامه) الذي نعمل عليه. هذا سيعطي عنوانا للإحكام في شرط العلّة (القسم الأوّل) وعنوانا للإحكام في شرط "مغتفر" (القسم الثّاني).

القسم الأوّل: الإحكام في شرط العلّة

144. يستوجب البحث في العلّة – وفق تمشّي هذا العمل، ومن أجل إثبات (صحّة أو خطأ) القضيّة المنطلق منها داخله – النّظر في محتوى تلك العلّة (§1) وفي وضعها (§2).

§1 محتوى العلّة

145. يمكن القول إنّ للعلّة محتوى "نظريّا" (أ) ومحتوى "تطبيقيّا" (ب) إن صحّ الوصفان.

(أ) محتوى العلّة "النّظري"

146. من يعود إلى تاريخ العلّة[514] يمكنه أن يستخرج أربعة مدلولات:
1- أوّلها العلّة المادّيّة[515] (تسمّى أيضا: العنصر، وعلّة القابليّة[516]، إلخ).

---

[514] انظر هذا التّاريخ عند أرسطو، الميتافيزيقا، ترجمة وتعليق: تريكو (باللغة الفرنسيّة)، باريس، المكتبة الفلسفيّة فران، 1991، الكتاب (أ)، ص 1 إلى ص 106.
ARISTOTE, La métaphysique, traduction et commentaire de J TRICOT, Librairie philosophique J.VRIN, 1991, livre A, p. 1 à p. 106.
وعلينا أن نلاحظ هنا أيضا أنّنا، وفي ما سيأتي، سنذهب إلى المنطق بسبب كون القانون وضع ما هو موجود في المنطق.

[515] انظر هذا الاسم في الموسوعة الكلّيّة الفلسفيّة، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة) تحت كلمة: علّة cause حيث ستجد كلمة: matière ولكن ستجد اسما آخر هو الموضوع: substrat

[516] انظر هذين الاسمين عند الغزالي، معيار العلم في المنطق، مرجع سابق، ص 319 و320.

وهي ما قد لا يجب عن وجودها وجود المعلول بالفعل[517]، لكن لا بدّ من وجودها لوجود الشّيء[518]، كالخشب للطّاولة[519].

2- وثانيها العلّة الصّوريّة (تسمّى أيضا: الصّورة[520]، والماهية الصّوريّة[521]). وهي تمام كلّ شيء[522]. و"قد يجب عن وجود(ها) لا محالة وجود المعلول بالفعل"[523] "كصورة السّرير من السّرير وصورة البيت للبيت"[524]. والصّورة "فيها قِوام الشّيء، إذ السّرير سرير بصورته لا بخشبه، والإنسان إنسان بصورته لا بجسمه، والأشياء تختلف هيئاتها بالصّور لا بالمواد[525] فلا يخفى كون القِوام بها، فإنّه إذا قيل لِمَ صارت هذه النّطفة إنسانا وهذا الخشب سريرا؟ فيقال بحصول صورة الإنسانيّة وحصول صورة السّريريّة"[526].

ويرى الغزالي أنّ العنصر والصّورة "كالجزء من المعلول"[527]. أمّا ابن رشد فيقول إنّهما في الشّيء[528].

3- وثالثها العلّة الفاعلة[529]، أو "المبدأ الذي تنطلق منه الحركة"[530]، وهي: "ما منـ(ها) الوجود وليس الوجود لأجلـ(ها)"[531]، أي "ما منـ(ها)

---

[517] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، 319

[518] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 247.

[519] انظر هذا المثال في الموسوعة الكلية الفلسفية، مرجع سابق (باللغة الفرنسية).
وانظره أيضا عند الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 319. (بدل الطاولة ستجد السرير). لكن الإمام وفي مكان آخر (ص248) أعطى أمثلة أخرى فقال: "وأمّا المادّة فمثالها من المعقول أن يقال: لم يموت الإنسان؟ فنقول لأنه مركّب من أمور متنافرة من الحرارة والرطوبة والبرودة واليبوسة المتنازعة المتنافرة. ومثاله من الفقه أن يقال لم انفسخ القراض (أو المضاربة وهي دفع المال للاتجار ويكون الربح بين الدافع والمدفوع إليه) والوكالة بالموت والإغماء فنقول: لأنه عقد ضعيف جائز لا لزوم له وهذه علّة مادية إذ يرد الفسخ على العقد ورود الموت على الإنسان عند جريان سبب هو مبدأ الأمر في الموت والفسخ جميعا".

[520] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 247.

[521] la substance formelle أو العلّة الصورية La cause formelle.انظر: الموسوعة الكلية الفلسفية، مرجع سابق (باللغة الفرنسية).

[522] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 247.

[523] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 319 و320.

[524] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 247

[525] قرّب من عدد 73 وما بعده من هذا العمل.

[526] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 248.

[527] الغزالي، المعيار، مرجع سابق. ص 319.

[528] ابن رشد، رسالة ما بعد الطبيعة، مرجع سابق، ص 55.

[529] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 320. وتسميها الموسوعة الكلية الفلسفية (مرجع سابق باللغة الفرنسية) cause efficiente.

[530] « Le principe d'où part le mouvement ». الموسوعة الكلية الفلسفية، مرجع سابق (باللغة الفرنسية).

[531] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 320.

بذاتـ(ها) الحركة، و(هي) السّبب في وجود الشّيء كالنّجّار للكرسيّ والأب للصّبي"[532].

4- ورابعها العلّة الغائيّة[533]، وهي "ما لأجلـ(ها) وجود المعلول ... كالصّلوح للجلوس للكرسيّ..."[534].

ويرى الغزالي أنّ "العلّة الأولى هي الغاية، ولولاها لما صار النّجّار نجّارا. وكونها علّة، سابقة سائر العلل، إذ بها صارت العلل عللا. ووجودها متأخّر عن وجود الكلّ، وإنّما المتقدّم علّيتها"[535]، أي أنّ "الغاية تتأخّر في حصول الوجود عن المعلول وتتقدّم سائر العلل في الشّيئيّة. ومن البيّن أنّ الشّيئيّة غير الوجود في الأعيان فإنّ المعنى له وجود في الأعيان ووجود في النّفس وأمر مشترك، فذلك المشترك هو الشّيئيّة. والغاية بما هي شيء، فإنّها تتقدّم سائر العلل وهي علّة العلل في أنّها علل، وبما هي موجودة في الأعيان قد تتأخّر. وإذا لم تكن العلّة الفاعلة هي بعينها العلّة الغائيّة كان الفاعل متأخّرا في الشّيئيّة عن الغاية وذلك لأنّ سائر العلل إنّما تصير عللا بالفعل لأجل الغاية وليست هي لأجل شيء آخر، وهي توجد أوّلا نوعا من الوجود فتصير العلل عللا بالفعل. ويشبه أن يكون الحاصل عند التّمييز هو أنّ الفاعل الأوّل والمحرّك الأوّل في كلّ شيء هو الغاية فإنّ الطّبيب يفعل لأجل البُرء وصورة البرء هي الصّناعة الطّبّيّة التي في النّفس وهي المحرّك لإرادته إلى العمل، وإذا كان الفاعل أعلى من الإرادة كان نفس ما هو فاعل هو محرّك من غير توسّط من الإرادة التي تَحْدُثُ عن تحريك الغاية "[536]. وما سبق هو الذي جعل الغزالي يقول إنّ الغاية، باعثة أوّلا مطلوب وجودها آخرا[537].

---

[532] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 247 ويعطي الغزالي بعد ذلك في نفس الصفحة وفي الصفحة التي تليها أمثلة من المعقولات ومن الفقه فيقول: " أمّا مبدأ الحركة فمثاله من المعقولات أن يقال لم حارب الأمير فلانا ؟ فيقال لأنه نهب ولايته. فالنهب مبدأ الحركة. ويقال لم قتل فلان فلانا ؟ فيقال لأنه أكرهه السلطان عليه. مثاله من الفقه أن يقال: لم قتل هذا الشّخص؟ فيقال لأنه زنى، أو ارتدّ. فيكون الزنى مبدأ هذا الأمر، وهو الذي تسميه الفقهاء في الأكثر سببا ".

[533] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 320. وتسميها الموسوعة الكلية الفلسفية (مرجع سابق باللغة الفرنسية) cause finale.

[534] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 320. ويقول في ص 248: " وأمّا الغاية التي لأجلها الشّيء، فمثالها من المعقول أن يقال: لم عرضت الأضراس؟ فيقال: لأنها يراد بها الطحن. ولم قاتلوا الطبقة الفلانيّة؟ فيقال ليسترقّوهم. وفي الفقه يقال: لم قتل الزاني والمرتد والقاتل؟ فيقال للزجر عن الفواحش ".

[535] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 320.

[536] ابن سينا: النجاة، ص 211، حسب أحمد شمس الدين في شرحه لكتاب المعيار للغزالي (ص 247).

[537] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 247.

وعلى كلٍّ جمع الغزالي الغاية مع الفاعل تحت عنوان ما ليس كالجزء من المعلول[538]. وهو نفس ما قاله ابن رشد حين تكلّم عن الفاعل والغاية وذكر أنّهما خارجان عن الشّيء[539].

147. على هذا، ثمّ المادّة وثمّ الصّورة من جهة[540]، وثمّ الفاعل وثمّ الغاية من جهة أخرى[541]. "وهذه العلل الأربعة تجتمع في كلّ ما له علّة "[542]. وهذا لا يعني أنّها دائمة الاجتماع. فـ: " قد تجتمع في الشّيء علل فوق الواحدة، وحتّى الأربعة كلّها، وقد يكون لبعض الأشياء بعض العلل دون بعض، فلذلك لا يدخل في حدود التّعليمات ولا براهينها علّة مادّيّة "[543].

وهذه العلل نقلت إلى الفقه الإسلامي من جهة، وإلى القانون الحديث ومنه م.ا.ع من جهة أخرى. لكنّ هذا الأمر يدخل فيما أسميناه المحتوى "التّطبيقي" للعلّة.

(ب) محتوى العلّة "التطبيقي"

148. إذا بدأنا بالفقهاء المسلمين وجدناهم يتحدّثون في إطار العقد عن "المحلّ" كمقابل لـ: «مادّة» الفلاسفة، وعن "الأهل" أو "السّبب" كمقابل لـ: «فاعل» الفلاسفة، وعن "الحكم" كمقابل لـ: «غاية» الفلاسفة، وعن "الصّيغة" كمقابل لـ: «صورة» الفلاسفة. فإذا أخذنا الزّواج، وجدنا البُضْع محلاّ، والزّوج

---

[538] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 320.

[539] ابن رشد، رسالة ما بعد الطبيعة، مرجع سابق، ص 55.

[540] وهما في الشّيء كما ذكرنا ذلك سابقا على لسان ابن رشد (عدد 146 من هذا العمل).

[541] وهذا التقسيم الرباعي يناسب المرحلة الأولى من التفكير الأرسطي. لكن "أرسطو" وفي وقت لاحق جعل الأربعة اثنتين وقسّم الأمر إلى مادة matière وصورة forme. فأمّا "المادّة فهي تهمّ الموضوع غير المحدّد والاعتباري لكلّ التّحديدات وتغطّي إذن العلّة المادّيّة. وأمّا الصّورة فهي السّبب الوحيد الذي يحقّق هذه التّحديدات. وستجد (هذه العلّة) نفسها تعرّف العلّة الفاعلة والعلّة الغائيّة".

« La matière concerne le sujet indéterminé et virtuel de toutes les déterminations et recouvre donc la cause matérielle. La forme, elle, est la seule raison qui réalise ces déterminations, mais elle va se trouver définir aussi la cause Efficiente et la cause Finale ».

(الموسوعة الكلية الفلسفية، مرجع سابق باللغة الفرنسية)، فليس النجّار – لو أخذنا مثالا سابقا - هو الذي سيكون في ذاته الفاعل بل الصورة الحاضرة بالقوّة في ذهنه والتي بفضلها سيشكّل المادّة. ثم ما العلّة الغائية سوى أنها الهدف أي الصورة ولمّا تتحقق بعدُ والتي تريد العلّة الفاعلة أن تقحمها في المادّة لكي تجعلها شيئا بالفعل. (نفس المرجع السابق).

[542] الغزالي، المعيار، مرجع سابق، ص 248.

[543] ابن سينا، النجاة، ص 84، عن أحمد شمس الدين شارح "معيار العلم في المنطق"، ص 248،

أهلا أو سببا، والحِلّ غاية، وصيغة العقد كأنّها الصّورة[544]. وما لم تجتمع هذه الأمور لا يكون للزّواج وجود. فالزّواج الذي لا يفيد الحِلّ لا وجود له، وكذا البيع الذي لا يفيد الملك. فإنّ وجود الغاية لا بدّ منه وكونها معقولا باعثا شرط قبل الوجود، وكونها موجودة بالفعل واجب بعد الوجود.

ومهما قُدِّر الفاعل والمادّة موجودين، لم يلزم وجود الشّيء في كلّ حال، كالبائع والمبيع.

ومهما وجِدت الصّورة، لزم وجود الشّيء، كصيغة العقد.

ومهما وجِدت الغاية بالفعل، لزم وجود الشّيء، كالحِلّ في الزّواج[545].

149. فإذا مررنا الآن إلى ما يهمّ القانون الحديث، ومنه م.ا.ع في جانبها الذي نحن بصدده، وجب أن نبدأ بالقول إنّ المناطقة يقسّمون العلّة إلى علّة قريبة وعلّة بعيدة[546]، وعلّة بالقوّة وعلّة بالفعل[547]، وعلّة خاصّة وعلّة عامّة[548]، وعلّة بالذّات وعلةّ بالعرض[549]. وهذه الأقسام قد نجد في الواحد منها أكثر من نوع من العلّة.

150. فإذا توقّفنا الآن قبل هذا التّقسيم أمكن القول:

---

[544] فالزّواج إذن صيغة (صورة) يحلّ بها (الغاية) محلّ هو البضع (جاء في لسان العرب: " البُضع: النّكاح والمباعضة المجامعة... واختلف النّاس في البضع فقال قوم هو الفرج وقال قوم هو الجماع وقد قيل هو عقد النّكاح..."). لذا لا يمكن أن نحمل على الفقهاء ونقول إنّهم يهملون الجانب العاطفي في الزّواج، فتعريفهم المتقدّم مردّه أنّنا بصدد حديث محدّد هو الصّيغة والحلّ والمحلّ معا، فلا يصحّ عندها أن نقول إنّ الزّواج صيغة تحلّ بها العواطف أو المودّة أو غيرهما لأنّنا نتناول لا المحلّ لوحده (لأنّه قد يقال إنّ محلّ الزواج هو هذه الأمور العاطفيّة وغيرها كإنشاء أسرة، وتربية أبناء، إلخ)، بل حلّيّة المحلّ، أي الحكم زائد المحلّ. بعبارة أخرى علينا ألاّ نعزل – كما يفعل البعض عن عمد أو عن جهل - ذلك التعريف الفقهي للزّواج عن الجوّ التعبيري الذي جاء فيه (على كلّ زد على ما سبق وانظر هامشا سيأتي وسنجد فيه كيف ذهب الفقه إلى حدّ عدّ الزّواج قربة إلى الله تعالى وإلحاقه بالعبادات).

[545] لم نفعل فيما ورد أعلاه منذ بداية العنوان إلاّ أن نقلنا – وأحيانا نقلا حرفيّا – ما جاء عند الغزالي في كتابه معيار العلم في المنطق، مرجع سابق، ص 249.

[546] أعطى الغزالي كمثال للعلّة (لم يحدّد نوعها) القريبة: الصّداق لتسليم الزّوجة للزّوج، وكمثال للعلّة البعيدة ملك الزّوج نصف الصّداق لتسليم الزّوجة للزّوج (معيار العلم، مرجع سابق، ص 249).

[547] أعطى الغزالي كمثال للقوّة الإسكار للخمر قبل الشّرب (المعيار، مرجع سابق، ص249) وكمثال للفعل الإسكار للخمر حال الشّرب (المعيار، مرجع سابق، ص 249).

[548] أعطى الغزالي للخاصّة مثال الزّنى للرّجم، وللعامّة الجناية للرّجم وللعقوبة (المعيار، مرجع سابق، ص249).

[549] ومثال الذّات الزّنى للرّجم، ومثال العرض الإحصان للرّجم "وهو الذي يسمّى شرطا، فإنّ الرّجم لا يجب إلاّ بالإحصان، وهي خصال ولكن تعمل عمل العلّة عنده، كما لو أرسلت الدّعامة من تحت السّقف فنزل، فيقال: نزوله بعلّة الثقل ولكن عند إشالة الدّعامة، فإن للهويّ شرطا وهو فراغ جهة الأسفل ..." الغزالي، المعيار ... مرجع سابق، ص250. وانظر أمثلة أخرى عند شارح الغزالي بـ: ص 321.

- أوّلا إنّ الغلط في نفسه[550] علّة فاعلة لوجود العقد[551].
- وثانيا إنّ ذات الشّيء أو أوصافه الذّاتيّة وغير الذّاتيّة، أو ذات الشّخص أو أوصافه، كلّ ذلك علل غائيّة.

151. لكن ما يلاحظ أنّه بقي لنا الغلط في طبيعة العقد، وفي وجود السّبب، وفي وصف السّبب، وفي الباعث (بالإضافة إلى الغلط في الحساب والغلط في القيمة).

وإنّ صورة الغلط في طبيعة العقد يمكن إدراجها ضمن الغاية وذلك إذا استحضرنا ما جاء أعلاه عند الفقهاء المسلمين من أنّ الحكم لديهم هو الغاية عند المناطقة. فمن أراد بيعا، أراد حكما معيّنا هو الملكيّة، لا الانتفاع لوحده.

152. فإذا مررنا إلى صورة وجود السّبب ووصفه وإلى صورة الباعث، وأردنا الخروج بالمعاني من الألفاظ لم نخرج بشيء: وفعلا من المعروف أن ثمّ اختلافا بين السّبب من جهة والباعث من جهة أخرى، فالأوّل مؤثّر والثّاني غير مؤثّر[552]. فإذا طلبنا الفرق بين الصّورتين من معاني اللفظتين نكون قد تركنا وراء ظهورنا هذا الفرق ثمّ سرنا إلى الأمام باحثين عنه ... لذلك لن نجده (... مهما حثثنا السّير. في مثل هذا يقول الغزالي: "من طلب المعاني من الألفاظ ضاع وهلك وكان كمن استدبر المغرب وهو يطلبه"[553]). والسّبب الذي لأجله لن نعثر على ما نبحث عنه من فرق: أنّ السّبب في اللغة باعث والباعث في اللغة سبب، أي أنّ اللفظتين مترادفتان[554]، ومن ثمّ ليس ثمّ فرق (ببساطة: لن نعثر على فرق لأنّه ليس ثمّ فرق).

لكن لو تركنا اللغة وذهبنا إلى المنطق، لقلنا إنّ الصورتين لعلّة غائيّة.

---

[550] وكذا التغرير والإكراه.

[551] انظر حول العلّة الفاعلة: "راني"، مفهوم العلّة الفاعلة للعقد في القانون الفرنسي الخاص، أطروحة، باريس II، 1993.
REIGNE (Ph), La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, Th, Paris II, 1993.

[552] فأمّا المعرفة الأولى فمن الفصول 2 و67، وأمّا المعرفة الثانية فمن التعبير المباشر عن نيّة المشرّع (انظر حول هذا التعبير عدد 115 من هذا العمل).

[553] الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 1، ص 21.

[554] انظر إلى المعجم العربي الحديث، لاروس (مرجع سابق) وبالتحديد تحت كلمة باعث وكلمة سبب. وانظر إلى المعجم الفرنسي، روبار 1 الصغير (مرجع سابق) تحت كلمة cause وكلمة motif. ثمّ انظر إلى بهادر (خان)، مختصر حصول المأمول من علم الأصول، القاهرة، دار الصحوة للنشر، ط 1، 1985، ص 106 و107 حيث يتحدّث عن "السّبب والأمارة والدّاعي والمستدعي والباعث والحامل والمناط والدّليل والمقتضى والموجب والمؤثّر".

إذن، وإلى هذا الحدّ، ليس ثمّ فرق. فإذا واصلنا مع المنطق، أمكن القول إنّ "سبب" رجال القانون هو علّة المناطقة القريبة، و"باعث" رجال القانون هو علّة المناطقة البعيدة. بعبارة أخرى لم يفعل رجال القانون هنا – وعموما في مادّة السّبب ـ إلاّ أن نقلوا ما جاء عند المناطقة؛ لكن العلّة الغائيّة القريبة عند هؤلاء صار اسمها عند أهل القانون سببا مجرّدا[555] وسببا موضوعيّا[556] وسبب التزام[557]؛ كما صارت العلّة الغائيّة البعيدة التي عند الأوائل سببا واقعيّا[558] وسببا ذاتيّا[559] وسبب عقد[560] عند الثّانين.

ويمكن أن نضيف أنّ علّة المناطقة الغائيّة القريبة صارت أيضا سببا مباشرا[561]، وعلّتهم الغائيّة البعيدة باعثا[562].

153. فإذا رجعنا إلى الذّاتيّات، أمكن القول إنّنا أمام سبب قريب. ونفس الشّيء لو رجعنا إلى غير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش. أمّا غير الذّاتيّات مع تفاوت غير فاحش وكذلك الشّخص (لكن البعض سيأتي إلى ذات الشّخص ويدخلها في السّبب القريب) والقيمة والحساب[563]، فيمكن القول إنّها للسّبب البعيد.

154. والحاصل:

---

[555] Cause abstraite

[556] Cause objective

[557] Cause de l'obligation

[558] Cause concrète

[559] Cause subjective

[560] Cause du contrat

انظر إلى كل هذه الأسماء عند "كاربونيي"، الالتزام، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 58 وما بعده. وانظر أيضا إلى "رولان" و"بواييي"، الصيغ اللاتينيّة... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 121. وانظر إلى من يتحدّث عن سبب أبعد من سبب الالتزام: "قيستان" ("جاك")، سبب التّعهّد وصحّة العقد، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء. باريس/دلتا. بيروت، 2006، عدد 129. Ghestin (J.), Cause de l'engagement et validité du contrat, L.G.D.J. Paris/Delta. Beyrouth, 2006, n° 129. Ici on a parlé de cause « *plus lointaine* que la cause de l'obligation ».

[561] Cause immédiate

[562] mobile. انظر إلى "رولان" و"بواييي", الصّيغ اللاتينيّة... مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة), ص 121. حيث تحدّث عن "السّبب الواقعي" cause concrète على أنّه مرادف لـ: الباعث mobile. وعلى كلّ، وحول كلّ ما سبق من قول بارتباط بين السّبب والعلّة الغائيّة، انظر إلى: "كورنو" (جيرار)، الألسنيّة... مرجع سابق، باللغة الفرنسية، عدد 18.

[563] انظر إلى فقه القانون الألماني الذي استعمل كلمة باعث mobile فيما يخصّ الحساب (" فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 339)

- أنّ الغلط في نفسه علّة فاعلة.
- وأنّ الغلط في محلّه، أي فيما ينصبّ عليه، علّة غائيّة:

ثم إنّ هذه العلّة الغائيّة تنقسم إلى قسمين:

◊ علّة غائيّة قريبة:

وفي هذه نجد:

♦ طبيعة العقد

♦ وجود السّبب (وجود السّبب هو العلّة الغائيّة القريبة).

♦ ذات الشيء وذات الشّخص

♦ والذّاتيّات (بالنّسبة إلى الشّيء. لكن أيضا بالنّسبة إلى الشّخص إذا أخذنا بعين الاعتبار أنّ الشّخص يكون طبيعيّا ويكون معنويّا).

◊ وعلّة غائيّة بعيدة:

وفي هذه نجد:

♦ وصف السّبب (السّبب هو القريب أمّا وصف السّبب فعلّة غائيّة بعيدة. لذلك تمّ إيراد هذه الصّورة تحت عنوان العلّة الغائيّة البعيدة).

♦ الشّيء، وبالتّحديد وصفه غير الذّاتي[564].

♦ الشّخص، وبالتّحديد وصفه غير الذّاتي.

♦ ما ليس شيئا ولا شخصا:

وفي هذا نجد:

◙ ما يسمى "باعثا"[565].

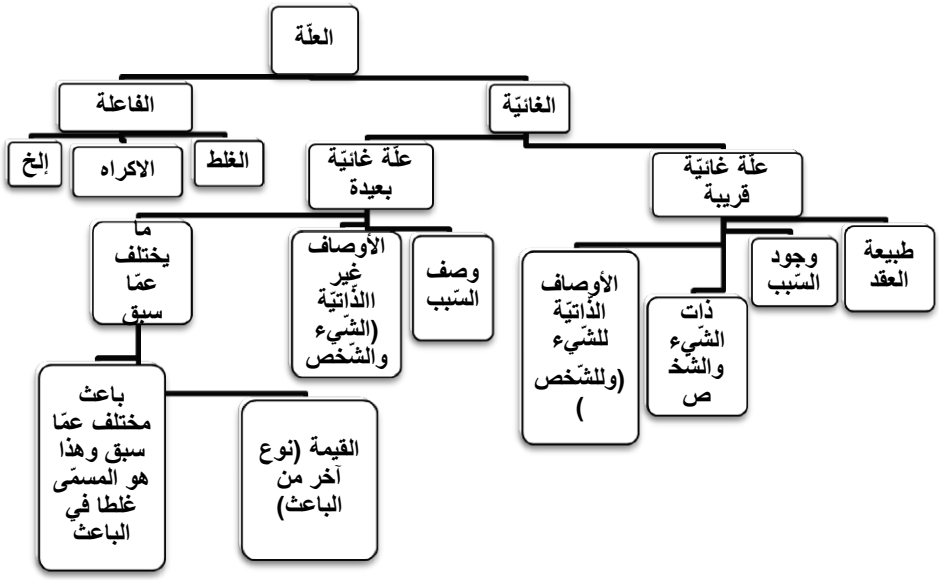
◙ القيمة (وهي باعث).

◙ الحساب (وهو باعث حسب الفقه الألماني. لكن ينبغي إخراج هذه الصّورة لاختلافها عن سابقاتها كما تقدّم: ليس فيها مشكل حكم). ويمكن الإتيان بكلّ ما سبق في رسم:

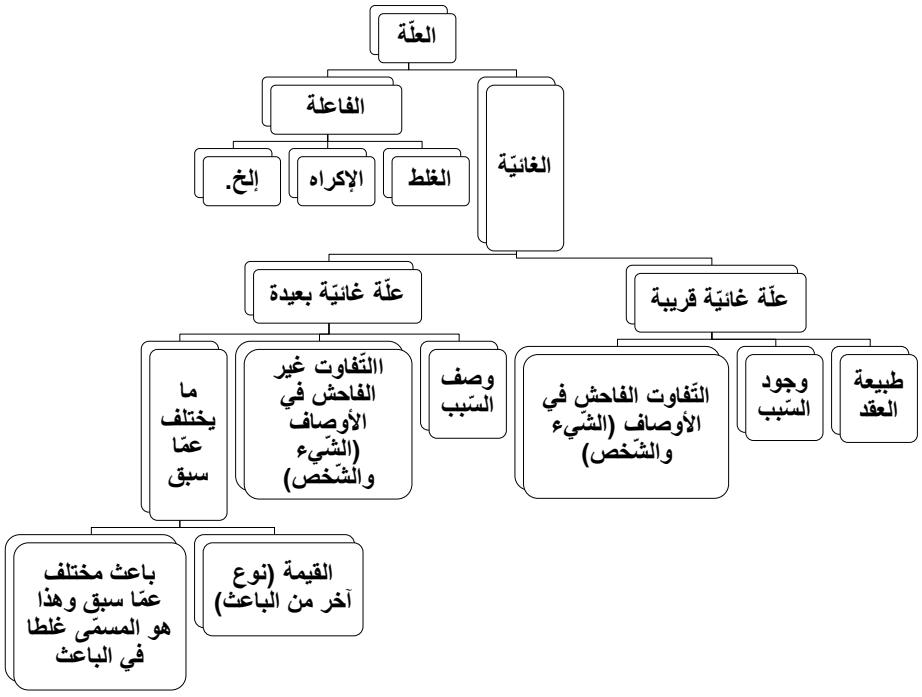
---

[564] قارن مع: "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 88 حيث يقول إنّ الوصف غير الذاتي يختلط بالباعث أي بما نسميه نحن هنا علّة بعيدة.

[565] وباللغة الفرنسية: mobile - motif


العلّة
الفاعلة
الغائيّة
إلخ
الاكراه
الغلط
علّة غائيّة بعيدة
علّة غائيّة قريبة
ما يختلف عمّا سبق
الأوصاف غير الذّاتيّة (الشّيء والشّخص
وصف السّبب
الأوصاف الذّاتيّة للشّيء (وللشّخص)
ذات الشّيء والشّخص
وجود السّبب
طبيعة العقد
باعث مختلف عمّا سبق وهذا هو المسمّى غلطا في الباعث
القيمة (نوع آخر من الباعث)

بل يمكن الإتيان برسم مختلف قليلا، لو اتّبعت النتائج المتوصّل إليها في هذا البحث.



وما جاء للتّوّ من محتوى للعلّة الغائيّة وللغلط في العلّة الغائيّة، يسمح بالانتقال إلى وضع هذه العلّة في الأحكام التي تمثّل موضوع هذا العمل.

§2 وضع العلّة

155. إن كنّا قصدنا بالعلّة في عنوان الفقرة الأولى العلّة الفاعلة وبالأساس العلّة الغائيّة، فإنّا نقصد في هذا العنوان نفس الشّيء وبنفس درجة الأهمّيّة. وهاتان العلّتان جاءتا في صياغات معيّنة، ثمّ إنّه قيل إنّهما شرط. على هذا يكون للعلّة وضعا على صعيد الشّكل [الصّياغات] (أ)، ووضعا على صعيد المضمون [الشّرط] (ب).

(أ) وضع العلّة شكلا

156. قلنا إنّ العلّة الفاعلة والعلّة الغائيّة جاءتا في صياغات معيّنة:

1- فإذا بدأنا بالأولى، وجدنا أنّ الفصل 43 تحدّث عنها حين قال إنّ الرّضا صدر عن غلط، أي أنّ هذا الغلط علّة فاعلة لذلك الرّضا. لكنّ الفصل 44 جاء ليقول إنّ الغلط في القانون يجب أن يكون علّة فاعلة "وحيدة" "أو" علّة فاعلة "أصليّة" للتّعاقد. والسّؤال لِمَ هذه الصّياغة؟

رأينا سابقا أنّ وجود الفصل 44 نفسه سببه أنّها "أمطرت في فرنسا"[566]. ويمكن القول إنّ صياغته للعلّة الفاعلة على النّحو المذكور منذ قليل لها نفس العلّة.

وفعلا من يعود إلى مرجعين استعملا في المشروع المُرَاجع[567]، سيجد أنّه قيل في فرنسا بموقفين:

* واحدٌ مفاده أنّ الغلط في القانون لا يبطل إلاّ إذا كان السّبب الوحيد. وهو موقف القضاء الفرنسي في القرن التّاسع عشر، وقبل ذلك موقف "دوما"[568]. وقد كان هذان متشدّدين مع الغلط في القانون، وذلك على خلاف الغلط في الواقع. فإذا كان ثمّ احتمال لكون العلّة الفاعلة للعقد ليست الغلط في القانون لوحده لم يبطل العقد. مثال ذلك: أبٌ يوصي بنصف أمواله إلى الغير أمام موثّق عقودٍ[569] واحدٍ وشاهدين بَدَلَ أربعة، أي خلافا لما يشترطه القانون. فإذا ظنّ الابن أنّ الوصيّة صحيحة وسلّم الموصى به إلى الموصى له، لا يمكنه

---

[566] انظر عدد 129 من هذا العمل.

[567] "توليبي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 6 ، عدد 67 إلى 69.
"لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 508.

[568] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 508.

[569] Notaire

الرّجوع في ذلك التّسليم وإبطال القسمة لأجل غلطه في القانون. فالابن، إن أمكنه إثبات غلطه في القانون، لن يمكنه أبدا إثبات أنّ غلطه ذاك كان العلّة الفاعلة الوحيدة، إذ العلّة هنا هي أيضا تنفيذ وصيّة والده[570]. بعبارة أخرى: إذا كان ثمّ احتمال وجود سبب آخر للعقد متمثّلا في تنفيذ التزام طبيعي أو ناقص، فإنّه لا يمكن إبطال العقد لأنّه صار من المستحيل إثبات أنّ العقد له علّة فاعلة وحيدة هي الغلط في القانون[571].

* ولقد حمل على هذا الرّأي بعض الفقهاء وقالوا (وهنا نصل إلى الموقف الثّاني في فرنسا في القرن التّاسع عشر) إنّ شروط الغلط في الواقع هي نفسها شروط الغلط في القانون لأنّ الفصل 1110 م.م.ف لم يفرّق بين الاثنين. كما قالوا عن الموقف الأوّل إنّه يفضي إلى أن يصبح الغلط في القانون غير مؤثّر أبدا[572].

ومن ينظر إلى هذين الموقفين، سيقول إنّ الثّاني أصلح.

ثمّ إنّ من يُحضِر الفقه الإسلامي سيجده بعيدا عن الموقف الأوّل ومساويا للثّاني.

أمّا من يأتي بـ: م.ا.ع، فسيرجّح أنّها بمثابة الرّدّ على الموقف الأوّل. وفعلا تبدو صياغتها كمن جاء ليقطع عليه طريق الوجود في إطارها (أمطرت مرّة أخرى في فرنسا ... ففتحت م.ا.ع مرّة أخرى مظلّتها). والدّليل أنّ الفصل 44 قال بعلّة فاعلة "وحيدة"، ثمّ زاد "أو" (ou في الصّياغة الفرنسيّة)، وبعد "أو" قال بعلّة فاعلة "أساسيّة"، أي بعلّة معها غيرها (الفصل 44: "... إذا كان هو السّبب الوحيد أو السّبب الأصلي ... / lorqu'elle en est la cause ... unique ou principale ...")[573].

وإنّ م.ا.ع مستوردة هنا. إلاّ أنّه لا يمكن المرور إلى الإحكام (مسألة الإصلاح) لأنّ المستورد مثل المحلّي.

2- ولعلّنا نجد في العلّة الغائيّة بعض ما وجدناه في العلّة الفاعلة:

* فإذا بدأنا بالفصل 45 وجدناه يتحدّث عن: "... غلط في ذات المعقود

---

[570] انظر هذا المثال عند "توليبي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 6، عدد 69.

[571] "توليبي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 6، عدد 68.

ويعطي "لوران" (ج 15، عدد 508) مثال المورّث الذي يوصي للغير بأكثر ممّا يسمح به القانون. فإذا دفع الوارث إلى الموصى له أو وعد بأن يدفع له كلّ موضوع الوصيّة فهذا لن يكون باطلا، وذلك لأنّه يجوز أن يكون الوارث قد أراد تنفيذ وصيّة المورّث.

[572] انظر إلى "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، ج 15، عدد 508.

[573] هذا نخرج به من خلال النيّة المباشرة للمشرّع حين أشار إلى "لوران" بالمشروع المُرَاجَع.

عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتّعاقد". وقد نذهب إلى اللغة لنقول إنّ "الموجب للتّعاقد" قد تعود على الوصف والنّوع والذّات وذلك لأنّنا أمام "أو" عاطفة، وفائدة العطف تحصيل مشاركة أطرافه في شيء ما[574] لعلّه هنا – إلى جانب كون الصّور أجزاء من نفس الشّيء – انسحاب ذلك الشّرط على هذه الصّور جميعا.

لكن علينا أن نعود فيما سبق لأنّ نيّة المشرّع تنبئ بأنّه أراد أن يقول إنّ الوصف غير الذّاتي هو غير مؤثّر إلاّ إذا اشترط[575]. وهو قول للفقه

---

[574] الزركشي (بدر الدين محمد بن عبد الله)، البرهان في علوم القرآن، بيروت، دار الجيل، 1408 هـ/ 1988 م، ج 4، ص102، حيث يقول: "فأما عطف المفرد ففائدته تحصيل مشاركة الثاني للأوّل في الإعراب، ليعلم أنه مثل الأوّل في فاعليته أو مفعوليته". بتعبير مختلف من المعلوم أنّه يقال عن واو العَطْف التي هي أصلُ حروفِ العطف أنّ مَعْناها: إشراكُ الثاني فيمَا دَخَل فيه الأوّل (معجم القواعد العربيّة للشّيخ عبد الغني الدّقر).

[575] انظر عدد 85 من هذا العمل، وقبلها إلى عدد 64.

وانظر أيضا وخاصة الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع التي قسّمت الغلط إلى مؤثّر على الالتزام وغير مؤثّر. فأما المؤثّر ففيه الماهية الأولى والماهية الثانية (أسميت هذه أوصافا أساسيّة). وأمّا غير المؤثّر ففيه صورة أولى هي الأوصاف غير الذاتية (أسميت الأوصاف غير الأساسيّة). ولقد قيل إنّه ورغم كون الأوصاف ثانويّة، فإنّ الغلط فيها يؤثّر على الالتزام لو أنّ تلك الأوصاف عدّت من الأطراف أساسيّة. بعبارة أخرى تحدّثت الحاشية الجانبيّة عن شرط إن توفّر في الأوصاف غير الأساسيّة يجعلها مبطلة، وهو أن تكون قد جعلت أساسيّة من الأطراف، أي تكون قد أوجبت الرّضا. وإنّ ما سبق ينبّهنا إلى أمرين:

أوّلهما أنّ " الموجب للتّعاقد " في الفصل 45 أريد أن ترجع على "الوصف" لا غير.

ثانيهما أنّ "وصفه" في الفصل 45 لفظةعامّة ولكن ثمّ في الأعمال التّحضيريّة ما يعدّ قرينة تصرف العامّ إلى خصوص هو "الوصف غير الذاتي".

انظر ما سيأتي بالجزء الثّاني حول علاقة الشّرط الفاسخ بالبطلان النّسبي وبخيار العيب والوصف.

ولعلّه يمكن أن نحوصل ما جاء وما سيجيئ وأن نضيف إليه لنقول بعد كلّ ذلك (في قالب رؤوس أقلام):

- **الفصل 23 م.ا.ع: تطابق الإيجاب مع القبول على مستوى العناصر الأساسيّة.**
- **الفصل 2: صور عدم التّطابق ومنها بعض صور الغلط المانع.**
- **الفصل 23: تطابق على العناصر الأساسيّة + تطابق على العناصر الثّانويّة (= بهذا الاتّفاق تكون قد جعلت أساسيّة حسب الفصل 23 ← لهذا قال الفصل 45 بالنّسبة إلى الوصف غير الذّاتي "موجب للتّعاقد" ولم يقل ذلك بالنّسبة إلى النّوع مثلا لأنّنا بعد أمام عنصر أساسي) = تمّ العقد**
- **سكوت الفصل 23 عن الصّورة التّالية: تطابق على العناصر الأساسيّة + سكوت الأطراف وعدم تفكيرهم في العناصر الثّانويّة ⇐ صيغة النّص: استثناء ⇐ إذن المسكوت عنه حكمه: لم يتمّ العقد ⇐ هذا هو "المفهوم" من الفصل ⇐ لكن "صريح" نصوص أخرى (243 + 516 + نصوص خاصّة) تقول بإتمام ما وقع السّكوت عليه بواسطة العرف أو القوانين المكمّلة ⇐ إذن: تناقض بين "الصّريح" و"المفهوم" ⇐ يؤخذ بالصّريح.**
- **سكوت الفصل 23 عن الصّورة التّالية: تطابق على العناصر الأساسيّة + اختلاف الأطراف اختلافا ظاهرا بالنّسبة إليهم وذلك حول العناصر الثّانويّة ⇐ صيغة النّص: استثناء ⇐ إذن المسكوت عنه حكمه: لم يتمّ العقد ⇐ هذا هو "المفهوم" من الفصل ⇐ هنا لا "صريح" يعارض "المفهوم" ⇐ يبقى "المفهوم" قائما.**
- **من صور الغلط: اختلاف الأطراف اختلافا ليس ظاهرا بالنّسبة إليهما أو بالنّسبة إلى أحدهما وذلك حول العناصر الأساسيّة (غلط في طبيعة العقد، إلخ).**

الفرنسي[576]. وهكذا ومرّة أخرى لا يمكن تفسير صياغة في م.ا.ع إلاّ بالرّجوع إلى فرنسا. على هذا فقولها بالوصف غير الذّاتي، وإن كان ثمّ مثله في الفقه الإسلامي، فهي لم تأت به من عنده بل من عند الفرنسيّين. لذا لا يمكن أن تربط المجلّة بفكرة الإحكام (مسألة الإصلاح) لأنّ المستورد مثل المحلّي.

* فإذا انتقلنا الآن إلى الفصل 46، وجدناه يستعمل "من" التبعيضيّة (الفصل 46:"... من الأسباب .../... l'une des causes ..."). ومعنى النّص هو أنّنا أمام علّة غائيّة ومعها غيرها. وقد نفكّر في تبنّي هذه الدّلالة لأنّها

- **من صور الغلط أيضا: تطابق على العناصر الأساسيّة + اختلاف الأطراف اختلافا ليس ظاهرا بالنّسبة إليهما أو بالنّسبة إلى أحدهما وذلك حول العناصر الثّانويّة:**

□ تمهيد:

الفصل 116: " الشّرط...بموجبه يعلّق وجود الالتزام (هذا هو الشّرط التّعليقي) أو انقضاؤه (هذا هو الشّرط الفاسخ) بأمر مستقبل غير متحقّق الوجود".

□ لنفرض أنّ العنصر الثّانوي المختلف فيه هو وصف غير ذاتي:

هنا نحن أمام صورة تساوي صورة الشّرط الفاسخ من جانب (العقد لازم من جهة وغير لازم من الأخرى: أي بلغة م.ا.ع العقد يمكن إبطاله من ضحيّة الغلط فقط) وتختلف عنها من آخر (الوصف لم ينظر إليه في العقد على أنّه مستقبل وغير متحقّق الوجود بل على أنّه حالّ وموجود وقت النّشأة ⇐ لذلك نحن أمام مشكل غلط ونشأة لا أمام مشكل شرط وتنفيذ).

□ هذا التّحليل يصحّ على كلّ عنصر ثانوي قرّر المشرّع فيه البطلان.

□ هذا التّحليل يصحّ أيضا على العناصر الأساسيّة (تبقى مسألة من يقوم بالبطلان إن كان مطلقا).

□ لكن هل يصحّ على العناصر الثّانوية التي قرّر المشرّع فيها الصّحّة؟

لنأخذ صورة الباعث:

♦ قد نكون أمام شرط فاسخ: اشترى بسوسة منزلا بشرط تعيينه في العمل في تلك المدينة (الشّرط مستقبل وغير متحقّق الوجود).

♦قد نكون أمام غلط في الباعث: اشترى بسوسة منزلا ظانّا أنّه نقل إليها أو أنّه سينقل إليها قريبا. هنا لم يجعل المشتري من النّقلة شرطا للشّراء. أي لم يعلّق على أمر مستقبل وغير متحقّق الوجود وجود الالتزام (شرط تعليقي) أو انقضاءه (شرط فاسخ). لذلك لن تنطبق هنا أحكام الفصل 116 وما بعده من م.ا.ع (لأنّه لا شرط فيما يخصّ النّقلة طبعا) ⇐ إذن الصّورة مختلفة عن الشّرط الفاسخ وهذا ما وجدناه أعلاه مع الوصف ⇐ لكن ثمّ اختلاف مع الوصف: في الباعث قرّر المشرّع الصّحّة أي قرّر أنّ العقد لازم من الجهتين ⇐ لذلك ومن هذه الزّاوية أيضا لن تساوي صورة الباعث الشّرط الفاسخ).

بعبارة أخرى لن يبطل العقد لأنّ الغلط في الباعث لا يبطل. ولن يفسخ العقد على معنى الفصل 116 وما بعده لأنّه لا شرط (فيما يخصّ النّقلة).

[576] انظر عدد 62 من هذا العمل.

ملاحظة: في فرنسا اليوم يقال إنّ شرط "حاسم" يهمّ الشّيء والشّخص ولا يهمّ الغلط المانع ("بيتي" ("برونو")، العقد والالتزامات- الغلط. الفصل 1110 (باللغة الفرنسيّة)، عدد 25

PETIT (Bruno), Contrats et obligtions- Erreur, J.-cl. civ, Fasc unique,art. 111O.

بعبارة أخرى: كلّ علّة قريبة حاسمة. أمّا العلل البعيدة فبعضها حاسم وبعضها لا. وعليه فالتّقسيم الثّلاثي للشّيء وللشّخص مرتبط بشرط "حاسم". فحين نكون أمام الماهية الأولى والثّانية نكون أمام ما هو حاسم (ما دخل مجال العقد لأنّ الأمر يتعلّق بأركان العقد). أمّا إذا كنّا أمام العرضي (ما لم يدخل المجال) فنحن أمام ما ليس حاسما وينبغي جعله كذلك ليؤثّر (إدخاله واطلاع الآخر عليه). وكنتيجة أخرى: يتبع جميع ما سبق شرطا آخر سنورده في عنوان "مغتفر" (ما يسمّى خطأ وجوب أن يكون الغلط مشتركا).

اللغوية[577]. لكنّنا سنعود فيما فكّرنا فيه حين ننظر في المشروع المُرَاجع. وفعلا أشار هذا المشروع إلى "لوران" في مكان[578] حدّثنا فيه عن كون "دوما" قال إنّ الغلط في الشّخص يجب أن يكون علّة أصليّة (إذن فاعلة). ثمّ جاء "بوتييي" – وأراد أن يقول نفس الشّيء – لكنّه لم يكن دقيقا في التّعبير فقال إنّ وصف الشّيء دخل بصفة ما في العقد[579]. والدّليل على أنّ هذا التّعبير (دخل بصفة ما) غير دقيق، أي لا يحمل ما قصده "بوتييي"، أنّ هذا – في نفس المكان وبعد الذي تقدّم – قال: "إنّنا رأينا (إذن يتحدّث عمّا سبق) أنّ الغلط في الشّخص يبطل كلّما كان اعتبار الشّخص داخلا في العقد"[580] (إذن "دخل بصفة ما" السّابقة أراد بها "بوتييي": "دخل"). على هذا يكون "بوتييي" قد أراد شيئا، لكنّه قال شيئا آخر، ثمّ عاد ليقول ما أراده.

أمّا م.ا.ع فأرادت شيئا (وهذا نصل إليه بواسطة التّعبير المباشر إذ كلّ الذين أشارت إليهم لا يقولون بعلّة غائيّة ومعها غيرها، والوحيد الذي قال بذلك لم يكن يقصد ما قاله)، وقالت شيئا آخر، وانتهى عند هذا الحدّ كلامها (لم تعد كما عاد "بوتييي").

هكذا ومرّة أخرى نجد م.ا.ع "تفتح مظلّتها"، لكنّها هنا لم تتفطّن إلى أنّ من قلّدته رجع "فأغلق مظلّته".

وقد يقال إنّ هذه زلّة لسان، وزلّة اللسان لا توجب إدخالا في مسألة الإحكام. وقد يقال مع ما سبق إنّ المهمّ كونها نوت أمرا مقبولا. وعلى كلٍّ ما تقدّم يجعلنا ندرك أنّ الأمر المتحدّث عنه مستورد. لكن، لأنّ المستورد مثل المحلّي، لا يمكن المرور (لمرّة أخرى) إلى الإحكام.

---

[577] انظر معاني "من" في اللغة ومنها التّبعيض عند الرّازي: المحصول، مرجع سابق، ج 1، ص 377.

[578] انظر ج 15، عدد 497.

[579] جاء عند "بوتييي" ما يلي: "كلّما كان اعتبار الشّخص الذي أريد أن أتعاقد معه داخلا بصفة ما في العقد الذي أريد أن آتيه، فالغلط في الشّخص يلغي رضاي."

« Toutes les fois que la considération de la personne avec qui je veux contracter, entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement. ».

"بوتييي"، كتاب الالتزامات (باللغة الفرنسية)، نشره "ماسون"، باريس، مكتبة عمل سان بول، 1883، عدد 19.

POTHIER, Traité des obligations, publié par MASSON membre de la société de législation comparée, Paris, Librairie de l'œuvre de Saint Paul, 1883, n° 19.

[580] "بوتييي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 19.

« Nous avons vu que l'erreur sur la personne annule la convention, toutes les fois que la considération de la personne entre dans la convention. ».

هذا القول يمكن أن يتغيّر إذا تمّ تناول الفصل 46 وسابقه الفصل 45 من زاوية أخرى هي زاوية تعرّضهما لمضمون العلّة.

(ب) وضع العلّة مضمونا

157. سننظر في العلّة الغائيّة، ثمّ في العلّة الفاعلة، ثمّ فيهما معا، ثمّ نختم بالتّعرّض إلى صورة قد تقدّم في إطار احتجاج على ما سيتوصّل إليه من نتيجة[581].

◄ فإذا بدأنا بالعلّة الغائيّة، قلنا إنّنا نجدها في الفصل 45 لأنّ فيه "الموجب للتّعاقد"، وفي الفصل 46 لأنّ فيه "الأسباب الموجبة للرّضا". فوَصْفُ الشّيء في الفصل 45، أو ذات ووصف الشّخص في الفصل 46 أضيف إليها كلام يفيد أنّها علل غائيّة.

هذه الإضافة يمكن إتيانها بالنّسبة إلى بقيّة صور الفصل 45: فالذّات والنّوع باعثين أوّلا مطلوب وجودهما آخرا[582].

---

[581] ينبغي أن يشار إلى أنّ ما سيأتي سيكون مختلفا عمّا يوجد في الكتابات الفرنسيّة. وإليك نموذجان:
النموذج الأوّل ("بيتي" ("برونو")، والالتزامات- الغلط. الفصل 1110 (باللغة الفرنسيّة).
PETIT (Bruno), Contrats et obligations - Erreur, J.-cl. civ, Fasc unique, art. 111O.
يقسّم المادّة إلى:
القسم الأوّل: محلّ يسبّب الغلطObjet déterminant de l'erreur والمقصود الماهيةSubstance أو الأوصاف الأساسيّة (ثمّ المشكل: عند المتعاقد النموذجي/عند المتعاقد الواقعي) (الأمر هنا لا يهمّ طبيعة العقد: لا يبحث عنها بالنّظر إلى متعاقد نموذجي أو واقعي/الأمر لا يهمّ الذّات ولا وجود السّبب: هما واحد عند المتعاقد النّموذجي والواقعي).
القسم الثّاني: غلط مسبِّب Erreur déterminante أي غلط تعلّق بالأوصاف الأساسيّة:
عند المتعاقد الواقعي: هنا لو حصل غلط حول مساحة الأرض مثلا وكان النّقص يسيرا فالغلط غير حاسم (ينبغي أن يلاحظ هنا أنّه وللقول بأنّ الغلط غير حاسم تمّ تبديل المعيار ليصبح المتعاقد النّموذجي/لو تمّ البقاء مع المتعاقد الواقعي لقيل هو حاسم.
عند المتعاقد النّموذجي: هنالك ما هو حاسم عنده وما ليس حاسما (كما رأينا ما ليس حاسما عند النّموذجي قد يكون حاسما عند الواقعي).
بعبارة واحدة – وهذا سنراه لاحقا من خلال تناول مختلف لهذه المسائل - حين ننظر من زاوية المتعاقد الواقعي ليس ثمّ غلط حاسم وغير حاسم بل غلط إن ثبت وإن وقع التّمسّك به يبطل أو لا يبطل بحسب المحلّ الذي ينصبّ عليه.
النّموذج الثّاني ("فيفيان" ("جورج"، في الغلط الحاسم والأساسي (باللغة الفرنسيّة)، المجلّة الفصل يّة للقانون المدني، 1992، ص 305 وما بعدها. VIVIEN (Georges), De l'erreur déterminante et substantielle, Rev.trim.dt.civ, 1992, p. 305 et s.): ويقسّم المادّة إلى قسمين:
القسم الأوّل: الغلط المسبِّب Erreur déterminante أي غلط سبّب الرّضا (هنا نحن أمام مفعول الغلط).
القسم الثّاني (يهمّ موضوع الغلط): الغلط المسبِّب إن همّ أوصافا أساسيّة عند المتعاقد النّموذجي أو إذا همّ وصفا غير أساسي أقحم في العقد فهو يبطل وهو لا يبطل إن انصبّ على بواعث أخرى.
وهذه النّتيجة لن تختلف كثيرا عمّا سنصل إليه على مستوى الجوهر، لكنّنا سنقول بها في شكل نقدّر أنّه الأفضل.

[582] كنّا وجدنا في السابق (عدد 143 من هذا العمل) أنّه وفي اللغة يمكن سحب شرط الفصل 45 على الذات والنوع أيضا. ويمكن أن نضيف هنا أنّه وفي اللغة يمكن أن يسحب على الوصف لا غير. لكنّنا وفي السّابق

بل إنّ هذه الإضافة يمكن إتيانها بالنّسبة إلى كلّ صور الغلط المؤثّر على الالتزام.

أكثر من هذا، يمكن إتيان هذه الإضافة بالنّسبة إلى صور الغلط غير المؤثّر.

... وجميع ما سبق يعني أنّ الإضافة لا تضيف شيئا.

فإذا قيل إنّ العلّة الغائيّة هي لصور في الفصلين 45 و46 بقرار تشريعي، قيل إنّ هذا اصطلاح ويمكن أن يعارض باصطلاح آخر، ومن ثمّ لا فائدة فيه.

وفعلا إذا وجد قانون يتحدّث عن علّة غائيّة بالنّسبة إلى صور غلط أخرى ويقول إنّها مؤثّرة، سيقال إنّ ما جاء به اصطلاح ولا منفعة منه.

على هذا – وإذا أريد الإتيان بحقيقة ما جاء في م.ا.ع (وفي غيرها من القوانين التي تشبهها) – قيل إنّ الفصلين 45 و46 فيهما غلط. هذا الغلط ينصبّ على محلّ (ذات / نوع / وصف). فإذا قيل هذا الكلام وجب بعده السكوت، أي وجب أن لا يضاف إلى الحديث عن المحلّ حديث عن العلّة الغائيّة لأنّ المحلّ هو نفسه العلّة الغائيّة[583].

فإذا قيل إنّ أوصاف الشّيء تتعدّد فوجب الاحتراز بالقول إنّ الذي يؤثّر هو الذي كان علّة غائيّة، قيل إنّ هذا اصطلاح، وكلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره. هكذا ومرّة أخرى ينبغي القول بوجوب التّحدّث عن غلط في الأوصاف فحسب.

بعبارة أخرى، هنالك في التّشريع التّونسي (إلخ) غلط إن انصبّ على محالّ معيّنة أبطل (ذات، إلخ)، وإن انصبّ على محالّ أخرى (باعث، إلخ) لم يبطل:

والمحالّ الأولى علل غائيّة (أسباب غائيّة). فإذا قيل هنا الغلط حاسم، يكون قد قيل إنّ الغلط الذي محلّه سبب هو حاسم، أي هو سبب ! وإذا قيل إنّ المقصود هو كون الغلط محلّه سبب هامّ في نظر المتعاقد (أو في نظر

وجدنا أنّ إرادة المشرع ذهبت لوضع الشّرط على الصّورة الثّالثة لا غير (يمكن أن نلاحظ هنا أنّ الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المنقول عن الفصل 45 م.ا.ع كان واضحا في ترجمة هذه الإرادة حين قال: "يخوّل الغلط الإبطال إذا وقع في ذات الشّيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السّبب الدّافع إلى التّعاقد". بل يمكن أن نلاحظ أنّ الفصل 45 نفسه في صياغته الفرنسيّة كان واضحا في ترجمة تلك الإرادة).

[583] قد يقال إن الذات والنوع علل غائيّة بطبعها ولذلك لم يضف النّص إليها وجوب أن تكون عللا. لكن لنتذكّر ما وصلنا إليه في الفصل السّابق من أنّنا أمام صورة واحدة.

المشرّع)، قيل إنّ وصف السّبب بكونه حاسما لا يضيف شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه ذلك السّبب مبطل.

أمّا المحالّ الثّانية فهي بدورها علل غائيّة. فإذا قيل هنا الغلط غير حاسم، يكون قد قيل إنّ الغلط الذي محلّه سبب هو ليس حاسما، أي هو ليس سببا ! وإذا قيل إنّ المقصود هو كون الغلط محلّه سبب غير هامّ في نظر المتعاقد (أو في نظر المشرّع)، قيل إنّ وصف السّبب بكونه غير حاسم لا يضيف شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه ذلك السّبب غير مبطل.

◄ فإذا انتقلنا إلى العلّة الفاعلة، أمكن الانطلاق من الفصلين 43 و44. والنّص الأوّل يهمّ صور الغلط التي توجب بطلانا (بالتّحديد: البطلان النّسبي كما سيتبيّن ذلك في الجزء الثّاني من هذا العمل). ونفس القول يحقّ في شأن النّص الثّاني[584]. ويفهم من هذا أنّ الغلط مشروط وأنّ العلّة الفاعلة شرط[585].

والسّؤال هل قصد المشرّع أن يكون الشّرط للغلط في القانون الوارد بالفصل 44، أم للغلط في القانون المؤثّر، أم لكلّ غلط في القانون، أم للغلط في الواقع المؤثّر، أم لكلّ غلط في الواقع؟

فإذا قيل إنّه قصد الصّورة الأولى، قيل إنّ الغلط في بقيّة الصّور علّة فاعلة بدوره.

فإذا قيل إنّه وفي الصّورة الأولى (أو في غيرها) ثمّ اصطلاح على أنّنا أمام علّة فاعلة، قيل إنّ كلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره ومن ثمّ لا فائدة منه.

يخلص من كلّ ما سبق أن بالإمكان أن نتحدّث عن الغلط ونشير إلى محلّه ثم نقول إنّه مؤثّر أو غير مؤثّر ثمّ لا نزيد على هذا لا حديثا عن علّة فاعلة ولا عن علّة غائيّة. بعبارة أخرى، يمكن القول إنّه ليس ثمّ صور ومعها علّة بل ثمّ صور لا غير.

على هذا، تكون طريقة تناول الغلط في م.ا.ع معيبة (عدم إتقان). ويمكن القول على مستوى العلّة الفاعلة[586] وعلى مستوى العلّة الغائيّة[587] إنّنا أمام مستورد[588].

---

[584] انظر عدد 124.

[585] قد نفكّر في أننا أمام تفسير. لكن الواجب أن نعود في هذا حين نلاحظ أن "مغتفر" ورد في تركيبة مماثلة في الفصل 44، وفي أنّه – أي "مغتفر"- ينظر إليه كشرط (الحاشية الجانبيّة للفصل 53 من المشروع المُرَاجع [يقابله 48 م.ا.ع]).

[586] كل الجملة الواردة بـ: 44 والتي فيها العلّة الفاعلة جيء بها لأمر وجد في القانون الفرنسي (انظر عدد 130

فإذا أخذنا الفقه، قلنا إنّنا لا نعلم فيه من تناول صورة للغلط وبجانبها العلّة الفاعلة بوصفها شرطا. هكذا تكون م.ا.ع قد تركت الفقه وهو الأكثر إتقانا، وجاءت بما هو ضدّ للإصلاح.

أي هكذا، ومرّة أخرى، يجتمع في م.ا.ع عدم الإتقان وعدم الإصلاح لتكون المحصّلة عدم الإحكام.

وإذا واصلنا مع الفقه وجدنا فيه خيار الوصف الذي يثبت بشرط[589]. ونحن بعيدون هنا عن تناول المادّة على أنّها صورة وشرط. فالفقه إذن متقن على مستوى المنهجيّة أو الصّناعة التّشريعيّة وم.ا.ع تركته لغير متقن. بفعلها هذا تكون مجسّدة لعدم الإحكام (وضع غير متقن زائد ترك متقن أي فعل ما هو إفساد). والمجلّة تجسّد نفس الفكرة على مستوى آخر. ففي الفصل 45 ثمّ صورة ومعها شرط. أمّا في الفصل 647 ف 2 فثمّ ما يبدو أنّ معناه هو ما جاء بالفقه الإسلامي (خيار وصف يثبت بشرط). بهذا تكون المجلّة قد تناولت نفس المادّة بطريقتين مختلفتين.

◄ ويمكن أن نضيف إلى ما سبق أنّ م.ا.ع تربط بين العلّة الغائيّة والعلّة الفاعلة. للتّدليل على هذا يتّجه استحضار أمرين:

أوّلهما أنّ الفصل 43 قال إنّ:" الرّضا الصّادر عن غلط ... يقبل الإبطال". هذا القول يعني أنّ "الغلط هو علّة فاعلة وهو يبطل".

وثانيهما أنّ الفصل 43 – منظورا إليه في سياقه أي مع الفصول 45 و46 (و44) – يقول إنّ: "الرّضا الصّادر عن غلط في الشّيء أو في الشّخص يمكن أن يبطل". هذا القول يعني أنّ "الغلط الذي محلّه علل غائيّة بعينها هو

من هذا العمل). فإذا أخذنا 43 أمكننا القول انه نقل لـ: 1109 م.م.ف (انظر إلى الحاشية التحتية للفصل 47 من المشروع المُرَاجع).

[587] انظر إلى 1110 وهو يتحدث عن الشّخص (صورة وعلة). لكن انظره أيضا وهو يتحدث عن ماهية (صورة). وانظر أيضا ما سيجيء بالهامش الموالي من كون أصحاب م م ف كانوا يتحدثون عن غلط يجب أن يكون محله علة غائية.

[588] انظر إلى فقه فرنسي معاصر يعرض الغلط بالطريقة التالية: ميدان (إذن صور) - شروط (من ضمنها: علة وحين نقرا نجد أن الحديث هو عن العلّة الفاعلة [الغلط سبب العمل القانوني] وعن العلّة الغائية [غلط محله السّبب]، كما نجد أن هذا المعنى مأخوذ من الأعمال التحضيرية لـ: م م ف. وينبغي أن نلاحظ أن المؤلفين يعطون تلك المعاني للجملة التالية: الغلط الحاسم erreur déterminante]. "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") وشاباس، مرجع سابق (باللغة الفرنسية) عدد 170 وما بعده.

[589] خيار الوصف قسمان: ما يثبت بشرط (وصف لم يتوفر مند البدء) وما يثبت بغير شرط (وصف توفر وقت الإبرام ثم زال وقت التسليم) انظر: حيدر (علي)، مرجع سابق، ج1، ص 305 إلى 308.

علّة فاعلة وهو يبطل". والمعنى هنا سياقي وسنأخذ به لأنّه لا وجود لنيّة على خلافه.

والسّؤال، حين نقف أمام هذا المعنى المستخرج من الجوّ التّعبيري، هل أنّ عكس هذا الغلط هو بخلافه، أي هل أنّ الغلط الذي محلّه علل غائيّة أخرى هو ليس علّة فاعلة وليس مبطلا ؟

إذا نظرنا إلى مادّة التّغرير وجدنا فيها حديثا عن نوعين: واحدٌ ما كان ليُتعاقد بدونه، أي هو علّة فاعلة؛ وثان كان سيُتعاقد بدونه ولكن بشروط أخرى، أي هو ليس علّة فاعلة لأصل التّعاقد. والتّغرير الأوّل يُقصد به ما أحدث غلطا محلّه علل معيّنة، أمّا التّغرير الثّاني فيُقصد به ما أحدث غلطا محلّه علل أخرى[590]. على هذا يكون ثمّ ربط بين علل غائيّة وكون الغلط علّة فاعلة (وهذا وجدناه أعلاه في مادّة الغلط) وثمّ أيضا ربط بين علل غائيّة أخرى وكون الغلط ليس علّة فاعلة (وهذا ما تساءلنا عنه أعلاه في مادّة الغلط).

فإذا تذكّرنا أنّ الغلط جاء مع التّغرير في الفصل 43 في نفس الجملة، وأنّ سياق ذاك هو مثل سياق هذا، أمكن القول إنّ في الغلط التّلقائي أيضا ربطا بين علل غائيّة معيّنة وكون الغلط ليس علّة فاعلة[591].

والحاصل ممّا جاء أعلاه أنّ م.ا.ع تعدّ الغلط الذي محلّه علل معيّنة غلطا توفّر فيه شرط وهو كونه علّة فاعلة، والغلط الذي محلّه علل أخرى لم يتوفّر فيه هذا الشّرط.

وكما رأينا يمكن نقاش هذا بالقول إنّه اصطلاح وكلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره.

◄ وقد يحتجّ على النّتيجة المتوصّل إليها أعلاه بالانطلاق من الصّورة التّالية: ظنّ أنّه يشتري من (أ) فاشترى من (ب)، وظنّ أنّ الشّيء المشتَرى له الوصف (1) فإذا به له الوصف (2). وإنّ الذي همّه وصف الشّيء لا ذات الشّخص. وعلى هذا فغلطه في الشّخص لم يكن حاسما، أمّا في الشّيء فنعم. وينجرّ عمّا جاء للتّوّ أنّ هناك غلط في الشّخص حاسم، وغلط في الشّخص غير حاسم (وقس على هذا الغلط في الشّيء، إلخ). ومن يتمعّن في هذا الكلام يجده

---

[590] انظر عدد 220 وما بعده.

[591] علينا أن نضيف مسالة البطلان هنا، فالغلط أو التغرير الذي هو علة فاعلة مبطل. والغلط هنا محله علل غائية جاءت في السياق (رأينا في مادة الغلط الشّيء والشّخص وسنرى لاحقا ما تفرزه مادة التغرير). لكن هنالك علل غائية أخرى (صورة الغلط في طبيعة العقد إلخ)، وهذه ومن باب أولى مرتبطة بالعلّة الفاعلة.

غير مقبول. وفعلاً، فالغلط في الشّخص في صورتنا لن يبطل لا لأنّه غير حاسم بل لأنّ الواقع فيه لن يتمسّك به لقبوله إيّاه (نحن أمام إمضاء على معنى الفصلين 337 و338 م.ا.ع)؛ ولو فعل، لوجدت المحكمة نفسها أمام حلّين: إمّا الإبطال لأنّ الغلط ثبت لا لأنّه حاسم، وإمّا عدم الإبطال لأنّ الغلط لم يثبت لا لأنّه غير حاسم. ويترتّب عن هذا التّحليل أنّ صور الغلط التي قرّر المشرّع فيها الإبطال (صورة الفصل 45 – إلخ) ليس فيها ما هو حاسم وما هو غير حاسم. والسّبب أنّه ليس ثمّ من الأصل "شرط حاسم".

والحاصل:

- ممّا جاء الآن أنّ الغلط المبطل لا يمكن أن نقول داخله إن ثمّ منه ما هو علّة للرّضا وثمّ منه ما ليس كذلك (مثلا اشترى سيّارة وارتكب غلطا في سلامة محرّكها وهذا علّة أو هذا حاسم+ ارتكب غلطا في لونها أو في وصف من أوصاف صاحبها وهذا ليس حاسما). والسّبب أنّ الذي ليس علّة لا يُتمسّك به (مثلا في صورتنا: لون السّيّارة أو وصف صاحبها). فإذا تُمُسِّك بغلط (ظُنّ أنّ السّيّارة حمراء، أو ظُنّ أنّ صاحبها متزوّج، إلخ.)، فلا نستطيع أن نقول إنّ هذا الغلط ليس علّة، بل فقط إنّه ثابت أو ليس بثابت.

- ممّا جاء قبل الآن أنّ جميع صور الغلط محلّها علل غائيّة؛ وأنّ كلّ صورة من هذا الجميع (أيّا كانت العلّة الغائيّة التي هي محلّ له) قد تكون علّة فاعلة لأصل وجود العقد. وفعلا فإنّ الواقع ينبئ أنّ من أراد منزلا فاشترى آخر كان غلطه (محلّه علّة غائيّة هي: ذات الشّيء) علّة فاعلة لأصل وجود عقد شراء هذا المنزل الآخر. كما أنّ الواقع ينبئ أنّ من ظنّ أنّه نقل من عمله إلى مدينة أخرى فاشترى بها منزلا كان غلطه (محلّه علّة غائيّة هي: الباعث) علّة فاعلة لأصل وجود عقد شراء هذا المنزل. وعلى هذا، فالقول عن غلط ينصبّ على محالّ معيّنة إنّه هو العلّة الفاعلة لأصل وجود العقد والقول عن غيره الذي ينصبّ على محالّ أخرى إنّه ليس العلّة هو قول يجافي الواقع. فإذا جئ بهذا القول لا على أنّه واقع بل على أنّه اصطلاح، قيل إنّ كلّ اصطلاح يمكن أن يعارض باصطلاح يخالفه ومن ثمّ لا منفعة من ورائه.

158. يخلص ممّا سبق هذه المحصّلة أنّ الحديث في الشّيء وفي الشّخص وعموما في كلّ صور الغلط في الواقع (أحدثه أم لم يحدثه غلط في

القانون) هو بعدُ حديث عن العلّة، أي أنّ ذاك يغني عن هذا[592].

لكن يخلص من هذه المحصّلة أنّ الحديث عن العلّة يحيل إلى الحديث عن شرط مغتفر. بل لعلّنا وقبل العلّة تحدّثنا بعدُ عن هذا الشّرط، أي لعلّ السّابق للعلّة قد أغنى بعدُ عن اللاّحق لها.

القسم الثّاني: الإحكام في شرط "مغتفر"

159. يعرف الفقه الإسلامي ما يسمّى بخيار الرّؤية، وهو إطار يمكن الحديث فيه عمّا هو مغتفر. لكنّ هذا الحديث يمكن أن يؤتى في إطار أعمّ. لذا سننظر في علاقة الإحكام (وجوده/ انعدامه) بشرط "مغتفر" في هذا الإطار العامّ، ثمّ في علاقته به في ذلك الإطار الخاص، أي سننظر إلى الإحكام في الإطار الأوّل (§1)ثمّ في الإطار الثّاني (§2).

§1 الإحكام في الشّرط في إطار عامّ

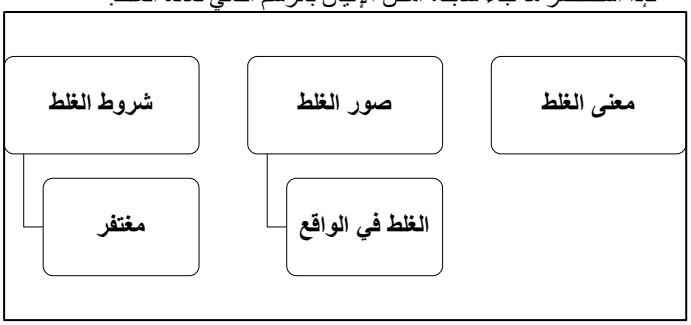
ينبغي البحث في الشّرط بصفة نظريّة وتحليله، فإذا انتهي ممّا سبق أمكن النّظر إلى المواقف المتّخذة منه. لذا سنبحث أوّلا في عين الشّرط (أ)، وبعد ذلك في المواقف من الشّرط (ب).

(أ) عين الشّرط

160. يمكن الفصل بين وصف الشّيء والشّخص من جهة، وبقيّة الصّور من جهة أخرى:

161. * فإذا بدأنا بالشّيء – والشّخص يلحق به، لكنّنا لن نصرّح بذكره

[592] فإذا استحضر ما جاء سابقا، أمكن الإتيان بالرّسم التّالي لمادّة الغلط:



لكي تبقى التّحاليل بسيطة – أمكن، بوحي من الفقه الإسلامي[593]، أن نفرّق بين تعاقد عليه وهو حاضر، وتعاقد عليه وهو غائب:

** والحاضر قد يكون وصفه ممّا يُدرك بالمشاهدة، وقد يكون ممّا لا يدرك بذلك:

*** ومثال الأوّل، بعد أن يوجّه نحو الغاية التي نريد أن نبلغها، أن يقف شخص أمام قلم أحمر، ويقول أريد هذا القلم الأحمر، وهو يقصد أن يشتري قلما أبيض. فهنا نحن أمام تعبير (أريد هذا القلم الأحمر: في اصطلاح الفقهاء هذه هي التّسمية)، ونيّة تخالف التّعبير (أراد شراء الأبيض: الإشارة في المثال حصلت للقلم الأحمر. لكن عند الفقهاء الإشارة فيما يخصّ الوصف الذي يُدرك تعبير صريح عن النّيّة)، وواقع (القلم الحاضر هو أحمر) يوافق التّعبير ويخالف النّيّة.

*** ومثال الثّاني، بعد أن نفعل به ما فعلنا بالأوّل، أن يقف شخص أمام زجاج، ويقول أريد هذه الياقوتة، وهو يقصد فعلا ياقوتة. فهنا نحن أمام: تعبير (أريد ياقوتا: هذه هي التّسمية)، ونيّة موافقة للتّعبير (نوى شراء ياقوتة: الإشارة في المثال حصلت للزّجاج، لكن لأنّ الوصف لا يُدرَك فالتّسمية عند الفقهاء هنا هي التّعبير الصّريح عن النّيّة)، وواقع (زجاج) مخالف لهما.

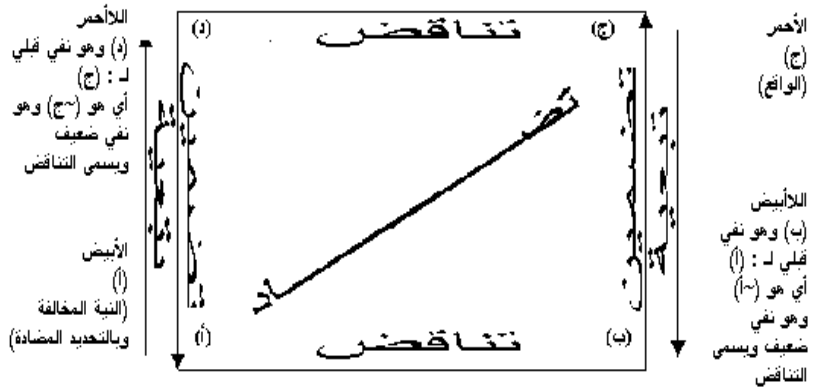
** أمّا الغائب فهو مثل الحاضر الذي لا يدرك.

162. * فإذا مررنا إلى طبيعة العقد، وإلى وجود ووصف السّبب، وإلى الباعث، وإلى القيمة (ينبغي استثناء الحساب هنا)، أمكن القول إنّها مثل الغائب، ومن ثمّ مثل الحاضر مع وصف لا يدرك.

والمحصّلة التي نريدها ممّا تقدّم أن ثمّ بنية هي التّالية: واقع، زائد نيّة مخالفة.

163. وينبغي أن نعرض هذه البنية في رسم:

[593] انظر إلى: الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ/1998 م، ج 1، ص 476 وما بعدها. وانظر إلى سيجيء بـ: عدد 175 من هذا العمل.



- وإنّنا وفي هذا الرّسم انطلقنا من (أ) ووضعنا نفيا قبله، لنصل إلى نقيضه وهو (ب).

- ثمّ انطلقنا من (ج) ووضعنا نفيا قبله لنصل إلى نقيضه وهو (د).

- وإنّنا، حين نتثبّت في (أ)، نجده داخلا في (د)، أي أنّ (أ) تابع لـ: (د)، و(د) يتضمّن (أ).

- كما أنّنا، حين نتثبّت في (ج)، نجده، داخلا في (ب)، أي أنّ (ج) تابع لـ (ب)، و(ب) يتضمّن (ج).

- ثمّ إنّنا حين ننظر إلى (أ) و (ج) نجدهما لا يمكن أن يكونا صحيحين، لكن يمكن أن يكونا خاطئين، ممّا يعني أنّهما متضادّان، أي أنّ هنالك عدم تلاؤم بينهما، بعبارة أخرى: إن وجدنا أحدهما صحيحا، فهذا يعني أنّ الآخر خاطئ[594].

---

[594] ينبغي هنا أن نأتي بملاحظتين:
أولاهما أنّ تعرّضنا هنا للمنطق هو تتمّة لما أوردناه في إطار تعريف الغلط.
ثانيتهما أنّنا تعرّضنا في المتن إلى ثلاثة أنواع من العلائق: وهي التّناقض والتّضادّ والتّضمّن، وإليك تعريفها عند المناطقة:

1- فأمّا التّناقض فيكون بين شيئين لا يكونا صحيحين معا (لا نكون أمام أبيض ولا أبيض في نفس الوقت)، ولا خاطئين معا (لا يمكن أن لا نكون لا أمام أبيض ولا أمام لا أبيض). ومن هنا تأتي قاعدة الاستدلال أنّه ومتى كنّا أمام متناقضين ووجدنا أحدهما صحيحا فهذا يعني أنّ الآخر خاطئ، ومتى وجدنا أحدهما خاطئا فهذا يعني أنّ الآخر صحيح.

2- وأمّا التّضادّ، فكما قيل أعلاه، يكون بين شيئين لا يمكن أن يكونا صحيحين معا (لا نكون أمام أبيض وأحمر في نفس الوقت)، ولكن يمكن أن يكونا خاطئين معا (نحن أمام أخضر، إذن ليس ثمّ لا أبيض ولا أحمر). ومن هنا تأتي قاعدة الاستدلال أنّه ومتى وجدنا أحدهما صحيحا، فيمكن أن نستنتج من ذلك أنّ الآخر خاطئ.

3- وأمّا التّضمين فيكون بين شيئين [(ب) و (ج)] في مثالنا. فإذا كان (ب) صحيحا و (ج) صحيحا، فالقول إنّ (أ) يتضمّن (ج) صحيح، وإن كان (ب) صحيحا و (ج) خاطئا، فالقول إنّ (ب) يتضمّن

وما سبق يمكّن من تحديد أكبر لبنيتنا لتصير: واقع، زائد نيّة مضادّة.

164. بعبارة أخرى أريد أثر ما (الأبيض)، لكن الواقع يمثّل إلغاء لهذه الإرادة:

(ج) خاطئ، وإن كان (ب) خاطئا و (ج) صحيحا فالقول إنّ (أ) يتضمّن (ج) صحيح، وإن كان كلاهما خاطئا، فالقول إنّ (ب) يتضمّن (ج) صحيح.

وإليك الآن جدول هذه العلائق، بحسب تركيبات الصّحّة والخطأ الممكنة:

التّناقض:

(1)	**ص**	**ص**	**خ**	**خ**
(2)	**ص**	**خ**	**ص**	**خ**
(1) يناقض (2)	**خ**	**ص**	**ص**	**خ**

التّضادّ:

(1)	**ص**	**ص**	**خ**	**خ**
(2)	**ص**	**خ**	**ص**	**خ**
(1) ضدّ لـ (2)	**خ**	**ص**	**ص**	**ص**

التّضمين:

(1)	**ص**	**ص**	**خ**	**خ**
(2)	**ص**	**خ**	**ص**	**خ**
(1) يتضمّن (2)	**ص**	**خ**	**ص**	**ص**

بعبارة أخرى وإذا أردنا أن نبسّط الرّسوم قلنا:

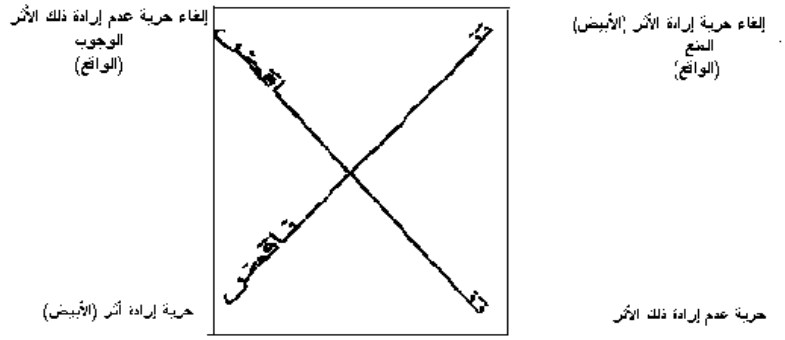
تناقض	**تضاد**	**تبعيّة**
-	**-**	**ص ص**
ص خ	**ص خ**	**-**
خ ص	**خ ص**	**خ ص**
-	**خ خ**	**خ خ**
مراوحة	**عدم تلاؤم**	**تضمين**

أو قلنا:

تناقض / مراوحة	**تضاد / عدم تلاؤم**	**تبعيّة / تضمين**
0	**0**	**1**
1	**1**	**0**
1	**1**	**1**
0	**1**	**1**

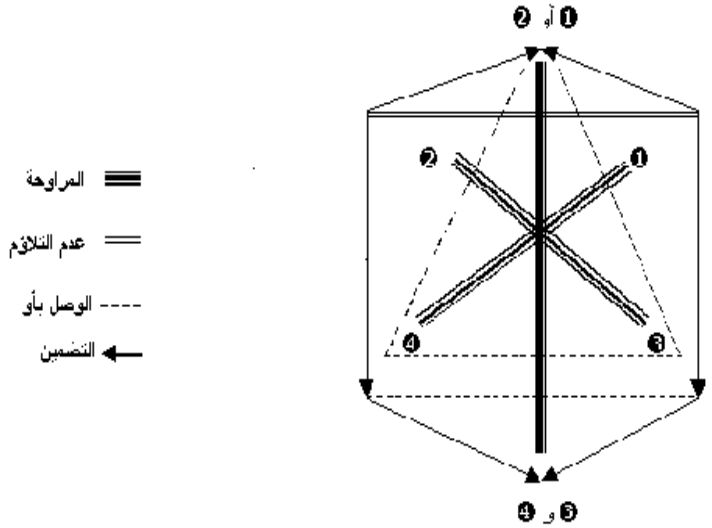
انظر حول ما سبق:

- "بلانشي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة) في أماكن متعدّدة من الكتاب وخاصّة ص 28.
- "رور"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة) في أماكن متعدّدة من الكتاب ومنها ص 44.
- "جاردي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، ص53 وما بعدها.



فإذا كان هذا الواقع (أو إذا كان ما أسمي في الرّسم[595] إلغاء لحرّيّة إرادة الأثر، أو إلغاء لحرّيّة عدم إرادة ذلك الأثر) معلوما من الضّحيّة فنحن أمام إكراه (إلخ)، وإذا كان غير معلوم فنحن أمام غلط[596]: أي أنّ الواقع له أثر،

[595] انظر إلى هذا الرّسم الخاصّ بالحرّيّة والمنع والوجوب والذي أدخلنا عليه مسألة الأثر:
"جاردي"، مرجع سابق، ص 56، وتفصيل الرّسم عنده يتمثّل فيما يلي:



[596] هنالك حالات تنعدم فيها إرادة التّعبير إمّا حقيقة (الصّبي غير المميّز- المجنون) وإمّا حكما (النّائم - المغمى عليه - السّكران - إلخ)، وهنالك حالات تحضر فيها إرادة التعبير وتغيب إرادة الأثر. فإذا كنّا أمام علم بغياب إرادة الأثر كنّا أمام تعبير حكائي (التّمثيل إلخ) أو أمام تحفّظ ذهني (الفصل 25 م.ا.ع) أو أمام صوريّة

ولكنّ هذا الأثر لم يُرَد بل الذي أريد أثرٌ مضادّ.

وما سبق يزيد من تدقيق البنية التي صارت الآن: واقع له أثر، زائد نيّة على أثر مضادّ.

165. فإذا حصل هذا التّدقيق، صار بالإمكان القول إنّ المدّعي في قضيّة إبطال لأجل غلط يأتي ليقول: ثمّ واقع له أثر ما وأنا لا أعلم به، أو ليقول ثمّ واقع ليس له أثر ما وأنا لا أعلمه. وإنّي أردت أثرا هو ضدّ لذلك الواقع، أي أنّ لي نيّة مضادّة.

ومعلوم أنّ عدم العلم – تماما كالعلم – يخفى فلا يعرف إلاّ بغيره وهو العبارة عنه.

ومعلوم أيضا أنّ النّيّة تخفى فلا تعرف إلاّ بغيرها وهو العبارة عنها. وهذه العبارة قد تكون لفظا (شفويّا) وقد تكون غير لفظ، وغير اللفظ قد يكون كتابة، وقد يكون إشارة، وقد يكون أيّ أمر غير ما سبق كالأفعال والتّعاطي والسّكوت[597].

وينبغي تدقيق المقصود بالعبارة عن النّيّة. وينبغي لأجل ذلك الرّجوع إلى ما قاله "ريناخ" Reinach (ومن ثمّ إلى ما قالته "الفينومينولوجيا"). فإذا حصل هذا الرّجوع أمكن الخروج من أقواله، التي لم تهمّ مباشرة ما نحن بصدده، أنّ العبارة ليست تجربة داخليّة خالصة ولا هي عمل خارجي خالص. وهذه الواقعة الاجتماعيّة (العبارة) لا يمكن عدّها أيضا تمظهرا لتجربة داخليّة يمكن أن توجد بمعزل عن ذلك التّمظهر. فالنّيّة مرتبطة بالتّمظهر باعتبار أنّ التّجارب البسيكولوجيّة للآخر لا يمكن إدراكها إلاّ على أساس فيزيائي[598].

(الفصل 26 م.ا.ع) أو أمام هزل أو سمعة أو فخر (الفصل 18 م.ا.ع)، أو أمام إكراه وضغط أو اضطرار. أمّا إذا كنّا أمام عدم علم بغياب إرادة الأثر فنحن أمام غلط (انظر: سوار (محمد وحيد الدين)، التّعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 370 وما بعدها، وانظر عدد 1 من هذا العمل).

[597] إنّ هذا التّقسيم هو لـ: سوار (محمّد وحيد الدّين)، مرجع سابق، ص 206 وما بعدها.

[598] إنّ عمل "ريناخ" همّ العمل القانوني. انظره عند: "جاردي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، ص 174 وما بعدها. هذا وإنّه قد سبق أن وجدنا [لابي" (بول)، مرجع سابق، (باللغة الفرنسية)، ص 132] من يقول: "لا نقرأ مباشرة في السّرائر، بل نكتشف النّوايا من خلال علاماتها الخارجيّة". "Nous ne lisons pas directement dans les consciences: c'est d'après leurs signes extérieurs que nous devinons les intentions".

قرّب من: السّيستاني (السّيّد علي الحسيني)، مرجع سابق، ص 37: " إنّ هناك مسلكين في علاقة اللفظ بالمعنى الانشائي، فمسلك السّيّد الاستاذ الخوئي (قده) مسلك الحكاية والإبراز أي أنّ اللفظ حاك عن المعنى الانشائي ومبرز له، ومسلك المشهور أنّ علاقة اللفظ بالمعنى الانشائي علاقة الإيجاد فاللفظ موجد للمعنى لا

يخلص ممّا سبق أنّ النّيّة لا يكون لها أثر إلاّ متى وصلت بطريقة أو بأخرى إلى إدراك الآخر. وهذا الآخر (في المادّة التي نحن بصددها) هو القاضي لأنّه هو الذي يقول أمامه المدّعي إنّي لم أعلم بالواقع (لم أعلم بأنّ له أثرا ما أو لم أعلم بأن ليس له أثرا ما)، وإنّ ما نويته ضدّ لذلك الواقع. فالقاضي

حاك عنه". انظره أيضا في ص 150 و151: " إنّ الفارق الجوهري بين كثرة التّقارن الحسّي بين أمرين وبين كثرة الحمل: أنّ الأوّل لا يذيب الاثنينيّة بين الطّرفين ولا يزيل الفواصل الغيريّة عنهما وإن أوجب تلازمهما وسببيّة أحدهما لحضور الآخر، أمّا كثرة الحمل فإنّها تمحو الفواصل والاثنينيّة بين الموضوع والمحمول وتلبس أحدهما لباس الآخر بحيث تتحقّق علاقة الهوهويّة (كلمة مركّبة من «هو هو» معناها أنّ المحمول عين الموضوع) والاتّحاد بينهما. إذن فعامل الحمل - أي حمل اللفظ على المعنى - سواء في جانبه الكمّي وهو الكثرة أم في جانبه الكيفي وهو انضمام المثيرات والأساليب الدّعائيّة والإعلامية المختلفة يوجب رسوخ العلاقة بين اللفظ والمعنى، بحيث يصبح اللفظ وجهاً للمعنى وتندمج صورته في صورة المعنى ذهناً، نظير حمل الكرم بألفاظه وقصصه وإيجابياته على حاتم فإنه يؤدي بالنّتيجة لاكتساب اللفظ ماهية اعتباريّة وهي ماهية الكرم مضافاً لماهيته التكوينية. فالخلاصة: أن كثرة حمل اللفظ على المعنى مع مساهمة بعض العوامل الأخرى أدت لحصول الهوهوية والاندماج بين صورتي اللفظ والمعنى، فصار اللفظ وجهاً للمعنى فانياً فيه والمعنى تتجلى صورته من نفس صورة اللفظ". وانظره كذلك في ص 152 وما بعدها حيث يعرض "الشّواهد الدّالة على كون العلاقة الوضعيّة هي علاقة الهوهويّة والاتّحاد بين اللفظ والمعنى، وهي خمسة شواهد... الشاهد الثاني: ويتضمن أمرين: أ- إنّ حركة الذّهن على لونين: 1 - حركة الاستنتاج. 2 - حركة الاستمتاع والاستذكار. فأمّا حركة الاستنتاج فهى حركة تصديقية تستتبع جزماً واعتقاداً، لأنها انتقال من المقدمات للنتائج كحل المسائل الرياضية او القانونية وشبهها، وهذه الحركة كما ذكر الفلاسفة تتضمن ثلاثة انتقالات: 1 - انتقالاً نحو المعلوم. 2 - انتقالاً بين المعلومات. 3 - انتقالاً من المعلوم للمجهول. وقد ذكر ابن سينا والمحقق الطوسي في شرح الإشارات أن هذه الانتقالات الذهنية تكون بألفاظ ذهنية، والسر في ذلك أن هذه الحركة لما كانت تصديقية تستتبع إذعاناً أو رفضاً أو تشكيكاً من النفس فلابد من صياغتها على شكل قضايا تعرض على النفس لتحدد موقفها تجاهها، إذ العلم التصديقي لا يتعلق بالتصورات الإفرادية وإنما يتعلق بالتصورات الإسنادية، إذن فحركة الاستنتاج والاستدلال والانتقال من المعلوم للمجهول تتقوم بقيام الذهن بصياغة المعاني المعلومة على شكل القضايا المرتبة المؤطرة باطار احد الأشكال الأربعة للقياس المنطقي. وهذا هو معنى كون الانتقالات الذهنية تتم بألفاظ ذهنية كما ذكر المحقق الطوسي. وأما حركة الاستذكار فهي كمن يقوم باستعراض ذكريات طفولته في ذهنه من أجل التألم أو التمتع وكمن يقوم بمشاهدة لوحة فنية زاهية لأجل الاستمتاع فإن هذه الحركة لا تحتاج لاستخدام ألفاظ ذهنية معها، لأنها حركة تصورية لا تستتبع إذعاناً من النفس فلا حاجة لصياغتها من قبل النفس في شكل القضايا الإسنادية.

ب - إن الحركة الذهنية الاستدلالية المتقومة بالألفاظ الذهنية لا يمكن أن يكون دور اللفظ فيها دور السّبب المستلزم لمسببه بل دور الهوهوية والاتحاد، وذلك لأنه لو كانت هذه الألفاظ الذهنية سبباً في إخطار المعاني المعلومة المعدة للاستنتاج لاستغنى عنها بعد حضور المعاني وتمت الانتقالات بعد ذلك بين المعاني نفسها بدون الألفاظ، إذ الهدف من خطور اللفظ سببيته لخطور المعنى فلا حاجة له بعد حضور المعنى، مع أن هذه الانتقالات لا يمكن تحققها بدون الألفاظ. فلا محالة يكون علاقة اللفظ هنا بالمعنى المعلوم علاقة الهوهوية والاتحاد، والا فإن علاقة السّببية بين اللفظ والمعنى لو كانت موجودة في هذه الصورة أيضاً مع خطور المعاني وحضورها في الذهن وعدم حاجتها للألفاظ فهي من باب تحصيل الحاصل وهو محال، إذ الغاية من تصورها هو تصور المعاني والمفروض أن المعاني متصورة حاضرة، فلابد أن تكون علاقة اللفظ بهذه المعاني المعلومة علاقة الهوهوية والاتحاد التي لا تتأثر بحضور المعاني وخطورها.". قرّب من ص 275 و276:"والاعتبار عمل إبداعي تقوم به النفس بمقتضى خلاقيتها الفعالة، وله أقسام ثلاثة: 1 - الاعتبار اللفظي: وهو الاعتبار المتقوم بالصياغة اللفظية، بحيث لا تترتب عليه آثاره الفردية والاجتماعية بمجرد إبداعه النفسي بل لا بد في ترتب الآثار عليه من إبرازه بمبرز معين، وينقسم لنوعين: أ - الاعتبار الراجع لإعطاء حد شيء لشيء آخر بهدف التأثير في أحاسيس الآخرين كقولنا زيد أسد، ويسمى بالاعتبار الأدبي. ب - الاعتبار الراجع إلى صنع القرار الموافق للمصلحة العامة المؤثر في سلوك الآخرين فعلاً وتركاً، وهو المسمى بالاعتبار القانوني كالأحكام التكليفية والوضعية... ".

إذن هو من "سيتلمّس" عبارة تنبئ عن عدم علم المدّعي، وعن نيّته المضادّة. وهذه العبارة، كما تقدّم، قد تكون حالا، أو مقالا. فقد يقول أعمى إنّي لم أعلم أنّ القلم الذي اشتريته أحمر. فحاله المتمثّلة في كونه غير ذي بصر قد تعدّ عبارة عن عدم علمه. وقد يأتي من لا يفهم في الأحجار النّفيسة، ويقول لم أعلم أنّ ما اشتريته زجاج ويقول إنّ نيّتي انصرفت إلى غير الزّجاج. فحاله المتمثّلة في كونه غير ذي بصيرة (مع الثّمن المرتفع، إلخ) قد تؤخذ على أنّها عبارة عن وجود عدم العلم بالزّجاج، وعن وجود نيّة على شراء الياقوت. وقد نكون أمام شخص يفهم في تلك الأحجار، ويأتي ليقول ما سبق، وقد نجد في حاله المتمثّلة في كونه لم تعرف له كذبة، أو المتمثّلة في تديّنه ما قد نعدّه عبارة على وجود ما ادّعاه. وقد لا يعرف عنه ما سبق ولكنّه يأتي ويقسم على أنّه لم يعلم، وأنّه نوى غير ما وجد في الواقع. وقد نعتبر يمينه، أي مقاله عبارة عن عدم العلم وعن النّيّة.

166. وما جاء للتّوّ يوضّح أكثر بنيتنا:

فهنالك واقع له أثر ما، وهنالك ادّعاء عدم العلم، مع ادّعاء وجود نيّة هي ضدّ للأثر.

وهذان الادّعاءان قد لا توجد عبارة عنهما، وقد توجد.

فإذا لم توجد، فهذا يعني أن ليس ثمّ حتى ذلكما الادّعاءين.

أمّا إذا وجدت العبارة، فقد تتمثّل في مقال (مجرّد الادّعاء مقال - اليمين مقال - إلخ)، أو في حال.

بعبارة أخرى لدينا: واقع له أثر ما زائد عدم علم به، مع نيّة مضادّة له زائد حال أو مقال قد يؤخذ وقد لا يؤخذ على أنّه قرينة على عدم العلم والنّيّة المضادّة.

167. والحال هو ما جاء في الفصل 48 (المقصود بالحال هنا = ظروف الأحوال وسنّ القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى). ولقد طلب النّصّ من القاضي أن يراعي الحال، أي أن يصغي ويستمع إليه[599]، وذلك لكي يأخذه أو

[599] من معاني راعى في اللغة أصغى واستمع إليه (انظر إلى المعجم العربي الحديث، لاروس مرجع سابق). بعبارة أخرى نحن أمام لفظة لها عدّة معاني (النّجوم: راقبها - الأمر: حفظه - والأمر: نظر إلى ماذا يصير - الرّجل: لاحظه محسنا إليه-.....- سمعه: أصغى إليه واستمع إلى أقواله)، ولكن هنالك نيّة نستخلصها من المشروع المُرَاجع على هذا المعنى الأخير.

لا يأخذه (هذا لم يقله النّص، لكن يجب تقدير كونه محذوفا) كقرينة على عدم العلم والنّيّة المضادّة.

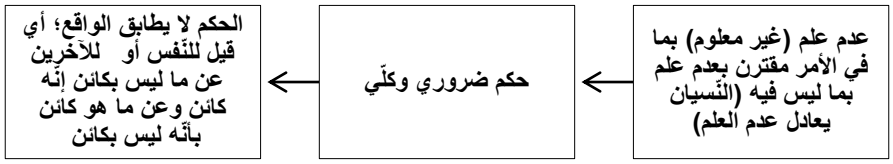
بعبارة أخرى (ولنستحضر الآن معنى الغلط[600]): هنالك واقع، وهنالك ادّعاء عدم العلم به؛ أي هنالك مع عدم العلم ذاك، عدم علم بما ليس في الواقع[601]؛ أي هنالك عدم علم أو جهل مركّب سبّب حكما مخالفا للواقع. فإذن ثمّ غلط. وما جاء بالفصل 48 سينظر فيه القاضي ليعدّه أو لا يعدّه قرينة على وجود عدم العلم (إلخ) ومن ثمّ الغلط [602].

وعلى هذا، فأمور الفصل 48 ستجعلنا نقول بوجود أو بانتفاء الغلط، وإذن لن تجعلنا (كما يفهم من الحاشية الجانبيّة للفصل 53 من المشروع المُرَاجع، والذي أصبح فيما بعد الفصل 48 من م.ا.ع) - وأمام غلط وُجِد - نغفره أو لا نغفره.

أي أنّنا لسنا أمام غلط تحقّقنا من وجوده، ثمّ بعد ذلك نأخذ أمور الفصل 48 وننظر فيها علّها تجعلنا نعذر صاحبه. بل نحن قبل ذلك، أي قبل التّيقّن من وجود جهل مركّب، وأمور الفصل 48 ستوجد هذا اليقين، أو ستوجد عدمه.

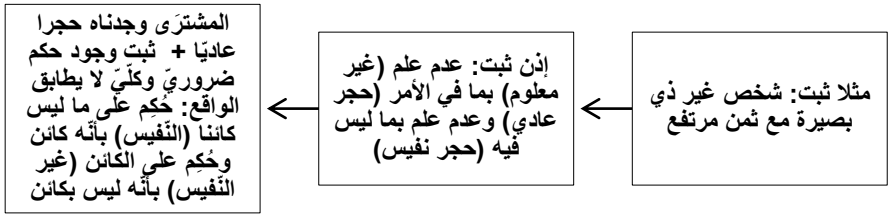
كما أنّ اللفظة الواردة في الصّياغة الفرنسيّة (avoir égard à) تعني فعل الاعتناء بشخص أو بشيء اعتناء خاصا (انظر المعجم الفرنسي، روبار الصغير1 مرجع سابق). ونيّة المشرّع المشار إليها منذ قليل مطابقة لهذا المعنى اللغوي.

[600] انظر هذا التّعريف في عدد 4 من هذا العمل:



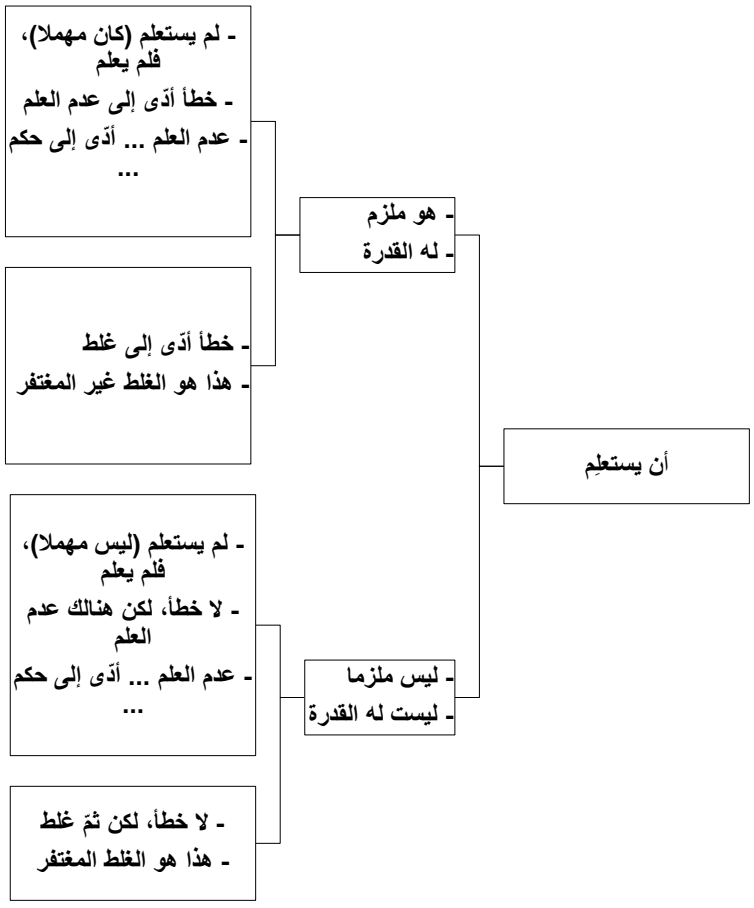
[601] لأنّنا رأينا أنّ عدم العلم بما في الأمر، يقترن بعدم العلم بما ليس فيه. انظر عدد 4 من هذا العمل.

[602]



إذن ليس ثمّ غلط "مغتفر"، بل ثمّ غلط عددناه موجودا. وليس ثمّ غلط "غير مغتفر"، بل ثمّ غلط عددناه غير موجود ... أي في النّهاية ليس ثمّ شرط "مغتفر"[603].

[603] ملاحظة أولى: حين نعود إلى الفقه الفرنسي نجد أنّ شرط مغتفر يهمّ الشيء والشّخص ولا يهمّ الغلط المانع الذي يُرى أنّه يبطل ولو كان غير مغتفر (انظر: "بيتي"، مرجع سابق. باللغة الفرنسيّة، عدد 70). لكن حين نحلّل الأمر على أنّه مسألة تهمّ الإثبات كما فعلنا، فإنّ المعنيّ يصير كلّ صور الغلط.
ملاحظة ثانية: يقول الفقه الفرنسي إنّه لا يطلب من مدّعي الغلط أن يثبت أنّ غلطه مغتفر. بل على المدّعى عليه – إن أراد تجنّب الإبطال – أن يثبت أنّ الغلط غير مغتفر (انظر: "بيتي"، مرجع سابق. باللغة الفرنسيّة، عدد 84).
ملاحظة ثالثة: حين نعود إلى الفقه الفرنسي الغالب (انظر نموذجا عليه من خلال مقالي "فيفيان" و "بيتي" السّابقي الذّكر وحين نستقرأ القضايا التي يتمّ إيرادها في فرنسا على أنّها تهمّ الغلط المغتفر وغير المغتفر نجد ما يلي:



فإذا نظرنا إلى الأحكام التي قالت بأنّ الغلط مغتفر وجدنا فيها ما يلي: هنالك حديث عن انعدام الخطأ وإثباته/ لكن لا نجد فيها حديثا عمّا يثبت عدم العلم أي حديثا عن العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن الغلط/ ويبدو أنّ

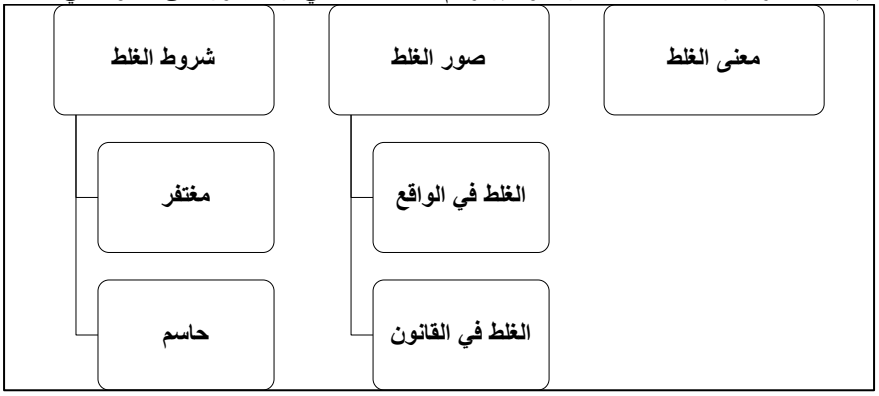
جميع الصّور هي: ما ثبت من انعدام الخطأ يمكن النّظر إليه على أنّه يمثّل العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن وجود الغلط.
وإذا نظرنا إلى الأحكام التي قالت بأنّ الغلط غير مغتفر وجدنا فيها ما يلي: هنالك حديث عن ثبوت الخطأ/ لكن لا نجد فيها حديثا عمّا يثبت عدم العلم أي حديثا عن العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن الغلط/ ويبدو أنّ جميع الصّور هي: ما ثبت من خطإ يمكن النّظر إليه على أنّه يمثّل العبارة عن وجود العلم ومن ثمّ عن عدم وجود الغلط.
بعبارة أخرى:
لا ننكر أنّنا أحيانا مسؤولون عن أغلاطنا وأنّها قد تكون نتاج تهاون منّا أي نتاج خطأ... نعم قد يكون الغلط سببه إرادتنا...وإذا اتبعنا "نيتشه" سنقول ثمّ غلط هو أمر إنساني، لكن ثمّ غلط هو أمر مفرط في الإنساني.
... نعم لا ننكر ما سبق.
ولا ننكر أنّ هنالك وضعيّتان:
وضعيّة أولى قابلة لأن تُقرأ على أنّها لغلط مغتفر. ووضعيّة ثانية قابلة لأن تُقرأ على أنّها لغلط غير مغتفر.
لكنّ القائلين بشرط مغتفر ينبغي أن يقرّوا بدورهم أنّ الوضعيّة الأولى قابلة لأن تُقرأ على أنّها لغلط ثبت وجوده، والوضعيّة الثّانية على أنّها لغلط لم ثبت وجوده.
فأيّ القراءتين أولى بالاعتماد في الوضعيّة الأولى والثّانية؟
في الوضعيّة الأولى: لو قلنا بأنّ الغلط مغتفر، قد توهم هذه القراءة بأنّ هنالك إثباتين مختلفان: إثبات للغلط، وآخر لكونه مغتفر؛ والحقيقة كما رأينا أنّ ما يُثبت انعدام الخطأ (أي ما يثبت: "مغتفر") هو نفسه ما يُثبت عدم العلم، وما يثبت عدم العلم هو نفسه ما يثبت وجود الغلط.
في الوضعيّة الثّانية: لو قلنا بأنّ الغلط غير مغتفر، قد توهم هذه القراءة بأنّ الغلط ثبت ولكن ينقصه شرط مغتفر؛ والحقيقة كما رأينا أنّ ما يُثبت الخطأ (أي ما يثبت: "غير مغتفر") هو نفسه ما يُثبت العلم، وما يثبت العلم هو نفسه ما يثبت عدم وجود الغلط.

ما يثبت الخطأ	**= ما يثبت أنّ عدم العلم غير مرجّح**	**= ما يثبت أنّ الغلط غير مرجّح**
لو تحدّثنا عن غلط مغتفر	**⇐ هذا يعني أنّ الغلط وجد، لكن ينقصه وصف**	
الحقيقة:	**وجود الغلط غير مرجّح**	

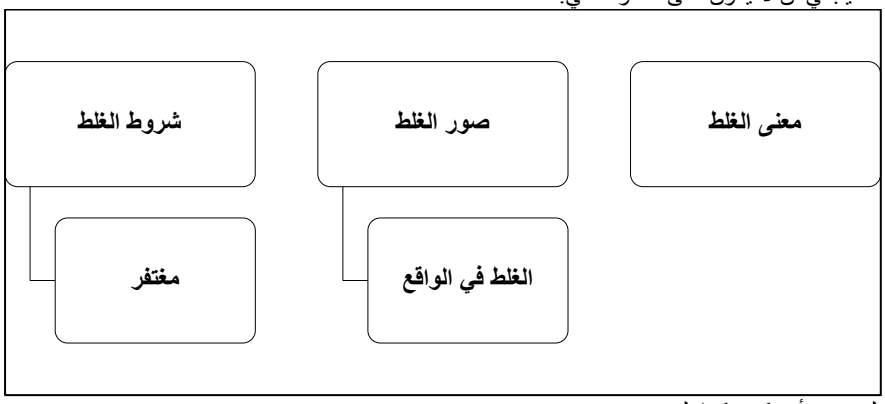
ما يثبت عدم الخطأ	**= ما يثبت أنّ عدم العلم مرجّح**	**= ما يثبت أنّ الغلط مرجّح**
لو تحدّثنا عن غلط مغتفر	**⇐ هذا يعني أنّ لدينا: ما يثبت الغلط + ما يثبت وصفه (كونه مغتفرا)**	

غلط في الشّيء أو في الشّخص + مغتفر	**⇐ غلط أيّاً كان محلّه ثبت**
غلط في الشّيء أو في الشّخص + غير مغتفر	**⇐ غلط أيّاً كان محلّه ثبت**

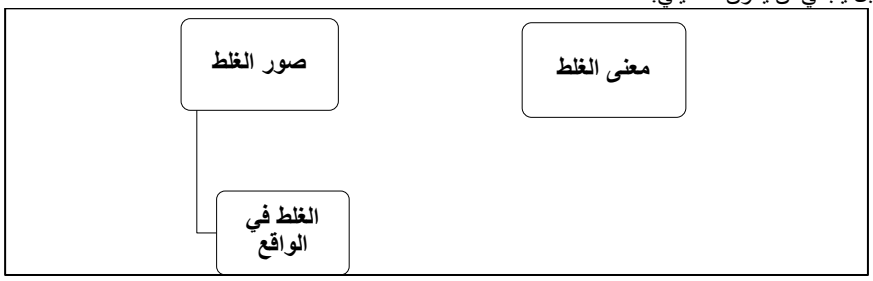
فإذا استحضر الآن ما جاء سابقا أمكن القول إنّ رسم مادّة الغلط ينبغي أن لا يكون على النّحو التّالي:



كما ينبغي أن لا يكون على النّحو التّالي:



بل ينبغي أن يكون كما يلي:



والسّبب أنّ:

- "القانون" يدخل في "مغتفر" وفي " الواقع" (إذن صارت المجموعة 2 فيها "الواقع" فقط).

- "حاسم" يدخل في "الواقع" (إذن صارت المجموعة 3 فيها "مغتفر" فقط).

- "مغتفر" يدخل في "عدم العلم..." (إذن صارت المجموعة 3 فارغة ووجب من ثمّ محوها).

(بالنّسبة إلى الغلط في القانون، قلنا سابقا ما يلي: الغلط في القانون يحدث غلطا في الواقع. فإذا ادّعى شخص أنّه غلط في القانون، فإنّه وفي الحقيقة ادّعى أنّه غلط في القانون وغلطه هذا جعله يغلط في الواقع. فإذا أتى بأمر تقبله المحكمة على أنّه عبارة عن عدم علمه بالقانون (إلخ)، فإنّه وفي نفس الوقت يكون قد أتى بأمر تقبله المحكمة على أنّه عبارة عن عدم علمه بالواقع (إلخ). وإنّ هذا الكلام لهو الذي ينبغي أن يفسّر به ما جاء على لسان "ڤيستان" سابقا).

وينبغي أن يختم جميع ما سبق بالقول إنّه يمكن إرجاع ما جاء بالفصل 48 إلى أمرين: حال الغالط والظروف الخارجة عن هذه الحال. وهذا يعطي أربع فرضيّات:

- الحال + الظروف ⇐ حدثان كلّ واحد منهما يثبت العلم ومن ثمّ الخطأ.
- الحال + الظروف ⇐ حدثان كلّ واحد منهما يثبت عدم العلم ومن ثمّ عدم الخطأ.
- (الحال ⇐ قرينة على عدم العلم ومن ثمّ على عدم الخطأ) + (الظروف ⇐ قرينة على العلم ومن ثمّ على الخطأ).

يمكن التّفرقة داخل هذه الوضعيّة:

في زمن أوّل ننظر إلى الحال فنقول: هنالك غلط.

في زمن ثان ننظر إلى الظّروف فنقول إنّ الغلط الذي وجدناه في الزّمن الأوّل هو مغتفر.

يمكن أيضا أن ننظر إلى الوضعيّة ككتلة واحدة ونقول ليس ثمّ في محصّلة الأمر غلط.

بالنّسبة إلى التّحليل الأوّل: حين قلنا في الزّمن الأوّل ثمّ غلط قلنا بنفس المناسبة ليس ثمّ خطأ.

وحين قلنا في الزّمن الثّاني هناك خطأ قلنا بنفس المناسبة ليس ثمّ غلط.

ولعلّ المشرّع نفسه قد قال بشيء قريب من هذا في مادّة الغلط في الشّيء التي نظّمت تحت اسم غير الغلط. فلقد جاء بالفصل 668 من م.ا.ع أنّ البائع "لا يضمن ... العيوب الظّاهرة ولا التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة"؛ أي أنّه لا يضمن: في صورة عدم وجود الغلط حقيقة (الصّورة الثّانية) أو في صورة عدم وجود الغلط حكما (الصّورة الأولى والثّالثة)[604]. هذا القول، كما نرى، لا يوجد فيه فهم للمادّة على أنّها غلط وجِد ثمّ نحن لا نغفره لأنّه ظاهر أو لأنّ المشتري كان يمكن أن يعلمه بسهولة، بل نجد فيه تناولا للمادّة بطريقة مختلفة. على هذا يمكن القول إنّه ثمّ في المجلّة نفسها موقفان من شرط "مغتفر"، واحد يعتبره شرطا، والآخر لا. بعبارة أخرى: بالإمكان أن يتّخذ من "أمور" الفصل 48 موقفان: واحد يأخذها على أنّها تمكّن من القول بأنّنا أمام غلط، أو بأنّنا لسنا أمام غلط. وثان يتناولها على أنّها تمكّن من القول إنّ الغلط الذي أمامنا مغتفر، أو أنّه ليس بمغتفر. هذان الموقفان هما ما سنتناوله الآن.

وهكذا – حتّى في إطار التّحليل الأوّل – حين نغيّر زاوية النّظر يمكن القول ليس ثمّ غلط.
وأوضح ممّا سبق حين نبدأ بالظروف التي تعدّ قرينة على انعدام الغلط لا نستطيع بعد ذلك أن نبحث عن وصف مغتفر أو وصف غير مغتفر.
طبعا وبعد البدء بالظروف سنمرّ للحال. هذا المرور يؤدّي إلى واحد من شيئين. إمّا أن تبقى قناعتنا الأولى: لا وجود لغلط (صار لدينا بهذا المرور أمران: واحد ينبئ بأن ليس هنالك غلط وآخر ينبئ أن هنالك غلط وترجّح عندنا الأمر الأوّل). وإمّا أن يترجّح لدينا أن ثمّ غلط.
- (الحال ⇐ قرينة على العلم ومن ثمّ على الخطأ) + (الظروف ⇐ قرينة على عدم العلم ومن ثمّ على عدم الخطأ).
يمكن التّفرقة داخل هذه الوضعيّة:
في زمن أوّل ننظر إلى الظّروف فنقول: هنالك غلط.
في زمن ثان ننظر إلى الحال فنقول إنّ الغلط الذي وجدناه في الزّمن الأوّل هو غير مغتفر.
بالنّسبة إلى التّحليل الأوّل: حين قلنا في الزّمن الأوّل ثمّ غلط قلنا بنفس المناسبة ليس ثمّ خطأ.
وحين قلنا في الزّمن الثّاني هناك خطأ قلنا بنفس المناسبة ليس ثمّ غلط.
وهكذا – حتّى في إطار التّحليل الأوّل – حين نغيّر زاوية النّظر يمكن القول ليس ثمّ غلط.
وأوضح ممّا سبق حين نبدأ بالحال التي تعدّ قرينة على انعدام الغلط لا نستطيع بعد ذلك أن نبحث عن وصف مغتفر أو وصف غير مغتفر.
طبعا وبعد البدء بالحال سنمرّ للظروف. هذا المرور يؤدّي إلى واحد من شيئين. إمّا أن تبقى قناعتنا الأولى: ليس ثمّ غلط (صار لدينا بهذا المرور أمران: واحد ينبئ بأن ليس هنالك غلط وآخر ينبئ أن هنالك غلط وترجّح عندنا الأمر الأوّل). وإمّا أن يترجّح لدينا أن ثمّ غلط.
[604] إن من يتتبع المراجع المستعملة في الفصل 53 من المشروع المُرَاجع (والذي سيصبح 48 من م.ا.ع) أو في الفصل 781 من نفس المشروع (والذي سيصبح 668 م.ا.ع) لن يجد لا في الغربي ولا في الشّرقي منها ولو مرجعا واحدا ذكر هنالك ثم أعيد فذكر هنا في نفس الصفحة.

(ب) المواقف من الشّرط

168. سننظر في ذات المواقف، ثمّ في الحكم عليها.

(1) عين المواقف

169. هنالك مواقف من الشّرط، وهنالك مواقف من مسألة تتفرّع منه:

170. ◄ فإذا بدأنا بالمواقف من الشّرط، أمكن القول إنّا لا نحتاج على مستوى الرّبط بفكرة عدم الإحكام إلاّ إلى أن نشير إلى أنّ الغرب قال بالغلط المغتفر[605]. لكنّ رسم كامل المشهد الغربيّ يستدعي أن يُذكر مؤلِّف "أنكر مفهوم الغلط غير المغتفر ولم ير في القضاء إلاّ رفضا للأخذ بعين الاعتبار لأغلاط غير راجحة الوجود. لكنّ القضاء، في مادّة الغلط والعيوب، يعامل بنفس الطّريقة من علم ومن كان من الواجب أن يعلم، أي من كان خاطئا حين لم يعلم، مع التّركيز مرّة على الطّابع غير الرّاجح للغلط، ومرّة على صبغة الخطأ في الغلط، أي على كونه غير مغتفر. وإنّ نفس المؤلِّف قد ذكر أن ثمّ انحلالا معاصرا لمفهوم الغلط المغتفر، لكنّه لم يأخذ بعين الاعتبار قرارات حديثة تأسّست وبطريقة صريحة على هذا المفهوم. وفي الحقيقة، وإن كان ثمّ ... رابط طبيعي بين إثبات وجود الغلط وطابعه المغتفر، إلاّ أنّ هذا المفهوم له جدوى خاصّة لأنّه يسمح بأن يؤخذ بعين الاعتبار تصرّف المدّعي"[606].

---

[605] يلاحظ أنّ حواشي الفصل 53 من المشروع المُرَاجع لم تشر على الصّعيد الغربي إلاّ إلى القانون الرّوماني.

[606] إنّ هذا النّص لـ:"فيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق، عدد 523 (ص 486 و487). والمؤلّف الذي يتحدّث عنه هو "شوفال" في أطروحته:

« Un auteur nie la notion d'erreur inexcusable et ne voit dans la jurisprudence que le refus de prendre en considération des erreurs improbables. Mais la jurisprudence, tant en matière d'erreur que de vices cachés, traite de la même façon celui qui savait et celui qui devait savoir, qui est en faute d'ignorer, tout en mettant l'accent tantôt sur le caractère improbable de l'erreur, tantôt sur son caractère fautif, inexcusable. Le même auteur fait état d'une « dégénérescence contemporaine » de la notion d'erreur inexcusable, mais il ne tient pas compte des arrêts récents fondés d'une façon expresse sur cette notion. En réalité, s'il existe… « un lien naturel entre la preuve de l'erreur et son caractère excusable », cette dernière notion présente cependant un intérêt propre car elle permet de tenir compte du comportement du demandeur. »

وعلى كلّ، انظر إلى "شوفال" نفسه وهو يقول إنّ "الفكرة المتمثّلة في أنّ الغلط يجب أن يكون مغتفرا لكي يسمح بنقد مجد للعمل القانوني لا يمكن الإبقاء عليها... فليس ثمّ في الحقيقة (ويتحدث هنا عن الغلط الذي لا يتوفّر فيه الشرط) إلاّ غلط غير ثابت الوجود بالنّظر إلى الوقائع وإلى وضعيّة الواقع فيه" (يجب أن نقول:

على هذا فالغرب منقسم بين قائل بشرط "مغتفر"، وقائل بانحلاله.

171. فإذا مررنا إلى الفقه، وجدناه يأخذ التّفرقة بين الوصف الذّاتي وغير الذّاتي، وداخل غير الذّاتي بين التّفاوت الفاحش وغير الفاحش، ويركّب عليها تفرقتين أخريين: أولاهما بين الشّيء الحاضر والشّيء الغائب، وثانيتهما بين الوصف الذي يدرك والوصف الذي لا يدرك. وكلّ هذا يعطي فصلا بين:

- شيء حاضر ووصف يدرك، فإذا اختلفت التّسمية مع الإشارة أخذ بالإشارة لأنّها هي التي توافق النّيّة.
- وشيء حاضر أيضا لكن مع وصف لا يدرك.
- وشيء غائب[607].

وينبغي – لكي نقدّم عرضا أوضح للفقه – أن نضيف إلى ما تقدّم ما جاء عند التّسولي والتّاودي:

فلقد قسّم الأوّل العيب إلى ظاهر وخفي:

وقسّم الظّاهر إلى الذي لا يخفى على كلّ من له نظر إلى المبيع، وهذا لا قيام به.

وإلى الذي لا يخفى على من تأمّل وقلّب المبيع.

وهنا إن ثبت التّقليب وكان المشتري ذا بصيرة، فلا ردّ.

أمّا إذا كان غير ذي بصيرة، فثمّ ردّ.

فإذا لم يثبت التّقليب، فالحكم بالرّدّ لذي البصيرة ولغير ذي البصيرة.

ويبدو أنّه، وبالنّسبة إلى كلّ هذه الصّور الثّلاثة التي قيل فيها بالرّدّ، لا بدّ من اليمين على الكلّ لمن يقول بها مطلقا، وعلى البعض لمن يقول إنّ يمين التّهمة تتوجّه على أهل التّهم[608].

وإنّ التّاودي يقسّم العيب إلى ثلاثة أقسام:

"وضعيّة من لم يثبت عندنا أنّه وقع في غلط").

« … L'idée que l'erreur doive être excusable pour autoriser utilement la critique de l'acte ne peut être retenue … il n'existe en fait que des erreurs improbables compte tenu de faits et de la condition de l'errans ».

"شوفال" (باتريك)، عيب الرّضا (باللغة الفرنسيّة)، أطروحة دكتورا دولة، باريس، كلّية الحقوق والاقتصاد وعلوم الاجتماع بباريس (باريس II)، 1981، ج 1، عدد 504.

CHAUVEL (Patrick), Le vice du consentement, Th, Doctorat d'Etat, Paris, Faculté de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1981, T. I, n° 504.

[607] انظر إلى الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل… مرجع سابق، ج 1، ص 476 وما بعدها.

[608] التّسولي، مرجع سابق، ج 2، ص 38 وما بعدها، ويقول في ص 40 إنّ يمين التّهمة لا تنقلب.

أوّلها ذو التعلّق والاتّصال كالشّلل والقطع، وهذا ظاهر وخفيّ.

فإذا كان ظاهرا وكنّا أمام عارف فلا ردّ، أما الجاهل فيردّ.

وإذا كان خفيّا فالجاهل يردّ، أمّا العارف فلا يردّ حسب الإمام مالك، لكنّ ابن القاسم خالفه وقال يردّ بعد أن يحلف ما رآه. ويضيف ابن الموّاز: إلاّ أن يكون المبتاع مع بصيرته بالعيب غير متّهم لصدقه فيردّ دون يمين[609].

وثانيها ذو التعلّق والاتّصال ولكنّه يفارق في بعض الأوقات، فهنا يقال بالرّدّ مطلقا[610].

وثالثها الذي ليس ذا اتّصال حسّي، بل معنوي، وله نفس الحكم السّابق[611].

هذا العرض للفقه ينبئ بكونه يتناول المادّة التي نحن بصددها من زاوية تقرير وجود أو عدم وجود غلط، وعلى هذا فهو مثل بعض من الغرب ومختلف عن بعض آخر من نفس هذا الغرب.

172. ◄ والفقه مثل الغرب على مستوى آخر يتفرّع عن الذي نحن بصدده[612]. ولتناول هذا الفرع يتّجه استحضار البنية على النّحو التّالي: واقع، زائد نيّة مضادّة.

كما يتّجه أن نضيف إليها تفرقة جاءت في فقه القانون الألماني بين تصريح الإرادة القابل للتّلقّي والذي له مفعول حين يتلقّاه الآخر وفق السّير الطّبيعي للأشياء[613]، وبين تصريح الإرادة غير القابل للتّلقي والذي له فاعليّة

---

[609] قال رسول الله ﷺ لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه: "... يا علي لا تحلف بالله كاذبا ولا صادقا ..." ابن العربي، الوصايا، بيروت، دار الجيل، ط 2، 1417 هـ/ 1997 م، ص 161.
ويبدو النّهي الأوّل نهي تحريم، ولكنّه ولعمومه ليس بقاطع، ويبدو الثّاني نهي كراهة، وربّما كان بدوره غير قاطع. لكن ولأنّ البعض قد يكون من الورع بحيث يخاف أن يقع في كراهة قد لا تكون كذلك، جاء ما ورد أعلاه عن أهل التديّن وعن إعفائهم من اليمين (قارن مع ما جاء عند الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 1، ص 129 وما بعدها، وذلك حول مسألة مشابهة).

[610] مثاله في بيع الرّقيق الجنون والسّرقة وغيرهما.

[611] مثاله في بيع الرّقيق الزّواج والسّرقة وغيرهما.
التاودي، مرجع سابق، ج 2، ص 38 وما بعدها.

[612] ما نحن بصدده هو العبارة عن العلّة الغائيّة، ويتفرّع عنه الحديث عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة / ملاحظة 1: كان يمكن الاتيان بعلم الآخر كفرع للعلّة الغائية، أي داخل عنوان "شرط حاسم". لكنّ إتياننا به الآن سببه أنّ الأفضل لفهم "العلم" استنفاذ جميع الحديث عن العلّة بتناولها في نفسها وبتناولها في العبارة عنها / ملاحظة 2: الحديث عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة يهمّ فقط ما يبطل منها / ملاحظة 3: إنّ حديثنا هنا عن علم الآخر بالعلّة الغائية قابل لأن ينقل إلى مادّة السّبب (انظر حديث "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" عن علم الآخر في مادّة السّبب: مرجع سابق باللغة الفرنسية، عدد 344). بل إنّ كلّ حديثنا عن العلّة (أي كلّ الفصل الثاني الخاصّ بشروط الغلط) قابل لأن يستغلّ في مادّة السّبب.

[613] فإذا كنا أمام تصريح شفاهي صدر أمام "غير" ونقله هذا إلى المتلقّي دون أن يكلّفه المصرّح بذلك، فلا

منذ صدوره أي منذ أن تنتهي عمليّة التّصريح[614].

فإذا أخذنا النّوع الأوّل، قلنا إنّ تلقّي الآخر للتّصريح لا يعني علمه حقيقة بكلّ تفاصيل ما أراده المصرِّح وانتباهه إليها. أمّا إذا مررنا إلى النّوع الثّاني، قلنا إنّ له – في القانون التّونسي، وكحكم عامّ يمكن أن تكون له استثناءات – فاعليّة منذ أن يعلمه الآخر[615]، وهو قول لا يعني أن يتّصل الآخر ويعلم حقيقة

فاعليّة للتّصريح هنا لأنّنا أمام تلقّ لم يتمّ وفق السّير الطّبيعي للأشياء.
أمّا إذا كنّا أمام تصريح كتابي، فلا نعدّ أنفسنا أمام تلقّ وفق السّير الطّبيعي لو أنّ شخصا كتب تصريحا ثمّ بقي متردّدا في شأنه فتركه على مكتبه، فأتت زوجته ورأت على المكتب الورقة فظنّت أنّ زوجها نسي إرسالها ففعلت ذلك بدلا عنه.

[614] مثل الوعد بالجُعْل وإنشاء الوقف وإنهاؤه والإمضاء والإقرار بالأبوّة والوصيّة. انظر حول كلّ ما سبق عن الفقه الألماني: "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 87 وما بعده.

[615] يثير الفصل 22 م.ا.ع سؤالين أساسيين:
أوّلهما هل هو للالتزام الصادر عن إرادة واحدة؟ فإذا أخذنا اللغة وبدأنا بالصياغة العربية وجدنا فيها حرف "من" وهو حرف جرّ يأتي على عدّة وجوه منها أن يكون مرادفا لـ: عن. وإذا مررنا إلى الصياغة الفرنسية وجدنا كلمة تفيد ما يتم عمله من جهة واحدة فقط (كلمة unilatéral). ولعل اللغة تسلم لنا معنيين: أوّلهما قيام التصرف يؤتى به من جهة فقط، أي أننا أمام التزام عن إرادة واحدة. وثانيهما مؤونة التصرف يؤتى بها من جهة فقط: وهنا إمّا أن نكون أمام التزام عن إرادة واحدة والمؤونة على صاحبها، وإمّا أن نكون أمام إرادتين والمؤونة على أحدهما فقط (هنا نكون أمام عقد).
وإن نيّة المشرّع المستخلصة من وجه مباشر (انظر إلى حاشية الفصل 23 من المشروع المُرَاجع التي حدثتنا عن تنازل وقالت إنه لا يحتاج إلى قبول الآخر، وانظر أيضا إلى تقسيم هذا المشروع للالتزام إلى اتفاقات وإلى غير اتفاقات، فإذا كان العقد داخلا في كلمة الاتفاقات فغير الاتفاقات هي أيضا غير العقد) تدل على أنه أراد في 22 م.ا.ع الالتزام الذي تنشئه إرادة بمفردها.
وهنا يثور سؤال مفاده هل أراد المشرّع في الفصل 22 كل التزام تنشئه إرادة بمفردها أم أنّ هذا النص تابع لما سبقه (أي للفصول: 19 و20 و21) أي هو لضرب من هذا الالتزام (الوعد بالجُعْل)؟ ولعل الجواب قد أتينا به بعد، فقد قلنا إن الحاشية الجانبية للمشروع المُرَاجع تحدثت عن تنازل، وهذا يعني أن الفصل 23 من المشروع، ومن ثمّ الفصل 22 م.ا.ع لم يرد المشرّع منهما الوعد بالجعل فقط، وإذن فهما لعموم الالتزام الذي تنشئه إرادة لوحدها. (من يبحث في نيّة المشرّع من الفصل 18 وما بعده سيقول إنها للالتزام الذي تولّده إرادة منفردة، وسيقول إنّ الفصل 18 عامّ ويهمّ ما لا يلزم منها / الفصول من 19 إلى 21: خاص ويهمّ نوعا ملزما / الفصل 22: عامّ ويهمّ ما يلزم. وهو عرض معيب يبرّر خاصّة وجود السّؤال الثّاني المذكور أعلاه.
انظر حول الالتزام والإرادة المنفردة:

- راشد راشد، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، أطروحة دكتورا دولة، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1984.
- بولعابي (كريم)، الوعد بالبيع، مذكرة شهادة دراسات معمّقة، تونس كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1991.
- بڤبڤ (محمد)، التصريح بالإرادة مصدر من مصادر الالتزام في م.ا.ع. (محاولة وضع نظرية عامة)، (باللغة الفرنسية)، أطروحة دكتورا دولة، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1993-1994.

BAGBAG (Mohamed), De la déclaration de volonté source d'obligation dans le Code des Obligations et des Contrats (Essai d'une théorie générale), Thèse de Doctorat d'Etat, Tunis, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1993-1994.

- يوسف باباي (سعاد (، العمل الأحادي الجانب مصدر مستقل للالتزام في القانون الخاص، أطروحة دكتورا دولة، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2000-2001.

YOUSSEF née BABAÏ (Souad), L'acte unilatéral source autonome

بجميع تفاصيل ما نواه المصرِّح وأن يتنبّه إليه.

ومحصّلة ما سبق أنّه قد نكون أمام واقع، زائد نيّة مضادّة يعلمها أو لا يعلمها المدّعى عليه في قضيّة إبطال من أجل الغلط.

173. وهنا، وفي الفقه الفرنسي للقرن التّاسع عشر، وُجد موقفان: واحد يقول لو لم تعلم نيّة المدّعي، فلا إبطال ضدّ المدّعى عليه[616]؛ وثان يقول بالإبطال، وحجّته أنّ الفصل 1108 م.م.ف (يقابله الفصل 2 م.ا.ع) قال إنّ شرط الرّضا يهمّ الطّرفين، والفصل 1109 (يقابله الفصل 43 م.ا.ع) قال أن لا رضا إذا وجد غلط أو تغرير أو إكراه. وأصحاب الموقف الأوّل – كما يقول عنهم خصومهم – يجعلون للغلط هنا وضعا مختلفا عن بقيّة العيوب رغم أنّ الحديث عنها جميعا جاء في نفس العبارات. ثمّ إنّ الفصل 1110 ف 1 (يقابله الفصل 45 م.ا.ع) لم يشترط علم المدّعى عليه. أمّا الفصل 1110 ف 2 (يقابله الفصل 46 م.ا.ع) فيهمّ الشّخص وهي مادّة لا يمكن إلاّ في صور جدّ استثنائيّة أن نتصوّر علما من المدّعى عليه بأنّ المدّعي أراده لوصف معيّن، مع ذلك يقال بالإبطال في كلّ الحالات[617]. وإذا كان الأمر على هذا النّحو في مادّة الغلط في الشّخص، فينبغي أن يكون كذلك في مادّة الغلط في الشّيء[618]. ويمكن أن نضيف إلى هذه الحجج[619] صورة الغلط الذي يرتكبه الواسطة[620]، فهنا نجد

---

d'obligation en droit privé, Thèse, Doctorat d'Etat, Tunis, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 2000-2001.

[616] مثال: شخص دخل معرضا به لوحة ظنّها لـ: "روبان"RUBENS (هذا بالنّسبة إلى: "دومولومب"، أمّا بالنّسبة إلى "لارومبيار" LAROMBIERE وهو أحد القائلين بالموقف الوارد أعلاه فيتحدّث عن لوحة لـ: "كوريج" CORREGE)، وحامل شمع ظنّه من فضة خالصة فإذا هو من نحاس مطلي بالفضّة. فإذا لم يعلم صاحب المعرض بما نواه ذلك الشّخص فليس ثمّ كتمان، ثمّ لا يمكن إبطال العقد على أساس الغلط لأنّه وبالنّسبة إلى المدّعى عليه اجتمعت شروط العقد بالنّظر إلى ما علمه.

[617] مثال شخص يتقدّم إلى رسّام ظنّه فلانا المشهور لكي يرسم له صورة، لكنّ المتقدّم إليه مغمور وعديم الموهبة. فالعقد هنا باطل. وقد يقول الرّسّام إنّ العقد اجتمعت فيه شروط نشأته بالنّظر إلى ما علمه، وأنّه ليس مغرّرا، وأنّه كان على الآخر أن يبيّن ماذا كان يريد، وأنّه يجب ألاّ يذهب هو ضحيّة خطأ المدّعي، وأنّه لو فرض أنّ الثّمن فاحش فالغبن ليس سبب بطلان. وإنّ كلّ هذا الذي قاله الرّسّام لا يمنع من الإبطال على أساس الغلط في الوصف.

[618] حين لا يعلم المدّعى عليه بما أراده المدّعي، فعادة ما يكون إثبات هذا لما نواه صعبا. ثمّ إنّه يمكن للأوّل إن تضرّر من الإبطال (إضاعة فرصة تعاقد أخرى، إلخ) طلب تعويض. (هذا قاله "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، الفقرة 343 مكرّر. واشترط هذان أن يكون المدّعى عليه حسن النيّة، وهذا نجده في الفقه الألماني الآن: انظر إلى: "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 354 وما بعده).

[619] كل ما جاء أعلاه عن الموقفين مأخوذ من "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، ج 24، عدد 97 وما بعده.

[620] في م.ا.ع هي صورة الفصل 49.

الواقع في الغلط نفسه لا علم له بما أريد. كما يمكن أن نضيف صورة الوصيّة وصورة الوعد بالجُعْل (ج. أجعال: أجرة العامل على عمله) حيث المدّعى عليه قد لا يعلم وقت إنشاء هذين العملين القانونيين بوجودهما، فضلا عن العلم بما أريد في إطارهما.

والموقف الثّاني هو الذي ساد في فرنسا. ونجده الآن تحت صيغ مختلفة: وصف دخل مجال العقد / وصف اتّفق عليه / إلخ[621]. وقد يظنّ الذي يلقي نظرة سريعة على بعض هذه الصيغ أنّه أمام الموقف الأوّل لا الثّاني، لكن الذي يتمعّن في المقصود من الصّيغ يجد أنّه هذا الموقف الثّاني[622] لا ذاك الموقف الأوّل[623].

174. فإذا مررنا الآن إلى نفس المسألة في الفقه الإسلامي، أمكن القول إنّه يأخذ بنيّة مضادّة قد لا يعلمها المدّعى عليه علما حقيقيّا وينتبه إلى وجودها. للتّدليل على هذا ينبغي استحضار الحديث الوارد في إطار الفقه عن الكشف الصّريح عن الإرادة، وعن الكشف دلالة عن هذه الإرادة.

ففي الكشف الصّريح نجد التّسمية والإشارة من جهة، والبيع على البرنامج من جهة أخرى:

ولقد سبق معنا الحديث عن التّسمية والإشارة[624]، فإذا كنّا أمام وصف يدرك بالمشاهدة، وجاءت تسمية وإشارة واختلفتا عن بعضهما، فالإشارة تعبير صريح عن النّيّة. أمّا إذا كنّا أمام وصف لا يدرك، فالتّسمية هي التي ستمثّل التّعبير الصّريح عن النّيّة[625]. وينبغي أن نزيد على ما سبق مقتطفا من الزّيلعي

---

[621] انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 209.
ينبغي التّنبيه إلى أنّنا نقول: لم يعلمه الآخر ودخل المجال العقدي. وعلى هذا فالمقصود بالعلم هنا هو العلم الحقيقي والفعلي. وإلاّ فإنّ ما دخل المجال معلوم من الآخر افتراضا.
فإذا تحدّثنا عن هذا العلم الافتراضي وجب التّنبيه إلى أنّ المدّعى عليه في قضيّة غلط ينبغي أن يحصل لديه هذا العلم فيما يخصّ العلّة الغائيّة لمعاقده لا فيما يخصّ عدم توفّرها لأنّه وفي هذه الصّورة يكون كاتما أي مغرِّرا. انظر "بيتي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، عدد 82.

[623] ليسمح لنا هنا بأن نأخذ مثالا من الفقه القانوني الألماني لأنه مثال أقصى فيستدل به إذن على الأدنى. ويتعلق بوصف شخص هو القدرة على الحصول على قروض. فإذا كنا داخل عملية بقرض دخل هذا الوصف مجال العقد، وإذا كنا داخل عملية بالحاضر لم يدخل.
لكن قد نكون أمام العملية، ومع ذلك يكون هذا الشّخص غافلا عن كونه أريد لذلك الوصف. (أخذ هذا المثال من عند "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 334).

[624] انظر عدد 162 وما بعده من هذا العمل.

[625] لو أردنا أن نحلل الأمر بطريقة أخرى لقلنا:
* عن صورة الوصف الذي يدرك:
- إمّا أنّ اللفظ تعبير له معنى وحيد لغة، ولكن هنالك نيّة مخالفة دلّت عليها قرينة هي الإشارة.

قال فيه: "... ثمّ في مختلفي الجنس يتعلّق العقد بالمسمّى إذا اختلف فيه المسمّى والمشار إليه، لأنّ التّسمية أبلغ في التّعريف من الإشارة، لأنّ الإشارة لتعريف الذّات، فإنّه إذا قال هذا صار الذّات معيّنا ولا يشاركه فيه غيره، والتّسمية لأعلام الماهية، وهو أمر زائد على أصل الذّات، فكان أبلغ في التّعريف، ويحتاج في مقام التّعريف إلى ما هو أبلغ فيه. فكانت الإشارة أوْلى بالاعتبار في متّحدي الجنس لأنّ المسمّى موجود في المشار إليه ذاتا والوصف يتبعه، فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتّعريف والتّسمية للتّرغيب، فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه. بخلاف مختلفي الجنس، لأنّ المسمّى فيه مثل المشار إليه وليس بتابع له، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعا للآخر، فيعتبر الأعرف عند تعذّر الجمع بينهما ..."[626].

فإذا مررنا إلى البيع على البرنامج أو على الوصف في مذهب مالك، وجدنا حاصله أن تُكتب أوصاف في دفتر، ويشترى الشّيء على هذه الأوصاف، فإن وجدت لا خيار، وإن انعدمت ثمّ خيار. فهنا تعدّ الأوصاف المكتوبة كاشفة كشفا صريحا عن الإرادة[627].

ويمكن القول إنّنا وفيما سبق أمام نيّة علمها المدّعى عليه.

لكنّ الأمر قد لا يكون كذلك لو كنّا أمام ما أسمي أعلاه كشف بطريق الدّلالة عن الإرادة. فهنا ثمّ أمر، وهو الذي يدلّ على أنّ النّيّة قد ذهبت في اتّجاه معيّن. كمن يشتري جارية اشتهرت بالطّبخ، فهنا تدلّ الشّهرة على نيّة المبتاع[628]، وكمن يشتري إبلا: فإذا كان بدويّا يقتات باللبن فالظّروف تدلّ على أنّه أراد ناقة، وإذا كان صاحب أسفار فالظّروف تدلّ على أنّه أراد بعيرا لأنّه

- وإمّا أنّ الإشارة تعبير له معنى وحيد، وثمّ نيّة تؤيّده وهي أنّ الوصف يدرك بالمشاهدة.

* وعن صورة الوصف الذي لا يدرك:

- إمّا أن الإشارة تعبير له معنى وحيد، ولكن هنالك نيّة مخالفة دلّت عليها قرينة وهي التسمية وكون الوصف لا يدرك.

- وإمّا أنّ اللفظ تعبير له معنى وحيد لغة، وثمّ نيّة على هذا المعنى وتدلّ عليها قرينة هي كون الوصف لا يدرك.

[626] الزّيلعي (فخر الدّين عثمان بن علي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدّقائق، مصر، دار الكتاب الإسلامي، المجلد 4، ص 53. وانظر مراجع أخرى غير الزّيلعي عند السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 117 وما بعدها.

(ملاحظة: تحدّث الزّيلعي أعلاه عن الذّات لا كصنف مستقلّ، بل كأمر داخل الجنس وغير الجنس. وهذا يؤيّد ما جاء بـ: عدد 82).

[627] السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 118 وما بعدها.

[628] انظر هذا المثال من البحر الرائق، ج 6، ص 26 وذلك عند السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 120 و121.

أصلح في الأسفار[629]، هنا أيضا تدلّ الحال على نيّة المشتري. ويمكن أن نضيف إلى ما تقدّم مثال العيب. فلقد جاء في بدائع الصّنائع للكاساني: "السّلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصّا، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار ... لأنّ العقد عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ... ولأنّ السّلامة لمّا كانت مرغوب المشتري ولم يحصل فقد اختلّ رضاه. وهذا يوجب الخيار لأنّ الرّضا شرط صحّة البيع. قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (النّساء.29). فانعدام الرّضا يمنع صحّة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه، إثباتا للحكم على قدر الدّليل"[630]. وهنا يمكن القول إنّ العادة أو طبائع الأشياء[631] تدلّ على وجود نيّة للمشتري هي ضدّ للواقع.

وإنّ هذا الذي وجدناه هنا، عثرنا عليه أيضا في الأمثلة السّابقة، ويمكن القول خاصّة في إطار المثالين الأوّلين إنّ وجود النّيّة المضادّة للواقع، قد لا يعلمه من سيقام عليه بالخيار.

على هذا يكون الفقه الإسلامي مثل جزء من الغرب المتحدّث عنه سابقا.

والوصول إلى تقريب الفقه من الغرب يعني أنّنا وصلنا إلى مرحلة الحكم.

(2) الحكم على المواقف

175. في إطار العنوان السّابق بدأنا بعرض عين المواقف من الشّرط، ثمّ مررنا إلى عرض مسألة متفرّعة عن الشّرط. وهنا، في مادّة محاولة الحكم، سنعكس التّرتيب لكي نستغلّ كون هذه المسألة الفرعيّة حديثة عهد بنا:

176. ◄ ويمكن القول إنّ م.ا.ع أريد فيها قبول للنّيّة المضادّة للواقع حتّى إذا لم يكن المدّعى عليه على علم بها.

ويمكن أن نستعير من "دومولومب" حججه، وأن نطبّقها على م.ا.ع[632]. لكن الواجب البقاء مع التمشّي المعتمد في هذا العمل، والقول إنّ الفصل 48 جاء به حديث عن أمور سينظر فيها ليقال إنّها قرينة أو ليست قرينة على وجود النّيّة

---

[629] انظر السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 121.
[630] الكاساني، بدائع الصّنائع، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1996، ص 406.
[631] والكلمة للسّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 121.
[632] انظر هذه الحجج بـ:عدد 174.

المضادّة. وإنّ النّصّ لم يقل هل يجب أم لا أن يعلم الآخر بهذه النّيّة. وعلى هذا فهو مطلق. والسّؤال هل يفيد الإطلاق؟ ويمكن ترجيح الجواب بالإيجاب لأنّ المشروع المُرَاجع لم يستعمل وعلى طول نصوص الغلط الفقه القائل بوجوب علم الآخر[633]، بل استعمل "دومولومب"، و"أوبري" و"رو"، وكلّهم مع قبول عدم علم الآخر بالنّيّة، ومن باب أولى مع قبول علمه[634]. وقد لا نقبل ما سبق على أنّه يفيد على وجه اليقين بأنّ نيّة المشرّع قد ذهبت إلى الإطلاق. وهذا صحيح. لكنّا لم نقل سوى أنّه يرجّح سيرها نحو وجهة الإطلاق. وإنّ هذا الرّجحان ليكفي. بعبارة أخرى لا توجد نيّة على أنّه لم يُرد الإطلاق ولذلك ينبغي أن يُقال بالإطلاق. والدّليل على عدم وجود نيّة على التّقييد أنّ الذي لا يقبل إلاّ علم المدّعى عليه بنيّة المدّعي أشير إليه في نصّ بعيد عمّا نحن بصدده. وأكثر من هذا لم يُنقل هذا النّصّ إلى م.ا.ع[635].

فإذا انتهينا إلى أنّ ما جاء للتّوّ هو موقف م.ا.ع، أمكن المرور إلى القول إنّا لا نستطيع التّأكيد على أنّ هذا الموقف محلّي أو مستورد وذلك لأنّه ثمّ مثله في الشّرق وفي الغرب. وإذا لم يمكن القول بما سبق لم يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

177. ◄ فإذا رجعنا الآن إلى الحكم على المواقف من الشّرط، استوجب ذلك، لأنّ العهد قد قَدُم، أن نأتي أوّلا بما وصلنا إليه[636]. وما وصلنا إليه أنّه ليس ثمّ غلط عددناه انطلاقا من أمور الفصل 48 "مغتفرا"، بل ثمّ غلط عددناه، انطلاقا من نفس تلك الأمور، موجودا. وليس ثمّ غلط عددناه على أساس ما جاء بالفصل 48 غلطا غير مغتفر، بل ثمّ غلط عددناه على نفس الأساس غير موجود. بعبارة أخرى: نحن أمام مسألة تأتي قبل القول بوجود الغلط أو بانعدامه، لا أمام مسألة تأتي بعد القول بوجود الغلط.

وإنّ من قال إنّنا أمام ما يأتي بعد القول بوجود الغلط جزء من الغرب كما

---

[633] المقصود هنا هو "لاروميير"، وقد وجدناه عند "دومولومب" يقول بهذا الموقف. انظر عدد 174 من هذا العمل. وإنّ هذا الفقيه لم يستعمل كمرجع في المشروع المُرَاجع إلاّ تحت الفصل 49 (قاعدة الغلط يصنع القانون)، وهذا لم تنقله م.ا.ع

[634] بالنّسبة إلى "دومولومب" جاء موقفه بـ: ج 24، عدد 97 وما بعده. أمّا "أوبري" و"رو" فقد قالا بهذا الموقف حين تحدّثا عن المدّعى عليه الذي يمكنه المطالبة بالتّعويض لو لم يعلم بما نواه المدّعي (ج 4، الفقرة 343 مكرّر). وهذان الفقيهان قد تكرّر ذكرهما كثيرا في نصوص الغلط في هذا المكان (الفقرة 343 مكرّر).

[635] قارن مع العامّ ومعانيه وما يعطى أو لا يعطى ابتداء: الرّازي، المحصول ... مرجع سابق، ج 3، ص 21.

[636] انظر عدد 160 وما بعده من هذا العمل.

تقدّم[637].

على هذا يمكن القول إنّ ما جاء عند هذا الجزء غير محكم (لم يجمع المتماثلات).

كما يمكن القول إنّ ما جاء عند جزء الغرب المتبقّي[638]، وكذا الذي جاء عند الفقه الإسلامي[639] هو الأصلح.

فإذا أردنا أن نحكم على م.ا.ع استوجب الأمر تحديد موقفها. وموقفها يُتوصّل إليه من قراءة صياغة الفصل 44 التي تحدّثت عن جهل (إذن قالت بوجوده)، ثمّ قالت إنّه يبطل في حالتين: ثانيتهما حين يكون ممّا يعذر. ومثل هذا الحديث يدلّ على أنّ المجلّة تنظر إلى الأمر على أنّه شرط. ويتأيّد هذا الفهم بما جاء في الحاشية الجانبيّة للفصل 53 من المشروع المُرَاجع (الذي أصبح الفصل 48 م.ا.ع) ومفاده أنّ الغلط (إذن وُجد) يجب أن يكون مغتفرا (إذن شرط)[640]. وهذا صريح في الدّلالة على أنّ موقف المجلّة هو أنّنا أمام غلط وُجد ثمّ نرى من بعد ذلك هل توفّر أم لم يتوفّر فيه الشّرط.

ويُستفاد ممّا جاء أعلاه أنّ هذا الموقف لـ: م.ا.ع مستورد، وليس محليّا[641]. كما يُستفاد أنّ الفقه الإسلامي وضع الحلّ المتقن. وهذه المعطيات تدعو للقول إنّ م.ا.ع أنحت على حسن كان قبلها فتخلّت عنه وأتت بما ليس حسنا؛ أي تدعو للقول إنّ المجلّة جسّدت فكرة عدم الإحكام.

وتجسيدها للفكرة كما يُرى حصل مع "شرط مغتفر في إطاره العامّ". فكيف الحال مع نفس الشّرط في الإطار الخاصّ.

§2 الإحكام في الشّرط في إطار خاصّ (خيار الرّؤية)

178. يعرف الفقه الإسلامي خيار الرّؤية، وهو أمر كما سنرى مرتبط بوجود النّيّة المضادّة للواقع، أي بالشّرط الذين نعمل عليه. وسنحاول أن نعرض هذا الفقه، قبل أن نبحث عن هذا الخيار في م.ا.ع، وكلّ ذلك من أجل إثبات

---

[637] انظر عدد 171 من هذا العمل.

[638] انظر عدد 171 من هذا العمل.

[639] انظر عدد 172 وما بعده من هذا العمل.

[640] بدأت الحاشية بالسّؤال التّالي: هل يجب أن يكون الغلط قابلا لأن يغفر؟

[641] لا نجد بالفصل 647 وما بعده ذكرا لشرط "مغتفر" وكلّ ما نجده هو الفصل 668 الذي يقول: "لا يضمن البائع العيوب الظّاهرة ولا التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة". وهذا النّص هو خليفة الفصل 781 من المشروع المُرَاجع والذي لا نجد في حاشيته (كما هو الحال بالنّسبة إلى الفصل 53 الوارد أعلاه) لا كلمة "مغتفر" ولا كون "مغتفر" شرط قد يتحقّق أو لا يتحقّق في غلط موجود.

(صحّة أو خطأ) القضيّة التي نحن بصددها. لذا سنرى أوّلا خيار الرّؤية والفقه الإسلامي (أ)، وثانيا ذلك الخيار و م.ا.ع (ب).

(أ) خيار الرّؤية والفقه الإسلامي

179. سنحاول هنا – لأنّ هذا سيصلح في عملية الرّبط بمسألة الإحكام – أن نعرض مختلف المواقف داخل الفقه الإسلامي من خيار الرّؤية. ولوضوح العرض سنبدأ بالحنفيّة، ثم نمرّ إلى المالكيّة، فالشّافعيّة، ثمّ الحنبليّة[642]:

1 - خيار الرّؤية والحنفيّة

180. جاء في الحديث النّبوي الشّريف أنّ: "من اشترى ما لم ير فله الخيار إذا رأى"[643]. وقد أخذ الأحناف بهذا الحديث وطبّقوه على العقود التي تقع على الأعيان المعيّنة بالذّات، وهي أربعة: "عقد البيع إذا كان المبيع عينا معيّنة بالذّات، وإجارة الأعيان، وقسمة غير المثليّات، والصّلح على مال هو عين بالذّات"[644]. ويثبت خيار الرّؤية شرعا لا شرطا[645] وذلك خاصّة لمن اشترى شيئا لم يره. فهي حالة اعتبرت مظنّة لغلط العاقد، فتمّ منحه لأجل ذلك

---

[642] بالنّسبة إلى الفقه الإمامي انظر: الشّيخ الصّدوق، من لا يحضره الفقيه، جامعة المدرّسين، قم، 1413هـ، ج3 ، ص 270؛ الشّيخ الطّوسي، التّهذيب، دار الكتب الإسلاميّة، طهران، 1365 هـ شمسي، ج 7، ص 26؛ الشّيخ حرّ العاملي، وسائل الشّيعة، مؤسّسة آل البيت، قم، 1409هـ، ج 18، ص 28؛ راوندي (قطب الدّين)، فقه القرآن، مكتبة آية الله مرعشي، قم، 1405 هـ، ج 2، ص 50؛ الطّوسي (ابن حمزة)، الوسيلة، مكتبة آية الله مرعشي، قم، 1408 هـ، ص 240؛ معروف الحسيني (هاشم)، نظريّة العقد في الفقه الجعفري. عرض واستدلال ومقارنات، دار التّعارف للمطبوعات، بيروت، 1416 هـ/1996 م، ص 412؛ السّيد مصطفى الخميني، كتاب الخيارات، تحقيق ونشر: مؤسّسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، مطبعة مؤسّسة العروج، ط 1، آبان 1376 - جمادى الثاني 1418. أمّا بالنّسبة إلى الفقه الزّيدي فانظر: الإمام أحمد المرتضى، شرح الأزهار، ج 3، ص 104 (كتاب المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار في فقه الأئمّة الأطهار. انتزعه من هو لكلّ مبهم مفتاح العلّامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح رحمه الله. طبع هذا الكتاب على نسخة مصحّحة نسخت بحواشيها على نسخة شيخ الإسلام القاضي العلّامة محمّد بن علي الشّوكاني سنة 1207 وقرئت عليه وذلك بخطّ القاضي علي بن عبد الله سهيل. مكتبة يعسوب الدّين الإلكترونيّة).

[643] جاء هذا الحديث عند الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 1، ص 482، وقد قال: "رواه البيهقي، ج 5، ص 268- ومن قبله ابن أبي شيبة 6: 7 (18) - عن مكحول مرسلا، وفيه أبو بكر بن أبي مريم، وهو ضعيف، قال ابن الهمام في "فتح القدير"، 5، 531 "عمل به – أي بالحديث - مالك وأحمد وهو ممّن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدلّ قبول العلماء على ثبوته... وقد روي الحديث أيضا مرفوعا. رواه أبو حنيفة". ويراجع لزاما: "إعلاء السّنن".14. 49 فما بعد، وفي 51 نقل الإمام محمّد بن الحسن قوله في "الحجّة" ص236 "الحديث المعروف الذي لا يشكّ فيه عن النّبي ﷺ وعليه أمور المسلمين إلى يومهم هذا في الآفاق، أنّ رسول الله ﷺ قال: "من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه" ".

[644] السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 228.

[645] السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 228.

حقّ الإبطال إن شاء لاحتمال غلطه[646].

181. ويثبت هذا الخيار للمشتري. "ويعلّل الفقهاء مشروعيّة هذا الخيار بأنّه لدفع الضّرر عن المشتري إذ قد يجد أنّ الشّيء الذي اشتراه لاحتياجه إليه هو غير ملائم لحاجته"[647]. بعبارة أخرى يقوم هذا الخيار على أساس "غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته، وممّا يقطع في أنّ هذا الخيار متّصل بالرّضا وأنّ السّبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابها من الغلط ما جاء في البدائع (جزء 5، ص 292): «أنّ شراء ما لم يره المشتري غير لازم ... لأنّ جهالة الوصف تؤثّر في الرّضا فتوجب خللا فيه. واختلال الرّضا في البيع يوجب الخيار. ولأنّ من الجائز اعتراض النّدم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التّدارك، فيثبت الخيار لإمكان التّدارك عند النّدم نظرا له»"[648]. وهنا – وإذا أردنا أن نستعمل عبارات وردت في تحاليل سابقة – يأتي المشتري ويقول لم أعلم، وإنّ لي نيّة هي ضدٌّ لما توفّر في الواقع، أي إنّي وقعت في غلط فيصدّق دون أن يلزم بإقامة البيّنة[649]، أي أنّ أمور الفصل 48 لن تدخل هنا كقرينة على وجود عدم العلم والنّيّة المضادّة أو على انعدامهما. "ويلاحظ هنا في خيار الرّؤية أنّ الشّارع الإسلامي يقدّر احتمال الغلط بالنّسبة إلى حاجة المشتري تقديرا عامّا، فيثبت الخيار لكلّ من اشترى شيئا معيّنا لم يره، ولا يجعل هذا الخيار متوقّفا على إثبات وقوع الغلط فعلا من المشتري، فقد اعتبر الشّارع شراء ما لم ير مظنّة عامّة للغلط"[650].

182. ولا يثبت خيار الرّؤية للبائع. ويقول الكاساني: "روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنّه كان يقول أوّلاً لا يلزم ويثبت له الخيار ثمّ رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار"[651]. ولرجوع أبي حنيفة سببان ذكرهما صاحب فتح القدير[652]: أوّلهما قوله بالمفهوم بالمخالفة، فالمنطوق به في الحديث النّبوي الشّريف هو المشتري، والمسكوت عنه هو البائع، ويجب أن يكون حكم

[646] الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 1، ص 481.
[647] الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 1، ص 482.
[648] السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 123 و124.
[649] قرّب من السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 124.
[650] الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 1، ص 483.
[651] الكاساني، بدائع الصّنائع، ج 5، ص 292 عن السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 126.
[652] فتح القدير، ج 5، ص 140- 141 عن السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 229.

المسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به. وثانيهما أنّ هنالك إجماعا سكوتيّا على منح خيار الرّؤية للمشتري ومنعه عن البائع[653]. ويفسّر أحدهم رفض إعطاء الخيار للبائع بما لو استعملنا الصّيغ التي خرجنا بها من التّحاليل السّابقة، لقلنا إنّ البائع، حين يقول لا أعلم ولي نيّة مضادّة لأنّي لم أر[654] لا يصدّق ويُرى أنّه يعلم، وأنّ له نيّة مؤيِّدة، أي في النّهاية يُرى أنّه لم يقع في غلط لأنّ الشّيء كان في يده أو يستطيع أن يحصل عليه في يده، ومن ثمّ أن يراه[655].

وتبدو المالكيّة مختلفة عن الحنفيّة.

2- خيار الرّؤية والمالكيّة

183. جاء في "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد أنّ: "المبيعات على نوعين: مبيع حاضر مرئي، فهذا لا خلاف في بيعه. ومبيع غائب أو متعذّر الرّؤية، فهنا اختلف العلماء ... وقال مالك ... يجوز بيع الغائب على الصّفة إذا كانت غيبته ممّا يؤمن أن تتغيّر فيه قبل القبض ... (فـ) إذا جاء على الصّفة فهو لازم ... وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرّؤية، وقع ذلك في المدوّنة، وأنكره عبد الوهّاب وقال هو مخالف لأصولنا"[656].

وعلى هذا يكون جواز بيع الغائب من غير صفة على شرط خيار الرّؤية مختلفا فيه داخل المذهب. والقائلون به ومن ثمّ بخيار الرّؤية يجعلون ثبوت هذا الخيار اتّفاقيّا لا شرعيّا كما هو الحال عند الأحناف[657].

---

[653] أخرج "الطّحاوي ثمّ البيهقي عن علقمة بن أبي وقّاص أنّ طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفّان رضي الله عنه مالا، فقيل لعثمان إنّك قد غبنت، فقال عثمان لي الخيار لأنّي بعت ما لم أره. وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لأنّي اشتريت ما لم أره. فحكّما بينهما جبيرا بن مطعم رضي الله عنهم، فقضى أنّ الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان. والظّاهر أنّ مثل هذا يكون بمحضر من الصّحابة رضي الله عنهم، لأنّ قضيّة يجري فيها التّخالف بين رجلين كبيرين ثمّ إنّهما حكّما فيها غيرهما، فالغالب على الظنّ شهرتها وانتشار خبرها، فحين حكّم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعا سكوتيّا". فتح القدير، ج 5، ص 140 و141 عن السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 229.

[654] المراد بالرّؤية في خيار الرّؤية ليس بالضّرورة المشاهدة بالعين، بل الاطّلاع على الشّيء بحسب طبيعته، فالاطّلاع (الرّؤية) على العطور يكون بشمّها (عدم الرّؤية = عدم الشّمّ)، ورؤية المطعومات بتذوّقها إلخ. الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 1، ص 482 و483.

[655] قارن مع السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 125. وهنالك أسباب أخرى لمنع خيار الرّؤية عن البائع فانظرها بنفس المكان، وانظرها في ج 4، ص 229، وانظرها أيضا عند الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 1، ص 482.

[656] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 2، ص 116 و117.

[657] انظر عدد 181 من هذا العمل.

هذا عن المالكيّة، والشّافعيّة تبدو مختلفة.

3- خيار الرّؤية والشّافعيّة

184. قال الشّافعي بموقفين في خيار الرّؤية:

أوّلهما قديم ويقترب من الحنفيّة، ومفاده أنّ "صحّة البيع لا تفتقر إلى ذكر شيء من الصّفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأنّ الاعتماد على الرّؤية وقد ثبت للمشتري خيارها"[658].

وثانيهما جديد، ولنترك ابن رشد المالكي يتحدّث عنه لأنّ كتابه هو للفقه المقارن: "... قال قوم: بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وصف ولا ما لم يوصف، وهذا أشهر قولي الشّافعي، وهو المنصوص عند أصحابه ... وعند الشّافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين ... (والسّؤال) ... هل نقصان العلم المتعلّق بالصّفة (أو انعدامه) عن العلم المتعلّق بالحسّ هو جهل مؤثّر في بيع الشّيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثّر، وأنّه من الغرر اليسير المعفوّ عنه؟ فالشّافعي رآه من الغرر الكثير"[659].

على هذا لم يعد ثمّ موضع لكي يوجد خيار الرّؤية، فبيع "العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها"[660] لا يجوز. بل أكثر من ذلك "إن علم الجنس والنّوع، بأن قال بعتك الثّوب المروي الذي في كمّي أو العبد الزّنجي الذي في داري أو الفرس الأدهم الذي في اصطبلي (إذن عين غائبة وصفت) ... قال في الجديد لا يصحّ لحديث أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وفي هذا البيع غرر"[661].

وتبدو الحنبليّة في أحد الأقوال مثل الشّافعيّة.

4- خيار الرّؤية والحنبليّة

185. جاء في رواية عن مذهب أحمد: "أنّ البيع على الصّفة لا يجوز، وأنّ البيع على رؤية سابقة لا يجوز، فيشترط إذن في صحّة البيع رؤية المبيع حال العقد، لأنّ الصّفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصحّ البيع بها، ولأنّ ما

---

[658] السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 240.
[659] ابن رشد، بداية المجتهد ... مرجع سابق، ج 2، ص 116 و117.
[660] المهذّب، ج 1، ص 263 و264 عن السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 241 و242.
[661] المهذّب، ج 1، ص 263 و264 عن السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 241.

كان شرطا في صحّة العقد وهو الرّؤية يجب أن يكون موجودا حال العقد"[662].
وإنّ قولاً لا يقبل بيعاً على الصّفة، لا يترك لخيار الرّؤية تُربة كي ينبت فيها لأنّ هذا الخيار يأتي في إطار ما هو أشدّ من البيع على الصّفة، أي في إطار بيع على غير الصّفة.

لكنّه رويت عن مذهب أحمد رواية ثانية حاصلها أنّ المبيع الذي لم تسبق رؤيته ولم يوصف يثبت فيه خيار رؤية للمشتري. وهنا يلتقي الحنابلة مع الأحناف. لكنّ أولئك يزيدون على هؤلاء ويقولون بخيار رؤية للبائع. وإن كانوا أنقص منهم على مستوى وصف المبيع ومجيء المبيع على الصّفة. فالأحناف، ولانعدام رؤية مسبقة، يبقون رغم ما سبق على خيار الرّؤية. أمّا الحنابلة، ورغم انعدام رؤية مسبقة ولكن بسبب ما سبق أي بسبب مجيء المبيع على الصّفة، لا يقولون بخيار الرّؤية[663].

والظّاهر في مذهب أحمد عدم القول بهذا الخيار، أي عدم قبول بيع عين غائبة لم توصف. فإذا وصفت، وكانت على خلاف الوصف، كان للمشتري خيار الوصف[664].

ولعلّ هذا الوصف السّريع للمذهب الحنبلي، ومن قبله لبقيّة المذاهب السّنّيّة ينبئ بعد بما سيقال عن م.ا.ع وعن علاقتها بمسألة الإحكام.

(ب) خيار الرّؤية و مجلّة الالتزامات والعقود

186. يشترط في المحلّ أن يكون موجودا أو ممكنا (مقدور التّسليم) من جهة، ومعيّنا أو قابلا للتّعيين:

وقد يغيب الشّرط الأوّل كأن يكون المحلّ دينا حصلت في شأنه وبعدُ مقاصّة[665]، أو يغيب متمّمه وهو خلوّ الوجود من الغرر كأن نكون أمام مضامين أو ملاقيح[666].

---

[662] السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 243.
[663] انظر إلى السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 242.
[664] انظر إلى السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 242.
[665] والجزاء في القانون الفرنسي هنا (لو وجدنا أنفسنا أمام عمل قانوني: وعد بدفع ذلك الدّين) هو البطلان المطلق حسب البعض والنّسبي حسب البعض الآخر (" تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 263)، أمّا في الفقه الإسلامي فالبطلان (أبو زهرة، مرجع سابق، ص 369 وما بعدها - السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 125 وما بعدها).
[666] المضامين ما في البطون (حمل في بطن أمّه) والملاقيح ما في الظّهور (ابن رشد، بداية المجتهد ... مرجع سابق، ج 2، ص 111). ويمكن أن يعطى هنا أيضا مثال السّمك في البحر إلخ. والوجود في هذه الصّور فيه غرر، لكن عن هذا الغرر ينجرّ غرر آخر يهمّ الأوصاف والمقادير وهو ما يدخلنا في الشّرط الثّاني الذي

كما قد يغيب الشّرط الثّاني – بأن نكون إمّا أمام عين معيّنة لم تقع تسميتها، أو الإشارة إليها، إلخ؛ أو أمام شيء مثلي لم يحدّد نوعه أو كمّه[667] – أو يغيب متمّمه وهو خلوّ النّوع والكمّ من الغرر[668].

فإذا أخذنا الشّرط الثّاني في جانبه الخاصّ بالعين المعيّنة التي لم توصف، والتي لم تتقدّم رؤيتها، أمكننا القول بوجود فرضيّتين:

فإمّا أن نكون أمام قانون لا يقبل بيع عين غائبة لم توصف ولم تتقدّم رؤيتها. وهنا لا يمكن أن يأتي من يقول ما لم أذكره من وصف صراحة أو دلالة ليس موجودا، وأنّه هو الذي أردته، وإن انعدم في الواقع فهذا يعني أنّي وقعت في غلط، لأنّ الجزاء سيكون عاملا لمجرّد عدم ذكر الوصف.

وإمّا أن نكون أمام قانون يقبل التّعاقد على عين غائبة لم توصف، وفي

سنتحدّث فيه بعد قليل.

والجزاء في الفقه الحنفي مثلا هو البطلان (الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 2، ص 744.) أو الفساد (السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 125 وما بعدها). أمّا في القانون الفرنسي فالمبدأ وجوب وجود الشّيء وإلاّ فالبطلان، لكن هذا المبدأ يعرف "تلطيفا" يهمّ أوّلا الأشياء المستقبليّة (شيء سيصنع - يقرب منها شيء الغير) وثانيا عقود الغرر (شيء لا يعلم إن كان ما زال موجودا أو أنّه هلك - شيء لا يعلم إن كان سيوجد ذات يوم: مثال السّمك السّابق). وفي هذه العقود إمّا أن يتحدّث عن الصّحة وإمّا أن يتحدّث عن أحكام الشّرط (انظر: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق، عدد 264).

ويمكن القول عن الصّور السّابقة إنّها لانعدام سبب قريب أو لغرر فيه. وهذا القول يدعونا إلى الإشارة إلى أنّه يعترضنا في الفقه الفرنسي حديث في مادّة الغلط عن انعدام السّبب البعيد أو عن غرر فيه: أب يشتري لابنته ثوب زفاف، ثمّ إنّ البنت لا تتزوج ("ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 509) – حجز أماكن في حفل في الهواء الطلق على أمل (لن يتحقّق فيما بعد) أن يكون الطّقس يوم الحفل جميلا ("كاربونيي"، الالتزامات، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 41) – إلخ.

ويلاحظ هنا أنّ شرط وجود المحل إذا لم يتوفّر فقد نكون أمام غلط. ثمّ إنّ عدم وجود محلّ التزام طرف هو من زاوية الطرف الآخر غلط منه في وجود السّبب القريب. فإذا وجد في هذه الحالات غرر انطبقت أحكام الغرر. وانّ صورة ثوب الزّفاف إلخ لا تدخل في الشّرط (لانّ هنالك محلاّ وهو ثوب الزّفاف، إلخ) ومن ثمّ في مادة الغلط، بل إنّ حلّها يتبع مادّة الغرر ومادّة الشّرط.

وينبغي أن نختم بالإشارة إلى ما جاء عند ابن رشد (بداية المجتهد... ج 2، ص 247.) من "جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقّع الوجود وبالجملة ما لا يصحّ بيعه في الشّرع من جهة الغرر).

[667] انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسيّة)، عدد 262. الذين حدّثونا أوّلا عن عين معيّنة (corps certain) أي عمّا لا يباع بالوزن والعدّ والكيل وأعطوا مثال بيع عقار أو عمل فني دون تعيينه. وثانيا عن الشّيء المثلي (chose fongible) وهو الذي يباع بالوزن والعدّ والكيل (وينقسم إلى النّقد وغير النّقد [objet monétaire- objet en nature]: "كاربونيي"، الالتزامات، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 55) والذي لا يحدّد نوعه (بيع طعام دون تحديد نوعه: أرز أو قمح أو... – سيارة دون تحديد نوعها - إلخ) أو كمّه (انظر الفصل 577 م.ا.ع). وجزاء تخلّف هذا الشّرط في الفقه الإسلامي البطلان (انظر السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 125 وما بعدها) (ولكن انظر ما سيرد في المتن). وينبغي أن نشير هنا إلى أنّ صورة الفصل 261 م.ا.ع تدخل في هذا الإطار؛ وإلى أن نشير أيضا إلى انّه وبعد أن يتوفّر التّعيين أو قابليّة التّعيين يمكن أن يتحدّث عن غلط أمّا قبل ذلك فلا.

[668] بيع بقرة على أنّها تحلب كذا، أو شاة على أنّها حامل، إلخ (انظر: ابن رشد، بداية المجتهد ... مرجع سابق، ج 2، ص111 و114- وانظر: حيدر (علي)، درر الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 306 تحت عنوان خيار الوصف). وهذه جهالة مفسدة للعقد لأنّها تؤدّي إلى نزاع مشكل (الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 2، ص 741 وما بعدها).

هذا يمكن أن يقال بما سبق، أي في هذا يمكن أن يوجد خيار الرّؤية.

وتبدو م.ا.ع (الفصل 63 منها) من جنس القانون الأوّل، لذا فهي رَحِمٌ لا يلد مثل هذا الخيار، وهي في هذا مثل جزء من الفقه الإسلامي. لذا لا يمكن المرور لمسألة الإحكام.

187. ممّا تقدّم يخلص أنّ م.ا.ع لا تجسّد عدم الإحكام في الإطار الخاصّ. لكن الأمر مختلف على مستوى الإطار العامّ، فهنا ليس ثمّ إلاّ غلط وُجد، أي ليس ثمّ "شرط مغتفر".

ولقد سبق أن رأينا أن ليس ثمّ صور غلط، وثمّ معها علّة غائيّة أو فاعلة، أي في النّهاية ليس ثمّ شرط هنا أيضا ...

خلاصة العنوان الأوّل

188. ... فإذا كان ليس ثمّ شرط "العلّة"، وليس ثمّ شرط "مغتفر"، فهذا يعني أنّ الحديث الذي سبقهما عن الصّور قد تضمّن الكلام عن الشّروط.

ولعلّ هذه المحصّلة تدعو إلى أن نربطها بنتيجة سبقتها ولأن نقول بعد ذلك:

- إنّ الحديث عن الشّيء هو حديث عن الشّخص، والحديث عنهما حديث عن القانون، ثمّ الحديث عن كلّ ما تقدّم هو حديث عن الشّرطين.

- وإنّ عدم الإحكام في الأحكام المتعلّقة بالشّيء لا بدّ لأجل ما سبق من أن يوجد في الأحكام المتعلّقة بالقانون.

[علينا أن نذكّر هنا أنّ ما جاء أعلاه نتاج مقارنات جزئيّة، وأنّ ننبّه إلى ما أوردناه بين قوسين بعدد 98 والذي مفاده أنّ تلك المقارنات الجزئيّة يجب أن تحضر معها المقارنة ذات الطّابع العامّ والتي تؤدّي إلى قول بتفوّق للقانون الغربي [ومن ثمّ لـ: م.إ.ع على الأقلّ على مستوى الفصل 43 وما بعده] على القانون الإسلامي من زاوية المنهجيّة التّشريعيّة وذلك في ما يخصّ وجود نظريّة عامّة للغلط التّلقائي].

وعلى هذا لم يبق تقريبا إلاّ أحكام الشّيء[669] وإلاّ عدم الإحكام المرتبط بها. وعليهما دار كلّ الحديث عن الغلط التّلقائي.

فإذا جئنا بما سيجيء وهو أنّ التّغرير غلط مُحْدَث، أمكننا القول إنّ الحديث عن الغلط التّلقائي هو بعدُ حديث عن الغلط المحدث، وإنّ عدم الإحكام في ذاك سنجده في هذا.

---

[669] ينبغي هنا (لكوننا في خلاصة) الإحالة على ما ورد سابقا من رسوم.
وينبغي أن نقول إنّ صور الغلط أهمّها الشّيء:
- فإذا نظر إلى عموم الصّور حسُن القول، من وجهة الصّناعة والمنهجيّة التشريعيّة، بالتّفرقة بين صور الغلط الذي ينصبّ على سبب قريب وصور الغلط الذي ينصبّ على سبب بعيد.
لكن (ولصعوبة التفرقة أحيانا) ينبغي للتّشريع (حين يقرّر أن يعاقب هذه الصّور أو بعضها) أن يعاقبها عقابا واحدا (انظر في الجزء الثاني ما عسى أن يكون هذا الجزاء الواحد وما عسى أن يكون أفضله) (ملاحظة: هذا السّبب يجعل دراسة الأحكام الأصليّة للغلط غير قابلة للفصل عن دراسة الأحكام التّأييديّة).
- وإذا نظر إلى أهمّ الصّور (وهي الشّيء)، حسُن من زاوية المنهجيّة التشريعيّة القول بالتّفرقة بين التّفاوت الفاحش والتفاوت غير الفاحش.
لكن (ولصعوبة التّفرقة أحيانا) ينبغي للتّشريع (حين يقرّر أن يعاقب) أن يعاقب الصّورتين وأن يعاقبهما عقابا واحدا (انظر في الجزء الثاني ما عسى أن يكون هذا الجزاء الواحد وما عسى أن يكون أفضله) (ملاحظة: هذا السّبب يجعل دراسة الأحكام الأصليّة للغلط غير قابلة للفصل عن دراسة الأحكام التّأييديّة).

لكن، لأنّ هذه النّتيجة متحقّقة بعدُ بواسطة ما تقدّم من محتوى، فإنّنا لن نبحث في إطار ما سيأتي من مادّة عن مسألة الإحكام في جانب هذه المادّة الذي تشترك فيه مع سابقتها، بل سنحاول أن نستكشف في هذه المادّة القادمة وجها آخر يدخل في علاقة مع نفس المسألة.

العنوان الثّاني
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث

189. من ينظر إلى عنوان في م.ا.ع هو "في العيوب المبطلة للرّضا"[670]، يجد داخله خمسة فصول تتحدّث عن التّغرير. فإذا ترك الفصل 43 لأنّه نصّ للإعلان، وإذا ترك الفصل 61 باعتباره يهمّ غياب إرادة التّعبير الإيجابيّة والسّلبيّة، وإذا اكتفي بالفصول 56 و57 و60 لتعلّقها بغياب إرادة أثر ما أو إرادة عدم ذلك الأثر[671] ... إذا فُعِل ما سبق، أمكن القول عن الفصل 60 إنّه للقيمة[672]، وعن الفصل 56 إنّه لها ولغيرها[673]. لكنّ هذا الرّأي قابل للنّقاش إذ سيُرى أنّ مطلق النّص لا يفيد الإطلاق (وهو ما يقتضيه ذلك الرّأي) بل هو يفيد الخصوص: أي يفيد ما ليس قيمة. ويخلص ممّا تقدّم أنّ هنالك نصّا موضوعه ما ليس قيمة[674] وآخر محتواه القيمة. أمّا النّص المتبقّي وهو الفصل 57، فتابع - كما سنرى ذلك - للنّص الثّاني.

190. وعلى هذا يمكن تقسيم مادّة التّغرير المرتبطة بغياب إرادة الأثر إلى قسمين: واحد للتّغرير المنصبّ على غير القيمة (وهو تغرير الفصل 56) والثّاني للتّغرير المنصبّ على القيمة (وهو تغرير الفصلين 60 و57)[675]. لكن

---

[670] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارات: "في العيوب المبطلة للرّضا" بعبارات أخرى: "في عيوب الرّضا"، لكن القانون لم يستبدل المعنى بالمعنى. والسّبب أنّ الفصل الثاني من قانون 2005 قال إنّ مضمون المجلة لم ينقّح. وهذا الكلام يعني أنّ التّحاليل (إن وجدت) المستندة إلى العبارات القديمة لن تتأثّر في شئ.

[671] انظر حول إرادة التعبير وإرادة الأثر: عدد 1 من هذا العمل.

[672] فرّق أحدهم بين: أوّلا: القيمة وهي ما يساويه المبيع بين النّاس، وثانيا: الثّمن وهو ما يتراضى عليه المتبايعان وقد يكون أكثر أو أقلّ أو مساويا للقيمة، وثالثا: السّعر وهو "قيمة أو ثمن الواحد القياسي من الشّيء، مكيلا كان أو موزونا، أو مذروعا، أو معدودا. فإذا قيل اشترى فلان مائة متر من هذا النسيج بسعر دينار، فمعناه أنّ كلّ متر بدينار فمجموع الثمن مائة دينار". الزّرقا (مصطفى أحمد): العقود المسمّاة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دمشق دار القلم، ط 1، 1420 هـ/ 1999 م، ص 76 و77.

[673] انظر: الكناني (يوسف)، هل الغبن وحدة قانونية مستقلة ؟ (مقال باللغة الفرنسية)، المجلّة القانونية التونسية، 1978، السّداسي الأول، ص 46.

KNANI (Youssef), La lésion est-elle une entité juridique autonome ? Revue tunisienne de Droit, 1978, premier semestre, p. 46.

[674] سيكتفى هنا بتحديد سلبي لموضوع 56 ضرورة أن تحديده الإيجابي (هل هو لوصف الشّيء ولوصف الشّخص ولوصف السّبب إلخ...؟) لا يمكن الخوض فيه إلا في مرحلة متقدّمة من هذا البحث.

[675] نظر مصطفى أحمد الزّرقا إلى الغاية من التّغرير وقسّمه من ثمّ إلى تغرير في الوصف وتغرير في السّعر. وإن هذا التقسيم لممكن السحب على م.ا.ع بشرط أن يتبين أنّ 56 هو فقط للوصف، وهو أمر - كما قيل أعلاه - سيخاض فيه لاحقا. ولقد قال نفس المؤلّف عن الفقهاء المسلمين إنّهم نظروا إلى الوسيلة المستعملة وقسّموا من هنالك التّغرير إلى فعلي وقولي، كما قال إنّ الأوّل عنده هو عينه الأوّل عندهم، والثّاني لديه هو نفسه الثّاني لديهم (انظر: الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، ط 1، ج1، 1418 هـ - 1998

سنترك هذا التّقسيم، وسنعمد إلى آخر يبدو أكثر استجابة لمقتضى العرض الواضح. هذا التّقسيم الآخر يستند إلى ما قرّبته م.ا.ع على صعيد المكان من بعضه البعض وإلى ما أبعدته[676].

فما قرّبته هو تغرير الفصلين 56 و57 وما أبعدته هو تغرير الفصل 60.

وإنّا سنرى أنّ التّغرير هنا أو هناك غلط مُحْدَث. وهذا يعني أن بالإمكان تقسيم ما جاء بـ: م.ا.ع (بعد أن نطرح منه الأحكام التّأييديّة) إلى أحكام أصليّة متعلّقة بالغلط المحدث هي للفصلين 56 و57 من جهة؛ وإلى أحكام أصليّة متعلّقة بالغلط المحدث هي للفصل 60 من جهة أخرى.

فإذا ركّبنا على هذا التّقسيم العلاقة بالإشكاليّة التي نعمل عليها، أعطى ذلك حديثا عن مسألة الإحكام في أحكام الفصلين 56 و57 من جهة، وحديثا عن مسألة الإحكام في أحكام الفصل 60 من جهة ثانية.

لذا سننظر في الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المحدث الوارد بالفصلين 56 و57 (الفصل الأوّل)، ثمّ في الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المحدث الوارد بالفصل 60 (الفصل الثّاني).

م، ص 463 وما بعدها).

[676] إنّ ما سيعطيه هذا التّقسيم من أقسام يمكن الوصول إليه بواسطة أداة أخرى هي تركيبة الفصول 56 و57 من جهة وتركيبة الفصل 60 من جهة أخرى: ففي الأوّلين جاء التغرير كمبتدأ أو كمخبر عنه، وفي الثاني (وكذلك في 61 ولكن هذا لن يدخل في عملنا) جاء داخل الجملة التي تمثّل الخبر (هو شرط للغبن في 60 ويمكن أن نضيف إنّه حال له، أي للغبن، في 61).

الفصل الأوّل
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصلين 56 و57

191. من يقرأ الفصل 56 يمكنه أن يفصل داخله بين أربعة أحكام: أوّلها لما يؤتى به أي للعمل[677]، وثانيها لمن يأتي بالعمل أي للعامل، وثالثها لتأثير العمل، ورابعها لجزاء العمل.

أمّا من يقرأ الفصل 57 فيمكنه أن يميّز فيه بين ثلاث طبقات: أوّلها للعمل[678]، وثانيها لأثره[679]، وثالثها لجزائه. كما يمكن أن يضيف طبقة أخرى تتعلّق بالعامل[680].

فإذا تُرِكت جهة الجزاء لكونها تتمثّل في حكم تأييدي، وتمّ الاهتمام فقط بالأحكام الأصليّة الموجودة في الفصلين 56 و57، أمكن التّمييز بين حكم يهمّ العمل، وآخر يهمّ العامل[681]، وأخير يهمّ أثر العمل.

فأمّا "أثر العمل"، فمرتبط بالمتعاقد المغرَّرِ به أي بالمتعاقد الواقع في غلط محدث، وأمّا "العمل" و"العامل" فمرتبطين بمعاقِد المغرَّر به أي بالمتعاقد مع الواقع في غلط محدث. وعلى هذا فإنّ ما ورد بالفصلين 56 و57 يمكن أن ينظر إليه من جهة هذا الشّخص أو من جهة ذاك. وانطلاقا ممّا تقدّم يمكن البحث في علاقة تلك الجهة ثمّ في علاقة هذه بمسألة الإحكام. بعبارة أخرى

---

[677] عمل الشّيء لغة فعله عن قصد (انظر المعجم العربي الأساسي، المنظّمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1989. وانظر المعجم العربي الحديث، لاروس 1987)، وفعل: عمل، والفعل العمل والحركة والحدث (انظر المعجم العربي الأساسي). وعلى هذا يمكن القول إنّ الفعل قد يكون مقصودا (هو عمل كما في المعجم والعمل ما قصد)، وقد يكون غير مقصود (هو حركة وحدث وهذان قد يكونان مقصودين أو غير مقصودين).انظر أيضا حول ما سبق: معجم الفروق اللغوية لأبي هلال العسكري: "1290. الفرق بين الصّنع والفعل والعمل (1): قال الراغ في الفرق بينها: الفعل لفظ عام. يقال لما كان بإجادة وبدونها، ولما كان بعلم أو غير علم، وقصد أو غير قصد، ولما كان من الإنسان والحيوان والجماد. وأما العمل فإنه لا يقال إلا لما كان من الحيوان دون ما كان من الجماد ولما كان بقصد وعلم دون ما لم يكن عن قصد وعلم. قال بعض الأدباء: العمل مقلوب عن العلم، فإن العلم فعل القلب، والعمل فعل الجارحة، وهو يبرز عن فعل القلب الذي هو العلم وينقلب عنه. وأما الصنع فإنه من الإنسان دون سائر الحيوانات، ولا يقال إلا لما كان بإجادة. ولهذا يقال للحاذق المجيد، والحاذقة المجيدة صنع كبطل وصناع، كسلام. والصنع يكون بلا فكر لشرف فاعله، والفعل قد يكون بلا فكر لنقص فاعله. والعمل لا يكون إلا بفكر لتوسّط فاعله. فالصّنع أخص المعاني الثلاثة، والفعل أعمّها، والعمل أوسطها. فكلّ صنع عمل، وليس كلّ عمل صنعا، وكلّ عمل فعل، وليس كلّ فعل عملا". معجم الفروق اللغوية الحاوي لكتاب ابي هلال العسكري وجزءا من كتاب السّيّد نور الدّين الجزائري (مرجع سابق)، ص 322.

وبما أنّ المتحّدث عنه في المتن فعل مقصود ـ كما سيجيء تبيان ذلك لاحقا بـ: عدد 196 وما بعده ـ اختير لفظ العمل لأنّه خاص بالمتعمّد وترك لفظ الفعل لأنّه عامّ أي هو للمتعمّد وغير المتعمّد.

[678] انظر إن كان ثمّ فرق مع ما جاء في الفصل 56: عدد 227 وما بعده من هذا العمل.

[679] انظر أين يلتقي جانب 57 هذا وأين يفترق مع الجانب المقابل له في إطار56: عدد 220 وما بعده من هذا العمل.

[680] انظر عدد 210 من هذا العمل.

[681] انظر عدد 210 من هذا العمل.

يمكن النّظر:

- في الإحكام على مستوى جهة المتعاقد مع الواقع في غلط محدث (القسم الأوّل).
- وفي الإحكام على مستوى جهة المتعاقد الواقع في غلط محدث (القسم الثّاني).

القسم الأوّل: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد مع الواقع في غلط مُحْدَث

192. قيل منذ قليل إنّ هذه الجهة فيها العمل والعامل. فإذا ركّبنا على هذين الفكرةَ التي نعمل عليها أعطى ذلك عنوانا للإحكام والعمل (§1) وآخر للإحكام والعامل (§2).

§ 1 الإحكام والعمل

193. تحدّث الفصلان 56 و57 عن التّغرير[682]. ويمكن القول:

أوّلاً إنّ هذه اللفظة لها في اللغة معنى وحيد هو أن يخدع المرءُ نفسَه[683].

ثانياً إنّ هنالك نيّة مخالفة من صاحب اللفظ[684]، أي أنّه قصد معنى مغايراً هو أن يخدع المرءُ غيرَه[685].

---

[682] جاءت اللفظة أيضا بـ: 60 (جاءت أيضا بـ 61 ولكن هذا لا يدخل في عملنا. ثمّ إنّها ومنذ قانون 2005 أدخلت إلى: 43).

[683] جاء في لسان العرب لابن منظور:"...والتغرير: حمل **النّفس** على الغرر، وقد غرّر **بنفسه** تغريرا وتغرّة... وفي حديث مطرف: إنّ لي نفسا واحدة وإنّي أكره أن أغرّر بها أي أحملها على غير ثقة..."
وجاء عند أحدهم أنّ:"... كلّ كتب اللغة... تقول غرّر بنفسه تغريرا..." (الضّرير (الصّديق محمّد الأمين)، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 1، 1386 هـ، 1967 م، ص 35، الهامش عدد 2.
لكن جاء عند: حيدر (علي)، درر الحكام... مرجع سابق، ج 1، ص 130 حديث عن التّغرير وضرب في إطاره مثال من يخدع غيره، ثمّ ذكر "الغُرور" وقيل هو "... أن يخدع الإنسان نفسه بنفسه...".
ويمكن القول إن ما جاء عند حيدر علي لا يمكن اعتماده على أنّه معنى في اللغة بسبب تعارضه مع ما جاء عند ابن منظور خاصة، كما أنّه علينا أن نلاحظ أنّ المعجم العربي الحديث (لاروس 1987) قال عن التّغرير إنّه الاستغفال وعن الغُرور إنّه الأباطيل، لكن علينا ـ لكي نوفّق بين ما جاء هنا وما جاء عند ابن منظور ـ أن نقول إن الاستغفال قصد به استغفال المرء لنفسه، والأباطيل ما يأتيه المرء ضدّ غيره (انظر ما سيأتي بعد قليل من معنى لغوي للغُرور عند ابن منظور).

[684] انظر جملة الفصل 56: "...حملت الجانب الآخر..." (بمقتضى قانون 2005 استبدلت عبارة "الجانب" بعبارة "الطّرف"). وعلى هذا فإنّ سياق عبارة التغرير يفيد بأنّها لخداع المرء غيره. انظر أيضا ما سيأتي عن إرادة المشرع في إطار الفصل 56.

[685] وهذا هو معنى وحيد للفظة الغُرور كما جاء عند ابن منظور:" غرّر يغرّه غرّا وغُرورا وغرّة ... فهو مغرور وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل."
ويجب أن نلاحظ أن الفقهاء المسلمين قد فعلوا نفس ما فعلته م.ا.ع. وفعلا فإنّه ـ وإن غلب عندهم استعمال لفظ الغُرور للتّدليل على من يغدر بغيره ـ فإنّهم استعملوا أيضا لفظة التّغرير وكانت نيتهم تتجه إلى إعطائها معنى مغايرا لمعناها اللغوي وهو خداع المرء لغيره (انظر: الضّرير (الصّديق محمّد الأمين)، نفس المرجع السابق

وينبغي هنا أن ننبّه إلى أنّ هذا المعنى حملته لفظة أخرى وردت بالفصل 43 (وقت وضعه) وهي لفظة التّدليس[686].

كما ينبغي أن يشار إلى أنّ الصّياغة الفرنسيّة لـ: م.ا.ع استعملت في كلّ الفصول التي تمثّل موضوع هذا العمل لفظا واحدا يفيد الخداع، وهو لفظ مطلق، لكن قصِد به مقيّد[687].

194. والنّاظر إلى هذه الصّياغة الفرنسيّة - تماما كالمتأمّل في الصّياغة العربيّة - يجدهما قد بيّنتا في الفصل 56 المقصود من التّغرير[688]، وهو أمر لم تأتياه في الفصل 57.

ويمكن القول (بصفة نظريّة، وبقطع النّظر عن البيان الموجود بالفصل 56 والمنعدم بالفصل 57) إنّ التّغرير لا تخرج وسائله عن اثنتين: فإمّا أن تكون وسيلة إيجابيّة، وإمّا أن تكون سلبيّة (ليس بعد الإيجابي إلاّ السّلبي). ثمّ إنّ

ونفس المكان).

وعلى هذا يمكن القول إنّ عبارة تغرير في الفصل 56 لها معنى وضعي (خداع المرء نفسَه)، ومعنى عرفي (خداع المرء غيرَه)، والعرفي يغلب الوضعي. ثمّ إنّه وبالإضافة إلى ما سبق ثمّ في السياق مايدلّل على أنّه أريد ما قيل للتّوّ إنّه معنى عرفي.

[686] جاء في لسان العرب تحت لفظ دلس (بالتحريك) حديث أوّل عن دالس يدالس مدالسة ودلاسا، أي خدع وغدر. كما جاء فيه وتحت نفس اللفظ حديث ثان عن دلّس وعن التدليس وقيل إنه "عدم تبيان" و"إخفاء" و"كتمان" العيب (انظر نفس المعنى لدلّس في المعجم العربي الحديث، لاروس، 1987).

وقد يتوقف هنا ليسأل أليس لفظ التغرير ولفظ المدالسة بأوسع من لفظ التدليس باعتبار أنّ الأوّلين يعنيان الخداع دون أن يحصراه في ذلك الذي يتمثل في ستر نقيصة ؟ ومن ثمّ ألم يكن على الفصل 43 أن يستعمل بدل لفظ التدليس أحد اللفظين الآخرين ؟

يبدو أنه بالإمكان أن يتخذ هنا موقفان:

فإمّا أن يقال إنّ كلّ خداع هو في نهاية المطاف تغطية عيب. وهنا تكون الكلمات الثلاثة ذات اتّساع واحد.

وإمّا أن يقال إنّ بعض الخداع فقط هو إخفاء نقيصة. وهنا تكون كلمتا التّغرير والمدالسة هما الأوسع.

إلا أنّه يجب (وحتّى إذا أخذ بهذا القول) أن يقال بعده إنّ كلمة التّدليس (وبسبب كون م.ا.ع قد استعملتها كمرادفة لكلمة التغرير) قد نقلت إلى معنى يجعلها مساوية لهذه.

بل إنّه قد لا يحتاج للقول بهذا النّقل، إذ أنّ تحاليل ستأتي لتبيّن أنّ تغرير م.ا.ع هو إخفاء لنقيصة مما يجعل لفظ التّغرير - على تقدير أنّه أوسع - قد ورد على نحو يجعله مساويا للفظ التّدليس (سنرى لاحقا أنّ التّغرير ليس أوسع).

ولختم هذا الحديث تتجه الإشارة إلى أن الترجمة الكاملة للمشروع المُرَاجع مساوية على مستوى استعمال لفظتي التغرير والتدليس لـ م.ا.ع. أما الترجمة الناقصة فلم تجيٌ فيها إلا لفظة التدليس.

ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "التدليس" بعبارة أخرى: "التغرير"، لكن القانون لم يستبدل المعنى بالمعنى. والسّبب أنّ الفصل الثاني من قانون 2005 قال إنّ مضمون المجلة لم ينقّح.

[687] انظر معجمي اللغة الفرنسية: "روبار الصغير1 " و"ليتري" تحت كلمة "dol" وستجد أن معناها: Fraude – Tromperie. وعلى هذا فنحن أمام لفظ مطلق (خداع المرء لنفسه وخداعه لغيره). ولكن ثمّ نيّة تصرفه إلى خصوص معيّن (خداع المرء لغيره).

[688] فقالت الصياغة العربية إنه مخاتلات وكنايات، وقالت الفرنسية إنه Manœuvres و Réticences.

الوسيلة الإيجابيّة إمّا أن تكون قولاً وإمّا عدم قول (ليس بعد القول إلاّ عدم القول[طبعا عدم القول أمر سلبيّ من زاوية كونه عدم قول، لكنّا نتناوله هنا من زاوية أنّ الذي لم يقل لم يكتف بذلك وقام بعمل إيجابي]). وإنّا سنسمّي عدم القول عملا لليد تسمية للشيء بما هو غالب داخله. على هذا، هنالك عمل اليد، وهنالك عمل اللسان، وكلاهما إيجابي. أمّا الوسيلة السّلبية فهي عدم إتيان قول وعدم إتيان ما ليس قولا، أي عدم إتيان قول زائد عدم إتيان ما صرنا نسمّيه ومنذ قليل عمل يد. ويمكن تسمية ما ليس عمل لسان ولا عمل يد والذي هو سلبيّ: عملا للقلب لوحده (إذن وفي المحصّلة هنالك: خائنة اليد، وخائنة اللسان، وخائنة القلب[689]).

بعبارة أخرى (وإذا أردنا وضع الأمر في إطار أعمّ ليتّضح أكثر) هنالك الفعل (وهنا نستعمل اللفظة في أحد معنييها وهو المنفصل عن النّيّة[690]) وهذا قد يصحبه غياب قصد[691] وقد يصحبه حضور قصد[692].

والفعل في الصّورة الأولى لا يمكن أن يدخل في جنس الشّرّ[693] ولا في نوعه الذي يعنينا وهو الخداع. كما لا يمكن أن يدخل في صنف الخير. أمّا في الصّورة الثّانية فنعم.

---

689 جاء عند أحدهم [السّامرائي (فاضل صالح)، التعبير القرآني، ط1، عمان، الأردن، دار عمار، 1418 هـ 1998 م، ص 121] ما يمكن أن يستغلّ لتبرير حديثنا عن عمل القلب: "ومن لطيف الذكر الذي يقتضيه المعنى قوله ﷻ: **(وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ...) (البقرة. 283)** ولم يكتف بقوله (إنّه آثم) بل أسند الإثم إلى القلب وذلك لأنّ الشهادة محلها القلب وكتمانها هو أن يبقيها في قلبه فنسب الإثم إلى القلب وهو تعبير بديع. جاء في (الكشّاف) في هذه الآية: « فإن قلت: هلا اقتصر على قوله (آثم) وما فائدة ذكر القلب، والجملة هي الآثمة لا القلب وحده ؟ قلت: كتمان الشهادة هو أن يضمرها ولا يتكلم بها، فلما كان إثما مقترنا بالقلب أسند إليه لأن إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها أبلغ. ألا تراك تقول إذا أردت التوكيد: هذا مما أبصرته عيني ومما سمعته أذني ومما عرفه قلبي...»".

690 انظر عدد 191 من هذا العمل.

691 بمعنى أننا إمّا أمام شخص لا يملك قصدا، أي إرادة تعبير (أو إرادة استعمالية) وذلك على وجه الإطلاق (الصبي غير المميز، إلخ) وإمّا أمام شخص يملك قصدا، أي إرادة تعبير ولو على وجه نسبي (الصبي المميز، إلخ)، ولكنه حين صدر منه الفعل لم يكن يقصده (الناسي والخاطئ).

692 بمعنى أننا أمام شخص يملك قصدا، أي إرادة تعبير ولو على وجه نسبي، وحين صدر منه الفعل لم يكن خاطئا ولا ناسيا

693 فالطفل حين يفعل بقطّته ما يفعله بلعبته لا يعد شرّيرا (انظر إلى: نيتشه: الإنساني، المفرط في الإنساني (باللغة الفرنسية)، فرنسا، ماركور، 1910،ج 1،عدد 104.

Nietzsche, Humain trop humain, France, Mercure, 1910, première partie, n° 104.

(إنّ الطفل لا يملك عقلا = هو غير مميّز (لذلك يقال إنّه فاقد لإرادة التعبير أو لإرادة الاستعمال) = هو غير مفرّق بين الصواب والخطأ والخير والشرّ).

ولسبب مختلف عمّا سبق لا يعدّ شرّيرا والد الطفل! لو كان ناسيا أو خاطئا (سقطت من يده القطّة... خطأ في واد سحيق). ولذا فإن النتيجة لا تجعل الحدث شرّا. قرّب من: بيرلمان" و"تيتيكا"، مؤلّف الحِجاج: مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص464 وما بعدها وص476. وقرّب من التفرقة بين الأخلاق التي معيارها الشّخص والأخلاق التي مقياسها الحدث: المرجع السّابق، ص406.

195. فإذا اهتممنا الآن بهذه الصّورة الثّانية، وجدناها كما تقدّم تتركّب من فعل ومن قصد:

والفعل قد يكون لليد، وقد يكون للسان.

أمّا القصد فإن كان خيرا كان فعل اليد واللسان خيرا[694]، وإن كان شرّا كان فعل هذين شرّا. ولقد جرى الفقه الغربي على الحديث عن القصد وتسميته بالجانب المعنوي للتّغرير[695]، وهذا أمر لم يعرف في الفقه الإسلامي. وقد يكون السّبب أنّه متى تحدّثنا عن تغرير فنحن بعدُ في إطار "عمل" الشّرّ، أي في إطار "فعل" ومعه قصد شرّ[696].

وعلى هذا، إذا أخِذ بعين الاعتبار التّركيب الثّنائي أمكن القول: لأنّنا أمام فعل يد أو لسان زائد قصد، فنحن أمام عمل لتلك أو لهذا[697].

وإنّ مواصلة البحث في هذه الأمور يجعلنا نكتشف صورة يحضر فيها قصد الخداع ويغيب الفعل. فإذا عاقبنا هنا عاقبنا في الحقيقة ترك فعل آخر.

196. وما سبق يجعلنا نسمّي الصّورة التي وصفناها أعلاه بالثّانية بأنّها لإتيان عمل، وبأنّها لإتيان عمل يد أو لسان. كما أنّ ما سبق يمكّننا من تسمية الصّورة التي تعرّضنا إليها في مرتبة أخيرة بأنّها لترك العمل (ويمكن أيضا وكما تقدّم أن نسمّيها عملا للقلب). ويمكن - لمن يستحضر أوّلا كون إتيان العمل وتركه[698] هما كلّ ما يمكن أن يحويه نظريّا جنس الشّرّ عموما ونوع

---

[694] جاء في الحديث الشريف أن:" نية المؤمن خير من عمله وعمل المنافق خير من نيته..." السيوطي (جلال الدين بن أبي بكر): الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، بيروت، دار الكتب العلمية، ج 2، ص 556، عدد 6269. فالقصد الخيّر للمؤمن تعجز يده أو لسانه عن ترجمته ترجمة كاملة... وكذلك القصد الشّرّير للمنافق...

[695] انظر على سبيل المثال من المعاصرين:

"تيري"و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 226.

"كاربونيي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 42.

"مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") و"شاباس"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 190.

[696] قد نفعل شرّا بالعدوّ، ونقصد به شرّا وفعلنا وقصدنا من وجه آخر يعدّ خيرا. وسنرى لاحقا أنّ الرّومان كانوا يتحدّثون داخل هذا الإطار عن تغرير (إذن فعل شرّ وقصد شرّ) محمود (إذن فعل خير): إذن فعل شرّ خيّر (انظر عدد 224 من هذا العمل).

[697] انظر معنى العمل في عدد 191.

[698] يبدو أنه ينبغي التمييز بين صورتين:

◄ الصورة الأولى: عمل اليد أو عمل اللسان أو ترك العمل (أي عمل القلب لوحده أو الكتمان) الذي يوجد وقت النشأة.

♦ عمل اليد: يمكن عدّ الفعل قرينة على وجود قصد الخداع. بعبارة أخرى قصد الخداع قصد، والقصد يخفى فلا يعرف إلا بالعبارة عنه. ويمكن عدّ الفعل الذي جاء من اليد [لوحده أو مع غيره من الأمور التي يمكن أن تتوفر في الواقع: من هذه الأمور الشّخص نفسه. وفعلا قد يؤخذ الفاعل كسياق قي عمليّة تأويل الفعل. انظر:

الخداع خصوصا، وثانيا كون الفصلان 56 و57 تحدّثا عن التّغرير وهي لفظة لعموم غدر المرء بغيره - ... يمكن إذن لمن يستحضر ما سبق، وعلى الأقلّ استنادا إلى لفظة التّغرير الواردة بالنّصين المذكورين، أن يتحدّث عن قسمين هما: إتيان العمل وتركه. فإذا ربط كلّ قسم بالمسألة التي نعمل عليها أدّى ذلك إلى حديث عن الإحكام وإتيان العمل (أ) وإلى حديث عن الإحكام وترك العمل (ب).

"بيرلمان" و"تيتيكا"، مؤلّف الحِجاج: مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص422 وما بعدها] بمثابة تلك العبارة التي يأتي بها المدّعي ليثبت وجود ذلك القصد عند المدّعى عليه. ثم إن هذا يمكنه أن يثبت عدم قصده الخداع، وعدم القصد بدوره يخفى فلا يعرف إلا بعبارة عنه.

♦ ترك العمل أو عمل القلب لوحده أو الكتمان: هو يخفى فلا يعرف إلا بغيره وهو من جهة علم من ينسب له هذا الترك أو هذا العمل أو هذا الكتمان بالأمر المكتوم (إذن ولأنه عالم فليس مخطئا)، ومن جهة أخرى استحضاره هذا الأمر لحظة النشأة (إذن ولأنه مستحضر فليس ناسيا). لكن العلم والاستحضار يخفيان بدورهما ولا يعرفان إلا بالعبارة عنهما، وهذه العبارة هي التي سيأتي بها المدّعي (مثلا المدّعى عليه استعمل الشّيء والعيب هو من النوع الذي لا بدّ من أن يكتشفه المستعمل، فالاستعمال هنا عبارة عن العلم – مثلا المدّعى عليه شخص عادي والحال العادية للإنسان أن لا ينسى، فهذه الحال العادية عبارة عن الاستحضار. وبلفظ مختلف يعدّ عدم النسيان أمرا تابعا لما يسمّى بسيرة العقلاء ومتبنّيات المجتمعات وتقوم على افتراضه عديد من الأمور في التجمعات الإنسانية: الامتحانات، إلخ. ولأنّه كذلك فعدم النسيان لا يحتاج إثباتا)، أما المدّعى عليه فقد يحاول إثبات عدم قصده، وهذا يخفى فلا يعرف إلا بعبارة عنه وهي عدم العلم وعدم الاستحضار، وكلاهما يخفى بدوره فلا يعرف إلا بعبارة عنه.

♦ عمل اللسان: إن المدّعي هنا مطالب بإثبات علم المدّعى عليه بمجانبة كلامه للصواب (انظر ما سيأتي حول معنى الكذب) وهذا هو القصد، ويتضمن أمرين: علم بالخطأ واستحضار ذلك إبّان عملية التكلم (أو علم بالصواب واستحضار ذلك إبّان عملية التكلم بخلافه). وان ما ورد أعلاه عن العلم والاستحضار يصحّ هنا.

◄ الصورة الثانية: عمل يد أو عمل لسان يتحقق ثم لا تحصل النشأة إلا بعد ذلك بزمن:

هنا وفي لحظة النشأة ليس ثمّ عمل يد أو عمل لسان. لكن قد يكون ثمّ كتمان، أي علم من جهة واستحضار من أخرى. وهذا يرجعنا إلى ما قيل سابقا في إطار عمل اليد والكتمان (العبارة عن العلم هي عمل اليد والعبارة عن الاستحضار الحالة العادية إلخ) أو إلى ما ورد في إطار عمل اللسان والكتمان (العبارة عن العلم بالخطأ والعبارة عن الاستحضار). ولعل ما سبق يدلّل على دقة المشاكل التي قد يثيرها إثبات وجود القصد من قبل المدّعي وإثبات غيابه من قبل المدّعى عليه (انظر حول مشاكل الإثبات: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 226).

ولعلّ قانونا كالإسلامي قد تجاوز كل هذه المشاكل في مادة التغرير وذلك حين أتى بمادة غلط واسعة.

وعلى كلّ فإنّ ما سيأتي سيدعو إلى تناول ما جاء هنا على نحو ثان هو:

◄ **(كتمان الحقيقة)** على المدّعي أن يثبت كتمان وإخفاء الحقيقة/ الإثبات المباشر ممتنع لأنّ الكتمان أمر باطني/لم يبق إلا أن يأتي بشيء على أنّه يدلّ على الكتمان/هذا الشّيء المأتيّ به هو علم المدّعى عليه بالحقيقة/ الإثبات المباشر ممتنع لأنّ العلم أمر باطني/ لم يبق إلا أن يأتي بشيء على أنّه يدلّ على العلم (قد تقتنع المحكمة وقد لا تقتنع بالدّلالة)/ النّاسي لم يعد عالما وغير الناسي يبقى عالما/ إذن ينبغي على المدّعي أن يثبت عدم النسيان لكي يظلّ ثمّ عدم علم/ لكن عدم النسيان - أخذا بسيرة العقلاء - أمر مفترض = جميع ما سبق يجعلنا أمام كتمان ثابت.

◄◄ **(كتمان الحقيقة+ تغيير الحقيقة بواسطة اليد)** نقل ما ورد أعلاه مع زيادة أنّ عمل اليد (لوحده أو مع غيره)هو الذي سيدلّ على العلم.

◄◄ **(كتمان الحقيقة+ تغيير الحقيقة بواسطة اللّسان)** نقل ما ورد أعلاه مع زيادة أنّ عمل اللسان (لوحده أو مع غيره) هو الذي سيدلّ على العلم.

(أ) الإحكام وإتيان العمل

197. يعلم ممّا سبق أنّ العمل يؤتى باليد أو باللسان. لذا سينظر في علاقة الأوّل ثمّ في علاقة الثّاني بمسألة الإحكام.

(1) الإحكام وإتيان العمل بواسطة اليد

198. إنّ الحديث عن عمل اليد يختلف بحسب ما إذا تعلّق بالفصل 56 أو بالفصل 57:

199. فأمّا الفصل 56، فيمكن تقسيم الكلام عنه إلى واحد يهمّ صيغته العربيّة وآخر يهمّ صيغته الفرنسيّة:

ولقد جاءت في الصّيغة الأولى لفظة المخاتلات وهذه قد يُتّخذ منها موقفان:

فإمّا أن يقال إنّها لفظة لها معنيان: عموم الخداع وضرب منه هو عمل اليد، ويقال من ثمّ إنّها محتاجة ابتداءً لنيّة على أحدهما.

وإمّا أن يُتمسّك بأنّها تعبير له دلالة وحيدة هي عمل اليد، ويُتمسّك من هنالك بأنّها غير محتاجة ابتداءً إلى قصد[699].

فإذا أخذنا بالموقف الأوّل كنّا ملزمين بالبحث عن نيّة صاحب اللفظة لترجّح لنا أحد المعنيين كي نأخذ به ونعتمده.

أما إذا تبنّينا الموقف الثّاني لم يلزمنا ذلك ابتداءً. لكن من الواجب أن نأتيه كي نستقرّ على حلّ. فإمّا ألاّ نجد نيّة مخالفة لذلك المعنى وعندها نأخذ به بصفة

---

[699] جاء في لسان العرب لابن منظور تحت كلمة ختل ما يدل على أنها تفيد الخداع ("...خدعه عن غفلة...والتخاتل: التخادع... وفي الحديث: ... تختل الدنيا بالدين ... من ختله إذا خدعه ... وفي حديث الحسن في طلاب العلم: وصنف تعلموه للاستطالة والختل أي الخداع ... الختل الذي هو الخديعة ...")، وهذا هو الذي أدى في المتن إلى القول الأول.

كما جاء في لسان العرب أمثلة للختل وكلها لعمل اليد، مما يدل على أن الخداع ليس للعموم وإلا لجاءت أمثلة لعمل اللسان أو لعمل القلب أيضا. ("...يقال للصائد إذا استتر بشيٍّ ليرمي الصيد... ختل الصيد[والاستتار عمل لليد]... والمخاتلة: مشى الصياد...في خفية [والمشي عمل..."لليد"؟ وهنا يدرك أن المقصود باليد في كل ما سبق وما سيأتي كل عمل إيجابي ليس بقول، وإنما استعملت اليد لأنها هي التي تأتي في الغالب بهذا العمل الإيجابي الذي ليس بقول]... ثم جعل مثلا لكل شيء وُرّي بغيره [والتورية عمل لليد] وستر عن صاحبه... كأني أنظر إليه يختتل الرجل ليطعنه أي يداوره ويطلبه من حيث لا يشعر [والمداورة والطلب عمل يد] وختل الذئبُ الصيد: تخفى له [والتخفي صنعة اليد]... ويقال للرجل إذا تسمّع لسرّ قوم: قد اختتل [والتسمع يأتي من اليد]...").

وكل هذا هو الذي أدى إلى القول الثاني.

نهائيّة، وإمّا أن نجد نيّة مغايرة لذلك المعنى فنتركه ونأخذ بها وذلك أيضا بصفة نهائيّة.

فإذا مررنا الآن إلى الصّيغة الفرنسيّة وجدنا لفظة تبدو أنّها ذات معنى وحيد هو الخداع بواسطة اليد[700]. فإذا صحّ الذي بدا أمكن نقل ما ورد سابقا في إطار الموقف الثّاني ووضعه هنا.

وكلّ ما سبق يعني أنّا سنبحث - لأنّ ذلك لازم ابتداء أو انتهاء - في نيّة المشرّع. وهذه كما نعلم تخفى فلا تعرف إلاّ بغيرها وهو العبارة عنها. وهذه العبارة نجدها في المشروع وفي المشروع المُرَاجَع:

وفي الأوّل جاء أنّ الكلمة الواردة بالصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 (والتي تقابل في الصّياغة العربيّة لهذا النّص لفظة المخاتلات) تفيد الإيهام بعدم وجود ما هو موجود، أو بوجود ما هو غير موجود[701].

وهو نفس الذي يُحصّل من الثّاني وبالتّحديد من الحاشية الجانبيّة للفصل 61[702].

هذا المعنى المحصّل يمكّن من التّأكيد على أنّ نيّة المشرّع قد ذهبت - على الأقلّ ضمن ما ذهبت إليه [703] - إلى خداع اليد.

ونفس التّأكيد يمكن الخروج به بعد قراءة بقيّة محتوى الحواشي وما تحيل عليه من مراجع.

200. وإنّ الحديث عن هذا الضّرب من الغدر مختلف قليلا عمّا ورد أعلاه لو أنّه تمّ في إطار الفصل 57. فلم تجئ في هذا سوى لفظة التّغرير، وهذه مطلقة، والمطلق يمكن أن يتّخذ منه موقفان:

فإمّا أن يقال إنّه كاللفظ ذي المعنى الوحيد، وهنا سيفيد المطلق الإطلاق ابتداء والخصوص لو ظهرت نيّة على ذلك.

---

[700] فيما يخص المعنى اللغوي، فإن المعاجم تبدأ بالقول إن كلمة: manœuvre تعني عمل œuvre اليد main، ثم بعد ذلك تتحدث عن الخداع (انظر إلى معجمي اللغة الفرنسية: روبار الصغير1 و ليتري) وهذا يعني أن تلك الكلمة تعني الخداع بواسطة اليد.

[701] تحدث الفصل 47 عن:"dol "وقال إنه: manœuvre ثم قال الفصل 48 إن: "dol" يعني الإخفاء المتعمد لأمر أساسي، أو جعل الآخر يعتقد في وجود أمر. وكل ما سبق يعني - وهذا ما قيل أعلاه - أن manœuvre تعني ما جاء بالفصل 48، أي الإخفاء إلخ.

[702] والتي جاء فيها ما كان موجودا بالفصل 48 من المشروع. لكن - ولأن الفصل 61 من المشروع المُرَاجَع أضاف لفظة لم تكن موجودة بالمشروع - فلقد جاءت بالحاشية الجانبية للفصل 61 زيادة هي تفسير للفظة الإضافية.

[703] إذن لم يحسم أمر الموقفين الواردين سابقا، ولكن هذا لا نحتاجه لأن لدينا بعد ما يهمنا وهو أن لفظ 56 (مخاتلات – manœuvre) يفيد عمل اليد.

وإمّا أن يُتمسّك بكونه كاللفظ ذي العديد من المعاني، وهنا كأنّ المطلق يفيد العموم ويفيد في نفس الوقت الخصوص، والواجب عندها البحث عن نيّة لفائدة أحدهما [704].

ولعلّنا لا نحتاج للدخول في هذه التفصيلات، ولعلّنا نستطيع أن نقول - لأنّ هذا سيتأكّد لنا فيما بعد - إنّ لفظ الفصل 57 يفيد ضمن ما يفيد عمل اليد.

وعلى هذا يكون هذا الضّرب من الفعل موجودا بالنّصين المتحدّث عنهما هنا.

201. فإذا قرّبنا هذه النّتيجة من القول إنّ هذا الغدر يعرفه كلّ من الفقه الإسلامي[705] والفقه والقضاء والقانون الغربي[706]، كانت الخلاصة أنّ هذه المادّة للفصلين 56 و57 - وبسبب وجود ما هو مثلها في الشّرق والغرب - لا يمكن القطع بأنّها محلّيّة أو مستوردة، وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل المحلّي، ومن ثمّ لا يمكن وفي الصّورتين المرور إلى مسألة الإحكام.

فهل الأمر على هذا النّحو بالنّسبة إلى مادّة النّصّين المتمثّلة في عمل اللسان؟

(2) الإحكام وإتيان العمل بواسطة اللسان

202. قد يجيء على اللسان ما يجانب الحقيقة، فإذا كان مقصودا، أي إذا كان عملا، ومقصودا به الخداع سمّي كذبا[707] (قد يقع الكاذب في خطأ وعندها

---

[704] قارن مع الرازي (فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين)، المحصول في علم أصول الفقه، مرجع سابق، ج 3، ص 21. وانظر عدد 177 من هذا العمل.

[705] يكفي هنا أن تؤخذ أحد المراجع المشار إليها في الحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع. كما يمكن أن ينظر أيضا إلى السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 150 وما بعدها وخاصة ص 153.

[706] يكفي هنا أيضا أن ينظر إلى أحد المراجع المشار إليها في الحاشية السفلية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع.

[707] انظر الكندي في الحدود والرسوم حين يقول: "الكذب هو القول الموجب ما ليس هو والسّالب ما هو". الأعسم (عبد الأمير، مرجع سابق، ص 216.

ثمّ زد وانظر إلى مسائل تتعلق بالكذب (حسنه أو قبحه وارتباط هذه الأمور بالعقل أو بالنقل):

السلمي (عبد العزيز بن عبد السلام)، القواعد الصغرى، تحقيق إياد خالد الطباع، دمشق، دار الفكر المعاصر، ط1 ، 1416 هـ، ج 1، ص 66 وما بعدها – 109 وما بعدها.

الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، إرشاد الفحول، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1412 هـ / 1992 م، ج 1، ص 26 وما بعدها.

الجويني أبو المعالي (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف)، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، المنصورة، مصر، الوفاء، ط 4، 1418 هـ، ج 1، ص 83.

الغزالي، مرجع سابق، ج 1، ص 57 وما بعدها.

يمكن أن يقول الحقيقة. وهذه صورة لا تهمّنا لأنّ الكذب لن يحدث غلطا[708])، وإذا لم يتعمّد به الخداع سمّي خطأ[709].

والكذب - مثل الخطأ - أمر إنساني. ولن نُفاجَأ لو عثرنا على الكذب في فصلين مثل 56 و57. فالفرض في النّصّين يتعلّق بأمور إنسانيّة ... بل يتعلّق بأمور مفرطة في الإنسانيّة[710].

203. وإنّ محاولة العثور على الكذب بالفصل 57 ممكنة الإتيان بواسطة نفس الطّريقة التي اكتشف بها وجود عمل اليد داخل هذا النّص.

أمّا محاولة العثور على خداع اللسان داخل الفصل 56، فينبغي أن تبدأ بملاحظة أنّ المشرّع لم يأت في هذا النّص بلفظ يفيد في اللّغة خصوص عمل اللسان. والسّؤال الذي يطرح هل جاء بهذا العمل من وجه آخر. وإنّ الجواب يمرّ عبر لفظة الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 التي تقابل كلمة المخاتلات: فبالإمكان القول - بناء على النّيّة المعبّر عنها مباشرة - إنّها منقولة من م.م.ف[711]. ويبدو أنّ واضعي هذه، قد نقلوا اللفظة من المعنى اللغوي المشار

الآمدي، مرجع سابق، ج 1، ص 120 وما بعدها.

الرازي، مرجع سابق، ج 1، ص 158 وما بعدها.

ثمّ قرّب ما سبق من: " كانط "، النظرية والتطبيق - الحق في الكذب (باللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة فران الفلسفية، 1992، ص67 وما بعدها.

KANT, Théorie et pratique – Droit de mentir, Paris, Lib Ph J VRIN, 1992, p. 67 et s.

[708] أخذت الملاحظة بأنّ الكاذب الواقع في خطإ قد يقول الحقيقة من مقال: "بلانشي" ("روبار")، الحقيقة (المنطق)، الموسوعة الكلّيّة، 2009.

BLANCHÉ (Robert), Vérité (Logique), Encyclopædia Universalis 2009.

وبناءً على ملاحظة "بلانشي" يمكن القول إنّ الكذب ليس قولا يجانب الحقيقة مع علم القائل بالحقيقة، بل هو قول أريد أن يجانب الحقيقة مع اعتقاد القائل عن صواب أو عن خطأ أنّه عالم بالحقيقة. وإنّ واحدة من صور الاعتقاد عن خطأ لا تهمّ عملنا، وهذا ما قيل في المتن

[709] جاء في لسان العرب لابن منظور، وتحت مادة كذب، أن الكذب والخطأ يتشابهان في كونهما ضد الصواب، لكنهما يفترقان:"...من حيث النية والقصد، لأن الكاذب يعلم أن ما يقوله كذب، والمخطئ لا يعلم..." كما جاء فيه أيضا أنه، وبسبب نقطة التشابه، استعمل الكذب مجازا للتدليل على الخطأ (إذن نقلت لفظة الكذب، للمناسبة التي أشير إليها، إلى معنى آخر هو الخطأ، لكن دلالة لفظ الكذب بعد النقل على المنقول إليه ليست أقوى من دلالته على المنقول عنه. وينبغي أن يلاحظ هنا أن الكذب يسمى بالنسبة إلى الوضع الأول حقيقة، وبالنسبة إلى الوضع الثاني مجازا: انظر، حول الحقيقة والمجاز، الرازي المحصول، مرجع سابق، ج1، ص 229).

[710] ولذلك تحدث عنه "نيتشه" مع الأمور الإنسانية، بل المفرطة في الإنسانية، وقال عنه إنه شاق، وإنه يحتاج إلى فكر خلاّق (لا تصدّق إلاّ الكذبة التي لها مواصفات معيّنة) وذاكرة متينة (من يكذب عليه أن لا ينسى أنه وذات يوم قد كذب) ومجهود مستمرّ (من يكذب كذبة مضطرّ - لكي يبقيها - لأن يخلق الكثير غيرها)، (انظر كتاب نيتشه الذي خصصه للإنساني، ولما هو مفرط في الإنساني، والذي أسماه: الإنساني، المفرط في الإنساني: مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، عدد 54. انظر أيضا: "بيرلمان" و"تيتيكا"، مؤلّف الحِجاج: مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 268.

[711] أشير إلى الفصل 1116 م.م.ف في الحاشية التحتية لكل من الفصل 47 من المشروع والفصل 61 من

إليه سابقا، إلى معنى يفيد عموم الخداع[712]. على هذا تكون لفظة الفصل 56 قد أريد بها هذه الدّلالة العامّة. لكنّ هذا القول قد لا يقبل. والسّبب أنّ من يأتي بالعامّ لا يحتاج بعد ذلك إلى الإتيان بالخاص. وهذه هي حال الفصل 56 إذ بعد اللفظة المعتنى بها هنا جاء المشرّع بلفظة أخرى[713]. ويمكن أن يُرَدَّ على هذا بأنّ من يأتي بالعامّ قد يخشى أن يؤتى إليه ويُخرَج منه - لسبب أو لآخر بواسطة عمليّة التّأويل - أمرا معيّنا. فإذا أراد ألاّ يُفعل ذلك جاء بالخاص دون العامّ[714]، أو - وهذا ممكن بدوره - جاء بالخاصّ إلى جانب العامّ[715].

ويمكن أن يضاف إلى ما تقدّم، ودائما في إطار النّيّة المعبّر عنها مباشرة، أنّ هنالك مرجعا استعمل في المشروع المُرَاجع وجاءت فيه اللفظة المتحدّث عنها هنا للتّعبير عن وقائع فيها عمل اليد، وفيها أيضا - وهذا ما يجب أن يُسَطّر - عمل اللسان[716].

وعلى هذا وعلى ما سبقه، يمكن القول إنّ لفظ الفصل 56 أريد به أيضا الكذب[717]. وهو قول يضاف إلى ما تمّ التّأكيد عليه بعدُ في إطار الفصل 57.

204. فالنّصان إذن يعرفان خائنة اللسان. والأمر ليس مختلفاً بالنّسبة إلى الفقه الإسلامي وإلى الغرب[718]. وعلى هذا فمادّة م.ا.ع المتمثّلة في الكذب ثمّ

المشروع المُرَاجَع.

[712] انظر إلى هذا القول الذي جيء به من الأعمال التحضيرية لـ:م م ف: مازو (هنري وليون وجون) وشاباس، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 193. لكننا سنرى أنه، ولئن أعطيت لفظة 1116 المعنى المتمثل في الكذب دون أن يحصل اختلاف (وهذا يكفينا في إطار ما نحن بصدده)، فإنه رفض وإلى وقت قريب إعطاءها معنى الكتمان على الأقل في بعض الصور.

[713] لفظة Réticence وتقابلها في الصياغة العربية لفظة الكنايات.

[714] وهنا سيقال إن الخاص يفيد العموم.

[715] انظر الزركشي (بدر الدين محمد بن عبد الله): البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، بيروت، دار الجيل، 1408 هـ / 1988 م، ج 2، ص464 وما بعدها حيث تحدث عن ذكر الخاص بعد العام فيؤتى به معطوفا عليه بالواو للتنبيه على فضله.

وعلى كلّ قرّب هذه النقطة من الفصل 56 (مخاتلات / كنايات) مما جاء في عدد 85 من تمشّ متعلق بنقطة من الفصل 45 (نوعه / وصفه).

[716] انظر إلى الحاشية السفلية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع حيث تم إيراد قرار تعقيبي فرنسي (21 جويلية 1886، سيراي 1887، 1، 316).

(Cass, 21 juillet 1886, Sirey 1887, 1, 316).

جاءت في وقائعه أعمال يد، وأعمال لسان واستعملت للتدليل عليها اللفظة الفرنسية:"manœuvre " ويمكن أن يشار هنا إلى أن الحاشية الجانبية جاء فيها حديث عن الخداع القولي، لكن - وبسبب انعدام ربط مباشر مع اللفظة المعتنى بها هنا - لم يستعمل هذا الحديث كحجة.

[717] قارن مع الزين (محمد)، مرجع سابق، عدد 177 والذي قال إن المخاتلات خداع بواسطة اليد واللسان.

[718] انظر بالنّسبة إلى الفقه الإسلامي:

المراجع الواردة بالحاشية الجانبية للفصلين 47 و48 من المشروع، وقد جاءت فيها مثلا المادّة 658 من المجلّة

مثلها في الشّرق والغرب. لذا لا يمكن القول عنها إنّها محلّيّة أو مستوردة. وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل المحلّي. من أجل ذلك لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

والسّؤال الذي يظلّ يلحّ - بعد كلّ ما ورد حول الفصل 56 وحول معرفته للكذب - هو: لماذا لم يفرد للكذب لفظ خاص كما فعل مع غدر اليد وغدر القلب؟ إنّ الجواب لا يمكن أن يُقدّم إلاّ بعد التّعرّض إلى هذا الغدر للقلب، وهو ما سيؤتى به الآن من خلال العنوان الخاص بالإحكام وترك العمل.

(ب) الإحكام وترك العمل

205. تمّ في السّابق تحديد مادّة الفصل 57[719] على نحو يجعلها قادرة على أن تحوي خداع القلب[720]. لذا ينبغي المرور دون تأخّر إلى تحديد مادّة الفصل 56 على مستوى هذه النّقطة. هذا التّحديد يستوجب التّوقف عند لفظة النّص وهي الكنايات. وهذه اللفظة لها معنى وحيد في اللغة هو: التّكلّم بشيء

العثمانية التي احتوت على الغرور القولي.

المراجع الواردة بالحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع وفيها ما ورد داخله حديث عن الكذب: مثال:

ابن نجيم، المرجع السابق، I، 334:"... الغرور ... لو أخبره رجل أنها حرة...فظهرت مملوكة..."

التسولي، المرجع السابق، II، 286

الزرقاني، المرجع السابق، V، 133: "... التغرير الفعلي ... له الرد بذلك لأنه غرور فعلي بخلاف القولي كمن قال لشخص بع سلعتك من فلان أو عامله فإنه ثقة مليء وهو يعلم خلاف ذلك ... أو أعار شخصا إناء مخروقا وهو يعلم به وقال إنه صحيح فتلف ما وضع فيه بسبب الخرق فلا ضمان في جميع ذلك على المشهور ... وهذا ما لم ينضم للغرور القولي عقد فيما يمكن فيه ذلك..." (ملاحظة هذه الجملة الأخيرة للزرقاني تدل على أن ما نسب إليه بحاشية الفصل 61 لم يكن دقيقا).

وانظر أيضا:

شحاتة (شفيق)، النظرية العامة للالتزام في القانون الإسلامي الحنفي، (باللغة الفرنسية)، باريس، سيراي، 1969, ص 121.

CHEHATA (Chefiq), Théorie générale de l'obligation en droit musulman Hanefite, Le sujet de l'obligation, Paris, Sirey, 1969, p. 121.

السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 155 وما بعدها حيث تعرض للفقه الحنفي (مبسوط السرخسي) وللفقه المالكي (مدونة مالك وقوانين ابن جزي) وللفقه الشافعي (مهذب الشيرازي) وللفقه الحنبلي (الشرح الكبير على متن المقنع).

وانظر بالنسبة إلى الغرب:

المراجع المستعملة بالحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع، فقد جاءت الإشارة إلى الكذب في:

"أوبري" و"رو"، مرجع سابق (اللغة الفرنسية)،ج 4،الفقرة 343 مكرر حيث تحدثا عن نسبة وصف للشيء هو ليس فيه، وهذا هو الكذب.

"لوران": مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 528، حيث يوجد ما ورد أعلاه عند "أوبري" و"رو"، إلخ...

[719] انظر عدد 202 من هذا العمل.

[720] وذلك في انتظار ما سيسفر عنه البحث في أثر العمل (انظره في عدد 227 وما بعده من هذا العمل) وينبغي التذكير بأن هذا الانتظار قد طلب الإتيان به في موقع آخر.

وإرادة غيره[721]. وينبغي هنا - بعد إعطاء هذا اللفظ ذلك المعنى ابتداءً - البحث عن نيّة صاحبه. فإمّا أن نواصل بعد هذا البحث القول بذلك المعنى، وإمّا أن

[721] انظر لسان العرب لابن منظور:" والكناية أن تتكلم بشيء وتريد غيره. وكنّى على الأمر بغيره يكنّي كناية: يعني إذا تكلّم بغيره **ممّا يستدلّ به عليه** نحو الرفث والغائط..." (إذن أتي بأمر ليستدلّ به على آخر لا لإخفاء هذا الآخر، ولذا لا علاقة للكنايات بالتغرير).
وانظر قاموس الرائد: " كنى يكني كناية بالشّيء عن كذا: ذكره **ليستدل به على غيره**. كقولك "فلان طويل اللسان" كناية عن كثرة كلامه."
وانظر القاموس الجديد: "كنّى يكني كناية به عن كذا: ذكره **ليدل به على غيره** كأن تقول فلان كثير الرماد كناية عن كرمه" (أريد أنه كريم لكن أتي بما يجئ بعد الذي أريد وهذا أبلغ لأنه إذا تحققت كثرة الرماد يكون قد تحقق بعدُ الإطعام ومن ثمّ الكرم).
وانظر المعجم العربي الأساسي: كناية:1- مصدر كنى 2- جمع كنايات [في البلاغة] لفظ أريد به غير معناه الذي وضع له مع جواز إرادة المعنى الأصلي لعدم وجود قرينة مانعة من إرادته وهو أنواع: 1- كناية عن موصوف: الناطقون بالضاد: أي العرب. 2- كناية عن صفة: نظافة اليد: العفة والأمانة. 3- كناية عن نسبة صفة لموصوف: الذكاء ملء عين هذا الرّجل: أي أنّ الرّجل يتّصف بصفة الذّكاء.
وأخيرا انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (فصل الكاف واللام من باب الواو والياء، المجلّد الرّابع، بيروت، دار المعرفة: "كنى به... تكلم بما يستدل به عليه، أو أن تتكلم بشيء وأنت تريد غيره أو بلفظ يحاذيه جانبا، حقيقة ومجازا).
وينبغي هنا أن نضيف أن هذه اللفظة قد استعملت عند أهل البلاغة (وبالتحديد عند أهل البيان منهم) وعند أهل أصول الفقه كل في معنى مختلف عن الآخر. واستعمال الأولين هو من اللغة بعكس الثانين.
وفعلا فإن الكناية عند الأوّلين:" أن يذكر لفظ ويراد معناه لا لذاته، بل لينتقل منه إلى معنى ثان هو ملزوم للمعنى الأول... فصح أن يقال فلان طويل النجاد، قصدا به إلى طول القامة... (حاشية الأزميري)...
لكنها عند الثانين ما استتر المراد به في نفسه حقيقة أو مجازا، فالحقيقة التي هجرت وغلب معناها المجازي في الاستعمال كناية، والمجاز المتعارف صريح، وغير المتعارف كناية حاشية الأزميري)" (ما جاء بين علامتي تنصيص مأخوذ من مرجع هو الذي اعتمدناه في ذكر معنى الكناية في علمي البيان وأصول الفقه وهو لـ: سوار (محمد وحيد الدين): التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، عمان، مكتبة دار الثقافة، 1998، ص 346)
فالتعبير إذن قد يكون صريحا وقد يكون كناية، والصريح هو "ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال كصيغة بعت وزوجت وطلقت وهو... لفظ لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، وينكشف منه المراد في نفسه": سوار (محمد وحيد الدين)، نفس المرجع، ص 347.
أما الكناية فهي - وكما تقدم - "ما استتر مراده. بحيث لا يفهم إلا بقرينة. كقول البائع: جعلت لك هذه الضيعة وسلطتك عليها بكذا، وكقول الأب في الزواج: وهبتك ابنتي، وكقول المطلق لامرأته: فارقتك فاذهبي" (نفس المرجع، ص 346 و347) وإن الكناية قد تكون لفظا شفاهيا أو مكتوبا، وقد تكون إشارة وقد تكون فعلا (تماما مثل الفعل الصريح).
فلفظ الطلاق المكتوب كناية(يفتقر إلى النية عند الشافعية، وإن كان الأحناف يعتبرونه تعبيرا صريحا (أما الإشارة فتكون تعبير كناية إن لم يكن إلا في مقدور الرجل النبيه أن يفهمها (إن كان يفهمها الرجل الوسط فهي تعبير صريح).
وأما الفعل فيمكن بدوره أن يكون تعبير كناية. ومثال ذلك ركوب الدابة في علاقته المحتملة بمعنى هو إجازة العقد، فهذا التعبير عدّ كناية تفتقر إلى النية لو أن آتيه هو صاحب خيار الشرط، لكنه عدّ صريحا ولا يفتقر إلى النية لو أن آتيه صاحب خيار عيب (الكناية لا تصلح لإقامة الحدود...فمن قال: أخذت مال غيري لا يقطع... ومن قال جامعت وواقعت لا يجلد ولا يرجم... لكن الأمر كما تقدم مختلف في التصرفات القولية).
وإن التعبير الكنائي لا يعمل به إلا بالنية وبالقرينة التي تعين على المراد لأنه وفي ذاته قاصر عن البيان اللازم، أما الصريح (فـ)يثبت بعين الكلام ومن غير توقف على نية أو قرينة...
(و) ليست المذاهب على اتفاق في صدد التعبيرات الكنائية فما يعتبره مذهب ما كناية قد يعتبره مذهب آخر صريحا، وقد يتطور اللفظ الواحد فينقلب من صريح إلى كناية أو العكس." (نفس المؤلف والمرجع، ص 348-349).
قارن مع: BARON (A.), De la rhétorique ou de la composition oratoire et littéraire,

نهجره لنقول بغيره. وفي كلتا الحالتين سنستقرّ على رأي فيما يخصّ مدلول هذا التّعبير.

206. وتطبيقا لما جاء للتّوّ وحين نذهب إلى المشروع نجده قد تحدّث عن التّغرير[722]. ثمّ جاء بلفظة manœuvre (ترجمت فيما بعد بالمخاتلات) في معرض بيان. وكلّ ذلك بالفصل 47[723]. ثمّ إنّه جاء بالفصل 48 وفيه بيّن (إذن للمرّة الثّانية) معنى التّغرير[724] وقال إنّه الإيهام بوجود معدوم أو بانعدام موجود ممّا يدل على أنّ لفظة manœuvre المترجمة إلى المخاتلات تفيد هذا الإيهام.

أمّا المشروع المُرَاجع فقد جاء فصله الواحد والسّتون بلفظة dol (ترجمت في ما أسميناه التّرجمة الكاملة بـ: التّغرير). وبيّنها تبيانا أوّلا بلفظة manœuvre (ترجمت بـ: المخاتلات). ثمّ بيّنها تبيانا ثانيا بلفظة réticence (التي ترجمت إلى الكنايات)[725]. وجاءت الحاشية الجانبيّة لذلك المشروع بتفسير أوّل للتّغرير مفاده أنّه الإيهام بوجود معدوم، والإيهام بانعدام موجود (ومن يأتي بالمشروع سيقول إنّ الأمر يتعلّق دائما باللفظ الذي ترجم إلى المخاتلات). كما جاءت تلك الحاشية بتفسير ثان للتّغرير حاصله أنّه الامتناع عن تنبيه الآخر إلى أمر له مصلحة في معرفته. وهذا التّفسير الثّاني لا يمكن أن يكون إلاّ تفسيرا للّفظ الذي تُرجم بـ: الكنايات. وعلى هذا فنيّة المشرّع المعبّر

Lib. Polytechnique d'Aug. Dec., Bruxelles, 2ème éd, 1853, p323 et 324: « La métonymie est une métaphore dans laquelle les expressions substituées au mot propre supposent non-seulement une similitude quelconque, mais une correspondance bien marquée entre les deux objets comparés. Si je dis, à propos d'un soldat: C'est un lion dans les combats, je ne prétends établir qu'une simple ressemblance entre le courage impétueux du lion et celui du soldat ; c'est une métaphore. Mais si j'exprime la cause pour l'effet, le contenant pour le contenu, le signe pour la chose signifiée, il y a entre les deux idées correspondance positive, et qui existait préalablement à ma comparaison ; c'est une métonymie. Ainsi:…Métonymie de l'effet… pour la cause: Cheveux blancs, pour vieillesse…un grand pinceau, une plume exercée, un bon violent…, pour le peintre, l'écrivain, le violoniste…».

[722] Dol

Art 47: « Le **dol** est une cause de rescision de l'obligation lorsque les **manœuvre**s… »

[723]

Dol [724]

[725] Réticence وهي اللفظة التي جاءت بالصياغة الفرنسية للفصل 56 وتعني السكوت المتعمد (انظر المعجم الفرنسي: "روبار الصغير1" "omission volontaire d'une chose qu'on devrait dire…" ويترجم قاموس المنهل هذه الكلمة بـ: "كتم، تكتم، إكنان، طيّ، إخفاء، صمت أو سكوت عن تقديم بيانات…" (التسطير هو من صاحب هذا العمل).

عنها مباشرة تفضي إلى القول بأنّه أراد من هذا اللفظ (الذي ترجم بالكنايات) "عدم تنبيه الآخر ..."، أي أراد الكتمان[726]. وإنّ لفظا يُراد منه الكتمان لواجب التّرجمة لا بلفظ الكناية (كما فُعِل ذلك في التّرجمة الكاملة للمشروع المُرَاجع)، بل بلفظ الإكنان أو الكنّ أو الكنون[727] (ملاحظة: ورثت م.ا.ع هذا الخلل لأنّ لفظة réticence في صياغتها الفرنسيّة تقابلها في الصّياغة العربيّة لا لفظة الإكنان أو الكنّ أو الكنون، بل لفظة الكنايات. وإنّ هذا لموطن كان ينبغي فيه للقانون عدد 87 المؤرخ في15 أوت2005 أن يتدخّل. لكنّه لم يفعل. بل اهتمّ بـ:"الجانبين" واستبدلها بـ: "الطرفين"! واهتمّ بـ: "متواطيا" واستبدلها بـ: "متواطئا"! واعتنى بـ: "الجانب" وغيّرها بـ: "الطرف"!).

وبالإمكان القول على ضوء ما سبق إنّ الإخفاء معنى لغوي في الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56، ولكنّه معنى تشريعي في الصّياغة العربيّة، أي بالإمكان القول - وهذا هو المنشود- بأنّ النّص يعرف خائنة القلب[728].

207. فإذا استحضرنا أن من الجائز قول نفس الشّيء عن الفصل 57[729]، تبيّن لنا أنّ المرحلة الموالية من العمل ستتمثّل في التّساؤل: هل أنّ هذا النّوع من الخيانة معروف من الفقه ومن الغرب؟

الجواب بالإيجاب[730].

---

[726] قارن مع: الزّين (محمد): مرجع سابق، عدد 178.

[727] في اللغة هنالك:

كنّى كناية: وتعني تكلّم بشيء وأراد غيره.

أكنّ إكنانا: وتفيد ستر.

كنّ كنّا وكنونا: وتدلّ على ستر وغطّى وأخفى.

انظر المعجم العربي الحديث: لاروس.

[728] وبالتّحديد يعرف "ترك العمل" لأننا رأينا الحاشية الجانبية للمشروع المُرَاجع تتحدث عن الامتناع عن تنبيه الآخر إلى أمر له مصلحة في معرفته.

[729] انظر عدد 207 من هذا العمل، لكن انظر أيضا السؤال الوارد بهامش ورد في عدد 191 والذي لن يتمكن من تقديم إجابة عنه إلا في مرحلة لاحقة.

[730] بالنسبة إلى الفقه انظر:

المراجع الواردة بالحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع، وعلى وجه المثال:

الزرقاني، المرجع السابق، ج 5، ص 136:"... فيظهر من العيوب ما ليس فيه ويكتم ما فيه..." وقد تحدث الزرقاني عن الكتمان أيضا في ص 134 و135 ولكن الحاشية لم تشر إلى هذا المكان.

التسولي، المرجع السابق، ج 2، ص 286.

وإن الفقه قد منع الكتمان انطلاقا من جملة من الأحاديث الشريفة (" المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بيّنه له"، وإن الخطاب هنا لموجه للمتعاقدين، لكن ورد عن رسول الله ﷺ حديث يطلب فيه عدم الكتمان من المتعاقدين ومن الغير:" لا يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا بيّن ما فيه، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بيّنه" انظر هذين الحديثين وغيرهما عند الشوكاني، مرجع سابق، ج 3، ص 617 و619. وتطبيقا لهذا الحديث الشريف

هذا الضّرب من الجواب يوجّه محتوى المرحلة الموالية نحو منحى معيّن هو عدم إمكان الجزم فيما يخصّ هذه النّقطة من الفصلين 56 و57 بأنّها محلّيّة أو مستوردة.

208. وهذه المرحلة، بدورها وبهذا المحتوى، تسير بمضمون تاليتها إلى اتّجاه حاصله عدم إمكان المرور إلى الإحكام وإلى علاقته بالنّصّين في جانبهما الخاصّ بالتّعرض للكتمان.

209. لكنّ هذا التّعرض للكتمان، من قِبل الفصل 56 على الأقلّ، وإن لم يقدّم أو يؤخّر هنا، فهو يفيد على صعيد آخر إذ يسمح بتبرير عدم إفراد هذا النّصّ الكذب بلفظة خاصّة. هذا التّبرير يتمثّل في "دقيقة" حاصلها أنّ الكذب قول[731] والكتمان صمت. وإنّ من قال كاذبا بوجود أمر يكون قد كتم وصمت بخصوص عدم وجوده. ومن قال كاذبا بعدم وجود أمر يكون قد ستر وسكت عن وجوده. فالكاذب قائل وساكت. لكن محلّ القول مختلف عن محلّ السكوت. لذا فإنّ من يضع معنى الكذب يمكنه ألاّ يضع له اللفظ الخاصّ به: أي يمكنه أن يكتفي بوضع لفظ يفيد الكتمان. لكنّ العكس ليس ممكنا. فمن يضع معنى الصّمت مضطرّ لأن يضع له اللفظ الخاصّ به إذ الصّامت قد لا يكون كاذبا، أي قائلا.

نبّه عقبة بن عامر أبا سباع لعيب في ناقة كان قد اشتراها هذا من دار وائلة بن الأسقع. (انظر السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 171 عن المهذب، وانظر في نفس الاتجاه ـ ولكن في مادة الخطبة ـ ما حصل مع بلال بن رباح رضي الله عنه: قطب (سيد)، في ظلال القرآن، القاهرة، بيروت، دار الشروق، ط 15، المجلد السادس، الأجزاء 26- 30 – 1407هـ - 1988 م، ص 3830). ولقد ذهب الفقه بعيدا في هذا الاتجاه فأوجب، على البائع مثلا، أن يبيّن:"...ما علمه من عيب سلعته قلّ أو كثر... وعليه تفصيله أو إراءته... إن كان يرى... ولا يجمله، أي لا يجوز له إجمال العيب أي يجمل في الجنس الصادق على أفراده ولم يعيّن الغرر القائم به، كهو معيب ولم يعيّن العيب... ومن الإجمال أن يذكر العيب الذي هو به وغيره مما ليس فيه...لأن المشتري ربما علم سلامته مما ليس فيه فيظنّ سلامته من الآخر " (هذا الكلام لابن جزي حسب السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 170 و172. وانظر أيضا حول عدم جواز الإجمال: التسولي، المرجع المعتمد في الحاشية، ج 2، ص 36 وما بعدها) وإن العيب ليس بالضرورة نقصا "طبيعيا" بل هو كل أمر في المعقود عليه يكرهه المتعاقد معه ويقلل من رغبته فيه. (انظر ابن جزي، القوانين الفقهية، بيروت، المكتبة الثقافية، ص 174. وانظر حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 377، عدد 25) وهو كل ما تحقق أو ظنّ أو شك أن يترك هذا العقد لأجله (انظر عليش (محمد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، دار صادر، ج 2، ص 716).
وانظر عموما وحول مختلف المذاهب: السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 169 وما بعدها.
وبالنسبة إلى الغرب انظر: المراجع الواردة بالحاشية الجانبية للمشروع المُرَاجع. وعلى وجه المثال: "لوران"، المرجع السابق المعتمد في الحاشية، ج 15، عدد 528 وفيه توجد عبارات مشابهة لتلك الواردة بالحاشية الجانبية على أنها تفسير للكلمة المترجمة بالكنايات.

[731] سبقت الإشارة إلى حديث لسان العرب عن الكذب (عدد 204). وفي نفس ذلك المكان من المعجم جاء أن:"...الكذب يختص بالأقوال...".

وما سبق يبرّر عدم كلام الفصل 56 عن الكلام، ويفسّر كلامه عن عدم الكلام[732].

فالنّص إذن قد احتوى خائنة عدم الكلام. كما تضمّن أيضا خائنة الكلام. كلّ ذلك مع تعرّضه إلى خائنة اليد.

---

[732] تحدث 56 عن عمل اليد، فإذا كان المراد منه ما يحدث غلطا (وهو أمر سيثبت لاحقا: انظر عدد 220 وما بعده من هذا العمل) أمكن القول إن الخادع بواسطة فعل يستر عيبا (طبيعيا أو عيبا بمقتضى العقد) أو يظهر كمالا كاتم لوجود العيب أو لانعدام الكمال. لكن العكس ليس صحيحا.

وعلى هذا تكون محصلة ما جاء أعلاه أنّ وضع لفظة الكتمان أو ما يرادفها، فيه أيضا وضع لمعنى يتمثل في خداع اليد واللسان، لكن وضع لفظة لخصوص خداع اليد أو لخصوص خداع اللسان ليس فيه في ذاته وضعا لكل صور الكتمان. أي أنّ كل خائنة هي لجارحة القلب. ولكن قد تعمل هذه الجارحة لوحدها (أسمينا هذا سابقا خائنة القلب: انظر عدد 197). وقد تعمل معها جارحة اليد (أسمينا هذا خائنة يد تسمية للشئ بما يتميّز به، وإلاّ فهي أيضا خائنة قلب) أو جارحة اللسان (أسمينا هذا خائنة اللسان).

بعبارة أخرى هنالك نوعان من الكتمان: كتمان للحق لا يصحبه تغيير للحق (كتمان مجرّد) وكتمان للحق يصحبه تغيير للحق (باليد أو باللسان). ولفظ الكتمان يمكن أن يحمل النوعين. أما اللفظ الذي يفيد تغيير الحق باليد أو باللسان (مثلا لفظ الكذب) وإن كان ينطوي على كتمان للحق فإن هذا الكتمان ليس مجردا أي أن هذا اللفظ لا يحمل النوع الأول من الكتمان.

ويمكن أن نجد في القرآن الكريم أثرا لنوعي الكتمان، بل أثرا لكون النّوع الأوّل أقلّ خطورة من الثّاني، لأنّ هذا الثّاني فيه زيادة:

جاء في البقرة (الآية 174): **(إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنَ الْكِتَابِ وَيَشْتَرُونَ بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ مَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا النَّارَ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ).**

وجاء في آل عمران (الآية 77): **(إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ).**

فالأوائل عقوبتهم: **لاَ يُكَلّمّهمّ الله + ًلاَ يّزكّيهم + لّهّم عّذابٌ أليمٌ.**

والثانين عقوبتهم: **لاَ يُكَلّمّهمّ الله + ًلاَ يّزكّيهم + لّهّم عّذابٌ أليمٌ + لاَ يّنظّر إليهم.**

والسّبب أنّ الأوائل كتموا "... ما أنزل الله ... (أمّا الثّانين فإنّهم) لم يكتموا الحقّ فقط بل غيّروه وأقسموا على ذلك (إذن من القسم نفهم أنّ هنالك عمل لسان: هذه الزيادة من عندنا) ... فهم لم يكتفوا بالكتمان بل تجاوزوه... فلمّا زادوا في الذّنب زاد الله لهم في العقوبة فقال: **(وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ)**". انظر إلى هذا القول في عنوان الذّكر والحذف وبالتّحديد في الجزء الخاص بما ذكر في موطن ولم يذكر في موطن آخر يبدو شبيها به لأنّ الموطن اقتضاه، وذلك في كتاب: السامرّائي (فاضل صالح)، التعبير القرآني، ط1، عمان، الأردن، دار عمار، 1418 هـ 1998 م، ص 123. انظر أيضا حول الآيتين: الكرماني (محمود بن حمزة بن نصر)، أسرار التّكرار في القرآن، ص www.al-mostafa.com.25

وإنّ ما سبق ينبّه إلى أنّ عرض التغرير ينبغي أن لا يكون على النّحو التّالي: عناصر التغرير= عنصر مادي (فعل / قول / صمت) + عنصر معنوي (انظر مثلا: الزّين (محمد)، مرجع سابق، عدد 176 وما بعده). فهذا العرض قد يوحي بأنّ للفعل عنصرا معنويا وللقول عنصرا معنويا وللصّمت عنصرا معنويا، وبأنّ كلّ واحد لا علاقة له بالآخر. والحقيقة: أوّلا أنّ العنصرين غير منفصلين (قد نفصلهما لضرورات بيداغوجية ولكن ينبغي أن لا يُنسى هذا فيما بعد وأن لا يعدّ الأمر وكأنّه ما يعبّر عن الحقيقة). وثانيا أنّ الفعل مرتبط بالصّمت والقول مرتبط بالصّمت. وعلى هذا ينبغي عرض هذا الجانب من مادّة التّغرير بالبدء بالحديث عن كتمان الحقيقة أو الواقع (خداع القلب، العنصر المعنوي، إلخ ... ليطلق ما يُشاء من الأسماء)، ثمّ يُشار بعد ذلك إلى أنّ هذا الكتمان قد يأتي وحده، وقد يرافقه تغيير للحقيقة بواسطة اليد أو بواسطة اللسان (ثمّ يُتحدّث داخل هذه النّقاط عن إثبات الكتمان الذي يأتي وحده وعن إثبات الكتمان الذي يرافقه تغيير للحق بواسطة اليد أو بواسطة اللسان على النّحو الثّاني الوارد بهامش من عدد 196).

ثمّ إنّ ما سبق يُرى منه أنّ النّص القرآني ولتنوّع الصّور نوّع في الجزاء وشدّده حيث ثمّ زيادة. أمّا م.ا.ع فلم تفعل. وهذه المسألة وسابقتها لهما علاقة بالإحكام وبالصناعة والمنهجيّة التشريعيّة.

ونفس هذا القول أمكن الخروج به من الفصل 57.

كما أمكن أن يُلاحَظ أنّ مادّة العمل - وبمثل هذه الجوانب الثّلاثة - موجودة في الفقه وفي الغرب. وهذا وقف دون إمكان القطع بأنّ ما جاء بالنّصين محلّي أو مستورد. وعلى تقدير أنّه مستورد فهو مثل المحلّي. وكلّ هذا حال دون المرور إلى مسألة الإحكام.

والسّؤال الذي يطرح هل ستكون النّتيجة على مستوى العلاقة بمسألة الإحكام هي نفسها مع مادّة أخرى في النّصين، أي مادّة العامل.

§ 2 الإحكام والعامل

210. لم يأت الفصل 57 بما جاء به الفصل 56 على صعيد تعداد الأشخاص الذين يقع منهم التّغرير. لكن من يبحث في نيّة المشرّع، يجد أنّها اتّجهت إلى أن يفترق ذاك عن هذا على مستوى جزء من مادّة أثر العمل[733]، وإلى أن يلتقيا على مستوى غيرها ومن ضمنها مادّة العامل. لذا فإنّ معرفة هذه المادّة في إطار الفصل 56 هي معرفة لها في إطار الفصل 57. فإذا تحقّقت هذه المعرفة، أمكن المرور إلى المرحلة الموالية وهي مرحلة التّعرّف على نفس المادّة في الفقه وفي الغرب. وكلّ ذلك سيسمح بإتيان المرحلة الثّالثة، وهي مرحلة محاولة الحكم على م.ا.ع وتحديد هل ثمّ إحكام في أحكامها:

211. وينبغي بدء المرحلة الأولى بالتّعرض إلى تفرقة جاءت في فقه القانون الألماني بين التّغرير في إطار تصريح بالإرادة غير قابل للتّلقي أو للمورِد، والخداع في إطار تصريح قابل للتّلقي أو للمورِد[734]. ففي الأوّل لا يُلتفت إلى وصف العامل، وفي الثّاني يعتنى بهذا الأمر بأن يقصى الغير ابتداءً ويقبل استثناءً[735]. وتنبّه هذه الإشارة السّريعة إلى فقه القانون الألماني إلى

---

[733] انظر ما سيأتي بـ: عدد 227 وما بعده من هذا العمل.

[734] جاء عند أحدهم أن المبدأ هو كون التصريح يوجّه من شخص (المصدر) إلى شخص آخر (المورَد)، وهذا يوصف بالتصريح القابل للتلقي أو للمورَد، ولا يكون نافذا إلا متى تلقاه الموجّه إليه أي ورد عليه. لكن هنالك تمظهرات إرادة لا يشترط لنفاذها ما سبق، وهي تصاريح الإرادة غير القابلة للتلقي أو للمورد. وهذه عددها محدود، وهي بالأساس الوصية، وإنشاء الوقف أو إنهاؤه، والوعد بجائزة، وإمضاء عمل قانوني يقبل المنازعة، والإقرار بالأبوة. وتكون نافذة بمجرد إصدارها. ("فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 87. انظر أيضا عدد 173 من هذا العمل.

[735] انظر "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 362 وما بعدها حيث جاء أنه وفي التصريح القابل للتلقي أو للمورد وكمبدأ يقصى الغير (والمقصود بالغير، ليس ممثل متلقي التصريح، ولا هو من اسهم في الإبرام لمصلحة هذا المتلقي، مثل بائع السيارات الذي يسهم في إنشاء عقد القرض الذي يجمع المشتري بالبنك)، لكن وكاستثناء أوّل يؤخذ بعمل الغير لو أن المتلقي يعلم أو من المفروض أن يعلم بالتغرير، كما أنه -

أمرين:

فأمّا الأوّل فهو أنّ م.ا.ع لم تتناول إلاّ النّوع الثّاني من التّصاريح[736].

وأمّا الثّاني فهو أنّها قريبة من تمشّي فقه القانون المذكور إذ أنّها بدأت بأحد الجانبين وبنائبه وبالمتواطئ معه، ثمّ وفي جملة مستقلّة تعرّضت إلى الغير.

212. وإن تغرير أحد الجانبين[737] لا يحتاج إلى مزيد حديث هنا[738]، وإن كان سيرجع إليه لاحقا. أمّا تغرير النّائب، فيحتاج إلى ملاحظة أنّه جاء عامّا، وذلك من وجهين:

فمن الوجه الأوّل يشمل النّائب الاتّفاقي والنّائب القانوني.

ومن الوجه الثّاني يحوي صورة وجود علم من المنوّب بعمل النّائب وصورة غياب هذا العلم.

والسّؤال ماذا يفيد العامّ في هذين الوجهين؟

ينبغي للجواب الرّجوع إلى نيّة المشرّع[739]. فبالنّسبة إلى مسألة النّائب يمكن القول إنّ م.ا.ع أرادت الاتّفاقي والقانوني[740]؛ أمّا بالنّسبة إلى علم المنوّب فيمكن القول إنّ المجلّة أرادت هنا أيضا العموم[741].

وكاستثناء ثان ـ يعتمد نفس التمشي لو أن الحاصل على حق مباشر في العقود لفائدة الغير تحقق فيه نفس الشرط، شرط العلم الحقيقي أو التقديري. (انظر ما سيأتي بعد قليل حول العلم الحقيقي والعلم التقديري). وينبغي أن نلاحظ انه وبالنسبة إلى الفصل 56 م.ا.ع يجب أوّلا أن نقيس المنتفع (باشتراط مثلا) على المتعاقد (انظر ما سيأتي بالهامش 656)، ثم بعد ذلك نقيس المغرِّر لفائدة المنتفع على الغير المغرِّر لفائدة المتعاقد حين يعلم هذا المتعاقد بذلك التغرير.

[736] بالنسبة إلى الصياغة العربية والفرنسية للفصل 56 فإنها لم تتعرض داخل هذا النوع الثاني إلا للعقد: "... على العقد...المتعاقدين..."/"...contracté...". وقد يمكن القول بالقياس فيما يخصّ أوّلا بقية ما يدخل في النوع الثاني، وثانيا النوع الأوّل (هنا يقاس الموصى له مثلا على المتعاقد، والمتواطئ مع الموصى له على المتواطئ مع المتعاقد، إلخ.).

[737] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "أحد الجانبين" بعبارة أخرى: "أحد الطرفين".

[738] إلا أن يبحث مثلا في إمكان أن يقاس عليه المنتفع في اشتراط لمصلحة الغير.

[739] انظر عدد 177 و202 من هذا العمل.

[740] جاء عند "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 187 حديث عن النائب الاتفاقي والقانوني. وإن الحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع، حين أشارت إلى هذا المؤلف في هذا الجزء الرابع والعشرين، يمكن أن يفهم منها تعرض لهذه الفقرة عدد 187. ما قالته الحاشية هو بالضبط: sq 187.

[741] جاء عند "دومولومب"، وفي المكان المشار إليه بالحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع أي بالجزء 24 وبعدد 186، قبول للتغرير الذي يأتيه النائب والذي لا يبلغ مسامع المنوّب.

وينبغي ونحن نغادر النائب والمنوب أن نتساءل عن إمكانية أن يقاس على صورتهما الصورة الواردة بهامش

213. وإنّ تغرير المتواطئ، هو مثل تغرير أحد الجانبين، لا يستوجب مزيد إيضاح.

214. أمّا تغرير الغير فقد جاء كما سبق في جملة مستقلّة. والسّبب أنّه لم يكن موجودا في الفصل 47 من المشروع. ثمّ رئي أن يُضاف فأُضيف. لكن اختير أن لا يصاغ نصّ الفصل 47 من جديد بحيث يعاد تركيب محتواه من بدايته، وبالتّحديد اختير أن يؤتى إلى ذيل النّصّ وأن تزاد بعده جملة. وكلّ هذا أعطى الفصل 61 من المشروع المُرَاجَع في صياغة تتركّب من جملة أولى ثمّ من جملة ثانية هي للتّدارك والاستدراك. وإنّ هذه الصّياغة هي التي صارت فيما بعد الفصل 56 من م.ا.ع. وجميع هذه المعطيات يمكّن من الوصول إلى تأكيدين:

فأمّا التّأكيد الأوّل فيهمّ مسألة وصف علم المتعاقد بتغرير الغير هل هو الحقيقي فقط أم أنّه التّقديري أيضا. ولعلّ الإجابة تستقى من التنبّه إلى أنّ زيادة الجملة في المتن، قد صحبتها زيادة مرجع في الحاشية التّحتية يتمثّل في الفصل 123 من المجلّة المدنيّة الألمانيّة[742]، ولعلّ هذا يرجّح[743] قولا مفاده أنّ نيّة المشرّع قد اتّجهت إلى الأخذ بهذا النّصّ على مستوى قوله بتغرير الغير إذا علمه المتعاقد أو كان من الواجب أن يعلمه[744].

سابق وذلك في إطار القانون الألماني.

[742] لم يجئ في الحاشية التحتية للفصل 47 من المشروع إلا الفصل 1116 من المجلّة المدنية الفرنسية. أما في الحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع المُرَاجَع فقد أضيفت مراجع فقهية وقضائية، كما أضيف ـ وهذا ما أشير إليه أعلاه ـ الفصل 123 من المجلّة المدنية الألمانية.

[743] إن مردّ الشّك في مسألة الرّجحان أنّه أضيفت أيضا إلى حاشية المشروع المُرَاجع مراجع لا علاقة لها بالمعنى الذي سنتحدث عنه.

[744] انظر الفقرة الثانية من الفصل 123 من المجلّة المدنية الألمانية التي جاء فيها: "إذا كان الغير هو صاحب عمل اليد الذي هدف به إلى الخداع، وكان التصريح واجب الإصدار باتجاه الآخر، فالتصريح لا يقبل الإبطال إلا إذا كان هذا (الآخر) يعلم أو من الواجب أن يعلم بهذا العمل...".

"Lors qu'un tiers est l'auteur de la manœuvre destinée à tromper, et que la déclaration devait être émise envers un autre, cette déclaration n'est annulable que si celui-ci connaissait ou aurait dû nécessairement connaître cette manœuvre…".

(المجلّة المدنية الألمانية الصادرة في 18 أوت 1896 والداخلة حيز التطبيق في غرة جانفي 1900 (باللغة الفرنسية)، باريس، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، 1929.

Code civil Allemand, Paris, L.G.D.J., 1929)

وتبدو هذه التفرقة بين العلم الحقيقي (علِم) والعلم التقديري (لابدّ من أنه علِم) قابلة للنقاش: فالعلم يخفى ويعرف بعبارة عنه، وهذه العبارة تجعلنا نقول انه لابدّ من أن هنالك علما. بعبارة أخرى ليس ثمّ علم حقيقي وآخر تقديري، بل ثمّ علم تقديري لا غير. (لنفرض أن المشرّع حدّد عبارة ما على أنها تفيد العلم، أي لنفرض أنه وضع قرينة، فهنا يكون قد قدّر أن ثمّ علم إن وجدت هذه العبارة. ثم إن المشرّع قد يقبل بأن ينقض تقديره – بأن يجعل القرينة بسيطة أي بأن يقبل أن يلتفت إلى عبارة عن عدم العلم لو وجدت وأن ترجّح على عبارة العلم التي

وأمّا التّأكيد الثّاني فمفاده أنّه لا يمكن، من خلال تاريخ جملتي الفصل 56، لا إثبات ولا نفي أنّه أريد إقصاء الغير على وجه المبدأ في الجملة الأولى، وقبوله بوصف الاستثناء في الجملة الثّانية.

215. لكن تاريخ الفصل 56 يمكّن من ختم هذه المرحلة الأولى المتعلّقة بتحليل مادّة العامل كما وردت بهذا النّصّ بخلاصة مفادها: أنّ المتعاقد في الجانب الأوّل من المادّة فاعل لوحده؛ وأنّه في الجانب الثّاني (أي جانب النّائب) إمّا شريك بالعلم[745]، وإمّا بريء[746]؛ وأنّه في الجانب الثّالث (جانب المتواطئ) شريك بالفعل؛ وأنّه في الجانب الأخير شريك بالعلم[747]. وكلّ هذا يعطي (لمن يحبّ جمع المتماثلات) ثلاثة أقسام: قسم للمتعاقد الفاعل، وقسم للمتعاقد الشّريك، وقسم للمتعاقد البريء[748].

216. وما ورد في المرحلة الأولى يسهّل دخول المرحلة الثّانية من بابها الغربي. فلقد جاء في تلك ما يسمح بالتّأكيد على أنّ الغرب يعرف هذه الأقسام الثّلاثة[749]. ونفس النّتيجة يمكن الوصول إليها لو تمّ ولوج هذه المرحلة الثّانية

حدّدها والتي توفرت - وقد لا يقبل).
وينبغي أن نضيف أن ما ورد هنا يمكن أن ينقل إلى مادة علم (أو عدم علم) المنوّب بتغرير النّائب لو دار بخلدنا أن نقول إنها مطلقة وتشمل الحقيقي والتقديري.

[745] إن كان المنوّب عالما.

[746] إن لم يكن المنوّب عالما.

[747] انظر إلى "دومولومب" في المرجع والمكان المشار إليهما بالحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع حيث يقول إن:"... الطرف الذي علم بالتغرير، الذي أتاه الغير لكي يؤدي بالطرف الآخر إلى التعاقد، دون أن ينبهه، يجب أن يعد مشاركا فيه. فكيف يخدعك الغير، بحضوري وبواسطة تأكيدات كاذبة حول موضوع العقد الذي سنقوم به معا، ومع ذلك أبرم معك هذا العقد، بدون أن أقول لك شيئا، مستغلا الخداع الذي رأيت أنك مثلت محلا له. فمن يدعي أني لم أتحول إلى شريك بواسطة كتماني" ("دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 186)

"...la partie qui, ayant eu connaissance du dol pratiqué par un tiers pour déterminer l'autre à contracter, n'en aurait pas averti celle-ci, devrait être considérée comme ayant participé elle-même. Comment un tiers vous trompe, en ma présence, par des affirmations mensongères sur l'objet du contrat, que nous allons faire ensemble et néanmoins, je conclu avec vous ce contrat, sans vous en rien dire, profitant ainsi des manœuvres frauduleuses dont je vois que vous êtes l'objet. Qui voudrait prétendre que je ne m'en suis pas rendu complice par ma frauduleuse réticence".

وعلينا ان نلاحظ ان الذي يميّز الجانب الرابع عن الجانب الثالث أن ثمّ في هذا اتفاق مسبق بين المغرِّر والمتعاقد، أما في ذلك الجانب الرابع فليس ثمّ إلاّ مجرّد علم من المتعاقد.

[748] وإنه وبسبب هذا القسم الثالث يكون المتعاقد مع الواقع في غلط محدث ليس هو محدث الغلط.

[749] انظر ما جاء سابقا: في "دومولومب" وفي الفصل 123 من القانون المدني الألماني.

من بابها الشّرقي، أي من باب الفقه[750].

217. وعلى هذا فمادّة م.ا.ع - هنا تكون الأرجل قد بلغت المرحلة الثّالثة - ثمّ مثلها في الغرب وفي الشّرق الذي اعتمد كمرجع[751]. لذا لا يمكن القطع أنّها محلّيّة أو مستوردة. وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل المحلّي. وفي كلّ الأحوال لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

218. وإنّ هذه النّتيجة المتوصّل إليها في الفقرة الثّانية هي نفسها التي تمّ الوصول إليها في الفقرة الأولى. وإنّ الإتيان بنتيجة فقرتين يعني أنّه فُرِغ من قسم وقُرِع باب الذي يليه. لكن قبل فتح هذا الباب يتّجه الوفاء بعهد قُطِع منذ حين وهو أنّه سيُرجَع إلى تغرير المتعاقد. فقد يأتي من هذا كتمان محلّه لا الأداء الذي يقدّمه بل الأداء المقدّم إليه. ولقد مثّلت هذه المسألة موضوع نقاش في الغرب[752]. وإنّ موقف الفقه من مادّة أثر الخداع وما يتبعها، أي مادّة خيار الوصف والعيب، ليغني عن الخوض في هذا النّقاش[753]. وهذه المادّة – مادّة الأثر – هي التي سيفتح الآن، لأجل لقائها، باب القسم الثّاني.

القسم الثّاني: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد الواقع في غلط مُحْدَث (أثر العمل)

219. يفهم من الفصلين 56 و57 أنّ أثر التّغرير يجب أن يتمثّل في حدوث غلط[754]، وهذا أمر جامع بين النّصّين. لكن يفهم منهما أنّ محلّ الغلط في

---

[750] جاء في "ردّ المحتار على الدّر المختار" (المعروف بحاشية ابن عابدين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2، ج 4، 1407 هـ /1987 م، ص 160 و161) حديث عن تغرير الولي والوكيل وعن تغرير الغير.
كما جاء في "البهجة في شرح التحفة" للتسولي، مرجع سابق، ج 2، ص 105. حديث عن اتفاق البائع مع السمسار على التدليس، و هذه صورة عن التواطؤ.
لكن ما سبق، وإن مثل مراجع وردت في الحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع، إلا أنه لا يسمح بالتأكيد على أنها اعتمدت وذلك لأن الأمر يفتقر إلى التطابق على مستوى المكان.
إلا أنه بالإمكان أن يتحدث عن شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل (بيروت، دار الفكر) وذلك في المكان المشار إليه في المشروع (ج 5، ص 133) وخاصة عن المادّة 658 من المجلّة العثمانية حيث هنالك تعرض لتغرير الغير. ومن يقول بهذا يكون قد قبل الأقسام الثلاثة المتحدث عنها أعلاه إذ أنها إما دونه وإما مثله.

[751] انظر الهامشين السابقين.

[752] انظر مثلا إلى:" تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 229.

[753] يقول فقه فرنسي (انظر حوله ما ورد في المرجع السابق) إنه لا إبطال إن كنا أمام شخص يعمد إلى الكتمان فيما يخص الأداء المقدم إليه لأنه ليس ثمّ التزام بأن يعلم المرء معاقدَه حول أداء هذا المعاقد. لكننا رأينا أن الفقه الإسلامي وسّع في دائرة الغلط (خيار الوصف وخيار العيب) مما يجعل هذه الصورة موجبة للخيار على أساس الغلط ومن ثمّ على أساس الكتمان الذي يحدث غلطا.

النّصّ الأوّل مختلف عن محلّه في النّصّ الثّاني، وهذا فارق ومائز بين الفصلين. وعلى هذا فمادّة أثر العمل قابلة لأن تردّ إلى الجامع وإلى الفارق. فإذا أضيفت المسألة التي نعمل عليها أعطى ذلك حديثا عنها وعن الجامع والفارق. وهذا الحديث يؤدّي إلى تحديد وجود أو عدم وجود الإحكام على صعيد الأحكام التي تمثّل جامعا (§1) وعلى صعيد الأحكام التي تمثّل فارقا (§2).

§ 1 الإحكام على صعيد الجامع

220. سنحاول هنا، على غرار كلّ ما سبق وما سيأتي، قطع المراحل الثّلاث التي باتت الآن مألوفة: مرحلة التّحليل وتهمّ هنا نقطة إحداث الغلط كما وردت في م.ا.ع، ثمّ مرحلة البحث عن الغرب والشّرق، ثمّ مرحلة محاولة الحكم على المجلّة أي تحديد وجود الإحكام من عدمه:

221. وفي إطار المرحلة الأولى يتّجه البدء بالفصل 56 الذي جاء فيه أنّ أثر العمل يجب أن يتمثّل في حمل: "... الجانب[755] الآخر على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ (به) ..."[756]. والسّؤال الذي يطرح يهمّ معنى هذه الجملة. وإنّ هذا المعنى سنطلبه من نيّة المشرّع. والواجب أن نبدأ بتلك المعبّر عنها مباشرة. وإنّ الجملة المتناولة هنا وليدة المشروع والمشروع المُرَاجع. ففي المشروع تحدّث الفصل 47 عن عمل بدونه ما كان الضّحيّة ليتعاقد أو بدونه كان سيتعاقد لكن بشروط بيّنة الاختلاف[757]. وفي المشروع المُرَاجَع تحدّث الفصل 61 (وهذا هو الذي نقل فيما بعد إلى الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 م.ا.ع) عن تغرير بانعدامه ما كان الآخر ليدخل في العقد[758]. ويلاحظ هنا مرور من

---

[754] تحدّثنا الآية 22 من سورة الأعراف عن آدم و حواء عليهما السّلام وتحدّثنا عن إبليس وتقول إنّه "**دلّاهُما بغُرور**". وعلى هذا فالوسيلة التي استعملها وأنزلهما بها إلى مرتبة أقلّ (دلّاهما) هي غُرور (= تغرير) أحدث غلطا.

[755] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة "الجانب" بعبارة أخرى "الطرف".

[756] ولقد جاءت الصياغة الفرنسية بعبارات تؤدي نفس ذلك المعنى.

[757] انظر إلى الفصل 47 من المشروع الذي تحدث عن تغرير:"...بدونه لم يكن (الآخر) ليتعاقد، أو كان سيتعاقد بشروط مختلفة اختلافا بيّنا".

"... sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, ou aurait contracté dans des conditions notablement différentes".

[758] انظر إلى الفصل 61 من المشروع المُرَاجع والذي تكلم عن تغرير "... بدونه لم يكن (الآخر) ليتعاقد ...".

"... sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. "

صياغة إلى أخرى، والسّؤال هل صحب ذلك انتقال من معنى إلى آخر؟ إنّ الجواب يستدعي تحديد معنى الصّياغة الأولى ومن بعده معنى الصّياغة الثّانية:

وتحديد معنى الصّياغة الأولى يتمّ بواسطة الفصل 49 من المشروع الذي جاء بالضّدّ، والأشياء قد تعرّف بأضدادها (هنا نكون أمام ما يصطلح على تسميته بالتّعريف بالسّلب). فقد تحدّث هذا الفصل عن تغرير لم يحمل على العقد، أي به كان الضّحيّة سيتعاقد[759]. وفسّره بأنّه ذاك الذي محلّه التّوابع[760]، وبأنّه العرضي. وعلى هذا فالمراد بتغرير الفصل 47 الذي بدونه ما كان ليتعاقد، أو كان سيتعاقد بشروط بيّنة الاختلاف هو التّغرير الذي ليس محلّه التّوابع والذي ليس بالعرضي.

ونفس التمشّي يمكن اعتماده بالنّسبة إلى الصّياغة الثّانية، صياغة الفصل 61 من المشروع المُرَاجع. ففي الفصل 62 - الذي يعدّ ضدّا لها - جاء حديث عن تغرير محلّه توابع الالتزام. وفُسِّر على أنّه ذاك الذي لم يحمل على قبوله، أي على قبول الالتزام[761]. وعلى هذا فمعنى تلك الصّياغة لذلك الفصل 61، والمتمثّلة في التّغرير الذي بدونه ما كان ليتعاقد، الخداع الذي ليس محلّه توابع الالتزام والذي حمل على قبول الالتزام.

ويمكن أن يستنتج ممّا سبق، أنّ المرور من صياغة المشروع إلى صياغة مختلفة في المشروع المُرَاجَع لم يرد منه تبديل على مستوى المعنى. هذا يؤدّي إلى القول إنّه أريد في النّصّ الأوّل للمشروع وللمشروع المُرَاجع (ومن ثمّ لـ: م.ا.ع) التعرّض إلى التّغرير الأساسي، لأنّه أريد في النّص الثّاني للمشروع وللمشروع المُرَاجع (ومن هنالك لـ: م.ا.ع) إيراد التّغرير العرضي.

222. هذه النّتيجة المتوصَّل إليها من متون المشروعين يمكن بلوغها من طريق أخرى هي الحاشية التّحتيّة للفصل 62 من المشروع المُرَاجع:

---

[759] قال الفصل 49 من المشروع:" التغرير الذي محله توابع العقد، والذي لم يحمل عليه (الضمير يعود على العقد) لا يفتح المجال إلا للتعويض: وعلى القضاة أن يحددوا الحالات التي لا يكون فيها التغرير إلا عرضيا".
"Le dol qui porte sur les accessoires du contrat et qui ne l'a pas déterminé, ne peut donner lieu qu'a des dommages-intérêts: il appartient aux juges de déterminer les cas dans lesquels le dol n'est qu'incident".

[760] إن العطف الوارد بالفصل 49 هو عطف للتفسير:"... توابع العقد، والذي لم يحمل..."انظر ما سيأتي حول الفصل 62 من المشروع المُرَاجع و57 من م.ا.ع والذي يصح حول هذا الفصل 49 من المشروع.

[761] قال الفصل 62 من المشروع المُرَاجع:" التغرير الذي محله توابع الالتزام والذي لم يحمل عليه لا يمكن أن يفتح الباب إلا للتعويض".
Le dol qui porte sur les accessoires de l' obligation et qui ne l' a pas déterminé ne peut donner lieu qu' a des dommages-intérêts".

فقد ورد هنا ذكر لـ: "تولييي" في مكـان تحدّث فيه من جهـة عن تغرير الفصل 1116 م.م.ف وهو الذي بدونه ما كان "الآخر ليتعاقد" (يلاحظ أنّ هذه هي نفسها عبارات الفصل 61 من المشروع المُرَاجع ومن بعده عبارات الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 م.ا.ع) ومن جهة أخرى عن "التّغرير العارض (و) هو الذي بواسطته نجد شخصا، قرّر بعدُ التّعاقد، قد خدع في بعض توابع (هذه هي العبارة التي استعملها الفصل 62 من المشروع المُرَاجَع والفصل 57 من م.ا.ع في صياغته الفرنسيّة) وأعراض العقد ..."[762].

كما وردت إشارة إلى "أوبري" و"رو" في فقرة فرّقا فيها بين ضربي التّغرير الواردين أعلاه[763].

وجاء أيضا تعرّض لـ: "لوران" الذي فصل بدوره بين التّغرير الأصلي وهو الذي حمل الآخر على التّعاقد، والتّغرير العرضي وهو الذي انصبّ على توابع (وهذه الكلمة هي التي استعملت في المشروع وفي م.ا.ع كما قيل أعلاه) الشّيء[764].

كما أشير أيضا إلى "دومولومب" في فقرة تحدّث فيها عن التّفرقة المذكورة[765].

وأُورد كذلك قضاء أوّل يهمّ نوعي التّغرير المتحدّث عنهما هنا[766]، وقضاء ثان تمّ الحديث في التّعليق عليه عن تفرقة قديمة بين التّغرير الأصلي[767]

---

[762] تولييي، القانون المدني الفرنسي وفق ترتيب المجلّة (باللغة الفرنسية)، باريس، مكتبة المحكمة الملكية ط 3، 15 جزء، 1834/1821.

Toullier (Charles- Bonaventure- Marie), Le droit civil français, suivant l'ordre du code, Paris, Librairie de la Cour Royale, 1821, 1834, 15 volumes.

والمقتطف الوارد أعلاه هو من الجزء 6 وهو مشار إليه تحت الفصل 62 من المشروع المُرَاجع تحت عدد خاطئ هو 9 والحال أن العدد الصحيح هو 90. كما جاءت في الحاشية التحتية إشارة أخرى إلى نفس المؤلف في الجزء 3، وفي العدد 91 وهذا خطأ آخر إذ أن هذا الجزء خاص بالأموال (ملاحظة: جاءت في المشروع المُرَاجَع قائمة بالأخطاء المطبعية، وإن ما استخرج للتو لم يرد بها).

" Le dol incident ou accidentel, est celui par lequel une personne déterminée sur quelques accessoires ou accidents du d'ailleurs à contracter, est trompée contrat".

[763] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، فقرة 343 مكرر.

[764] " لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15،عدد 522 وما بعدها (المقصود هنا بالضبط هو العدد 523).

[765] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 175.

[766] تعقيبي (فرنسي)، 25 ماي 1880، سيراي، 1881، 1، 455.

Cass, 25 Mai 1880, Sirey 1881, 1, 455

[767] Dolus dans causam in contractui

والعرضي[768] وقيل عن هذا العرضي (وهنا تتكرّر مرّة أخرى عبارة الفصل 62 من المشروع المُرَاجع والفصل 57 من م.ا.ع) إنّه تعلّق" ... بشرط من شروط العقد التّابعة" [769].

223. من كلّ ما سبق يخلص أنّ إرادة المشرّع المعبّر عنها مباشرة تفيد:

من جهة بأنّ عبارة الفصل 56 (التّغرير حمل "الجانب[770] الآخر على العقد بحيث أنه لم يتمّ إلاّ به") تعني التّغرير الأصلي، أو الذي لم يكن محلّه توابع الالتزام، أو الذي حمل على قبول العقد، أو الذي ما كان بدونه ليُتعاقد أو كان بدونه سيُتعاقد لكن بشروط بيّنة الاختلاف.

ومن جهة أخرى بأنّ عبارة الفصل 57 ("التّغرير... في توابع العقد [أي الذي [771]] لم يكن هو السّبب الأصلي في التّعاقد) قصد بها التّغرير العرضي، أو

---

[768] Dolus incidens in contractum

[769] أميان، 14 فيفري 1876 تحت: تعقيبي، 29 نوفمبر 1876، سيراي 1877، 1، 49 (أشير في الحاشية إلى قضاء ثالث لكن المرجع خاطئ، ولم يرد إصلاح له في القائمة المخصّصة لذلك).
Amien, 14 Février 1876, sous Cass 29 Novembre 1876, Sirey 1877, 1, 49.

[770] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "الجانب" بعبارة أخرى: "الطرف".

[771] جاءت في الصياغة الفرنسية للفصل 57 أداة العطف: واو (et) وتعبّر في تلك اللغة ـ ضمن ما تعبّر عنه ـ عن الارتباط، والارتباط هنا ـ وهذا يفهم من نيّة المشرّع ـ هو بين الأمر (توابع العقد) ومرادفه (ما ليس سببا أصليّا في التّعاقد) ولذلك كان يجب أن يترجم الفصل 62 من المشروع المُرَاجع ـ بعد أن نقل وأصبح الفصل 57 من م.ا.ع ـ على النّحو التّالي: " التغرير الواقع في توابع الالتزام (أو العقد) والذي لم يكن علّة فاعلة (أو أيّ عبارات تؤدّي هذا المعنى: والذي لم يولّد ـ والذي لم يحمل على ... إلخ) للالتزام ...". وهنا اختيرت "الواو" لأنّها تفيد ضمن ما تفيد عطف الشّيء على مرادفه (انظر المعجم العربي الأساسي: حرف الواو. وانظر الزركشي، مرجع سابق، ج 2، ص 472 وما بعدها).
ولأنّ ما جاء بـ 57 هما أمران مترادفان، ولأنّ الترادف يصلح للتّفسير، اختير مباشرة في المتن حرف التفسير "أي"، وترك حرف العطف "واو" لأنّه لمطلق الجمع. وقد نفكّر في أنّ ترجمة ما ورد بالمشروع بحرف "إن" في الترجمة الناقصة وبحرف "إذا" في الترجمة الكاملة (وهي التي نقلت فصارت الفصل 57 من م.ا.ع)، وكلاهما حرفا شرط، لم يكن موفّقا لأنّه يجعل الصّيغة وبحسب معناها اللغوي لا تساوي المقصود. بعبارة أخرى قد نفكّر في القول إنّ جملة 57 لها معنى لغوي ("التّغرير في التّوابع": مشروط/ "أن لا يكون السّبب الأصلي": شرط)، لكن هنالك نيّة من المشرّع على أنّه جاء بها في معنى مخالف (التّغرير في التّوابع هو التّغرير الذي ليس سببا أصليّا).
لكن – وإن كان يمكن أن نبقي بعض ما سبق (معنى لغوي ومعه معنى تشريعي مخالف) ـ إلاّ أنه لا يمكن الاحتفاظ بالبعض الآخر (كون الترجمة لم تكن موفّقة). فنحن نعلم من الزّركشي مثلا أنّ "إذا" قد تجرّد عن الشَّرطيّة (مرجع سابق، ج 4، ص 193). كما نعلم أنّه أورد "إذا" في باب التّفسير (مرجع سابق، ج 3، ص 36) وأنه أعطى لهذه الـ "إذا" مثالا من القرآن الكريم: **(إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا (19) إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا (20) وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا (21))** (المعارج.19. 20.21). وهلِعَ جزع (وجزع منه لم يصبر عليه). فإذا استُعملت صيغة المبالغة "فعول" صرنا أمام شديد الجزع. فتكون **(إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا)** بمثابة تفسير لـ: **(إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا)**، كما أنّ هلِع تفيد حرص. فإذا استُعملت صيغة المبالغة صرنا أمام شديد الحرص، وشديد الحرص هو شديد المنع، أي هو "منوع". وعلى هذا تكون **(إِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا)** هي المعنى الثّاني لـ: **(إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا)** أي تكون تلك تفسيرا لهذه. ويمكن أن نبقى مع هلِع بمعنى جزع وتكون مع ذلك **(إِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا)** بمثابة تفسير لـ: **(إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا).** فمنع الخير بل والمبالغة في ذلك

الذي كان محلّه التّوابع، أو الذي لم يحمل على قبول العقد، أو الذي بدونه كان سيتعاقد أو كان سيتعاقد لكن بشروط ليست بيّنة الاختلاف.

224. وإنّ من يتبنّى التّفرقة السّابقة يكون قد تبنّى ما تتضمّنه. وما تتضمّنه هو أنّ التّغرير سواء منه الأوّل أو الثّاني هو ما أحدث غلطا في ذهن الضّحيّة[772]. فعلى سبيل المثال تحدّث "توليبي"[773] عن انخداع الآخر. وهو نفسه الذي تكلّم عنه "دومولومب"[774] و"لوران"[775]. وعلى هذا فكلّ ما ورد بالفصل الخاصّ بالغلط حول الفصل 48[776] ينطبق هاهنا. فالخداع (ولتحقّق أمور ذلك النّصّ) يصدّق كونه أحدث انخداعا. أمّا إذا لم تتحقّق تلك الأمور، فلا يصدّق توليده لغلط [777]. ولقد اصطلح (ومنذ وقت ليس بالبعيد[778]) على تسمية

(منوع) تدلّ على جزع لا من الخير بل ممّا قد يرد عليه من نقصان أو زوال بسبب إنفاقه (بسبب عدم منعه أو عدم المبالغة في منعه) [إذن المعنى الأوّل: عدم صبر على الأمر الذي هو الشرّ – والمعنى الثّاني: عدم صبر على أثر للأمر الذي هو الخير ⇐ لذلك قدّم عدم الصّبر على الأمر (والله أعلم) * المعنى الأوّل: جزع ممّا تحقّق = مسّ الشرّ – والمعنى الثاني: جزع من أمر محتمل = إن لم يمنع نقص الخير أو زال ⇐ لذلك قدّم المتحقّق (والله أعلم)* المعنى الأوّل: كلّ شرّ يُجزع منه – والمعنى الثّاني: الخير قسمان، قسم لو أغنينا به الآخر لم نفتقر منه (العلم، إلخ.) وهذا قد لا نمنعه بل قد تجد منّا من يحرص على أن يشاركه فيه أقصى عدد ممكن من النّاس، وقسم لو أغنينا به الآخر افتقرنا منه وهذا هو الذي يمنع ⇐ لذلك قدّم المعنى الأوّل المتعلّق بالشّرّ لأنّه معنى غير دقيق ويُتوصّل إلى فهمه دون توقّف وتأمّل، أمّا المعنى الثاني فيحتاج لكي يُدرك إلى تفصيل وتدقيق أي إلى وقوف، أي أنه لا يُتوصّل إليه ومنذ البداية (والله أعلم) * إلخ] إلخ.
ولعلّ كلّ ما سبق يدلّ على أنّ الله تعالى قصد (وهو الأعلم بمقصوده) بـ: "إذا" في الآية الكريمة الأولى تفسيرا أوّلا وبـ: "إذا" في الآية الكريمة الثانية تفسيرا ثانيا ومتأخّرا عن السابق.
ولعلّ كلّ ما سبق يجعلنا نقول إنّ "إذا" في الفصل 57 قُصد بها التفسير (انظر أيضا حول القول بالتفسير في نطاق نفس المثال: السّيوطي (جلال الدين عبد الرحمان)، و 849 / ت 911، الإتقان في علوم القرآن، لبنان، دار الفكر، ط 1، 1416 هـ / 1996 م، تحقيق سعيد المندوب، ج 2، ص 194).

[772] انظر الفرق على المستوى الحِجاجي بين وصف الشّخص بكونه كاذبا ووصفه بكونه أوقع غيره في غلط: "بيرلمان" و"تيتيكا"، مؤلَّف الحِجاج: مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 243.

[773] "توليي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 6، عدد 90.

[774] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 176 (أي بعد المكان المشار إليه بحاشية الفصل 62 من المشروع المُرَاجع).

[775] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 522.

[776] انظر عدد 160 وما بعده وخاصة 168 من هذا العمل.

[777] وعلى هذا فإن ما قيل بفصل الغلط حول هذه المادّة لـ م.ا.ع وحول علاقتها بمسالة الإحكام يصح نقله إلى هذا المكان. انظر عدد 178 من هذا العمل.

[778] إن هذه التفرقة رومانية الأصل، ولكن محتواها الوارد أعلاه لم يؤت به إلا منذ وقت قريب. وفعلا فإن الرومان يعدّون تغريرا محمودا وغير محمود ما أحدث غلطا (الآن صار المحمود هو الذي لا يحدث غلطا)، لكن الأول يؤتى به "...للدفاع عن مصالح مشروعة خاصة ضد عدوّ أو لصّ..." ("دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 167 ـ انظر أيضا: "كاربونيي"، مرجع سابق، الالتزامات (باللغة الفرنسية)، عدد 103). (عند الرومان التغرير المحمود فعل شرّ خيّر، والآن صار التغرير المحمود فعل شرّ لم يؤثر). قرّب من التفرقة بين الأخلاق التي معيارها الشّخص والأخلاق التي مقياسها الحدث: "بيرلمان" و"تيتيكا"، مؤلَّف الحِجاج: مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 406.

الصّورة الأولى تغريرا غير محمود[779] وتسمية الصّورة الثّانية تغريرا محمودا[780].

وإن هذا التغرير المقبول (التغرير المحمود عند الرومان) معروف في الفقه. فلقد جاء عند ابن نجيم، مرجع سابق، ج 1، ص 331 ما يلي:"...الغش حرام إلا في مسألتين:... اشترى المسلم الأسير من دار الحرب ودفع الثمن دراهم زيوفا أو عروضا مغشوشة جاز إن كان حرا وإن كان الأسير عبدا لم يجز - يجوز إعطاء الزيوف والناقص في الجبايات..." (في الحاشية يفسر الحموي الصورة الثانية بالقول مما يجبى من الناس ظلما.).

كما أن هذا التغرير المقبول لم يغب في القوانين المعاصرة: ويمكن أن يقدم هنا كمثال القانون الألماني الذي يعطي الحق في الكذب حول الماضي الجزائي الذي تم محوه من السجلات أو الذي من الواجب محوه، كما يقبل بالكذب من قبل ممضي عقد الشغل الذي من حقه أن يأتي ذلك حين تطرح عليه أسئلة غير مشروعة مثل انتمائه إلى نقابة أو حزب، ونفس الحل قد وضع للمرأة التي من حقها أن تكذب فيما يخص مسألة وجودها في حالة حمل (انظر إلى "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 358). وإن هذه الحالة الأخيرة ليعرفها أيضا قانون الشغل الفرنسي (انظر "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 225.).

ويلاحظ "دومولومب" (عدد 168) أنه قد أبقي على الكلمات الرّومانية، ولكن صار لها معنى جديدا فالتغرير المحمود لم يعد يعني الخداع (الذي يحدث انخداعا) للدفاع عن مصالح مشروعة، بل صار يدل على هذه: "...القدرة وهذا الذكاء أو الدهاء الذي ليس ممنوعا في الاتفاقات..."، أي على الخداع الذي لا يحدث انخداعا. أما التغرير غير المحمود فلم يعد يفيد الخداع للدفاع عن مصالح غير مشروعة والذي يحدث انخداعا، بل صار يدل على الخداع الذي يحدث غلطا. لكن وكما سبق بقيت ثمّ حالات لخداع يحدث انخداعا ومع ذلك هو مقبول، ولكن هذا لم يعط له اسم اصطلاحي.

(تحدث "فيتز" عن تغرير ليس ممنوعا، أما "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" فلم يهتموا بالتسمية بل بالحل الواجب اعتماده في صورة غياب النص. مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 225 - ولقد قلنا سابقا إنا أمام فعل شر وقصد شر ولكن هذا الفعل وهذا القصد هو من وجه آخر يعدّ خيرا (وعلى كل لم يعد يسمّى تغريرا محمودا كما كان الأمر عند الرومان (لعل الحل في القانون التونسي – وإذا لم يوجد قانون خاص يبيح هذا التغرير - أن يسقط في أحد الفصول الآتية: 56 أو 57 أو 60، لكن قد يمكن إخراجه منها بواسطة قاعدة الفصل 538).

قرّب من: BARON (A.), De la rhétorique ou de la composition oratoire et littéraire, Lib. Polytechnique d'Aug. Dec., Bruxelles, 2ème éd, 1853, p333: «"Nous sommes naturellement portés, dit Quintilien, à exagérer les choses ou à les atténuer ; personne ne se contente de la réalité ; aussi **l'hyperbole est-elle un mensonge que l'on pardonne aisément". On le pardonne…quand tout le monde sait à quoi s'en tenir sur la portée de son expression…L'hyperbole ment, mais elle ne ment pas pour tromper ; elle surfait à des gens qui savent qu'il en faut rabattre**…Vous vous dites le plus malheureux des hommes, celle que vous aimez est la plus belle des femmes ; personne ne le croit …»; Orecchioni (C. K.), L'implicite, Armand Colin, Paris, 1998, 2ème éd., p147 et 332 et s.: notamment p. 337 (Affaire: Samsonite / Delsey).

[779] إن ضحية هذا التغرير هو ضحية غلط. ويمكن القول إن معاقد الواقع في غلط يمكنه المطالبة بتعويض (ويسمى هذا التعويض في القانون الألماني تعويضا سلبيا (انظر إلى "فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 354 وما بعده) عن الضرر الذي يلحقه من إبطال العقد (مصاريف العقد الذي تعلّق به غلط - فوات فرصة إبرام عقد آخر - إلخ)، لكن هذا غير ممكن هنا، لأن معاقد الواقع في غلط مغرّر (أو على الأقل له علاقة بالمغرر) ومن ثمّ فإنه إذا لحق به ضرر من جراء الإبطال فهذا الضرر - وإن كان نتاج خطأ الواقع في غلط (خطؤه إذ انخدع) فهو أولا وقبل ذلك نتاج عمد ذلك المعاقد إذ أن خديعته هي التي ولدت الانخداع (أو هو نتاج عمد من له علاقة بذلك المعاقد).

[780] تحدث "القشيري" تحت عنوان الخلق عن واقعة نجد بها التغرير الذي لا يحدث غلطا فقال: " كان لعبد الله الخيّاط حريف (حريفك: معاملك في حرفتك) مجوسي يخيط له ثيابا، ويدفع له دراهم زيوفا (زافت الدراهم زيوفا: صارت مردودة عليه لغش فيها)، وكان عبد الله يأخذها، فاتفق أن قام من حانوته يوما لشغل فجاء المجوسي بالدراهم الزّيوف فدفعها إلى تلميذه، فلم يقبلها، فدفع إليه الصّحاح، فلما رجع عبد الله قال لتلميذه: أين قميص المجوسي؟ فذكر له القصّة، فقال: بئس ما عملت، إنّه منذ مدّة يعاملني بمثلها، وأنا أصبر عليه، وألقيها

وما ينبغي الاحتفاظ به ممّا سبق هو أنّ نيّة المشرّع المعبّر عنها مباشرة قد اتّجهت إلى تبنّي التّفرقة بين التّغرير الأصلي والعرضي[781]. كما ينبغي الاحتفاظ بأنّ قصد القول بالتّغرير الذي يحدث غلطا هو جزء من النّيّة المحتفظ بها للتّوّ.

225. ومعلوم أنّ الغرب يعرف هذا القول بالخداع الذي يحدث انخداعا[782]، ونفس التّأكيد يمكن وضعه في إطار الشّرق[783]. ويمكن القول إنّ الأوّل قد أشير إليه في الحواشي[784]، ونفس القول يصحّ في حقّ الثّاني[785].

226. فإذا جمع الآن كلّ ما سبق، كانت المحصّلة:

أوّلا أنّه لا يمكن الجزم بكون جزء مادة م.ا.ع المتناول هنا مستورد أو محلّي.

ثانيا أنّه وعلى تقدير أنّ هذا الجزء مستورد فهو مثل المحلّي.

ثالثا أنّه لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

في بئر، لئلا يضرّ بها غيري". القشيري (عبد الكريم)، الرّسالة القشيريّة في علم التّصوّف، تحقيق وإعداد معروف زريق وعلى عبد الحميد بلطجي، بيروت، دار الجيل، ص 246 و247
(ملاحظة: ما ورد من تفسير بين قوسين هو للمحققين).

[781] قارن مع:
"دوبلا"، مرجع سابق، ج 1، ص 41.
الزين (محمد)، مرجع سابق، عدد 181.
قطران (حاتم)، مرجع سابق، ص 21.
بلحاج حمودة (العجمي)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 17.

[782] تعرّضنا سابقا إلى ما استعمل من قبل اللجنة.

[783] انظر من المراجع المشار إليها بالحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع.
الزرقاني، مرجع سابق، ج5، ص 133الذي يقول:"... التغرير...أن يفعل البائع في المبيع فعلا **يظنّ به المشتري** كمالا ولا كمال به".
البناني، مرجع سابق، ج 5، ص 134 الذي يقول:"... إن اشتراها **وهو عالم** أنها مصراة لم يكن له رد...".
وانظر صاحب الشرح الكبير على متن المقنع، هامش المغني لابن قدامة، ج 4، ص 80-81 (أورده السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص 153:"...إنما يثبت الخيار إذا **لم يعلم المشتري بالتصرية**، فإن **كان عالما** لم يثبت له خيار...".

[784] انظر إلى عدد 222 من هذا العمل

[785] استعمل في الحاشية الجانبية الزرقاني والبناني في مكان أشارا فيه إلى الانخداع. لكن جاء أيضا في هذه الحاشية الجانبية كلام أرجعته للدر المختار، ج4، ص 306 لصاحبه الحصكفي ومفاده أن:"...ليس ثمّ تغرير... من قبل من باع منتوجا مغشوشا أو مخلطا، إذا صرح بذلك أو إذا كان الخلط من الوضوح بحيث إنه لا يمكن **أن ينخدع فيه**." (ملاحظة: تمت الترجمة إلى العربية لما نسب إلى الحصكفي في الحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع:
« Il n'y aurait pas dol … dans le fait de celui qui vend un produit adultéré ou mélangé, s'il le déclare, ou si le mélange est tellement apparent qu'on ne puisse s'y tromper. Eddor-el Mokhtar, IV, 306 ».

وإنّ هذه المحصّلة لهي نفسها التي وجدت في مادّة العمل والعامل. فإذا عثر عليها بعد البحث فيما تبقّى من مادّة أثر العمل، سيمكن القول عندها إنّ الغرب مثل الشّرق في كلّ جوانب التّغرير. لكن لينظر أوّلا إلى ما تبقّى، وليترك التّخمين حول ما قد يستنتج منه إلى مرحلة موالية، أي ليبحث في مسألة الإحكام في إطار الجزء الثّاني من مادّة أثر العمل، والأخير من مادة الفصلين 56 و57.

§ 2 الإحكام على صعيد الفارق

227. ينبغي تقسيم الحديث إلى تحليل لمحتوى هذه الجهة وإلى محاولة الحكم عليها وربطها بالإحكام:

228. ◄ فأمّا تحليل محتوى هذه الجهة: فيتفرّع إلى تحليل لجانبها الخاصّ بوضع التّفرقة بين التّغرير الأساسي والتّغرير العرضي، وإلى تحليل لجانبها المتعلّق بما يحويه ذاك الأساسي وهذا العرضي[786]:

229. ♦ وإنّ أمر تحليل الجانب الخاصّ بوضع التّفرقة قد بات الآن هيّنا، إذ سبق القول إنّ نيّة المشرّع المعبّر عنها مباشرة قد ذهبت إلى أن تضع في الفصلين 56 و57 التّغرير الذي يحدث غلطا[787] (وهذا هو الجامع بين النّصّين). كما سبق القول إنّ هذه النّيّة جزء من قصد أكبر هو جعل الفصل 57 للتّغرير الذي يحدث غلطا في التّوابع، أي للتّغرير الذي ليس سببا أصليّا[788] أو التّغرير العرضي[789]، وجعل الفصل 56 للتّغرير الذي يحدث غلطا محلّه ما ليس توابع، أي للتّغرير الذي حمل على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ به[790]، أو التّغرير

---

[786] يجب أن يُلاحظ هنا أمران:
أوّلهما أن الأساسي المتحدث عنه هنا يهم 56 لا 60.
وثانيهما أنه لا يمكن هنا أن نتحدث حديثا كاملا عما يحويه العرضي لأن مسألة كهذه تتطلب أن يخاض أيضا في 60، وهو ما لن يؤتى به إلاّ لاحقا.

[787] انظر عدد 224 من هذا العمل.

[788] عبارة "التوابع" وعبارة "ما ليس أصليا" هما لـ: 57 م.ا.ع ومن قبله لـ: 62 من المشروع المُرَاجع ومن قبلهما لـ:49 من المشروع.

[789] هذه عبارة انفرد بها 49 من المشروع. لكن وبما أنها استعملت فيه كمرادفة للعبارتين المتحدث عنهما في الهامش السابق، فإنه يمكن استعمالها أيضا إبان الحديث عن 57 م.ا.ع و62 من المشروع المُرَاجَع إذ أن معناها حاضر فيهما بسبب احتوائهما على ما يرادفها.

[790] إن هذه العبارة لـ 56 هي نقيض عبارة 57 (التغرير الذي ليس سببا أصليا). ويتوضح هذا حين ننظر إلى الصياغة الفرنسية للفصلين. وبما أن مرادف هذه العبارة لـ57 هو التغرير الذي محله التوابع والتغرير العرضي، يكون ما هو نقيض لهاتين العبارتين (أي التغرير الذي محله ما هو أساسي ـ التغرير الأساسي) هو

الأساسي (وهذا هو الفارق أو المائز بين النّصّين).

230. ♦ أمّا أمر تحليل الجانب المتعلّق بما يحويه التّغرير الأساسي وبما يتضمّنه العرضي فيتطلّب البحث في التّعبير المباشر عن إرادة المشرّع، كما يتطلّب أيضا البحث في التّعبير غير المباشر عن هذه الإرادة:

231. ◙ فإذا بدأنا بالتّعبير المباشر، وجب علينا الذّهاب إلى الحاشية التّحتيّة للفصل 62 من المشروع المُرَاجع. ذلك أنّ ما يفرزه البحث في هذه من معنى أريد للتّوابع ولغير الأصلي وللعرضي، سيكون هو المحتوى المقصود للفصل 62 ومن ثمّ للفصل 57 م.ا.ع[791]. ثمّ إنّ ما لا يسقط في الفصل 62 ومن ثمّ في الفصل 57 سيكون هو المحتوى المقصود للفصل 61 من المشروع المُرَاجَع ومن هنالك للفصل 56 م.ا.ع[792].

وإنّ الحاشية التّحتيّة للفصل 62 المذكور أعلاه قد بدأت، على مستوى الإشارات إلى الفقه الفرنسي، بـ:"توليبي" في مكان عرّف فيه التّغرير العرضي بأنّه ذلك الذي "... بواسطته ينخدع شخص، قرّر بعدُ التّعاقد، في توابع وأعراض العقد، مثلا في وصف الشّيء أو في الثّمن الذي يكون مرتفعا شيئا ما، أي على نحو يكون فيه قد تعاقد بشروط مجحفة"[793].

وتلي ذلك إشارة إلى "أوبري" و"رو" في فقرة قالا فيها إنّ العرضي هو الذي:"... أتي به أثناء مفاوضات انطلقت بعدُ (والذي) لم ينشئ عند الآخر نيّة التّعاقد (والذي) لم تكن له من نتيجة سوى جرّ هذا الآخر إلى قبول شروط

مرادف لعبارة 56، أي هو ما جاء بهذا النص.
(ملاحظة: استعملت كلمة النقيض هنا في معناها لدى المناطقة والذي مفاده أنه وبالنسبة إلى القضية في عين يتوصل إلى النقيض بجعل الرابطة سالبة. انظر إلى الموسوعة الكلية الفلسفية، مرجع سابق (باللغة الفرنسية) تحت لفظة: contradiction وذلك بـ: ج1، ص 471).

[791] لأن محتوى 62 نقل بحذافيره إلى م.ا.ع ووضع فيها تحت اسم "الفصل 57".

[792] والسّبب أن التغرير، بهذا المنظور، إما أساسي وإما غير أساسي، فما لم يسقط في الأوّل سقط في الثاني والعكس بالعكس.

[793] "توليبي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 6، عدد 90 (قالت حاشية الفصل 62 من المشروع المُرَاجع إن الأمر يتعلق بعدد 9 وهذا خطأ مطبعي).
"Le dol incident ou accidentel, est celui par lequel une personne, déterminée d'ailleurs à contracter, est trompée sur quelques accessoires ou accidents du contrat, par exemple sur la qualité de la chose, sur le prix plus ou moins fort, en sorte qu' elle a contracté d' une manière désavantageuse".

مجحفة ..."[794]. كما قالا في نفس الفقرة إنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي أو في الباعث يعدّ مبطلا، وهذا يعني أنّهما لم يعدّاه عرضيّا.

ثمّ جاءت إشارة إلى "لوران" في مكان أورد فيه ما يقصده غيره من العرضي، والذي لا يخرج عمّا أتى للتّوّ عند "أوبري" و"رو" والذي كنّا قد وضعناه بين علامتي تنصيص[795].

وأخيرا أتت إشارة إلى "دومولومب" في فقرة يمكن تلخيص محتواها ومحتوى الفقرة التي جاءت بعدها[796] بأنّه يتمثّل في تعريف العرضي بأنّه الذي "... لم يحمل على العقد ..." (والذي) "على إثره ..." (تمّ التّعاقد) "بشروط أكثر إجحافا ..." (أما التّغرير الأساسي فهو الذي بدونه) "... ما كان الآخر ليتعاقد، وهذا لا يعني: ما كان ليتعاقد بنفس الشّروط بل ..." (يعني) "... ما كان ليتعاقد البتّة ..." (وهو الذي) "... ولّد فكرة ونيّة التّعاقد عند شخص لم يكن يزمع ذلك ..." (لكن هذا لا يعني) "... أنّه لا يمكن أن يوجد تغرير أساسي إلاّ متى جاءت مبادرة اقتراح" (التّعاقد من المغرّر به، لكن هذا مؤشّر ومؤشّر خطير على ذلك. أمّا التّغرير العرضي فهو) "... على العكس ... ذلك الذي مورس من أجل التّبديل، على نحو مجحف، لشروط العقد ضدّ طرف ... قرّر بعدُ التّعاقد لأنّ الشّيء، مثلا، ... هو ضروري أو مناسب له. ففي هذا الاتّجاه لا يمثّل عموما إلاّ تغريرا عرضيّا تغرير البائع للمشتري للحصول على ثمن أكثر ارتفاعا في عقد بيع" (حُزِم الرّأي على إتيانه)[797].

---

[794] "أوبري"و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، عدد 343 مكرر:
"Le dol… incident… (est) celui qui، pratiqué dans le cours d'une négociation déjà entamée, n'a pas fait naître chez l'une des parties l'intention de contracter, et n'a pas pour résultat que de l'amener à accepter des conditions plus désavantageuses…"
وقد ينبغي أن يلاحظ هنا أن هذين الفقيهين قد أشارا في حاشية تحت هذا الكلام إلى "تولييي" في مكان يوجد فيه حديثه الذي ذكر أعلاه، وإلى "دومولومب" في مكان نجد فيه حديثه الذي سيرد بعد قليل (وهذا يدل على أن كل هؤلاء يتبنون نفس القول)، وذلك بالإضافة إلى فقهاء آخرين ("دورنتون" DURANTON و"لارومبيار" LAROMBIERE و"كولمي دي سنتار" COLMET.DE.SANTERRE)، ولكن هؤلاء لم تشر إليهم الحاشية التحتية للفصل 62 من المشروع المُرَاجع. ولذلك لن نتعرض إليهم.

[795] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 522 وما بعده.

[796] هي الفقرة عدد 176 ولقد أتي بها ـ رغم أن الحاشية التحتية لم تشر إليها ـ لأنها توضح عدد 175 وهذه مشار إليها.

[797] " دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج24، عدد 175 و176:
" Le dol incident est celui … qui n' a pas déterminé le contrat, mais par suite duquel la partie a été amenée à le consentir sous des conditions plus désavantageuses … (le dol principal est celui sans lequel) … l' autre partie N'AURAIT PAS CONTRACTÉ, ce qui ne veut pas dire n' aurait pas contracté AUX MÊMES CONDITIONS, mais

232. ممّا سبق يمكن استخلاص:

أنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة هو تغرير عرضي[798].

أنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث يعدّ مبطلا [799]، مما يدلّ على أنّه ليس عرضيّا.

أنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي قد اتّخذ منه الفقه المعتمد في الأعمال التّحضيريّة لـ: م.ا.ع موقفين:

فأمّا "أوبري" و"رو" فيريانه مبطلا[800].

وأمّا "تولييي" فيراه عرضيّا.

على هذا لا يمكن القول إنّ الموقف الأوّل أو الموقف الثّاني[801] هو الذي يعدّ تعبيرا مباشرا عن النّيّة. وقد نفكّر في أنّ ما رآه "تولييي" هو الذي اعتمد لأنّنا نجده قد استعمل عبارة هي نفسها التي سيستعملها الفصل 62 من المشروع المُرَاجع ومن بعده الفصل 57 من م.ا.ع (عبارة توابع العقد) معطيا (أي "تولييي") لها مثالين أحدهما الوصف غير الذّاتي. لكن علينا أن نرجع فيما

---

bien n' aurait pas contracté DU TOUT … 176 … le dol principal … est celui qui fait naître l'idée et l'intention de contracter chez une personne qui n' y songeait pas … ce n' est pas qu' il ne puisse y avoir dol principal qu'autant que l' initiative de la proposition du contrat est venue de celui qui l'a pratiqué, mais du moins cette circonstance en sera-t-elle souvent l' un des plus graves indices … tandis que le dol incident au contraire…est celui qui s' exerce, afin de modifier, d'une manière désavantageuse, les conditions du contrat, au préjudice d'une partie, qui avait … déjà décidé à faire le contrat, parce que la chose, par exemple, … lui était nécessaire ou se trouvait à sa convenance. C'est en ce sens que les manœuvres pratiquées envers un acheteur par un vendeur, afin d'obtenir un prix plus élevé dans un contrat de vente déjà arrêté … ne constituerait généralement qu'un dol incident …".

[798] وهذا ما وجدناه بصفة واضحة عند "تولييي" و"دومولومب".

[799] وهذا ما وجدناه عند "أوبري" و"رو". وينبغي هنا أن نشير إلى أن "دومولومب" عدّ هذا التغرير مبطلا (نفس الجزء، عدد 181) لكنه وحين تعرض إلى مثال تاجر "روديس" عدّ هذا التغرير ـ خلافا لـ"سيسرون" ولكن مثل "بوتيي" ـ غير مبطل (نفس الجزء، عدد 179). ولحل هذا التناقض يتجه القول إن "دومولومب"، وهو يتناول هذا المثال رأى فيه لا تغريرا أحدث غلطا في الباعث بل تغريرا أحدث غلطا في القيمة. وعلى كل لا يمكن اعتماد هذا الفقيه كحجة هنا لأن المكانين اللذين نجد فيهما كل ما سبق لم يشر إليهما بالحاشية التحتية (حاصل قصّة تاجر "روديس" هو أنّ المدينة عرفت مجاعة، فتوجه لها التاجر بقمح رديء وباعه للأهالي بثمن مرتفع مخفيا عليهم أنّه وفي الطريق سبق مراكب محمّلة بقمح جيّد ومتجهة إلى المدينة).

[800] وهو نفس ما يراه "دومولومب". لكن هذا لا يمكن اعتماده كحجة هنا لأن المكانين اللذين قال فيهما ما سبق (ج 24، عدد 99 وعدد 181) لم تشر إليهما الحاشية التحتية للفصل 61 (أشارت إلى عدد 186) ولا الحاشية التحتية للفصل 62 (أشارت إلى العدد 175).

[801] لأن التغرير إما أساسي وإما عرضي فلا يمكن أن يتبنى منه هذين الموقفين معا.

فكّرنا فيه وذلك لأنّه لا يمكن القطع به[802].

وما تقدّم يمكّن أوّلا من أن يقال عن الفصل 57 م.ا.ع إنّه (واستنادا إلى التّعبير المباشر عن النّيّة) آنية يملؤها التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة. لكن حين نتقدّم في قراءة المجلّة نجد الفصل 60، وهذا الفصل يدعونا لإخراج هذا التّغرير من ذلك الإناء لأنّه موجود بوعاء هذا النّص[803].

كما أنّ ما سبق يمكّن ثانيا من صبّ التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث في آنية الفصل 56[804].

لكنّ الذي تقدّم لا يمكّن إلاّ من التوقّف، وعدم إصدار حكم في شأن التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي. وإنّ هذه النّتيجة لا يمكن الاكتفاء بها، بل يجب أن نواصل البحث لعلّنا نجد ما من شأنه أن يجعلنا نضع هذا التّغرير إمّا في الفصل 56 وإمّا في الفصل 57.

233. ◙ ومواصلة البحث هنا تعني مغادرة التّعبير المباشر عن النّيّة إلى التّعبير غير المباشر. ولقد مرّ بنا أنّ الفصل 45 من م.ا.ع يجعل الغلط في وصف غير ذاتي مبطلا[805]. وعلى هذا فمقتضى الاتّساق يستوجب (إن جاءت

---

[802] ورد محتوى ما قاله "توليبي" بـ عدد 231 من هذا العمل، ومن يقرأ ذلك المحتوى يجده تحدث عن وصف الشّيء، لكن وبما أنه لا أحد يقول إن الوصف الذاتي لا يبطل، نسبنا أعلاه إلى هذا الفقيه ـ لكونه تحدث عما لا يبطل ـ أنه قصد بالوصف ما ليس ذاتيا. وان السّبب في عدم إمكان القطع المتحدث عنه في المتن أن "توليبي" قال بعدم الإبطال في صورة الوصف غير الذاتي وفي صورة القيمة. ويحتمل أن يُقصد تبنّي موقفه من الصورتين أو من صورة واحدة. ثم انه إذا قصد تبني موقفه من صورة واحدة فيحتمل أن تكون صورة الوصف غير الذاتي أو صورة القيمة. وإلى جانب ما تقدم يمكن أن نضيف سببا آخر لعدم القطع. ومفاد هذا السّبب انه يجوز أن يكون لم يؤخذ من "توليبي" إلا عبارته، أما مضمون هذه العبارة فمن غيره الذين أشير إليهم معه.

[803] إن هذا القول قابل لأن يتغير في جزء منه (انظر إلى عدد 247 وما بعده من هذا العمل).

[804] لو أننا وجدنا أن هذا التغرير لا يبطل لأمكن أن نستنتج أنه يجب أن يكون الغلط في الباعث لوحده غير مبطل. أما وقد وجدنا ما سبق فإن هذا يؤدي إلى أن مقتضى الاتساق يبقي الأمر مفتوحا لهذا الغلط إن تجرد أن يتخذ منه موقفان: إما الإبطال وإما عدم الإبطال.

وإننا وحين نبحث في التعبير المباشر عن النية نجد أن الفصل 50 من المشروع المُرَاجع (وهو الذي أعطى الفصل 45 من م.ا.ع) قد أشار إلى "أوبري" و"رو" في مكان (ج 4، الفقرة 343 مكرر) قالا فيه إن هذا الغلط لوحده لا يبطل (علما وأنهما يقولان إن هذا الغلط ـ وكذلك الغلط في الوصف غير الذاتي ـ يبطلان لو أن نية الأطراف المشتركة جعلت من الباعث أو الوصف شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد). وعلى هذا قد يمكن لنا ـ استنادا إلى هذه الإشارة ـ القول إن الغلط في الباعث ـ حسب ما بدا لنا أنه أريد من قبل صاحب 45- لا يبطل.

انظر حول ما سبق عدد 115 من هذا العمل.

[805] انظر إلى عدد 43 وما بعده وخاصة عدد 60 و64 من هذا العمل. وينبغي هنا أن نشير إلى أن 45 لم يتبع "أوبري" و"رو" اللذين قالا في المكان الذي أشارت إليه الحاشية التحتية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع (ج 4، الفقرة 343 مكرّر) إنّ هذا الغلط لا يبطل (لكنّهما قالا إنّه يبطل لو أنّ نيّة الأطراف المشتركة جعلته شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد). كما ينبغي أن نشير إلى أن "دومولومب" (ج 24، عدد 88 (قد عدّ هذا الغلط غير مبطل. لكنّنا نجده يضع أوصافا غير ذاتيّة في صنف الأوصاف الذّاتيّة (ج 24، عدد 92 و93) ويقول من ثمّ بالبطلان فيما يخصّها. أمّا "لوران" فقد قال إنّ كلّ وصف عدّه الأطراف أساسيّا فهو أساسي (ج 15، عدد 488) ومن ثمّ

مع هذا الغلط زيادة هي هنا التّغرير) أن لا نصير إلى عدم الإبطال وأن نبقى نقول بالإبطال[806].

234. ◄ ولعلّه صار بالإمكان الآن (وقد انتهت مرحلة تحليل الجانب الأوّل والثّاني[807]) المرور إلى مرحلة محاولة الحكم والرّبط بمسألة الإحكام:

235. ♦ فإذا بدأنا بالجانب الأوّل، جانب وضع التّفرقة بين الأساسي والعرضي، وجدنا أنّ الغرب أنشأها[808]. أما الشّرق فلا يعرفها[809]. وعلى هذا

فهو مبطل.

[806] إذ لا يعقل أن يكون المشرّع قد أراد أن يكون الغلط لوحده مبطلا وأراد إلى جانب ذلك أن يكون هذا الغلط ومعه زيادة غير مبطل.

وانّ هذا الحلّ ليهمّ كلّ صور الغلط. لكن علينا ان نفرّق ونقول انّ صور الغلط المبطلة بطلانا مطلقا إذا أحدثها تغرير تكون مبطلة بطلانا مطلقا أيضا، وهذا القول مردّه أيضا مقتضى الاتّساق.

[807] لعل الانتهاء من هذه المرحلة المتعلقة بالجزء الثاني من مادة أثر العمل يمكننا من الوفاء باستحقاقات متخلدة في ذمتنا:

استحقاق أوّل⬅ 56 مطلق ولكنه يفيد ـ لوجود الفصل 60 ـ الخصوص، وهو ما ليس قيمة.

استحقاق ثان ⬅ 56 ليس متعلقا حصريا بوصف الشّيء.

استحقاق ثالث ⬅57 باعتباره قد يهم جزء من القيمة يمكن أن يحوي الكذب وربما أيضا الكتمان الذي يأتي وحده (انظر إلى ما سيجيء بخلاصة الجزء الأوّل والذي يبرّر التردّد الوارد هنا). كما يمكن أن يحوي النوع الثالث من العمل وهو الذي يكون باليد.

استحقاق رابع ⬅ 56 مثل 57 على مستوى حدوث الغلط ومختلف عنه على مستوى محل الغلط. وهاتان ناحيتان متعلقتان بأثر العمل.

استحقاق خامس ⬅ 56 لا يحتاج لإيراد لفظة خاصة بالكذب لأن من قال كاذبا بوجود سبب قريب أو بعيد (أو بطبيعة معيّنة لعقد) يكون قد كتم عدم وجود ذلك السّبب أو (تلك الطبيعة). ومن قال كاذبا بعدم وجود ما سبق هو كاتم لوجوده.

[808] انظر إلى الفقه الغربي الوارد بالحاشية التحتية للفصل 62 من المشروع المُرَاجع.

وانظر أيضا إلى التعليق الوارد تحت قضاء استعمل في الحاشية وهو القرار التعقيبي المؤرخ في 29 نوفمبر 1876 (منشور بـ: سيراي 1877، 1، 49.) (Sirey, 1877, 1, 49) ثم انظر إلى "رولان" و"بوايي": الصيغ اللاتينية للقانون الفرنسي (باللغة الفرنسية), باريس, ليتاك, ط 4, 1998, ص 119 و120.

Roland (Henri) et Boyer (Laurent), Locutions latines du droit français, Paris, Litec, 4ème édition 1998, p. 119 et120.

واللذان قالا إن القانون "الفقهي" (Le droit savant) قرّب التغرير من السّبب لينشأ نظرية التغرير التعاقدي، والتي ستنتقل بواسطة فقهاء القانون الرّوماني وفقهاء القانون الكنسي و"بوتيي" Pothier إلى الفصل 1116 من م.م.ف. ويمكن أن نضيف هنا أن رحلة تلك النظرية لم تنته عند هذا الحد، بل إنها تواصلت لتحط رحالها أيضا بـ: م.ا.ع.

[809] وهذا ما يفسر عدم وجود حاشية جانبية للفصل 49 من المشروع أو للفصل 62 من المشروع المُرَاجَع (نجد في الحواشي الجانبية الفقه الإسلامي بالأساس). وقد ينبغي أن يلاحظ هنا أن هذا الفقه الإسلامي يعرف تفرقة أخرى هي التي تكون بين التدليس بالعيب (مثلا: عمل يد يستر عيبا) والتدليس بغير العيب (عمل يستر انعدام الكمال، ومثال ذلك طول بقاء السلعة عند البائع [هذا المثال مأخوذ من ابن جزي، مرجع سابق، ص174] وعموما أي أمر يكرهه المشتري ويقلل من رغبته في الشّيء (على حدّ عبارة ابن جزي). ولقد جاء عند السّنهوري: (مرجع سابق ج 2، ص 152-153) حديث لصاحب الشرح الكبير على متن المقنع (هامش المغني، ج 4، ص 80 و81) مفاده أنّ كلّ الفقهاء قالوا بالخيار بالنّسبة إلى ضربي التّدليس الواردين أعلاه إلاّ

فمادّة م.ا.ع المتمثّلة في هذه التّفرقة مستوردة وليست محلّيّة. وإنّ هذه النّتيجة لتظهر بعدُ ملامح ما سيأتي:

فإمّا أن يكون المستورد دون المحلّي صلاحا، وعندها تكون مادّة م.ا.ع مجسّدة عدم الإحكام.

وإمّا أن يكون المستورد أعلى من المحلّي صلاحا، وهنا لا تكون تلك المادّة ممثّلة لما سبق.

فالميزان إذن صلوح التّفرقة أو صلوح عدم التّفرقة. ووحدة الوزن هنا ستكون ما قاله الغرب نفسه.

ويمكن أن يؤخذ كأنموذج داخل الغرب "لوران"[810] الذي قال عن تفرقة غيره (بين التّغرير الأساسي الذي هو عندهم ما حمل طرفا على عقد لم يحزم أمره عليه، والتّغرير العرضي الذي يقولون إنّه أتي به أثناء مفاوضات انطلقت بعدُ، ومن ثمّ فهو لم ينجب نيّة التّعاقد، ولم تكن له من نتيجة سوى حمل الضّحيّة على شروط أكثر إجحافا) إنّها خاطئة. والسّبب أنّه يمكن أن تعقد النّيّة على التّعاقد ثمّ لا يحصل هذا التّعاقد بسبب إجحاف الشّروط، فهنا (وعلى حدّ عبارة "لوران") صار التّغرير العرضي الذي لم يولّد قصد التّعاقد، تغريرا أساسيّا لأنّ وجوده سبّب عدم التّعاقد، ممّا يدلّ (والعبارة لـ"لوران") أنّ التّفرقة لا تصلح في شيء، وأنّها موجودة فقط بين المباني لا بين المعاني التي تحملها تلك المباني.

هذا النّقد يمكن أن يُسحب على كلّ التّعابير التي أتي بها لتحمل هذه التّفرقة:

فلقد جاء مثلا عند "دومولومب" (وفي المكان المشار إليه بحاشية الفصل 62 من المشروع المُرَاجع[811]) أنّ العرضي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد بنفس الشّروط، والأساسي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد البتّة. لكن ألا يمكن الرّدّ بالقول إنّ الذي لا يتعاقد بنفس الشّروط لا يتعاقد البتّة ... بتلك الشّروط.

وأكثر ممّا سبق وأوضح منه الرّدّ الممكن تقديمه على ما جاء بالفصل 1116 م.م.ف (والذي منه أخذ الفصل 56 م.ا.ع). فقد أتى الأوّل (ومن ثمّ الثّاني) ليقول إنّ الأساسي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد. وعلى هذا يكون

أبو حنيفة ومحمّد فإنّهما ـ ولكونهما لا يقولان بالخيار بالنّسبة إلى ما ليس عيبا ـ لا يقولان بالخيار في التّدليس بما ليس عيبا.

[810] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 523.

[811] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 175.

النّقيض، أي غير الأساسي[812] أو العرضي، هو الذي مع وجوده كان سيتعاقد[813]. ولقد أوردت م.ا.ع بالفصل 57 تفسيرا لهذا "الغير أساسي" أو العرضي[814] وقالت إنّه ما انصبّ على التّوابع. لكن الذي انصبّ على التّوابع قد يسبّب – لو كشف أمره – عدم التّعاقد. ومن ثمّ تصحّ في حقّه العبارة المستعملة للأساسي وهي أنّه بدونه ما كان ليتعاقد. وعلى هذا يصير النّقيض ليس نقيضا، بل هو الشّيء نفسه[815].

ممّا تقدّم يمكن القول إنّ توحيد التّغرير (ومن ثمّ توحيد عقابه) أصلح من تجزئته إلى أساسي وعرضي. وينبني على هذا أنّ الذي استوردته م.ا.ع دون المحلّي اتقانا[816]. وهذا بدوره تتأسّس عليه إمكانيّة عدّ هذه المجلّة (على مستوى هذا الجزء الثّاني من مادّة أثر العمل) مجسّدة لعدم الإحكام.

236. ♦ هذا الحكم يمكّن من المرور إلى آخر يتعلّق بالجانب الثّاني للجزء الثّاني من المادّة المذكورة للتّوّ، وهو ذاك المتعلّق بما يحويه الأساسي[817].

وإنّ هذا الآخر ليمكن بناؤه على ثلاثة أمور:

أوّلها (وهذا أمر سبق أن وقع التّعرّض إليه) أنّ الفصل 56 وعاء يحوي ضمن ما يحويه التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث[818] وفي الوصف غير الذّاتي[819].

وثانيها (وهو أمر سبق بدوره) أنّ الغرب يقول نفس الشّيء[820].

وثالثها (وهذا أمر لم يسبق) أنّ الفقه الإسلامي يعرف التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث ويعدّه موجبا لخيار الفسخ[821].

---

[812] انظر حول معنى النقيض ما ورد سابقا.

[813] يلاحظ هنا أن م.ا.ع أوجدت فصلا هو 57 ليحمل هذا النقيض. وهو ما لم تفعله م م ف. ولعل السّبب يكمن في موقف الأولى من التغرير الذي يحدث غلطا في القيمة (انظر إلى عدد 259 من هذا العمل).

[814] انظر ما يبرّر قولنا إن الأمر يتعلق بتفسير: أحد هوامش عدد 233.

[815] ليستحضر ما جاء من نقد للمنطق وللقانون في عنوان الغلط التلقائي، وسيدرك عندها أن كل تمييز بين تغرير احدث غلطا في أمر أساسي وتغرير احدث غلطا في أمر غير أساسي لا يمكن أن يصمد أمام عملية التقييم.

[816] خلا المستورد منه ومن بعده المستورد من دقّة النظر التي توجب جمع المتماثلات.

[817] انظر هامشا في عدد 238.

[818] انظر عدد 232 من هذا العمل.

[819] انظر عدد 233 من هذا العمل.

[820] انظر عدد 232 وما بعده من هذا العمل. وإنك ستجد – بالنسبة إلى الوصف غير الذاتي- أن جزء من الغرب فقط هو الذي يقول بالإبطال.

[821] ◄ يمكن أن يعطى هنا مثال المرابحة والتولية والشركة والوضيعة حين لا يصحبهم غبن (انظر: الزّرقا

كما يعرف الفقه الإسلامي التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي، ويجعله مؤدّيا لنفس المصير[822].

وإنّ هذه الأسس الثّلاثة لتمكّن من تشييد قول مفاده إنّ الجانب الثّاني للجزء الثّاني من مادّة أثر العمل ثمّ مثله في الغرب وفي الشّرق[823]. وإنّه – وعلى التّقدير الأقصى المتمثّل في كون هذا الجانب قد تمّ استيراده – فإنّ المجلوب مثل المتروك وليس هذا المتروك بالأفضل. ويبدو أنّ هذه المحصّلة لا

(مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العامّ، مرجع سابق، ج 1، ص 468) وإنّنا سنعود فيما بعد إلى هذه البيوع وذلك بمناسبة الحديث عن التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة.

◄ وربما يمكن أن يقدّم هنا مثالا لغلط في الباعث عدّ موجبا لخيار الفسخ، وإنّ قانونا يقبل الغلط لوحده ليقول من باب أولى بنفس الحل لو أحدث ذلك الغلط تغرير (هذا المثال لغلط في الباعث جاء بـ:"درر الحكام لعلي حيدر، مرجع سابق، ج 1، ص 344 تحت المادّة 338: "ثانيا إذا اشترى عَرَصَةً (بفتح العين والراء والصاد: والعرصة هي ساحة الدار أو بقعة لا بناء عليها) على أن ضريبة الأملاك التي تأخذها الحكومة عنها مائة قرش فظهر أن ضريبتها أكثر من ذلك فإذا عدّ ذلك عيبا عند التجار فللمشتري ردها بخيار العيب. ثالثا: إذا اشترى عقارا على كونه لا ضريبة عليه فظهر بعد الشراء أن عليه ضريبة فللمشتري الخيار بين أن يأخذه مع ضريبته بجميع الثمن المسمّى وبين أن يردّه". ويمكن أن نصف هذه الصورة بكونها غلط في الآثار القانونية للعقد، ومن ثمّ غلط في الباعث. انظر إلى وصف الغلط في الآثار القانونية على أنه غلط في الباعث عدد 116 من هذا العمل.

◄ وربما يمكن أن يعطى أيضا مثال من يأتي إلى شريك ويبتاع منه ليمكّن الشريك الآخر من ممارسة الشفعة (انظر إلى السّنهوري (عبد الرزّاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 173).

◄ وينبغي أن يلاحظ هنا أنه ثمّ مثال قد يجسّد قولا للفقه مفاده أن هذا التغرير الذي يحدث غلطا في الباعث لا يوجب فسخا. وحاصل المثال أن شخصا كذب على آخر وقال له إن منزلي يساوي المبلغ (أ) وإنّ فلانا قد طلب شراءه، ثم اتضح أن المنزل يساوي ذلك المبلغ ولكن فلانا لم يطلب شراءه. ففي هذه الصورة ليس ثمّ فسخ (انظر حيدر (علي)، درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص 369 و370، تحت المادّة 357 من المجلّة العثمانية).

ولعله بالإمكان أن نقول إنّ علي حيدر قد أراد أن يؤكّد من خلال هذا المثال أن التغرير الذي لم يحدث غلطا أحدث غبنا لا يوجب خيارا بسبب انعدام الغبن. وإن هذا السّبب يحصر ذلك التأكيد. بعبارة أخرى يمكن القول إن هذا الفقيه سكت عن هذا المثال بوصفه يجسّد أيضا صورة تغرير أحدث غلطا في الباعث ومن ثمّ فقوله عن عدم وجود خيار لم يهم المثال من جانبه المذكور للتوّ. ويبدو أنه بالإمكان وبناء على ما تقدم مواصلة التمسّك بما قيل في المتن حول موقف الفقه الإسلامي.

انظر عدد 116 من هذا العمل.

[822] انظر مثلا إلى:

الزرقاني، مرجع سابق، ج 5 (المجلد الثالث)، ص 136.

البناني، نفس المرجع والجزء والمجلد، ص 134.

وكلاهما مشار إليه في الحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المُرَاجع.

[823] قد يمكن القول إن الباعث اخذ من الغرب (انظر عدد 231 من هذا العمل) لأنه لم يثبت لنا أنه أشير إلى الشّرق كمرجع حين تحدث عن هذه النقطة.

كما يمكن القول إن الوصف غير الذاتي أخذ من الشّرق لأنه أشير إليه كمرجع (انظر الهامش السابق)، وربما يمكن القول إنه أخذ من الغرب لأننا رأينا أنه أشير إلى هذا كمرجع (عدد 232 من هذا العمل) وإن لم يمكن لنا أن نأخذ موقفا عندها – لذلك مررنا إلى النية غير المباشرة (عدد 233 من هذا العمل)- لأن هذا الغرب منقسم إلى قائل بكونه مبطلا وقائل بنقيض ذلك.

وإن كل ما سبق لم يمكنا ونحن نتحدث عن الباعث والوصف غير الذاتي معا، من أن نقول عنهما إن الغرب والشّرق مشار إليه بالنسبة إليهما جميعا كمرجع.

تسمح بربط هذه النّقطة من م.ا.ع بمسألة الإحكام[824].

237. وينبغي الآن أن يُختم هذا الحديث الخاصّ بتحليل جهة أثر العمل وبالحكم عليها بخلاصة مفادها أنّ النّاظر إلى الفصلين 56 و57 يجد أمامه قسما أوّلا[825]، فثانيا[826]، فثالثا[827]. وهذا القسم الثّالث له جزء أوّل[828]، وثان[829]. وهذا الجزء الثّاني له جانبان سنعتني بأوّلهما[830] ونترك الثّاني[831]. فأمّا القسم الأوّل فثمّ مثله في الشّرق وفي الغرب. وكذا الثّاني، وأيضا الجزء الأوّل من القسم الثّالث. لكنّ الجانب الأوّل من الجزء الثّاني من هذا القسم الثّالث غربي. ويبدو أنّ واضعي الفصلين 56 و57 قد عمدوا إلى الاستيراد. لكن اتّفق وأنّ المستورد له شَبَه كبير بالمحلّي الموجود والقائم وقتها. وعليك أن تنظر مليّا لتكتشف جزئيّة في ملامح الفصلين 56 و57 تجعلهما غربيّين لا شرقيّين.

ولعلّه ينبغي – للتثبّت من صحّة هذه الخلاصة – النّظر أيضا في الفصل 60 وفي علاقته بمسألة الإحكام التي نعمل عليها.

---

[824] إن ما ورد أعلاه لواجب المراجعة حين لا نكتفي كما فعلنا الآن بعموم التغرير، أي حين سنحاول الدخول إلى أقسام التغرير الثلاثة: عمل اليد والكذب والكتمان. فهذا الدخول سيسمح بالتفرقة:
بين عمل اليد أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو مبطل على مستوى مادة الغلط لوحدها (ذات الشّيء مثلا).
وبين عمل اليد أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو ليس مبطلا على مستوى مادة الغلط لوحدها (القيمة مثلا).
كما أنه سيسمح بنفس التفرقة في إطار الكتمان.
وكل ذلك سيمكن من الفصل: بين عمل اليد أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو ليس مبطلا على مستوى مادة الغلط لوحدها وبين الكتمان في نفس هذا الإطار.
وإن تأجيل محاولة الدخول المتحدث عنها أعلاه والاكتفاء هنا بتحاليل قد يرجع فيها سببه أن الذي لم يخض فيه يستوجب - لكي ينظر فيه نظرة شاملة- أن يتعرض أوّلا إلى الغلط في القيمة وإلى التغرير الذي يحدثه، وهو أمر لم يؤت به إلى الآن.

[825] قسم العمل.

[826] قسم العامل.

[827] قسم أثر العمل.

[828] جزء إحداث الغلط.

[829] جزء محل الغلط.

[830] الجانب الخاص بالتفرقة بين الأساسي والعرضي.

[831] الجانب المتعلق بما يحويه الأساسي، وإنه سيترك لكونه وكما قيل سيستهدف إلى المراجعة.

الفصل الثّاني
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصل 60

238. إنّ المنطوق به في الفصل 60 هو: "الغبن لا يفسخ العقد الاّ إذا تسبّب عن تغرير ..."[832].

أمّا المقصود فهو: "الغبن (الموضوعي)[833] لا يفسخ العقد إلاّ إذا تسبّب

---

[832] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة:" تسبب " بعبارة أخرى: "نتج"، ومحى "من" من أمام "نائبه"، واستبدل "ممن' بـ: "من"، و غيّر "عدى" بـ: "عدى" و "استثنى" بـ. "استثني".

[833] إنّنا سنثبت لاحقا وصفنا هنا الغبن بالموضوعي. لكن بالإمكان أن نقول منذ الآن أن لفظة الغبن جاءت بالفصل 60 وجاءت بالفصل 61. والحديث عن الإرادة في ذاك مختلف عن الحديث عن الإرادة في هذا. وإنّ تبدّل الأطر (نوع الإرادة – حضورها وغيابها) مع ثبات اللفظ (الغبن) يدلّ على أن الغبن غير مرتبط بالإرادة، أي على أنه موضوعي.

ولتوضيح ما سبق ينبغي الخروج إلى الإطار العامّ والقول إن الغبن " الموضوعي" يمكن أن يتحقق والإرادة حاضرة، كما يمكن أن يتحقق وهي غائبة:

◄ فقد تحضر إرادة التعبير (أو الإرادة الاستعماليّة) وتحضر معها إرادة الأثر (أو الإرادة الجدّية) ويكون ثمّ غبن "موضوعي". وإن أسباب ذلك لمتعددة. فقد تحدث "ابن جزي" عن الذي يشتري بالأزيد لغرض المشاكلة (مرجع سابق، ص 177)، وتحدث "لوران" عن الأذواق والأهواء (مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 485، وهذا المكان مشار إليه في الحاشية التحتية للفصل 65 من المشروع المُرَاجع وهو الفصل الذي أعطى 60 من م ا ع. لكن هنالك خطأ مطبعي فعوض أن نجد العدد 485 المذكور لأن هذه هي الفقرة الخاصّة بالغبن، نجد الحاشية تذكر الفقرة 185 المتعلقة بمسألة من مسائل التبرع لا ارتباط لها بالغبن)، كما تحدث "السّنهوري" عن المجازفة والمزاحمة (مرجع سابق، ج 2، ص 133). ولعله بالإمكان أن نضيف سببا آخر قابلا لأن يستخرج من قصة علي بن الفضيل ومفادها أنه كان:"...يشتري من باعة المحلّة، فقيل له لو دخلت السوق فاسترخصت، فقال هؤلاء نزلوا بقربنا رجاء منفعتنا" (القشيري (عبد الكريم)، مرجع سابق، ص 249).

◄ وقد تغيب الإرادة ويكون ثمّ غبن "موضوعي":

♦ وإن الغياب يمكن أن يهمّ إرادة التعبير (مثلا صورة الفصل 61).

♦ كما يمكن أن يهمّ إرادة الأثر:

◙ وإن إرادة الأثر قد تغيب في جانبها الخاص بالعلم (وهنا نجد المضغوط والمضطر).

◙ وقد تغيب في جانبها المتعلق بعدم العلم (وهنا نجد جزأي 60 اللذين سنتحدث عنهما لاحقا).

(لكن انظر ما سيأتي لاحقا).

وينبغي هنا أن نورد ملاحظتين:

◊ أولاهما- وهي مرتبطة بما سبق- أن الحاشية التحتية للفصل 65 المُرَاجع أشارت إلى مراجع قد لا تهم محتوى النص على مستوى الإرادة (مثلا الفصل 1118 م م ف وفي ما يخص المنطوق به فيه: غياب إرادة التعبير وغياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم / الفصل 1113: نفس محتوى 1118/ الفصلان 1674 و1675: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم / الفصل 138 من المجلّة المدنية الألمانية: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم (صورة استغلال الحاجة) وغياب إرادة التعبير (صورة استغلال ضعف العقل (légèreté d'esprit) [لكن الصورة الثالثة الواردة بالفصل 138 قد تهم إرادة الأثر في جانبها الخاص بعدم العلم: صورة استغلال غياب التجربة. وعلى كلّ انظر ما سيأتي لاحقا] / حكم المحكمة الابتدائية بتونس الذي طرق المسألة من ناحية النفع وغياب السّبب [علما وأن حاشية الفصل 3 من المشروع المُرَاجع والخاص بأركان العقد قد تحدثت عن النفع]، وقال إن العقد يبطل لغياب السّبب إذا افتقدت علاقة النفع الواجبة الوجود بين الأداءين

Tribunal de 1ère Instance de Tunis, 1ère Ch, 30 Janvier1888, Journal des tribunaux

عن (غلط تسبّب عن) تغرير ..."[834].

هذا يعني:

- من جهة أولى أنّ الغبن "الموضوعي" لا يفسخ العقد في صورة حضور إرادة التّعبير وإرادة الأثر وفي صورة ما إذا تسبّب الغبن عن غلط لوحده أي عن غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم.

- من جهة ثانية أنّ الغبن "الموضوعي" يفسخ العقد إذا تسبّب عن غلط تسبّب عن تغرير.

ويمكن عدّ الجهة الأولى حكما أصليّا يتمثّل في إقصاء الغبن والثّانية حكما أصليّا يتمثّل في قبوله. وإنّا سنربط هذه الجهة الثّانية بالإحكام وأيضا تلك الجهة الأولى لكن بعد أن نسقط من عنوان الجهة الأولى[835] مسألة حضور الإرادة لكوننا لن نركّز عليها في المعنون.

على هذا سيكون الحديث:

أوّلا عن الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده (القسم الأوّل)؛

وثانيا عن الإحكام على مستوى قبول الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير (القسم الثّاني).

القسم الأوّل: الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده

239. للمسألة التي نعمل عليها علاقة بالفصل 60 في جانبه المتعلّق بالإقصاء وعلاقة أخرى به في جانبه المتعلّق بالقول بالإقصاء على وجه

Revue pratique de législation et de Jurisprudence, 1895, p. 501- français en Tunisie, 502).

◊ وثانيهما أن هنالك تقنيات في القانون التونسي أو الإسلامي أو الغربي غايتها الوقاية من الغبن "الموضوعي" المرتبط بغياب الإرادة ويمكن أن نذكر على وجه المثال منع الاحتكار وتحديد الأسعار وتحريم الرّبا (انظر: محمصاني (صبحي)، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972، ج 2، ص 433 وما بعدها. وانظر أيضا: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 292)، كما يمكن أن نذكر – على وجه المثال دائما ولكن على صعيد بعد آخر مختلف عن السابق - خيار الشرط (الفصل 121 و700 وما بعده من م ا ع)، وربما أيضا خيار التعيين (الفصل 65 و151 وما بعده من م ا ع).

[834] سيثبت لنا لاحقا أن 60 هو لغبن سبّبه غلط سببه تغرير. وإن هذه الصورة لموجودة بالقانون الفرنسي تحت اسم آخر هو التغرير الذي يحدث غلطا في القيمة. كما أنها موجودة بالفقه الإسلامي.

[835] هذا الإسقاط سيجعل العنوان الأول شبيها بالعنوان الثاني وهذا من شأنه (ربّما) أن يجعل عرض المادّة واضحا.

الإطلاق. لذا سننظر في الإحكام على مستوى الإقصاء (§1) وعلى مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق (§2).

§ 1 الإحكام على مستوى الإقصاء

240. سنحاول هنا قطع مرحلة التّحليل ومرحلة استحضار قول الغرب والشّرق وأخيرا مرحلة الحكم:

241. ◄ والدّاخل إلى المرحلة الأولى مدعوّ للتّوقف عند صيغة "لا ... إلاّ ..." التي جاءت في الفصل 60 والتي هي، في موقفٍ، للشّرط[836]؛ وتفيد[837] نطقا بنفي الحكم عند انتفاء الشّرط[838]. على هذا يكون النّصّ المذكور

---

[836] في إطار نفس الموقف الوارد في المتن قد تأتي: "لا ... إلاّ ..." في إطار غير شرطي (الاستثناء) كقولنا "لا إله إلا الله" أو كقولنا "لا عالم في البلد إلا فلان" إلخ. لكن هنالك موقف ثان يقول إنّ "لا ... إلاّ ..." وفي الحالتين (حالة مثال المتن وحالة مثال الحاشية) استثنائية. وفعلا هنالك عند أصحاب هذا الموقف الثاني استثناءان: استثناء من نفس الجنس ("لا إله إلا الله"، إلخ)، واستثناء من غير الجنس ("لا نكاح الا بولي"، إلخ). (ملاحظة: أصحاب الموقف الأوّل يرون أنّه ليس ثمّ استثناء من غير الجنس ولذلك يتحدّثون عن الشرط).

[837] هنالك معنى آخر للصيغة هو الذي سيمثل موضوع حديثنا حول جانب 60 المتعلق بقبول الغبن.

[838] انظر هذه النّقطة وانظر معها إطارها العامّ وهو المفهوم أو دليل الخطاب:
الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دار الفكر، ج 2، ص 191 إلى 212.
الآمدي (الإمام علي بن محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط 2، 1406 هـ 1986 م، المجلد الأول، ج 2، ص 330 و331. وانظر المجلد الثاني، ج 3، ص 108 و109 وعموما ابتداء من ص 73.
الرازي (فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين)، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فياض العلواني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1412 هـ 1992 م، ج 2، ص 122 وما بعدها، وج 3، ص57 وما بعدها.
المظفر (محمد رضا)، أصول الفقه، بيروت مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط 2، 1410 هـ/1990 م، ج 1، ص 98 وما بعدها (وإن هذه الصورة ليضعها ضمن مفهوم الحصر وبالتحديد ضمن الاستثناء: ص 112 وما بعدها لا ضمن مفهوم الشرط).
السبحاني (جعفر)، الوسيط في أصول الفقه، قم، مؤسسة الإمام الصادق، ط 1، 1422 هـ. قمري/1380 هـ. شمسي، ج 1، ص 174 وما بعدها.
الخميني، مناهج الوصول إلى علم الأصول، قم، تحقيق ونشر مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، ط 2، 1415 هـ، ج 2، ص 181 وما بعدها (وإن هذه الصورة ليضعها ضمن مفهوم الاستثناء: ص225 وما بعدها لا ضمن مفهوم الشرط)..
البروجردي، لمحات الأصول، إفادات البروجردي بقلم الخميني، قم، تحقيق ونشر مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، ط 1، 1379/ 1415 هـ، ص 281 وما بعدها (وإن هذه الصورة ليضعها ضمن مفهوم الاستثناء: ص297 لا ضمن مفهوم الشرط).
الصدر (محمد باقر)، دروس في علم الأصول، قم، مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ط 1، 1421 هـ، ج 1، الحلقة 1، ص 103 وما بعدها والحلقة 2 ص256 وما بعدها (وإن هذه الصورة ليضعها ضمن مفهوم الاستثناء: ص 260 لا ضمن مفهوم الشرط).
لجنة تأليف القواعد الفقهية والأصولية التابعة لمجمع فقه أهل البيت، قواعد أصول الفقه على مذهب الإمامية، ايران، مركز الطباعة والنشر للمجمع العالمي لأهل البيت، ط 1، 1423 هـ، ص 194 وما بعدها (وإن هذه الصورة لتوضع ضمن مفهوم الاستثناء: ص 224 لا ضمن مفهوم الشرط).
ويلاحظ من هذه المراجع موقفان: موقف يقول إنّنا (وفيما يخصّ الصور المماثلة لصورة الفصل 60) أمام

قد نفى الفسخ إذا كنّا أمام غبن لم يسبّبه تغرير. لكن الغبن الذي لم يسبّبه تغرير قد يتمثّل في عدّة وجوه هي:

(1) الغبن مع حضور الإرادة (إرادة التّعبير وإرادة الأثر = الإرادة الاستعماليّة والإرادة الجدّيّة)؛

(2) الغبن مع غياب إرادة التّعبير (غيابا نسبيّا)؛

(3) الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم (المضغوط والمضطرّ لا المكرَه)؛

(4) الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والمتعلّق

شرط (هؤلاء يقولون إنّ الاستثناء واحد وهو الاستثناء من الجنس وصورة 60 ومماثلاتها ليست من هذا القبيل)، وموقف يقول إنّنا أمام استثناء (هؤلاء يقولون إنّ الاستثناء قسمان هما الاستثناء من الجنس والاستثناء من غير الجنس وصورة 60 ومماثلاتها استثناء من غير الجنس):

◄ فإذا وقع تبنّي الموقف الثاني ترتّب عنه أن المستثنى منه غبن لم يحدّد (بعد معرفة المستثنى سنعرف أنّه كل غبن لم يسببه تغرير، والقائمة كما سيرى في المتن طويلة)، والمستثنى غبن حدّد وهو الذي سبّبه تغرير. ثمّ إنّه يتفرع عن هذا الموقف الثاني رأيان:

♦ رأي مفاده أنّ أداة الاستثناء دالة على حكم المستثنى منه (هذه دلالة منطوقية)، ودالة أيضا على حكم المستثنى (إذن منطوق به ثان).

♦ ورأي مفاده أنّ أداة الاستثناء دالة على حصر الحكم في المستثنى منه من دون دلالتها على حكم المستثنى. وهنا تكون دلالتها على حكم المستثنى بالمفهوم (انظر لجنة تأليف القواعد الفقهية والأصولية التابعة لمجمع فقه أهل البيت، قواعد أصول الفقه على مذهب الإمامية، مرجع سابق، ص 224 وما بعدها).

فإذا أعمل الرأي الوارد للتو على الفصل 60 (طبعا بعد أن نجد من الفصل 532 وما بعده من م.ا.ع قنطرة تسمح بالعبور إلى هذا الإعمال)، قيل إنّ المستثنى منه غبن لم يحدد والمستثنى غبن حدد وهو الذي سبّبه تغرير، ثم قيل إنّ المنطوق به في 60 هو إثبات الحكم (فسخ) سلبا (لا فسخ) للمستثنى منه (غبن لم يحدد) {لو كانت صيغة 60 إيجابية: " الغبن يفسخ" لكان المنطوق به إثبات الحكم إيجابا } وإنّ المفهوم هو إثبات نقيض ذلك الحكم (نقيض اللافسخ هو الفسخ) للمستثنى (غبن حدد وهو الذي يسببه تغرير).

{ملاحظة: ما ورد للتوّ يتبدّل لو اتبع الكلام التالي للأسنوي: " الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات هذا مذهب سيبويه وجمهور البصريين وقال **الكسائي إنّ المستثنى مسكوت عنه فإذا قلت قام القوم الا زيدا فهو إخبار عن غير زيد بالقيام وأمّا زيد فيحتمل قيامه وعدم قيامه** ". الأسنوي (أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن)، و 704 هـ / ت 772 هـ، الكوكب الدّرّي، عمان، الأردن، دار عمّار، 1405 هـ، ط1، تحقيق محمد محسن عواد، ص374. ووجه التبدل أن يقال إنّ الغبن الذي سببه تغرير مسكوت عنه في الفصل 60، وأن يقال إنّ هذا النص أخبر عن غير هذا الغبن بكونه لا يفسخ، وأمّا الغبن الذي سببه تغرير فيحتمل أنّه يفسخ أو لا يفسخ }.

◄ أمّا إذا وقع تبنّي الموقف الأوّل (طبعا بعد أن نجد من الفصل 532 وما بعده قنطرة تسمح بالعبور إلى هذا التبني وإلى ما ينجرّ عنه) فعندها يكون الحكم هو الفسخ والشرط هو الغبن الذي سبّبه تغرير، ويكون المنطوق به نفي الحكم عند انتفاء الشرط (نفي الفسخ عن الغبن الذي لم يسببه تغرير) (إذن المنطوق به هنا هو نفسه الذي وجدناه في إطار الرأي الثاني من الموقف الثاني). أما المسكوت عنه فيكون ثبوت الحكم عند ثبوت الشرط: وهنا إمّا أن نقول بإعمال 532 و533 (وهو الحل الذي سيتبنى في النهاية: مطلق لم يعثر على قصد تقييده. انظر عدد 253 وإن كان التحليل سيكون هنا مختلفا قليلا)، أو بإعمال 534 (هذا حلّ لم يتبنّ في عدد 253).

بعبارة أخرى سُكت عن ثبوت الفسخ عند وجود الغبن الذي سببه تغرير. وهنا سنقول إنّنا أمام إطلاق (لم يقل مع شرط 60 إنّ هنالك شرطا آخر على وجه البدل أو على وجه الاقتران). وهنا سنجد أنّ المطلق (أي الشرط) ليس ثمّ دليل على قصد تقييده بـ: "أو" (البدل) أو بـ: "و" (الاقتران)، ومن ثمّ فهو يجري على إطلاقه.

فإذا أعملنا 534 قلنا بأنّ حكم المسكوت عنه هو حكم الأصل. وهنا سنضطرّ للبحث عمّا يمثل أصلا.

بغلط لوحده.

فهل أنّ الفصل 60 قصد كلّ هذا، أي هل أنّ مطلقه أريد به الإطلاق ؟

242. إنّ من يريد فهم الفصل 60 مدعوٌّ للبحث عن القرينة المخصِّصة حتى لو كان من الذين يقولون إنّ المطلق والعامّ يفيدان الإطلاق والعموم ابتداء[839]. وإنّ القرينة المخصِّصة واجبة الاستقصاء في التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع. هذا التّعبير يتمثّل في حاشيتي الفصل 65 من المشروع المُرَاجع:

فإذا بدأنا بالحاشية التّحتيّة، وجدنا أنّ جزءً منها[840] يدلّ على أنّ المشرّع أراد في النّصّ أن يتحدّث عن الصّورة الثّانية (الغبن مع غياب إرادة التّعبير غيابا نسبيّا) والثّالثة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم) والرّابعة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والمتعلّق بغلط لوحده). وإنّ الذي يقبل هذه الصّورة الرّابعة على أنّها لا توجب فسخا، يقبل من باب أولى الصّورة الأولى (الغبن مع حضور إرادة التّعبير والأثر). وعلى هذا فمطلق نصّ المشروع المراجع (ومن ثمّ مطلق الفصل 60 من م.ا.ع) يفيد الإطلاق. لكن علينا أن نخرج (لوجود الفصل 66 في المشروع المُرَاجع والفصل 61 من م.ا.ع) الصّورة الثّانية (الغبن مع غياب إرادة التّعبير غيابا نسبيّا) لأنّه ثمّ حالة لها في هذين النّصّين قيل عنها إنّها توجب الفسخ[841]. ثمّ إنّ جزءً من الحاشية التّحتيّة[842]، بالإضافة إلى الحاشية الجانبيّة، يجعلنا نقول إنّه أريدت الصّورة الرّابعة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والمتعلّق بغلط لوحده) ومن باب أولى الصّورة الأولى (الغبن مع حضور إرادة التّعبير والأثر)[843]. هكذا نكون قد عثرنا على القرينة المخصّصة وهي

---

[839] يمكن اتخاذ موقفين من المطلق والعامّ:

فإما أن نقول إنهما يفيدان الإطلاق والعموم ابتداء، وهنا لسنا بحاجة إلى البحث، ومنذ الوهلة الأولى، عن المخصص.

وإما أن نقول إنهما لا يفيدان الإطلاق والعموم إلا متى غابت القرينة المخصّصة، وهنا ومنذ أول لقائنا بالعامّ علينا أن نبحث هل ثمّ أم لا مخصص. انظر الرازي، المحصول، مرجع سابق، ج 3، ص 21.

[840] هو النصوص المشار إليها من م م ف ومن المجلّة المدنية الألمانية.

[841] أما بقية حالات الصورة الثانية فيمكن إخراجها بواسطة القياس على الحالة المنصوص عليها، إذا كان القياس مقبولا هنا. وينبغي أن نشير إلى أنه يجب أن يلاحظ في مسألة الإخراج أمر النسبة الواردة بـ: 61 (ما يزيد على الثلث). لذا فإن غبن الثلث فما دونه والمصاحب للغياب النسبي لإرادة التعبير (بالنسبة إلى الغياب المطلق ولغيرها: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم وبالتحديد صورة الإكراه – غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بعدم العلم كصورة الغلط في الوصف إلخ، فإن وجود أو عدم وجود الغبن لا يؤثر على الجزاء ولذلك فهي لا تدخل أصلا في إطلاق 60) يبقى داخلا في إطلاق 60.

[842] الجزء الخاص بالإشارة إلى "لوران"، ج 15، عدد 485 (لا 185).

[843] هكذا نكون قد أتينا بما يثبت أن 60 فيه الجهة الأولى المتحدّث عنها بـ: عدد 238 أي هو لصورة حضور

التّعبير المباشر بالنّسبة إلى الصّورة الرّابعة والتّعبير غير المباشر بالنّسبة إلى الصّورة الأولى.

243. وإنّ إثباتنا لكون الفصل 60 م.ا.ع يهمّ هاتين الصّورتين لإثبات أيضا لكون الغبن فيه "موضوعيّا"[844]. لكنّنا سنترك (كما سبق وأن أعلنّا ذلك[845]) الصّورة الأولى لنهتمّ بالرّابعة، والتي يمكن (انطلاقا ممّا تقدّم) أن نصفها بكونها لغبن "موضوعي" أحدثه غلط لوحده[846].

244. ◄ وإنّ تحديدنا لموضوع اهتمامنا على النّحو السّابق هو في نفس الوقت انتهاء من المرحلة الأولى. والواجب بعدها أن ندخل المرحلة الثّانية وأن نبدأها بالإتيان بالغرب، وبالغرب المستعمل من قِبل اللجنة. وإنّنا لمدعوّون (بعد تحديدنا للفصل 60 على أنّه يهمّ غبنا "موضوعيّا" أحدثه غلط لوحده) أن

إرادة التعبير والأثر ولصورة غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بعدم العلم.

[844] نحن هنا بالتحديد أمام إثبات آخر (جاء الإثبات الأول سابقا)، ويتمثّل هذا الإثبات الآخر في انه لا يمكن لغبن مرتبط بحضور إرادة التعبير والأثر أن يكون قد عاب الإرادة وهذا هو المقصود بكونه موضوعيا.

[845] عدد 238 من هذا العمل.

[846] أتي بهذه اللفظة للاحتراز من جهة عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط في وصف الشّيء، ومن جهة أخرى عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط أحدثه تغرير.

ولقد حاولنا في هذا العمل الخاص بالفصل 60 أن نبتعد عن اسم اصطلاحي (رغم مزيته في كونه اصطلاحي) هو الغلط في القيمة وذلك لأنه لا يعبر بدقة عن المادّة التي نحن بصددها. نعم هي مادة غلط في القيمة، ونعم هي مادة غلط في قيمة السوق، ولكنها مادة لا لغلط يفرز مفاجأة سارّة للواقع في غلط حين يفيق من غلطه (كان البائع يظنّ أن الشّيء الذي يمتلكه يساوي في السوق دينارا فباعه بدينار وثلاثمائة ثم ظهر أن قيمته في السوق دينار ومائة مثلا. - كان المشتري يظنّ أن القيمة في السوق دينارا واشترى بسبعمائة ثم اكتشف أن قيمته في السوق هي ثمانمائة مثلا)، بل لغلط يفرز مفاجأة غير سارة لأنها تعني أن ضررا قد لحق به (كان البائع يظنّ أن قيمة السوق دينارا فباع بدينار ثم ظهر أنها أزيد من ذلك - كان المشتري يظنّ أن قيمة السوق دينارا فاشترى بدينار ثم ظهر أنها دون ذلك). (قارن مع "السنهوري"، مرجع سابق، ج 2، ص 133، ومع "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسة)، ج 15، عدد 485). وعلينا أن نلاحظ أنه - وفي التحاليل السابقة - استعملنا الاسم الاصطلاحي، وذلك لأن التدقيق لم يكن ممكنا إلا في هذه اللحظة.

ولعله ينبغي أن نختم بالإشارة إلى أن القيمة ليست وصفا للشيء (وفيما مضى وحين كان ثمّ رِقّ وصفا للشخص) بل هي مرآة عاكسة لنوع من أوصاف الشّيء هي تلك المؤثّرة في القيمة (انظر إلى هذا القول وإلى أمثلة للأوصاف [مصدر لوحة فنية - امتلاكها من قبل شخص اشتهر في الدنيا عند أهلها أو عند غير أهلها - ندرة طابع بريدي - إلخ] المؤثّرة في الثمن:"فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 332) وعلى هذا فإن هنالك أوصافا لا تؤثر في القيمة (امتلاك الشّيء من قبل شخص هو من الذين إذا حضروا لم يُعرفوا وإذا غابوا لم يُفتقدوا). وإن ما سبق هو الذي دعانا سابقا - وقد يدعونا لاحقا - إلى وضع الغلط في القيمة في صنف مستقل عن صنف الغلط في الوصف.

والحاصل ممّا سبق أنّ الغلط في القيمة هو غلط محلّه الثمن (وليس محلّه أوصاف سواء كانت مؤثرة أو غير مؤثرة في الثمن) نتيجته أن يوجد الغالط في وضع من يعطي (ثمنا) أكثر ممّا يتلقّى، أي في وضع مغبون. لذلك أسمينا الغلط في القيمة غلطا (في الثمن) يحدث غبنا (وعلى هذا فهو مختلف عن الغلط في تعيين الثمن وفي تعيين السكة – في الغلط في القيمة ليس ثمّ غلط في تعيين الثمن أو السكّة – فضلا على كونه مختلف عن الغلط في الحساب – في الغلط في القيمة ليس ثمّ غلط في الحساب).

نترك الغرب المستعمل الذي يهمّ غبنا "موضوعيّا" آخر. فإذا فعلنا، بقي لدينا من الغرب "لوران"[847] مثلا والذي بدأ حديثه بالفصل 1118 م.م.ف ثمّ مرّ للحديث عن الغلط لوحده (على هذا يكون قد تناول المسكوت عنه في هذا النّص) والذي ينتج عنه غبن، وأسماه غلطا محلّه قيمة الشّيء الذي هو موضوع للعقد. ثمّ قدّم لنا السّبب الذي من أجله لم تقبل م.م.ف أن يوجب هذا الغلط إبطالا، فقال إنّه يتمثّل في أنّه: "لا يمكن أن نقول على وجه اليقين إنّ الأطراف ما كانوا ليتعاقدوا لو أنّهم علموا بالغبن أثناء التّعاقد ..."[848]. وفسّر ما سبق منطلقا من سؤال مفاده هل أنّ المساواة هي جوهر العقود التّبادليّة، فإذا ما اختلّ التّعادل بين الأداء المقدّم والأداء المتلقّى و"حصل عدم مساواة ناتج عن القيمة"[849]، مثّل ذلك عيبا يجعل العقد قابلا للإبطال؟ وأجاب بالقول إنّه لو كانت: "... قيمة الأشياء مطلقة لأمكن التّمسّك بأنّ عدم المساواة يعيب الرّضا وأنّ الأطراف لا يتعاقدون إلاّ بروح المساواة، لكنّه ليس ثمّ شيء أكثر تحوّلا من قيمة الأشياء وهذه القيمة لا تتبع فقط ظروف الزّمان والمكان، بل أيضا وقبل كلّ شيء حاجات وأذواق وشهوات الذين يتعاقدون ..."[850].

وخدمة لتحاليل ستأتي، ينبغي أن نتوقّف عند ما قاله "لوران" وأن نحاول إدخاله في القالب اللفظي والدّلالي الذي نعمل به. يخرج من هذا القالب محتوى مفاده أنّه إذا كان ثمّ غبن "موضوعي" وإذا حضرت إرادة التّعبير ولم نكن أمام عقد مضطرّ أو مضغوط[851]، فإنّه (وحسب "لوران" ومن ورائه الغرب

---

[847] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج15، عدد 485 (لا 185 كما ورد خطأ بالحاشية التحتية كما أشرنا إلى ذلك سابقا).

[848] "... On ne peut pas dire avec certitude que les parties n'auraient pas contracté si elles avaient connu la lésion lors du contrat..."

[849] والكلام لـ"لوران".

[850] "Si la valeur des choses était absolue, on pourrait soutenir que l'inégalité vicie le consentement, les parties ne contractant que dans un esprit d'égalité. Mais rien n'est plus variable que les valeurs des choses, et cette variation ne dépend pas seulement des circonstances de temps et de lieu, elle dépend, avant tout, des besoins, des goûts, des passions de ceux qui contractent ...".

[851] ينبغي أن نعيد تناول بعض ما سبق ولكن في شكل آخر وان نشير إلى أنه يمكن أن نجد غبنا في حالتين:
◄حالة عدم العلم وهذه فيها:
♦ صورة الغلط
♦ صورة استغلال الغلط
♦ صورة إحداث الغلط
◄ حالة العلم وهذه فيها:
♦ صورة الإكراه
♦ صورة من يوجد ظروفا وهذه تضغط على معاقده (هل نحن أمام عقد المضغوط المرتبط تقليديا بالإكراه كما

المستعمل في المشروع المُرَاجع) لا يترجّح أحد الاحتمالين الممكنين، واللذين هما أنّ ذلك الغبن صحبه حضور إرادة الأثر[852] أو أنّه حدث نتيجة غياب هذه الإرادة في جانبها الخاصّ بعدم العلم، أي نتيجة غلط. بعبارة أخرى لا يترجّح احتمال البطلان على احتمال الصّحّة. لذلك يقال بالصّحّة.

245. ويبدو أنّ هذه الفكرة موجودة في الشّرق الذي استعمل في المشروع المُرَاجع وبالتّحديد في جزء منه. فالمعلوم (وهذا ما ذكرته الحاشية الجانبيّة للفصل 65) أن هنالك موقفان[853]:

246. موقفٌ لا يقبل أن يوجب خيارَ فسخٍ، الغبنُ "الموضوعي" إذا حضرت إرادة التّعبير ولم نكن أمام عقد مضطرّ[854]. ويمكن أن نجد من ضمن تعليلات[855]هذا الموقف ما يصبّ في النّهاية في القول الذي استخرجناه منذ قليل انطلاقا من "لوران"[856].

وموقفٌ يقبل أحيانا أن يوجب خيارَ فسخٍ، الغبنُ "الموضوعي" إذا

يقول "ڤيستان" [مرجع سابق باللغة الفرنسية، عدد 557]، أم نحن أمام تغرير كما يقول "لوسوارن" [تعليق على قرار كولمار وذلك بالمجلّة الفصل ية للقانون المدني، 1970، ص 755، باللغة الفرنسية .Rev. Trim ([dt. civ., 1970, p. 755

♦ صورة من يستغل ظروفا ضغطت على معاقده.

(ملاحظة: صورة الغلط في وصف الشّيء إلخ وصورة الإكراه لا يهتمّ فيها بوجود أو بعدم وجود غبن).

[852] أي ثمّ علم، أي ليس ثمّ غلط بالإضافة إلى أنه ليس ثمّ ضغط واضطراركما افترض ذلك من قبل.

[853] انظر حول هذين الموقفين للمالكية وحول أحدهما عند الحنفية (وهما المذهبان اللذان ذكرتهما الحاشية الجانبية) وعند الشافعية والحنبلية: السّنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 134 وما بعدها.

[854] وهذا هو موقف المالكية غير البغدادية (انظر ما قالته الحاشية الجانبية للفصل 65 من المشروع المُرَاجع وانظر المراجع الواردة بها ثم انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 140) وهو ظاهر مذهب الأحناف (انظر المراجع الواردة بالحاشية الجانبية وانظر السنهوري في نفس المكان وانظر خاصة: ابن عابدين [مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العرب،ج 2، ص 66 وما بعدها] في رسالته "تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير" والتي اشتهرت لكونها احتجت للموقف الوارد أعلاه. وينبغي ونحن نتعرض إلى هذه الرسالة أن نشير إلى أنها تناولت مسألة منهجية هي الاجتهاد، ولعله كان من الواجب أن تشتهر أيضا لهذا السّبب وذلك لما حوته من آراء حول هذه المسألة) وظاهر مذهب الشافعي ومذهب أحمد (انظر إلى السنهوري في نفس المكان).

[855] هنالك تعليل نجده عند ابن عابدين في رسالته (ص 78) ومفاده أن القول بخيار الفسخ هنا يجافي مقتضى الرفق بالناس وهذا الأمر يعيدنا إلى نظرية المصلحة.

[856] جاء عند السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 164 عن الشرح الكبير على متن المقنع (ج 4، ص 79) تبرير للموقف الوارد أعلاه يستند إلى التقصير وإلى التفريط، وهذا يصب في مسألة عدم تصديق الغلط، ومن ثمّ في مسألة عدم الرجحان التي تحدثنا عنها في المتن (ملاحظة: حديث الشرح الكبير همّ عقد غير المسترسل وإننا سنعود إلى هذا الأمر لاحقا وذلك بـ: عدد 251).

حضرت إرادة التّعبير ولم نكن أمام عقد مضطرّ[857]. وحجّته (وهي بمثابة الرّدّ على تعليل الموقف الأوّل) أن بالإمكان، في بعض الصّور، أن نرجّح احتمال أنّ ذلك الغبن حدث نتيجة غياب إرادة الأثر، أي بالتّحديد نتيجة غلط، وذلك حين تكون ثمّ أمور من شأنها أن تجعلنا نصدّق هذا الغياب لتلك الإرادة، أي نصدّق زعم وجود غلط[858].

ويبدو أنّ أصحاب هذا الموقف الثّاني (ودائما في إطار خطّ الحجّة التي استندوا إليها لكي يقبلوا بالخيار أحيانا) يشترطون أن يكون الغبن "الموضوعي" مساويا للثّلث أو يزيد عليه[859]، وذلك لأنّ الذي يكون دون هذه النّسبة معتاد[860] فلا يترجّح (ولو مع توفّر الأمور المتحدّث عنها سابقا في

---

[857] وهذا هو موقف المالكية البغدادية كما قالت الحاشية الجانبية للفصل 65 من المشروع المُرَاجع، وكما قال صاحب المقتطف الذي أورده السّنهوري (مرجع سابق، ج 2، ص 138).

[858] جاء في التاج والإكليل للموّاق (هامش الحطاب، ج 4، ص 468-469) وذلك حسب السنهوري (مرجع سابق، ج 2، ص 138): "... والأصل في هذا أن ينظر إلى مدّعي الجهل، فإن كان معروفا بذلك اجتهد له الحاكم... ونزل مثل هذا بزوجة شيخنا...فأفتى ابن عرفة بنقض بيعها لأوصاف ذكرها وعذرها من أجلها...".

وجاء عند محمد العلوي العابد (الأموال في الفقه المالكي، إفريقيا، الشّرق، ط 2، 1994) عن بعض المالكية ما يلي:" جرى عمل فاس على القيام بالغبن ... بشرط أن يكون المشتري ممن يجهل قيمة الأشياء لكونه أجنبيا عن البلد أو لكونه لا يخالط أهل تلك الحرفة ولو كان ماهرا في غيرها ..." (عدد 288). كما جاء عنده:" ولا يشترط أن يكون الغابن قد استعمل وسائل التدليس والخداع والاحتيال بل يجوز القيام ولو استعمل المغبون كل ما لديه من مكايسة ولم يصدر من الغابن أي خداع" (عدد 297).

ومن الواجب أن نلاحظ هنا أن الفارق بين هذه الصورة التي نصدق فيها وجود غياب إرادة اثر وصورة الغبن "الموضوعي" الذي يصحبه غياب نسبي لإرادة التعبير (صورة حبان بن منقذ في الحديث النبوي الشريف وعموما صورة ضعيف العقل –انظر مثالا لها عند "لوران"، مرجع سابق، ج 15، عدد 524) هو أننا وفي الصورة الأولى أمام ضعف مؤقت يهم بعض الأمور صاحبه قادر لو كشفت له الأمور أن يكتشف ضعفه وأن يستعيد قوته أما في الصورة الثانية فالضعف مستمر ويهم عموم الأمور (مثلا عموم أمور الشراء وصاحبه وإن كشفت له أمرا يكشف ضعفه فإنه وأمام أمر مماثل سيعود إلى نفس الضعف.

لكن يبدو أن ما سبق من قول بالفرق غير مقنع إلا في حالات نستطيع ان نقرر فيها وبصفة مسبقة أنه وحين تتوفر أوصاف معيّنة (عُمُرٌ بين 13 و20 سنة- إلخ (نحن أمام غياب نسبي لإرادة التعبير (إذن الفرق هو نتيجة قرار وليس نتيجة لما عليه الأشياء في الواقع - هل نجد نفس الشّيء بالنسبة إلى الفرق بين الغياب المطلق لإرادة التعبير وغياب إرادة الأثر ؟

انظر عدد 1 وما بعده وكذلك آخر عدد 336 من هذا العمل.

[859] انظر محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، عدد 288 ولكنه لم يتحدث عما تجاوز الثلث.

وانظر ابن عاصم الأندلسي (أبو بكر محمد بن محمد)، متن العاصمية المسمى بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، مصر، ص 61 والتي تضمنت ذكرا لهذا الموقف الثاني وتحديدا لكل الشروط التي قال بها:

ومن بغبن في مبيع قاما — فشرطه ألاّ يجوز العاما
وأن يكون جاهلا بما صنع — والغبن بالثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام — وليس للعارف من قيام

[860] جاء عند الزرقاني [شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، بيروت، دار المعرفة 1407 هـ، 1987 م، المجلد الثالث ص 342] ما يلي:"...وقد استدل أحمد والبغداديون من المالكية على القيام بالغبن غير المعتاد وحدّوه بالثلث لا أقل لأنه غبن يسير انتصب له التجار...".

المغبون) احتمال أنّه نتج عن غياب إرادة الأثر.

247. ◄ ويمكن لمن انتهى من استعراض محتوى كلّ هذه المواقف أن يقف وأن يقيِّمها. ويبدو الموقف الثّاني للفقه الإسلامي (مقارنة بالموقف الأوّل لنفس هذا الفقه وبالموقف الغربي) أمتن حجّة، إذ يمكن (استنادا إلى معايير الفصل 48 م.ا.ع، وربّما أيضا وإلى جانبها استنادا إلى مسألة النّسبة) القول (أمام صورة حضر فيها غبن "موضوعي" وإرادة تعبير وغاب الاضطرار) برجحان أحد الاحتمالين المتحدّث عنهما أعلاه[861].

248. وما سبق يمكّن من القول إنّ م.ا.ع قد أخذت بحلّ ليس هو الأمتن. وقد يبنى على هذا حكم يتمثّل في ربط المجلّة بعدم الإحكام وذلك لأنّ المأخوذ به، وإن كان مماثلا للمحلّي، فإنّه ليس الأصلح. وقد يُرى في هذا الحكم تهافتٌ إذ عدم الإحكام يقتضي ترك ما غزلته اليد وم.ا.ع - وأمام غزلين مختلفين لنفس اليد لا يمكن اعتمادهما جميعا - أخذت بما هو مماثل لأحدهما. ولعلّ الذي يتّبع هذا الاتّجاه سيقول (أوّلا لتماثل حلّ م.ا.ع مع أحد غزلي اليد من جهة ومع الغرب من جهة أخرى، وثانيا لكون هاتين الجهتين مشار إليهما في المشروع المُرَاجع) إنّه لا يمكن القطع بأنّ ما وضعته هذه المجلّة محلّي أو مستورد. وعلى تقدير أنّه مستورد، فهو مثل المحلّي. من هناّ لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

هذه النّتيجة تقبل المراجعة لو أنّنا وجدنا جديدا في موقف الشّرق الذي قلنا إنّ حل م.ا.ع يماثله. وهو ما سنحاول التثبّت منه من خلال البحث في جانب الفصل 60 المتعلّق بالقول بالإقصاء على وجه الإطلاق.

§ 2 الإحكام على مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق

249. إنّ التّحليل السّابق للفصل 60 يمكّن من القول إنّه رفض وفي كلّ الحالات أن يوجب فسخاً الغبنُ "الموضوعي" الذي أحدثه غلط لوحده.

وإنّ هذا هو نفس الحلّ الذي نجده في الغرب المشار إليه في المشروع المُرَاجع.

[861] هكذا تجعل الصورة مثل غيرها من صور الغلط وهكذا تكون قد جمعت المتماثلات.

250. لكنّ الشّرق – وبالتّحديد الفقه المالكي والحنبلي – أوجد "بيع المسترسل أو المستأمن"[862]. ومن يقرأ هذا الفقه يتبيّن أنّ الأمر يتعلّق بغبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغرير[863]. لكن يبدو أنّ الفقه الحنبلي عنى أيضا صورة الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده وذلك بالنّسبة إلى طائفة من الأشخاص هم المسترسلون[864]. وقد يمكّن هذا من القول عن م.ا.ع إنّها لم تتّبع الشّرق، ومن ثمّ فالحلّ الذي جاءت به مستورد. فإن كان الشّرق – الذي ورد للتّوّ – هو الأصلح ارتبطت المجلّة بعدم الإحكام، وإن لا فلا[865]. وقد يقال إنّه لم يصحّ أنّ كلّ القائلين بالموقف الرّافض للفسخ قد قالوا بالاسترسال في هذا المعنى إذ لا يخرج ما تمّ إيراده عن كونه مستخرج من بعض أصحاب هذا الموقف الرّافض. هذا الاعتراض وجيه. ويمكن لمن يتمسّك به أن يقول بعدم إمكان المرور إلى مسألة الإحكام لأنّ المجلّة مثل جزء من الفقه. ولعلّ وصولنا إلى الاسترسال له فائدة حتى لو كنّا من أصحاب هذا الاعتراض، إذ أنّه يفتح الباب للحديث عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير[866].

القسم الثّاني: الإحكام على مستوى قبول الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير

251. سنرى من خلال تحليل الفصل 60 أنّه قبِل هذا الغبن، لكنّه فصّل فيه. وسنحاول أن نبحث عن الإحكام على هذين المستويين.

§1 الإحكام على مستوى قبول الغبن

252. ◄ تعرّضنا سابقا لمعنى أوّل لصيغة "... لا ... إلاّ ..."[867]، هو

---

[862] انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 162 وما بعدها.

[863] يأتي المشتري مثلا إلى البائع ويقول له بعني كما تبيع الناس فإني لا أعرف القيمة (إذن استأمنه واسترسل إليه) فيكذب عليه البائع ويذكر له ثمنا أعلى من قيمة السوق ويبيعه به.

[864] جاء عند السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 164 عن الشرح الكبير على متن المقنع (ج 4، ص 79) أن المسترسل"...هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة، قال أحمد: المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ الذي لا يماكس..." وانظر الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... ج 1، ص 470 و471 الذي تحدث عن الفقه الحنبلي فقال:"على أن الاجتهاد الحنبلي يستثني أيضا حالتين اثنتين يعتبر فيهما الغبن المجرد عن الخلابة عيبا في رضا المغبون يسوغه إبطال العقد وهما:
حالة الشّخص المسترسل
وتلقي الركبان".

[865] هذا يرجعنا إلى ما قيل سابقا حول وجود جمع للمتماثلات بالفقه. فإذا ابتعدت عنه م.ا.ع فستكون قد فصلت حيث يجب الوصل ومن هنا سترتبط بعدم الإحكام.

[866] وذلك لأن الاسترسال يتحدث عنه عادة في هذا الإطار.

[867] انظر عدد 241 من هذا العمل.

أنّها نطق بنفي الحكم عند انتفاء الشّرط. ونمرّ الآن إلى مسألة إفادتها ثبوت الحكم عند ثبوت الشّرط. فالبعض[868] يقول إنّها تفيد ذلك، والبعض الآخر يرى أنّها قد تفيد وقد لا تفيد الثّبوت وذلك بحسب الحالات. ويبدو موقف هؤلاء أمتن حجّة إذ يجوز أن يكون ثبوت الحكم معلّقا حسب دليل آخر على ثبوت شرط آخر يجب أن يتوفّر بمعيّة أو بدل الشّرط الذي جاء في الصّيغة[869]. لأجل قوّة هذا الموقف، سنأخذ به لنقول في مرحلة أولى إنّ صيغة الفصل 60 في ذاتها قد تفيد وقد لا تفيد ثبوت الفسخ عند ثبوت الغبن "الموضوعي" الذي أحدثه غلط أحدثه تغرير، ولنقول في مرحلة ثانية إنّ صيغة الفصل 60 في محيطها[870] تدلّ على ثبوت ذلك الحكم عند ثبوت هذا الشّرط.

هذا المعنى المتوصّل إليه للفصل 60 يتأيّد بواسطة ما يفرزه التّعبير المباشر عن النّيّة. فلقد أشارت الحاشية التّحتية للفصل 65 من المشروع المُرَاجع إلى "أوبري" و"رو" في مكان تحدّثا فيه عن هذا التّغرير[871]. وهذا ما فعلته الحاشية الجانبيّة التي تكون قد أشارت إلى نفس هذا التّغرير حين أوردت "عمليّات" السّجلماسي[872] و"مرشد" قدري باشا[873] و"أشباه" ابن نجيم[874]،

---

[868] انظر الغزالي، المستصفى... مرجع سابق، ج 2، ص 191 إلى ص212.

[869] حين يرد دليل سمعي يقول: لا صلاة صحيحة إلا بطهور فهذا يفيد نفي الصّلاة الصحيحة عند انتفاء الطهور، لكنه لا يفيد ثبوت صحة الصّلاة عند ثبوت الطهور (وهذا ما يؤدي إليه الموقف الأول لذلك قلنا إن الثاني أمتن حجة) إذ يجوز أن يتخلف شرط صحة آخر، وفعلا فنحن نعلم من جملة من الأدلة السمعية أن هنالك عدة شروط يجب أن تتوفر جميعا لكي تكون الصّلاة صحيحة. لكن لو افترضنا أن الأدلة السمعية التي ذكرت هذه الشروط قالت إن الواحد منها يغني عن الآخر فعندها يمكن القول بثبوت صحة الصّلاة عند ثبوت صحة الطهور وتخلف غيره من الشروط لأن وجوده أغنى عن وجودها.

[870] لأننا لا نعلم من بقية م.ا.ع ومن القانون عموما أنه وضع شرطا آخر وقال إنه يجب أن يقترن مع شرط 60 لكي يكون ثمّ فسخ. كما لا نعلم أنّ القانون وضع شرطا بديلا وقال بمراوحة بينه وبين شرط 60. انظر تدقيقا لهذا الأمر عند المظفر (محمد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط 2، 1410 هـ/1990 م، ج 1، ص 98 وما بعدها (ملاحظة: تعرض المؤلف إلى الحالة التي يكون المنطوق هو الثبوت عند الثبوت وهي عكس الصورة التي نحن بصددها في هذا الهامش وفي سابقه. وإن هذه الصورة ليضعها ضمن مفهوم الحصر وبالتحديد ضمن الاستثناء: ص 112 وما بعدها).

[871] انظر "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، § 343 مكرر وإن كان هذان يقولان إن هذا التغرير عرضي وإنه لا يوجب بطلانا.

[872] السجلماسي (الشيخ عبد الجليل الفلالي)، كتاب فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المشتهر باسم كتاب العمليات العامة، مطبعة الدولة التونسية المحروسة، 1290 هـ، ص 154. حيث تحدث عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده، وتحدث عن الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، وعن الذي يوجد مع حضور لإرادة التعبير والأثر. وينبغي أن نشير هنا إلى أنه قد يفهم من "السجلماسي" ومن غيره أن حديث رسول الله ﷺالذي قال فيه – حين غلت الأسعار وطلب منه أن يحدّدها - دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، أنه ليس رفضا عاما للتسعير (العام المتمثل في رفض التسعير ليس دليلا قطعي الدّلالة فإذا تعارض مع المصلحة جاز أن يفيد الخصوص [انظر الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العامّ، مرجع سابق، ج 1، ص 129 وما بعدها]) والدليل أن بعض الفقهاء قال بالتسعير، ثم إن ذلك الحديث لا يمنع من إعمال مؤسسة

و"غمز" الحموي[875].

253. ◄ والسّؤال الآن – بعد تحديد محتوى الفصل 60[876] – ما موقف الغرب والشّرق من هذا الغبن ؟

الجواب أنّ الغرب منقسم إلى قسمين: فبعضه يرى هذا الغبن لا يوجب فسخا لأنّه يرى التّغرير الذي يُحدث غلطا يُحدث غبنا تغريرا عرضيّا[877]. وبعضه يحمل – كما رأينا – على التّفرقة بين الأساسي والعرضي ويعتبرها خاطئة[878].

أمّا الشّرق فقريب من هذا الجزء الأخير من الغرب إذ هو يرى أنّ الغبن

الاضطرار في هذه الحالات إذ أن رسول الله ﷺ قد نهى أيضا عن بِيَع المضطرين (انظر "الشريف الرضي": نهج البلاغة وهو جمع لكلام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، شرح الأستاذ الإمام محمد عبده، بيروت، دار الجيل، ص244.).

[873] قدري باشا (محمد)، مرجع سابق، المادّة 299 وهي مادة تساوي تقريبا محتوى الفصلين 60 و61 من م.ا.ع، وعلينا أن نلاحظ أن هنالك خطأ مطبعيا في الحاشية إذ أنها أشارت إلى المادّة 300 عوضا عن المادّة 299، كما أشارت إلى المادّة 545 و هذه تهم محتوى لا علاقة له بالتغرير.

[874] ابن نجيم (زين العابدين إبراهيم)، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج 1، ص 111 وص 334.

[875] الحموي (أحمد بن محمد)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج2، ص 195، عدد 3 وقد يجب علينا أن نختم سلسلة هذه المراجع بملاحظة أن الحاشية الجانبية أشارت أيضا إلى المادّة 356 من المجلّة العثمانية وهي لإقصاء الفسخ لو كنا أمام غبن "موضوعي" أحدثه غلط لوحده (وهو المحتوى الأول لـ 60 الذي بدأنا به) ولم تشر إلى المادّة 357 وهي للقول بالفسخ لو كنا أمام غبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغرير.

[876] إن لـ 60 محتويين آخرين:

◆ أولهما حديثه عن التغرير ويمكن أن يتمثل هذا في عمل يد وخاصة في عمل اللسان (حتى أن الفقهاء حين يتحدثون عن هذا الأمر يستعملون كلمة الغرور القولي. انظر مثلا إلى الحموي، مرجع سابق، نفس المكان، عدد 5. وانظر إلى ما قلناه عن الزرقا) وربما في كتمان، ولكن هذا سينظر فيه لاحقا. (إننا وبهذه الملاحظة نكون قد أوفينا بجزء من استحقاقات سبقت في انتظار الخوض في مسألة الكتمان).

◆ وثانيهما حديثه عن آتي التغرير وهو المتعاقد ونائبه ومن ناب المتعاقد (نائب المتعاقد هو من ناب المتعاقد وهذا هو ذاك، وعلى هذا يكون النص قد تحدث مرتين عن معنى واحد ولكن في تركيبين مختلفين، وعلينا لكي نفهم انه أريد معنيين أن نعود إلى الصياغة الفرنسية التي نجدها تتكلم عن ممثل المتعاقد وعمّن تعاقد لفائدة المتعاقد [الفضولي...] [ملاحظة: لم يكن هذا الأخير موجودا بالمشروع المُرَاجَع وهذا ينبه إلى أن هنالك أياد مسّت نصوص هذا المشروع قبل أن تستقر في م.ا.ع]).

ولقد فضّلنا ذكر المحتوى الأول هنا لا في المتن لأنه سبق وأن خضنا في علاقته بمسألة الإحكام في إطار آخر.

أما بالنسبة إلى المحتوى الثاني فربطه بمسألة الإحكام غير ذي أهمية (على كل انظر ابن نجيم، مرجع سابق، ج 1، ص 334 وهو يتحدث عن الدلاّل. وانظر الحموي، مرجع سابق، ج 1، ص 195 وهو يتحدث عن الوكيل والوصي. وانظر أيضا جملة كتب الفقه حين تتحدث عن النجش)، ثم إنّنا قد خضنا فيه في إطار آخر.

[877] انظر على سبيل المثال: "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، §343 مكرر وهو مكان مشار إليه بالحاشية التحتية للفصل 65.

[878] انظر عدد 235 من هذا العمل حيث تجد "لوران"، ولكن المكان الذي قال فيه بهذا لم يشر إليه بالحاشية التحتية الخاصّة بالفصل 65 من المشروع المُرَاجع بل بتلك الخاصّة بالفصل 61 من ذلك المشروع، وانظر إلى الفقهاء الفرنسيين المعاصرين الذين يحملون خاصة على تصنيف التغرير الذي نحن بصدده ضمن قسم العرضي (مثلا:"فيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 576.

"الموضوعي" الذي أحدثه غلط أحدثه تغرير موجب للخيار[879].

254. ◄ ويمكن أن نقول عن الحلّ الذي جاء بالفصل 60 إن ثمّ مثله في الشّرق المعتمد في الحواشي، وثمّ مثله في الغرب الذي يمكن أن نقول أيضا إنّه اعتمد في الحواشي[880]. لذا لا يمكن أن نقول عمّا أتى في م.ا.ع إنّه محلّي أو مستورد، وعلى تقدير أنّه مستورد فهو مثل المحلّي، وفي كلتا الحالتين لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

255. وينبغي (ونحن ننهي هذا الحكم على محتوى م.ا.ع المتمثّل في قبولها المبدئي للغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، لنمرّ إلى الحكم على ما جاء فيها من تفصيل) أن نعود إلى مسألة الاحتمالين، وإلى إمكان ترجيح أحدهما[881]، وأن نربطها بالمادّة التي نحن على وشك مغادرتها. فإذا حضرت إرادة التّعبير ولم يكن ثمّ ضغط وكان ثمّ تغرير فإنّ أمور الفصل 48 هي التي ستجعلنا نرجّح إمّا احتمال حضور إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم، وإمّا احتمال غيابها[882]. ولعلّ الذي يصل إلى هذه النّتيجة سيقف ليقول إنّ من تمسّك بعدم رجحان أحد الاحتمالين في مادّة الغلط لوحده[883] من المفروض (استجابة لمقتضى الاتّساق) أن يتمسّك بنفس الشّيء في مادّة التّغرير، أي أن يتمسّك بعدم الإبطال إلاّ إذا كان – ومن خلال قوله بالإبطال هنا – قد أراد معاقبة التّغرير في ذاته[884]. فإذا كان يعاقب بالإبطال لأنّ التّغرير أحدث غلطا، فهذا يعني أنّه قبل مسألة التّرجيح استنادا إلى معايير الفصل 48 مثلا، وعلى هذا لم يعد ثمّ ما يفسّر عدم قبوله لهذا التّرجيح في مادّة الغلط لوحده. ولعلّه بالإمكان – على مستوى هذه النّقطة – أن نأتي بالحكم الذي بدا لنا سابقا[885]. فإن فعلنا، لن يبق إلاّ المرور إلى تقييم تفصيل م.ا.ع في الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه

[879] انظر إلى المراجع الواردة بالحاشية الجانبية للفصل 65 من المشروع المُرَاجع، ولقد تعرضنا منذ قليل إلى أهمها (العمليات – مرشد الحيران - إلخ).
[880] رغم أن هذا الغرب قد ذكر فيما يخص نصا آخر هو الفصل 56 م.ا.ع (انظر اما ورد أعلاه).
[881] انظر عدد 244 من هذا العمل.
[882] إن حضرت فنحن أمام تغرير لم يحدث غلطا، وإن غابت فنحن أمام تغرير أحدث غلطا.
[883] هذا يعني انه وفي مادة الغلط ليس ثمّ إبطال بسبب عدم رجحان أحد الاحتمالين لا بسبب آخر ككون محل الغلط وهو القيمة هو سبب بعيد مثلا.
[884] أحدث أم لم يحدث غلطا لأنّ صاحب هذا الموقف كان قد قال سابقا بعدم رجحان احتمال وجود غلط على احتمال عدم وجوده.
[885] حين تناولنا مسألة الترجيح (عدد 249 من هذا العمل).

غلط يحدثه تغرير.

§2 الإحكام على مستوى التّفصيل في الغبن

256. ◄ إذا قُبِل ما وصلنا إليه سابقا من أنّ الفصل 56 وعاء يملؤه – ضمن ما يملؤه – التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث وفي الوصف غير الذّاتي[886]،

وإذا أضيف إليه أنّ الفصل 60 آنية تحوي التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة[887]،

وإذا استحضرنا أنّ المشرّع أراد أن يكون الفصل 57 سلّة للتّغرير العرضي[888]،

وإذا زدنا إلى كلّ ما سبق أنّ العرضي لا يمكن أن يقال به إلاّ في إطار الغلط الذي يقول البعض على الأقلّ إنّه لا يبطل، أي في إطار الباعث والوصف غير الذّاتي والقيمة،

... إذا تحقّق جميع ما سبق، كانت النّتيجة أنّ الفصل 57 سلّة يملؤها الفراغ[889].

257. وإنّ التّعبير غير المباشر عن النّيّة – وبالتّحديد جانبه المتمثّل في صون كلام العاقل ما أمكن عن عدم الإفادة – يدعو للبحث عمّا يمكن أن يملأ سلّة الفصل 57:

فإذا حاولنا مع التّغرير الذي يحدث غلطا في الوصف غير الذّاتي، وجدنا أنفسنا مضطرّين لأن نعود الأدراج: ذلك أنّ وضع هذا التّغرير في الفصل 57، يجعل هذا النّص متعارضا مع الفصل 45 (هنا هذا الغلط يبطل وهناك في الفصل 57 هذا الغلط ومعه زيادة هي التّغرير لا يبطل). والواجب (الآخر) صون كلام العاقل عن التّضارب ما أمكن. لذا لا يمكن أن نجعل كلام م.ا.ع

---

886 انظر عدد 232 و 233 من هذا العمل.

887 والذي أسميناه في هذا العمل – ولأسباب تعرضنا إليها – الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير.

888 انظر عدد 229 من هذا العمل.

889 قد نفكّر في أن نملأ 57 بالتغرير الذي يحدث غلطا في الحساب. لكننا نعلم من التحاليل التي جاءت بعنوان الغلط التلقائي في الحساب أن الحل هنا خاص، أي أن هذا الغلط التلقائي لا يبطل لأسباب خاصة. فإذا كان يجب أن نقول انه – وحين يحدثه تغرير- هو لا يبطل أيضا فلن يكون ذلك بسبب كون هذا التغرير عرضي، أي بسبب كونه داخل 57، بل بسبب تلك الخصوصية المرتبطة بالغلط (هي مرتبطة به وهي التي تؤدي إلى عدم الإبطال سواء أحدثه أو لم يحدثه تغرير).

مفيدا ونجعله من جانب آخر متضاربا ... أي في النّهاية غير مفيد.

وأمّا إذا حاولنا مع التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث، فالواجب أيضا أن نعود الأدراج. والسّبب أنّ هذا التّغرير – لو قُبِل منّا ما بلغناه سابقا[890] – موجود في الفصل 56 بمقتضى ما وصلنا إليه على أنّه إرادة للمشرّع يحملها تعبير مباشر. فإذا وضعنا – رغم ما تبيّن لنا أنّه نيّة للمجلّة – هذا التّغرير في الفصل 57 نكون قد صنّا ... نعم ... كلام عاقل عن عدم الإفادة ... لكن خارج ما هو مسموح به.

فإذا انتهينا إلى الغبن الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، وجدناه – بحسب موقف من صيغة "لا ... إلاّ" تعضده النّيّة المعبّر عنها مباشرة[891] – بالفصل 60. وهذا يمنع محاولة التّفكير في جعله هو الذي يملأ سلّة الفصل 57.

لكن بالإمكان أن نحاول مرّة رابعة بأن نتوقّف عند الغبن في الفصل 60. فإذا فعلنا وجدناه مطلقا غير مقيّد بنسبة. والسّؤال الذي ينبغي أن يطرحه كلّ من يقف أمام مطلق: هل يفيد المطلق الإطلاق؟ فإذا أجبنا بنعم[892] ملأنا الفصل 60 وتركنا الفصل 57 فارغا. لكن لو قلنا إنّ المطلق يفيد مقيّدا – أي لو قلنا إنّ الفصل 60 يهمّ غبنا معيّنا، أي غبنا له نسبة معيّنة – لتركنا شيئا يمكن أن يصعد

---

[890] انظر عدد 232 من هذا العمل.

[891] انظر عدد 253 من هذا العمل.

[892] وهي إجابة:

◆ الكناني (يوسف)، هل الغبن وحدة قانونية مستقلة ؟ (مقال باللغة الفرنسية)، المجلّة التونسية القانونية، 1978، السداسي الأول (القسم الفرنسي)، ص 45 حين قال: "... إن الغبن التغريري اليسير (والذي يعارضه الغبن الفاحش) كاف ... لتأسيس دعوى فسخ العقد، وهكذا فإنه لا مجال للبحث عن نسبة ما هو فاحش ...".

KANANI (Youssef), La lésion est-elle une entité juridique autonome ? Revue tunisienne de droit, 1978, premier semestre, p. 45 "… La lésion dolosive simple (par opposition à la lésion excessive) suffit … pour fonder une action en rescision du contrat, il n'y a pas lieu de rechercher ainsi le seuil de l'excès …".

◆ الكتاني (عز الدين)، الغبن في ظهير الالتزامات والعقود (مقال باللغة الفرنسية)، المجلّة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، 1984، عدد 7 (القسم الفرنسي)، ص 210 حين قال (وهو يتحدث عن الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أن: "الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشّخص الذي تعامل من أجله [إذن لم يقل لنا مثل م.ا.ع: منوبه] وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد." قانون الالتزامات والعقود المغربي، الدار البيضاء، نشر دار الكتاب توزيع مكتبة الوحدة العربية، ط1، 1966، ص23): " التغرير مطلوب ... كشرط لجعل الغبن بين الرشد فاعلا، وهو شرط كاف بل نقول إنه وحيد بحيث أنه لا وجود لتحديد لا لنسبة الغبن ولا للأشخاص الذين يمكنهم التمسك به...".

KETTANI (Azzedine), La lésion dans le DOC, Revue Marocaine de droit et d'économie du développement, n° 7, 1984, p. 210: « La dol est … exigé comme condition d'efficacité de la lésion entre majeurs. Une condition suffisante et dirions-nous unique de sorte que ni le taux de la lésion, ni les personnes pouvant s'en prévaloir ne sont limités… ».

من الفصل 60 ويستقرّ في الفصل 57. هذا التمشّي يوافق التّعبير غير المباشر عن النّيّة في جانبه المتحدّث عنه منذ قليل (صون كلام العاقل عن عدم الإفادة).

فإذا قُبِل ما جاء للتّوّ، يكون الواجب عندها المرور إلى تحديد الغبن الذي سنبقيه في الفصل 60 والغبن الذي سنخرجه إلى الفصل 57. وهنا سيعترضنا التّعبير غير المباشر عن النّيّة – لكن هذه المرّة في جانبه الخاصّ بالاتّساق وبعدم التّضارب – ليفرض علينا ترك الغبن الهامّ في سلّة الفصل 60 وإخراج ما دونه أهمّيّة ووضعه في سلّة الفصل 57. وسبب الفرض أنّ الفصل 60 يقول بعقاب هامّ[893] أمّا الفصل 57 فيقول بجزاء دونه أهمّيّة. وإتماماً لتلبية نداء الاتّساق وعموما نداء العقل وعدم التّحكّم، ينبغي القول مع أحدهم بوضع (ما سنضعه يستند إلى الفصل 61 [894]، وسبب الإسناد إلى هذا النّصّ أنّه لو لم نفعل سنسقط في التحكّم ومن ثمّ في الاختلاف على مستوى تحديد النّسبة) الغبن الذي تجاوز الثّلث في الفصل 60 ليترك للفصل57 غبن الثّلث فما دونه[895].

258. هذا التّحليل يمكّن من القول إنّ الفصل 56 هو لتغرير أساسي، والفصل 57 لتغرير عرضي، أمّا الفصل 60 فلتغرير أساسي آخر مختلف عن الأوّل. والسّؤال الذي يطرح هنا: هل كلّ هذه النّصوص ضروري الوجود خاصّة حين نستحضر أنّ م.م.ف (والتي منها أخذت م.ا.ع التّفرقة بين الأساسي والعرضي) اكتفت بنصّ واحد[896] للأساسي ولم تحتج لنصّ للعرضي (إذ أنّ ما

---

[893] قد نستغل هنا فرصة الحديث عن الجزاء الوارد بـ 60 لنقول إن "دوبلا" (مرجع سابق، ج 2، ص 98 و99) و"المالقي" (مرجع سابق، ص56 وقد استعمل قاعدة الفصل 537) قد قالا إنه يمكن الخيار بين الفسخ والإنقاص، وأما "الكتاني"، وفي خصوص النص المغربي الذي يماثل 60، فإنه قال إن الفسخ فقط هو الممكن (المرجع السابق، ص 211 و212).

[894] حدّد هذا الفصل نسبة غبن وحصرها في المادّة التي تحدث عنها (غياب إرادة التعبير) وذلك حين قال:"...والغبن في هذه الصورة...". ولكن يمكن القول إن التخصيص لا يفيد الاختصاص، ومن ثمّ أن نمد ما جاء بـ 61 إلى 60.

[895] إن هذا القول هو لـ"دوبلا"، مرجع سابق، ج 1، ص 42. لكن هذا الفقيه قال بالتحديد إن 57 لغبن لم يبلغ الثلث، والواجب أن يقول ما ذكرناه في المتن لأنه من المفروض أنه نقل تعريف 61 للغبن. وعلينا أن نلاحظ هنا أنه كان يمكن أن نصل إلى المعنى الوارد أعلاه للفصل 60 (باستثناء درجة النسبة واختلافها من صورة إلى أخرى) باعتماد النية المباشرة للمشرع وذلك لو أن حاشية الفصل 65 من المشروع المُرَاجع قد أشارت إلى المادّة 357 من المجلّة العثمانية. فهذه المادّة قالت إن التغرير مع غبن فاحش يفسخ. وقبلها قالت المادّة 165 إن الغبن الفاحش هو نصف العشر في العروض والعشر في الحيوان والخمس أو ما يزيد عليه في العقار (ملاحظة: أشارت حاشية المشروع المُرَاجَع إلى المادّة 356 فقط التي يفهم منها أن الغلط مع الغبن الفاحش لا يوجب فسخا).

[896] هو 1116، وإن عدم إدخال الغبن "الموضوعي" فيه مرده أن 1118 لم يقبل أن يوجب هذا الغبن إبطالا إلا إذا نتج عن غياب إرادة التعبير أو غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم (انظر حول هذا المعنى الأخير وكيف هو راجح على القول بأن الأمر يتعلق بغياب إرادة أثر في جانبها الخاص بعدم العلم: "دومولومب"،

لن يسقط في الأساسي سيسقط في العرضي[897]. ثمّ إنّه ومن خلال نصّ آخر[898] لن يتمّ إدخال الغبن الذي نحن بصدده في إطار الأساسي).

لقد أجيب عن هذا السّؤال بالقول إنّ وجود الفصل 60 غير ذي فائدة[899]، لكن أجيب عنه أيضا بما يخالف ما سبق[900]. وحجّة الإجابة الثّانية أنّه لو اكتفت م.ا.ع بالفصل 56 – وربّما معه بالفصل 57 – لجاء المؤوّل – وبعد بحث في نيّة المشرّع[901] – ولأمكنه أن يضع في العرضي هذا الغبن[902].

وقد يكون ما سبق منّا من فهم للفصول 56 و57 و60 يرجّح الجواب الثّاني. وفعلا لو كان الفصل 60 لكلّ غبن لاحتيج إليه وإلى الفصل 56 ولكان الفصل 57 غير ضروري الوجود[903].

أمّا وأنّ الفصل 60 لِجُزءٍ من الغبن، فالحاجة ماسّة لوجوده مع الفصل 56 ومع الفصل 57 أيضا[904].

259. ◄ ولعلّنا، ونحن نأتي بما تقدّم، لم نترك إلاّ رِجْلا واحدة في منطقة التّحليل أمّا الرِّجْل الأخرى فقد خطت بعدُ ودخلت منطقة الإتيان على الأقلّ بما هو غربي. فإذا دخلت الرِّجْلان معا قلنا إنّ الغرب لا يعرف هذا التّفصيل داخل الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، فهو يصنّفه

مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 202). ولعله ينبغي أن نلاحظ هنا أن م م ف ومن خلال الفصل 1118 – في جانبه الخاص بالحديث عن العقود – قابل لأن يتوسع فيها لكي يتم إدخال عقود المضطرين أما م.ا.ع فلعلها تقبل ذلك انطلاقا من الفصل 1103 وإن كان من الأفضل ربما لو أنها أخذت من الفقه موقفه من هذه العقود.

[897] قد يقال لِمَ لم تفعل العكس فتضع نصا للعرضي وتترك الأساسي، والجواب أن الأصل هو الصحة فلذا لا بدّ من أن يوجد النص الذي يورد صور البطلان لا النص الذي يورد صور الصحة.

[898] هو الفصل 1118 كما تقدم تحليله بالهامش أعلاه على أنه لا يهم إرادة الأثر، أي على أنّه يرفض الإبطال هنا.

[899] الكناني (يوسف)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 48.

[900] "دوبلا"، مرجع سابق، ج 1، ص 45.

[901] هذه زيادة منا لحجة الجواب الثاني.

[902] لأنه سيرى أن م.ا.ع أخذت التفرقة من فرنسا، ومن يقول بهذه التفرقة يضع الغبن في العرضي (انظر مثلا ما ورد بـ: عدد 232 وما جاء بـ:عدد 253 من هذا العمل حول "أوبري" و"رو")

[903] يحتاج لـ: 56 (لا لـ: 57) لأنه يقول بالإبطال، ويحتاج معه إلى 60 لكي لا يدخل مؤوّل محتوى هذا النص في إطار العرضي. ولكن علينا أن نجد هنا ما نضعه في العرضي (الوصف غير الذاتي أو الباعث). لكن لو لم نجد شيئا كما حصل معنا سابقا ووجدنا ما يدل على أن المشرع يتبنى التفرقة، فسنقول إن العرضي وضع ولكن لم يوضع فيه شيء.

[904] كل هذا صحيح لو أبقينا على نفس الصياغة للنصوص، لكن لو غيرنا هذه الصياغة لأمكن مثلا أن نضع نصا واحدا ينظم كل هذا المحتوى ويقول لنا ما هي صور الأساسي صورة صورة ثم يذكر لنا صورة العرضي.

داخل العرضي[905]، وإن كان أحدهم وهو يرفض أصل التّفرقة يرفض أيضا وبصفة ضمنيّة عدّ هذا الغبن من قبيل العرضي[906].

260. أمّا الشّرق فالتّفاصيل فيه كثيرة: ويمكن أن نذكر – بصفة سريعة وعلى قدر ما يمكّن من التّدليل على تلك الكثرة – أنّ هنالك:

أوّلا بيوع المساومة، وفي هذه فرّق البعض في البدء بين الغبن الفاحش والغبن اليسير[907]. وعلينا أن نقول هنا إنّه – حين نتحدّث عن غبن بالنّظر إلى قيمة السّوق – فلن نسمّي الغبن اليسير غبنا[908]، أي علينا أن نقول (حين نتحدّث بالطّريقة الواردة للتّوّ) إنّ الغبن الحقيقي، أي الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق، أي الغبن الفاحش، أي الغبن وكفى الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير يوجب خيار الفسخ.

لكن حصل تطوّر تمثّل في وضع البعض نسبة وذلك ضبطا للمقاييس القضائيّة وتجنّبا لاختلاف الأقضية[909]. ومن يتّبع هذا البعض، يجد نفسه لا يخرج عن الاستنتاج الوارد للتّوّ والذي مفاده أنّ الغبن وكفى يفسخ وذلك لأنّ ما يكون دون النّسبة المحدّدة قد عُدّ حكما غبنا يسيرا، أي عُدّ حكما ليس غبنا بالنّظر إلى قيمة السّوق[910]، أي عُدّ حكما ليس غبنا. ويتبع ما سبق أنّ ما كان

---

[905] انظر على سبيل المثال عدد 232 وعدد 253 من هذا العمل.

[906] انظر هذا الرفض عند "لوران" كما تقدم بـ: عدد 235 من هذا العمل وانظر رفض تصنيف التغرير الذي يحدث غلطا في القيمة في صنف العرضي من قبل الفقه المعاصر وعلى وجه المثال:"ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 576.

[907] " فالغبن اليسير هو ما لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس في الأسعار، كما لو بيع شيء بعشرة دنانير مثلا، ولو عرض على أهل الخبرة يقدره بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة. فالواحد المختلف فيه يعتبر غبنا يسيرا لأنه – كما يقول الفقهاء- يدخل تحت تقويم المقوّمين، أي يتناوله تقدير بعضهم للقيمة.
وأما الغبن الفاحش: فهو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار، كما لو كان المبيع بعشرة يقدره بعض الخبراء بثمانية وبعضهم بتسعة أو سبعة بحيث لا تدخل العشرة في تقدير أحد من الخبراء، فالفرق بين العشرة وبين أعلى تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش". الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل... مرجع سابق، ج 1، ص 462 الهامش 1 (انظر أيضا إلى السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 134 حيث يورد حديثا عن التغرير ومعه غبن فاحش).

[908] انظر الهامش السابق.

[909] فرّق البلخي بين العروض والحيوان والعقار: فوضع للأوّل نسبة نصف العشر: $^{1}/_{20}$ (لأنه كثير التداول بين الناس) وللثاني العشر: $^{2}/_{20}$ (لأنه متوسّط التداول بين الناس) وللثالث الخمس: $^{4}/_{20}$ (لأنه قليل التداول). ويبدو أن هذا الفقه حسن. فالنسبة $^{1}/_{20}$ القليلة للمعاملات الكبيرة (على مستوى كمّ وقوعها) والمتوسّطة $^{2}/_{20}$ للمتوسّطة والكبيرة $^{4}/_{20}$ للقليلة (انظر موقف البلخي عند: محمصاني (صبحي)، مرجع سابق، ج 2، ص 436. وعند شحاتة (شفيق)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 123 وإن موقف البلخي هو الذي اعتمدته المجلّة العثمانية. وعلى كل فالذي قال بحصول التطور المذكور في هذ الهامش هو الزرقا نفس المرجع والمكان الواردين أعلاه.

[910] لنفرض أن قيمة السوق عشرة دنانير ونسبة الغبن المحددة هي الربع مثلا، فلو حصل البيع بأحد عشر دينارا فإن هذه الدنانير الأحد عشر قد عدّت حكما قيمة للسوق.

مساويا أو زائدا على النّسبة قد عُدّ حكما غبنا فاحشا[911]، أي عُدّ حكما غبنا.

ثانيا بيوع الأمانة، وهي المرابحة والتّولية والإشراك والوضيعة[912]. فإذا وجد فيها "غبن" موضوعي بالنّظر إلى قيمة السّوق فالجزاء حسب أغلب الفقهاء هو وجوب خيار الفسخ[913].

ثالثا بيوع الاسترسال[914]، وهي أيضا لغبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغرير[915]، كما هي أيضا موجبة لخيار الفسخ.

261. ◄ وإنّه – بإتياننا لما بدا لنا أنّه محتوى للفصول 56 و57 و60، ثمّ بإتياننا بالغرب، وأخيرا بعرضنا للشّرق كما فهمناه – يمكن أن نقول:

♦ إنّ م.ا.ع أتت بتفصيل داخل المادّة التي نحن بصددها:

فمن جهة هنالك غبن "موضوعي" يساوي ثلث أو أقلّ من ثلث الفرق بين "القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد"[916]. هذا الغبن يحدثه غلط. والغلط يحدثه تغرير. والجميع لا يوجب فسخا:

الفصل 57

---

[911] ودليل ما سبق المادّة 165 من المجلّة العثمانية:" الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة".

[912] هي بيوع تتأسس على ما يقوله البائع من ثمن اشترى به هو الشّيء (أي رأس المال):
فإذا اتفق فيما بعد مع حريفه وقال له زدني كذا على رأس مالي كان مرابحة، وإن قال له أبيعك وأنقص لك عن رأس مالي كذا كان وضيعة، وإن قال له أبيعك برأس المال فهو تولية إذا أخذ المشتري كل الشّيء وإشراك إن أخذ جزء منه بما يقابله من ثمن (انظر السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 154 وما بعدها وخاصة ص 155 وانظر كذلك حول هذه البيوع: ابن رشد، بداية المجتهد... مرجع سابق، ج 2، ص 161. وكذلك ابن عابدين، رد المحتار... مرجع سابق، ج 4، ص 152 وما بعدها).

[913] قد لا يوجد بهذه البيوع هذا الغبن ومع ذلك توجب الفسخ: فلو كانت قيمة السوق عشرة دنانير، وقال البائع إن راس مالي عشرة دنانير وباع من ثمّ بهذا الثمن (إذن ليس هنالك غبن بالنظر إلى قيمة السوق)، لكن رأس ماله هو ثمانية دنانير فالفقه يقول بخيار الفسخ (انظر الزرقا (مصطفى أحمد، المدخل... مرجع سابق، ج 1، ص 468) ولقد قال ابن جزي إن المساومة، التي يتفاوض فيها المشتري مع البائع حول الثمن حتى يتفقا عليه من غير تعريف بكم اشتراها، أحبّ إلى العلماء من المرابحة (مرجع سابق، ص 174) وذلك أنه لا يأمن البائع من هوى نفسه في هذه البيوع فتجنبها أسلم له (انظر الشرح الكبير على متن المقنع، ج 4، ص 108 وذلك حسب السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 162) ولعله من الواجب أن نشير إلى أن هنالك من يقول بالحط من الثمن كجزاء في المرابحة والتولية (انظر المرجع الوارد للتوّ ص 158).

[914] انظر عدد 251 من هذا العمل.

[915] وربما أيضا وكما تقدم – وعلى الأقل عند الفقه الحنبلي – هي صورة غبن موضوعي أحدثه غلط لوحده (إلى جانب صورة تلقي الركبان) (انظر عدد 251 من هذا العمل).

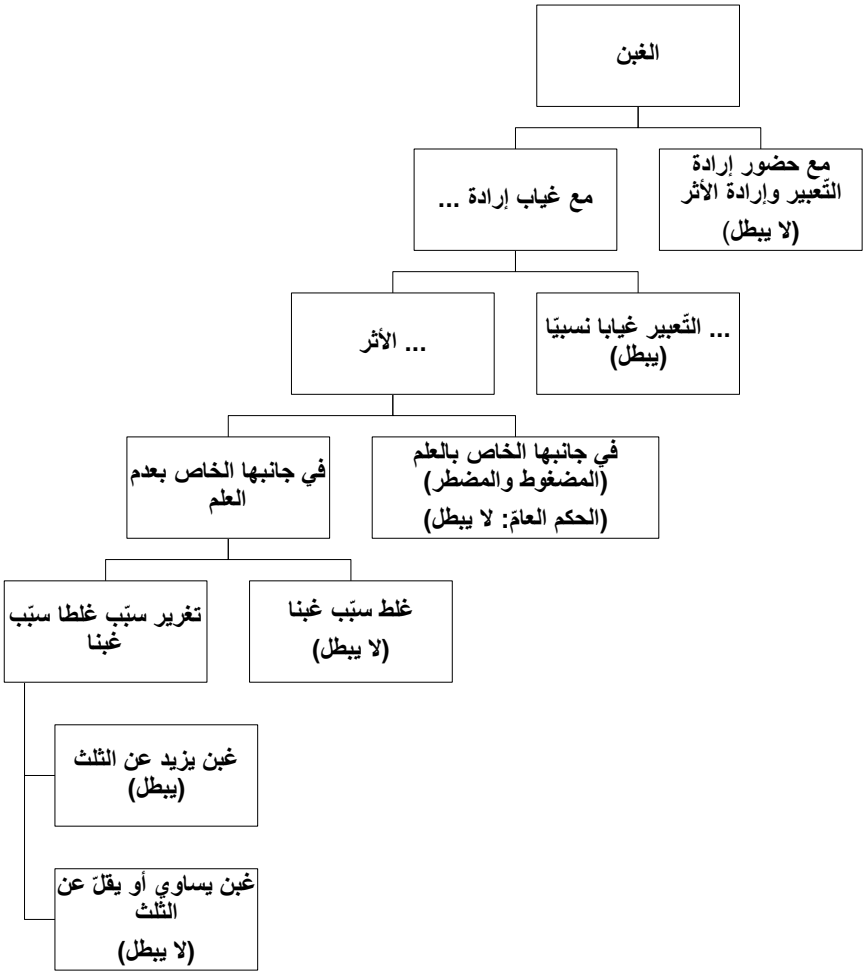
[916] وهذه هي عبارات 61 م.ا.ع.



ومن جهة أخرى هنالك غبن "موضوعي" (أحدثه غلط أحدثه تغرير) فاق الثّلث. هذا الغبن يمكن[917] أن يوجب فسخا[918].

[917] انظر ما قلناه عن "دوبلا" و"المالقي" والذي يفسّر استعمالنا لصيغة تفيد الاحتمال.

[918] ينبغي الإتيان بجدول يلخّص كلّ ما سبق من موقف للقانون التّونسي من الغبن سواء منه ما دخل في عملنا أو ما خرج منه:



وينبغي أن نضيف أنّ غياب إرادة التّعبير غيابا مطلقا سواء وجد معه غبن أو لم يوجد يبطل، وكذلك الإكراه (كصورة لغياب إرادة الأثر وصاحبها يعلم بغيابها)، إلخ. فهنا لا تأثير للغبن في الجزاء ولذلك لم يتمّ إيراد هذه الصّور في الجدول.

الفصل 60



♦ إنّ الغرب لا يعرف هذا التّفصيل، فما غلب منه ولا يزال يقول إنّ كلّ هذا الغبن لا يوجب إبطالا، وما لم يغلب يقول إنّه يوجب إبطالا.

♦ أمّا الشّرق فإنّه يحتوي على جانبين:

جانب للمساومة، ولقد بدا لنا فيها أنّ كلّ "غبن" موضوعي أيّاً كانت نسبة ابتعاده عن قيمة السّوق الفعليّة عند البعض والحكميّة عند الآخرين، أحدثه، أي ذلك الغبن، غلط أحدثه تغرير موجب لخيار الفسخ[919].

وجانب توجد فيه منطقة خاصّة لبيوع خاصّة هي الأمانة والاسترسال:

أمّا في الأمانة، فأغلب الفقهاء يقولون إنّ الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق يوجب فسخا. كما يقول الفقهاء إنّ عدم الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق يوجب بدوره فسخا (هو غبن موضوعي بالنّظر إلى رأس المال المكذوب فيه).

وأمّا في الاسترسال فالغبن حسب الفقه الإسلامي يوجب خيار الفسخ.

262. وما ورد أعلاه يمكّن من القول إنّ حلول م.ا.ع ليست غربيّة ولا

---

[919] إن ما سيرد بعد الآن من مواقف (داخل الجداول إلخ) يستند إلى فهمنا المتعرض له أعلاه للفقه الإسلامي الذي يضع نسبة.

لكن علينا أن نشير إلى أنه يمكن فهم هذا الفقه بطريقة مختلفة. وينبغي قبل ذكر هذه الطريقة أن نورد ما جاءت به المجلّة العثمانية:

● المادّة 165: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة".

● المادّة 356: "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع. إلا أنه إذا وجد الغبن لوحده في مال اليتيم لا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم". ويفهم من هذه المادّة أن الغلط في القيمة لوحده لا يوجب فسخا.

● المادّة 357: "إذا غرّ أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ حينئذ". ولقد قال الشارح تحت هذه المادّة (حيدر (علي)، درر الحكام ... مرجع سابق، ج 1، ص 369) إن "الغبن الفاحش هو الغبن المبين بالمادّة 165".

ويمكن - خلافا لفهمنا الوارد في المتن - أن يقال إن الفقه الإسلامي (نحن بصدد ذلك الذي وضع نسبة) يرى أن:

♦ بعض الغبن (مع تغرير) لا يفسخ (ما دون النسب المذكورة في المادّة 165).

♦ والبعض الآخر من الغبن (مع تغرير) يفسخ (ما ساوى أو زاد على النسب المذكورة في المادّة 165)

وإن هذا الفهم للفقه الإسلامي ليجعل صاحبه يقول إن ما جاء بـ: م.ا.ع هو مثل الفقه، وأنها لم تبتعد عنه إلا على مستوى قدر النسبة وعلى مستوى عدم التفرقة بين العروض والحيوان والعقار.

شرقيّة[920]. هذا يوجّه مرحلة الحكم عليها نحو المقارنة بين ما جاءت به وما تركته من محلّي: على مستوى جانب المساومة أوّلا، وعلى مستوى جانب إيجاد منطقة خاصّة لبيوع خاصّة ثانيا. فإن كان المتروك أصلح، كانت المجلّة مجسّدة لعدم الإحكام؛ وإن لا فلا[921].

ولعلّ الذي قيل عن الشّرق فيما يخص الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير (سواء في إطار المساومة أو غيرها) واجب التّقريب من كون هذا الشّرق لا يفرّق بين عمل يد وكذب وكتمان إذ أنّ كلّ هذه تدخل في إطار لفظة التّغرير. هذا يعني أنّه – وحتّى الذين لم يقبلوا منه بما يسمّى الآن بالغلط في القيمة لوحده[922] – قريبون من قبوله. وينبغي أن نضيف هنا أنّ كلّ هذا الشّرق يقبل بكلّ صور الغلط الأخرى.

هذا هو الفارق الكبير بين الفقه الإسلامي وبين الغرب، بل بين الفقه الإسلامي وبين م.ا.ع. لكنّ مسألة كهذه تتطلّب – لكي يخاض فيها – النّظر في "جدول" الغلط والتّغرير داخل كلّ هذه القوانين وهو أمر سيؤتى به بعد قليل.

---

[920] هي شرقية مع اختلاف طفيف عنه لو أننا اتبعنا الفهم الوارد بالهامش السابق للفقه الإسلامي.

[921] هنا ومن زاوية المنهجيّة التّشريعيّة قد لا يمكن تقييم الحكم في ذاته، إلاّ أنه يمكن تقييم هذا الحكم في سياقه / **يدخل في** السّياق الغبن في إطار إرادة التّعبير وفي إطار إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، لكن هذين الإطارين لا يدخلان في عملنا.

[922] وهم المالكية غير البغدادية. انظر عدد 246 من هذا العمل.

خلاصة العنوان الثّاني

263. ◄ يبدو ممّا سبق أنّ م.ا.ع:

♦ قسّمت التّغرير إلى أساسي (الفصلان 56 و60) وعرضي (الفصل 57)، وهذا التّقسيم مستورد.

♦ قالت إنّ الغلط في القيمة وفي كلّ الصّور لا يبطل (الفصل 60)، وهذا رأي ثمّ مثله في الغرب وفي بعض الشّرق.

♦ جزّأت التغرير الذي يحدث غلطا في القيمة إلى مبطل (الفصل 60: تغرير ← غلط ← غبن = أكثر من ⅓) وغير مبطل (الفصل 57: تغرير ← غلط ← غبن = ⅓ أو أقلّ من ⅓)، وهذا حلّ بعيد عن الغرب وعن الشّرق[923].

◄ كما يبدو أن بالإمكان الرّبط بمسألة الإحكام وذلك بالنّسبة إلى ما ورد في مرتبة أولى وثانية وثالثة.

◄ ويبدو أيضا أنّ الحكم على ما جاء في مرتبة أولى يمكن الاكتفاء به. أمّا الحكم على ما أتى في درجة ثانية وثالثة فينبغي إعادة النّظر فيه مرّة أخرى وذلك على ضوء الفصل بين الكتمان وغيره، هذا الفصل الذي ينبغي الإتيان به وأمامنا جدول كامل للغلط والتّغرير.

---

[923] مع الاحتراز مما جاء سابقا في هذا العمل.

خلاصة الجزء الأوّل

264. يبدو أنّ ما جاء بالجزء الأوّل يمكّن من رسم جدول للغلط والتّغرير معا في إطار م.ا.ع وفي إطار الغرب الذي استعملته، وكذلك في إطار الشّرق:

جدول الغلط في م.ا.ع		
يبطل		لا يبطل
نوع أوّل من البطلان سنحدّده في الجزء الثّاني من هذا العمل.	نوع ثان من البطلان سنحدّده في الجزء الثّاني من هذا العمل.	8. الباعث
1. طبيعة العقد (الفصل 2) 2. وجود السّبب القريب (الفصل 67)	*الذّات (الفصل 45) 3. الذّاتي (الفصل 45) 4 .غير الذّاتي مع تفاوت فاحش (الفصل 45) 5. غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش (الفصل 45) 6. وصف السّبب 7. الشّخص (الفصل 46)	9. القيمة (الفصل 60). 10.الحساب (الفصل 47). (صورة مختلفة عن جميع ما ورد في الجدول لذلك لن ندخلها في بقية العمل)

جدول التّغرير الذي يحدث غلطا في م.ا.ع			
التّغرير الأصلي (يبطل)			التّغرير العرضي (لا يبطل) الفصل 57
ما يجب أن يُصنّف في الأصلي ويوجب النّوع الأوّل من البطلان الذي سنحدّده في ج 2	ما هو مصنّف في الأصلي لأنّه موجود بالفصل 56 أو 60		9- القيمة (الثّلث فما دونه)
1- طبيعة العقد 2- وجود السّبب القريب (لأنّه موجب للنّوع الأوّل من البطلان لو كان وحده، فمن باب أولى لو وجدت معه زيادة)	الفصل 56 * الذات 3. الذّاتي 4. غير الذّاتي مع تفاوت فاحش 5. غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش 6. وصف السّبب 7. الشّخص 8. الباعث	الفصل 60 9- القيمة (أكثر من الثّلث)	

جدول الغلط في فرنسا حسب الفقه المستعمل من قبل أصحاب م.ا.ع خاصّة باستثناء "لواران" (سنشير أسفله إلى موقف "لواران" من الذّاتيات لا غير أي لن نشير إلى موقفه من غير الذّاتيات التي نعلم أنّه يضعها في 1110)		
يبطل		لا يبطل
بطلان مطلق	بطلان نسبي	8. الباعث ("اوبري" و "رو"، ج 24، §343 مكرّر) 9. القيمة (من باب أولى أن لا يبطل لأنّنا سنرى في جدول التّغرير أنّه مع زيادة لا يبطل) ← 4 و5 يتحدّث عنهما هنا (مثلا: "دولومب"، ج 24،عدد 88). لكنّهما انزلقا بعدُ إلى عمود البطلان في إطار نفس الأحاديث (خاصة 5) (مثلا: "دومولوب"، ج 24، عدد 92 و93)
* الذات (الشّيء والشّخص) 1. طبيعة العقد 2. وجود السّبب القريب (الفصل 1108 و1131 حسب "أوبري" و "رو" بالنّسبة إلى 2. ج 4، § 343 مكرّر. وانظر حول كلّ هذه الصّور: "دولومب"، ج 24، عدد 48). حسب لوران (ج 15، 489) النّوع: أي الذاتي (عدد 3 من العمود الموالي) يوجب بطلانا مطلقا.	3. الذاتي 4. غير الذاتي مع تفاوت فاحش 5. غير الذاتي مع تفاوت غير فاحش 6. وصف السّبب ("أوبري" و"رو"، ج 4، عدد 343 مكرّر) 7. الشّخص	

جدول التّغرير الذي يحدث غلطا في فرنسا حسب الفقه المستعمل من قبل أصحاب م.ا.ع خاصّة		
التّغرير الأصلي يبطل		التّغرير العرضي لا يبطل
بطلان مطلق	بطلان نسبي	9. القيمة ← 4 و5: هنالك اختلاف فيما يخصّهما، فبعضهم يضعهما هنا وبعضهم يضعهما هناك
* الذّات. 1. طبيعة العقد. 2. وجود السّبب القريب. (ملاحظة: لا يخاض عادة في مسألة إيجاب هذا التّغرير لبطلان مطلق على حدّ ما اطّلعنا عليه من كتابات). -الذّاتي، لو تمّ تبنّي موقف "لوران".	3. الذّاتي. 4. غير الذّاتي مع تفاوت فاحش. 5. غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش. 6. وصف السّبب. 7. الشّخص. 8. الباعث	

جدول الغلط في الفقه الإسلامي	
غير القيمة	القيمة
كلّها توجب بطلانا أو خيارا (انظر: السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 104 وما بعدها).	- موقف 1: لا توجب خيارا. - موقف2: توجب خيارا (الثّلث فما أكثر. أمّا ما دون الثّلث فلم يعدّ غبنا)

جدول التّغرير في الفقه الإسلامي		
غير القيمة	القيمة	
كلّها توجب بطلانا أو خيارا (انظر مثلا: السّنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 149 وما بعدها).	المساومة	الأمانة والاسترسال
	كلّ الصّور توجب خيارا	كلّ الصّور توجب خيارا

ومن ينظر إلى هذه الجداول يجد ملامح م.ا.ع قريبة من الملامح الغربيّة وبعيدة عن الملامح الشّرقيّة. فإذا كان الشّرق هو الأصلح في كلّ النّقاط، كانت كلّ مادّة المجلّة مجسّدة لعدم الإحكام. أمّا إذا كان الشّرق هو الأفضل في بعض جوانب

الجدول، كانت هذه الجوانب في إطار م.ا.ع هي وحدها الممثّلة لغياب الإحكام.
وعلينا أن نشير – ونحن نغادر الأحكام الأصليّة الواردة في نصوص الغلط إلى الأحكام التّأييديّة التي جاءت بنفس هذه النّصوص – إلى أنّ هنالك استحقاقات تخلّدت بذمّتنا ولم نحصّل ما يسمح بالوفاء بها إلاّ بعد تحصيل هذه الخلاصة، وبالتّحديد بعد تحصيل جانبها الذي نجد فيه حلول الفقه الإسلامي وحلول القانون الفرنسي وحلول القانون التونسي.
ويبدو أنّ الأفضل أن نتعرّض إلى هذه الاستحقاقات (والتي سيضطرّنا واجب الوفاء بها أن لا نكتفي في الخلاصة بالخلاصة) في قالب جداول وأن نبدأ بالغرب لأنّ المشكل أثير عنده، ثمّ نمرّ إلى م.ا.ع لأنّها قريبة منه، ثمّ نختم بالشّرق لأنّه الأبعد:

جدول الغرب:

الغلـط المبطـل	التغريـر	
	بمعنـى عمل يد أو لسـان	بمعـنى كتمـان
كلّ صور الغلط باستثناء الباعث والقيمة والوصف غير الذّاتي (لكن سننظر إلى الوصف غير الذاتي هنا بعد أن انزلق نحو المبطل) (بالنّسبة إلى "لوران": يراه من الأصل مبطلا).	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل (وهي تبطل).	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل (يمكن القول إنّها تبطل).
الغلط غير المبطل	لا يختفي الاتّساق	- بالنّسبة إلى الباعث: يبدو أنّه لا يمكن التّمييز بين

-الباعث والقيمة - لو وضعنا الوصف غير الذّاتي هنا		

ويمكن أن نلاحظ هنا كيف أنّ التّضييق في حالات الغلط المبطل:

♦ يولّد مشاكل على صعيد الكتمان عموما.

♦ ينتج صعوبات على مستوى الكتمان الذي يأتيه شخص حول الأداء المقدّم له.

♦ يجعلنا نواجه في مادّة التّغرير ودوما مشكل إثبات العنصر القصدي.

جدول م.ا.ع:

الغلط المبطل	التّغرير	
كلّ الصّور باستثناء الباعث والقيمة	بمعنى عمل يد أو لسان	بمعنى كتمان
الغلط غير المبطل الباعث والقيمة	لا يختفي الاتّساق لو أنّهما يبطلان أو لا يبطلان (الباعث: يبطل القيمة: أكثر من الثّلث يبطل - الثّلث فما دونه لا يبطل)	- بالنّسبة إلى الباعث: نفس ما اعترضنا في السّابق في إطار الغرب. - بالنّسبة إلى القيمة (أكثر من الثّلث): نفس ما اعترضنا في السّابق في إطار الغرب. - بالنّسبة إلى القيمة (الثّلث فما دونه): لن يعترضنا ما سبق لأنّه لا بطلان هنا وهو نفس الحلّ في إطار الغلط.

ويمكن أن نلاحظ هنا أنّ م.ا.ع تشكو ممّا يشكو منه الغرب بسبب تشبّهها به.

جدول الشّرق:

الغلط المبطل والموجب خيارا	التّغرير	
	بمعنى عمل يد أو لسان	بمعنى كتمان
غير القيمة حسب الكـــلّ ←	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل أو توجب خيارا (هي تبطل أو توجب خيارا) ←	لا يختفي الاتساق لو أنّها توجب خيارا (هي توجب خيارا)
القيمة حسب البعض (الثّلث فما أكثر) ←	لا يختفي الاتساق لو أنّها توجب خيارا (هي توجب خيارا) ←	
الغلط غير الموجب للخيار		هنا سيعترضنا ما اعترضنا في إطار الغرب (قلنا سابقا إنّ هذا الفقه قريب من قبول الغلط في القيمة لوحده وذلك لأننا لم نعثر داخله على رفض للكتمان. فعلى تقدير أنّه يقبله – وهو الرّاجح لدينا - فالانزلاق بعد ذلك إلى الغلط في القيمة لوحده ممكن).
القيمة حسب البعض	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل أو لا تبطل (هي تبطل).	

ويمكن أن نلاحظ أنّ جزء الفقه الذي وسّع في حالات الغلط المبطل أو الموجب للخيار لم يعترضه شيء من المشاكل التي أشرنا إليها. كما يمكن أن نلاحظ أنّ الجزء الآخر تجنّب هذه الصّعوبات حين وسّع في الغلط المبطل أو الموجب للخيار ليشمل الباعث فلم تعترضه، أمّا حين ضيّق ليُخرِج القيمة فإنّه معرّض لأن يلقى تلك الصّعوبات أمامه.

ولعلّه بالإمكان، ونحن نختم هذه الجداول، أن نقول إنّ حلّ الفقه حتّى في جزئه الذي يضيّق أفضل من حلّ الغرب ومن حلّ م.ا.ع، إذ الأوّل يجنّبنا – كلّيّا في قسم منه وجزئيّا في قسمه الآخر – الصّعوبات التي تعترضنا في إطار الثّاني والثّالث.

ويبدو أنّ هذا سبب آخر يسمح بربط م.ا.ع بعدم الإحكام.

265. لكن لنقدّر أنّ هذا السّبب وغيره لم يوجد، أي لنقدّر أنّ فصول م.ا.ع (2 و43 إلى 49 و56 و57 و60 و67) في جانبها الأوّل الذي تناولناه بعدُ قد أتت بما هو محكم. بعبارة أخرى، لنقدّر أنّ الأحكام الأصليّة في تلك النّصوص فيها إتقان وجاءت بإصلاح، فهل هذا كاف أم أنّه، لو فرضنا أنّنا سنجد الأحكام

التّأييديّة الواردة بهذه الفصول غير محكمة، ارتدّ ذلك وانعكس حتّى على الأحكام الأولى لتأخذ هذه لون عدم الإحكام ؟

إنّ هذا السّؤال – وإن لن يبحث عن إجابة عليه لأنّه يستند إلى تقدير تفنّده التّحاليل السّابقة – ينبّه إلى أنّ الوقت قد حان للنّظر في المسألة التي نعمل عليها وذلك في إطار الأحكام التّأييديّة الموجودة في نصوص م.ا.ع المتعلّقة بالغلط، أي أنّ الوقت قد حان للبحث عن الإحكام في هذه الأحكام.

الجزء الثّاني
الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط

266. وجدنا في الجزء الأوّل صور غلط تلقائي لا توجب بطلانا: وهي الحساب[924]، والباعث[925]، والقيمة[926]. كما وجدنا صورة غلط مُحْدَث لا تؤدّي إلى عقاب البطلان وهي القيمة إذا تمثّلت في الثّلث فما دونه[927]. وإنّ هذه الصّورة مثلا – وعلى حدّ عبارة الفصل 57 م.ا.ع – نتيجتها "... تعويض الخسارة". وقد يمكن تسمية هذه النّتيجة جزاء ومؤيِّدا[928]. لكنّ هذا الجزاء أو المؤيِّد لم يغلب في نصوص الغلط، وإنّما الذي غلب حديث المجلّة عن الفسخ وغيره. هذا السّبب يجعلنا نقصي "تعويض الخسارة".

فإذا تناولنا الحكم التّأييدي الذي غلب، وجدناه متمثّلا في "الفسخ" (هذه عبارة الفصل 45 مثلا) وغيره من جهة، وفي "لا عمل عليه" (هذه عبارة الفصل 67) وغيره من جهة أخرى. ويمكن تسمية ما جاء للتّوّ مراتب للجزاء ومراتب للمؤيِّدات.

لكن سنرى أنّ م.ا.ع تبنّت ما يسمّى بالنّظريّة التّقليديّة للبطلان. وعلى هذا يكون كلامها عن مراتب المؤيِّدات متضمّنا حديثا عن أربعة مسائل هي: مدى ضرورة القيام أمام المحاكم، ومن يثير البطلان، والإمضاء، والتّقادم. ومعلوم أنّ هذه المسائل أسميت في إطار تلك النّظريّة بآثار مراتب المؤيِّدات[929].

يخلص ممّا تقدّم أنّ نصوص الغلط فيها أمران: ما دلّ عليه حديثها بالمطابقة، وهو مراتب المؤيِّدات؛ وما دلّ عليه حديثها بالتّضمّن والالتزام، وهو آثار مراتب المؤيِّدات[930]. بعبارة أخرى، يمكن الحديث داخل نصوص الغلط عن

---

924 انظر عدد 111 وما بعده من هذا العمل. بل يمكن القول إنّ الغلط في الحساب ليس غلطا.

925 انظر عدد 115 من هذا العمل.

926 انظر عدد 239 وما بعده من هذا العمل.

927 انظر عدد 258 من هذا العمل.

928 يمكن تسمية ردّ الثلث فما دونه جزاء وعقابا للمغرِّر. كما يمكن عدّه مؤيدا وحاميا للحكم الأصلي الذي حاصله منع التغرير الذي له هذه النتيجة (غبن الثلث فما دونه). ووجه الحماية أو التأييد للحكم الأصلي محو نتيجة العمل الذي خالفه.

929 تحدّث "ڤودمي" عن النظرية الكلاسيكية، وقسّم حديثه إلى فرعين هما: التقسيم الثنائي للبطلان (مطلق- نسبي) وآثار التقسيم الثنائي (هل يجب القيام بالدعوى؟- من يمكنه أن يتمسك بالبطلان؟- هل يزول البطلان بالإمضاء والتقادم؟).

"ڤودمي" (أوجين)، النظرية العامة للالتزامات (باللغة الفرنسية)، نشر: "ديبوا" (هـ) و"ڤودمي" (ج)، باريس، سيراي، 1965، إعادة للطبعة المنشورة سنة 1937، ص 141 وما بعدها.

GAUDEMET (Eugène), Théorie générale des obligations, publiée par DESBOIS (H) et GAUDEMET (J), Paris, Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937, p. 141 et s.

930 تسهيلا لقراءة الجزء الثّاني، نورد أهمّ نصوص المراتب وآثارها وذلك في المشروع المُراجَع ثمّ في م.ا.ع وقت صدورها. كما سنضيف ما جاء في المجلّة بعد تنقيحها سنة 2005:

المشروع المُراجع (1899)	مجلّة الالتزامات والعقود (1906)	مجلّة الالتزامات والعقود (2005)
البـــاب الاول **في بطلان الالتزامـات** الفصل 372 - ليس للالتزام الباطل من اصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام ويبطل الالتزام من اصله في الصورتين الاتيتين اولا اذا خلا عن ركن من اركانه ثانيا اذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة **CHAPITRE PREMIER** **De la nullité des obligations** Article 372 – L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit : 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.	**البـــاب الاول** **في بطلان الالتزامـات** الفصل 325 - ليس للالتزام الباطل من اصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام ويبطل الالتزام من اصله في الصورتين الاتيتين اولا اذا خلا عن ركن من اركانه ثانيا اذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة **CHAPITRE PREMIER** **De la nullité des obligations** Article 325 – L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit : 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.	**البـــاب الأول** **في بطلان الالتزامـات** الفصل 325 - ليس للالتزام الباطل من أصله عمل. ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام. ويبطل الالتزام من أصله في الصورتين الآتيتين: أولا – إذا خلا عن ركن من أركانه. ثانيا- إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة. **CHAPITRE PREMIER** **De la nullité des obligations** Article 325 – L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit : 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.

الفصل 376 – امضاء الالتزام الباطل من أصله لا يصحّ إلاّ بمثابة التزام جديد تاريخه تاريخ الإمضاء وذلك في الصّور التي يبيح القانون فيها الإمضاء Article 376 – L'obligation qui est nulle comme telle, mais qui a les conditions de validité d'une obligation légitime, peut valoir sous cette nouvelle forme, lorsqu'il résulte des circonstances que les parties l'auraient ainsi voulue si elles avaient connu la nullité de l'obligation primitive.	الفصل 329 - امضاء الالتزام الباطل من اصله أو التصديق عليه لا عمل عليه Article 329 – La confirmation ou ratification d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet	الفصل 329 - إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه. Article 329 – La confirmation ou ratification d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet

الباب الثاني في فسخ الالتزام الفصل 377 - يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة في الفصول 9 و47 و63 و65 وفي ما عداها من الصّور التي نص عليها ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا اذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه الا في حق من انعقد بينهم الالتزام **CHAPITRE II** **De la rescision des obligations** Article 377 – L'action en rescision a lieu dans les cas prévus aux articles 9, 47, 63, 65, 66 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte.	**الباب الثاني** **في فسخ الالتزام** الفصل 330 - يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة بالفصل 8 والفصل 43 والفصل 58 والفصل 61 من هذا القانون ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا اذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه الا في حق من انعقد بينهم الالتزام **CHAPITRE II** **De la rescision des obligations** Article 330 – L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent code, articles 8, 43, 58, 60, 61 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte.	**الباب الثاني** **في فسخ الالتزام** الفصل 330 - يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة بالفصول 8 و43 و58 و61 من هذا القانون ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه إلا في حق من انعقد بينهم الالتزام. **CHAPITRE II** **De la rescision des obligations** Article 330 – L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent code, articles 8, 43, 58, 60, 61 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte.

الفصل 378 - المدة المذكورة لا تحسب في صورة الاكراه الا من يوم زواله وفي صورة الخطا أو التدليس الا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين الا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية الا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر كما لا تحسب في صورة الغبن إلا من يوم حوز الشيء المتعاقد عليه Article 378 – Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jours où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jours où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.	الفصل 331 - المدة المذكورة لا تحسب في صورة الاكراه الا من يوم زواله وفي صورة الخطا أو التدليس الا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين الا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية الا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر أما ما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه Article 331 – Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jours où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jours où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès ; en ce qui concerne leurs héritiers, lorsque l'incapable est mort en état d'incapacité ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.	الفصل 331 – المدة المذكورة لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط أو التغرير إلا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم وفيما يتعلّق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم خروجهم من قيد الحجر أو من يوم موتهم . أما فيما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه. Article 331 – Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jours où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jours où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès, en ce qui concerne leurs héritiers, lorsque l'incapable est mort en état d'incapacité ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.

الفصل 381 - القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد Article 381 – L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.	الفصل 334 - القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد Article 334 – L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.	الفصل 334 - القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد. Article 334 – L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.
الفصل 382 - يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد ان يحتج ببطلانه في جميع الاحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول أعلاه من فصل 377 إلى فصل 381 Article 382 – L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui-même exercer l'action en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 377 à 381 ci-dessus.	الفصل 335 - يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد ان يحتج ببطلانه في جميع الاحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصل 330 والفصل 331 والفصل 332 والفصل 333 والفصل 334 Article 335 – L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui-même exercer l'action en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 330 à 334 ci-dessus.	الفصل 335 - يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى. ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول 330 و331 و332 و333 و334. Article 335 – L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui-même exercer l'action en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 330 à 334 ci-dessus.

الفصل 383 - اذا فسخ الالتزام عاد الطرفان الى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور او من جرائه عدى الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بغير تدليس Article 383 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé, sauf les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi.	الفصل 336 - اذا فسخ الالتزام عاد الطرفان الى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور او من جرائه واما الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بغير تدليس فتجري عليها الاحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة Article 336 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé ; en ce qui concerne les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, on suivra les dispositions spéciales établies pour les différent contrats particuliers.	الفصل 336 - إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه وأما الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا عن حسن نيّة فتجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة. Article 336 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé ; en ce qui concerne les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, on suivra les dispositions spéciales établies pour les différent contrats particuliers.

الفصل 384 - امضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا او التصديق عليه لا يصح الا اذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ Article 384 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.	الفصل 337 - امضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا او التصديق عليه لا يصح الا اذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ Article 337 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.	الفصل 337 - إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ. Article 337 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.

الفصل 385 - اذا لم يحصل امضاء الالتزام او التصديق عليه بوجه صريح كفى اجراء العمل به اختيارا في الكل او البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي امكن فيه امضاء العقد او التصديق عليه بوجه صحيح وامضاء الالتزام او الاعتراف به او اجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت المبين في القانون تقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للابطال عدى الحقوق الحاصلة للغير قانونا وبغير تدليس قبل التصديق على العقد او اجراء العمل به	الفصل 338 - اذا لم يحصل امضاء الالتزام او التصديق عليه بوجه صريح كفى اجراء العمل به اختيارا في الكل او البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي امكن فيه امضاء العقد او التصديق عليه بوجه صحيح وامضاء الالتزام او الاعتراف به او اجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت المبين في القانون تقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للابطال واما الحقوق الحاصلة للغير قانونا وبغير تدليس قبل التصديق على العقد او اجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336	الفصل 336 - اذا لم يحصل امضاء الالتزام او التصديق عليه بوجه صحيح. وإمضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت المبين في القانون يقتضى ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الحاصلة للغير قانونا وعن حسن نيّة قبل التصديق على العقد أو إجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336.
Article 385 – A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l’obligation rescindable soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connait les vices, après l’époque à laquelle l’obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l’époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l’on pouvait opposer contre l’obligation rescindable, sans préjudice des droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou exécution.	Article 338 – A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l’obligation rescindable soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connait les vices, après l’époque à laquelle l’obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l’époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l’on pouvait opposer contre l’obligation rescindable. Quant aux droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou exécution on suivra la règle établie par l’art. 336 in fine.	Article 338 – A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l’obligation rescindable soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connait les vices, après l’époque à laquelle l’obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes à l’époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l’on pouvait opposer contre l’obligation rescindable. Quant aux droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou exécution, on suivra la règle établie par l’art. 336 in fine.

أحكام تأييديّة وعن مدلول لها بالمطابقة متمثّلا في مراتب المؤيِّدات. كما يمكن الحديث داخل تلك النصوص عن أحكام تأييديّة وعن مدلول لها بالتّضمّن متمثّلا في آثار مراتب المؤيِّدات.

وينبغي أن نشير إلى أنّ هذين الأمرين، أي في النّهاية هذا الجزء الثّاني من عملنا، سيكون فرصة لرؤية أصل مادّة الغلط وهي عاملة وسط المؤيِّدات. ولهذه الرّؤية جدوى تتمثّل في أنّه إذا أخذ الحكم الأصلي من "عين" والحكم التّأييدي من "منبع" مختلف صرنا أمام خلطة. وفي هذه قد لا يغلب أحد مكوّنيها، وقد يغلب حتى يضحي مؤثّرا في عمل الآخر. بعبارة أخرى – وإذا تحدّثنا عمّا سبق بواسطة مثال – قلنا إنّه يجوز أن تؤخذ الأحكام الأصليّة المتعلّقة بالغلط وبكلّيتها من الفقه الإسلامي مثلا، كما يجوز أن تؤخذ الأحكام التّأييديّة المتعلّقة بنفس المادّة وبجملة تفصيلاتها من الغرب، أي يجوز أن توجد خلطة. لكن من المفيد عندها أن ننظر إلى أجزاء هذه الخلطة هل كلّ واحد منها عازل فلا يسمح بأن يخترقه الآخر، أم أنّ الأمر بخلاف ذلك. وإن وجد هذا

في بيان المدة المقررة لسقوط حق القيام بالدعوى	في بيان المدة المقررة لسقوط حق القيام بالدعوى	في بيان المدة المقررة لسقوط حق القيام بالدعوى
الفصل 449 - كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدى ما استثني بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة	الفصل 402 - كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدى ما استثني بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة	الفصل 402 - كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثني بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة.
Du temps requis pour prescrire Article 449 – Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci-après, et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers.	Article 402 – Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci-après, et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers.	Article 402 – Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci-après, et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers.

"الخلاف ذلك" من المفيد أن ننظر هل الجزء المخترِق هو من نوع الذي يصبغ المخترَق حتّى أنّك لن تعود تعرف بعد الخلطة الوجه الأوّل لهذا المخترَق، وإذا وصلنا إلى جواب بالإيجاب من المجدي أن نسأل بعده لِمَ يؤخذ شيء من مصدر معيّن، وآخر من آخر إذا كانت النّتيجة أن لا نجد أحدهما بعد ذلك؟ أي لِمَ لا يؤخذ ومنذ البدء من مصدر واحد هو ذاك الذي نجد فيه الجزء المخترِق؟

زيادة على ما سبق ينبغي أن نشير إلى أنّ الأحكام الأصليّة، الموجودة داخل نصوص الغلط، خاصّة بهذه النّصوص. أمّا الأحكام التّأييديّة، الموجودة داخل نفس النّصوص، فموجودة بنصوص أخرى. على هذا تكون النّصوص التي نعمل عليها أنموذجا، أي أنّ تأويلها فرصة لتناول مادّة عامّة. هذا يعني أنّنا أمام فرصة للتّوسيع في نطاق الحديث عن مسألة الإحكام في م.ا.ع دون زيادة نصوص أخرى تتعلّق بمواد غير مادّة الغلط. هكذا إذن يكون للجزء الثّاني جدوى مضاعفة مقارنة بالجزء الأوّل.

وإنّ ذاك الجزء الثّاني وكما تقدّم فيه أمران: دلالة المطابقة أي مراتب المؤيِّدات، ودلالة الالتزام أو التّضمّن أي آثار مراتب المؤيِّدات. والواجب أن يمثّل هذان الأمران في علاقتهما بمسألة الإحكام محتوى عنواني هذا الجزء، أي الواجب أن نرى:

أوّلا: الإحكام في الأحكام التّأييديّة على مستوى مدلولها بالمطابقة (على مستوى المذكور تصريحا[931]) المتمثّل في مراتب المؤيِّدات.

ثانيا: الإحكام في الأحكام التّأييديّة على مستوى مدلولها بالتّضمّن (أو مدلولها بالالتزام أو مدلولها المطويّ ذكره[932]) المتمثّل في آثار مراتب المؤيِّدات.

بعبارة أخرى سنرى في العنوان الأوّل: الإحكام على مستوى المذكور تصريحا من الأحكام، والمتمثّل في مراتب المؤيِّدات.

وسنرى في العنوان الثّاني: الإحكام على مستوى المطويّ ذكره من الأحكام، والمتمثّل في آثار مراتب المؤيِّدات.

---

[931] حسب عبارة الزّركشي في الصفحة 492 من الجزء 1 من كتاب البرهان الذي تعرّضنا له سابقا.

[932] حسب عبارة الزّركشي في نفس المكان السّابق.

العنوان الأوّل
الإحكام في الأحكام المذكورة تصريحا: مراتب المؤيِّدات

267. إذا أخذنا من النّصوص التي نعمل عليها أنموذجا يمثّل كلّ حديثها عن مراتب المؤيِّدات، أخذنا مثلا الفصل 67 (أو غيره) والفصل 45 (أو غيره). فأمّا الأوّل فقد نطق بـ: "الالتزام ... (الذي) لا عمل عليه". وأمّا الثّاني فبذاك الذي يكون عرضة لـ:"الفسخ". وإنّنا سنرى أنّ المقصود بما ورد للتّوّ في مرتبة أولى هو البطلان المطلق، كما سنرى أنّ المراد بما جاء في مرتبة ثانية البطلان النّسبي. ومعلوم أنّ هذا البطلان يسمّى عند الذين تبنّت منهم م.ا.ع نظريّتهم صحّة مؤقّتة[933]. وعلى هذا يمكن تسمية مراتب المؤيِّدات الواردة بالمجلّة باسم مرتبة البطلان، وباسم مرتبة الصّحّة. فإذا أردنا أسماء متقابلة، قلنا عن المرتبة الأولى إنّها مرتبة غير الصحيح، وعن المرتبة الثّانية إنّها مرتبة الصّحيح. وهذه الأسماء واجبة الاعتماد، لا لأنّه يتوصّل إليها بعد بحث في نيّة المشرّع، إذ أنّ هذا البحث يمكّن من الإتيان بأسماء أخرى، بل لأنّ عملنا يتمثّل في الرّبط بمسألة الإحكام (وفيها مسألة الإصلاح) وهذا يتطلّب دوام مقارنة ما جاء في م.ا.ع، بما أتى في الفقه الإسلامي. ومعلوم أنّ هذا قال بمرتبتين هما عدم الصّحّة والصّحّة[934]. فإذا أخذنا الأسماء المذكورة أعلاه دون غيرها سهُلت علينا عمليّة المقارنة لأنّ نفس الأسماء كما نرى موجودة بالفقه.

يخلص ممّا تقدّم أنّ مراتب المؤيِّدات حسب النّصوص التي نعمل عليها اثنتان[935]. وينبغي أن تمثّل هاتان المرتبتان في علاقتهما بمسألة الإحكام مضمون فصلي هذا العنوان، أي ينبغي أن نرى:

أوّلا: الإحكام [على مستوى المذكور تصريحا من الأحكام والمتمثّل] في مرتبة غير الصّحيح (الفصل الأوّل).

وثانيا: الإحكام [على مستوى المذكور تصريحا من الأحكام والمتمثّل] في مرتبة الصّحيح (الفصل الثّاني).

---

[933] انظر إلى "فودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 143. ولو رجعنا في التاريخ إلى ما قبل ذلك (القانون الفرنسي القديم والقانون الروماني) لأسميناه أيضا صحّة. انظر مثلا عدد 327 من هذا العمل.

[934] انظر مثلا إلى السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 124.

[935] احتوت م.ا.ع على غلط منظم تحت اسم خاص، ولهذا جزاؤه. لكن وكما أن هذا الغلط عرضي بالنظر إلى الإشكالية فكذلك جزاؤه. لذا لم يؤخذ هذا الجزاء بعين الاعتبار في تقسيم هذا العنوان. لكن لو اقتضت الإشكالية التعرض إليه فسنفعل، ولكن في حيز عرضي معاملة له على قدر رتبته بالنظر الى هذه الإشكالية نفسها.

الفصل الأوّل

الإحكام في مرتبة غير الصّحيح

268. إنّ مرتبة غير الصّحيح في م.ا.ع هي مرتبة لما ليس له وصف الصّحّة ولو مؤقّتا، أي هي مرتبة لما له وعلى الدّوام وصف الباطل. على هذا يكون عملنا في هذا الفصل عملاً حول الباطل، وإن أردنا تدقيقا عملاً حول الباطل مطلقا.

لكنّنا نعلم أنّ الفقه الإسلامي يعرف داخل مرتبة عدم الصّحّة مرتبتين: مرتبة الباطل (وهي قريبة من الباطل مطلقا) ومرتبة قريبة منه هي مرتبة الفاسد (قريب القريب قريب)[936]. وبيِّنٌ أنّ م.ا.ع لم تضع هذه المرتبة. ويمكن أن يمثّل رفضُها مادّةً يُبحث بداخلها عن مسألة الإحكام. لكنّ هذا البحث ينبغي الإتيان به بعد البحث عن الإحكام في إطار ما وضعته هذه المجلّة، وهو الباطل، وبالتّحديد – ولكي لا يخلط بباطل الفقه – الباطل مطلقا.

كلّ ما سبق يعطي عنوانين: عنوانا أوّلا للإحكام على مستوى المذكور تصريحا من الأحكام والمتمثّل في مرتبة الباطل "مطلقا"؛ وعنوانا ثانيا للإحكام على مستوى "ما هو قريب" من المذكور تصريحا من الأحكام والمتمثّل في مرتبة الفاسد.

بعبارة أخرى: ينبغي النّظر في مرتبة الباطل مطلقا (القسم الأول)، ثمّ في مرتبة الفاسد (القسم الثاني).

---

[936] انظر مثلا إلى: السنهوري، مرجع سابق، ج 4 ، ص 124؛ الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج2 ، ص 701 وما بعدها.

القسم الأوّل: مرتبة الباطل "مطلقاً"

269. اعتدنا في المحتويات السّابقة أن نمرّ بمرحلة تحليل ما جاء بـ: م.ا.ع، ثمّ بمرحلة الإتيان بالقانون الغربي وبالفقه الإسلامي، ثمّ بمرحلة محاولة الحكم على م.ا.ع. لكنّنا هنا، وبسبب وضع المجلّة لذلك القانون وعدم وضعها لهذا الفقه، سنأتي إلى الجزء الأوّل من المرحلة الثّانية ونلحقه بالمرحلة الأولى، وإلى الجزء الثّاني ونلحقه بالمرحلة الثّالثة؛ وذلك لأنّه، إذا كان القانون الغربي هو م.ا.ع، فإنّ الفقه الإسلامي كمحتوى يدخل في عمليّة تقييم هذه المجلّة. لذا سنرى أوّلا عرضا لحكم م.ا.ع (§1) وثانيا تقييما لهذا الحكم (§2).

§1 عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

270. سنحاول هنا عرض عين الحكم (أ). لكن، ولِتكون الصّورة كاملة، سنحاول أيضا عرض مصدر الحكم[937] (ب).

(أ) عرض عين حكم مجلّة الالتزامات والعقود

271. ◄ قلنا سابقا إنّ الغلط التّلقائي في طبيعة العقد والغلط التّلقائي في وجود السّبب موجودان بـ: م.ا.ع[938]. فأمّا الأوّل فبالفصلين 2 و325، وأمّا الثّاني فبالفصل 67، ومن ثمّ بالفصلين 2 و325.

وإنّ هذا القول يتضمّن قولا آخر مفاده أنّه – انطلاقا من مقتضى الاتّساق، أي انطلاقا من التّعبير غير المباشر عن نيّة المشرّع – ينبغي أن يكون الغلط المحدث الذي له نفس المحلّ موجودا على مستوى الجزاء بهذه النّصوص. وفعلاً، إذا علمنا أنّ الجزاء الأشدّ في م.ا.ع هو الذي ورد في الفصلين 67 و325، وإذا قلنا كما جاء منذ حين إنّ الغلط التّلقائي في طبيعة العقد وفي وجود السّبب موجودان بالفصلين 2 و325، أدّى كلّ ذلك إلى أن يكون الجزاء المستوجب للتّغرير الذي يحدث غلطا في طبيعة العقد أو في وجود السّبب هو الجزاء الوارد بالفصلين 67 و325.

---

[937] إن مصدر الموقف سابق للموقف. لكن قد نقدّم المتأخّر ونؤخّر المتقدّم أحيانا إذا اقتضى ذلك موجب العرض الواضح للنّقطة التي نحن بصددها.

[938] انظر عدد 38 وما بعده من هذا العمل.

272. ◄ ولقد أسمي هذا الجزاء في الصّياغة العربيّة للفصل67: عدم العمل على الالتزام[939]. كما أسمي في الصّياغة الفرنسيّة: عدم حدوث الالتزام[940] وانعدامه[941].

وإنّ التّمشّي المعتمد في هذا العمل يستوجب الشّروع باللغة والانتهاء بالنّيّة:

◄◄فإذا بدأنا باللغة، قلنا – باعتبار أنّ معنى العمل الفعل ومعنى العدم الفقر وفقدان الوجود[942] – إنّ الجزاء في النّص العربي هو جعل الالتزام مفتقرا وفاقدا للفاعليّة. وإذا واصلنا مع اللغة، لكن هذه المرّة مع كلمة الصّياغة الفرنسيّة، قلنا إنّ الجزاء يتمثّل في الانعدام[943].

◄◄فإذا مررنا إلى التّعبير المباشر عن النّيّة، وجب أن نبدأ بالألفاظ الواردة في النّصوص، ثمّ نحاول بعد ذلك الإجابة عن سؤال يطرحه البحث في تلك النّصوص ومفاده هل أنّ الفصل 67 م.ا.ع كمادّة موجود بالفصل 325 م.ا.ع؟

◄◄◄ومن يبدأ بالألفاظ يجد الفصل 60 من المشروع يتحدّث عن عدم إعطاء الالتزام أيّ مفعول[944]، وهنا يلتقي بالصّياغة العربيّة لـ:م.ا.ع؛ ويجد الفصل 72 من المشروع المُرَاجَع يستعمل نفس الكلمة التي وجدت منذ قليل في الصّياغة الفرنسيّة لـ: م.ا.ع، أي كلمة الانعدام[945]. أمّا التّرجمة الكاملة[946] والنّاقصة[947] فكلتاهما مساوية للصّياغة العربيّة للمجلّة.

---

[939] قال الفصل 67 م.ا.ع: "الالتزام المبني على غير سبب ... لا عمل عليه".

[940] قال الفصل 67 م.ا.ع: "الالتزام الذي خلا من السّبب ... هو أمر لم يحدث." « l'obligation sans cause… est non avenue »

(استعملنا القاموس الفرنسي العربي: المنهل، مرجع سابق، لترجمة الكلمة الفرنسية non-avenue إلى العربية).

[941] انظر ما سيأتي بعد قليل حول المعنى اللغوي للفظة الفصل 67.

[942] انظر حول المعنى اللغوي للعمل ما أوردناه حين تناولنا التّغرير. وانظر حول المعنى اللغوي للعدم المعجم العربي الحديث، لاروس، (مرجع سابق). حيث تجد أن: "العدم: الفقر ... فقدان الوجود ...".

[943] انظر إلى معجم اللغة الفرنسية "روبار الصغير1" حيث ستجد أن الكلمة الفرنسية non-avenu هي نعت أو وصف (« adjectif ») معناه عدم الحدوث (« ne sont pas arrivées ») والانعدام (« inexistant »).

« … Choses … non avenues … qui ne sont pas arrivées … Nul et non avenu … inexistant… »

[944] يقول الفصل 60 من المشروع إن "الالتزام الذي خلا عن السّبب ... لا يمكن أن يكون له أيّ مفعول"« l'obligation sans cause … ne peut avoir aucun effet »

[945] يقول الفصل 72 من المشروع المُرَاجع: "الالتزام الذي خلا عن السّبب... هو منعدم" « l'obligation

والمحصّلة من هذا التّعبير المباشر أنّ اللجنة وضعت عبارة "عدم المفعول"، ثمّ استبدلتها بلفظة الانعدام. أمّا التّرجمتان، واللتان من المفروض أنّهما لكلمة الانعدام، فقد أعادتانا إلى العبارة المتروكة، ممّا يفيد بأنّ المترجمين لم يروا في البديل شيئا مختلفا عن المبدَّل. والسّؤال: هل المرور من مبنى إلى مبنى أريد به انتقال من معنى إلى معنى، أم أنّ الأمر على خلاف ذلك؟ أي، وهذا هو المقصود بـ"الخلاف"، إمّا أن التّرجمتين – على تقدير أنّهما ليستا من مسؤوليّة اللجنة نفسها[948] – قد ترجمتا حقّا ما أرادته اللجنة وهو البقاء مع نفس المعنى، وإمّا أنّ الترجمتين – على تقدير أنّ اللجنة مسؤولة عنهما – قد عبّرت بهما اللجنة عمّا تريد وهو نفس ما سبق أي البقاء مع نفس المعنى.

273. يبدو أنّ الإجابة عن هذا السّؤال تستدعي الرّجوع إلى مصطلحات م.ا.ع ومصطلحات المشروع والمشروع المُرَاجَع:

274. فإذا بدأنا بـ: م.ا.ع وجب أن نفرّق بين صياغتها العربيّة وصياغتها الفرنسيّة:

فأمّا الأولى، وكما تقدّم، فقد جاءت في فصلها الذي نحن بصدده، أي الفصل 67، كلمة "لا عمل عليه". ومن يبحث في م.ا.ع سيجد الفصل 325 الذي يقول "ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ...". وعلى هذا ثمّ اسمان مترادفان: "الالتزام الذي لا عمل عليه"، و"الالتزام الباطل من أصله". فإذا كان ما جاء في الفصل 67 هو كلمة "لا عمل عليه"، وإذا كانت كلمة "لا عمل عليه" مرادفة في الفصل 325 لكلمة "باطل من أصله"، فالنّتيجة أنّ الفصل 67 تحدّث عن "التزام باطل من أصله".

ومن يواصل البحث في الصّياغة العربيّة يجد الفصل 1452 – وهو نصّ له نفس موضوع الفصل 67[949] – يستعمل اسمين مترادفين: "لا عمل عليه"

---

sans cause … est non-avenue »

[946] يقول الفصل 72 في الترجمة الكاملة للمشروع المُرَاجع: "الالتزام المبني على غير سبب ... لا عمل عليه".

[947] يقول الفصل 72 في الترجمة الناقصة للمشروع المُرَاجع: "التعهد المبني... على غير سبب لا عمل عليه".

[948] هنا أيضا نفتقر إلى معلومات تاريخية دقيقة تقول لنا من ترجم المشروع المُرَاجع، ثم على تقدير أن الترجمة أتي بها من خارج اللجنة، فهل روجعت من قبلها ليمكن القول إنّها مسؤولة عنها.

[949] تحدث الفصل 67 عن عدم جواز السّبب، وصورة 1452 هي لنفس الموضوع إذ يقول هذا النص: "كل من التزم بدين من جهة مقامرة أو مراهنة كان التزامه باطلا قانونا لا عمل عليه".

و"باطل قانونا". وهذا يؤدّي إلى جواز إطلاق اسم آخر على ما جاء بالفصل 67[950] وهو "الباطل قانونا"[951].

فاذا رجعنا الآن إلى الفصل 567 وجدناه يستعمل "باطلا" "لا عمل عليه" كمترادفين. وهذا يؤدّي إلى جواز إطلاق اسم رابع على ما أتى بالفصل 67 هو اسم باطل.

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 67 هو: لما لا عمل عليه، وللباطل من أصله، وللباطل قانونا، وللباطل.

ومن ينتقل إلى الصّياغة الفرنسيّة، يمكنه أن يخرج أيضا بالعديد من الأسماء الجائز إطلاقها على ما جاء في الفصل 67. في هذا الفصل 67 نجد عبارة "عدم الحدوث" أو "الانعدام" (non-avenue). فإذا ذهبنا إلى الفصل 1452 – والذي له نفس محتوى الفصل 67 – وجدناه يتحدّث عن "بطلان بقوّة القانون"[952] (nulle de plein droit). أمّا إذا انتقلنا إلى الفصل 325 فسنجد فيه وكمترادفين "الباطل بقوّة القانون" (nulle de plein droit) و"عدم الفاعلية" (ne peut produire aucun effet)[953]. فإذا مررنا إلى الفصل 566 وجدنا "الباطل بقوّة القانون" (nulle de plein droit) و"البطلان الذي يثيره كلّ معنيّ" (nullité … prononcée à la requête de tout intéressé)، والذي يسمّى لهذا السّبب بطلانا مطلقا[954]. وهذا الاسم نجده بالفصل 567.

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 67 هو: "عدم حدوث"، و"انعدام"، و"بطلان بقوّة القانون"، و"عدم فاعليّة"، و"بطلان مطلق"[955].

275. فإذا مررنا إلى المشروع، وجدنا فصله الستّين يتحدّث عن "عدم المفعول". أمّا فصله الأربعمائة وستّة وعشرون بعد الألف – والذي له نفس

---

[950] وأيضا على ما جاء بـ 325.

[951] يمكن أن نضيف نصوصا أخرى، ولكن هذه الإضافة لا يمكن أن يعمد إليها في المتن لأنها تستوجب تحديدا على مستوى المادّة لما جاء بـ:67 (نوع البطلان) وهو أمر لم يؤت به بعد. وهذه النصوص هي: 329 (باطل من أصله) و566 (باطل) و575 (لا يصح) و1095 وهو نص ألغي في 7 نوفمبر 1959 وكان يمنع القرض بالفائض بين المسلمين (باطل).

[952] اعتمد قاموس المنهل (مرجع سابق) في عملية الترجمة.

[953] قد يقال هنا إن هذا أثر وليس اسما. لكن ليستحضر ما ورد أعلاه حول "لا عمل عليه".

[954] انظر إلى "قودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 166.

[955] يمكن أن نضيف اسما آخر من الفصل 575، ومن الفصل 1095: باطل (nulle).

محتوى النّص السّابق – فيتكلّم عن "بطلان بقوّة القانون" (nulle de plein droit). وهذه العبارة نجدها بالفصل 203[956] وأيضا بالفصل 543. لكن هذا الفصل 543 يستعمل كلمة أخرى هي "البطلان الذي يثيره كلّ معنيٍّ"، أي وكما تقدّم البطلان المطلق. وهذه العبارة نجدها بنصّ آخر هو الفصل 544[957].

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 60 من المشروع – والذي أصبح فيما بعد الفقرة الأولى من الفصل 67 م.ا.ع – هو: "عدم المفعول"، و"البطلان بقوّة القانون"، و"البطلان المطلق".

276. ومن يذهب إلى المشروع المُرَاجع، يجد الفصل 72 يتحدّث عن "الانعدام" أو "عدم الحدوث". أمّا الفصل 1681 والذي له نفس المحتوى فيتكلّم عن "بطلان بقوّة القانون". هذه العبارة نجدها بالفصل 372 ومعها أخرى وهي "عدم المفعول". كما نجد عبارة "بـ: قوّة القانون" في الفصل 376 وفي الفصل 662. لكن وفي هذا الفصل 662 ترافق لفظة "بـ: قوّة القانون" لفظة "البطلان الذي يثيره كلّ معنيٍّ"، أي "البطلان المطلق". وهذه نجدها بالفصل 663[958].

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 72 من المشروع المُراجَع – والذي أصبح فيما بعد الفصل 67 من م.ا.ع – هو: "الانعدام" أو "عدم الحدوث"، و"البطلان بقوّة القانون"، و"عدم المفعول"، و"البطلان المطلق".

ومن يتّجه إلى التّرجمة الكاملة للمشروع المُراجَع، يجد الفصل 72 يتكلّم عن "عدم العمل". أمّا الفصل 1681 فيستعمل كلمة "عدم العمل" ومعها "الباطل قانونا". ويستعمل الفصل 372 لفظة "عدم العمل" ومعها لفظة "الباطل من أصله". وهذه نجدها بالفصل 376. ثمّ إنّنا نجد بالفصل 663 لفظة "لا عمل عليه" ومعها "باطل". وهذه نجدها بالفصل 662 ومعها "البطلان الذي يثيره كلّ معنيٍّ"، أي "البطلان المطلق". ثمّ إنّ الفصل 1236 فيه: "لا عمل عليه" وفيه "مبطل".

---

[956] يقابله في م.ا.ع 325.

[957] يمكن أن نضيف أسماء أخرى من الفصل 550 ومن الفصل 1064 باطل (nulle)، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار لما ورد سابقا.

[958] ويمكن أن نضيف اسما آخر هو باطل ونجده بـ:672 و1236. لكن هذه الإضافة لا يمكن أن نأتي بها في المتن لأنها تستوجب تحديدا على صعيد المادّة لما جاء بـ:72.

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 72 من التّرجمة الكاملة للمشروع المُراجَع – والذي أصبح فيما بعد الفصل 67 – هو: "عدم العمل"، و"البطلان القانوني"، و"البطلان من الأصل"، و"البطلان المطلق"[959].

فإذا انتهينا إلى التّرجمة النّاقصة، وجدنا في الفصل 72 "عدم العمل". أمّا الفصل 372 ففيه لفظة "الباطل من الأصل"، و"ما لا يفيد حكما". وجاءت بالفصل 376 لفظة الباطل. لكن لا يمكن إعطاء الأسماء الموجودة بهذين النّصّين لما جاء في الفصل 72 إلاّ بعد البحث في سقوط هذا النّص داخل الفصل 372[960].

[959] ويمكن أن نضيف اسم "عدم الصحة" (وهذا يبرر العنوان المختار لهذا الفصل) من 672، لكن مع أخذ ما ورد بالهامش السابق بعين الاعتبار.

[960] ينبغي هنا الإتيان بجدول فيه محتوى م.ا.ع وبجانبه المشاريع لكي تسهل عملية تتبع ما ورد أعلاه. وسنبدأ في هذا الجدول بـ:67 م.ا.ع أو ما يقابله، ثم نمرّ إلى النص الذي له نفس المحتوى (1452) أو ما يقابله، ثم نذهب - لتسهيل تحاليل ستأتي- إلى 325 أو ما يقابله، ثم إلى نصوص أخرى:

مجلّة الالتزامات والعقود			المشروع		المشروع المُرَاجع		
النّص	العربي	الفرنسي	النّص		النّص	الصياغة الأصليّة	التّرجمة الكاملة
67	لا عمل عليه.	non-avenue	60	ne peut avoir aucun effet	72	non-avenue	لا عمل عليه.
1452	-باطل قانونا. -لا عمل عليه.	nulle de plein droit	1426	nulle de plein droit	1681	nulle de plein droit	-باطل قانونا. -لا عمل عليه.
325	-باطل من أصله. -لا عمل عليه.	-nulle de plein droit -ne produit aucun effet	203	nulle de plein droit	372	-nulle de plein droit -ne produit aucun effet	-باطل من أصله. -لا عمل عليه.
329	الباطل من أصله.	nulle de plein droit	-		376	nulle de plein droit	- باطل من أصله.

277. ويستنتج من كلّ ما سبق أنّ عبارات الفصل 67 م.ا.ع (أو النّصوص المقابلة له) موجودة أيضا بالفصل 1452 م.ا.ع (أو النّصوص المقابلة له). ثمّ إنّ عبارات الفصل 1452 موجودة بالفصل 325 (أو النّصوص المقابلة له)، وهذا يمكّن من القول بأنّ عبارات الفصل 67 موجودة بالفصل 325.

278. ◄◄◄ لكنّ السّؤال هل الفصل 67 كمادّة موجود بالفصل 325، أي هل أنّ الجزاء في الفصل 67 داخل في الجزاء العامّ الذي جاء به الفصل 325 ؟ إنّ الجواب يستدعي تحليل الفصل 325 وهذا التّحليل سيمكّن أيضا من تحديد نوع الجزاء الوارد بهذا النّص.

279. وينبغي أن نبدأ التّحليل بالإشارة إلى أنّ المشروع لم يورد الفصل 203 (أي ما يقابل الفصل 325 م.ا.ع) تحت عنوان خاصّ بالجزاء، بل جاء به مع نصوص الآثار ومنها نصّ القوّة الملزمة وغيره. ثمّ جاء المشروع المُرَاجَع وأضاف ثلاثة أمور: أوّلها جملة استثناء، وهذه زادها إلى محتوى الفصل 203، فصارت مع المستثنى منه الفقرة الأولى من الفصل 372 (ومن بعد ذلك الفقرة الأولى للفصل 325 م.ا.ع)؛ وثانيها فقرة جديدة هي الفقرة الثّانية من الفصل 372 (ومن بعد ذلك الفقرة الثّانية من الفصل 325 م.ا.ع)؛ وثالثها جعل الفصل 325 مع نصوص أخرى تحت عنوان خاصّ بالجزاء.

566	- باطل. - طلب ممن له مصلحة أو بغير طلب.	-nulle de plein droit -tout intéressé d'office	543	-nulle de plein droit -tout intéressé d'office	662	-nulle de plein droit -tout intéressé d'office	-باطل. - طلب ممن له مصلحة أو بغير طلب.
567	- باطل. - لا عمل عليه.	nullité absolue	544	nullité absolue	663	nullité absolue	- باطل. - لا عمل عليه.
575	لا يصحّ.	nulle	550	nulle	672	nulle	لا يصحّ.
1095 (ألغي)	باطل.	nulle	1064	nulle	1236	nulle	- لا عمل عليه. - مبطل.
إلخ			إلخ		إلخ		

280. فإذا بدأنا بالفصل 203 من المشروع وجدناه يتحدّث عن التزام باطل بقوّة القانون ووجدناه يشير في حاشيته الجانبيّة إلى المادّة 52[961] و110[962] و370[963] من المجلّة العثمانيّة، وإلى المادّة 312[964] و431[965] من مرشد الحيران[966]، وكلّها للعقد الباطل في الفقه الإسلامي. وقد نفكّر في أنّ نيّة أصحاب الفصل 203 من المشروع هي وضع ما جاء بالفقه الإسلاميّ. لكن ثمّ إضافة في الحاشية تجعلنا نعود فيما فكّرنا به. فلقد أعيدت الإشارة إلى مرشد الحيران وبالتّحديد إلى مادّته 310[967] وإلى مادّته 428[968] وإلى مادّته 431[969] وكلّها للصّحيح والباطل في الفقه الإسلامي، وقيل إنّها تفرقة واضحة بين القابل للإبطال والباطل. وهذا يعني أنّ النّيّة اتّجهت إلى هذا التّصنيف (القابل للإبطال/الباطل) الموجود في فرنسا، ولكن رئي أن ثمّ ما يقابله في الفقه. ويدعّم ما سبق أنّ الاسم المستعمل في متن الفصل 203 من المشروع ليس ذاك الذي

---

[961] "إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه".

[962] "البيع الباطل ما لا يصح أصلا يعني أن لا يكون مشروعا أصلا".

[963] "البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلا. فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدّ يضمنه".

[964] أشارت الحاشية إلى 313 التي قالت: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". لكن 312 التي سبقتها تقول: "العقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد. وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض". وواضح بعد عرض محتوى 313 و312 أن هنالك خطأ مطبعيا وأن المشروع أراد أن يشير إلى هذه لا إلى تلك.

[965] هنا نجد عين ما سبق فالمشار إليها هي 432 وهذه تقول: "التسليم في المبيع هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع". أمّا سابقتها فتقول: "البيع الباطل هو ما أورث خللا في ركن البيع أو في محله. والبيع الفاسد هو ما أورث خللا في غير الركن والمحلّ. (وبعبارة أخرى) البيع الباطل ما لا يكون مشروعا أصلا ولا وصفا والبيع الفاسد ما كان مشروعا أصلا لا وصفا".

[966] قدري باشا (محمّد)، كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان رضي الله عنه، دمشق، لجنة إحياء الكتاب الإسلامي في مسجد السروجية.

[967] "العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتا ووصفا. والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل، وألاّ يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد."

[968] "إذا انعقد البيع نافذا غير لازم بأن كان فيه خيار شرط للبائع وحده فلا يخرج المبيع عن ملكه إلى ملك المشتري إلاّ إذا أجاز البائع البيع في مدة الخيار قولا أو فعلا صراحة أو دلالة أو مضت المدة بدون فسخ أو مات في أثناء المدة."

[969] سبق وأن عرضنا محتوى هذه المادّة. وعلينا أن نلاحظ أنه ثمّ هنا أيضا خطأ مطبعيا فالمشار إليها هي المادّة 433 التي تقول: "التخلية قبض حكما وهي تختلف بحسب حال المبيع فإن كان المبيع عقارا كدار أو حانوت أو نحوه ممّا له قفل فتسليمه يكون بدفع المفتاح إلى المشتري مع الإذن له بقبضه كما يكون بالتخلية بين المبيع والمشتري والإذن باستلامه إن كان المبيع قريبا منه". وواضح أن هذه المادّة لا علاقة لها بمحتوى 203 من المشروع وأقرب مادة لـ433 والتي لها علاقة بالمشروع هي المادّة 431.

نجده عند الفقهاء المسلمين، بل هو الذي يعترضنا في القانون الفرنسي، أي البطلان بقوّة القانون.

281. ولقد نقل الفصل 203 إلى المشروع المُرَاجع وصار هو الفصل 372 بعد أن زيدت له بعض المحتويات كما تقدّم، وبعد أن أضيفت لحاشيته الجانبيّة مراجع أخرى[970] ووضعت له حاشية تحتيّة. فإذا نظرنا إلى هذه، وجدناها تشير إلى الفصل 310 من المجلّة المدنيّة الإيطاليّة الذي استعمل صراحة لفظة البطلان المطلق[971]، كما تشير إلى "أوبري" و"رو" من جهة[972] وإلى "لوران" من جهة أخرى[973].

وإذا بدأنا بالأوّلين[974]، وجدناهما يفرّقان بين الانعدام (acte inexistant - non avenue) والبطلان (nullité) والفسخ (rescision):

فأمّا الصّنف الأوّل فنجد فيه عدم التقاء الإرادات، وانعدام المحلّ[975]، وغياب السّبب، والسّبب المغلوط، وبعض السّبب غير الجائز (ربا / بيع وظيفة، أي حالات خاصّة لأنّنا سنجدهما وفي الصّنف الثّاني يتحدّثان عن النّظام العامّ والأخلاق الحميدة ممّا يعني أنّ السّبب غير الجائز دائر بين الصّنفين بالنّسبة إلى هذين الفقيهين)[976].

---

[970] هي الأشباه والنظائر لابن نجيم وحاشيتها غمز عيون البصائر للحموي، والدر المختار للحصكفي وحاشيته رد المحتار لابن عابدين.

[971] يقول الفصل 310: "لا يمكن الإصلاح بواسطة الإمضاء لعيب عمل قانوني باطل بصفة مطلقة لغياب احترام الشكليات".

« On ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'un acte nul d'une manière absolue pour défaut d'observation des formalités ».

المجلّة المدنية الإيطالية صدرت في 25 جوان 1865 ودخلت حيز التنفيذ في غرة جانفي 1866، ترجمة وتعليق مع مقدمة لـ: "هنري برودوم"، باريس، بادون، 1896.

Code civil italien, Promulgué le 25 juin 1865 mis en vigueur le 1er janvier 1866, Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Henri PRUDHOMME, Paris, A. PEDONE, Editeur 1896.

[972] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، § 334. ويلاحظ أن الحاشية أشارت أيضا إلى الفقرة 248 وهي من الجزء الثالث ولا علاقة لها بالمادّة التي نحن بصددها، مما يعني أن هنالك خطأ مطبعيا.

[973] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، عدد 528 وما بعده.

[974] قلنا منذ قليل إنه أشير إليهما في الجزء الرابع. لكننا سنستعمل أيضا الجزء الأوّل (الفقرة 37 وما بعدها) والجزء الثامن (الفقرة 771 وما بعدها) فيما هو توضيح للجزء المشار إليه.

[975] انظر هذا في الجزء الأوّل، الفقرة 37 وما بعدها.

[976] الجزء الرابع عدد 526 وما بعدها.

وأمّا الصّنف الثّاني فنجد فيه حالات مخالفة وجوب أو منع قانوني، أي: حالات عدم توفّر شروط الصّحّة ومن ضمنها عدم احترام النّظام العامّ والأخلاق الحميدة، وعدم احترام النّصوص الحامية للأطراف وللغير[977]، وانعدام الأهليّة (المحجور عليه قضائيّا/ الزّوجة/ من له مجلس قضائي)، وعدم اتّباع شكليّة وضعت لحماية قاصر، وعيوب الرّضا، وعدم احترام نصّ أوجب كتبا رسميّا (الهبة)، أو نصّا منع على بعض الأشخاص (القضاة مثلا) التّعاقد. ويلاحظ أنّ هذا الصّنف الثّاني فيه حالات بطلان مطلق وحالات بطلان نسبي.

وأمّا الصّنف الثّالث والأخير فيهمّ حالات الغبن[978].

فإذا مررنا إلى "لوران"، وجدناه يفصل بين البطلان بقوّة القانون – وهذه هي عبارة الفصل 372 من المشروع المُرَاجع – والبطلان الذي ليس بقوّة القانون:

فأمّا القسم الأوّل فيقول إنّه للفصل1108 م.م.ف، ويقول إنّ فيه أوّلا: انعدام الأهليّة الطّبيعيّة (تدخل في ثانيا)، وثانيا: انعدام الرّضا (عدم تلاقي الإرادتين)، وثالثا: الموضوع (انعدامه/ خروجه عن التّجارة)، ورابعا: السّبب (انعدامه/ عدم جوازه)، وخامسا: انعدام الرّسميّة في العقود الرّسميّة (تدخل في ثانيا).

ويطلق "لوران" على هذه الصّور عدّة أسماء هي البطلان بقوّة القانون، والبطلان الرّاديكالي، والبطلان المطلق، والانعدام، والبطلان.

وأمّا القسم الثّاني ففيه: عيوب الرّضا، والصبيّ المميّز، والمرأة المتزوّجة، والمجنون قبل وبعد حكم الحجر، والسّكران[979].

يخلص ممّا سبق أنّ نيّة واضعي الفصل 372 من المشروع المُرَاجع قد اتّجهت إلى الأخذ من فرنسا ومن إيطاليا. لذا لا يجب الالتفات إلى مراجع الفقه الإسلامي إلاّ بوصفها قد وضعت من طرف "سانتيلاّنا" لكي يُتَبَيَّن أنّ الحلول المتبنّاة تشبه ما جاء بذلك الفقه.

---

[977] الجزء الأوّل عدد 37 وما بعدها.

[978] انظر إلى الجزء الأوّل عدد 37 وما بعدها، والجزء الرابع عدد 526 وما بعدها.

[979] ما ورد أعلاه هو خلاصة ما قاله "لوران" في الجزء 15 (عدد 450 وما بعدها) وفي الجزء 18 (عدد 528 وما بعدها). ولقد أشارت الحاشية التحتية إلى هذا الجزء، لكننا زدنا ذلك الجزء لكي نعرض موقف "لوران" بصورة واضحة.

فإذا وصلنا إلى هنا، أمكننا القول إنّ نص المشروع وضع البطلان، أو البطلان بقوّة القانون، أو البطلان الرّاديكالي، أو الانعدام، أو عدم الحدوث، إلى غيرها من الأسماء التي يطلقها الغرب على صور معيّنة هي تلك التي وجدناها أعلاه عند "لوران" وعند "أوبري" و"رو".

ويبدو لقارئ الفصل 372 أنّ هذا النّص خلاصة أُلِّف فيها بين "لوران" من جهة و"أوبري" و"رو" من جهة أخرى: فلقد أخذ من الأوّل جمعه حالات البطلان بقوّة القانون في صنف واحد، ليقابله من هنالك صنف ثان وأخير. وأخذ من الثّانين: فصلهم بين حالات انعدام عنصر هو واقعي بالأساس (صنف الانعدام عندهما)[980]، وحالات انعدام عنصر قانوني (جزء من صنف البطلان عندهم). ولعلّ صياغة الفقرة الثّانية من الفصل 372 تكاد أن تنطق بأنّها هذا التّأليف. فلقد قيل فيها إنّ البطلان بقوّة القانون حالتان (هذه بصمة "لوران"): أولاهما غياب أحد الشّروط الأساسيّة، وهي حسب الفصل 3 من المشروع المُرَاجع: الأهليّة ويجب أن نقول الطّبيعيّة، والتّصريح بالإرادة أو بالرّضا [ويجب أن نقول إنّ الشّرط يغيب حين ينعدم التّصريح أو حين تنعدم الإرادة أو الرّضا (=عدم تلاقي الإرادات وانعدام الرّسميّة في العقود الرّسميّة)]، وبالتّحديد التّصريح برضاً بالعناصر الأساسيّة للالتزام [ويجب أن نقول إنّ الشّرط يتمثّل في وجود الموضوع ووجود السّبب] والموضوع المعيّن الذي يصلح أن يكون موضوع التزام أي الجائز [إذن الشّرط هو الموضوع المعيَّن والجائز]، والسّبب غير الجائز[981]، أي في النّهاية (وهنا نصل إلى بصمة

---

[980] قلنا: واقعي أساسا لأن بعض السّبب غير الجائز (وهذا عنصر قانوني) ذكره الفقيهان داخل الصنف الأوّل والبعض الآخر داخل الصنف الثاني.

[981] **بعبارة أخرى، يبدو أنّ الفصل 3 من المشروع المُرَاجع (حين تقرّب عباراته من المراجع المستعملة في حواشيه) ومن بعده الفصل 2 م.ا.ع قد قالا ما يلي:**
أركان العقد هي:
أوّلا: الأهليّة الطبيعيّة (التمييز، وهذا يدخل في ثانيا لأنّ من ليس له تمييز ليس له تعبير عن الرضا).
ثانيا: ◄ بداية الجملة: التّعبير عن الرّضا (التّعبير + تلاقي الإرادات والرّسميّة في العقود الرّسميّة) (هذا هو المقصود بـ:« Une déclaration valable de volonté… »).
◄ بقيّة الجملة: وجود الموضوع ووجود السّبب (هذا هو المقصود بـ: « portant sur les éléments essentiels… »).
ثالثا:◄ بداية الجملة: موضوع معيّن (هذا هو المقصود بـ: « Un objet certain… »).
◄ بقيّة الجملة: موضوع جائز (هذا هو المقصود بـ: « pouvant former objet d'obligation… »).
رابعا: سبب جائز.
وإنّ ما سبق ليفهم من المراجع التي استعملت لوضع نصّ الأركان ونصوص الجزاء. ويمكن أن يشار هنا

"أوبري" و"رو") غياب عنصر واقعي بالأساس. وثانيتهما تنصيص القانون على ذلك البطلان في حالات معيّنة (وهذه أيضا بصمة لـ: "أوبري" و"رو")[982].

282. ◄ والحاصل من كلّ ما سبق – وهنا سنحاول صعود درجات السلّم التي نزلناها من أجل تأويل الفصل 67 من م.ا.ع[983] – أنّ:

♦ الفصل 372 تبنّى صنف جزاء موجود بالقانون الفرنسي والإيطالي. ولهذا الجزاء عدّة أسماء في هذا المصدر منها البطلان بقوّة القانون، والبطلان المطلق، والانعدام، والبطلان الرّاديكالي، (إلخ). وإنّ هذه الأسماء وغيرها موجودة بالفصل 372 وبغيره من نصوص المشروع المُرَاجع.

♦ الفصل 325 من م.ا.ع هو نقل حرفي لنصّ المشروع المُرَاجع، ومن ثمّ فإنّ ما قيل عن هذا واجب القول عن ذاك. بعبارة أخرى يسلمنا التّعبير المباشر عن نيّة صاحب الفصل 325 م.ا.ع تبنّيه لصنف الجزاء الغربي وللمصطلحات التي استعملت للتّدليل على هذا الجزاء.

♦ الفصل 67 كمادّة موجود بالفصل 325.

♦ عبارة "لا عمل عليه" في الصّياغة العربيّة للفصل67، وعبارة "عدم الحدوث" أو "الانعدام" في الصّياغة الفرنسيّة لنفس النّصّ، مرادفتان لعبارة "البطلان الأصلي" أو لعبارة "ليس له عمل" في الصّياغة العربيّة للفصل

وبسرعة إلى أنّ ثانيا تفهم على النحو الوارد أعلاه انطلاقا من عدّة معطيات منها المجلة العثمانية على مستوى تطابق الإيجاب والقبول وعلى مستوى وجود الموضوع (المجلة العثمانية مشار إليها في حاشية نصّ الأركان). فإذا بقينا مع وجود الموضوع أمكن الإشارة إلى الحاشية الجانبية لنص الأركان في المشروع المُرَاجع والتي تتحدّث لا فقط عن الوجود بل عن موضوع فيه مصلحة (التزام موضوعه حبّة قمح لا يقبل / من باب أولى لو أنّ موضوعه لا شيء).

ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة:" موجب " بعبارة أخرى: "سبب"، لكن القانون لم يستبدل المعنى بالمعنى. والسّبب أنّ الفصل الثاني من قانون 2005 قال إنّ مضمون المجلة لم ينقح.

[982] انظر إلى: "دوبلا"، مرجع سابق، ج 2، ص 87 وما بعدها وخاصة ص 92 والذي وضع في ثانيا من 325 م.ا.ع (أي 372 من المشروع المُرَاجع) 566 م.ا.ع (أي 662 من المشروع المُرَاجَع) و567 م.ا.ع (أي 663 من المشروع المُرَاجَع) و 575 (أي 672 من المشروع المُرَاجَع) و1095 م.ا.ع (أي 1236 من المشروع المُرَاجَع) وغيرها من النصوص التي أخذها من قانون المرافعات ومن القانون الجنائي (ويمكن أن نضيف إلى قائمة "دوبلا" ولكن من م.ا.ع: 66 [أي 71 من المشروع المُرَاجَع] و1452 [أي 1681 من المشروع المُرَاجَع]. وإنّ ما جاء عند "دوبلا" وما أضفناه يسمح بزيادات احترزنا عليها في عدد 277 وما بعده.

[983] الدرجة التي شرعنا في النزول منها موجودة بـ: عدد 275 من هذا العمل، وسنحاول الآن ومن هنا الصعود للعودة إليها.

325، ومرادفتان لعبارة "البطلان بقوّة القانون" في الصّياغة الفرنسيّة لنفس هذا النّص. كما أنّ هذه العبارات مرادفة لأخرى كثيرة موجودة بعدّة نصوص من م.ا.ع مثل عدم الصّحّة والبطلان وغيرهما. وعلى قارئ المجلّة أن ينتبه إلى أنّ التّكثير من الألفاظ لم يُرَد منه تكثير من المعاني.

بعبارة أخرى – وهنا نكون قد وصلنا إلى الدّرجة التي انطلقنا منها – ذهبت نيّة واضع م.ا.ع إلى جعل الغلط في وجود السّبب موجبا للبطلان المطلق.

283. وإنّنا، وفي رحلتنا هذه، قد مررنا بعدُ بنيّة واضع م.ا.ع من الغلط في طبيعة العقد. فإذا كان هذا الغلط وكما قلنا[984] موجودا بطيّات الفصلين 2 و325، فهذا يعني أنّه أريد أن يكون جزاؤه البطلان المطلق.

---

[984] انظر عدد 39 من هذا العمل.

ويمكن تفصيل ما جاء في المتن والقول إنّا رأينا منذ قليل ما الذي يمكن أن يترجّح من معنى للفصل2 م.ا.ع عند من يقرأ أعماله التّحضيريّة. فالنّص لتلاقي الإرادات (لو غاب ايجاب مثلا سيغيب التلاقي مع القبول، أي لو غاب رضا سيغيب التراضي لأنّ التراضي محصّلة جمع لرضائين)، ولوجود الموضوع (لو غاب الموضوع سيغيب الرّضا لأنّ الرّضا ينصبّ على موضوع، ولو غاب الرّضا سيغيب التّراضي لأنّ التراضي محصّلة جمع لرضائين)، ولوجود السّبب، إلخ.

وإنّه – وحسب تفكير– يتوجّه الإيجاب إلى شخص (ذاته)، وينصبّ على شيء (ذات / نوع)، وعلى طبيعة للعقد، وعلى طرق وأحكام وشروط الاتفاق (الأوصاف غير الذاتية للشيء، إلخ). فإذا تبدّلت ذات الشّخص، أو ذات الشّيء، أو نوعه، أو طبيعة العقد (أي إذا تمّ الوقوع في غلط)، غاب الرّضا ومن ثمّ التّراضي (لذلك فإنّ هذا التفكير يضع كلّ هذه الصور في حزمة واحدة: الفصل 1108 م.م.ف). لكن لو أنّ التبديل اعترى أمورا أخرى كالأوصاف غير الذاتية للشيء لم يغب الموضوع، ومن ثمّ لم يغب الرّضا، ومن ثمّ لم يغب التّراضي (لذلك فإنّ هذا التفكير لا يضع بقية صور الغلط في الحزمة السّابقة).

وإنّ م.ا.ع، لو كانت من أهل هذا التّفكير، لكانت قد وضعت هذه الصور (الغلط في ذات الشّخص، إلخ) في الفصل 2 (أو لوضعتها في نصّ خاصّ هو بمثابة التّفصيل للفصل2، أي يؤدّي إلى ما يؤدّي إليه الفصل 2)، ولكان الجزاء عندها البطلان المطلق على معنى الفصل 325.

لكنّ الناظر إلى م.ا.ع يجد ما يلي:

الفصل 2 وهو لعدم التقاء الإرادات كما تقدّم، وهو عامّ لأنّه لم يحصر نفسه في صورة أو بعض صور لعدم التّراضي. وإنّ العامّ يغلبه الخاصّ إن وجد:

وفعلا ولوجود الفصل 45 سيقال إنّ الغلط في ذات الشّيء موجب للبطلان النّسبي (الصورة تقع في2 وتقع في45 وهذا خاصّ فهو مقدّم).

كما أنّه ولوجود الفصل 45 سيقال إنّ الغلط في نوع الشّيء موجب للبطلان النّسبي (الصّورة تقع في2 وتقع في45 وهذا خاصّ فهو مقدّم) (قد يقال هنا وفي ذات الشّيء إنّ م.ا.ع تبنّت تحليلا مختلفا مفاده أنّه إن بدّلت النّوع أو الذّات لم يتبدّل الموضوع ومن هنالك لم يغب هذا الموضوع ولا من ورائه الرّضا، وأنّها بنت على هذا التّحليل موقفها المتمثّل في البطلان النّسبي. لكن لينظر إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من المشروع المُرَاجع وسيرى فيها تحليلا للذّات وللنّوع يتبع مسألة غياب الموضوع. وإنّ الإعتراض ومن ثمّ الرّد لقابلين لأن ينقلا إلى صورة ذات الشّخص).

ثمّ إنّه ولوجود الفصل 46 سيقال إنّ الغلط في ذات الشّخص موجب للبطلان النّسبي (الصّورة تقع في2 وتقع في46 وهذا خاصّ فهو مقدّم).

أمّا الغلط في طبيعة العقد فإنّه لم ينقل إلى الفصل 45 (كما نقل في المشروع المُرَاجع إلى الفصل 50)، وعلى هذا فهو باق في نصّ الأركان. وهذا الكلام مؤدّاه أنّه لا يمكن قياس طبيعة العقد على ذات الشّيء مثلا لأنّ

وعلى هذا فحكم المجلّة مأخوذ من الغرب. وقد يمكن المرور إلى تقييمه. لكن ينبغي – لكي يكون التّقييم على أسس أصلب – أن نعرض مصدر هذا الحكم.

(ب) عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود

284. يتمثّل حكم م.ا.ع – المأتيّ به من الغرب – في أنّ الغلط في وجود السّبب القريب والغلط في طبيعة العقد موجبان للبطلان المطلق. هذا الحكم حاصله تصنيف مادّة داخل صنف، لكنّه ينطوي على أخذ بهذا الصّنف. فمصدر المجلّة إذن مصنَّف وصنف:

(1) المصنَّف

285. جاء عند "أوبري" و"رو" أنّ كلّ عقد يستوجب التقاء تصريحي إرادة يتمثّلان في إيجاب وفي استجابة (القبول). كما جاء عندهما أنّ التقاء الإرادات لا يتحقّق إلاّ متى طابقت الاستجابة الإيجاب على ثلاث مستويات منها الشّيء الذي يمثّل موضوع الاتّفاق ومنها طبيعة هذا الاتّفاق.

ويضيف الفقيهان بأنّ غياب الاتّفاق على هذه الأمور "يمنع" (والعبارة لهما) نشأة العقد. على هذا ليس ثمّ عقد نشأ إذا وجد "سوء تفاهم" (ومرّة أخرى العبارة لهما) أو غلط محلّه ذات الشّيء، أو إذا كان الإيجاب للبيع والقبول للكراء[985].

يتّضح ممّا سبق أنّه، وفي القرن التّاسع عشر، كان الغلط في ذات الشّيء والغلط في طبيعة العقد يصنّفان ضمن الغلط المانع، وضمن سوء التّفاهم، أي على أنّهما عدم التقاء إرادات.

وفي مكان بعيد عمّا سبق، نجد الفقيهين "أوبري" و"رو" يتعرّضان إلى الغلط في وجود السّبب القريب ويقولان إنّ الالتزام هنا يجب أن يعدّ – والعبارة

الطبيعة موجودة بالفصل 2. لكن قد يقال إنّها غيرموجودة ومسكوت عنها ويعمد من هنالك إلى القياس. وهذا الرّأي مرجوح. والسّبب أنّ الطبيعة وجدت في المشروع المُرَاجَع، ولو أرادت م.ا.ع نفس الحلّ لنقلت ذلك المشروع. وفعلا يصعب تصوّر أنّ المجلّة ذهبت إلى نفس الحلّ ومحت الصّورة لتمكّن المؤوّل من القياس. فالرّاجح إذن أنّها حذفتها لتأخذ حكما مختلفا عن ذات الشّيء. وهذا يستوجب أن تكون قد وضعت الطّبيعة في نصّ الأركان.

[985] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، § 343.

لهما – منعدما ولم يحدث[986]. فإذا قرّبنا هذا الكلام من سابقه، وبالتّحديد من امتناع نشأة العقد وعدم قيام اتّفاق، أمكن القول إنّ الغلط في وجود السّبب القريب يدخل ضمن نفس الصّنف الذي وجدنا فيه الغلط في طبيعة العقد والغلط في ذات الشّيء.

فإذا مررنا إلى "دومولومب" – وأخذناه كأنموذج ثان للفقه الغربي الذي استعمل كثيرا في المشروع المُرَاجع والذي من المحتمل أن يكون مصدرا لموقف م.ا.ع – وجدناه يتحدّث عن كون التقاء الإيجاب بالقبول هو العقدة التي تكوّن العقد[987]. وقبل ذلك قال إنّ الواجب أن يحصل تطابق تامّ بين العرض والقبول حول الأشخاص – وهنا نعثر على الغلط في ذات الشّخص – وحول الشّيء وحول طبيعة وطرق الاتّفاق[988].

ويمكن القول انطلاقا ممّا سبق أنّ غرب القرن التّاسع عشر[989] عرف أنواعا من الغلط ووضعها في صنف من الجزاء مختلف عن الصّنف الذي وضعه لأنواع أخرى. وذلك الصّنف هو الذي سنحاول الآن تناوله.

(2) الصّنف

286. يرجع وجود صنف البطلان بقوّة القانون (أو البطلان المطلق أو الانعدام إلى غيرها من أسماء الصّنف الذي وضعت فيه بعض صور الغلط) في القانون الغربي إلى أسباب عقليّة وتاريخيّة[990].

فأمّا العقليّة فمرتبطة بأنواع شروط نشأة العقد وهي اثنتان: شروط وجود وشروط صحّة. فإذا أخذنا الأولى قلنا إنّها: "... ما يتضمّنه بالضّرورة مصطلح العقد، كما يُستخرج من طبيعة الأشياء ومن القانون. ومثال ذلك من زاوية طبيعة الأشياء، اتّفاق الإرادات ووجود الموضوع ووجود السّبب، ومن زاوية القانون جواز الموضوع والشّكل في العقود الشّكليّة. فإذا غابت هذه الشّروط لم

---

[986] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، § 343 مكرر.

[987] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 62.

[988] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 48 وما بعده.

[989] بالنسبة إلى غرب اليوم (بعضه) نجده يصنّف ضمن الغلط المانع: صورة ذات الشّيء وذات الشّخص وطبيعة العقد[انظر هذا التصنيف عند: "ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 495] ووجود السّبب القريب[انظر إلى: "مازو" (هنري وليون وجون) وشاباس، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 161].

[990] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 142.

يوجد العقد قانونا، والبطلان مستوجب بقوّة القانون"[991]. فـ: "الاتّفاق الذي نسمّيه باطلا ليس في الحقيقة اتّفاقا. ففي الغياب التّامّ لأحد الشّروط التي بدونها لا يمكن أن ينشأ، لا يتكوّن الاتّفاق ولا يوجد قانونا. فهو واقع ليس إلاّ. وفيما يخصّه ليس لدينا ردّ على الاعتراض الذي يتمثّل في أنّ الالتزام الباطل لا يمكن إعدامه"[992] (إعدام معدوم هو تحصيل حاصل، وتحصيل الحاصل ممتنع).

وأمّا الأسباب التّاريخيّة فتتمثّل في القانون الرّوماني وفي القانون الفرنسي القديم:

ففي الأوّل هنالك تقريبا نوعان من التّشاريع: القانون المدني والقانون المتعلّق بالحاكم الشّرعي الرّوماني[993]. وفي ذاك نجد البطلان أو الانعدام لو خلا العقد عن عنصر أساسي[994].

أمّا في القانون الفرنسي القديم فقد وُجد البطلان القانوني[995] (اعترضتنا هذه العبارة في الفصل 1452 م.ا.ع في صياغته العربيّة)، وهو بطلان الرّومان المتحدّث عنه أعلاه. ووُجد إلى جانبه بطلان القانون الفرنسي (الأوامر والعرف). مع ما سبق، وُجد استرداد الرّومان الكلّي[996].

---

[991] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 142.

« …celles (c'est à dire les conditions d'existence) qui sont impliquées par la notion même du contrat, telle qu'elle résulte de la nature des choses, de l'accord des volontés, de l'existence de l'objet ou de la cause, et, au point de vue de la loi, du caractère licite de l'objet, des formes dans les contrats solennels. A défaut de ces conditions, l'acte n'existe pas juridiquement. La nullité est encourue de plein droit ».

[992] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 22 (ملاحظة ما أسماه "ڤودمي" أسبابا عقلية يصفها "دومولومب" في عدد 3 بالعلمية).

« La convention que nous appelons nulle n'est pas, en réalité, une convention. En l'absence totale de l'une des conditions, sans lesquelles elle ne pouvait pas se former, elle n'est pas, en effet, formée ; elle n'existe pas légalement ; elle n'est qu'un fait ! Et, pour ce qui la concerne, nous n'avons pas de réponse à l'objection, qui consiste à dire qu'une obligation, qui est nulle, ne peut s'éteindre … »

[993] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 4.

[994] انظر إلى: "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 142.
"كاربونيي"، "الالتزامات"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 108.

[995] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 10.

[996] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 4 وما بعدها.

287. ولقد انتقل الصّنف الذي يعنينا هنا إلى مجلّة نابليون، وذلك بانتقال التّقسيم الذي ينتمي إليه. نعم – وعلى حدّ كلام "دومولومب"[997] – كان يمكن للمشرّع أن يجعل التّقسيم ومن ثمّ الصّنف أكثر بروزا. لكنّ الأكيد أنّ خطباء الحكومة طالبوا صراحة به، أي بالتّقسيم ومن ثمّ بالصّنف. ويمكن أن نتعرّف عليه دون تردّد في العديد من النّصوص وخاصّة في الفصل 1117[998] الذي نجد فيه كلمة "الباطل بقوّة القانون". وهي لفظة الفصل 325 م.ا.ع، أي لفظة النّصّ الذي نجد فيه جزاء أنواع من الغلط المتحدّث عنه في هذه المجلّة. هذا عن مصدر حكم المجلّة، ويمكن الآن المرور إلى التّقييم.

§2 تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود

288. سنبدأ هنا من حيث انتهينا أعلاه، أي سننظر في الصّنف (أ)؛ ثمّ سننتهي هنا من حيث ابتدأنا هنالك، أي سننظر في المصنَّف (ب).

(أ) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للصّنف

289. عرفنا في السّابق ما تبنّته المجلّة. لكنّ تقييمها يستوجب – بحسب القضيّة التي نبحث عن صحّتها أو خطئها في هذا العمل – استحضار ما تركته وهو الفقه الإسلامي.

ومعلوم أنّ هذا الفقه يفرّق بين أركان العقد وأوصافه:

◄ فأمّا الأركان فيقسّمها الكاساني مثلا إلى أربعة: ما يرجع إلى العاقد، وما يرجع إلى نفس العقد، وما يرجع إلى مكان العقد، وما يرجع إلى المعقود عليه:

♦ "أمّا الذي يرجع إلى العاقد فنوعان: أحدهما أن يكون عاقلا فلا ينعقد بيع المجنون والصّبي الذي لا يعقل لأنّ أهليّة المتصرّف شرط انعقاد التّصرّف والأهليّة لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه."[999]. "والثّاني العدد في

---

[997] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 24.

[998] يقول الفصل 1117: "الاتفاق المبرم بسبب غلط أو إكراه أو تغرير ليس باطلا بقوّة القانون ..."
« La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ... »

[999] الكاساني (الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط 1 1417 هـ/1996 م، ج 5، ص 201 و202.
ويضيف الكاساني بأن البلوغ ليس بشرط انعقاد، فيجوز بيع غير البالغ ويكون موقوفا على إجازة وليه أو على إجازته هو بعد البلوغ (عند الشافعي البلوغ شرط انعقاد). "وكذا الحرية ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه

العاقد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع إلاّ الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصّغير بمثل قيمته أو بما يتغابن النّاس فيه عادة أو يشتري مال الصّغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثّلاثة استحسانا، والقياس أن لا يجوز ذلك أيضا وهو قول زُفَر رحمه الله"[1000].

♦ "وأمّا الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق"[1001].

♦ "وأمّا الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتّحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتّى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب

حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع وينعقد بيع العبد المحجور إذا باع مال مولاه موقوفا على إجازته عندنا، وكذا الملك أو الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالإجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه، وقال الشافعي: إسلام المشتري شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر... ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم وبين بيعه من الكافر فهو على العموم إلاّ حيث ما خص الدليل... وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته..." (ص 202).

(ملاحظة: في هذه الصفحات، حددنا ما ينبغي ذكره، ثم اقتطعنا من أماكن مختلفة ما يعبر عن ذلك الذي ينبغي ذكره. ولقد حاولنا ألاّ يكون لنا هنا إلاّ مجهود الاقتطاع، أي حاولنا أن نترك الكلمة لأصحابها).

[1000] الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 203.

ويوضح الكاساني ما سبق قائلا إن سبب اشتراط التعدد أن في البيع حقوقا متضادة مثل التسليم والتسلم وغيرهما، فيكون "الشّخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما طالبا ومطالبا، وهذا محال" (ص 203). وهذا السّبب أدى أيضا إلى عدم جواز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في البيع. لكن يمكن أن يكون رسولا. كما يمكن أن يتولى القاضي العقد من الجانبين لأن الرّسول والقاضي لا ترجع عليهما حقوق العقد. أمّا في الزواج فيمكن للوكيل أن يتولّى الأمر عن العاقد لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان كالرّسول. ولقد جيء بالاستثناء الوارد في المتن على وجه الاستحسان. فقد قال الله ﷻ: **(وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)**(الأنعام 152 والإسراء 34 (فالبيع والشراء "بمثل قيمته وبما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الأحسن بحكم الحال لكمال شفقته، فكان البيع والشراء بذلك قربانا على وجه الأحسن... وأمّا الوصيّ إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز لأن القياس يأبى جوازه أصلا من الأب والوصي جميعا لما ذكرنا من الاستحالة. إلاّ أن الأب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقة متعددا ذاتا ورأيا وعبارة، والوصي لا يساويه في الشفقة فبقي الأمر فيه على أصل القياس. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما أن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الأحسن فيملكه بالنص. قوله لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لقصور شفقته. قلنا الوصي له شبهان: شبه بالأب وشبه بالوكيل. أمّا شبهه بالوكيل فلكونه أجنبيا. وشبهه بالأب لكونه مرضي الأب. فالظاهر أنه ما رضي به إلاّ لوفور شفقته على الصغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملا بشبه الأب، وقطعنا ولايته عند عدمه عملا بشبه الوكيل، عملا بالشبهين قدر الإمكان." (ص 203).

[1001] الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 204.

اختلاف المجلس ثمّ قبِل لا ينعقد، لأنّ القياس ألاّ يتأخّر أحد الشّطرين عن الآخر في المجلس لأنّه كما وجد أحدهما انعدم في الثّاني من زمان وجوده فوجد الثّاني والأوّل منعدم فلا ينتظم الرّكن، إلاّ أنّ اعتبار ذلك يؤدّي إلى انسداد باب البيع، فتوقّف أحد الشّطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعا للشّطرين مع تفرّقهما للضّرورة. وحقّ الضّرورة يصير مقضيّا عند اتّحاد المجلس. فإذا اختلف لا يتوقّف. وهذا عندنا، وعند الشّافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الرّكن بدونه. وجه قوله ما ذكرنا أنّ القياس ألاّ يتأخّر أحد الشّطرين عن الآخر والتّأخّر لمكان الضّرورة وأنّها تندفع بالفور. ولنا في ترك اعتبار الفور ضرورة لأنّ القابل يحتاج إلى التّأمّل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التّأمّل"[1002].

♦ "وأمّا الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النّتاج"[1003]؛ أو ممكنا أي "مقدور التّسليم عند العقد، فإن كان معجوز التّسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له"[1004]. ومنها – وهذا ذكره السّنهوري – أن يكون المعقود عليه معيّنا أو قابلا

[1002] الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 204 و205. ويضيف الكاساني إلى ما جاء في المتن قائلا: "...وعلى هذا إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد بأن قال: بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد، والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد فيما وراء المجلس بالإجماع إلاّ إذا كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة". ص 205 و206.

[1003] الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 207.

[1004] الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 219.

وعلينا أن نشير هنا إلى أنه وفي السابق اعترضنا قول للكاساني مفاده أن الملك والولاية ليسا بشرط انعقاد بل شرط نفاذ ولذا يتوقف بيع الفضولي عنده. وهذا القول يجب تقريبه ممّا قاله هذا الفقيه في إطار الشرط الراجع إلى المعقود عليه والذي قال إنه أنواع من ضمنها الملك (وهذا لم نورده وحده في المتن لأنه تابع للوجود أو الإمكان وليس قائما بنفسه) "وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند البيع، فإن لم يكن لا ينعقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلاّ السّلم خاصة وهذا بيع ما ليس عنده، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السّلم، ولو باع المغصوب فضمن المالك قيمته نفذ بيعه لأن سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه وهاهنا تأخر سبب الملك فيكون بائعا ما ليس عنده فدخل تحت النهي، والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكا لأن قصة الحديث تدل عليه، فإنه روي أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال لا تبع ما ليس عندك. ولأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه، فأمّا ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر إن كان البائع وكيلا وكفيلا فكون المبيع مملوكا للبائع ليس بشرط، وإن كان فضوليا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرائط النفاذ فإن بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإن ردّ بطل، وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطل عنده..." (ج 5، ص 219). ويفسر ابن عابدين ما جاء في البدائع فيقول إن العقد باطل متى باع ملك غيره لنفسه، أمّا إذا باع ملك غيره لغيره فالبيع موقوف. (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 184).

للتّعيين[1005]. وأيضا أن يكون المعقود عليه مالاً، فلا "ينعقد بيع الميْتة والدّم لأنّه ليس بمال"[1006]، وكذلك ما ليس مملوكا "لأنّ البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلأ في أرض مملوكة والماء الذي في نهره أو في بئره لأنّ الكلأ وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح، وكذلك الماء ما لم يوجد الإحراز"[1007]، أي في النّهاية يجب أن نكون – والقول للسّنهوري – أمام "محلّ صالح للتّعامل فيه أي مال متقوّم مملوك"[1008].

يخلص ممّا تقدّم أنّ الأركانَ سبعة هي: 1. العقل/ 2. التّعدّد/ 3. التّوافق بين الإيجاب والقبول (التّراضي)/ 4. اتّحاد مجلس العقد/ 5. الوجود والإمكان/ 6. التّعيين وقابليّة التّعيين/ 7. الصّلوحيّة للتّعامل.

◄ فإذا مررنا الآن إلى الأوصاف وجدناها مكمّلة لبعض الأركان:

♦ فركن العقل يكمّله وصفٌ هو خلوّ الرّضا من الإكراه[1009].

♦ وركن الوجود ومقدور التّسليم يتمّم جُزأَه الأوّل وصفُ عدم دخول الغرر، وجزأَه الثّاني وصفُ عدم دخول الضّرر في التّسليم.

♦ وركن التّعيين وقابليّة التّعيين يكمّله وصفٌ هو الخلوّ من الغرر.

♦ أمّا ركن الصّلوحيّة للتّعامل فيتمّمه وصفان هما الخلوّ من الشّرط الفاسد والخلوّ من الرّبا[1010].

[1005] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 126.

[1006] السنهوري، مرجع سابق، ج 5، ص 211.

[1007] السنهوري، مرجع سابق، ج 5، ص 218.

[1008] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 126. ويضيف السنهوري أن بالإمكان إضافة السّبب المشروع إلى هذه الأركان.

انظر أيضا حول ما سبق من أركان:

*ابن عابدين، ردّ المحتار... مرجع سابق، ج 4، ص 5 و6.

*الزيلعي، مرجع سابق، ج 4، ص 43 وما بعدها.

*الخرشي (أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي)، الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار الفكر، ج 5، ص5 وما بعدها.

*الزرقا، المدخل... مرجع سابق، ج 2، ص 709 وما بعدها.

*حسنين (محمد)، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988، ص 13 وما بعدها.

*"لينون دي بلفون"، الأعمال القانونية الصحيحة والباطلة في القانون الإسلامي (مقال باللغة الفرنسية)، المجلّة الجزائرية والتونسية والمغربية للتشريع والقضاء، السنة 75، عدد 1، جانفي فيفري، 1959، ص 14 و15.

LINANT DE BELLEFONDS (Y), Les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman, Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de législation et de jurisprudence, 75ème année, n° 1, janvier -février 1959, p. 14 et 15.

[1009] هذا موقف من المواقف المتعددة في الفقه الإسلامي من الإكراه.

[1010] انظر إلى السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 127.

وتتّفق المذاهب الأربعة على أنّ البطلان مستوجب في صورة اختلال أحد الأركان. أمّا اختلال أحد الأوصاف فيفرد له الأحناف جزاء خاصّا[1011] سنعود إليه لاحقا.

290. فإذا اهتممنا بالأركان واستحضرنا ما جاء سابقا على لسان "دومولومب" من أنّ شروط الوجود قسمان: ما تفرضه طبيعة الأشياء وهنا نجد اتّفاق الإرادات ووجود الموضوع والسّبب، وما يفرضه القانون وهنا نجد مثلا جواز الموضوع[1012]، وإذا قرّبنا الذي استحضرناه من الذي ذكرناه منذ قليل عن الفقه، أمكننا القول أن ليس ثمّ فرق بين هذا الشّرق وذاك الغرب. ولقد أدّى غياب الفرق بالسّنهوري إلى القول إنّ الغرب يكاد أن "يكون متّفقا مع الفقه الإسلامي في تحديد أركان العقد وشرائطه. ففي الفقه الغربي أركان العقد ... ثلاثة التّراضي والمحلّ والسّبب. وللتّراضي شرائط انعقاد هي التّمييز ومطابقة القبول للإيجاب. وللمحلّ شرائط هي أن يكون ممكنا، ومعيّنا أو قابلا للتّعيين، وصالحا للتّعامل فيه، وللسّبب شرط واحد هو المشروعيّة. وكذلك الفقه الإسلامي ركن العقد عنده هو الإيجاب والقبول. والإيجاب والقبول يفرضان بداهة وجود المحلّ. ويمكن القول إنّ الفقه الإسلامي يعرف في بعض مذاهبه نظريّة السّبب. ثمّ إنّ شرائط الانعقاد في العقد موافقة القبول للإيجاب واتّحاد المجلس، وفي العاقد العقل والتّعدّد، وفي المعقود عليه أن يكون ممكنا ومعيّنا أو قابلا للتّعيين وصالحا للتّعامل فيه. فالأركان والشّرائط في الفقهين واحدة، مع

ولقد قال الكاساني إن من هذه الأوصاف: أن يكون "المبيع معلوما وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة" (مرجع سابق، ج 5، ص 233. ويحدثنا هنا وفي الصفحات الموالية عن مسألتين هما أن هذا العلم هو شرط صحة، وكذلك ما يحصل به العلم وهنا نجد مثلا ما مرّ معنا من خيار رؤية). ومنها (أي الأوصاف) "أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع... ولا يلزم بالتزام العاقد إلاّ ضرر تسليم المعقود عليه فأمّا ما وراءه فلا، وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعا له في سقف... (فهذا) لا يجوز لأنه لا يمكنه تسليمه إلاّ بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد..." (ج 5، ص 249 و250). ومنها الخلوّ من الشروط الفاسدة ومن أمثلتها "شرط في وجوده غرر نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان في وجوده غرر... (ج5، ص251)... (أو مثال) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري... وليس بملائم للعقد... نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا" (ج5، ص252). ومنها "الرضا... فلا يصح بيع المكره..." (ج5، ص262). و"منها الخلوّ من الربا" (ج 5، ص 272) إلخ.
انظر أيضا حول الأوصاف: ابن عابدين، ردّ المحتار... مرجع سابق، ج 4، ص 5 و6.

[1011] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 369 وما بعدها.
السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 126 و127.

[1012] انظر عدد 290 من هذا العمل.

اختلاف يسير في التّعبير لا خطر له. ومن ثمّ تتّحد منطقة العقد الباطل في كلّ من الفقهين الإسلامي والغربي"[1013].

291. فإذا احتفظنا بما جاء للتّوّ على لسان السّنهوري، وأضفنا إليه ما وصلنا إليه سابقا من تبنّي م.ا.ع للبطلان بقوّة القانون[1014] الذي قال به الغرب، أمكننا القول إنّه لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام على مستوى مجرّد وضع المجلّة للصّنف[1015]. والسّؤال الآن هل الأمر كذلك على مستوى ما ملأت به هذا الصّنف من أنواع للغلط، أي على مستوى المصنَّف.

(ب) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للمصنَّف

292. مكّنت تحاليلُ سابقة[1016] من الوصول إلى أنّ م.ا.ع وضعت في صنف البطلان بقوّة القانون الغلط في طبيعة العقد والغلط في وجود السّبب القريب.

293. وينبغي على من يريد تقييم هذا العمل التّصنيفي، أن يبحث أوّلا عن مصدره. ويحتمل أن يكون هذا المصدر إمّا الغرب وإمّا الشّرق. ولترجيح هذا الاحتمال أو ترجيح غيره ينبغي إحضار ذلك الغرب وهذا الشّرق والنّظر فيما جاءا به:

◄ فإذا بدأنا بالغرب وجدنا أنّ الاتّفاق – على ما بدا لنا في الوقت وعند الذين أخذت منهم م.ا.ع[1017] – حاصل على أنّ هنالك عدم التقاء إرادات ومن ثمّ امتناع لنشأة العقد في صورتي الغلط في ذات الشّيء والغلط في طبيعة العقد. كما أنّ الاتّفاق حاصل على أنّ الغلط في وجود السّبب القريب صورة غلط

[1013] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 262 و263. انظر أيضا: الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، مرجع سابق، ج 2، ص 771 حيث يقول: "فأمّا البطلان المطلق، فنظريته لديهم متفقة مع نظرية البطلان في الفقه الإسلامي بالفكرة والقواعد والأسباب والنتائج، حتى لتكاد تكون نسخة طبق الأصل عمّا في الفقه الإسلامي".

[1014] انظر عدد 182 وما بعده من هذا العمل.

[1015] لم نخض في نظام الصنف لذلك استعملنا أعلاه عبارة: "الوضع لا غير".

[1016] انظر عدد 274 وما بعده من هذا العمل.

[1017] أمّا اليوم فثمّ نقاشات خاصة على مستوى الغلط في ذات الشّيء العادي وغير العادي (انظر حول هذين الاسمين عدد 31 من هذا العمل) وعلى مستوى الغلط في ذات الشّخص (انظر مثلا إلى: "ڤيستان"، تكوين العقد، مرجع سابق، عدد 495).

مانع[1018]. ويبدو أنّ غياب ركني التّراضي والسّبب القريب هما اللذان أدّيا إلى تصنيف هذين النّوعين من الغلط داخل جزاء البطلان المطلق.

ولقد خرج "لوران" عن هذا الإجماع حين جاء إلى الغلط في الوصف الذّاتي وقال إنّه صورة لانعدام الرّضا ومن ثمّ لانعدام العقد[1019]، أي أنّه – وهذا ما يدلّ عليه كلامه بالتّضمّن – غلط مانع وداخل في صنف البطلان المطلق.

◄ وإذا انتقلنا إلى الشّرق، حَسُنَ أن نأخذ كأنموذجين المالكيّة والحنفيّة:

♦ فأمّا المالكيّة فيبدو أنّها – وفي خصوص الغلط في النّوع – لا تقول بجزاء البطلان، بل بجزاء عدم اللزوم وتسوّي من ثمّ هذه الصّورة بغيرها. فلو قال "أبيعك هذه الياقوتة فتوجد حجرا ... أو أبيعك هذه الزّجاجة فتوجد ياقوتة ولم يعلم بها البائع إلاّ بعد البيع لم يلزم المشتري شراء في الأوّل لأنّ البائع إمّا مدلّس إن كتمه أو ظهر بالمبيع عيب ولا يلزم البائع بيع في الثّانية"[1020].

♦ وأمّا الأحناف فلقد وجدناهم في السّابق[1021] يفرّقون بين الذّاتي وغير الذّاتي، ثمّ داخل الذّاتي بين التّفاوت الفاحش والتّفاوت غير الفاحش.

ثمّ إنّهم يركّبون على ما سبق تفرقة بين مبيع حاضر ومبيع غائب. وداخل الحاضر بين وصف يدرك بالمشاهدة وهنا يؤخذ بالإشارة ويترك اللفظ لو اختلفا، وبين وصف لا يدرك بالمشاهدة وهنا يؤخذ بالتّسمية وتترك الإشارة لو تعارضتا[1022].

ثمّ هم يضعون فوق كلّ ما تقدّم تفرقة بين صورة انعدام المعقود عليه (وهنا نجد الذّاتي وغير الذّاتي مع تفاوت فاحش[1023])، وهذه توجب وصف العقد بالباطل[1024]؛ وبين صورة وجود المعقود عليه (وهنا نجد غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش)، وهذه توجب وصف العقد بكونه غير لازم[1025]. فإذا اهتممنا

[1018] انظر عدد 301 من هذا العمل.

[1019] "لوران"، مرجع سابق، ج 15، عدد 489. ولقد سبق "لوران" إلى هذا القول القانون الرّوماني (انظر الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المُرَاجع).

[1020] الزرقاني، مرجع سابق، ج 5، ص 153.

[1021] انظر مثلا عدد 82 من هذا العمل.

[1022] انظر إلى: الزرقا، مرجع سابق، ج 1، ص 476.
وهذا التركيب نجده أيضا عند المالكية ممّا يعني أنه ليس تابعا للتفرقة في ذاتها ولا لجزائها الذي سنتحدث عنه بعد قليل، ولكننا أتينا به، أي التركيب، ليكون موقف الأحناف في جانبه الذي يهمنا هنا واضحا (انظر: الزرقا، مرجع سابق، ج 5، ص 153).

[1023] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 106 و107.

[1024] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 107.

[1025] سنعود إلى هذه الصورة لاحقا ولكن أشرنا إليها هنا ليكون المشهد ومنذ هذا الوقت كاملا (انظر حول هذه

بالصّورة الأولى، لأنّها هي الدّاخلة في العنوان الذي نحن بصدده، وجدنا الكاساني مثلا يؤكّد ما أوردناه أعلاه حين كتب في بدائع الصّنائع: "إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفصّ على أنّه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثّوب الهروي بكذا فإذا هو مروي ... لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأنّ المبيع معدوم، والأصل في هذا أنّ الإشارة مع التّسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محلّ البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمّى فالعبرة بالتّسمية ويتعلّق العقد بالمسمّى وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصّفة، فإن تفاحش التّفاوت بينهما فالعبرة للتّسمية أيضا عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس وإن قلّ التّفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلّق العقد به، وإذا عرف هذا فنقول: الياقوت مع الزّجاج جنسان مختلفان، وكذا الهروي مع المروي فيتعلّق العقد فيه بالمسمّى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد ... (وإنّ مختلفي) جنس المنفعة المطلوبة اختلافا فاحشا ... (يلتحقون) بمختلفي الجنس حقيقة"[1026].

294. ولعلّ هذا العرض للغرب وللشّرق يمكّن من المرور إلى محاولة تقييم حكم م.ا.ع:

◙ فلقد رفضت هذه أن تدخل في صنف الباطل بقوّة القانون الغلط في ذات الشّيء والغلط في ذات الشّخص، بهذا ابتعدت عن الغرب[1027]. لكنّها لم

الصورة وحول جزائها: السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 110 وما بعدها.).

[1026] الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 208 و209. ويبدو أن الكاساني يفرّق بين المجانسة عند المناطقة ويسمّيها مجانسة في الذات والمجانسة التي تهمّ الاستعمال ويسمّيها المجانسة في المعنى. ويقول في ما يخصّ الشيئين المختلفين الذين يتجانسان ذاتا ومعنى والذين يؤخذ واحد منهما على أنه الآخر، إن المحلّ موجود والبيع جائز (صحيح) "لكن المشتري بالخيار لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا في الرضا فيثبت له الخيار... (لكن) لو باع دارا على أن بناءها آجرّ فإذا هو لبن لا ينعقد لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالمختلفين جنسا، وكذا لو باع ثوبا على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافا فاحشا، وكذا لو باع حنطة في جولق فإذا هو دقيق أو شرط الدقيق فإذا هو خبز لا ينعقد لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان، وكذا الدقيق مع الخبز. ألا ترى أن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك دلّ أنها تصير بالطحن شيئا آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد..." (الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 209).

انظر أيضا:

* الزيلعي، مرجع سابق، ج 4، ص 52 وما بعدها.

*أبو زهرة، مرجع سابق، ص 417. الذي يقول إن المعقود عليه في الصور التي تحدثنا عنها أعلاه "... غير موجود... (و)معدوم وقت العقد، فيكون العقد قد ولد باطلا فلا يلحقه رضا بعد ذلك."

وانظر إلى عدد 82 وما بعده من هذا العمل.

[1027] انظر عدد 87 وعدد 296 وما بعده من هذا العمل.

تضع فيما يتعلّق بذات الشّيء حلّ الشّرق لأنّ هذا – إن صحّ الذي بدا لنا سابقا[1028] – لا يعرف أصلا هذه الحالة قائمة بذاتها، ومن ثمّ لا يعرف لها تصنيفا داخل صنف الباطل أو غيره. أي أنّ المجلّة اتّبعت الغرب على مستوى إيجاد الحالة وخالفته على مستوى تصنيفها[1029].

◙ فإذا مررنا إلى الغلط في طبيعة العقد، وجدنا م.ا.ع مثل الغرب إذ أنّها عمدت إلى تصنيف هذه الصّورة ضمن صنف الباطل مطلقا. ويبدو أن بالإمكان – إذا تمّ تحليل هذه الحالة على أنّها لعدم التقاء الإيجاب بالقبول[1030] – القول داخل الفقه الإسلامي بجزاء البطلان. وهذا الصّنف، كما تقدّم، لا يختلف عن الوارد للتّوّ في إطار الغرب[1031].

◙ فإذا انتقلنا إلى صورة وجود السّبب القريب، وجدنا م.ا.ع اتّبعت الغرب[1032]؛ وذلك لأنّ الفقه الإسلامي، على ما بدا لنا في السّابق[1033]، يتناول الأمر في مكان آخر وبالتّحديد في إطار قاعدة "لا عبرة بالظّنّ البيّن خطؤه"[1034].

وما تقدّم – لو أخذناه من زاوية التّصنيف فقط – لا يمكّن من القول إنّ م.ا.ع مجسّدة لعدم الإحكام. فهل الأمر كذلك لو غادرنا الغلط في الذّات وفي طبيعة العقد وفي وجود السّبب القريب إلى الغلط في الوصف الذّاتي؟

◙ نعلم من تحاليل سابقة أنّ بعض الغرب لم يضع الوصف الذّاتي في هذا الصّنف، لكن نعلم أيضا أنّ البعض الآخر وضعه[1035].

ونعلم من محتويات متقدّمة أنّ بعض الشّرق، وتحديدا المالكيّة، لم يسقطه في الصّنف المماثل، لكن نعلم أنّ البعض الآخر، وتحديدا الحنفيّة، أسقطه وجزء من غير الذّاتي وهو التّفاوت الفاحش، في هذا الصّنف المماثل.

[1028] انظر عدد 87 من هذا العمل.

[1029] لا يمكن الحكم هنا إلاّ على مسألة إيجاد الصورة وهذا أمر أتينا به في الجزء الأول من هذا العمل.

[1030] انظر عدد 87 من هذا العمل.

[1031] لعدم وجود اختلاف لا يمكن المرور لمسألة الإحكام. وبالإمكان القول إن الصورة "شديدة" ووضعت في صنف جزاء "شديد" وفي هذا اتساق. لكن بالإمكان القول أيضا إنّ أحكام "الصّنف الشديد" غير مناسبة (من يقوم بالدعوى – الإمضاء). إلاّ أنّ هذا أمر لا يمكن الخوض فيه هنا.

[1032] إن هذا التأكيد مردّه ما سبق وأن بدا لنا من أنه ليس ثمّ حديث خاص في الفقه الإسلامي عن هذه الصورة في إطار العمل القانوني وإنها قد تندرج في إطار قاعدة لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه (انظر عدد 87).

[1033] انظر عدد 87 من هذا العمل.

[1034] لكي نستطيع أن نعرف هل ثمّ إمكانية للحكم هنا يجب أن نحدّد طبيعة الجزاء في الفقه (أي يجب أن نحدّد ماذا تساوي: "لا عبرة").

[1035] انظر عدد 87 وعدد 296 من هذا العمل.

فهل م.ا.ع لم تتّبع الرّومان و"لوران"[1036]، أم لم تتّبع الأحناف[1037] ؟

[1036] وهذا كما سبق (عدد 87 وعدد 296 وما بعده من هذا العمل،) يحلّل الصّورة داخل مادّة الرّضا وانعدامه.
[1037] هؤلاء وكما سبق (عدد 293 من هذا العمل) يحلّلون الصّورة داخل مادّة المحل وانعدامه.

ويبدو أنّه وحين نكتفي بمادّة الرّضا والتّراضي (التقاء الإرادات) لا نستطيع أن نبرّر التّفرقة بين صور الغلط، فجميعها لو حلّلناه يجسّد عدم تطابق الإيجاب مع القبول.

لكن لو أدخلنا المحلّ أمكن تلمّس درجات داخل هذه الصّور:

- في صورة الذّات يكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا (أو قريبا) عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.

- في صورة الوصف الذاتي يكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.

- في صورة الوصف غير الذاتي مع تفاوت فاحش يكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.

- في صورة الوصف غير الذاتي مع تفاوت غير فاحش فيكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا (أو قريبا) عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.

وإنّ مسألة القرب والبعد لعسيرة التّحديد في الواقع. وينجرّ عن هذا أن توجد اختلافات على مستوى تصنيف بعض الصّور. والسّؤال: إذا قيل بتصنيف للصّور على نحو يختلف عن المنطق، فهل ينبغي أن يصحب ذلك قول بالتّسوية بين الصّور على صعيد الجزاء؟ (إن أجيب بالإيجاب، فستكون للتّصنيف فائدة غير فائدة ربط أصناف الصّور بأصناف الجزاء).

وفي التّصوّر التّشريعيّ (الفصل 23 من م.ا.ع) هنالك الأركان في نظر المشرّع، وهنالك ما ليس أركانا عنده، فإذا اتّفق عليها الأطراف صارت أركاناً بمقتضى إرادتهم. وهذا يعطي فيما يخصّ الغلط الصّور التّالية:

صورة التقاء (نعبّر عنه في الرّسم بـ: ← →) الإيجاب بالقبول على جميع المستويات:

إيجاب		قبول
الأركان عند المشرّع		الأركان عند المشرّع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	← →	موجّه إلى شخص (ماهية أولى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)	← →	انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	← →	انصبّ على طبيعة للاتّفاق
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشّخص - إلخ	← →	انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشّخص - إلخ

صورة عدم التقاء (نعبّر عنه في الرّسم بـ: → ←) الإيجاب مع القبول على مستوى أو أكثر:

إيجاب		قبول
الأركان عند المشرّع		الأركان عند المشرّع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	→ ←	قبله شخص آخر (ماهية أولى أخرى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)	→ ←	انصبّ على شيء آخر (ماهية أولى أخرى – ماهية ثانية أخرى)
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	→ ←	انصبّ على طبيعة أخرى
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشّخص - إلخ	→ ←	انصبّ على شروط أخرى للاتّفاق: وصف آخر للشّيء – وصف آخر للشّخص - إلخ

صورة التقاء الإيجاب والقبول على مستوى ما هو أركان عند المشرّع وعدم التقائهما على مستوى ما هو أركان عند الأطراف:

ثمّ هل اتّبعت "أوبري" و"رو" مثلا[1038]، أم اتّبعت المالكيّة[1039] ؟

فعند "أوبري" و"رو" لا يصنّف النّوع ضمن صنف جزاء البطلان المطلق، وعند المالكيّة لا يدخل ضمن دائرة الجزاء المماثل وهو البطلان.

وعند الرّومان و"لوران" يدخل الجنس ضمن جزاء البطلان بقوّة القانون، وعند الأحناف ضمن الجزاء المماثل الذي يعرفه الفقه الإسلامي.

فهل هذا الحلّ أفضل أم ذاك؟ أي هل جعل صورة الوصف الذّاتي مختلفة في تصنيفها عن غيرها هو الأحسن، أم هل أنّ تسويتها بهذا الغير هو الأصلح؟

فإذا وصلنا إلى أنّ عدم تصنيف النّوع داخل البطلان (بطلان الغرب المطلق أو بطلان الفقه الإسلامي) هو الأفضل[1040]، لم تكن المجلّة مجسّدة لعدم الإحكام.

إيجاب		قبول
الأركان عند المشرّع		**الأركان عند المشرّع**
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	**← →**	**موجّه إلى شخص (ماهية أولى)**
انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)	**← →**	**انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)**
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	**← →**	**انصبّ على طبيعة للاتّفاق**
الأركان عند الأطراف		**الأركان عند الأطراف**
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء حليب مثلاً) – وصف الشّخص - إلخ	**→ ←**	**انصبّ على شروط أخرى للاتّفاق: وصف آخر للشّيء (لبنٌ مثلاً) – وصف آخر للشّخص - إلخ**

صورة عدم التقاء الإيجاب والقبول على مستوى الذّات، والتي – إن نظر إليها من زاوية أخرى - هي صورة عدم التقاء على مستوى الأوصاف:

إيجاب		قبول
الأركان عند المشرّع		**الأركان عند المشرّع**
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	**← →**	**موجّه إلى شخص (ماهية أولى)**
انصبّ على شيء (ماهية أولى: أرضٌ)	**→ ←**	**انصبّ على شيء (ماهية أولى أخرى: أرضٌ أخرى)**
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	**← →**	**انصبّ على طبيعة للاتّفاق**
ما جاء أعلاه يساوي القول إنّ:		
الأركان عند الأطراف		**الأركان عند الأطراف**
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء (وقائع قرار محكمة التّعقيب: مدني 11251، 22 أفريل 1985، ن، ج 1، ص 178**)**	**← →**	**انصبّ على شروط أخرى للاتّفاق: وصف آخر للشّيء (وقائع قرار محكمة التّعقيب:** مدني 11251، 22 أفريل 1985، ن، ج 1، ص 178**)**

[1038] انظر عدد 87 من هذا العمل.
[1039] انظر عدد 293 من هذا العمل.

وكذا الأمر إذا وصلنا إلى العكس أي إلى كون تصنيف النّوع داخل البطلان هو الأصلح[1041].

وعلى كلٍّ، سواء تبنّت م.ا.ع هذا الحلّ أو ذاك، فكلاهما ثمّ مثله في الفقه، لذا لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

لكن نعلم أنّ هنالك في الفقه الإسلامي من وضع الوصف الذّاتي داخل صنف الفاسد، وهي نقطة يمكن البحث في إطارها عن علاقة مراتب المؤيِّدات في النّصوص التي نعمل عليها بفكرة الإحكام.

[1040] بمعنى أن هنالك اتساقا بين الصّورة وتصنيفها خارج البطلان.
[1041] بمعنى أن هنالك اتساقا بين الصورة وتصنيفها داخل البطلان.

القسم الثّاني: مرتبة الفاسد

295. لم تضع النّصوص التي نعمل عليها مرتبة الفساد، والحال أنّا نعلم أنّه قيل به في بعض الفقه الإسلامي بالنّسبة إلى صورة النّوع. وإنّ تقييم حسن أو عدم حسن وضع هذه المرتبة في ذاتها يتجاوز نطاق هذا العمل[1042]. لكن تقييم صلوحيّة أو عدم صلوحيّة هذه المرتبة فيما يخصّ الغلط في الوصف الذّاتي تدخل في دراستنا. هذا التّقييم لا يمكن الإتيان به (§2) إلاّ بعد عرض هذه المرتبة (§1).

§1 عرض مرتبة الفاسد

296. قلنا سابقا إنّ للعقد أركانا وأوصافا: فأمّا الأركان فسبعة: وهي العقل، والتّعدّد، والتّوافق بين الإيجاب والقبول، واتّحاد مجلس العقد، ووجود المعقود عليه وإمكانه، وتعيينه أو قابليّة تعيينه، وصلوحيّة التّعامل فيه. وأمّا الأوصاف فتكمّل بعض الأركان: فوصف الخلوّ من الإكراه يكمّل ركن العقل، ووصف الخلوّ من الغرر يكمّل الجزء الأوّل من الرّكن الخامس، أي وجود المعقود عليه، ووصف عدم دخول الضّرر في التّسليم يتمّم الجزء الثّاني من نفس الرّكن أي إمكان المعقود عليه، ووصف الخلوّ من الغرر يكمّل ركنا آخر هو التّعيين وقابليّة التّعيين، ووصفاَ الخلوّ من الشّرط الفاسد والخلوّ من الرّبا يكمّلان الرّكن السّابع، أي ركن الصّلوحية للتّعامل[1043].

297. ولقد وجد خلاف داخل الفقه الإسلامي. فالجمهور لم يقل بمرتبة الفاسد[1044]، وقال بها الأحناف. ويقوم قول هؤلاء – حسب الإمام أبي زهرة[1045] – على أصلين سنحاول إيرادهما تباعا.

[1042] انظر هذا التقييم عند السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 126 وما بعدها وص 146 وما بعدها وص 271 وما بعدها. وعلينا أن نلاحظ هنا أن حديثا سيأتي وستدخل فيه مسألة حسن أو عدم حسن المرتبة وإذن وبطريقة غير مباشرة حسن أو عدم حسن وضعها. لكن المقصود هو ذلك الحديث أما ما دخل فيه بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة فإيراده عرضيّ وليس مرادا في نفسه. كما علينا أن نلاحظ أن عملنا في هذا القسم يتمثّل أوّلا في تحديد موقف م. ا. ع المتمثّل في عدم وضع الفساد، ثم النظر بعد ذلك هل أن عدم الوضع هذا فيه عدم إتقان، وهل فيه إفساد بالنظر إلى ما كان قائما عند الأحناف وعند المالكية (العقد الباطل والذي فيه لا فقط المحرّم بل المكروه أيضا).

[1043] انظر عدد 293 من هذا العمل.

[1044] لكن السنهوري يقول (ج 4، ص 273) إنه "إنصافا للمذهب المالكي، وهو أيضا لا يميّز بين العقد الباطل والعقد الفاسد، نقول إنّه يميّز في البيع الباطل أو الفاسد بين المحرّم والمكروه. فالمحرّم إذا فات مضى بالقيمة، أمّا المكروه فإذا فات انقلب صحيحا. وربما انقلب صحيحا بالقبض لخفة الكراهة فيه... فيكون المذهب المالكي،

(أ) الأصل الأوّل لمرتبة الفاسد

298. يقول الإمام أبو زهرة إنّ الجمهور "يرى أنّ الشّارع إذا نهى عن تصرّف شرعي، ومنع إجازته، فوجوده مع ذلك النّهي غير معترف به من الشّارع أي أنّه يكون غير موجود في نظره"[1046]. ويقرّر السّنهوري ما سبق حول موقف الجمهور ويقول: "إنّ كلاّ من العقد الباطل والعقد الفاسد منهيّ عنه شرعا. والعقد المنهيّ عنه يكون حراما، والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك أو ترتيب الالتزام. وذلك أنّ إبرام العاقد لعقد منهيّ عنه عصيان لأمر الشّارع، فكيف يترتّب أثر على أمر هو في نظر الشّارع عصيان. وإذا ورد نهي عن تصرّف، فذلك لا يكون إلاّ لبيان أنّ هذا التّصرّف قد خرج عن الشّرعيّة، وإذا أخرج الشّارع تصرّفا عن الشّرعيّة فليس ذلك إلاّ حكما منه ببطلان هذا التّصرّف"[1047]. ثمّ إنّ الجمهور يحتجّ بحديث رسول الله ﷺ: "كلّ عمل ليس عليه أمرنا فهو ردّ، ومن أدخل في ديننا ما ليس فيه فهو ردّ". على هذا، إذا جاء وجوب أو منع من الشّارع ثمّ خولف، كان هذا ردّ. "ومعنى ردّه ألاّ يعترف له بوجود وآثار فهو باطل في نظره"[1048]، ولا فرق بين أن تكون المخالفة لوجوب أو لمنع همّا ركنا أو همّا وصفا.

299. أمّا الأحناف فموقفهم مختلف. ومفاده أنّ مخالفة النّص الشّرعي الذي جاء بوجوب أو بمنع يهمّان ركناً جزاؤها البطلان. والأمر مختلف مع مخالفة النّص الذي جاء بوجوب أو بمنع انصبّا على وصف، فالعقاب هنا الفساد. وحجج هذا الموقف حسب الإمام أبو زهرة "أنّ وجود التّصرّف الشّرعي يتمّ بوجود أركانه سالمة من الخلل، فإذا كان النّهي من الشّارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان، فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالمة، وعلى هذا يعتبر التّصرّف موجودا بوجودها مع المنع، ولا مانع من الجمع بين النّهي والوجود،

بعد أن خلط بين العقد الباطل والعقد الفاسد، رجع إلى هذا التمييز في صورة أخرى، تحت اسم البيع المحرم والبيع المكروه. وهذا التمييز يسمح بالتخفف من بعض أسباب الفساد كالغرر والشروط الفاسدة، ولعلنا لو عزلنا الربا – وهو محرّم - عن أسباب الفساد الأخرى وألحقناه بأسباب البطلان، لخلص لنا في المذهب المالكي تمييز بين العقد المحرم والعقد المكروه ينوب عن التمييز الذي يقول به الفقه الحنفي بين العقد الباطل والعقد الفاسد."

[1045] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 369 وص 370.

[1046] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 370.

[1047] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 137.

[1048] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 370. والحديث الشريف الوارد قبل هذا المقتطف هو من عند نفس المؤلف ومن نفس الصفحة.

لأنّ أثر النّهي الإثم، وجواز فسخ التّصرّف، ووجوب التّخلّص منه، ولذلك لا يتعارض مع وجوده، بل إنّ ذلك لا يكون إلاّ مع الوجود، فالحكم بالوجود المطلق من الشّارع لا يتنافى إذن مع نهيه بل يتلاقى معه، ولا يعترض بأنّ اعتبار الشّارع له موجوداً حكمٌ بمشروعيّته، لأنّ المشروعيّة تقتضي إقرار الشّارع وتثبيته وإعانة العاقدين على تنفيذه، ولا أحد يقول هذا، بل إنّا نقول إنّه موجود وله بعض الأحكام، ولكنّ الشّارع يوجب الفسخ، ويرتّب الإثم، كما أنّ الحكم بوجوده مع النّهي عنه لا يقتضي عدم ردّه، لأنّا نقرّر أنّ الالتزام به مردود، وهو واجب الفسخ، فلا يلزم أحد العاقدين بموجبه، ولا تترتّب الأحكام فيه بذات التّصرّف، بل بأمر آخر اقترن به"[1049].

على هذا، فالرّكن شيء ووصفه شيء آخر. والسّؤال: هل مخالفة المنع أو الوجوب الذي ينصبّ على هذا تستحيل مخالفة للمنع أو الوجوب الذي همّ ذاك؟ هنا نصل إلى الأصل الثّاني الذي تقوم عليه مرتبة الفساد عند الأحناف.

(ب) الأصل الثاني لمرتبة الفاسد

300. يقول الجمهور – اتّباعا لموقفهم الذي أوردناه سابقا، والذي مفاده أنّ مخالفة منع أو وجوب انصبّا على وصف توجب البطلان – إنّ "المنع إذا ورد على الوصف فقد ورد على الأصل"[1050]. وحجّتهم أنّ العقد إذا اعتبرناه موجودا مع وجود خلل في وصفه، لا يخلو عن ثلاثة حلول: فإمّا ألاّ ترتّب عليه أيّة أحكام، وإمّا أن ترتّب عليه الأحكام التي اتّفق عليها العاقدان، وإمّا أن ترتّب عليه أحكام تتّفق مع غرض الشّارع وتهمل الأحكام التي ارتضاها المتعاقدان. فإذا أخذنا بالحلّ الأوّل، كان الفاسد مساويا للباطل وكان الفرق بينهما لفظيّا ليس إلاّ. وإذا أخذنا بالحلّ الثّاني، كان الفاسد مساويا هذه المرّة للصّحيح، وكانت النّتيجة أنّ الشّارع الذي يضع مثل هذا الحلّ مناقض لنفسه لأنّه يبيح ما منعه. أمّا إذا اعتمدنا الحلّ الثّالث، فسنناقض أمرا قرّره الشّارع وهو أنّ أساس العقود

[1049] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 370. ويضيف المؤلف إن "التوفيق بين الوجود والمنع ممكن في المعاملات فصحّ فيها وجودها مقترنة بالنهي. أمّا العبادات فلأنها قربات خالصة، ويقرّها الشارع موجودة إذا وجدت فيها نيّة القربة، ولا يتصوّر وجود نيّة القربة مجتمعة مع نية العصيان" (نفس الصفحة). ويقول السنهوري (مرجع سابق، ج4 ، ص 150.) إنّ الزواج يلحق بالعبادات "فلا فارق بين فاسد الزواج وباطله حتّى عند الحنفية ويرجع ذلك لما في الزواج من الحلّ والحرمة ومعنى التقرب به إلى الله تعالى فالتحق بالعبادات".

[1050] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص372 .

الرّضا. فلو وضعنا ما أراده الشّارع بدل ما أراده العاقدان، نكون قد ألزمناهما بما لم يرتضوه وهذا مناف لنصّين أوّلهما قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (النّساء. 29) وثانيهما قول رسول الله ﷺ: "لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه"[1051]. فإذا "كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدّي حتما إلى واحد من هذه الفروض الثّلاثة التي لا تتّفق مع المنطق ولا مع أغراض الشّريعة ومراميها – يكون فرضه باطلا، لأنّه يؤدّي إلى باطل، ويكون الحقّ أن يلحق بالباطل، ويتساويا من كلّ الوجوه"[1052].

301. أمّا الأحناف فيبنون قولهم بمرتبة الفاسد على أصل ثان مفاده أنّ "المنع إن ورد على الوصف، فالأصل له وجود شرعي إن أوجده المكلّف"[1053].

ويعرض مالكي لحجج الأحناف ليقول بعدها إنّ فقههم حَسَنٌ، ونقصد هنا القرافي الذي قال: "احتجّ أبو حنيفة رحمه الله بأنّ النّهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية والمتضمّن للمفسدة فاسد ... وتحريره أنّ أركان العقد أربعة عوضان وعاقدان. فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النّهي، فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعا سالمة عن النّهي. فيكون النّهي إنّما تعلّق بأمر خارج عنها. ومتى انخرم واحد من الأربعة، فقد عدمت الماهية لأنّ الماهية المركّبة كما تعدم لعدم كلّ أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها ... ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر... فلو قلنا بالفساد (وحسب التّعبير الذي نحن بصدد استعماله يجب أن يقال: البطلان) مطلقاً، لسوّينا بين الماهية السّالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمّنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز. فإنّ التّسوية بين مواطن الفساد وبين السّالم عن الفساد، خلاف القواعد. فتعيّن حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف، فنقول: أصل الماهية سالم عن النّهي، والأصل في تصرّفات المسلمين وعقودهم الصّحّة حتى يرد

[1051] لم نفعل في ما يخص حجج الجمهور إلاّ أن نقلنا وبصفة تكاد تكون حرفية ما قاله الإمام أبو زهرة (مرجع سابق، ص 374). ولم يفعل بدوره – وكما قال - إلاّ أن نقل ما جاء عند: القرافي (شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي)، الفروق. "أنوار البروق في أنواء الفروق". ويليه حاشية إدرار الشروق على أنواء الفروق. وبهامش الكتابين: "تهذيب الفروق والقواعد" و"القواعد السنية في الأسرار الفقهية"، بيروت، عالم الكتب، ج 2، ص 86.

[1052] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 374.

[1053] أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 372.

نهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصّحّة ويثبت للوصف الذي هو الزّيادة المتضمّنة للمفسدة الوصف العارض وهو النّهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب وهو فقه حسن ..."[1054].

لكن – كما سبق منّا – لا يدخل حسن أو عدم حسن ما جاء به الأحناف في عملنا، بل الذي يدخل هو حسن أو عدم حسن ما أتوا به وهو منطبقٌ على الغلط في الوصف الذّاتي، وبالتّدقيق حسن أو عدم حسن م.ا.ع حين لم تضع هذا الذي ابتدعته الحنفيّة بالنّسبة إلى هذا الضّرب من الغلط.

§2 تقييم عدم وضع مجلّة الالتزامات والعقود لمرتبة الفاسد بالنّسبة إلى الغلط في النّوع

302. رأينا سابقا أنّ الأحناف يقرّرون البطلان كجزاء في صورة الغلط في النّوع[1055]، والسّبب انعدام ركن هو المعقود عليه. لكنّ الكرخي قال بالفساد لأنّه شبّه حالة الجهل بالوصف الذّاتي ببيع شيء واشتراط تسليم غيره.

ولقد جاء موقف هذا الفقيه عند الزّيلعي حين قال: "إذا كان المعتبر هو المسمّى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لأنّه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز إلاّ في السَّلَم وقال بعضهم إنّه فاسد وهو اختيار الكرخي لأنّه باع المسمّى وأشار إلى غيره فصار كأنّه باع شيئا بشرط أن يسلّم غيره وذلك فاسد والإجارة مثل البيع لأنّها تبطل بالشّرط الفاسد ..."[1056].

303. وإنّ محاولة الحكم على موقف الكرخي تستدعي التّعرّض إلى أحكام العقد الفاسد[1057]، وهو أمر يتجاوز العنوان الذي نحن بصدده، بل العمل الذي نحن في إطاره. لكن بالإمكان – لأنّه ينبغي الحكم على موقف م.ا.ع – تحويل الوِجهة نحو أمر لا يبعدنا إلاّ للحظات عن عنواننا وهو ما قاله أبو حنيفة وصاحباه عن عقد المكرَه[1058]: فهو فاسد، وله أحكام مثل الموقوف[1059]، لكن له

[1054] القرافي، مرجع سابق، ج 2، ص 83 و84. **(لاحظ كيف أنّ احترام مقتضيات الصّناعة التشريعيّة الحسنة حاضر عند هذا الفقيه، أي كيف أنّ الحكم يجب أن توجد فيه تسوية بين المتماثلات وألاّ توجد فيه تسوية بين المتخالفات: "... أن يُقابَل الأصل بالأصل والوصف بالوصف...").**

[1055] انظر عدد 293 من هذا العمل.

[1056] الزيلعي، مرجع سابق، ج 5، ص 53.

وانظر: أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 417.

[1057] انظرها عند: السنهوري، مرجع سابق، ج 4 ، ص 146 وما بعدها.

[1058] انظر إلى: الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 262 وما بعدها.

أيضا أحكام مثل الفاسد وخلافا للموقوف[1060]. هذه الأحكام جعلت السّنهوري يقول إنّ الأولى عدم القول بالفساد[1061]. وهو قول يمكن أن يُحسب من الفقه. على هذا تكون م.ا.ع بعدم وضعها لمرتبة الفاسد بالنّسبة إلى الجهل بالنّوع ليست قابلة لأن يتحدّث في إطارها عن مسألة الإحكام وذلك لكونها جاءت بما هو مثل الفقه.

لكنّ السّنهوري قال إنّ الأولى بالإكراه مرتبة الوقف. فهل الأمر كذلك بالنّسبة إلى صورة الغلط الذي كنّا بصددها، وعموما بالنّسبة إلى بقية صور الجهل.

إنّ الجواب عن هذا السّؤال هو بعدُ دخول في مرتبة الصّحيح، وهو ما سنحاول إتيانه الآن.

وانظر إلى: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 173 وما بعدها.

[1059] - البيع الفاسد لا ترد عليه الإجازة، أمّا بيع المكره فنعم.

- لكل من العاقدين فسخ العقد حتى بعد القبض ولا ينقطع حق الفسخ إلاّ بتصرف المشتري أو بتغيير المبيع، هذا في الفاسد. أمّا بيع المكره (أي في هذا الفاسد الخاص) فينقطع حق العاقد غير المكره وهو المشتري في الفسخ بعد القبض، لأن رضاه لم يفت إذ لم يشبه إكراه، والذي فات هو رضا البائع.

- في البيع الفاسد لغير الإكراه إذا تصرّف المشتري في المبيع انقطع حق البائع في الفسخ. أمّا في البيع الفاسد لوجود إكراه إذا تصرّف المشتري في المبيع تصرفا قابلا للفسخ كالبيع لم ينقطع حق البائع في الفسخ فإذا ما فسخ استردّ المبيع من أيّ يد مهما تداولته الأيدي.

انظر إلى هذه الفروق عند: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 175.

[1060] "أوّلا: يجوز في بيع المكره لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض. أمّا البيع الموقوف فلا يملك أحد فسخه إلاّ في حالات معيّنة، وإنما يملك من توقف البيع لمصلحته أن يجيزه فينفذ، فإن لم تلحقه الإجازة بطل دون فسخ.

ثانيا: في بيع المكره إذا تصرف المشتري بعد القبض تصرفا غير قابل للفسخ، كما لو كان المبيع عبدا فأعتقه، فإن حق البائع في الفسخ ينقطع، ويرجع على المشتري بالقيمة أو المثل ولا يرجع بالثمن المسمّى لفساد البيع. أمّا إذا كان الإعتاق قبل القبض، لم ينقطع حق البائع في الفسخ فإن فسخ سقط البيع والإعتاق، وإن أجاز بقي البيع وسقط الإعتاق لأن استناد الإجازة هنا مقتصر. وفي البيع الموقوف لمصلحة البائع إذا تصرف المشتري ولو تصرفا غير قابل للفسخ، فإن حق البائع في عدم إجازة هذا البيع لا ينقطع. فإذا لم يجز سقط البيع والإعتاق معا، ورجع على المشتري بالثمن المسمّى، لا بالقيمة أو بالمثل كما كان يرجع في بيع المكره على ما مرّ" (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 176).

[1061] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 177.

الفصل الثّاني
الإحكام في مرتبة الصّحيح

304. ما قلناه بشأن مرتبة الباطل يصحّ نقله هنا[1062]. فعملنا يقتضي المرور بثلاث محطّات متتالية هي: تحليل ما جاء بـ: م.ا.ع وفق تمشٍّ محدَّدٍ، والإتيان بالقانون الغربي وبالفقه الإسلامي، ومحاولة تقييم تلك المجلّة. لكن، بسبب تبنّي هذه المجلّة لما جاء بالقانون الغربي وتركها للفقه، سنلحق الجزء الأوّل من المحطّة الثّانية بالمحطّة الأولى، ونلحق الجزء الثّاني من المحطّة الثّانية بالمحطّة الثّالثة. كلّ هذا سيعطي عنوانين: واحد نعرض فيه حكم م.ا.ع (القسم الأوّل)، والثّاني نقيّم فيه هذا الحكم (القسم الثّاني).

القسم الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

305. هنا أيضا، ولكي تكون الصّورة كاملة، سنعرض عين الحكم (§1)، ثمّ مصدره (§2).

§ 1 عرض عين حكم مجلّة الالتزامات والعقود

306. إنّ حكم م.ا.ع يتمثّل في محلّ صُنِّف (أ) داخل صنفين (ب).

(أ) المصنَّف

307. إنّ المصنَّف عامّ وخاصّ:

◄ فأمّا العامّ فيتعلّق بالشّيء وبالشّخص وبالسّبب القريب. ثمّ إنّه، وداخل الشّيء، نجد الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات؛ أمّا داخل الشّخص فنجد الذّات والوصف؛ أخيراً، وبالنّسبة إلى السّبب القريب، نجد وصفه.

وإنّ هذا التّصنيف يهمّ الغلط التّلقائي والمُحْدَث. بعبارة أخرى جاء الفصل 45 بالنّسبة إلى الغلط التّلقائي في ذات الشّيء أو في نوعه أو في وصفه، وجاء الفصل 46 بالنّسبة إلى الغلط التّلقائي في ذات الشّخص أو في وصفه، وعمدوا كلّهم إلى نفس التّصنيف (القياس أو نيّة المشرّع يوصلان إلى نفس النتيجة بالنّسبة إلى الغلط في وصف السّبب القريب). أمّا بالنّسبة إلى الغلط المحدث فالتّصنيف جاء على يد نصّين هما 56 و60. ففي الأوّل نجد التّغرير الذي

[1062] انظر عدد 271 من هذا العمل.

يحدث غلطا في ذات الشّيء أو في وصفه الذّاتي أو غير الذّاتي، كما نجد التّغرير الذي ينجرّ عنه غلط في ذات الشّخص أو في وصفه، وكذلك التّغرير الذي ينتج غلطا في وصف السّبب القريب أو في السّبب البعيد الذي ليس شيئا ولا شخصا (إلخ)[1063]. أمّا في الثّاني، أي في الفصل 60، فنجد التّغرير الذي يحدث غلطا يحدث بدوره غبنا يتجاوز الثّلث[1064].

◄ فإذا مررنا إلى المصنَّف الخاصّ، وجدنا الشّيء حين نُظِّم الغلط فيه مرّة ثانية تحت اسم آخر غير الغلط[1065]. فهذا الغلط خضع بدوره لتصنيف، لكن داخل صنف مختلف عن ذاك الذي خضع له الشّيء وغيره. هذا ما يبرّر الحديث عن صنفين.

(ب) الصّنفان

308. إنّ هذين الصنفين يهمّان الغلط المنظّم مرّة ثانية من جهة، والغلط التّلقائي والمحدث الذين نجدهما بالفصول 45 و46 و56 و60 من جهة أخرى:

(1) الصّنف الخاصّ بالغلط المنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات والعقود

309. إذا بدأنا من حيث انتهينا منذ قليل، أي من الغلط المنظّم مرّة ثانية تحت اسم آخر غير الغلط، وجدنا م.ا.ع قد وضعته في صنف أسمته الفسخ في الصّياغة العربيّة والفرنسيّة[1066].

310. وإنّ التّمشّي المعتمد في هذا العمل يقتضي إحضار المعنى اللغوي، ثمّ البحث بعد ذلك عن نيّة المشرّع:

وفي اللغة الفسخ هو النّقض[1067]، والحلّ[1068]. وكما يُلاحَظ نحن أمام معنى وحيد. وينبغي البحث عن نيّة صاحب اللفظة لكي نأخذ بهذا المعنى بصفة نهائيّة، أو لكي نغادره بصفة نهائيّة.

[1063] انظر عدد 227 وما بعده من هذا العمل.
[1064] انظر عدد 254 وما بعده من هذا العمل.
[1065] انظر عدد 88 وما بعده من هذا العمل.
[1066] اللفظة المستعملة في الصياغة الفرنسية هي résolution، وقد ترجمها قاموس المنهل (مرجع سابق) إلى الفسخ.
[1067] جاء في المعجم العربي الحديث لاروس (مرجع سابق): فسخ، فسخا الشّيء:

لكن ينبغي قبل هذا أن نشير إلى رجحان احتمالين: فإمّا أن نجد المشرّع قد نوى في الفصل 647 وما بعده الأخذ بجزاء خيار الوصف وخيار العيب كما يعرفه الفقه الإسلامي، وعندها يكون قد وضع الغلط في الوصف غير الذّاتي في صنفين: واحد غربي وهو الذي نجده بالفصل 45 وآخر شرقي. وإمّا أن نجد المشرّع قد قصد الأخذ بالمؤيِّد الموجود بالمجلّة المدنيّة الفرنسيّة التي – وبعد أن وضعت الفصل 1110 – تأثّرت بـ:"بوتييي" (الذي يلحق الضّمان بالالتزام بالتّسليم) ووضعت أحكام العيوب بعد أحكام التّسليم[1069]، أي في إطار مرحلة التّنفيذ[1070]. فإذا تحقّق هذا الاحتمال الثّاني يكون المشرّع التّونسي قد وضع الغلط في الوصف غير الذّاتي في صنفين، لكن هذه المرّة غربيّين: والمقصود البطلان النّسبي من جهة، وحلّ العقد الصّحيح بصفة رجعيّة بسبب عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته من جهة أخرى[1071].

ولقد قلنا سابقا إنّ نيّة واضع الفصول647 وما بعدها من م.ا.ع قد اتّجهت نحو الأخذ من فرنسا[1072]. وهذا يرجّح كون لفظة الفسخ الواردة بالفصل 655 لا تدخل في منظومة المؤيِّدات التي وضعها الفقه الإسلامي، بل في تلك التي نجدها في القانون الفرنسي. ومعلوم أنّ لهذه اللفظة في هذه المنظومة معنيين: أوّلهما عامّ وهو إعدام عمل قانوني، وثانيهما خاصّ وهو حلّ رجعي مبدئيّا لعقد ملزم لجانبين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطإ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشّيء[1073]. ويبدو أنّ م.ا.ع قد أرادت من لفظتها هذا المعنى لا ذاك. والحجّة هي موقع هذه

فرقه. ــ المفصل: أزاله عن موضعه. ـــ العقد: نقضه. ـــ رأي فلان: أفسده".

[1068] انظر معجم اللغة الفرنسية "روبار الصغير1" (مرجع سابق) حيث تجد:" .... Résolution dissolution, désagrégation .... action de résoudre"

[1069] "بوتييي"، البيع، عدد 202 حسب "قيستان"، مفهوم الغلط ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد275.

[1070] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ط 3، ج 24، عدد 277 حسب "قيستان"، مفهوم الغلط ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد275.

[1071] "قيستان"، مفهوم الغلط ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد275.

[1072] انظر عدد 102 وما بعده من هذا العمل.

[1073] "كورنو" ("جيرار") (تحت إدارة)، معجم "المصطلح القانوني" (باللغة الفرنسية). ، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، ط 2، 1990.

CORNU (Gérard) (sous la direction de), Vocabulaire juridique, Paris, P.U.F., 2ème éd, 1990.

الفصول مباشرة بعد أحكام التّسليم، هذا الموقع الذي اتّبعت فيه م.م.ف التي اتّبعت بدورها "بوتييي"[1074].

فإذا صحّت هذه الحجّة أمكن القول إنّ م.ا.ع وضعت الغلط في وصف غير ذاتي (لأنّ الفصل 647 وما بعده، كما تقدّم، هو للوصف غير الذّاتي[1075]) في صنف الجزاء المتحدّث عنه للتّوّ.

لكنّ الغلط في وصف غير ذاتي وغيره من صور الفصل 45 والفصل 46 (وأيضا صورة وصف السّبب القريب) وكذلك تغرير الفصل 56 والفصل 60 قد وضعتهم المجلّة في صنف آخر.

(2) الصّنف الخاصّ بالغلط التّلقائي والمُحْدَث المنظّم بالفصول 45 و46 و56 و60 من مجلّة الالتزامات والعقود

311. استعمل الفصل 45 والفصل 46 والفصل 56 والفصل 60 في صياغتهم العربيّة نفس العبارة (الفسخ)، لكن وقبلهم استعمل الفصل 43 لفظة أخرى (قابليّة الإبطال).

أمّا في الصّياغة الفرنسيّة فنجد بالفصول 45 و56 و60 نفس العبارة (rescision) وبالفصل 46 عبارة ثانية (résolution)، وقبل كلّ هؤلاء نجد بالفصل 43 عبارة مختلفة هي (annulable). والسّؤال دوما حين تكثر الألفاظ، هل أريد تكثير المعنى؟

[1074] هنالك احتمال ضعيف وهو أن تكون م.ا.ع قد أخذت بفسخ الفقه الإسلامي. عندها تكون دائما قد وضعت الغلط في وصف غير ذاتي في صنفين. لكن هذا الاحتمال مرجوح. نعم لم نجد بالنية المباشرة ما يمكننا من القول بالموقف الوارد بالمتن، ولكن هذا الموقف أرجح بسبب حجة موقع النصوص وحجة أخذ التنظيم مرة ثانية من الفرنسيين. لكن احتمال الأخذ من الفقه وإن كان مرجوحا فهذا لا يعني أن لا يوجد بتاتا والسّبب أن الفصل 766 من المشروع المُرَاجع أشار إلى مراجع إسلامية. لكن بدا لنا أن هذه الإشارة همت مسألة تدخل القاضي في الجزاء لا الجزاء في نفسه. لذلك قلنا إن احتمال الأخذ من الفقه الإسلامي جزاءه ضعيف ومرجوح.
وهنالك احتمال آخر وهو أضعف بكثير من سابقه وحاصله أن فسخ (résolution) 674 هو نفسه فسخ 45 (والذي يسمّى في الصياغة الفرنسية لهذا النص rescision، ولكن له اسم ثان موجود بـ: 49 وهو résolution). وفي فرنسا قال بموقف كهذا:"دومولومب" (ج 24، عدد 107). لكن هذا الاحتمال بعيد جدا لأن هذا الفقيه لم يستعمل لا في نصوص العيوب ولا أيضا في الفصل 50 من المشروع المُرَاجع (يقابله 45 م.ا.ع).

[1075] انظر عدد 102 من هذا العمل. ولأنّ الفصل 647 وما بعده للوصف غير الذاتي لم نتحدث في الفصل السابق عن صنفين، لأن الذي ورد بذلك الفصل هو الغلط في الوصف الذاتي، وهذا لا يسقط – أو على الأقلّ لم يرد المشرع أن يسقط (لأننا رأينا أن الأمر يختلف بحسب اختلاف زاوية النظر) - في عنوان "ضمان عيوب المبيع".

312. قد ينبغي هنا أن نوسّع دائرة عملنا فنبحث في نماذج من نصوص م.ا.ع عن كلمة باطل وبطلان وقابل للإبطال وما يقابلها في الصّياغة الفرنسيّة من جهة، وعن لفظة فسخ وما يقابلها في نفس الصّياغة الفرنسيّة من جهة أخرى:

◄ الفصل 16 (باطل / n'ont aucun effet)، الفصل 43 (يقبل الإبطال / annulable)، الفصل 64 (يبطل / nulle)، الفصل 66 (باطل مطلقا / nullité absolue)، الفصل 117 (باطل / nulle)، الفصل 118 (باطل / nulle)، الفصل 119 (باطل / nulle)، الفصل 130 (باطل لا عمل عليه / non-avenue)، الفصل 138 (باطل / nulle)، الفصل 147 (بطلان أو فساد / nul ou révoqué)، الفصل 201 (باطل / nulle) الفصل 202 (باطل / nul)، الفصل 203 (باطلة / nulle)، الفصل 236 (فسخه أو إبطاله / nullité ou résolution)، الفصل 325 (باطل من أصله ولا عمل عليه / nulle de plein droit, ne produit aucun effet)، الفصل 326 (بطل / nullité)، الفصل 327 (بطلان / nullité)، الفصل 328 (بطل / nulle)، الفصل 329 (الباطل من أصله / nulle de plein droit)، الفصل 335 (بطلان / nullité)، الفصل 338 (القابل للإبطال / rescindable)، الفصل 1475 (بطلان أو فسخ / nullité ou rescision)، إلخ.

◄ الفصل 8 (فسخ / rescision)، الفصل 10 (فسخ / peut être attaqué)، الفصل 44 (فسخ / rescision)، الفصل 45 (فسخ / rescision)، الفصل 46 (فسخ / résolution)، الفصل 49 (فسخ / résolution)، الفصل 121 (فسخه / le résilier)، الفصل 123 (الفسخ / résilier)، الفصل 236 (فسخه أو إبطاله / nullité ou résolution)، الفصل 330 (الفسخ / rescision)، الفصل 336 (فسخ / rescision - acte annulé)، الفصل 623 (فسخ / résilier)، الفصل 640 (فسخ / résolution - résilier)، الفصل 641 (الفسخ / résolution-résilier)، الفصل 655 (فسخ / résolution)، الفصل 701 (فسخه / s'en départir)، إلخ[1076].

[1076] إن الذي قدمناه أنموذج ليس إلاّ، ثم إنه كان بالإمكان الانطلاق من اللفظة الموجودة في الصياغة الفرنسية لنجد كلمات أخرى عربية غير الفسخ والإبطال (مثلا: الفصل 977: résolution judiciaire / انحلال بحكم الحاكم. الفصل 976: résolution /فسخ وrésiliation consentie par les parties /إقالة. إلخ) قارن ما

313. وما يلاحظ في هذا الأنموذج أنّ الكلمة العربيّة "باطل" قد استعمِلت، ضمن ما استعمِلت فيه، كترجمة للكلمة الفرنسيّة rescision؛ كما أنّ اللفظة العربيّة "فسخ" قد استعملت كترجمة لعدّة كلمات فرنسيّة منها rescision، ومنها résolution، ومنها résiliation، ومنها nul، إلخ[1077].

314. وقد يقال بعدم التّضييق على صاحب النّص، وبأن على القارئ الاهتمام بالمعنى لكي لا يتحيّر أمام تكثّر اللفظ. وقد يقال بالمضايقة على صاحب النّص، لكي يسهّل على القارئ مهمّته خاصّة إذا كان هذا النّص ذا طبيعة قانونيّة. وعلى كلٍّ فنحن أمام واقع هو كثرة الألفاظ في م.ا.ع، والمطلوب منّا – نظرا للتّمشي الذي يحكم هذا العمل، وسواء كنّا أمام عدّة كلمات أو أمام واحدة – البحث في نيّة المشرّع، وذلك بالنّسبة إلى النّصوص التي تمثّل موضوع دراستنا.

ويمكن القول بمجرّد إلقاء نظرة على الفصلين 43 و45 مثلا في صياغتهما العربيّة إنّ لفظتي قابل للإبطال وفسخ مترادفتان.

كما يمكن القول – وِفْق نفس الطّريقة، ومن خلال الصّياغة الفرنسيّة للفصلين 45 و46 من جهة وللفصل49 من جهة أخرى، وباعتبار أنّ هذا تضمّن أولئك – إنّ الكلمة الفرنسيّة rescision استعملها المشرّع مرادفة للكلمة الفرنسيّة résolution. وإذا أضفنا إلى نظرة العين، نظرة في معنى كلمة résolution وهو عامّ ويفيد كلّ ضرب من ضروب حلّ العقد[1078] وخاصّ ويفيد حلّ عقد صحيح ملزم لجانبين بسبب عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته[1079]، قلنا إنّنا وفي الفصول 45 و46 و49 لسنا أمام لفظتين مترادفتين بل أمام لفظة عامّة هي résolution وأمام لفظة تجسّد أحد المعاني الداخلة في ذلك العامّ وهي لفظة rescision.

سيأتي هنا مع ما سيأتي بـ: عدد 327 وما بعده.

[1077] سنجد لاحقا ما يبرّر استعمال المشرّع التونسي لعبارة الفسخ (جاء بها من الفقه) كترجمة للبطلان النسبي { سنجد أنّ خيار العيب وبعد القبض يلزم فيه حكم العقد، ومن ثمّ وللتخلص من العقد ينبغي **فسخه** بالتقاضي (أو بالتراضي). بل إننا سنجد زيادة على هذا الشبه بين الخيار والبطلان النسبي، شبها بين ما سبق والشرط الفاسخ.

[1078] انظر إلى معجم "المصطلح القانوني" (مرجع سابق باللغة الفرنسية)
وانظر أيضا إلى أحد الذين استعملهم المشروع المُرَاجع وهو يورد الكلمة في هذا المعنى العامّ: "تولييي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 3، عدد 91 وما بعده (ويطلقها حتى على البطلان بقوة القانون).

[1079] انظر إلى معجم "المصطلح القانوني" (مرجع سابق باللغة الفرنسية).
وانظر إلى: "تولييي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 7، عدد 539.

فإذا قبِل ما سبق، تكون الكلمتان العربيّتين "القابل للإبطال" و "الفسخ" مترادفة. وكذلك الأمر بالنّسبة إلى اللفظتين الفرنسيّتين annulable و rescision. ثمّ إنّ الكلمة الفرنسيّة résolution تؤدّي في أحد معانيها نفس ما تؤدّيه الألفاظ السّابقة[1080].

315. والسّؤال الآن هل أنّ الألفاظ السّابقة تفيد البطلان النّسبي ؟

ينبغي، كي نصل إلى الجواب، أن نبحث عمّا أراده المشرّع في الفصل 330. وينبغي أن نبدأ من المشروع. ومن ينظر في هذا يجده خاليا من عنوان يهمّ البطلان بقوّة القانون. لكن فيه نصوص تساوي تقريبا الفصل 330 وما بعده من م.ا.ع، وجاءت تحت عنوان هو دعوى البطلان أو الفسخ[1081]، وهو نفس العنوان الذي نجده فوق النّص الإيطالي والنّص الفرنسي المشار إليهما في الحاشية والذين يهمّان عيوب الرّضا والأهليّة.

ثمّ إنّه بعد ذلك روجع المشروع، وجُمِعت نصوص البطلان بقوّة القانون مع بعضها البعض وقُرِّبت من النّصوص التي كانت موجودة بالمشروع. وهذا ما جعل المُراجِعين يدخلون تحويرات على صعيد العناوين: فجاؤوا بعنوان كبير هو البطلان والفسخ[1082]. ويلاحظ أنّ هذا العنوان مختلف عن الذي كان موجودا بالمشروع. فقد اختفت منه لفظة الدّعوى وعوّض فيه حرف "أو"[1083] بحرف "الواو"[1084]. والسّبب أنّه صار عنواناً لمادّتين: أولاهما جديدة (بمعنى أنّها لم تكن ذات عنوان مستقلّ بها في المشروع) وهي البطلان بقوّة القانون وقد أعطيت عنوانا هو البطلان[1085]؛ وثانيتهما قديمة (بمعنى أنّها كانت ذات عنوان مستقلّ بها في المشروع وهو عنوان دعوى البطلان أو الفسخ). لكنّ هذه المادّة

[1080] هنالك لفظة أخرى مرادفة لما سبق وهي الرّد restitution. وقد يقال إن الرّد نتيجة للمؤيد وليس المؤيد نفسه. لكن من يرجع إلى "توليي" يجده يتحدث عن عيوب الرضا ويقول انها موجبة لـ: rescision و لـ: restitution، كما يقول ان هاتين الكلمتين جاءتا من عند الرومان: "مرجع سابق، (باللغة الفرنسية)، ج 7، عدد 521 و522. انظر أيضا إلى: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 18،عدد 528.

[1081] De l'action en nullité ou en rescision

[1082] de la nullité et de la rescision de l'obligation.

[1083] Ou. انظر إلى معناه بمعجم "روبار الصغير1" (مرجع سابق) والمتمثل في التعادل بين أشكال تفيد نفس الشّيء:

« Equivalence de formes désignant une même chose ».

[1084] Et. انظر إلى معناه المتمثل في مطلق الجمع بمعجم "روبار الصغير1" (مرجع سابق).

[1085] De la nullité des obligations.

القديمة أعطيت عنوانا جديدا هو الفسخ[1086]. وهكذا اختفى من عنوان المادّة القديمة لفظ البطلان الذي كان يصاحب لفظ الفسخ لأنّ لفظ البطلان صار عنوان المادّة التي أسميناها من قبلُ جديدة. هذه المادّة الجديدة قلنا سابقا إنّ المشرّع أراد بها البطلان المطلق[1087].

والسّؤال ماذا أراد بالمادّة القديمة وجودا الجديدة عنوانا؟ إنّ الباحث في المراجع المشار إليها بحاشية أوّل نصّ جاء تحت هذا العنوان وهو الفصل 377 يجد إشارة إلى "لوران" في مكان يحدّثنا فيه عن الفصل 1304 م.م.ف[1088]. وكان «لوران" قد أسمى وفي مكان آخر ما جاء بهذا النّص بطلانا نسبيّا[1089]. وعلى هذا يمكن القول إنّ نيّة صاحب الفصل 330 من م.ا.ع قد ذهبت نحو وضع هذا الجزاء أو المؤيِّد.

316. ومن ينظر إلى هذا الفصل 330، يجده يشير إلى الفصل 43. هذا يعني أنّ الغلط التّلقائي الذي نحن بصدده – والمقصود ذات الشّيء، والذّاتيّات، وغير الذّاتيّات، وذات الشّخص، ووصفه – موجب للبطلان النّسبي (بالنّسبة إلى وصف السّبب القريب هو موجب للبطلان النّسبي بمقتضى القياس أو نيّة المشرّع). كذلك الأمر بالنّسبة إلى الغلط المحدث. فصورة الفصل 56 تدخل ضمن الفصل 43 أمّا صورة الفصل 60 فأشير إليها صراحة بالفصل 330.

وينبغي أن نلاحظ أن ثمّ اختلافا بين الصّياغة العربيّة والصّياغة الفرنسيّة للفصل 330. ففي هذه ثمّ حالتان يكون فيها العقد باطلا: أولاهما صور الفصول التي تمّ تعدادها، وثانيتهما "في الصّور الأخرى التي حدّدها القانون"[1090]. هذه الحالة الثّانية غير موجودة بالصّياغة العربيّة. وقد يقال إنّ تخصيصها لا يفيد الاختصاص ومن ثمّ تدخل صور أخرى بهذه الصّياغة العربيّة ومنها صورة الفصل 59 وغيرها. وقد يمكن تدعيم هذا القول من طريق آخر هو نيّة المشرّع المعبّر عنها مباشرة. فلقد جاء بالفصل 377 من المشروع المُرَاجع حديث عن

[1086] De la rescision des obligations.

[1087] انظر عدد 286 من هذا العمل.

[1088] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 19، عدد 27.

[1089] "لوران "، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 458 – ويمكن أن نأخذ كحجة أخرى إشارة الحاشية التحتية للفصل 372 إلى "أوبري" و"رو" (ج 4، عدد 334)، وهذان أسميا صورة عيوب الرضا وغيرها بصورة بطلان نسبي.

[1090] والعبارة لـ: 330 في صياغته الفرنسية: « et dans les autres cas déterminés par la loi… »

الصّورة الثّانية، ويمكن القول إنّها أريدت لكنّها سقطت في عمليّة التّرجمة، والدّليل أنّ الصّياغة الفرنسيّة للفصل 330 قد حوتها. فلو أريد تركها عن عمد لجاء ذلك أيضا في هذه الصّياغة الفرنسيّة للفصل 330. هذه الحجّة، مع سابقتها، تتظافران للوصول إلى كون المشرّع أراد حالتين في الفصل 330 (التّحليل الوارد للتّوّ ينطبق على الفصل 60. فالصّياغة العربيّة لم تحوه، أمّا الصّياغة الفرنسيّة فتضمّنته). والسّؤال لِمَ الحالتان والحال أنّ المشروع ومثله الفصل 1304 م.م.ف لم ترِد بهما الحالة الأولى؟ جواب هذا السّؤال، كجواب أسئلة أخرى سبقت، ينبغي البحث عنه في ... فرنسا ... في القرن التّاسع عشر. وفعلاً يستخلص من الأعمال التّحضيريّة للمجلّة المدنيّة الفرنسيّة أنّ محكمة التّعقيب اقترحت وضع نصّ فيه ذكر للقاصر، وللغلط، وللتّغرير، وللإكراه، إلخ. وتبنّى مجلس الدّولة هذا النّص الذي أخذ الرّقم 1304، لكنّه محا منه تعداد الحالات لأنّه وجده غير ضروري أو خطيرا إذ يُحتمل أن يؤخذ هذا التّعداد على أنّه للحصر. ويبدو أنّ المشروع التّونسي قد وُضِع على أساس ما رآه مجلس الدّولة الفرنسي فلم يجئ به تعداد. أمّا المشروع المُرَاجَع (ومن بعده م.ا.ع) فيبدو أنّه – وإن قال بما جاء به مجلس الدّولة حين تكلّم عن حالات حدّدها القانون – فإنّه لم يشأ أن يترك رأي محكمة التّعقيب فجاء أيضا بالتّعداد. بعبارة أخرى: عمد المشروع المُرَاجَع (ومن بعده م.ا.ع) إلى إيراد قائمة، وإلى إيراد ما يحول دون أن تؤخذ هذه القائمة على أنّها للحصر. إذن ها نحن نجد – على غرار الفصل 325 م.ا.ع الذي وجدنا فيه بصمة فرنسيين[1091] – بالفصل 330 بصمة فرنسي أوّل على مستوى إيراد القائمة، وبصمة فرنسي ثان على مستوى إيراد ما يحول دون أخذ القائمة على أنّها للحصر[1092]. لكنّ الفرق بين وجدناه سابقا على مستوى الفصل 325 وما نجده الآن على مستوى الفصل 330 أنّ البصمة الموجودة في الفصل 325 هي لفقهاء، أمّا هنا في الفصل 330

317. ممّا سبق فالبصمة لمحكمة التّعقيب الفرنسيّة ولمجلس الدّولة الفرنسي.يخلص أنّ الفصل 330 يمكن أن يحوي في جزئه الثّاني الفصل 59

[1091] انظر عدد 285 من هذا العمل.
[1092] انظر حول الأعمال التحضيرية لـ: 1304 م م ف: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461.

وغيره[1093]، زيادة على كونه يحوي في جزئه الأوّل الغلط التّلقائي في الشّيء وفي الشّخص، والغلط المحدث فيهما وفي وصف السّبب القريب وفي السّبب البعيد الذي ليس شيئا ولا شخصا، وكلّ هذا بسبب إشارة ذلك الفصل 330 إلى الفصل 43 الذي تحدّث عن الغلط وعن التّغرير.

كما يخلص ممّا سبق كون هذه الصّور أريد، من خلال إدخالها في الفصل 330، أن توضع في صنف البطلان النّسبي أو صنف الصّحّة المؤقّتة[1094]. هذا القول ينبئ بعدُ بالمصدر الذي أخذت منه م.ا.ع موقفها.

§ 2 عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود

318. لأنّ حكم م.ا.ع يتمثّل في مصنَّف داخل صنفين، فمصدر هذا الحكم، وهو سابق في هذا للحكم، يتمثّل بدوره في مصنَّف (أ) داخل صنفين (ب).

(أ) المصنَّف

319. إنّ المصنَّف هنا أيضا عامّ وخاصّ:

◄ فأمّا العامّ فسنتتبّعه من خلال "لوران"[1095] الذي جاء بما حدث أثناء ولادة م.م.ف. وقد قال – وهذا أشرنا إليه سابقا – إنّ محكمة التّعقيب اقترحت نصّا فيه تصنيف للغلط التّلقائي[1096]، والمحدث، ولغيرهما. ويقول إنّ "دعوى البطلان بسبب عدم أهليّة الشّخص الملتزم، أو بسبب عدم إتيان شكليّة اشتُرِطت في التّفويت في أموال القصّر، أو بسبب الغلط والإكراه والتّغرير، مدّتها عشر سنوات"[1097]. ولقد تبنّى مجلس الدّولة هذا التّصنيف على صعيد الأصل لكن رفضه شكلا. بعبارة أخرى قبِل مجلس الدّولة التّصنيف، لكن رفض أن يُذكر المصنَّف بالاسم. ورأيه هو الذي صار فيما بعد الفصل 1304 م.م.ف.

[1093] الفصل 568 وغيره.
ولقد رأينا أيضا 325 يحوي صورة أولى هي لما جاء بالفصل 2 وصورة ثانية يمكن أن نضع فيها 566 و567 وغيرهما (انظر إلى عدد 285 من هذا العمل).

[1094] انظر عدد 270 من هذا العمل.

[1095] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461 وما بعده.

[1096] إننا لا نستطيع القول بأن هذا أريد أو لم يرد أن يدخل فيه الغلط في وصف السّبب القريب.

[1097] « L'action en nullité, soit pour cause d'incapacité dans la personne qui s'est obligée, soit pour omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs, soit pour cause d'erreur, de violence ou de dol, dure dix ans »

ونجد عند "لوران" حجّة على ما سبق، هي تقرير "جوبار" في فترة إعداد المجلّة. فلقد بدأ "جوبار" بالتّذكير بمحتوى الفصل 1108 الذي وضع أربعة شروط أساسيّة هي: الرّضا والأهليّة والموضوع والسّبب. لكنّه قال إنّ هنالك شروطا أخرى لا يمنع غيابها العقد من أن ينشأ. في هذا الإطار يذكر "جوبار" الأهليّة وعيوب الرّضا (ما يهمّنا فيما ذكره "جوبار" الغلط والتّغرير أو على الأقلّ بعض الغلط وبعض التّغرير).

زيادة على ما سبق نجد عند "جوبار" ما يفيد بأنّ هذا التّصنيف الذي يضع هذه الأشياء مع بعضها البعض ليس جديدا إذ يقول: "لقد كان من المستحيل عدم الاحتفاظ بالتّفرقة القديمة بين الأعمال التي توصف خطأ بالعقد والتي لا تنتج أبدا دعوى، والعقود التي تحوي التزاما وكأثر لهذا مبدأ دعوى. ففي هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن نقول ليس ثمّ التزام، بل علينا الاكتفاء بالتّصريح أنّ الذي أبرم الالتزام يمكنه طلب إبطاله"[1098]. فإذا محونا من قول "جوبار" ما لا يهمّنا على الأقل الآن، أمكن القول إنّ التّصنيف الذي نحن بصدده لم يأت مع م.م.ف، بل هو سابق لها.

◄ ونفس القول يصحّ في حقّ التّصنيف الخاصّ. فلقد رأينا الرّومان يوجدونه[1099]، ومن بعدهم م.م.ف تقول به إلى جانب ما وضعته في الفصل 1110[1100].

وإنّ هذا التّصنيف، إلى جانب سابقه، قد أعطى هنا أيضا، بل هنا قبْلا، صنفين.

(ب) الصّنفان

320. ◄ إذا بدأنا بالصّنف الخاصّ وجدنا "ڤيستان" يقول إنّه و"اتّباعا لتقليد يرجع إلى ... (الرّومان) ... سمح واضعوا المجلّة المدنيّة للمشتري بأن

[1098] « Il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrat et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation, et conséquemment le principe d'une action. Dans ce dernier cas, on ne peut pas dire qu'il n'y avait pas d'obligation, on devait se borner à déclarer que celui qui avait contracté l'engagement en pouvait demander la nullité. ».

[1099] انظر عدد 90 من هذا العمل.

[1100] انظر عدد 92 وما بعده من هذا العمل.

يطلب إمّا فسخ البيع وإمّا إنقاص الثّمن إذا كان في المبيع عيب يجعله غير صالح للاستعمال المقصود. ثمّ إنّه وبعد ذلك، ظهر تشريع خاص ينظّم هذا الضّمان في مادّة بيع ومعاوضة الحيوانات الأهليّة. وإنّ محرّري المجلّة المدنيّة، بوضعهم لأحكام الضّمان بعد نصوص التّسليم، اتّبعوا "بوتييي" الذي يلحق الضّمان بالالتزام بالتّسليم. فقد كتب هذا أنّ من يلتزم بتسليم شيء يلتزم بتسليمه وهو مُجْد، إذ لا فائدة من تسليم المشتري شيئا لا يصلح له في أيّ استعمال. وهذه النّظرة المشتقّة من مبدأ حسن النّيّة في تنفيذ العقود هي محلّ تأكيد من بعض المؤلّفين"[1101]. يخلص من هذا المقتطف أنّ الصّنف يتمثّل في الفسخ وتحديدا في الحلّ الرّجعي مبدئيّا لعقد ملزم لجانبين والذي نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه[1102].

321. لكن هنالك في الغرب من يصنّف الشّكل الثّاني للغلط في نفس الصّنف الذي يضع فيه الشّكل الأوّل لهذا الغلط. ونقصد هنا "دومولومب" الذي قال إنّ الغلط في وصف غير ذاتي وعيب الشّيء أمر واحد، بل إنّه تحدّث عن "غلط في مجرّد العيوب"، وذكر أنّ القاعدة ألاّ يوجب بطلانا[1103]." لكن على

[1101] "ڤيستان"، مفهوم الغلط ... مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 275:
« Suivant une tradition qui remonte à l'Edit des édiles curules de Rome, les rédacteurs du code civil ont autorisé l'acheteur à demander soit la résolution de la vente, soit une diminution du prix lorsque la chose vendue comportait un défaut caché la rendant impropre à l'usage prévu. Par la suite, une législation spéciale est apparue pour réglementer cette garantie dans les ventes et échanges d'animaux domestiques. Les rédacteurs du Code Civil, en situant les dispositions sur la garantie à la suite des textes sur la délivrance, ont suivi POTHIER qui rattachait la garantie à l'obligation de délivrance. S'obliger à faire avoir une chose, écrivait cet auteur, s'est s'obliger à la faire utilement puisque, en vain, l'acheteur aurait-il la chose si elle ne pouvait lui être d'aucun usage. Cette conception, déduite du principe de la bonne foi qui doit régir l'exécution des contrats, est expressément affirmée par certains auteurs »

[1102] انظر إلى المعنى الخاص للكلمة الفرنسية résolution وذلك في معجم "المصطلح القانوني" (مرجع سابق باللغة الفرنسية).

[1103] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24، عدد 107. ولقد بدأ هذا الفقيه قوله بأنّ الفصل 1110 م م ف هو للوصف الذاتي ومن ثمّ فالوصف غير الذاتي لا يوجب مبدئيا بطلانا: "إن ما يمثل... غلطا في ماهية الشّيء حسب الفصل 1110 هو أنّ محل هذا الغلط وصف إن غاب تبدّلت ماهية الشّيء وصرنا أمام شيء آخر مختلف عن ذلك الذي أراد الأطراف التعاقد عليه ... وينتج عن هذا أن الأوصاف غير الذاتية، أي مجرد عيوب الشّيء التي لا تبدله ولا تمنع من أن تكون له نفس "الشّخصية" ونفس الاسم لا تمثل غلطا يمكن

العكس، وكاستثناء، تصبح هذه العيوب وفي بعض الاتّفاقات سبب بطلان إذا كانت، كما نقول، خفيّة (الفصل 1641 إلى 1649 ...) ... كخلاصة فإنّ نظريّة العيوب الخفيّة في الفصل 1641 وما بعده تتأسّس فلسفيّا على نفس دعامة نظريّة الغلط في الماهية الواردة بالفصل 1110 باعتبار أنّها تتعلّق بالاستعمال الذي هُيِّئ له الشّيء. لكن تلك (أي نظريّة العيوب) توسيع لهذه (أي نظريّة الغلط في الماهية) باعتبارها (أي نظريّة العيوب) تقبل ببطلان العقد من أجل مجرّد عيوب لا تبدّل من ماهية الشّيء، والتي (أي العيوب) ليست إلاّ أوصافا غير ذاتيّة"[1104].

والمتتبّع لنصّ "دومولومب" سيقول إنّ جزاء الشّكل الثّاني (العيوب) هو نفسه جزاء الشّكل الأوّل (الغلط)، بل سيقول إنّنا أمام شكلين بالاستناد إلى معيار النّصوص لا غير لأنّ هذا الفقيه تحدّث عن "غلط في العيوب"، أي سيقول – إذا استعمل ما نستعمل من عبارات – ليس ثمّ صنف خاصّ وعامّ، بل ثمّ صنف واحد هو الذي أسميناه العامّ.

322. ◄ لكن ما هذا الصّنف العامّ ؟ الجواب: البطلان النّسبي. وهو

أن يبطل العقد ... فالغلط إذن في مجرد العيوب، حتى وإن كانت خفية، ليس سببا للبطلان، تلك هي القاعدة..."
« Ce qui constitue … l'erreur sur la substance de la chose, d'après l'article 1110, c'est qu'elle tombe sur une qualité dont l'absence dénature, en effet, la substance même de la chose, et fait qu'elle est une chose autre que celle sur laquelle les parties ont voulu contracter, *aliud pro alio*. D'où il suit que les qualités accidentelles, les simples défauts ou vices de la chose, qui ne la dénaturent pas et qui n'empêchent pas qu'elle ait toujours la même individualité et le même nom substantif, ne constituent pas une erreur susceptible de faire rescinder la convention … Donc l'erreur sur les simples vices ou défauts de la chose, fussent-ils même cachés, n'est pas une cause de nullité du contrat. Telle est la règle … ».

[1104] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 24،عدد 107.
« … Mais au contraire, par exception, ces vices ou défauts deviennent, dans certaines conventions, une cause de nullité, lorsqu'ils sont, comme on dit, rédhibitoires (art 1641 à 1649 …) … En résumé donc, la théorie des vices rédhibitoires, dans les art 1641 et s, repose philosophiquement sur la même base que la théorie de l'erreur sur la substance, dans l'art 1110, en tant qu'elle s'attache à l'usage auquel la chose est destinée. Mais elle est une extension de cette théorie en tant qu'elle admet la rescision du contrat, pour de simples vices qui ne dénaturent pas la substance même de la chose, et qui n'en sont que des qualités accidentelles» .

جزاء يمسح عند البعض الغبن أيضا[1105]، أمّا عند البعض الآخر فلا[1106].

323. و"البطلان النّسبي" هو "ابن" لـ: "قابليّة البطلان" الرّومانيّة[1107]. ولقد رأينا سابقا أنّه وفي روما ثمّ قانونان: القانون المدني وفيه نجد البطلان أو الانعدام لو خلا العقد عن ركن أساسي[1108]، والقانون المنسوب إلى الحاكم الشّرعي الرّوماني. هذا القانون، وهو الذي يعنينا هنا، أوجد إجراءً لحماية بعض الأشخاص من عقود يعتبرها القانون المدني صحيحة. ويسمّى هذا الإجراء "الرّدّ بالكامل"[1109]، ويهمّ حالات عيوب الرّضا والقاصريّة (25 سنة).

وهنا لا يصرّح الحاكم ببطلان العقد لأنّ هذا مخالف للقانون المدني، بل يسمح للشّخص بأن يمْثُل أمامه. ثمّ، وبعد فحص قضيّته، وإن رأى أن تقبل، يقرّر – لا بمقتضى سلطته القضائيّة بل بمقتضى سلطة الأمر التي يملكها – الرّدّ لفائدة ذلك الشّخص، أي يقرّراعتبار العقد غير ذي أثر ضدّه[1110]. فهنا، وكما نرى، العقد صحيح، لكنّه يعدم وبصفة رجعيّة.

324. هذه "الثّنوية" في القانون الرّوماني وُجِد مثلها في القانون الفرنسي القديم. وفعلاً عرف القانون الفرنسي القديم تقسيمين متداخلين ببعضهما[1111].

فأمّا الأوّل فمعياره مصدر القاعدة التي يتأسّس عليها البطلان. في هذا القسم نجد فرعين:

أوّلهما فرع دعوى البطلان. ونجد فيه بطلان القانون المدني الرّوماني، والبطلان الذي قرّرته القوانين والأعراف الفرنسيّة. وهو بطلان يدعى بالقانوني.

[1105] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 450 وما بعده حيث لا نجد إلاّ قسمين وفي هذا الموقف تكون الكلمتان الفرنسيتان: nullité relative وrescision مترادفتين.

[1106] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، عدد 335 وفي هذا الموقف تكون الكلمتان الفرنسيتان غير مترادفتين، وتكون كلمة rescision خاصة بالغبن.

[1107] قارن مع: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 77.

[1108] انظر عدد 290 من هذا العمل.

[1109] Restitutio in integrum – restitution en entier انظر إلى "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 143.

[1110] لم نفعل هنا إلاّ أن جمعنا من جهة: "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 141 وما بعدها. ومن جهة أخرى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 77.

[1111] هنا سنتبع خاصة: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 77.
لكن سندقق أقوالهم على مستوى "دعوى البطلان" بما جاء عند: "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 4 وما بعده.

وثانيهما فرع دعوى الفسخ (rescision). ونجد فيه صورعقود صحيحة وِفْق منظور القانون المدني الرّوماني ووِفْق منظور القوانين والأعراف الفرنسيّة، لكن كان يقرّر في روما وفي شأن هذه الصّور الرّدّ بالكامل. وهنا نجد على سبيل المثال التّغرير والإكراه والغلط والغبن[1112].

وأمّا التّقسيم الثّاني – وهو متداخل بالسّابق كما تقدّم – فمعياره الأشخاص الذين يمكنهم القيام. وهنا نجد فرعين:

أوّلهما فرع البطلان الذي يمكن أن يطالب به كلّ معنيّ. ومن هنا جاءت تسميته بالمطلق لأنّه يعمّ كلّ معنيّ. هذا الفرع يتداخل بالفرع الأوّل السّابق. ومن هنا صارت أسماء البطلان القانوني، أو البطلان بقوّة القانون، إلخ، مرادفة لاسم البطلان المطلق، أي صارت كلّها مندرجة تحت حقيقة واحدة[1113].

وثانيهما فرع البطلان الذي لا يستطيع أن يطالب به إلاّ بعض الأشخاص. ومن هنا جاءت تسميته بالنّسبي لأنّه خاصّ ببعض النّاس. هذا الفرع يتداخل بالفرع الثّاني السّابق. ومن هنا صارت ألفاظ الفسخ rescision والبطلان النّسبي مترادفة، بل ومعها اسم الاسترداد[1114].

[1112] "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 77.

[1113] هنالك من جهة الألفاظ المترادفة وهي الأسماء المختلفة التي تطلق على مسمّى واحد ويتناوله كل واحد منها من حيث يتناوله الآخر (مثال: الليث والأسد)، ومن جهة أخرى الألفاظ المتباينة وهي الأسماء المختلفة التي تطلق على مسمّيات مختلفة (مثال: الليث والقلم) [بالإضافة إلى الألفاظ المتواطئة أو المطلقة والألفاظ المشتركة]. وينبّهنا الغزالي إلى أننا قد نطلق أسماء مختلفة على شيء واحد باعتبارات مختلفة فيظنّ أنّ تلك الأسماء مترادفة والحال أنها متباينة (مثال: السّيف والمهنّد والصّارم) [المستصفى، مرجع سابق، ج1، ص31 وما بعدها]. وهذا التنبيه من الإمام يجعلنا نقول إنّ اسم البطلان المطلق مباين لا مرادف لاسم البطلان القانوني. فمعنى الأول البطلان الذي يقوم به كل معنيّ. أمّا معنى الثاني فالبطلان الذي لا يحتاج إلى تقاضي. لكن ورغم ما جاء للتوّ وصفنا أعلاه – ووصفنا سابقا وسنصف لاحقا - تلك الألفاظ وغيرها بالمترادفة لأنها وفي الغالب حين تطلق يراد منها صنف البطلان. وهذا المعنى المراد يتناوله البطلان المطلق، إلخ من حيث يتناوله البطلان القانوني، إلخ. ملاحظة: ما قيل هنا يهمّ أيضا الصنف الآخر من البطلان وبعض أسمائه). انظر تأصيلا لما قمنا به عند الشيخ الدكتور عبد الهادي الفضلي، دروس في أصول فقه الإمامية، مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر الطبعة الأولى - 3 رجب / 1420 هـ، ص 459 و460: "...الاتحاد في العصر، فالمحدثون حين ينظرون إلى المترادفات ينظرون إليها في عهد خاص وزمن معين، وتلك النظرة هي التي يعبرون عنها بكلمة Synchronic، لا تلك النظرة التاريخية التي تتبع الكلمات المستعملة في عصور مختلفة، ثم تتخذ منها مترادفات، وهذه النظرة الأخيرة هي التي يسمونها Diachronic . فإذا بحثنا عن الترادف يجب أن لا نلتمسه في شعر شاعر من الجاهليين، ثم نقيس كلماته بكلمات وردت في نقش قديم يرجع إلى العهود المسيحية مثلا. فالمتنبّي حين استعمل (الصّارم والبتّار والهندي واليماني) لم يكن يعمد إلى كلمة (الهندي) وفي ذهنه صفات خاصة تصل ببيئة الهند التي صنع فيها، ولم يكن يعهد إلى كلمة (الصّارم) وفي ذهنه اعتبار آخر لا يراه في كلمة اخرى كالبتّار مثلا". انظر أيضا حول التّرادف: محمّد يونس علي (محمّد)، المعنى وظلال المعنى: أنظمة الدّلالة في العربيّة، دار المدار الإسلامي، 2007، ص 397 وما بعدها.

[1114] انظر عدد 323 من هذا العمل. وقد يقال إنّ الاسترداد هو نتيجة الجزاء وليس عينه. لكن وفي نهاية القرن

325. ثمّ ورثت المجلّة المدنيّة ما سبق من مصطلحات[1115]، بل وأيضا ما يرقد تحتها من أقسام. وهنا حصل – نظرا لكون المجلّة لم تكن صريحة[1116] – انقسام:

فالبعض تحدّث عن الانعدام، وعن البطلان وهذا فيه المطلق والنّسبي، وعن الفسخ (rescision) [1117].

والبعض عن الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النّسبي[1118].

والبعض عن الانعدام، والبطلان النّسبي[1119].

والبعض عن البطلان المطلق، والبطلان النّسبي[1120].

ويمكن أن نضيف البطلان بقوّة القانون، معارضين به ما تكلّم عنه الفصل 1117 من بطلان ليس بقوّة القانون[1121].

326. والمحصّلة من كلّ ما سبق أنّ الصّنف العامّ هو البطلان النّسبي أو غير ذلك من الأسماء التي تعبّر عن نفس المسمّى، وهو بطلان كما نرى لكن – بحسب تاريخه الرّوماني والفرنسي القديم – هو صحّة. بل إنّنا اليوم نتحدّث عن صحّة مؤقّتة[1122].

التاسع عشر كانت اللفظة تستعمل للتدليل على الجزاء نفسه [قرّب ما قيل من: "توليي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 7، عدد 522. وانظر إلى: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 18، عدد 528].

[1115] ومن بعدها مرّت التركة إلى م.ا.ع التي نجد فيها تلك المصطلحات (انظر عدد 280 وعدد 315 وما بعده من هذا العمل).

[1116] انظر "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 77 ولقد قال "لوران" [مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461] إن وضع المجلّة كان فرصة لوضع مبادئ دقيقة لكنها لم تنتهز.

[1117] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 1، عدد 37 (طبعة 1897) وج 4، عدد 332 وما بعده (طبعة 1878).

[1118] ينسب "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 143 هذا القول لـ:"بلانيول". أمّا اليوم فنجد "كربونيي" مثلا (الالتزامات، مرجع سابق باللغة الفرنسيّة، عدد 104) يقول بهذا التقسيم الثلاثي:

* ففي الانعدام يضع: غياب الرضا (الغياب التام- الغلط في ذات الشّيء وفي طبيعة العقد)، وغياب الموضوع، وغياب السّبب أو السّبب الخاطئ، وغياب الشكل في العقود الرسمية.

* وفي البطلان المطلق يضع: الموضوع غير الممكن وغير المعيّن وغير الجائز وغير الأخلاقي.

* وفي البطلان النسبي يضع: البطلان النسبي في المعنى الضيق (اختلال العقل – عيوب الرضا- انعدام الأهلية – الغبن) والفسخ rescision.

[1119] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15،عدد 450 وما بعده.

[1120] انظر إلى من هاجمهم "لوران" مثلا في: ج 15، عدد 450 وما بعده.

وانظر إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 78.

[1121] جاءت م.ا.ع بالعكس فتكلمت في الفصل 325 عن بطلان بقوّة القانون. ويمكن للمرء أن يأخذ صور الفصل 330 ويسميها – معارضا الاسم الوارد بالفصل 325 - بطلانا بغير قوّة القانون.

[1122] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 143.

أمّا الصّنف الخاصّ فإمّا أنّه غير موجود لو اتّبعنا "دومولومب"، وإمّا أنّه قائم لو اتّبعنا غيره. ويتمثّل هذا الصّنف في حلّ العقد من أجل عدم تنفيذ أحد الالتزامات فيه.

هذا هو مصدر م.ا.ع، وهي – وهذا منتظر – مثله. ومن يستقبل الغرب هنا يستدبر الشّرق. وإنّنا سنحاول الآن الإتيان بهذا الشّرق في إطار محاولة الحكم على م.ا.ع وربطها بمسألة الإحكام التي نعمل عليها.

القسم الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود

327. وضعت م.ا.ع، بالنّسبة إلى صورةٍ، صنفين من الجزاء أو المؤيِّدات: واحدا خاصّا بها والثّاني يعمّها وغيرها. أمّا بقيّة الصّور فوضعت المجلّة في شأنها الجزاء العامّ. لذا سنحاول تقييم حكم المجلّة على مستوى وجود صنف عامّ وإلى جانبه صنف خاصّ (§1)، ثمّ على مستوى اختيار الصّنف العامّ (§2).

§1 تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى وجود صنف عامّ وإلى جانبه صنف خاصّ

328. يتعلّق الأمر هنا بصورة الوصف غير الذّاتي للشّيء. فالغلط التّلقائي فيه يوجب حسب الفصل 45 فسخاً (rescision حسب الصّياغة الفرنسيّة)، أي بطلاناً نسبيّاً[1123]؛ ويوجب حسب الفصل 655 فسخاً (résolution حسب الصّياغة الفرنسيّة)، أي حلاّ رجعيّاً مبدئيّاً لعقد ملزم لجانبين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشّيء[1124].

وإنّ الأمر لهو كذلك بالنّسبة إلى الغلط المحدث الذي له نفس المحلّ: فهو يوجب بطلاناً نسبيّاً حسب الفصل 56، وفسخاً حسب الفصل 655[1125].

على هذا نحن أمام مرتبتين: "فالفسخ مثل البطلان يؤدّي مبدئيّا إلى الإعدام الرّجعي للعقد. لكن لذلك (الفسخ) أساس مختلف عن هذا (البطلان). فالبطلان يعاقب مخالفة حصلت وقت نشأة العقد، أمّا الفسخ فيتسلّط على عقد

[1123] انظر عدد 319 من هذا العمل.
[1124] انظر عدد 314 من هذا العمل.
[1125] تحدث 655 عن صورة علم البائع بعيوب المبيع وهنا يكون كاتما أي مغرّرا.

تكوّن بدون مخالفات وذلك بسبب حوادث حصلت بعد النشأة: عدم تنفيذ طرف لالتزاماته (أو) تحقّق حدث كان الأطراف قد جعلوه شرطا فاسخا للعقد"[1126].

329. وللحكم على م.ا.ع التي وضعت هاتين المرتبتين ينبغي إحضار الفقه الإسلامي. ويبدو أنّ هذا بدوره يضع درجتين: البطلان وعدم اللزوم. وفعلا فإنّ الفقه (بعضه) يقسّم الغلط في الوصف غير الذّاتي إلى قسمين: قسم التّفاوت الفاحش ويلحقه بالجنس ويجعل له البطلانَ جزاءً؛ وقسم التّفاوت غير الفاحش، وهذا جزاؤه عدم اللزوم[1127].

والمحصّلة أن في م.ا.ع مرتبتين، وكذلك الأمر في الفقه الإسلامي.

فأمّا مرتبتا المجلّة فمردّ وجودهما عدم إدراك كوننا أمام أمر واحد. وأمّا المراتب في الفقه الإسلامي فمردّها إرادة ردّ صورة الوصف غير الذّاتي إلى قسمين بالاعتماد على معيار التّفاوت. وإنّ الحكم على م.ا.ع على مستوى وجود المرتبتين يدخل ضمن الحكم على مسألة وجود تنظيم للغلط في الوصف غير الذّاتي مرّتين. وهذا خضنا فيه سابقا[1128]. لكن ما ينبغي إتيانه هنا هو هل أنّ البطلان الذي قال به الفقه للتّفاوت الفاحش أفضل من البطلان النّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56 ومن الفسخ الذي قال به الفصل 655 ؟ وهل أنّ عدم اللزوم الذي قال به الفقه للتّفاوت غير الفاحش أفضل من البطلان النّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56 ومن الفسخ الذي قال به الفصل 655 ؟

فأمّا هذا السّؤال الثّاني فسنجيب عنه في الفقرة الموالية لأنّه يطرح أيضا خارج دائرة الغلط التّلقائي والمحدث في الوصف غير الذّاتي.

[1126] "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 76.
« Comme la nullité, la résolution entraîne, en principe, l'anéantissement rétroactif du contrat. Mais elle a un fondement différent. Alors que la nullité sanctionne une irrégularité commise au moment de la formation du contrat, la résolution frappe un contrat, régulièrement conclu, en raison de la survenance postérieurement à sa formation de certains faits: inexécution de ses obligations par une partie, réalisation d'un événement que les parties avaient érigé en condition résolutoire du contrat. »
وهذا الفرق بين البطلان والفسخ هو الذي جعل البعض في فرنسا يقول إنّ مادة العيوب تهم الشّيء الغائب، وإنّ الرضا هنا لا يعاب لحظة النشأة (أي ليس ثمّ مخالفة لحظة النشأة): انظر عدد 98 من هذا العمل.

[1127] انظر هذا التقسيم والإلحاق بـ: عدد 82 من هذا العمل. وهذا هو موقف الأحناف أمّا المالكية فتقول بعدم اللزوم في كل الصور (انظر عدد 297).

[1128] انظر عدد 88 وما بعده من هذا العمل.

وأمّا ذاك السّؤال الأوّل (وإذا تركنا مسألة آثار مرتبة الجزاء لأنّها لا تدخل في هذا العنوان) فيمكن فيما يخصّه القول إنّ البطلان أفضل من فسخ الفصل 655 لأنّ الأمر (رغم ما يقوله البعض[1129]) يهمّ خللا في النّشأة[1130]. كما يمكن لمن يربط الأركان بالجزاء ويبحث عن الاتّساق أن يرى البطلان الذي قال به الفقه أفضل من البطلان النّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56[1131]. وقد يرى "الفساد" الذي قال به الفقه أفضل من "البطلان" عند نفس الفقه لأنّ الأوّل تخفيف للثّاني، وصورة التّفاوت الفاحش (وكذلك صورة النّوع التي وجدنا سابقا من يقول في شأنها بالفساد [1132]) تستوجب التّخفيف[1133] (بل يمكن القول: ثمّ في الفقه ما هو أفضل وأجدر بأن يُتّبع. والمقصود اولئك القائلين بمرتبة الفساد لكن مع تخفيفها بحيث تقترب من مرتبة الصّحيح[1134]. لكن لن نستطيع أن نتوسّع هنا. والسّبب أنّنا وصلنا إلى آثار الجزاء وتجاوزنا عتبة مراتبه).

وما سبق يكفي للقول إنّ م.ا.ع – نظرا لكونها أخذت بالغرب وتركت الشّرق – قد جسّدت عدم الإحكام حين وضعت في الفصل 655 مرتبة الفسخ. والسّبب أنّنا أمام نشأة ويجب وضع مرتبة تهمّ هذا الوقت (نحن أمام مسألة نشأة، و م.ا.ع بوضعها عقابا يهمّ ما بعد النّشأة تكون غير متقنة، وبتركها الفقه الذي وضع عقابا يهمّ النّشأة تكون مفسدة. وإذا اجتمع عدم الإتقان مع الإفساد كانت المحصّلة عدم الإحكام).

هذا الكلام لا يصحّ على مستوى وضع المجلّة مرتبة البطلان النّسبي في الفصلين 45 و46 وترك مرتبة الباطل ومرتبة الفاسد الموجودتين في الفقه. فالمتبنّى من المجلّة كما المتروك كلاهما يهمّ النّشأة. لكن هنا، إن وقع تقييم، فينبغي أن يتمّ على مستوى مختلف يستدعي إحضار أحكام مرتبتي البطلان

[1129] انظرهم في عدد 98 من هذا العمل.

[1130] نعم بالنسبة إلى الشّيء الغائب لا يكتشف العيب إلاّ وقت التسليم، لكنه موجود منذ وقت نشأة العقد. فإذا كان قد حدث بعد هذه النشأة دخلنا في مسائل مختلفة. وعلى كلّ قد يمكن القول إنّ ما تحدثنا عنه في المتن يهمّ النشأة. والاتساق يقتضي جمعه بأمثاله وفصله عن المختلفين عنه (التنفيذ).

[1131] جمع المتماثلات (صور الخلوّ عن ركن) وفصل المتخالفات (صورة الركن وصور غير الركن).

[1132] انظر عدد 306 من هذا العمل.

[1133] يقول السنهوري إن فكرة العقد الفاسد تخفيف من البطلان فهي تحمي الغير وتحمي المتعاقد نفسه وتصحح العقد بإزالة المفسد (مرجع سابق، ج 4، ص 272 وما بعدها). لكنّ مسألة من يقوم بالدعوى وغيرها تجعل الفساد – حتى وإن كان تخفيفا - جزاء غير ملائم. إلاّ أنّ هذه المسألة لا يمكن الخوض فيها لأنها تهمّ آثار الجزاء.

[1134] انظر السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 274 وما بعدها

والفساد ومقارنتها بأحكام مرتبة البطلان النّسبي. وهو أمر يتجاوز العنوان الذي نحن بصدده[1135].

وما جاء الآن يصحّ في حقّ ما سيجيء، أي في حقّ ما أسميناه الصّنف العامّ.

§2 تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى اختيار الصّنف العامّ

330. ينبغي هنا أن نذكّر بالمصنّف وهو الغلط التّلقائي والمُحْدَث:

فأمّا الغلط التّلقائي ففيه الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش وغير فاحش، وفيه الشّخص ووصف السّبب القريب.

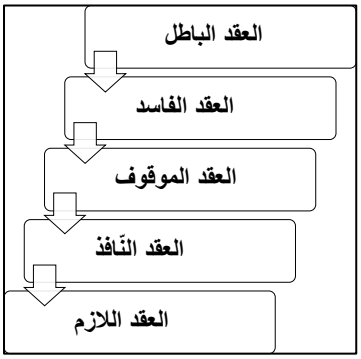
وأمّا الغلط المحدث ففيه ما سبق بالإضافة إلى السّبب البعيد الذي ليس شيئا ولا شخصا (إلخ) وبالإضافة إلى القيمة التي تتجاوز الثّلث.

وإنّ الصّنف هو البطلان النّسبي كما تقدّم[1136]، وهو غربي كما سبق[1137]، وهو صحّة مؤقّتة كما سلف[1138]. لذا سنقارنه بصنفي الصّحّة الذين يمكن أن يقرّبا منه والذين قال بهما الفقه الإسلامي[1139]، أي سنقارنه بالعقد غير اللازم من جهة والعقد الموقوف من جهة أخرى. هذا التّقريب سيعطي عنوانين: واحد لمرتبة الباطل نسبيّا ولمرتبة غير اللاّزم (أ)، وآخر لمرتبة الباطل نسبيّا ولمرتبة الموقوف (ب).

(أ) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة غير اللاّزم

331. قد كان ينبغي أن نبدأ بمرتبة الموقوف (ونقارنها بمرتبة الباطل نسبيّا)، وذلك لأنّ الفقه الإسلامي "يتدرّج من البطلان إلى الفساد، ثمّ من الفساد إلى الوقف، ثمّ من الوقف إلى النّفاذ، ثمّ من النّفاذ إلى اللزوم. فهنالك للعقد في الفقه الإسلامي أقسام خمسة.

[1135] بل ويتجاوز في جانب هامّ منه العنوان الذي سنأتيه لأنّه وإن كان للأحكام فهو لبعضها فقط.
[1136] انظر عدد 319 من هذا العمل.
[1137] انظر عدد 327 وما بعده من هذا العمل.
[1138] انظر عدد 270 من هذا العمل.
[1139] هنالك صنف ثالث للصحة في الفقه وهو صنف النافذ اللازم ولكن هذا لا يعنينا هنا.



وكلّ من العقد الباطل والعقد الفاسد عقد غير صحيح. وكلّ من العقد الموقوف والعقد النّافذ والعقد اللاّزم عقد صحيح"[1140]. على هذا، ولأنّ العقد الموقوف غير نافذ وغير لازم، فهو يسبق "العقد غير اللازم" لأنّ العقد غير اللاّزم نافذ ثمّ هو – وكما يدلّ عليه اسمه – غير لازم. لكن قُدِّم الحديث عن العقد غير اللاّزم لأنّه يمثّل الجزاء الذي يقول به أغلب الفقه الإسلامي في المادّة التي نحن بصددها. بل يبدو أنّ بعض الفقه يقول بهذا الجزاء في كلّ صور الغلط، بل في كلّ صور عيوب الإرادة[1141].

332. والعقد إن استوفى أركانه وأوصافه وشروط نفاذه كان غير باطل وغير فاسد (بالنّسبة إلى من يقول بهذه المرتبة أو غير باطل بالنّسبة إلى من لا يقول بها)، أي كان صحيحا، وكان غير موقوف[1142]. والأصل أن يكون لازما.

[1140] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 124.
وانظر أيضا: أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 379 وما بعدها.
وانظر أيضا: الزرقا، المدخل...، مرجع سابق، ج 2، ص 701 وما بعدها.

[1141] يقول السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص281: "ولعلّ المذهب المالكي هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربي في توحيد الجزاء الذي يرتبه على عيوب الإرادة. ففيها جميعا يكون العقد غير لازم، فيه خيار للغلط أو للتدليس، أو للغبن أو للإكراه. والعقد غير اللازم هو الذي يقابل العقد القابل للإبطال لعيب في الإرادة في الفقه الغربي."
أنظر أيضا عدد 282 من هذا العمل.

[1142] قال ابن عابدين (ردّ المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين: مرجع سابق، ج4، ص5 و6) إنّ "شرائط البيع أربعة أنواع: شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم. فالأوّل أربعة أنواع في العاقد وفي نفس العقد وفي مكانه وفي المعقود عليه فشرائط العاقد اثنان... وشرط العقد اثنان... وشرط مكانه واحد... وشرط المعقود عليه ستة... فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر قلت صوابه تسعة. وأمّا الثاني وهو شرائط النفاذ فاثنان الملك أو الولاية وألاّ يكون في البيع حق لغير البائع... وأمّا الثالث فخمسة وعشرون... وأمّا الرابع وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة". انظر عدد 293 من هذا العمل.

إلاّ أنّه من مصلحة المتعاقدين، وللتّحقق من وجود رضاهم، أن يكون هذا العقد وفق الأصل غير لازم "أحيانا سواء من كلا طرفيـ(ـه) أو من أحدهما فقط دون الآخر. فإذا ثبت لأحد المتعاقدين، أو لكليهما، حقّ الانفراد بالرّجوع في العقد دون توقّف ذلك على موافقة الطّرف الآخر، كنّا أمام عقد غير لازم حسب تسمية فقهاء الحنفيّة، أو عقد غير جائز حسب تسمية غير الحنفيّة"[1143].

333. وقد يكون عدم لزوم العقد مردّه طبيعة العقد ومقتضاه، أو مردّه الاتّفاق أو مردّه النّصّ الشّرعيّ[1144]. فهذه ثلاثة أقسام: فأمّا الأوّل فلا يهمّنا[1145]. وأمّا الثّاني فيتحقّق "باتّفاق المتعاقدين، باشتراطهما خيار الرّجوع الاتّفاقي وتراضيهما عليه صراحة أو ضمنا، وسواء تمّ التعبير عنه واشتراطه مباشرة ... أو عن طريق غير مباشر"[1146]. وما يعنينا منه[1147] هو خيار الوصف. وقد

[1143] أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، العقد غير اللازم. دراسة مقارنة معمقة في الشّريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الكويت، جامعة الكويت، 1994، ص 20. ويحيلنا المؤلف مثلا على الخرشي، وحين نذهب إليه نجده يقول: "هل لا تلزم الوكالة لأنها من العقود الجائزة... وسواء وقعت بأجرة أو جعل أو لا أو إن وقعت لا على وجه هذا ولا هذا بل وقعت بغير عوض وكانت على وجه الإجارة لزمت الفريقين بمجرد العقد وإن وقعت على وجه الجعالة فلا تلزم واحدا منهما قبل الشروع وكذا بعده بالنسبة إلى المجعول له وتلزم الجاعل بالشروع وإن وقعت لا على وجه هذا ولا هذا بل وقعت بغير عوض لا تلزم..." الخُرشي (أبوعبد الله محمد بن عبد الله بن علي)، الخرشي على مختصر سيدي خليل. وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار الفكر، ج 6، ص 86.

[1144] يقول أبو الليل: "وعلى الرغم من خلوّ القوانين الوضعية القديمة والحديثة على السواء من تنظيم متكامل لنظرية العقد الجائز غير اللازم بمفهومه في الفقه الإسلامي، إلاّ أن الأحكام التي تقررها هذه النظرية يمكن استنباطها بسهولة من هذه القوانين. فالقوانين الوضعية وإن لم تعتنق ولم تنظم نظرية محددة تحت تسمية العقد غير اللازم، إلاّ أنها تعرف وتنظم حالات معيّنة يجوز فيها لأحد المتعاقدين الرجوع في تعاقده بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر. وهذا هو جوهر العقد غير اللازم وفقا لمفهومه في الفقه الإسلامي. بذلك يمكننا القول إن نظرية العقد غير اللازم، ومن ثمّ الرجوع في التعاقد بحالاته وتطبيقاته المختلفة، نظام عامّ تنظمه الشّريعة الإسلامية تنظيما دقيقا مفصلا ومباشرا، وتعرفه النظم الأخرى، وإن لم تصل إلى حدّ تنظيمه في نظرية متكاملة مستقلة" (مرجع سابق، ص 21 و22).

[1145] تتفرع العقود غير اللازمة بطبيعتها إلى جزءين: ما يكون غير لازم للطرفين وهنا نجد مثلا الوكالة والشركة والمضاربة والوديعة والإعارة والهبة. وما يكون غير لازم لطرف ولازما للآخر كالرهن بعد القبض الذي لا يلزم المرتهن ويلزم الراهن، وكالكفالة التي لا تلزم الدائن وتلزم الكفيل (انظر: أبو الليل، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها).

[1146] أبو الليل، مرجع سابق، ص 39.

[1147] نجد هنا عربون الرجوع (اتفاق المتعاقدين على خيار الرجوع في التعاقد لأحدهما أو لكليهما، مقابل دفع مبلغ من المال وقت العقد، يفقده دافعه إذا رجع في تعاقده، أو يسترده ومثله إذا جاء الرجوع من الطرف الآخر: أبو الليل، مرجع سابق، ص 41) وبيع الوفا Vente à réméré (هو البيع "الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في استرداد المبيع خلال فترة زمنية محددة إذا رغب في ذلك مقابل أن يردّ للمشتري الثمن ومصروفات العقد والاسترداد، وكذلك المصروفات الأخرى التي أنفقت على المبيع". (أبو الليل، مرجع سابق، ص 51 و52) والبيع بشرط التجربة (أبو الليل، مرجع سابق، ص 56) والبيع بشرط المذاق (أبو الليل، مرجع سابق، ص 58). وفي الفقه الإسلامي للخيار الاتفاقي عدّة تطبيقات أهمها خيار الشرط أو خيار التروّي (هو خيار "يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما، لنفسه أو لغيره، وبموجبه يكون لمن تقرر له الخيار الحق في نقض العقد

اعترضنا في السّابق وقلنا وقتها إنّه يتفرّع إلى ضربين: ما يشترط فيه تصريحا اتّصافه بوصف مرغوب فيه، وما يشترط اتّصافه بوصف مرغوب عرفا[1148]. فإذا مررنا الآن إلى القسم الثّالث من العقد غير اللازم، وهو الذي يثبت بنصّ تشريعيّ واهتممنا بما جاء في الفقه الإسلامي[1149] وبالتّحديد[1150] بخيار الرّؤية، وخاصّة بخيار العيب، قلنا إنّ الخيار الأوّل يثبت لمن عقد على شيء معيّن لم يره[1151]، وأنّه يقوم على فكرة الغلط[1152]. أمّا الخيار الثّاني، ويسمّى عند الإمام مالك خيار النّقيصة، فهو يمكّن العاقد من "الرّجوع في التّعاقد بسبب اكتشافه لعيب في المعقود عليه ... طالما لم يكن يعلم العيب وقت إبرام العقد ولم يرض به بعد اكتشافه. فتحقّق العيب في المبيع بشروطه الشّرعيّة (قديم/ مؤثّر في القيمة/ عدم اشتراط البائع البراءة) يجعل العقد ... غير لازم من جانب

خلال مدة معيّنة، فإذا لم ينقض خلالها نفذ": أبو الليل، مرجع سابق، ص 63) وخيار النقد ("يتحقق خيار النقد في حالة ما إذا تبايع المتعاقدان على أن يؤدّي المشتري الثمن في الوقت المعيّن، فإن لم يؤدّه فلا بيع بينهما. والخيار هنا يثبت للمشتري لأنّه المتمكّن من إمضاء العقد وعدمه، ويشترط لصحة خيار النقد أن تكون مدته معلومة، وإن كان غير مقيد بثلاثة أيام، كما في خيار الشرط": أبو الليل، مرجع سابق، ص 66) وخيار التعيين ("يشترطه ... عادة البائع أو المشتري (و) بمقتضاه يكون له تعيين واحد من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها في ما بينها، بعد التجربة أو بعد التأمل والتروّي، كما يخول خيار التعيين لصاحبه رفض الأشياء جميعها ولا يلزمه أخذ شيء منها، أي يثبت له خيار نقض العقد والرجوع فيه بإرادته المنفردة، لذلك فخيار التعيين يجعل العقد الذي يلحق به عقدا غير لازم": أبو الليل، مرجع سابق، ص 67).

انظر أيضا حول الخيارات:

- السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 199 وما بعدها.
- أبو زهرة، مرجع سابق، ص 384 وما بعدها.

[1148] انظر عدد 100 من هذا العمل. ومثال الضرب الأوّل شراء ياقوت على أن له لونا فإذا به ذا لون آخر، ومثال الثاني شراء بقرة غير حلوب والحال أنّ المتعارف عليه شراء تلك البقرة لكونها حلوبا.

[1149] حدثنا أبو الليل عن خيار الرجوع أو حق الندم في القوانين الغربية، وكيف أنه وجد في القانون السويسري القديم، ثم كيف هوجم وألغي، ثم كيف عاد سنة 1956 في البيع بالتقسيط وفي بعض البيوع الائتمانية، وكيف وجد في اللكسمبورغ سنة 1961 في مادة البيع بالتقسيط، وفي النمسا سنة 1961 في مادة البيع الائتماني إذا تم التعاقد خارج محال وأماكن البائع، أي لدى المشتري vente à domicile، وفي انقلترا سنة 1964، واستراليا سنة 1967، وألمانيا سنة 1969، والولايات المتحدة الأمريكية سنة 1969، وبلجيكا سنة 1957، والكيباك سنة 1971، والسويد سنة 1971، والنرويج سنة 1972، وفرنسا سنة 1972 (أبو الليل، مرجع سابق، ص70 إلى ص90).

[1150] أقصينا خيار المجلس. بل إنّ السنهوري يقول إنّ خيار المجلس وخيار القبول لا يتعلقان بلزوم العقد بل بانعقاده (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 198).

[1151] انظر عدد 182 وما بعده من هذا العمل. انظر أيضا: أبو الليل، مرجع سابق، ص102 وما بعدها.

[1152] انظر عدد 182 و183 من هذا العمل. وليسمح لنا هنا بأن نعيد مقتطفا من هنالك لأن فيه فكرة الندم (انظر عدد 182) وهو من كلام الكاساني (مرجع سابق، ج 5، ص 292 عن السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 123 و124 وعن أبي الليل، مرجع سابق، ص 103) الذي قال: "إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم... لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللا فيه. واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار. ولأنّ من الجائز اعتراض **النّدم** لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند **النّدم** نظرا له."

المشتري ومن في حكمه"[1153]. وهذا الخيار جاء بنصّ الشّرع[1154]. لكن البعض تحدّث عن الدّلالة[1155]. وهذا يؤدّي إلى ذوبان الفرق بينه وبين خيار الوصف خاصّة حين يكون هذا غير صريح بدوره. وعلى كلّ فهذا كذاك يقوم على مسألة الرّضا وعلى فكرة الغلط[1156].

334. على هذا، فالعقد في خيار الرّؤية وفي خيار الوصف وفي خيار العيب نافذ غير لازم.

ونفس المادّة يحكمها في الغرب البطلان النّسبي وهو "... بطلان مخفّف. فالعقد موجود وينتج آثارا"[1157]، أي هو (بالعبارة المستعملة في إطار الخيارات) نافذ، لكن يمكن (وهذا هو الذي يهمّنا هنا) لمن كان رضاه معيبا أن يبطله، أي هو غير ملزم به. وهذا ما أدّى بأحدهم إلى القول إنّ نظير العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي العقد القابل للإبطال في الغرب"[1158].

على هذا لا يمكن المرور فيما يخصّ هذا الحكم لـ: م.ا.ع إلى مسألة الإحكام، لأنّ ما تركته وكان عندها مثل الذي استوردته[1159].

[1153] أبو الليل، مرجع سابق، ص 104.
انظر عدد 101 من هذا العمل.

[1154] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 246.

[1155] جاء عند السنهوري: "أمّا خيار العيب، فهو إذا لم يكن في حاجة إلى شرط صريح به، إلاّ أنه يثبت بالشرط دلالة إذ سلامة المبيع من العيب شرط ضمني في العقد، ولمّا كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالشرط نصا" (مرجع سابق، ج4، ص246) ثم يورد لنا مقتطفا من بدائع الكاساني يقول نفس ما سبق.

[1156] السنهوري، مرجع سابق، ج 2، ص 122.

[1157] "قودمي"، مرجع سابق، ص141.

« ... une ... nullité atténuée. Le contrat existe ; il produit effet ... »

ويقول السنهوري (مرجع سابق، ج 4، ص 87 و88) إنّ "... العقد الباطل بطلانا نسبيا يمرّ ... على مرحلتين: (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا. (والمرحلة الثانية) يلقى فيها العقد أحد المصيرين:

1- فإمّا أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم، فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحا منشئا لجميع آثاره، فلا يعود هنالك فرق بينه وبين العقد الصحيح.

2- وإمّا أن يتقرر بطلانه، فينعدم وجوده القانوني انعداما تامّا وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا. فالعقد الباطل بطلانا نسبيا كما نرى لا يعدو في مآله أن يكون عقدا صحيحا إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقدا باطلا بطلانا مطلقا إذا تقرر بطلانه. فهو إمّا صحيح على الدوام، وإمّا عقد باطل مطلقا منذ البداية".

[1158] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 266: "وعنده (أي الفقه الإسلامي) العقد غير اللازم، ونظيره في الفقه الغربي العقود غير اللازمة، ثم يأتي العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي فيما يخص الغلط".

[1159] **لكنّ عدم اللزوم يربط مادّتنا بغيرها، فتركه ترك لهذا الرّبط. ومع ما سبق نجد أنّ عدم اللزوم أصلح**

وينبغي أن نزيد هنا أمرا – محاولين قدر الإمكان عدم الأخذ من الآثار إلاّ القدر الضّروري لأنّها لا تدخل ضمن العنوان الذي نحن بصدده – مفاده أنّ الفقه الإسلامي، على مستوى النّفاذ، فرّق بين خيار الرّؤية وخيار العيب. ففي الأوّل يكون العقد منعقدا في حقّ العلّة، وهي تامّة فيه، وهو منعقد في حقّ الحكم، لكنّه يمنع تمام الحكم حتّى بعد القبض. أمّا في الثّاني فيكون العقد منعقدا في حقّ العلّة، وهي تامّة فيه، وهو منعقد في حقّ الحكم، ولا يمنع تمام الحكم بل يمنع لزوم الحكم قبل القبض. وهذه صناعة رائعة[1160]. "ولعلّ الفقه الغربي لم يصل إلى هذا الحدّ من الدّقة والإحكام"[1161] خاصّة إذا جئنا بما تقدّم وإلى جانبه خيار الشّرط وخيار التّعيين والعقد الموقوف[1162]. هذا العقد، أي العقد الموقوف،

لوصف صور الغلط، إلخ من البطلان النّسبي. وهذا رأي الزّرقا الذي قال: "... إنّ، البطلان النّسبي في الفقه الأجنبي ليس فيه من معنى البطلان شيء لا كثير ولا قليل. بل ليس لحقيقة البطلان فيه ظلّ. وكلّ ما فيه إنّما هي قابلية الإبطال annulabilité الممنوحة لأحد الطرفين ... فلا يجوز أن يوصف العقد هنا بالبطلان ولو نسبيًا، لأنّ العقد القابل للإبطال صيانة لحق خاص هو عقد قائم كامل الوجود، معتبر من كلّ الوجوه، منتج لجميع أحكامه. أمّا قابلية الإبطال (وهي) حماية لأحد الطّرفين وصيانة لحقّه الخاص فإنّما تسلبه قوّته الإلزاميّة فقط، ولا تسمه بالبطلان قطّ. أفلا يرى أنّ قابلية الإبطال للعقد الملزم قد تثبت لأحد الطرفين أو لكليهما بالشّرط، كما إذا اشترط أحد المتبايعين حق إلغاء البيع إلى مدّة معيّنة فإنّه يثبت له هذا الحق (خيار الشّرط في الفقه الإسلامي، والشّرط الفاسخ في الفقه الأجنبي) ويكون البيع قابلا للإلغاء بإرادة المشترط دون توقّف على قضاء القاضي بالإلغاء، ومع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحا من كلّ وجه. وليس مقبولا في المنطق الحقوقي وصفه بأيّ لون من ألوان البطلان. ولم يعدّ الفقه الأجنبي هذه الحالة من صور البطلان النّسبي رغم قابلية الإبطال القائمة في العقد بمقتضى الشّرط. فأيّ فرق بين سلب القوة الإلزاميّة عن العقد بمقتضى الشّرط، وبين سلبها بحكم القانون لشائبة مفروضة تقديرا في رضا أحد الطرفين، كي يفسح له المجال أن يقرّر رضاه بالعقد أو يرفضه إن شاء.

يتّضح ممّا سلف أنّ البطلان، بالتّعبير الصّحيح، لا يكون إلاّ نوعا واحدا هو البطلان المطلق، وأنّ الحالات التي يسمّونها البطلان النّسبي، ليست من معنى البطلان في شيء، وإنّما هي سلب للزوم العقد. فهذه الحالات بعضها، وهو النّاشئ عن نقص الأهليّة يعتبر في نظر فقهائنا من قبيل التّوقّف أو عدم النّفاذ، فيسمّى العقد موقوفا كما في بيع الصّبي المميّز ... أمّا باقي الحالات النّاشئة عن سائر عيوب الرّضا فتعتبر من قبيل سلب اللزوم عن العقود اللازمة، أي من قبيل التّخيير الثّابت في حالات عيوب الرّضا للعاقد الذي شيب فيه رضاه. والعقد في هذه الحالات يوصف بأنّه: مسلوب اللزوم، أي قابل للإبطال بإرادة الطّرف المتضرّر الذي شيب رضاه. فيصبح هذا الطّرف مخيّرا بين الإبطال والإمضاء ... وقد قرّر فقهاؤنا قديما في حالات سلب اللزوم جميع الأحكام التي قرّرها الفقه الأجنبي الحديث فيما يسميه: البطلان النّسبي. أمّا الفقه الأجنبي فقد خلط في ذلك بين عدم النّفاذ وسلب اللزوم، ثمّ زجّ الحالتين في نظريّة البطلان. فأصبح التّعبير بالبطلان النّسبي عن هذه الحالات يتجلّى في خداع العناوين!! فإذا عرف القارئ ما تحته من حالات يتبيّن فيه سوء التّسمية واختلاط الفكرة. وقد كان فقهاؤنا في هذه التّقاسيم أدقّ نظرا وتمييزا، وأصحّ لغة واصطلاحا": المدخل ... (مرجع سابق)، ج 2، ص 773 و774 و775.

وإن هذا المقتطف – لو تبنّينا الموقف الذي جاء فيه - يجعلنا نغيّر من الرّأي الوارد أعلاه، لأنّه يجعلنا نقول بالاختلاف لا بالمثليّة بين الغرب والفقه، وعلى هذا يكون الفقه متروكا في المجلّة رغم أنّه الأفضل، وتكون المجلّة بسبب ذلك مجسّدة لعدم الإحكام.

[1160] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 282.

[1161] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 284.

[1162] جاء هذا الجمع بين كل هذه الأمور عند: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 282 إلى 285. انظر عدد

هو ما سنحاول الآن تناوله ضمن عنوان يحاول المقارنة بينه وبين العقد الباطل بطلانا نسبيّا.

(ب) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة الموقوف

335. قلنا سابقا[1163] إنّ للعقد أركانا وأوصافا. والأركان (وهنا نبدّل قليلا من التّقسيم المتقدّم لنتبنّى ما جاء عند الخُرشي[1164] وعند الكاساني[1165] وعند السّنهوري[1166]، وذلك خدمةً للمحتوى الذي نحن بصدده) هي صيغة العقد، أو التّعبير عن الإرادة (هنا نجد تطابق الإيجاب والقبول أي التّراضي، ونجد اتّحاد مجلس العقد) والعاقدان (هنا نجد العقل أي التّمييز، والتّعدّد) والمعقود عليه (هنا نجد: ممكن أو مقدور التّسليم، ومعيّن أو قابل للتّعيين، وصالح للتّعامل فيه). والصّيغة والعاقدان والمعقود عليه عناصر انعقاد. أمّا الأوصاف فعناصر صحّة. وإذا اجتمعت عناصر الانعقاد والصّحّة كان العقد غير باطل، وغير فاسد بالنّسبة إلى من يقول بالفساد، أي كان صحيحا[1167]. لكن العقد الصّحيح لكي يكون نافذا لا بدّ أن يرتبط ركنه الثّاني وهو العاقد بركنه الأوّل وهو الصّيغة أو التّعبير عن الإرادة من جهة وبركنه الثّالث وهو المعقود عليه من جهة ثانية. بعبارة أخرى ومن وجه أوّل يجب أن يكون للعاقد ولاية على نوع التّصرّف[1168]، أي أن تكون إرادته[1169] كاملة. وناقص الإرادة هو الصّبيّ المميّز ويندرج تحته المعتوه المميّز والسّفيه وذو الغفلة[1170]. ومن وجه ثان يجب أن يكون للعاقد ولاية على محلّ العقد[1171]، أي أن يكون المحلّ كاملا. والمحلّ يكون ناقصا في صورتين: أوّلا إذا لم يكن للعاقد حقّ ملك عليه أو لم

368 من هذا العمل.

[1163] انظر عدد 293 من هذا العمل.

[1164] الخرشي، مرجع سابق، ج 5، ص 5.

[1165] الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 199 وما بعدها.

[1166] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 125 وما بعدها.

[1167] العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافا إلى محل صالح لحكمه وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه (أبو زهرة، مرجع سابق، ص 379).

[1168] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 128.

[1169] إرادة التعبير. قارن مع: أبو زهرة، مرجع سابق، ص 281 وما بعدها وص 341.

[1170] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 178. كما يندرج تحته العبد والمكرَه في قول زُفَر. انظر نفس المؤلف ونفس المكان.

[1171] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 128.

تكن له نيابة عن المالك بولاية شرعيّة أو بوصاية أو بوكالة[1172]، وهنا نجد الفضولي ومن يندرجون تحته[1173]. وثانيا إذا لم يكن للعاقد حقّ ملك خالص من حقوق الغير، وهنا نجد بيع المرهون والمستأجر وتصرّف المريض مرض الموت[1174].

والعقد الصّادر ممّن له ولاية يعدّ نافذا[1175]، ثمّ إنّه بعد ذلك قد يكون لازما أو غير لازم[1176].

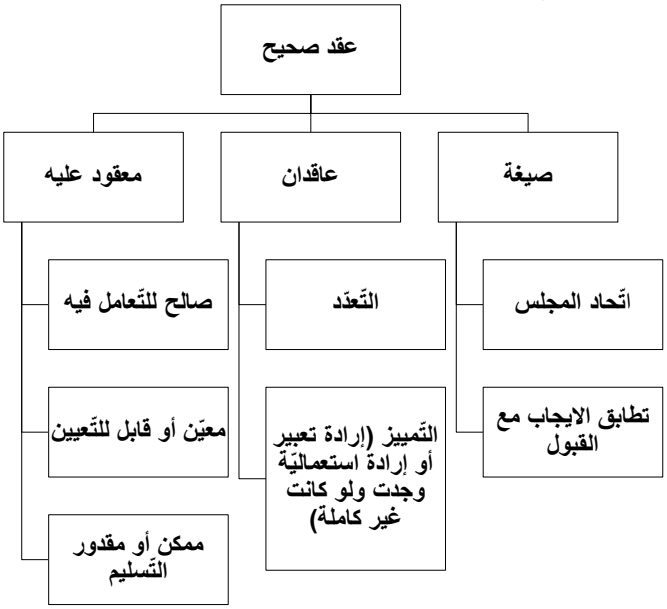
[1172] أبو زهرة، مرجع سابق، ص 379.

[1173] وهم "...البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشتريه، والغاصب، والمرتد، والنائب ووكيل النائب إذا جاوز الحدود المرسومة للنيابة، ومالك العين المرهونة أو العين المؤجرة أو العين المعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل، والمريض مرض الموت إذا باع لوارثه، ووصي الميت إذا باع للوارث، والوارث إذا باع لمورثه المريض، والورثة إذا باعوا التركة المستغرقة، أو المولى إذا باع عبده المأذون. (زكي عبد البرّ، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مجلّة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والعشرون، ص 122 إلى 142 عن: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 178).

[1174] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 195 وما بعدها.

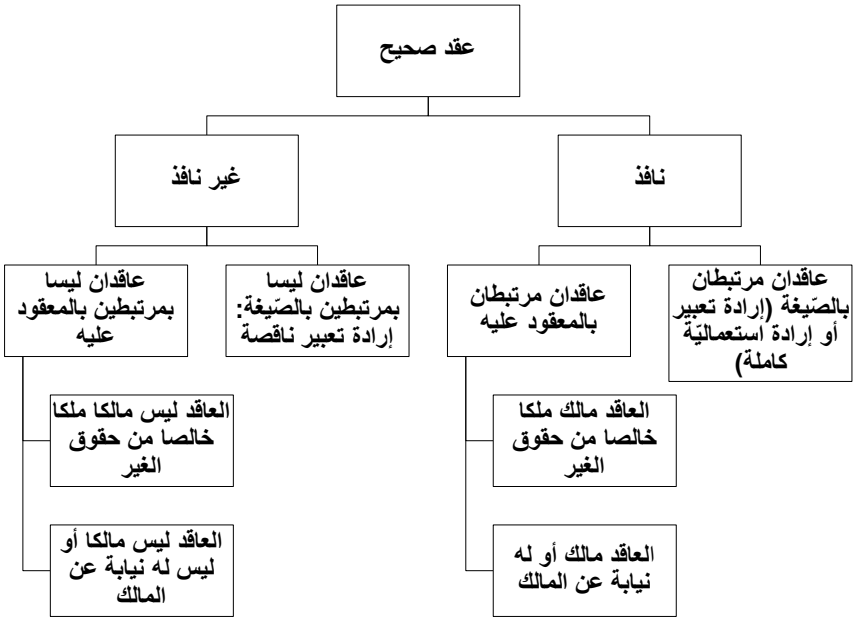
[1175] انظر: أبو زهرة، مرجع سابق، ص 379.

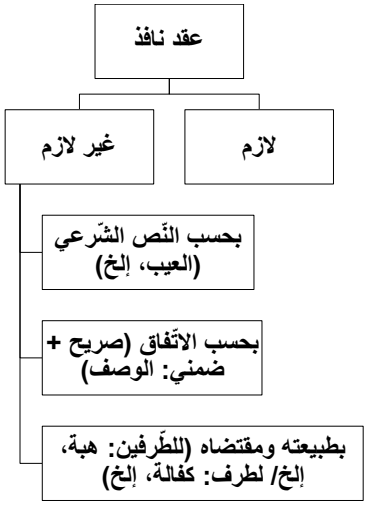
[1176] قال أبو زهرة إن هنالك تقسيمان للعقد الصحيح: النافذ والموقوف (غير النافذ) من جهة واللازم (نافذ) وغير اللازم (نافذ بدوره) من جهة أخرى (مرجع سابق، ص 379 وما بعدها).
انظر حول غير اللازم: عدد 331 وما بعده من هذا العمل.
وإليك الآن ملخّصا لما سبق:



والعقد غير الصّحيح نقيض ما سبق: لم يتطابق فيه الإيجاب مع القبول، إلخ.

فإذا عدنا الأدراج قليلا إلى الولاية، وجدنا اختلافا. فالشّافعيّة والحنبليّة في إحدى الرّوايات يقولون إنّ العقد باطل، بل إنّ في الحنفيّة من يقول إنّنا أمام





عدم صحّة وأمام مرتبة بين الباطل والفاسد[1177]. أمّا المالكيّة[1178] وجزء من الأحناف[1179] والحنبليّة في غير الرّواية السّابقة[1180] فيقولون إنّ العقد موقوف. ولعلّه ينبغي الوقوف قليلا عند وصف العقد بالموقوف. فهذا الوصف يُطلق على العقد الباطل، وعلى العقد الفاسد، وعلى العقد غير اللازم، وطبعا على العقد الموقوف. لكنّ الوصف يُطلق على هذه العقود بمعاني مختلفة: فالعقد الباطل موقوف الانعقاد، والعقد الفاسد موقوف الصّحّة (ومن لا يقول بالفساد سيقول إنّنا أمام موقوف الانعقاد)، والعقد الموقوف موقوف النّفاذ[1181]، والعقد غير

[1177] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 128 و129 و179.
وانظر: أبو زهرة، مرجع سابق، ص 379 و380 حيث يقول: "والشافعي يخالف في ذلك، ويرى أن العقد الموقوف من أقسام العقد الباطل، وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد، وليست بشرط للنفاذ فقط. فكل عقد صدر عمّن ليست له ولاية العقد، فعبارته ملغاة لا يلتفت إليها. فعقود قاصر الأهلية باطلة، لأنه ليس ذا ولاية، وكذلك عقد الفضولي لعدم ولايته على محلّ العقد. وعلى ذلك يقرّر الشافعي أنّ العقد الموقوف عقد باطل ولا يعدّ من أقسام الصحيح". ثم انظر حول الأحناف ما سيأتي بالحاشيتين القادمتين.

[1178] يتحدث ابن رشد (بداية المجتهد ... مرجع سابق، ج 2، ص 129) وفي إطاربيع الفضولي عن موقف المالكية، ولكن عن موقف غيرها ويقول: "واختلفوا من هذا في بيع الفضولي، هل ينعقد أم لا؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع، وإن لم يرض فسخ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه، على أنّه إذا رضي المشتري صحّ الشراء وإلاّ لم يصحّ. فمنعه الشافعي في الوجهين جميعا، وأجازه مالك في الوجهين جميعا، وفرّق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال: "يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء". ثم إنّ ابن رشد الحفيد، وبعدما سبق يمرّ إلى إبطال حجّة الشافعي وحجة أبي حنيفة (نفس المرجع، ص 130).

[1179] ورد في الحاشية السابقة وعلى لسان ابن رشد موقف أبي حنيفة. ولكننا نورد هنا ما جاء عند الحنفي ابن عابدين (ردّ المحتار .... المعروف بحاشية ابن عابدين: مرجع سابق، ج 4، ص 100): "ثم اعلم أنّ البيع جائز وقد مرّ بأقسامه، وغير جائز وهو ثلاثة باطل وفاسد وموقوف كذا في الفتح. وأراد بالجائز النافذ وبمقابله غيره لا الحرام إذ لو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بلا إذنه بدون تسليم ليس بمعصية على أنه في المستصفى جعله من قسم الصحيح حيث قال البيع نوعان صحيح والصحيح نوعان لازم وغير لازم (نهر) وذكر في (البحر) أن البيع المنهي عنه ثلاثة باطل وفاسد ومكروه تحريما وقد مرت وما لا نهي فيه ثلاثة أيضا نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف. فالأوّل ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه. والثاني ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار والموقوف ما تعلق به حق الغير...ثم قال في (البحر) والصحيح يشمل الثلاثة لأنه ما كان مشروعا بأصله ووصفه والموقوف كذلك فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فإن حكمه إفادة الملك بلا توقف على القبض ولا يضر توقفه على الإجازة".

[1180] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 179.

[1181] لعل كلمة الوَقْف هي التي جعلت "لينون دي بلفون" (مقال باللغة الفرنسية سبق ذكره، ص 2، المتن والهامش عدد 1) ينسب إلى بعض الأحناف التذبذب حول طبيعة العقد الموقوف. ويعطي "دي بلفون" كمثال على هذا ابن عابدين في كتابه ردّ المحتار (ج 4، ص 104) وكيف أنّه جمع كلمة الموقوف بكلمة الفاسد. لكن حين نذهب إلى المكان الذي أشار إليه "دي بلفون"، أي إلى الجزء الرابع وتحديدا إلى الصفحة 104، نجد ابن عابدين يتحدث لا عن العقد الموقوف بل عن عقد الوقف (بيع ما تمّ وقفه) ويقول إن البعض يراه باطلا والبعض يراه فاسدا: "...صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف وأحسن بذلك إذ جعله في قسم البيع الباطل إذ لا خلاف في بطلان بيع الوقف لأنه لا يقبل التمليك وغلط من جعله فاسدا...". فعدم فهم "دي بلفون" للمعنى الذي قصد من لفظة "وقف" جعله ينسب للأحناف التذبذب. ثمّ إنه وعلى أساس قوله بهذا التذبذب نسب للأحناف وإلى المالكية التحكم (ص2 من نفس المقال)، حتى أنه فيما بعد وحين قال إن العقد الموقوف مجاله أوسع من البطلان النسبي الموجود في الغرب لأن الأوّل ليس له دوما وفي كل الحالات هدفا حمائيا (حماية القاصر –

اللازم موقوف اللزوم[1182]. فكلّ هذه العقود موقوفة، لكن جهة الوقف هي التي تتبدّل من عقد إلى آخر[1183].

336. فإذا اهتممنا بالعقد الذي يمكن أن يوصف بالموقوف دون إضافة[1184]، قلنا إنّه تامّ الانعقاد، وتامّ الصّحّة (بالنّسبة إلى من يقول بمرتبة الفساد)، وإذن له وجود قانوني لا مجرّد وجود مادّي، "لكن هذا الوجود القانوني لا تترتّب عليه آثاره، فهو من هذه النّاحية يقارب العقد الباطل، ولكنّه يفارقه في أنّ الآثار موقوفة لا منعدمة وهي على خطر النّفاذ أو الزّوال"[1185].

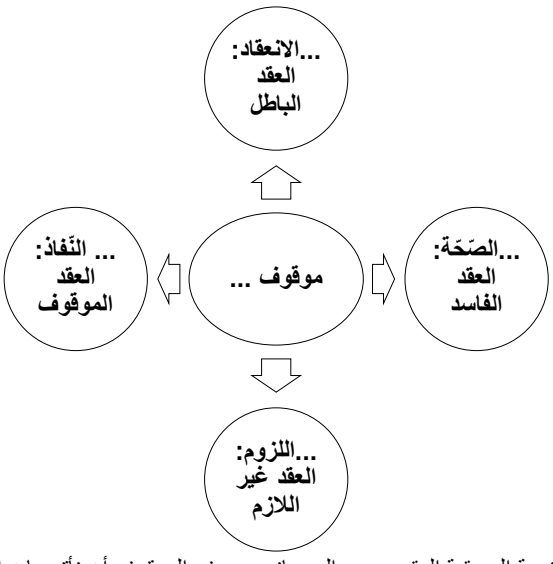
حماية من كان رضاه معيبا هي كل هدف البطلان النسبي)، وإنه، أي العقد الموقوف، "نظام مبتكر بفضله تظلّ أعمال قانونية عديدة – تعاقب بالبطلان المطلق في القانون الفرنسي - قائمة بدون أن تتم التضحية، بواسطة افتراض الصحة، بأيّ من المصالح الموجودة لأن الافتراض ينتج آثاره بعد الإجازة التي يعطيها المعنيون بالأمر أنفسهم"

« … Il s'agit d'un système ingénieux, grâce auquel de nombreux actes demeurent debout, qui en droit français seraient frappés de nullité absolue ; sans que pour autant cette fiction de validité entraîne le sacrifice d'aucun des intérêts en présence, puisqu'elle ne développera tous ses effets qu'à la suite de la ratification donnée par les intéressés eux-mêmes ».

… حتى أنّه وبعد كل ما سبق، لم ينس أن يذكرنا مرة أخرى بما قاله في السابق عن التذبذب والتحكّم.

[1182] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 178.

[1183]



[1184] بالنسبة إلى بقية العقود يجب إلى جانب وصف الموقوف أن نأتي بإضافة فنقول عن الباطل مثلا لا موقوفا فقط، بل موقوف الانعقاد.

[1185] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 181. وبعبارة أخرى وقبل الإجازة، يعدّ العقد موقوف النفاذ أو

والعقد الموقوف يهمّ ضمن ما يهمّ الصّبيّ المميّز، أي صورة نقصان إرادة التّعبير.

بل إنّه يهمّ أيضا إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، أي يهمّ الإكراه:

ومعلوم أنّ المذاهب اختلفت في الإكراه: فجعلته الشّافعيّة وبعض الحنبليّة باطلا. وجعله أبو حنيفة وصاحباه فاسدا. وجعلته المالكيّة – أسوة بالغلط والتّدليس والاستغلال – وأيضا بعض الحنبليّة نافذا غير لازم. لكن زُفَر، وهو فقيه حنفي، جعله موقوفا[1186] "على إجازة العاقد المكرَه بعد زوال الإكراه"[1187].

ويرى السّنهوري أنّ "الأوْلى الأخذ بمذهب مالك وبقول في مذهب أحمد بن حنبل، واعتبار بيع المكرَه بيعا نافذا غير لازم، حتّى تستوي في الجزاء عيوب الإرادة جميعا: الغلط والتّدليس والإكراه والاستغلال. فهذه العيوب كلّها من طبيعة واحدة والأوْلى أن يتوحّد فيها الجزاء"[1188].

ويرى هذا الفقيه مزيّتين للغرب تقابلهما نقيصتين في الفقه الإسلامي:

فأمّا مزيّة الغرب الأولى، فجمعه لعيوب الإرادة مع بعضها البعض ووضعه لنظريّة عامّة فيما يخصّها. وهنا موطن نقيصة في الفقه. فالعيوب مشتّتة فيه، وأكثرها تشتّتا الغلط "ولا تستطيع أن تجمع أطرافه ... إلاّ إذا ضممت إلى خيار الوصف أو الخُلْف في الوصف خيار الرّؤية ثمّ خيار العيب،

الآثار، فلا تنتقل به ملكية، ولا يلزم المشتري بدفع الثمن (نفس المرجع ونفس الصفحة)، ولو كنا أمام عقد فضولي فهو قابل للفسخ من الطرفين قبل الإجازة (نفس المرجع، ص 189)، أمّا إذا كنا أمام عقد مميّز "فإن أجيز نفذ، وتميّز عن التصرف الباطل تميّزا كبيرا إذ أصبح تصرفا نافذ الأثر. وإن تخلفت الإجازة انعدم، واختلط بالتصرف الباطل فأصبح باطلا مثله. وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التصرف مجازا... والذي يملك الإجازة هو الوليّ أو ناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته...لكن إذا أعلن الولي عدم إجازته للتصرف، لم تصح الإجازة بعد ذلك من المتصرف نفسه بعد استكمال أهليته" (المرجع نفسه، ص 181 و182).

[1186] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 172 و173.

[1187] أبو زهرة، مرجع سابق، ص 415. "وثمرة الخلاف بين زُفَر وبين الإمام وصاحبيه تظهر في صور، منها إذا باع شخص عينا تحت تأثير الإكراه، فقبضها المشتري، أتكون في ملكه أم لا تدخل في ملكه؟ قال زُفَر لا تدخل، لأن العقد الموقوف لا يثبت أحكاما قطّ قبل الإجازة، وقال أبو حنيفة وصاحباه يملكه، لأنّ البيع الفاسد يثبت به الملك إذا حصل معه القبض. وحجة الأصحاب الثلاثة أن عقود المبادلات المالية إذا حصلت مع الإكراه كانت حاصلة مع النهي عنها لقوله تعالى: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)** (النساء. 29) والنهي هنا لوصف زائد عن ركن العقد، وإذا كان النهي واقعا على وصف العقد، فالعقد معه فاسد. وركن العقد قائم لا خلل فيه. لأنّ العقد صدر عن أهله مضافا إلى محلّ قابل لحكمه، فانعقد، غير أن الذي أوجد الخلل فأفسد العقد هو عدم الرضا، والرضا أمر يتعلق بالعاقد المكرَه، فإذا ثبت الرضا بعد زوال الإكراه، فقد زال سبب النهي، فسلم العقد من الخلل، وبذا يصير صحيحا. وحجّة زُفَر أنّ العقد مع الإكراه لو كان فاسدا ما ارتفع الفساد بالإجازة، لأن الفاسد لا تجعله الإجازة صحيحا، إنما الذي تلحقه الإجازة هو الموقوف، فكان كعقد الفضولي" (نفس المرجع السابق، ص 415 و416).

[1188] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 177.

وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط. وعليك أن تجمع هذه الأحجار المتناثرة، وترصّها جميعا جنبا إلى جنب، لتشيّد منها بناءً متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظريّة عامّة للغلط في الفقه الإسلامي"[1189].

أمّا مزيّة الغرب الثّانية فهي مواجهة العيوب بجزاء واحد هو البطلان النّسبي[1190]، وهذا موطن نقيصة في المذاهب الفقهيّة باستثناء المالكيّة.

كما يرى السّنهوري أنّ الحلّ الأفضل ليس الأخذ بما جاء في الغرب، ولا الأخذ بما قالته المالكيّة، بل هو مواجهة عيوب الإرادة بفكرة العقد الموقوف "فهي أكثر ملاءمة ... (لها) ... ثمّ هي تبرز الصّلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهليّة. فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون موقوفا لاعتبارات ترجع كلّها إلى وجوب كمال التّمييز في العاقد حتى ينتج العقد أثره. وكان زُفَر في رأينا موفّقا حين جعل عقد المكرَه موقوفا "[1191].

337. والحاصل من كلّ ما سبق:

أنّ الفقه الإسلامي جاء بالعقد الموقوف لنقصان إرادة التّعبير[1192].

ثمّ إنّ زُفَر قال به لغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، وبالتّحديد في إطار مادّة الإكراه.

ثمّ جاء السّنهوري ليقترح القول بوقف النّفاذ في صورة أخرى لغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، وهي صورة الاستغلال أو ما يسمّى في الفقه الإسلامي بخيار الغبن. كما جاء ليقترح القول بنفس الحلّ في صورة غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم، أي في صورة ما أسميناه بالغلط التّلقائي والغلط المُحْدَث. ولقد احتجّ السّنهوري لرأيه بملاحظة أنّ العقد الموقوف صورة عكسيّة من العقد القابل للإبطال[1193]. فالأوّل غير نافذ حتى

[1189] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 265.

[1190] ومعه البطلان المطلق أحيانا.

[1191] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 265. وهكذا تصبح عيوب الإرادة (تماما كحالة الصبي المميّز) مسألة ارتباط بين الصيغة والعاقدين. ولقد أشير سابقا إلى أمر له علاقة بالجمع بين عيب من عيوب الإرادة وإرادة التعبير غير الكاملة.

[1192] ولنقصان المحلّ كما تقدّم.

[1193] نبّه "لينون دي بلفون" (مقال سابق باللغة الفرنسية، ص 13) إلى خطأ شائع عند الأوروبيين المختصين في القانون الإسلامي يتمثّل في خلطهم العقد الموقوف بالعقد الباطل نسبيا وذلك لوجود إمكانية الإجازة في الحالتين. (ثم إنّه نبّه إلى خطأ آخر وهو اعتبار باطل الفقه باطل الغرب المطلق، وفاسد الفقه باطل الغرب

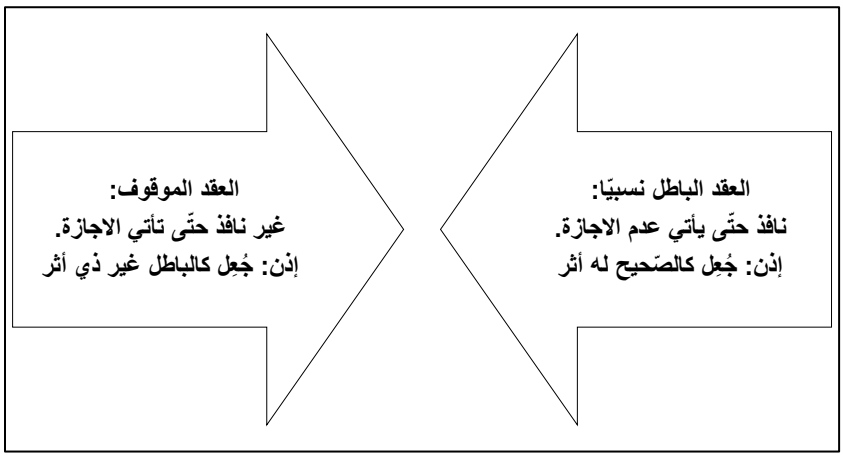
تأتي الإجازة، والثاني نافذ حتى يأتي عدم الإجازة. ويقول نفس المؤلّف إنّ عقدا يتردّد بين مرتبتي البطلان والصّحة يُتصوّر فيه أمران: فإمّا أن يجعل كالباطل، أي غير ذي أثر، وهذا ما اختاره الفقه الإسلامي. وإمّا أن يُجعل كالصّحيح، أي ذا أثر، وهذا ما اختاره الغرب[1194]. ويواصل نفس المؤلّف قائلا إنّ عقدا "يداخله غلط أو تدليس أو إكراه فيصدر عن إرادة ضالّة أو مضلّلة أو غير مختارة، أولى به أن يوقّف حتى يُجاز، من أن ينفذ حتّى يُحكم بإبطاله"[1195].

النسبي. وهو يرى أنّ باطل الفقه هو انعدام فرنسا، وفاسد الفقه هو باطل فرنسا المطلق).

[1194] لم نفعل هنا إلاّ أن نقلنا قول السنهوري بطريقة تكاد أن تكون حرفية. لكن أدخلنا بعض التعديلات (كإدخال كاف التشبيه في القول "كالباطل" عوض قول "الباطل"، إلخ) وذلك لتجنب خطر سوء فهم ما قصده السنهوري (على كل انظر قوله بالمرجع السابق، ج 4، ص 276).

[1195] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 281. **وقبل ذلك كان قد احتج للعقد الموقوف في إطار عقد ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير: فقال في الإطار الأوّل هل الأولى أن يقف عقد الصبي حتى يجيزه وليه أو حتى يجيزه هو بعد بلوغه سن الرشد، أم الأولى أن ينفذ عقده حتى يطالب وليه أو يطالب هو عند بلوغه سن الرشد بإبطاله؟ وأجاب أن "الأولى – والصبي غير كامل التمييز ومظنّة الضرر المحتمل لحوقه به مظنّة راجحة - أن يقف عقده حتى يتبيّن وليّه نفع هذا العقد، أو حتى يتبيّن هو ذلك بعد بلوغه سن الرشد. فالفقه الإسلامي في صناعته هنا أرقى من الفقه الغربي" (مرجع سابق، ج 4، ص 276 و277).**

وقال في الإطار الثاني "إذا تصرف الفضولي في ملك غيره، فهل الأولى (عدم نفاذ) التصرف حتى يجاز كما يفعل الفقه الإسلامي، أو نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي؟ واضح هنا أيضا – والفضولي يتصرف في مال لا ولاية له عليه - أن الأولى هو وقف التصرف حتى يجاز. فالفقه الإسلامي هنا أيضا أرقى في صناعته من الفقه الغربي" (مرجع سابق، ج 4، ص 277). ويواصل في نفس هذا الإطار قائلا: "وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال. ففي بيع ملك الغير أو تصرف الفضولي رأينا أنّ الفقه الغربي يجعل العقد نافذا حتى يبطل. ولمّا كان جعل العقد نافذا في حق المالك الذي لم يشترك فيه غير معقول، لذلك اضطر الفقه الغربي أن يستعين بفكرة أخرى ضمها إلى فكرة العقد القابل إلى الإبطال. فجعل العقد، إلى جانب كونه قابلا للإبطال، غير نافذ في حق المالك الحقيقي، فلجأ إلى فكرة الوقف في حق المالك. فأمّا الفقه الإسلامي فعنده العقد الموقوف، فهو موقوف في حق البائع وحق المشتري وفي حق المالك جميعا. فلم يكن في حاجة إلى فكرة عدم السّريان التي احتاج إليها الفقه الغربي لمّا جعل العقد نافذا، وبذلك يرجح العقد الموقوف العقد القابل للإبطال، لشموله واستغنائه بذاته عن أيّ شيء آخر. فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف، فقد قلنا كلّ شيء. أمّا إذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك إنه أيضا عقد غير سار في حق المالك الحقيقي فهو عقد قابل للإبطال في حق المشتري وحده... ولا يملك البائع ذلك... (و)يملك (المشتري) إجازته. وسواء أبطله أو أجازه، فإنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلاّ إذا أجازه هذا المالك. فإذا ما أجازه فقد سرى في حقه، وصح في حق المشتري في وقت واحد. وفي هذا خروج عن الصناعة القانونية، فإنّ المعهود في العقد القابل للإبطال أنّ الذي يبطل ويجيز هو وحده العاقد الذي تقرّر البطلان لمصلحته، وهنا يملك غير العاقد – المالك - إجازة العقد فيصحّ في حق المشتري نفسه. ومن ثمّ كان حكم بيع ملك الغير – ولا يزال - مشكلة تحيّر الباحثين في الفقه الغربي، ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بها بيع ملك الغير، لأفاد كثيرا من ذلك. فيكون العقد موقوفا، لا في حق المشتري وحده، ولا في حق البائع وحده، بل أيضا في حق المالك. ولكانت إجازة العقد تقتصر على المالك، فلا يملك المشتري إجازته" (مرجع سابق، ج 4، ص 277 و278).



338. فإذا تبنّينا رأي السّنهوري وقلنا إنّ العقد الموقوف أفضل مرتبة جزاء لعيوب الرّضا عموما وللغلط خصوصا (قلنا خصوصا لأنّ الغلط هو الذي نعمل عليه[1196])، أمكننا القول عن م.ا.ع التي وضعت البطلان النّسبي، ومن ثمّ مراتب الجزاء الغربيّة، ولم تضع عدم اللزوم مثلا وعموما مراتب الجزاء الإسلاميّة، أنّها فوّتت على نفسها، أو على الأقلّ عسّرت على نفسها،

[1196] **إنّ السنهوري لم ير في العقد الموقوف رقيّا مطلقا، بل قال إنّ تطوّره توقّف في ثلاثة مواضع والواجب أن يستكمل**. وهذه المواضع هي:
- **عدم وضع وقت معيّن إذا انقضى يعتبر المالك مجيزا أو غير مجيز**. "وعنوان تطور الفقه الإسلامي في هذه المسألة هو مذهب مالك، فقد رأينا أنّ الفضولي في هذا المذهب إذا باع بحضرة المالك، وسكت هذا اعتبر سكوته إجازة. وإن باع بغير حضرته، وبلغه، فسكت عاما من وقت علمه، اعتبر سكوته إجازة" (مرجع سابق، ج 4، ص 278 و279.)
- **غلبة الصناعة الفقهية عند تحديد شروط الإجازة**: "فقد رأينا أنه يجب لصحة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة... ولكن هذه النظرة الصناعية المحضة نظرة ضيقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحلّ ورثته محلّه، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحلّ ... وكان الأولى أن يجعل للإجازة حكم الإسناد دون حكم الإنشاء، فيكتفى باشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحلّ وقت صدور التصرف دون وقت صدور الإجازة" (مرجع سابق، ج 4، ص 279).
- **غلبة قاعدة صناعية هي أن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله**. وقد تضيّق هذه القاعدة من باب التعامل. فالفضولي "إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، فإن بيعه يبطل، ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه، ولا يستطيع ذلك إلاّ بعقد مبتدإ. ذلك أن ملك الفضولي قد أصبح باتا بصيرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، وقد طرأ على ملك المشترى منه وهو ملك موقوف، والملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله... والمذهب المالكي هنا أيضا قد سار في التطور خطوات أبعد ففيه...إذا ملك الفضولي المبيع بسبب غير الميراث صحّ البيع الصادر منه للمشتري ولا يجوز له نقضه. ولكن الفقه المالكي لا يزال قاصرا فيما إذا انتقل الملك للفضولي بالميراث..." (مرجع سابق، ج 4، ص 279 و280) (انظر: عدد 367 من هذا العمل).

إمكانيّة التّطوّر نحو الأرقى[1197]. وقد يُرى في هذا سببا آخر يجعلها مجسِّدة لعدم الإحكام.

[1197] عدم وضع مراتب إسلامية (ووضع مراتب غربية) يحول أو على الأقلّ يُعسّر إمكان الوصول إلى حلّ فيه إتّساق على مستوى الآثار. وإنّ الحائل أو المُعسّر لكونه كذلك يدخل ضمن هذا العنوان، أمّا كيف هو كذلك فلا. قارن مع: الزين (محمد)، مقال سابق (باللغة الفرنسية)، ص 193 الذي قال إن: "م.ا.ع... حجبت - وذلك ودون شك عن خطإ منها - النظرية المفرطة في التشعب للجزاء المدني في القانون الإسلامي".
"le COC…a occulté, sans doute à tort, la théorie fort complexe des sanctions civiles en droit musulman".
وينبغي أن نشير هنا إلى تبنّي القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (وقد ترأس اللجنة التي وضعته عبد الرزاق السنهوري. انظر: صفحة "الأسباب الموجبة" من القانون. بغداد، مطبعة العاني) فكرة العقد الموقوف في مادة الأهلية ومادة عيوب الرضا، وفي غيرهما. ولقد تحدثت المادّة 134 عن تلك الأهلية وعيوب الرضا فقالت:
"1- إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو لتغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما أن له أن يجيزه. فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت له العين وأن يستردّها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي، فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها.
2- وللعاقد المكره أو المغرور الخيار إن شاء ضمن العاقد الآخر وإن شاء ضمن المجبر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر. ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور إن قبض البدل مكرها أو مغرورا وهلك في يده بلا تعدّ منه."
انظر الى: الزين (محمد)، نفس المرجع السابق ونفس الصفحة حيث يقول إنّ م.ا.ع لا تعرف الاّ التفرقة بين البطلان النسبي والمطلق وهي تجهل مصطلح العمل القانوني الموقوف.

خلاصة العنوان الأوّل

339. يمكن القول إنّ م.ا.ع تعرف مرتبتي مؤيِّدات في عموم النّصوص وفي خصوص تلك التي نعمل عليها.

فأمّا المرتبة الأولى فهي لغير الصّحيح، وهنا لم نجد نصوص المجلّة، على مستوى المذكور فيها تصريحا من الأحكام، مجسّدة لعدم الإحكام.

وأمّا المرتبة الثّانية فهي لما أمكننا تسميته بالصّحيح، وهنا وجدنا النّصوص مجسّدة أحيانا لعدم الإحكام.

ويمكن التّوسّع والحديث خارج ما نعمل عليه والقول إنّ م.ا.ع، بتركها مادّة مراتب المؤيِّدات في الفقه الإسلامي، قد تركت تدرّجا محكما من البطلان إلى الفساد، ومن الفساد إلى الوقف، ومن الوقف إلى عدم اللزوم، ومن عدم اللزوم إلى اللزوم. ولقد لاحظ أحد الغربيّين أن بين بطلانهم المطلق وبطلانهم النّسبي، أي بين المصلحة العامّة والمصلحة الخاصّة، سلّما ذا درجات متعدّدة[1198].

[1198] هو "لابراديل" ("جيرو دي")، تنازع القوانين في مادة البطلان، باريس، دالوز 1967، عدد 101.
LA PRADELLE (Geraud de), Les conflits de lois en matière de nullité, Bibliothèque de droit international privé, VIII, Paris, Librairie Dalloz, 1967, n° 101.
وإنّ هنالك في الغرب من نبذ كل تقسيم:
- "دروڤول"، محاولة للإتيان بنظرية عامة للبطلان. دراسة في القانون المدني، أطروحة دكتورا، مرسيليا، جامعة آكس مرسيليا، كلية الحقوق بآكس، نشرت بباريس، المكتبة الجديدة للقانون ولفقه القضاء، 1902، ص 209.
DROGOUL (F), Essai d'une théorie générale des nullités. Etude de droit civil, Thèse pour le Doctorat, Université d'Aix- Marseille, Faculté de droit d'Aix, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1902, p. 209.
- "شفاليي" (جون)، التقرير العامّ، أعمال جمعية "هنري كابتون"، ج14، ص 513 وما بعدها.
CHEVALLIER (Jean), Rapport général, Trav. Ass. H. CAPITANT, XIV, p. 513 et s.
- "دوري" (جورج)، انعدام وبطلان وقابلية بطلان الأعمال القانونية في القانون المدني الفرنسي، أعمال جمعية "هنري كابتون، ج 24، ص 625 وما بعدها.
DURRY (George), L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, Trav. Ass. H. CAPITANT, T XIV, p. 625 et s.
وإنّ "تيري" "وسيملر" و"لوكيت" (مرجع سابق، باللغة الفرنسية، عدد 83)، وبعد أن ذكروا هذه المواقف، تبنّوا موقفا وسطا.
وينبغي هنا أن نذكّر بما قاله السنهوري من أنه هنالك نوعا واحدا من البطلان هو البطلان المطلق. أمّا العقد الباطل نسبيا فهو يمرّ على مرحلتين: الصّحة (قبل أن يتعيّن مصيره بالإجازة أو الإبطال وبعد أن تلحقه الإجازة ويحصل في شأنه التقادم)، أو البطلان (حين يتقرر بطلانه). وهنا لا فرق بين هذا الباطل نسبيّا وذاك الباطل مطلقا: فكلاهما تزول آثاره بصفة رجعية (السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص87 وما بعدها.).

لكنّ الحديث عن كلّ تلك الدّرجات[1199]، ومن بعدها عن هذا السلّم خارج كما تقدّم عن دلالة ألفاظ النّصوص التي نعمل عليها.

وإنّ الذي انتهى من المدلول المذكور تصريحا، ويحاول أن يمرّ إلى المدلول المطويّ ذكره، هو على وشك الخروج من الدّالّ ... إذن لنذهب إلى دلالة التّضمّن ... لنذهب إلى ما به سيتمّ الخروج من العمل وإلى ما به ستنتهي الرّحلة.

[1199] قال السنهوري إنّ نظرية الجزاء في الفقه الإسلامي ارتقت في التدرّج المحكم في المراتب، وفي ابتداع فكرة العقد الفاسد، وفي التصوير الفني للعقد الموقوف والذي هو أرقى صناعة من العقد القابل للإبطال، كما ارتقت في تدرّجها الدقيق في الخيارات. لكنها وقفت في عيوب الإرادة فلم تجمعها مع بعضها لتعطيها جزاء واحدا، ووقفت في بعض جوانب العقد الموقوف. لكنه يختم بالقول إنّ نظرية الجزاء في الفقه الإسلامي، ورغم ما تقدم، "أرقى في الصناعة من نظيرتها في الفقه الغربي" (مرجع سابق، ج 4، ص 285 و286).
انظر أيضا إلى: الزين (محمد)، مقال سابق (باللغة الفرنسية)، ص 193.

العنوان الثّاني

الإحكام في الأحكام المطويّ ذكرها: آثار مراتب المؤيِّدات

340. مكّن البحث في نيّة المشرّع المعبّر عنها مباشرة من القول إنّه أراد من ألفاظ الفصول 67 و325 البطلان المطلق[1200] ومن ألفاظ الفصول 43 وما بعده و330 البطلان النّسبي[1201]، أي أنّه أراد تبنّي ما كان موجودا في فرنسا وقتها والذي صار فيما بعد يسمّى بالنّظريّة الكلاسيكيّة معارضة بما جاء في بداية القرن العشرين والذي أسمي بالنّظريّة الحديثة[1202].

341. والنّظريّة الأولى، وبالتّحديد مرتبتي المؤيِّدات اللتين وضعتهما، تمنحنا "مفتاح كلّ الأسئلة المتعلّقة بالبطلان. فأمام بطلان محدّد يكفي البحث عن الصّنف الذي ينتمي إليه. ثمّ بعد ذلك تأتي الأجوبة بصفة آليّة عن طريق فكرة العمل القانوني ككائن. والأسئلة التي يثيرها البطلان ثلاثة: هل يجب القيام أمام القضاء؟ ومن يمكنه إثارة البطلان؟ وهل يمكن أن يمّحي البطلان بواسطة الإمضاء أو التّقادم؟ وهي أسئلة مترابطة حسب النّظريّة الكلاسيكيّة"[1203].

[1200] انظر عدد 274 وما بعده من هذا العمل.

[1201] انظر عدد 315 وما بعده من هذا العمل.

[1202] انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 82 وخاصة الهامش عدد 4.

وانظر إلى "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص141 وما بعدها حيث يشير إلى أطروحة "جابيو" [البطلان في مادة الأعمال القانونية. محاولة إتيان بنظرية جديدة، أطروحة دكتورا، جامعة ديجون، كلية الحقوق، نشرت بباريس، المكتبة الجديدة للقانون وفقه القضاء، 1909. JAPIOT (René), Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie générale, Thèse. Doctorat, Université de Dijon, Faculté de Droit, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence 1909] الذي حاول على ضوء كتابات سبقته إعادة بناء نظرية بطلان والتي تبنى "ڤودمي" نقطة انطلاقها وما هو أساسي في منهجها وترك بعض استنتاجاتها (نفس المرجع، ص 147).

وانظر إلى: بسرور (نور الدين)، جزاء قواعد نشأة العقد والإبقاء على العلاقة التعاقدية (باللغة الفرنسية)، أطروحة دكتورا دولة في القانون، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001، عدد 14 وما بعدها.

BESROUR (Noureddine), Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, Thèse de doctorat d'Etat en droit, Tunis, Faculté de droit et des sciences Politiques de Tunis, 2001, n° 14 et s.

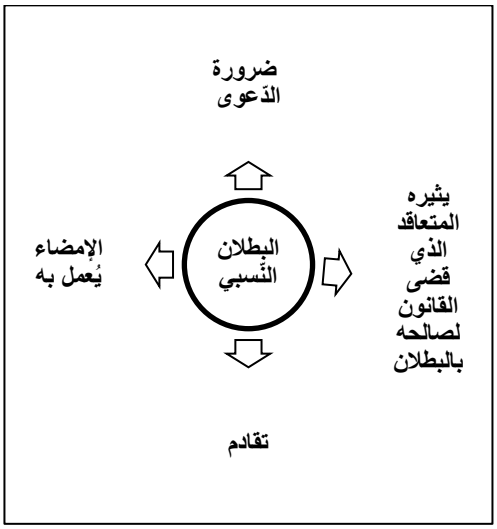
[1203] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 143 و144.

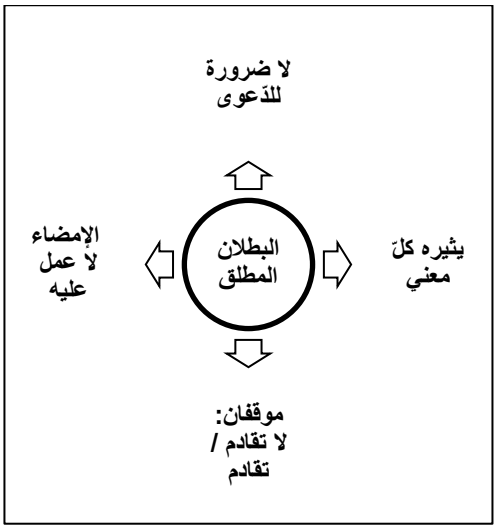
La division bipartite doit fournir « la clef de toutes les questions relatives aux nullités. En présence d'une nullité déterminée, il suffit de rechercher à quelle catégorie elle se rattache, et tout se résout alors mécaniquement, par l'idée de l'acte organisme. Ces questions, que soulèvent les nullités, sont au nombre de trois: faut-il agir en justice ? qui peut invoquer la nullité ? la nullité peut-elle disparaître par confirmation ou prescription ? Et ces questions sont pour la doctrine classique solidaires les unes des autres ».

وتسهيلا لعمليّة قراءة ما سيأتي في بقيّة العمل سنستبق ما سيُقال بإيراد رسم لما سنجد أنّه موقف للنّظريّة

بعبارة أخرى: تتضمّن مرتبتا المؤيِّدات ثلاثة أجوبة عن ثلاثة أسئلة؛ أي أنّ هذه الأجوبة بمثابة أحكام مطويّ ذكرها، أو هي آثار آليّة (والوصف لـ"ڤودمي") لتلك المرتبتين[1204].

الكلاسيكيّة ولـ م.م.ف ولـ: م.ا.ع (على مستوى التّقادم لم تقل به النّظريّة الكلاسيكيّة لكن نسب موقفان للمشرّع الفرنسي وكذلك الأمر فيما يخصّ المشرّع التّونسي):





ملاحظة: فيما يخصّ البطلان المطلق وعدم ضرورة الدّعوى سيُدقّق الرّسم لاحقا.

[1204] نعلم من نيّة المشرّع أنّ م.ا.ع قد احتوت على جزاء ثالث خاص بصورة الشّيء (انظر عدد 308 من هذا

فإذا أتينا هذه الآثار أو تلك الأحكام المطويّ ذكرها أو تلك الأجوبة وجدنا جانبا منها لا يهمّ الزّمن والآخر يهمّه. ويبدو أن لكلّ جانب علاقة بمسألة الإحكام تختلف عن الآخر. لذا سننظر تباعا في الجانب الأوّل ثمّ في الجانب الثّاني، أي سننظر في:

- الإحكام [على مستوى المطويّ ذكره من الأحكام والمتمثّل] في آثار مراتب المؤيِّدات غير المتعلّقة بالزّمن (الفصل الأوّل).

- الإحكام [على مستوى المطويّ ذكره من الأحكام والمتمثّل] في أثر مراتب المؤيِّدات المتعلّق بالزّمن (الفصل الثّاني).

العمل)، لكن هذا الجزاء كما تقدم، وأيضا – وهذا هو الذي يهمنا هنا - آثاره عرضيان. لذا لم يؤخذ ذاك (في إطار العنوان السابق) ولن تؤخذ هذه (في إطار هذا العنوان) بعين الاعتبار في عملية تقسيم عنواني الجزء الثاني. لكن وكلما استدعى مقتضى الإشكالية الإشارة إليهما (تحقق هذا بعد في العنوان السابق) عمدنا إلى ذلك ولكن في حيّز عرضيّ لأنهما وكما بديا لنا عرضيان.

الفصل الأوّل
الإحكام في آثار مراتب المؤيِّدات غير المتعلّقة بالزّمن

342. هنا أيضا من المفروض أن نأتي بالمراحل الثّلاث: مرحلة تحليل ما جاء بـ:م.ا.ع، ومرحلة إحضار القانون الغربي والفقه الإسلامي، ومرحلة محاولة التّقييم والرّبط بمسألة الإحكام. لكن هنا كذلك، ولأنّ م.ا.ع أخذت بالقانون الغربيّ، سنلحق الجزء الأوّل من المرحلة الثّانية بالمرحلة الأولى والجزء الثّاني من المرحلة الثّانية بالمرحلة الثّالثة. هذا سيعطي حديثا أوّلا نعرض فيه حكم م.ا.ع (القسم الأوّل)، وحديثا ثانيا نقيّم فيه هذا الحكم (القسم الثّاني).

القسم الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

343. إنّ هذا الحكم محلّه آثار مراتب المؤيِّدات غير المتعلّقة بالزّمن، وهي كما تقدّم ثلاثة: مسألة مدى ضرورة الدّعوى (§1) ومسألة من يثير البطلان (§2) ومسألة الإمضاء (§3).

§1 عرض الحكم المتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى

344. ينبغي هنا عرض مصدر الحكم (أ) قبل عرض عينه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

345. يتمثّل المصدر المعنيّ في القانون الفرنسي. لكنّ هذا القانون يمثّل استمرارا لما كان موجودا قبله:

346. ◄ وهذا "القبل" يتمثّل في القانون الفرنسيّ القديم. ولقد رأيناه يفرّق بين دعوى البطلان، وفيها نجد بطلان القانون المدني الرّوماني وبطلان القوانين والأعراف الفرنسيّة؛ ودعوى الفسخ (rescision)، وفيها نلاقي العقود الصّحيحة من وجهة حكم القانون الرّوماني ومن وجهة حكم القوانين والأعراف الفرنسيّة، لكن ومن وجهة قضاء الحكّام الرّومان كان يقرَّر فيها الرّدّ بالكامل[1205].

[1205] انظر عدد 227 وما بعده من هذا العمل.
وانظر: "جابيو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 51 وما بعدها بالنسبة إلى القانون الرّوماني وص 82

و"دعوى البطلان يقام بها مباشرة أمام القضاة المختصّين بالنّظر فيها. لكن، وللقيام بدعوى فسخ، يجب الحصول مسبقا على كتاب فسخ. هذا الكتاب كان يعطى باسم الملك من قِبَلِ مصالح وزارة العدل الموجودة في المحاكم لكي يوسّع في سلطة القاضي ويسمح له بتنفيذ القانون الرّوماني"[1206] (أي ما جاء عند الحكّام الرّومان).

ومن هنا جاء مبدأ أن لا مجال لطرق البطلان في فرنسا[1207]، ومعناه "أن لا مجال لطرق البطلان بالنّسبة إلى دعاوى الفسخ ... (و) ... وأن هناك مجال لطرق البطلان بالنّسبة إلى دعاوى البطلان ... (التي) ... لا حاجة للحصول فيها من الملك على خطاب فسخ"[1208].

ثمّ جاء قانون 7/ 11 سبتمبر 1790 وألغى فصله العشرون مصالح وزارة العدل، وقال فصله الواحد والعشرون بأنّ الدّعاوى التي كان يُحصل من أجل القيام بها على خطابات مَلَكِيّة تُرفع مباشرة أمام القاضي المختصّ[1209]. هذا التّغيير في طريقة القيام بدعوى الفسخ أوقع البعض في خطأ حسب "توليي"، فظنّوا أنّه لم يعد ثمّ فرق بين الالتزام الباطل قانونا (nullité de droit) والالتزام القابل للفسخ. لكن، وحسب "توليي"، هذا الالتزام صحيح في الظّاهر وذاك باطل في الظّاهر. بل "ليس ثمّ ظاهر عقد، فالقانون وبصفة مسبقة صرّح

وما بعدها بالنسبة إلى القانون الفرنسي القديم.

[1206] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 12.

« L'action en nullité se portait directement devant les juges compétents pour en connaître. Tandis que, pour former une action en rescision, il fallait obtenir préalablement des lettres de rescision. Ces lettres étaient délivrées, au nom du roi, par les chancelleries établies prés des cours souveraines, afin de proroger le pouvoir du juge et de l'autoriser à appliquer le droit romain ».

[1207] Voies de nullité n'ont point lieu en France.

[1208] "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 13.

« voies de nullité n'ont pas lieu pour les actions en rescision … (et) …voies de nullité ont lieu pour les actions en nullité … (c'est à dire) … qu'il n'est pas, pour cette classe d'actions, nécessaire d'obtenir du prince des lettres de rescision ».

ويضيف "دومولومب" (نفس الجزء عدد 14) إنّ كتاب الفسخ كان يعطى من قبل مصالح وزارة العدل دون النظر في أسبابه حتى أنه وفي الواقع انتهي إلى قبول كل من يطلبه. وعلى هذا ترك للقضاة نفس السلطة التقديرية التي لهم في مادة دعاوى البطلان، أي سلطة النظر في مدى وجاهة الطلب المقدّم لهم ومن ثمّ قبوله أو رفضه. وهكذا لم يعد وجوب الحصول على خطاب فسخ إلاّ شكلية لا سبب لها إلاّ كونها مناسبة لاستخلاص معاليم جبائية.

[1209] انظر إلى هذا القانون وإلى محتوى فصليه المذكورين أعلاه: "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 18.

بالبطلان"[1210].

347. ◄ هذه الفكرة، المتمثّلة في كون القانون هو المبطل في صور معيّنة، هي التي أرادها المشرّع الفرنسي، وهي التي أصبحت تُعرف فيما بعد بموقف النّظريّة التّقليديّة:

348. ♦ للتّدليل على هذا يتّجه الانطلاق من ملاحظات محكمة التّعقيب على مشروع المجلّة الذي عرض عليها. فلقد قالت إنّ "الاتّفاقات المخالفة للأخلاق الحميدة ولمنع القانون ليست ملزمة. ولا ضرورة لمهاجمتها بواسطة دعوى البطلان، ويكفي أن يُتمسّك ببطلانها ضدّ من يطلب تنفيذها وذلك بواسطة الدّفع، والدّفع دائم"[1211].

ويتساءل "لوران" بعد ما أورد هذا القول "متى إذن يقام بالدّعوى في أجل معيّن؟ (ويجيب) عندما نريد الحصول على بطلان اتّفاق باطل أو قابل للإبطال. ولقد اقترحت محكمة التعقيب نصّا في هذا الاتّجاه يعدّد الحالات الأكثر شيوعا والتي يكون فيها الاتّفاق معيبا: «دعوى البطلان من أجل عدم أهليّة الشّخص الملتزم، أو من أجل غياب شكليّة اشترطت في التّفويت في أموال القصّر، أو بسبب الغلط أو الإكراه أو التّغرير مدّتها عشر سنوات». ولقد تبنّى مجلس الدّولة هذا النّص ولكن أنقص منه التّعداد لعدم ضرورته أو لخطورته، ومن هنا كان الفصل 1304 الذي يضبط بعشر سنوات سقوط دعوى البطلان"[1212].

[1210] "توليي"، مرجع سابق، ج 7، عدد 526.
« il n'y a pas même l'apparence d'un contrat, la loi en ayant d'avance prononcé la nullité ».

[1211] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461.
"Les conventions contraires aux bonnes mœurs ou à la prohibition de la loi ne sont point obligatoires, il n'est pas nécessaire de les attaquer par action en nullité, il suffit d'opposer cette nullité à celui qui en demande l'exécution sous forme d'exception, et l'exception est perpétuelle".

[1212] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461.
"Quand donc est-il question d'intenter une action en nullité dans un certain délai ? C'est quand on veut obtenir l'annulation d'une convention nulle ou annulable. La cour de cassation propose une disposition en ce sens, en énumérant les cas les plus usuels dans lesquels la convention est viciée: « l'action en nullité, soit pour cause d'incapacité dans la personne qui s'est obligée, soit pour omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs, soit pour cause d'erreur, de

فإذا احتفظنا بما سبق وزدنا عليه الفصل 1117 م.م.ف الذي يقول إنّ: "الاتّفاق المبرم عن غلط أو إكراه أو تغرير ليس باطلا بقوّة القانون، بل هو يفتح الباب لدعوى بطلان أو فسخ لا غير ..."[1213]، ... إذا فعلنا ما سبق، أمكننا القول إنّ المشرّع الفرنسيّ أراد التّفرقة بين صورتين واحدة ضعيفة والأخرى قويّة. فأمّا الضّعيفة فهي التي يقام فيها بدعوى البطلان لا غير – والعبارة للفصل 1117 – أي التي يتمّ فيها البطلان بواسطة القاضي لا بواسطة القانون لا غير. وأمّا القويّة فهي التي يكون فيها البطلان بقوّة القانون – والعبارة مرّة أخرى للفصل 1117 – أي بواسطة القانون لا غير، فلا تحتاج للقضاء كواسطة. ونجد في "جوبار" – وفي تقريره الذي قدّمه للمجلس الذي أسّسه دستور سنة VIII والمكلّف بمناقشة مشاريع القوانين أمام الهيئة التّشريعيّة التي كان دورها ينحصر في التّصويت (le tribunat) – ما يمكن عدّه إلى جانب ما سبق تعبيرا مباشرا عن نيّة واضع م.م.ف. فلقد جاء في هذا التّقرير أنّه: "... إذا تعلّق الأمر بالتزام أبرم دون موضوع أو سبب أو لأجل سبب غير جائز، فالملتزم ليس بحاجة للقيام أمام القضاء لفكّ التزامه"[1214]. ويورد لنا "لوران" ما جاء عند "جوبار" حول الأهليّة والغلط والإكراه والتّغرير ومفاده أنّه يجب القيام بدعوى[1215]. ويختم "لوران" بالرّبط الذي أتى عند "جوبار" لما سبق بالموروث، وذلك حين قال: "لقد كان من غير الممكن عدم الاحتفاظ بالتّفرقة القديمة بين الأعمال القانونيّة الموصوفة خطأ بكونها عقودا والتي لا تنتج أبدا دعاوى، وبين العقود التي حوت التزاما، وحوت من ثمّ مبدأ دعوى. ففي هذه الحالة، لا يمكننا القول إنّه ليس ثمّ التزام، ويجب الاكتفاء

violence ou de dol, dure dix ans ». Le conseil d'Etat adopte cette disposition en retranchant l'énumération qui était inutile ou dangereuse ; de là l'article 1304 qui fixe à dix ans la prescription de l'action en nullité".

وعلينا أن نلاحظ أن الفصل 1304 نقح بمقتضى القانون 5/68 المؤرخ في 3 جانفي 1968 وأصبح الأجل خمس سنوات.

[1213] Art. 1117 C. civ. français: "La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision …"

[1214] "جوبار" حسب "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461.

« quand il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'a pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager … ».

[1215] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461.

بالتّصريح بأنّ الذي أبرم الالتزام يمكنه طلب البطلان"[1216].

يخلص ممّا تقدّم أن هنالك عقدا ليس في الحقيقة عقدا، أي هنالك عَدَمٌ أو عقد منعدم، وهو لا يتضمّن التزاما. فإذا لم يكن ثمّ التزام، فليس ثمّ حاجة للقيام أمام القضاء. إلى جانب ما سبق هنالك عقد هو في الحقيقة عقد، وهو يتضمّن التزاما. فإذا كان ثمّ التزام، فلا بدّ من القيام أمام القضاء لفكّه.

كما يخلص ممّا تقدّم أنّ التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع الفرنسيّ مفاده من جهة قولاً بعدم ضرورة الدّعوى، أي ببطلانٍ بقوّة القانون لا غير، وذلك في صورة غياب الموضوع وغيرها؛ ومن جهة أخرى قولاً بضرورة الدّعوى، أي ببطلانٍ يمرّ بواسطة القاضي، وذلك في صورة الغلط وغيرها.

349. ♦ هذا القول للمشرّع الفرنسي هو الذي صار يُعرف فيما بعد بموقف النّظريّة التّقليديّة. ويعرض "ڤودمي" هذا الموقف في قالب "قياس شَرطيّ متّصل" تتركّب مقدّمته الأولى من مقدّم (الشّرط)، وهو كون العمل القانوني ولد ميتا؛ ومن تالٍ (المشروط)، وهو أنّه لا ضرورة لدعوى[1217]. يقول "ڤودمي": "إذا كان العمل القانوني قد ولد ميتا، فلا دعوى لأنّه لا يبطل (يعدم) المعدوم. فالبطلان إذن يوجد بصفة آنيّة حتّى وإن لم يصرّح به القضاء. هذا لا يعني أنّنا لا نكون مجبرين دوما على التّوجّه إلى القضاء لكي يعاين وجود بطلان بقوّة القانون. فالعقد باطل (غير موجود) قانونا، لكن من الممكن أن يوجد في الظّاهر. فقد تنشأ بمناسبة هذا العمل وضعيّة واقعيّة كأن يسجَّل في سند، أو أن يتمّ تنفيذه. لإنهاء هذه الوضعيّة الواقعيّة، يجب إعدام السّند، أو يجب الحصول على استرداد للأشياء التي أعطِيَت. ولبلوغ ذلك، ينبغي القيام أمام

[1216] تقرير "جوبار"، عدد 218 ("لوكري"، ج 6، ص 218 و219) حسب "لوران": مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 461.

" Il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrats et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation, et conséquemment le principe d'une action. Dans ce dernier cas, on ne peut pas dire qu'il n'y avait pas d'obligation, on devait se borner à déclarer que celui qui avait contracté l'engagement en pouvait demander la nullité".

[1217] القياس الشرطي المتصل "يتركب من مقدمتين: إحداهما مركّبة من قضيتين قرن بهما صيغة الشرط (إن كان العالم حادثا، فله صانع). والأخرى: حملية واحدة هي المذكورة في المقدمة الأولى بعينها (ولكن العالم حادث. وهنا نكون أمام حالة ستثبت التالي في النتيجة، وهي حالة الوضع modus ponens) أو نقيضها (ولكن العالم ليس له صانع. وهنا نكون أمام حالة تنفي المقدم في النتيجة وتسمّى حالة الرفع modus tollens) ويقرن بها كلمة الاستثناء." الغزالي، معيار العلم في المنطق، مرجع سابق، ص 137. انظر أيضا لالاند: مرجع سابق (باللغة الفرنسية): كلمة Hypothétique.

القضاء (استحقاق - استرداد ما دفع وهو غير مستحقّ)، وينبغي إثبات البطلان. هذه الدّعوى مختلفة عن دعوى الإبطال. فهدف تلك ليس إعدام العقد بل معاينة بطلان (انعدام) موجود من قبل. والحكم القضائيّ يعاين البطلان ولا ينشئه. وليس ثمّ حقّا دعوى بطلان هنا. وينتج عمّا سبق أنّه إذا كان العمل باطلا بقوّة القانون، يمكن للأطراف وبصفة آنيّة التّصرّف وكأنّه لم يوجد"[1218].

يخلص من هذا المقتطف من كلام "ڤودمي" أمران:

أوّلهما: إن كان الالتزام منعدما قانونا، وباطلا مطلقا، وباطلا بقوّة القانون لا غير[1219]، فالدّعوى غير ضروريّة.

ثانيهما: إن كان الالتزام المنعدم قانونا موجودا واقعا، فالدّعوى ضروريّة. لكنّ هذه الدّعوى، على حدِّ عبارة "ڤودمي"، ليست مثل دعوى البطلان وليست حقّاً دعوى بطلان.

ويعارض ما سبق، الصّورة التي يوجد فيها الالتزام قانونا، وتضمّ الغلط وغيره. وهنا، لأنّ الالتزام موجود، فلا بدّ من دعوى لإزالته.

بعبارة أخرى: هنالك صورة أولى لعقد لا يحوي التزاما قانونا. وهذه تتفرّع إلى فرعين: فرع العقد الذي لا يحوي التزاما لا قانونا ولا واقعا، وهنا لا حاجة للقضاء. وفرع العقد الذي لا يحوي التزاما قانونا لكن يتضمّن التزاما

[1218] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 144.

« … Si l'acte est mort-né … il n'y a pas d'action en justice, car on n'annule pas le néant. La nullité existe donc immédiatement, même si elle n'est pas prononcée par la justice. Ceci ne signifie pas qu'on ne soit jamais obligé de s'adresser à la justice pour faire constater une nullité de plein droit. Un acte est nul de droit, mais il peut exister en apparence ; il se peut, qu'à l'occasion de cet acte, un certain état de fait ait été créé, par exemple l'acte nul est constaté par un titre ; ou bien encore il a reçu exécution. Pour faire cesser cet état de fait, il faut faire anéantir le titre, obtenir restitution des choses données en exécution. Il faudra pour cela agir en justice (revendication, répétition de l'indû). Et il faudra prouver la nullité. Mais cette action est toute différente d'une action en annulation, son but n'est pas de faire anéantir le contrat, mais de faire constater une nullité préexistante. La sentence judiciaire constate la nullité, elle ne la crée pas. Il n'y a pas à proprement parler d'action en nullité. En conséquence, quand un acte est nul de plein droit, les parties peuvent immédiatement se comporter comme si l'acte n'est pas intervenu ».

[1219] انظر إلى: "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 142 حيث يستعمل عبارة "باطل بمقتضى القانون لا غير"، وعبارة "باطل مطلقا"، وعبارة "انعدام" على أنها مترادفة. ثم انظره في ص 143 حيث يذكر لنا أنه وجدت محاولة للتفرقة بين "الانعدام" و"البطلان المطلق"، ولكن الذي غلب على النظرية التقليدية هو جمع هاتين الصورتين مع بعضهما البعض ليصيرا صورة واحدة تطلق عليها تلك الأسماء المختلفة.

واقعا، وهنا يُحتاج إلى القضاء. ثمّ هنالك صورة ثانية لعقد يحوي التزاما من وجهة نظر القانون. هنا أيضا، وبسبب الوجود، لا بدّ من الدعوى؛ وبسبب الوجود القانوني، لا بدّ من دعوى إبطال.

وتسمّى الصّورة الأولى بطلانا بمقتضى القانون لا غير، لأنّه – حتّى في الفرع الثّاني منها –، وإن كان ثمّ دعوى، فهي ليست دعوى بطلان، لأنّ الالتزام ليس موجودا قانونا، أي أنّ هذا الانعدام القانونيّ قائم قبل تدخّل القاضي.

أمّا الصّورة الثّانية، فتسمّى بطلانا عن طريق القضاء، لأنّ الالتزام موجود قانونا، وإعدامه يأتي بواسطة القاضي.

ويبدو أنّ ما سبق هو الذي أخذت به م.ا.ع.

(ب) عرض عين الحكم

350. يتّجه، وفقا للتّمشّي المعتمد في هذا العمل، الابتداء باللغة والانتهاء بالنّيّة. لكن، وبالنّسبة إلى المسألة التي نحن بصددها، ستكون النّيّة هي البدء والمنتهى.

وللوصول إلى النّيّة، ينبغي العودة إلى المشروع المُرَاجع في مراجعه ثمّ في نفسه:

◄ فإذا شرعنا بالمراجع، وجب الذّهاب خاصّة إلى تلك الموجودة تحت الفصل 372 (يقابله في م.ا.ع الفصل 325) وتحت الفصل 377 (يقابله في م.ا.ع الفصل 330)[1220]:

♦ فأمّا ما وجد تحت النّصّ الأوّل فـ: "أوبري" و"رو" و"لوران" مثلا:

♦♦ والأوّلان – وفي المكان المشار إليه في المشروع المُرَاجع[1221] - تحدّثا عن حالات عيوب الرّضا وغيرها. وقالا إنّ "البطلان لا يوجد بمقتضى القانون لا غير. ويجب عموما التّصريح به من قِبَل القضاء ... لكن إذا لم تجتمع في الالتزام الشّروط الضّروريّة لوجوده، فعدم نفاذه مستقلّ عن أيّ

[1220] لم نذهب هنا إلى المراجع الجانبية لأنه ثبت لدينا بعد أنّ م.ا.ع لم تتبع على صعيد الجزاء ما جاء بالفقه الإسلامي(انظر عدد 274 وما بعده من هذا العمل).

[1221] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، عدد 334 (وبالتحديد ص 249 المتن والهامش عدد 1).

تصريح قضائي"[1222].

♦♦ والثّاني، أي "لوران"، وأيضا في المكان المشار إليه[1223]، أكّد على: "وجوب عدم الخلط بين الالتزامات القابلة للإبطال والالتزامات المنعدمة ... (فالأولى) فقط تفتح الباب لدعوى البطلان. أمّا الالتزامات المنعدمة، فلا يمكن منطقيّا المطالبة بإبطالها لأنّه لا يطلب إبطال المعدوم. فإذا ووجِهْتُ بعقدٍ لم أرضَ به، فلي الحقّ بلا ريب في دفعه، لكن لا أطلب من القاضي إبطاله، لأنّ هذا العقد غير موجود، إذ لا عقد دون رضا؛ بل أطلب من القاضي أن يصرّح بأنّه لم يوجد أبدا عقد. ويمكن أيضا أن أبادر وأقوم أمام القضاء لكي يقرّر أنّ هذا العقد الذي قد أواجَه به يوما أو يواجَه به ورثتي ليس له وجود قانوني. والقاضي لن يبطله، بل سيصرّح أنّه فاقد لأحد شروط وجوده ومن ثمّ فهو لا ينتج أيّ أثر ... (لكن) حين نقول إنّ العمل باطل، فهذا يعني أنّه قابل للإبطال، وأنّه يمكن طلب بطلانه، بل يجب طلب بطلانه لو أنّ الذي يمكنه أن يهاجم العمل لا يريد تنفيذه. وحسب المجلّة المدنيّة، ليس ثمّ بطلان (يقصد قابليّة الإبطال لعيب في الرّضا وغيره) بمقتضى القانون لا غير، أي بطلان يوجد بواسطة القانون بدون أن يستوجب التّصريح به من طرف القاضي. ولا نعرف إلاّ استثناء وحيدا صرّح فيه القانون بنفسه أنّ عقدا باطلا (يقصد قابل للإبطال لأنّه وبالنّسبة إليه ثمّ الباطل من جهة والمنعدم من جهة أخرى) بدون حكم قاض. فحسب الفصل 692 من مجلّة الإجراءات «لا يمكن للمعقول عليه من يوم إعلامه بالعقلة بيع العقّارات. والبيع باطل بدون حاجة إلى التّصريح به». فهذا الاستثناء الوحيد يؤكّد قاعدة أن ليس ثمّ بطلان بدون حكم يصرّح به ..."[1224].

[1222] "La nullité n'existe pas de plein droit ; elle doit en règle générale, être prononcée par jugement… Mais lorsque l'obligation ne réunit pas les conditions nécessaires à son existence, son inefficacité est indépendante de toute déclaration judiciaire".

[1223] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 18، عدد 528 وما بعده. و"البعد": الذي يهم مسألتنا هو عدد 531.

[1224] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 18، عدد 531 و532.

« Il ne faut pas confondre les obligations annulables avec les obligations inexistantes … les actes nuls donnent seuls lieu à une action en nullité. Quant aux actes inexistants, on ne peut logiquement en demander l'annulation, car on ne demande pas la nullité du néant. Si l'on m'oppose un contrat auquel je n'ai pas consenti, j'ai sans doute le droit de le repousser ; mais je ne demanderai pas au juge de l'annuler, car ce contrat n'existe pas, puisqu'il n'y a pas un contrat sans

♦ فإذا مررنا الآن إلى ما وُجد تحت النّص الثّاني (أي تحت الفصل 377 من المشروع المُراجَع والذي يقابله في م.ا.ع الفصل 330)، عثرنا مثلا على الفصل 1304 م.م.ف. ولقد سبق أن ثبت لدينا[1225] أنّ المشرّع الفرنسي أراد التّفرقة بين: من جهة عقد الالتزام فيه غير موجود قانونا، وهذا إمّا أن يكون الالتزام فيه غير موجود واقعا وهنا لا حاجة لدعوى، وإمّا أن يكون الالتزام فيه موجودا واقعا، وهذا يحتاج إلى دعوى ولكنّها ليست دعوى للإبطال، لأنّ هذا الإبطال حاصل بمقتضى القانون لا غير. ومن جهة أخرى عقد الالتزام فيه موجود قانونا وهذا يحتاج إلى دعوى للإبطال لو أنّ من له حقّ مهاجمته يريد أن لا ينفّذه، وهذا الإبطال كما يرى يحصل بمقتضى القانون وبدءً من قضاء الحاكم به.

والمراجع الواردة أعلاه تعدّ تعبيرا مباشرا عن نيّة أصحاب الفصول 372 و377 من المشروع المُرَاجع. وعليه يمكن القول إنّ نيّة هؤلاء اتّجهت إلى وضع ما هو موجود بالقانون وبفقه القانون الفرنسي.

◄ وإنّ النّصوص (أي المشروع في نفسه) جاءت عاكسة لتلك النّيّة. فقد ورد العنوان السّادس "في بطلان (nullité) وفسخ (rescision) الالتزامات" متكوّنا من فصلين (chapitres):

أوّلهما لبطلان الالتزامات. ونجد هنا المادّة (article) 372، وقد استعملت عبارة باطل بمقتضى القانون لا غير (nulle de plein droit)، ولم

consentement ; je demanderai que le juge déclare qu'il n'y a jamais eu de contrat. Je puis aussi prendre l'initiative, en agissant en justice pour qu'il soit décidé que le contrat que l'on pourrait un jour opposer à moi ou à mes héritiers n'a pas d'existence légale. Le juge ne l'annulera pas, il déclare qu'il manque de l'une des conditions requises pour son existence et que, par suite, il ne peut produire aucun effet…532- Quand on dit qu'un acte est nul, cela veut dire qu'il est annulable, que la nullité en peut être demandée ; et elle doit être demandée si celui qui a le droit d'attaquer l'acte ne veut pas l'exécuter. D'après le code civil, il n'y a pas de nullité de plein droit, c'est à dire de nullité qui existe en vertu de la loi et sans qu'elle doive être prononcée par le juge. Nous ne connaissons qu'un seul cas dans lequel la loi elle-même déclare l'acte nul sans qu'il faille une sentence du juge. Aux termes de l'article 692 du code de procédure, « La partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer ». Cette unique exception confirme la règle: il n'y a pas de nullité sans jugement qui la déclare».

[1225] انظر عدد 346 وما بعده من هذا العمل.

تَرِد فيها قطّ لفظة دعوى. وكذا الشّأن بالنّسبة إلى المواد (articles) 373 و374 و375 و376 التي جاءت في إطار نفس الفصل (chapitre)، والتي خلت بدورها من تلك الكلمة.

وثانيهما لفسخ الالتزامات، وفي هذا الفصل (chapitre) نجد المادّة (article) 377 و380 و381 و382 و384 وكلّها استعملت لفظة الدّعوى.

يخلص من كلّ ما تقدّم أن بالإمكان القول إنّ نيّة أصحاب المشروع المُرَاجع قد اتّجهت نحو تبنّي الحلول الفرنسيّة على مستوى مسألة مدى ضرورة القيام بالدّعوى.

فإذا علمنا أنّ م.ا.ع نقلت ذلك العنوان السّادس بحذافيره تقريبا (وصار سادسا عندها أيضا)، أمكن نقل ما قيل عن المشروع المُراجَع إلى تلك المجلّة.

وما قيل عن هذه المسألة ينبئ بعد بما سيقال عن لاحقتها ولاحقة لاحقتها. لكن لنهتمّ باللاحقة أوّلا.

§2 عرض الحكم المتعلّق بمسألة من يثير البطلان

351. سنحاول هنا أيضا عرض مصدر الحكم (أ)، فعينه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

352. رأينا سابقا أنّ قول المشرّع الفرنسي هو الذي صار يُعرف فيما بعد بموقف النّظريّة الكلاسيكيّة[1226]. وفي هذه النّظريّة نجد أيضا، في المسألة التي نحن بصددها، "قياسا شرطيّا متّصلا". لكن الذي تغيّر مقارنة بالمسألة الأولى هو "التّالي"[1227]. فلقد تمثل التّالي في المسألة الأولى في عدم ضرورة الدّعوى، أمّا هنا فسيتمثّل في أمر آخر. والقياس ورد على لسان "ڤودمي" وهو يعرض النّظريّة الكلاسيكيّة. ولقد قال: "إن كان العمل القانوني ولد ميتا ... فكلّ معنيّ يمكنه إثارة البطلان: ليس ثمّ شيء تجاه أيّ شخص"[1228].

ولعلّ قارئ هذه القضيّة سيسأل: من هذا "المعنيّ"؟ وجواب هذا السّؤال يتجاوز نطاق عملنا. لكن سنشير– بالقدر الذي تستدعيه المقارنة بالفقه

[1226] انظر عدد 348 من هذا العمل.

[1227] انظر عدد 348 من هذا العمل.

[1228] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 144.

« Si l'acte est mort-né … tout intéressé peut invoquer la nullité: il n'y a rien à l'égard de personne ».

الإسلامي – إلى أنّه يُتحدّث عن المتعاقدين[1229] ومن هم مثلهم، أي الخلف العامّ والخلف الخاصّ[1230]. ويقول "لوران" إنّ كلّ من يعارض بالعقد يمكنه أن يقول إنّه غير موجود. ويشير الفقيه إلى أنّ هذا أثر منطقيّ للقول بأنّ العقد لا ينتج أثرا[1231].

أمّا إذا كنّا أمام قابليّة بطلان، فالدّعوى – وعلى لسان "لوران" دائما – لا يقوم بها إلاّ المتعاقد الذي قضى القانون لصالحه بالبطلان[1232].

وإنّ قائمة الأشخاص غير المحدّدة والواسعة في الصّورة الأولى هي التي أوجدت وصف البطلان بالمطلق، كما أنّ حصر وقصر القائمة على بعض الأشخاص في الصّورة الثّانية هو الذي جعل بطلان هذه الصّورة يوصف بالنّسبي[1233].

ويبدو أنّ هذه الحلول هي التي أرادتها م.ا.ع.

[1229] وقاعدة "لا يمكن أن يسمع في القضاء شخصا يثير دناءته" (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) لا تمنع من القيام بالدعوى، بل تحول دون الاسترداد (انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 371).

وعلى كلّ انظر اثباتا لعدم وجود هذه القاعدة في م.ا.ع: بدري (مالك)، مجلّة الالتزامات والعقود وقاعدة لا يمكن أن يسمع في القضاء شخصا يثير دناءته (باللغة الفرنسية)، مذكرة، كلية العلوم القانونيّة والسياسية والاجتماعية بتونس، 2003 – 2004.

BADRI (Malek), Le Code des obligations et des contrats et la maxime « *Nemo auditur…* », Mémoire, F.S.J.P.S. de Tunis (II), 2003-2004.

[1230] يتحدث أيضا عن الدائنين العاديين لأحد المتعاقدين الذين يمكنهم القيام لإبطال العقد عن طريق الدعوى المنحرفة (action oblique) لو أنّ هذا العقد يلحق بهم ضررا. ويتحدث عن إقصاء الغير. لكن يلاحظ أنّ هذا الغير قد يكون معنيّا بالإبطال. نعم العقد لا يلزمه، لكن، وبوصفه واقعة، يعارض به. لذا يمكن للغير، وللتخلص من الآثار غير المباشرة لهذه المعارضة، أن تكون لهم مصلحة من الإبطال. لكن يجب أن تكون مصلحته مرتبطة ارتباطا وثيقا بالبطلان (مثال من يقوم بدعوى استحقاقية ويتمسك ضدّه بالتقادم المكسب بالاستظهار بعقد بيع، فهو "غيرٌ " هنا، ولكن من مصلحته إبطاله). ويتحدث عن النيابة العمومية، ولكن مع حصر تدخلها في مادة عدم جواز الموضوع والسّبب (انظر مثلا: إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 371 و372).

[1231] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 455.

[1232] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 455.

ويقول لنا "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" (مرجع سابق باللغة الفرنسية، عدد 370) إنّ من قضي بالبطلان لصالحهم هم: القاصر، ومن كان رضاه معيبا، ومن يتبعونهم: الممثل القانوني لهم / خلفهم العام /دائنوهم عن طريق الدعوى المنحرفة / الخلف الخاص / الغير الذي يشترط رضاه بالعقد.

[1233] انظر: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 458.

انظر عدد 323 من هذا العمل.

(ب) عرض عين الحكم

353. هنا أيضا سنبدأ بالتّعبير المباشر عن النّيّة، وبالتّحديد بالحاشية التّحتيّة للفصل 372 من المشروع المُرَاجع. في هذه الحاشية جاءت إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان[1234] قالا فيه:

أوّلا، وهما يتحدّثان عن المحجور عليه قضائيّا وعن الزّوجة وغيرهما حين يتعاقدون بدون إذْن، إنّ "... البطلان ليس إلاّ نسبيّا، ولا يمكن أن يقترحه الأشخاص الذين تعاقد معهم القاصر"[1235].

وثانيا، وهما يتحدّثان عن عدم احترام الشّكليّات المقرّرة لمصلحة القصّر والمحجور عليهم، إنّ "... البطلان ليس ... إلاّ نسبيّا، بمعنى أنّه لا يمكن أن يقترحه ... الطّرف الآخر ..."[1236].

وثالثا إنّ " الالتزامات الاتّفاقية التي رُضِيَ بها عن غلط أو عن إكراه أو عن تغرير جزاؤها البطلان ... وهنا أيضا البطلان ليس إلاّ نسبيّا، ولا يمكن اقتراحه إلاّ من الطّرف الذي كان رضاه معطى عن غلط، أو مغتصبا بالإكراه، أو مأخوذا على تغرير"[1237].

ثمّ أضافا إنّ: "دعوى البطلان تنتقل في هذه الفرضيّات الثّلاث التي تمّ تعدادها أعلاه إلى الورثة والخلف العامّ للشّخص الذي فُتحت الدّعوى لمنفعته، بل يمكن أيضا أن يقوم بها دائنو هؤلاء بمقتضى الفصل 1166"[1238].

ويمكن القول إنّ ما استخرج للتّوّ هو نيّة لواضع م.ا.ع على مستوى الأشخاص الذين يمكنهم القيام بدعوى البطلان النّسبي. وهي نيّة أيضا – باعتبار

[1234] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 334.

[1235] "La nullité n'est que relative ; et elle ne peut être proposée par les personnes avec lesquelles l'incapable a contracté …"

[1236] " La nullité n'est … que relative, en ce sens qu'elle ne peut être proposée … par l'autre partie …".

[1237] "Les obligations conventionnelles, consenties par suite d'erreur de violence ou de dol, sont frappées de nullité … Dans ce cas encore, la nullité n'est que relative, et ne peut être proposée que par la partie dont le consentement a été donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol".

[1238] " … L'action en nullité passe, dans les trois hypothèses ci-dessus énumérées, aux héritiers et successeurs universels de ceux au profit desquels elle est ouverte. Elle peut même être exercée par les créanciers de ces derniers, en vertu de l'art 1166 ".

أنّ الحلّ السّابق يندرج في إطار منظومة – على مستوى الأشخاص الذين يمكنهم القيام بدعوى البطلان المطلق.

354. والقول بوجود النّيّة الأولى وبداخلها النّيّة الثّانية على حكم عامّ يهمّ مسألة من يثير البطلان يمكن تدعيمه بمجموعة من النّصوص التي حوت هذا الحكم في موادّ خاصّة:

فالفصل 8 من م.ا.ع قال إنّ الصبيّ المميِّز والسّفيه يمكنهما طلب البطلان النّسبي.

والفصل 10 أعطى هذه الإمكانيّة للوليّ وللمولّى عليه.

والفصل 14 رفض إعطاء حقّ القيام لمن له أهليّة ضدّ من ليست له أهليّة بسبب كون هذا ليست له أهليّة.

والفصل 1475 قال إنّه إذا كان سبب البطلان عدم أهليّة أحد الطرفين فلا يحتجّ به إلاّ القاصر.

أمّا الفصل 566 فقال، فيما يخصّ البطلان الذي أسمته صياغته الفرنسيّة بذلك الذي يكون بمقتضى القانون لا غير، إنّه يمكن القيام من كلّ من له مصلحة – وفي الصّياغة الفرنسيّة نجد نفس العبارة التي اعترضتنا في السّابق في إطار النّظريّة التّقليديّة وهي عبارة "كلّ معنيّ" (tout intéressé) – ونجد إنّه يمكن للقاضي أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه.

على هذا يمكن القول إنّ م.ا.ع، وإن لم تحو نصّا فيه حكم عامّ يهمّ مسألة من يثير البطلان[1239]، إلاّ أنّها أرادت تبنّي ما جاء في النّظريّة الكلاسيكيّة.

وإرادة تبنّي هذه النّظريّة نجدها أيضا على مستوى مسألة الإمضاء.

§3 عرض الحكم المتعلّق بمسألة الإمضاء

355. هنا أيضا سنبدأ بمصدر الحكم (أ)، ثمّ ننهي بعينه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

[1239] قارن مع: الزين (محمد)، مرجع سابق، عدد 273 وما بعده.
بسرور (نور الدين)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 153 وما بعده.

356. سنحاول هنا التّعرض إلى ما أرادته م.م.ف، ثمّ إلى قول ما يسمّى بالنّظريّة الكلاسيكيّة:

357. ◄ أمّا ما أرادته المجلّة، فيعرف بالتّعبير عنه. وهذا التّعبير يتمثّل في الأعمال التّحضيريّة. ولقد جاء في المشروع الذي وضعه مجلس الدّولة أنّ إمضاء عمل باطل جذريّا (radicalement nul) لا يصحّ إلاّ إذا تضمّن محتوى ذلك العمل وسبب البطلان وإرادة جبر هذا البطلان. وعبارة الباطل جذريّا كانت مستعملة من قِبَل الفقهاء القدامى للتّدليل على حالات الانعدام. لذا، وحين وصل المشروع إلى المجلس المكلّف بمناقشة المشاريع (Le tribunat) (وخشية من هذا المجلس من أن تؤخذ تلك العبارة في ذلك المعنى عند القدامى، ومن ثمّ من أن يفهم القانون على أنّه قبِل إمضاء العقود المنعدمة)، طلب هذا المجلس تغيير الصّياغة قائلا: "يجب وضع النّص بطريقة يكون الفصل فيها واضحا بين البطلان الذي لا يقبل إصلاحا، والبطلان الذي يقبله"[1240]. واقترح القسم التّشريعي من المجلس نصّا يقول إنّ "الالتزامات المبرمة من قبل غير البالغين أو لسبب غير جائز لا يمكن إمضاؤها لا صراحة ولا ضمنا. وبالنّسبة إلى بقيّة الأعمال التي يمكن أن يلحقها بطلان قال به القانون، فإمضاؤها يؤدّي إلى التّنازل عن الوسائل والاعتراضات التي يمكن القيام بها ضدّها"[1241]. لكنّ هذه الصّياغة لم تقبل. ثمّ حصل اجتماع بين الأقسام التّشريعيّة لمجلس الدّولة وللمجلس المكلّف بمناقشة المشاريع، وتمخّض عن صياغة للمشروع الأوّل في اتّجاه هو الذي سيصير فيما بعد محتوى الفصل 1338 من م.م.ف، فاختفت عبارة الباطل جذريّا وعوّضتها عبارة ما يقبل القانون إبطاله أو فسخه، وتعني

[1240] "جوبار"، التقرير، عدد 218 ("لوكري"، ج 6، ص 218 و219) حسب: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 462. وإننا هنا – وأيضا فيما سبق وحين عرضنا الأعمال التحضيرية للمجلّة المدنية الفرنسية - لم نفعل إلاّ أن نقلنا بطريقة تكاد تكون حرفية ما جاء عند "لوران".

" Il faut … une disposition conçue de manière que la ligne de démarcation soit bien clairement tracée entre les nullités irréparables et celles qu'on peut réparer".

[1241] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 462.

« Les engagements contractés par les impubères ou pour cause illicite ne peuvent être confirmés, soit, tacitement, soit expressément. A l'égard de tous autres actes qui pourraient être frappés de quelqu'une des nullités prononcées par la loi, la confirmation de ces actes emporte la renonciation aux moyens et aux exceptions que l'on pourrait opposer contre eux » .

القابل للإبطال لأنّه "حيث ليس ثمّ اتّفاق، لا يمكن الحديث عن دعوى إبطال ومن ثمّ عن إمضاء."[1242].

ولقد عبّر كلّ من "جوبار" – وهو مقرِّرٌ وخطيبٌ في المجلس المكلّف بمناقشة المشاريع – و"موريكو" – وهو خطيبٌ بنفس المجلس – عمّا أراده المشرّع. فقال الأوّل: "هنالك فكرة صحيحة وبسيطة ... هي أنّه لا يُمضى إلاّ ما وُجِد حقّاً وإن كانت تنقصه القوّة بسبب عيب ما. وينتج عن هذا أنّه لا يمكن بأيّ حال إمضاء الالتزامات الموهومة التي لم يعترف القانون أبدا بوجودها. فالقانون صرّح أن ليس ثمّ اتفاق بدون موضوع أو سبب جائز. في هذه الصّورة لا يمكن أن يكون هنالك إمضاء. أمّا بالنّسبة إلى الأعمال التي لم يقبل القانون ضدّها إلاّ طريقة الفسخ، فإنّها قابلة للإمضاء"[1243]. وقال الثّاني، أي "موريكو"، إنّ: "الإمضاء لا يمكن أن يصحِّح أبدا اتّفاقات لا يعترف القانون بوجودها ومن ثمّ لا تلزم أحدا. هذه حال الاتّفاقات التي موضوعها شيء وُضِع خارج التّجارة، والتي ليس لها سبب، أو التي ليس لها إلاّ سبب خاطئ أو غير جائز. أمّا الأعمال التي لدينا فقط خيار مهاجمتها عن طريق البطلان والتي تلزم على الأقلّ أحد الأطراف، فيمكن بفائدة إمضاؤها"[1244].

[1242] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 462.
"Là où il n'y a pas de convention, il ne peut être question d'une action en nullité ni, par conséquent, de confirmation".

[1243] "جوبار"، التقرير، عدد 24 ("لوكري"، ج 6، ص 231 حسب: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 462.
« Une idée vraie et simple … c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut en aucune manière confirmer de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence. La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à confirmation. Pour ce qui est des actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la rescision, ils sont susceptibles d'être confirmés ».

[1244] "موريكو"، الخطاب، عدد 52 ("لوكري"، ج 6، ص 256) حسب: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 462.
« La confirmation ne peut jamais valider les conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence et qui, en conséquence, ne lient personne: telles sont les conventions qui ont pour objet une chose mise hors du commerce, celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité et qui du moins obligent l'une des parties, ils peuvent être utilement confirmés ».
وعلينا أن نلاحظ أن الخطب المقام بها أمام الهيئة لتشريعية تعبر عن رأي صاحبها ولا تترجم دائما ما أراده

ممّا تقدّم يخلص أنّ م.م.ف أرادت صورا لا يمكن فيها الإمضاء، وصورا أخرى يمكن فيها الإمضاء. وهذه جاءت بالفصل 1338 الذي تأثّر محتواه بعمل مجلس الدّولة والمجلس المكلّف بمناقشة المشاريع. ومن محتواه أنّ الإمضاء تنازل عن الإبطال. والصّورة هنا لعقد موجود قانونا، ومن ثمّ يمكن إبطاله أو التّنازل عن إبطاله. أمّا الصّورة الأولى فلعقد غير موجود قانونا. وحتّى إن وجد واقعا، فالدّعوى ليست في الحقيقة لإبطاله[1245]. فإذا لم تكن ثمّ دعوى للإبطال، فلن يكون ثمّ تنازل عن هذه الدّعوى.

358. ◄ هذه الطّريقة في التّفكير هي التي سنجدها فيما بعد تحت اسم النّظريّة الكلاسيكيّة. ولقد عرضها "ڤودمي" – وهذا قلناه سابقا – في قالب "قياسٍ شَرْطِيّ متّصل"، فقال: "إن كان العمل وُلِد ميتا ... فليس ثمّ إمكانيّة للإمضاء. فالعدم لا ينتج شيئا. وما لم يكن حيّا لا يمكن إحياؤه ..."[1246].

ويبدو أنّ هذه النّظريّة وذلك الذي أراده المشرّع الفرنسيّ[1247] هو الذي نقل إلى م.ا.ع.

(ب) عرض عين الحكم

359. ◄ لو نظرنا إلى المشروع المُرَاجع لوجدنا الفصل 376 من جهة، والفصلين 384 و385 من جهة أخرى:

♦ فأمّا الفصل 376 فينصّ على أنّ "إمضاء التزام باطل بمقتضى القانون لا غير لا يساوي إلاّ التزاما جديدا، ومن تاريخ الإمضاء لا غير، وذلك في الحالات التي سمح فيها القانون به"[1248].

المشرع، وذلك خلافا للتقارير التي تقدم باسم القسم التشريعي لا بوصفها عملا فرديا ("لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 463).

[1245] انظر عدد 345 وما بعده وخاصة عدد 349 من هذا العمل.

[1246] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 144.
« Si l'acte est mort-né … il n'y a pas possibilité de confirmation: le néant ne peut rien produire. Ce qui ne vit pas ne peut être appelé à la vie ».

[1247] انظر إلى تفاصيل الإمضاء وإلى تفاصيل شروطه عند: "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج18، عدد 558 إلى عدد667. وإنّ ما ورد هنا (وأيضا في المراجع الأخرى المستعملة في وضع فصول المشاريع الخاصّة بمنع الإمضاء وبقبوله) يوضّح لنا ما جاء بـ:م.ا.ع. لكن الخوض فيه يتجاوز حدود عملنا، وهو لمرتبة جزاء ولأثرها في ذاته لا لمحتوى هذا الأثر.

[1248] Article 376: "La confirmation d'une obligation nulle de plein droit ne peut valoir que comme obligation nouvelle, et seulement à partir de la date de la confirmation, dans les cas où elle est permise par la loi".

ومن ينظر إلى الحاشية التّحتيّة لهذا الفصل 376 من المشروع المُراجَع، يجد "أوبري" و"رو" مشارا إليهما في مكان فرَّقا فيه بين الإمضاء وعدّة أشياء قريبة منه[1249] من ضمنها التّجديد، فقالا إنّ: "أثر التّجديد هو إنشاء التزام جديد بدلا عن القديم؛ أمّا الإمضاء، وعلى خلاف ذلك، فموضوعه الإصلاح لا غير لعيوب الالتزام الذي همّه ذلك الإمضاء. وهو لا يأتي بشيء جديد."[1250].

♦ وأمّا الفصلين 384 و385 من المشروع المُراجَع فقالا بالإمضاء في إطار ما وجدنا سابقا أنّه البطلان النّسبي. ويستخلص من النّصّ الثّاني أنّ هذا الإمضاء له مفعول رجعيّ. أمّا النّصّ الأوّل فقال مباشرة إنّ من الشّروط نيّة إصلاح العيب.

360. ◄ بعد ذلك جاءت م.ا.ع. وكان وارث الفصل 376 من المشروع هو الفصل 329 من المجلّة. لكنّ هذا الفصل 329 قال إنّ "إمضاء الالتزام الباطل (بمقتضى القانون لا غير) ... لا عمل عليه"[1251]. بعبارة أخرى ترك النّصّ مسألة التّجديد[1252]، وتحدّث عن الإمضاء وقال إنّه غير ذي أثر. وهذا موقف وجدنا أنّه أريد في م.م.ف، وقالت به النّظريّة الكلاسيكيّة. فإذا مررنا الآن إلى ورثة الفصلين 384 و385 من المشروع المُرَاجَع، وجدنا أنّهما

ولقد عمدنا إلى الترجمة الخاصّة للإبقاء على عبارة "باطل بمقتضى القانون لا غير" وذلك لكي يكون ما هو موجود هنا تابع لما سبق من تعابير، ويمكن هنا أن نقدم ما جاء في الترجمة الكاملة وفي الترجمة الناقصة:
فأمّا الأولى فقالت: "إمضاء الالتزام الباطل من أصله لا يصح إلاّ بمثابة التزام جديد تاريخه تاريخ الإمضاء وذلك في الصور التي يبيح القانون فيها الإمضاء."
وأمّا الثانية فنصت على أن "رجوع التعهد الباطل إلى الصحة بتحريره في رسم آخر على الوجه اللازم لا يجوز إلاّ إن سوغه القانون ولا يعتبر إلاّ كتعهد جديد ولا يؤثر إلاّ من تاريخه".

[1249] هي التنازل عن حق (الإمضاء تنازل وليس كل تنازل إمضاء)، والإقرار بالتزام (الاعتراف بالتزام لا يتضمن نية إصلاح العيب) وإجازة ratification التزام وقع القيام به باسم الغير دون توكيل منه (والملاحظ أن 1338 فرنسي يستعمل لفظة confirmation وratification على أنهما مترادفتان، وكذلك الفصلان 337 و338 من م.ا.ع في صياغتها الفرنسية).

[1250] "أوبري" و"رو"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 4، عدد 337، ص 261، الهامش عدد 3.
« L'effet de la novation est de créer une obligation nouvelle en remplacement de l'ancienne ; la confirmation, au contraire, a seulement pour objet de réparer les vices de l'obligation à laquelle elle se rapporte: *confirmatio nil dat novi* »
ولقد ترجمنا الجملة اللاتينية الموجودة بهذا المقتطف بالاعتماد على: "رولان" و"بواييي"، الأقوال المأثورة في القانون الفرنسي، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 107 حيث قالا إنها تعني: la confirmation n'apporte rien de nouveau

[1251] لاحظنا في مناسبات سابقة أنّ هنالك بعض التغييرات التي حصلت للمشروع المُرَاجع والتي نكتشفها حين نقرأ م.ا.ع.

[1252] إذن هذه المسألة ستستقرّ بـ:357 وما بعده من م.ا.ع.

الفصلان 337 و338 م.ا.ع. لكنّ هذين الوارثين، على خلاف الوارث المتحدّث عنه سابقا، قد أخذا تقريبا كلّ ما كان عند المورِّث[1253]. هذا المورّث هو بدوره وارث للمجلّة المدنيّة الفرنسيّة. وإنّ القارئ ليتلمّس فيه – ومن ثمّ في م.ا.ع – آثار ما قيل في مجلس الدّولة الفرنسي أو في المجلس المكلّف بمناقشة المشاريع[1254]. فعبارة ما يقبل القانون إبطاله موجودة في الفصل 337 كما اقتُرِح أن توجد في م.م.ف. واشتراط أن يكون كتب الإمضاء متضمّنا لمحتوى العمل القانوني ولسبب البطلان ولإرادة جبر هذا البطلان – والذي اقترحه مجلس الدّولة الفرنسي لكي يوجد في م.م.ف – وَجد في الفصل 337 م.ا.ع أيضا أذنا صاغية. وعلى كلٍّ من يقرأ الفصل 337 م.ا.ع، فكأنّه يقرأ الفقرة الأولى من الفصل 1338 م.م.ف؛ ومن يقرأ الفصل 338 م.ا.ع يخال نفسه – لولا بعض الاختلافات الطّفيفة – بصدد قراءة الفقرة الثّانية والثّالثة من الفصل 1338 م.م.ف.

بعبارة أخرى اتّبع النّصّ التّونسي ما جاء بـ: م.م.ف، أي اتّبع ما سيُعرف لاحقا بالنّظريّة الكلاسيكيّة.

بهذا التّحديد لحكم م.ا.ع، يمكن المرور إلى المرحلة الموالية، مرحلة التّقييم.

[1253] باستثناء الجملة الأخيرة من 385 من المشروع التي تقول إنّ الغير حسن النية الذي اكتسب حقوقا قبل الإمضاء لا يتضرر منه. أمّا آخر جملة من 338 م.ا.ع فترسلنا إلى 336 م.ا.ع وهذا يرسلنا إلى غيره ليقول لنا هذا الغير نفس الشّيء (انظر إلى الفصل 488 م.ا.ع).

[1254] انظر عدد 357 من هذا العمل.

القسم الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود

361. إنّ محاولة التّقييم – وبالنّظر إلى القضيّة التي نبحث عن ثبوت صحّتها أو عن ثبوت خطئها – تستدعي الإتيان بالفقه الإسلامي. وفي الفقه الإسلامي نجد الآثار الثّلاثة التي وجدناها بـ: م.ا.ع. وهي آثار لمراتب المؤيِّدات. وإنّا حين نجد هذه الآثار في الفقه نجدها في سياق. أمّا في م.ا.ع فسياقها مختلف. لذا ينبغي تقييم حكم م.ا.ع في ذاته (§1) ثمّ تقييم حكمها في سياقه (§2).

§1 تقييم الحكم في ذاته

362. سنحاول هنا تقييم[1255] حكم م.ا.ع المتعلّق بكلّ واحد من آثار مراتب المؤيِّدات.

(أ) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى

363. يستدعي التّقييم – بالنّظر إلى الفكرة التي تحكم هذا العمل – إحضار ما قاله الفقه الإسلامي حول هذه المسألة. لكن قبل ذلك ينبغي التّذكير بما قيل عن مراتب المؤيِّدات في إطار الغلط، وهنا سنذكر الحنفيّة ثمّ المالكيّة ثمّ ما اقترحه فقيه معاصر:

فأمّا الحنفيّة فرأيناها تقول، فيما يخصّ الذّاتيّات وغير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش، بأنّ العقد باطل[1256]. لكن وجدنا رأياً داخلها يقول بأنّ العقد فاسد[1257]. وتقول الحنفيّة، فيما يخصّ غير الذّاتيّات مع تفاوت غير فاحش، بعدم اللزوم[1258].

بالنّسبة إلى المالكيّة، يقول السّنهوري إنّهم يسوّون بين كلّ العيوب ويضعونها في إطار العقد غير اللازم[1259].

لكنّ هذا الفقيه اقترح وضع صور العيوب داخل العقد الموقوف[1260].

[1255] قرّب هذا التقييم ممّا يتحدّث عنه اليوم خاصّة في مادّة قانون الاستهلاك.
[1256] انظر عدد 293 من هذا العمل. ويمكن أن نلحق هنا الغلط في طبيعة العقد. انظر عدد 294.
[1257] انظر عدد 296 وما بعده من هذا العمل.
[1258] انظر عدد 332 وما بعده من هذا العمل.
[1259] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 281.
[1260] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص281.

ـ فإذا بدأنا بالباطل، وجدنا حديثا عن كونه ليس له وجود شرعي، وأنّه إن نفّذ وجب الرّدّ وإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وأنّه يمكن أن ينتج أثرا كواقعة مادّيّة مثل انتقال الضّمان إلى المشتري[1261]، إلى غيرها من الأحكام[1262] التي سنعود إليها والتي تهمّ المسألتين المواليتين. لكن لا نجد حديثا مباشرا عن مسألة ضرورة الدّعوى وإن كان يمكن استنتاج كونها ليست وجوبيّة وذلك من عدّة وجوه منها ما جاء حول العقد الفاسد.

ـ وفعلا قيل في شأن هذا إنّ الفسخ "لا يحتاج إلى قضاء القاضي. ويكفي أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أيّة عبارة في هذا المعنى، فينفسخ العقد. وليس من الضّروري أن يكون الفسخ بالقول، فأيّ فعل يدلّ على نيّة الفسخ يكفي، كما لو استأجر المشتري المبيع من البائع أو باع البائع المبيع من مشتر آخر. وكلّ ما يشترط لصحّة الفسخ – عند أبي حنيفة ومحمّد – أن يكون بمحضر من العاقد الآخر، أمّا عند أبي يوسف فالفسخ جائز حتّى في غيبة العاقد الآخر. والسّبب في أنّ الفسخ يتمّ دون حاجة إلى قضاء به أنّ العقد الفاسد إنّما استحقّ الفسخ حقّا لله عزّ وجلّ لما في الفسخ من رفع الفساد ..."[1263].

ـ فإذا مررنا إلى العقد الموقوف، متّبعين موقف السّنهوري من عيوب الإرادة، وجدنا أنّ العقد: "... منعقد في حقّ العلّة، ولكن يمنع من نفاذه عدم تمام العلّة، وذلك إلى أن تلحقه الإجازة. ولمّا كان العقد الموقوف غير تامّ العلّة فالصّفقة إذن لم تتمّ. فلا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض."[1264].

ـ فإذا انتقلنا إلى غير اللازم، وجب: أوّلا أن نعرّف الخيار، وثانيا أن نمرّ إلى ما يهمّنا منه (وذلك على المستوى الذي نحن بصدده)، وثالثا أن نقارن بينه وبين الفسخ الذي وجدناه بالفصل 647 وما بعده من م.ا.ع:

فأمّا تعريف الخيار، فهو: "أن يكون الإنسان مخيّرا بين تنفيذ العقد وفسخه"[1265].

والخياران اللذان اعتنى بهما الفقه الإسلامي على مستوى المادّة التي

[1261] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 137. وفي إطار هذا الحديث نجد "فتح القدير" يحدثنا عن مثال النوع.

[1262] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 132 وما بعدها وص 267 وما بعدها.

[1263] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 157.

[1264] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 282.
انظر أيضا: أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 245.

[1265] حيدر (علي)، درر الحكام... مرجع سابق، ج 1، ص 110 تحت المادّة 116.

نحن بصددها هما الرّؤية والعيب:

والأوّل يمنع تمام الحكم[1266] ولا يمنع انعقاد العلّة ولا تمامها ولا انعقاد الحكم (النّفاذ)، وهو "يمنع تمام الحكم حتّى بعد القبض. فالصّفقة إذن لم تتمّ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض"[1267].

والثّاني – ويهمّنا أكثر من سابقه[1268] – لا يمنع انعقاد العلّة ولا تمامها ولا انعقاد الحكم ولا تمامه ولكن يمنع لزومه[1269] "قبل القبض. فالصّفقة إذن لم تتمّ قبل القبض، وتتمّ بعد القبض. فيستطيع من له الخيار، قبل القبض، نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. أمّا بعد القبض، وقد تمّت الصّفقة، فلا يستطيع من له الخيار إلاّ فسخ العقد. ولا بدّ للفسخ من التّراضي أو التّقاضي"[1270].

وخيار الرّجوع في العقد غير اللازم يختلف عن فسخ العقد الذي هو "جزاء عدم تنفيذه من أحد طرفيه، ويترتّب عليه زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه. وفي هذا الأثر ورجعيّته يشترك الفسخ مع الرّجوع في التّعاقد فكلاهما إزالة وهدم للعقد واعتباره كأن لم يكن ولم يوجد أصلا. إلاّ أنّهما يختلفان بعد ذلك في العديد من الأمور، يهمّنا منها هنا أنّ الفسخ لا يكون إلاّ بحكم قضائي أو باتّفاق الطّرفين ... أمّا الرّجوع في العقد فيتمّ بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، دون توقّف على إرادة المتعاقد الآخر، ودون حاجة إلى حكم

[1266] أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 246.

[1267] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 283.

[1268] يلاحظ أن الفقهاء لم يهتمّوا بخيار الوصف على المستوى الذي نحن بصدده (انظر إلى السنهوري وأبو الليل مثلا) وإن كانت المجلّة العثمانية قد أوردت له فصلا يتكون من ثلاث مواد (310 و311 و312) اثنتان منهن تهمان حكم العقد المقترن بهذا الخيار ولكن ليس فيهما المسألة التي نحن بصددها.

[1269] أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 246.

[1270] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 283 و284.

وانظر أيضا: الكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 416 حيث قال: "ولنا أنّ الصّفقة تمّت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصّفقة بعد تمامها كالإقالة وهذا لأنّ الفسخ يكون على حسب العقد لأنّه يرفع العقد ثمّ العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما بغير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي، بخلاف ما قبل القبض لأنّ الصّفقة قبل القبض ليست بتامّة لأنّ تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كأنّه لم يستردّ بخلاف الرّدّ بخيار الشّرط لأنّ الصّفقة غير منعقدة في حقّ الحكم مع بقاء الخيار، فكان الردّ في معنى الدّفع والامتناع من القبول وبخلاف الرّدّ بخيار الرّؤية لأنّ عدم الرّؤية منع تمام الصّفقة لأنّه أوجب خللا في الرّضا فكان الرّدّ كالدّفع، أمّا هاهنا إذ الصّفقة قد تمّت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرّدّ من غير قرينة القضاء أو الرّضا" (انظر أيضا نفس الكتاب والجزء ص 424).

قضائي"[1271].

364. وهكذا تكون م.ا.ع – حين تحدّثت عن الغلط مرّة ثانية تحت اسم غير اسم الغلط – مختلفة عمّا جاء في الفقه.

ثمّ هي مختلفة عنه أيضا على مستوى ما قرّرته من بطلان نسبي لصور معيّنة للغلط الذي تحدّثت عنه في المرّة الأولى. ففي الحالتين لا بدّ من التّقاضي لكي يُتخلَّص من العقد، أمّا في الفقه – وفيما يخصّ العيب – فقبل القبض لا تقاضي ولا تراضي وبعده يجب التّقاضي أو التّراضي[1272].

فإذا كنّا أمام صور قرّرت فيها م.ا.ع البطلان المطلق، وقرّر فيها الفقه الإسلامي البطلان أو الفساد، فهنا لا اختلاف على صعيد مسألة التّقاضي بين تلك المجلّة وهذا الفقه.

أمّا إذا اتّبعنا السّنهوري وأخذنا بوقف النّفاذ كجزاء لعيوب الإرادة عموما وللغلط التّلقائي والمحدث خصوصا، فعندها سيكون الفقه الذي يقول بهذا مختلفا أيضا عن م.ا.ع على الأقلّ على مستوى الصّور التي قالت فيها هذه بالبطلان النّسبي، إذ في العقد الموقوف كما رأينا لم تتمّ الصّفقة، ومن ثمّ لا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض.

فإذا مررنا إلى الرّؤية لم نحتج إلاّ إلى الإشارة إلى أنّ م.ا.ع لم تنظّم هذا الخيار[1273].

هذه المقارنة بين م.ا.ع والفقه الإسلامي هي بعد مقارنة بين القانون الفرنسي وهذا الفقه لأنّ م.ا.ع أخذت حلولها من هذا القانون.

[1271] أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 147.

[1272] لكن الشافعي يرى أنه وبعد القبض أيضا لا تراضي ولا تقاضي. (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 253 – أبو زهرة، مرجع سابق، ص 408 و409 الذي يورد حجج هذا الموقف وحجج معارضيه).

[1273] لتسهيل المقارنة نورد حلول م.ا.ع وإلى جانبها حلول الفقه:

مجلّة الالتزامات والعقود	الفقه الإسلامي
- صور البطلان المطلق في م.ا.ع: لا ضرورة للدّعوى **- *صور البطلان النّسبي في م.ا.ع: ضرورة الدّعوى** ***صور الفسخ (647 وما بعده) في م.ا.ع: ضرورة الدّعوى**	**- صور البطلان أو الفساد في الفقه: لا حاجة للتّقاضي.** **- صور عدم اللزوم (العيب): قبل القبض: لا تقاضي/ بعد القبض: التّقاضي** **- لو قيل بالنّسبة إلى كلّ الصّور بالعقد الموقوف: لا تقاضي**
خيار الرّؤية: لا تعرفه م.ا.ع	**خيار الرّؤية: لا تقاضي ولا تراضي.**

365. فما اختارته المجلّة إذن مستورد، وهو مختلف عن الفقه[1274]، ومن ثمّ فنحن أمام مجال يمكن البحث فيه عمّا إذا كانت المجلّة مجسِّدة للإحكام أم لا.

ومناط الحكم هو هل أنّ نقض العقد بالتّقاضي أفضل أم نقضه بعدم التّقاضي، وهل الأحسن وضع أحد الحلّين على كلّ الصّور أم التّفرقة ليُقال في بعض الصّور بالتّقاضي وفي البعض الأخر بعدمه ؟

ينبغي أن نأتي بالجواب من الغرب نفسه: فهنالك تجديد أحدثه القانون الألماني[1275] وتمثّل في تبسيط شكل البطلان. فمن له حقّ إثارة هذا البطلان يكفيه أن يوجّه تصريحا إلى الطّرف الآخر. وهذا الطّرف الآخر مطالب، إن نازع التّصريح وأراد الوصول إلى إسقاطه، بالقيام أمام القضاء. ولهذا الحلّ محاسن[1276]، ومساوئ[1277]. لكنّ المساوئ غلبت المحاسن[1278].

وقد نتّبع هذا الرّأي وقد لا نتّبعه:

فإذا لم نتّبعه، وجدنا حلّ الفقه الإسلامي أفضل خاصّة حين فرّق بين حالة عدم القبض، وحالة القبض. وقد يمكن أن نأتي إلى الحالة الأولى ونطوّرها بحيث نتجنّب ما وجد من نقائص في النّظام الألماني، بدون أن نصل بها إلى

[1274] لقد تركنا هنا المقارنة بين بطلان الغرب المطلق، وبطلان أو فساد الفقه لأن الحلّ هنا وهناك هو عدم التقاضي. كما تركنا خيار الرؤية لكي نتحدث عنه في عنوان السياق.

[1275] واتبعه في ذلك القانون السويسري، وهو تجديد لأنّ الشكل القضائي الفرنسي موروث من الرومان الذين أوجدوا الردّ الكامل وهو قضائي. ("ڤودمي"، مرجع سابق، ص 190)

[1276] هي تبسيط العلاقات التعاقدية وتجنيبها ثقل الجهاز القضائي (انظر إلى: "كاربونيي"، الالتزامات، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 108)، وأيضا تفادي عدم الاستقرار. ولتوضيح هذه المزية يتجه التعرض إلى الشكل القضائي: ففي نظام يتبنى هذا الشكل يملك صاحب الدعوى مصير العقد في يده. ويمكنه، عوض أن يقوم بها، الاكتفاء بتهديد معاقده بالقيام بها، وترك وضعيته متأرجحة إلى حين مجيء التقادم المسقط. أمّا في النظام الألماني، فمنذ أن يصرح من يملك الدعوى أنه يريد التمسك بها، يتحقق البطلان بصفة نهائية ولا يمكن لصاحب التصريح الرجوع في تصريحه (لم نفعل هنا إلاّ أن نقلنا بطريقة تكاد أن تكون حرفية ما قاله: "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 190.)

[1277] قال "كاربونيي" (الالتزامات، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 108) إن النظام الألماني نظام فرداني. أمّا "ڤودمي" (مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 190 و191) فيعيب عليه أمرين:

أوّلهما أنه أريد التبسيط والخشية أن تكون النتيجة هي التعقيد وذلك لأنّ هذا النظام قد يكثر من القضايا. فالنظام الفرنسي فيه عيب وهو وجوب التقاضي، لكن هذا العيب تأتي قبالته مزية وهي أنه متى أثيرت الدعوى لم يعد ثمّ مجال للتردد حول ما أراده القائم بها، ثم إن القضاء سينظم كل جوانب الوضعية التي قد تكون معقدة. أمّا في النظام الألماني فالتصريح نص وهو قابل لأن تكون به عدة معان فلا يعرف منه حتما هل أريد الإبطال أم أريد أمر آخر (الدخول في مفاوضات حول الغلط، إلخ)

وثانيهما أن النظام الألماني قد يوجد فيه أيضا ما يوجد في النظام الفرنسي من إمكانية أن يعمد صاحب البطلان إلى جعل وضعية معاقده متأرجحة. فالمصرح قد يكتفي بإعلام الآخر بالعيب، ولا يعبر عن إرادته في الإبطال. وهنا نصل إلى نفس النتيجة التي نجدها في النظام القضائي. (لم نفعل هنا أيضا إلاّ أن نقلنا ما جاء عند: "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 191).

[1278] وهذا هو رأي "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 191.

النّظام الفرنسي. أمّا الحالة الثّانية، فيبدو أنّ التّقاضي أنسب لها لأنّ القبض قد يوجد مشاكل دقيقة من الأفضل أن ينظر فيها القضاء. وهكذا لا نُرجع هذه الحالة إلى حكم عدم التّقاضي حتى وإن طوّرناه[1279].

فإذا واصلنا في نفس الاتّجاه وهو عدم اتّباع الرّأي الوارد أعلاه، لكن هذه المرّة مع تبنّى نظريّة العقد الموقوف، فالظّاهر أنّه لن يمكننا التّفرقة بين ما قبل القبض وما بعده، لأنّنا سنمسّ من أشياء أساسيّة في النّظريّة وهي وقف النّفاذ وعدم تمام العلّة. لكن بالإمكان أن نطوّر في الاتّجاه المتحدّث عنه سابقا.

فإذا قُبِل منّا هذا، يكون قد قُبِل منّا كون م.ا.ع أنحت على متقن كان عندها فتركته وجاءت بغير متقن[1280].

أمّا إذا اتّبع الرّأي الذي مفاده أنّ الشّكل القضائي أفضل، عندها لن تكون المجلّة مجسِّدة لعدم الإحكام[1281].

ولعلّ هذا الثّراء على مستوى الرّبط بمسألة الإحكام لن نجده حين نمرّ إلى النّقطة الموالية.

(ب) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة من يثير البطلان

366. سنحاول هنا أيضا إحضار الفقه الإسلامي قبل المرور إلى الرّبط بالمسألة التي نعمل عليها:

◄ ♦ فإذا بدأنا في الإطار الأوّل بالعقد الباطل، وجدنا أن "لكلّ ذي مصلحة أن يتمسّك بالبطلان. يتمسّك به كلّ من العاقدين ... (فـ) ـالبائع في البيع الباطل لا يجبر على تسليم المبيع ويستردّه إذا كان قد سلّمه وهذا عن طريق التّمسّك بالبطلان، و... المشتري لا يجبر على دفع الثّمن ويستردّه إذا كان قد دفعه وهذا أيضا عن طريق التّمسّك بالبطلان. كذلك الشّفيع لا يملك الأخذ بالشّفعة في بيع باطل، إذ يستطيع البائع أن يتمسّك ببطلان البيع لمنعه من الأخذ بالشّفعة، وهنا المتمسّك بالبطلان هو أحد العاقدين ولكن يتمسّك به ضدّ الغير لا ضدّ العاقد الآخر. كذلك يجوز للمرتهن أن يتمسّك ببطلان البيع الصّادر من الرّاهن للعين المرهونة، وللمستأجر أن يتمسّك ببطلان البيع الصّادر من

[1279] قد نقول إنّ الاتساق يقتضي أنّه وحيث لا مشاكل تقريبا لا قضاء، وحيث ثمّ مشاكل نقرّر تدخّل القضاء.

[1280] لكن ألسنا هنا على عتبة الخروج من الدائرة المختارة ؟

[1281] قد نقول إنّ القاضي هو الذي يستطيع أن يحكم هل ثمّ حقا غلط. وعلى هذا فالاتساق يقتضي تدخّل القاضي حيث يكون تدخّله ضروري، وهو هنا كذلك.
لكن ألسنا في هذا المكان أيضا على عتبة الخروج من الدّائرة المختارة ؟

المؤجّر للعين المؤجَّرة، فكلّ من المرتهن والمستأجر له مصلحة في التّمسّك ببطلان البيع الباطل. وإذا مات من صدر منه بيع باطل، دخلت العين المبيعة في تركته، وجاز لورثته أن يتمسّكوا ببطلان البيع لأنّ لهم مصلحة في ذلك"[1282].

♦ ولعلّ الحلول لا تختلف عمّا سبق في العقد الفاسد. فيملك "كلّ من العاقدين أن يستقلّ بالفسخ"[1283]. لكن هنالك خصوصيّة يتّجه إبرازها وتهمّ الفساد لأجل الإكراه. فهنا يفرّق بين ما قبل القبض وما بعده: فقبل القبض يمكن للمكرِه والمكرَه الفسخ؛ أمّا بعد القبض فلا يمكن إلاّ للمكرَه الفسخ [1284]. ولعلّ هذا الحلّ هو الذي يجب أن يُقال به لو قلنا في صورة النّوع بالفساد لا بغيره من مراتب المؤيِّدات لأنّ الغلط كالإكراه من عيوب الإرادة[1285].

♦ فإذا مررنا الآن إلى عدم اللزوم، واهتممنا داخله بخيار الرّؤية وخيار العيب، وجدنا أنّ هذين يجعلان العقد لازما من جهة وغير لازم من جهة أخرى هي جهة صاحب الخيار[1286]. ثمّ إنّ الأوّل لا يورث لأنّه متّصل بالمشيئة لا بالعين، فإذا مات من له الخيار لزم العقد. أمّا الثّاني فيورث، لأنّه متّصل بالعين

[1282] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 135.

[1283] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 157.

[1284] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 173 و174 و175 و176.

[1285] لعل البعض في فرنسا وبالنسبة إلى ما يسمى بالغلط المانع، وبسبب كون الأمر يهمّ مصالح خاصة (مع ما يترتب عن ذلك على مستوى قائمة الذين يتمسكون بالبطلان فلا تمتد إلى معاقد الواقع في غلط إلخ. وعلى مستوى فتح إمكانية الإمضاء) قال بالبطلان النسبي (انظر إلى "ڤيستان، نشأة العقد، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 495).

[1286] انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 198، الهامش. حيث يقول إن "كلاّ من خيار الشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف، فيكون العقد لازما من جهة وموقوفا من جهة أخرى. **أمّا خيار الرؤية وخيار العيب فهو بمثابة شرط فاسخ، فيكون العقد لازما من جهة وغير لازم من جهة أخرى**. فخيار الشرط وخيار التعيين، في حقيقة الأثر الذي يترتب عليهما يتصلان بوقف العقد لا بعدم لزومه...وعند الشافعي خيار الشرط فاسخ كخيار العيب".

وفي نفس الاتجاه يقول أبو الليل (مرجع سابق، ص 251 و252) إنه: "إذا أردنا تقريب الخيارات التي ينظمها الفقه الإسلامي من الشرط الواقف والشرط الفاسخ في القانون الوضعي لأمكننا القول إن كلا من خيار الشرط وخيار التعيين يقتربان من الشرط الواقف، حيث معهما وإن كان العقد لازما لأحد المتعاقدين، إلاّ أنه يكون موقوفا من جهة المتعاقد الآخر. **أمّا خيار الرؤية وخيار العيب فهما أقرب إلى الشرط الفاسخ، حيث معهما يكون العقد غير لازم وجائز الرجوع فيه، أي جائز فسخه وفقا لتعبير الفقه الإسلامي، من جهة من تقرر له الخيار**. ولا تفوتنا الإشارة هنا إلى أن الفقه الإسلامي مختلف بشأن الأثر المترتب على تعليق العقد نتيجة اقترانه بشرط واقف. فالحنفية يرون أن العقد المعلق على شرط واقف لا ينعقد ولا وجود له قبل تحقق الشرط ومن ثمّ فلا يرتب آثارا. فالتعليق لدى فقهاء الحنفية نوع من التوقف لا يقتصر على آثار العقد بعد انعقاده، وإنما يمس الانعقاد ذاته. أماّ الإمام الشافعي، وكذلك الإمام مالك، فيريان أن العقد المعلق عقد موجود ولكن حكمه يتأخر لحين حدوث الواقعة الشرطية المعلق عليها العقد. لذلك ففي حالة خيار الشرط، يكون العقد موجودا ولكن حكمه يتأخر لحين إصدار صاحب الاختيار اختياره. أمّا عن أثر العقد المعلق على شرط فاسخ، فلا تثار بشأنه صعوبة حيث أنه لا خلاف في أن هذا الشرط لا يحول دون ترتيب العقد لآثاره وتنفيذها، ما لم يتحقق الشرط فيزول العقد".

أكثر من اتّصاله بالمشيئة[1287]. وهذا رأي الإمام أبو حنيفة. أمّا الإمام الشّافعي فيرى أنّ كلّ الخيارات تورث[1288].

♦ فإذا اخترنا مرتبة العقد الموقوف، وجب أن نقرّب صورتنا من صورة ناقص الأهليّة، وأن نأخذ الأحكام منها[1289]، فنعطي من وقع في الغلط ما نعطيه للصّبي المميِّز حين يصبح راشدا: فإذا أجاز نَفُذَ العقد، وإذا لم يجز فُسِخ.

◄ فإذا مررنا إلى الرّبط بمسألة الإحكام، استدعى ذلك مقارنة م.ا.ع أو الغرب – لأنّ تلك أخذت بما جاء في هذا – بالفقه الإسلامي. ولقد قال السّنهوري إنّ الغرب والفقه الإسلامي متماثلان على مستوى أحكام العقد الباطل. وما يهمّنا منها هنا مسألة من يثير البطلان[1290].

ويبدو أن بالإمكان قول نفس الشّيء لو تبنّينا الفساد في صورة النّوع[1291].

ولعلّه بالإمكان أن يقال في مرتبة عدم اللزوم والوقف بما يوجد في مرتبة العقد الباطل نسبيّا.

فإذا صحّ ما سبق تكون م.ا.ع مستوردة نعم، لكن الذي جاءت به مثل المحلّي، لذا لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

والسّؤال الآن هل الأمر كذلك على مستوى مسألة الإمضاء.

(ج) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة الإمضاء

367. سنحضر الفقه الإسلامي، لكي نتمكّن بعده من إتيان التّقييم:

◄♦ وفي الفقه، "ولمّا كان العقد الباطل غير موجود شرعا، فإنّه لا يتصوّر أن تلحقه الإجازة إذ الإجازة لا تلحق إلاّ عقدا موجودا قابلا لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة. والعقد الباطل، كتصرّف شرعي، معدوم وغير قابل لإنتاج أيّ أثر، ومن ثمّ لا يمكن إجازته"[1292].

♦ نفس هذا الحلّ، ولنفس السّبب، نجده في العقد الفاسد. فهو عقد منهيّ

[1287] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 235 و283 و284.

[1288] انظر إلى حجج كل واحد منهما عند: أبي الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 240.

[1289] انظر إلى هذه الأحكام عند السنهوري مثلا: مرجع سابق، ج 4، ص 178 وما بعدها.

[1290] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 267.

[1291] لكن لو قلنا بفساد على شاكلة ما هو موجود في الإكراه. أي لو قلنا إنّ المكرِه ينقطع حقه في الفسخ بعد القبض، فهنا تكون مرتبة الفساد مثل مرتبة العقد الموقوف (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 175).

[1292] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 135.

عنه، والأصل فيه أن "لا ينتج أثرا ومن ثمّ لا تلحقه الإجازة"[1293].

فإذا قلنا بفساد في صورة النّوع مثل فساد بيع المكرَه، فهنا سنقبل الإجازة. ويقول السّنهوري عن الإكراه إنّه: "ترد على البيع إجازة العاقد المكرَه وهو البائع، قبل القبض وبعده، فينقلب البيع صحيحا، لأنّ الفساد فيه لِحَقِّ البائع لا لِحَقِّ الشّرع"[1294].

♦ وتلحق الإجازة أيضا العقد غير اللازم، ونجدها في خيار الرّؤية وخيار العيب:

فأمّا الأوّل فهو "من حقّ الشّرع لا من حقّ العبد، فلا يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط، وإنّما يسقط ضمنا بالإجازة"[1295].

وأمّا الثّاني، فنجد به الإجازة من جهة أولى داخل إسقاط الخيار. "ويسقط خيار العيب بإسقاط المشتري له إسقاطا مقصودا صريحا أو ما هو في معنى الصّريح نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى لأنّ خيار العيب حقّه فله أن ينزل عنه"[1296]. كما نجد

[1293] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 155. ويقول في ص 158: "ولا يجوز لأيّ من العاقدين النزول عن حقّ الفسخ لأنّ العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة...فإذا أسقط عاقد حقه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمنا، فإنّه يستطيع بالرغم من ذلك أن يفسخ العقد، ولا يعتد لا بإسقاطه حقه في الفسخ ولا بإجازته للعقد. ويقول الكاساني في هذا المعنى: «الفسخ في العقد الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته، لأن وجوب الفسخ ثبت حقّا لله تعالى دفعا للفساد، وما ثبت حقا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصودا» (البدائع، 5، 301)".

وإنّ هذا الكلام لينبّه إلى أنّ الفصل 329 م.ا.ع يعني أنّ من قبل عقدا باطلا مطلقا وتنازل صراحة أو ضمنا عن حقّ القيام بالإبطال ثم قام بعد ذلك بدعوى إبطال لا يمكن أن يقال له لا تقبل دعواك لأنّك أمضيت، فإمضاؤه وبحسب عبارة الفصل المذكور "...لا عمل عليه".

[1294] السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص175. وهنا يكون حكم الفاسد بعيدا عن الحكم العادي للفاسد وموافقا لحكم العقد الموقوف.

[1295] السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص283. ويقول الكاساني (حسب السنهوري: مرجع سابق، ج 4، ص 234 و235، الهامش): "فأمّا ما ثبت حقا لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطا مقصودا، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصودا، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، فسقوط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه، كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصا أو دلالة بمباشرة تصرف يدلّ على الرضا والإجازة. لأنه وإن ثبت حقا للشرع لكن الشرع أثبته نظرا للعبد، حتى إذا رآه وصلح له أجازه، وإن لم يصلح له ردّه، إذ **الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة**. فكان المشتري بالإجازة والرضا متصرفا في حق نفسه مقصورا، ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار. فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالإسقاط مقصودا، ويجوز أن يثبت الشّيء بطريق الضرورة وإن كان لا يثبت مقصودا، كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل ولم يعلم به فإنه لا ينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل، كذا هنا". والإجازة تهمنا هنا. لأن الخيار كما رأينا (عدد 181 وما بعده وعدد 350 من هذا العمل) مرتبط بالغلط. ويحتمل أن يوجد فعلا هذا الغلط، ومع ذلك وبعد الرؤية يقبل بالعقد، أي يتم إمضاؤه.

[1296] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 260. لكن رأينا سابقا (عدد 333) أن هناك من عدّ هذا الخيار شرعيا. وعلى كل وكما قلنا (أيضا بـ: عدد 333) فالفرق بين خيار الوصف وخيار العيب يذوب لو قلنا إن هذا

الإجازة من جهة ثانية في الإبراء. فقد يرضى المشتري بالعيب دون أن يعلم به، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيب فقبل منه هذا الشّرط"[1297]. وأخيرا نجد الإجازة في الرّضا بالعقد بعد العلم بالعيب. "وقد يكون صراحة، وقد يكون بالدّلالة لا بصريح العبارة، والصّريح مثل أمضيت العقد، أو رضيت به، أو أوجبته، أو ألزمت نفسي به، والرّضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرّف يدلّ على الرّضا بالعقد، كأن يكون المعقود عليه ثوبا فيصبغه، أو أرضا فيبني عليها، أو حنطة فيطحنها، أو يبيعه، أو يهبه هبة صحيحة، ونحو ذلك من التّصرّفات التي تدلّ على إقرار البيع والرّضا"[1298].

♦ ونجد الإجازة أيضا في العقد الموقوف، وما يهمّنا منها – لكونها قريبة من مادّة الغلط – تلك التي ترد من ناقص الأهليّة عندما يستكمل أهليّته[1299].

◄ فإذا مررنا الآن إلى الرّبط بمسألة الإحكام، أمكن نقل ما جاء في النّقطة السّابقة بحذافيره وذلك على مستوى الباطل[1300]، وعلى مستوى الفاسد،

يثبت دلالة، ولذلك لم نتحدث في إطار المسائل الثلاث التي نحن بصددها عن خيار الوصف لأن العيب يغني عنه.

انظر أيضا حول إسقاط خيار العيب: نفس المرجع السابق ونفس الجزء، ص 247.

[1297] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 251.

انظر أيضا: أبو زهرة، مرجع سابق، ص 404.

[1298] أبو زهرة، مرجع سابق، ص 407.

انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 261.

[1299] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 182. ولقد نقد السنهوري الحلول الفقهية هنا وذلك لغلبة الصناعة وتقديمها على المقتضيات العملية. ولقد همّ هذا النقد أمرين:

أوّلهما اشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت العقد (لأنّ للإجازة حكم الاستناد إلى العقد) ووقت الإجازة (لأنّ للإجازة حكم الإنشاء فمن هذا الوقت بدأ وجودها) لصحة الإجازة. "لكن هذه النظرة الصناعية المحضة نظرة ضيقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحلّ ورثته محلّه، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحلّ" (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 279. انظر أيضا ص 191).

ثانيهما وضع قاعدة الملك البات إذا طرأ على الموقوف أبطله. وصورتها (لو وضعناها في إطار العيوب عامة والغلط خاصة) أن يشتري (أ) من (ب)، وهذا رضاه معيب {العقد موقوف على إجازة (ب) }، ثم (أ) يبيع إلى (ج)، ثم (ب) يجيز، فهنا ينفذ العقد بين (أ) و (ب)، ويبطل العقد بين (أ) و (ج)، والسّبب أن العقد بين (أ) و (ب) صار باتا بالإجازة، وقد طرأ على العقد الثاني وهو موقوف فأبطله {العقد الثاني أيضا موقوف. وتفسير ذلك أن العقد الأوّل بين (أ) و (ب) موقوف، والموقوف غير نافذ فلا تنتقل به الملكية ولا يلزم فيه دفع الثمن (انظر: السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 181)، وينجرّ عن ذلك أنّ (أ) نقل إلى (ج) ما لا يملكه، فعقدهما إذن موقوف على إجازة المالك وهو (ب) }. "وكان الأولى أن يقال إن إجازة البيع الأوّل تستند إلى وقت صدور هذا البيع، فيكون ملك المشتري الأوّل باتا من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف لأنه لم يطرأ عليه، بل يجعله نافذا، إذ يعتبر المشتري الأوّل بفضل استناد الإجازة مالكا للمبيع ملكية باتة وقت أن صدر منه البيع الثاني". (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 280. وانظر عدد 333 من هذا العمل).

وعلى هذا – وإذا قرّر جعل مرتبة الموقوف لعيوب الإرادة - فالواجب تخليصها من هذه الأحكام، لأنها، أي الأحكام، وحسب السنهوري، صناعية محضة ويضيق بها التعامل.

[1300] هنا أيضا وحسب السنهوري لا وجود لفرق (ج 4، ص 267): "ولمّا كان العقد الباطل في الفقهين غير

وعلى مستوى غير اللازم[1301]، والموقوف.

ولعلّ الإجازة، وهي داخلة في مسألة الإسقاط، تدخلنا بعدُ في أثر مراتب الجزاء المتعلّق بالزّمن. لكن، قبل المرور إلى الزّمن، ينبغي النّظر في الآثار المتعرّض لها بعدُ، وينبغي تقييمها لا في ذاتها هذه المرّة، بل في سياقها. من هنا يكون العنوان الموالي وهو لمحاولة تقييم حكم م.ا.ع (وتلك الآثار حكم للمجلّة طوت عبارات نصوص الغلط ذكره) في سياقه.

§2 تقييم الحكم في سياقه

368. ينبغي أن نورد السّياق الذي تدخل فيه المسائل السّابقة في الغرب الذي تبنّته م.ا.ع، والسّياق الذي جاءت فيه نفس هذه المسائل في الفقه الإسلامي، لكي نستطيع القيام بالتّقييم:

◄ والسّياق الأوّل يتمثّل في وصف العقد: فإمّا أنّه وُلد ميتا وإمّا أنه وُلد حيّا. والفرضيّة الأولى كما الثّانية تدخلان في "قياس شرطيّ متّصل" وبالتّحديد في "مقدّمته الأولى". ففرضيّة ولادة العمل القانوني ميتا "مقدّمُ " "تاليه": 1. عدم ضرورة الدّعوى/ 2. إمكانيّة إثارة البطلان من كلّ معنيّ/ 3. عدم السّماح بالإمضاء (بالتّحديد، وكما أشير إلى ذلك سابقا، عدم أخذ الإمضاء بعين الاعتبار لو وُجد). أمّا فرضيّة ولادة ذلك العمل حيًّا فـ: "مقدّم" "تاليه": 1. ضرورة الدّعوى/ 2. إمكانيّة إثارة البطلان في إطار أضيق من السّابق/3. السّماح بالإمضاء (بالتّحديد أخذ الإمضاء بعين الاعتبار لو وُجد)[1302].

◄ أمّا السّياق الثّاني، فأكثر تدرّجا من سابقه، ثمّ هو يدخلنا في علاقات لا يدخلنا فيها السّياق الغربي. ولتوضيح هذا السّياق الثّاني ينبغي التّذكير بالموانع في الفقه الإسلامي وهي خمسة:

فقد يمكن أن يوجد مانع يقف دون انعقاد العلّة[1303].

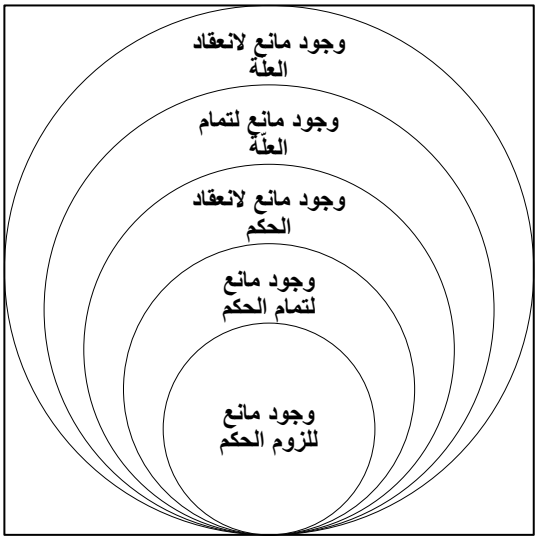
موجود شرعا، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة...").

[1301] علينا أن نلاحظ هنا أن الغلط المنظّم مرة ثانية في م.ا.ع جاء فيه حديث ضمني عن إسقاط الخيار (الفصل 672 م.ا.ع)، وحديث صريح عن الإبراء (الفصل 670 م.ا.ع) وعن الرضا بالعيب بعد الاطلاع عليه (الفصل 671 م.ا.ع)، أي نفس ما وجدناه في الفقه الإسلامي على مستوى خيار العيب.

[1302] يضاف داخل "التالي" أمر آخر هو التقادم المسقط. ولكن هذه المسألة تركت لوقت لاحق.

انظر حول هذه الكيفية لعرض النظرية التقليدية للبطلان (شكل القياس): "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 144 و145. ولقد أعملها في صورة العقد الذي وُلد ميتا، و لكننا مددناها للصورة الأخرى أيضا.

[1303] كأن يكون محل البيع شخصا ليس بعبد بل هو حرّ.



فإذا انعقدت العلّة، قد يمكن أن يقوم مانع يحول دون تمامها[1304].

وإذا انعقدت العلّة وتمّت، قد يمكن أن يقوم مانع يحول دون انعقاد الحكم[1305].

وإذا انعقدت العلّة وتمّت، وانعقد الحكم، قد يمكن أن يقوم حائل دون تمام الحكم[1306].

وإذا انعقدت العلّة وتمّت، وانعقد الحكم وتمّ، قد يمكن أن يوجد مانع يقف دون لزوم الحكم[1307].

وإنّا سنترك المانع الأوّل[1308]، ونهتمّ بالأربعة المتبقّية. هذه الأربعة تهمّ العقد الموقوف والعقد غير اللازم. ومعهما أو داخل ثانيهما نجد: خيار الشّرط[1309]،

[1304] هنا نجد صور العقد الموقوف، أي صور عدم النفاذ.

[1305] أو دون ابتدائه، وهنا نجد خيار الشرط "الذي يمنع ثبوت حكم العقد وهو خروج المبيع عن ملك البائع" (أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 245). وهنا وعلى هذا المستوى لا فرق مع ما سبق.

[1306] وهنا نجد خيار التعيين وخيار الرؤية.

[1307] وهنا نجد خيار العيب.

ولقد نقلنا هذه الموانع الخمسة عن:

- أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 245 و246.
- السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 282 وما بعدها.

[1308] رغم أنه يهمنا على مستوى الصور التي نقول فيها بجزاء البطلان مثلا. وسبب تركنا له أننا وفيما سيأتي سنكتفي بما قالته بعض الكتابات حول الموانع وحول الحكم عليها (وهذا سيكون حكما على م.ا.ع)، وهذه لم تتناول ذلك المانع.

[1309] هو يمنع انعقاد الحكم، وإذن فهو مثل العقد الموقوف لا مثل العقد اللازم، لكن الشافعي يرى العقد المقترن بخيار شرط، صحيحا نافذا، لذا يمكن الحديث عنه أيضا داخل غير اللازم. انظر أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 247. حيث يتحدث عن الرأي الغالب في الفقه وهو للمالكية والحنفية والحنبلية في قول ومفاده أن خيار الشرط يمنع انعقاد الحكم، وانظر ص 248 حيث يتحدث عن رأي الشافعي وابن حنبل في قول ومفاده أن هذا الخيار لا يؤخر الأحكام، بل إنّ هذه "تثبت فور العقد كما لو كان خاليا من قيام الشرط، أمّا الأمر الذي يرتبه هذا الخيار فهو جعل العقد المقترن به جائزا غير لازم فقط، ذلك أن العقد المقترن به خيار الشرط هو عقد صحيح نافذ، فاقتضى أن تثبت أحكامه بمجرد انعقاده، فلا يوجد ما يستلزم التراخي في تنفيذ العقد، وخيار الشرط ليس بسبب لذلك، ومع هذا القول الثاني ينتقل الملك إلى المشتري، ثم يعود إذا اختار الرجوع. وبذلك يقترب خيار الشرط من الشرط الفاسخ وليس من الشرط الواقف" - انظر أيضا هامشا سبق أوردنا فيه قول السنهوري – وإننا وفي ما سيأتي سنكتفي بإيراد موقف الغالبية من خيار الشرط.

وخيار التّعيين، وخيار الرّؤية، وخيار العيب[1310].

وسنحاول الإتيان بهذه الموانع، مع ما يرتبط بها، وذلك بواسطة جدول[1311] هو التّالي:

	من حيث المانع	من حيث كيفيّة الرّجوع في العقد	من حيث الإسقاط الصّريح	من حيث الانتقال بالميراث
العقد الموقوف	- العلّة منعقدة - العلّة غير تامّة عدم تمام العلّة مانع للنّفاذ وذلك إلى أن تلحقه إجازة.	- بما أنّه غير تامّ العلّة فالصفقة لم تتمّ فلا يحتاج نقضه إلى تراضي أو تقاضي، ويكفي في نقضه محض إرادة من له حق النّقض. - بما أنّه غير تامّ العلّة، يبطل إذا لم تلحقه الإجازة.	- لا يرد فيه الإسقاط.	- لا ينتقل بالميراث. فإذا مات من له حقّ إجازة العقد قبل الإجازة بطل العقد.
خيار الشّرط	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم غير منعقد	- بما أنّ الحكم غير منعقد، فالصفقة لم تتمّ، فلا يحتاج صاحب الشّرط في نقضه إلى تراض أو تقاض.	- الخيار من حقّ العبد: يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط.	- لا ينتقل بالميراث، لأنّه متّصل بالمشيئة أكثر من اتّصاله بالعقد. فإذا مات صاحب الخيار لزم العقد ولم يبطل.
خيار التّعيين	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم منعقد - الحكم غير تامّ هو محتو على خيار شرط، فإذا	- يتمّ التّعيين بالإرادة المنفردة لمن له حقّ التّعيين، المشتري أو البائع، دون حاجة إلى تراض أو تقاض. - بما أنّ الحكم غير تامّ، فالصّفقة لم تتمّ، فيستطيع من	- لا يتصوّر فيه إسقاط خيار التّعيين لأنّ من له الخيار يجب عليه التّعيين، وإن كان	- ينتقل بالميراث لأنّه متّصل بالعين أكثر من اتّصاله بالمشيئة.

[1310] بالرغم من تنبيه السنهوري إلى وجود موقفين (انظر الهامش السابق)، وبالرغم من أنه تحدث عن خيار الشرط على أنه يمنع انعقاد الحكم فإنه تحدث عن الخيارات الأربعة تحت عنوان العقد غير اللازم (قارن مع: "لينون دي بلفون"، مرجع سابق، ص 5 و6 الذي قال إن الأفضل هو ترك نظرية الخيارات مستقلة عن غيرها).

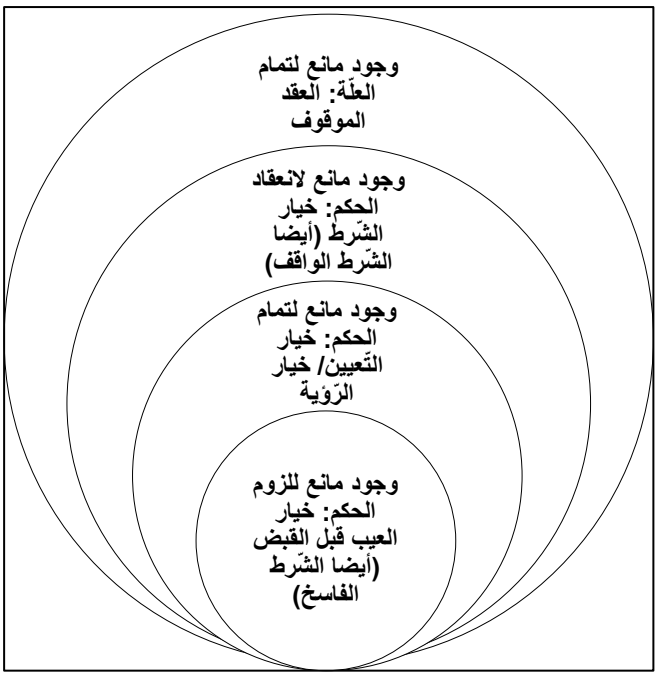
[1311] لقد أتى السنهوري (مرجع سابق، ج 4، ص 282 إلى 285) ومن بعده أبو الليل (مرجع سابق، ص 245 وما بعدها) بما سنأتي به. بل إننا لن نفعل إلاّ أن ننقل هذين وخاصة الأوّل منهما. لكننا رأينا أن شكل الجدول يسهل أكثر عملية التتبع والمقارنة. ويمكن تتبع نفس المادّة في الشكل الآخر بالعودة إلى الفقيهين الذين نقلنا ما جاء عندهما.

	جرّدناه منه أمكن قول ما ورد أعلاه، أي أنّ العقد غير تامّ الحكم إلى أن يتعيّن المحلّ، فهو يفيد الملك في أحد الأشياء غير عين، فلا ينتقل الملك في عين بالذّات إلاّ بعد التّعيين.	له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض.	يستطيع إسقاط خيار الشّرط الموجود داخل خيار التّعيين. - حقّ العبد	
خيار الرّؤية	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم منعقد - الحكم غير تامّ (حتّى بعد القبض)	- بما أنّ الحكم غير تامّ، فالصّفقة لم تتمّ ويستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض.	- حقّ الشّرع: لا يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط، وإنّما يسقط ضمنا بإجازة العقد.	- لا ينتقل بالميراث لأنّه متّصل بالمشيئة لا بالعين. فإذا مات من له الخيار لزم العقد.
خيار العيب	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم منعقد - الحكم تامّ - الحكم غير لازم قبل القبض - الحكم لازم بعد القبض، وهو لازم بالقبض.	- قبل القبض: الصّفقة لم تتمّ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. - بعد القبض: الصّفقة تمّت، فلا يمكن لصاحب الخيار إلاّ فسخ العقد. ولا بدّ للفسخ من التّراضي أوالتّقاضي.	- حقّ العبد: يجوز إسقاطه مقصودا بصريح الإسقاط.	ينتقل بالميراث لأنّه متّصل بالعين أكثر من اتّصاله بالمشيئة

ويرى السّنهوري أنّ هذه الصّناعة الفقهيّة رائعة. ويتجلّى ذلك في "التّدرّج المحكم وفي ردّ الأحكام إلى أصول منطقيّة ثابتة ... ولعلّ الفقه الغربي في هذه المسائل لم يصل إلى هذا الحدّ من الدّقّة والإحكام. ويعرف الفقه الغربي الشّرط الواقف والشّرط الفاسخ[1312]، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى.

[1312] ينبغي أن ندخل وسط السّنهوري، ونورد حواشي لم يأت بها هذا الفقيه. ولقد أردنا هنا أن نعطي موقف الفقه الإسلامي من الشرط الواقف ومن الشرط الفاسخ:
فأمّا الشرط الواقف فعند الأحناف يهم الانعقاد لا مجرد النفاذ. وعند المالكية والشافعية، يعدّ العقد موجودا، ولكنّ حكمه يتأخر لحين حدوث الواقعة الشرطية المعلق عليها العقد.
وأمّا الشرط الفاسخ فلا خلاف في شأنه، إذ هو لا يحول دون ترتيب العقد لآثاره وتنفيذها ما لم يتحقق الشرط فيزول العقد (أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص251 و252.)

أمّا الفقه الإسلامي فيعرف هذه المرتبة الوسطى، فخيار الرّؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشّرط وخيار العيب ذلك أنّ خيار الشّرط كالشّرط الواقف يمنع انعقاد الحكم[1313]، وخيارالعيب كالشّرط الفاسخ يمنع لزوم الحكم[1314]، أمّا خيار الرّؤية فلا يمنع انعقاد الحكم فهو فوق الشّرط الواقف، ويمنع تمام الحكم فهو دون الشّرط الفاسخ، ومن ثمّ كان مرتبة وسطى بين الشّرط الواقف والشّرط الفاسخ. وكما أنّ العقد الذي فيه خيار الرّؤية هو فوق العقد المقترن بخيار الشّرط (أو بالشّرط الواقف)، فإنّ العقد الموقوف هو دون العقد المقترن بهذا الشّرط. ذلك أنّ الوقف يمنع تمام العلّة، أمّا الشّرط فلا يمنع تمامها ولكن يمنع انعقاد الحكم، فهناك إذن، في الفقه الإسلامي، مرتبتان إلى جانب مرتبتي الشّرط الواقف والشّرط الفاسخ: العقد الموقوف وهو دون الشّرط الواقف، والعقد الذي فيه خيار الرّؤية وهو فوق الشّرط الواقف ودون الشّرط الفاسخ، وليس لهذا التّدرّج نظير في الفقه الغربي"[1315].



[1313] هنا أيضا سندخل في نصّ السّنهوري لنلاحظ أنّ هذا موقف الأحناف من الشّرط الواقف (انظر الهامش السّابق).

[1314] يتبيّن من الجدول:

خيار العيب (والوصف تابعٌ) = قبل القبض ← عدم لزوم حكم العقد ← رجوع دون تراضي أو تقاضي.
= بعد القبض ← لزوم حكم العقد ← فسخ بالتراضي أو بالتقاضي.
إذن وبعد القبض يتبيّن أن ثمّ شبه بين الخيار والشرط الفاسخ والبطلان النسبي: العقد صحيح (مؤقتا في البطلان النسبي حسب النظرية الكلاسيكية) ← إذن يرتّب حكمه ← إذن للتخلص فسخ بالتقاضي...

[1315] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 284 و285.

◄ فإذا اتّبعنا السّنهوري[1316]، قلنا إنّ م.ا.ع، بأخذها مادّة آثار مراتب البطلان من الغرب وتركها لنفس المادّة في الفقه الإسلامي، قد تخلّت عن سياق يمثّل جمع متماثلات وفصل متخالفات وأتت بما هو دونه، وبهذا تكون مجسِّدة لعدم الإحكام.

وإنّ مادّة آثار البطلان المتبنّاة أو المتروكة فيها مسألة رابعة تهمّ الزّمن. هذه المسألة هي التي سنحاول تناولها الآن.

[1316] أضاف السنهوري على ما تقدم بالقول إن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي "...ارتقت في تدرجها الدقيق في الخيارات، من منع انعقاد الحكم، ثم من منع تمامه، ثم من منع لزومه، وهي في ذلك تلبس كل حالة ثوبها الذي يلائمها: فتارة يكون الرجوع في العقد بإرادة منفردة وطورا يكون بالتراضي أو بالتقاضي، وتارة يجوز الإسقاط مقصودا وطورا لا يجوز، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطورا لا ينتقل" (مرجع سابق، ج 4، ص 286).

الفصل الثّاني
الإحكام في أثر مراتب المؤيِّدات المتعلّق بالزّمن

369. إنّ عملنا يقتضي محاولة الإتيان بتحليل م.ا.ع أوّلا، وبحلول القانون الغربي والفقه الإسلامي ثانيا، وبالحكم ثالثا.

لكن هنا أيضا – ولنفس السّبب المتمثّل في ظهور تبنّي المجلّة مراتب المؤيِّدات الغربيّة ومن ثمّ آثارها وظهور تركها مراتب المؤيِّدات التي قال بها الفقه ومن ثمّ آثارها – سنضطرّ لتغيير تنظيم مراحل عملنا، فنجعل محاولة الإتيان بحلول القانون الغربي تلتحق بمحاولة تحليل م.ا.ع، ومحاولة الإتيان بالفقه الإسلامي تدخل في محاولة الحكم. كلّ هذا سيعطي ما أعطى سابقا: عنوانا لعرض حكم م.ا.ع (القسم الأوّل)، وآخر لتقييم هذا الحكم (القسم الثّاني).

القسم الأوّل: عرض الحكم

370. هنا أيضا سنفكّك ما ركّبناه منذ قليل، أي سنحيل ما جعلناه واحدا تحت اسم "الحكم" إلى التّعدّد الذي هو مصدر الحكم (§1) وعينه (§2).

§1 عرض مصدر الحكم

371. ثبت سابقا أنّ م.ا.ع تبنّت مراتب المؤيِّدات الفرنسيّة المتمثّلة في البطلان[1317] وآثارها الثّلاث[1318]. ومعلوم أنّه وفي فرنسا يقال بأثر رابع لتلك المراتب يتعلّق بالزّمن.

لكن ثبت أيضا أنّ المجلّة التّونسيّة تبنّت من فرنسا مرتبة جزاء أخرى في مادّة الغلط هي الفسخ[1319]، ولهذه المرتبة أثر مختلف يتعلّق بالزّمن.

لذا سنعرض مصدر حكم م.ا.ع المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن (أ)، وسنعرض معه مصدر حكمها المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بدوره بالزّمن (ب).

[1317] انظر عدد 274 وما بعده من هذا العمل.
[1318] انظر عدد 337 وما بعده من هذا العمل.
[1319] انظر عدد 209 وما بعده من هذا العمل.

(أ) عرض مصدر الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن

372. ينبغي، لكي تكون عندنا صورة عن هذا المصدر تصلح في العمل الذي نحن بصدده، أن نتعرّض إلى ما أرادته المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، وإلى ما قالته النّظريّة التّقليديّة، وإلى ما جاء في فقه القضاء، وإلى ما ينجرّ عمّا جاء في فقه القضاء:

373. ◄ ♦ أمّا ما أرادته م.م.ف، فقد اعترضنا بعدُ تعبيرٌ عنه يتمثّل فيما قالته محكمة التّعقيب في فترة المشروع[1320]. فهذه رأت أن هناك: من جهة صورا لا يُحتاج فيها للدّعوى، ويكفي أن يتمسّك من يطلب منه تنفيذ العقد ببطلانه بواسطة الدّفع، وهذا لا يسقط؛ ومن جهة أخرى صورا يُحتاج فيها للدّعوى، واقترحت في شأنها محكمة التّعقيب نصّا – سيصبح فيما بعد الفصل 1304 م.م - يقول ضمن ما يقول بتقادم مسقط بعد عشر سنوات[1321]. ما سبق يدلّ على أنّ دعوى البطلان النّسبي تقبل التّقادم المسقط. لكنّه يصبّ في اتّجاه القول بعدم تقادم في البطلان المطلق لأنّه لا دعوى هنا أصلا: وفعلا إذا لم تكن ثمّ دعوى، لن يكون هنالك سقوط لأنّ السّقوط محلّه الدّعوى.

وهنالك تعبير آخر ينبئ بأنّ نيّة واضع م.م قد اتّجهت إلى ما سبق من قول بعدم السّقوط في إطار البطلان المطلق. هذا التّعبير يتمثّل في تقرير "جوبار". ومعلوم أنّ "التّقارير أصدق إنباءً عن نيّة المشرّع الفرنسي من الخُطَبِ"، لأنّ الخطب تعبّر عن رأي صاحبها أمّا التّقارير فتترجم رأي القسم التّشريعي[1322]. وقد قال "جوبار"، في تقريره المقدّم للمجلس المكلّف بمناقشة القوانين أمام الهيئة التّشريعيّة، "إذا تعلّق الأمر بالتزام أبرم دون موضوع أو سبب، أو لسبب غير جائز ... فإنّ من أبرم الالتزام لا يحتاج للقيام أمام القضاء ليفكّ التزامه، ففي أيّ وقت تتمّ مطالبته، يقبل منه دوماً أن يجيب ليس ثمّ التزام"[1323].

[1320] انظر عدد 348 من هذا العمل.

[1321] سيتبنى هذا الأجل وسنجده في م م إبّان صدورها. لكن وبعد أكثر من قرن ونصف (أي في 3 جانفي 1968) سوف ينقح الفصل 1304 وسوف يتم الإنقاص من ذلك الأجل ليصبح خمس سنوات.

[1322] "لوران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15، عدد 463.

[1323] "جوبار" حسب "لوران": مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 15, عدد 461.

« Quand il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager ; à quelque époque qu'il soit poursuivi,

وقد يقال إنّ ما سبق من قول لمحكمة التّعقيب ولـ: "جوبار" قد ورد سابقا على أنّه حجّة على كون م.م.ف أرادت عدم ضرورة الدّعوى وأنّه لم يزد – هذا إن زيد[1324] – سوى كون الدّفع بالبطلان المطلق لا يسقط. وهذا ليس حجّة، لأنّ الدّفع بالبطلان النّسبي أيضا لا يسقط. مع ذلك فدعوى البطلان النّسبي تسقط.

هذا القول وجيه. لكن ما أريد من إعادة ما قالته محكمة التّعقيب ومن إعادة ما قاله "جوبار" ليس التّنبيه على أنّ الدّفع لا يسقط، بل التّنبيه على أنّ الدّعوى إذا لم تكن ضروريّة لم يكن هنالك مجال للحديث عن سقوطها. بعبارة أخرى إن أراد مشرّع ألاّ ضرورة للدّعوى، فقد أراد بنفس المناسبة ألاّ سقوط. وهذا ما جاء على لسان أحدهم حين قال إذا كان "... العمل باطلا، فلا حاجة لمهاجمته، وإذا لم يكن ثمّ مجال لدعوى البطلان، فلا مجال أيضا للسّقوط"[1325].

374. ♦ إلاّ أنّ هنالك من قال إنّ نيّة المشرّع الفرنسي تتمثّل في جعل حكم السّقوط موحّدا ويهمّ كلّ الدّعاوى، أي أنّ الفصل 2262 أريد منه التّقادم المكسب والتّقادم المسقط لجميع الدعاوى. ويؤسّس صاحب هذا القول رأيه على الأعمال التّحضيريّة أيضا[1326].

ممّا سبق يخلص أنّه لا يمكن القطع بما أراده المشرّع الفرنسي في مسألة سقوط دعوى البطلان المطلق بمضيّ الزّمن.

375. ♦ ◄ فإذا مررنا إلى النّظريّة التّقليديّة، وجدنا أصحابها دوماً مع "قياسهم الشّرطِيّ المتّصل": "إذا كان العمل القانوني وُلد ميتا ... فالسّقوط مستحيل"[1327]. و"البطلان لا يمكن أن يستره الزّمن: فالعمل القانوني الذي نقصه شرط وجود، لا يمكن أن يحصل عليه بمرور أجل"[1328]. ويضيفون إنّنا

---

il est toujours admis à répondre qu'il n'y a pas d'obligation ».

[1324] لم تحصل زيادة على مستوى قول محكمة التعقيب (قارن مع عدد 348 من هذا العمل) وحصلت على مستوى قول "جوبار" (قارن مع عدد 348 من هذا العمل).

[1325] "بودون"، تعليق على قرار تعقيبي مؤرخ في 5 ماي 1879 (باللغة الفرنسية)، دالوز، 1880، 1، 145 وما بعدها.

Cass, 5 Mai 1879, D 1880, 1, 145 et s.

« … dès que l'acte est nul, il est superflu de l'attaquer ; et s'il n'y a pas lieu à l'action en nullité, il n'y a pas lieu non plus à prescription ».

[1326] انظر تقرير المدّعي العام في إطار القرار المذكور سابقا (خاصة ص 150 و151).

[1327] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 144 و145.

"Si l'acte est mort-né … la prescription est impossible".

[1328] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 145.

هنا لسنا أمام دعوى بطلان حقيقيّة، إذ "البطلان موجود بغضّ النّظر عن أيّة دعوى قضائيّة"[1329].

376. ♦ ثمّ هم يقولون إنّ موقفهم لا يهدّد استقرار المعاملات، وذلك لأنّ الأمر لا يخلو من وضعيّتين:

فإمّا أنّه لم يحصل تنفيذ، وهنا تمكن المعارضة بالبطلان، ولن يؤثّر ذلك على الاستقرار لأنّنا سنبقي بالمعارضة ما كان على ما كان.

وإمّا أنّه حصل تنفيذ، وهنا "من يتمسّك بالبطلان سيقوم، لاستعادة موضوع أدائه، إمّا بدعوى استرداد ما دُفع وهو غير مستحقّ وإمّا بدعوى استحقاقيّة. ودعوى استرداد ما دُفع وهو غير مستحقّ تسقط بمضيّ ثلاثين سنة (الفصل 2262). وليس البطلان هو الذي سيُسْتَر بأجل الثّلاثين سنة، ولكن ما سيسقط عمليّا هو دعوى الاسترداد. أمّا الدعوى الاستحقاقيّة فهي لا تسقط، لأنّ حقّ الملكيّة لا يَمَّحي بالتّقادم المسقط. لكنّ الطّرف الآخر الذي تحوّز، استطاع أن يكسب بالتّقادم، فيعارض إذن بالتّقادم المكسب، وهذا لا قاسم مشترك بينه وبين التّقادم المسقط لدعوى البطلان"[1330].

377. لكنّ هذا القول بعدم تأثّر استقرار المعاملات ليس صحيحا، فقد يحدث أن نكون أمام من لا يستطيع أن يكسب بالتّقادم لأنّه لا يتمتّع بالشّخصيّة القانونيّة. وهذا إذا وقع القيام ضدّه بدعوى بطلان مطلق بعد ثلاثين سنة، فليس له من وسيلة لاستبقاء الشّيء وترك ما كان على ما كان إلاّ الدّفع بسقوط تلك الدّعوى بمضيّ الزّمن.

" La nullité ne peut se couvrir par le laps de temps: l'acte auquel manque une condition d'existence ne l'acquerra par l'écoulement d'un délai".

[1329] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص145.

" La nullité existe indépendamment de toute action en justice".

[1330] "ڤودمي"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص145.

« … La partie qui se prévaut de la nullité, pour recouvrer l'objet de sa prestation, intentera, soit une action en répétition de l'indû, soit une action en revendication. Or, l'action en répétition de l'indû se prescrit par trente ans (art 2262). Ce n'est pas la nullité qui sera couverte par le délai de trente ans, mais en pratique l'action en remboursement sera prescrite. L'action en revendication, elle, ne se prescrira pas, car le droit de propriété ne s'éteint pas par la prescription extinctive. Mais l'autre partie, qui a été mise en possession, a pu usucaper ; elle opposera alors la prescription acquisitive, ce qui n'a rien de commun avec la prescription extinctive d'une action en nullité » .

378. ◄ وهنا نصل إلى موقف محكمة التّعقيب الفرنسيّة التي وجدت نفسها أمام هذه الصّورة بالذّات[1331]، فقالت إنّه، و"حسب عبارات الفصل 2262 م.م، كلّ الدّعاوى سواء كانت عينيّة أو شخصيّة تسقط في ثلاثين سنة. وهذا الحكم عامّ وينطبق خاصّة على الحالة التي يكون فيها البطلان راديكاليّا ويهمّ النّظام العامّ. وهذا السّقوط لا يؤدّي إلى إعطاء الاتّفاق الممنوع وجودا قانونيّا، لكنّه يعدم كلّ الدّعاوى التي تريد أن تصل إلى التّصريح ببطلانه"[1332].

379. ◄ هذا القول بسقوط دعوى البطلان المطلق، تنجرّ عنه نتائج (هي تنجرّ أيضا عن سقوط دعوى البطلان النّسبي، بل عن سقوط كلّ الدعاوى) سنوردها لأنّها ستصلح في عمليّة المقارنة بالفقه الإسلامي، وسنوردها بسرعة لكي لا نبتعد عن عملنا:

هذه النتائج تتمثّل من جهة أولى في القطع والتّعليق وفي مبدأ لا سقوط ضدّ من لا يستطيع القيام[1333]، ومن جهة ثانية في جعل السّقوط تقنية لحماية

[1331] تعلق الأمر بجمعية دينية غير مرخص فيها، أي غير موجودة قانونا، أبرم معها عقد بيع (هبة مقنّعة). وهذا العقد باطل وعدّ بطلانه مطلقا. انظر: تعقيبي فرنسي، 5 ماي 1879، (باللغة الفرنسية)، دالوز، 1880، 1، 145 وما بعدها. تعليق "بودون" – "سيراي"، 1879, 1, /313 ,Cass, 5mai 1879, D1880, 1, 145 Note BEUDANT ; S, 1879, 1, 313.

[1332] "… Aux termes de l'article 2262 C.civ. toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans: que cette disposition est générale et s'applique particulièrement au cas où il s'agit de nullité radicale et d'ordre publique, que la prescription ainsi établie n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale, mais qu'elle anéantie toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation".

ولقد قال المدّعي العام في تقريره لمحكمة التعقيب إنها وفي ثلاثة قرارات سابقة قالت بالسقوط: تعقيبي، 8 نوفمبر 1842، فقه قضاء عامّ، انظر: التزامات، عدد 2866. ثالثا - تعقيبي، 11 نوفمبر 1845، دالوز (DP)، 1846، 1، 25 - تعقيبي، 3 جانفي 1849، دالوز (DP) 1849، 1، 139 (انظر قول المدّعي العامّ بـ:دالوز 1880، 1، ص 150 وكذلك ص 151).

[1333] تحدث "كاربونيي" (تعليق على التقادم المسقط (مقال باللغة الفرنسية)، المجلّة الفصلية للقانون المدني، 1952، ص171

(Notes sur la prescription extinctive، Rev.Trim.Dt.civ 1952, p. 171.

عن هذا المبدإ:*contra non valentem agere non currit praescriptio*. ويترجمه "رولان" و"بوابيي" في كتابهما الذي تعرضنا له سابقا: " أقوال القانون الفرنسي المأثورة ص 114: "la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir" وقال "كاربونيي" إن المجلّة المدنية أقبرته بواسطة الفصل 2251 الذي نص على أن السقوط يسري إلاّ إذا وضع القانون استثناء. لكن المحاكم أعادت بعثه إلى الوجود، قائلة إن أسباب التعليق هي التي يجب أن ينص عليها القانون، والمبدأ ليس تعليقا (إذن عدّت المحاكم النص العامّ مفيدا للخصوص وهو التعليق، وهذا مختلف عن المبدأ المذكور. فالتعليق يوقف بصفة مؤقتة جريان الأجل وهو في النهاية إطالة للأجل القانوني أيّا كان الوقت الذي قام فيه

المدينين[1334] وأمرا إجرائيّا غير ذي أثر إلاّ متى وقع التّمسك به أمام المحكمة. وأكثر من هذا – حتّى إن تمّ التّمسك بالسّقوط – فالذي يموت عندها هوالالتزام المدنيّ. أمّا الالتزام الطّبيعيّ فيبقى حيّا لا يموت[1335].

ويبدو أنّ أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن، والذي عرضناه للتّوّ، مختلف عن أثر مرتبة الفسخ الخاصّ بنفس النّقطة.

(ب) عرض مصدر الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بالزّمن

380. لا نقصد بالفسخ هنا البطلان النّسبي لأنّنا أوردنا هذا البطلان في العنوان السّابق، لكنّنا نقصد الحلّ الرّجعي مبدئيّا لعقد ملزم لجانبين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشّيء[1336].

ويكفي هنا أن نورد محتوى الفصل 1648 من م.م.ف لندرك أن ثمّ اختلافا على مستوى الزّمن بين البطلان حتّى النّسبي منه والفسخ. فلقد قال هذا النّصّ إنّ "الدّعوى النّاجمة عن عيوب خفيّة يجب القيام بها من قبل المشتري

سببه. فالقاصر نزيده سنون صغره ولا نقول إنه وبمجرد أن رشد كان عليه القيام بأعمال قاطعة. بعبارة أخرى لا يشترط أن تكون القاصرية ما زالت قائمة في الوقت الذي من المفروض أن تسقط فيه الدعوى. أمّا المبدأ فلا يطيل الأجل إلاّ متى كان سبب إعماله ما زال موجودا في الوقت الذي من المفروض أن تسقط فيه الدعوى.[لم نفعل إلاّ أن نقلنا ما جاء عند "رولان" و"بواييي" بـ: ص 117 من المرجع السابق]. إلاّ أن هنالك من يسمي المبدأ تعليقا [مثلا: "دوبلا"، مرجع سابق، ج2، ص 128]). وهو أي المبدأ يهم الاستحالة الواقعية لا القانونية [مثال للاستحالة القانونية: لا يمكن للمكرَه أن يقوم وهو تحت حالة الإكراه، وهذه يحكمها مبدأ آخر هو لا سقوط لدعوى لم تولد بعد]. وتتمثل الاستحالة الواقعية في صورتين: القوّة القاهرة [حرب، إلخ] وجهل وجود الحقّ ["رولان" و"بواييي"، المرجع السابق، ص 116]. لكن "كاربونييي" وفي مقاله المذكور أعلاه (ص 174 و175)، يحدثنا – زيادة على جهل وجود الحق - عن صورة الدائن الذي دخل في مفاوضات مع مدينه من أجل حل رضائي، وعن صورة المريض مرضا خطيرا. ويلاحظ "كاربونييي" (ص 180) أن المشرع الفرنسي وبوضعه للفصل 2251 أراد نظاما قانونيا صارما وذلك كردّة فعل ضدّ ما كان موجودا في القانون القديم من صور كثيرة للتطويل والتقصير. لكن القضاء رجع إلى حلول الإنصاف والتحكّم).

[1334] يقول "كاربونييي" في مقاله المذكور أعلاه ص 175 و176 إن أساس السقوط لا يمكن أن يكون سلطان الإرادة لو قلنا إنه جعل لحسن سير القضاء بتجنيبه النظر في ملفات قديمة. لكنه يضيف أن الفصل 2223 م م (يقابله 385 م.ا.ع) لا يسمح للقاضي بأن يثير السقوط من تلقاء نفسه وهذا يعني أن الأساس المذكور للتوّ (حسن سير القضاء) غير صحيح. ثم يواصل الفقيه الفرنسي قائلا إن السقوط ينظر إليه عادة على أنه تقنية لحماية المدينين، وهو يهم النظام العام المرتبط والمقيد بهذه الحماية. لذلك يمنع التنازل المسبق عن التمسك بالسقوط (2220 م. م. ف ويقابله 386 م.ا.ع)، لكن يسمح بالتنازل البعدي (في م.ا.ع: 386). ويمنع الاتفاق على إطالة الأجل لأنه تنازل مسبق (في م.ا.ع: 388)، لكن يسمح بالتقصير في الأجل لأنه يقوّي من حماية المدين (لكن هنالك مدينون هم بعد أقوياء وقد يفرضون على الدائن صاحب الدعوى آجالا قصيرة).

[1335] انظر إلى "كاربونييي"، المقال المذكور منذ قليل، ص176. أو بعبارة أخرى **ماتت الدعوى ولم يمت الحقّ. فالحق يبدأ طبيعيا، ثم يأتي القانون ويحميه بواسطة دعوى فيصبح حقا قانونيا، ثم قد يزول عنه وصف القانوني فيعود كما بدأ طبيعيا** (قارن مع "كاربونييي"، نفس المقال، ص 178).

[1336] انظر عدد 212 من هذا العمل.

في أجل قصير وذلك حسب نوع العيوب وعرف المكان الذي وقع فيه البيع"[1337]. وهذا يعني أنّ الأجل الذي ينطلق من تاريخ اكتشاف العيب قد يختلف عن ذلك المقرّر في الفصل 1304 لبعض أنواع الغلط التّلقائي والمحدث[1338] والذي هو عشر سنوات من تاريخ اكتشاف هذا الغلط[1339].

وإنّ هذا الاختلاف سنجده أيضا في م.ا.ع التي سنحاول الآن عرض حكمها.

[1337] « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée dans un bref délai suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite ». وهذا هو النص الأصلي للفصل 1648، وقد أضيفت له سنة 1967 فقرة أخرى.

[1338] لم نشر إلى حالات البطلان المطلق لأننا رأينا أن نظرية العيوب الخفية نقلت من القانون الرّوماني وهذا كان يقول بها في إطار الأوصاف غير الذاتية (انظر عدد 90 من هذا العمل).

[1339] نقح الفصل 1304 في 3 جانفي 1968 وصار الأجل خمس سنوات.

§2 عرض عين الحكم

381. إنّ ما جاء في م.م.ف سنجده في م.ا.ع، أي سنجد زمنا هو أثر لمرتبة البطلان وآخر هو أثر لمرتبة الفسخ. لذا سنعرض حكم م.ا.ع المتثّمل في هذين الأثرين الواحد منهما تلو الآخر.

(أ) عرض عين الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن

382. يقتضي التّمشّي المعتمد في هذا العمل البحث عن نيّة المشرّع التّونسي. هذا البحث شبيه بسابقه الذي تعلّق بنيّة المشرّع الفرنسيّ. فالسّابق كان سهلا في ما يخصّ البطلان النّسبي وصعبا فيما يخصّ البطلان المطلق[1340]. والأمر سيكون كذلك في إطار نيّة المشرّع التّونسي[1341].

وإنّ البحث عن نيّة هذا المشرّع التّونسي واجب الحصول في إطار الفصلين 372 و449 من المشروع المُرَاجع. والسّبب أنّ هذين نُقِلا وصارا الفصلان 325 و402 م.ا.ع:

383. ◄ ♦ فأمّا الفصل 372 (والذي صار في م.ا.ع الفصل 325) فنجد في حاشيته التّحتيّة إشارة إلى "أوبري" و"رو"، وإلى "لوران". وهؤلاء من القائلين بعدم سقوط دعوى البطلان المطلق. نعم قد لا نجد عندهم – في

[1340] انظر عدد 372 وما بعده من هذا العمل.

[1341] ودليل هذه السهولة والصعوبة اتفاق فقه القانون التونسي حول موقف المشرّع من البطلان النسبي واختلافه حول موقفه من البطلان المطلق. وفعلا انقسم فقه القانون إلى:

* قائل بعدم سقوط دعوى البطلان المطلق:

- "دوبلا"، مرجع سابق، ج 2، ص 94 و95.

– المالقي (محمد)، مرجع سابق، ص 309.

- الزين (محمد)، مرجع سابق، عدد 293: يعرض هذا الفقيه الموقفين، لكن يبدو من خلال العدد المذكور منذ قليل، وعرضه في مرتبة ثانية الموقف القائل بعدم السقوط أنه من أصحاب هذا الرأي.

* وقائل بسقوطها:

- بالحاج حمودة (العجمي)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 185.

- قطران (حاتم)، مرجع سابق، ص 113.

- شرف الدين (محمد كمال)، تعليق على الحكم المدني الصادر عن محكمة الناحية بتونس تحت عدد 9132 في 27 مارس 1990، الأحداث القانونية التونسية، عدد 3، السداسي الأوّل، 1990، ص 97 وما بعدها.

- بسرور (نور الدين)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 218.

- إلخ

كما نجد نفس الاختلاف داخل فقه قضاء محكمة التعقيب (انظر تعليق شرف الدين (محمد كمال) المذكور منذ قليل). لكننا – وكما حصل معنا في المحتويات السابقة لهذا العمل - لن نستطيع التعرض إلى ذاك الفقه وإلى هذا القضاء نظرا للتمشي المعتمد، إلاّ إذا وجدنا في ذاك أو في هذا ما يخدم هذا التمشي.

الأماكن المشار إليها – حديثا مباشرا عن الأثر المتمثّل في عدم السّقوط، لكنّنا نعلم أنّ مجرّد القول بالانعدام يتضمّن أربعة آثار من ضمنها هذا الأثر[1342].

وفعلا إذا أخذنا "أوبري" و"رو"، وجدناهما[1343] يفرّقان بين الانعدام والبطلان والفسخ (rescision)، ويقولان ألاّ سقوط في الأوّل. صحيح أنّه لا يمكن القطع بأنّ إشارة الحاشية التّحتيّة إلى هذين الفقيهين هي تبنٍّ من قِبَلِها لموقفهما على مستوى عدم السّقوط. لكن تلك الإشارة هي أيضا إشارة إلى قولهما هذا. والسّبب أنّ رأيهما كلٌّ، فإذا أشير إلى جزء فقد أشير إلى الآخر.

384. فإذا ذهبنا إلى "لوران"، تقدّمنا خطوة على ما سبق. فهنا أشارت الحاشية إلى مكان[1344]. وحين نذهب إلى هذا المكان نجد مادّة واسعة من ضمنها إمضاء العقد القابل للإبطال. وهنا نُرْسَل إلى مكان آخر. في هذا المكان الآخر نجد حديثا عن الإمضاء أيضاً، لكن عن عدم إمكانه في صورة الانعدام[1345]. ثمّ إنّه، ومباشرة بعد ذلك، يقول لنا "لوران" إنّ مسألة عدم الإمضاء هذه جزء من كلّ. وهذا الكلّ يتضمّن (ضمن ما يتضمّن) عدم ضرورة الدّعوى وعدم السّقوط بمضيّ الزّمن[1346]. لكنّ قول "لوران" بأنّ الأمر يتعلّق بكلّ ليس حجّة على ما نحن بصدده. فقد يكون صاحب الفصل 372 من المشروع المُرَاجع (ومن ثمّ صاحب الفصل 325 من م.ا.ع) قد أراد من ذاك الكلّ أمرا ليس عدم السّقوط. والسّؤال ما هذا الأمر؟ قد يجاب إنّه ليس عدم إمكان الإمضاء لأنّ هذا سيقال به في نصّ لاحق، وإنّه عدم ضرورة الدّعوى (لا يبق بعد طرح عدم السّقوط وعدم الإمضاء إلاّ عدم ضرورة الدّعوى). وهنا نصل إلى المراد، إذ يمكن أن

[1342] انظر إلى ما قيل حول "الشرطيّ المتصل" (عدد 341 وما بعده وعدد 349 من هذا العمل).

[1343] ج 4، عدد 337 وما بعدها. وقد يقال إن الحاشية التحتية للفصل 372 من المشروع المُرَاجع لم تشر إلى هذه الأماكن، ولكننا قلنا إن المشار إليه يتضمن قولا حول الزمن، لأن الموقف كلٌّ وداخله وحدات من ضمنها عدم السقوط، فإذا أشرت إلى وحدة من هذا الموقف فقد أشرت إلى البقية.

[1344] ج 18، عدد 528 وما بعده.

[1345] يرسلنا ج 18، عدد 566 إلى ج 15، عدد 462.

[1346] ج15، عدد 462 حيث يقول: "ينص الفصل 1131 على أن: "الالتزام بدون سبب، أو على سبب خاطئ أو غير جائز لا يمكن أن يكون له أثر" وهذا يعني ... أن مثل هذا الالتزام منعدم، فلا يوجد دعوى بطلان، ولا يمكن إمضاؤه، ولا يمكن أن يصبح صحيحا بواسطة أي تقادم مسقط"

" l'article 1131 porte: « l'obligation, sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». C'est-à-dire … qu'une obligation pareille n'existe pas, qu'elle ne donne pas lieu à une action en nullité, qu'elle ne peut être confirmée, qu'elle ne peut devenir valable par aucune prescription".

وينبغي أن نشير إلى أنه وفي مكان لاحق (عدد 465) سيقول لنا إن دعوى الاسترداد تسقط بمضي ثلاثين سنة.

يقال في تونس ما قيل في فرنسا وهو أنّه – حتّى إن أريد في الفصل 372، ومن خلال الإشارة إلى "لوران"، عدم ضرورة الدّعوى – فإنّ هذا يدلّ على أنّه أريد عدم السّقوط. والسّبب أنّه متى لم يكن ثمّ مجال للدّعوى، لم يكن ثمّ مجال للسّقوط[1347].

385. وقد يرى فيما جاء للتّوّ خطوة ترجّح الرّأي الذي مفاده أنّ إرادة المشرّع ذهبت نحو القول بعدم سقوط دعوى البطلان المطلق، وإن كانت تقصر عن بلوغ مرتبة القطع.

386. ♦ فإذا مررنا إلى الحاشية الجانبيّة، لم نتقدّم أكثر في مسألة القطع بوجود هذه الإرادة، أو حتّى في مسألة القطع بوجود ضدّها[1348].

388. ◄ والواجب بعد ذلك أن تحوّل الوجهة نحو النّصّ الآخر وهو الفصل 449 من المشروع المُرَاجع (والذي صار الفصل 402 م.ا.ع). فلعلّ حواشيه تسلم ما لم تسلمه حواشي سابقه:

389. ♦ وهنا سنبدأ بالحاشية التّحتيّة حيث نجد: إشارة إلى نصّين قانونيين وإشارة إلى أحكام قضائيّة:

390. ♦♦ فأمّا النّصان فهما الفصل 917 من المجلّة التّجاريّة الإيطاليّة والفصل 195 من المجلّة المدنيّة الألمانيّة. وهذا يتحدّث عن الأجل العامّ للسّقوط. ونفس الشّيء بالنّسبة إلى ذاك[1349]. وهنا، وإن أمكن اعتماد هذه

[1347] انظر عدد 278 من هذا العمل. ثم قد نضيف بأن هنالك حجة أخرى على عدم ضرورة الدعوى وهي أن كل النصوص التي جاءت مع 372 تحت نفس العنوان لم تحو هذه الكلمة (الدعوى).

[1348] حين ننظر إلى بعض المراجع المستعملة (مواد المجلّة العثمانية أو مرشد الحيران) نجدها تتحدث عن مرتبة الجزاء نفسها لا عن الأثر المتعلق بالزمن.

[1349] الفصل 195: "الأجل العام للسقوط هو ثلاثون سنة".

Art 195: "le délai de droit commun de la prescription est de trente année".

أمّا بالنسبة إلى النص الإيطالي، فعلينا أن نلاحظ أوّلا أنه عامّ ولكن في المادّة التجارية. كما علينا أن نلاحظ ثانيا أن هنالك خطأ مطبعيا على مستوى رقمه إذ أن آخر نص تنتهي به المجلّة هو 916. وإذا رجعنا إلى عنوان السقوط (من الفصل 905 إلى الفصل 916) وجدنا أن النص الذي يمكن أن يكون قد أشير إليه هو 907 الذي يقول إن "السقوط العادي في المادّة التجارية يتحقق بانقضاء عشر سنوات، وذلك في كل الحالات التي لن يوضع فيها أجل اقصر"

"La prescription ordinaire en matière commerciale sera acquise à l'expiration de dix années, dans tous les cas pour lesquels ne sera pas établie une prescription plus

الإشارة كحجّة على أنّ الفصل 449 من المشروع المُرَاجع (ومن بعده 402 م.ا.ع) أريد منه التّنصيص على الأجل العامّ للسّقوط، فإنّه لا يمكن اعتماد نفس الإشارة كحجّة قاطعة على أنّ واضعي ذلك المشروع (وهذه المجلّة) قد أدخلوا في الأجل العامّ دعوى البطلان المطلق.

391. ♦♦ وأمّا الأحكام القضائيّة فهي:

♦♦♦ حكم المحكمة الابتدائيّة بتونس (7 ديسمبر 1887) وهو لمدّة التّقادم المسقط في الدّعاوى المتعلّقة بالدّيون العاديّة والتي هي خمس عشرة سنة حسب الأحناف. وبمناسبة هذا الحكم عمدت الحاشية التّحتيّة للفصل 449 من المشروع المُرَاجع إلى إرسالنا إلى أحكام أخرى تقول إنّ المدّة هي نفسها حسب المالكيّة، أو هي 15 سنة دون تفرقة بين المذاهب، أو هي 10 سنوات دون تفرقة أيضا بين المذاهب[1350].

♦♦♦ حكم المحكمة الابتدائيّة بتونس (6 فيفري 1888) الذي يقول إنّ "مدّة خمس عشرة سنة للتّقادم المسقط في القانون الإسلامي تنطبق على الالتزامات الناشئة عن عقد أبرم في تونس بين مسلمين ووفق الشّكل المراد من القانون المحلّي"[1351].

---

courte".

المجلّة التجارية للمملكة الإيطالية, نشرت في 2 أفريل 1882 ودخلت حيز التطبيق في غرة جانفي 1883, ترجمة وتعليق "هنري مارسي نيس", "كوفان أمبرور", جانفي 1883.

Code de commerce du Royaume d'Italie, promulgué le 2 Avril 1882 et mis en vigueur le 1er Janvier 1883, traduit, annoté, commenté par HENRI MARCY NICE S, CAUVIN-Empereur, Janvier 1883.

[1350] المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الأولى- رئاسة "دوبوا") مجلّة محاكم تونس، مجلّة عملية للتشريع والقضاء (باللغة الفرنسية)، 1894، ص 435.

(Journal des tribunaux de la Tunisie, Revue pratique de législation et de jurisprudence).

"في كل الأحوال التي ينطبق فيها تقادم القانون الإسلامي المسقط، يختار المدّعى عليه المذهب الذي يناسبه" (يشار هنا إلى العديد من الأحكام التي تبنت نفس القول) "وفي المذهب الحنفي مدة التقادم المسقط بالنسبة إلى الديون العادية هي خمس عشرة سنة" (هنا أيضا يشار إلى أحكام قالت: - إن الأجل في المذهب المالكي 15 سنة – إن الأجل دون تفرقة بين المذاهب هو 15 سنة – إن الأجل دون تفرقة بين المذاهب هو 10 سنوات. وهذه الإشارة هي التي أرسلتنا إليها الحاشية التحتية للفصل 449 من المشروع المُرَاجع.)

« Dans tous les cas où la prescription du droit musulman est applicable, le défendeur a le choix du rite qui lui est favorable.

Dans le rite hanafite, la durée de la prescription extinctive, pour les créances ordinaires, est de quinze années ».

[1351] المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الأولى- رئاسة "جيفروا ")، مجلّة محاكم تونس، 1894، ص 437.

♦♦♦ حكم المحكمة الابتدائيّة بتونس (27 جوان 1894) الذي يقول – ضمن ما يقول – إنّ "تقادم الخمس عشرة سنة المسقط الذي قبِله القانون التّونسي للدّيون الشّخصيّة المتعلّقة بمنقولات ينطبق على الالتزامات المبرمة في تونس من قبِل تونسي ..."[1352].

♦♦♦ حكم محكمة الاستئناف بالجزائر (1 ماي 1893) الذي تبنّى "أسباب" حكم المحكمة الابتدائيّة بتونس (13 ماي 1890) برمّتها، وهذه "الأسباب" قالت إنّ كلّ المذاهب الإسلاميّة تقبل السّقوط في مادّة الالتزامات، وهو في المذهب المالكي خمس عشرة سنة[1353].

« La prescription de quinze ans du droit musulman tunisien est applicable, à l'obligation résultant du contrat passé en Tunisie entre musulmans et suivant les formes voulues par la loi locale. ».

[1352] المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الثانية – رئاسة "بارج")، 27 جوان 1894، مجلّة محاكم تونس، 1894، ص 446 و447.

« … La prescription extinctive de quinze ans, admise par le droit tunisien pour les dettes personnelles et mobilières, est applicable aux obligations contractées en Tunisie par un indigène … ».

[1353] محكمة الاستئناف بالجزائر (الدائرة الأولى- رئاسة " زايس ")، 1 ماي 1893. وقد قالت إنها تتبنى " أسباب " حكم المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الأولى – رئاسة "بارج")، 13 جوان 1890. والقرار والحكم منشوران بمجلّة محاكم تونس، 1893، ص 382 وما بعدها. وسننقل – ورغم الطول - جزء من هذا الحكم لأنه صدر برئاسة "بارج"، ولأن محتواه زيادة على كونه صالح فيما نحن بصدده الآن، سيصلح أيضا في مرحلة لاحقة:

"فيما يخص السقوط – حيث أنه وفي القانون التونسي قُبل ودون نزاع كون الدعاوى المتعلقة بالمنقولات لا يمكن القيام بها بعد زمن معيّن يختلف باختلاف المذاهب وأنه وفق … مدرسة مالك خمس عشرة سنة…وحيث أنه وقع التمسك خطأ … بأن القانون الإسلامي لا يعترف بوجود التقادم المسقط في مادة الالتزامات. فإذا كان القرآن قد أعلن أن حق المسلم لا يبطل وإن قدُم (لم تقل المحكمة أين حصل هذا الإعلان من القرآن)، إلاّ أن فقهاء كل المذاهب وكل البلاد الإسلامية – وتحت تأثير الزمن، والظروف وتبدل الأفكار والعلاقات الاقتصادية بين الإسلام والمسيحية- سهلوا من صعوبة القانون الأصلي وذلك بواسطة تخريجات قانونية ملائمة دخلت فيما بعد في التقاليد. ويمكن أن نذكر عدة أمثلة … (منها) أنهم، وبكثير من الصنعة، تجنبوا الآثار الخطيرة لدوام الحقوق الشّخصية، وذلك بالقول، لا بأن هذه الحقوق تسقط بمرور الزمن لأن ذلك كان سيعارض النص المقدس، بل بأنها لا يمكن أن تثار أمام القضاء بعد زمن معيّن، وتكون لتلك الإثارة جدوى (طبعا هنا نجد الموقف الاستشراقي المعروف والذي مفاده أنّ النّص المقدّس قد يصبح غير متماش مع الزّمن وأنّ الفقهاء في هذه الصورة يعمدون إلى "الصّنعة" لتجاوزه. انظر ما سيأتي لاحقا حول تفصيل مسألة التّقادم في الفقه الاسلامي وذلك من أجل تقييم الموقف الاستشراقي في هذه النّقطة). وهكذا، ولأنهم ممنوعون من تقرير سقوط الحقوق، اكتفوا بتعطيل الدعوى المؤسسة على هذا الحق. وإن محاسن هذا الإجراء كانت بيّنة حتى أنه، وكما سبق القول، تمّ قبوله في كل مكان ومن قبل كل المدارس. وهذا الإجراء قبل دون نزاع وجرى به العمل دون استثناءات في تونس. ونجد له أثرا في فتوى… لمفتين أحناف… وفي فتوى لشيخ الإسلام… ثم إن المحاكم الفرنسية المقامة في تونس، وبعد أن تبيّنت وجود واستمرار العرف المتمثل في عدم قبول الدعاوى التي لم يقم بها طوال مدة معيّنة، كرّست ذلك العرف بواسطة قضاء مستقر"

« En ce qui concerne la prescription ;-Attendu qu'en droit tunisien il est admis, sans contestation aucune, que les actions mobilières ne peuvent être poursuivies

392. ويمكن القول إنّ ما سبق تعبير مباشر على أنّ نيّة صاحب الفصل 449 من المشروع المُرَاجع (ومن بعده نيّة صاحب الفصل 402 م.ا.ع) هي: أوّلاً وضع نصّ عامّ للسّقوط؛ ثانياً وضع نصّ عامّ لسقوط الدّعاوى النّاشئة عن التزام[1354]. كما يمكن القول إنّ الالتزام أريد منه أيضا ذاك الذي ينجرّ عن عقد.

رغم ما جاء للتّوّ، لا نزال بعيدين عن الأمر الذي يهمّنا. نعم وصلنا إلى أنّه أريد في فصل المشروع المُرَاجع (وفي فصل م.ا.ع) – وضمن ما أريد – الدّعوى النّاشئة عن التزام ناشئ بدوره عن عقد، لكنّنا لم نصل إلى أنّه أريد الدّعوى الناشئة عن التزام ناشئ عن عقد باطل مطلقا.

393. ♦ والواجب إذن أن نمرّ إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 449 (قلنا إنّ ما يقابله هو الفصل 402 م.ا.ع). وإنّ هذه ترسلنا إلى حاشية الفصل 431[1355] (يقابله الفصل 384 م.ا.ع)، وبالتّحديد إلى الجانبيّة منها[1356]. وهنا قُسِّم الحديث إلى قسمين: واحد للمالكيّة وآخر للحنفيّة:

---

utilement en justice après un certain laps de temps qui varie suivant les rites et qui, dans… l'école de Malek, est de quinze année…Attendu qu'à tort…il a été soutenu que le droit musulman ne reconnaît pas l'existence de la prescription extinctive en matière d'obligation ; Si le Coran a proclamé que « le droit d'un musulman ne saurait « devenir nul, lors même, qu'il serait ancien », les jurisconsultes de tous les rites et de tous les pays musulman ont, sous l'influence du temps, des circonstances, de la transformation des idées et des relations économiques qui se sont multipliées entre l'Islam et la chrétienté, adouci par des combinaisons juridiques appropriées, qui sont passées dans l'usage, la rigueur du droit primitif ; - on pourrait en citer de nombreux exemples ; - Ainsi… ils ont, avec beaucoup d'ingéniosité, éludé, les effets dangereux de la perpétuité des droits de créance en disant, non pas que ces droits s'éteindront par le laps de temps, ce qui eut été contraire à la loi sacrée, mais bien qu'ils ne pourraient être utilement produits en justice au bout d'un certain temps ; empêchés de décider l'extinction du droit, ils se sont bornés à paralyser l'action basée sur ce droit, et les bienfaits de cette mesure se sont manifestés d'une façon si éclatante qu'elle a, comme il a été dit, été acceptée partout et par toutes les écoles ; elle est admise sans conteste et d'une pratique sans exception en Tunisie ; on en trouve notamment la trace dans une consultation adressée… par les muftis hanafis…ainsi que dans une consultation du cheikh ul Islam … ».

[1354] قد يقال إن هذا قاله النص نفسه. لكن رغم ذلك هو ذو أهمية لأنه يقطع كل خلاف من شأنه أن يحدث حول معنى الصياغة العربية: "دعوى ناشئة عن تعمير الذمة".

[1355] قالت: "انظر الهامش بالفصل 431" « Voir note à l'art 431 ».

[1356] للفصل 431 حاشية تحتية أيضا فيها إشارة إلى القانون الرّوماني وإلى الفصل 2262 م.م.ف وإلى "أوبري" و"رو" وإلى "لوران" إلخ. لكن يرجح أنها ليست المحال عليها. والسّبب أن الحواشي الجانبية للمشروع المُرَاجع هي للفقه الإسلامي بالأساس، ولكنها ليست للقوانين أو للفقه الغربي. فإذا اعتبرنا الحاشية التحتية للفصل 431 محالا عليه، أدى ذلك لأن تصبح الحاشية الجانبية للفصل 449 محتوية على قانون وفقه

فأمّا القسم الأوّل فبدأ بحديث نُسِب إلى الرّسول ﷺ ومفاده أنّ حقّ المسلم لا يسقط[1357]. ثمّ قيل إنّ السّقوط دخل المذهب المالكي بالتّدريج وذلك على مستوى مسائل خاصّة[1358]. وقيل بعد ذلك إنّ السّقوط دخل على مستوى عموم المسائل، وهنا وُضعت ثلاثون سنة كأجل، ووضعت عشرون، والقضاء اليوم على خمس عشرة سنة. وأشير هنا إلى عدّة أحكام[1359]. بل إنّه أشير حتّى إلى الدّعاوى العينيّة وقيل إنّ أساس سقوطها التّنازل، وأجل سقوطها 10 سنوات[1360].

غربي، وهو ما لم نعتده من أصحاب المشروع على مستوى هذا النوع من الحواشي. وعلى كل يبدو أنه، وحتى إذا أخذنا بالاحتمال الضعيف وذهبنا أيضا إلى الحاشية التحتية لـ:431، فلن نخرج بشيء على مستوى ما نحن بصدده.

[1357] سبق التّعرّض إلى حديث " **لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم** " وإلى تعليله.

[1358] عشر سنوات للدعوى ضدّ ورثة المودع عنده - سنة لدعوى الفسخ من أجل الغبن - إلخ.

[1359] منها:

* حكم المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الثانية - رئاسة "بارج") 20 جويلية 1893، مجلّة محاكم تونس، 1896، ص 589 و590. و"بارج" اعترضنا سابقا تحت الفصل 449 (انظر عدد 390 من هذا العمل).

* حكم محكمة الوزارة (الدائرة المدنية الثانية – رئاسة عبد العزيز تاج) 25 فيفري 1896، مجلّة محاكم تونس، 1896، ص 325 والذي جاء فيه: "لا تقبل الدعوى القضائية المؤسسة على دين بعد خمس وعشرين سنة إذا لم يثبت الدائن أنه قطع الصمت وعمد إلى المطالبة أثناء هذا الوقت".

« L'action en justice fondée sur un titre de créance n'est pas recevable, lorsqu'elle existe depuis vingt-cinq ans et que néanmoins le créancier n'établit pas qu'il a rompu le silence et a réclamé dans cet intervalle de temps ».

* حكم محكمة الوزارة (الدائرة المدنية - رئاسة الشاذلي كبادي) 1 جويلية 1897، مجلّة محاكم تونس، 1897، ص640 والذي جاء فيه: "لا يمكن أن يمثل أساس دعوى قضائية سند الدين الذي سقط منذ خمس عشرة سنة والحال أنه لم يحصل أي تتبع قضائي لاستخلاصه".

« Ne peut servir de base à une action en justice un titre de créance échu depuis quinze années, alors qu'aucune poursuite judiciaire n'a été exercée pour parvenir à son recouvrement ».

* حكم محكمة الوزارة (الدائرة المدنية - رئاسة الشاذلي كبادي) 28 جوان 1897، مجلّة محاكم تونس، 1897، ص 664 والذي جاء فيه: "يجب أن يعد غير ذي قيمة وغير صالح كأساس لدعوى قضائية سند الدين الذي تجاوز تاريخه 22 سنة"

« doit être considéré comme sans valeur et impropre à servir de base à une action en justice un titre de créance dont la date dépasse vingt-deux ans ».

[1360] أشير على مستوى الأساس إلى كتاب: التواتي (محمد البشير) مجموع الإفادة في علم الشهادة (له طبعة باللغة العربية: تونس، المطبعة التونسية، سوق البلاط، ط 4، 1346 هـ)، ولكن الذي استعملته اللجنة هو المترجم إلى الفرنسية والمعلق عليه من قبل "جول أبربيات": تونس، المطبعة الفرنسية، بورال، 1896، ص 185.

ETTOUATI (Mohammed el bachir), Recueil de notion de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'actes notariés: judiciaires et extra judiciaires, Traduit et annoté par Jules ABRIBAT, Tunis, Imprimerie française B. BORREL, 1896, p. 185.

(وقد قلنا إن المستعمل من قبل اللجنة هو الكتاب المترجم لأنه أشير إلى ص185 والحال أن الكتاب في اللغة

وأمّا القسم الثّاني فقد قيل فيه إنّ: "المدرسة الحنفيّة تنطلق أيضا من مبدأ أنّ الحقّ لا يسقط بمرور الزّمن. لكنّ فقيها ... قال بسقوط عامّ مدّته ثلاث وثلاثون سنة مؤسَّس على قرينة تنازل. ثمّ انتهي بقبول سقوط بخمس عشرة سنة وضعته الأوامر السّلطانيّة ... وقد اعترف به ابن نجيم صراحة ... لأنّ «ولاية القاضي يمكن تحديدها في الزّمان والمادّة. فأمر السّلاطين بعدم سماع الدّعاوى بعد خمس عشرة سنة هو تحديد من هذا النّوع ويجب أن يطاع»، وهو سقوط للدّعوى، لكنّ الحقّ لا يسقط ..."[1361].

394. والحاصل بعد قراءة الحاشية الجانبيّة هو الحاصل قبلها. وفعلا لم تضف هذه القراءة شيئا لما تمّ الوصول إليه قبل إتيانها. وما تمّ الوصول إليه هو أنّه أريد من الفصل 449 من المشروع المُرَاجع (ومن ثمّ من الفصل 402 م.ا.ع)، وضمن ما أريد، سقوط الدّعاوى الناشئة عن التزام ناشئ عن عقد.

ولعلّه ينبغي بعد كلّ ما تقدّم أن نوجّه عملنا نحو منحى آخر:

العربية يصل إلى ما يزيد قليلا عن المائة صفحة).
وأشير على مستوى الأجل إلى ابن فرحون.

[1360] « L'école hanafite part aussi du principe « le droit ne peut s'éteindre par le laps du temps » … mais un jurisconsulte… admet une prescription générale de trente-trois ans fondée sur une présomption de renonciation. On finit par admettre une prescription de quinze ans, établis par les décrets des sultans…IBN NADJIM la reconnaît formellement… car « la juridiction du juge peut être limitée, quant au temps ou à la matière: l'ordre des sultans, de ne pas juger les affaires après quinze ans, est une limitation de ce genre, il doit être obéi ». c'est donc une extinction de l'action…mais le droit n'est pas éteint… »

وهذا الكلام لـ: "سانتيلاّنا" يذكرنا بالحكم الذي تعرضنا له سابقا والذي ترأسه "بارج".
وينبغي فيما يخص الأحناف الإشارة إلى ما جاء عند الزرقا (الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط 2 بقلم ابن المؤلف: مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، دار القلم، 2001 م، ص 147 - 148). ففي إطار حديث عن الظاهر والنص والمفسر والمحكم قال إنّ هذين لا يقبلان تأويلا. **" فلا يجوز الاجتهاد في مقابلة المفسر والمحكم فبطل القول...بسقوط الدين بمضي سنين بلا مطالبة".** وينسب الزرقا هذا الكلام لحنفيين هما صاحب الدر المختار وصاحب رد المحتار. وفعلا من يعود إلى الأوّل يجد ما يلي: " (الدر المختار ج 5، ص 400) ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح لأن الشّيء لا يقتضي بطلان نفسه وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم (نهر) إلا ما عري عن دليل مجمع أو خالف كتابا لم يختلف في تأويله السلف كمتروك تسمية أو سنة مشهور (الدر المختار ج، 5 ص 401) كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة المشهور أو إجماعا كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر وقيل ينفذ على الأصح ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعي لمخالفته للحديث المشهور البينة على من ادعى واليمين على من أنكر أو بقصاص بتعيين الولي واحدا من أهل المحلة بحصة نكاح المتعة أو الموقت أو بصحة بيع معتق البعض **أو بسقوط الدين بمضي سنين** أو بصحة طلاق الدور وبقاء النكاح كما مر في بابه وقضاء عبد وصبي مطلقا وقضاء كافر على مسلم أبدا ونحو ذلك كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة لا ينفذ في الكل وعد منها في الأشباه نيفا وأربع". (الحصكفي، الدرالمختار، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1386).

فنقول إنّ عبارة الفصل 449 من المشروع المُرَاجع (ومن ثمّ الفصل 402 من م.ا.ع) "دعوى ناشئة عن التزام"[1362] مطلقة (نقصد هنا بالتّحديد عبارة "التزام" لأنّها نكرة في سياق إثبات ومن ثمّ فهي مطلقة) إذ هي لدعوى ناشئة عن التزام موجود قانونا، ولدعوى ناشئة عن التزام غير موجود قانونا[1363]. والسّؤال أمام كلّ مطلق، هل يفيد الإطلاق؟

هنا – وكما رأينا – ثمّ موقفان:

فإمّا أن نقول إنّ المطلق يفيد الإطلاق ابتداءً، وإمّا أن نقول إنّه لا يفيده إلاّ بعد البحث عن القرينة المقيِّدة وعدم العثور عليها.

فإذا تبنّينا هذا الموقف قلنا إنّ مطلق الفصل 449 (ومن ثمّ 402) يفيد

[1362] قلنا سابقا إن عبارة "دعوى ناشئة عن تعمير الذمة" والتي نجدها بالصياغة العربية لـ: 402 م.ا.ع أريد بها دعوى ناشئة عن التزام.

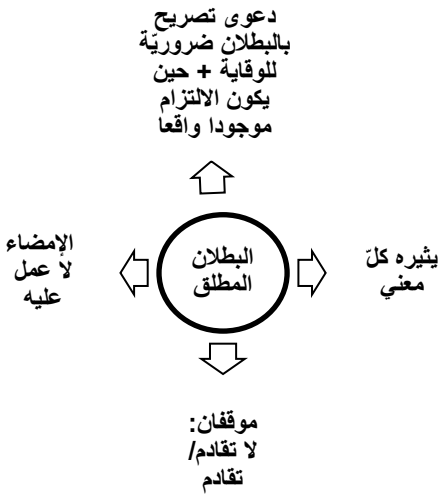
[1363] اعترضنا سابقا من يقول إنّ الالتزام غير الموجود قانونا قسمان:

* قسم يكون فيه الالتزام، وزيادة على ماسبق، غير موجود واقعا. وهنا لا حاجة للقضاء. إلاّ أن هذا لا يعني ألاّ حاجة للقضاء مطلقا إذ قد يقام أمامه بالدعوى على سبيل الوقاية ومن أجل قطع الطريق أمام دعاوى محتملة في التنفيذ.

* قسم يكون فيه الالتزام موجودا واقعا. وهنا يحتاج للقضاء.

وإنه وفي القسم الأوّل والثاني، وبسبب عدم وجود التزام قانونا، فإنه يقال إن الدعوى ليست حقا دعوى إبطال، لأن عدم الوجود قائم قبل تدخل القاضي. بعبارة أخرى لا ينشئ القاضي البطلان، لكنه يصرح به. فالأمر متعلق إذن، وهنا أيضا، بدعوى إبطال (بطلان مطلق). لكن، لأن ليس فيها إنشاء للبطلان بل مجرد تصريح، قيل إنها ليست حقا دعوى إبطال. (انظر عدد 349 من هذا العمل).

وينبغي أن نعيد هنا رسما سبق معنا من أجل إدخال هذا التّدقيق عليه:



الإطلاق. والسّبب أنّنا، وبعد كلّ ما سبق من بحث في نيّة المشرّع، لم نجد ما يصرف هذا المطلق إلى التّقييد[1364].

أمّا إذا تبنّينا ذاك الموقف فسنقول إنّ مطلق نصّ المشروع المُرَاجع (ومن ثمّ مطلق نصّ م.ا.ع) يفيد الإطلاق ابتداءً. ثمّ لو ألزمنا أنفسنا وبحثنا عن قرينة مقيِّدة (هذا ما حاولنا فعله في الصّفحات السّابقة)، فسنقول بعد هذا البحث إنّ ذاك المطلق يفيد الإطلاق (لكن هذه المرّة انتهاءً).

وهكذا تكون عبارة "دعوى ناشئة عن التزام"، وفي كلّ الحالات، مفيدة للأمرين معا: دعوى ناشئة عن التزام موجود قانونا، ودعوى ناشئة عن التزام غير موجود قانونا. والسّبب أنّنا، وبعد البحث، لم نجد ما يصرفها عن هذا المعنى الثّاني ويحصرها في المعنى الأوّل[1365].



395. وقد يتناول الفصل 449 (و من ثمّ الفصل 402) من زاوية أخرى وصلنا إليها بعدُ من خلال بحثنا في نيّة المشرّع. فلقد رأينا أنّ هذا النّصّ أريد منه – ضمن ما أريد – سقوط الدّعاوى النّاشئة عن التزام ناشئ عن "عقد".

[1364] قد يقال لعله ثمّ صارف إلى الخصوص لم تعثروا عليه، فعدم العلم بهذا المخصص لا ينبغي أن يجعل علما بعدمه تبنى عليه المواقف. والردّ على هذا القول يجب أن يكون بما جاء عند الغزالي وهو يتناول مسألة شبيهة يعترض عليها بمثل هذا الاعتراض. فلقد قال الإمام إن الباحث الذي لم يظهر له دليل مع شدة بحثه وعنايته يغلب على ظنّه انتفاء الدليل وينزل ذلك منزلة العلم بالعدم لأنه ظنّ استند إلى بحث واجتهاد وهو غاية الواجب على الباحث (إذن عدم العلم عند من بحث ينزل منزلة العلم بالعدم). لكن قد يقال إن كل شخص يستطيع أن يأتي ويقول لم أعلم بوجود مخصص ومن ثمّ ليس ثمّ مخصص. وجواب هذا الاعتراض موجود في ما سبق حين تحدثنا عن باحث وعن طلبه وشدة طلبه للدليل، ولكنّنا نريد أن نسمعه من الغزالي نفسه: " فإن قيل فيقدر كل عامّي أن ينفي مستندا إلى أنه لم يبلغه الدليل. قلنا هذا إنما يجوز للباحث المجتهد المطلع على مدارك الأدلة القادر على الاستقصاء كالذي يقدر على التردد في بيته لطلب متاع إذا فتش وبالغ أمكنه أن يقطع بنفي المتاع أو يدعي غلبة الظنّ، أمّا الأعمى الذي لا يعرف البيت ولا يبصر ما فيه فليس له أن يدعي نفي المتاع من البيت": الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 1، ص 220 و221. ولعله يمكن أن نعود إلى كل الصور التي تناولنا فيها مسألة العامّ والمطلق (انظر الهامش السابق) ونقول انه وحين يعثر على القصد فالعامّ والمطلق يفيدان ما قصد: إما العموم والإطلاق وإما الخصوص والتقييد (الفصل 532 م.ا.ع). أما حين لا يعثر على قصد المشرع منهما فإنهما يفيدان العموم والإطلاق (الفصل 533 م.ا.ع).

[1365] انظر رأيا مخالفا عند: الزين (محمد)، مرجع سابق، عدد 293.

وهذا الذي أريد هو بدوره مطلق لأنّه يشمل العقد الصّحيح والباطل نسبيّا والباطل مطلقا. والسّؤال هنا أيضا: هل هذا المطلق يفيد الإطلاق ؟

396. وقد نفكّر في مقيِّد (هذا المقيِّد يمكن أن نفكِّر فيه أيضا في إطار ما سبق: دعوى ناشئة عن التزام) يتمثّل في عدم وجود نصّ في المشروع المُرَاجع وفي م.ا.ع تعرّض إلى الدّفع بالبطلان المطلق وقال إنّه لا يسقط، وذلك خلافا للدّفع بالبطلان النّسبي الذي قال ذلك المشروع (الفصل 382) وقالت تلك المجلّة (الفصل 335[1366]) إنّه لا يسقط.

وقد يقال: لأنّ دعوى البطلان النّسبيّ تسقط، وأريد أن يكون الدّفع لا يسقط، وُضع نصّ لهذا الغرض. وقد يُضاف: لأنّ دعوى البطلان المطلق أريد ألاّ تسقط، لم توجد حاجة لوضع نصّ يقول إنّ الدّفع لا يسقط. فالمدّعى عليه في دعوى التّنفيذ يمكنه وفي كلّ وقت أن يدفع بالبطلان لأنّه يملك وفي كلّ وقت الدّعوى الأصليّة في البطلان. بعبارة أخرى: يعدّ عدم وجود نصّ يقول بعدم سقوط الدّفع بالبطلان المطلق حجّة على أنّه أريد عدم سقوط الدّعوى الأصليّة في البطلان المطلق. فلو قُرِّر أن تَقبل هذه الدّعوى السّقوط، لوُجدت الحاجة (كما في البطلان النّسبي) لوضع نصّ يقول إنّ الدّفع بالبطلان المطلق لا يسقط.

ويمكن أن يردّ على ما سبق (وبعد البحث في مراجع النّصّ الذي قال بعدم سقوط الدّفع[1367]) بالقول إنّه لم يُختلف في فرنسا حول عدم سقوط الدّفع بالبطلان المطلق. لكن، بالنّسبة إلى الدّفع بالبطلان النّسبي، وُجد الخلاف. وسبب هذا الخلاف أنّ الدّفع بالبطلان النّسبيّ في القانون الرّوماني كان لا يسقط[1368]. ثمّ جاء القانون الفرنسيّ القديم وبالتّحديد أمر "فرانسوا الأوّل" وقال

[1366] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة:"... بالفصل 330 والفصل 331... " بعبارة أخرى: "... بالفصول330 و331..."، لكن القانون لم يستبدل معنى بمعنى. والسّبب أنّ الفصل الثاني من قانون 2005 قال إنّ مضمون المجلة لم ينقح.

[1367] هذا النص هو الفصل 382 من المشروع المُرَاجع وتحته نجد ضمن ما نجد إشارة إلى: "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 137. في هذه الفقرة يرسلنا إلى غيرها، وإن ما سيأتي هو نتاج المرسل والمرسل إليه.

[1368] قرّر "بول" أن تكون دعوى البطلان من أجل التغرير مدتها سنة. كما قرر (بسبب كون دعوى التغرير فاضحة للمدّعى عليه) ألاّ تعطى إلاّ كوسيلة أخيرة وحين لا يملك المغرّر به غيرها. فإذا لم ينفذ العقد لا يعطى المغرّر به حق الدعوى (لا حاجة لفضح المغرّر لأن المغرّر به لم يتضرر). لكن ومقابل ذلك قرّر "بول" أن يعطي للمغرر به دفعا غير مؤقت لو وقعت مطالبته بالتنفيذ (هنا سعى المغرّر لأن يفضح نفسه). ومن هنا وجدت القاعدة التي مفادها أن الدفع لا يسقط (انظر إلى: "دومولومب"، مرجع سابق(باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 136).

إنّه يسقط[1369]. بعد ذلك جاءت م.م.ف وسكتت. ولقد اتّفق الكلّ على أنّ السّكوت عدم نسخ للقانون المعمول به قبل المجلّة. لكنّهم اختلفوا في تحديد هذا القانون: فقال البعض إنّه القانون القديم، ومن ثمّ فالدّفع بالبطلان النّسبي في ظِلّ م.م يسقط؛ وقال البعض الآخر إنّ أمر "فرانسوا الأوّل" لم ينطبق أبدا وإنّ القانون الرّوماني ظَلّ دوماً معمولا به، ومن ثمّ فالدّفع بالبطلان النّسبي في ظِلّ م.م لايسقط [1370]. كلّ ما سبق يرجّح التّفسير التّالي لمسألة عدم وجود نصّ في المشروع المُرَاجع يقول إنّ الدّفع بالبطلان المطلق لا يسقط، ووجود نصّ في هذا الغرض بالنّسبة إلى الدّفع بالبطلان النّسبي: فتلك المسألة لم يُختلف فيها، أمّا في هذه فنعم. لذا، وخشية من تواصل هذا الخلاف في تونس، جيئ بنصّ يحسم الأمر لفائدة أحد الموقفين. وعلى هذا لا يمكن اعتبار عدم وجود نصّ يقول بعدم سقوط الدّفع بالبطلان المطلق، حجّة على أنّه أريد عدم سقوط دعوى البطلان المطلق الأصليّة[1371]، أي لا يمكن عدّه قرينة تصرف إطلاق الفصل 449 من

[1369] نصّ الفصل 134 من أمر "فرانسوا الأوّل" المؤرخ في أوت 1539 على سقوط الدفع في صورة القاصرية (انظر إلى: "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، ص 17).

[1370] انظر إلى: "دومولومب"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ج 29، عدد 136 و137.

[1371] قدمت حجة على أن دعوى البطلان المطلق موجودة بالفصل 402 م.ا.ع (شرف الدين (محمد كمال)، التعليق السابق الذكر، ص 110) ومفادها أن هذا النص أشار إلى إمكانية وجود استثناءات "يمنع فيها المشرع تقادم بعض الدعاوى أصلا لا دفعا".

لكن يبدو أن الذي أريد في 402 م.ا.ع ومن قبله في 449 من المشروع المُرَاجع أمران:

أوّلهما يهم عبارته "عدا الاستثناءات التي ستجيء"[(وهنا نشير إلى أنه يجب أن نقول إن عبارة 402 في صياغته العربية: "عدى ما استثني بعد" أريد بها "عدا ما سيستثنى بعد هذا". انظر حول الاستثناء ما ورد سابقا) (صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة " عدى " الواردة بأوّل نسخة لـ: م.ا.ع بعبارة "عدا". ومعلوم أنّ قانون 2005 جاء بتغييرات شكلية إذ أنّ فصله الثاني قال إنّ مضمون المجلة لم ينقح. ملاحظة: النسخة الأصلية للفصل 402 قالت:"عدى"/قانون 2005 استبدلها بـ:"عدا"/ لو عملتَ على نسخ مثل نسخة 1993 ستجد:"عدا"، وعندها لن تجد فرقا بين الفصل 402 في نسخة 1993 والفصل 402 بعد صدور قانون 2005)]. وهنا سنجد الدعاوى الواردة بـ: 403 م.ا.ع وغيره وهي ناشئة عن التزام ولكن وضع لها أجل أقل من خمس عشرة سنة.

وثانيهما يهمّ عبارته: **"عدا ... ما قرّره القانون في صور مخصوصة".**

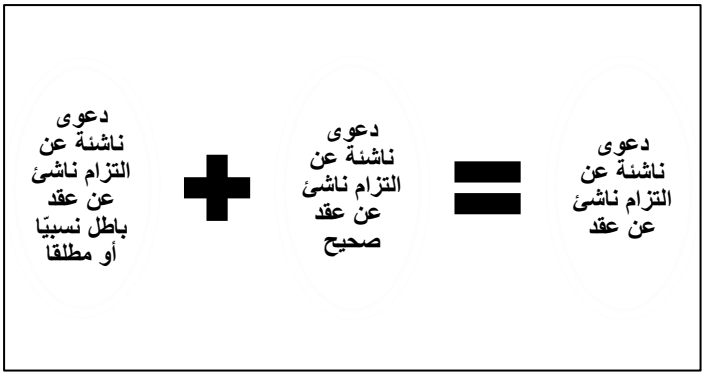
فحسب "دوبلا"، حين تستعمل م.ا.ع عبارة "هذا القانون" فهي تقصد نفسها. **أمّا حين تستعمل عبارة "القانون" دون أية إضافة فهي تقصد القانون الإسلامي**. ويبدو قول "دوبلا" وجيها لأنه وفي ذلك الوقت (وقت المشروع ووقت المجلّة) لم يكن هنالك إلاّ القانون الإسلامي ليحال عليه في مثل المسائل التي استعملت فيها تلك الإحالة ("دوبلا"، مرجع سابق، ج 1، ص 50: وقد أعطى هنا مثال الفصل 10 م.ا.ع وعبارته "في هذا القانون"، ثم أعطى في ص52 مثال الفصل 11 وعبارته "حكما" وقال إن المقصود بها "على مقتضى أحكام الفقه". ويمكن أن نضيف لو تبنينا رأيه: الفصل 15 و402 وغيرهما.).

وإنّ ما قرّره القانون الإسلامي سنورده لاحقا، والصّور المخصوصة هي: **الوقف والإرث ووجود عذر شرعي**.

فإذا قُبِل ما جاء للتّوّ من معنى لعبارة "القانون"، يكون الفصل 402 قد قال بعدم سقوط دعاوى الوقف والإرث ويكون خاصّة قد قال بعدم السّقوط ضدّ من له عذر؛ أي يكون قد قال خاصّة إنّ السّقوط يهمّ من ليس له عذر

المشروع المُرَاجَع (ومن ثمّ 402 إطلاق م.ا.ع) إلى الخصوص.

397. ويمكن القول استنادا إلى كلّ ما سبق إنّ مطلق هذا النّص وذاك (ولانتفاء القرينة المقيِّدة) أريد به الإطلاق: أي يمكن القول إنّ هذا النّصّ وذاك أريد به – في جانبه الذي تناولناه هنا – سقوط الدّعوى النّاشئة عن التزام ناشئ عن عقد صحيح أو باطل نسبيّا أو مطلقا[1372].



ولقد أمكن القول سابقا إنّ هذا النّصّ وذاك أريد به – وفي جانبه الذي تناولناه قبله – سقوط الدّعوى النّاشئة عن التزام موجود قانونا أو غير موجود قانونا.

في عدم القيام بالدّعوى.

[1372] علينا أن نشير إلى أن دعوى البطلان النسبي تسقط بمضيّ 15 سنة في الصور التي لا تسقط فيها بمضيّ أجل سنة. وعلى هذا يكون الفصل 334 مجرّد نقل لحكم موجود في الفصل 402. ولعلّ لوجود النص الأوّل فائدة قد لا تحصل لو اكتفي بـ:402. ولتبيّنها ينبغي إعطاء المثال التالي:

- عقد ابرم في 1 فيفري 2000 وتعلق به غلط
- سيكتشف الغلط في 1 جانفي 2015
- ستسقط دعوى البطلان النسبي في 1 جانفي 2016 (عندها سنتجاوز عتبة الخمس عشرة سنة على تاريخ إبرام العقد)، أم في 1 فيفري 2015 ؟

لقد حصل اختلاف في فرنسا، فقيل إنّ الخاصّ مقدّم (أي في مثالنا ستسقط الدعوى في 1 جانفي 2016)، ولكن قيل أيضا إن وضع الأجل القصير لدعوى البطلان النسبي لم يرد منه سحبها من الأجل الطويل (وهذا هو رأي "أوبري" و"رو" مثلا ونجده بالعدد 339 وهو مكان مشار إليه تحت الفصل 378 من المشروع المُرَاجع (يقابله 331 م.ا.ع)، ولكن "ڤودمي" وفي المرجع المستعمل سابقا وبـ: ص6 و7 حمل على هذا الرأي). ويبدو أن وضع 334 (ومن قبله 381 من المشروع المُرَاجَع وإن كنا لا نجد تحته هو "أوبري" و"رو" وهما يقولان بموقفهما المذكور منذ قليل والموجود تحت 378) قد جاء لينبه على أنه وقع تبني الموقف الثاني، وقد تكون الحجة على هذا عبارته: "على كلّ حال".

وكلّ هذا يصبّ في اتّجاه القول إنّ الفصل 449 من المشروع المُرَاجع (والفصل 402 م.ا.ع) أريد به (من ضمن ما أريد) سقوط دعوى البطلان المطلق بمضيّ أجل خمس عشرة سنة.

هذا الأجل الطّويل قد نجده أثرا حتّى لمرتبة الفسخ[1373].

(ب) عرض عين الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بالزّمن

398. يكفي هنا، للعمل الذي نقوم به، أن نورد محتوى الفصل 672 م.ا.ع الذي يقول: أوّلا إنّ الأجل هو ثلاثمائة وخمسة وستّون يوما بالنّسبة إلى العقّارات، وثلاثون يوما بالنّسبة إلى المنقولات والحيوان؛ وثانيا إنّ الأجل يُحتسب من وقت التّسليم[1374].

هذا الموقف، بالإضافة إلى سابقه، يمكّن من المرور إلى مرحلة التّقييم.

القسم الثّاني: تقييم الحكم

سنحاول هنا تقييم حكم م.ا.ع المتمثّل في أثر مرتبة البطلان (§1) وفي أثر مرتبة الفسخ (§2) المتعلّقين بالزّمن.

§1 تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن

399. إنّ تقييم حكم م.ا.ع يستدعي – بالنّظر إلى العمل الذي نقوم به – التّعرض إلى الفقه الإسلامي. لذا سنبدأ بهذا التّعرّض لأنّه ضروريّ للإتيان بذلك التّقييم:

400. ◄ وسنحاول أن ننظر في الفقه إلى ثلاثة مسائل: قبوله مبدأ السّقوط، وتطبيقه لمبدإ السّقوط على المادّة التي نعمل عليها[1375]، وشروط هذا السّقوط:

[1373] مثال ذلك أن يبرم العقد في 1 فيفري 2000 ويهمّ عقارا، ويحصل التسليم في 1 جانفي 2015، فهنا سنجد أنفسنا أمام نفس المشكل الوارد أعلاه (ربما نقيس الحلّ هنا على 334).

[1374] مع شرط إعلام البائع المنصوص عليه بالفصل 652. فمشتري منقول عيبه لا يخفى عند التقليب ولم يوجد مانع عاقه عن ذلك التقليب مطالب بإعلام البائع حالا وإلاّ عدّ سكوته سبعة أيام من يوم التسليم رضا بالعيب. فإذا أعلم البائع فله أجل ثلاثون يوما من تاريخ التسليم للقيام أمام المحكمة على أساس العيب.
وعلينا أن نضيف أن 672 قال إن الأجل يمكن أن يزاد فيه أو ينقص منه من قبل الأطراف، كما قال إن الفصول 384 و385 و386 و387 و388 و389 و390 منطبقة على سقوط القيام بالعيب.

[1375] سننظر إلى العقد الباطل وإلى العقد غير اللازم، فأمّا الأوّل فلأن فيه صورة النوع وغيرها، وأمّا الثاني

401. ♦ والمسألة الأولى تناولها (وهذا سبق معنا[1376]) أصحاب المشروع المُرَاجع. وينبغي أن نضيف إلى ما جاء عندهم تفصيلا حول أسس قبول المبدأ المذكور:

402. ومن الأسس يمكن أن نأتي بالحديث الشّريف "الشّفعة كحلّ العقال"[1377]. فهو "يصلح أساسا لفكرة التّقادم (مرور الزّمان) وتحديد المدّة للمطالبة ببعض الحقوق ولاستعمال بعض الخيارات العقديّة كخيار الرّؤية والعيب ..."[1378].

كما يمكن أن نؤسّس فكرة السّقوط على الاستصلاح[1379]، فيمنع "القضاة

فلأن فيه مادة العيوب.

[1376] انظر عدد 390 وما بعده وخاصة 392 من هذا العمل.

[1377] "ومعنى الحديث أن الأخذ بالشفعة يجب فيه على الشريك الشفيع سرعة الطلب فور علمه بالبيع كسرعة الإنسان في حل عقال البعير بجذب رأس عقدته، وهي في العادة عقدة أنشوطة تحلّ بجذب طرف الحبل المعقود...وهذا الحديث لم يبلغ سنده رتبة الصحة، فقد رواه ابن ماجة (2500)، والبيهقي (108/6) من حديث ابن عمر. وقال الحافظ بن حجر في "التلخيص" (56/3) بعد أن عزاه لابن ماجة والبزار: "إسناده ضعيف جدا. وقال ابن حبان: لا أصل له. وقال البيهقي ليس بثابت". وقد احتج به الفقهاء على لزوم تحديد مدة قصيرة لطلب الأخذ بالشفعة كيلا يتضرر المشتري من الشريك بطول الانتظار". (الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 1، ص 170).

[1378] الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 1، ص 171.

[1379] "الاستصلاح هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة. والمصالح المرسلة هي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو بنوعها... فإذا كانت المصلحة قد جاء بها نص خاص بعينها...كتعليم القراءة والكتابة، أو كانت ممّا جاء نص عامّ في نوعها... كالأمر بكل أنواع المعروف... فعندئذ تكون من المصالح المنصوص عليها... لا من المصالح المرسلة، ويعتبر حكمها ثابتا بذلك النص لا بقاعدة الاستصلاح... وعلى هذا نرى أن علماء الفقه الإسلامي قسموا الأعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي...إلى ثلاثة أقسام: الأوّل: الضروريات. وهي الأعمال والتصرفات التي تتوقف عليها صيانة الأركان الخمسة (الدّين والنفس والعقل والنسل والمال)... لذا... وجب الأكل... كما نظمت أحكام المعاملات لصيانة الحقوق والأموال... والثاني: الحاجيات وهي الأعمال... التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الأركان الخمسة، ولكنها تتطلبها الحاجة لأجل التوسعة ورفع الحرج...كتشريع عقد الاستئجار... الثالث التكميليات...وهي التي لا تتحرج الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق...كآداب الكلام... ومن المقرر أن المصالح التي يعتبرها الشرع ويرعاها لا عبرة لكونها موافقة لأهواء المكلفين...أو مخالفة، وإنما هي ما يقيم شأن الدنيا على أن تكون جسرا للآخرة فتبنى حياة صالحة... (و)العوامل الداعية إلى الاستصلاح...جلب المصالح...كفرض الضرائب... (و)درء المفاسد... (و)سدّ الذرائع (منع التعسف في استعمال الحق – إذا كان البائع عالما بعيب المبيع وكتمه عن المشتري عند العقد فإن شرط البراءة لا يعفيه من هذا الضمان كيلا يتخذ مبدأ احترام الشروط ذريعة للغش)... (و)تغير الأزمان... (و)النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص... فالاستصلاح أعمّ، والاستحسان أخصّ. فكل استحسان هو وجه من الاستصلاح خولف فيه القياس، وليس كل ما بني من الأحكام على قاعدة المصالح المرسلة يعدّ استحسانا... (و)أنواع الأحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة (عديدة منها)... **الأحكام التي تتعلق بالنظام القضائي (وهنا نجد التقادم)**... **(وإذا تعارضت المصالح مع نص شرعي عام)...فالاجتهاد المالكي...من المقرر فيه أن المصلحة تخصص النصوص غير القطعية – ومنها النصوص العامة جميعا في نظر المالكية - عند التعارض**". الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 1، من ص 100 إلى ص 131.

من سماع الدّعاوى بحقّ قديم أهمل صاحبه الادّعاء به زمنا طويلا معيّنا بلا عذر، وذلك للشّك عندئذ في أصل الحقّ وفي إثباته بعد التّقادم، ولتخليص القضاء من الارتباك في النّبش في الوقائع القديمة، ولحمل النّاس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها. وهذا التّدبير القضائيّ هو المعروف بقضيّة التّقادم، أو مسالة مرور الزّمان التي أقرّها متأخّرو الفقهاء وصدرت بها الأوامر السّلطانيّة في العهد العثماني"[1380]. "والاجتهاد الإسلامي قد أقرّ لوليّ الأمر العامّ من خليفة أو سواه أن يحدّ من شمول بعض الأحكام الشّرعيّة وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزّمنيّة ذلك، فيصبح هو الرّاجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرّح فقهاؤنا، وفقا لقاعدة المصالح المرسلة ... ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أنّ السّلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنّصوص القطعيّة في الشّريعة) كان أمره واجب الاحترام والتّنفيذ شرعا ..."[1381].

- انظر أيضا: شحاتة (شفيق)، الإنصاف كمصدر في القانون الحنفي (المقال باللغة الفرنسية)، دراسات إسلامية XXV، 25 - 27، 1966 -1967، ص 123.
CHEHATA (chafik), L'équité en tant que source du droit hanéfite, Studia islamica XXV, 25-27, 1966-1967, p. 123.
- قارن مع المقدمة التي جاءت مع المشروع المُرَاجع، انظر المراجع المستعملة فيها (انظر ص5 وما بعدها).
- وانظر مقدّمة هذا العمل.

[1380] الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج1، ص116.

[1381] الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 1، ص 215. انظر أيضا موسوعة الفقه الإسلامي المعروفة بموسوعة جمال عبد الناصر، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1391 هـ، ج 8، ص 280: **"جاء في الدر المختار ... (ج 4، ص 356) في فقه الحنفية: القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ... قلت فلا تسمع بعدها إلاّ بأمر إلاّ في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي وبه أفتى المفتي أبو السعود. وجاء في تعليق ابن عابدين في حاشيته رد المحتار على الدر المختار على ذلك ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماع الدعوى بعد النهي المذكور... ثم قال إن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو لنهي السلطان عن سماعها فيكون القاضي معزولا عن سماعها لأن القضاء يتخصص. وسبب النهي قطع الحيل والتزوير فلا ينافي ما في الأشباه من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان. ولذا قالوا إنه يجب على السلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها لئلاّ يضيع حق المدّعي..."**.
انظر أيضا: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلّته، دمشق، دار الفكر، ط 8 (إعادة في 2005)، ج 4، ص 3268 و3269: "لا يعتبر التقادم...في الشريعة الإسلامية سببا صحيحا من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها **ديانة** إذ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ولأنّ الحقّ أبدي لا يزول إلا بمسوّغ شرعي مقبول. وإنّما التقادم **مانع فقط للقاضي** من سماع الدعوى بالحق القديم الذي أهمل صاحبه الادعاء به زمنا طويلا معيّنا **بلا عذر**. وذلك للشك في أصل الحق وفي إثباته بعد هذه المدّة الطويلة، وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقيّة، وتجنّبا لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه؛ لأنّ القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمان وتقادم العهد. إلا أنّ القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة، ويقبل التعليق بالشرط. وبناء عليه يصح للدولة منع القاضي من سماع دعوى على

403. على هذا - وعلى تقدير وجود نصّ يمنع السّقوط – فبالإمكان القول بالسّقوط على أساس الاستصلاح: فإمّا أن يُقال إنّ النّصّ المانع عامّ والعامّ غير قطعيّ الدّلالة، ومن ثمّ لو قامت المصلحة على القول بالتّقادم، فهذه المصلحة تخصّص ذلك العامّ؛ وإمّا أن يقال إنّ الذي يسقط هو الدّعوى لا الحقّ[1382] وإنّ التّقادم "مانع من سماع الدّعوى بالحقّ الذي مرّ عليه الزّمن المعيّن تدبيرا تنظيميّا للقضاء، واجتنابا لعراقيل الإثبات ومشكلاته بعد التّقادم، وللشّك في الحقّ الذي تقادم عليه الزّمن دون مطالبة به. أمّا أصل الحقّ، إن كان، فباق في ذمّة الإنسان لصاحبه، ويجب وفاؤه في حكم الدّيانة"[1383]. وأكثر

شخص مضى على وضع يده خمس عشر سنة مثلا، فيعتبر قضاؤه بعدئذ غير نافذ. **ويمكن تسويغ ذلك بنظرية المصالح المرسلة** ... وهذا المعنى هو أساس الأخذ بفكرة التقادم قانونا، فإنّ القانونيين قالوا: إنّ التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عامّ ... ذكر الفقهاء أنّ التقادم يسري على الحقوق الخاصة، ومدّته العاديّة خمس عشرة سنة...وأمّا الأموال العامّة فلا تسمع فيها الدعوى بعد مضي (33) سنة في الوقف والإرث، وبعد (36) سنة في أموال بيت المال، وبعد عشر سنوات في الأراضي الأميريّة. وأمّا المجلّة (العثمانية) فأخذت في المادّة 1662 بمدّة (15) سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي (36) سنة، والأراضي الأميرية فهي عشر سنين...كما نصّت المادّة (379) على حالات وقف التقادم بقولها: 1- لا يسري التقادم **كلّما وجد مانع** يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقّه، ولو كان المانع أدبيّا ...".

وانظر: ابن عابدين، رد المحتار (مرجع سابق)، ج 4، ص 343.

قرّب من ص 8 من المقدمة التي وضعت للمشروع المُراجع، والمراجع المستعملة فيها.

[1382] "موران" (مارسال)، دراسات في القانون الإسلامي (باللغة الفرنسية)، الجزائر، مطبعة "أدولف جوردان"، مكتبة الجامعة، 1910، ص 364.

MORAND (Marcel), Etudes de droit musulman, Alger, Adolphe Jourdan imprimeur, librairie de l'université, 1910, p364.

انظر أيضا موسوعة الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ج 8، ص 279 – وانظر حول عدم سقوط حق الملك ص 285.

[1383] الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل... مرجع سابق، ج 1، ص 336 (قارن قوله مع ما جاء عند "كربونيي" بالهامش 1244).

انظر أيضا الموسوعة الفقهية الإسلامية: مرجع سابق، ج8 ، ص 279: "ويكاد الفقهاء يتفقون على أن التقادم لا يسقط نفس الحق المالي ولا يؤثر فيه ديانة أي فيما بين العبد وربه."

وانظر كذلك درر الحكام شرح مجلة الأحكام (في إطار المادّة 1674 من المجلّة العثمانية): التي تقول: " لَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بِتَقَادُمِ الزَّمَنِ بِنَاءً عَلَيْهِ إذَا أَقَرَّ وَاعْتَرَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ صَرَاحَةً فِي حُضُورِ الْقَاضِي بِأَنَّ لِلْمُدَّعِي عِنْدَهُ حَقًّا فِي الْحَالِ فِي دَعْوَى وُجِدَ فِيهَا مُرُورُ الزَّمَنِ بِالْوَجْهِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْمُدَّعِي فَلَا يُعْتَبَرُ مُرُورُ الزَّمَنِ وَيُحْكَمُ وَبِمُوجَبِ إقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَأَمَّا إذَا لَمْ يُقِرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي حُضُورِ الْقَاضِي وَادَّعَى الْمُدَّعِي بِكَوْنِهِ أَقَرَّ فِي مَحَلٍّ آخَرَ فَكَمَا لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ الْأَصْلِيَّةُ كَذَلِكَ لَا تُسْمَعُ دَعْوَى الْإِقْرَارِ وَلَكِنَّ الْإِقْرَارَ الَّذِي ادُّعِيَ أَنَّهُ كَانَ قَدْ رُبِطَ بِسَنَدٍ حَاوٍ لِخَطِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمَعْرُوفِ سَابِقًا أَوْ خَتْمِهِ وَلَمْ يُوجَدْ مُرُورُ الزَّمَنِ مِنْ تَارِيخِ السَّنَدِ إلَى وَقْتِ الدَّعْوَى تُسْمَعُ دَعْوَى الْإِقْرَارِ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ لَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بِتَقَادُمِ الزَّمَنِ وَلَوْ تَقَادَمَ الزَّمَنُ أَحْقَابًا كَثِيرَةً وَأَنَّ عَدَمَ اسْتِمَاعِ الدَّعْوَى بِمُرُورِ الزَّمَنِ الْمُبَيِّنِ آنِفًا مَبْنِيٌّ عَلَى الْأَمْرِ السُّلْطَانِيِّ بِسَبَبِ امْتِنَاعِ الْحُكَّامِ عَنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى خَوْفَ وُقُوعِ التَّزْوِيرِ لِقَطْعِ الْحِيَلِ وَالتَّزْوِيرِ وَالْأَطْمَاعِ الْفَاسِدَةِ الْفَاشِيَةِ بَيْنَ النَّاسِ أَنْظُرْ شَرْحَ عِنْوَانِ الْبَابِ الثَّانِي فَلِذَلِكَ لَوْ أَقَامَ أَحَدٌ الدَّعْوَى بِمَطْلُوبِهِ الَّذِي هُوَ عَلَى آخَرَ بَعْدَ مُرُورِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً وَرَدَّ الْقَاضِي الدَّعْوَى بِسَبَبِ مُرُورِ الزَّمَنِ فَيَبْقَى الْمَدِينُ مَدِينًا دِيَانَةً وَلَا يَخْلُصُ مِنْ حَقِّ غُرَمَائِهِ مَا لَمْ يُؤَدِّ دَيْنَهُ أَوْ يُرْضِ مَدِينَهُ فَلِذَلِكَ إذَا أَقَرَّ وَاعْتَرَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ صَرَاحَةً فِي حُضُورِ الْقَاضِي بِأَنَّ لِلْمُدَّعِي عِنْدَهُ حَقًّا فِي الْحَالِ فِي دَعْوَى وُجِدَ فِيهَا مُرُورُ الزَّمَنِ بِالْوَجْهِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْمُدَّعِي فَلَا يُعْتَبَرُ مُرُورُ الزَّمَنِ وَيُحْكَمُ بِمُوجَبِ إقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَالْإِقْرَارُ إمَّا أَنْ

من هذا "وبما أنّه لا يسقط الحقّ بمرور الزّمن فلا يكفي أن يكون جواب المدّعى عليه على دعوى المدّعي بقوله: إنّ في الدّعوى مرور زمن. أمّا لو أجاب المدّعى عليه على دعوى الدّيْن بأنّني لست مدينا، وفي دعوى العين إنّ هذه العين لي، وأضاف إلى ذلك الادّعاء بمرور الزمن فيصحّ دفعه"[1384].

والمقتطف السّابق فيه حديث عن الدّيْن والعين. وهو ينبّه إلى أنّ "التّشريع الإسلامي لا يقبل التّقادم المكسب، وإلى أنّه يقول بالتّقادم المسقط للدّعاوى العينيّة والشّخصيّة"[1385]. كما أنّ فيه حديثا عن وجوب إثارة السّقوط،

يَكُونَ شِفَاهِيًّا وَقَدْ بُيِّنَ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْإِقْرَارِ بِأَنَّ إِمْضَاءَ أَوْ خَتْمَ السَّنَدِ الْمُبْرَزِ هُوَ إِمْضَاؤُهُ أَوْ خَتْمُهُ وَيُقَالُ لِهَذَا الْإِقْرَارُ بِالْكِتَابَةِ مَثَلًا إِذَا ادَّعَى أَحَدٌ دَيْنًا مِنْ آخَرَ مَرَّ عَلَيْهِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً اسْتِنَادًا عَلَى سَنَدٍ مُعَنْوَنٍ وَمَرْسُومٍ فَأَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْإِمْضَاءَ وَالْخَتْمَ الَّذِي فِي السَّنَدِ وَادَّعَى وُجُودَ مُرُورِ الزَّمَنِ فِي الدَّعْوَى فَيَلْزَمُهُ كَمَا بُيِّنَ فِي المادّة 1610 أَنْ يُؤَدِّيَ الْمَبْلَغَ الَّذِي يَحْتَوِيهِ السَّنَدُ الْخَانِيَّةُ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى وَبِمَا أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بِمُرُورِ الزَّمَنِ فَلَا يَكْفِي أَنْ يَكُونَ جَوَابُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى دَعْوَى الْمُدَّعِي بِقَوْلِهِ إِنَّ فِي الدَّعْوَى مُرُورَ زَمَنٍ أَمَّا لَوْ أَجَابَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى دَعْوَى الدَّيْنِ بِأَنَّنِي لَسْت مَدِينًا وَفِي دَعْوَى الْعَيْنِ إِنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ لِي وَأَضَافَ إِلَى ذَلِكَ الِادِّعَاءِ بِمُرُورِ الزَّمَنِ فَيَصِحُّ دَفْعُهُ".

[1384] حيدر (علي)، درر الحكام... مرجع سابق، ج 4، ص 319.

[1385] "موران" (مارسال)، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 363.

« La législation musulmane, en effet, n'admet pas la prescription acquisitive ; elle s'en tient à la prescription extinctive des actions, tant réelles que personnelle ».

انظره أيضا في ص 368. لكنه يقول في ص 365 إنه قد يفهم من فقيه مالكي (الخرشي) أن الزمن يجعل الحائز مالكا. وإن كانت المالكية لا تقبل بذلك (ص 366).

وانظر الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل ... مرجع سابق، ج 1، ص 335 حيث يقول: "فالفقه الإسلامي قد قبل قاعدة التقادم. لا على أنه سبب مكسب للملكية، بل على أنه مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مرّ عليه الزمن." ويقول لنا في الحاشية إن التقادم: " هو انقضاء زمن معيّن (كخمسة عشر عاما أو أكثر أو أقلّ) على حق في ذمة إنسان، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على المطالبة. فهذا التقادم: إمّا أن يعتبر مانعا لسماع الدعوى بالحق أمام المحاكم، مع اعتبار الملكية أو الحق في الواقع باقيين على حالهما السابق، وهذا هو التقادم المانع، لأنه منع الدعوى، وإمّا أن يعتبر سببا لملكية صاحب اليد وانقطاع صاحب الحق المهمل بتاتا، وهذا هو التقادم المكسب، لأنه أكسب الإنسان ملكية في شيء هو في الأصل لغيره".

وانظر أيضا: موسوعة الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ج 8، ص 284 و285 حيث وقع التكلم عن الحديث الشريف: "من حاز شيئا عشر سنين فهو له"، وقيل إن المعنى عند أهل العلم في قوله ﷺ: هو له – أن الحكم يوجبه له بدعوا ه-"، ثم وقع التكلم عن حيازة الأجنبي غير الشريك وهي أقوى الحيازات، وعن شروطها، وقيل إن تقدير مدة الحيازة بعشر سنين هو قول الأكثر، ثم ختم بالقول: "والمراد بعدم سماع الدعوى عدم العمل بها فلا يترتب عليها أثرها من توجه اليمين على المدّعى عليه – و ليس المراد أنها لا تسمع ابتداء إذ قد يقر المدّعى عليه بملكية المدّعي لتعود عليه الدعوى، والملك نفسه لا يبطل بالحيازة لقوله عليه السلام لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم".

ملاحظة: حديث "لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم" وجدناه أيضا مذكورا عند:

الدسوقي (محمّد عرفة)، حاشية الدسوقي، تحقيق محمّد عليش، بيروت، دار الفكر، ج 4، ص 237.

الصّاوي (أحمد)، بلغة السّالك، ضبطه وصحّحه محمّد عبد السّلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1415 هـ/1995 م، ج 4، ص 159.

عليش (محمّد)، منح الجليل، بيروت، دار الفكر،1419 هـ/1998 م، ج 8، ص 574 و579.

ممّا يجعله أمرا إجرائيّا[1386]، بل موغلا في "الإجرائيّة" لأنّ المتمسّك به يجب أن يضيف بأنّه ليس مدينا أو أنّه هو صاحب العين.

404. ◙ ♦ فإذا مررنا الآن إلى المسألة الثّانية، وبدأنا بالعقد الباطل، وجدنا أنّه لا يرد عليه التّقادم[1387]. وتفصيل ذلك أنّه إذا "كان البيع الباطل قد تمّ تنفيذه بالتّقابض، ومضت مدّة التّقادم، ثمّ رفع البائع الدّعوى بعد خمسة عشر

المغربي (محمّد بن عبد الرّحمان)، مواهب الجليل، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1398 هـ، ج 5، ص 46 و 47 ؛ ج 6، ص 224 و229 و230. ويبدو أنّ من المهمّ أن نورد ما جاء في هذا المرجع في ج 6 في ص 229 و230: **"وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَإِنْ قَدُمَ مُعَلَّلٌ بِوُجُودِ الْأَسْبَابِ الْمَانِعَةِ مِنْ الطَّلَبِ بِالْغَيْبَةِ الْبَعِيدَةِ وَعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى الطَّلَبِ مَعَ الْحُضُورِ حَتَّى إذَا ارْتَفَعَتْ هَذِهِ الْأَسْبَابُ مِنْ الطَّلَبِ كَانَ طُولُ الْمُدَّةِ مَعَ السُّكُوتِ وَالْحُضُورِ دَلَالَةً يَقْوَى بِهَا سَبَبُ الْمَطْلُوبِ** بِدَلِيلِ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَنْ حَازَ شَيْئًا عَلَى خَصْمِهِ عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ } فَأَطْلَقَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ذِكْرَ الْحِيَازَةِ فَهُوَ عَامٌ فِي كُلِّ مَا يُحَازُ مِنْ رَبْعٍ وَمَالٍ مُعَيَّنٍ وَغَيْرِهِ وَمَنْ اجْتَهَدَ فَحَدَّ فِي الرِّبَاعِ الْعَشْرَ سِنِينَ وَحَدَّ فِي الدَّيْنِ الْعِشْرِينَ وَالثَّلَاثِينَ رَأَى أَنَّ ذَلِكَ رَاجِعٌ إلَى حَالِ الطَّالِبِ مَعَ الْمَطْلُوبِ فَمَنْ غَلَبَ عَلَى حَالِهِ كَثْرَةُ الْمُشَاحَّةِ وَأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَسْكُتَ عَنْ خَصْمِهِ عَشْرَ سِنِينَ جَعَلَهَا حَدًّا قَاطِعًا وَمَنْ جَعَلَهَا عِشْرِينَ سَنَةً أَوْ ثَلَاثِينَ أَيْ أَنَّهَا أَقْصَى مَا يُمْكِنُ السُّكُوتُ فِي بَيْعِ الْمُتَحَمَّلِ فَجَعَلَهُمَا حَدًّا قَاطِعًا لِأَعْذَارِ الطَّالِبِينَ لِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْ الْحَالِ أَنَّهُ قَضَاءٌ وَقَدْ قَضَى بِتَغْلِيبِ الْأَحْوَالِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِيمَنْ لَهُ شَيْءٌ تَرَكَ غَيْرَهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ وَيَفْعَلُ فِيهِ مَا يَفْعَلُ الْمَالِكُ الدَّهْرَ الطَّوِيلَ فَإِنَّ ذَلِكَ مِمَّا يُسْقِطُ الْمِلْكَ وَيَمْنَعُ الطَّالِبَ مِنْ الطَّلَبِ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ وَإِذَا كَانَ طُولُ الْمُدَّةِ مَعَ حُضُورِ الطَّالِبِ وَسُكُوتِهِ مَانِعًا لَهُ مِنْ الطَّلَبِ فَالطَّلَبُ مَمْنُوعٌ فِي سَائِرِ الْمَطَالِبِ دُونَ وَثَائِقَ وَأَحْكَامٍ وَرِبَاعٍ بِدَلِيلِ أَنَّ السُّكُوتَ فِي ذَلِكَ يُعَدُّ كَالْإِقْرَارِ الْمَنْطُوقِ بِهِ مِنْ الطَّالِبِ لِلْمَطْلُوبِ بِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ عَلَيْهِ وَلَا تِبَاعَةَ وَلَا طَلَبَ (قُلْت) هَذَا الْجَوَابُ يَقْتَضِي أَنَّ مَا بَعْدَ الثَّلَاثِينَ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ وَإِذَا أَجْرَاهُ عَلَى مَسَائِلِ الْحِيَازَةِ فَفِيهَا قَرِيبُ الْقَرَابَةِ وَالْبَعِيدُ وَالْمُتَوَسِّطُ وَالْمُقَاطِعُ لِقَرِيبِهِ وَالْمُوَاصِلُ لَهُ فَيَجْرِي عَلَيْهَا وَفِي بَعْضِهَا مَا يَبْلُغُ الْخَمْسِينَ وَأَكْثَرَ مَعَ أَنِّي أَحْفَظُ لِابْنِ رُشْدٍ فِي شَرْحِهِ أَنَّهُ إذَا تَقَرَّرَ الدَّيْنُ وَثَبَتَ لَا يَبْطُلُ وَإِنْ طَالَ لِعُمُومِ الْحَدِيثِ الْمُتَقَدِّمِ وَاخْتَارَهُ التُّونُسِيُّ إذَا كَانَ ذَلِكَ بِوَثِيقَةٍ مَكْتُوبَةٍ وَهِيَ فِي يَدِ الطَّالِبِ وَالطَّلَبُ بِسَبَبِهَا لِأَنَّ بَقَاءَهَا بِيَدِ رَبِّهَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ دِينَهُ إذْ الْعَادَةُ إذَا قَبَضَ دَيْنَهُ أَخَذَ عَقْدَهُ أَوْ مَزَّقَهُ بِخِلَافِ إذَا كَانَتْ الدُّيُونُ بِغَيْرِ عُقُودٍ وَلَوْ وُجِدَتْ بِغَيْرِ الْمَطْلُوبِ وَإِلَّا فَفِيهَا قَوْلَانِ حَكَاهُمَا ابْنُ رُشْدٍ وَخَرَّجَهُمَا عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الرَّهْنِ إذَا وُجِدَ بِيَدِ الرَّاهِنِ هَلْ هُوَ إبْرَاءٌ لَهُ أَمْ لَا ؟ لِجَوَازِ وُقُوعِهِ وَسُقُوطِهِ أَوْ التَّسَوُّرِ عَلَيْهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَقِيَاسُهُ عَلَى بَابِ الْحِيَازَةِ فِيهِ نَظَرٌ لِمَا أَصَّلَ ابْنُ رُشْدٍ أَنَّ تَرْجِيحَ الْحِيَازَةِ إنَّمَا هُوَ فِيمَا جُهِلَ أَصْلُهُ وَأَمَّا إذَا ثَبَتَ أَصْلُهُ بِكِرَاءٍ أَوْ إعَارَةٍ أَوْ إعْمَارٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَلَا يَزَالُ الْحُكْمُ كَذَلِكَ وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ وَالدَّيْنُ إنْ ثَبَتَ أَصْلُهُ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ فِي هَذَا الْأَصْلِ خِلَافٌ فِي كِتَابِ الْوَلَاءِ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ لَكِنَّ مَذْهَبَ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا ذَكَرَهُ خِلَافًا لِقَوْلِ الْغَيْرِ وَعَلَيْهِ جَرَى عَمَلُ الْقُضَاةِ فِي هَذَا الزَّمَانِ بِتُونُسَ مَا لَمْ تَقْتَرِنْ قَرَائِنُ تَدُلُّ عَلَى دَفْعِ الدَّيْنِ مَعَ طُولِ الزَّمَانِ فَيُعْمَلُ عَلَيْهَا فِي الْبَرَاءَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ انْتَهَى".

ويمكن أن نزيد على جميع ما سبق ما جاء عند التّهانوي: "المتقادم لغة بمعنى القديم كما في الصّحاح. وأمّا شرعا فالتّقادم لحدّ الشّرب هو بزوال الرّيح من فم الشّارب عند الشّيخين، وبمضيّ شهر عند محمّد رحمهم الله. ولغير الشّرب كالزّنا والقذف والسّرقة بمضيّ شهر إذا لم يكن بينه وبين القاضي هذه المسافة على ما روي عن الأئمّة الثّلاثة، وعنه بمضيّ شهر، وعنده مفوّض إلى رأي الإمام كما في المضمرات، وعنه سنة، وعنه أيّام كما في الخزانة، وعن محمّد ثلاثة أيّام كما في المحيط. وذكر في النّظم أنّ التّقادم قدر عشرون يوما من وقت الوجوب إلى وقت الإمضاء، والأوّل أصحّ كما في المضمرات، كذا في جامع الرّموز في كتاب الحدود". التّهانوي (محمّد علي)، كشّاف اصطلاحات الفنون والعلوم. تقديم وإشراف ومراجعة رفيق العجم. تحقيق علي دحروج. التّرجمة من الفارسيّة عبد الله الخالدي. الترجمة الأجنبيّة جورج زيناتي، مكتبة لبنان ناشرون، ط1، 1996، ج 2، ص 1443.

[1386] انظر إلى ما قيل في القانون الغربي من كون التقادم المسقط أمرا إجرائيا لا أثر له إلاّ متى وقع التمسك به أمام المحكمة (عدد 379 من هذا العمل).

[1387] السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 267.

عاما يطلب استرداد المبيع بحجّة بطلان البيع، فإنّ للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنّه تلقّاها منه بشراء باطل. وعندئذ يقضى بردّ دعوى الاسترداد، لأنّه إذا كان البيع الباطل لا يحتاج إلى دعوى لإبطاله فإنّ استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتّسليم يحتاج إلى دعوى ... فيخضع حقّ الاسترداد للتّقادم، لأنّ ترك الدّعوى فيما يجب فيه من الحقوق الخاصّة مدّة التّقادم يمنع سماعها. فيعتبر حكم التّقادم هنا ساريا على حقّ الاسترداد، لا على بطلان العقد ... ويظهر الفرق جليّا بين سريان حكم التّقادم على حقّ الاسترداد وعدم سريانه على بطلان العقد، فيما لو تأخّر التّقابض في البدلين عن تاريخ العقد حتى مضت مدّة التّقادم على العقد الباطل، ولم تمض على التّقابض. ففي هذه الحال يحقّ لكلّ من المتبايعين أن يطلب استرداد ما سلّمه بحجّة بطلان العقد، وليس للطّرف الآخر أن يدفع بمرور الزّمان على العقد. ذلك لأنّ البطلان لا يؤثّر فيه التّقادم، وحقّ الاسترداد لم يتقادم"[1388]. والسّؤال هل يمكن أن يحدث هنا ما حدث في فرنسا في القضيّة التي جعلت محكمة التّعقيب تقول بسقوط دعوى البطلان المطلق[1389] ؟ يبدو الجواب بالنّفي لأنّ الفقه الإسلامي لا يعرف التّقادم المكسب. فالمدّعى عليها (وهي الجمعيّة الدّينيّة غير المرخّص فيها) في تلك القضيّة لو طُبّق عليها الفقه لأمكنها أن تتمسّك بتقادم العقّار في يدها (لا باكتسابها له بالتّقادم المكسب كما في فرنسا ليقال لها إنّكِ لست ذات شخصيّة قانونيّة ومن ثمّ فإنكِ لا تستطيعين أن تملكي) دون أن تعترف بأنّها تلقّته بعقد باطل.

405. ◙ فإذا انتقلنا إلى العقد غير اللازم وإلى خيار العيب، وجدنا أنّ هذا يتمثّل في إمكانيّة معطاة إمّا للمُضيِّ في العقد، وإمّا للرّجوع فيه[1390]. فمن علم بالعيب وسكت "يومين فأكثر فلا ردّ" حسب التّسولي[1391]. وهذا تقادم مسقط[1392].

[1388] الزرقا (مصطفى أحمد)، مرجع سابق، ج 2، ص 726 و727 وقد قال إن نفس الحل ينطبق لو أن القائم هو المشتري وذلك لاسترداد الثمن. ثم إن الزرقا قال قبل كل هذا إن الدفع بالبطلان لا يسقط (ج 2، ص 726)

[1389] انظر عدد 377 وما بعده من هذا العمل.

[1390] أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، مرجع سابق، ص 254.

[1391] التسولي، مرجع سابق،ج 2، ص 102. وانظر الفصل 652 م.ا.ع.

[1392] تماما كمن وقع في غلط واكتشفه فهذا له سنة للقيام وإلاّ سقطت دعواه في البطلان النسبي (الفصل 331 م.ا.ع). وقد يقال لو أن صاحب الدعوى نفذ العقد إنّ تركه لها إمضاء ضمنيّ، وقد لا يمكن قول ذلك لو أنه لم

406. لكن السّؤال حول الذي لم يعلم: فهل ثمّ مدّة إذا انقضت لم يعد بإمكانه الرّجوع؟ هنا يجيب نفس الفقيه بالقول: "إنّ العمل جرى بعدم الرّدّ في الرّقيق بعد ستّة أشهر، وبعدم الردّ في الرّبع والعقّار بعد سنة كما لا تردّ الدّوابّ بعد شهر ... وما ذكر هو اللائق بهذه الأزمنة فلا ينبغي أن يعدل عنه إذ تلك المدّة مظنّة الاطّلاع والرّضا"[1393]. هكذا، وحسب التّسولي، ثمّ أجل اليومين فأكثر وهو لمن علم بالعيب، وهنالك أجل السّنة والسّتّة أشهر والشّهر والتي لا بدّ من أنّها لمن لم يعلم. لكن يبدو أن هنالك من يذهب إلى حدّ اعتبار عدم العلم عذرا. وهذا أمر يدخل ضمن المسألة الثّالثة:

407. ♦ وهذه المسألة الثّالثة (مسألة شروط السّقوط) سنتناول داخلها – وعلى حدّ ما يصلح لنا في عملنا – ثلاث نقاط:

408. ♦♦ أوّلها عدم وجود عذر حال دون القيام. فإذا وجد العذر فلا سقوط[1394]. "والأعذار كثيرة لم تحصر"[1395] وأهمّها:

♦♦♦ الغيبة[1396]، فالغائب لا يجري التّقادم ضدّه، لأنّه يجهل، والجاهل

ينفذ، إذ يحتمل هنا أنه لم يرد حين لم يقم بدعوى البطلان النسبي إلاّ عدم تجشم أعبائها والحال أنه لم يلحقه بعد ضرر. فإذا طلب منه التنفيذ وبات الضرر على الأبواب دفع بالبطلان وردّ ذلك الضرر بعناء أقلّ من ذلك الذي كان سيتكبده لو قام هو بالدعوى.

[1393] التسولي، مرجع سابق، ج2، ص42. انظر أيضا ص 100.

انظر أيضا وحول الغبن: ابن عاصم، مرجع سابق، ص61: البيت الذي يقول فيه:

ومن بغبن في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما

وانظر حول صور أخرى تم الحديث في إطارها عن أجل السنة (القاصر – السفيه): التسولي، مرجع سابق، ج 2، ص 107. لكن انظر من قال إن "صفة التوقيت التي يتميز بها خيار الرجوع تمثل قاعدة عامة وليست قاعدة مطلقة، إذ توجد حالات لا يكون فيها هذا الخيار مؤقتا...وخيار الرؤية في الفقه الإسلامي ليس له أمد محدود... كذلك ليس لخيار العيب أجل معيّن وفقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي": أبو الليل، مرجع سابق، ص 238 و239.

[1394] انظر إلى المقابل في الغرب وهو قاعدة لا سقوط ضدّ من لم يستطع القيام بـ:عدد 379 من هذا العمل.

[1395] موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 8، ص 281.

لذلك نجد التسولي: مرجع سابق، ج 2، ص 102 يستعمل صيغة تدل على أن ما عدّده ليس للحصر فيقول: "كما أن له الردّ إذا سكت لعذر من خوف ونحوه". وفي صيغة مشابهة نجد المجلّة العثمانية في المادّة 1663 تقول: "والمعتبر في هذا الباب أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط وأمّا مرور الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية ككون المدّعي صغيرا ...". والكاف ليست صيغة حصر. ويقول شارح المجلّة (درر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص308: "قيل في المجلّة (ككون المدّعي صغيرا، إلخ) لأنه يوجد عذر رابع حيث إذا منع الزوج زوجته صاحبة الحق من إقامة الدعوى منعا أكيدا ولم تدّع من أجل ذلك فهذا العذر معدود عذرا شرعيا ولها إقامة الدعوى بعد زوال المنع ولا تعتبر المدة التي مرت أثناء المنع، إلاّ أنه يجب أن يثبت منع الزوج لها" (قارن مع الفصل 391 م.ا.ع).

[1396] وتشمل المدّعي والمدّعى عليه: موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 8، ص 281.

ليس خاطئا حين لم يقم[1397]. والبعيد مسافة معيّنة قد يعدّ حاضرا أو غائبا بحسب طول تلك المسافة[1398]. وعلى كلٍّ، من عُدّ حاضراً، جرى السّقوط ضدّه لأنّ هنالك قرينة على أنّه يعلم؛ ومن عُدّ غائباً، لم يَجْرِ السّقوط ضدّه لأنّ هنالك قرينة على عدم علمه. هذه القرينة قابلة للدّحض[1399]. وكذلك الأولى[1400]. وهنا ننزلق ليصير عدم العلم هو العذر الذي منع السّقوط[1401].

♦♦♦ القاصريّة، وهو عبارة عن كون صاحب الحقّ صغيرا أو مجنونا أو معتوها. فالمدّة التي تمرّ أثناء القاصريّة لا تدخل في حساب مرور الزّمن سواء بلغت حدّ مرور الزّمن أو لم تبلغ"[1402].

♦♦♦ الخوف من ذي سطوة، أو ممّن يستند إلى ذي سطوة[1403] هو أيضا

[1397] "موران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 369. وهو يتحدث عن الذي حاز الغير عقاره.

[1398] يقول ابن عاصم إن البعيد مسافة يومين أو ثلاثة أيام يعدّ حاضرا (إلاّ إذا كانت امرأة فهي تعدّ غائبة إن بعدت نفس هذه المسافة)، أمّا البعيد مسافة سبعة أو ثمانية أيام فيعتبر غائبا، وما بينهما فيه قولان (مرجع سابق، ص 82):

وقائم ذو غيبة بعيـــــدة حجّته باقية مقيّـــــدة
والبعد كالسّبع وكالثّمـــان وفي التي توسّطت قولان
وكالحضور اليوم واليومان بنسبة الرّجال لا النّسوان

أمّا المجلّة العثمانية فعدّت مادتها 1663 وجود المدّعي في ديار أخرى بعيدة مدة السفر عذرا من الأعذار. وجاءت مادتها 1664 لتقول إن: "مدة السفر هي ثلاثة أيام أي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل".

[1399] "موران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 371.

[1400] "موران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 371.

[1401] وهنا نكاد أن نعود للقول بعدم السقوط. وعلى كل رأينا سابقا (الهامش 1288) أنّ السلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد انقضاء مدة معيّنة مطالب بأن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها لئلاّ يضيع حق المدّعي وهذه أيضا عودة لعدم السقوط. لكن علينا أن نشير إلى أنّ هنالك من يقف دون هذه العودة. وهنا نجد شارح المجلّة العثمانية يقول: "أمّا عدم العلم فليس من الأعذار الشرعية (فتاوى أبي السعود)". (درر الحكام... مرجع سابق، ج 4، ص 308).

[1402] حيدر (علي)، درر الحكام... مرجع سابق، ج 4، ص 306.
انظر أيضا:
1- ابن عابدين، رد المحتار ... مرجع سابق، ج 4، ص 344.
2- موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 8، ص 281.
3- "موران"، مرجع سابق، ص 371 و372 و373 الذي يلحق بالمجنون ضعيف العقل والسفيه (ص 373). وانظر أيضا حول السفيه: "الزرقاني"، مرجع سابق، ج 7، ص 224.
أمّا المعسر فإذا كان مدّعى عليه عدّ ذلك عذرا للمدّعي (موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 8، ص 281)، أمّا إذا كان مدّعيا فلا عذر له، وذلك لكي لا يعطى سببا يجعله يخفي على دائنيه حقوقا ودعاوى يملكها، فلا يقوم بها ولا تسقط عليه إلى أن ينتهز وقتا لم يعد يطالبه فيه أحد فيقوم بالدعوى["موران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 372 وص376 و377].
انظر أيضا حول المعسر: ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج 4، ص 344.

[1403] هذه عبارة الزرقاني: مرجع سابق، ج7، ص224. ويقترب من هذه الصورة، الوضع الذي يكون فيه المدّعى عليه دائنا يخشى المدّعي لو قام عليه أن يطالبه بالدين (نفس المرجع والمكان) (وانظر نفس المثال في:

عذر. فإن لم يتوفّر، لم يتوفّر شرط السّقوط الأوّل.

409. ♦♦ لكنّ الخوف والقاصريّة والغيبة إن لم تتوفّر، لم يتوفّر شرط السّقوط الثّاني، وهو عدم وجود التّعليق. والفرق بين هذه النّقطة الثّانية وتلك النّقطة الأولى أنّ الأجل في هذه لم يبدأ بالجريان. أمّا في تلك فقد بدأ ثم يأتي

موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 8، ص 281)
انظر حول ذي السطوة:
1- التسولي، مرجع سابق، ج 2، ص 102.
2- ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج 4، ص 344 حيث يتحدث عن الأمير الجائر.
3- المادّة 1663 من المجلّة العثمانية التي تعدّ عذرا شرعيا كون الخصم من "المتغلبة". وانظر شرح هذه المادّة فيما يخص هذه النقطة: درر الحكام... مرجع سابق، ج 4، ص 307.
4- موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 8، ص 281. التي تتحدث عن مدّعى عليه ظالم.
ويقول "موران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 373. إن هذه "وسيلة جدّ ملائمة وتفرض نفسها في بلدان، مثل البلدان الإسلامية، حيث يغلب نظام الإرادة المطلقة، وحيث يكون من غير المجدي، بل من الخطر أن يبحث المرء عن الحكم له بالعدل ضدّ من يمسكون من قريب بالسلطة."
" C'est là une mesure des plus solitaires et qui s'impose dans les pays, où, comme ceux de l'Islam, prévaut le régime du bon plaisir, et dans lesquels il est inutile, ou même dangereux, de chercher à se faire rendre justice contre ceux qui tiennent de près au pouvoir ".
ويورد "موران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص373 و374 حكما للمحكمة الابتدائية بتونس (13 جوان 1890 وكنا قد تعرضنا له: انظر الهامش 1262 من هذا العمل، وكان رئيس المحكمة "بارج" وهو أحد الذين وضعوا المشروع الذي أعطى م.إ.ع) كان المدّعون فيه ورثة "نسيم شمامة" (بالإضافة إلى "البارون ديرلنجي" والحكومة التونسية) والمدّعى عليهم ورثة "خزندار". ولقد قال الأوائل إنّ الحق لا يسقط حسب القرآن، وأجابت المحكمة بأن الإسرائيلي يمكنه أن يتمسك بحكم جاء به الإسلام، لكنها أضافت إن هذا الحكم أدخلت عليه تغييرات جعلت الدعوى حسب المالكية تسقط بعد مضيّ خمس عشرة سنة. كما تمسك ورثة نسيم شمامة بعدم جريان مدة السقوط لأن مورثهم كان غائبا بـ: "ليفورن" التي بقي بها إلى حين وفاته سنة 1873. وأخيرا – وهذا هو الذي يهمنا هنا - تمسك الورثة بأن مورثهم لم يستطع القيام ضدّ "خزندار" لأنه من ذوي السطوة. وأجابت المحكمة أنه لا يمكن... التمسك بأن "نسيم شمامة" لم يتمكن حتى 1873 من ممارسة حقوقه في بلاد غادرها فارّا لينجو من عداوة وزير قويّ، والحال أنه كان دائم التمتع بحماية دبلوماسية تجعله بمنأى عن كل تعسف في السلطة وتسمح له بالقيام بكل حرية" (حسب "موران" كان "نسيم شمامة" يحمل الجنسية الفرنسية ومن ثمّ فشخصه غير تابع لحكومة البايات وأمواله خاضعة لنظام الامتيازات الأجنبي (Les capitulations) (ص 374).
« On ne saurait…soutenir que Nessim Samama n'a pu, jusqu'en 1873, exercer utilement ses droits dans un pays qu'il avait quitté en fugitif et pour se soustraire à la l'inimitié d'un tout puissant Ministre, alors qu'il est constant qu'il jouissait d'une protection diplomatique qui le mettait à l'abri de tout abus de pouvoir et lui permettait d'agir en toute indépendance ».
وينبغي لمن يريد فهم ظروف هذه القضية أن يعود إلى "قصّة": "خزندار"، والقائد اليهودي "نسيم شمامة"، وصاحب البنك "البارون ديرلنجي" وهو يهودي بدوره، وغيرهم مع ديون مملكة البايات في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، وذلك في كتاب: "ڤانياج" (جون)، أصول الحماية الفرنسية في تونس (1861 – 1881)، (باللغة الفرنسية (، باريس، المنشورات الجامعية لفرنسا، 1959.
GANIAGE (Jean), Les origines du protectorat français en Tunisie (1861-1881), Paris, P.U.F., 1959.

الخوف وغيره في أثناء الجريان فيعلّقه[1404]. والتّعليق يزيد في المدّة فلا يحصل سقوط بانقضائها.

410. ♦♦ وكذلك الشّأن بالنّسبة إلى القطع، فهو أيضا شرط واجب العدم ليحصل السّقوط في المدّة المحدّدة، لكنّ الفرق بينه وبين التّعليق أنّ احتساب الأجل في القطع يُعاد بدؤه من درجة الصِّفر، أمّا في التّعليق فمن الدّرجة التي تمّ بلوغها حين وُجِد السّبب التّعليقي. ويمكن أن يعطى كمثال للقطع في الفقه الإسلامي المادّة 1666 من المجلّة العثمانيّة[1405]. ولعلّ القطع يعيدنا إلى النّقطة الأولى وبالتّحديد إلى الغيبة إذ الحاضر يجري السّقوط ضدّه إذا لم ينازع. فعدم المنازعة إذن شرط ثالث لتحقّق السّقوط يُضاف إلى شرط عدم وجود عذر تحقّق قبل بداية أو في أثناء احتساب ذلك السّقوط[1406].

411. بما سبق، نكون قد انتهينا من الشّروط ونكون من ثمّ قد وصلنا إلى المرحلة التي يمكن فيها الإتيان بـ: م.ا.ع والحكم عليها:

412. ◄ وينبغي أن نقسّم هذه المرحلة وفق نفس تقسيم سابقتها لكي تسهل محاولة المقارنة والتّقييم:

♦ فإذا بدأنا بالمسألة الأولى، وجدنا م.ا.ع تقبل مبدأ التّقادم. على هذا هي مثل الفقه. وسواء أخذت هذا المبدأ من هذا الفقه[1407]، أو أخذته من الغرب[1408]،

[1404] لكن رأينا أن "دوبلا" يسمي النقطة الأولى والثانية تعليقا (انظر الهامش 1242 من هذا العمل) ولا مضايقة أو مشاحة في الألفاظ، لكن الواجب هو التنبيه على اختلاف معنى الكلمة في النقطة الأولى عن معناها في النقطة الثانية.

[1405] المادّة 1666: "إذا ادعى أحد على آخر خصوصا في حضور القاضي في كل بضعة سنوات مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مانعا من استماع الدعوى. أمّا الادّعاء والمطالبة التي لم تكن في حضور القاضي فلا تدفع مرور الزمن. بناء عليه إذا ادعى أحد خصوصا في غير مجلس القاضي وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور زمن فلا تسمع دعواه".

[1406] وحين يزول العذر نبدأ الحساب من الصفر في الصورة الأولى أو نواصله بعد أن توقفنا عنه في الصورة الثانية. وعلى هذا فالصورة الأولى مثل القطع، ولكن هنا يعاد الحساب من الصفر.
انظر حول التعليق في الفقه الإسلامي: "موران"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 379 و380.

[1407] انظر إلى الحاشية الجانبية للفصل 449 من المشروع المُرَاجع (يقابله 402 م.ا.ع) التي أحالت على حاشية الفصل 431 (يقابله 384). وحاشية الفصل 431 جانبية وتحتية. فأمّا الجانبية فقسمت إلى قسمين: أوّلهما للمالكية حيث بدأ بالحديث الشريف لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم. ثم قيل إنّ التقادم دخل شيئا فشيئا المذهب. ودعّم هذا القول بمراجع هي خليل، والتاودي، وابن عاصم، والتواتي، والمازري، والزرقاني، والعمليات، والمجلة التونسية لـ:1861 (520)، إلخ. وثانيهما للحنفية حيث قيل إنّها تنطلق من مبدإ عدم السقوط. ثمّ قيل إنّ فقيها قال بالسقوط. ثمّ انتهي بقبول السقوط بناء على أمر السلطان مع استثناء الميراث والوقف ووجود عذر شرعي. ولقد أشير هنا إلى الحموي، وإلى ردّ المحتار، وابن نجيم، والمجلة (1670)، والدر المختار، ومرة أخرى إلى ردّ المحتار.

أو أخذته منهما، ففي كلّ الأحوال لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

♦ وإذا مررنا إلى المسألة الثّانية، وجدنا: اختلافا على مستوى العقد الباطل بين المجلّة والفقه، لكن النّتائج واحدة[1409]؛ ووجدنا اتّفاقا على المستوى الآخر الذي تناولناه في هذه المسألة، مع اختلاف على صعيد الآجال[1410].

فإذا تركنا مسألة الآجال، أمكن نقل اقتراح التّقييم الذي جاء في المسألة الأولى.

وإذا أخذنا مسألة الآجال، لم يخل الحال من أمرين: فإمّا أنّ آجال الفقه التي تركتها المجلّة هي الأفضل، وإمّا أنّ المتروك ليس هو الأفضل:

فإذا كان المتروك هو الأفضل، كانت المجلّة مجسِّدة لعدم الإحكام.

أمّا إذا كان المتروك ليس أفضل، لم تكن المجلّة مجسِّدة لما سبق[1411].

♦ فإذا انتهينا إلى المسألة الثّالثة، أمكن أن نجد في م.ا.ع الشّرط الأوّل (الفصل 402 [لو فهم على النّحو الوارد سابقا]، والفصل 391 ويدخل في الفصل 393 خامسا)، والثّاني (نفس النّصوص ويمكن أن نضيف الفصل 392)، والثّالث (الفصل 396 و397 و398)، وأمكن من ثمّ أن نقول إنّ المجلّة مثل الفقه، وأن نقول على مستوى ربطها بمسألة الإحكام نفس ما قلناه في المسألة الأولى.

لكنّ المجلّة ليست مماثلة للفقه تمام المماثلة. والسّبب أنّها أعطت لنفس المادّة مرتبتي مؤيِّدات مختلفتين، وأجلين متباينين.

§2 تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بالزّمن

413. سبق أن قلنا إنّ م.ا.ع أعطت نفس المادّة مرتبتي مؤيِّدات مختلفتين

[1408] انظر إلى الحاشية الجانبية للفصل449 من المشروع المُرَاجع (يقابله 402 م.ا.ع) التي أحالت على حاشية الفصل 431 (يقابله 384). وحاشية الفصل 431 جانبية وتحتية. فأمّا التحتية فأشارت إلى "الديجاست" وإلى الفصل 2262 م.م.ف وإلى "أوبري" و"رو"، و"فينشايد" و" سافينيي".

[1409] في الفقه دعوى الإبطال لا تسقط، لكن دعوى الاسترداد تسقط. ثم إنه لا يعرف التقادم المكسب، ومن ثمّ ليس هناك خطر يتمثّل في أن نجد أنفسنا أمام الوضعية التي وجدت محكمة التعقيب الفرنسية نفسها أمامها (انظر عدد 403 من هذا العمل). أمّا في م.ا.ع فدعوى البطلان المطلق تسقط، وكذلك دعوى الاسترداد. وعدم تحقق التقادم المكسب لا يثير مشكلا لأن دعوى البطلان تتقادم بمضيّ الزمن.

[1410] في الفقه وفي صورة العلم الأجل أيام، أمّا في م.ا.ع (الفصل 331) فسنة - في الفقه وفي صورة العلم الأجل سنة أو ما دونها، وفي م.ا.ع (الفصل 334) خمس عشرة سنة.

[1411] تتمثّل الأفضلية (أو عدم الأفضلية) على مستوى المنهجيّة التشريعيّة في تماشي (أو عدم تماشي) الأجل المختار مع غيره الذي وقع وضعه في مواد مماثلة. وإن البحث في هذا المماثل في الفقه وفي م.ا.ع يبعدنا قليلا عن عملنا لذلك تركنا الأمر في قالب افتراضي.

هما: البطلان النّسبي من جهة[1412]، والفسخ من جهة أخرى[1413]. والآجال في الفسخ تتراوح بين ما هو موجود بالفصل 652 وما هو موجود بالفصل 672. أمّا في البطلان النّسبي فتتراوح بين ما هو موجود بالفصل 331 وما هو موجود بالفصل 334[1414]. هذا حلٌّ دون الفقه[1415]. وهو لمن جاء بغير متقن وترك متقنا.

414. على هذا تكون م.ا.ع مجسِّدة لعدم الإحكام. والسّبب كما لاحظنا – وهو الزّمن، وهو نقطة النّهاية – أن هناك زمنان. ويمكن القول إن ثمّ زمنين لأنّ هنالك مرتبتين. كما يمكن القول إن ثمّ مرتبتين لأنّ هنالك مادّة واحدة نظّمت مرّتين. وهكذا ترجعنا نقطة نهاية هذا العمل إلى نقطة بدايته، ممّا يعني أنّ الدّائرة قد انعقدت، أي أنّ العمل قد انتهى ... ولا غرابة فالزّمن كان داخل الأحكام أو داخل المعنى الذي طُوي ذكره، أي أنّ الزّمن كان داخل دلالة الالتزام والتّضمّن، وهذه مقطع الدّلالة، أي مقطع عملنا ...

[1412] انظر عدد 315 وما بعده من هذا العمل.

[1413] انظر عدد 314 من هذا العمل.

[1414] وينبغي أن نورد هنا إشارة ما كان يمكننا أن نأتي بها سابقا، وذلك لأننا نرى الآن الآجال. وتتمثل هذه الإشارة في التنبيه على أن تنظيم م.ا.ع للغلط مرتين – وهو اتباع لفرنسا - جعلنا نرجّح أنّ الجزاء في المرة الثانية فرنسي (الفسخ)، لأن المرة الثانية نفسها فرنسية (انظر عدد 314 من هذا العمل).
لكن حين ننظر إلى الآجال في الفصل 652 وفي الفصل 655، قد نفكّر في أن مرتبة الجزاء في الفصل 647 وما بعده هي فسخ الفقه وبالتحديد فسخ العقد غير اللازم (انظر ما جاء سابقا من أنّ هذا الاحتمال ضعيف). وحتى وإن قلنا بهذا فستظل المجلّة واضعة لمرتبتين لمادة واحدة (بطلان الغرب النسبي وعدم اللزوم الإسلامي)، وخاصة لآجال مختلفة (في البطلان النسبي مثلا سنة وفي العيوب وحسب 652 بضعة أيام، إلخ).

[1415] لأنّ فيه عدم جمع متماثلات.

خلاصة العنوان الثّاني

415. يمكن القول إنّ الأحكام المطويّ ذكرها، سواء منها المتعلّقة بالزّمن أو غير المتعلّقة به، مأخوذة من فرنسا.

ففي الأحكام غيرالمتعلّقة بالزّمن نجد مسألة ضرورة الدّعوى، ومسألة من يثير البطلان، ومسألة الإمضاء، وكلّها مستوردة. وفي الأحكام المتعلّقة بالزّمن نجد مسألة قبول فكرة السّقوط، ومسألة تطبيقها على المادّة التي نعمل عليها، ومسألة شروط السّقوط. وهذه المسائل مستوردة بدورها إلاّ مسألة الشّروط وخاصّة شرط انعدام الأعذار.

وعلى كلٍّ، وجدنا المأخوذ به في بعض هذه المسائل مثل الفقه الإسلامي. وهنا لم يمكن المرور لمسألة الإحكام.

لكن وجدنا أيضا المأخوذ به، في بعض المسائل الأخرى، مختلف عن الفقه. وهنا تختلف علاقة م.ا.ع بمسألة الإحكام بحسب ما إذا كان الفقه، أي هذا المتروك، أفضل أو أسوأ من الحلّ المعتمد. ويمكن – على سبيل المثال لا الحصر وفيما يخصّ آثار المراتب في سياقها – أن نقول، لو اتّبعنا السّنهوري، إنّ المتروك كان أرقى بكثير من المعتمد.

خلاصة الجزء الثّاني

416. رأينا منذ قليل أنّ الأحكام المطويّ ذكرها مأخوذة من فرنسا، ورأينا قبل ذلك أنّ الأحكام المذكورة تصريحا مأخوذة من نفس المصدر.

وعلى هذا فالجزء الثّاني لأحكام نصوص م.ا.ع المتعلّقة بالغلط، أي جزء الأحكام التّأييديّة، يجسِّد بكلِّيته تقريبا استدبارا من م.ا.ع للفقه الإسلامي. واستدبار الموروث قد يورث إحكاما، وقد يورث عدم إحكام. ولقد وجدنا هذا الميراث وذاك. وما يضاعف من أهمّيّة ما وجدناه هو أنّ نفس الأحكام التّأييديّة موجودة في نصوص أخرى تتعلّق بـ"غير" الغلط التّلقائي والمحدث.

... وهكذا يحيل الجزء الثّاني من أحكام الغلط على "الغير"، و"الغير" مقطع "النّفس"، و"النّفس" عملنا. فالجزء الثّاني إذن مقطع عملنا ... أي هو نقطة نهايته.

وهو نقطة نهايته من وجه آخر. ففيه دلالة المطابقة، وفيه دلالة الالتزام. وهذه مقطع الدّلالة، والدّلالة عملنا، فهذه مقطع عملنا ...

... ومقطع العمل إيذان بختمه ...

الخاتمة العامّة

417. يمكن القول انطلاقا من كلّ ما تقدّم إنّ الفكرة الأساسيّة أو القضيّة تمّ التّعرّض إليها في حوالي خمسين موضعا من العمل:

ولقد انقسمت هذه المواضع إلى قسمين:

◄ قسم أوّل يفوق العشرين نقطة من نقاط أحكام الغلط وفيه ثبتت صحّة القضيّة، أي ثبت أنّ جانِبا من هذه الأحكام جانَبَ الإحكام وترك ما يمثّل خطابا يجمع المتماثلات ويفصل المختلفات وأتى بخطاب ليس فيه ما سبق.

وجانِبُ الأحكام الذي وجدنا فيه عدم الإحكام أصليّ وتأييديّ:

وفي الأصليّ ثبتت صحّة القضيّة في الغلط التّلقائي صورا وشروطا:

ففي الصّور رأينا عدم إتقان راجع بالأساس إلى أنّ المستورد منه اعتمد أمرا جاء في المنطق والفلسفة والحال أنّ المناطقة والفلاسفة أنفسهم قالوا بوجود نقائص في هذا الأمر. أمّا المتروك فلم يقع في خطأ أخذ ما هو معيب. ونحن نسمع اليوم الغرب ذاته ينقد قانونه على مستوى خصوص هذه النّقطة وعموم نقاط الغلط[1416].

أمّا في الشّروط فتمثّل عدم الإتقان في وضعها والحال أنّها غير موجودة، وهذا إفساد لو نظرنا إلى المسألة مع استحضار القانون الذي كان معمولا به.

ثمّ إنّ القضيّة صحّت كذلك في الغلط المُحْدَث. وتجسّد عدم الإتقان خاصّة في وضع التّفرقة بين التّغرير الأساسيّ والعرضيّ. وعدم الإتقان هنا صحِبه أيضا إفساد ممّا يعني أنّ المحصّلة عدم إحكام.

فإذا جمعنا الغلط التّلقائي والمُحْدَث، وجدنا أنّ التّضييق في ذاك يولّد صعوبات في هذا. وفي الاتّجاه المعاكس قبول الكتمان في هذا يجعل التّضييق في ذاك غير ذي معنى. هنا أيضا نحن أمام عدم إتقان مع إفساد والمحصّلة عدم إحكام.

ولو واصلنا جمع الغلط التّلقائي بالمُحْدَث، لقلنا إنّ عدم الإحكام في التّلقائي هو في نفس الوقت عدم إحكام في المُحْدَث، لأنّ المُحْدَث في نهاية الأمر غلط وإن كانت معه زيادة.

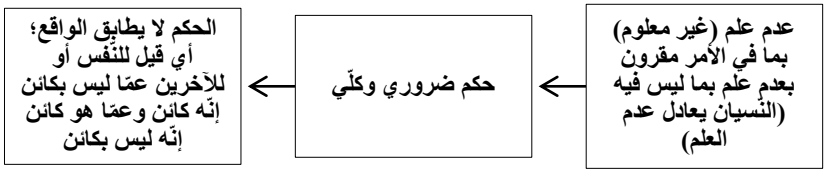
[1416] انظر إلى من قال عن القانون الفرنسي الذي أخذت منه م.ا.ع إنه غير دقيق. وانظره أيضا وهو يضع هذا التأكيد بالنسبة إلى القانون الإنجليزي ("مالوري" و"ايناس"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 403).
وانظر إلى الفقهاء الألمان الذين يعيبون على مشرّعهم أنه لم تكن لديه فكرة واضحة عن الغلط في الأوصاف ("فيتز"، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، عدد 326.).

فإذا انتقلنا إلى الأحكام التّأييديّة الواردة في نصوص م.ا.ع المتعلّقة بالغلط، وجدنا كذلك (وفي بعض جوانبها) عدم إتقان ومعه إفساد، ممّا يعني أنّ المحصّلة عدم إحكام. وتبدو هذه النّتيجة منتظرة. فلقد رأينا أنّ نظريّة المؤيِّدات في الفقه الإسلامي تجسِّد صناعة فنّيّة رائعة على حدِّ عبارة أحدهم. كما رأينا من الغربيّين من يبدي إعجابه ببعض جوانبها. لذا فإنّ الابتعاد عنها – لكي لا يمثّل إثباتا لصحّة القضيّة التي عملنا عليها – يجب أن يتمّ في اتّجاهٍ واحدٍ هو الارتقاء بها.

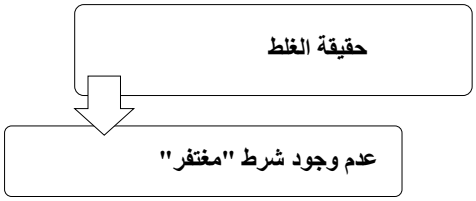
ويمكن الإتيان ببعض ما سبق من نتائج في عبارات أخرى حاصلها أن هنالك علاقة تأدية تحكم الأحكام الأصليّة والتّأييديّة للغلط التّلقائي والمُحْدَث. وتفصيل هذا أن هنالك: علاقة تأدية داخل الغلط التّلقائي من جهة؛ وعلاقة تأدية بين الغلط التّلقائي والغلط المُحْدَث من جهة أخرى.

Δ. علاقة تأدية داخل الغلط التّلقائي

- لقد مكّن هذا العمل من تحديد حقيقة الغلط على النّحو التّالي:



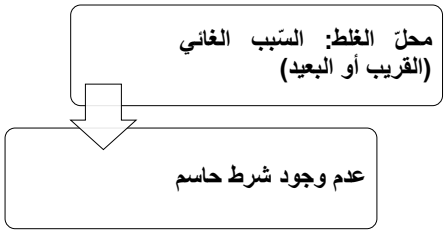
هذه الحقيقة تهمّ أيّ تشريع. كما رأينا أنّ حقيقة الغلط تتمثّل في أنّه لا وجود لشرط يتمثّل في وجوب أن يكون الغلط مغتفرا.



(وقبل ذلك تمّ الوصول إلى أنّ بعض "الغلط في القانون" داخل في "شرط مغتفر"، وبعضه الآخر في "الغلط في الواقع")

- كما مكّن هذا العمل من الوصول إلى نتيجة أخرى مفادها أنّ صور الغلط تختلف باختلاف ما ينصبّ عليه الغلط. وما ينصبّ عليه الغلط قابلٌ لأن

يُختزل في أمر واحد هو السّبب الغائي (القريب والبعيد). هذه النّتيجة تؤدّي للقول بعدم وجود شرط يتمثّل في وجوب أن يكون الغلط حاسما.



وإذا أريد تفصيل هذه الحقيقة قيل إنّ المشرّعين أيّاً كان مكانهم أو زمانهم هم أمام ثلاث خيارات:

* خيار أوّل يتمثل في جعل كلّ الصّور تبطل (قيل تبطل لأنّه الجزاء الموجود في م.ا.ع، ولكن يمكن تصوّر جزاء مدني آخر). هنا لا معنى للقول بأنّ الغلط هو حاسم أو غير حاسم. نعم قد يتكلّم مشرّع بهذا. لكن كلامه كعدمه. وحين يكون الكلام كعدمه، فعدمه أفضل.

* خيار ثان يتمثّل في جعل كلّ الصّور لا تبطل. هنا أيضا لا معنى للقول بأنّ الغلط هو حاسم أو غير حاسم.

* خيار ثالث يتمثّل:

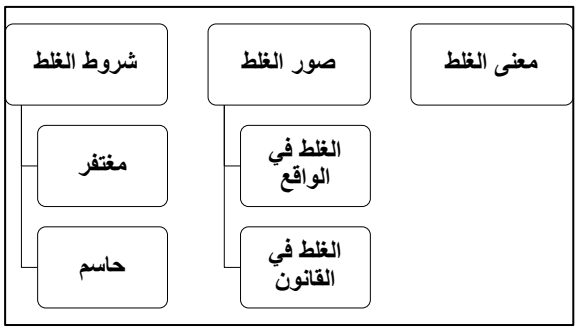
+ من جهة في جعل بعض الصّور تبطل، وفي الحديث هنا عن غلط حاسم. ومن ينظر إلى هذه الحالة ويعلم أنّ الغلط محلّه السّبب، سيعلم بنفس المناسبة أن من العِيِّ القول عن غلط في السّبب إنّه كان حاسما ... أي كان سببا! فإذا قيل إنّ المقصود هو كون الغلط محلّه سبب هامّ في نظر المتعاقد أو المشرّع، قيل إنّ هذا عِيٌّ آخر، إذ لا يضيف وصف السّبب بكونه حاسما شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه هذا السّبب مبطل.

+ من جهة أخرى في جعل بقيّة الصّور لا تبطل، وفي الحديث هنا عن غلط غير حاسم. ومن ينظر إلى هذه الحالة ويعلم أنّ الغلط محلّه السّبب، سيعلم بنفس المناسبة أن من العِيِّ القول عن غلط في السّبب إنّه لم يكن حاسما... أي لم يكن سببا ! فإذا قيل إنّ المقصود هو كون الغلط الذي محلّه هذا السّبب غير هامّ في نظر المتعاقد أو المشرّع، قيل هذا عِيٌّ آخر، إذ لا يضيف وصف السّبب بكونه غير حاسم شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه هذا السّبب ليس مبطلا.

والأفضل هنا، من زاوية المنهجيّة أو الصّناعة التّشريعيّة، أن يكتفي المشرّعون بتحديد صنف الأسباب التي تبطل (مثلا الشّيء، والشّخص، إلخ.) وصنف الأسباب التي لا تبطل (مثلا القيمة، إلخ).

فإذا ذهب مشرّع إلى هذا الخيار الثّالث (غلط محلّه أسباب معيّنة يبطل، وغلط محلّه أسباب أخرى لا يبطل) كانت يداه مقيّدتين بقيد المنهجيّة التّشريعيّة وبالتّحديد بقيد الاتّساق. وفعلا لا يستطيع مشرّع أن يجعل من جهة سببا قريبا غير مبطل ومن جهة أخرى سببا بعيدا مبطلا[1417] ... نعم قد يفعل هذا في الواقع، لكن إن فعل تكون جُنوبُه متجافية عن الاتّساق.

ويمكن أن يحوصل ما سبق وأن يضاف إليه ويقال إنّ هنالك مناطق (داخل مادّة الغلط التّلقائي) كان ينبغي فيها عدم اتّباع المنطق (منطقة الشّيء خاصّة). لكن هنالك مناطق (وهي لعموم مادّة الغلط التّلقائي) كان ينبغي اللجوء فيها خاصّة إلى المنطق. وفعلا فإنّ هذا الملاذ وغيره يسمح بتجاوز عرض معيب للمادّة لعلّه سبب من الأسباب الأساسيّة في عدم إشعاعها في الحياة العمليّة. هذا العرض المعيب حاصله أن يؤتى بـ: "معنى الغلط"، ثمّ بـ: "صوره" (التي تقسّم إلى: "واقع" و"قانون")، ثمّ بـ: "شروطه" (وهي: "حاسم" و"مغتفر").



[1417] لكن قد لا يمكن وفي كلّ الحالات القول إنّ السّبب الذي أمامنا قريب أو بعيد. ويبدو أنّ الحلّ الذي يجنّبنا هذه الصعوبات هو التسوية بين كلّ الصور على مستوى الحكم التأييدي.

وإنّ أدوات التّحليل المستمدّة من المنطق وغيره تسمح بالقول: أوّلا بأنّ "القانون" داخلٌ في "مغتفر" وفي " الواقع "؛ وثانيا بأنّ "حاسم" داخلٌ في "الواقع"؛ وأخيرا بأنّ "مغتفر" داخلٌ في "معنى الغلط". هذا القول يدعو لأن تعرض مادّة الغلط التّلقائي (الأحكام الأصليّة) على النّحو التّالي:

- "معنى الغلط" (وداخله "مغتفر"، وداخل "مغتفر" "بعض القانون").
- "صور الغلط في الواقع" (وداخلها "البعض المتبقّي من القانون" + "حاسم").

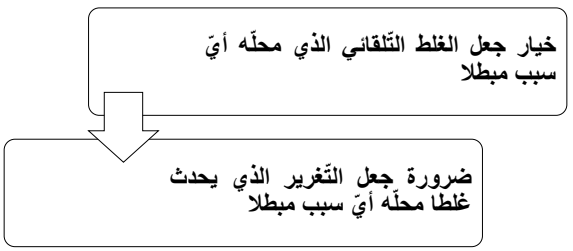


كلّ هذا ينعكس على الغلط المُحْدَث. وهنا نصل إلى علاقة التّأدية الثّانية:

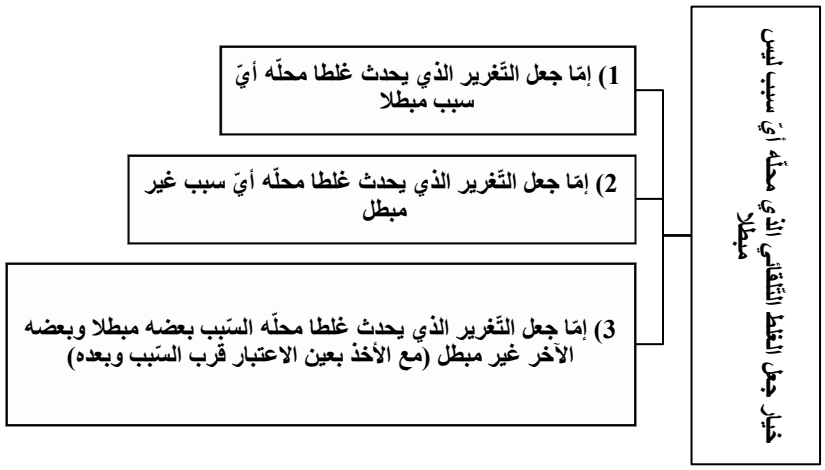
Δ. علاقة تأدية بين الغلط التّلقائي والغلط المُحْدَث

مكّن هذا العمل من الوصول إلى تحديد للتّغرير حاصله أنّه فعل أو قول أو صمت مخصوص يحدث غلطا محلّه سبب غائي قريب أو بعيد. هذا التّحديد يعني أنّ التّغرير مرتبط بالغلط. وعليه فإنّ مقتضى المنهجيّة التّشريعيّة المتمثّل في الاتّساق يقتضي ما يلي:

* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 1 الوارد سابقا، فإنّ يديه ستكونان مقيّدتين تماما في مادّة التّغرير، إذ عليه أن يجعل هنا أيضا كلّ سبب غائي مبطلا.

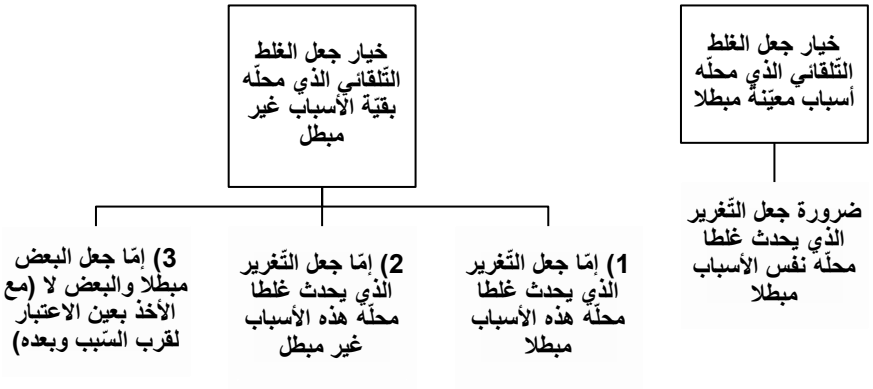


* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 2 الوارد سابقا، فإنّه سيكون حرّا أحيانا ومقيّد اليدين أحيانا: هو حرّ في أن يجعل التّغرير الذي يحدث غلطا محلّه أيّ سبب جميعه مبطلا أو جميعه غير مبطل. لكن، لو اختار الإبطال في صور وعدم الإبطال في أخريات، عندها يقتضي الاتّساق أن لا يجعل سببا قريبا غير مبطل وسببا بعيدا مبطلا.



* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 3 الوارد سابقا:

هنا الصّور التي جُعِلت مبطلة في الغلط التّلقائي ينبغي جعلها كذلك في الغلط المُحْدَث، والصّور التي جعلت غير مبطلة في الغلط التّلقائي يمكن جعلها مبطلة أو غير مبطلة في الغلط المُحْدَث لكن مع احترام مسألة قرب الأسباب وبعدها.



وعلينا أن نلاحظ أنّه لو قُبِل بالكتمان الذي يحدث غلطا محلّه أسبابا معيّنة على أنّه مبطل، فإنّ اتّخاذ قرار بجعل الغلط التّلقائي الذي محلّه نفس الأسباب غير مبطل هو تقريبا قرار عبثي. تفسير ذلك أنّه يصعب في الواقع – لكي لا نقول يستحيل – أن نفرّق بين كتمان يحدث غلطا وكتمانا يستغلّ غلطا.

هذه النّتائج التي تمّ التّوصّل إليها تمثّل في جانب منها معرفة للغلط مختلفة عمّا هو سائد. وقد يقال إنّ هذه المعرفة المختلفة ليست جديدة. وفعلا هنالك تشاريع كالقانون الإسلامي وهنالك كتابات ككتابات "شوفال"[1418] يشبه تناولها للمادّة أو لجزء منها ما تمّ التوصّل إليه في هذا العمل. هذا الكلام صحيح. لكن الصّحيح أيضا (وهنا سنستعير من "هايدغر"[1419]) أنّه أحيانا، وبعد أن يُفهم الجديد، تعاد قراءة القديم من جديد. وبعد أن يُفهم القديم بواسطة الجديد، يُقال عن الجديد إنّه لم يأت بجديد.

وينبغي التّنبيه هنا إلى أنّ المعرفة المتوصّل إليها ليست أفضل من غيرها الذي هو سائد. كما ينبغي التّنبيه إلى أنّ فضل الوصول إلى تلك المعرفة المختلفة يرجع إلى أدوات التّحليل التي عُمد إليها. فالفضل إذن للأدوات، والأدوات لا تنتج الأفضل بل المختلف فحسب.

[1418] انظره داخل هذا العمل.

[1419] "هايدغر"، مرجع سابق (باللغةالفرنسية)، ص 92.

والمختلف – كما يؤكّد البعض – ينبغي أن لا يمثّل طفرة مستنكرة في الوسط الذي سيوجد فيه "ما دامت خطوات التّدريج كافية في تحقيق الهدف"[1420]. لكن يبدو أنّ الهدف في هذا العمل لا يتحقّق أحيانا إلاّ بشيء من الخروج عن المعهود.

وإنّ النتائج المتوصّل إليها لتفيد على مستوى العشرين نقطة أو أكثر المتحدّث عنها أعلاه بأنّ قرار أصحاب م.ا.ع ترك القانون الإسلاميّ والأخذ من القانون الغربيّ جسّد عدم الإحكام. لكنّ التخلّي عن المحلّي والاستيراد من الأجنبي مثّل الإحكام على المستوى التّالي: عدم تشتيت الغلط التّلقائي (على الأقلّ حين ننظر إليه في إطار الفصل 44 إلى الفصل 49).

ولو توسّعنا قليلا لقلنا نفس ما سبق في ما يخصّ وضع جزاء واحد لعيوب الرّضا. فهنا الغرب أفضل من الفقه. لكن علينا أن لا ننسى المالكيّة التي تواجه بمؤيِّد واحد العيوب، ومن ثمّ فهي مشابهة للغرب.

418. ◄ هذا الشّبه يحيلنا إلى القسم الثّاني من المواضع التي تناولنا فيها القضيّة. فهذا القسم الذي يتجاوز العشرين نقطة في العمل هو قسم لم يختلف فيه الإبداع التّشريعيّ الإسلاميّ (الإنساني) عن الإبداع التّشريعيّ الغربيّ (الإنساني). لذا، حتّى إن وجدنا م.ا.ع مستورِدة هنا، فلا يمكن أن نصفها بكونها أصلحت أو أفسدت بالنّظر إلى ما كان قائما قبلها لسبب بسيط وهو أنّها أتت بما هو مثلٌ لهذا "القبْل". فإذا لم يمكن الحديث عن الإصلاح لم يمكن المرور إلى الإحكام لأنّ هذا يتكوّن وفي نفس الوقت من الإتقان ومن الإصلاح.

419. ولقد قلنا سابقا إنّه يتعيّن أن يكون الحَسَن ضالّة أنّى وُجِدت طُلِبت. فإن كانت في الغرب طُلِبت من الغرب، وإن كانت في الشّرق طُلِبت من الشرق، وإن كانت فيهما معا طُلِبت من أحدهما. لكن الحَسَن قد لا يُعْثَر عليه لا في ذاك ولا في هذا (ولا في غيرهما)، وهنا ينبغي استحداثه. وعلى كلّ فإنّ الحَسَن سواء تمّ استيراده أو تمّ أخذه من الموروث أو تمّ استحداثه لا يبقى حسنا إلاّ باستئنافه، أي بمواصلة العمل عليه.

420. فإذا عدنا إلى القضيّة، قلنا إنّ ثبوتها (ثبوت صحّتها أو ثبوت

[1420] السّيستاني (السّيّد علي الحسيني)، مرجع سابق، ص 46. وقارن مع: "بيرلمان" (حاييم)، المنطق القانوني ...، مرجع سابق، ص 133.

خطئها) تابع من حيث أهمّيته للحكم الذي تعلّق به. فإذا كان الحكم أساسيّا في محيطه الضّيّق (مثل الشّيء بالنّظر إلى بقيّة صور وشروط الغلط التّلقائي وبالنّظر إلى الغلط المُحْدَث) أو في محيطه الواسع (مثل المؤيِّد في مادّة الغلط بالنّظر إلى المؤيِّد في مادّة شروط نشأة العمل القانوني)، انعكس ذلك على جدوى وصفه بالإحكام أو بعدم الإحكام.

421. ويمكن القول عن عدم الإحكام – الذي وجدناه في "المحاولة" التي نحن بصدد مغادرتها – إنّه يمثل موقفا "لا عقلانيّا". فإذا كانت بقيّة نصوص م.ا.ع أو على الأقلّ أغلبها محتوية على أحكام مثل التي عملنا عليها، أمكن وصفها باللاّعقلانيّة.

ولو فعلنا هذا، لوجب أن ندقّق وأن نقول إنّ الوصف لا يصحّ في شأنها لو نظرنا إليها من زاوية واضعيها. فالسّلطة الفرنسيّة كانت "عقلانيّة" حين جاءت بما يمثّل تركا لموروث المجتمع التّونسي وإن كان متقنا واستبدلته بما هو غربيّ وإن لم يكن كذلك لأنّ هذا التّغيير يخدم مصالحها.

لكنّ الوصف يصحّ بالنّظر إلى زاوية الوقت الحاضر. فليس ثمّ عقلانيّة في أن يجسّد مشرّع اليوم ما يمثّل استمرارا لترك المتقن لفائدة غير المتقن (إلاّ أن يكون عقلانيّا عقلانيّة السّلطة الفرنسيّة !).

... نعم يمكن القول مع "كاربونيي"[1421] – وهو يقارن بين مجلّة الالتزامات والعقود و المجلّة المدنيّة الفرنسيّة – إنّ الأولى استفادت من عمل الزّمن ... نعم يمكن القول إنّها ربحت ما يقارب القرن من عمل ثريّ للفقه وللقضاء الفرنسيّين، وربحت من تجارب أخرى هامّة (ألمانيّة، إلخ). لكنّ هذا لا يمكّن من وصفها – مع البعض – بالمفخرة الوطنيّة:

... لا يمكّن من وصفها بالوطنيّة حين تُستحضر هويّة واضعها (سنقول الأساسيّ لمن يفكّر في دور لجنة توجيه النّظر الشّرعي) وخاصّة حين يُستحضر سبب وضعها؛

[1421] كاربونيي (جون)، درس في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، ماي 1994.

CARBONNIER (Jean), Cours de droit civil, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Mai 1994.

... لا يمكّن من وصفها بالمفخرة حين يُستحضر محلّ هذا العمل وتُستحضر نقاطه التي لم نجد فيها إحكاما.

وإنّ أوّل شرط لتحقيق الإحكام، من زاوية الصّناعة أو المنهجيّة التّشريعيّة أو علم التّشريع، أن يفهم المشرّع وأن يصيب في تصوّر المحتوى الذي سيعمد إلى تشكيله وصبّه في قالب قانونيّ[1422]. هذا الفهم يسمح (إلى جانب شروط أخرى) بالإتيان بقانون عقلانيّ[1423]. والعقلانيّة علامة على الحداثة[1424]. وإنّ م.ا.ع (على مستوى جوانب من النّموذج الذي عملنا عليه) لم تفهم المحتوى الذي شكّلته، لذلك وجدناها غير عقلانيّة، أي مضيِّعة للحداثة.

وما جاء للتّوّ ينبّه إلى أنّ هذا الوصف أو غيره ينبغي أن يُقيّد بالحقل الذي استُمِدّ منه. وفعلا من التّهافت العلميّ أن يُعمَل على جزء صغير ثمّ تمدّ النّتائج إلى كلّ المجلّة. لذا ينبغي انتظار مسح لبقيّة الأحكام الأصليّة والتّأييديّة لـ: م.ا.ع، أي ينبغي انتظار أعمال غير الأعمال الموجودة بعدُ، وينبغي انتظار أعمال غير هذا العمل.

هذه الأعمال، إن وُجدت مستقبلاً، إمّا أن تؤيّد النّتائج التي وصلنا إليها على مستوى النّموذج الذي اشتغلنا عليه وإمّا أن تنفيها. فإذا أيّدتها، تكون م.ا.ع قد فعلت ما فعلته المرأة التي نزلت فيها الآية: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى مِنْ أُمَّةٍ إِنَّمَا يَبْلُوكُمُ اللَّهُ بِهِ وَلَيُبَيِّنَنَّ لَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾[1425]؛ وإن لا فلا.

[1422] "برجال" ("جان لويس")، مرجع سابق (باللغة الفرنسية)، ص 308.

[1423] "برجال" ("جان لويس")، مرجع سابق، ص 271 و274 و 309.

[1424] إنّ للحداثة عدّة علامات مميّزة من ضمنها العقلانية. وإنّ البعض ليأخذ علامة ويعدّها هي المؤسّس ("كونت": العلم/"سان سيمون": الصّناعة/"ماركس": الرّأسمالية/"توك فيل": المساواة في الأوضاع الاجتماعية والديموقراطية/ "فيبير": العقلانية). معجم علم الاجتماع (باللغة الفرنسية)، مكتبة لاروس 1989.
Dictionnaire de la sociologie, Paris, Lib Larousse, 1989, mot: modernité

[1425] الآية 92 من سورة النحل.
انظر التفاسير الواردة بشأن هذه الآية، ومنها:
تفسير القرطبي، ج 10، ص 171:
" قوله تعالى ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا. النقض والنكث واحد والاسم النكث والنقض والجمع الأنكاث. فشبّهت هذه الآية الذي يحلف ويعاهد ويبرم عهده ثم ينقضه بالمرأة تغزل غزولها وتفتله محكما ثم تحلّه, ويروى أنّ امرأة حمقاء كانت بمكة تسمى ريطة بنت عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة كانت تفعل ذلك. فبها وقع التشبيه. قاله الفراء وحكاه عبد الله بن كثير والسّدي ولم يسمّيا المرأة. وقال مجاهد وقتادة وذلك ضرب مثل لا على امرأة معيّنة. وأنكاثا نصب على الحال. والدّخل الدّغل والخديعة والغش. قال أبو عبيدة كلّ أمر لم يكن صحيحا فهو دخل. أن تكون أمّة هي أربى من أمّة قال المفسّرون نزلت هذه الآية في العرب الذي كانت القبيلة منهم إذ حالفت أخرى ثم جاءت إحداهما قبيلة كثيرة قويّة فداخلتها غدرت الأولى

ونقضت عهدها ورجعت إلى هذه الكبرى. قاله مجاهد فقال الله تعالى لا تنقضوا العهود من أجل أن طائفة أكثر من طائفة أخرى أو أكثر أموالا فتنقضون أيمانكم إذا رأيتم الكثرة والسعة في الدنيا لأعدائكم المشركين. والمقصود النّهي عن العود إلى الكفر بسبب كثرة الكفّار وكثرة أموالهم. وقال الفرّاء المعنى لا تغدروا بقوم لقلتهم وكثرتهم أو لقلتكم وكثرتكم وقد عززتموهم بالأيمان. أربى أي أكثر من ربا الشيء يربو إذا كثر والضمير في به يحتمل أن يعود على الوفاء الذي أمر الله به ويحتمل أن يعود على الرّباء أي أنّ الله تعالى ابتلى عباده بالتحاسد وطلب بعضهم الظهور على بعض واختبرهم بذلك ليرى من يجاهد نفسه فيخالفها ممّن يتبعها ويعمل بمقتضى هواها وهو معنى قوله إنما يبلوكم الله به وليبيننّ لكم يوم القيامة ما كنتم فيه تختلفون من البعث وغيره". (محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله. ت 671 هـ، الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني ، القاهرة، دار الشعب، الطبعة الثانية، 1372 هـ).

تفسير الواحدي، ج 1، ص، 617.

"ولا تكونوا كالتي نقضت أفسدت غزلها وهي امرأة حمقاء كانت تغزل طول يومها ثم تنقضه وتفسده من بعد قوّة الغزل بإمراره وفتله أنكاثا قطعا وتمّ الكلام هاهنا. ثمّ قال تتخذون أيمانكم دخلا بينكم أي غشا وخديعة. أن تكون بأن تكون أو لأن تكون أمّة هي أربى من أمّة أي قوم أغنى وأعلى من قوم وذلك أنهم كانوا يحالفون قوما فيجدون أكثر منهم وأعز فينقضون حلف أولئك ويحالفون هؤلاء الذين هم أعزّ فنهوا عن ذلك. إنما يبلوكم الله به أي بما أمر ونهى. وليبيننّ لكم يوم القيامة ما كنتم فيه تختلفون في الدنيا. ثمّ نهى أصحاب رسول الله الذين عاهدوه على نصرة الإسلام عن أيمان الخديعة فقال: ولا تتخذوا أيمانكم دخلا بينكم فتزلّ قدم بعد ثبوتها. تزلّ عن الإيمان بعد المعرفة بالله تعالى. وهذا إنّما يستحقّ في نقض معاهدة رسول الله ص على نصرة الدّين. وتذوقوا السوء العذاب بما صددتم عن سبيل الله وذلك أنهم إذا نقضوا العهد لم يدخل غيرهم في الإسلام فيصير كأنهم صدّوا عن سبيل الله وعن دين الله". (علي بن أحمد الواحدي أبو الحسن. ت: 468 هـ، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز. تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دمشق، بيروت، دار القلم، الدّار الشّاميّة، الطبعة الأولى ، 1415 هـ).

تفسير البغوي، ج، 3، ص 82.

"ثمّ ضرب الله مثلا لنقض العهد فقال ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوّة أي من بعد غزله وإحكامه. قال الكلبي ومقاتل هي امرأة خرقاء حمقاء من قريش يقال لها ريطة بنت عمرو بن سعد بن كعب بن زيد مناة بن تميم وتلقب بجعر. وكان بها وسوسة وكانت اتخذت مغزلا بقدر ذراع وصنّارة مثل الأصبع وفلكة عظيمة على قدرها وكانت تغزل الغزل من الصّوف والشّعر والوبر وتأمر جواريها بذلك فكنّ يغزلن من الغداة إلى نصف النّهار فإذا انتصف النّهار أمرتهن بنقض جميع ما غزلن. فهذا كان رأيها. ومعناه أنّها لم تكفّ عن العمل ولا حين عملت كفّت عن النقض, فكذلك أنتم إذا نقضتم العهد لا كففتم عن العهد ولا حين عاهدتم وفّيتم به. أنكاثا يعني أنقاضا واحدتها نكث وهو ما نقض بعد الفتل غزلا كان أو حبلا (الحسين بن مسعود الفرّاء البغوي أبو محمد. ت: 516 هـ، معالم التنزيل. تحقيق: خالد العك ومروان سوار، بيروت، دار المعرفة، الطبعة الثانية، 1407 هـ/ 1987 م).

تفسير النسفي، ج 2، ص 268.

"ولا تكونوا في نقض الأيمان كالتي نقضت غزلها من بعد قوّة كالمرأة التي أنحت على غزلها بعد أن أحكمته وأبرمته فجعلته أنكاثا جمع نكث وهو ما ينكث فتله. قيل هي ريطة وكانت حمقاء تغزل هي وجواريها من الغداة إلى الظهر ثم تأمرهن فينقضن ما غزلن. تتخذون أيمانكم حال كأنكاثا دخلا أحد مفعولى تتخذ أي ولا تنقضوا أيمانكم متخذيها دخلا بينكم أي مفسدة وخيانة أن تكون أمّة بسبب أن تكون أمّة يعنى جماعة قريش هي أربى من أمّة هي أزيد عددا وأوفر مالا من أمّة من جماعة المؤمنين هي أربى مبتدأ وخبر في موضع الرّفع صفة لأمّة وأمّة فاعل تكون وهي تامّة وهي ليست بفصل لوقوعها بين نكرتين. إنّما يبلوكم الله به الضمير للمصدر أي إنما يختبركم بكونهم أربى لينظر أتتمسكون بحبل الوفاء بعهد الله وما وكدتم من إيمان البيعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم أم تغترون بكثرة قريش وثروتهم وقلة المؤمنين وفقرهم. وليبيننّ لكم يوم القيامة ما كنتم فيه تختلفون إذا جازاكم على أعمالكم بالثواب والعقاب. وفيه تحذير عن مخالفة ملّة الإسلام. ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة حنيفة مسلمة ولكن يضلّ من يشاء من علم منه اختيار الضلالة ويهدى من يشاء من علم منه اختيار الهداية. ولتسئلن عمّا كنتم تعملون يوم القيامة فتجزون به. ولا تتخذوا إيمانكم دخلا بينكم. كرّر النّهى عن اتخاذ الإيمان دخلا بينهم تأكيدا عليهم وإظهار العظمة فتزلّ قدم بعد ثبوتها فتزلّ أقدامكم عن محجّة الإسلام بعد ثبوتها عليها وإنّما وحّدت القدم ونكّرت الاستعظام أن تزلّ قدم واحدة عن طريق الحقّ بعد أن تثبت عليه فكيف بأقدام كثيرة. وتذوقوا السوء في الدنيا بما صددتم بصدودكم عن سبيل الله وخروجكم عن الدّين أو بصدّكم غيركم لأنّهم لو

بعبارة موجزة: إمّا أن نجد في م.ا.ع مفهوم الحمق الذي استخرجه أحدهم انطلاقاً من الآية الواردة منذ قليل[1426]، وإمّا أن لا نجده. هذا المفهوم يمكن البحث عنه لا فقط في هذا الفعل التّشريعي المتمثّل في المجلّة، بل في أيّ فعل تشريعيّ آخر. وأكثر من هذا، يمكن البحث عن وجود المفهوم في أيّ فعل وإن لم يكن تشريعيّا.

نقضوا أيمان البيعة وارتدّوا لاتخذوا نقضها سنّة لغيرهم يستنّون بها. ولكم عذاب عظيم في الآخرة. ولا تشتروا ولا تستبدلوا بعهد الله وبيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمنا قليلا عرضا من الدّنيا يسيرا. كان قوما ممّن أسلم بمكّة زيّن لهم الشيطان لجزعهم ممّا رأوا من غلبة قريش واستضعافهم المسلمين ولما كانوا يعدونهم إن رجعوا من المواعيد أن ينقضوا ما بايعوا عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فثبتهم الله إنما عند الله من ثواب الآخرة هو خير لكم إن كنتم تعلمون" (النسفي، تفسير النسفي).

تفسير القمّي، ج 1، ص 389.

"وفي رواية أبي الجارود عن أبي جعفر ع قال التي نقضت غزلها إمرأة [...] كانت حمقاء تغزل الشّعر فإذا غزلته نقضته ثمّ عادت فغزلته". (عليّ بن ابراهيم بن هاشم القمّي، تفسير القمّي، قم، مؤسّسة دار الكتاب، 1404 هـ).

[1426] عبد الوهّاب بوحديبة، درس معمّق في علم الاجتماع، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية بتونس، 1993 – 1994.

فِهرِس المراجع*

* يحوي الفِهرس أغلب المراجع المذكورة في الهوامش لا كلّها. كما يحوي - زيادة في الفائدة - أعمالا لم يرد ذكرها داخل العمل.

1- كتب ودروس (بالعربية وغيرها)

*الآبي (صالح عبد السميع)، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك (فقه مالكي)، دار الفكر.
*الآمدي (الإمام علي بن محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، ط 2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1406 هـ، 1986 م.
*إبراهيم بك (أحمد)، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مصر، دار الأنصار.
*ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود. بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط 1996.
*ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة (الحديث متون)، دار الفكر.
*ابن أنس (مالك).
- الموطأ (الحديث متون)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1406 هـ، 1985 م.
- المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون عن عبد الرحمان بن القاسم، مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام لأبي الوليد بن رشد، ط 1، بيروت، دار الفكر، 1419 هـ، 1998 م.
*ابن إسحاق (خليل)، مختصر الشيخ خليل بن إسحاق في الفقه على مذهب الإمام مالك بن انس الاصبحي، باريس، مطبعة الدولة الجمهورية، 1900.
*ابن بَلْبَان (الفارسي)، الإحسان بترتيب صحيح ابن حِبَّان (الحديث متون)، دار الفكر، 1996.
*ابن بَلْبَان (الدمشقي)، أخصر المختصرات (فقه حنبلي)، دار البشائر الإسلامية، 1996.
*ابن تيمية (أحمد بن عبد الحليم).
- نظرية العقد (فقه حنبلي)، بيروت، دار المعرفة، (مطبعة السنة المحمدية، 1368 هـ، 1949 م).
- الفتاوي الكبرى (فقه حنبلي)، بيروت، دار المعرفة.
- مجموع فتاوي شيخ الاسلام، المغرب، مكتبة المعارف.
- السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية، راجعه وحققه على سامي النجار واحمد زكي عطية، مصر، دار الكتاب العربي بمصر 1951.
- القواعد النورانية، (فقه حنبلي) دار الفتح الشارقة 1996
- شرح العمدة (فقه حنبلي)، مكتبة العبيكان.
- الرد على المنطقيين، ط 1، بيروت، دار الفكر اللبناني، 1993.
*ابن الجارود، منتقى ابن الجارود (الحديث متون)، دار الكتب العلمية.
*ابن جزي (أبو القاسم محمد بن احمد).
- التسهيل لعلوم التنزيل، الدار العربية للكتاب.
- القوانين الفقهية (فقه مالكي)، بيروت، المكتبة الثقافية.
*ابن الجعد، مسند ابن الجعد (الحديث متون)، بيروت، دار البارودي.
*ابن جني (أبو الفتح عثمان)، الخصائص، تحقيق محمد علي النجار، بيروت، عالم الكتب.
*ابن الجوزي (أبو الفرج).
- العلل المتناهية (الحديث متون)، دار الكتب العلمية، 1983.
- غريب الحديث (علوم الحديث)، دار الكتب العلمية.
*ابن الحاجب، مختصر المنتهى (فقه مالكي)، حاشية التفتزاني وحاشية الجرجاني على شرح القاضي لمختصر المنتهى لابن الحاجب، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، 1403 هـ، 1983 م.
*ابن حِبَّان، صحيح ابن حِبَّان (الحديث متون)، دار الفكر.
*ابن حزم (محمد بن احمد).
- المحلى (فقه ظاهري)، القاهرة، دار التراث.
-التقريب لحدّ المنطق والمدخل إليه بالألفاظ العامّيّة والأمثلة الفقهية، تحقيق إحسان عبّاس، بيروت، منشورات دار مكتبة الحياة.
*ابن حنبل (أحمد)، مسند أحمد (الحديث متون)، ط 4، دار المعارف بمصر 1373 هـ، 1954 م.
*ابن خُزَيمة، صحيح ابن خُزَيمة (الحديث متون)، المكتب الإسلامي.
*ابن خلدون، المقدمة (تاريخ)، دار إحياء التراث العربي، 1322 هـ.
*ابن رَاهُويَه (إسحاق)، مسند ابن رَاهُوَيْه (الحديث متون)، المدينة، مكتبة الإيمان.
*ابن رشد (الجد)، المقدمات والممهدات (فقه مالكي)، بيروت، دار صادر.
*ابن رشد (الحفيد).

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد (فقه مقارن)، دار الفكر.
- الضروي في أصول الفقه أو مختصر المستصفى (أصول الفقه)، ط 1، بيروت، دار الغرب الاسلامي، 1994.
- رسائل ابن رشد الفلسفية، تقديم وضبط وتعليق رفيق العجم وجيرار جهامي، بيروت، دار الفكر اللبناني، ط1 ، 1994.
*ابن ريمة. هداية المستفيد (علوم الحديث)، دار الفكر.
*ابن سلمون (الكناني)، كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام (انظر ابن فرحون).
*ابن ضُوَيَّان، منار السبيل (فقه حنبلي)، المكتب الإسلامي.
*ابن عابدين.
- رد المحتار على الدر المختار (الدر المختار هو للحصكفي) المعروف بحاشية ابن عابدين (فقه حنفي)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2، 1407 هـ، 1987 م (بيروت، دار الفكر، 1399 هـ، 1979 م).
- مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
*ابن عاشور (محمد الطاهر).
- تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان.
- مقاصد الشريعة الاسلامية، ط 1، المطبعة الفنية، 1966.
*ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو بكر محمد بن محمد)، متن العاصمية المسمّى بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام. ويليه متن لامية الزقاق في فقه المالكية، مصر، ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي.
*ابن العربي، الوصايا، ط2 ، بيروت، دار الجيل، 1417 هـ، 1997 م.
*ابن عرفة، المختصر في المنطق، انظره في الموقع الالكتروني: www.Alwaraq.com
*ابن فرحون (برهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، [وبهامشه ابن سلمون (الكناني) كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام]، بيروت، دار الكتب العلمية.
*ابن قدامة (موفق الدين محمد عبد الله بن احمد).
- المغني على مختصر الخرقي (فقه حنبلي)، بيروت، مؤسسة التاريخ العربي – دار إحياء التراث العربي.
- الكافي (فقه حنبلي)، المكتب الإسلامي، 1988.
- روضة الناظر (أصول الفقه)، دار الكتب العلمية.
*ابن قيم الجوزية (محمد).
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. قدم له وراجعه وعلق عليه الشيخ بهيج غزاوي، بيروت، دار إحياء العلوم.
- أعلام الموقعين (أصول الفقه)، بيروت، دار الجيل.
- بدائع الفوائد، دار الفكر.
- حاشية ابن القيم على سنن أبي داود (الحديث شروح)، دار الفكر.
*ابن كثير (الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء).
- تفسير القرآن الكريم، قدم له يوسف عبد الرحمان المرعشلي، بيروت، دار المعرفة.
- تحفة الطالب بمعرفة أحاديث ابن الحاجب (الحديث متون)، دار ابن حزم.
- مختصر علوم الحديث (علوم الحديث)، دار الفكر.
*ابن ماجه، سنن ابن ماجَهْ، (الحديث متون)، دار إحياء التراث العربي.
* ابن مفتاح (أبو الحسن عبدالله)، المنتزع المختار من الغيث المختار (فقه زيدي)، مصر، مطبعة المعارف، 1340 هـ.
*ابن مَنْظُور، لسان العرب (لغة)، دار إحياء التراث العربي.
*ابن نُجَيم (زين الدين).
- الأشباه والنظائر [وبحاشيته. الحموي غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر] (فقه حنفي)، دار الطباعة العامرة، 1920، (بيروت، دار الكتب العلمية ط 1، 1405 هـ، 1985 م).
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق (فقه حنفي)، دار المعرفة، 1993.
*ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام)، شرح فتح القدير (فقه حنفي)، ط 1، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، 1316 هـ.

*أبو خيثمة، العلم (الحديث متون)، المكتب الإسلامي.
*أبو زهرة (محمد).
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي.
- أصول الفقه، مصر، دار الفكر العربي.
*أبو طالب المكي، قوت القلوب في معاملة المحبوب ووصف طريق المريد الى مقام التوحيد، ط1 ، بيروت، دار صادر.
*أبو الفتوح (أحمد)، المعاملات في الشريعة الإسلامية، مصر، مطبعة النهضة.
*أبو الفيض (الكَتَّاني)، نظم المتناثر في الحديث المتواتر (الحديث متون)، دار الكتب العلمية، 1997.
*أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الكويت، جامعة الكويت، 1994.
*الأحمدي (عبد الله)، قانون مدني. العقود الخاصة.البيع، تونس، 1997.
* الأزهري (الآبي)، الثمر الداني (فقه مالكي)، دار الفكر.
*الإسكافي (الخطيب)، درة التنزيل (علوم القرآن)، دار الكتب العلمية.
*الأسيوطي (المنهاجي)، جواهر العقود (فقه قضاء)، دار الكتب العلمية.
*أطفيش (محمد بن يوسف).
- تيسير التفسير للقرآن الكريم، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة.
- كتاب النيل وشفاء العليل (فقه إباضي)، ط 2، بيروت، دار الفتح، 1972.
*الألوسي (البغدادي)، تفسير الألوسي (روح المعاني) (تفسير القرآن)، دار إحياء التراث العربي.
*الأنصاري (زكريا)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (فقه شافعي)، بيروت، دار المعرفة.
*أنطاكي (جورج)، التقادم المسقط، دمشق، مطابع ألف باء، 1970.
*أيوب (شفيق)، خيار الشرط في الفقه الإسلامي، مصر، معهد، الدراسات العربية العالية، 1961.
*البابرتي (اكمل الدين محمد بن محمود)، العناية شرح الهداية (فقه حنفي): انظر ابن الهمام، شرح فتح القدير.
*الباجوري (إبراهيم)، حاشية الباجوري (على شرح ابن قاسم الغزى على متن أبي شجاع) (فقه شافعي)، مصر، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
*باشا (قدري)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دمشق، لجنة إحياء الكتاب الإسلامي في مسجد السروجية.
*البُجَيْرِمي.
- تحفة الحبيب (فقه شافعي)، دار المعرفة.
- حاشية البُجَيْرِمي (فقه شافعي)، دار الفكر
*البخاري، صحيح البخاري (الحديث متون)، دار إحياء التراث العربي.
*بخيدة (علي حسين)، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1986.
*بدران (أبو العينين بدران).
- تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، بيروت، دار النهضة العربية، 1968.
- الشريعة الإسلامية. تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة.
*البرعي (أحمد)، نظرية الالتزام في القانون المغربي. مصادر الالتزام. العقد، الدار البيضاء، دار الثقافة، 1981.
*البروجردي، لمحات الأصول. إفادات البروجردي بقلم الخميني، قم، تحقيق ونشر مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، ط 1، 1379/ 1415 هـ.
*البعلي (شمس الدين)، المُطْلِع على أبواب المُقْنِع (فقه حنبلي)، المكتب الإسلامي، 1981.
*البغدادي، إرشاد السالك (فقه مالكي)، دار الفكر.
* البغدادي (الخطيب)، الفقيه والمتفقه، دار الكتب العلمية، 1996.
*البغوي (أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء الشافعي)، تفسير البغوي المسمّى معالم التنزيل، إعداد وتحقيق خالد عبد الرحمان العك ومروان سوار، بيروت، دار المعرفة.
*البكري (أبو عبد العزيز)، معجم ما استعجم (معاجم)، دار عالم الكتب.
*بلعيد (الصادق)، القرآن والتشريع. قراءة جديدة في آيات الأحكام، ط 2، تونس، مركز النشر الجامعي، 2000.

*البناني (سيدي الشيخ محمد). انظر الزرقاني.
*البُهُوتي (منصور ابن إدريس)، كشاف القناع شرح متن الإقناع (فقه حنبلي)، بيروت، دار عالم الكتب، 1403 هـ، 1983 م.
*بوحديبة (عبد الوهاب)، درس معمق في علم الاجتماع، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية بتونس، 1993-1994.
*البُوصِيري (شهاب الدين)، مصباح الزجاجة (الحديث متون)، بيروت، دار الجنان.
*البيضاوي (أبو الخير عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي)، تفسير القاضي البيضاوي، مطبعة عثمانية، 1314 هـ.
*البيهقي (أحمد بن الحسين بن علي بن موسى)، سنن البيهقي الكبرى. مراجعة محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة مكتبة الباز، 1414 هـ/1994 م.
*التاودي (أبو عبد الله محمد). انظر التسولي.
*التِّبْرِيزي، مشكاة المصابيح (الحديث متون)، دار الفكر.
*الترمذي، سنن التِّرْمِذِي (الحديث متون)، دار الكتب العلمية، 1994.
*التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم، وبهامشه شرح التاودي المسمى بحلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، وهو شرح على الأرجوزة المذكورة، ط 2، دار الفكر 1370 هـ، 1951 م.
*تمام (حسان)، اللغة العربية معناها ومبناها، الدار البيضاء، دار الثقافة.
*التميمي (ضياء الدين عبد العزيز)، كتاب النيل وشفاء العليل (فقه اباضي)، انظر أطفيش.
*التواتي (محمد البشير)، مجموع الإفادة في علم الشهادة، ط 4، تونس، المطبعة التونسية. سوق البلاط، 1346 هـ.
*الثعالبي (عبد الرحمن)، تفسير الثعالبي (الجواهر الحسان) (تفسير القرآن)، دار الكتب العلمية.
* الجابري (محمد عابد)، نحن والتراث، قراءات معاصرة في تاريخنا الفلسفي، ط 4، بيروت، دار التنوير للطباعة والنشر، 1985.
* الجاوي (النووي)، نهاية الزين في إرشاد المبتدين (فقه شافعي)، دار الفكر.
*الجربي (سامي)، تفسير العقد، تونس، مركز النشر الجامعي، 1999.
*الجُرْجَاني، التعريفات (معاجم)، تحقيق إبراهيم الابياري، ط 1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1405 هـ،
* الجَزِيري (عبد الرحمن)، الفقه على المذاهب الأربعة (فقه مقارن)، دار الفكر، 1996.
*الجمل (سليمان بن عمر)، الفتوحات الإلهية (تفسير القرآن)، دار إحياء التراث العربي.
*الجندي (درويش)، علم المعاني، القاهرة، دار نهضة مصر للطبع والنشر.
*الجُوَيني (أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف)، البرهان في أصول الفقه (أصول الفقه)، مصر، دار الوفا، 1412 هـ، 1992 م.
*حسان (حسين حامد)، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مصر، دار النهضة العربية، 1971.
*حسن (احمد إبراهيم)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية والقانون الروماني، بيروت، الدار الجامعية، 1993.
*حسنين (محمد)، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988.
*حسين (أحمد فراج).
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مصر، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية (بيروت، الدار الجامعية) (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1999).
- حجية المصالح المرسلة في استنباط الاحكام الشرعية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982.
*حسين (سيد عبد الله علي)، المقارنات التّشريعيّة بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي. مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، ط 1، مصر، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي وشركاه، 1366 هـ، 1947 م.
*الحسيني (ابن حمزة)، البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث (علوم الحديث)، المكتبة العلمية، 1982.
*الحصكفي (علاء الدين محمد بن علي بن محمد)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار للترتماشي (فقه حنفي)، انظر ابن عابدين. الحاشية.
*الحضرمي (بافضل)، شرح المقدمة الحضرمية (فقه شافعي)، دار الفكر.

*الحطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (فقه مالكي)، ط 1، دار الفكر، 1398 هـ، 1978 م.
*الحلي (أبوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن).
- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (فقه إمامي)، ط 2، بيروت، دار الأضواء، 1985.
- المختصر النافع في فقه الإمامية (فقه إمامي)، بيروت، دار الأضواء، 1985.
*الحموي (أحمد بن محمد الحنفي)، انظر ابن نجيم.
*الحُمَيدي، مسند الحُمَيدي (الحديث متون)، دار الفكر.
*حيدر (علي)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، ط 1، بيروت، دار الجيل، 1411 هـ، 1999 م.
*حيدر (فريد عوض)، الخصائص الدلالية لآيات المعاملات المادية في القرآن الكريم مع تطبيق لنظرية المجالات الدلالية، ط 1، مصر 1415 هـ، 1995 م.
*الخرشي (أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي)، الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي (فقه مالكي)، دار الفكر.
*خطاب (طلبة وهبة)، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط 1، القاهرة، دار الفكر العربي.
*الخفيف (علي).
- أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، مطبعة حجازي، 1360 هـ، 1941 م.
- مختصر المعاملات الشرعية، ط 4، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، 1371 هـ، 1952 م.
*الخميني (آية الله)، مناهج الوصول إلى علم الأصول، قم، تحقيق ونشر مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، ط 2، 1415 هـ.
*الدَّارَقُطْنِي, سنن الدَّارَقُطْنِي (الحديث متون)، دار الكتب العلمية.
*الدَّارِمِي، سنن الدَّارِمِي (الحديث متون)، دار الكتب العلمية.
*الدَّرْدِير (أبو البركات).
- الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك (فقه مالكي)، مصر، مطبعة عيسى الحلبي.
- الشرح الكبير على مختصر خليل (فقه مالكي)، دار الفكر، انظر الدسوقي.
*الدُّسُوقي (أبو السعود)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (فقه مالكي)، مصر، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي.
*الدمشقي (ابن مفلح)، المبدع شرح المقنع (فقه حنبلي)، المكتب الإسلامي.
*الدواليبي (محمد معروف)، الحقوق الرومانية وتاريخها، ط 2، سوريا، مطبعة الجامعة السورية، 1377 هـ، 1958 م.
*دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود. تعريب محمد المالقي، ط 1، تونس، 1367 هـ - 1948 م.
*دياب (أسعد)، ضمان عيوب المبيع الخفية. دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية، بيروت، دار اقرأ، 1403 هـ - 1983 م.
*الدِّينَوَرِي (ابن قُتَيبة).
- تأويل مختلف الحديث (علوم الحديث)، دار الفكر.
- تأويل مشكل القرآن (علوم القرآن)، المكتبة العلمية.
*الرازي (فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين).
- المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فياض العلواني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1412 هـ - 1992 م.
- تفسير الرازي (مفاتيح الغيب) (تفسير القرآن)، دار إحياء التراث العربي.
*رستم باز اللبناني (سليم)، شرح المجلة بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1406 هـ، 1986م.
*الرملي (محمد بن احمد الرملي المنوفي المصري)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (فقه شافعي)، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي.
*رياض (هنري)، عيوب الرضا في القانونين السوداني والأنجليزي، بيروت، دار الثقافة، 1968.
*الزرقا (مصطفى أحمد).
- المدخل الفقهي العام، ط1 ، دمشق، دار القلم، 1418 هـ/1998 م.
- المدخل الى نظرية الالتزامات العامة في الفقه الإسلامي، ط 1، دمشق، 1420 هـ، 1999 م.
- العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، ط 1، دمشق، 1420 هـ، 1999 م.

*الزرقاني (سيدي عبد الباقي)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشيخ محمد البناني (فقه مالكي)، بيروت، دار الفكر.
*الزرقاني (محمد)، شرح الزرقاني على موطإ الإمام مالك، بيروت، دار المعرفة، 1407 هـ، 1987 م.
*الزركشي (بدر الدين محمد بن عبد الله).
- البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، بيروت، دار الجيل، 1408 هـ / 1988 م.
- شرح الزركشي على (مختصر الخرقي) (فقه حنبلي)، مكتبة العبيكان.
*الزقاق، لامية الزقاق (فقه مالكي)، انظر ابن عاصم.
*الزمخشري (أبو القاسم جار الله محمود بن عمر)، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، ويليه الكافي الشاف في تخريج أحاديث الكشاف للإمام الحافظ أحمد ابن حجر العسقلاني (مع ذيل)، بيروت، دار المعرفة.
*زيد (مصطفى)، المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي، مصر، دار الفكر العربي، 1954.
*الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين احمد الشلبي (فقه حنفي)، ط2، دار الكتاب الإسلامي (على طبعة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1314هـ).
*الزّين (محمّد)، النّظريّة العامّة للالتزامات. العقد، تونس، مطبعة الوفا، ط 2، 1997.
* السامرائي (فاضل صالح)، التعبير القرآني، عمان. الأردن، دار عمار، ط1 ، 1418 هـ 1998 م.
*السباعي (أحمد شكري)، نظرية بطلان العقود في القانون المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، المغرب، منشورات عكاظ، 1987.
*السبكي (علي بن عبد الكافي)، الإبهاج في شرح المنهاج (أصول الفقه)، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1302 هـ، 1982 م.
*السبحاني (جعفر)، الوسيط في أصول الفقه، قم، مؤسسة الإمام الصادق، ط 1، 1422 هـ قمري/1380 هـ شمسي.
*السبكي (تقي الدين)، تكملة المجموع (فقه شافعي)، مصر، مطبعة الإمام.
*السجستاني (أبو داود)، سنن أبي داود (الحديث متون)، دار إحياء التراث العربي.
*السجلماسي (الشيخ عبد الجليل الفلالي)، كتاب فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المشتهر باسم كتاب العمليات العامة، تونس، مطبعة الدولة التونسية المحروسة، 1290هـ.
*سحنون (الإمام)، المُدَوَّنة الكبرى (فقه مالكي)، دار صادر.
*السرخسي (شمس الدين)، المبسوط (فقه حنفي)، مصر، مطبعة السعادة.
*سعد الدين (جهاد فتحي)، الإكراه في الشريعة الإسلامية.
*السعدي (عبد الرحمن بن ناصر)، تفسير السعدي (تفسير القرآن)، دار عالم الكتب.
*السُّعدِي (علي بن الحسين)، النُّتَف في الفتاوى (فقه حنفي)، مؤسسة الرسالة.
*السعدي (محمد صبري)، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)، ط 1، مصر، دار النهضة العربية، 1399 هـ/ 1979 م.
*سلامة (محمد)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1414هـ /1994م.
*السمرقندي (أبو الليث).
- المهذب (فقه شافعي)، دار إحياء التراث العربي.
- تفسير السمرقندي (بحر العلوم) (تفسير القرآن)، دار الفكر.
*السمرقندي (علاء الدين)، تحفة الفقهاء (فقه حنفي)، دار الكتب العلمية.
*السِّندي، حاشية السِّندي على البخاري (الحديث شروح)، دار الفكر.
*السنهوري (عبد الرزاق)،
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، محاضرات ألقيت في 1953 و1954، بيروت، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي.
- نظرية العقد، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، 1998.
*سوار (محمد وحيد الدين)،
- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الجزائر، الشركة الوطنية للتوزيع والنشر، ط 1 ، 1979 (ط 2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998).

- الشكل في الفقه الاسلامي، عمان، مكتبة دار الثقافة، 1998.
*السيستاني (علي الحسيني)، الرافد في علم أصول الفقه، بقلم منير السيد عدنان القطيفي، مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني، قم، 1414 هـ.
*السيوطي (جلال الدين بن أبي بكر)،
- الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، بيروت، دار الكتب العلمية.
- ألفية السيوطي(علوم الحديث)، دار المعرفة
- الإتقان في علوم القرآن (علوم القرآن)، دار الفكر.
- التحبير في علم التفسير (علوم القرآن)، دار الكتب العلمية، 1988.
- الدرر المنتثرة (الحديث)، دار الفكر، 1995.
- تنوير الحوالك في شرح موطأ مالك (الحديث شروح)، دار الكتب العلمية.
- جامع الأحاديث (الجامع الكبير والصغير وزوائده) (الحديث متون)، دار الفكر، 1994.
- شرح السيوطي لسنن النسائي (زهر الرُّبى على المُجْتَبى) (الحديث شروح)، مكتبة المعرفة.
- الحاوي للفتاوى، إدارة الطباعة المنيرية، 1352.
*الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي)، الموافقات في أصول الشريعة (أصول الفقه)، بيروت، دار الكتب العلمية.
*الشافعي (محمد بن إدريس)،
- مسند الشافعي (الحديث متون)، دار الفكر.
- أحكام القرآن (فقه مقارن)، دار الكتب العلمية.
- الأم (فقه شافعي)، بيروت، دار المعرفة.
*الشبراملسي (أبو الضياء نور علي بن الشبراملسي)، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (فقه شافعي)، انظر الرملي.
*الشِّربيني (الخطيب)،
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (فقه شافعي)، دار الكتب العلمية، 1994.
- مغني المحتاج (فقه شافعي)، دار الفكر.
*شرف الدين (محمد كمال)، قانون مدني النظرية العامة. الأشخاص. إثبات الحقوق، تونس، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002.
*الشرفي (محمد) والمزغني (علي)، مدخل لدراسة القانون، تونس، المركز القومي البيداغوجي، 1993.
*الشرفي (محمد)، مدخل لدراسة القانون، تونس، سراس، 1991.
*الشُّرُنْبُلالي، نور الإيضاح مع مراقي الفلاح (فقه حنفي)، دار الفكر.
*الشَّرْوَاني (عبد الحميد)، حواشي الشَّرْوَاني (فقه شافعي)، دار الكتب العلمية.
*الشريف الرضي، نهج البلاغة وهو جمع لكلام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، شرح الأستاذ الإمام محمد عبده، بيروت، دار الجيل.
*الشقيري (جمال محمد)، الأحاديث القدسية (الحديث متون). عمان، دار الثقافة.
*الشلبي (شهاب الدين أحمد)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (فقه حنفي)، انظر الزيلعي، تبيين الحقائق.
*شلبي (محمد مصطفى)، المدخل في الفقه الإسلامي، تعريفه وتاريخه ومذاهبه، نظرية الملكية والعقد، بيروت، الدار الجامعية، ط 10، 1405 هـ، 1985 م.
*شوشاري (صلاح الدين محمد)، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، ط 1، 2001.
*الشورابي (عبد الحميد)، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية، منشأة المعارف.
*الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)،
- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، بيروت، دار المعرفة.
- إرشاد الفحول (أصول الفقه)، دار الكتب العلمية.
- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار (الحديث متون)، دار الفكر، 1994 (دمشق – بيروت - دار الكلم الطيب، ط 1، 1419 هـ 1999 م).
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (فقه زيدي)، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1975 (مصر، وزارة الأوقاف ط 2، 1403 هـ، 1982 م).
*الشيباني (محمد بن الحسن)،

- الأصل، القسم الأول البيوع، حققه وعلق عليه شفيق شحاته (فقه حنفي)، مصر، مطبعة جامعة القاهرة، 1954.
- كتاب الحجة على أهل المدينة، بيروت، عالم الكتب.
*الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي)،
- المهذب (فقه شافعي)، مصر، مطبعة عيسى الحلبي.
- التنبيه (فقه شافعي)، دار الكتب العلمية، 1995.
- اللمع في أصول الفقه (أصول الفقه)، دمشق، ابن كثير.
*الصاوي (أحمد بن محمد)، حاشية الصاوي مع الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك (فقه مالكي)، مصر، دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي.
*الصدة (عبد المنعم فرج)، الاستغلال كسبب لابطال العقد، بيروت، جامعة بيروت العربية، 1984.
* الصدر (محمد باقر)، دروس في علم الأصول (الحلقة الأولى والثانية) (أصول الفقه – إمامي)، قم، مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر ط 1، 1421 هـ.
*الصديق (محمد الأمين الضرير)، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ط 1، مصر، 1967.
*الصَّنْعَاني، سبل السلام (الحديث متون)، دار الفكر.
*الطَّبَرَاني،
- المعجم الصغير (الحديث متون)، دار الفكر.
- مسند الشاميين (الحديث متون)، مؤسسة الرسالة.
*الطبرسي (رضي الدين الحسن بن الفضل)، مكارم الأخلاق، بولاق، 1300 هـ.
*الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير)،
- تفسير الطبري المسمّى جامع البيان في تأويل القرآن، بيروت، دار الكتب العلمية.
- تاريخ الطبري (تاريخ)، دار الكتب العلمية، 1993.
*الطحاوي، شرح معاني الآثار (الحديث متون)، دار الكتب العلمية.
*الطحطاوي (أحمد بن محمد)، حاشية الطحطاوي (فقه حنفي)، دمشق، دار الإيمان.
*الطوسي (أبو جعفر محمد بن الحسن)، كتاب الخلاف (فقه إمامي)، دار المعارف الإسلامية.
*الظاهري (ابن حزم)، انظر ابن حزم.
*العابدي (محمد العلوي)، الأموال في الفقه المالكي، المغرب، إفريقيا الشرق، 1994.
*عابدين (محمد أحمد)، التقادم المكسب والمسقط في القانون، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2002.
*عبد الباقي (محمد فؤاد)، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، بيروت، دار المعرفة، دار الفكر، ط 4، 1414 هـ، 1994 م.
*عبد الرحمان (أحمد شوقي محمد)، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، مصر، 1983.
*العدوي، حاشية العدوي (فقه مالكي)، دار الفكر (انظر الخرشي).
*العسقلاني (ابن حَجَر)،
- بلوغ المرام (الحديث متون)، دار المعرفة.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري (الحديث شروح)، دار الفكر.
*عليش (محمد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، (فقه مالكي)، دار صادر.
*العنسي (أحمد بن قاسم)، التاج المذهب لأحكام المذهب (فقه زيدي)، ط 1، مصر، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، 1947.
*العياري (محمد الصالح)، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضرية، ط 1، تونس، 1997.
*الغزالي (أبو حامد)،
- المستصفى من علم الأصول، دار الفكر.
- إحياء علوم الدين، دار الفكر، 1995 (الدار المصرية اللبنانية).
- الاقتصاد في الاعتقاد، بيروت، دار الهلال، ط 1، 1993.
- معيار العلم في المنطق، شرحه أحمد شمس الدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1410 هـ، 1990 م.
- الوجيز (فقه شافعي)، مصر، شركة طبع الكتب العربية، 1317 هـ.
*الغُنَيْمي (عبد الغني)، اللباب في شرح الكتاب (فقه حنفي)، دار المعرفة.

*الفاسي (علال)، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الدار البيضاء، مكتبة الوحدة العربية، 1963.
*الفتلاوي (صاحب عبيد)،
- تحول العقد، دراسة مقارنة، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 1418 هـ/1997 م.
- ضمان العيوب وتخلف المواصفات، عمان، مكتبة دار الثقافة، ط 1، 1417 هـ، 1997 م.
*الفّراء (أبو يَعْلَى)، المسائل الفقهية (فقه حنبلي)، الرياض، مكتبة المعارف، 1985.
*فرج (توفيق حسن)، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1966.
*فرج (حسن)، نظرية العقد الموقوف، دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، بيروت، 1969.
*فودة (عبد الحكيم)، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المنصورة، دار الفكر والقانون، ط 2، 1999.
*الفيروزابادي (مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي)، القاموس المحيط، بيروت دار المعرفة.
*القاري (مُلاّ علي)، مراقي الفلاح (فقه حنفي)، دار الفكر.
*قدري باشا (محمّد)، أنظر باشا.
*قاسم (يوسف)، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1983.
*قاضي خان (فخر الدين بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني)، الفتاوى الخانية، منشور بهامش الفتاوى الهندية (انظر الهندية).
*قراعة (علي)، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية، مصر، دار مصر للطباعة.
*القرافي (شهاب الدين)،
- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق) ويليه حاشية إدرار الشروق على أنواء الفروق لأبي القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري المعروف بابن الشاط وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بيروت، عالم الكتب.
- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، بيروت، دار الفكر، ط 1،1418 هـ، 1997 م.
*القرضاوي (يوسف)، الحلال والحرام في الإسلام، دمشق. بيروت، المكتب الإسلامي.
*القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري)، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1387 هـ-1967 م.
*القره داغي (علي محي الدين علي)، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في القانون الإسلامي والقانون المدني، (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1985.
*القشيري (عبد الكريم)، الرسالة القشيرية في علم التصوف. تحقيق وإعداد معروف زريق وعلى عبد الحميد بلطجي، بيروت دار الجيل.
*القطان (مناع)، تفسير آيات الأحكام، المعاملات، القاهرة، مطبعة المدني، 1975.
*قطب (سيد)، في ظلال القرآن، القاهرة – بيروت، دار الشروق، ط 15، 1988.
*قطران (حاتم)، النظرية العامة للالتزامات. درس مرقون، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس (تونس II).
*القيرواني (ابن أبي زيد)، رسالة ابن زيد القيرواني (فقه مالكي)، دار الفكر.
*الكاساني (الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1417 هـ/ 1996 م.
*الكَرمي (مرعي)، دليل الطالب (فقه حنبلي)، المكتب الإسلامي.
*كرو (الهادي)،
- أصول التشريع الإسلامي، تونس، الدار العربية للكتاب.
- التشريع الإسلامي، القسم الأوّل، الأصول، تونس منشورات مركز الدراسات والأبحاث الاقتصادية والاجتماعية 1968- 1969.
*الكَشْميري، فيض الباري شرح صحيح البخاري (الحديث شروح)، دار المعرفة.
*لجنة تأليف القواعد الفقهية والأصولية التابعة لمجمع فقه أهل البيت، قواعد أصول الفقه على مذهب الإمامية، إيران، مركز الطباعة والنشر للمجمع العالمي لأهل البيت، ط 1. 1423هـ.
*المالقي (محمد)، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر، 1400 هـ، 1980 م.
*المالكي (خليل)، مختصر خليل (فقه مالكي)، دار الفكر (انظر: ابن إسحاق).
*محمد (محمد عبد الجواد)، الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، الإسكندرية، منشأة

المعارف.
*محمصاني (صبحي)،
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية. بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972.
- الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1979.
*محمود (جمال الدين محمد)، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي. بحث مقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، 1969.
*المذكوري (محمد شعيبي)، الصورية في قانون الالتزامات والعقود، الدار البيضاء، 1976-1977.
*المَرْدَاوي، الإنصاف (فقه حنبلي)، دار الكتب العلمية، 1997.
*المرغيناني (أبو الحسن علي بن أبي بكر عبد الجليل)، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبوع مع فتح القدير (فقه حنفي)، مصر، المطبعة الكبرى الاميرية، ط 1،1316هـ.
*مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم (الحديث متون)، دار الكتب العلمية، 1992.
*المصري (محمد محمود) وعابدين (محمد أحمد)، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997.
*المظفر (محمد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط 2، 1410 هـ/1990 م.
*المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم لفؤاد عبد الباقي، بيروت، دار المعرفة ودار الفكر، ط 4، 1414 هـ، 1994 م.
*المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي عن الكتب الستة، ابتدأ ترتيبه ونشره: أ.ي.ونسك و. ي.ب.منسنج. أتبع نشره:ي.بروخمان، مطبعة بريل في مدينة ليدن، 1969.
*المقدسي (ابن قُدَامة)،
- الكافي (فقه حنبلي)، المكتب الإسلامي، 1988 (انظر ابن قدامة).
- روضة الناظر (أصول الفقه)، دار الكتب العلمية (انظر ابن قدامة).
- المغني (فقه حنبلي)، الرياض، دار عالم الكتب، 1997 (انظر ابن قدامة).
*المقدسي (ابن مفلح)، الفروع (فقه حنبلي)، بيروت، دار عالم الكتب، 1388 هـ، 1967 م.
*المَوَّاق (محمد بن يوسف)، التاج والإكليل لمختصر خليل (فقه مالكي)، دار الكتب العلمية، 1995، انظر أيضا الحطاب، مواهب الجليل.
*موسى (محمد يوسف)،
- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مصر، دار الفكر العربي، 1941.
- فقه الكتاب والسنة، البيوع والمعاملات المالية المعاصرة، مصر، دار الكتاب العربي بمصر، ط 1، 1373 هـ، 1954 م.
*الموسوي (محمّد صادق)، نظريّة الجهل والغلط بين الفقه والقانون، دار الهادي، بيروت، ط 1، 1423 هـ / 2002 م.
*ميارة (محمد بن احمد بن محمد المالكي الشهير بميارة)، الدر الثمين والمورد المعين (وهو الشرح الكبير على نظم المرشد المعين على الضروري من علوم الدين لابن عاشر، وبالهامش شرح خطط السداد والرشد لمحمد بن إبراهيم التتائي المالكي على نظم مقدمة ابن رشد لعبد الرحمان الواقعي) (فقه مالكي)، مصر، مكتبة مصطفي البابي الحلبي وأولاده، 1373 هـ، 1954 م.
*النَّبْهَاني (يوسف)،
- الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى جامع الصغير (الحديث متون)، دار الكتاب العربي.
- لباب النقول في أسباب النزول (علوم الحديث)، دار الفكر.
* النَّسَائي، السنن الكبرى (الحديث متون)، دار الكتب العلمية.
*النسفي (عبد الله بن أحمد)، تفسير النسفي (مدارك التنزيل) (تفسير القرآن)، بيروت، دار الكتاب العربي.
*النعمان (أبو حنيفة)، مسند أبي حنيفة (الحديث متون)، دار الكتب العلمية.
*نقرة (التهامي)، في ضوء القرآن والسنة. بحوث في العقيدة والأخلاق والتشريع والمعاملات وفي الثقافة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع.
*النووي (يحي بن شرف)،
- المجموع شرح المهذب (فقه شافعي)، دار الفكر، 1996.
- روضة الطالبين (فقه شافعي)، دار الفكر.

- رياض الصالحين (الحديث متون)، دار الفكر.
- شرح النووي (مسلم)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحَجَّاج (الحديث شروح)، دار الفكر.
*النيفر (محمد الطاهر)، أصول الفقه، تونس، دار بوسلامة للنشر والتوزيع.
*هاشم (معروف الحسين)، نظرية العقد في الفقه الجعفري (فقه جعفري)، بيروت، دار الغد.
*الهندية (الفتاوى)، تاليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، وتسمى أيضا الفتاوى العالمكيرية نسبة إلى سلطان الهند آنذاك عالمكير، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية (فقه حنفي)، بيروت، دار احياء التراث العربي، ط 3، 1400 هـ، 1980 م، (مصر، المطبعة الكبرى الاميرية، ط 2، 1310 هـ).
*الهَيْتَمي (ابن حجر)،
- الفتاوى الحديثية (فقه شافعي)، دار الفكر.
- المنهاج القويم (فقه شافعي)، دار الفكر، 1996.
- فتاوى ابن حجر (فقه شافعي)، دار الفكر.
*الهيثمي، مجمع الزوائد (الحديث متون)، دار الفكر.
*وفا (محمد)، أبرز صور البيوع الفاسد. بيوع الربا والغرر والبيع المقترن بشرط فاسد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، مطبعة السعادة، 1984.
*ALAIN (Réne), L'erreur dans les contrats en droit romain et en droit français, Paris, Imp. Bonvalot- jouve, 1907.
* AMAUDRUZ (Michel), La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels. Etude de droit comparé, Berne, Ed.Herbert lang et C^{ie}, 1968.
*ANCEL (Marc), Utilité et méthodes du droit comparé, Neuchatel, Ed. Ides et calendes, 1971.
*AQUATSTEIN (David), Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat. Etude de la jurisprudence française postérieure au code civil, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.
*ARISTOTE,
- Ethique à Nicomaque, Paris, Flammarion, 1965.
- La métaphysique, traduction et commentaire par J. TRICOT, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Bibliothèque philosophique. J. VRIN, 1991.
*ARNAUD (André-Jean), Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise, Paris, L.G.D.J., 1973.
*AUBRY et RAU, Cours de droit civil français. D'après la méthode de ZACHARIAE, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4ème édition 1878.
*AUMONT (Marie Joseph Auguste), De l'action en nullité ou en rescision des conventions, Caen Pagmy, 1867.
*BALE (Robert Le), Cours de droit civil. Doctorat, La lésion, Paris, Les cours de droit, 1966-1967.
*BANDRAC (Monique), La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Paris, Economica 1986.
*BAYLE (Jean-louis Loubet del), Initiation aux méthodes des sciences sociales, Paris, L'harmattan, 2000.
*BEN ACHOUR (Yadh), Politique, religion et droit dans le monde arabe, Tunis CERES, 1992.
*BEDARRIDE, Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale, Paris, Maresque Ainé, 1872.

*BELAID (Sadok), Islam et droit. Une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran, Tunis, CPU, 2000.
*BEL HAJ HAMOUDA (Ajmi), Cours de droit civil. les obligations. le contrat, Tunis Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1984-1985.
*BELLEFONDS (Y. Linant de), Traité de droit musulman comparé, Paris, La Haye, Mouton et Co, 1973.
*BERGEL (Jean-Louis), Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 2ème éd, 1989.
*BIDON (Rémi), De la suggestion et de la captation comme cause de nullité dans les testaments, Paris, Jouve, 1924.
*BLANC (F.P),
-Le droit musulman, Paris, Dalloz, 1995.
-Code annoté des obligations et des contrats, Tome I, les obligations, Casablanca, Soc d'éd. et de diff Al. Madariss, 1981.
*BLANC (F.P) et MILLIOT(L), Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1987.
*BLANCHET (Robert),
-Introduction à la logique contemporaine, Paris, Lib. Armand colin, 4ème éd, 1968.
-Structures intellectuelles, Essai sur l'organisation systématique des concepts, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, Seconde éd, 1969.
*BOURDIEU (Pierre), Questions de sociologie, Tunis, CERES Editions, 1993.
*BRESSOLLES (Gustave), Des actions en nullité ou en rescision, Paris, Imp. Bailly. Divry.
*BRIMO (Albert), Les méthodes des sciences sociales, Paris, Montchrestien, 1972.
* BROCHARD (Victor), De l'erreur, Paris, Berger-Levrault et Cie et Germer Baillère et Cie, 1876
*BRUNSCHVIG (Robert), Etudes d'islamologie, Paris, Maisonneuve et Larose, 1976.
*CALEMARD DU GENESTOUX (AFJ), De dolo Malo.droit romain, Saint-claude , Belin-Mander, 1845.
*CAPITANT (Henri), Association. Vocabulaire juridique, Publié sous la direction de Gérard CORNU Paris, P.U.F.., 2ème éd, 1990.
*CAPUTINEANU (Michel), Des vices du consentement dans les libéralités entre vifs ou testamentaires, Paris, A. Rousseau, 1906.
*CARBONNIER (J),
- Sociologie juridique, Paris, Quadrige, P.U.F. 1994.
-Droit Civil Introduction, 25ème éd, Paris P.U.F., 1997
-Droit Civil Les obligations, 21ème éd, Paris P.U.F. 1998.
- Droit Civil. La famille. l'enfant. Le couple, 20ème éd, Paris P.U.F., 1999.
*CARDAHI (Chokri),
- Droit et morale, Le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale,
•Tome I, Analyse critique et synthèse comparative des éléments de la responsabilité délictuelle en matière civile, Beyrouth, Imp. Catholique, 1950.
•Tome II, Analyse comparative et appréciation critique des éléments constitutifs du contrat, Beyrouth, Imp. Catholique, 1954.

-Théorie générale des actions en droit musulman, (leur caractère, leur condition d'exercice avec un aperçu de droit comparé), Agen. Imp. moderne, 1939.
*CAVALLIOTI (Alexandre), L'origine et l'évolution de la théorie des nullités fondées sur les vices du consentement dans les contrats, Paris Jouve, 1923.
*CELICE (Raymond), L'erreur dans les contrats. Etude de jurisprudence française, Paris, L.G.D.J. 1922.
*CHABAS (Jean), De la déclaration de volonté en droit civil français, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1931.
*CHABOT (Jean-luc) et MACAREZ (Nicolas), Méthodes des sciences sociales, Paris P.U.F. 1995.
*CHARDON, Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale, Paris cotillon, 1838.
*CHARFI (Mohamed), Introduction à l'étude du droit, Tunis, CERES, 1997.
*CHARLIN (G), De la garantie à raison des vices cachés en matière de vente en droit romain et en droit français, Paris, A. Pedone, 1895.
*CHAUMAT, Etude sur l'erreur dans les conventions en droit romain et en droit français, Paris, Pichon -Lamy et Dewez, 1869.
*CHEBEL (Malek), Dictionnaire des symboles musulmans. Rites, mystique et civilisation, Albin Michel, 1995.
*CHEHATA (Chefik),
-Théorie générale de l'obligation en droit musulman Hanéfite. Le sujet de l'obligation, Paris, Sirey, 1969, p. 121.
- Etudes de droit musulman, Paris, P.U.F., 1971.
*CHOBERT, De l'erreur en matière civile d'après le droit romain et le code Napoléon, Paris, Retaux, 1868.
*COMAIR-OBEID (Nayla), Les contrats en droit musulman des affaires, Paris, Economica, 1995.
*CONSTANTINESCO (Léontin-Jean), Traité de droit comparé, Paris, Economica, 1983.
*CORNU (Gérard), Linguistique juridique, Paris, Montchrestien, 2ème éd, 2000.
*COUTURIER (Gérard), La confirmation des actes nuls, Paris, L.G.D.J., 1972.
*DARMON (Raoul), Le code civil et criminel du royaume de Tunis, 1882, SE, 1909.
*DEKKERS(R), La lésion énorme, Paris Lib. Sirey, 1937.
*DELBECQUE (Nicole) (édition), Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage(ouvrage collectif), Éd Duculot, Bruxelles, 2002.
*DEMANTE, Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris,, Paris, Alex. Gobelet, 2ème éd, 1835.
*DEMOLOMBE (Charles), Cours de Code Napoléon, Paris Ch. Lahure, 1869-1882 (31volumes).
*DEQEILH (Marie- Etienne- Albert), Des vices de consentement dans les contrats ou considérations philosophiques et juridiques sur le dol, la violence et l'erreur, Droit romain ; des preuves de la filiation illégitime, Droit français, Toulouse, Typogr, Bayret- Pradel et compagnie, 1856.
*DERRIDA (Jacques), L'Ecriture et la différence Paris, éd Seuil, 1967.
* Dictionnaire de sociologie, Paris, Larousse, 1989.

* Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 2ème éd, 1993.
*DOMAT, Œuvres complètes de J. Domat, Paris Alex Gobelet, 1835 (4 volumes).
*DRAMARD (E), Bibliographie raisonnée du droit civil, Paris, Firmin-Didot et Cie, A.Cotillon et Cie, 1879.
*DROGOUL (F), Essai d'une théorie générale de nullité. Étude de droit civil, Paris A. Rousseau, 1902 (Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1902)
*DUBOUCHET (Paul), Méthode de sciences sociales, Lyon, L'hermès, 1990.
*DUBUISSON (E), Essai sur la théorie du dol en droit romain, Dijon, imp. Barbier-Marilier, 1897.
*DUGAS (René), Cause de nullité et de rescision du partage d'ascendants, Montpellier, Imp. firmin. Et Montana, 1925.
*DUGUIT (Léon), Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris, F. Alcon, 1912.
*DUPEYRON (Christian), La régularisation des actes nuls, Paris, L.G.D.J., 1973.
*DUPEYROUX (Jean-Jacques), Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, Paris, L.G.D.J., 1995.
*DURANTON (Alexandre), Cours de droit français suivant le code civil,, Paris, G. Thorel, 4ème éd, 1844 (22 volumes).
*DUVERGER (Maurice), Méthodes des sciences sociales, Paris P.U.F., 1961.
*ECO (Umberto), Les limites de l'interprétation, Traduit par Myriam BOUZAHER, Paris, Société des Ed Grasset et Fasquelle, 1992.
*Encyclopédie philosophique universelle Les Notions philosophiques Paris P.U.F. 1990.
*ERRANTE (Edward), Le droit anglo-américain des contrats. Arrêts et commentaries, –The anglo-American law of contracts, Cases and commentary, Paris, L.G.D.J., JUPITER, 1995.
*ES-SNOUSSI (MT), Concordance du droit musulman avec le droit tunisien en matière Habous (ouakf), Tunis, Imp. Maury et Cie, 1935.
*ETTOUATI (Mohammed El Bachir), Recueil de notions de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'actes notariés judiciaires et extra judiciaires, Traduit et annoté par Jules ABRIBAT, Tunis Imprimerie française B. BORREL, 1896.
*FABRE-MAGNAN (Muriel), De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Paris, L.G.D.J. 1992.
*FERRAND (Eugène Albert), De la restitutio in integrum accordée aux mineurs.droit romain ; De l'action en nullité ou en rescision, Droit français, Paris Imp. et lithogr. La cour, 1857.
*FERRAND (Frédérique), Droit privé allemand, Paris, Dalloz, 1997.
*FERRARI(Giuseppe), De l'erreur, Paris, Imprimerie de Moquet et Cie, 1840.
*GALLAND (Charles), Théorie de l'erreur, Paris Imp, La cour, 1852.
*GANIAGE (Jean), Les origines du protectorat français en Tunisie (1861-1881), Paris, P.U.F. 1959.
*GARAUDY (Roger), Grandeur et décadences de l'Islam, Paris, Alphabeta et Chama, 1996.
*GARDIES (Jean-louis), Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique, Paris, L.G.D.J., 1972.
*GAUDEMET (Eugène),

-Théorie générale des obligations publié par DESBOIS(H) et GAUDEMET(J), Paris, Sirey, 1965 (Réimpression de l'édition publiée en 1937).
-L'interprétation du code civil en France depuis 1804, Paris, L.G.D.J., 1935.
*GELO (J), Le bien et le mal en Islam, Rome, Ancora, 1970.
*GENY (F),
- Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, L.G.D.J., 1954.
- Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey 1927.
*GEOUFFRE DE LA PRADELLE (Géraud de), Les conflits de lois en matière de nullité, Paris, Dalloz, 1967.
*GHESTIN (Jacques),
- Traité de droit civil la formation du contrat, Paris L.G.D.J., 1993.
- La notion d'erreur dans le droit positif actuel, Paris L.G.D.J., 1971.
*GHESTIN (J) et DESCHE (B), Traité des contrats la vente Paris L.G.D.J., 1990.
*GHESTIN (Jacques) et FONTAINE (Marcel), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belges. Ouvrage collectif présenté par le centre de droit des obligations (URA/CNRS 1471 de l'Université de Paris I . direction Jacques GHESTIN) et le centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain (Direction Marcel FONTAINE), Bibliothèque droit privé, T. 261, Paris L.G.D.J., 1996.
*GHESTIN, GOUBEAUX avec le concours de FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil. Introduction générale, Paris, L.G.D.J., 1995.
*GOBERT, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, Paris, Sirey, 1957.
*GOBLOT(E), Traité de logique, Paris, Librairie Armand Colin, 1918.
*GOUT (Olivier), Le juge et l'annulation du contrat, Aix-en-provence, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 1999.
*GRAWITZ (Madeleine), Méthodes des sciences sociales, Paris, Dalloz, 2001.
*GRIFFUEL (Léopold), De la confirmation des actes juridiques nuls et annulables, Paris, Pédone,1897.
*GUELFUCCI-THIBIERGE (Catherine), Nullité, restitutions et responsabilités, Paris L.G.D.J., 1992.
*GUENARD (Lucien), Essai critique sur les sanctions du dol entre futurs époux dans nôtre droit actuel, Nevers Impr. De la tribune, 1910.
*GUGGENHEIM (Daniel), L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale, Paris, L.G.D.J., 1970.
*GUYARD (Charles), Etude sur les caractères des nullités des actes juridiques pour vices de forme, Angers, Société française d'imprimerie et de publicité, 1920.
*HAKIM (Nader), L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^{ème} siécle, Bibliothèque de droit privé, Tome 381, Paris, L.G.D.J., 2002.
*HAUSSER (J), Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Paris, L.G.D.J., 1971.
*HAZM (Ibn), Epître morale, Tr. Par Nada Tomiche, collection UNESCO, Beyrouth, 1961.
*HEIDEGGER (Martin), Qu'est ce qu'une chose, Traduit de l'allemand par Jean Reboul et Jacques Taminiaux, Paris, Gallimard, 1971.
*HORATIA, MUR, WATT, Relance et définition du contrat in. Dialogue avec Michel Jeantin ; prospective du droit économique, Edition Dalloz, 1999.
*HOUDAS (O) et MARTEL(F), Traité de droit Musulman. La Tohfat d'Ebn Acen,

Alger, GAVAULT SAINT-LAGER, 1882.
*HUET (Jérôme), Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Paris, Litec, Cop, 1987.
*HUMBLOT (Joseph), Du caractère subsidiaire de l'action de dol. Droit romain, Paris, S.N, 1892.
*IBN TAYMYYA, Al-hisba fî L-islam. Traité sur la Hisba, Publié et traduit par Henri Laoust, Paris, Librairie Orientaliste Paul GEUTHNER, 1994.
*IHERING, Histoire du développement du droit romain. Œuvre posthume de R. von. Ihering, Traduite de l'allemand de O. de Meulinaere, Paris, Librairie A. MARESCO, 1900.
*Institut de droit comparé de Paris.
– Les vices du consentement dans le contrat, Paris, A. PEDONE, 1976.
- La formation du contrat, Paris, A. PEDONE, 1976.
*Institut d'études judiciaires, Faculté de droit de Toulouse, La codification (Colloque, sous la direction de Bernard Bernier), Paris, Dalloz 1996.
*ISRAEL (Dr Michel Rabbinowics), Législation civile du Talmud, Paris, 1880, 5 volumes, « code Rabbinique Eben HAEZER », traduction, E. Sautayra et M. Charle Ville, avec des notes comparatives de droit musulman, Alger, 1868- 1869, 2 volumes.
*JAMBU-MERLIN (Roger), Le droit privé en Tunisie, Paris, L.G.D.J. 1960.
*JAPIOT (René), Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, Paris, A. Rousseau 1909.
*JAUBERT (Joseph), Des effets civils de la bonne foi, Paris, A. Pedone, 1899.
*JOLOWICZ (J.A), Droit anglais, Paris, Dalloz, 1986.
*JOSSERAND (D), Les mobiles dans les actes juridiques, Paris, Ed du CNRS 1984.
*KALINOWSKI (George), Introduction à la logique juridique. Sémiotique juridique, logiques des normes et logique juridique, Paris, L.G.D.J., 1965.
*KANT, Théorie et pratique. Droit de mentir, Paris, Librairie philosophique, J.Vrin, 1992.
*KAYRAWANI, Risala ou abrégé de droit malékite et morale musulmane, Tr. De F. Fognan, Paris GHAUTNER, 1914.
*KHALIL,
- Code Musulman. Rite malékite. Statut réel, Texte arabe et traduction française, Par M. seignette, Paris, Aug challanel, 1911.
- Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Mâlek, Traduction de G.H. Bousquet, Alger, La maison des livres, Paris, Maisonneuve, 1962.
*KHALLAF (Abd al-Wahab), Les fondements du droit musulman. Ilm ousoul Al-Fikh, Paris, Ed Al Qualam, 1997.
*KOTRANE (Hatem), Introduction à l'étude du droit. Cadre juridique des relations économiques, Tunis, CERP, 1994.
*LA BATIE (De jean), Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, Paris, L.G.D.J., 1965.
*LA PRADELLE (Geraud de), Les conflits de lois en matière de nullité, Bibliothèque de droit international privé VIII, Paris, Librairie Dolloz, 1967.
*LALANDE (André), Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Quadrige, Paris, P.U.F., 1993.

*LAPIE (Paul), Logique de la volonté, Paris, Felix Alcan éd., 1902.
*LASSER-KIESOW (Valérie), La technique législative. Etude sur les Codes civils français et allemand, Bibliothèque de droit privé, T. 371, Paris, L.G.D.J., 2002.
*LAURENT (François), Principes de droit civil français, Paris, Librairie. A MARESCO Ainé, A.CHEVALLIER-MARESCO et Com, successeur, Bruxelles, Bruylant-Christophe et com, Editeurs, successeur Emile Bruylant, 1893.
*LEGER (Lucien), Théorie générale de la prescription extinctive, Paris, MAULDE, DOUMENC et Cie, 1897.
*MAGNIN (Louis), Concurrence de l'action en garantie (art. 197 CO) avec l'action en nullité pour cause d'erreur (art. 24 ch. 4 CO) Fribourg, Imp. de l'œuvre de saint-Paul, 1932.
*MALAURIE (Marie), Les restitutions en droit civil, Paris, Cujas, 1991.
*MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), Droit civil. Obligations, Paris, Cujas, 9ème éd. par Laurent AYNES, 1998 - 1999.
*MARCADÉ (Victor Napoléon), Explication théorique et pratique du code Napoléon, Contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre par V. MARCADÉ et Paul Pont, Paris, Cotillon, (corbeil. Imp. crêté), 1859 (9 volumes).
*MAZEAUD (Henri, Léon et Jean). CHABAS (François), Leçons de droit civil obligation théorie générale,, Paris, Montchrestien, 8ème éd. par François CHABAS, 1991.
*MELLOULI (Slaheddine), Introduction à l'étude du droit, Tunis, Imp. Officielle de la République Tunisienne, 2000.
*MEMIN (Marcel), Les vices du consentement dans les contrats de nôtre ancien droit et en particulier dans les provinces d'Anjou et du Maine. La lésion, suivie de notions générales sur l'usure et l'erreur, Le Mans.Imp. L. chandoune, 1926.
*MILLET (Jules Joseph Edmond), De l'erreur et de la bonne foi en droit romain et en droit français, Paris, typogr. Lahure, 1871.
*MILLIOT (L) et BLANC (F.P), Introduction à l'étude de droit musulman, Paris, Sirey, 2ème éd, 1987.
*MISKAWAYH (Ibn), Traité d'éthique, Tr. Par Mohamed Arkoun, Institut français de Damas, 1969.
*MONIER (K) et LEPOINTE (G), Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1954.
*MORAND (Charles Albert)[sous la direction de], Légistique formelle et matérielle, Marseille, Presses universitaires d'Aix Marseille 1999.
*MORAND (Marcel),
-Etudes de droit musulman, Alger, Adolphe Jourdan imprimeur librairie de l'université, 1910.
-Introduction à l'étude du droit musulman algérien, Alger Ancienne maison Bastide, Jourdan, 1921.
*MOREL (André), Précis de droit civil musulman. Commentaire du code tunisien des obligations et des contrats avec annotations critique, Tome 1er, Tunis Imp. Rapide, 1911.
*MOUCHOT (Claude), Introduction aux sciences sociales et à leurs méthodes, Lyon, Presses universitaires de Lyon 1986.
*MOUTOU (M.L), L' « innocent misrepresentation » dans la jurisprudence

anglaise, Lyon, Impr. J Marlhens, 1925.
*MOUYSSET (Olivier), L'erreur de droit, Toulouse, 1996.
*NIETZSCHE (F),
- Humain, trop humain, Paris, Mercure de France, 1910.
- La volonté de puissance, Paris, Gallimard, 1947.
- Par-delà bien et mal, Paris, Gallimard, 1971.
- Le gai savoir, Paris, Librairie Générale Française, 1993.
*OPREA (M Z), Essai sur les bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, Pub de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, 1er vol, Paris, Librairie Rousseau, 1935.
*PANSIER (Fréderic-Jérôme) et GUELLATI (Karim), Le droit musulman, Coll. Que sais-je, Paris, P.U.F., 2000.
*PERELMAN (C) et OLBRECHTS-TYTECA (Lucie), Traité de l'argumentation, Bruxelles, Ed de l'Université de Bruxelles, 5ème éd, 1992.
*PERELMAN (C),
- Ethique et droit, Bruxelles, Ed de l'Université de Bruxelles, 1990.
- Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 2ème éd, 1979.
*PIEDELIEVRE (Jacques), Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble, Paris, A. Rousseau, 1911.
*PLATON, Phèdre, Traduction, notices et notes par Emile CHAMBRY, Paris, Garnier-Flammarion, 1964.
*POCHONNET, De l'erreur de droit et de son influence sur les différents actes juridiques, Paris, cotillon, 1858.
*PONSET, Les cahiers de la jurisprudence en matière musulmane, T. I et II, Guelma, A. Attyasse, 1936.
*POTHIER (Robert joseph),
-Œuvres complètes de POTHIER, Paris, Thomine et Fortie (Imp. P. Didol. Aîné, 1821. 1824, 26 volumes, (T. 1 et 2 : les obligations, T. 4 : le contrat de vente).
-Œuvres complètes de POTHIER, précédées d'une dissertation sur sa vie et ses écrits et suivies d'une table de concordance. par Rozron et Pirbach, Paris, Eugène. Crochard Imp Hyppolite Tilliard, 1850, 2 volumes.
-Pandecte justiniane, Paris, 1818- 1820, 5volumes.
-Traité du contrat de bail a rente, Paris, Libr. A Orléans, 1778.
-Traité du contrat de louage selon les règles tant du for de la conscience que du for exterieur, Paris, Libr. A Orléans, 1778.
-Traité des obligations publié par MASSON membre de la société de législation comparé, Paris, Librairie de l'œuvre de Saint Paul, 1883.
*PUCCINI (Lapo), Studi sulla nullita relativa, Milano, Giuffré, 1967.
*RAY (Jean), Essai sur la structure logique du code civil français, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926.
*RAYMOND (Charles), Le droit musulman, Paris, Collection Que sais-je, 6ème éd, 1982.
*RICHON (Silva), De l'erreur dans les contrats en droit romain et en droit français, Paris, Imp. Moquet 1876.
*RIEG (A), Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, L.G.D.J., 1961.
*RIFAÏ (Z. Al), Le consentement et les vices du consentement en droit musulman

hanéfite, Nancy, Société d'impression typologiques, 1933.
*RIPERT,
- Aspect juridique du capitalisme moderne, Paris, L.G.D.J., 1946.
- La règle morale dans les obligations civiles, Paris, L.G.D.J., 4ème éd, 1949.
*RITTER (Armand), De l'erreur dans le contrat, droit romain ; de l'erreur dans les contrats considérés spécialement en matière d'objet d'art, Leval.E. Jamin, 1892
*RIVIERE (Cyrille), Des vices de consentement en droit anglais, Paris, M. Giard, 1922.
*RODIERE (René), Les vices du consentement dans le contrat. Avec un avant projet de loi commune. (Sous la direction de), Paris, A. Pedone, 1977.
*ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent),
- Adages du droit français, Paris, Litec, 3ème éd, 1992.
- Locutions latines du droit français, Paris, Litec, 4ème éd, 1998.
*RONGERE (Pirette), Méthodes des sciences sociales, Paris, Dalloz, 1971.
*ROUQUEROL (Jean), De la restitution in integrus en droit romain. De l'action en nullité en droit français, Aix, J. Nicot, 1873.
*ROURE (Marie-Louise), Eléments de logique contemporaine, Paris P.U.F., 1967.
*ROZAIN (Paul), Des vices de consentement dans les donations entre vifs et les testaments, Poitier, Société française d'impression et de librairie, 1902.
*SAINTE CROIX (Lucien de), Etude sur l'exception de dol en droit romain, Paris, A. Rousseau, 1892.
*SALEILLES (Raymond),
- De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144), Paris, L.G.D.J., 1929.
- Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le 1er projet de code civil pour l'Empire Allemand, Paris, L.G.D.J., 3ème éd, 1925.
*SANTILLANA (David),
- Instituzioni di diretto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita.
•Vol I. La communita musulmana e il suo capo fonti del diritto e loro ermeutica – La legge nello spazio e nel tempo – La persona – La famiglia – I diritti reali. Roma ARE 1926 in 4. XVI. 375 p, instituta per l'orienti.
•Vol II. Teoria generale delle obligazione - Le singole obligazione il diritto ereditario-il diritto giudiziario-Indici, Roma, Instituto per l'oriente.
- « Law and society », in Th Arnold and Alfred Guillaume (éditions), « The legacy of Islam », Oxford, 1931.
- « Il Muktasar o sommario del diritto malechita di khalil Ibn Ishaq », Vol II, diritto civile, Milan, 1919.
*SAVATIER (René), Des effets de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence, Paris, Société française d'imprimerie et de librairie, 1916.
*SAVAUX (Eric), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? Paris, L.G.D.J., 1997.
*SAVEY LAZARD (M.P), Le refus d'action pour cause d'indignité, Paris, L.G.D.J., 1930.
*SAVIGNY (Friedrich Carl Von), Le droit des obligations, Traduit de l'allemand par C. GERARDIN et P. JOSON, Paris A. Durand, 1863.
*SCHACHT (Joseph), Introduction au droit musulman, Traduit de l'Anglais par

Paul KEMPF et Abdel Majid Turki, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999.
*SCHOPENHAUER, Le monde comme volonté et comme représentation, Paris, Librairie Felix Alcan.
*SCHWARZ-LIBERMANN VON WAHLENDORF (H. A.), Droit comparé. Théorie générale et principe, Paris, L.G.D.J., 1978.
*SHÂFIˋİ, La risala. Les fondements du droit musulman. Traduit de l'arabe, présenté et annoté par Lakhdar souami, Actes sud, 1997.
*SIMLER (Philippe), La nullité partielle des actes juridiques, Paris, L.G.D.J., 1969.
*SURDON (G), Institutions et coutumes des berbères du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie, Sahara), Leçons de droit coutumier des berbères, Tanger, Fez, 1936.
*TAULIER (M.J. frederic), Théorie raisonnée du code civil, Paris, Alph. Del homme, 1840-1849, 7 volumes.
*TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves), Droits civil les obligations, Paris, Dalloz, 6ème éd, 1996.
*THAMINY (Omar), Théorie générale de l'acte juridique en droit musulman, Wallade, Maroc.
*THINAULT (Gustave), Etude des vices de consentement, Poitiers, Typogr. Oudin, 1897.
*TILLOY (Répertoire Tilloy), Répertoire alphabétique de jurisprudence, de doctrine et de législation algérienne, tunisienne et musulmane, T. I et II, Alger, G. Sourbion, Paris, Jurisclasseur, 2ème édition, 1931, 2ème vol.
*TISON, Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français, Ed. Domat, Montchrestien, Paris, 1931
*TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), Le droit civil français, suivant l'ordre du code, Paris, B. WAREE, oncle, librairie de la cour royale, 3ème édition,1821, 1834, 15 volumes.
*TOURNEAU (Ph. Le), La règle "Nemo auditur …", Paris, L.G.D.J., 1970.
*TOUZAUD, Des vices du consentement en droit romain et en droit français, Paris, Imp. Donnaud, 1873.
* Travaux de l'association H. CAPITANT, XIV, 1961-1962. Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques.
*TRASBOT (André), L'acte d'administration en droit privé français, Bordeau, Imp de l'université, 1921.
*TRIGEAUD (Jean Marc), Métaphysique et éthique au fondement du droit, Ed. Bière. Bordeaux, 1995.
*VALETTE (P. E), De l'infans. droit romain ;théorie générale de l'erreur et du dol. vices du consentement dans les divers actes juridiques. droit français, Paris, L. La rose, 1895.
*VAREILLES-SOMMIERES (De), Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français, Paris, cotillon et fils, 1871.
*VASILESCO (P), Quelques remarques sur les vices du consentement, Paris, A. Michalon, 1908.
*VERDOT (René), La notion d'acte d'administration en droit privé français, Paris, L.G.D.J., 1963.
*VILOTITCH (Draq you), De la nullité du mariage pour vices du consentement en droit français et dans les principales législations étrangères, Lyon, Imp. Bose frères et Rion, 1929.

*VIRENQUE (Emmanuel), Du dol dans les contrats en droit romain et en droit civil français, Toulouse, Impr. J.M.Pinel, 1880.
*VOUIN (Robert), La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé francais, Paris, R. PICHON et R. DURAND Auzias, 1939.
*WALINE (Marcel), L'individualisme et le droit, Ed. Montchrestien, Paris, 1945.
*WINDSCHEID (Bernhard Joseph Hubert), Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt. a. M. Rütten und Loening. 1887, 6 te Aufl.
*WITZ (Claude), Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales des affaires, Paris, Litec, 1992.
*WORMS (Victor), De l'action et de l'exception de dol.droit romain, Rennes, Imp. E. Baraise, 1878.
*ZACHARIAE. DE. LINGENTHAL.(Charles-Salomon), Cours de droit civil français ; tr. De l'allemand par m. c. s. ZACHARIAE. Revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur par m c Aubry. Et m c Rau. Strasbourg. F. Logier. Lib. Editeur imprimerie g Silberman, 1839.
*ZEYS (E), Traité élémentaire de droit musulman algérien (Ecole Malékite), Alger, Adolphe Jourdan 1885.

2- مقالات وتعاليق (بالعربية وغيرها)

*الجلولي(علي)، تعليق على القرار التعقيبي المدني عدد 2078، المؤرخ في 17 افريل 1980، مجلة المحاماة، 1989، ج 1، ص 185 وما بعدها.
*الخمليشي (أحمد)،
- منهج الفكر القانوني في الفقه الإسلامي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 16 ديسمبر 1984.
- كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد7، 1984، ص3.
*الشابّي (بلقاسم)، القضاء التونسي قبل توحيده، مجلة القضاء والتشريع، 1967، ص 525.
*الشربيني (محمود)، الشريعة الإسلامية أصل النظريات القانونية، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 1981، ص21.
*شرف الدين (محمد كمال)، تعليق على الحكم المدني الصادر عن محكمة الناحية بتونس تحت عدد 9132 في 27 مارس 1990، الأحداث القانونية التونسية، عدد 3، السداسي الأوّل، 1990، ص 97 وما بعدها.
*شمام (محمود)،
- الفقه الإسلامي وتأثيره في التشريع الوضعي، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1977، ص13.
- بعض ما دوّن من تشريع مرجعه أحكام الشريعة الاسلامية، مجلة القضاء والتشريع 1985، عدد 6، ص 47.
*المدني (الهادي)، لائحة القانون التجاري التونسي المؤرّخة في 14 جانفي 1864، مجلة القضاء والتشريع، 1971، ص 161.
*المذكوري (محمد شعيبي)، دراسة انتقادية لظهير الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد والتنمية عدد 7، 1984، ص 31.
*منصور (محمد علي)، مساهمة التشريع والقضاء التونسيين في المحافظة على الذاتية القومية، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 1977، ص 13.
*الورفلي (أحمد)، تدارك البطلان من خلال م.ا.ع، مجلة القضاء والتشريع فيفري 1999، ص 99.
*ARKOUN (Med), Contribution à l'étude du lexique de l'éthique musulmane, BEO XXII (1969) (IBLA).
*ASCENCIO, Annulation des donations immorales entre concubins, Rev. Trim. dt. civ 1975 p. 248.

*AUGE, Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius, Arch. Ph. Dt, 1968, p. 101.
*AZZIMANE (O), A propos du champs d'application du DOC. Au-delà d'un conflit de frontières, Revue Marocaine de droit et d'Economie du développement (RMDED) n°7, 1984, p. 67.
*BATIFFOL (H), La crise du contrat et sa portée, Arch. Ph. Dt, 1968, p. 21.
*BEL HAJ HAMOUDA (Ajmi), Le COC et les conditions de validité du contrat. étude rétrospective, RTD, 1997, p. 11.
*BEN AMMOU (Nadhir), La doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du XX^{ème} siècle à la veille du XXI^{ème} siècle, Collection forum des juristes, N° 8, L'apport du XX^{ème} siècle au droit privé tunisien (colloque), Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques, 2000, p. 65.
*BERGER-VACHON, Le dol des incapables dans l'exécution des contrats, Rev. crit. 1931, p. 267.
*BEUDANT, Note sous cass 5 Mai 1879, S, 1879, 1, 318.
*BIHL (C), Vers un droit de la consommation, GAZ. Pal 1974, 2, doctrine, p. 754.
*BONNECASE (Julien), A la recherche du fondement du droit. Y a-t-il un romantisme juridique ? Rev trim. dt. Civ, 1929, p. 359.
*BORMANS (M), Morale Islamique et monde moderne, Recherches et Débats, N° 51, juin 1965, p. 56-105.
*BOURAOUI (Soukeina), Contribution à l'étude des défauts rédhibitoires en matière de vente dans le code des obligations et des contrats, RTD 1980, p. 145.
*BOUREL (Pierre), L'erreur dans la renonciation à une succession, Rev. trim. dt. civ. 1961, p. 233.
*CABRILLAC (Michel), L'erreur dans le partage, Rev trim. dt civ, 1955, p. 39.
*CALAIS-ÓAULOY (Jean), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Rev trim. dt. civ., 1994, p. 239.
*CAPITANT (Henri), Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue, Rev. trim. dt. civ, 1911, p. 729.
*CARBONNIER (Jean),
- Notes sur la prescription extinctive, Rev. trim.dt.civ, 1952, p. 171.
- Sociologie et droit du contrat, Ann. Fac. Dt. Toulouse, TVII, 1959, p. 113 et s.
CARUSI, Sur les rapports entre le droit romain et le droit musulman, Revue l'Egypte contemporaine, n° 19 mai 1914, p. 439-442.
*CHARFEDDINE (Mohamed Kamel), Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code Tunisien des obligations et des contrats, Rev. inter. dt. comp, 1996-2, p. 421.
*CHEHATA (Chafik),
- L'équité en tant que source de droit hanafite, Studia Islamica XXV, p. 123 et s.
- Le concept de contrat en droit musulman, Arch. Ph. Dt, 1963, n°13, p. 129.
- Logique juridique et droit musulman, Studia Islamica, XXIII, 1965, p. 5 à 25.
*CHEVALLIER (Jean), Rapport général, Trav.Ass. H.CAPITANT, XIV, p. 513 et s.
*CHEVALLIER (Yves), Une promesse de vente peut-elle survivre au refus de réalisation pour cause de lésion opposé par le vendeur à une réquisition de l'acheteur, Rev. trim. dt. civ, 1926, p. 711.
*CLAN, La doctrine Kantienne du droit. Introduction à sa lecture et discussion de

ses enjeux, R.R.J., 96-1, 265.
*COHENDY (George), Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, Rev. trim. dt. civ., 1914, p. 33.
*CONTE (Philippe), Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement. Réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause, Rev. trim. dt. civ., 1987, p. 223.
*COULOMBEL (P),
- Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering, Rev. trim. dt. civ., 1957, p. 609.
- Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des églises et de l'Etat, Rev. trim. dt. civ., 1956, p. 9.
*CREMIEN (Louis), De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent, Rev. trim. dt. civ., p. 39.
*CUCHE (Paul), A la recherche du fondement du droit. Y a-t-il un romantisme juridique ? Rev. trim. dt. civ., 1929, p. 57.
*DAVID (René), Sous le mot: droit comparé, Encyclopédia Universalis, 1988, Corpus 6.
*DECOTTIGNIES (Roger), L'erreur de droit, Rev. trim. dt. civ., 1951, p. 309.
*DECROUX (Paul), Origine et originalités du Dahir formant Code des Obligations et des Contrats, Gazette des tribunaux du Maroc, 25 Fév. 1958, n° 1, 225.
*DEFOSSEZ (Michel), Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, Rev. trim. dt. civ., 1985, p. 521.
*DEFRENOIS-SOULEAU(Isabelle), La répétition de l'indu objectif, Rev. trim. dt. civ., 1989, p. 243.
*DEL VILLE, L'incidence de la règle morale dans la réalisation du droit, R.R.J., 1992, p. 913
*DELACHENAL, De l'influence exercée par l'article 1110 sur la détermination de la cause, Rev. crit., 1904, p. 596.
*DEMOGUE (René), De la violence comme vice de consentement, Rev. trim. dt. civ., 1914, p. 435.
*DEMONTES, Fonctionnement juridique de la lésion, Rev. Crit., 1924, p. 37.
* DEROSSIN (David), Réalité vécue, réalité juridique et réalité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence, Revue française de philosophie et de culture juridiques, 2003, p. 191.
*DESCHAMPS, Dol et fautes des incapables dans les contrats, Rev. Crit., 1890, p. 271.
*DESPOTOLOS, La notion de Synallogma chez Aristote, Arch.ph.dt 1968, p. 114.
*DESPREZ (Jean), La lésion dans les contrats aléatoires, Rev. trim. dt. civ., 1955, p. 1.
* DEUMIER (Pascal), Error communis facit jus ?, in : L'erreur, sous la dir. de : FOYER (Jean), TERRÉ (François) et PUIGELIER (Catherine), P.U.F., Paris, 1ère éd., 2007.
*DICOFF (L), Les actes juridiques abstraits et le code civil français, Rev. trim. dt. civ., 1932, p. 327.
*DRAKIDIS(Philippe), La « subsidiarité », caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause, Rev. trim. dt. civ., 1961, p. 577.
*DURAND (Paul), Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du

contrat, Rev. trim. dt. civ., 1948, p. 155.
*DURRY (George), L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques, Trav. Ass. H. CAPITANT, XIV, p. 625 et s.
*ELIACHEVITCH (B), Le droit contractuel dans le système du droit soviétique, Rev. trim. dt. civ., 1938, p. 403.
*ESCARRA, Un article Sur un projet de loi relative à la lésion dans les Contrats de travail, Bull. de la soc. Lég, 1906, p. 243.
*ESMEIN, Etude sur les Contrats dans le très ancien droit français, Nouvelle Rev. His. 1882, p. 35-75.
*FONTBRESSIN (Patrick de), De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats, Rev. trim. dt. civ., 1986, p. 655.
*FRISON-ROCHE (Marie-Anne),
- L'indétermination des prix, Rev. trim. dt. civ., 1992, p. 269.
- Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, Rev. trim. dt. civ., 1995, p. 573.
*FUBBINI (Ricardo),
- Contribution à la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles, Rev. trim. dt. civ., 1902, p. 302.
- Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, Rev. trim. dt. civ., 1903, p. 279.
*FUKUYAMA (Francis), Today's New Fascists: Their Target: The modern world, In News week, December 2001-February 2002.
*GALCHER-BARON (Michel le), L'obligation de garantie, obstacle à une action de nullité pour incapacité, Rev. trim. dt. civ., 1959, p. 257.
*GARELLO, Présentation d'un débat fondamental en sciences économiques et ses implications pour les rapports entre droit et économie. Théorie de l'équilibre ou théorie de l'ordre, R.R.J., 95-2, 419.
GASSIN (Raymond), Une méthode de la thèse de doctorat en droit, R.R.J., 1996-4, p. 1167
*GAUTIER (Pierre-Yves), Contre Bentham: L'inutile et le droit, Rev. trim. dt. civ., 1995, p. 797.
*GENY (François),
- La relativité de la technique juridique, Rev. trim. dt. civ., 1935, p. 787.
- Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit, Rev. trim. dt. civ., 1922, p. 779.
- La laïcité du droit naturel, Arch de ph. du dt., 1933, n° 3 - 4.
*GERMAIN, Les origines helléniques de la notion du contrat, Etudes kaiser 1975, T. 1, p. 471.
*GHESTIN,
- Note sous Cass civ (3ème ch.) 3 février 1981, D, 1984, J., 457.
- L'utile et le juste dans les contrats, D. 82, chron., p. 1.
- La reticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D., 1971, chron., p. 247.
- L'erreur du *solvens*,condition de la repetition de l'indu, D., 1972, chron., p. 277.
*GRASSERIE (De la), Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé, Bull. soc. Lég. Comparée 1911, p. 482.

*GRELON (Bernard), L'erreur dans les libéralités, Rev. trim. dt. civ., 1981, p. 261.
*GROUBER (Alexandre), Une théorie psychologique du droit, Rev. trim. dt. civ., 1911, p. 531.
*GRUA (François), Les effets de l'alea et la distinction des contrats aléatoires et commutatifs, Rev. trim. dt. civ., 1983, p. 263.
*GUYENOT (Jean), La suggestion et la captation en matière de libéralités dans leur rapport avec la notion de dol ; Rev. trim. dt. civ., 1964, p. 199.
*GUYON (Yves), De l'obligation de sincérité dans le mariage, Rev. trim. dt. civ., 1964, p. 473.
*GUYOT, Dol et réticence. Etude CAPITANT, 1939, p. 282.
*HACHEM (Mohamed Larbi), Le code des obligations et des contrats: cent ans de solitude ? Mélanges en l'honneur de Mohamed CHARFI, Tunis, C.P.U., 2001, p. 231.
*HAURIOU,
- Le droit naturel et l'Allemagne, Le correspondent 1918, p. 913.
- L'ordre social, la justice et le droit, Rev. trim. dt. civ., 1927. P. 795.
*HEMARD (J),
- Droit de la concurrence et protection du consommateur, Gaz. Pal., 1971, 2, doctrine, p. 575.
- Un texte sur l'obligation naturelle, Rev. trim. dt. civ., 1916, p. 482.
*HOUIN (Robert), Les incapacités, Rev. trim. dt. civ., 1947, p. 383.
*HUSSON (Léon), Examen critique des assises doctrinales de la méthode d'exégèse, Rev. trim. dt. civ., 1966, p. 431.
*IONASCOV (Trajon. R), Les récentes destinées de la notion de la cause, Rev. trim. dt. civ., 1931, p29.
*IVANIER (T), De l'ordre technique à l'ordre publique technologique, JCP 1972, I, 2495.
*JOSSERAND (Louis), Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, Rev. trim. dt. civ., 1937, p. 1.
* JOURDAIN (Pierre), Le devoir de « se » renseigner ; contribution à l'étude de l'obligation de renseignement, D. 1983, chro, p. 139 et s.
*JUGLARD (De), L'obligation de renseignement dans les contrats, Rev. trim. dt. civ., 1945, p. 1.
*KARDAHI (Chokri), Le droit civil des pays sous mandat français dans ses rapports avec la législation religieuse, Rev. dt. int. privé, 1933, p443- 463.
*KAYSER (M.P), Les nullités d'ordre publique, Rev. trim. dt. civ., 1933, p. 1115.
*KAYSER (Pierre), La justice selon Aristote, R.R.J., 1996, 2, 313.
*KELSEN, La théorie juridique de la convention, Arch. Ph. dt, 1940, p. 33.
*KETTANI (Azzedine), La lésion en droit Marocain, Revue Marocaine de droit et d'Economie du développement, n° 7, 1984, p. 205.
*KLEIN (Gérard), Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager, Rev. trim. dt. civ., 1979, p. 13.
*KNANI (Youssef), La lésion est-elle une entité juridique autonome, RTD 1978, 1er semestre, p. 41.
*LAURENT, Le contrat de révélation de succession, Rev. crit., 1931, p. 397.
*LE TOURNEAU (Philippe), Quelques aspects de l'évolution des contrats, Mélanges P. RAYNAUD 1985, p. 372.

*LEVY (Emmanuel),
- Responsabilité et contrat, Rev. crit., 1899, p. 36.
- définition du contrat, Rev. trim. dt. civ., 1930, p. 273.
*LEVY (Gérald), Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion, Rev. trim. dt. civ., 1970, p. 1.
*LINANT DE BELLEFONDS (Y),
- Les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, 75ème année, n° 1 janvier -février 1959 p. 1et s.
- L'autonomie de la volonté en droit musulman, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, n° 74, 1958, p. 78 à 111.
*LOUSSOUARN,
- La condition d'erreur du solvens dans répétition de l'indu, Rev. trim. dt. civ., 1949, p. 212.
- Obs. sous C.A. de ROUEN, 4 mars 1969, Rev. trim. dt. civ., 1969, p. 762.
- Obs. sous trib.Gr.inst.Colmar, 30 Janv.1970, Rev. trim. dt. civ., 1970, p.755.
*LUCAS (André), Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif, Rev. trim. dt. civ., 1976, p. 455.
*LUCHAIRE (François), Les fondements constitutionnels du droit civil, Rev. trim. dt. civ., 1982, p. 245.
* LYON-CAEN (Gérard), De l'évolution de la notion de bonne foi, Rev. trim. dt. civ., 1946, p. 75.
*MAGNIN (F), Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation, JCP 1976, 1, 2780.
*MAHFOUDH (Mohamed), Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien. A propos de l'arrêt des chambres réunies n°27632 du 4 avril 1997, RTD, 2001, p. 375 et s.
*MALINVAUD (Ph.), De l'erreur sur la substance, D. 1972, chron., p. 215.
*MARTIN (Raymond), Aller et retour de Kelsen à Aristote, Rev. trim. dt. civ., 1997, p. 387.
*MAZEAUD (Henri),
- La maxime error communis facit jus, Rev. trim. dt. civ., 1924, p. 929.
- Défense du droit privé, D., 1946, chron., 17.
*MAZEAUD (Léon), De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit, Rev. trim. dt. civ., 1929, p. 17.
*MESTRE, Obs. sous. cass. civ, 20 Nov. 1990, Rev. trim. dt. civ., 1992, p. 100.
*MEULENAERE, Le nouveau code civil allemand, Rev. trim. dt. civ., 1903, p. 83.
*MEYNIAL,
- Notes sur l'histoire du dol et de la violence dans les contrats dans le très ancien droit français, Mélanges Fournier, p. 185.
- Un article sur la lésion dans l'ancien droit, Mélange Girard, T. II, p. 201 et s.
- La déclaration de volonté, Rev. trim. dt. civ., 1902, p. 545.
*MONEGER (Joël), Biographie du code des obligations et des contrats. De la réception à l'éssimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, Revue marocaine de droit et d'économie du développement, n °7, 1984, p. 15.
*MONTANIER, les actes de la vie courante en matière d'incapacité, Semaine jur, 1982, I, 3076.

* MONTEL (Alberto), Considération en matière de réforme de la prescription, Rev. trim. dt. civ., 1936, p. 637.
*MOREL (R.L), Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles, Rev. trim. dt. civ.,, 1908, p. 289.
*MORIN (Gaston),
-La désagrégation de la théorie contractuelle du code, Arch. ph. dt 1940, p. 7.
- Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel avec les conceptions. Rev. trim. dt. civ., 1937, p. 558.
*MULLER (Michel), L'acquéreur de bonne foi d'un meuble. Vers un nouveau équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé, Rev. trim. dt. civ., 1989, p. 697.
*NAUROIS (Louis De),
-Le droit canonique devant les juridictions étatiques, Rev. trim. dt. civ., 1964, p. 236.
-Le rôle du principe d'équité dans les droits canoniques et français, Rev. de droit canonique, 1979, p. 17.
*NIORT, Formes et limites du positivisme juridique, R.R.J, 1993-1, 157.
*ODILE (Simon), La nullité des actes juridiques pour trouble mental, Rev. trim. dt. civ., 1974, p. 707.
*OLZAK, L'utilisation politique du droit des obligations dans la pensée de la belle époque, R.R.J., 1995-1, 31.
*OPPETIT (Bruno), L'engagement d'honneur, DS, 1979, chron., 107.
*PENCAU (E.H),
- Conflit du droit naturel et de la justice, Rev. générale, 1925, p. 27
- L'obligation de conscience devant les tribunaux, Rev. trim. dt. civ., 1913, p. 503.
-Déformation des lois par les actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence, Rev. trim. dt. civ.,, 1921, p. 609.
- Des atténuations par actes juridiques aux lois impératives et prohibitives, Rev. trim. dt. civ., 1923, p. 291.
- Clauses manuscrites et clauses imprimées, Rev. trim. dt. civ., 1927, p. 303
*PERITEH, La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés, Rev. trim. dt. civ., 1929, p. 5.
*PICARD (Maurice), La gestion d'affaire (ses relations avec l'E. S. C), Rev. trim. dt. civ., 1921.
*PIZZO (Jean-Pierre), Un apport législatif en matière de protection du consentement, Rev. trim. dt. civ., 1976, p. 66.
*PLANIOL,
- Dol civil et dol criminel, Rev. crit.1895, p. 345 et 649.
- Un texte sur l'obligation naturelle, Rev. crit, 1913, p. 157 et s.
*PUTMAN,
- Kant et la théorie du contrat, R.R.J. 1996-3, 685.
- Le droit de ne pas payer ses dettes, R.R.J., 1994-1, 109.
*REGLADE, Essai sur le fondement du droit, Arch. ph. Dt., 1933, n° 3-4.
*RENARD (Jean), Etude sur les conditions de l'application de l'action d'ESC dans le droit français moderne, Rev. trim. dt. civ., 1920, p. 243.
*RIEG, Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^{e} siècle, Arch. ph.dt, 1968, p. 30.

*RIO, Grotius et l'égalité dans les contrats à titre onéreux, R.R.J., 1989, 433
*RIPERT, Une note sur la lésion, Rev. crit, 1907, p. 201.
*RIPERT et TEISSEIR, Essai d'une théorie de l'ESC en droit français, Rev. trim. dt. civ., 1904, p. 727 et s.
*RODIERE (René), Une notion menacée: La faute ordinaire dans les contrats, Rev. trim. dt. civ., 1954, p. 201.
*RONAST (André),
- L'ESC et la jurisprudence civile, Rev. trim. dt. civ., 1922, p. 35.
- A propos d'un livre sur la cause de l'obligation, Rev. trim. dt. civ., 1923, p. 395.
*ROTANDI (Mario), Quelques considérations sur le concept d'obligations naturelles et son évolution, Rev. trim. dt. civ., 1979, p. 1.
*RUDDEN (Bernard), Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignement, Rev. trim. dt. civ., 1985, p. 91.
*SCHMIDT (Joanna), La sanction de la faute précontractuelle, Rev. trim. dt. civ., 1974, p. 46.
*SYNYS-CYTERMANN (Anne), La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, Rev. trim. dt. civ., 1985, p. 471.
*TERRÉ (F.), Sur la sociologie juridique du contrat, Arch. ph. droit 1968, p. 72.
*THIBIERGE-GULFUCCI (Catherine), Libres propos sur la transformation du droit des contrats, Rev. trim. dt. civ., 1997, p. 357.
*TOURNAFOND (O), Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché) D., 1989, chron, p. 243.
*TOURNEAU, Les professionnels ont-ils des cœurs, D., 1990, chron., 21.
*TREMOLIAIRES, Formulation mathématique des textes juridiques, R.R.J., 1993-1, 283.
*TRIGEAUD (Jean-Marc), L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art (étude critique), Rev. trim. dt. civ., 1982, p. 55.
*VASSEUR (Michel), Délais préfixe, délais de prescription, délais de procédures, Rev. trim. dt. civ., 1950, p. 439.
*VILLEY,
- La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, Arch.ph.dt 1964, p. 97 et s.
- Sur les notions de contrat, Arch. ph. dt 1968, p. 99 et s.
*VIVIEN (Georges), De l'erreur déterminante et substantielle, Rev. trim. dt. civ., 1992, p. 305.
*WAHL (Albert),
- De la garantie des vices dans la vente des valeurs mobilières, Rev. trim. dt. civ., 1914, p. 5.
- La lésion dans les promesses unilatérales de vente, Rev. trim. dt. civ., 1927, p. 571.
*WEIN (Tony), La justice contractuelle en Grande Bretagne, Rev. inter. de droit comparé, 1981, 7.
*WOLTON (J-P), Cause et considération dans le droit anglais des obligations, Rev. trim. dt. civ., 1919, p. 469.
* ZARROUKI (Abdelmagid), L'erreur, mode d'emploi ou l'erreur sans peine, R. R. J., 2008-4, p. 1885 et s.
*ZENATI (Frédéric) et FOURNIER (Stéphanie), Essai d'une théorie unitaire de la prescription, Rev. trim. dt. civ., 1996, p. 339.

*ZINE (Mohamed), Centenaire de la codification en Tunisie. Le code des obligations et des contrats, inM Institut d'études judiciaires, Faculté de droit de Toulouse, La codification colloque sous la direction de Bernard Beignier, Paris, Dalloz, 1996, p.187.

3- أطروحات ومذكرات (بالعربية والفرنسية)

*ابن حمودة (سمير)، الغلط في القانون الجزائي، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997-1998.
*ابن طالب (أحمد)، التفويت في ملك الغير، أطروحة دكتورا دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2003-2004.
*أدريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتورا دولة، الرباط جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونيّة والاقتصادية والاجتماعية،1991-1992.
*البدوي (وداد)، القانون الجنائي والبيع، مذكرة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس(تونس II)، 1999.
*بلدي (كريمة)، الفسخ القضائي للعقد، تونس، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999.
*بولعابي (كريم)، الوعد بالبيع، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1991.
*جاد الله (ناصر)، مبدأ الإثراء بدون سبب، مذكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1992.
*الجربي (سامي)، تفسير العقد، أطروحة دكتورا دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1996-1997.
*جلولي (هدى)، البطلان الجزئي للأعمال القانونية، تونس، مذكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1995.
*الجوّة (لمياء)، دراسة نقدية لنظرية السّبب، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997.
*حبوبي (فاتن)، خيار التعيين في القانون التونسي، مذكرة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية (تونس II)، 2000.
*حرزي (سميرة)، الشرط في العقد، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.
*الداسي (ألفة)، القانون الجزائي وتكوين العقد المدني، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1998.
*راشد (راشد)، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، اطروحة دكتورا دولة، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1984.
*رجب (علي)، التغرير في إبرام العقود، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990.
*سعيد (محمد)، القسمة العقارية، أطروحة دكتورا دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2002.
*الشمنقي (فوزي)، دفع غير المستحق، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999.
*الشيخ (شكري)، الغلط كعيب للرضا، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1986.
*غرياني (سندة)، التقادم المسقط في المادّة المدنية، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.
*قرفي (هشام)، الغبن في القانون التونسي، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999.
*قلال (سامي)، إجازة العقد الباطل من خلال م ا ع التونسية، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.
* قزارة (إيمان)، نظرية الظاهر في القانون الخاص، مذكرة كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2002-2003.
*محمودي (عادل)، الممارسات الممنوعة في قانون المنافسة، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1995.
*مشالة (عيشة)، الالتزام الطبيعي، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2000.
*المهداوي (محمد)، جرائم المنافسة والأسعار والحرية التعاقدية، مذكرة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس(تونسII)، 1999.
*الورتتاني (فتحي)، العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس1991، .

*ABBES (Ridha), La connaissance de la loi en matière civile, Mémoire FDSPET, 1986.

*ABDEL MOHINE (Mohamed), Essai d'une théorie de la sanction dans la législation islamique, Th., Toulouse I, 1985.
*AGASTEIN, Le dol des incapables à l'occasion des contrats, Th., Paris, 1927.
*ALISSE (Jean), L'obligation de renseignement dans les contrats Th., Paris II, 1975.
*ALMASINO, L'enrichissement sans cause et son caractère subsidiaire, Th., Paris, 1931.
*ANDRONESCO (Dan), L'inégalité des prestations dans les contrats, Th., Paris, 1922.
*ARABI (Abdullah El), La contrainte économique et le délit civil de violence, Th., Lyon 1925.
*ARNAUD (André), Les origines doctrinales du code civil français, Th., Strasbourg, 1964, (L.G.D.J. 1969).
*ARFAOUI (Ezzeddine), Les règles écrites d'interprétation de la loi, Essai sur une méthode officielle d'interprétation des lois, Th., FDSP de Tunis, 2000.
*AUBERT (Jean-luc), Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Th., Paris, 1968.
*AYOUB (Chafiq), Le vice rédhibitoire en droit musulman, Rite Hanafite, Th. 3ème cycle, Paris 1967.
*BADRI (Malek), Le Code des obligations et des contrats et la maxime « *Nemo auditur…* », Mémoire, FSJP Tunis II, 2003-2004.
*BACCOUCHE (Samia), L'obligation d'informer dans les contrats, Mémoire, FDSP de Tunis, 1988.
*BAGBAG (Mohammed), De la déclaration de volonté source d'obligation dans le COC. Essai d'une théorie générale, Th., FDSP de Tunis, 1993-1994.
*BANDRAC (M), La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Th., Paris II. 1986.
*BARBIERI (Jean Jacques), Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, Th., Toulouse I, 1981.
*BARETTE(Olivier), L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui en droit privé, Th., Paris I, 1985.
*BASSOUMI (El), La lésion en droit comparé, Strasbourg, 1942.
*BECQUART (Joseph), Les mots à sens multiple en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique, Th., Paris, 1928.
*BEGIN (Yacine), Droit protecteur du consommateur et organisation économique et concurrentielle, Th., Nice, 1988.
*BEN ACHOUR (Sana), Aux sources du droit moderne tunisien. La législation tunisienne en période coloniale, Th., FSJPS Tunis II, 1996.
*BEN ISMAIL (Samia), Les recours au sein des groupes de contrat, Mémoire, FDSP de Tunis 1992.
*BEN JABALLAH (Dorsaf), La démence en droit civil, Mémoire, FDSP de Tunis 1997.
*BEN SALEM (Naziha), Les incapacités en matière de vente, Mémoire, FDSP de Tunis 1992.
*BEN THAYER (Samira), L'aléa et le contrat Mémoire, FDSP de Tunis, 1992.
*BENABENT (Alain), La chance et le droit Th., Paris II, 1971.

*BESROUR (Noureddine), Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, Th. de Doctorat d'Etat, FDSP de Tunis, 2001.
*BETTAÏB (Amel), La sanction de la faute précontractuelle, Mémoire, FSJPS de Tunis (II), 1996-1997.
*BEZZAI (Iadh), Les principes gouvernant les accords des parties au stade de la formation du contrat, Mémoire FDSPE, Tunis 1997.
*BIREKS (Helena), Les clauses abusives, Th., Montpellier I, 1982.
*BOCCARA (Bruno), Dol civil et dol criminel dans la formation des actes juridiques, Th., Paris, 1952.
*BONASSIES (Pierre), Le dol dans la conclusion des contrats, Th., Lille, 1955.
*BORELLO (Marc), La justice contractuelle en droit anglais, Th., Paris I, 1984.
*BOUDERBALA (Samira), L'aléa en droit civil, Mémoire, FDSP de Tunis, 1998.
*BOUKADIDA M'LAYAH (Donia), Le COC et la religion, Mémoire, FSJPS de Tunis, 1997-1998.
*BOYER (Ives), L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, Th., Aix Marseille III, 1977.
*BRETON (André), La notion de violence en tant que vice du consentement, Th., Caen, 1925.
*CAVALIOTI (Alexandre), L'origine et l'évolution de la théorie des nullités fondée sur les vices du consentement dans les contrats, Th., Paris, 1923.
*CELICE, De l'erreur, Th., Paris, 1922.
*CHAKER(Yahia), La garantie par le vendeur des vices cachés de la chose vendue, Mémoire, FDSPE de Tunis, 1973.
CHAUVEL (Patrick), Le vice du consentement, Th., Faculté de droit, d'Economie et de sciences sociales de Paris(Paris II), 1981.
*CHEVRIER (Georges), Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations (droit savant du moyen âge, ancien droit Français), Paris, 1929.
*CHIREZ (Alain), De la confiance en droit contractuel, Th., Nice, 1977.
*CHOLEY, L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion, Aix, 1975.
*COHIN, L'abstention fautive, Th., Paris, 1929.
*CORBESCO, Devoirs moraux et obligations légales, Th., Paris, 1903.
*COULAZOU, L'injustice usuraire devant le droit canonique et le droit séculier, Th., Montpellier, 1920.
*COUMAOS, Du rôle de la volonté dans l'acte juridique Th., Bordeaux, 1931.
*COUTURIER (Gérard), La confirmation des actes nuls, Th., Paris, 1969.
*DAGOT (Michel), La simulation en droit privé, Th., Toulouse, 1965.
*DAUCHY (Pierre), Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat, Th., Paris II, 1979.
*DIJOL, Nullité des contrats lésionnaires, Th., Montpellier, 1919.
*DUBREUIL, Des mobiles dans les contrats, Th., Lyon, 1919.
*DUPEYRON (Christian), La régularisation des actes nuls, Th., Toulouse I, 1971, (Paris, L.G.D.J. 1973).
*FABRE (Ivette), Essai sur la nature du dol dans la formation des contrats, Th., Université de Toulouse, Fac de droit, Toulouse 1941, (Paris ; lib du recueil Sirey 1941).

*FABRE-MAGNON (Muriel), Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, Th., Paris I, 1991,
*FAHIM (Adel. S), Le Riba et les contrats usuraires en droit musulman, Th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1961.
*FEINSTEIN (Movav), Commentaires des cents premiers articles du « Medjella », code civil ottoman, qui en constituent la base, Th., Aix, 1964.
*FERAH (Yessine), La consolidation de l'acte nul, à travers le droit commun des nullités, Mémoire, FSJP Tunis II, 2001-2002.
*FRENDL (Louis), Du contrat dans le code civil polonais de 1964, Th., Nice, 1968.
*GENDRE (Marc), Collaboration et assistance entre parties au contrat, Th., Clermont Ferrand, I, 1981.
GERALDI (Yves), La religion en droit privé, Th., Limoges, 1978.
*GORPHE (François), Le principe de la bonne foi, Th., Paris, 1928.
*GOUDEFFROY (Paul), L'erreur obstacle, Paris, 1924.
*GOUNOT(E), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Th., Dijon, 1912.
*GUGGENHEIN (Daniel), L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale, Th., Paris, 1970 (Paris L.G.D.J. 1970).
*GUIRAT (Monia), La protection du consommateur, Mémoire, FSJPS Tunis II, 1996.
*GUYARD (Charles), Etude sur les caractères des nullités des actes juridiques pour vice de forme, Th., Paris, 1920.
*HAMEL, La cause dans les libéralités, Th., Paris, 1912.
*HAYEM, L'idée de lésion dans les contrats entre majeurs, Th., Paris, 1899.
*IONASCO, La cause des actes à titre onéreux, Th., Paris, 1923.
*IVANUS (Nifon), De la réticence dans les contrats, Paris, Th., 1924
*JAUBERT, Des effets civils de la bonne foi, Th., Paris, 1899.
*JMAL (Moez), Le contrat et la promotion de la bonne foi, Mémoire, FDSPE, Tunis, 1997.
*KAHN (Raymond), La notion de l'aléa dans les contrats, Paris, Th., 1924.
*KISLIAKOFF (Nadia), La simulation en droit romain, Th., Paris, 1965.
*KNANI (Youssef), La protection juridique du malade. Réflexions sur la politique législative tunisienne, Th., Université de droit, d'économie et des sciences sociales, Paris II, 1980.
*KOTB (Mossaad), Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit musulman comparé, Th., Paris II, 1984.
*LALLEMENT, L'état de nécessité en matière civile, Th., Paris, 1922.
*LATRACH (Hatem), La crainte et la libre volonté dans la théorie générale du contrat, Mémoire FDSPE, Tunis, 1995.
*LE TOURNEAN (Ph.), La règle « nemo auditur … », Th., Paris, 1969.(Paris L.G.D.J., 1970).
*LITTMANN (Marie José Martin Mme), Le silence et la formation du contrat, Th., Strasbourg, 1969.
*LONDRAUD (Daniel), La prescription extinctive et l'ordre publique, Th., Lyon II, 1971.
*LOUIS (Lucas), Volonté et cause, Th., Dijon, 1918.

*MADJARIAN (Jean Claude), Le silence et la formation du contrat, Th., Nice, 1965.
*MARIETTE (Dalem), L'extension de la notion de lésion dans les contrats, Paris, 1939.
*MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence Th., Toulouse 1920 (Paris, Jouve et Cie, 1920).
*MAYER (Huguette), L'objet du contrat, Th., Bordeaux, 1968.
*MERCHAOUI (Mohammed), Le malade et l'acte juridique patrimonial, Mémoire, FDSPE, Tunis, 1976.
*MEURISSE (Pierre), La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion, Th., Paris, 1925.
*MIMIN, Les vices du consentement dans les contrat dans notre ancien droit, Paris, 1926.
*MINALLAH (Nabil), Les restitutions consécutives à l'annulation du contrat, Mémoire, FSJPS Tunis II, 1996.
*MONT CHARMONT, La déclaration du risque dans les assurances terrestres d'après la loi du 13 juillet 1930, Th., Paris, 1932.
*MOURALIS (Jean Louis), La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, Th., Grenoble, 1968.
*MRABTI (Abdelkader), Contribution à l'étude critique de la notion de lésion, Th., Paris II, 1986.
*OTTENHOF, Le droit pénal et la formation du contrat civil, Th., Rennes, 1976 (Paris, L.G.D.J., 1970).
*OUTIN-ADAM(Anne), Essai d'une théorie de délais en droit privé: Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit, Th., Paris II, 1986.
*PALLARD (Roger), L'exception de nécessité en droit civil, Th., Poitiers, 1947.
*PENESCO (Nicolas), Limites à l'exercice du droit contractuel, Paris, 1923.
*PEROT MOREL (Mme Marie Angèle), De l'équilibre de prestation dans la conclusion du contrat, Th., Grenoble 1956 (Grenoble, Imp, Allier, 1961).
*PIEDELIEVRE (P.), Effets produits par les actes nuls, Th., Paris, 1911.
*POIRIER (Valery), Les effets juridiques du silence, Th., Paris, 1920.
*PONCEAU (Robert), la volonté dans les contrats selon le code civil, Th., Lyon, 1920-1921.
*PREVOST (Jacques), Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile. Etude de doctrine, jurisprudence et pratique, du droit médiéval au droit moderne, Th., Uni. de Paris, Fac de droit, 1939 (Paris, Les presses modernes, 1939).
*PROCA (Zeno), Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande, Th., Université de Paris, Faculté de droit (Paris, Les presses modernes, 1931).
*RAWANDOSI (Zozek), La théorie de la lésion dans les contrats en droit civil comparé: droit français, droit musulman, les droits civils des Etats musulmans modernes, Th., Paris, 1967.
*REBAI (Abdelwahab), Le domaine de la prescription civile en matière contractuelle, Mémoire, FDSPE, Tunis, 1983.
*REVENAUD, La cause et le motif dans les contrats et les libéralités, Th., Paris, 1930.

*RIBETTE GENINET (Mirene), Théorie générale des avants contrats en droit privé, Th., Paris II, 1985.
*RIVIERE (Cyrille), Des vices du consentement en droit anglais, Th., Paris, 1922.
*ROSELLO (C.), Le droit pénal et la moralisation du contrat, Th., Aix-Marseille, 1973.
*ROUHETTE (George), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Th., Paris, 1965.
*ROUSSIER, Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église, Th., Paris, 1933.
*ROVINSKI (Jean), La violence dans la formation du contrat, Th., Aix, Marseille III, 1987.
*SAADA (Raoul), Essai sur l'œuvre de la jurisprudence française en Tunisie, Th., Lyon, 1926-1927.
* SACRANI (Raja), Sources doctrinales du code des obligations et des contrats tunisien. Étude sur la théorie générale des obligations, Th., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis.
*SAFAÏ (Hassein), La protection des incapables: étude comparative du droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques, Th., Paris, 1965.
*SALLÉ DE LA MARNIERE, L'évolution technique du contrat, Th., Paris, 1930.
*SATHOUD (Victorine), L'égalité des contractants en droit civil des obligations, Th., Bordeaux I, 1987.
*SAVEY (Casard M.P), Le refus d'action pour cause d'indignité, Th., Lyon, 1930 (Paris, L.G.D.J., 1930).
*SCHUMACHER (Ives), La mauvaise foi en droit privé positif, Th., Aix, 1967.
*SEROT ALMERAS LATOUR(L), La protection du consommateur dans les ventes pratiquées par les magasins à grande surface, Th., Paris I, 1975.
*SIM TOLEDO, Analyse de la théorie des contrats et obligations en droit civil ottoman, Th., Paris, 1915.
*SIMLER (Philippe), La nullité partielle des actes juridiques, Th., Strasbourg, 1968.
*SNOUSSI (Mohammed Maher), Le silence et la formation du contrat, Mémoire, FSJPS Tunis II, 1992.
*SUZANNE (Michel), La notion thomiste du bien commun, Th., Nancy, 1928.
*TAHILA (Jean Claude), La loi n°78-23 du 10/1/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats, Th., Poitiers, 1985.
*TARDE (De), L'idée de juste prix, Th., Paris, 1906.
*TICHADOU HASS (Evelyne), La protection du consommateur face aux conditions générales de contrat:étude de droit comparé, Th., Nice, 1984.
*TREPPOZ (Edouard), La substance dans le code civil, R.R.J., 2006-3, p. 1275 et s.
*TZARANU, Etude sur la règle: Nemo auditur, Th., Paris, 1926.
*VALDELIEVRE (François), La confirmation des actes nuls, Th., Paris, 1964.
*VIDAL (José), Essai sur une théorie générale de la fraude en droit français, Th., Toulouse, 1956-1957.
*VINCENT (François), De l'idée de lésion dans les promesses de vente, Th., Lyon, 1925-1926. *VIRASSAMY (M), Les contrats de dépendance. Essai sur les activités

professionnelles exercées dans une dépendance économique, Paris I, 1985, (L.G.D.J., 1986).
*VOGEL (L), Concentration économique et système de droit de la concurrence, Th., Paris II, 1985. *VOUIN (Robert), La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français, Th., Université de Bordeau Faculté de droit 1938 (Paris, R, Pichon et R. Durand – Auzias L.G.D.J., 1939).
*WEGAN (Marthe), La notion d'erreur sur la personne dans la doctrine canonique contemporaine, Th., Strasbourg, 1975.
*YOUSSEF née BABAI (Souad), L'acte unilatéral source autonome d'obligation en droit privé, Th., FDSP de Tunis, 2000-2001.

4- قوانين وأعمال تحضيريّة

- Projet préliminaire du code civil et commercial Tunisien (soumis à la commission de codification des lois tunisiennes par M. D. SANTILLANA. Membre de la commission), Tunis, Imprimerie générale (J. Picard et Cie), 1897.
- Code civil et commercial tunisien, Avant projet (discuté et adopté au rapport de M. D. SANTILLANA, Imprimerie Générale (J. Picard et Cie), 1899.
- قانون مدني وتجاري، تونس، مطبعة الدولة التونسية الرسمية، 1316 هـ/ 1899 م (2489 فصلا).
- قانون مدني وتجاري، تونس، مطبعة الدولة التونسية الرسمية، 1316 هـ/ 1899 م (657 فصلا).
*Code tunisien des obligations et des contrats. Accompagné d'observations critiques, LARCHER (Emile), Alger, Typographie Adolphe Jourdan, 1907.
*Précis de droit civil musulman, commentaire du code tunisien avec annotations critiques, MOREL (André), 1911.
*قانون الالتزامات والعقود المغربي، ط 1، الدار البيضاء، نشر دار الكتاب، توزيع مكتبة الوحدة العربية، 1966.
Code civil et criminel du Royaume tunisien. Traduction de l'arabe BONE, Imprimerie de Dogand, 1860.
*شرح المجلة رستم باز اللبناني(سليم)، بيروت دار إحياء التراث العربي، 1406 هـ/ 1986 م.
*درر الحكام شرح مجلة الاحكام، حيدر (علي)، تعريب فهمي الحسيني، ط 1، بيروت، دار الجيل، 1411 هـ/ 1991 م.
*CODE civil allemand, promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900, Paris, L.G.D.J., 1929.
*Le code civil. 1804-1904, Livre du centenaire, Paris, Rousseau, 1904.
*CAMBACÉRÈS, Projet du code civil présenté au conseil des cinq cents, au nom de la commission de la classification des lois, Paris chez Garney, librairie, rue serpente, n° 17, An cinquième, 1796 (Topos verlag AG vaduz. Liechtenstein, Librairie Edouard DUCHEMAIN, Paris, 1977).
*FENET (Pierre Antoine), Recueil des travaux préparatoires du code civil suivi d'une édition de ce code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France, et où se trouve indiqués, sous chaque article séparément, tout les passages du recueil qui s'y rattachent, Paris, Au dépôt, rue Saint- André- des-arcs, n° 51, 1827-1829, 15 volumes.
*LOCRÉ (Jean-Guillaume), Esprit du code Napoléon, ou conférence historique, analytique et raisonnée du projet de code civil, des observations des tribunaux, des

procès verbaux du conseil d'Etat, Paris, Imprimerie impérial an 1805-1807, 5 volumes.
*Code civil italien. Promulgué le 25 juin 1865, mis en vigueur le 1er janvier 1866, Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Henri PRUDHOMME, Paris, A. PEDONE Editeur, 1896.
*CODE de commerce du royaume d'Italie. Promulgué le 2 avril 1882 et mis en vigueur le 1er janvier 1883, traduit par Henri MARCY. Nice, S. couvain-empereur, Janvier 1882.
*CODE Fédéral des obligations du 14 juin 1881, Recueil officiel, Nouvelle série, Tome V.
*Les cinquante livres du Digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien, traduit en français par feu M. HULOT et par M. BERTHELOT, sur un exemplaire des pandectes florentines, conféré avec l'édition originale des Contius, celles de Denis GOUDEFROY par ELZEVIR et autres. Editeur: à METZ, chez BEHMER et LAMORT ; E. Paris, chez Rondonneau. An XII (1803), An XIII (1805), 7 volumes.
- Traduction des textes du Digeste relatifs à l'influence du fait ou de la demeure d'un débiteur sur le sort de ses codébiteurs: à la perte de la chose due dans l'obligation alternative ; aux risques dans les contrats synallagmatiques. M.E.A.LARICHE, Paris, Libr. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868.
*Digesta Justiniani, Ed.Librariae, Milano, 1931.
*Digesta Justiniani, Augusti recognoverunt et editerunt, P.bonfante, c.fadila.s riccombono.r scialoia juris antecessors.Mediolani Fermis soc édit.Dr Vallardi, Milano, 1931.
- Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien. Par P.Van.Wetter, Paris, L.G.D.J., 1909.
*جوستنيان، مدونة جوستنيان في الفقه الروماني(Institutes de Justinien)، يتبعها نظام للمواريث وضعه جوستنيان، ويليها بعض قواعد وتقريرات فقهية رومانية وبعض تقريرات أخلاقية، نقله الى العربية عبد العزيز فهمي، بيروت، عالم الكتب.
- Institutes de l'empereur Justinien, nouvellement traduites par a.m. Du caurroy de la croix. Avec les novelles 118 et 127 et plusieurs extraits des autres novelles ou des lois du code, placés au dessous des paragraphe qu'elles modifient, Paris, chez Néve libr, 1821(textes latins en regard).
- Institutes de l'empereur justinien, traduites sur le texte de Cujas. Par. a.m. Du caurroy et augmentées: 1° des novelles CXVIII, et CXXVII 2° de plusieurs extraits des autres constitutions qui modifient les institutes, avec le texte en regard, Paris, Alex Gobelet, 1837.
- Institutes de l'empereur Justinien, traduites et expliquées par a.m. Du caurroy, Paris, Gustave Thorel –libr. – ruce d'Alex Gobelet, 1848, 2 volumes.
- Explication historique des institutes de l'Empéreur Justinien avec le texte, la traduction en regard et les commentaires sous chaque paragraphe. Ortolan (J) 12ème édition augmentée d'appendices et mise au courant par J.E.Labbe, Paris, Lib. Plon. Mourrit et Cie, 1883.
* Institutes, in Manuel des textes de Droit Romain comprenant les institutes de Justinien et de Gaius ainsi que tous les fragments des Jurisconsultes qui nous sont parvenus en dehors du Digeste avec des notices et l'indication des sources. Par J.B. Mispoulet, Paris, Lib. Plon. Nourit et compagnie, 1889.
* Institutes de Justinien. Traduites en français avec le texte latin en regard par T.

Vaquette, Imp.Moquet. - Les collections de Novelles de l'empereur Justinien. Par Pierre Noaille, Paris, Librairie de la Soc. du Rec. Sirey, 1912. 1914, 2 volumes, Tome I origine et formation sous Justinien 1912, TII La collection grecque des 168 novelles, 1914. - Textes de droit romain, GERARD (Fréderic), Paris, Arthur Rousseau, 1923.

فِهرِس المصطلحات*

* الإحالات هي على أرقام الفقرات لا الصّفحات.
الثّبت يهمّ المصطلحات الواردة في المتن لا في الهوامش.

ا ـ أ ـ إ

إبراء · 367
إجارة · 116
إجازة · 336، 337، 363، 367، 368
اجتهاد · 5، 7، 402
أجرة · 173
إجماع · 182، 293
إرادة استعماليّة · 241
إرادة الأثر · 1، 164، 190، 238، 241، 242، 244، 246، 255، 336، 337
إرادة التّعبير · 1، 189، 238، 241، 242، 244، 246، 255، 336، 337
إرث · 94، 97
استحسان · 5
استحقاق · 349، 376،
استرداد · 87، 113، 286، 324، 349، 376، 404
استرسال · 250، 260، 261، 264
استصلاح · 5، 402، 403
إقرار · 129
إكراه · 1، 164، 173، 289، 296، 303، 316، 319، 324، 336، 337، 348، 353، 366، 367
التزام طّبيعي · 156
أمانة · 260، 261، 264
إمضاء · 98، 157، 266، 341، 357، 358، 359، 360، 368، 384، 415
أمّي · 137
أهليّة · 107، 281، 289، 315، 319، 336، 348، 354، 366، 367
إيجاب · 42، 87، 285، 289، 290، 294، 296، 335

ب

برنامج (البيع على) · 174
بطلان بقوّة القانون · 274، 275، 280، 281، 282، 286، 287، 291، 292، 294، 315، 324، 325، 348، 349
بطلان راديكالي · 281، 282، 378
بطلان من الأصل · 276

ت

تبرّع · 116
تحفّظ ذهني · 1
تحوّز · 376
تدليس · 193، 336، 337
تعبير حكائي · 1
تعيين الثّمن · 35، 37
تغرير أصلي · 222، 223، 224، 264
تغرير عرضي · 221، 222، 223، 228، 229، 231، 235، 264
تفويت (في أموال القصّر) · 319، 348
تقادم · 266، 341، 373، 374، 376، 377، 391، 402، 403، 404، 405، 408، 412
تولية (بيع) · 261

ث

ثمن · 31، 34، 35، 36، 37، 112، 113، 165، 231، 320، 366

ج

جنون · 281، 289، 408
جهالة · 181
جهل · 4، 17، 33، 35، 119، 128، 133، 134، 135، 136، 137، 138، 139، 140، 141، 167، 177، 184، 302، 303، 408

ح

حسن النّيّة · 320

خ

خداع · 193، 194، 195، 196، 199، 202، 203، 205، 211، 219، 221، 224، 225
خسارة · 266
خوف من ذي سطوة · 408
خيار الرّؤية · 86، 180، 181، 182، 183، 184، 185، 186، 333، 334، 336، 366، 368،367، 402
خيار العيب · 86، 100، 101، 102، 103، 125، 310، 333، 334، 336، 366، 367، 368، 405
خيار الوصف · 64، 86، 100، 102، 103، 125، 157، 185، 218، 310، 333، 334، 336

د

دستور · 348
دعوى استرداد · 376
دعوى العين · 403

ر

ربا · 231، 289، 296

ز

زواج · 148

س

سبب التزام · 152
سبب عقد · 152، 417
سكّة · 35، 36
سكر · 281

ش

شفعة · 107، 128، 366، 402

ص

صبي · 146، 281، 289، 335، 336، 344، 366
صغير · 128، 289، 408
صفقة · 363، 364، 368
صمت · 209، 417
صوري · 1

ض

ضريبة · 116

ط

طبيعة العقد · 38، 39، 78، 124، 125، 151، 154، 162، 264، 271، 283، 284، 285، 292، 293، 294، 333

ظ

ظروف الأحوال · 167

ع

علّة صوريّة · 146
علّة غائيّة · 5، 146، 154، 156، 157
علّة فاعلة · 146، 156، 157
علّة مادّيّة · 146
عيوب خفيّة · 93، 321

غ

غبن · 238، 241، 242، 243، 244، 246، 247، 249، 251، 252، 253، 255، 257، 258، 259، 260، 261، 262، 263، 264، 281، 307، 322، 324، 337
غرر · 100، 184، 186، 191، 289، 296
غلط مانع · 285، 293
غيبة · 363، 408، 409، 410

ف

فضولي · 335

ق

قاصر · 281، 316، 323، 353، 354، 408، 409
قسمة · 156، 180

ك

كتمان · 206، 208، 209، 218، 262، 263، 264، 417
كذب · 165، 202، 203، 204، 209، 262
كراء · 285
كنايات · 205، 206

ل

لجنة · 15، 39، 214، 272، 421

م

مخاتلات · 199، 203، 206
مرابحة · 260
مساومة (عقود) · 260، 261، 262، 264
مستأمن · 250
مسترسل · 250
مستشرق · 5
مصالح مرسلة · 5، 402
مضغوط (عقد الـ) · 1، 241، 244
معاوضة · 174، 320
معتوه · 335، 408
مقاصّة · 186
مقدور التّسليم · 186، 289، 335
مميّز (صبيّ) · 281، 335، 336، 354، 366

ن

نائب · 211، 212، 215
نسيان · 4، 5
نظام عامّ · 281، 378
نيابة · 335

ه

هزل · 5
هلاك (الشّيء) · 310، 328، 380
هويّة · 33

و

واقعة قانونيّة · 87

وجود السّبب · 38، 40، 41، 42، 64، 80، 87، 123، 124، 125، 128، 151، 152، 154، 264، 271، 281، 282، 284، 285، 286، 292، 293، 294
وصيّة · 87، 156، 173
وضيعة · 260
وكالة · 335
ولاية · 335، 393

ي

يمين · 165، 166، 171

فِهرِس العناوين

المقدّمة

محلّ البحث 14
فرضيّة البحث 32
المقاربة المعتمدة في البحث 37
تخطيط البحث 42

الجزء الأوّل

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط 45

العنوان الأوّل

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط التّلقائي 56

الفصل الأوّل
الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في صور الغلط التّلقائي 59
القسم الأوّل: الإحكام في صور الغلط في الواقع 61
§1 الإحكام في صور الغلط في الواقع "المبطل" 61
(أ) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء 61
(1) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم "الغلط" 61
(2) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم غير اسم "الغلط" 121
(ب) الإحكام في صورة الغلط في الشّخص 133
§2الإحكام في صور الغلط في الواقع "غير المبطل" 138
(أ) الإحكام في صورة الغلط في الحساب/ أو في صورة الغلت 138
(ب) الإحكام في صورة الغلط في الباعث 143
القسم الثاني: الإحكام في صورة الغلط في القانون 146
§ 1 صور الغلط في القانون 149
(أ) الإحكام على مستوى الصّور في نفسها 149
(ب) الإحكام على مستوى الصّور منطوقا بها في نصّ مستقلّ بنفسه 157
§ 2 قبول الغلط في القانون 159
الفصل الثّاني
الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي 165

القسم الأوّل: الإحكام في شرط العلّة 165
§1 محتوى العلّة.....165
(أ) محتوى العلّة "النّظري" 165
(ب) محتوى العلّة "التطبيقي".....168
§2 وضع العلّة.....175
(أ) وضع العلّة شكلا 175
(ب) وضع العلّة مضمونا 180
القسم الثّاني: الإحكام في شرط "مغتفر" 186
§1 الإحكام في الشّرط في إطار عامّ 186
(أ) عين الشّرط 186
(ب) المواقف من الشّرط.....199
(1) عين المواقف.....199
(2) الحكم على المواقف.....206
§2 الإحكام في الشّرط في إطار خاصّ (خيار الرّؤية).....208
(أ) خيار الرّؤية والفقه الإسلامي 209
(ب) خيار الرّؤية و مجلّة الالتزامات والعقود 213

العنوان الثّاني

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث 220

الفصل الأوّل

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصلين 56 و57 223

القسم الأوّل: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد مع الواقع في غلط مُحْدَث...224
§ 1 الإحكام والعمل.....224
(أ) الإحكام وإتيان العمل 229
(1) الإحكام وإتيان العمل بواسطة اليد 229
(2) الإحكام وإتيان العمل بواسطة اللسان 231
(ب) الإحكام وترك العمل.....234
§ 2الإحكام والعامل 240
القسم الثّاني: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد الواقع في غلط مُحْدَث (أثر العمل) 244
§ 1 الإحكام على صعيد الجامع.....245
§ 2 الإحكام على صعيد الفارق.....252

الفصل الثّاني

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصل 60 264

القسم الأوّل: الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده 265
§ 1 الإحكام على مستوى الإقصاء 266
§ 2 الإحكام على مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق 273
القسم الثّاني: الإحكام على مستوى قبول الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير 274
§1 الإحكام على مستوى قبول الغبن 274
§2 الإحكام على مستوى التّفصيل في الغبن 278

الجزء الثّاني

الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط..... 298

العنوان الأوّل

الإحكام في الأحكام المذكورة تصريحا: مراتب المؤيِّدات 311

الفصل الأوّل

الإحكام في مرتبة غير الصّحيح..... 314

القسم الأوّل: مرتبة الباطل "مطلقاً"..... 315
§1 عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود..... 315
(أ) عرض عين حكم مجلّة الالتزامات والعقود..... 315
(ب) عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود..... 328
(1) المصنَّف 328
(2) الصّنف 329
§2 تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود..... 331
(أ) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للصّنف..... 331
(ب) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للمصنَّف..... 336
القسم الثّاني: مرتبة الفاسد 343
§1 عرض مرتبة الفاسد..... 343
(أ) الأصل الأوّل لمرتبة الفاسد..... 344
(ب) الأصل الثاني لمرتبة الفاسد 345
§2 تقييم عدم وضع مجلّة الالتزامات والعقود لمرتبة الفاسد بالنّسبة إلى الغلط في النّوع..... 347

الفصل الثّاني

الإحكام في مرتبة الصّحيح..... 349

القسم الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود..... 349
§ 1 عرض عين حكم مجلّة الالتزامات والعقود 349
(أ) المصنَّف..... 349

(ب) الصّنفان.....350
(1) الصّنف الخاصّ بالغلط المنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات والعقود 350
(2) الصّنف الخاصّ بالغلط التّلقائي والمُحْدَث المنظّم بالفصول 45 و46 و56 و60 من مجلّة الالتزامات والعقود 352
§ 2 عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود 358
(أ) المصنَّف.....358
(ب) الصّنفان.....359
القسم الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود.....365
§1 تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى وجود صنف عامّ وإلى جانبه صنف خاصّ 365
§2 تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى اختيار الصّنف العامّ 368
(أ) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة غير اللاّزم.....368
(ب) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة الموقوف 374

العنوان الثّاني

الإحكام في الأحكام المطويّ ذكرها: آثار مراتب المؤيِّدات 386

الفصل الأوّل

الإحكام في آثار مراتب المؤيِّدات غير المتعلّقة بالزّمن 390
القسم الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود.....390
§1 عرض الحكم المتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى.....390
(أ) عرض مصدر الحكم 390
(ب) عرض عين الحكم 396
§2 عرض الحكم المتعلّق بمسألة من يثير البطلان.....399
(أ) عرض مصدر الحكم 399
(ب) عرض عين الحكم 401
§3 عرض الحكم المتعلّق بمسألة الإمضاء 402
(أ) عرض مصدر الحكم 402
(ب) عرض عين الحكم 405
القسم الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود.....408
§1 تقييم الحكم في ذاته 408
(أ) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى.....408
(ب) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة من يثير البطلان.....413
(ج) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة الإمضاء.....415
§2 تقييم الحكم في سياقه.....418

الفصل الثّاني
الإحكام في أثر مراتب المؤيِّدات المتعلّق بالزّمن..... 424
القسم الأوّل: عرض الحكم 424
§1 عرض مصدر الحكم 424
(أ) عرض مصدر الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن
..... 425
(ب) عرض مصدر الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بالزّمن
..... 429
§2 عرض عين الحكم..... 431
(أ) عرض عين الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن 431
(ب) عرض عين الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بالزّمن 444
القسم الثّاني: تقييم الحكم..... 444
§1 تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن 444
§2 تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بالزّمن..... 455
الخاتمة العامّة..... 459
فِهرِس المراجع..... 472
فِهرِس المصطلحات..... 511
فِهرِس العناوين..... 519

أحكام الغلط

الكتاب

كيف نقع في غلط؟ نقع في غلط حين يتسبّب عدم العلم عندنا في حكم ضروري وكلّي لا يتطابق مع الواقع. بعبارة أكثر تفصيلا: لكي يكون ثمّ غلط، لا بُدّ أن يكون هنالك عدم علم بما في الأمر مقترن بعدم علم بما ليس فيه. عدم العلم هذا غالبا ما يكون غير معلوم منّا (لا نعرف أنّنا لا نعرف). ثمّ إنّ عدم العلم هذا ينبغي أن يكون قد أدّى إلى حكم (أي إلى قضيّة خبريّة: أ هو ب). هذا الحكم ينبغي أن نكون قد عددناه ضروريّا وكلّيّا. كما ينبغي أن يكون غير مطابق للواقع، أي ينبغي أن نكون قد حكمنا على ما ليس كائنا أنّه كائن وعلى ما هو كائن أنّه ليس كائنا. هذا هو الغلط. وتعريفه على هذا النّحو ليس ترفا فكريّا، بل له تداعيات على مستوى "المنهجيّة التّشريعيّة" أو "علم التّشريع".

لماذا نقع في غلط؟ نقع في غلط لأنّنا لا نعلم. لماذا لا نعلم؟ بسبب تقصير وإهمال منّا. لكنّ هذا ليس صحيحا دائما إذ قد نقع في غلط دون أن يكون وراء ذلك أدنى إهمال أو تقصير. في الصّورة الأولى، تتحدّث بعض القوانين اليوم (العربيّة وغير العربيّة) عن "غلط غير مغتفر". أمّا في الصّورة الثّانية، فتتحدّث عن "غلط مغتفر". والسّليم – من زاوية المنهجيّة التّشريعيّة – أن نوصّف الغلط في الصّورة الأولى لا بوصف "غير مغتفر" بل بوصف "غير ثابت الوجود"، وفي الصّورة الثّانية لا بوصف "مغتفر" بل بوصف "ثابت الوجود".

على ماذا يقع الغلط؟ محلّ الغلط هو في جميع الحالات علّة غائيّة. مثال ذلك: إذا اشترينا شيئا على أنّ له أوصافا فتبيّن أنّ له أوصافا أخرى، نكون قد وقعنا في غلط محلّه الأوصاف، أي محلّه (وهذا هو تعريف العلّة الغائيّة) الباعث على التّعاقد أوّلا المطلوب وجوده آخرا. وفي بعض القوانين اليوم (العربيّة وغير العربيّة) نجد حديثا عن مشروط (غلط انصبّ على محلّ ما) وشرط (أوجب الرّضا بالعقد). هذا يعني، إذا توفّر الشّرط، أنّ هذه القوانين تتحدّث عن "غلط محلّه علّة كان علّة"! كما يعني، إذا لم يتوفّر الشّرط، أنّها تتحدّث عن "غلط محلّه علّة أنّه ليس علّة"! لكنّ علم التّشريع يمكّن من القول إنّ على القوانين أن تكتفي بالحديث عن الغلط وعن محلّه فحسب دون أن تزيد على ذلك الشّرط المذكور منذ قليل لأنّه لا يزيد شيئا.

الكاتب

حاصل على دكتوراه دولة في القانون؛ يدرّس في الجامعة التّونسيّة منذ سنة ١٩٨٩ (كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، ثمّ كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس)؛ وله بضعة بحوث منشورة في تونس وفرنسا، باللغة العربيّة والفرنسيّة.

عبد المجيد الزّروقي

abdelmagidzarrouki@yahoo.fr

ISBN 978-2-7451-6761-3

Designed & Printed By: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

أسّسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

هاتف 12 / 11 804810 5 961+ ص.ب 9424 - 11 بيروت - لبنان

فاكس 804813 5 961+ رياض الصلح - بيروت 2290 1107

e-mail: sales@al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com

www.al-ilmiyah.com DKI

دار الكتب العلمية® Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah