أساس الإلتزام العقدى

النظرية والتطبيقات

دكتور
عبد الرحمن عياد
المستشار بمحكمة الاستئناف

مؤسسة الثقافة الجامعية
٤٠ شارع سوتير / الإسكندرية
ت / ٤٨٣٥٢٢٤

بسم الله الرحمن الرحيم

اهداء

الى الوالد الكريم أستاذى الجليل

جعفر النفـــــراوى

تحية محبة وتقدير

ووفاء لأيام سعيدة فى ظل رعايته وفضله

مقدمة

يرتكز الالتزام العقدى فى الفقه الحاضر — سواء فى نشأته أو فى بيان مضمونه — على الارادة ، بمعنى ان ارادة المتعاقد التى ساهمت فى ابرام العقد هى أساس تولد الالتزام فى حقه ، كما هى مناط تحديد مداه . ويرتد هذا النظر الى ما يقول به مذهب سلطان الارادة الفردية من ان كل شخص يتمتع فى الاصل بحق طبيعى ومطلق فى الحرية ، ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرية بأى قيد الا اذا كان نابعا من رضاء الشخص نفسه . فالارادة هى التى تضع القانون الذى تخضع له ، وهى التى تخلق الالتزام فى ذمتها بمقتضى نفس سلطانها ومشيئتها .

واذا كانت بعض النظريات قد قامت لتعارض مذهب الارادة ، كنظرية الاعلان الالمانية ونظرية الثقة السويسرية ، فلا يعدو الامر فى كلتيهما سوى أن تكونا استثناء على مذهب الارادة فى ناحية معينة من نواحى تطبيقه بغية تقويم اعوجاجه فى هذه الناحية وحدها ، دون أن يعنى ذلك قيامهما بديلا عنه كأساس للالتزام العقدى أو اعتبارهما ندا له فى الهيمنة على نظرية العقد . وعلى الأقل فان الارادة لا زالت معتبرة فى القانون الالمانى والسويسرى قوام العقد ومناط تحديد آثاره بوجه عام .

ورغم ما أصبح مسلما به الآن من فساد النظرة التى يقوم عليها مذهب سلطان الارادة ، ورغم اهمال تطبيقه حاليا فى كثير من مسائل العقد الهامة ، فلا يزال معتبرا حتى الآن هو الاساس الوحيد المعروف للالتزام العقدى .

واذا كان الخروج على مذهب الارادة قد اخذ يتزايد فى العصر الحديث على اثر التطورات الاقتصادية التى حدثت نتيجة للثورة الصناعية ، فليس معنى ذلك أنه كان صحيحا أول الامر ثم غدا غير ذلك بفعل هذه التطورات ،

وانما يعنى ذلك حتما انه لم يكن مطلق الصحة من مبدأ الأمر ، وان هذه التطورات هى التى كشفت عن اخطائه الكامنة بعد أن وضعتها فى مكان الرؤية .

وكان التخلى عن الاخذ بمذهب الارادة فى عديد من مسائل العقد نتيجة لما أسفر عنه تطبيقه من مساوىء ومظالم ، ووصل أمر تقهقره فى العصر الحاضر أن أصبح الحديث يدور حول انحلال النظرية التعاقدية وانهيارها ، وان أصبح تدخل المشرع حاليا فى تنظيم العقود على غير ارادة المتعاقدين امرا شائعا ومألوفا ، بل وظهرت طائفة من العقود الجبرية تنشأ منذ البداية ضد ارادة أحد طرفيها وكرها عنها .

وكان أن أصبحت النظرية التعاقدية فيما انتهت اليه الآن ، نظرية غير متماسكة وغير متناسقة ، تخضع بعض مسائلها لسيطرة مذهب الارادة ، بينما يخضع البعض الآخر لحلول تتنافر مع هذا المذهب . وادى هذا الوضع الى ارتباك النظرية وتعقيدها ، اذ لم يعد هناك اساس موحد يهيمن على جميع مشاكلها وترتد اليه كل امورها . وكان ان تكررت دراسة المسألة الواحدة فى اكثر من موضع ، وانقطعت الصلة بين بعض مسائلها وبين البعض الآخر ، كما زخرت النظرية بكثير من الافتراضات والاستثناءات ، وتابد فيها الخلاف بصدد عدة مشاكل هامة استحال حسمها ، وتخلى الفقه يائسا عن مواجهتها ، واندفع بعضه الى حد التصريح بأن الحلول القانونية السليمة لا تخضع للمنطق .

* * *

واخذ بعض الفقه يبحث عن تبرير لعلاج النتائج السيئة التى يرتبها مذهب الارادة فى عدد من مسائل العقد ، ويبحث عن اساس لتفسير بعض الظواهر العقدية التى عجز مذهب الارادة عن مواجهتها ، فالتجأ اولا الى مصادر الالتزام الاخرى واقحمها فى مجال الالتزام العقدى بعد أن فشل مذهب الارادة فى تغطية هذا المجال . ومن جهة اخرى مضادة اقحم مذهب الارادة نفسه فى غير مجال الالتزام العقدى ، فكان أن تداخلت دائرة هذا الالتزام مع دائرة الالتزام الناشىء عن المسئولية التقصيرية ، ونشبا

عن هذا التداخل مشاكل شاذة تعذر حلها وتضاربت فيها الآراء تضاربا كبيرا .

ثم مد الفقه بصره الى خارج القانون المدنى لتبرير طرح بعض نتائج مذهب الارادة، فاستند فى هذا الصدد — بين ما استند اليه — الى القواعد الخلقية ، بزعم انها تلطف من غلواء هذا المذهب وتصحح انحرافه ، ومن ثم اخذت مبادىء الاخلاق تتداخل فى القانون المدنى الى حد قول البعض ان القاعدة الخلقية هى اساس جميع الالتزامات وان الحلول القانونية محكومة بالمبادىء الخلقية ، وكان ذلك كله على حساب استقلال القانون المدنى وكفايته الذاتية .

* * *

ولم يقتصر الاثر السيء لمذهب الارادة على ما ذكرناه آنفا ، بل كان هذا المذهب هو العامل الوحيد فى تقطيع اوصال القانون المدنى بانفصال عدة روابط عقدية عنه ، بعد ان ضاقت بمنطقه وبما اشتق منه من قواعد جامدة ، فانفصل الالتزام التجارى ليستقل بمبادىء مميزة تتعارض مع مذهب الارادة، ثم انفصلت العقود الادارية بقواعد تميزها عن العقود المدنية الاخرى . وها هو عقد آخر هو عقد العمل ثم انفصاله فى كثير من التشريعات واوشك ان ينفصل فى غيرها لينفرد كفرع مستقل من فروع القانون يسمى بقانون العمل، بلغ من قطع الصلة بينه وبين القانون المدنى ان اصبح البعض يعتبره من فروع القانون العام . ولا تزال حركة الانفصال هذه ماضية فى طريقها بالنسبة لعدد من العقود الهامة كعقود الايجار والعقود الزراعية وعقود التأمين ، الامر الذى اصبح يهدد القانون المدنى بفقد جل اراضيه .

والغريب فى الامر ان الافكار الخاصة التى من اجلها استقلت هذه العلاقات العقدية عن القانون المدنى ، والتى تتنافر مع مذهب الارادة ، قد عادت فغزت عقود القانون المدنى نفسه ، فاتجه الفقه والقضاء الحديثان الى تطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع ، التى تميز بها الالتزام التجارى ، على السندات المدنية ، واخذت نظرية الظروف الطارئة التى تميزت بها العقود الادارية بداءة تطبق حاليا على العقود المدنية فى معظم التشريعات

الحديثة ، وأصبح عدد متزايد من العقود المدنية يخضع لتدخل المشرع بنصوص آمرة لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها .

* * *

على أن أخطر ما فى الفكرة التعاقدية المستمدة من مذهب الارادة ، ان كان خطؤها وجمودها وضيق افقها سببا فى عزل القانون المدنى عن واقع الحياة وتطوراتها ، التى استجدت بفعل الانقلاب الصناعى ، الذى غير من طبيعة الرأسمالية وحولها الى رأسمالية احتكارية ، مكنت المنتجين من التحكم فى المستهلكين والعمال واستغلالهم فى ميدان التعاقد نتيجة ضعف الآخرين ازاء الأولين واختلال المساواة الفعلية بينهم . فقد وقف الفقه التقليدى موقفا سلبيا بل موقفا مؤيدا للمظالم والمساوىء التى نشأت عن قيام هذه الظاهرة ، ولم ينظر اليها كظاهرة عقدية (مرضية) تتمثل فيما تؤدى اليه من اختلال القيمة العادلة فى التعاقد ؛ ومن ثم فهى مسألة عقدية بحتة يختص علم الحقوق وحده بعلاجها . وكان أن تخلى هذا الفقه عن مواجهتها وترك ميدانها فراغا ، فقد القانون المدنى (علم الحقوق) اعظم مجال حيوى له ، اقتحمه رجال الاقتصاد واستحوذوا على دراسته ، فكان حتما ان يضطربوا وان يتخبطوا نتيجة عدم بصرهم بأصل المشكلة وبنطاقها الطبيعى ، وكان أن انتقلوا بها — وهى مشكلة حقوقية بحتة تتناول تحديد القيمة العادلة فى التعاقد — الى ميدان الصراع العقائدى المتعصب بآثاره الوخيمة فى المحيطين الداخلى والدولى .

* * *

واخيرا ، فقد كان مذهب الارادة عاملا رئيسيا فى اشاعة الاضطراب فى النظرية العامة للقانون ، بما اوجده فيها من مشاكل اساسية وما عرقل حله من مشاكل اخرى ، كمشكلة تقسيم القواعد القانونية الى قواعد آمرة وقواعد مفسرة أو مكملة ، ومشكلة التفرقة بين القانون الخاص وبين القانون العام ،

هذا الى جانب ما تسبب فيه مذهب الارادة من عرقلة ارتقاء علم الحقوق الى مرتبة الكمال العلمى ، بنفى الصفة العلمية عن قواعده وبما اوجده

من اتجاه فى الفكر القانونى يتمثل فى النظر ابتداء الى أواخر الأمور بالاكتفاء بالوقوف عند نتائج معينة يراد تحقيقها دون السعى الى الكشف عن المبادىء المطلقة التى تحكم الوقائع على نحو شامل وثابت ومستمر .

* * *

وامام هذا الخلل الجسيم الذى يعتور النظرية التعاقدية الحالية والذى انعكس ظله على القانون المدنى بأسره ، أصبحت الحاجة ملحة الى السعى نحو الكشف عن الأساس الصحيح للالتزام العقدى ، اذ لم يعد من الصواب أن نهتم بدراسة كل جزئية من جزئيات العقد على حدة دون أن ننتهى من معرفة الأساس الصحيح الذى تخضع له كل الجزئيات وترتد اليه أمورها. فالمنهج العلمى السليم هو الذى يرمى الى الاقتصاد فى المجهود والتفكير عن طريق الكشف عن القاعدة الكلية التى تحكم الجزئيات وتحل مشاكلها دون حاجة لبحث كل جزئية على حدة وملاحقة كل ما يستجد فى المستقبل من جزئيات ، وهو بعد ضمان ضد التحكم وضد الاختلاف فى التقدير وضد الأهواء التى تبتغى نتائج ظالمة تحت ستار اعتبارات غامضة لا ضابط لها .

منهج البحث

يتناول القسم الاول من الرسالة نقدا تفصيليا لمذهب الارادة بعد أن نمهد له ببيان عن نشأة هذا المذهب ونتائجه .

وتخصص القسم الثانى لعرض محاولتنا الكشف عن الأساس الصحيح للالتزام العقدى وما تؤدى اليه هذه المحاولة من نتائج .

القسم الاول

نقد مذهب الارادة

باب تمهيدى

نشأة مذهب الارادة ونتائجه

الفصل الأول

نشأة مذهب الارادة

١ — اساس القوة الملزمة للعقد فى القانون الرومانى والشرائع القديمة :

من الحقائق التاريخية البارزة ، ان الشعوب الفطرية كانت تتسلط عليها فكرة الشكلية الرمزية ، تسلطا شمل معظم مظاهر الحياة فى العالم القديم، ذلك انه كان فى غير مكنة الانسان البدائى أن يتصور المعنويات المجردة ، لعجزه الفطرى عن الاحاطة بموضوع غير مادى ، فاستعان بالشكلية كأداة صناعية لاظهار المعنويات فى صورة مادية مجسمة(١) .

ففى مجال العلاقات القانونية ، لم يكن مجرد توافق ارادتى المتعاقدين كافيا لنشأة الرابطة العقدية الملزمة وترتيب آثار قانونية فى ذمة كل من طرفيها بل كان لابد من افراغ رضاء المتعاقدين فى قالب شكلى معين ، وهذا ما عبرت عنه القاعدة الرومانية القديمة بقولها ان مجرد الاتفاق لا يولد التزاما(٢) **Ex nudo pacto actio non nascitur.**

وكان أول عقد شكلى ظهر عند الرومان هو عقد القروض Nexum وأساس القوة الملزمة لهذا العقد يرجع الى ركنه المادى وهو تسليم الشيء **la res** وهذا الركن الذى يجعل من عقد القرض عقدا عينيا لا يعدو أن يكون نوعا

---

(١) محمود ابو هلية : التصرف القانونى المجرد ١٩٤٨ ص ٦ — ٩

(٢) جيرارد ، مبادىء القانون الرومانى الطبعة الثامنة ١٩٢٩ ص ٤٦١ .

من الشكلية (١) . ثم ظهر العقد الكتابى Litteris والعقد الشفهى Verbis والاول كان يتم بكتابة مضمونة فى دفتر الدائن ، والثانى وصورته الرئيسية الاشتراط Stipulatio كان ينعقد على شكل سؤال وجواب يتبادلهما طرفا العقد على نحو معين ونظام دقيق .

والثابت فى مبدأ الأمر ان الشكل المقرر هو الذى كان يضفى على العقد قوته الملزمة ويرتب عليه آثاره القانونية ؛ فمتى استوفيت مراسم الشكل فان الالتزام يتولد دون اعتبار لما قد يشوب ارادة المتعاقدين من عيوب الغلط والتدليس والاكراه .

٢ — الوسائل غير المباشرة لمعالجة مساوىء الشكلية فى القانون الرومانى:

لم تكن مساوىء التعلق بالشكلية واسباغ المناعة على العقد الشكلى ملحوظة بادىء الأمر ، لقلة المعاملات ، ولابرامها بين اشخاص يعرف بعضهم بعضا غالبا ، كما كان فى مراسم الشكلية واجراءاتها ما يحول الى حد ما دون وقوع المتعاقد ضحية غلط او تدليس أو اكراه .

غير ان الأوضاع لم تستمر على هذا النحو ، فقد تطور المجتمع الرومانى واتسع اقليمه ، وازدهرت التجارة ، واستتبع ذلك كثرة المعاملات ، واضحت الشكلية — بما تستلزمه من اجراءات طويلة ومعقدة — عقبة فى طريق سير المعاملات وسرعة تبادل الأموال والمنافع .

ومن جهة أخرى ، صاحب ازدهار الحضارة المادية كثرة نسبية فى شيوع التدليس والاكراه فى التعاقد ، واصبحت الحاجة ملحة لحماية المتعاقدين الذين يقعون ضحية هذين العيبين .

ولم يكن مستطاعا وقتئذ مهاجمة قواعد القانون الرومانى Jus civile مهاجمة صريحة يجعل عيب الرضا مفسدا للعقد ، ولذلك تقررت الحماية بوسائل غير مباشرة على أساس اعتبار التدليس والاكراه من الجرائم البريتورية . .

---

(١) جوليودى لاموراندير : التطور الحديث لقانون الالتزامات ، مذكرات فى القانون المدنى مع التعمق لقسم الدكتوراه بكلية حقوق باريس ١٩٤٤ ص ١٨١ .

اما عن عيب الغلط ، فلم يؤخذ بعين الاعتبار الا مؤخرا فى عصر الجمهورية وكان الاعتداد به اكثر ترددا . اذ لم يكن من المتصور أن يكون غلط المتعاقد خطأ او جريمة من جانب المتعاقد الآخر كما هو الحال بالنسبة لعيبى الاكراه والتدليس . وكان اعتبار الغلط مفسدا للعقد محصـــورا فى عقود حسن النية وهى البيع والايجار والوكالة والشركة ؛ تلك العقد التى اتجه التطور الى جعلها عقودا رضـــائية تقم بتوافق الارادتين دون حاجة لافراغهـــا فى قالب شكلى ، وذلك تبرما بما تجره التعقيدات الشكلية من عرقلة للمعاملات .

٣ ـــ مساهمة القانون الكنسى فى الاتجاه نحو الرضائية :

ظل القانون الرومانى لمدة قرون بعد الميلاد هو المصدر الأصيل للثقافة القانونية فى العالم الغربى ، ورغم ما بذله شراح هذا القانون فى القرون الوسطى من مجهودات ضخمة لتفسير احكامه على ضوء قواعد العدالة الطبيعية L'équité naturelle والمبادىء الخلقية ، فان انهيـــار النظام الشكلى كان امرا بعيد المنال طالما ان النصوص الرومانية كانت محـــور دراسة هؤلاء الشراح . فكان لابد اذن من تدخل مبادىء جديدة لتحقيق هذا الغرض . وقد تمثلت هذه المبادىء فى تعاليم الديانة المسيحية التى نادى بها فقهاء الكنيسة(١) .

وقد كان تاثير الديانة المسيحية فى تحطيم النظام الشكلى راجعا لأصلين من اصولها الخلقية ـــ شانها فى ذلك شان كل ديانة سماوية : الأصـــل الاول هو الاعتداد بالوعد المجرد لالزام الواعد دون حاجة لأن يصحب الوعد طقوس أو يؤكد بحلف يمين . والأصل الثانى هو اعتبار نكث الوعد اثمـــا لان الاخلال به يعد كذبا ، والكذب خطيئة دينية (٢) .

واذا كان للفقه الكنسى الفضل فى التخلص من النظام الشكلى وظهور قاعدة ان مجرد الاتفـــاق ملزم Solus consensusu obligat فان هـــذا التطور لم يعن اعتبار الارادة الفردية اساسا للالتزام بالعقد وانما القـــوة

---

(١) وليم سليمان قلاده : التعبير عن الارادة ـــ ١٩٥٥ فقرة ٦
(٢) زكـــاس Zakas : تطورات العقد ـــ ١٩٣٩ ص ٩٥ ، دى لاورانديير : المرجع السابق ص ١٨٤ .

المنشئة للالتزام ، وانما كان مرد ذلك فكرة دينية محضة تلزم من قطع على نفسه عهدا بأن ينفذه والا كان آثما .

٤ — ظهور مبدأ سلطان الارادة فى مدرسة القانون الطبيعى :

واجماع الفقهاء منعقد على أن مبدأ سلطان الارادة يستمد أصوله العميقة من تعاليم مدرسة القانون الطبيعى (١) .

وكانت نقطة البداية لدى رواد هذه المدرسة ، هى التوصل الى معرفة الحالة الفطرية للانسان état de nature . فذهبوا الى أن طبيعة الانسان تحتم أن يصاحبه منذ مولده حقه الطبيعى فى الحرية ، ومقتضى هذه الحرية الا يتحمل التزاما الا اذا كان مبناه رضاءه الحر ، ومن ثم لا يجوز انتهاك هذا الحق اللصيق بالفرد باجباره على أداء التزام لم يكن حرا فى التعهد به ولم تتجه ارادته اليه .

ثم جاء جان جاك روسو بنظريته الشهيرة عن العقد الاجتماعى Contrat Social فكانت دعامة قوية لمبدأ سلطان الارادة . فروسو كان يرى أن الفرد هو أساس القانون وغايته ، وقد ولد الفرد حرا وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير ارادته ، وليس القانون Loi فى نهاية الأمر الا صدى لارادات الافراد ، التى تكون ما يسمى بالارادة العامة Volonté générale . وعلى ذلك فالقانون الذى يخضع له الفرد هو من صنع الفرد نفسه L'homme est l'auteur et le serviteur de la Loi والقيود التى ترد على حرية الفرد انما ترتد الى هذه الحرية نفسها Les limites de la liberté sont l'oeuvre de la liberté وهذه القيود التى تتضمنها أوامر القانون قد ارتضاها الافراد مقدما بقبولهم الاشتراك فى المجتمع . واذا فشرعية القانون أساسها أن القانون تعبير عن ارادة الأفراد المتمثلة فى هذا العقد الاجتماعى الذى تنازل فيه كل فرد بمحض ارادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام .

---

(١) راجع فى ذلك باترى Patry ، مبدأ الثقة وتكوين العقد فى القانون السويسرى ١٩٥٣ ص ٨٣ ، مورل : دراسات فى بعض المسائل المتعلقة بتكوين العقود وقوتها الملزمة ، دروس فى القانون المدنى مع التعمق لقسم الدكتوراه بكلية حقوق باريس ١٩٤٨ — ١٩٤٩ .

والواقع كما يقول الاستاذ جورلا (١) - ان كتاب مدرسة القانون الطبيعى كانوا يهدفون الى القضاء على نظام يقوم على نشأة الالتزام فى ذمة الفرد نتيجة لحالته Statut فى الاسرة والمجتمع دون اعتبار لارادته . فعملت مدرسة القانون الطبيعى على تخليص الفرد من روابط الحالة ، وعلى الانتقال من نظام المراكز القانونية الى نظام التعاقد الحر حيث لا يلتزم الشخص الا اذا اراد أن يلتزم .

٥ — مبدأ سلطان الارادة فى فلسفة كانت Kant :

كان مذهب روسو سياسيا اكثر منه قانونيا ، اذ كان يهدف بأرائه اساسا الى دفع الشعب الى حكم نفسه بنفسه واحلال النظام الديمقراطى محل الحكم الاستبدادى . وهو ما كان يشغل أذهان الناس فى عصره خلال القرن الثامن عشر(٢) .

ويعتبر الفيلسوف الالمانى عما تويل كانت ، أول من اعطى الصبغة القانونية لمبدأ سلطان الارادة ، فقد ذهب الى أن حرية الفرد هى حقه الاساسى الاعلى حق لصيق وغريزى inné لاحق مكتسب acquis وكل التزام لا يكون قائما على أساس ارادة الفرد الحرة يكون منافيا العدالة . لانه يتضمن انتهاكا لحق الحرية ، والسلطان الاخول للارادة يعنى أن الارادة نفسها هى التى تضع القانون الذى تخضع له **L'autonomie de la volonté est cette propriété qu'a la volonté d'être elle même sa loi.** وينتهى كانت الى القول بأن سلطان الارادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين ولكل الواجبات التى تمليها هذه القوانين (٣) .

٦ — الخلاف بين وجهتى النظر الفرنسية والالمانية بصدد مبدأ سلطان الارادة :

كان لفلسفة كانت تأثير عظيم فى الفقه الفرنسى فى القرنين الثامن عشر

---

(١) جورلا : دور الارادة فى التعهد كتصرف قانونى ، مقال بمجلة الحقوق السنة السادسة ص ١٧ .
(٢) باترى : المرجع السابق ص ٩٢ .
(٣) كانت : نظرية القانون ص ٥٥ ، الاسس الميتافيزيقية للاخلاق ص ١٧ ، مذكورين فى باترى : المرجع السابق ص ٩٥ .

والتاسع عشر ، حيث تم الانتصار لمبدأ سلطان الارادة ، وكان هذا التاثير اعمق فى فرنسا عنه فى المانيا ، ويرجع ذلك الى أن حرية الفرد عند الفرنسيين كانت بمثابة مبدأ مقدس .

فبينما قام مذهب الارادة فى الفقه الفرنسى على أساس أن الالتزامات التعاقدية تنشأ مباشرة عن الارادة الفردية ، ومستقلة عن ارادة القانون الذى يقتصر دوره على تأييد نشأة هذا الاثر وضمان تنفيذه . L'individu ordonne et le droit fait sien cet ordre اذ بوجهة النظر الالمانية ترى أن الاثر الناشىء عن الارادة انما يرجع الى مشيئة القانون فى منح الارادة هذه الخاصية (١) .

٧ — مذهب الارادة فى القانون المدنى الفرنسى واتساع نطاق هذا المذهب:

استقر مذهب الارادة فى الفقه الفرنسى السابق على صدور قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ، واعتنقته كبار الفقهاء فى ذلك العصر أمثال دوماوبوتييه وجاء قانون نابليون محتضنا لهذا المذهب . وصاغت المادة ١١٣٤ منه فكرته العامة بقولها ان الاتفاقات المعقودة شرعا تقوم مقام القانون بالنسبة لاطرافها .

ولم يقتصر الفقه التقليدى الفرنسى على اعتبار الارادة اساس الالتزام العقدى ، بل اندفع الى النظر اليها كأساس للبناء القانونى جميعه ، فالتشريع انما هو تعبير عن مجموع ارادات الافراد ، ونظام الميراث يقوم على ارادة المورث الضمنية أى أنه وصية مفترضة ، ونظام اشتراك أموال بين الزوجين ووكالة الزوجة لزوجها التقادم المسقط كل ذلك مرده ارادة مفترضة . وكما يقول فوييه Fouillé ان النظام التعاقدى يميل الى أن يتجسد القانون المدنى بأجمعه . Le droit contractuel tend à se confondre avec le droitcivil tout entier

---

(١) ربج ، دور الارادة فى تكوين التصرف القانونى طبقا للمذاهب الالمانية فى القرن التاسع عشر ، مقال بمجلة فلسفة القانون . Archieves de philosophie du droit عدد خاص من دور الارادةفى القانون ١٩٥٧ ص ١٢٦ .

الفصل الثانى

نتائج مذهب الارادة

٨ — تمهيد : المقصود بالارادة :

نخصص هذا الفصل لبيان الخطوط العريضة لمذهب الارادة حسبما يؤدى اليه منطقه البحت ، وسنقتصر هنا على عرض اجمالى لنتائجه ؛ تجنبا للتكرار ، اذ ان معظم هذه النتائج ستكون محلا للتمحيص فى الأبواب التالية .

والمقصود بالارادة فى هذا المذهب ؛ الارادة الحقيقية الباطنة ، تلك الظاهرة النفسية الداخلية التى تظهر فيما بعد الى العالم الخارجى بالتعبير عنها ولا يعتد بهذا التعبير ما لم يكن ترجمانا صادقا لها . اما اصطلاح الارادة الظاهرة « او الارادة المعلنة » الذى يستعمله البعض ، فمقصود به التعبير فى حد ذاته سواء اتفق مع الارادة الباطنة او اختلف معها . ونرى ان هذا الاصطلاح غير موفق ، اذ أن لفظ الارادة فى حد ذاته يتضمن معنى النية الباطنة فى حين أن المقصود باصطلاح « الارادة الظاهرة » او « الارادة المعلنة » محتوى التعبير ، حتى ولو خالف مقصود الشخص .

والعقد طبقا لمذهب الارادة يقوم على توافق ارادتين باطنيتين بقصد انشاء آثار قانونية ، فركن العقد هو الرضاء ؛ والاثر القانونى المتولد عن العقد ينشأ فى ذمة كل من طرفيه لان ارادة كل منهما اتجهت الى قبول هذا الاثر ، اى ان الاثر ينشأ مباشرة عن الارادة .

ونستعرض فيما يلى النتائج المترتبة على مذهب الارادة :

٩ ــ اولا : العقد اقوى من القانون :

يستمد العقد قوته الملزمة من الارادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطان المخول لها ، يستمد هذه القوة منها وحدها دون ما حاجة الى الاستناد الى سلطة القانون ، فالارادة هى الاساس الباشر لهذه القوة ، والعقد بذاته منشىء للالتزامات والحقوق شأنه فى ذلك شأن القانون La loi وكما تقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى يقوم الاتفاق بالنسبة لطرفيه مقام القانون ويقول لاروميير ان الالتزام الناشىء عن العقد سابق فى الوجود على القانون المدنى . وقد وجده المشرع قائما فعلا ، واقتصر دوره على تنظيم التفاصيل المتعلقة بتنفيذه(١) .

بل ان الفقهاء التقليديين ذهبوا الى ابعد من ذلك ، فاعتبروا أن للعقد قوة اعلى من قوة القانون ، ففيما عدا النصوص المتعلقة بالنظام العام لا يستطيع القانون أن يخالف العقد ، بينما يجوز للمتعاقدين أن يخالفوا النص القانونى ، ذلك أن القانون فى نظر هؤلاء الفقهاء انما يستمد سلطانه من مجموع ارادات الافراد ، وهو بهذه المثابة انما يعبر عن ارادتهم الضمنية ، ومن ثم جاز لهم أن يتحللوا من هذه الارادة الضمنية وأن يظهروا صراحة رغبتهم فى مخالفة نصوص القانون اذا تبين لهم أن ذلك ادعى الى تحقيق مصلحتهم .

١٠ ــ ثانيا : العبرة بالارادة الباطنة عند اختلاف التعبير معها :

ولما كانت الارادة ــ كأساس للالتزام العقدى ــ هى الارادة الواعية التى اتجهت الى تحمل آثار قانونية ، فان الارادة تكون منعدمة فى حالة صدور التعبير من مجنون أو من فاقد الوعى أو من طفل غير مميز ، لان التعبير الصادر من هؤلاء لا يستند الى ارادة حقيقية ، وكذلك الشأن فى حالة التعبير غير الجدى الصادر على سبيل الهزل أو المجاملة .

---

(١) لاروميير : الالتزامات ج ١ ص ٣٧٩ .
(٢) كابيتان : مقدمة القانون المدنى . الطبعة الخامسة ١٩٢٧ فقرة ٢٣٠ .

واذا كان من الضرورى لتمام الارادة ان يعبر عنها . فان هذا التعبير لا تكون له قيمة ما لم يكن متفقا مع الارادة الباطنة ، فاذا اختلفا كانت العبرة بالارادة دون التعبير .

والنتيجة التى نحن بصددها يثير تطبيقها عدة مسائل نتناولها تباعا :

١١ ــ (أ) الخلاف المقصود : الذهنى والصورية :

فى حالة التحفظ الذهنى réserve mentale والصورية Simulation يتعمد المتعاقد عن ادراك واختيار اصدار تعبير مخالف لما اضمره .

ويغلب فى حالة التحفظ الذهنى أن يكون قصد صاحبه خداع المتعاقد الآخر ، ومع ذلك فان مؤدى منطق مذهب الارادة ان يعتد بهذا التحفظ ، فيؤخذ بالنية الباطنة دون التعبير المخالف لها سواء اكان المتعاقد الآخر على علم بهذا التحفظ ام كان يجهله ، وسواء اكان صاحب التحفظ حسن النية ام سيء النية .

واذا كان الفقه والقضاء يريان فى هذه النتيجة اضرارا بالمتعاقد الآخر حسن النية ويتلمسان علاج الموقف بتطبيق احكام المسئولية التقصيرية ، على اساس أن صاحب التحفظ قد ارتكب خطأ ، باضماره غير ما اظهر ، فان هذا العلاج يأتى من خارج احكام العقد ، بمعنى انه فى داخل هذا النطاق لا يعول الا على النية الباطنة فى كل الاحوال ، وبالتالى يبطل التعبير المقترن بالتحفظ الذهنى لعدم اتفاقه مع تلك النية .

ويذهب البعض الى ان قواعد الالتزام الارادى تقضى بعدم الاعتداد بالتحفظ الذهنى بحجة ان التعبير ركن لا غنى عنه لتمام اثر الارادة ، ومن ثم فعدم ظهور هذا التحفظ فى محتوى التعبير لا يجعل للتحفظ اية قيمة(١) . وهذا الرأى مردود بانه ينتهى حتما الى تغليب التعبير على الارادة الحقيقية ، وهو ما يناقض بداهة مذهب الارادة . فاذا كان التعبير ضروريا لنشأة الاثر القانونى فليس معنى ذلك فى منطق هذا المذهب ان له قيمة ذاتية وانه ينتج اثره دون أن يكون مستندا الى ارادة حقيقية . واذا كان التحفظ

---

(١) الكم الخولى : التعويض المهنى فى القانونين الفرنسى والمصرى ، رسالة بالفرنسية ١٩٥٧ فقرة ١٩٨ ص ١٩٧ .

الذهنى لم يظهر فى محتوى التعبير فان هذا لا يمنع من القول بأن التعبير بحالته التى صدر عليها يخالف النية الباطنة ، وهذا يستتبع اهدار ذلك التعبير من وجهة نظر مذهب الارادة .

وتختلف الصورية عن التحفظ الذهنى فى انه فى الصورية يتعمد الطرفان المتعاقدان كلاهما اصدار تعبير يخالف ما أضمراه ، ويحدث ذلك غالبا بقصد خداع الغير . وتكون الصورية مطلقة اذا لم يكن وراء « العقد الظاهر » عقد آخر حقيقى ، وفى هذه الحالة لا يكون للتصرف الصورى اى اثر لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير . وقد تكون الصورية نسبية بمعنى ان يكون التصرف الظاهر مخفيا لتصرف آخر مستتر ، وهذا التصرف الاخير هو الذى يعتد به . واذا ففى كل من النوعين لا اعتداد بالعقد الظاهر لأن ارادة المتعاقدين الحقيقية لم تنصرف الى اعماله .

١٢ ــ (ب) الخلاف غير المقصود :

أما الخلاف غير المقصود بين الارادة وبين التعبير ، فيثار فى حالات عيوب الارادة وفى السبب وفى التفسير .

أما عن عيوب الارادة ، فان الارادة اذا كانت معيبة كان التعبير عنها غير متفق مع الرغبة الحقيقية للشخص ، فهى لم تكن حرة أو لم تكن متنورة ، ومن ثم يكون التعبير الذى صدر عن اكراه أو عن توهم غير الواقع ، مخالفا للقصد المستكن فى نفس من اصدر التعبير .

وعيوب الارادة فى المذهب التقليدى هى الغلط والتدليس والاكراه ، وهى عيوب تؤدى الى بطلان التصرف بطلانا تقضى به قواعد الارادة ذاتها فهو بطلان طبيعى يستند أصله المنطقى من مذهب الارادة نفسه .

١٣ ــ الغلط :

الغلط هو توهم غير الواقع ، أما بالاعتقاد فى صحة واقعة وهى غير صحيحة ، وأما بتوهم عدم صحتها فى حين انها صحيحة .

والغلط يعيب الارادة من ناحية انه يدفعها الى المتعاقد . ولو كانت على بينه من الامر ما تعاقدت أصلا او لتعاقدت على نحو آخر . فالغلط يؤثر

اذا على الارادة فى اصدار قرارها ، فيؤدى الى عدم اتفاق التعبير مع النية الحقيقية(١) .

ولما كان العقد مركبا من توافق ارادتين ، فلا يشترط طبقا لمذهب الارادة ان يكون الغلط قد شاب هاتين الارادتين حتى يعتبر العقد باطلا . والا كان القول بغير ذلك مؤداه تحمل أحد المتعاقدين بالتزامات لم تتجه اليها ارادته ، فالغلط الفردى كاف وحده لابطال العقد (٢) . أما نظرية الغلط المشترك التى نادى بها البعض تلبية لداعى استقرار المعاملات بحماية المتعاقد الذى يجهل وقوع من تعاقد معه فى غلط ، فتلك نظرية تتجافى مع منطلق مذهب الارادة .

كما أنه لا يشترط طبقا لمذهب الارادة أن يكون الغلط مغتفرا excusable فلا اهمية لكون من وقع فى الغلط قد اخطأ بعدم تبصره بحقيقة الحال قبل اقدامه على التعاقد او لم يكن فى مكنته تفادى الوقوع فى الغلط ، ففى كلتا الحالتين ينحرف التعبير عن المقصود الحقيقى للمتعاقد ، ويكفى ذلك لعدم التزامه بالتعبير .

١٤ ـ **التدليس** : والتدليس يعيب الارادة من ناحية انه يوقعها فى غلط يجعلها تتوهم غير الواقع ، فليس التدليس فى حد ذاته مصدر البطلان ولكن مصدره يعود الى الغلط الذى وقع فيه المتعاقد نتيجة للحيل التدليسية . فليس هناك اذن فوق فى الجوهر بين الغلط وبين التدليس فالأول غلط تلقائى spontanée والثانى غلط مستثار provoquée وكلاهما يؤدى الى اعتقاد خاطىء لا يمثل الحقيقة (٣) .

وسواء أصدرت الحيل التدليسية من المتعاقد الآخر أم من الغير ، ففى الحالتين تصدر الارادة معيبة فلا تنتج آثارها القانونية ، فليس فى منطق مذهب الارادة اذا اهمية ما للتفرقة بين الحالتين . فسيان لدى المتعاقد

---

(١) سالى : التعبير عن الارادة ١٩٢٩ ص ١٢ .

(٢) ديموج : الالتزامات ج ١ فقرة ٣٤٤ ، بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٢١٠ ، كولان كاستان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ٥٩ .

(٣) يحيى ناج الدين : التدليس فى القانون الفرنسى التصوير غير الصحيح فى القانون الانجليزى ، رسالة بالفرنسية ١٩٢٦ ص ٢ ، شاباس . التعبير عن الارادة ١٩٣١ ص ٣٩ .

ضحية التدليس ان كان هذا التدليس صادرا من المتعاقد الآخر او من الغير ؛ فهو فى الحالتين مضلل ، صدرت ارادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الارادة (١) .

١٥ ــ الاكـــراه : والاكراه يعيب الارادة فى حريتهـــا بجعلهـــا بين توقـــع الضرر وبين التعاقد . والقرار الذى تتخذه تحت تاثير هذا الاكراه انمـــا هو قرار زائف لا يتفق مع رغبتها ، واذا فلا يترتب على التعبير الصادر تحت ضغط الحاق الأذى أثر قانونى لأن هذا التعبير لا يتفق فى واقع الأمر مع الارادة النفسية الباطنة .

واذا كان هذا هو مناط الاعتداد بالاكراه فى منطق مذهب الارادة ، فانه لا محل للنظر الى مصدر الاكراه ، بالتفرقة بين اكراه يصدر من المتعاقـــد الآخر واكراه يصدر من الغير ، ففى الحالتين الارادة معيبة والتعبـــير الصادر عنها لا يتفق مع رغبتها الحقيقية .

١٦ ــ التفســـير : القاعدة الرئيســـية فى التفسير طبقـــا لمـــذهب الارادة هى الاعتداد بالنية دون التعبير ، فالاتفاق هو ثمرة الارادة المشتركةلطرفى العقد ، فيجب بالضرورة مراعاة هذه الارادة عند تفسير شروط العقـــد . ويجب دائما الاهتمام بالكشف عن النية التى قصدها المتعاقدان .

وهذه القاعدة مطلقة ، فلا يقتصر أعمالها على حالة غموض عبـــارات التعبير أو تحملها أكثر من معنى ؛ فقد يتضمن التعبير كلمة او عبـــارة واضحة المعنى ولا تحتمل تاويلا فى مدلولها اللغوى ، الا أن هذه الكلمة أو تلك العبارة قد يظهر تناقضها مع عبارات التعبير الاخرى او مع الظروف الملابسة للتعاقد ، بحيث يتبين أن نية المتعاقدين لا تتمشى مع هذا المعنى اللغوى . فى هذه الحالة يجب اعمال النية الباطنة وتغليبها على المعنى الظـــاهر .

وثمـــة صعوبة تثور فى وجه المذهب التقليدى عندما يعجز القاضى عن استخلاص نية المتعاقدين ، أما لعدم استطاعته الكشف عنها واما لأن هذه النية لم تقم اصلا بصدد مسالة ثانوية من مسائل العقد .

---

(١) السنهورى : نظرية العقد ص ٤٠٩ .

لجأ دوما وبوتييه فى حل هذا الاشكال الى الاستعانة بالارادة المحتملة probable للمتعاقدين ، وهى الارادة التى يفترض ان المتعاقدين كانا سيتجهان اليها لو كانا قد تنبها الى بحث المسألة عند ابرامهما العقد . وذهب الفقيهان أيضا الى الاستعانة بقاعدة اخرى هى قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين تأسيسا على القول بأن المفروض ان المدين تتجه نيته الى تحمل اقل التزام ممكن . فضلا عن انه كان واجبا على الدائن أن يوضح جليا عند ابرام العقد ما قصده بصدد المسألة التى اثارت اللبس(١) .

١٧ ــ اعتداد مذهب الارادة بركن السبب :

السبب هو الذى يحرك الارادة نحو التعاقد ، فهو لذلك متلازم معها والاعتداد به من ثم يعتبر ضرورة منطقية ، اذ من غير المعقول أن تتجه ارادة صحيحة الى التعاقد دون سبب محدد(٢) .

واذا كان كذلك ، فلا يجوز أن يفصل بين الارادة وبين الغرض الذى تسعى اليه . « فانا اعطى أو التزم بنية الوصول الى هدف اسعى اليه . وما كنت لأعطى أو التزم لو لم اكن آمل فى تحقيق هذا الهدف . والاعطاء والالتزام لا اهمية لهما بالنسبة الى ما لم يكن ذلك لتحقيق النتيجة المرجوة فليسا بالنسبة الى غرضا ، بل وسيلة لتحقيق غرض ، والوسيلة تابعة للغاية ، وقد اردتهما معا ولكنى لم أرد الوسيلة الا لتحقيق الغاية ، فما لم تكن موصلة اليها ، فانا لم أرد هذه الوسيلة فى الواقع » (٣) .

فمنطق مذهب الارادة يؤدى اذا الى الاعتداد بالباعث ، فهما كان هذا الباعث بعيدا أو غير مباشر ، وسواء اكان معروفا للمتعاقد الآخر أو مجهولا له . « ومبدأ سلطان الارادة لو دفعناه الى اقصى حدوده لذهب بنا بعيدا

---

(١) راجع فى ذلك كالانى Callatey دراسات فى تفسير الاتفاقات سنة ١٩٤٧ ص ١٢٤ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى ، كابيتان ، السبب فى الالتزامات ، فقرة ١ ص ١٧ ، بودنوار الملكية والعقد ١٩٢٤ ص ٥٣٦ ، منيال فى التعبير عن الارادة ، مقال بالمجلة العملية سنة ١٩٠٢ ص ٥٣ ، جوسران البواعث فى التصرفات القانونية ١٩٢٨ فقرة ١١٨ ، السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ١٩٥٤ ، فقرة ٢١٨ ، سليمان مرقص نظرية العقد ١٩٥٦ فقرة ١٥٧ ، انور سلطان : النظرية العامة للالتزام ج ١ الطبعة الثانية ١٩٥٨ فقرة ١٩٥ .

(٣) سفلومان ، مذكور فى كابيتان ، السبب فى الالتزامات ص ٢٠ .

جدا فى موضوع السبب ؛ فهو يقضى بانه اما ان يتحقق لصاحب التصرف الغرض القانونى والاقتصادى الذى رمى اليه كاملا ، وأن تتحقق له مقاصده مهما كانت بعيدة متعددة ومهما كانت خفية ، واما — اذا اتضحت استحالة تحقيقها — ان يبطل التصرف . والواقع ان التصرف لم يبرم فى الحقيقة الا بشرط الوصول الى الغرض المبتغى حتى لو كان هذا الغرض مجهولا تماما من الطرف الآخر ، فاذا صححنا التصرف مع تخلف هذا الشرط فاننا نتجاوز ارادة الشخص فنحمى تعهدا لا يستند الى الارادة » (١) .

١٨ — ثالثا : الارادة وحدها هى التى تحدد آثار العقد :

تنطوى هذه النتيجة على شقين :

(ا) اولهما ، ان الحقوق والالتزامات التى تتولد عن العقد ، يجب ان تقتصر على تلك التى اتجهت اليها ارادة المتعاقدين حسبما أدى اليه تفسير العقد ، فلا يجوز امتداد النطاق التعاقدى ليشمل حقوقا والتزامات اخرى ، ذلك انه ما دام ان ارادة المتعاقد هى اساس التزامه ، فلا يقبل ان يترتب التزام ما على عاتقه ما دام أن ارادته لم تتجه الى تحمله ، « فالعقد يتكون بارادة الطرفين المتعاقدين ، فليس له من اثر سوى ما اراداه واتجهت نيتهما اليه »(٢) « وتتحدد شروط الاتفاقات طبقا لموضوعها ولا يجوز ان تمتد فتشمل اشياء لم تدر بذهن المتعاقدين (٣) » .

(ب) اما الشق الثانى من النتيجة محل البحث ؛ فتتمثل فى قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز أن تمس الحقوق والالتزامات التى اتفق عليها المتعاقدون بزيادة او نقصان . « ومهما بدا الاتفاق ظالما فانه يتعين على القاضى تنفيذه »(٤) . فليس للقاضى ان يعدل فى العقد باسم العدالة وتحت ستار اى اعتبار آخر ، ذلك أن كل التزام ينشأ عن الارادة ؛ فى نظر المذهب التقليدى ، هو بالضرورة

---

(١) منبال ، مقاله السابق ص ٥٥٣ .
(٢) بوتييه ، مذكور كالاتى ، المرجع السابق ص ١٦٤ .
(٣) دوما ، مذكور فى كالاتى ، المرجع السابق ص ١٦٦ .
(٤) جوران ، مبادىء القانون المدنى ج ٢٧ فقرة ٣٤٧ ، بودنوار ، الملكية والعقد ص ٧٤٤ .

مطابق للعدالة Tout ce qui est contractuel est juste ويتفق مع المصلحة العامة ، وكما أن مهمة القاضى بالنسبة للقانون تنحصر فى تطبيقه دون ان يكون له الحق فى مخالفته بدعوى مجافاته للشعور بالعدالة . كذلك الأمر بالنسبة للعقد ، فما العقد الا قانون المتعاقدين .

وهذه القاعدة التى نحن بصددها — قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين — تثار فى عدة مسائل نتناولها اهمها فيما يلى :

١٩ — الغبن :

الغبن هو عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة فى العقود ، وهو فى حد ذاته لا تاثير له البتة على صحة العقود فى منطق مذهب الارادة ، فلا يجوز للقاضى ان يبحث عما اذا كان العقد قد شابه غبن فيبطله او يعدل فى التزامات طرفيه ليعيد التوازن بينهما ، وانما عليه أن يطبق العقد طبقا لما انعقدت عليه ارادة المتعاقدين .

وقد سار القانون المدنى الفرنسى فى هذا الاتجاه ، فاستبعد الغبن كسبب لابطال العقد او لتعديل مضمونه ، فيما عدا بعض حالات قليلة بشروط معينة اذ كان اتجاه هذا القانون كما يقول كامباسيرس — فى تقريره عن الاعمال التحضيرية — مميزا باضفاء طابع القدسية على الاتفاقات وعدم المساس بالاستقرار الواجب لها(١) . وجاء القانون المدنى المصرى الملغى اكثر تشددا اذا لم يجعل للغبن أى اعتبار فيما بين البالغين ، ولم يأخذ به بالنسبة للقاصر الا فى حالة واحدة هى حالة غبنه فى بيع عقار مملوك له .

ولما وجد الفقه فى اتباع هذا السلوك منافاة صارخة للعدالة فى كثير من حالات الغبن ، حاول علاج الموقف على ضوء ارجاع سبب الغبن الى عيب من عيوب الارادة ، باعتبار ان الغبن قرينة على ان ارادة المغبون قد شابها عيب ، اذ لو كانت حرة ومتفورة لما قبلت الحاق غبن بها(٢) .وسنرى

---

(١) كامباسيرس فى تقريره عن الاعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى : المجموعة الكاملة للاعمال التحضيرية جـ ١ ص ٩ ، مشار اليه فى رسالة توفيق فرج فقرة ٢٥ .

(٢) راجع فى ذلك ، عثمان فتوح البسوقى ، الغبن فى القانون المقارن رسالة بالفرنسية ١٩٤٣ ص ٣٥ ، بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ فقرة ٢٦٩ ، توفيق فرج ، نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى ١٩٥٧ فقرة ٣٠ .

فيما بعد ما الذى انتهى اليه التطور بشأن هذه المحاولة وموقف مذهب الارادة ازاءها .

٢٠ ـ **عقود الاذعان** : نشأت مشكلة عقود الاذعان نتيجة التطور الاقتصادى الحديث فى اتجاهه نحو اسلوب الانتاج الكبير ، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات كبيرة تتمتع باحتكار قانونى أو فعلى لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الاولية للمستهلكين ، بحيث استطاعت هذه الوحدات القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملى شروطها المعدة سلفا على الأفراد الذين يرغبون فى التعاقد معها ، دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط . فليس أمامهم اذا ما ارادوا التعاقد مع الطرف المحتكر سوى الاذعان لكافة شروطه(١) .

الا أن القضاء الفرنسى وغالبية الفقه الفرنسى ذهبوا الى أن عقود الاذعان لا تتميز عن باقى العقود ، بحجة انه ليس بشرط أن تكون هناك مساواة اقتصادية أو فعلية بين طرفى الرابطة التعاقدية .

ومع ذلك ، فان معظم الفقهاء أشاروا الى أن ارادة الطرف المذعن ليست ارادة حرة تماما بسبب الضغط الاقتصادى الواقع عليه، فارادته موجودة حقيقة ولكنها ارادة ضعيفة (٢) . **Volonté si l'on veut mais volonté faible**

وعلى أساس هذا التحليل اتجهوا الى معالجة هذه الظاهرة التى تنطوى عليها عقود الاذعان عن طريق الغاء الشروط التعسفية التى قد تتضمنها هذه العقود وعن طريق انقاص التزامات الطرف المذعن ، تمشيا مع ما هو ملحوظ من أن ارادته تقع تحت تأثير نوع من الاكراه ، وهذا هو نفس الاتجاه الذى اتجه اليه الفقه الحديث لمعالجة مشكلة الغبن كما اشرنا من قبل . وسنناقش هذا الاتجاه فيما بعد .

٢١ ـ **الظروف الطارئة** : أما نظرية الظروف الطارئة ، فان اجماع فقهاء مذهب الارادة على انها تتعارض معه تعارضا تاما .

---

(١) راجع فى ذلك ، عبد المنعم الصدة ، عقد الاذعان فى القانون المصرى ١٩٤٦ فقرة ٤٦ .
(٢) ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ٥٦ .

وتثار هذه النظرية بعد انعقاد العقد وفى فترة تنفيذه عندما نطرأ حوادث غير متوقعة تؤدى الى اختلال التوازن الاقتصادى للعقد اخلالا من شأنه ارهاق احد طرفيه ارهاقا شديدا . وتهدف هذه النظرية التى اخذت التشريعات الحديثة فى تبنيها الى علاج هذه الحالة بتخويل القاضى سلطة تعديل مضمون العقد عن طريق رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول واعادة التوازن بين التزامات الطرفين المتعاقدين .

وقد حاول بعض الفقهاء رد هذه النظرية الى اساس من مذهب الارادة نفسه بمقولة ان عنصر التعادل بين الالتزامات هو احد العناصر التى يتضمنها رضاء المتعاقدين ، بمعنى أن نيتهما قد اتجهت الى الارتباط بشروط العقد طالما استمرت الظروف التى كانت قائمة وقت ابرامها على حالها (١) ، أى أن المتعاقدين انما اتفقا ضمنا على أن يكون تنفيذ مضمون العقد معلقا على شرط استمرار الظروف التى كانت قائمة وقت التعاقد .

وواضح ان هذا القول انما هو محض افتراض لا يتفق مع الواقع . وليس هناك ما يمنع اذا سرنا فى طريق الافتراض أن نقول أن المتعاقدين قد قصدا بعقدهما الممتد التنفيذ أن يتفادى أحدهما أو كلاهما اثر تقلبات الظروف المستقبلة (٢) . وعلى ذلك ، يقرر الفقه ان نظرية الظروف الطارئة تنبو عن منطق مذهب الارادة ؛ فهى كما يقول الاستاذ ريبيرلا تدخل فى اطار قانون العقود وانما هى موجهة ضد فكرته (٣) .

٢٢ ــ رابعا : كفاية الارادة لنشأة الالتزام :

واخيرا يقضى مذهب الارادة بكفاية الارادة وحدها لنشأة الالتزام دون ما حاجة لاستلزام توافر أوضاع شكلية ، فالتعبير عن الارادة على اى نحو يكفى لتولد الاثر القانونى .

---

(١) بنسكو Penesco حدود استعمال الحق التعاقدى ١٩٢٣ ص ٣٤٧ و ٣٦٣ .

(٢) بونكاز : تكملة بودرى وبارد ج ٢ ص ٦٠١ ، بهجت بدوى اصول الالتزامات ص ٤٦٢ .

(٣) ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ٨٦ . وفى هذا المعنى ايضا ، موران القانون والعقد وتدهور سلطانها ١٩٢٧ ص ٧٨ ، ومقالة من انحلال النظرية التعاقدية بمجلة فلسفة القانون ١٩٤٠ ص ١٧ بلانيول وريبير وبونجيه ج ٢ فقرة ٤٦٣ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ١٣٠ .

واذا كانت التشريعات الحالية مع تبنيها لمبدأ الارادة ، لا زالت تشترط الشكلية فى بعض عقود قليلة كالهبة والرهن الرسمى ، فان هذه الشكلية تهدف الى حماية الارادة من اندفاعها وراء انفعالات عارضة دون تأمل وتدبر ، فغاية الشكلية المشترطة فيها هو ضمان سلامة الارادة فى حريتها وفى تنورها . لذلك تعتبر هذه الشكلية تأكيدا لمبدأ سلطان الارادة لا استثناء منه (١) - (٢) .

---

(١) ديموج الالتزامات ج ١ فقرة ١٩١ ، مورل : دروس الدكتوراه ١٩٤٨ — ١٩٤٩ المرجع السابق ص ٣٢ ، ٣٣ ، فلور : بعض الملاحظات على الشكلية ، دراسات ريبير ١٩٥٠ ج ١ ص ٣٩ .

(٢) اما بالنسبة للعقود العينية التى يشترط لتمامها تسليم الشيء محل التعاقد ، فالواقع ان هذا الشرط انما هو نوع من الشكلية الحمائية ويهدف الى نفس غايتها ، لان من شأن التسليم تنبيه المتعاقد الى خطورة تصرفه بتجرده من ملكية الشيء أو من حيازته .

الباب الأول

النقد التحليلى لمذهب الارادة

٢٣ ــ بداية الشك فى صحة مذهب الارادة :

لم يتعرض مذهب الارادة للنقد العلمى التحليلى الا منذ عهد قريب ، فقد كان هذا المذهب معتبرا فى نظر الفقهاء التقليديين عقيدة بديهية لا تحتاج الى برهان ، ومنذ ان قال كانت Kant ان القوة الملزمة للعقد من مسلمات العقل المجرد Un postulat de la raison pure والفقهاء اللاحقون لا يعنون بتبرير صحة هذا المذهب ، بل ينتهون كما يقول جونو Jouno الى القول بأن « العقد يلزم .. لان العقد يلزم . ..... La contrat oblige parce que le contrat oblige.

هذه النظرية الاعتقادية dogmatique ظلت متسلطة على الأذهان ردحا الزمن ، الى ان تكشفت وتجسمت عيوب مذهب الارادة فى التطبيق العملى، ووضح على ضوء المشاكل التى أظهرتها التطورات الحديثة للمجتمع منافاة كثير من نتائج هذا المذهب للعدالة والمصلحة العامة ؛ ثم عجزه عن وضع حلول لبعض مسائل العقد ؛ واستحالة تطبيق بعض نتائجه . وكان طبيعيا بعد ذلك ان يهتز الايمان بقداسته وان ينور الشك حول صحته .

٢٤ ــ فساد التبرير الذى يقوم عليه مذهب الارادة :

رأينا فيما سبق ، ان مذهب الارادة يقوم على فكرة تمنح الفرد بحقوق اصلية لصيقة بشخصه ، واهم هذه الحقوق حق الحرية ، ويتفرع عن هذا الحق عدم شرعية اى قيد يرد على ارادة الشخص ما لم يكن هذا القيد ناشئا عن هذه الارادة نفسها ، فلكل ارادة فردية سلطان ، بمقتضاه ، لا يجوز ان تتحمل التزاما ــ والالتزام قيد ــ الا بمحض اختيارها عن طريق التعاقد مع ارادة أخرى فالارادة اذا هى التى تخلق القانون الذى تخضع له .

ولكن ، اذا كانت الارادة فى منطق هذا القول هى التى تنشىء الالتزام فلم لا يكون لها سلطة هدمه ؟ اذا كان الشخص يلتزم لأنه اراد أن يلتزم ، افلا يستتبع ذلك على سبيل اللزوم ان يكون له الحق فى التخلص من هذا الالتزام وفى اى وقت شاء ؟ أن الالتزام فى نظر هذا المذهب محوره مشيئة الارادة فيجب منطقيا ان يدور مع هذه المشيئة وجودا وعدما . « واذا كان للارادة سلطان ، وهذا السلطان هو اساس الالتزام ، فلم لا يعترف للشخص بسلطة تعديل القانون الذى سبق أن ارتضاه ويباح له ان يقول انه لم يعد راغبا فيه ، ذلك أن فكرة السلطة تتضمن مكنة اصدار القوانين الخاصة بها وتتضمن فى الوقت نفسه مكنه الغائها » (١) . وفى الوقت الذى يقال فيه أن ارادتى الخاصة تلزمنى ، فان هذه الارادة تكون قد تلاشت ، ويصبح واقع الحال كما لو كنت اتلقى امرا من غيرى ، اذ ما الفرق من وجهة نظر مصلحتى الخاصة بين ان اتلقى امرا من غيرى وبين أن اتلقى هذا الامر من ارادة سابقة لى ، عدلت عنها واصبحت لى ارادة جديدة مغايرة لها » (٢) . « والارادة التى تلزم هى ارادة الامس ، اما الارادة الملتزمة فهى ارادة اليوم والغد ، ومعنى ذلك ان الشخص اذا تغيرت ارادته فهو يلتزم حسب ارادة مفترضة لم تستمر (٣) » . « وانا اذا اردت شيئا فى الماضى فلا يستتبع ذلك وجوب أن أريد هذا الشىء فى الوقت الحاضر ، فانا استطيع بمقتضى حقى المطلق الذى يقره القانون الرجوع فيما التزمت به لاننى حر فى الوقت الحاضر وبصفة مطلقة وبغض النظر عن الزمن . وعلى ذلك يكون التنفيذ الجبرى للعقود منافيا لهذا المبدا » (٤) . واخيرا يقول جونو : « اليس معنى حرية الارادة أن يكون سلطان ارادة الماضى مقصورا على التصرفات التى تمت فى هذا الماضى ، وان يكون سلطان ارادة اليوم مقصورا على اعمال اليوم ؟ فبأى حق تتغلب احداهما على الاخرى ؟ قد تكون ارادتى السابقة قد صدرت نتيجة عدم خبرة او رعونة أو حاجة أو هوى ، وهى على كل حال ارادة

---

(١) سشلوسمان ، مذكور فى بانرى ، المرجع السابق ص ١٣٢ .
(٢) تارد : تطورات القانون سنة ١٨٩٢ ص ١٢٤ .
(٣) راد برش ، مذكور بمقال جيفارا السابق بمجلة فلسفة القانون ١٩٤٠ ص ١١٨ .
(٤) مقال : تاريخ فلسفة القانون الترجمة الفرنسية ص ١٣٧ ، مذكور فى كوماروس المرجع السابق ص ١١٦ .

سابقة لم أعد متعاقدا بها . ولكى تكون حريتى كاملة يجب الا اكون خاضعا لهـــا » (١) .

فمنطق مذهب الارادة لا لا يستقيم اذا الا اذا بقيت الارادة التى التزمت على حالتها الاولى حتى تمام تنفيذ الالتزام . ولكن من الواضح ان ارادة الشخص لا تبقى على حال واحد وانها تتغير باستمرار (٢) . ولا يمكن التسليم بصحة مذهب الارادة ـــ كما يقول سشلوسمان ـــ الا اذا نفذ الشخص ما التزمت به ارادته طواعية ، فاذا ما أجبر على ذلك فلا محل للقـــول بأن الالتزام اساسه الارادة الحرة (٣) .

وهكذا يؤدى بنا هذا النقد الى القـــول بأن مذهب الارادة يفتقـــر الى البرهان ، اذ يبقى التساؤل لماذا يلتزم الشخص بارادته الاولى ولا يستطيع العدول عنها الى ارادة اخرى . فمربط الفرس ـــ كما يقول الاستاذ جورلا ـــ هو تعليل نشأة الالتزام بارادة المتعهد وبقاء هذا التزام قائما رغم تغير الشخص لارادته ، اى تفسير لماذا لا يستطيع الشخص ان يغير ارادته ويعدل عما سبق ان التزم به فى الماضى . وما دام مذهب الارادة يبتغى تحقيق مصلحة الفرد باحترام ارادته وعدم تحمله التزاما دون رضائه ، فلم لا تحترم هذه الارادة اللاحقة التى نسخت الارادة السابقة ما دام قد اتضح ان الارادة اللاحقة هى التى تحقق مصلحة صاحبها ؟ ولكن الواقع عكس ذلك ، فالقانون يتدخل لا ليحتضن ارادة الشخص ويحقق له مصلحته الحالية ، وانما يتدخل ضد هذه المصلحة ورغما عن ارادة صاحبها ليجبره على تنفيذ التزام ان كان قد رضى تحمله فى الماضى فان هذا الرضا قد اندثر بالعدول عنه (٤) .

وقد حاول البعض أمام هذا النقد ، ارجاع أساس الالتزام العقدى الى فكرة قيام ارادة عليا مكونة من مركب ارادتى المتعاقدين ولكنها ارادة انفصلت

---

(١) جونو : مبدأ سلطان الارادة ١٩١٢ ص ٣٤٥ مذكور فى كوماروس المرجع السابق هامش ص ١٦٦ ، وفى نفس المعنى سشلوسمان مذكور فى رسالة احمد ماهر ، سلطان الارادة الفردية ، رسالة بالفرنسية ١٩١٣ ص ٢٦٠ .

(٢) د. جينارا : مقاله السابق ص ١١٨ .

(٣) سشلوسمان ، مشار اليه بمقال ريبر بمجلة فلسفة القانون ١٩٥٧ ص ١٣٢ .

(٤) جورلا : دور الارادة فى التعهد ، مقالة بمجلة الحقوق السنة السادسة ص ١٣ .

عن كل منهما ، وسمت فوقهما ، واصبح لها وجود مستقل ، وهى التى تكون قانون العقد الذى يخضع له كلا طرفيه . وقصد القائلين بهذه الفكرة تفسير عدم استطاعة الشخص الرجوع عن ارادته السابقة والتحلل من وعده (١) .

وواضح ان هذه الفكرة انما تقوم على محض افتراض لا يتفق مع الواقع، فالحقيقة انه لا يوجد فى العقد سوى ارادتى طرفيه ، كما وان الارادة ملكه لصيقة بالشخص ، فمن هو هذا الشخص الذى تنسب اليه هذه الارادة العليا الجديدة ؟ وفضلا عن ذلك فان هذه الفكرة يصعب تصورها فى العقد الملزم لجانب واحد ، كما يستحيل تقبلها فى حالة التصرف القائم على الارادة المنفـــردة (٢) .

٢٥ ــ الارادة مجـــرد واقعـــة :

واذا قيل بان الارادة هى التى تضع القانون الذى تخضع له ، فمعنى ذلك ان هناك قواعد قانونية تستمد مصدرها من ارادة الفرد ، مع ان القـــاعدة القانونية انما تتضمن تكليفا بأمر له صفة الاجبار ، فان كان الاجبار موجها الى الارادة التى تلتزم فكيف يستساغ القول بأن الشخص يصـــدر اوامر لنفسه ، وان كان الاجبار موجها من ارادة ضد ارادة اخرى ، فان كل ارادة مستقلة عن غيرها ، وليست هناك ارادة فردية تعلو على ارادة فردية اخـــرى .

ان الارادة ليست الا مجرد واقعة ، والاثر القانونى الذى يتـــولد عن حدوثها ، لا يترتب عليها بذاتها ، وانما يترتب على قاعدة خارجية تربط بين حدوث الواقعة وبين نشأة الاثر اذا توافرت شروط اعمال هذه القاعدة (٣) .

ويقول دوجى فى هذا المعنى ان الارادة البشرية ليس محلها المباشر الحال ســوى تلك الحركة الجســـمية التى يأتيها صـــاحبها ، واذا كان هناك اثر خارجى يحدث فليست الارادة مصدره اى سببه المنشىء causeefficiente ؛ وانما يحدث هذا الاثر طبقا لقاعدة خارجية تربط هذا الاثر بتلك الحـــركة

---

(١) انظر فى عرض هذه الفكرة ، المقال الســابق ص ١٣ ــ ١٥ .
(٢) المرجع السابق ص ١٥ .
(٣) كورماروس : المرجع السابق ص ١٦٤ ، بونار ، القانون الطبيعى والحق الشخصى مقال بالمجلة الدولية للقانون سنة ١٩٢٨ ص ١ وما بعدها .

الارادية . هذا صحيح فى مجال القانون كما هو صحيح فى ميدان العلوم الطبيعية (١) .

ولكن ديجى يضيف الى ذلك قوله أن الأثر القانونى الذى ينشأ عن التصرف الارادى مرده الى القانون الوضعى (٢) .

بيد ان هذا القول لا يقدمنا خطوة فى سبيل حل المشكلة ، ذلك ان ارجاع الأثر القانونى لواقعة ما الى القانون الوضعى لا يفيد شيئا فى حل المشكلة ، اذ يبقى التساؤل لماذا يرتب القانون الوضعى آثارا معينة على التصرفات الارادية ، وما هو المبدء الذى يستهدى به فى هذا الصدد ؟ صحيح أن ديجى يرجع اساس القانون الوضعى او القاعدة القانونية الى ما اسماه بواقعة التضامن الاجتماعى Solidarité sociale التى تستلزم القيام بكل ما من شأنه تحقيق التضامن والامتناع عن كل ما يخل به ، بيد ان هذه الفكرة لا تغنى شيئا ، انها ليست الا وصفا لهدف يسعى علم القانون الى تحقيقه تماما مثل من يقول أن علم الصحة يستهدف سلامة الجسم وانه لذلك يجب عمل كل ما من شأنه تحقيق هذه السلامة والامتناع عن كل ما من شأنه المساس بها . فهل هذا القول يغنى شيئا فى الكشف عن أساس ظاهرة معينة من الظواهر التى تدخل فى نطاق علم الصحة وفى تفسير هذه الظاهرة .

٢٦ — فى التصرفات القانونية لا تتجه الارادة غالبا الى قصد تحمل التزام قانونى :

وهكذا رأينا فيما سبق أنه اذا صح القول بان الارادة ينشأ عنها اثر قانونى ، فان هذه الارادة ذاتها لا تستطيع أن تهدم هذا الاثر على خلاف الأساس الذى يقوم عليه مذهب الارادة ، وهو نشأة الأثر بمقتضى السلطان الذى تتمتع به الارادة بتحملها بالالتزام اذا شاءت .

ولكن هل صحيح انه فى التصرفات القانونية — وهى تصرفات ارادية — تتجه الارادة دائما الى قصد التحمل بالتزام قانونى . حتى يمكن ان يستقيم مذهب الارادة فيما يقول به من ان الارادة اذا اتجهت الى الالتزام فان لها

---

(١) ديجى : محول القانون الدستورى ج ١ سنة ١٩٢١ ص ٢٢٨ — ٢٢٩ .
(٢) ديجى : المرجع السابق .

ما شاءت ، وما يترتب على ذلك من القول بأن نشأة الالتزام فى التصرف القانونى مرده أن صاحبه أراد أن يتحمل هذا الالتزام !

للاجابة على هذا السؤال ، يتعين أولا أن نتعرض لتحليل العمل الارادى ببيان المراحل التى يمر بها . .

هذه المراحل فى رأى الفقه القانونى — مستعينا فى ذلك بما يقول به علم النفس — باعتبار أن الارادة ظاهرة نفسية — أربعة : التصور ثم المداولة ثم التصميم وأخيرا مرحلة التنفيذ (١) .

فالمرحلة الأولى وهى مرحلة التصور او الادراك conception تتمثل فى اتجاه الشخص الى التفكير فى أمر معين طرأ على ذهنه واسترعى انتباهه وولد فيه رغبة فى اشباع حاجة ما . فاذا ما تبلور هذا التصور الذهنى وتحدد مضمونه انتقل الشخص الى المرحلة التالية وهى المداولة délibération وفيها يتدبر الشخص أمر الرغبة التى راودته ويقلب الأمر على وجوهه مترددا بين الاقدام وبين الاحجام وموازنا بين النتائج التى تترتب على تنفيذ رغبته، ومقارنا بين الوسائل المختلفة التى يمكن اتباعها لاشباع هذه الرغبة ، وقد تطول هذه الفترة او تقصر تبعا لاهمية الموضوع الذى يشغل الفكر وتبعا لحالة الشخص نفسه وللظروف الخارجية المحيطة بمضمون الرغبة .

ومتى انتهت مرحلة المداولة بان فرغ الشخص من تدبره واستقر عزمه على اشباع الرغبة التى ساورته كما استقر على الوسيلة الملائمة لتحقيقها، دخل فى مرحلة التصميم décision فاصبحت ارادته باتة بقضائها على عوامل التردد ونبذ الوسائل الأخرى التى تكون قد مثلت فى تفكيره . وتنتهى مرحلة التصميم ببدء المرحلة النهائية وهى مرحلة التنفيذ exécution ، وتتمثل هذه المرحلة الاخيرة فى حركة جسمية خارجية يخطو اليها الشخص بصورة آلية ، اى أن مرحلة التنفيذ الحقيقية لا تدخل ضمن مضمون الارادة ذاتها ، لأن الارادة ظاهرة نفسية داخلية . ولهذا يتجه علماء النفس الى

---

(١) راجع فى ذلك ديجى ، مطول القانون الدستورى ج١ ص ٢١١ — ٢١٧ . باترى ، مذهب الثقة ص ٥٨ — ٦٦ ، روستان ، دروس فى الفلسفة ص ٥٠٩ وما بعدها ، نقلا من بوتكاز تكملة بودرى وبارد ج ٢ فقرة ٣٧١ .

اعتبار مرحلة التصميم هى المرحلة الاخيرة من مراحل الارادة ؛ اما التنفيذ فهو عمل خارجى لا يدخل فى جوهرها (١) .

ويبين من هذا التحليل ان الارادة نشاط نفسى يتجه الى تحقيق غرض معين بالاستعانة بوسيلة ملائمة تعين على بلوغ هذا الغرض ؛ فالفرد عندما تتجه ارادته الى اخضاع أشياء لسيطرته او الى الدخول فى علاقات مع الغير انما يفعل ذلك بقصد اشباع حاجة لا يستطيع اشباعها اشباعا ذاتيا « فمن يشعر بالدافع الى اشباع حاجة بتصور الشىء او العلاقة التى تمكنه من ذلك ، ثم يتصور الحركات العضوية التى يتعين عليه ان ياتيها حتى تتاح له السيطرة على الشىء او الدخول فى العلاقة ثم الاستفادة من ذلك لاشباع الحاجة . ومن ثم كانت العوامل النفسية التى تدفع الى الحركات العضوية متمثلة فى الدافع الى اشباع الحاجة وفى العلم بالسبل المتعددة لاشباع هذه الحاجة ثم فى اختيار سبيل منها وترجيحه على سواه ثم فى العلم بكيفية سلوك هذا السبيل واخيرا فى انطلاق قوة نفسية تؤثر على اعضاء الجسد وتدفعها الى الحركات التى يتطلبها سلوك هذا السبيل . والارادة هى هذه القوة النفسية ، وهى قوة ذات غرض تتجه اليه» (٢) . وعلى ذلك يكون النشاط الارادى كما يقول العالم النفسى برادين Pradines مزيجا من استهداف اغراض معينة واصطناع الوسائل التى من شانها تحقيق تلك الاغراض (٣) .

وما قلناه سابقا . يصدق على كل عمل ارادى . والتصرف القانونى ليس الا عملا ارادية . ومن ثم فان من يبرم تصرفا قانونيا لا يقصد به سوى تحقيق غرض يشبع حاجة لديه ؛ « ولا يتميز الغرض الذى يسعى اليه الشخص فى التصرف القانونى عن اى غرض يسعى اليه فى اى تصرف ارادى آخر ؛ فقد يكون هذا الغرض ماديا ، كما قد يكون ادبيا ؛ ولكنه فى جميع الأحوال لا يمكن أن يكون قانونيا . فالشخص لا يبرم عقدا لكى يتحمل بالتزامات قانونية ؛ وانما يبرمه لكى يحصل من الغير على اشباع حاجة

---

(١) روستان : المرجع السابق المشار اليه فى يونكاز تكملة بودرى وبارد هامش ص ٤٣٥ ، كوماروس : ص ١٣٤ ، بلانيول : ص ٧٢ .

(٢) نجيب حسنى : مقالته عن القصد الجنائى بمجلة القانون والاقتصاد منشور فى ٢٩ العدد الاول مارس سنة ١٩٥٩ ص ١٢٤ .

(٣) برادين : موسوعة علم النفس العام سنة ١٩٤٨ ج ٢ ص ٣٤٦ مذكور فى رسالة جمال بدر ، النيابة فى التصرفات القانونية ص ٢٤ .

لا يستطيع اشباعها بمفرده » (١) . والواقع أن ارادة المتعاقد لا تقصد سوى اشباع حاجة معينة ، فليس التصرف القانونى هو هدفها وانما هو مجرد وسيلة لتحقيق هذا الهدف (٢) . والغرض الذى يظهر فى التصرف القانونى — كما يقول ديموج — هو غرض واقعى un but de fait والناحية القانونية لا تظهر فى تفكير الشخص الا بصورة عرضية (٣) .

Le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée.

ونخلص مما تقدم أن الفرد عندما تتجه ارادته الى ابرام تصرف تترتب عليه آثار قانونية ، انما يهدف الى اشباع رغبة ما ، وهذه الاثار انما تقع نتيجة اصطناع هذه الوسيلة وليس نتيجة لانصراف نيته الى التحمل بالتزامات قانونية ، تلك الالتزامات التى تتمثل فى اجبار المدين على الوفاء بها ، بحيث انه فى هذه التصرفات الارادية لو لم تنصرف نية أحد المتعاقدين الى تحمله التزاما قانونيا كما فى حالة التحفظ الذهنى وحالة من يبرم عقدا منتويا عدم تنفيذ التزامه كراكب انتوى عدم دفع أجرة السيارة عندما هم بالركوب ، فان هذا لا يمنع من نشوء الالتزام .

واذا فدعوى مذهب الارادة أن الالتزام ينشأ فى التصرفات القانونية تأسيسا على أن ارادة صاحبها قد اتجهت الى تحمل التزام قانونى ، قول يتنافى مع التحليل الواقعى لظاهرة الارادة ، التى لا تستهدف بابرام هذه التصرفات سوى تحقيق غرض معين دون أن تتجه نية صاحبها غالبا الى قبول ارغامه على تنفيذ التزامه تنفيذا جبريا .

اما ما اشترطه الفقه من وجوب اتجاه الارادة التى تحمل التزام قانونى، فالمقصود به استبعاد نشوء التزامات قانونية فى مجال ما يسمى بالارادة غير الجدية كالتعبير الهزلى والتعهدات التى تحوى فى نطاق المجاملات الاجتماعية ولكننا رأينا فيما سبق أن اتجاه الارادة الى احداث اثر قانونى ليس شرطا ضروريا لنشوء الالتزام ، ومن ثم فلا صحة للقول بأن اساس عدم نشأة الالتزام القانونى فى تلك الحالات مرده عدم اتجاه نية الشخص الى تحمل التزام قانونى .

---

(١) باترى ، المرجع السابق ص ٦٦ .
(٢) سبالى ، التعبير عن الارادة ص ١٩٦ ، كوماروس ، المرجع السابق ص ١٩٥ .
(٣) ديموج ، الالتزامات ج ١ ص ٢٧ .

الباب الثانى

دور التعبير فى نشأة الالتزام العقدى

٢٧ ــ مظهر التناقض :

رأينا فيما سبق أن مذهب الارادة يقوم على اعتبار الارادة الباطنة هى جوهر التصرف القانونى ؛ وان الاثار القانونية التى تنشأ عن العقد مصدرها ارادة المتعاقدين المشتركة . اما التعبير فهو بمثابة اعلان عنها ، او هو الاداة Technique التى تستخدمها هذه الارادة . وتفقد هذه الاداء قيمتها ما لم تكن رسولا أمينا للارادة (١) .

بيد ان أنصار مذهب الارادة على اجماع بأن الارادة الباطنة لا تكفى وحدها لكى تنتج اثرها ، بل لابد لتحقيق هذا الأثر من ان تظهر هذه الارادة الى العالم الخارجى ، فما دامت لم تخرج عن نفسية صاحبها فليس لها من دور فى عالم القانون . فالتعبير امر لا غنى عنه لتكوين العقد ، فيجب أن يفصح كل من الموجب والقابل عن ارادته المضمرة افصاحا خارجيا . وبدون هذا الافصاح لا ينشأ فى ذمة أى منهما التزام ما .

وواضح مدى تناقض مذهب الارادة ، فهو من جهة يقول ان الارادة الباطنة هى وحدها السبب المنشىء للالتزام وليس التعبير الا وسيلة الاعلام بها ؛ ومن جهة اخرى يسلم بأن هذه الارادة الباطنة لا يترتب عليها اى اثر ما لم يعبر عنها تعبيرا خارجيا ، فكان التعبير عنصر فى التصرف لا غنى عنه ، وهذا يتعارض مع الدور التافه الذى يخلعه عليه مذهب الارادة ، اذ كيف يكون دوره متواضعا الى هذا الحد مع ان تخلفه يمنع نشأة الأثر القانونى تماما ؟

---

(١) شمس الوكيل : اداة تحقيق الالتزام الارادى ، رسالة غير مطبوعة بالفرنسية ١٩٥٢ ص ١٥١ .

وللخروج من هذا المأزق حاول الفقه التقليدى تفسير الدور الذى يقوم به التعبير تفسيرا يتمشى مع اعتبار الارادة وحدها مصدر الالتزام .

ونستعرض فيما يلى آراء ثلاثة قيلت فى هذا الصدد لنتبين مدى ما يشوبها من تعسف ومخالفة للواقع وتعارض مع المنطق .

٢٨ ــ الراى الاول : القول بأن التعبير دليل اثبات على وجود الارادة :

ذهب بعض قدامى الفقهاء الى أن دور التعبير ينحصر فى التدليل على قيام الارادة ، فالارادة شىء مستكن فى النفس . واثبات وجودها أمر مستحيل ما لم يعبر عنها تعبيرا خارجيا ، والشخص الذى يدعى وجودها لا يكون مزودا بدليل مقبول غير الدليل المستمد من التعبير ، فالعقد وان كان يتكون من ارادتين باطنيتين ، الا ان التعبير هو الذى يقوم باظهارهما ، « والارادة فى حد ذاتها كافية ، غير أنه نظرا لخفائها ، تحتاج الى علامة خارجية تنقلها من عالم الخفاء الى عالم الظهور ، وهذه العلامة هى التعبير » (١) . وفى هذا المعنى يقول الفقيه زيتلمان Zitelmann (٢) « إن رغبتى واقعة داخلية محضة ، وأنت فى الخارج لا تستطيع التعرف عليها ، لاننا نعجز عن قراءة ما يدور بخلد الاخرين . . ولذلك يجب أن تخرج رغبتى الكامنة الى العالم الخارجى ورغبتى هذه المضمرة لا تظهر من تلقاء نفسها ، بل لابد من نشاط معين أقوم به للافصاح عن هذه الرغبة ونقلها من عالم الخفاء الى عالم الظهور باعلام الغير بها » ويذهب بلانيول (٣) فى نقده لنظرية الاعلان الى أن انصارها يخلطون بين الأساس أو الجوهر fond وبين الدليل preuve فالارادة الباطنة وحدها أساس الالتزام ولكن الغير لا يستطيع التعرف عليها الا بواسطة التعبير .

وهذا الراى مردود بانه يخلط بين مسألتين متميزتين تماما : مسألة قيام التصرف ونشوء آثاره ، ومسألة التدليل على قيامه ، ذلك أن مسألة الاثبات لا تثار الا بعد ابرام التصرف وتمام تكوينه ، وفى حين أن القائلين بهذا الراى

---

(١) سافينى ، مبادىء القانون الرومانى ج ٣ ص ٢٦٩ ، وفى نفس المعنى جينى : العلم والصياغة ج ٣ فقرة ٢٠٤ .

(٢) مشار اليه فى بادوى ، مبدأ الثقة ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٣) بلانيول وريبير : ج ١ فقرة ٢٧٧ .

يسلمون بادىء ذى بدء بأن الارادة الباطنة وحدها كافية لنشأة الالتزام ، اذ بهم يقعون فى التناقض عندما يقولون أن هذا الأثر لا ينشأ الا بعد التعبير ، فلو كان التعبير مجرد دليل اثبات لكان الاثر قد نشأ قبل صدوره ، اذ أن الاثبات انما ينصب على واقعة مكتملة حدثت فى الماضى .

قد يقال ان اصدار التعبير يتضمن فى آن واحد نشأة التزام واثبات وجوده ولكن هذا غير صحيح ، اذ لا ضرورة لتعاصر المسألتين ، ففى كثير من الاحوال يكون هناك فاصل زمنى بين قيام الارادة الباطنة ووصولها الى مرحلة التصميم وبين التعبير عنها ، ويزداد هذا الفاصل اتساعا اذا ما لوحظ أن تولد الأثر لا يحدث بمجرد صدور التعبير وانما يحدث بعد علم الخاطب به ، فلو تمشينا مع منطق الراى — محل النقد — لكانت نشأة الإلتزام معاصرة لقيام النية وينبنى على ذلك ان يكون للتعبير عنها اثر رجعى يعود الى اللحظة التى كانت فيها هذه النية قد اصبحت باتة ونهائية (١) .

ومن جهة اخرى ، فان اثبات قيام الارادة الباطنة بغير التعبير عنها ليس أمرا مستحيلا ، فمن الممكن اثبات ذلك بطرق اخرى كالاقرار ، والقاضى يستطيع ان يستجلى حسن النية او سوء النية عندما يستلزم ذلك العمل فى النزاع المطروح عليه دون أن يكون هناك تعبير عن هذه النية وعن صفتها ، وهو يستطيع التوصل الى الكشف عن وجود خلاف بين النية الباطنة وبين التعبير عند بحثه فى عيوب الرضا وفى الصورية وفى الارادة غير الجدية وفى التفسير . فتلك حالات يستجلى فيها القاضى النية الباطنة بدون الاستناد الى أى تعبير موجود أحيانا ، وعلى خلاف التعبير الموجود أحيانا اخرى (٢) .

ومن جهة ثالثة ، فلو كان التعبير مجرد دليل اثبات على نشأة الالتزام فان مؤدى ذلك انه لو حدث أن شخصين انتوى أحدهما بيع شىء معين بثمن معين وانتوى الاخر شراء نفس الشىء بذات الثمن . فان العقد ينعقد

---

(١) ديرما : اعلام الارادة ١٩٣٠ فقرة ١٨ ص ٢١ .

(٢) راجع فى ذلك ديرما ، المرجع السابق فقرة ١٧ ، باترى ، المرجع السابق ص ٧٦ — ٧٨ .

بارادتيهما الباطنيتين دون ما حاجة لان يعلن كل منهما الاخر برغبته » (١) . ولو اننا توصلنا الى اختراع يمكن بواسطته قراءة ما يدور بخلد كل شخص، فهل يجوز أن نعتبر شخصين ملزمين أحدهما قبل الاخر بالتزامات تعاقدية لانه امكن بواسطة هذا الاختراع ان نتبين فى ذهنيهما ارادتين متقابلتين لهما مضمون واحد تلاقتا عن طريق الصدفة ؟ » (٢) .

واخيرا ، فلو كان التعبير مجرد دليل اثبات لكان يكفى صدوره من صاحبه على اى وجه دون استلزام توافر شروط أخرى لا علاقة لها بوظيفة الاثبات ، فى حين انه يشترط لترتيب الاثر القانونى أن يعلم المخاطب بالتعبير الموجه اليه بحيث لو علم به الناس جميعا دونه فان الالتزام لا ينشأ . ولو أن التعبير أرسل خطأ الى شخص غير مقصود به فان التعبير لا ينفذ فى حق من اصدره ولا يستطيع الشخص المقصود به أن يجبر صاحب التعبير على اعادة توجيهه اليه (٣) .

وعلى ذلك ، فان استلزام توافر شروط أخرى لنشأة الالتزام لا علاقة لها بمسألة الاثبات ، يعنى أن للتعبير وظيفة اخرى وليس مجرد دليل اثبات كما يدعى انصار الراى المنتقد ، وبالتالى لا يكون صحيحا مايزعمونه من أن الارادة وحدها هى قوام نشأة الالتزام المتولد عن التصرف القانونى .

٢٩ ــ الراى الثانى : القول بان التعبير يضفى على الارادة الصبغة الاجتماعية :

وذهب راى ثان الى أن القانون علم اجتماعى موضوعه تنظيم الروابط القانونية بين افراد المجتمع ولا شأن له بالمقاصد المستترة للافراد ما لم تتخذ مظهرا ملموسا ، ومن ثم فالارادة الباطنة وحدها لا تكفى لانها ظاهرة غير اجتماعية ، وهى لا تكون اجتماعية الا اذا افصح عنها مظهر خارجى ، والتعبير هو هذا الشىء الخارجى الذى يضفى الصفة الاجتماعية عليها ويدخلها فى زمرة الروابط التى يهتم بها المجتمع . ويشبه

---

(١) دبموج ، الالتزامات فقرة ٥٣٩ .

(٢) جاليو Galliot اعلان الارادة فى العقود ١٩٠٣ ص ١١ مشار اليهما فى رسالة وليم قلادة : التعبير عن الارادة ص ٧ .

(٣) سالى ، التعبير عن الارادة ص ١٢١ ، ووليم قلادة : المرجع السابق ص ١٣٧ ، ١٤٤ ــ ١٤٥ .

Enneccerus دور التعبير بالنسبة للارادة الفردية بدور النشر بالنسبة للتشريع . فالنشر ليس مجرد ايضاح لارادة المشرع ولكنه عنصر بدونه لا يكون لهذه الارادة وجود ما ، ولا يعتبر القانون التشريع بغير النشر مجهولا فقط بل يعتبر انه لم يوجد بعد (١) . فالسبب اذا فى اشتراط اظهار الارادة حتى يترتب عليها اثر قانونى . هو استحالة ادخال عنصر نفسى باطنى فى نطاق البحث فى علم اجتماعى هو علم القانون(٢) .

غير ان هذا الراى مردود بان القول بان علم القانون لا يهتم الا بالافعال الخارجية ولا شان له بالنوايا الباطنة قول غير صحيح على اطلاقه ، فكثير من الظواهر النفسية الكامنة لها اهمية فى مختلف فروع القانون ، فالقانون مثلا يعتد بحسن النية وسوئها فيما يتعلق باكتساب الملكية بالتقادم وفى الدعوى البوليصية وفى نظرية الاوضاع الظاهرة وفى بعض المسائل المتعلقة بتنازع القوانين وفى ركن القصد فى القانون الجنائى(٣) .

كما وان نفس النقد الذى وجهناه الى الراى السابق ينصرف الى هذا الراى ايضا ، اذ لو كان دور التعبير قاصرا على ادخال الارادة الباطنة فى نطاق الظواهر الاجتماعية الخارجية التى يحفل بها علم القانون ، لكان يكفى اى تعبير يتضمن الافصاح عن الارادة والعلم بها دون استلزام توافر شروط اخرى فى التعبير . وهذا غير صحيح كما سبق القول ، فلكى ينتج التعبير اثره يجب أن يكون موجها الى الطرف الاخر من العقد وان يعلم به هذا الاخير بحيث لو علم به كافة الناس دونه لما ترتب على هذا التعبير اثر بالنسبة لمن اصدره .

وفضلا عما تقدم ، فان فى اعمال هذا الراى ما يؤدى الى هدم مذهب الارادة من اساسه ، اذ سينتهى حتما الى الاعتداد بالتعبير لانه ذو صبغة اجتماعية دون الارادة الباطنة لانها ظاهرة نفسية ، ومن ثم

---

(١) مشار اليه فى ديما ، المرجع السابق ص ٢٥ .
(٢) راجع فى ذلك : شاباس ، التعبير عن الارادة ص ٥١ — ٥٢ .
(٣) فى هذا المعنى ديما فقرة ٢٢ .

يتغلب التعبير على الارادة ، ولا يكون هناك محـــل لاعمالها اذا ما اختلف التعبير معها كما فى حالات الارادة الصورية والارادة الهـــازلة والتحفظ الذهنى وعيوب الرضـا ، وتلك نتيجة تتناقض تماما مع جوهر مذهب الارادة .

٣٠ ــ الرأى الثالث : القول بأن الارادة لا تكون باتة الا بالتعبـــير عنهـــا :

وأمام فشـــل الرأيين الســـابقين ، حـــاول ديرما Durma ان ينقـــذ مذهب الارادة ، عن طريق تحليـــل ظاهرة الارادة . وخلاصـــة رأيه ان الارادة لا تكون باتة ونهائية الا اذا عبر عنها صاحبها تعبيرا خارجيا ، وقبل أن تصل الارادة الى هذه المرحلة لا تكون قد أصبحت بعـــد ارادة قانونية ملزمة ، أى أن مرحـــلة التنفيذ فى رأى ديرما جزء متمم للارادة ، وقبل قطعها لا تكون الارادة ســوى مشروع لا يكمل الا اذا تم اعلانها ، وهذا الاعلان هو الحركة التى تقضى على عوامل التردد وتنتهى بالارادة الى قرار حاسم ، فالارادة القانونية تمر اذا بمرحلتين . مرحلة القصـــد intention ومرحلة الاظهار الخارجى manifestation extérieur وهذه المرحلة الاخيرة هى التى تجعل الارادة بانة فتستقر نهائيا (١) .

* وخطأ هذا الرأى ظاهر فيمـــا ســبق أن ذكرناه ، من أن الارادة تكتسب صفة الحســـم عنـــدما تنتهى من مرحـــلة التصميم décision وما ذكرناه من ان مرحلة التنفيـــذ exécution لا تدخـــل ضمن ظاهـــرة الارادة (٢) ، لان الارادة ظاهرة نفسية باطنة بينما للتنفيذ صفة خارجية ، فالقول بأن التعبير (وهو الذى يمثل مرحلة التنفيذ) عنصر من عنـــاصر الارادة قول غير سليم ، لانه يخلع على الارادة صفة تتناقض مع جوهرها النفسى ، والدليل على ذلك ان الارادة الباطنة قد لا تتطابق مع التعبير عن عمد أو عن غير عمد ، ولو كان من طبيعتها لمـــا تغاير معها .

---

(١) ديرما : اعلام الارادة ص ٣٢ ــ ٣٩ .
(٢) راجع ما سبق فقرة ٢٦ .

وفضلا عما تقدم ، فلو كان دور التعبير مقصورا على اتمام المرحلة النهائية من مراحل الارادة ، لكان مجرد التعبير كافيا لاداء هذه الوظيفة دون استلزام توافر شروط اخرى فيه ، وهذا غير صحيح كما سبق بيان ذلك فى نقدنا للرايين السابقين ، اذ لا يكفى مجرد صدور التعبير دون أن يكون موجها الى الطرف الاخر من العقد ، كما انه لا يكفى صدوره وتوجيهه ما لم يعلم به المخاطب ، فلو ان شخصا وجه ايجابا لاخر عن طريق خطاب ارسله بالبريد ففقد هذا الخطاب او استلمه غير المرسل اليه ، او استلمه المرسل اليه نفسه ولكنه لم يطلع عليه ، لما كان هذا الايجاب ملزما للمرسل ، مع ان ارادته فى راى دیرما كانت قد اصبحت باته باتمامها مرحلة التنفيذالخارجى عن طريق تصدير الخطاب المتضمن للايجاب .

٣١ ــ دفع اعتراض : القول بان السكوت قد يغنى عن التعبير :

ذهب البعض فى انحيازه لمذهب الارادة الى الادعاء بان السكوت يغنى فىبعض الاحوال عن التعبير ، اى أن الاثر القانونى ينشأ هنا عن الارادة الباطنة دون حاجة الى الافصاح عنها (١) .

بيد أن هذه الحجة لا تقوم على اساس صحيح ، ذلك انه أولا لا يمكن اعتبار السكوت ايجابا . اذ يستحيل ان يكون سكوت الشخص دعوة الىالتعاقد . فمسالة السكوت لا تثار اذا الا فى حالة القبول . والاصل فىهذه الحالة ان مجرد السكوت عدم والعدم لا يترتب عليه اى اثر ، وعلى هذا الاصل اجماع الفقه والقضاء بقولهما ان الرضاء لا يفترض وان السكوت مسلك غامض . كما وان المخاطب غير ملزم بان لرد على الموجب بالرفض او بالقبول ومن ثم لا يصح اعتبار سكوته قبولا . اما الفروض الاستثنائية التى قيل فيها ان السكوت يعتبر بمثابة قبول ، فليس السكوت فيها بسيطا ، بل هو سكوت موصوف circonstancié نتيجة ظروف خارجية احاطت بهذا السكوت استخلص منهما معا تعبير ضمى او تعبير غير مباشر يترجم عن موقف معين .

---

(١) باترى ، مبدأ الثقة ص ٧٠ ــ ٧١ .

فالسكوت اذا ليس له قيمة مستقلة ، واذا ترتب عليه أثر فى الاحوال الاستثنائية التى يقضى فيها القانون بذلك وفى الاحوال الاخرى التى أخذ بها القضاء فليس الاثر مترتبا على السكوت ذاته ، وانما هو مترتب على مجموع الظروف القائمة التى تحيط بالسكوت .

وعلى ما تقدم ، يكون مذهب الارادة مخطئا فيما يقول به من أن الارادة وحدها تكفى لنشأة الاثر القانونى وأن التعبير ليس الا علامة على قيامها . فالحقيقة التى لا شك فيها ان التعبير ركن جوهرى له قيمة ذاتية ومستقل تماما عن الارادة ، ويدور حول فكرة متميزة عن الفكرة التى تقوم عليها الارادة . وسنرى فى القسم الثانى من الرسالة وظيفة التعبير الذاتية فى نشأة الالتزام العقدى .

الباب الثالث

تغلب التعبير على الارادة الباطنة فى بعض الحالات الهـامة

تمهيد : خطة البحث :

قلنا ان مذهب الارادة يقضى بأن الارادة الباطنة هى قوام العقـد وأساس الالتزام الناشىء عنه ، وان التعبير ليس سوى وسيلة للاعلام بهذه الارادة ، وان مؤدى ذلك ان تكون العبرة بالارادة الباطنة اذا اختلف التعبير معها .

هذه النتيجة التى يرتبها مذهب الارادة ، من شأنها أن تحـدث ضررا بالمتعاقد الاخر حسن النية الذى وثق فى التعبير الذى وجه اليه ولم يكن فى استطاعته التعرف على تلك الارادة الخفية ، فاذا به يفاجأ بانهيار العقد الذى اطمأن الى صحته دون اهمال من جانبه ، فحين ان المتعاقد الاول قد يكون قد تعمد خداعه ، أو قد يكون قد قصر بعدم افصاحه بجلاء عن ارادته الباطنة .

ولا يقتصر اعمال هذه النتيجة الشاذة فيما بين المتعاقدين فحسب، بل يمتد الى الغير الذى يطمئن الى صحة عقد ما ، ويتعاقد مع احد طرفيه على ذات الحق موضوع العقد الاول ، ويفاجأ بعد ذلك بعدم صحته .

لذلك استقر الراى فى عدة حالات هامة على الخروج على مذهب الارادة فى هذا الخصوص .

ونقسم هذا الباب الى فصلين : اولهما يتناول الحالات التى يؤخذ فيها بالتعبير دون الارادة الباطنة فيما بين المتعاقدين ، وثانيهما يتناول الحالات التى يتغلب فيها التعبير لمصلحة غير المتعاقدين .

ولما كانت نظرية الاعلان فى الفقه الالمانى ، ونظرية الثقة فى الفقه السويسرى ، قد نشأتا لعلاج تلك النتيجة الشاذة التى يؤدى اليها منطق مذهب الارادة ، فنخصص ملحقا لهذا الباب لدراسة هاتين النظريتين .

الفصل الأول

الحالات التى يتغلب فيها التعبير على الارادة الباطنة فيما بين المتعاقدين

الفرع الأول

التحفظ الذهنى

٣٢ — الاجماع على عدم الاعتداد بالتحفظ الذهنى :

سبق أن ذكرنا انه فى حالة التحفظ الذهنى يصدر المتعاقد عن قصد تعبيرا مخالفا لما يضمره . وفى منطق مذهب الارادة يتعين الاخذ بهذا التحفظ سواء أكان صاحبه حسن النية أم سيئها ، وسواء أكان المتعاقد الاخر على علم بهذا التحفظ أم كان يجهله .

وواضح أن هذه النتيجة تصطدم لاول وهلة بالشعور بالعدالة فى حالة ما اذا كان المتعاقد الاخر لا يعلم بالتحفظ ، اذ فى هذه الحالة يغلب مذهب الارادة مصلحة صاحب التحفظ الذى انتوى الخداع أو على الاقل أهمل فى عدم اظهاره لنيته المضمرة ، على مصلحة المتعاقد الاخر حسن النية الذى لم يقع منه أى تقصير .

ولذلك كان بديهيا أن يطرح الفقه التقليدى نفسه هذا الاحل دون تردد ، فسافينى Savigny بعد أن يقرر أن الارادة وحدها هى العنصر الجوهرى ولكنها لخفائها تحتاج الى علامة خارجية للتعرف عليها ، يقول انه لا يجوز فى اى نظام قانونى مؤسس على الثقة أن يهدر التعبير اذا كان صاحبه قد اضمر فى ذهنه ارادة مخالفة (١) .

---

(١) سافيني ، مبادىء القانون الرومانى ج ٣ ص ٢٦٢

٣٣ ــ محاولة الفقه التقليدى تبرير هذا الحل دون الخروج على مذهب الارادة :

ولما وجد الفقه التقليدى أن الاخذ بمذهب الارادة فى التحفظ الذهنى ينافى العدالة ويضر باستقرار التعامل ، حاول حتى لا يخرج صراحة عن المبدأ الذى يدور فى فلكه ، أن يلتمس تبرير عدم الاعتداد بالتحفظ الذهنى فى الالتجاء الى أحكام المسئولية التقصيرية ، على اساس أن الشخص الذى يضمر غير ما يظهر انما يرتكب خطأ ينشأ عنه ضرر للمتعاقد الاخر ، ولا بأس من أخذه بتعويضه دون ارادته الباطنة كتعويض ملائم عن هذا الضرر(١) .

وقد شاع التجاء الفقه والقضاء الفرنسيين الى المسئولية التقصيرية لعلاج النتائج الشاذة التى تترتب على الاخذ بمذهب الارادة فى كل مسائل الخلاف بين الارادة الباطنة وبين التعبير ، وسنرى عند بحثنا لمسألة الغلط ، ان هذا المسلك ينطوى على خطأ منطقى بما يتضمنه من مصادرة على المطلوب .

---

(١) راجع فى ذلك ، ديموج : الالتزامات جـ ١ فقرة ١٥٨ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقرة ١٠٣ ، فيفورياتو : دراسة العقد فى المشروع الفرنسى الايطالى والقانون المقارن سنة ١٩٣٢ ص ٤٠ .

الفرع الثانى

فى الغلط

٣٤ ــ عدم الاعتداد بالغلط غير المغتفر :

يسمح مذهب الارادة بابطال العقد اذا وقع احد المتعاقدين فى غلط سواء اكان وقوعه فى الغلط بتقصير منه ام لم يكن كذلك ، فلا اهمية فى منطق هذا المذهب للتفرقة بين غلط مغتفر excusable وبين غلط غير مغتفر inexcusable فكلاهما يؤدى الى انحراف التعبير عن الارادة الباطنة . وهذا يكفى لابطال التصرف . ذلك ان كل ما يهتم به مذهب الارادة هو أن يكون التصرف محققا لباعث الارادة الحقيقى حتى تلتزم بهذا التصرف . ولا يهمه ان يكون هناك ثمة اهمال من جانب الغالط ، بعدم تبصره بظروف التعاقد قبل اقدامه على ابرام العقد ، أو بعدم افصاحه للمتعاقد الاخر عن مقاصده المستترة . .

ولا شك أن اعمال مذهب الارادة فى حالة الغلط غير المغتفر أمر يتنافى مع العدالة البديهية . فهو من ناحية يحابى متعاقدا مقصرا ، ومن ناحية اخرى يسبب للمتعاقد الاخر حسن النية ضررا يتمثل فى مفاجأته بالبطلان .

واضح ايضا ان هذه النتيجة تعوق سير المعاملات بما تشيعه فيها من اضطراب ومفاجآت .

لذلك كان اجماع الفقه والقضاء منعقدا على اهدار الحل الذى يمليه مذهب الارادة فى حالة الغلط غير المغتفر(١) .

---

(١) لوران ، مبادىء القانون المدنى الفرنسى ج ١٥ ص ٥٧٨ ، بيدان مبادىء القانون المدنى الفرنسى ١٩٠٦ ص ١١٦ ، بودنوار : الملكية والعقد ص ٢٩٥ ، ديموج : الالتزامات ج ١ فقرة ٢٤٤ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ٥٩ ، بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٢١٦ =

ويستند القضاء الانجليزى فى عدم تعويله على الغلط غير المغتفر الى قاعدة عامة فى القانون الانجليزى لها تطبيقات عدة وهى قاعدة Estoppel التى تقضى بانه لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سابق مسلكه . وتاسيسا على هذه القاعدة قضت احدى المحاكم الانجليزية بانه وان كان تطابق الارادتين هو أساس قيام العقد ، الا انه اذا كان أحد المتعاقدين قد تسبب بخطئه هو فى أن يفهم المتعاقد الاخر معنى مخالفا للمعنى الذى قصده فلا يجوز لذلك الطرف المخطىء ان يطعن فى العقد ، وقضى حكم آخر بأنه لا يسمح للبائع أن يتمسك ببطلان عقد يتضمن بيعه كمية من الشاى من صنف مطابق لعينة عرضها خطأ على المشترى وكان يقصد عينة اخرى . واضطردت احكام المحاكم الانجليزية على أن تضمن اسبابها فى المشكلة محل البحث ، القول بأنه لا يقبل من الشخص ان يتمسك بنيته الحقيقية اذا كانت هذه النية لا تتمشى مع مضمون التعبير الذى فهمه المخاطب ووثق فيه وتصرف على مقتضاه(١) .

وقد سبق للفقه الاسلامى ان وصل الى هذا الحل عند بحثه لخيار الرؤية(٢) ، فى عدة عقود أهمها عقد البيع ، فاثبت هذا الخيار للمشترى دون البائع ، لان محل العقد كان فى حوزة البائع من قبل وكان يمكنه ان يراه . وفى تأصيل وحدة الفكر بين انتفاء الخيار بامكان الرؤة وبين عدم الاعتداد بالغلط غير المغتفر ، يقول الاستاذ السنهورى : « ... ذلك أن افتراض الغلط المغتفر قد انتفى بالرؤية ، وهو اذا لم ينتف بالرؤية ، كان الغلط غير مغتفر لان المشترى يكون مقصرا اذا هو لم يتبين أن البيع لا يصلح له بعد أن رآه . كذلك الحال لو راى المشترى المبيع قبل الشراء وبقى على حاله الى وقت الشراء ، فان كان قد تغير عن حاله ،

= بلانيول العملى مع ريبير واسمان ج ١ فقرة ١٨٠ ، جوسران ج ٢ فقرة ٧١ ، ٧٢ ، دى باج ج٢فقرة ٣٦ ، جودمية : النظرية العامة للالتزامات ص ٦٢ ، ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ٤٤ .

(١) راجع فى ذلك : والتون ، الالتزامات ج ١ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٢) خيار الرؤية فى الفقه الاسلامى ، هو تخويل المتعاقد الحق فى نقض العقد أو اجازته بسبب عدم رؤيته لمحل العقد وقت التعاقد أو قبله . راجع فى ذلك ، محمد سلام مدكور : الفقه الاسلامى المدخل والاموال والحقوق والملكية والعقود سنة ١٩٥٤ فقرة ٤٧٢ محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٥٢ فقرة ٦٨٩ . وراجع فى رد فكرة خيار الرؤية الى الغلط ، السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٢٢ .

فله الخيار .... ولا يثبت خيار الرؤية للبائع لان الشيء الذى يبيعه كان فى يده او كان من المستطاع أن يحصل عليه فى يده ، فيتمكن من رؤيته ، فاما وقد باعه دون أن يراه ، ثم ظهر ان الشيء أجود مما يظن فانه يكون قد قصر اذ لم يتبين حقيقة الشيء قبل بيعه مع تمكنه من ذلك . والغلط المقترن بتقصير ممن وقع فيه يكون غلطا غير مغتفر . والغلط غير المغتفر لا يعتد به(١) » .

٣٥ ــ محاولة البحث عن اساس لعدم الاعتداد بالغلط غير المغتفر دون الاصطدام بمذهب الارادة :

ا ــ نظرية ايهرنج :

ولما كان منطق مذهب الارادة كما سبق القول يبيح للغالط حتى فى حاله ما يكون غلطه غير مغتفر ، التمسك بارادته الحقيقية والتوصل بذلك الى ابطال العقد فقد حاول الفقه ان يلتمس علاجا لهذه النتيجة الشاذة دون ان يصطدم بمنطق مذهب الارادة .

وكان ايهرنج اول من اجرى هذه المحاولة ، بنظريته الشهيرة عن الخطاء عند التعاقد Culpa in contrahendo : فقد تساءل ايهرنج عما اذا كان يحق للمتعاقد ان يطلب تعويضا عن الضرر الذى يصيبه نتيجة بطلان العقد اذا كا نهذا البطلان ناشئا عن وقوع المتعاقد الاخر فى غلط جوهرى . واستمد ايهرنج الاجابة على هذا السؤال منبعض نصوص القانون الرومانى الذى كان مطبقا وقتئذ فى المانيا ، وتقضى هذه النصوص بأن للمشترى ان يستعمل نفس دعوى البيع actio empti للمطالبة بتعويض عن الضرر الذى يلحقه من جراء اعتقاده فى صحة العقد اعتقادا يؤيده الظاهر ، فىحين أن العقد فى حقيقته باطل لعدم توافر شروط المحل . واستمد ايهرنج من هذه النصوص نظرية عامة مؤداها أن العقد الباطل رغم بطلانه ينشىء التزاما بالتعويض قبل المتعاقد الذى تسبب فى البطلان لصالح المتعاقد الاخر الذى لم يكن يعلم أو لم يكن فى استطاعته ان يعلم بسبب البطلان ، اى ان المسئولية هنا

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ص ١٣٣ ــ ١٣٤ .

مسئولية تعاقدية تقوم على الزام الشخص الذى يقدم على التعاقد بان يبذل كل عناية ليضمن توفير الشروط اللازمة لصحة التعاقد ، فلا يرتكب خطأ يتسبب عنه بطلان العقد ، بعد ان يكون المتعاقد الاخر قد اطمأن الى سلامته ، وبمعنى آخر يجب أن يضمن كل من طرفى العقد للاخر صحة الاعلان الذى صدر منه(١) .

والخطأ الذى يستوجب التعويض فى نظرية ايهرنج خطأ مفترض، فمجرد تسبب المتعاقد فى البطلان يعتبر خطأ Culpa دون ما حاجة لاثبات تقصير من جانب المتمسك بالبطلان ، ويؤيد ايهرنج قوله هذا بانه اذا كانت هناك حالات يتكشف فيها عذر المتعاقد المتمسك بالبطلان فان من العدل أن يتحمل هو نتيجته لانه باجراء المفاضلة بينهما يكون من المناسب أن يتحمل الشخص نتيجة جهله ، فيتحمل الضرر من كان البطلان آتيا من جهته ، وعلى ذلك يعتبر مجرد الغلط فى نظرية ايهرنج ، خطأ ، وكل غلط بالتالى يعتبر غلطا غير مغتفر .

اما التعويض فى نظرية ايهرنج ، فقاصر على المصلحة السلبية . intéret négatif اى ان التعويض لا يتعدى القدر الذى يصيب المتعاقد من جراء اعتقاده فى صحة العقد ، وتكون غاية التعويض هى رد المتعاقد الى الحالة التى كان عليها قبل أن يظهر العقد الباطل الى الوجود . فلا يشمل التعويض اذا ، المصلحة الايجابية intéret positif لان هذه تمثل الفائدة التى كانت ستعود على المتعاقد لو كان العقد صحيحا وهو فى حالتنا باطل بحكم القانون بما لا يجوز معه أن يطالب بتنفيذه للتوصل الى الحصول على المصلحة الايجابية .

٣٦ ـ ب : الاتجاه الفقه الفرنسى والمصرى الى تطبيق احكام المسئولية التقصيرية :

اما فى فرنسا ومصر ، فقد رفض معظم الفقهاء نظرية ابهرنج ، ووجهوا اليها بحق ، انتقادات اساسية ، فاخذوا عليها انها ترجع الالتزام التعويض الى المسئولية التعاقدية ، فى حين أن هذه المسئولية تفترض

---

(١) ايهرنج : أعماله المختاره ج ٢ ص ١٤ ـ ٤٠ .

قيام عقد صحيح ، والعقد هنا اما باطل بطلانا لا اثر له اصلا ؛ واما باطل بطلانا نسبيا ينسحب باثر رجعى فيصبح هو والبطلان المطلق سواء فى انعدام اى اثر مترتب على العقد ، واذا كان مبنى اعتبار المسئولية تعاقدية الادعاء بقيام عقد ضمان ضمنى تبعى مقتضاه ان يلتزم كل من طرفى العقد بضمان صحته حتى يكون الاخلال بهذا الالتزام مرتبا لمسئولية تعاقدية ، فليس هذا الا مجرد افتراض لا يطابق الواقع لعدم اتجاه نية المتعاقدين اليه . ويضيف بعض الفقه الى هذا النقد قوله انه اذا كان العقد الاصلى باطلا ، افلا يستتبع ذلك على سبيل اللزوم بطلان هذا العقد التبعى المزعوم ، على الاخص اذا كان مبنى البطلان نقص اهلية المتعاقد(١) .

ولما وجد الفقه الفرنسى ان نظرية ايهرنج غير صحيحة ، التمس علاج الموقف فى الالتجاء الى تطبيق احكام المسئولية التقصيرية ، واغراه بهذا الاتجاه ما لا حظه من ان ايهرنج اضطر الى ابتداع نظريته نظرا لان القانون الرومانى الذى كان مطبقا فى المانيا فى عصر ايهرنج ، لم يكن يحوى نصا عاما فى المسئولية التقصيرية يقرر الزام كل من احدث بخطئه ضررا للغير بتعويض هذا الضرر ، بل كان يعدد الافعال الخاطئة التى تستوجب التعويض وليس من بينها واقعة التسبب فى بطلان العقود. فذهب الفقه الفرنسى من ثم الى تطبيق احكام المسئولية التقصيرية فى المشكلة محل البحث ، فاعتبر ركن الخطأ متوافرا فى حق المتعاقد الغالط غلطا غير مغتفر لانه جاء نتيجة تقصير منه . واذا كان العقد باطلا بسبب هذا الغلط اعمالا لمذهب الارادة ، فانه مع ذلك يعتبر بمثابة واقعة مادية توافرت فيها اركان المسئولية التقصيرية ورتبت التزاما بالتعويض . اما عن مدى هذا التعويض فتذهب غالبية الفقه الى ان خير تعويض هو اعتبار العقد صحيحا . اى أن التعويض يتناول المصلحة الايجابية . ويبرر

---

(١) راجع فى ذلك ، دبوج : الالتزامات ج ١ فقرة ٣٥ ، بلانيول وريبير ومولانجيه ج ٢ فقرة ٨٨٩ ، دى باج ج ٢ فقرة ١٨٨ ، هنرى وليون مازو : موسوعة المسئولية ج ١ فقرة ١٢٣ ، اندريه بون : روابط ونطاق المسئوليتين العقدية والتقصيرية ١٩٣١ فقرة ١٤٤ ، جوليو دى لامورانديير : التطور الحديث لقانون الالتزامات ص ٢٠٨ ، السنهورى نظرية العقد فقرة ٢٩٣ والوسيط ج ١ فقرة ٣١١ ، مهجت بدوى أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ ، انور سلطان النظرية العامة للالتزامات ج ١ فقرة ٢٥٠ .

الفقه هـذا الحل بان المـادة ٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص على المبدأ العام فى المسئولية التقصيرية لم تحدد نوع التعويض الذى يقضى به ، فيكون للقاضى سلطة تحديد التعويض الملائم . ولا شك أن جبر الضرر يتحقق بصورة مناسبة فى اعتبار العقد صحيحا(١) . وهكذا ينتهى هـذا الرأى الى ما عبر عنـه ديموج بقوله أن الخطأ يمكن أن ينشىء مراكز مشابهة لتلك التى تنشأ عن العقد (٢) . La faute peut engendrer des situations semblables à celles qui dérivent d'un contrat.

ولا شك ان النتيجة العملية لرأى الفقه الفرنسى والمصرى ، تفضل النتيجة التى تنتهى اليها نظرية ايهرنج فى حالة الغلط غير المغتفر ، من ناحية أن النتيجة الاولى تلزم المتعـاقد المقصر بالتعوض الكامل على أساس اعتبار العقد فى حكم التصرف الصحيح القائم ، أما قصر التعويض على المصلحة السلبية فامر لا يحقق العدالة الكاملة ولا يؤمن استقرار التعامل بصورة مرضية ، اذ انه فى معظم الاحوال لن يكون هناك محـل لاى تعويض لعدم توافر المصلحة السلبية ، وفى غالبية الاحوال الباقية ستكون هـذه المصلحة تافهة ويكون المتعاقد المقصر فى مأمن ، ويحـرم المتعاقد الاخر دون مبرر من ثمرة العقد الذى اطمأن الى صحته ؛ ومن جهة أخرى فان فى تسوية نظرية ايهرنج بين المتعاقد المقصر وبين من لم يقع منه أى تقصير بمعاملتهما سويا معاملة واحدة ، أمر غير مستسـاغ فى حكم المنطق .

٣٧ — نقد الاستناد الى احكام المسئولية التقصيرية — خطأ نظـرية ايهرنج :

بيد أن استناد الفقه الفرنسى والمصرى الى أحكام المسئوليـة التقصيرية فى حالة ابطال العقد لغلط غير مغتفر ، مسلك غير صحيح

---

(١) راجع فى ذلك ، ديموج ، الالتزامات ج ١ فقرة ٣/٣٧٥ ، بودنوار : الملكية والعقد ص ٥٩٥ ، بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٢١٦ ، جوسران ج ٢ فقرة ١٧٢ ، السنهورى : نظرية العقد فقرة٥٩٢ ، الوسيط ج ١ فقرة ٢١١ ، انور سلطان ج ١ فقرة ٢٥٠ ، سليمان مرقس : نظرية العقدفقرة ٢٤١ .

(٢) ديموج : الموضع السابق .

لاستحالة اعمال قواعد هذه المسئولية استحالة تامة ، ذلك ان اركان المسئولية التقصيرية أو المسئولية عن الفعل الضار بوجه عام هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، واذا كان من المسموح به فى بعض الاحوال استبعاد ركن الخطأ او افتراضه ، فانه لا يمكن بداهة استبعاد ركن الضرر وعلاقة السببية بين الفعل وبين الضرر ، والضرر يتمثل فى الاخلال بمصلحة مالية للمضرور كانت قائمة فعلا وقت حدوث الفعل المرتب للمسئولية . والموقف الذى نحن بصدده يتحصل فى ادعاء المتعاقد المضرور بأن المتعاقد الاخر قد ارتكب خطأ تسبب عنه بطلان العقد الذى أبرم بينهما ، وهذا البطلان أخل بحق له وسبب له بالتالى ضررا ، فما هو مصدر هذا الحق ؟ ليس مصدره العقد لانه باطل لم يرتب اى اثر وليس هناك اى مصدر آخر لهذا الحق المزعوم . واذا فما لم يكن الحق قد تولد وأضيف الى الذمة المالية لصاحبه فلا يجوز بالتالى القول بأن هناك اخلال بحق وانتقاص من الذمة . وعلى ذلك فلابد من نشوء الحق كمرحلة أولى تسبق ركن الضرر المتمثل فى الاخلال بهذا الحق .

فاذا استأجر شخص منزلا لمدة معينة بمبلغ مائة جنيه مثلا ، ثم تبين أن المستأجر كان قد وقع فى غلط غير مغتفر وقت ابرام العقد . فالعقد هنا باطل طبقا لمذهب الارادة ، وهذا ما يسلم به الفقه المذكور ، ولكن هذا الفقه يقول بعد ذلك أن هذا المستأجر قد ارتكب خطأ نشأ عنه ضرر للمؤجر ، ويتمثل هذا الضرر فى حرمان المؤجر من مبلغ المائة جنيه قيمة الاجرة ، ويقضى له الفقه بهذا المبلغ جبرا للضرر الذى لحق به . وهنا مكمن الانحراف المنطقى فى هذا الراى ، ذلك انه فى الوقت الذى ارتكب فيه المستأجر الفعل الخاطىء — وهو وقت ابرام العقد — لم يكن المؤجر قد تولد له حق فى مبلغ مائة جنيه . لزوم التسليم بداءة بأن العقد باطل ومن ثم فان ضررا ما لم يلحق المؤجر نتيجة فعل المستأجر الخاطىء ، لان هذا الفعل قد حدث فى وقت لم يكن فيه الحق قد تولد بعد، هذا الحق الذى يقال أن الفعل الخاطىء يعتبر اخلالا به . ويكون الفقه — دون أن يشعر — قد اعتبر العقد فى هذه الحالة صحيحا ، ولا يكون التعويض هنا الا تنفيذا لهذا العقد ، ولا تكون المسئولية التى يقال بها

هنا الا المسئولية العقدية التى تترتب جزاء على الاخلال بالتزام عقدى والتى لا تثار الا اذا كان هناك عقد قائم وصحيح ، والا فان التسليم بداءة بأن العقد باطل ثم تأسيس التعويض على المسئولية التقصيرية يعتبر مصادرة على المطلوب ، لان ركن الضرر كما سبق القول غير قائم .

وعلى ذلك يكون من المتعذر تماما أعمال قواعد المسئولية التقصيرية للتعويض عن المصلحة الايجابية ، لان هذه المصلحة لم تنشأ بسبب بطلان العقد ، وهى لا تنشأ الا اذا كان العقد صحيحا بداءة . اما المصلحة السلبية فهى وحدها التى يمكن القول بامكان التعويض عنها اذا توافرت باقى أركان المسئولية ، فهذه المصلحة وحدها هى التى أخل بها نتيجة بطلان العقد ، لانها كانت تكون فعلا جزءا من ذمة المضرور وقت حدوث الفعل الضار . فلو أن شخصا تعاقد مع آخر على شراء بضاعة منه وأرسل اليه البائع البضاعة المطلوبة ، ثم تبين ن المشترى كان قد وقع فى غلط غير مغتفر ، فالعقد باطل طبقا لمذهب الارادة ، ولم ينشأ عنه بالتالى أى حق للبائع حتى يمكن القول بأن المشترى تسبب بخطئه فى الاخلال بهذا الحق ولكن الضرر الحقيقى الذى أصاب البائع يتمثل فيما يكون قد تكبده من مصاريف ارسال البضاعة الى المشترى ومصاريف استردادها . هذه المصاريف التى انفقها البائع هى التى كانت تكون فعلا جزءا من ذمته المالية وخسرها بسبب بطلان العقد . واذا فالضرر الذى يمكن التعويض عنه بتطبيق احكام المسئولية التقصيرية هو الضرر الذى يمثل المصلحة السلبية وحدها ، ولا يكون هناك فرق فى هذا الصدد بين نتجة تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية ، ومن النتيجة التى تقول بها نظرية ايهرنج .

ويؤدى بنا ذلك التحليل الى نتيجة غريبة ، هى أن المسئولية التى تقول بها نظرية ايهرنج فى قصرها التعويض على المصلحة السلبية ، انما هى مسئولية تقصيرية فى حقيقة الامر ، وليست عقدية كما يقول ايهرنج. وان المسئولية التى يقول بها الفقه الفرنسى والتى تتناول المصلحة الايجابية ليست مسئولة تقصيرية — لتعذر أعمال قواعد هذه المسئولية كما رأينا بالنسبة لتلك المصلحة — وانما هى مسئولية عقدية ، اذ أن التعويض

عن المصلحة الايجابية لا يمكن القضاء به الا بافتراض أن هناك عقد صحيح تولد عنه حق .

غير انه حتى بحصر الضرر فى المصلحة السلبية وحدها ؛ فان ركن علاقة السببية لا يقوم ، ذلك أن بطلان العقد الذى تسبب فى حدوث هذا الضرر انما كان تسليما بما تقضى به القاعدة القانونية المطبقة والمستمدة من مذهب الارادة ، وهذه القاعدة من ثم تقطع علاقة السببية بين خطأ الغالط وبين تقرير البطلان . ويبدو ن هذه الفكرة كانت فى ذهن ايهرنج عندما وضع نظريته ووجد انها عقبة تحول دون السماح بالتعويض عن المصلحة الايجابية ، وحاول عبثا ان ينقذ المصلحة السلبية ، مع ان واقعة البطلان هى التى ينتج عنها فوات المصلحتين معا ، ومذهب الارادة او القانون الذى يأخذ به هو الذى يقرر هذا البطلان . فايهرنج يقول : « ..... لا تبقى اذا الا المصلحة السلبية .... فى هذه الحالة يأخذ (المتعاقد المضرور) ما كان له لو لم تكن تلك الواقعة الظاهرية — ابرام العقد — قد نشأت . ان ما يعيبه المدعى على المدعى عليه ليس القول بأن العقد باطل — هذا لا يسأل عنه المدعى عليه ؛ بل مرجعه الى القانون نفسه . سبب المطالبة هو أن المدعى عليه الذى كان واجبا عليه أن يعرف سبب البطلان ، أبرم العقد ، فنتج عن ذلك بطريق غير مباشر ضرر للمدعى » . فايهرنج اذا لم يتمش مع منطقه الى النهاية ، اذ ما دام ان فوات المصلحة السلبية على المدعى كان نتيجة للبطلان ، وان هذا البطلان باعتراف ايهرنج مرجعه الى القانون نفسه ولا يسأل عنه المدعى عليه ، فلزوم ذلك الا يسأل أيضا عن المصلحة السلبية لان فوات هذه المصلحة انما هو نتيجة مباشرة للبطلان .

وعلى ما تقدم ، يكون قد ثبت أن مذهب الارادة يقف حائلا منيعا دون التماس أى علاج خارجى ما دام هو نفسه يقضى ببطلان العقد ، ولا يكن صحيحا ما يقول به الفقه من « ان تطبيق قواعد الرضائية لا ينفى تطبيق غيرها من القواعد وان هناك قواعد أخرى قضى بها القانون نفسه تؤدى فى حالة بطلان العقد — تطبيقا لقواعد الرضائية — الى حماية طرف العقد الاخر الذى يتضرر من هذا البطلان ، ونحن نقصد بذلك قواعد

المسئولية اللاتعاقدية » (١) . فضلا عما أثبتناه من قبل من استحالة تطبيق قواعد المسئولية اللاتعاقدية ، فان للمسألة وجهة منطقية أخرى ، هى أنه اذا كان تطبيق قاعدة قانونية لا ينفى اعمال قاعدة اخرى ، فان ذلك لا يكون الا اذا كانت القاعدة الاولى تقف على جانب الحياد بالنسبة لمشكلة معينة لعدم دخول هذه المشكلة فى دائرة مجالها ، أما اذا كانت القاعدة الاولى — كما هو الوضع بالنسبة للمشكلة الحالية — تقرر حلا معينا ، فلا يجوز للقاعدة الثانية أن تقحم نفسها فى المجال الطبيعى للمشكلة وتضع حلا مخالفا للحل الذى تقرره القاعدة الاولى ، فيقع التعارض بين القاعدتين وهو ما لا يجوز حدوثه بين قاعدتين تنتميان الى قانون واحد أو علم واحد فاذا وضعت قاعدة ما تفسيرا معينا لمشكلة ما وكان هذا التفسير مفضيا الى نتيجة ضارة ، فيجب أن نستنتج أن هذه القاعدة غير سليمة وان نبحث عن القاعدة الصحيحة ، لا أن نسير فى طريق خاطىء لنتلمس الحل فى قاعدة اخرى أجنبية عن المجال الذى تقع فى دائرته المشكلة محل البحث .

٣٨ — مسلك القضاء :

وقد سلك القضاء فى علاج هذه المشكلة ، مسلكا صريحا لم ينهج فيه منهج الفقه فى اعتبار العقد باطلا لمذهب الارادة ، ثم اقامته بعد ذلك على سبيل التعويض بناء على المسئولية التقصيرية ، بل رفض الحكم بالبطلان فى حالة الغلط غير المغتفر واعتبر العقد صحيحا من بداية الامر (٢) .

بل وذهبت محكمة النقض البلجيكية الى حد القول بأن الغلط غير المغتفر لا يعيب الرضاء (وهذا غير صحيح طبعا) وبالتالى لا يؤدى الى البطلان (٣) .

ويؤيد الفقيه الايطالى جيورجى Giorgi مسلك القضاء ، وينتقد رأى الفقه لما يرى فيه من مخالفة للمنطق ، فى التسليم بالبطلان ثم فى السماح بالتعويض عنه (٤) .

---

(١) بهجت بدوى : اصول الالتزامات فقرة ١٢٠ ص ١٩٢ .

(٢) راجع فى ذلك ، بلانيول العملى بالاشتراك مع ريبير واسمان ج ٦ فقرة ١٨٠ ، ديموج : الالتزامات ج ١ فقرة٢٤٥ ، جوسران ج ٢ فقرة ٧٢ ، فريجاميل دروس القانون المدنى ص ١٣٤ ، أحكام المحاكم الفرنسية المشار اليها فى هذه المراجع ، حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨٩٧/٤/٨ (البلتان ٩ — ٢٦٣) .

(٣) نقض بلجيكى فى ١٩٤٤/٦/٩١ ، المجلة الفصلية سنة ١٩٤٧ ص ١٠١ مع تعليق للاستاذين الالو وبرنار .

(٤) جيورجى : الالتزامات ج ٥ فقرة ١٧ ، مشار اليه فى ديموج ج ١ فقرة ٢٤٩ .

الفرع الثالث

التفسير

٣٩ — حالة الخلاف بين مضمون الارادة الباطنة وبين المعنى العادى للتعبير :

قد يكون هناك تعارض بين المعنى الظاهر للتعبير وبين الارادة الحقيقية لصاحب هذا التعبير مرده ان صاحب التعبير لم يتخير الكلمات التى تطابق مقصوده او أن اللفظ المستعمل يحتمل اكثر من معنى ، او الى غير ذلك من الأسباب التى تجعل المخاطب يفهم التعبير فى ضوء كلماته وفى ضوء الظروف الملابسة ، على معنى آخر غير المعنى الذى قصده صاحب التعبير .

ومذهب الارادة كما سبق القول يحتم أعمال الارادة الباطنة دون التعبير الذى خالفها . وواضح أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، لاضرارها بالمخاطب حسن النية الذى لا يستطيع التعرف على ارادة صاحب التعبير الا من خلال عبارات التعبير ومن الظروف الملابسة للتعاقد المعروفة لديه . وقد يكون صاحب التعبير مقصرا بعدم مراعاته الدقة فى تعبيره . واذا فمذهب الارادة يؤدى الى اهدار مصلحة متعاقد حسن النية لم ينسب اليه أى تقصير ، ومحاباة متعاقد آخر مهمل . وفضلا عما فى هذه النتيجة من مجافاة للعدالة فانها تؤدى الى زعزعة الثقة فى المعاملات واضطرابها (١) .

ويذهب الفقه التقليدى لتفادى هذه النتيجة — كشأنه فى كل حالات الخلاف بين الارادة الباطنة وبين التعبير — الى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية ، على أساس أن المتعاقد الذى قصر فى الادلاء بتعبير مطابق لارادته الباطنة ،

---

(١) دى باج ج ١ فقرة ٢٦ ، جورف : مبدأ حسن النية ١٩٢٨ ص ٣١ واحمد زكى الشنى ، تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد ، مقال بمجلد القانون والاقتصاد فى سنة ١٩٤٦ ص ٥٠ — ٥١ .

يكون قد ارتكب خطأ نشأ عنه ضرر للمتعاقد الاخر ، ويتمثل هذا الضرر فى اهدار ثقته فى مظهر التعبير وتفويت المنفعة التى كان سيحصل عليها لو كان التعبير مطابقا للارادة الباطنة ، والتعويض المناسب فى هذه الحالة هو نفاذ التعبير فى حق صاحبه .

وقد سبق لنا أن بينا وجه الخطأ فى الالتجاء الى اعمال قواعد المسئولية التعبير فى حق صاحبه (١) .

واذا كان الفقه التقليدى يشترط لنفاذ التعبير على سبيل التعويض ، ان يكون صاحب التعبير قد ارتكب تقصيرا بعدم افصاحه بدقة عن حقيقة ما يقصده فان جانبا من الفقه الحديث المتأثر بالنزعة الاجتماعية يرى ان التطور الحديث للمجتمع يحتم الأخذ بالتعبير فى كل الأحوال ، اى دون اشتراط وقوع تقصير من جانب صاحب التعبير ، ذلك انه من قبل — كما يقول هذا الفقه — كانت العلاقات التعاقدية قليلة وبطيئة وكانت تسبقها مفاوضات تجرى بين اشخاص يعرف بعضهم بعضا ، وكان ذلك من شأنه أن يفهم كل طرف مقصود الطرف الآخر .

أما وقد تطورت المدنية وازدهرت الحياة الاقتصادية ، فاتسع نطاق المعاملات وتضخمت وزادت سرعة دورانها ، فقد اصبح التعويل على الارادة النفسية الباطنة معرقلا للائتمان وضارا بمصلحة المعاملات ، اذ فى التعويل عليها اهدار لثقة المتعاملين حسنى النية بمفاجأتهم بما لم يكن فى حسبانهم ، ولتفادى هذه النتيجة يجب اتباع مبدأ السببية principe de causalité بجعل المخاطر على عاتق من صدر منه الفعل الذى أوجدها ، فالمخاطر هى فدية النشاط rançon de l'activité ، وفى حالتنا هذه يقع عبء تحمل الخطر على عاتق من صدر منه التعبير المخالف لارادته الباطنة لا على عاتق الطرف الاخر الذى كان موقفه سلبيا (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه : ج ٢ فقرة ١٨٥ .
(٢) راجع ما سبق فقرة ٣٧ .
(٣) جونو : مبدأ سلطان الارادة ص ١٦٤ وما بعدها ، مشار اليه فى بونكار : نكملة بودرى وبارد ج ١ هامش ص ٤٣٨ و ٤٣٩ .

٤٠ ــ حالة عدم اطلاع المتعاقد على كل شروط العقد :

وقد يحدث فى بعض العقود المطبوعة التى تتضمن عددا من البنـــود ، ان لا يقرأ المتعاقد كل شروطها قبل التوقيع على وثيقة العقد ، او يكون قد قراها ولكنه لم يفهم مضمونها . فهل يجوز عندئذ ان يطلب عدم اعمال هذه الشروط تأسيسا على ان ارادته لم تنصرف اليها ؟ هذا هو ما يقضى به مذهب الارادة . ولكن القضاء يرى غير ذلك . يؤيده الفقه . بقوله انه كان واجبا على المتعاقد ان يقرأ كل شروط العقد وان يفهم مضمونها قبل التوقيع عليه . ويرى الفقه تبعا لذلك أن مذهب الارادة لا يغطى الحقيقة كلهـــا . وان الارادة الباطنة ليســت وحدها العنصر الفعال فى التصرف القانونى (١) .

---

(١) جونو : فى الموضع السابق هامش ص ٤٤٣ ، كوماروس ، دور الارادة فى التصرف القانونى ص ٢٠٣ ، بلانيول العملى بالاشتراك مع ريبير واسمان ج ٦ فقرة ٢٧٣ مكرر .

الفصل الثانى

الحالات التى يتغلب فيها التعبير على الارادة الباطنة لصالح الغير

٤١ — تمهيد :

قد يكون العقد الذى أبرمه المتعاقدان ، صوريا ، لم يقصدا ترتيب أى اثر قانونى عليه ، أو قصدا ترتيب آثار أخرى غير الآثار التى ينم عنهما العقد الصورى الظاهر . وقد تكون الارادة الباطنة لأحد طرفى العقد غير مطابقة للتعبير الذى أصدره . وفى هذه الأحوال يقضى مذهب الارادة باعمال الارادة الباطنة ويرتب على هذا الاصل النتيجة التى تناسب كل حالة ، ففى الصورية المطلقة لا ينشأ أى التزام ولا يتولد أى حق . وفى الصورية النسبية يؤخذ المتعاقدان باتفاقهما المستتر . وفى حالة اختلاف الارادة الباطنة لأحد المتعاقدين عن تعبيره فى غير الصورية ، أما ان يحول ذلك دون نشأة العقد لعدم تطابق ارادتى المتعاقدين ، وأما أن ينشأ العقد مع تخويل المتعاقد الذى عيبت ارادته حق الطعن عليه بالبطلان .

ولا يوجد ثمة تعارض بين النتيجة التى يرتبها مذهب الارادة وبين المدانة فى حالة الصورية بنوعيها فيما بين المتعاقدين ، وكذلك فى حالة اختلاف ارادة أحد المتعاقدين عن تعبيره اذا كان هذا الاختلاف معلوما للمتعاقد الآخر .

الا أنه قد يحدث أن شخصا يبرم اتفاقا مع أحد طرفى ذلك العقد ، ويتناول هذا الاتفاق ذات الحق موضوع العقد اعتمادا منه فى صحته الظاهرية دون أن يعلم ما شابه من عيب . فاذا تمشينا مع منطق مذهب الارادة لترتب على انهيار العقد الأول انهيار العقد الثانى ، اذ أنه بانهيار العقد الأول يمتنع انتقال الحق الذى كان يمكن أن يتولد عنه لو كان صحيحا،

الى المتعاقد الذى تصرف فيه للغير ، فلا يستطيع هذا المتعاقد أن ينقله الى ذلك الغير ، ولا كان القول بغير ذلك اعمالا للمظهر المخالف للارادة الحقيقية للمتصرف فى العقد الأول .

وواضح أن فى اتباع منطق مذهب الارادة اضرار بالغير حسن النية الذى تعامل على اساس اعتقاده صحة العقد الأصلى ، دون أن يكون هناك ثمة ما ينم على انه غير قائم ، أو أنه عقد باطل او مهدد بالبطلان . وبذلك يفاجأ هذا الغير بانهيار ثقته فى المظهر الذى اطمأن اليه دون ما تقصير من جانبه فى تحرى الحقيقة ، وقد يكون التقصير واقعا من المتعاقد الأصلى الذى يتمسك باعمال ارادته الباطنة ، بل وقد يكون قد قصد خداع ذلك الغير .

ولمعالجة هذه النتيجة الشاذة ، عمدت معظم التشريعات الى الخروج على مذهب الارادة فى عدة حالات خاصة حماية للغير حسن النية .

والى جانب هذه الحالات الخاصة ، تتحقق حماية الغير فى نطاق مبدأين عامين اكثر شمولا واتساعا ، ونعنى بهما نظرية الصورية ، وقاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع فى الأوراق التجارية . فنخصص لدراستهما الفرعين التاليين .

الفرع الاول

الصورية

٤٢ ـ تحديد الصورية :

تتحقق الصورية كما راينا ، باتفاق المتعاقدين سويا على ابرام عقد ظاهر يخالف اتفاقا آخر مستترا . فالمتعاقدان لا يكتفيان باخفاء اتفاقهما الحقيقي عن الغير ، وانما يتعمدان اعلان حدوث تعاقد بينهما مخالف لاتفاقهما المستتر .

واذا كان مناط احكام الصورية بالنسبة للغير هو ثقة الغير المبررة في العقد الظاهر وتعامله على اساسه ، فانه يشترط تبعا لذلك ان لا يكون هناك ما ينم على وجود العقد الحقيقي المستتر ، اما اذا كان في استطاعة الغير انّ يتبين من الاطلاع على العقد الظاهر او من اية ظروف اخرى ان هناك اتفاقا مستترا يناقضه ، لم يعد هناك ثمة ما يدعو الى ركون الغير الى العقد الظاهر ، فلا يكفي اذا مجرد توافر حسن النية الغير اي عدم علمه بوجود العقد المستتر ، بل يشترط الا يكون مقصرا في تمحيص الحقيقة (١) .

وقد راينا ان الصورية قد تكون مطلقة ، فلا يكون هناك الا العقد الظاهر . وفي هذه الحالة لا يتولد اي اثر قانوني بين المتعاقدين لعدم انصرف نيتهما الى اعمال العقد الظاهر ولعدم انصرافها الى ابرام عقد مستتر . وقد تكون الصورية نسبية اذا اتفق المتعاقدان على اعمال عقد آخر خلاف العقد الظاهر وفي هذه الحالة يكون العقد السري هو النافذ في حقهما .

---

(١) عبد الباسط جميعي : نظرية الاوضاع الظاهرة ، رسالة غير مطبوعة سنة ١٩٥٥ ص ٢٤٩ ، ٢٥٤ .

والغالب فى الصورية أن يكون المتعاقدان قد تعمدا خداع الغير بالمظهر الكاذب الذى انشاه ، وهذه هى الصورية التدليسية ، الا أنه قد يحدث فى بعض الاحيان ان تكون الصورية بيضاء ، لم يقصد بها المتعاقدان غش الغير . وبالنسبة للغير لا اهمية للتفرقة بين صورية تدليسية وصورية غير تدليسية ، ففى كليهما تحقق العلة فى وجوب حماية الغير بتأييد ثقته فى العقد الظاهر واطمئنانه الى صحته .

٤٣ — موقف التشريعات من الصورية بالنسبة للغير :

عمدت التشريعات الى مخالفة منطق مذهب الارادة باضفاء حمايتها على الغير حسن النية . فنصت المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى على ان أوراق الضد لا يحتج بها على الغير على وجه الاطلاق .

وقد يكون من الغريب ان ينص القانون المدنى الالمانى — وهو الذى اشتهر عنه ميله الى حماية المظهر تحقيقا لاستقرار التعامل — فى المادة ٢/١١٧ منه على أنه اذا ستر تصرف قانونى ظاهر تصرفا آخر حقيقيا فهذا التصرف الأخير هو الذى ينفذ ، وذلك دون تفرقة بين المتعاقدين وبين الغير . وكان قد اقترح فعلا فى اللجنة الثانية لاعداد القانون المذكور أن يعتبر العقد الظاهر صحيحا بالنسبة للغير الذى ينخدع فيه ، ولكن هذا الاقتراح لم يؤخذ به على اساس أن الحالات الهامة التى يخشى فيها الحاق ضرر بالغير الذى وثق فى العقد الظاهر — قد تناولتها نصوص خاصة تكفل تحقيق الحماية للغير ، ويقول سالى انه بالنسبة للفروض الاخرى ، فان حماية الغير تتحقق فيها بتطبيق احكام المسئولية التقصيرية ، فيعوض الغير عن الضرر الذى قد يلحقه من جراء اعتقاده فى صحة العقد الظاهر (١) .

ومع أن القانون المدنى المصرى القديم لم يكن يحوى نصا مقابلا لنص المادة ١٣٢١ مدنى فرنسى ، الا ان القضاء المصرى فى ظل هذا القانون اضطرد فى احكامه على اعتبار العقد الظاهر قائما بالنسبة للغير حسن النية ، ثم جاء القانون المدنى الجديد مقننا لهذا الرأى ، فنص فى المادة

---

(١) سالى : التعبير عن الارادة ص ٩ .

٢٤٤ منه على انه « ١ ـــ اذا ابرم عقد صورى فللدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصورى كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم ٢ ـــ واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » .

٤٤ ـــ المحاولات الفقهية للبحث عن اساس قانونى لحماية الغير فى الصورية :

(أ) الالتجاء الى المسئولية التقصيرية :

وقد حار الفقه ـــ ولا زال ـــ فى محاولة تلمس الأساس القانونى لاعتبار العقد الصورى قائما لمصلحة الغير . ونتوقع مقدما فشل هذه المحاولات لان نقطة البداية فيها خاطئة ، اذ انها تبدأ بالتسليم بصحة مذهب الارادة كاساس للالتزام العقدى ، ثم تتجه بعد ذلك الى تلمس علاج خارج أحكام العقد اى خارج النطاق الطبيعى لبحث المشكلة ، فكان لابد وان تصطدم هذه المحاولات بنقطة البداية سالفة الذكر .

فقد ذهب البعض الى الالتجاء الى قواعد المسئولية التقصيرية كتبرير لاعتبار العقد الصورى قائما بالنسبة للغير ، على اساس ان المتعاقدين الصوريين قد ارتكبا خطأ بخلقهما هذا المظهر الكاذب وهو العقد الصورى، وان هذا المسلك قد ادى الى الحاق ضرر بالغير ، يتمثل فى انخداعه بهذا المظهر والتعامل على اساسه ، ومن ثم يستحق تعويضا عن هذا الضرر ، وخير تعويض هو اعتبار العقد الصورى قائما . فيحصل الغير على نفس المنفعة التى كان سيحصل عليها لو ان هذا المركز الظاهر كان متفقا مع المركز الحقيقى (١) .

وهذا مجال آخر للفقه الفرنسى يلوذ فيه باحكام المسئولية التقصيرية لسد النقص المترتب على الأخذ بمذهب الارادة ، وقد سبق ان رأينا ان هذه

---

(١) راجع فى ذلك مالمانيه ، تعليق فى دالوز ١٩٢٢ ـــ ١ ـــ ٢ ـــ ٢٠٢ ، نقيل : نسبية الاتفاقات فقرة ٣٤٧ .

هى الخطة التقليدية التى يتبعها هذا الفقه فى كل حالات الخلاف بين الارادة الباطنة وبين التعبير ؛ كما سبق لنا جلاء خطأ هذا الراى لاستحالة تطبيق احكام المسئولية التقصيرية استحالة تامة بالنظر الى وقوف مذهب الارادة حائلا منيعا دون استخلاص توافر ركن الضرر وركن علاقة السببية (١) .

٤٥ — (ب) فكرة العقوبة المدنية :

وذهب البعض الى ان اعمال المظهر فى الصورية هو نوع من العقوبة يلحق الشخص المستفيد من التصرف السرى جزاء له على كتمانه للحقوق التى اكتسبها فى الخفاء (٢) . وهذه العقوبة جزاء مانع من وقوع الضرر لأنها تحرم المتعاقد الصورى من التمسك بالعقد السرى قبل الغير حسن النية .

على أن هذه الفكرة مردودة بأن اقحام العقوبة فى مجال القانون المدنى يبدو أمرا شاذا لعدم تلاؤمها مع طبيعته ، فالقانون المدنى ليس قانونا جزائيا وليس قانونا تابعا لقانون آخر ، فهو وحده الذى يبين علة التزام المتعاقد الصورى قبل الغير .

ومن جهة اخرى ، فان واقعة التجريم التى تتناولها هذه العقوبة لا ترجع الى اخفاء المتعاقد الصورى للعقد السرى ، وانما ترجع الى تمسكه بهذا العقد فى مواجهة الغير ؛ بحيث انه لو لم يتمسك به لما كان هناك محل للعقوبة ، بيد ان هذا التمسك انما هو اعمال لقاعدة يقررها القانون القائم استنادا الى مذهب الارادة ، فكيف يقال ان هذا التمسك يعتبر واقعة مؤثمة والقانون نفسه هو الذى يسمح به ؟ وهكذا يقف مذهب الارادة حائلا دون اعمال فكرة العقوبة كما وقف من قبل حائلا دون تطبيق احكام المسئولية التقصيرية .

ومن جهة ثالثة ، فان فكرة العقوبة لا نجد مجالا لاعمالها فى حالة الصورية البيضاء ؛ عندما يكون غرض المتعاقد الصورى مشروعا ، كما لا نجد مجالا لتطبيقها فى حالة قيام التعارض بين الغير الذى يتمسك بالعقد الظاهر .

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٣٧ .

(٢) بلانيول الصغير بالاشتراك مع ريبير واسمان جـ ٦ الطبعة الثانية ١٩٥٢ فقرة ٢٣٧ .

وبين الغير الذى يتمسك بالعقد المستتر ، اذ تقصر عن تفسير تفضيل الغير الاول على الغير الثانى واهدار مصلحة هذا الاخير مع توافر حسن نيته بما لا يقبل معه القول بأنه ارتكب جريمة مدنية أو شبه مدنية (١) .

٤٦ — فكرة المشاطرة فى الحق :

وذهب الاستاذ فلاتيه الى ان الصورية تؤدى الى مشاطرة فى الحق واسناد مزدوج له Co-titularité du droit كما هو الحال فى التضامن الايجابى وفى عدم قابلية الالتزام للانقسام ، فالصورية كما يقول تجعل للحق الواحد صاحبين : صاحب مستتر وصاحب ظاهر ، والاول ان كان هو صاحب الحق الحقيقى الا انه اقام عن طريق العقد الصورى ملكية اخرى ظاهرة الى جانب ملكيته الحقيقية ، ومن ثم يكون للغير حسن النية الذى تعامل مع رب الظاهر الخيرة بين الرجوع على احد الشريكين فى هذا الحق الواحد ، لان ذمة كل منهما مسئولة امامه فى حالة تعاقده مع الشريك الصورى (٢) .

ويعيب رأى فلاتيه (٣) ، ان فكرة المشاطرة فى الحق تنتهى الى ايجاد نوع من الملكية لا وصف لها فى القانون ، فلا هى ملكية شائعة ولا هى ملكية مشتركة وانما هى ملكية منسوبة الى شخصين فى وقت واحد ، وفرق بين هذا التصوير وبين مركز الدائنين فى الالتزامات التضامنية وفى الالتزامات التى لا تقبل التجزئة ، فكل من هؤلاء الدائنين صاحب حق حقيقى وان كان جزئيا فهو وان كان لا يملك الا شطرا من الحق الا انه يملكه حقيقة وفعلا ، فيكون فى تصرفه فى هذا الحق اصيلا بالنسبة الى الشطر الذى يملكه ونائبا قانونيا بالنسبة للاشطر الاخرى ، ومن ثم ترتد فكرة فلاتيه الى اعتبار المالك الظاهر نائبا عن المالك الحقيقى فى تصرفاته وهذا مجرد افتراض لا يطابق الواقع .

---

(١) فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى : رسالته السابقة ص ٢٦٧ .
(٢) فلاتيه : التعاقد لحساب الغير ١٩٥٠ فقرات ١٢٨ — ١٠٣٣ .
(٣) عبد الباسط جميعى ص ٢٧٠ — ٢٧٤ .

٤٧ ـــ (د) نظرية الاوضاع الظاهرة :

وذهب راى الى ارجاع اساس حماية الغير فى الصورية الى نظرية اوضاع الظاهرة Théorie de l'apparence ، فالصورية فى هذا الراى ليست الا تطبيقا من تطبيقات هذه النظرية ، « لان اعمال العقد الصورى لصالح الغير الحسن النية انما يرجع الى أن المظهر الواقعى المخالف للحقيقة يجب ان تتولد عنه بالنسبة للغير الحسن النية نفس الآثار التى كانت تتولد عنه لو استجمع العناصر التى تحقق له الوجود القانونى الصحيح، ما دام لم يكن فى استطاعة الغير ان يتوصل الى كشف حقيقته » (١) .

وتقوم نظرية الاوضاع الظاهرة على اعتبار المظهر منتجا لنفس الآثار التى ينتجها الحق نفسه ما دام ان هذا المظهر قد ولد الاعتقاد لدى الغير بمطابقته للحقيقة . وتهدف هذه النظرية الى حماية الغير حسن النية وتحقيق استقرار التعامل(٢) .

وصحيح ان نظرية اوضاع الظاهرة تقرر اعمال المظهر لصالح الغير ضد المتعاقدين وضد الغير الذى يتمسك بالعقد السرى ، كما تقرر حماية الغير حتى فى حالة الصورية المشروعة ، اذ ان كل ما تعتد به النظرية هو البحث فى موقف الغير المتمسك بالعقد الظاهر : هل كان حسن النية وكان محقا فى اعتقاده بسلامة المظهر وجديته ام لا . واخيرا فهى تفسر تبرير اعمال العقد السرى فى حق طرفيه لانهما يعلمان حقيقة العقد الظاهر ولم تتولد لديهما ثقة مشروعة فيه . وهكذا تفسر النظرية الآثار المتعددة للصورية والتى تبدو متنافرة ومتعارضة .

بيد ان نظرية اوضاع الظاهرة نفسها لا زالت مثار جدل شديد فى الفقه ، بسبب افتقارها الى اساس سليم ، وقد بذلت محاولات عديدة لتبريرها دون جدوى (٣)

---

(١) عبد الباسط جميعى : رسالته السابقة ٢٧٤ .
(٢) راجع فى عرض النظرية : الكتاب الثانى من رسالة الاستاذ عبد الباسط جميعى ، فيل : نسبية الاتفاقات فقرة ٢٤٥ .
(٣) راجع بسطا لهذه التبريرات وما وجه اليها من انتقادات ، رسالة عبد الباسط جميعى ص ٥٢٣ ـــ ٥٣٩ .

وازاء فشل هذه المحاولات ، ذهب البعض الى القول بان هذه النظرية تعتبر من المسلمات القانونية التى لا تقبل الجدل ، فلا حاجة للبحث عن أساس قانونى خارج عنها ، فهى تكفى نفسها بنفسها من حيث بيان أساسها بقول الاستاذ عبد الباسط جميعى فى تاييد هذا الراى : « وركاز هذه النظرية هو (المظهر) نفسه كما هو الشأن فى فكرة — الخطأ — التى تعتبر أساسا لنظرية المسئولية ، فنحن اذا ما تساءلنا عن السبب فى الزام الشخص بجبر الضرر الذى أحدث بفعله — نجد أن السبب هو (الخطأ) المنسوب اليه . ولا يجادل فى ذلك أحد ولا يحاول قانونى أن يبحث فيما وراء الخطأ . فاذا كان الامر كذلك بالنسبة للمسئولية فانه ايضا كذلك بالنسبة للمظهرية فاننا اذا ما تساءلنا عن السبب فى حماية الشخص الذى تعامل على أساس المظهر والمجادلة فى الاسباب التى من اجلها يكون وجود المظهر داعيا الى حماية من تعامل على أساسه لا يمكن أن يكون الا بحثا فلسفيا لان المسألة من الناحية القانونية قد استوفيت ، ما دمنا قد وقفنا على صياغة فنية ملائمة ومقبولة من الناحية القانونية ، من شأنها أن تحقق الاغراض الاجتماعية والاقتصادية التى أثبتت ظروف الحياة الواقعة ضرورة اعتماد المظهر لحمايتها . ولاشك فى انه ليس من مصلحة المجتمع ولا من مصلحة أحد التمادى — أو التنطع — فى المنطق النظرى الى حد اغفال الفائدة العملية المحققة التى تعود على المجتمع من الاخذ بهذه النظرية : فان المجتمع لا يعيش بالمنطق وحده ، والمنطق الحق انما هو منطق الوقائع أى منطق الحياة ذاتها ، وليس من المعقول أن تخضع الحياة لمنطق محدد سلفا ، لأن الحياة بحكم ما تحتويه من عناصر الحركة والنمو المطرد الذى لا يمكن مقدما تحديد اتجاهاته ، خليقة بأن تفاجئنا بما لم يكن فى حسبان منطقنا(١) .

ولنا على هذا القول ، وعلى نظرية الأوضاع الظاهرة بصفة عامة ، الملاحظات التالية :

اولا : ان النظرية انما تعمل أساسا فى مجال الالتزامات العقدية وقد التجىء اليها لسد الثغرة التى نشأت عن الأخذ بمذهب الارادة فى امتداده

---

(١) المرجع السابق ص ١٢٨ — ١٣٠ .

بالارادة الباطنة دون التعبير . وقد كانت الخطة السليمة لعلاج هـذا الوضـع تقضى بالبحث عن الاساس السليم للالتزام المعتـدى ما دام قد ثبت أن مذهب الارادة يؤدى الى نتائج ظالمة ، بحث يغنى كشف الأساس الصحيح عن الالتجاء الى نظرية الأوضاع الظاهرة ، لأن فى الأخذ بهـا الى جانب اعمال مذهب الارادة ما يؤدى حتما الى حدوث ارتباك واضطراب.

ثانيا : ان النظرية تبدأ بمقدمة خاطئة ، فمكان ان جرها هـذا الخطأ الى افراغ مضمونها فى صياغة غير مستساغة عقلا ، وفى سبيل الاقناع بتقبل هذه الصياغة المنحرفة انزلق أنصارها الى وهدة التجنى على المنطـق والتهوين من شانه ، ذلك أن النظرية تسلم بداءة تمشيا مع مذهب الارادة بان الحق انما يرتبط بالاعتداد بالارادة الباطنة ، دون التعبير ، بدعوى ان الارادة الباطنة هى الارادة الحقيقية ، وان هذه الارادة الحقيقية هى التى تتفق مع الحقيقة ، وكان طريق الحقيقة ليس هو دائما طريق الصواب والمصلحة ، وهذا هو وجه الغرابة والشذوذ فى الصياغة التى تتقدم بها نظرية الاوضاع الظاهرة ، وتلك تهمة خطيرة توجه الى علم القانون الذى ينظر اليه على ضوء هذه النظرية على انـه علم لا يجوز فى تطبيقه ان نلتزم الحقيقة دائما ، بدعوى ان الحـلول العادلة تتأتى فى كثير من الاحيـان الا بالانحراف عن الحقيقة واهدارها .

ان المبادىء الصحيحة لا يؤثر فى سلامتها ما يجد فى المجتمع من تطورات، اما اذا اظهرت هذه التطورات ان المبادىء المعمول بها لم تعد تتمشى مع الوقائع الجديدة ، فليس معنى ذلك أن هذه المبادىء كانت صحيحة قبل حدوث التطور ثم اصبحت بعد ، غير ذلك ؛ بل معناه ان هذه المبـادىء لم تـكن مطلقة الصحة بداءة ، وان التطور الذى حـدث هو الذى كشف عن ذلك .

والواقع كما رأينا ، أن الذى دفع انصار الرأى المنتقد الى هذا المنزلق ، هو اعتقادهم بداءة ان مذهب الارادة مذهب صحيح ، بالاضافة الى لبس وقعوا فيه ، وهو ظنهم أن الارادة الباطنة والتى يعبرون عنهـا بالارادة الحقيقية ، تتفق مع الحقيقة العلمية القانونية ، فتدرجوا من هذه المقدمة الخاطئة الى التسليم بأن نتائج مذهب الارادة تتفق مع المنطق ، ولمـا كان

من هذه النتائج ما لم يمكن تقبله عملا ؛ فقد حملوا المنطق وزر هذه التبعة واتهموه بانه لا يتلاءم مع وقائع الحياة ولا يساير تطوراتها .

ثالثا : يقول الأستاذ عبد الباسط جميعى ان نظرية المظهر تحمل فى ذاتها اساسها وتكفى نفسها بنفسها دون حاجة للبحث عن أساس خارج عن اطارها شانها فى ذلك شأن فكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية ، حيث لا يبحث فيما وراء الخطأ عن المبرر الذى يدعو الى الزام المخطىء بجبر الضرر الناشىء عن خطئه .

ومعنى ذلك القول فى اصطلاح علم المنطق ، ان فكرة المظهر تعتبر فرضا hypothèse والفرض هو المبدأ الاولى الذى يسلم العقل بصحته ولا يستطيع البرهنة عليه بطريقة مباشرة لشدة عمومه ، فهو مبدأ مفترض افتراضا ولا يستند الى البرهان ، لأن صحته مستمدة من مطابقته للواقع بحيث لا توجد اية ظاهرة تتعارض معه(١) . فهل ينطبق هذا التعريف على فكرة المظهر ؟ وهل يجوز فى ضوء هذا التعريف مقارنة هذه الفكرة بفكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية ؟ والاجابة انه لا وجه للمقارنة ، لاننا لا نتطلب البحث عن تبرير لالزام المخطىء بجبر الضرر الذى احدثه بخطئه ،ضرورة ان هذا الالزام مطلق ، ولا توجد اية جزئية تتعارض مع عدالته فى اى زمان ومكان ، فهو ليس بحاجة الى برهان ويتقبله العقل ببساطة دون اى اجهاد، فهل هذا هو شأن فكرة المظهر التى يسلم انصارها صراحة بانها ليست فكرة مطلقة ولا يجوز تطبيقها فى جميع الأحوال ، فيقول الاستاذ عبد الباسط جميعى نفسه : « على ان هذا لا يعنى حتما صلاحية هذه النظرية للتطبيق صلاحية مطلقة . بل انه ينبغى للاخذ بها مراعاة الظروف الاقتصادية للبيئة التى يراد تطبيقها فيها — وقد يكون من نتيجة ذلك التشدد فى تقرير شروطها او عدم تطبيقها الا بمقدار بما يتلاءم مع حاجة كل مجتمع واحتياجاته . . » (٢) فكيف يقال اذن أن نظرية الأوضاع الظاهرة تعتبر من المسلمات القانونية التى لا تحتاج الى برهان على صحتها ؟ .

---

(١) راجع فى ذلك ، المنطق الوضعى للدكتور زكى نجيب محمود ١٩٥١ ص ٢٠٦ ، المنطق الحديث ومناهج البحث للدكتور محمود قاسم الطبعة الثالثة ص ١١٧ وما بعدها .
(٢) عبد الباسط جميعى : رسالته السابقة ص ٥٤٥ .

الفرع الثانى

قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع فى الالتزام الصرفى

٤٨ ــ مضمون القاعدة ووظيفتها :

تعتبر قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع فى الالتزام الصرفى عماد احكام هذا الالتزام وحجر الزاوية فى قانون الصرف كله ، فهى التى تضفى عليه طابعه المميز(١) .

وقد نشأت هذه القاعدة فى البيئة التجارية ، واقرها الفقه والقضاء دون نص تشريعى ، حتى استقر عليها العمل ، بحيث اصبحت نموذجا فريدا للعرف الملزم (٢) .

وتتحصل هذه القاعدة فى ان المدين فى ورقة تجارية لا يستطيع ان يتمسك فى مواجهة الحامل حسن النية بالدفوع التى يملك التمسك بها قبل الدائن المباشر او قبل حامل سابق .

وتؤدى هذه القاعدة وظيفة ذات اهمية بالغة فى ميدان المعاملات التجارية بما تضفيه من ثقة فى التعامل بالاوراق التجارية ، فتتداول هذه الاوراق فى سهولة ويسر ، وتؤدى وظيفتها الهامة كاداة ائتمان واداة وفاء . وبذلك تساعد على سرعة سير المعاملات وزيادة حركة تداول الاموال والثروات. فى حين انه لو ترك الأمر للقواعد العامة فى التصرف القانونى ــ وهى القواعد المستمدة من مذهب الارادة ــ لكان للمدين ان يحتج بالدفوع التى له قبل الدائن المباشر ، ضد الحملة اللاحقين حسنى النية الذين لم يكونوا

---

(١) محسن شفيق : القانون التجارى المصرى ــ الاوراق التجارية سنة ١٩٥٤ فقرة ١٧٨ ، على البارودى : القانون التجارى سنة ١٩٦١ فقرة ٣٣١ .

(٢) لم يرد فى قانون التجارة الفرنسى نص بشأن هذه القاعدة الا عند تعديل المادة ١٢١ منه الخاصة بالتظهير . واورد قانون التجارة المصرى فى الفقرة الاخيرة من المادة ١٠٨ تطبيقا لهذه القاعدة ، اذا نصت على انه لا يجوز الاحتجاج بالصورية فى مواجهة الغير الذى يجهلها .

على علم بهذه الدفوع ، ولم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بها . ونتيجة ذلك أن يتردد المتعاملون فى قبول الورقة التجارية حتى يتسنى لهم التأكد من صحة نشأة العلاقة السابقة وبقائها ، وهذا يستدعى مزيدا من الوقت والجهد ، وقد يتعذر اجراء هذا البحث . ومؤدى ذلك عرقلة سير المعاملات واصابة الحركة التجارية بالركود .

وقد استقر الفقه والقضاء على أن من الدفوع التى تدخل فى نطاق هذه القاعدة ، الدفوع الخاصة بالصورية ، وعيوب الارادة ، وانعدام السبب وصوريته وعدم مشروعيته ، وبطلان وانقضاء وفسخ العلاقة الاصلية، كما استقر الرأى على أن هناك دفوعا يحتج بها على كل حامل للورقة سواء أكان حسن النية أم سيء النية ويتدرج ضمن هذه الدفوع ما كان منها مؤسسا على عيوب شكلية فى الورقة ، وما كان راجعا الى البيانات الاختيارية التى يشتمل عليها السند كشرط عدم الضمان أو عدم التضامن أو الرجوع بلا مصاريف ، وكذلك الدفع بتزوير توقيع المدين والدفع بانعدام أو نقص الاهلية .

٤٩ ــ خروج القاعدة على مذهب الارادة :

وواضح ان قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على الحامل حسن النية فى الالتزام الصرفى ، انما تتضمن خروجا صريحا على مذهب الارادة ، فالمدين فى الورقة التجارية يلتزم قبل المحال له حتى لو كانت ارادته غير جدية أو صورية أو معيبة . فهو اذا يلتزم قبله بمقتضى التعبير الصادر منه دون اشتراط أن يكون هذا التعبير مستندا الى ارادة حقيقية .

ومع وضوح هذا القول فان الاستاذ محمود ابو عافية يرى أن قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع ، والتصرف المجرد بصفة عامة ، لا يتعارضان مع مبدأ سلطان الارادة، فيقول : « . . . فمبدأ سلطان الارادة لا يعنى اكثر من اعتراف للارادة الخاصة بالقدرة على تحريك الاثار القانونية التى تتجه اليها بشرط خضوعها لمختلف القيود التى يفرضها المشرع، فالشخص يريد والقانون يحتضن ارادته La personne commande et le droit fait sienne sa volonté هذا هو مبدأ سلطان الارادة ، وهو على هذا المعنى لا يستلزم الاخذ بنظرية

الارادة الحقيقية او بنظرية الارادة المعلنة فكلتا النظريتين تعتبر مظهرا لمبدأ سلطان الارادة ، الأولى من وجهة النظر الفردية ، والثانية من وجهة النظر الاشتراكية أو الاجتماعية ، فالنزاع بين النظريتين يدور اذا بعيدا عن مبدأ سلطان الارادة نفسه . وينبنى على ذلك انه لا يجوز فى راينا التمسك بالفروض التى يغلب فيها المشرع الارادة المعلنة على الارادة الحقيقية لانكار مبدأ سلطان الارادة ، لأن هذه الفروض لا تخرج عليه فى شىء فنحن اذ نرتب اثرا على توقيع المسحوب عليه عندما يكون هذا التوقيع قد انتزع بالتدليس لا نحترم ارادته الحقيقية ، ولكننا نحترم ارادته المعلنة ، اى ان اثر التصرف المجرد يتولد لا لانه اريد فى الحقيقة وانما لانه اريد فى الظاهر ... » (١) .

بيد ان هذا الراى انما يقوم على خطأ فى فهم مدلول مبدأ سلطان الارادة نتيجة استخدام اصطلاح « الارادة الظاهرة أو المعلنة » كبديل عن اصطلاح التعبير وقد سبق ان اشرنا الى خطأ الاصطلاح الاول وما يجره من لبس (٢) وقلنا أن هذا الاصطلاح ينطوى على تناقض ، لأن المقصود « بالارادة » فى مبدأ سلطان الارادة ، الارادة الباطنة ، اى الرغبة ، وكلمة ارادة ، « تحمل هذا المعنى ولا يقبل ان يكون التعبير الذى انتزع بالاكراه أو بالتدليس او تحت تاثير الغلط يمثل اية ارادة ، ومن الخطأ ان يقال ان هذا التعبير اريد فى الظاهر وان يعبر عنه باصطلاح « الارادة الظاهرة » .

واذا ، فليس التدليل الذى ساقه الاستاذ ابو عافية سوى محاجة لفظية بنى على استخدام اصطلاح خاطىء « فالواقعة التى ليست ارادة حقيقية ليست على الاطلاق ارادة باى حال من الاحوال ... فليس صحيحا أن النزاع بين نظريتى الارادة والتعبير يدور بعيدا عن مبدأ سلطان الارادة نفسه ، بل ان هذا النزاع مضمونه هذا المبدأ بالذات . والنتيجة التى تستخلص منه ، وبتغلب هذه النظرية او تلك ، تنفى سلطان الارادة او تثبته ، والارادة المعلنة ليس لها من سلطان الا لو ترتب اثرها بمقتضى

---

(١) محمود ابو عافية : التصرف القانونى المجرد ص ٢٩٧ — ٢٩٨ من فقرة ٨٦ .
(٢) راجع ما سبق فقرة ٨ .

الارادة الحقيقية ، ووفقا لها . ان الارادة المعلنة ليست ارادة ، الا لو كانت ارادة حقيقية » (١) .

ثم كيف يستساغ فى حكم المنطق ان تكون نظرية الأرادة الحقيقية ونظرية « الارادة المعلنة » ترجمان كلتاهما الى مبدأ واحد ، هو مبدأ سلطان الارادة ثم تكون كل من النظريتين على طرفى نقيض ، فيترتب على واحد منهما نتائج متعارضة تماما مع النتائج المترتبة على الاخرى ؟ .

٥٠ ــ المحاولات الفقهية لتبرير قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع ، وفشل هذه المحاولات :

وبضيق بنا المقام عن استعراض النظريات العديدة التى قال بها الفقه لتبرير قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع تبريرا قانونيا ، واستعراض ما وجه اليها من انتقادات . فنجتزىء القول بالاشارة الى أن هذه النظريات تنقسم بصفة عامة الى ثلاثة مجموعات : المجموعة الاولى تستند الى انظمة ترتد الى فكرة الارادة ، والمجموعة الثانية تقوم على نظام المسئولية ، والمجموعة الثالثة تستند الى فكرة المظهر(١) .

فمن النظريات التى تدخل ضمن المجموعة الأولى ، نظرية الوكالة ، ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير . ونظرية الانابة ، ونظرية الارادة المنفردة .

والمجموعة الثانية تستند الى فكرة المسئولية ، بمقولة ان سهولة تداول الاوراق التجارية أمر لا يتحقق الا بتأييد الثقة فيها بحماية حاملها من الدفوع التى يجهلها . ولما كان ذلك ضروريا لازدهار المعاملات التجارية ، وذلك امر يتعلق بالنظام العام ، فان صيانة هذا النظام تقتضى مساءلة الموقع على الورقة التجارية عن الضرر الذى يحدثه نتيجة اخلاله بالثقة المشروعة التى تولدت لدى الغير فى هذه الورقة ، وخير تعويض هو حرمان الموقع من

---

(١) وليم قلادة : التعبير عن الارادة فقرة ١٤١ ص ٤٠١ ، ٤٠٢ .

(٢) راجع فى ذلك : ليسكو وروبللوا : الاوراق التجارية ج ١ ص ١٢٠ ــ ١٤٤ ، محسن شفيق : المرجع السابق فقرات ١١٠٤ ــ ١١٣٩ ومقاله عن التكييف القانون للالتزام المصرف ، بمجلد الحقوق ، السنة الاولى ١٩٤٣ ص ٥١٩ ــ ٥٦٤ أمين بدر : الاوراق التجارية فى التشريع المصرى ، الطبعة الثانية فقرات ٤٣٤ ــ ٤٩٠ ، عبد الباسط جميعى رسالته السابقة ص ٤٠١ ــ ٤٣١ .

الاحتجاج بالدفوع التى كان له ان يتمسك بها قبل الدائن المباشر ، والزامه بالتالى بدفع قيمة الورقة .

اما المجموعة الثالثة التى تستند الى فكرة المظهر ، فتهتم بموقف الغير الذى وثق فى المظهر دون التفات الى موقف المدين . وهل كان التزامه مبررا طبقا لمذهب الارادة ، او تاسيسا على المسئولية . فالمعول عليه عندها كاساس للالتزام الصرفى هو المظهر وحده ، وهذا المظهر هو الذى يولد الآثار القانونية وهذا الاثار تنشأ على مقتضاه . وكان الفقيه الالمانى جروتهوت Grunhut اول من خطا فى هذا الاتجاه ، وتتبعه جاكوبى Jacobi وموسا Mossa . وقد ذهب الاخير الى استبعاد الارادة نهائيا كمصدر للالتزام الصرفى ، والى القول بأن القانون وحده هو مصدر هذا الالتزام ، وهو يرتبه تاسيسا على ظاهر الامور ولو كان هذا الظاهر لا يتفق مع ارادة المدين الباطنة ، فليس لهذه الارادة شأن فى ترتيب الآثار المترتبة على تحرير الورقة التجارية ، وانما يقتصر دورها على تحريك حكم القانون فى هذا الشأن .

ولا حاجة بنا الى استعراض الانتقادات التى وجهت لى هذه المحاولات جميعها والتى تزخر بها مؤلفات وابحاث القانون التجارى .

حسبنا ان نقول ، انه بالنسبة للنظريات المنبثقة عن مذهب الارادة ، فان الفشل متوقع لها سلفا ، لأن مذهب الارادة يتعارض مع قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع ، فلا يمكن فى حكم المنطق ان تفسر الأنظمة المستمدة منه تلك القاعدة .

اما بالنسبة لفكرة المسئولية ، فقد سبق ان بينا استحالة اعمال المسئولية فى ميدان الالتزامات التعاقدية(١) .

واما بالنسبة لفكرة المظهر ، فقد سبق أن بينا افتقار هذه الفكرة الى اساس قانونى سليم ، وبينا الصعوبات التى تواجهها وتحول دون تقبلها ، واذا كان موسا قد ارجع حماية المظهر الى حكم القانون فليس هذا تفسيرا

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٣٧ .

علميا ، اذ يظل التسؤل عن علة تقرير حكم القانون هذا ، كما انه يؤخذ على هذا الاستناد انه يتجاهل حق المدين فى التمسك بماله من دفوع قبل الدائن المباشر ويتجاهل أن هناك دفوعا يجوز للمدين أن يوجهها الى كل حامـــل(١) .

٥١ ــ قاعدة عـــدم الاحتجاج بالـــدفوع فى السندات المدنية المشتملة على شرط الأمر :

تتداول الأوراق التجارية بطريق التظهير بمقتضى شرط الامر المشتملة عليه ، ويدون هذا الشرط لا يكون تداول هذه الأوراق مستطاعا الا باتباع اجراءات الحوالة المدنية .

ونظرا لتلك الميزة التى يفرد بها التظهير ، فقد استعار الافراد فى تعهداتهم المدنية شرط الامر لتصبح السـندات المثبتة لهذه التعهدات قابلة للتداول بالتظهـــير .

وكان من الطبيعى ان يثار التساؤل بعدئذ عما اذا كانت قاعدة عـــدم الاحتجاج بالدفوع تسرى على السندات المدنية المتداولة بالتظهير ، كما هو الحال بالنسبة للاوراق التجارية .

فنعرض فيما يلى لرأى للقضاء والفقه ، حيث ثار الخلاف بشأن هـــذه المسألة : (أ) رأى القضـاء : أما القضاء الفرنسى ، فقد استقرت أحكامه أخيرا على أن تظهير الدفوع من الآثار المترتبة على التظهير فى حد ذاته سواء اكان الامر متعلقا بورقة تجارية أم مدنية (٢) .

وأما القضـاء المصرى ، فقد تردد أول الأمر فى تطبيق مبدأ تظهير الدفوع على السندات المدنية ، الا أن تردده هذا لم يكن وليد اقتناعه بعـــدم سلامة هذا المبدأ ، فمن ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر بتاريخ ٣ ابريـــل سنة ١٩٢٣ من أنه « للمدين التمسك فى وجه الدائن بجميع الاوجه التى

---

(١) محسن شفيق : المرجع السابق فقرة ١١٣٩ .

(٢) نقض فرنسى فى ٢٥ يونية سنة ١٩٢٩ داللوز ١٠٣٠ ــ ١ ــ ١٦٢ ، نقض فرنسى فى أول يولية سنة ١٩٣١ داللوز ٩٢٢ ــ ١ ــ ١٢ .

كان يجوز له التمسك بها فى وجه الدائن الأصلى لأن حامل السند تحت الاذن فى هذه الحالة عالم بسبب المديونية وواجب عليه تحمل النتائج التى تنتج عن المنازعات الخاصة بالملكية (١) . وقالت نفس المحكمة فى حكم آخر لها بتاريخ ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ « لا يزال الفقه والقضاء الفرنسيان مترددين فى قياس السندات المدنية التى تحت الاذن على مثلها من الأوراق التجارية التى تطهر بالتظهير من دفوع المدين . فمن الفقهاء من راى الأخذ بهذا القياس لشيوع هذه السندات فى المعاملات المدنية ؛ . وحاجة تلك المعاملات الى الحماية التى قررها العرف للمعاملات التجارية . ومنهم من راى عدم الأخذ به لقيام المعاملات المدنية على الاناة تمحيصا لها ولحماية غير التجار وهم من لا يدركون ما يترتب على اشتراط الدفع تحت الأمر والاذن من عواقب الاحكام التجارية . أما فى مصر : فارفق بالجمهور المصرى ان يؤخذ بالراى الأخير ، لأن معاملته بهذه السندات التى تحت الاذن ما زالت قليلة ، وقليل من يدرك عواقب الشرط وآثاره القانونية » (٢) .

وواضح ان الحكم الأول لم يرفض تطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع صراحة ، اذ يشترط لاعمال هذه القاعدة كما هو معروف ان يكون المتمسك بها حسن النية . ويبدو من وقائع الدعوى كما جاء بأسباب الحكم ان المحكمة لاحظت أن هناك شكوكا تحوم حول حسن نية المدعى اذ قالت انه كان عالما بسبب المديونية ، وان عليه من ثم ان يتحمل النتائج الخاصة بالنزاع حول هذا السبب .

أما الحكم الثانى فلم يرفض تطبيق القاعدة من حيث المبدأ ، وانما رفضها من ناحية الوقائع تأسيسا على عدم شيوع التعامل بالسندات الاذنية فى البيئة المصرية ، وفضلا عن ذلك فقد أشار الحكم فى باقى اسبابه الى ان الظاهر من ظروف الدعوى والمستندات المقدمة فيها ان الدائن المحال له كان عالما بالملابسات التى أحاطت بعلاقة المديونية الأصلية بين المدين وبين المحيل .

---

(١) المحاماة السنة الثالثة ص ٥١٢ .

(٢) المحاماة السنة التاسعة ص ١٥١ .

ومع ذلك ، فما لبثت بعض أحكام القضاء المصرى أن اتجهت الى تطبيق القاعدة على السندات المدنية التى تتداول بالتظهير(١) .

(ب) راى الفقـــــه :

يرى الأستاذان تالير وبرسرو أن قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع يجـرى اعمالها فى الأوراق التجارية وفى السندات التى تتداول كما تتداول النقود ، فلا تطبق هذه القاعدة الا اذا قصد المتعاقدون أن يكون السند بمثـابة أداة للوفاء اى يقوم بأداء وظيفة النقود ، ومن ثم لا تطبق القاعدة اذا كان المقصود فقط بادراج شرط الامر فى السند سرعة تداوله (٢) .

وشـــبيه بهـــذا الراى ما ذهب اليـــه الاستاذان لاكوروبوترون ، فهمـــا يفرقان بين السندات المجردة والسندات المقيدة . فالسندات المجردة titres abstraits هى التى لا يشار فيها الى سبب الالتزام وفيها يكون للحامل حق مطلق ومستقل عن العلاقة الاصلية التى حرر من أجلها السند ، ومن ثم تطبق بالنسبة لها قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع . أما الســـندات المقيـــدة titres concrets فهى التى يشـار فيهـــا الى السبب المنشىء للالتزام بالدين ، وفيها يكون للمدين أن يتمسك بجميع الدفوع التى له فى مواجهـــة الدائن المباشر ، قبل الحملة اللاحقين (٣) .

ويرى الأستاذ محسن شفيق اقصاء مبدأ تظهير الدفوع عن المعاملات المدنية . ويحتج لرأيه بأن المتعاملين بالأوراق المدنية هم غالبا من الأشخاص السـذج الذين لا يقدرون النتائج التى تترتب على التوقيـــع على الورقـــة المشتملة على شرط الامر ، وبأن المعاملات المدنية تحتمل بطبيعتها التراخى والبطء ، مما يتيح للمظهر اليه قبل قبول الورقة أن يتأكد من سلامة الحق الذى تتضمنه (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ١٩١٤/١١/٢٥ البلقان ٢٧ ص ٣٥ ، الزقازيق الابتدائية ١٩٢٩/٥/٢٣ المحاماة ١٠ ص ٨٨ ، استئناف مصر ١٩٣٠/٤/٢ المحاماة ١٠ ص ٧١٧ ، استئناف مصر ١٩٢٩/٥/٢٣ المحاماة ١٧ ص ١١٥ ، اسكندرية الجزئية ١٩٤٢/٥/٢٤ المحاماة ٢٦ ص ١٢٤ .

(٢) تالير وبرسرو ، مبادىء القانون التجارى ١٩٢٢ فقرة ١٥٠٣ .

(٣) لاكوروبوترون : موجز القانون التجارى ١٩٢١ ج ٢ فقرة ١٤٠٠ ، ومن هذا الراى كابيتان : السبب فقرة ١٩٤ . ويعترض الاستاذ محسن شفيق على هذا الراى بأنه ليس من السهل تعيين قصد المتعاقدين خاصة وأنه لا يشترط لصحة الالتزام التصريح بسببه . مؤلفه السابق فقرة ١١٨٥ .

(٤) محسن شفيق : مؤلفه السابق فقرة ١١٨٨ .

أما الرأى الغـــالب فى الفقه ، فيذهب الى أن تظهير الدفوع من الآثار المترتبة على التظهير فى حد ذاته دون اعتبار لمـــا اذا كان الســـند المتداول تجاريا او مدنيا ، فشرط الامر فى الورقة وليست طبيعتها هو الذى يحـــرك هذا الاثر ، اذ ليس المقصود بهذا الشرط أن تتداول الســندات بســرعـــة فقط ، ولكن مقصود به كذلك تاييد الثقة فيها لدى المقبلين على التعـــامل بهـــا (١) .

---

(١) راجع فى ذلك ، ليون كان ورينو : مبادىء القانون التجارى الطبعة الخامسة ج ٤ فقرة ١٥٧ والهامش رقم ١ ، بلانيول الصغير بالاشتراك مع ريبيرواســان وجابولد ج ٧ المجلد الثانى الطبعة الثانية ١٩٥٤ فقرة ١٣٣٧ ، دى باج ج ٤ المجلد الاول ١٩٥١ فقرة ٤٤٥ ، احمد نجيب الهلالى وحامد زكى : المرجع الســابق هامش ص ٦٠٨ ، ابو عافية : المرجع الســابق فقرة ٨٥ ص ٢٩١ .

ملحق البـــاب الثالث

نظرية الاعلان ونظرية الثقة

٥٢ ـ تمهيـــــد :

من الصعب القول بأن نظرية الاعلان او نظرية الثقة تعتبر مذهبا مستقلا قائما بذاته كما هو الحال فى مذهب الارادة بحيث تقوم بديلا عنه فى تفسير اساس الالتزام العقدى ، فكلتا النظريتين لا تستندان الى أساس فلسفى، وليس لكل منهما صورة موحدة . وعلى الأقل ، فانه يبـــين من التطبيق العملى انهما ليسا سوى استثناء على مذهب الارادة من ناحية واحدة ، هى ناحية قيام الخلاف بين الارادة الباطنة وبين التعبير ، وفى نطاق معـــين من هذه الناحية ، وفيما عدا ذلك فان الارادة لا زالت تعتبر فى القـــانون الالمانى الذى انحاز الى جانب نظرية الاعلان ، و فىالقانون السويسرى الذى انحاز لنظرية الثقة ، أساسا للالتزام العقدى ، فالفقه الالمانى الذى تبنى نظرية الاعلان يشترط ان يكون وراء التعبير ارادة تسنده ، وقوام نظرية الثقة هى الارادة الممكن التعرف عليها volonté reconnaissable وفى كل من القانونين يعتد بعيوب الارادة وبنقص الاهلية .

وعلى أساس ما تقدم ، خصصنا هذا الملحق ، لدراسة كل من نظرية الاعلان ونظرية الثقة ، كعلاج تقدم به أنصارهما لتفادى النتائج الســـيئة المترتبة على الأخذ بمذهب الارادة فى ناحية من نواحيه .

الفصل الأول

نظـرية الاعـلان

٥٣ ـ نشأة النظرية فى الفقه الالمـانى :

نشأت نظرية الاعلان (Erklarungstheorie) **Théorie de la déclaration** على ايدى الفقهاء الالمان ، وتأثر بها الى حد ما القانون المدنى الالمـانى الصادر سنة ١٩٠٠ . وكانت نشأة النظرية نتيجة رد فعل لما اظهرته بعض تطبيقات مذهب الارادة من مجافاة للعدالة بالنسبة للمتعاقدين وبالنسـبة للغير ، وما استتبع ذلك من الاضرار بسير المعاملات .

ولذلك لم تنشأ هذه النظرية دفعة واحدة ، وانما تدرج ظهورها بمـا أخذ الفقهاء الالمان يوردونه على مذهب الارادة من استثناءات ، للحد من غلوائه ، مع بقائهم رغم ذلك على اعتقادهم بأن الارادة هى أساس الالتزام ولم يلبث ان انتهى الامر الى استخلاص فكرة عامة من هذه الاستثناءات مؤداها ـ فى الصورة المطلقة للنظرية ـ أن يعتد بالتعبير دون الارادة الباطنة فى حالة قيام خلاف بينهما .

ويعتبر سافيني ـ رغم أنه من أنصار مذهب الارادة ـ أول من نبـه الأذهان الى التعبير كعنصر من عناصر التصرف القانوني الى جانب الارادة، وهو عنصر لم يلتفت من سبقه من الفقهاء الى دراسته وابراز اهميته ، اذ كان هذا العنصر متواريا تحت الاهمية البالغة التى اضفيت على الارادة الباطنة باعتبارها جوهر التصرف القانونى . فميز سافيني لأول مرة بين عناصر ثلاثة تدخل فى تكوين التصرف ، فتكلم اولا عن الارادة فى حد ذاتها ثم عن التعبير عنها ، ثم عن مطابقة التعبير للارادة ، شارحا كل عنصر على حدة . وعندما تحدث عن العلاقة بين الارادة والتعبير قال : « لقد درست

حتى الآن التعبير عن الارادة فى عنصرية وهما الارادة والتعبير ، ويبقى أن اتحدث عن توافق هذين العنصرين ، اى اتحادهما فى مجموع واحد . ومع ذلك فلا ينبغى أن يفهم أن هذين العنصرين مستقل أحدهما عن الآخر،كاستقلال ارادة الفرد عن ارادة فرد آخر وعدم اتفاقهما الا عرضا ، بل ان هـذين العنصرين يتحدان اتحادا طبيعيا . والواقع أن الارادة فى حد ذاتها هى العنصر الوحيد الهام والفعال ، الا انه لكونها واقعة داخلية خفية ، تحتاج الى علامة خارجية ليمكن التعرف عليها ، وهذه العلامة التى تظهر الارادة هى التعبير ، ومن ثم تكون العـلاقة بين الارادة وبين التعبير ليست علاقة عرضية وانما هى علاقة طبيعية »(١) .

ومع انه ظاهر من قول سافينى ، انه لا يرى فى التعبير — رغم انه اعتبره عنصرا الى جانب الارادة — سوى مظهر للدلالة على وجودها — الا انه عندما تحدث عن التحفظ الذهنى الذى يجهله الطرف الآخر ، قرر أن التعبير يكون ملزما رغم عدم اتفاقه مع الارادة الباطنة : فقال : « الواقع انه فى كل نظام قانونى مؤسس على الثقة فى تلك العلامات التى عن طـريقها يتصل الانسان بغيره لا يمكن أن يكون لهذا الخلاف أثر فى أبسط فرض من فروضه ، عندما يضمر صاحب التعبير فى ذهنه ارادة مخالفة » (٢) .

وكان الفقيه الالمانى ايهرنج — دون أن يقصد — أول من فتح ثغـرة عميقة فى مذهب الارادة ، بنظريته الشهيرة عن الخطأ عند التعاقد . فمع انه ظل نصيرا لمذهب الارادة ، الا انه رأى فى بعض نتائجه ما يلحق ظلما باحد المتعاقدين بحرمانه من منفعة العقد الذى وثق فى انعقاده صحيحا ، ثم حال دون ذلك اختلاف بين الارادة الباطنة وبين التعبير . وللافاة هـذا الضرر ذهب ايهرنج الى أن من تطلع على نفسه وعدا فلا يجوز أن يخطىء فيه ، فان اخطأ فعليه أن يتحمل وحده النتيجة المترتبة على هذا الخطأ ، دون المتعاقد الآخر الذى وثق فى الوعد ولم ينسب اليه تقصير ما .ويستطرد ايهرنج قائلا انه يتعين على كل متعاقد منذ اللحظة التى يدخل فيها دائرة

---

(١) سافينى : مبادىء القانون الرومانى ، الترجمة الفرنسية ١٨٥٦ ج ٣ ص ٢٦١ — ٢٦٢
(٢) المرجع السابق ص ٢٦٢ .

المتعاقد ، ان يبذل كل عناية لضمان انعقاد العقد وصحته . ومن ثم فكل متعاقد يتوقع من الآخر أن تكون ارادته الباطنة متفقة مع التعبير الذى اصدره ، وهذا امر ميسور له ، فى حين انه يصعب على المخاطب معرفة ان كان التعبير مخالفا للارادة الباطنة لصاحبه أم لا (١) .

ومن هنا ، كان ايهرنج يستطيع تمشيا مع هذا المنطق أن ينتهى الى القول بأن التعبير ينتج بذاته جميع آثاره ، ما دام أن هناك التزام على صاحب التعبير بأن يضمن عدم اختلاف ارادته الباطنة معه ، ويعتبر العقد من ثم قائما على توافق تعبيرين لا على توافق ارادتين . الا أن ايهرنج لم يذهب الى هذا المدى ؛ واعتبر العقد — تطبيقا لمذهب الارادة — غير قائم او قابل للبطلان عند اختلاف التعبير عن الارادة ، على ان يكون الطرف الذى اختلف تعبيره عن ارادته الباطنة ملزما بتعويض الطرف الآخر الذى اصاب هذا الأخير من جراء اعتقاده فى صحة نشأة العقد ، وينحصر التعويض فى المصلحة السلبية دون المصلحة الايجابية ؛ ضرورة أن المصلحة الايجابية لا يجرى اعمالها الا اذا كان العقد صحيحا .

وقد سبق ان راينا ان نظرية ايهرنج — رغم محاولته عدم الاصطدام مع مذهب الارادة ، لا تستقيم مع نفسها الا باهدار هذا المذهب اهدارا تاما ، كما ان اقتصارها على التعويض عن المصلحة السلبية امر لا يحقق العدالة ولا يؤمن استقرار المعاملات بصورة اشمل واكمل .

والواقع ان نظرية ايهرنج بالزامها المتعاقد بأن يضمن صحة اعلانه ، انما تكون قد دخلت فى دائرة نظرية الاعلان بشرط أن تتخلى عن تاثير مذهب الارادة ، فاذا اتم لها ذلك استقام منطقها الذاتى من جهة ، ولم يعد هناك ما يحول دون شمول التعويض للمصلحة الايجابية من جهة اخرى . وهذا هو ما انتهى اليه الفقهاء الالمان اللاحقون امثال اوتوباهر وهارتمان وستسلوسمان وكوهلر (٢) .

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٣٧ .

(٢) انظر فى ذلك بالترى : المرجع السابق ص ١٢٩ وما بعدها ، ربح : دور الارادة فى تكوين التصرف القانونى طبقا للمذاهب الالمانية فى القرن التاسع عشر مقال بمجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٧ ص ١٣٠ وما بعدها .

فقد بدأ هؤلاء فى مهاجمة مذهب الارادة من أساسه ، وذهبوا الى أن التعبير هو العنصر الهام فى تكوين التصرف القانونى ، والى أنه لا عبرة باختلاف الارادة الباطنة عنه . وهذه هى الفكرة الرئيسية التى تجمع بين آراء هؤلاء الفقهاء وان لم يتفقوا على التفصيلات .

فيقول اوتوباهر أن المتعاقدين لا يرتبطون عن طريق افكارهم وانما يرتبطون عن طريق التعبير وعلى حد قوله بواسطة الكلمات mots والمبدأ الذى يحتم قيام العقد بتوافق ارادتين باطنيتين مبدأ غير عادل ، لان الارادة لا تتحدد الا عن طريق مظهرها الخارجى ، والشخص الذى يخلق هذا المظهر فيثق فيه الطرف الآخر ، لا يسمح له بعد ذلك أن يحتج بأن ارادته لم تكن قائمة أوانها مخالفة للتعبير ؛ فهو يلزم بمظهر ارادته كما لو كان قد أراد هذا المظهر حقيقة ، واذا فالعقد يقوم صحيحا بتطابق تعبيرين وليس بتطابق ارادتين .

فباهر يختلف اذن عن ايهرنج فى انه يعتبر العقد صحيحا رغم اختلاف الارادة عن التعبير ، صحيحا بداءة ؛ وليس على سبيل التعويض.واعتبار العقد صحيحا يعنى احقية المتعاقد فى المصلحة الايجابية ، وليست المصلحة السلبية وحدها كما تقول نظرية ايهرنج .

ويلاحظ أن باهر قيد رايه فى اعتبار العقد صحيحا رغم اختلاف التعبير عن الارادة الباطنة بشرط هام ؛ هو حسن نية المخاطب ، بأن لم يكن يعلم بوجود هذا الخلاف . أما اذا كان سيء النية فان العقد لا ينشأ صحيحا .

أما ستشلوسمان ، فقد ذهب الى القول بانه اذا كان مذهب الارادة يعتبر العقد أساسه الرضاء ولا يعتد باية شكلية ، فانه يترتب على ذلك ان يكون توافق ارادتين باطنيتين كافيا لانعقاد العقد دون حاجة الى صدور تعبير منهما ، وهذا ما لم يفكر أحد فى القول به ؛ ولذلك لم يجد المذهب التقليدى بدا من اضافة عنصر آخر كأساس للالتزام ، وهذا العنصر هو التعبير ، مع أن هذا العنصر لا يدخل فى مدلول الرضاء ، ثم يتابع ستشلوسمان نقده لمذهب الارادة بما سبق أن ذكرناه فى معرض النقد التحليلى لهذا المذهب(١) .

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٢٣ .

وبعد أن ينتهى منه ويستخلص أن الارادة لا تعتبر اساسا للالتزام الناشىء عن التصرف القانونى ، يقترح العدول عن هذا المذهب الى مبدأين يستوحيهما من فكره العدالة : أولهما أن كل تعهد لا ينفذ يعتبر اعتداء على ذمة الموعود له . وثانيهما ان المتعهد يجب عليه ان يجبر هذا الاعتداء لأنه هو الذى تسبب فيه بخطئه ، فاذا أصدر الشخص تعبيرا تولد عنه لدى المخاطب امل espoir فى ابرام عقد ، فان هذا الامل يدخل فى وعاء ذمته ، فاذا لم يتحقق له هذا الأمل المشروع فان هذا يعد اعتداء على ذمته . وتعويض الضرر الناشىء عنه يصبح أمرا واجبا . وتلك ضرورة لا غنى عنها لسير المعاملات .

وذهب كوهلر فى تبريره لنظرية الاعلان ، الى أن الواقعة fait هى النقطة التى يجب أن نبدأ منها ، فمن الواقعة يبدأ القانون ويبدأ العلم ، ومن الخطأ الاعتقاد بأن هناك رابطة مباشرة بين الارادة كظاهرة نفسية وبين القانون ، فالقانون لا يتقدم الى الارادة فيسألها عما اذا كانت ترغب فى خلق آثار قانونية لان الارادة لا يترتب عليها آثار لمجرد انها ارادة ، اذ انه كما يحدث فى مجال الطبيعة nature حيث لا تكون للشخص قدرة على خلق آثار طبيعية طبقا لمشيئته ، وكل ما فى مقدوره أن يدرس ويلاحظ القوى الطبيعية ويستخدمها طبقا لما ترتبه قوانين الطبيعة من آثار ، فكذلك الحال فى مجال النظام القانونى ordre juridique فليس فى مكنة الفرد سوى ان يدرس النظام ويتصرف طبقا لقواعده ، وهذه القواعد هى التى ترتب الآثار القانونية . ثم يمضى كوهلر قائلا ان المعتد به فى نظرية القانون هو النشاط الخارجى ، فالعملية الباطنة للارادة ونشاطها النفسى الداخلى ، لا ينشأ عنهما آثار قانونية ، فليس القانون عبدا للارادة ولكنه يقوم بتحقيق مقتضيات حسن النية فى المعاملات ، ولا اهمية لما اذا كانت الآثار القانونية قد أريدت أم لا ، والمهم فقط أن يكون التصرف القانونى قد أريد ، فهذه الاثار القانونية انما يقوم القانون وحده بتنظيمها طبقا لضرورات الحياة . وسير المعاملات لا يحتمل اجراء تحقيق نفسى فى كل عقد للبحث عن مكنون الارادة الباطنة للمتعاقد ، وانما يجب ان يؤخذ بالتعبير كأساس لقيام العقد ولتحديد الآثار التى يرتبها القانون . فاذا

كان تعبير احد المتعاقدين متوافقا مع تعبير المتعاقد الاخر فان العقد ينشأ ولو اختلفت ارادتاهما الباطنتان . ويتحدد مضمون التعبير عن طريق تفسيره تفسيرا موضوعيا طبقا للمعنى الذى يفهمه الشخص العادى لا طبقا للتفسير الشخصى الذى يقوم على استخلاص النية الباطنة .

٥٤ ـــ شرط ارادة الاعلان :

ويلاحظ ان كوهلر قد استلزم ان يكون التصرف القانونى قد اريد ، اى ان يكون وراء التعبير ارادة تسنده ، وان كان مضمون التعبير لا يتحدد بعد ذلك على ضوء ما انصرفت اليه الارادة الباطنة . وهذا هو اساس التفرقة الشهيرة بين ارادة التعبير Erklarungswille volonté de déclaration, وبين ارادة الاثر volonté de l'effet, Wridunswille فالاولى ضرورية لنشأة التصرف والا كان تعبير المجنون والطفل غير المميز تعبيرا ملزما ، اما مضمون هذا التصرف اى آثاره فلا يتحتم أن يكون مطابقا للارادة الباطنة . اى ان دور الارادة يقتصر على انصراف نية صاحب التعبير الى انشاء تصرف قانونى . وشبيه بدورها هذا فى نظر انصار نظرية الاعلان ، الدور الذى تقوم به قطعة النقود التى توضع فى جهاز آلى لاخراج البضاعة فليست قطعة النقود هى التى تتولى اخراج البضاعة ولكن الآلة هى التى تفعل ذلك ، ويقتصر دور قطعة النقود على تحريك الالة ، فكذلك الشأن بالنسبة لدور الارادة فى مجال العقد ، فدورها يقتصر على اعمال النظام القانونى الذى انشاه الشارع . وكما يقول بيلوف Bulow ان الارادة تعتبر سببا ursache لنشأة التصرف ولكنها لا تكون محتواه bestandteil . فاذا كانت الارادة تقوم فى الاصل عند الاعلان عنها فلا يتحتم ان يكون لها دور بعد ذلك ، اذ ليست هناك ضرورة منطقية تحتم تلازم الارادة مع التعبير لتبرير الادعاء بان التعبير يجب أن يفسر على ضوء الارادة التى اوجدته .

٥٥ ـــ نتائج نظرية الاعلان .

ويبدو اذا من هذا العرض المجمل لآراء الفقهاء الالمان ، انهم يتفقون على أن يكون التعبير ارادياً اى يستند الى ارادة اتجهت الى ابرام تصرف قانونى،

وعند هذا الحد ينتهى دور الارادة وتنقطع الصلة بينها وبين التعبير فيصبح له وجود مستقل لا يتحدد مضمونه بالبحث فيما انطوت عليه الارادة الباطنة ، وانما يتحدد تحديدا موضوعيا طبقا للمعنى الذى يفهمه الشخص العادى .

فليس التعبير فى ظل هذه النظرية مجرد دليل على وجود الارادة او انه رسول لها ، وانما هو عنصر أصيل انفصل عن مصدره ، واصبح له كيان ذاتى بحيث لا يستطيع صاحبه أن يحتج بانه اضمر غير ما اظهر وانه قصد معنى آخر غير المعنى الموضوعى للتعبير .

ويترتب على الأخذ بنظرية الاعلان اذا ، أن العقد يتم بتوافق تعبيرين لا بتوافق ارادتين ، كما يتبنى عليها عدم ترتيب اى اثر على التحفظ الذهنى ، وفى مجال الصورية لا يكون للعقد المستتر اى اثر بالنسبة للغير الذى تعامل على اساس العقد الظاهر .

على ان اهم النتائج التى تشتهر بها نظرية الاعلان ، هى التى تتعلق بفكرة السبب ، وبعيب الغلط ، وبمشكلة التفسير .

ففيما يتعلق بفكرة السبب ، لا يعتد فى نظرية الاعلان بالبواعث التى لم يفصح عنها المتعاقد ولم يتضمنها التعبير ، فللافراد اذا شاءوا ان يخرجوا الباعث الذى حدا بهم الى التعاقد ، فى مضمون التعبير ، وعندئذ يمكن الاعتداد بهذا الباعث لانه اصبح جزءا من التعبير ، ولهم اذا شاءوا أن يغفلوا ذكر الباعث فيكون الالتزام مجردا من سببه ، ومن ثم لايعتد به .

اما بالنسبة للغلط فيبدو بديهيا أن تستبعد نظرية الاعلان اى اثر مترتب عليه ، ذلك ان الغلط يؤدى الى قيام خلاف بين التعبير وبين الارادة الباطنة والمتعاقد الذى يتمسك بانه وقع تحت تاثير غلط ، انما يهدف الى اعمال ارادته الحقيقية دون التعبير الذى يخالفه(١) .

واما بالنسبة لمشكلة التفسير ، فان النظرية تستبعد تحديد مضمون التعبير على ضوء ارادة المتعاقدين ، وتستخلص هذا المضمون من المعنى

---

(١) مسالى : التعبير عن الارادة ص ١٩٠ ، منيال : مقاله عن التعبير من الارادة بالمجلة الفصلية ١٩٠٢ ، ديموج : الالتزامات ج ١ فقرة ٣٢ وشمس الوكيل رسالته ص ١٥٣ .

العادى للتعبير الذى يفهمه شخص متوسط الذكاء ، أى المعنى الموضوعى المستمد من ذات التعبير . فاذا تعدد هذا المعنى أو كانت عبارات التعبير غامضة ، فان على القاضى أن يستخلص المعنى الذى يتفق مع الغرض الاجتماعى ومع دواعى العدالة والمصلحة العامة وتأمين الثقة فى المعاملات . وكل هذه معايير موضوعية (١) .

٥٦ ــ نقد نظرية الاعلان :

راينا فيما سبق من آراء بعض الفقهاء الالمان ، انه ليست لديهم فكرة موحدة عنها ، بحيث يمكن القول مع باترى أن المتأمل فى كتاباتهم ينتهى الى تعداد صور مختلفة لهذه النظرية بقدر عدد الفقهاء الذين تناولوها بالبحث (٢) .

وفى راينا أن العيب الجوهرى فى نظرية الاعلان هو افتقارها الى أساس علمى مقبول ، وكان نتيجة ذلك ان تعددت آراء الفقهاء بشأنها ، وان أوردوا عددا من الاستثناءات على مضمونها العام .

فنظرية الاعلان يعوزها التماسك والتناسق ، لأنها لم تستطع أن تتمشى مع منطقها الى نهايته ، فأنصارها يشترطون أن يكون التعبير مستندا الى ارادة اتجهت الى ابرام تصرف قانونى ، ولم يكن مبعث هذا الشرط ، كما يقول ريج Reig ــ احترامهم للارادة الفردية ، وانما كان ذلك لدواعى لا تتمشى مع منطق نظرية الاعلان ، منها تفادى ارتباط المجنون والطفل غير المميز بتعبيره (٣) .

والى جانب هذا الاستثناء الخطير - لا يرى الفقهاء الالمان اعمال النظرية بصورة مطلقة ، بل يكسرون حدتها بعدة استثناءات ، فبيلوف مثلا يرى فى حالة غموض التعبير أن يستعين القاضى فى استجلائه بالارادة الحقيقية ، لانه كما يقول اذا كانت العدالة والمصلحة الاجتماعية هما المعياران اللذان يسترشد بهما القاضى لتحديد اثر التصرف ، الا أن هذين المعيارين يتطلبان احيانا ان يكون هذا التحديد عن طريق استخلاص الارادة الحقيقية . ويعلق ديريه Dereux على ذلك بقوله ان التعبير اذا ليس هو المعول عليه

---

(١) بونكاز : مكملة بودرى وبارد ج ٢ فقرة ٤٠٦ .
(٢) باترى : المرجع السابق ص ١٢١ .
(٣) ريج ، مقاله السابق ص ١٣٠ والهامش .

وحده ، وان الفقهاء الالمان الذين انتصروا لنظرية الاعلان اضطروا لاثقال النظرية بكثير من الاستثناءات بحيث أصبح مذهبهم بعد ذلك مجردا من قيمته الذاتية . ويتساءل ديريه لماذا كل هذا التعقيد ؟ لقد أراد الفقهاء الالمان وضع قاعدة بسيطة : الاعلان وحده هو عنصر التصرف القانونى وهو أساس نشأة الحق والالتزام ، ثم أوردوا على هذه القاعدة عددا من الاعتراضات ، بحيث أصبحت هذه القاعدة أكثر تعقيدا من مبدأ الارادة . ويشبه ديريه نظرية الاعلان بعبارة صغيرة وبسيطة ولكنها غطيتبالكشطات وحملت بالاضافات بحيث توارى معها النص الأصلى للعبارة ، ويتساءل لماذا لا تكتب عبارة أخرى أكثر وضوحا وبساطة(١) ؟ .

ويأخذ الفقهاء الفرنسيون على نظرية الاعلان ، أنه لا يمكن فصل التعبير عن الارادة ، وترتيب آثار قانونية عليه بذاته بغض النظر عن نفسيةصاحبه اذ مؤدى ذلك قطع الصلة بين التصرف وبين صاحبه ، فى حين ان التعبير ليس عملا آليا حتى يعول عليه وحده دون النظر الى ارادة من اصدره(٢) .

وهذا نقد صحيح فى حق فقهاء نظرية الاعلان الذين يشترطون أن يكون التعبير ارادها ، ثم يستبعدون الارادة بعد ذلك ويرتبون الآثار القانونية على التعبير بنص النظرية عن الارادة التى انشأته ، اذ أن هذا القول فى حد ذاته — دون أن نسلم بصحة مذهب الارادة فى مفهومه السابق — ينطوى على تضاد منطقى ، اذ كيف يستساغ أن يقال بداءة أن الارادة هى دعامة التعبير وسبب وجوده ، ثم تهدر قيمتها بعد ذلك عند ترتيب الآثار القانونية ، فلكى تتمشى نظرية الاعلان مع منطقها يجب أن تستبعد الارادة نهائيا وأن يعول على التعبير وحده ، ما دام أنه فى منطقها هو الظاهرة الاجتماعية الملموسة وليست الارادة الا عملا باطنيا لا يدخل فى زمرة الظواهر الاجتماعية المحسوسة التى تعد الاعتداد بها وحدها بالوقوف عند الظاهر وتنادى القيام ببحث نفسى عن النيات الداخلية تحقيقا لاستقرار التعامل .

---

(١) ديريه : تفسير التصرفات القانونية ص ٤٤٠ مشار اليه بهامش ص ٤٩٤ من تكملة بودرى ج ٢ .

(٢) سهلبس الغلط فى العقود ص ١٦ مشار اليه فى بونكاز : تكملة بودرى وبارد ج ٢ هامش ص ٥٠٠ .

ولا مندوحة من القيام بهذا البحث النفسى ، ما دام أن أنصار النظرية يشترطون أن يكون التعبير ارادياً ، اذ أن ذلك يستتبع حتما للتحقيق من توافر هذا الشرط البحث عن الارادة النفسية الباطنة لمعرفة ان كان التعبير ارادياً أم لا . فالفرض الجوهرى للنظرية لا يتحقق اذا بصورة كاملة(١)

وقد وجدت نظرية الاعلان نصيرا قويا فى فرنسا ، هو العميد ديجى ، زعيم المدرسة الاجتماعية الفرنسية فى القانون ، لاتفاق هذه النظرية مع أفكاره الفلسفية ، فهو يرى أن الانسان كائن اجتماعى لا يعيش الا فى المجتمع ، وقانون المجتمع هو الذى يحكم تصرفاته ، والمجتمع لا يرتب آثارا الا على الأفعال الخارجية ولا شأن له بالنزعات الباطنة . ويقول : « يتجه القانون الحديث الآن وباطراد نحو الاعتراف بأن ما يحدث الاثر القانونى ليس هو ، ولا يمكن ان يكون العمل الباطنى للارادة ، او كما يقول علماء النفس ، ليس هو النزعة الارادية La volition بل هو فى الحقيقة التعبير الخارجى عن الارادة ، أو على حد تعبير الالمان هو اعلان الارادة willenserklarung ، وهذا ايضا نتيجة مباشرة لاشتراكية القانون Socialisation du droit ، فطالما كانوا لا يرون فى القانون سوى حماية صاحب الارادة ، الا وهو كل فرد من الناس ، فلم يكن العمل القانونى اساسا الا عمل الارادة الباطنة لصاحب الحق ، كما أن ما كان يحميه القانون انما هو عمل الارادة الباطنة هذا . لكنهم طالما اعترفوا بأن المركز القانونى لا تكون له قيمة ولا يكون جديرا بالحماية الا اذا كان يتفق واحد الاغراض الاجتماعية ، وبأن كل مركز قانونى لا تكون له قوة الا فى حدود ما يقوم عليه من أساس اجتماعى ، وانه لا يمكن أن ينشأ الا عن عمل له بذاته صفة اجتماعية فان هذا المركز القانونى لا يمكن أن ينتج اذا الا عن عمل للارادة الظاهرة ، اذ أن الارادة ، مادام لم يحصل التعبير عنها خارجيا ، تظل فردية محضة ، وهى لا تصبح عملا اجتماعيا الا بالتعبير عنها » (٢) .

---

(١) ابونسكو : مقاله عن الارادة فى تكوين العقد ، مجموعة جيني ج ٢ ص ٣٧٤ .
(٢) ديجى : تطورات القانون الخاص ، المحاضرة الرابعة .

وهذا الذى يقول به ديجى ، مردود بأن الأعمال الخارجية المحسوسة ليست وحدها الأعمال التى تهم المجتمع ، والا فهل النزعات الباطنة للافراد توجد فى عالم آخر غير عالم المجتمع ؟ وأليست هذه النزعات هى التى تحرك النشاط الخارجى الملموس وتوجهه ؟ فكيف يقصر المجتمع اهتمامه على هذا النشاط ، وهو ليس الانتاج الأفكار التى تدور فى أذهان الأفراد ، وكيف يقال اذن ان الاعلان وحده هو الذى يعد عملا اجتماعيا ؟

ثم هل المجتمع كائن مستقل يمكن تصوره بمعزل عن الأفراد الذين يكونونه ؟ أليست مصلحة المجتمع هذه الاجماع مصالح الأفراد ؟ فهل يهتم المجتمع بمصالح فئة من الناس دون فئة اخرى ، وكان هذه الفئة الاخيرة لا وزن لها فى نظر المجتمع . ان مؤدى الاخذ بنظرية الاعلان ان تكون الحماية قاصرة على المخاطبين destinataires دون المعلنين déclarants وكان المجتمع ، كما يقول ديريه لا يتكون الا من المخاطبين ، او كان عدد هؤلاء اكبر من عدد المعلنين . فالنظرية اذا لم تفعل سوى ان نقلت الخطر التعاقدى risque cantractuel من جانب الدائن فى الالتزام الى جانب المدين - أى من جانب المعلنين الى جانب المخاطبين ، فى حين ان كليهما جدير بالحماية ، بل وقد يكون فى اعتبار المقد صحيحا بالتمويل على التعبير وحده مع وقوع صاحبه ضحية غلط مثلا ، ما يؤدى الى الاضرار بهذا الاخير ضررا يفوق الضرر الذى قد يتحمله المتعاقد الآخر بسبب ابطال المقد(١) .

واخيرا فان اقوى ما يحتج به انصار نظرية الاعلان ان النظرية تحقق استقرارا المعاملات بما تولده من ثقة لدى الغير فى اطمئنانه الى انه لن يفاجأ باهدار هذه الثقة التى وضعها فى الظاهر الملموس له .

ومع ما سبق ان ذكرناه آنفا ، من أن نظرية الاعلان لا تحقق هذا الاستقرار فى حد ذاته بصوره كاملة لاشتراطها أن يكون الاعلان ارادية ، فانه يلاحظ أن الفقهاء الالمان يميزون بين نوعين من الاستقرار : استقرار

---

(١) ديريه : المرجع السابق ، مشار اليه فى بونكار تكملة بودرى وبارد ٢ طبعة ص ٦٥ وبانرى : المرجع السابق ص ١٤٩ .

الحقوق sécurité de droit (richtsiccherheit)

واستقرار التعامل sécurité des affaires (verkchrassucherheit)

ويقابل هذا التقسيم ، تقسيم ديموج الاستقرار الى استقرار ســـكونى statique واستقرار حركى dynamique . فاستقرار الحقوق معنـــاه الا يفقد الشخص حقه بغير ارادته الحقيقية ، فلا يؤخذ بالمظهر الذى يخالفها بينما استقرار المعاملات يقتضى تامين ثقة الشخص فى المظهر الملموس له ولو كان هذا المظهر لا يتفق مع الحقيقة . وواضح ان مذهب الارادة يحقق النوع الاول من الاستقرار يتطلبه عدم تحمل الشخص التزاما الا اذا رضى به رضاء حقيقيا ، اما النوع الثانى فيتفق مع نظرية الاعلان التى تقضى بالاعتداد بالظاهر (١) .

وظاهر ان هذين النوعين من الاستقرار يتعارض أحدهما مع الآخر ، ولا شك ان الاعتداد بواحد مهما ليس نفعا محضا ، اذ سيترتب على تحقيق مصلحة فئة من الناس ان تضار فئة اخرى ، ومن الصعب التسليم مع انصار نظرية الاعلان بأن مصلحة المجتمع تقتضى تغليب استقرار التعامل على استقرار الحقوق بالمعنى المتعارف عليه عن هذين النوعين ، فالافراد الذين يستفيدون من استقرار التعامل ليســوا اكثر عددا أو اعظم اهميـــة من الاشخاص الذين يضارون به ، كما ان فكرة استقراء التعامل قد تعود على نفسها ، فالشخص الذى اكتسب اليوم حقا بثقته فى المظهر المخالف لارادة من تعامل معه ، مهدد غدا بأن يفقد هذا الحق ضد ارادته هو بانتقاله الى غيره تطبيقا للمبدأ نفسه(٢) .

ثم انه لا معنى لاعمال فكرة استقرار المعاملات اذا كان المخاطب يعلم أن المضمون العادى للتعبير لا يتفق مع الارادة الباطنة لصاحبه . وعلى ذلك ففكرة استقرار المعاملات تقتضى التفرقة بين حسن نية المخاطب وبين سوء نيته ، فيقتصر مجال اعمالها على الحالة الأولى ، وتلك تفرقة لا يعرفهـــا منطق نظرية الاعلان الذى يذهب الى تفسير التعبير تفسيرا موضوعيا حسبما دلت عليه عباراته دون نظر الى مقصود المتعاقدين . وهذا الاتجاه نفسه

---

(١) ديموج ج ١ فقرة ٣٠ ، باترى ص ١٣٩ .

(٢) ديموج ، افكار اساسية ص ٧٣ مشار اليه بمؤلف باترى ص ١٤٠ .

يمس استقرار المعاملات لانه يخول القاضى الالتجاء الى معايير مرنة كالعدالة والمصلحة الاجتماعية ، وهذا من شانه الا يتأكد المتعاقدون مقدما من المضمون الذى سيفرضه القاضى ، ولا يستبعد أن يكون هذا المضمون فى النهاية مؤسسا على النظرة الشخصية للقاضى (١) .

٥٧ ــ نظرية الاعلان فى القانون المدنى الالمانى :

رأينا أن نظرية الاعلان باشتراط انصارها أن يكون الاعلان ارادتيا انما تفقد بهذا الشرط قيمتها الذاتية ، ولا تعدو بعد ذلك أن تكون مجرد استثناء ــ وان كان استثناءا هاما ــ على مذهب الارادة .

ومع ذلك ، فانه فى نطاق الحدود التى تتعارض فيها النظرية مع مذهب الارادة ، فان القانون المدنى الالمانى الصادر سنة ١٩٠٠ ، والذى اشتهر بتشيعه للنظرية ، لم يسلم بكل نتائجها : فهو وان كان قد قضى فى بعض نصوصه بالوقوف عند التعبير دون الارادة الباطنة ، كما ادخل فكرة التجريد فى طائفة من التصرفات ، الا أنه انحاز الى مذهب الارادة فى القواعد العامة المنظمة للتصرف القانونى م ٢/١١٧ الخاصة بالصورية ، م ١١٩ و ١٢٣ الخاصتين بعيوب الارادة ، م ١٣٣ الخاصة بتفسير التعبير ، م ١٥٧ الخاصة بتفسير الاتفاقات ... الخ . وهذا ما يعترف به ستشلموسمان الذى يرى انه لا يمكن تفسير هذه النصوص الا على ضوء مذهب الارادة (٢) .

ولذلك يرى البعض أن القانون الالمانى لم يأخذ بنظرية الاعلان الا على سبيل الاستثناء ، وانه يستلزم كقاعدة عامة ان يكون التعبير متفقا مع الارادة الحقيقية والا كان باطلا (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى ، احمد ماهر ، مبدأ سلطان الارادة ص ٢٦٨ .

(٢) راجع فى ذلك ، مقال أيوناسكو سالف الذكر ص ٢١ ، شاباس ، التعبير عن الارادة ص ٧٩ ، مقال أحمد زكى الشيني سالف الذكر ص ٥٧ ، مقال ريج ص ١٢٣ ، مورل ، المرجع السابق ص ٤٧ ، ديموج ج ١ فقرة ٣٢ .

(٣) أبو غانية فقرة ٨١ ص ٢٧٧ ، وواوم تلاده فقرة ١٢١ ، وقارن سالى : التعبير عن الارادة ص ٢١٧ .

الفصل الثانى

نظرية الثقة

٥٨ — مضمون النظرية

يتميز النظام القانونى السويسرى بانه نظام عملى لا يعنى بالناحية الفقهية قدر عنايته بالناحية العملية ، ولذلك ابتعد المشروع السويسرى فى وضع قوانينه الحديثة عن التزام الدقة العلمية التى اشتهر بها التقنين الالمانى ، فلم تسيطر عليه المذاهب المدرسية ، ولم يهتم بالخلافات الناشبة بين الفقهاء(١) .

وتمشيا مع هذه الروح العملية ، منح المشرع السويسرى ، القاضى ، سلطة واسعة فى الحكم بما يراه مناسبا . فمن ذلك ما نصت عليه المادة الاولى من القانون المدنى السويسرى من انه « فى حالة عدم وجود نص تشريعى يمكن تطبيقه فعلى القاضى أن يحكم بمقتضى العرف ، فان لم يوجد فبمقتضى القواعد التى كان يضعها لو كان يقوم بدور المشرع ». وما نصت عليه المادة الرابعة من نفس القانون بقولها : « يطبق القاضى قواعد القانون والعدالة عندما يحتفظ له القانون بسلطان فى التقدير او حين يلزمه القانون بالحكم مع مراعاة الظروف ومع تقدير الباعث المعقول » .

وفى ظل الحرية الواسعة الممنوحة للقاضى السويسرى ، سلك القضاء فى سويسرا مسلكا عمليا فى وضع حلول لبعض مشاكل العقد ، حاول فيها أن يوفق بين الفكرتين المتنازعتين فى هذا الميدان : فكرة الاعتداد بالارادة الباطنة وفكرة لاعتدد بالتعبير . وكان رائده فى هذا

---

(١) ارمنجون ونولد وولف : مبادىء القانون المقارن ج ٢ ١٩٥٠ ص ٤٠١ .

التوفيق أن يبتعد عن التطرف الذى وقع فيه كلا الاتجاهين وأن يأخـــذ من كل منهما بقـــدر مناسب لتحقيق العدالة على قدر الامكان ، بين الطرفين المتعاقدين . وكان نتاج هذه المحاولة . ظهور نظرية الثقةla Théorie de confiance (vertrauenstheorie) التى أصبحت علما على اتجاه القضـــاء والفقه السويسريين فى حل بعض مشـــاكل العقد .

ولمـــا كانت هذه النظرية لا تصدر عن أســـاس علمى ، بل نشأت لوضـــع حلول مناسبة تتفق مع نتائج محددة سلفا ، فقد اختلفت وجـــهات النظر فى بيان طبيعتها : فغالبية الفقهاء السويسريين يرون أنها صورة من نظرية الاعلان . وآخرون يرون أنها مشتقة من مذهب الارادة ، وغيرهم يرى أنهـــا لا تنطوى على مضـــمون موحـــد ، فتارة تتجـــه الى نظـــرية الاعلان . وتارة تنحاز الى مذهب الارادة . واخيرا يرى البعض انهـــا نظرية مستقلة قائمة بذاتها وتتعارض مع كل من مذهب الارادة ونظـــرية الاعلان(١) .

وفى راينا انه يصعب القول بأن لنظرية الثقة طبيعة ذاتية متميزة ، بحكم نشأتها تلبية للرغبة فى وضع حلول عملية لبعض مشاكل العقـــد . وافتقارها من ثم الى أساس علمى موجه ، ذلك أن النظـــرية تأخـــذ فى الاعتبار بالتعبير كعنصر خارجى وبالارادة كعنصر نفسى ثم تحاول المزج بين هذين النصرين لتنتهى الى القول بأن المعول عليه هو الارادة التى يمكن التعرف عليها volonté réconnaissable ولذلك اختلف نظر الفقه فيما اذا كانت هذه النظرية مشتقة من مذهب الارادة ، او انها صـــورة من نظرية الاعلان باختلاف نقطة البداية فى تقديمها وعرضها .

فبعض الكتاب يبدأ فى عرض نظرية الثقة بقوله أن القاعدة العـــامة تقضى بأن المظاهر الخارجية ليست لها قيمة مطلقة ، والتعبير بصـــفته مظهرا خارجيا ليس الا وسيلة للاعلام بالارادة ، وهذه الارادة هى الجوهر وما التعبير الا القالب الذى تصب فيه ، الا أن التعبير انما يوجـــه الى

---

(١) انظر فى ذلك ، باترى : مبدأ الثقة ص ١٦٥ ، كوينود : تحديد نطاق الغلط فى قانون الالتزامات السويسرى ١٩٤١ ص ١٤ — ١٥ ، شمس الوكيل رسالته السابقة ص ١٥٥ وما بعدها .

شخص لا يستطيع ان يتعرف على مضمون الارادة التى تكمن وراء التعبير الا من خلال عباراته ومن الظروف الملابسة ، ومن ثم فلا يجوز الاعتداد بالارادة الباطنة الا فى حدود ما فهمه المخاطب وما كان واجبا عليه أن يفهمه ، ولا يجوز لصاحب التعبير أن يتمسك باعمال ارادته على خلاف هذا الفهم والا كان فى ذلك اخلالا بالثقة التى تولدت لدى المخاطب .

هذا بينما يبدأ البعض الاخر من الكتاب السويسريين فى عرض نظرية الثقة من حيث انتهى الفريق لاول ، فيقولون أن استقرار المعاملات يحتم أن يكون التعبير هو المعول عليه كقاعدة عامة ، ثم يضيفون الى ذلك قولهم ، أن المخاطب يجب أن يكون حسن النية لا يعرف و لم يكن فى استطاعته أن يعرف أن التعبير بمعناه المعادى مخالف للارادة الباطنة ، أى أن النظرية لا تحمى المخاطب الا اذا كانت الثقة التى تولدت لديه من التعبير ثقة مشروعه .

ويرى باترى ، أن نظرية الثقة تتصل بثلاثة افكار عامة : استقرار المعاملات sécurité des affaires ومبدأ السببية principe de causalité ومبدأ حسن النية bonne foi (١)

فاستقرار المعاملات يتحقق بحماية الشخص الذى يعتقد اعتقادا مبررا انه كسب حقا ، فلا ينهار حقه هذا لامر كان خافيا عليه ولم يكن فى استطاعته معرفته . وعلى ذلك ففى مشكلة تكوين العقد لا يجوز لمصلحة التعامل أن تهدر ثقة شخص فى ايجاب وجه اليه وقبله بحجة وجود خلاف بين المضمون المعادى للايجاب وبين النية الباطنة للموجب .

أما مبدأ السببية فمقصود به الاعتداد بالمضمون الذى فهمه المخاطب من التعبير ولو كان مختلفا مع الارادة الباطنة دون اشتراط وقوع تقصير من صاحب التعبير . فليس أخذه بالمعنى الذى فهمه المخاطب بمثابة جزاء على خطأ وقع منه يتمثل فى عدم افصاحه عن مضمون ارادته الحقيقية افصاحا واضحا ، وانما ذلك لانه حرك فى ذهن المخاطب ثقة مشروعة فى

---

(١) باترك مبدأ الثقة ص ١٥٩ وما بعدها .

هذا التعبير . ويلاحظ ان شرط اعمال مبدأ السببية ان يكون الفعل الذى حرك الثقة منسوبا الى الشخص الملزم بالنتيجة لمترتبة على تولد هـذه الثقة . فمن تسلم خطابا مزورا على شخص يتضمن ايجابا منه بالتعاقد ؛ واعتقد المرسل اليه أن التوقيع صحيح ، فان من زور توقيعه لا يكون ملزما بالايجاب الذى تضمنه الخطاب لانه أجنبى عنه تماما .

واما عن مبدأ حسن النية ، فهو يعنى الا يكون المخاطب عالما بوجود خلاف بين التعبير الذى وجه اليه وبين الارادة الحقيقية لصاحب هـذا التعبير . ويشترط أن يكون علمه هذا مبررا **justifiée** بأن لم يكن فى استطاعته أن يفهم غير ما فهمه على ضوء الظروف المحيطة بالتعاقد .

٥٩ ـ نتائج نظرية الثقـة :

واذا تكلمنا عن نتائج نظرية الثقة ، فاننا نعنى النتائج التى يرتبها منطق النظرية دون أن يفهم من ذلك ان هذه النتائج مسلم بها جميعهـا فى الفقه والقضاء السويسريين .

واول هذه النتائج انه لا يشترط أن تتوافر لدى صاحب التعبير نية تحمل التزام قانونى ، اى شرط ارادة الاعلان **volonté de déclaration** اذ يكفى لكى يكون التعبير ملزما ان يكون المخاطب على علم بأن هـذه الارادة قائمة(١) ومن ثم يكون التعبير ملزما ولو كان غير جدى ، مادام أن المخاطب لم يكن فى استطاعته أن يتبين عدم جديته .

اما عن الصورية ، فالعقد المستتر هو الذى ينفذ فى حق المتعـاقدين دون العقد الصورى ، لان كلا منهما على علم بحقيقة مقصود الاخر ، أمـا بالنسبة للغير الذى تعاقد على اساس وجود العقد الظاهر ـ فهذا العقد هو الذى ينفذ لصالحه مادام انه حسن النية يجهل صورية هـذا العقد .

واما عن التحفظ الذهنى ، فلا اثر له بالنسبة للمخاطب الا اذا كان عالما به او كان فى استطاعته أن يتبينه .

---

(١) كوبنود ص ٢٠ ـ ٢١ ، باترى ص ١٨٦ .

وفى عيوب الارادة ، يقضى منطق نظرية الثقة بعدم اعمالها الا اذا كانت معلومة للطرف الاخر أو كان فى استطاعته أن يعلمها .

وفى مشكلة التفسير ، تكون مهمة القاضى استخلاص المضمون الذى فهمه المخاطب من التعبير الموجه اليه ومن الظروف الملابسة والذى اعتقد اعتقادا مبررا انه مطابق للارادة الباطنة لصاحب التعبير(١) . وبذلك تختلف قاعدة التفسير فى نظرية الثقة عنها فى كل من مذهب الارادة ونظرية الاعلان ، فبينما يقضى مذهب الارادة باستخلاص الارادة الباطنة ، وتتطلب نظرية الاعلان تحديد مضمون التعبير تحديدا موضوعيا ، تتوسط نظرية الثقة بين هذين الاتجاهين فتقضى بالتعويل على الارادة التى يمكن للمخاطب أن يتعرف عليها من خلال عبارات التعبير ومن الظروف الملابسة التى يعلمها المخاطب .

٦٠ — موقف الفقه والقضاء السويسريين من نتائج نظرية الثقة :

ليست النتائج السابقة المترتبة على منطق مذهب الارادة مسلما بها جميعها فى الفقه والقضاء السويسريين ، فمنها ما هو محل خلاف ، ومنها ما هو مجمع على استبعاده .

فبالنسبة لشرط ارادة الاعلان volonté dc déclaration يذهب بعض الفقهاء السويسريين الى انه شرط ضرورى لاعتبار التعبير ملزما ، مع مخالفة استلزام هذا الشرط لمنطق نظرية الثقة . بينما يذهب آخرون الى انه لا ضرورة لهذا الشرط بدعوى انه لا مبرر للتفرقة بين حالة خطأ المعلن فى التعبير بقصده مضمونا آخر غير المضمون الذى فهمه المخاطب ، وبين حالة اصدار المعلن تعبيرا لا يستند الى ارادة جدية ، اذ لا فرق بين الحالتين من وجهة نظر المخاطب حسن النية الذى يجهل ما انطوت عليه النية الباطنة . وعلى ذلك يرون أن التعبير يكون ملزما سواء أكان المعلن قد اتجهت نيته الى تحمل التزام قانونى أم لا ، مادام ان المخاطب قد وثق فى هذا التعبير بأن فهم منه فهما مبررا انه تعبير جدى .

---

(١) فون تور : الالتزامات ج ١ ص ٢٤١ .

وقد كانت المحكمة الاتحادية السويسرية تشترط أول الامر توافر ارادة الاعلان باستلزام أن يكون صاحب التعبير قد قصد تحمل التزام قانونى(١) . ثم عدلت عن هذا الراى فى أحكامها الحديثة ، وقضت بأن التعبير يكون ملزما مادام أن المخاطب كان يعتقد اعتقادا مبررا أن خصمه كانت لديه نية الالتزام القانونى(٢) .

ومع ذلك فلا خلاف فى ان التعبير يعتبر باطلا اذا صدر من عديم التمييز حتى ولو كان الطرف الاخر يجهل ذلك . تطبيقا للنصوص المتعلقة بالاهلية فى القانون السويسرى ، ويعتبر هذا البطلان استثناء من نظرية الثقة .

اما عن عيوب الارادة : فان الراى السائد فقها وقضاء ، اتباعا لنصوص قانون الالتزامات السويسرى فى المواد ٢٣ وما بعدها ، هو اعمال هذه العيوب حتى لو كان المخاطب يجهل وقوع المعلن فيها . وهذا الاستثناء الوارد على نظرية الثقة قصد به تفادى ما يؤدى اليه تطبيقها فى هذا المجال من قسوة بالنسبة للمتعاقد الذى وقع ضحية احد هذه العيوب . الا ان المادة ٢٩ من القانون المذكور قد نصت على ان من وقع فى غلط وتمسك بابطال العقد فانه يلزم بتعويض الطرف الاخر عن الضرر الذى اصابه نتيجة للبطلان اذا كان وقوعه فى الغلط ناشئا عن تقصيره . ومعنى ذلك أن العقد يكون قابلا للابطال سواء اكان الغلط مغتفرا أو غير مغتفر ، الا انه فى حالة الغلط غير المغتفر يلزم الغالط بجبر الضرر الذى لحق الطرف الاخر بسبب البطلان ، مع ملاحظة ان الاتجاه السائد هو اعتبار الوقوع فى الغلط نتيجة تقصير غالبا(٣) .

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية السويسرية فى ١٨٩٧/١/٢٥ ، حكما فى ١٩٠٨/٧/١٦ المجموعة الرسمية لاحكام المحكمة السنة ٢٣ ص ٨٣٦ ، السنة ٣٤ ج ٢ ص ٥٢٨ . مشار اليها فى مؤلف باترى .

(٢) حكم احكمة الاتحادية السويسرية فى ١٩١٢/٩/٢٨ (المجموعة الرسمية السنة ٣٨ ص ٥١٦) .

(٣) راجع فى ذلك ، باترى ص ٢٢٨ — ٢٢٥ ، كوينوز ص ١٠٦ — ١٠٧ وفون تور ج ١ ص ٢٦١ ، شمس الوكيل ، رسالته السابقة ص ١٦٢ ، حكمين للمحكمة الاتحادية السويسرية فى ١٩٠٨/٧/١٦ ، ١٩٣٨/٢/١٦ (المجموعة الرسمية السنة ٣٤ ج ص ٥٢٣ ، السنة ٦٤ ج ٢ ص ٩) .

٦١ ــ تنظيم عيوب الارادة فى القانون المدنى المصرى الجديد طبقا لنظرية الثقة :

واذا كان قانون الالتزامات السويسرى لم يأخذ بنظرية الثقة فى عيوب الارادة ، فان القانون المدنى المصرى الجديد يتفق معها الى حد كبير ، ففى عيب الغلط نصت المادة ١٢٠ منه على انه « اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب ابطال العقد اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » . وفى عيب التدليس نصت المادة ١٢٦ على انه « اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس » . وفى عيب الاكراه نصت المادة ١٢٨ على انه « اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الاخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يلم بهذا الاكراه » .

واذا لاحظنا فكرة المشرع المصرى عن الغلط المعلوم للطرف الاخر بما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من ان « الغلط الذى يبرر ابطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، او يتسبب فيه أحدهما أو يعلم به ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم به ، قد يلقب اصطلاحا بالغلط غير المغتفر ... » ولاحظنا أن المشرع السويسرى يقضى بالتعويض فى حالة الغلط غير المغتفر ، وأن الرأى السائد فى الفقه والقضاء السويسريين هو اعتبار الوقوع فى الغلط نتيجة تقصير غالبا ، فان النظامين المصرى والسويسرى يقتربان من الناحية العملية اقترابا كبيرا .

٦٢ ــ تقدير نظرية الثقة :

ليس من شك فى أن نظرية الثقة تمتاز عن كل من مذهب الارادة ونظرية الاعلان فى الحل الذى تقدمه فى حالات التحفظ الذهنى والصورية والتفسير .

فالنظرية بتعويلها على الارادة الممكن التعرف عليها ، تفسر فى آن واحد اعمال التحفظ الذهنى فى حالة علم المخاطب به وعدم اعماله فى حالة

جهله به . وفى الصورية يتمشى منطق النظرية منسجما فى تفرقتها فى المعاملة بين المتعاقدين وبين الغير الذى يجهل وجود العقد المستتر ، ففيما بين المتعاقدين لا يسرى العقد الظاهر لعلمهما بحقيقة الوضع - بينما ينفذ هذا العقد لصالح الغير الذى تعامل على أساسه وهو يجهل صوريته .

وفى التفسير : تتفادى النظرية الحل المعيب الذى يرتبه مذهب الارادة فى اعتداده بالارادة الباطنة الخافية على المتعاقد الاخر والذى لم يكن فى استطاعته أن يتبينها ، فيهدر هذا المذهب من ثم مصلحته ويغلب عليها مصلحة المعلن وهو غالبا مقصر بعدم افصاحه بوضوح عن مقصوده . ومن جهة أخرى تتفادى النظرية الحل المعيب الذى تقول به نظرية الاعلان . وهو تفسير التعبير تفسيرا موضوعيا اذ أن العقد المراد تفسيره انما يخص طرفيه فقط ، فلا يستساغ أن يجرى تفسيره على نحو مجرد .

بيد ان نظرية الثقة كما رأينا من مسلك الفقه والقضاء السويسريين، لا يجرى اعمالها فى مجالى الاهلية وعيوب الارادة ؛ فلا يقبل أن نسلم بتحمل عديم الاهلية أو ناقصها التزاما قانونيا بمقتضى التعبير الصادر منهما بدعوى أن المخاطب كان يجهل انعدام أو نقص الاهلية .

واما عن عيوب الارادة . فان الفقه السويسرى راى فى اخضاعها لنظام الثقة ما يتضمن قسوة ظالمة . والواقع انه اذا وازنا بين مصلحة المتعاقد الذى وقع ضحية غلط أو تدليس أو اكراه دون ما تقصير من جانبه . وبين مصلحة الطرف الاخر الذى تولدت لديه ثقة فى صحة العقد ؛ كانت مصلحة الاول هى الاجدر بالحماية - لان الضرر الذى يلحقه من نفاذ العقد هو غالبا افدح من الضرر الذى قد يصيب المتعاقد الآخر نتيجة بطلان العقد .

ومع ذلك ، فان مجال اعمال الثقة قاصر كما رأينا على علاج حالة الخلاف بين الارادة الباطنة وبين التعبير ، فلا تقدم النظرية حلولا لباقى مشاكل العقد ، ومن ثم تقصر عن أن تكون نظرية عامة تفسر اساس الالتزام العقدى تفسيرا شاملا .

الباب الرابع

عجز مذهب الاادارة
عن تفسير بعض الظـواهر العقدية

تمهيـــــــد :

الحالات الاربع التى سنعرض لهـا فى الباب الحالى يقف مذهب الارادة عاجزا عن تفسيرها . فهو ان كان فى الحالات التى درسناهـا فى الباب السابق يقدم حلولا لا تتمشى مع العدالة نتيجة اعتداده بالارادة الباطنة الخافية على لمتعاقد الاخر او على الغير ؛ فانه فى الحـالات التى ندرسها فى الباب الحالى يعجز تماما عن حل مشاكلها وتفسير ما هو مجمع عليه بشانها ، ولو كان هذا المذهب كاملا ، لمـا عجز عن تقديم حـلول لجميع مشاكل العقد .

الفصل الأول

اشتمال مضمون العقد على التزامات لم تتجه اليها ارادة المتعاقدين

٦٣ ـ وضع المسألة :

تثور المشكلة التى نحن بصددها ، فى مجال تحديد نطاق العقد ، اى بيان الحقوق والالتزامات التى تنشأ عنه : هل يقتصر مضمون العقد على تلك الحقوق والالتزامات التى اتجهت اليها ارادة المتعاقدين حسبما أدى اليه تفسير بنود العقد ، أم يجوز امتداد النطاق التعاقدى ليشمل حقوقا والتزامات أخرى لم يتضمنها فحوى التعبير ولم تنصرف اليها ارادة المتعاقدين عند ابرام العقد ؟ .

رأينا ان منطق مذهب الارادة يستبعد تحمل المتعاقدين بالتزامات لم تتجه اليها ارادتاهما ، فنطاق العقد يتحدد بما توافق عليه المتعاقدان ، ولا يجوز أن يمتد فيشمل أمورا لم تدر بذهنهما(١) .

غير أن هذه النتيجة المترتبة على منطق مذهب الارادة ، يستحيل الاخذ بها عملا ، فهناك التزامات تبعية لم تنصرف اليها ارادة المتعاقدين ، ومع ذلك تلزمهما ، لانه بدونها لا يتحقق الغرض المتوخى من العقد أو تقل المنفعة التى من أجلها اقدم احد طرفيه على التعاقد أو يتعذر على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه ، فمثلا اذا باع تاجر متجره لاخر ، فان البائع يلتزم بعدم فتح محل آخر مجاور له ولو لم يتفق الطرفان على هذا الالتزام ، والا كان الغرض الذى قصده المشترى من ابرام العقد ـ وهو غرض معروف للبائع ـ غير متحقق بصورة كاملة .

---

(١) راجع ما سبق فقرة ١٨ .

لذلك لم يكن بد من التسليم باشتمال مضمون العقد على تلك الالتزامات التبعية التى تستلزمها طبيعة العقد والغرض من ابرامه ولو لم يتفق الطرفان عليها . فنصت المادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى على أن « الاتفاقات لا تلزم فقط بما ورد فيها بل تشمل كذلك المستلزمات suites التى تقتضيها العدالة والعرف ونص القانون وفقا لطبيعة الالتزام » .ونصت المادة ١٢٦٠ منه على انه « يجب تكملة العقد بالشروط التى يقتضيها العرف ولو لم يكن منصوصا عليها فيه » . ونصت الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ منه على انه « يجب تنفيذ العقود بحسن نية » . كما نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى على انه « لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكنه يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . وكان قد اعترض على هذه الفقرة بحجة انها « تلزم المتعاقدين بما وراء السطور ؛ وهى تعطى للقاضى سلطة خطرة ، لانه بموجبها يمكن ان يزيد فى التزامات المتعاقدين ، وفى هذا اهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين » فرد على ذلك مندوب الحكومة بأنه وان كان العقد شريعة المتعاقدين فان حسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين موضوعها او فيما يتعلق بكيفية تنفيذها(١) .

ومن تطبيقات المحاكم لفكرة مستلزمات العقد ، التزام المتعاقد باخطار المتعاقد الاخر بالمعلومات التى يقتضيها تنفيذ العقد والعقبات التى تعترض طريقة التنفيذ ، والتزام بائع السيارة بأن يسلم المشترى أوراقها ورخصتها واطاراتها وادوات الطوارىء ، والتزام مؤلف الكتاب بالقيام بتصحيح التجارب والتاشير عليها باجازة الطبع ، والتزام بائع الجريدة بأن يسلم المشترى كشفا بالاشتراكات المدفوعة . . . الخ(٢) .

٦٤ ــ عجز مذهب الارادة عن تفسير هذه الظاهرة :

قد يقال ان هذه الالتزامات التبعية يقتضيها المنطق باعتبارها من مستلزمات العقد ، ولكن هذا المنطق ليس منطق مذهب الارادة ، بل ان

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٩ .

(٢) راجع تطبيقات عديدة لفكرة مستلزمات العقد فى بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ فقرات ٤٥٤ ــ ٤٥٩ ، بهجت بدوى ، أصول الالتزامات فقرات ٨٧٦ ــ ١٨٤ .

منطق مذهب الارادة يتعارض مع هذا الحل ، ولو كان مذهب الارادة مذهبا كاملا لما كان هناك تعارض بين قيام هذه الالتزامات وبين منطقه ، ولما عجز عن تفسير نشأتها .

وقد يقال أن هذه الالتزامات التبعية ليس مصدرها الارادة ، وانما يفرضها القانون والعرف والعدالة ؛ فلا مأخذ على مذهب الارادة من أعمال هذه الالتزامات استنادا الى تلك المصادر ولكن هذا القول مردود باته يؤدى الى اعتبار تلك الالتزامات التزامات غير تعاقدية ، ويكون الاخلال بها مرتبا لمسئولية لا تعاقدية . وهو ما لا يمكن التسليم به لان هذه الالتزامات نشأت بسبب ابرام العقد ويستحيل أعمالها مستقلة عنه .

وقد زعم الفقه التقليدى أن هذه الالتزامات تستند الى ارادة المتعاقدين الضمنية ، بيد أن هذا القول ليس سوى محض افتراض ، فالواقع ان المتعاقدين لم يفكرا فيها ولم تخطر بذهنهما ، فكيف يقال انهما اراداها ضمنا (١) . « ان هذه المستلزمات تكون جزءا من الاتفاق ، وتلزم كما لو كان الطرفان قد انصرفت ارادتهما اليها ، فهى تدخل فى الحقيقة ضمن محتوى الاتفاق على الرغم من ان الواقع ان ارادتى المتعاقدين لم تتجه اليها ... وليس فى استطاعة المتعاقدين أن يلما بكل مضمون اتفاقاتهم ، ومن ثم فان ارادتهم كواقعة شاعرة لا تفسر كل مضمون الاتفاق (٢) » .

وقد لجأت التشريعات الى وضع نصوص تحتوى على الاحكام التى يطبقها القاضى فى حالة نقص العقد ؛ وتسمى بالنصوص المكملة lois suppletives ومع ان هذه النصوص يقصد بها تكميل العقد باحتوائها على الالتزامات التبعية التى تلزم المتعاقدين فى حالة اغفالهم الاتفاق بشأنها ؛ فان الفقه التقليدى يذهب الى أن هذه النصوص انما تفسر ارادة المتعاقدين

---

(١) كوماروس دور الارادة فى التصرفات القانونية ص ٢٠٦ — ٢٠٧ ، جورسران نظرة عامة على الاتجاهات الحالية لنظرية العقود ، مقال بالمجلة الفصلية ١٩٣٧ ص ١٢٠١ ، مقالة من التطور الحديث للفكرة التعاقدية دراسات جنى ج ٢ ص ٣٣٩ .

(٢) دجيدارا ، مقاله السابق بمجلة فلسفة القانون ١٩٤٠ ص ١١٢ .

الضمنية بدعوى أن هذه الارادة تنصرف الى الاخذ بها مادام انها لم تتفق على ما يخالفها ، ولذلك سمى الفقه التقليدى هذه النصوص بالنصوص المفسرة lois interpretatives .

بيد ان هذا الادعاء يخالف الواقع ، فعدم انصراف نية المتعاقدين الى مخالفة النص المكمل ، لا يعنى بالضرورة انهما قبلا تطبيقه بشأن ما اغفلاه من مسائل العقد ، والقاضى يطبق هذا النص ولو ثبت — وهذا هو الغالب — ان المتعاقدين لم يلما من قبل بمضمونه ولم يعلما به ؛ وهو يطبق هذا النص من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الطرفان ذلك . والواقع ان المشرع عندما يضع هذا النص لا يؤسسه بداهة على ارادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين وانما يؤسسه على طبيعة التصرف(١) .

والذى نستخلصه مما تقدم ان العقد يشتمل على التزامات تبعية ، ومن ثم فهى التزامات عقدية ؛ الا انها لا تستند الى ارادة المتعاقدين ، ومعنى ذلك أن مذهب الارادة يعجز عن تفسير كل الاثار المترتبة على العقد .

---

(١) فى هذا المعنى سالى ، التعبير عن الارادة ص ٢٠٠ — ٢٠٤ ، أحمد ماهر مبدأ سلطان الارادة ص ٢٥٨ — ٢٥٩ ، مارتى ورينو : القانون المدنى جـ ١ ١٩٥٦ فقرة ٢٩٨ ، عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ص ١١٢ ، حسن بغدادى : مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٥٦ / ١٩٥٧ من العقود الناقصة والارتباطات السابقة على التعاقد ، محمود جمال الدين زكى : دروس فى نظرية القاعدة القانونية ١٩٥٤ فقرة ٨٢ ، حسن كيرة أصول القانون هامش ص ٥٧ .

الفصل الثانى

الطبيعة القانونية للنيابة

٦٥ ـ مثار المشكلة :

تتضمن فكرة النيابة فى التصرفات القانونية قيام شخص يسمى النائب بابرام تصرف لحساب شخص آخر هو الاصيل ، بحيث تنصرف آثار التصرف مباشرة الى الاصيل دون النائب .

والنيابة اما ان تكون قانونية ، كنيابة الولى والقيم والوصى ، واما ان تكون اتفاقية اذا كانت مترتبة على اتفاق بين الاصول وبين النائب يتضمن انابة الاول للثانى فى ابرام تصرفات قانونية معينة او غير معينة .

وقد كان الفقه القديم يرى ان النائب يعبر عن ارادة الاصيل ويتكلم بلسانه ويكون من الطبيعى فى ظل هذا الراى ان ينصرف اثر العقد الى صاحب الارادة الحقيقية وهو الاصيل ، ولا يكون هناك ثمة خروج على مذهب الارادة .

الا ان الفقه الحديث هجر هذا الراى ، واصبح يرى تمشيا مع الواقع ان النائب يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل ، على الاقل خارج نطاق التعليمات التى قد يصدرها الاصيل ، ومن ثم ثارت مشكلة تفسير الطبيعة القانونية للنيابة لتبرير كيف ان تصرفا معينا تعود آثاره على غير الشخص الذى يتولى ابرامه .

والذى اثار الصعوبات بصدد هذه المسالة عدة حقائق مسلم بها ، يمكن اجمالها فى الاتى :

اولا ـ فى حالة النيابة القانونية :

لا يمكن القول هنا ان ارادة الاصيل هى مصدر التزامه بالتصرف الذى يبرمه النائب ، فهذه الارادة غير قائمة او غير صحيحة قانونا لالزام صاحبها ، ولذلك انشىء نظام النيابة القانونية بتخويل النائب القانونى سلطة مستمدة من القانون وليست مستمدة من الاصيل .

ثانيا ـ فى حالة النيابة الاتفاقية :

ا ـ لارادة النائب دور كبير فى ابرام التصرف ، فهو ليس مجرد ناقل لارادة الاصيل والا كان رسولا . ويبدو هذا النظر واضحا فى حالة الوكالة العامة ، التى يكون فيها النائب مفوضا فى أن يتصرف برايه ، فيبرم تصرفات قد يجهلها الاصيل ، وقد يكون راغبا عنها لو عرضت عليه قبل ان يبرمها الوكيل ، ومع ذلك فهذه التصرفات تلزم الاصيل مع ما هو ظاهر من أنها لا تستند الى ارادته الحقيقية .

ب ـ العبرة فى ابرام التصرف هى بارادة النائب . وينبنى على ذلك ان عيوب الارادة ينظر فيها الى ارادة النائب لا الى ارادةالاصيل ، فاذا وقع النائب فى احد هذه العيوب كان العقد قابلا للابطال بصرف النظر عن سلامة ارادة الاصيل . واذا كان القانون يرتب اثرا على حسن نية المتعاقد أو سوء نيته فالعبرة بنية النائب لا بنية الاصيل . وقد نصت على هذه القاعدة المادة ١٠٤ من القانون المدنى المصرى بقولها : « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة او فى اثر العلم ببعض الظروف أو افتراض العلم بها حتما » .

ج ـ اذا خرج النائب عن حدود نيابته وكان الغير الذى تعامل معه حسن النية بأن كان يجهل هذا التجاوز ، فان التصرف الذى يبرمه النائب يلزم الاصيل رغما عن ذلك ، اذ انه من المسلم به ان نطاق النيابة بالنسبة للغير لا يتحدد بحقيقة العلاقة بين الاصيل وبين النائب فقط . بل يضاف كعامل فى رسم هذا النطاق كافة الظروف والملابسات التى تحيط بصفة النائب والتى من شانها توسيع نطاق النيابة باكثر مما يبيحه عقد الوكالة . فمتى كان تصرف النائب يدخل عادة فى حدود نيابته ، وكان

من تعامل معه يعتقد أن النائب لم يتجاوزها ، التزم الاصيل بهـــذا التصرف رغم تجاوز النائب نطاق سلطته التى حددها عقد الوكالة (١) .

لعدم تقيد النائب بالتعليمات التى أصدرها الاصيل والتى يجهلها الغير لا ينفى نفوذ آثار التصرف الذى ابرمه النائب فى حق الاصيل ، واذا فلو كان التصرف الذى يبرمه النائب يستند الى ارادة الاصيل الحقيقيـــة لكان انصراف آثار التصرف الذى يجريه النائب ، فى حق الاصيل مشروطا بدخوله فى نطاق نيابته وبتقيده بالتعليمات التى اصدرها اليه . غير ان فى هـــذا الحل ما يضر بالغـــير حسن النيـــة الذى لا يتاح له معـــرفة مدى سلطة النائب التى حددها عقد الوكالة ، فيبرم التصرف مع النائب اعتقادا منه بان هذا التصرف يدخل عادة فى حدود نيابته طبقا للعرف الجـــارى فى المعاملات . ولذلك يقول الاستاذ ديموج ان النيابة تقوم بحكم الضـــرورة العملية على الارادة الظاهرة للاصيل اكثر من قيامها على ارادته الحقيقية: وذلك لضمان سلامة المعاملات (٢) . والارادة الظاهرة للاصـــيل هى تلك التى تتفق مع ما يقرره عرف المعاملات عادة بشأن نطاق ســـــــلطة النـــــائب .

---

(١) فقد حكم بأن تصرفات وكيل المؤسسة التجارية فى منطقة معينة تكون صحيحة وملزمة لهذه المؤسسة طبقا لقواعد التجارة وعوائدها رغم عدم وجود تفويض لدى الوكيل من قبل المؤسسة باجراء تلك التصرفات (نقض فرنسى فى ١٩٦٠/٨/١٦ . واللوز ١٩٦٠ — ١ — ٤٩٣)

وحكم بأن مدير فرع احد المصارف يكون له فى نظر الغير من السلطة ما يكون لأى مدير مادة (محكمة السين التجارية فى ١٩٢٤/١/١٨ . والمجلة الفصلية ١٩٢٤ ص ٧١٣) .

وحكم بأن مدير المقهى يكون له حق شراء المشروبات اللازمة لها ، لان ذلك يدخل فى نطاق الاستغلال المألوف للمقهى ولو كان ذلك محرما عليه بموجب سند مشهر (نقض فرنسى فى ١٩٢٠/١/١٤ سيرى ١٩٢٠ — ١ — ٢٧١) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٣٩/١/١٨ ، (المحاماة السنة ٢٠ ص ١٢٦٥) بأن « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الاخير لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » .

وقضت محكمة استئناف القاهرة فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ (مجلة التشريع والقضاء ٧ ص ١٠٥) بأنه اذا كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة هى سلطة واسعة من شأنها وبطبيعتها ان تجعل الغير ممن يعتقدون بحسن نية بدخول هذه الاعمال نطاق وكالته ، فان من حقهم أن يعولوا على هذا الظاهر دون أن يكلفوا بالتحقيق من مدى سلطاته التوكيلية ، وعلى وجه خاص يحق لهم أن يحتجوا بنفاذ مثل هذا التصرف فى حق الموكل .

وراجع فى عرض اتجاه التشريع والفقه المقارن نحو تأييد هذا الرأى بونسار ، التصرف للقانونى فى القانون المقارن ، دروس فى القانون المدنى المقارن مع التطبيق القاهرة ١٩٥٥ — ١٩٥٦ ص ١٢٣ وما بعدها .

(٢) ديموج : الالتزامات ج ١ فقرة ١٠٣ .

وهكذا يتضح مما تقدم ، ان مذهب الارادة لا يفسر ظاهرة النيابة تفسيرا محكما ، اذ ان كثيرا من آثارها يخرج على منطقه ، بتحميل الاصيل بالتزامات لا تستند الى ارادته الحقيقية .

٦٦ — فشل محاولات الفقه لتفسير طبيعة النيابة :

وقد فشلت محاولات عديدة بذلها الفقه لاستجلاء طبيعة النيابة ، سواء ما اتجه منها الى الاستناد الى ارادة الاصيل وحده ، او الى ارادة النائب وحده ، او الى اشتراك هاتين الإرادتين سويا(١) .

وسلم الكثيرون بان المشكلة لم تحل بعد حلا مقبولا (٢) . بل لقد ذهب الاستاذ رواست الى اليأس من التوصل الى تفسير طبيعة النيابة وبيان ماهيتها بيانا ينطبق على كافة أحوالها (٣) .

ولا ريب ان مذهب الارادة هو الذى يتحمل تبعة قيام هذه المشكلة والعجز عن حلها ، ذلك ان منشأ المشكلة كما رأينا هو ان الاصيل يلتزم بتصرفات نائبه دون اشتراط ان تكون هذه التصرفات متفقة تماما مع الارادة الحقيقية للاصيل .

---

(١) راجع عرضا لهذه المحاولات ونقدها ، كلاربز ، النيابة ودورها فى نشأة الالتزامات ١٩٤٩ ص ١٤٨ — ١٦٥ ، جمال بدر ، النيابة فى التصرفات القانونية ص ٤٤ — ٧١ . وفى رأى بيلون (النظرية العامة للنيابة فى الالتزامات ص ٤٧) أن النيابة تتضمن حلولا حقيقيا وكاملا لشخصية النائب محل شخصيته الاصيل . الا ان هذا الرأى لا يعدو ان يكون تحليلا للنيابة دون أن يكون تفسيرا لها . وينصب هذا النقد أيضا على ما ذهب اليه جمال بدر (رسالته ص ٧٤) من أن النيابة تتضمن انحلال ارادة شخص ما ومسئوليته لبلوغ غاية اقتصادية او اجتماعية تتحقق بشخص غيره .

وفى رأى ليبى أولمان ان النيابة وصف يلحق التصرف القانونى الذى يبرمه النائب ، كالشرط والاجل ، ويقتضى هذا الوصف ينصرف اثر التصرف القانونى الموصوف « بوصف النيابة » الى الاصيل . ويؤخذ على هذا الرأى أن الوصف قاصر على العلاقة بين طرفى العقد فلا يمتد اثره الى شخص ثالث (جمال بدر ص ٥٦ — ٥٧) ، كما وان الوصف أمر عارض يأتى بعد أن يستكمل التصرف كل مقوماته (السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى جـ ٥ ص ٢٠٤) .

(٢) دبوج . الالتزامات جـ ١ فقرة ٥٤ ، فلانيه ، التعاقد لحساب الغير فقرة ٥٤ ، أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام جـ ١ فقرة ٢٨ .

(٣) رواست ، تقريره فى المجموعة الرابعة من أعمال هنرى كابيتان ١٩٤٩ ص ١٠٨ .

الفصل الثالث

عقد العمل الجماعى

٦٧ ــ تعريف العقد الجماعى :

العقد الجماعى هو اتفاق تبرمه هيئة معينة لتنظيم علاقة أفرادها بفرد آخر او بهيئة اخرى ، وبتمام ابرامه تصبح شروطه نافذة فى حق كل افراد الهيئة المتعاقدة سواء منهم من اشتراك فى ابرامه او من لم يشترك ، كما تسرى نصوصه على الاقلية المعارضة ، وعلى الأفراد الذين ينضمون للهيئة المتعاقدة بعد ابرام العقد .

ويعتبر العقد الجماعى بمثابة دستور للعقود الفردية التى يبرمها اعضاء الهيئة المتعاقدة مع الطرف الآخر من ذلك العقد ، فلا يجوز لهم أن يضمنوا العقود الفردية شروطا تتعارض مع نصوص العقد الجماعى(١) .

والواقع انه لا غنى لا مكان فاعلية العقد الجماعى عن تطبيق قاعدة الاغلبية ، فتلك قاعدة تسرى على كل مجموعة منظمة ، والا كانت معارضة فرد واحد من افراد المجموعة عائقا لها عن تحقيق أهدافها(٢) .

٦٨ ــ عقد العمل الجماعى وغايته :

وعقد العمل الجماعى هو النموذج للعقود الجماعية ، وهو اتفاق يبرم بين رب عمل او بين اتحاد من ارباب الأعمال وبين نقابة عمال او اتحاد من نقابات العمال ، يتضمن الشروط التى يجب اتباعها فى عقود العمل الفردية

---

(١) راجع فى ذلك ، دمبوج : الالتزامات جـ ٢ فقرة ٨٦٧ ، جوسران جـ ٢ فقرة ٣٥ ، ومقاله السابق بالمجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ١ ــ ١٩ ، بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ فقرة ٥٧٥ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير جـ ٢ فقرة ٢١ .

٢) نيل : نسبية الاتفاقات ص ٩٢٧ .

وتسرى هذه الشروط على جميع افراد الهيئات المتعاقدة ؛ كما تسرى على من ينضم لهذه الهيئات فى المستقبل .

وقد ظهر عقد العمل الجماعى كرد فعل للغبن الذى لحق العمال فى عقود العمل الفردية التى يبرمونها مع رب العمل باعتبارها عقود اذعان لا تتوافر فيها المساواة الفعلية بين طرفيها ، فثمة عامل ضعيف تدفعه حاجته للقوت الضرورى الى الرضوخ لما يفرضه رب العمل القوى من شروط ، فيضطر لقبول اجر لا يتناسب مع ما يبذله من جهد ولا مع ما يحققه رب العمل من ربح . ولا يستطيع العامل ان ينتظر طويلا حتى يرفع صاحب العمل الاجر المنخفض الذى كان قد عرضه او ان يعمل على تحسين ظروف العمل ، فهناك كثيرون غيره على استعداد للعمل بنفس الاجر وتحت نفس الظروف القاسية ، بعكس صاحب العمل الذى لا يضيره ان ينتظر — وهو لن ينتظر طويلا — حتى يرضخ العمال لما يمليه عليهم من شروط تحقق له اكبر ربح ممكن . فلعلاج حالة الضعف التى تلازم العامل المنفرد ازاء رب العمل ، اتحد العمال فى نقابات تستطيع الوقوف امامه الى حد ما موقف الند للند ؛ وان تناقش معه شروط العمل على قدم المساواة تقريبا — فلا يستطيع رب العمل امام قوة هذا الاتحاد ان يمارس استغلاله الذى كان يتاح له ازاء العامل المنعزل المجرد من سند يحميه ويدافع عن مصالحه . وكان ان نشأت فكرة عقد العمل الجماعى كوسيلة من الوسائل التى تفضى الى حد كبير عدم استغلال رب العمل للعامل . فبدلا من ان تتدخل الدولة فتضع تشريعا لحماية العامل فى كل ميدان من ميادين الانتاج ، تترك لنقابة العمال هذه المهمة ما دام ان النقابة تستطيع مناقشة شروط العمل بحرية وتحقق من ثم لاعضائها الحماية المرجوة .

والخلاصة ، ان المهمة الرئيسية لعقد العمل الجماعى هى منع استغلال حالة الضعف التى تلازم العامل اذا ما تعاقد بمفرده مع رب العمل دون ان تكون هناك شروط سابقة يتعين على رب العمل احترامها(١) .

---

(١) فيل : نسبية الالتزامات ص ٩٥٤ ، ديموج ج ٢ فقرة ٨٥٢ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ١ فقرة ٢٢٨ ، جيرار وليون كان : مبادىء العمل والتأمين الاجتماعى فقرة ٢٠٤ ، بول ديران واندريه فيلى مبادىء قانون العمل ج ٣ سنة ١٩٥٦ فقرة ١٤٧ ، محمد حلمى مراد قانون العمل ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ٥٥٤ .

٦٩ — خروج عقد العمل الجماعى على مذهب الارادة :

وواضح ان عقد العمل الجماعى هو ظاهرة غير عادية فى نظام العقود لانه يتضمن مخالفة لمذهب الارادة ، وعلى الاخص لقاعدة قصور اثر العقد على اطرافه وهى قاعدة مشتقة من هذا المذهب ، فالعقد الجماعى يسرى فى حق كل افراد الهيئة المتعاقدة بما فيهم من لم يشترك فى ابرامه ومن كان يجهل وجوده ،بل ومن كان معارضا له ؛ ويسرى ايضا على من ينضم الى الهيئة بعد ابرام العقد ومعنى ذلك ان العقد الجماعى يولد التزامات او يحددها على غير ارادة جانب من المتعاقدين فى عقود العمل الفردية . وقد كان مشروع القانون المدنى المصرى ينص فى المادة ١٤٦ منه على انه « فى عقود الجماعة يتم القبول برضا الاغلبية وترتبط بهذا القبول » . وجاء بمذكرة المشروع عن هذه المادة قولها ؟ « لا يطرأ على القبول فى عقود الجماعة مجرد عرض يغير من اوصافه بل يجاوز امره ذلك ، فيصبح القبول معدوما على وجه الاطلاق . والحق ان هذه العقود وهى من ابرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على حقيقة التعاقد ، واظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للاقلية التى ترتبط بقبول الغالبية دون ان ترتضى ذلك ، وقد بلغ من امر الثغرة التى اصابت مبدأ سلطان الارادة ، من جراء هذا الوضع ان اصبح اصطلاح (الارتباطات النظامية) اغلب على الالسنة فى هذا المقام من اصطلاح (عقود الجماعة) وقديما وعت قوانين التجارة نظام الصلح فى الافلاس صورة من صور هذه العقود . بيد ان صورة اخرى اعظم اهمية وابلغ اثرا قد اخذت بظهور عقد العمل الجماعى مكانها فى الحياة الاقتصادية الحديثة تحت ضغط حركات العمل والنقابات . فقد يتفق ارباب العمل والعمال على قواعد خاصة بشروط العمل وبهذا يكون عقد جماعة يرتبط به اولئك وهؤلاء جميعا سواء منهم من قبل او من لم يقبل . ويترتب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص هذا العقد »(١).

٧٠ — الجدل الفقهى بشأن طبيعة عقد العمل الجماعى :

وقد ثار فى الفقه جدل عنيف بشأن طبيعة عقد العمل الجماعى ، وذلك

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ هامش ص ٦٨ . وقد حذفت المادة ١٤٦ ، لمقولة انه يحسن أن يكون مكانها فى تشريع خاص .

لتفسير خروج هذا العقد على القواعد العامة فى العقود ، المستمدة من من مذهب الارادة .

فقيل اولا ان النقابة تعتبر وكيلة عن العمال فى ابرام العقد . فينصرف اثره الى جميع العمال الاعضاء فى النقابة طبقا القواعد النيابة . .

غير ان هذا الراى مردود بانه يقوم على محض افتراض . ولا يمكن التسليم به لمجرد انضمام العامل للنقابة ، فالنقابة لا تستشير اعضاءها مقدما عند ابرام العقد وينتفى القول تماما بوجود هذه الوكالة بالنسبة للاقلية المعارضة ، كما وان هذا العقد يسرى ايضا على العمال الذين ينضمون الى النقابة بعد ابرامه . وهذا يعنى بداهة انهم لم يوكلوا النقابة عنهم فى ابرامه لانهم لم يكونوا بعد قد التحقوا بعضويتها (١) . هذا الى انه فى الوكالة لا يتحمل الوكيل بالتزامات ولا تترتب له حقوق من العقد الذى يبرمه لمصلحة موكله ، فى حين ان النقابة التى ابرمت العقد الجماعى يظل لها دور فى مرحلة تنفيذ العقد فلا تختفى منها كما يختفى الوكيل ، فيباح لها رفع الدعاوى باسمها لاحترام شروط العقد (٢) .

ومن جهة اخرى ؛ فانه طبقا لقواعد الوكالة يجوز للموكل ان يرجع فى وكالته فاذا كانت فكرة الوكالة هنا صحيحة لجاز لاعضاء النقابة التى ارتبطت بالعقد سحب وكالتهم وجاز لهم بالتالى التملك من شروط هذا العقد « ويكون ارباب العمل والعمال احرارا دائما فى الخروج من النقابة وفى وقف اثر عقد الجماعة بالنسبة ليهم . وهذ يساوى تماما القول بان عقد الجماعة لا يحدث ادنى اثر » (٣) .

واستند البعض الى فكرة الفضالة (٤) لتفادى النقد السابق الموجه الى

---

(١) راجع فى ذلك ، ميل : نسبية الاتفاقات ص ٩٧٢ .
(٢) ديران وجوسو : مبادىء قانون العمل ج ١ سنة ١٩٤٧ فقرة ١٠٥ . محمد حلمى مراد : المرجع السابق فقرة ٦٠٣ . وقد نصت المادة ١٠٣ من قانون العمل فى الجمهورية العربية المتحدة رقم ٩١ لسنه ١٩٥٩ على ان « لكل من طرفى عقد العمل المشترك ، أن يطلب الحكم بتنفيذ احكامه او بالتعويض من عدم تنفيذها ، على الطرف الآخر او على احد اعضائه ان كان نقابة او اتحاد نقابات او على شخص يكون مرتبطا بعقد العمل المشترك » . ونصت المادة ١٠٤ من نفس القانون على ان « نقابات العمال واتحادها التى تكون طرفا فى عقد العمل المشترك ان ترفع باسمها جميع الدعاوى الناشئة من الاخلال بهذا العقد لمصلحة اى عضو من اعضائها دون حاجة الى توكيل منه بذلك ... » .
(٣) ديجى : تطورات القانون الخاص الترجمة العربية ٢٠٥ .
(٤) بارتلمى ريفو : عقد العمل الجماعى سنة ١٩٠١ ص ٩٧٩ ، مشار اليه فى ميل نسبية الاتفاقات ص ٩٧٣ .

فكرة لوكالة ، اذ لا يلزم فى الفضالة صدور تعبير ارادى من جانب الشخص الذى يجرى العمل لمصلحته .

ولكن يرد على فكرة الفضالة ، ان الفضولى كالوكيل لا يلزم شخصيا بما تعاقد عليه ، وليس له دعوى قبل المتعاقد الآخر ، فى حين انه يجوز لنقابة العمال ان ترفع باسمها دعاوى ضد اصحاب الاعمال وضد اية نقابة اخرى مرتبطة معها بالعقد ، كما يجوز لها أن ترفع باسمها دعاوى ضد العمال الذين يسرى عليهم احكام العقد اذا ما اخلوا بشروطه .

وذهب البعض الى تفسير العقد الجماعى على ضوء فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، بدعوى انه فى كل من عقد العمل وعقد الاشتراط يوجد ثلاثة اشخاص : المشترط « نقابة العمال او اصحاب العمل » . والمتعهد « الطرف الاخر من العقد » . والمنتفع «اعضاء النقابة من العمال او اصحاب العمل» وتفسر هذه الفكرة سريان عقد العمل الجماعى على الاعضاء الذين ينضمون الى نقابة مشتركة فى العقد بعد ابرامه ، لانه فى الاشتراط لمصلحة الغير لا ضرورة لان يكون المنتفع شخصا أو اشخاصا معينين وانما يكفى ان يكون فى الامكان تعيينهم وقت ابرام العقد أو بعد ابرامه ، كما تفسر هذه الفكرة حق النقابة فى مباشرة الدعاوى ضد المتعاقد الآخر لضمان تنفيذ العقد واحترام شروطه .

بيد انه يؤخذ على هذه الفكرة ، انه فى الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع المنتفع ان يرفض الحق الذى اشترط لمصلحته ، فى حين ان هذا غير جائز بالنسبة لعقد العمل الجماعى ، فاعضاء النقابات ليست لهم حرية رفض سريان العقد عليهم ، كما وان قواعد الاشتراط لا تجيز فرض التزامات على الغير ، مع أن عقد العمل الجماعى يرتب التزامات على عاتق من تسرى عليهم احكامه(١) .

واخيرا استعان البعض بفكرة الشخصية المعنوية لتبرير سريان احكام

---

(١) ليل : نسبية الاتفاقات ص ٩٧٦ ، ديران وجوسو : المرجع السابق ص ١٣٠ .

العقد الجماعى على كل اعضاء النقابة التى ابرمت العقد ، اذ انه طبقا لهذه الفكرة لا يعتبر اعضاء النقابة من الغير بالنسبة لها بل يكونون جزءا منها(١) .

ويؤخذ على هذا الراى بان فكرة الشخصية المعنوية لا تستطيع بذاتها ان تفسر كيف يتولد من العقد الجماعى آثار متميزة تجاه الهيئة وتجاه اعضائها فالغرض من الشخصية المعنوية هو تمتع الشخص الاعتبارى بذمة مستقلة عن ذمم اعضائه ، وبذلك تستقل الروابط التى تنشأ عن نشاطه ، عن تلك الروابط الخاصة باعضائه ، وليس هذا هو الشان بالنسبة للعقد الجماعى الذى يتدخل لتعديل الحالة الخاصة لاعضاء المجموعة(٢) .

وهكذا فشلت المحاولات الفقهية التى اتجهت الى تفسير آثار العقد الجماعى استنادا الى الأفكار التقليدية المستمدة من مذهب الارادة ، بغية ابقاء الصفة العقدية لهذا التصرف . ومن ثم اتجه جانب من الكتاب اغلبهم من فقهاء القانون العام الى القول بان عقد العمل الجماعى ليس فى حقيقة عقدا وانما هو عمل تنظيمى او تشريعى او نوع من القانون المهنى loi professionnelle يضمه الأطراف المتعاقدون من المشروع . وهذه الصفة هى التى تفسر تعميم سريانه على جميع الاعضاء وتفسر بطلان كل شرط فى العقود الفردية يخالف نصوصه . ويرى انصار هذا الراى ان عقد العمل الجماعى يتميز بخصائص التشريع دون خصائص العقد ، اذ انه يسجل وينشر فى الجريدة الرسمية ، وله صفة العموم والاستمرار ، فهو لا ينظم علاقة فرد معين بفرد آخر وينظمها بصفة مؤقتة كما هو الحال بالنسبة للعقود الأخرى . وانما يضع قواعد عامة واجبة الاحترام فهو على هذا النحو دستور للعلاقات التى تقوم بين العمال وبين اصحاب العمل ولذلك اقترح انصار هذا الراى تسميته بالاتفاقية الجماعية لتنظيم العمل La convention collective du réglement de travail (٣).

---

(١) من هذا الراى ، دى ليسشر : عقد العمل الجماعى سنة ١٩١٣ مذكور فى فيل ص ١٧٦ .

(٢) ليران وجوسو : ص ١٢١ .

(٣) ديجى : تطورات القانون الخاص ، الترجمة العربية ص ٢٠٦ ، ومن هذا الراى ديموج ج ٢ فقرة ٢٩٨ . وبذهب ريبير (النظام الديمقراطى والقانون المدنى الحديث فقرة ١١٢ الى أن الاتفاق الجماعى اقل قوة من قانون الدولة ولكنه أعلى من القانون الخاص المستمد من العقد ، ثم يضيف قوله أن لهذا الاتفاق صفة اللائحة النقابية فى نبيله على أعضاء الجماعة .

الا انه اخذ على هذا الاتجاه ، ان عقد العمل الجماعى انما نشأ ابتداء باتفاق أطرافه شأنه فى ذلك أى عقد آخر . وهؤلاء الأطراف مجردون من السلطة العامة التى لها وحدها حق سن التشريع ، وكما يحدث فى اى عقد آخر تدور مفاوضات ومساومات بين ممثلى العمال وبين أصحاب العمل او ممثليهم حول شروط العمل وهى مفاوضات ومساومات لا يهتمون فيها بغير مصالحهم الخاصة المتعارضة ، وقاعدة الاغلبية لا تنطبق عند نشأة العقد بل لابد من اجماع كل من اشترك فى ابرامه ، هذا الى ان العقد الجماعى يخضع للمبادىء العامة فى العقود الخاصة بعيوب الرضاء والمشروعية والفسخ ... الخ ، وهو فى محتواه منشىء لالتزامات تعاقدية ينشأ من الاخلال بها مسئولية عقدية ، وكل ذلك يتنافر تماما مع الكيفية التى يتم بها اعداد العمل التشريعى او اللائحى ، ومع طبيعته وآثاره ، كما يدل على هذا التنافر ان السلطة العامة لا تستطيع التدخل لتعديل شروط هذا التصرف(١) .

اما القول بان عقد العمل الجماعى ينشر فى الجريدة الرسمية بامر من السلطة العامة ، فانه اذا كان المقصود من النشر هنا اعلام الغير بابرامه فلا تكفى تشابه الحكمة فى النشر للقول بان العملية من طبيعته واحدة . فعقد الشركة المساهمة لا يعتبر قانونا لمجرد ان المشرع يتطلب اشهاره بالنشر فى الجريدة الرسمية .

ويضيف المعترضون على هذا الرأى بانه اذا كان عقد العمل الجماعى يسرى على غير أطرافه وهذا استثناء من القواعد العامة فى العقود ، فانه استثناء لا ينفى عنه صفة العقد ، فهناك استثناءات أقوى لقانون العقود ولا تبرر نفى الصفة التعاقدية عن العمل القانونى (٢) .

وقد ذهب جانب من الفقه للتوفيق بين الفكرة العقدية وبين الفكرة التنظيمية الى القول بان عقد العمل الجماعى ذو طبيعة مزدوجة ، فهو

---

(١) جيراروليون كان : المرجع السابق فقرة ٢٠٨ ، موران ، مقاله عن انحلال النظرية التعاقدية بمجلة مجلة القانون سنة ١٩٤٠ ص ٢٧ — ٢٨ .
(٢) احمد سلامة : شرح قانون العمل سنة ١٩٥٩ ص ١٢٢ .

تعاقدى من بعض النواحى كناحية تكوينه ، وتشريعى من نواح اخرى كناحية سريانه على غير المتعاقدين وبطلان العقود الفردية المخالفة لاحكامه (١) .

ويؤخذ على هذا القول بانه يضفى فى ظل النظام القائم طبيعتين مختلفتين ومتنافرتين على عملية قانونية واحدة ، هذا الى ان التفرقة بين ما هو تعاقدى وبين ما هو تنظيمى ليست محددة المعالم (٢) .

واخيرا ، يرى البعض ان عقد العمل الجماعي هو عقد من نوع خاص sui generis لا محل لتشبيهه بغيره من العقود المسماة ، لان المشرع ميزه باحكام تتفق مع طبيعته ودوره (٣) .

ويرد على ذلك ، بان اى عقد مسمى او غير مسمى ، انما تطبق عليه الاحكام العامة فى العقود ، ولا يتميز عقد آخر الا بنوع الالتزامات المترتبة عليه دون الخروج على تلك الاحكام . والمشكلة محل البحث هى معرفة التبرير القانونى لعدم سريان بعض المبادىء العامة فى العقود على عقد العمل الجماعى ، وخروج بعض آثار هذا العقد عليها .

---

(١) من هذا الراى ، بول ديران : ازدواج عقد العمل الجماعى ، مقال بالمجلة الفصلية سنة ١٩٣٩ ص ٢٥٣ وما بعدها ؛ بون ديران وجوسو : المرجع السابق ج ١ فقرة ١٣٨ ، بزل ديران وليتى : المرجع السابق ج ٢ فقرة ١٩١ .
(٢) محمد حلمى مراد : قانون العمل لسنة ١٩٥٦ ، احمد سلامة : المرجع السابق ١٢٣ .
(٣) محمد حلمى مراد : المرجع السابق فقرة ٦٠٧ .

الفصل الرابع

سقوط الالتزام لاستحالة تنفيذه الناشئة عن سبب أجنبى

٧١ ــ عجز مذهب الارادة عن تفسير سقوط الالتزام نتيجة استحالة تنفيذه لسبب اجنبى :

من المنطقى ان يكون الاساس الذى يفسر نشأ ظاهرة ما ، هو الذى يفسر ايضا سبب زوالها .

وعلى هذا ، اذا كان مذهب الارادة صحيحا بتفسيره نشأة العقد وبالتالى نشأه الالتزامات المترتبة عليه ؛ فيجب ان يفسر ايضا الاسباب التى تؤدى الى زواله اى انحلاله .

ويلاحظ هنا بداءة ، التمييز بين مسألة انحلال العقد وبين مسألة انقضاء الالتزامات الناشئة عنه بالوفاء او ما يقوم مقامه ، فانقضاء الالتزامات هنا لا يعنى زوال العقد وانما هو تنفيذ له وتأكيد لوجوده . اما انحلال العقد فيفترض نشأته صحيحا ثم ورود سبب بعد ذلك يقضى عليه (١) .

والفقه يرى ان اسباب زوال العقد اما ان تكون اسبابا مقترنة بتكوينه كما فى حالة نقص اهلية احد المتعاقدين أو وقوعه فى عيب من عيوب الارادة، وهنا فى راى الفقة الحاضر ينشأ العقد صحيحا ولكنه يزول بأثر رجعى بسبب التمسك بالبطلان من جانب ناقص الاهلية أو من عيبت ارادته . وواضح ان مذهب الارادة يفسر سبب زوال العقد فى هذه الحالة .

---

(١) فى هذا المعنى ، سليمان مرقس / نظريه العقد فقرتى ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

اما الاسباب التى تؤدى الى زوال العقد بعد نشأته ، وتكون لاحقة لتكوينه ، فهى التقايل والالغاء بالارادة المنفردة والفسخ

اما التقايل فهو اتفاق المتعاقدين على الغاء العقد الذى سبق لهما ان ابرماه ، فاذا كانت ارادتهما المشتركة هى التى انشأت العقد فلهذه الارادة ذاتها ن تلميه .

واما عن الغاء العقد بارادة احد المتعاقدين وحدها ، فقد يكون هذا مشترطا فى العقد ، ومن ثم يكون الانتهاء من قبيل التقابل اذ يتم باتفاق ارادتين مقرونتين بصدور ارادة لاحقة (١). وقد يكون الالغاء بناء على نص فى القانون يبيح ذلك فى بعض العقود مثل الشركة والهبة .

واذا تعمقنا فى العلة التى من أجلها ينص القانون على جواز الالغاء بالارادة المنفردة لاحد المتعاقدين فى تلك العقود . وبشروط خاصة ، نجد ان هذه العلة ترتد الى عيب شاب ارادة المتعاقد الذى خول له حق الالتغاء .

ففى عقد الهبة مثلا ، نصت المادة ٥٠٠ من القانون المدنى المصرى على انه يجوز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى الهبة متى كان يستند فى ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع ، ونصت المادة ٥٠١ على انه « يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة : ا — ان يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب او نحو احد اقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه . ب — ان يصبح الواهب عاجزا عن ان يوفر لنفسه اسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية او ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير . جـ — ان يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع ، او ان يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فاذا به حى » . ويعلل الفقه الحنفى فى الشريعة الاسلامية حق الرجوع فى الهبة بقوله ان الواهب قد قصد من هبته غرضا ، فاذا لم يتحقق جاز له الرجوع فيها فقد جاء فى البدائع « حق الرجوع فى الهبة ثابت عندنا . . لان العوض المالى قد يكون مقصودا من هبة الاجانب

---

(١) السنهورى : الوسيط ج ١ هامش ص ٦٦٣ .

فان الانسان قد يهب من الاجنبى احسانا له وانعاما عليه ، وقد يهب له ملمعا فى المكافاة والمجازاة عرفا وعادة ، وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبى ، وفوات المقصود من عقد محتمل الفسخ يمنع لزومه .. كما فى البيع اذا وجد المشترى بالمبيع عيبا لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة ، كذا هذا »(١) وواضح اذا ان اعذار الرجوع فى الهبة ترتد الى غلط وقع فيه الواهب وقت الهبة ، بان كان يتوهم غير الواقع وقت ابرام العقد ، أو غير ما وقع بعد ابرامه .

اما الفسخ فقد يكون باتفاق المتعاقدين عليه صراحة عند عدم وفاء احدهما بالتزامه ، وفى هذه الحالة يكون انهاء العقد متمشيا مع ارادتهما . وكذلك الشان اذا لم يكن هناك اتفاق صريح واخل احد المتعاقدين بالتزامه لان رضاء كل متعاقد فى التعاقد الملزم لجانبين ينطوى بداهة على تعليق تنفيذ التزامه على شرط تنفيذ الطرف الاخر لالتزامه .

ويلاحظ انه فى الفسخ ، يسقط اولا التزام طالب الفسخ ، وهو سقوط يتمشى مع مذهب الارادة كما قلنا ، ثم يسقط تبعا لسقوطه ، التزام الطرف الاخر الذى اخل بالتزامه اذا ان التزام هذا الطرف الاخر لا يسقط بداءة نتيجة عدم تنفيذه الذى يرجع الى تقصيره .

اما فى حالة استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبى ، الذى يؤدى الى انفساخ العقد . فنحن امام صورة عكسية ، ذلك ان الذى يدعو الى انحلال العقد بداءة هو سقوط التزام الطرف الذى استحال عليه تنفيذه لسبب اجنبى ، ويسقط تبعا له التزام الطرف الاخر فينهار العقد جميعه .

واذا كان مذهب الارادة يفسر سقوط الالتزام وزوال العقد فى الحالات السابقة ، فانه يعجز عن تفسير سقوط الالتزام اذا ما استحال تنفيذه لسبب اجنبى ، ذلك انه لا دخل للارادة هنا بذاتها فى سقوط هذا الالتزام ، فهو يسقط لسبب لا يرتد الى عدول من الارادة عما سبق ان التزمت به ، ولا يفيد هذا السبب بذاته ان الارادة التى كانت قد انشات الالتزام قد زالت نتيجة وقوعه .

---

(١) البدائع ج ٦ ص ١٢٨ ، وقرب هذا المعنى ، المبسوط للسرخسى ج ٢ ص ٥٢ — ٥٤.

وسنرى فى القسم الثانى من الرسالة ان مجز مذهب الارادة من تفسير سقوط الالتزام الذى يرجع الى سبب اجنبى : كان عاملا رئيسيا فى نشاه نظام المسؤلية العقدية كجزاء للعقد — ذلك النظام الذى اثار غموضا واضطرابا شديدين فى دراسة نظرية العقد وفى تداخل الالتزام العقدى فى الالتزام الناشىء عن الفعل الضار واختلاطهما — ذلك انه كما سنرى ، كان الفقه فى حاجة الى تفسير انقضاء التزام من استحال عليه تنفيذه لسبب اجنبى . فابتدع نظام المسئولية العقدية ليقول انه فى حالة قيام السبب الاجنبى ، لا تنشأ المسئولية العقدية لعدم توافر علاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر . ولو كان مذهب الارادة قادرا بذاته على تفسير سقوط الالتزام للسبب الاجنبى لما كانت هناك حاجة لنظام المسئولية العقدية .

الباب الخامس

الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد

٧٢ — تمهيـــــد :

قلنا أن مذهب الارادة يقضى بان العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز ان تمس الحقوق والالتزامات التى اتفق عليها المتعاقدون بزيادة أو نقصان وهذا ما يسميه الفقه بمبدأ القوة الملزمة للعقد .

ورأينا أن الفقه التقليدى يساند أعمال هذا المبدأ بقوله أن العدالة تتجسد فيما يسفر عنه اتفاق المتعاقدين ، فضلا عن أن التزام هذا المبدأ يكفل تأمين المعاملات واستقرارها .

غير ان التطورات الاقتصادية الحديثة التى بدأت بالثـــورة الصناعية والتقلبات التى أصبحت سمة العصر الحاضر ، قد أوضحت بجلاء التفاوت الصارخ بين الحل الذى يمليه هذا المبدأ ، وبين العدالة البديهية التى يحس بها كل فرد ، وبدأ الشك فى دعوى اتفاق هذا المبدأ مع العدالة ومع استقرار المجتمع ، بعدما أدى اليه تطبيقه من إنزال أضرار جسيمة بالمتعـــاقدين الضعفاء ، خاصة وقد شملت هذه الأضرار السواد الاعظم من الشعب من مستهلكين وعمال .

ولم يكن من المقبول ، ان يقف المشرع مكتوف اليدين أمام الضرر البالغ الذى يلحق المتعاقدين الضعفاء نتيجة احترام مذهب الارادة . ولم يكن من المستساغ ان يناى المشرع عن اتخاذ موقف ايجابى ازاء الاستغلال الذى تمارسه الاقلية القوية ضد الاغلبية الضعيفة ، ومن ثم بدأ فى كسر حدة مذهب الارادة . وكان تدخله أول الأمر مشوبا بالتردد والحذر عن طريق سن قوانين استثنائية تعالج حالات خاصة . ثم ما لبث أن تخلى عن هذه

الصبغة الاستثنائية واضحى تدخله فى صورة قواعد عامة اتخذت مكانها فى صلب المجموعات المدنية فى معظم الدول . ولم يعد هناك مجال للتردد فى القول بان الأخذ بمذهب الارادة يؤدى فى كثير من الحالات الى اهدار العدالة .

وندرس فيما يلى اهم الحالات التى استقر الراى الغالب فيها على مخالفة مذهب الارادة ، ثم نختتم دراستها بكلمة عامة عن الاتجاه الحديث الذى اخذ يسيطر على الفكر القانونى فى هذا المجال .

٧٣ ــ مشكلة الغبن :

راينا ان الغبن لا يعتبر فى حد ذاته ــ من وجهة نظر مذهب الارادة ــ سببا للطعن على العقد ، فما دام ان رضاء المتعاقدين كان صحيحا ، فمعنى ذلك ان كلا منهما يعتبر الاداء الذى التزم به متكافئا مع المقابل الذى يقدمه له الطرف الآخر ، فلا محل اذن للبحث من وجهة النظر الموضوعية فى قيام التعادل بين الاداء وبين المقابل ، فذلك يستقل به المتعاقدان وحدهما .

بيد ان هذا التبرير لا يبدو مستساغا ، عندما يظهر جليا ان هناك تفاوت كبير ــ بحسب ما هو مالوف فى التعامل ــ بين التزامات كل من طرفى العقد وان هذا التفاوت مرده الى ظروف احاطت بالمتعاقد المغبون كان من شانها الحاق ضعف بارادته من ناحية تنورها او حريتها ، وان لم يصل هذا الضعف الى مرتبة العيوب التقليدية : الغلط والتدليس والاكراه .

وعلى ضوء هذا التحليل اتجه الفقه الحديث الى بحث مشكلة الغبن فى اطار مذهب الارادة نفسه ، عن طريق الكشف عن السبب الذى من اجله يقدم المتعاقد على ابرام عقد لا تتناسب فيه التزاماته مع المنفعة التى يحصل عليها منه ، والتوصل الى ان هذا السبب مرجعه عدم سلامة رضاء الطرف المغبون سلامة تامة ، ضرورة ان الشخص العادى لا يعقل ان يقبل مثل هذا الغبن عن بصيرة واختيار ، ومن ثم يكون الغبن قرينه على وجود عيب فى الرضاء(١) .

---

(١) ديموج : الالتزامات ج ١ فقرة ٣٦٤ .

وقد تبنت معظم التشريعات الحديثة هذا الاتجاه ، فتطورت بذلك فكرة الغبن من نظرية مادية الى نظرية نفسية قوامها حماية الطرف الضعيف الذى غبن فى التعاقد بسبب عدم خبرته او نتيجة لحاجته الملحة او لطيشه وهواه ، بشرط ان يكون الطرف الآخر قد استغل هذه الظروف التى احاطت بالطرف المغبون فتعاقد معه بشروط لم يكن ليقبلها لو كان رضاؤه سليما تماما .

بيد أن الصعوبة فى تلاؤم مذهب الارادة مع النظرية الحديثة ، تثور بصدد الجزاء الذى تقضى به النظرية ، .

ذلك انه اذا قيل بالالتجاء الى نظام الابطال كجزاء على الاستغلال ، فان هذا الجزاء لا يستساغ فى معظم حالات الاستغلال : تلك التى لا يصل فيها العيب الذى يلحق الارادة الى درجة انه لولا وقوع المتعاقد فيه لما كان قد اقدم اصلا على التعاقد .

اما نظام الانقاص ، فهو الذى يتفق مع الوضع الغالب فى نظرية الاستغلال بل مع ميدان عملها الطبيعى : باعتبارها متميزة فى مجال تطبيقها عن المجال الذى تعمل فيه العيوب الثلاثة التقليدية : الغلط والتدليس والاكراه . بمعنى ان مجال تطبيقها يتحدد فى الدائرة التى يكون فيها المتعاقد المغبون ضحية عيب كان ذا اثر على شروط التعاقد دون واقعة التعاقد ذاتها : بحيث انه لو لم يوجد هذا العيب كان سيتعاقد فعلا ، ولكن بشروط اخرى غير الشروط الجائرة التى تضمنها العقد . وعندئذ يكون الجزاء الطبيعى لعلاج هذه الحالة هو انقاص التزاماته المفرطة ، فالضرر الذى لحقه ليس مرده واقعة التعاقد ، اذ كان راغبا فيها من أول الأمر . وانما يتمثل الضرر الذى اصابه فى عدم التعادل بين ما التزم به وبين المنفعة التى نص عليها العقد ، فمصلحته اذا فى الابقاء على العقد على ان يستأصل العيب الذى شابه(١) .

الا ان هذا الجزاء المناسب يصعب تلاؤمه مع طبيعة الارادة ، ومع تصوير الفقه التقليدى للعقد على انه من صنع المتعاقدين وحدهما ، فلا يجوز أن يتدخل غيرهما فى تعديل مضمونه على غير ارادتهما المشتركة .

---

(١) راجع قرب هذا المعنى فيما يتعلق بنظام الانقاص ، توفيق فرج ، المرجع السابق فقرة ٢٢٦ .

ذلك ان الارادة وحدة لا تتجزأ ، اما ان تكون صحيحة فتنتج آثارها ، واما ان تكون معيبة فلا يعول عليها ، ولان التصرف القانونى ارادة اتجهت الى احداث اثر قانونى فانه « لا يتصور ان يقال بعيب التصرف فى جزء منه فقط فيكون باطلا فى هذا الجزء ، لان اعتبار التصرف كائنا قانونيا يحتم ان يمتد عيبه كله وان يعتبر باطلا باكمله ، كما ان التصرف ارادة والارادة وحدة لا يتصور تقسيمها ، وكذلك البطلان نفسه باعتباره وصفا لا يقبل التجزئة ، ولذا لا نستطيع منطقيا ان نقول ان نصف صحيح ونصفه باطل لان الارادة لا تنقسم ، او ان التصرف نصفه التصرف صحيح ونصفه باطل ، لان الصحة والبطلان وصفان متناقضان » (١) .

ولو تصورنا جدلا امكان تجزئة الارادة ، وتصورنا مضمون العقد الذى كان الطرف المغبون سيرتضيه لو لم تكن ارادته معيبة ثم عدلنا العقد طبقا لهذا المضمون ، فهل يتفق هذا التعديل مع ارادة المتعاقد الآخر ؟ ان التعديل الذى يجريه المشرع او القاضى انما يعنى وضع مضمون جديد للعقد على غير الارادة المشتركة لطرفيه ، مع انه لا يجوز فى تصوير انصار مذهب الارادة ان يتدخل المشرع او القاضى فى تعديل العقود ، فمضمونها انما تحدده ارادة المتعاقدين وحدها .

٧٤ ـــ عقود الاذعان :

انقسم الفقه فى معالجته لمشكلة عقود الاذعان الى اتجاهات ثلاثة نجملها فيما يلى :

الاتجاه الأول : وهو اتجاه الفقه التقليدى الذى يرى انه لا يوجد ثمة فرق بين الاذعان او الانضمام adhésion وبين الرضاء consentement فاذا ابرم الفرد عقدا من هذه العقود ، فمعنى ذلك ان ارادته قد اتجهت الى التعاقد ، ولا عبرة بانعدام المساواة الاقتصادية او الفعلية ما دامت المساواة القانونية قائمة ، والمساواة القانونية تقوم بخلو الارادة من عيوب الرضاء

---

(١) جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى فقرة ٣٠ ص ٨٠ ـــ ٨١ .

المعروفة ، فليس شرطا لصحة العقد أن تكون ارادة كل من طرفيه على درجة واحدة من القوة ، فهذا التفاوت حتمى يوجد فى كل العقود (١) .

الاتجاه الثانى : وذهب فريق من الفقهاء وعلى راسهم سالى وديجى وهوريو ، الى انكار الصفة التعاقدية لعقود الاذعان ، فيقول سالى انها ليست عقودا حقيقية وليس لها من فكرة العقد غير الاسم ، اذ انها تتضمن تفوق ارادة احد الطرفين تفوقا تاما بحيث تملى مشيئتها لا على فرد واحد بل على مجموعة غير محدودة من الافراد لا تملك سوى الخضوع لما فرض عليها فهى اذن تصرفات ذات طبيعة لائحية(٢) **nature réglementaire** .

ولم يكتسب هذا الرأى انصارا كثيرين ، اذ اخذ عليه ان عقود الاذعان لا تتضمن اية سلطة لائحية ، وهناك فوارق جسيمة بينها وبين العمل اللائحى فالعمل اللائحى له طابع عام وصفة آمرة ويختص باصداره الشخص العام وحده استنادا الى احكام القانون ، وله وحده الحق فى وضع قواعد يجبر الافراد على احترامها دون الامتداد برضائهم ، بينما فى عقود الاذعان لا نجد هذه العمومية التى تتسم بها اللائحة ، فمن غير المقبول اذا ان يقال ان الطرف القوى فى عقد الاذعان وهو ليس الا فردا من الافراد — يستحوذ على سلطة لائحية (٣) .

الاتجاه الثالث : وذهب راى اخير الى ان الاصل هو ان عقد الاذعان عقد حقيقى تطبق عليه نظرا لوجود تفاوت محسوس بين مركزيهما مما يخشى معه تحكم الطرف القوى فى الطرف الضعيف باستغلاله مركزه المتفوق ، فان للمشرع وللقاضى أن يتدخلا لحماية المتعاقد الضعيف بعدم اعمال الشروط التعسفية التى قد يتضمنها عقد الاذعان ، وبتعديل فى التزامات كل من المتعاقدين لاعادة التناسب بين ما يلتزم به الطرف الضعيف وبين المقابل الذى يحصل عليه ان كان هذا التفاوت صارخا .

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ١٦ ، بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٥٤ ، جوسران ج ٢ فقرة٣٢ ص ١٩ ، راجع فى عرض هذا الراى : ريبير فى مؤلفه : القاعدة الخلقية فقرة ٥٧ ، والنظام الديمقراطى والقانون المدنى الحديث فقرة ٩٦ .

(٢) سالى : التعبير عن الارادة ص ٢٢٩ ، ديجى : تطورات القانون الخاص الترجمة العربية ، المحاضرة الخامسة ص ١٩٢ .

(٣) راجع فى ذلك ، عبد المنعم السدة ، عقود الاذعان فقرة ٨٨ .

وهذا هو الرأى الذى ساد فقهاء وقضاء ، واعتنقته معظم التشريعات الحديثة . ويستند انصاره الى ان عقود الاذعان تتضمن ظاهرة غير عادية تحتم عدلا ان تعالج بأسلوب خاص ، ففى هذه العقود يوجد طرف قوى يتحكم وطرف ضعيف يرضخ لشروط العقد التى وضعها الطرف الاول مقدما. ولا يقبل ان يترك الضعيف تحت رحمة القوى ، ومن الصعب أن يقال أن الطرف الضعيف يستطيع الامتناع عن التعاقد الى النهاية ، فهناك قدر من الاضطرار يدفعه الى ان يتعاقد بحكم حاجته الملحة الى الحصول على السلعة أو الخدمة التى يحتكرها القوى وهذا اضطرار يصيب ارادته بضعف وان لم يصل هذا الضعف الى مرتبة عيب الاكراه التقليدى المفسد للعقد . ويقول الاستاذ ريبير فى هذا المعنى ان القانون المدنى لم يضع علاجا لضعف المتعاقد الا فى حالتى نقص الاهلية وعيوب الرضاء الثلاثة . وفى غير هاتين الحالتين أعتبر المتعاقد قادرا على الدفاع عن حقوقه ، مع أن هناك حالات من الضعف لا تصل الى درجة جسامة عيوب الرضاء التقليدية كما هو الحال فى عقود الاذعان(١) .

وقد تبنى القانون المدنى المصرى الجديد هذا الاتجاه ، فنصت المادة ١٤٩ منه انه « اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى ان يعدل هذه الشروط او ان يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

واذا كان هذا الاتجاه الذى لاشك فى عدالته عملا ، يؤسس تدخل المشرع والقاضى فى تعديل التزامات الطرف المستغل فى عقود الاذعان على أساس أن ارادة هذا الطرف كانت مشوبة بضعف ، ومن ثم فلا يبدو أن هناك تعارضا بينا بين هذا الاتجاه وبين مذهب الارادة ، الا انه كما سبق أن راينا — فى الفقرة السابقة الخاصة بمشكلة الغبن — يصعب تلاؤم هذا التدخل مع طبيعة الارادة بصفتها وحدة لا تتجزأ ، كما يصعب تلاؤمه مع التصوير التقليدى للعقد بانه من صنع المتعاقدين وحدهما بحيث لا يجوز لغيرهما أن يتناوله بتعديل .

---

(١) ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ٥٥ ص ٩٧ .

٧٥ ــ نظرية الظروف الطارئة :

رأينا ان نظرية الظروف الطارئة لا تتمشى مع تصوير مذهب الارادة للعقد بانه من صنع المتعاقدين - لان من شأن اعمالها تعديل مضمون العقد على غير الارادة المشتركة لطرفيه(١) .

غير انه لما كان في الزام المتعاقد بشروط العقد المعدد بالتنفيذ مايلحق به خسارة فادحة نتيجة لقلب ميزان العقد بسبب ظروف استثنائية غير متوقعة ، وفي ذلك مجافاة واضحة للعدالة : فقد اتجه الرأى الغالب الى اعتناق هذه النظرية وتبنتها معظم التشريعات الحديثة ، بعد ان ثبت أن الانتقادات التي وجهها الفقه التقليدى لا تقوم على أساس من الواقع أو المصلحة العامة .

ومن ثم أخذ الفقه الحديث في البحث عن سند قانوني لهذه النظرية

فذهب البعض الى تبريرها تأسيسا على فكرة التعسف في استعمال الحق بحجة أن الدائن الذى يصر على تنفيذ جميع شروط العقد يعتبر متعسفا في استعمال حقه اذا ما اختل التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا نتيجة ظروف طارئة لم تكن في الحسبان من شأنها الا يقتصر الامر على انعدام كل فائدة للمدين من تنفيذ العقد ، بل يؤدى الزامه بتنفيذه الى الحاق ضرر جسيم به (٢) .

ولكن هذا الرأى مردود بان التعسف في استعمال الحق لا يقوم الا اذا كان الشخص لم يقصد باستعمال حقه سوى الاضرار بغيره أو كانت المصالح التي يريد تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مع الغير من ضرر ، أو كانت المصالح التي يراد تحقيقها غير مشروعه . وواضح ان الدائن في العقد المعدد التنفيذ عندما يطالب بتنفيذه لا يتعسف في استعمال حقه ، فهو لا يقصد الاضرار بالمدين ، والفائدة التي يجنيها من تنفيذه تساوى تماما الضرر الذى يلحق المدين ، وهو لا يرمى بتنفيذه العقد الى مصلحة غير مشروعة (٣) .

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٢١ .
(٢) ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ٨٦ ــ ٨٧ .
(٣) في هذا المعنى بلانيول وريبير ومولانيوه جـ ١ فقرة ٦٣٤ ؛ بهجت بدوى اصول الالتزامات فقرة ٣٢٨ ، ص ٤٦٤ .

وذهب البعض الى ارجاع اساس النظرية الى مبدأ الاثراء بلا سبب ، بحجة ان من شأن قيام المدين بتنفيذ التزامه المرهق ان يثرى الدائن على حسابه بلا سبب . وخطأ هذا الرأى واضح ، فهناك سبب للاثراء وهو العقد الذى ابرم بين الطرفين (١) .

واستند آخرون الى فكرة السبب بدعوى أن الالتزام اذا تجاوز عبؤه الحد المألوف ووصل الى درجة الارهاق اصبح دون سبب كامل ووجب انقاص هذا الالتزام حتى لا يكون مازاد فيه معدوم السبب . الا أن هذا الرأى مردود بانه يستند الى تصور خاطىء لمعنى السبب ، ففكرة السبب لا تحتمل أن توصف بانها غير كافية او انها زائدة ، والسبب ركن ليست له مقاييس ومسألة الكم بعيدة عن فكرته (٢) .

٧٦ ــ خاتمة ونظرة عامة :

اثار تمشكلة التعارض بين العدالة وبين مذهب الارادة مناقشات عديدة بين فقهاء القانون ، لم تنته بعد الى رأى حاسم ، بيد انها ادت الى زعزعة سلطان العقد وسقوط هيبته ، واصبح الاتجاه التشريعى السائد يسير دون عائق نحو ظاهرة التوجيه التعاقدى dirigisme contractuel بما تتضمنه من انتقاص لدور الارادة فى تحديد آثار العقد . واندفع المشرع فى هذا الاتجاه خاصة فى مجال الاستغلال بمعناه الواسع وفى مجال عقود الاذعان ، وتبلور هذا المسلك وتأكد تحت تأثير الافكار الاشتراكية التى تهدف الى اقامة عدالة اجتماعية بحماية الضعفاء من استغلال الاقوياء وتحقيق المساواة بين الناس .

وكان أنصار الفلسفة الفردية التى سادت فى القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر يعارضون هذا الاتجاه فى الميدانين القانونى والاقتصادى ، بحجة أن المصلحة العامة لا تتحقق الا بترك الافراد احرارا فى تنظيم شئونهم بواسطة ما يبرمونه من اتفاقات . وقالوا ان الشخص

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ، بهجت بدوى ، الموضعين السابقين ، السنهورى الوسيط ج ١ فقرة ٤١٧ .

(٢) روبييه ، المسئولية السابقة على التعاقد سنة ١٩١١ ص ١٧٣ مشار اليه فى رسالة توفيق فرج ص ٦٦٢ . وفى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٢٥٢ . ، السنهورى الوسيط ج ١ فقرة ٣١٧ .

حر فى أن يتعاقد أولا يتعاقد ، فاذا ما تعاقد فمعنى ذلك انه ارتأى ان مصلحته تتحقق بهذا التعاقد . كما ان احترام الافراد لتعهداتهم امر ضرورى لتولد الثقـــة فى المعاملات وتزدهر وينحقق بـــذلك الرخـــاء العام . وقالوا ان تدخل الدولةفى ميدان التعامل وفى الاتفاقات من شانه ان يعرقل ســـير النظام الطبيعى الذى يحكم شئون الحياة ، وتقوام هذا النظام حـــرية الافراد ، تلك الحرية التى تحقق على أحسن وجه وفى آن واحد المصلحة الفردية ومصلحة المجموع فى تناسق تام .

غير أن هذه الحجج ما لبثت أن فقدت الكثير من ســحرها أمام الواقع الذى اسفرت عنه التطورات الاقتصادية والاجتماعية فى العصر الحديث نتيجة للثورة الصناعية ، فقد اتضح جليا أن الفرد ليس دائما خير من يقدر مصلحته وليس دائما بقادر على رعايتها لاســباب ثلاثة : أولها ان الافراد ليسوا جميعا على درجة من التجربة والتبصر تؤهلهم لوزن الامور وزنا صحيحا حتى يكون فى مقدورهم ابرام العقود التى تحقق مصلحتهم وبالشروط التى تتفق مع هذه المصلحة . وثانيها ان الفرد أصبح عاجـــزا عن ذى قبل عن التنبؤ بما يخبئه المستقبل من ظروف وتطورات من شـأنها ان تقلب ميزان التعاقد وتجعل العقد الذى كان يرجو خيرا منه اداة لالحاق افدح الضرر به . والســبب الثالث — وهو الاهم — أن تطور أســـاليب الانتاج فى العصر الحديث أدى الى اختلال المـــاواة الفعلية بين المتعاقدين اختلالا نتج عنه تفوق طرف من أطراف العقد تفوقا كبيرا مكنه من استغلال جمهور المتعاقدين معه(١) .

ونتيجة لهذا السبب الاخير بالذات ، انتشرت المبادىء الاشـتراكية ، كرد فعل للظلم الذى حاق بغالبية الشـعب : مستهلكين وعمال ، والذى نشأ عن تحكم القوى الاقتصادية الضخمة التى جمعت بين يديهـــا سلطة احتكارية مكنتها من الحصول على أكبر قدر من الارباح مستغلة حاجـــة المستهلكين الى السلع والخدمات التى تقدمها ، ومستغلة حاجة العمال الى ما يسد رمقهم

---

(١) فى هذا المعنى ، مالين : الفردية والقانون فقرة ١٠٠ .

وقد كان للافكار الاشتراكية اثرها العميق فى العمل على الحد من غلواء مذهب الارادة ، وما لبثت الدولة بعد أن أصبحت اكثر ديمقراطية ن اتجهت لحماية المستهلك بين والعمال ضد ما يتعرضون له من استغلال. وايد الفقه الحديث هذا الاتجاه مناهضا مذهب الارادة ومناديا بوجوب تغلب العدالة على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وبوجوب تدخل المشرع والقاضى لمنع المظالم التى ترتكب باسم العقد : فاذا كان العقد اداة نافعة لتبادل الثروات والخدمات بين الافراد ومن ثم تحقيق مصالحهم ، فيجب الا يكون اداة لاستغلالهم ، وليست الارادة غاية فى ذاتها وانما هى وسيلة لتحقيق المصلحة الاجتماعية ، واذا كان من الواجب احترام العقد فيجب ان تحترم العقود العدالة ، والعقد الذى لا ضابط له ولا رقابة عليه يصبح سلاحا فى يد الاقوياء ليسحقوا به الضعفاء ، وقد ثبت من وقائع الحياة ان الاستغلال المطلق للحرية التعاقدية ادى الى تركز الثروة فى يد قلة بينما شاع البؤس لذى الكثرة الغالبة ، واسفر هذا الوضع الشاذ عن قيام صراع بين هاتين الفئتين ، نتجت عنه آثار اقتصادية واجتماعية سيئة (١) .

فالفقه الحديث يتجه اذا الى تقليم مذهب الارادة ، فلا يطبق بصفة مطلقة وبصورة عمياء ، بل يبقى عامل العدالة هو اساس نظرية الالتزام، ويتغلغل هذا الاساس فى حياة العقد ليصحح مذهب الارادة ويكبح جماحه. واذا كان للارادة دور فى خلق وتعديل وانقضاء الرابطة التعاقدية ، فان هذه الارادة ليست ذات سيادة ، ولا يحتمل القانون استعمالها فيما ينافى العدالة ويضر بمصلحة المجتمع « فالعدالة فوق الارادة ، ولم تمنح الحرية للافراد والسيادة للحكومات الا لتحقيق العدالة ، فليست الارادة اذا الا اداة لخدمة العدالة ، والتشريع واعمال السلطة والعقود ليست الا وسائل غايتها

---

(١) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٢٢ ، جوسران ج ٢ فقرة ٢٠٣ ، ريبير القاعدة الخلقية فقرة ٢٣ والنظام الديمقراطى والقانون المدنى الحديث فقرة ٩٢ ، روبيه : النظرية العامة فى القانون ١٩٤٦ ص ١٩٥ ، جاستون رسل المرجع السابق ص ٢٥٣ ، زكاس المرجع السابق فقرة ١٤٣ ، الفرد كوست ملورى : مسائل القانون الاساسية ١٩٤٦ ص ١٩٥ ، سافاتييه : التحولات الاقتصادية والاجتماعية فى القانون المدنى الحالى ١٩٦٢ فقرة ٤٠ .

اقامة العدل . والعقد يفترض انه مطابق للعدالة لانه ابرم بحرية ، وتنتفى هذه القرينة بقيام الدليل العكسى (١) » .

ويمكن اذا تلخيص اتجاه الفقه الحديث فى انه يسلم بأن للارادة دور فى نشأة العقد وفى تحديد محتواه ، ولكنه يجيز للمشرع وللقاضى ان يتدخلا لتعديل الاتفاقات اذا ما بدا ان فى اعمال مضمونها منافاة للعدالة .

واعتراضنا على هذا الاتجاه ينصب على انه لا يواجه المشكلة بحل حاسم ، فالعدالة ليست الا الهدف الذى تسعى اليه كل الحلول القانونية او الوصف الذى يضفى على الحل القانونى الصائب . اما السبيل الى تحقيق العدالة ، واما معرفة اساس عدالة الحل ولماذا يكون عادلا ، فتلك هى المشكلة التى تواجهنا ، ويستلزم الفصل فيها التوصل الى معرفة المبدأ الذى يحكم المسألة ، وبدون ذلك نكون امام خطر احتمال التحكم من المشرع والقاضى فى ترجمة معنى العدالة واحتمال الخطأ واختلاف الرأى بصدد مشكلة واحدة لعدم تحديد الضابط لفكرة العدالة ، هذا الى جانب ان هذا الاتجاه يتنافى مع المنهج العملى السليم الذى يرمى الى الاقتصاد فى المجهود والتفكير عن طريق الكشف عن المبادىء العلمية التى يستعان بها فى حل مشاكل الحاضر والمستقبل دون ما حاجة الى ملاحقة كل تطور مستحدث او كل جزئية جديدة بنص تشريعى .

ومع ذلك ، فاننا نلاحظ ان فكرة العدالة التى يحاول المشرع تحقيقها من وراء تدخله فى ميدان التعاقد ، انما توجهها الرغبة فى علاج الوضع الناشىء من استغلال الطرف القوى فى العقد للطرف الضعيف فيه ، كالحاصل فى مشكلة الغبن وفى عقود الاذعان ، والرغبة فى رفع الضرر الذى يصيب المتعاقد نتيجة عوامل لم يكن فى استطاعته توقعها او تفاديها كالشأن فى نظرية الظروف الطارئة . وفى هذا ما يلقى بعض الضوء على جانب من المشكلة ويساعد فى استجلاء الاساس الصحيح للالتزام المتعدى .

---

(١) رينار ، القانون والارادة والعدالة ١٩٢٤ ص ٢٩١ — ٢٩٢ ، وفى نفس المعنى جيللار ، مقاله السابق ص ١٣٩ — ١٤٠ .

القسم الثانى

محاولة الكشف عن الاساس الصحيح
للالتـــزام العقـــدى

(نظريتنا فى اساس الالتزام العقدى)

تمهيد

٧٧ — خطورة الافتقار الى اساس علمى :

قدمنا فى القسم الاول عرضا انتقاديا لمذهب الارادة بصفته المذهب المسيطر حاليا على فكرة العقد . ورأينا كيف عجز هذا المذهب عن تبرير استناد الالتزام العقدى الى الارادة ، وكيف فشل فى وضع حلول عادلة لعديد من الجزئيات التى تثار فى مجال نشأة هذا الالتزام ، وفى مجال تحديد مضمونه . ورأينا كذلك انه لا يمكن قبول اى من نظريتى الاعلان والثقة اساسا صالحا للالتزام العقدى : اولا ، لان مجال تطبيقهما ينحصر فى ناحية من نواحى نظرية العقد بمحاولة كل منهما علاج وضع شاذ من الاوضاع المترتبة على الاخذ بمذهب الارادة دون أن يمتد نطاقهما الى الاوضاع الاخرى ، وثانيا : لانه حتى فى نطاق المجال الذى تعمل فيه كل منهما ، فقد اورد عليهما انصارهما كما اورد عليهما التشريع الذى مال الى الاخذ بهما استثناءات هامة لها ما يبررها .

ولا يستساغ من الوجهة العلمية ان تترك هذه المسألة دون حل ، وهى فى الواقع اخطر مسائل القانون المدنى . وليس هذا النقص العلمى مجرد نقص نظرى لا اثر له فى العمل ، فمن الخطأ أن نفصل بين العلم والعمل ، وما الحلول السليمة الا نتاج العلم الصحيح .

لقد كان من نتائج هذا العجز العلمى أن اضطر المشرع لوضع نصوص عديدة لمواجهة الجزئيات التى يثيرها التطبيق العملى . ومع ذلك فان المشرع لا يستطيع أن يحيط بسائر الجزئيات التى تحدث فى العمل وقت وضع التشريع ، كما انه يعجز من التنبؤ بكل ما يأتى به المستقبل من مشاكل ، حتى يضع لها مقدما حلولا ملائمة . فعند وضع قانون نابليون ، لم يكن يخطر ببخلد أحد أن هناك انواعا جديدة من العلاقات

والظواهر العقدية ستظهر فى العمل نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية ، تلك التى جعلت بعض نصوص القانون عسيرة التطبيق احيانا ومخالفة للعدالة احيانا اخرى . « فالجزئيات — كما يقول ابن سينا — لا تتناهى ، واحوالها لا تثبت ، وليس علمنا بها من حيث هى جزئية ، يفيدنا كمالا حكميا أو يبلغنا غاية حكمية(١) » .

ومن ناحية اخرى ، فان فى قيام المشرع بوضع الحلول للمشكلات الجزئية التى تعرض دون ان يصدر فى ذلك عن اساس موحد ، من شانه احتمال قيام التعارض بين بعض النصوص وبين البعض الاخر ، وهذا يؤدى الى اثارة الاضطراب فى تفسير النصوص واختلاف الاراء بشانها .

ومن ناحية ثالثة ، فان الافتقار الى اساس علمى ، يفتح السبيل امام تحكم المشرع ، فيتدخل فى تحديد آثار العقود دون ان يستند الى مبدأ سليم يشهره فى وجه الاهواء السياسية وضغط الطبقات والطوائف ، وينتهى به الامر الى وضع تشريعات جائرة تحت ستار الادعاء بتحقيق العدالة او المصلحة العامة او ما اشبه من اعتبارات مرنة .

واذا تأملنا فى الحالة الحاضرة لنظرية العقد ، وجدنا انها تعج بعديد من المشاكل يدرس كثير منها منعزلا عن غيره ، وتتكرر دراستها فى اكثر من موضع ، وتتصدى لحلها عشرات من النظريات والامثال والقواعد الخلقية والمبررات العملية دون ما أساس موحد يجمع شتاتها ويهيمن على حلولها المتنافرة ، فى حين أن الكشف عن الاساس العلمى الذى يستند اليه الالتزام العقدى ، كفيل بأن يجعلنا فى غنى عن هذا العدد الضخم المتزايد من النظريات والاعتبارات ، ويغنى المشرع عن وضع نصوص عديدة لمواجهة الجزئيات ، ثم ملاحقة النصوص بالتعديل والاضافة والحذف ، لمواجهة التطورات التى تجد فى المجتمع .

---

(١) ويقول رسل Russel فى نفس المعنى ، ان العلم اذا كان يبدأ بدراسة الحقائق الجزئية ، فان هذه الحقائق لا تكون بذاتها علما ، لان العلم لا يكون الا اذا كشفنا عن القوانين العامة التى تكون هذه الجزئيات تطبيقا لها ، راجع فى ذلك المنطق الوضعى للدكتور زكى نجيب محمود ١٩٥١ ص ٣٧١ .

٧٨ ــ الوجهات العامة فى محاولة الكشف عن اساس الالتزام العقدى :

لابد اذا من السعى نحو الكشف عن الاساس العلمى للالتزام العقدى .

ويبدو بعد عجز المحاولات السابقة ان يكون رائد الكشف عن هذا الاساس قوامه اعمال التفكير المعقلن الخالص . ولن يكون الاساس صحيحا الا اذا كان من شأنه ان يضع حلولا عادلة لجميع مشاكل العقد دون استثناء ، لان الاستثناء ولو كان تافها يهدر قيمة المبدأ او يستبعده كمبدأ مطلق . والمبدأ المطلق هو الذى يبدو بديهيا وضروريا دون ما حاجة الى البرهنة على صحته ، وانما يكشف عنه الغطاء فيتضح بعد أن كان متواريا . وعلى أن يكون التدليل على صحته مستمدا من انطباقه على جميع الجزئيات التى تندرج تحته . وفى نطاق المشكلة محل البحث تكون سلامة المبدأ مستدلا عليها من عموميته بوضعه حلولا لجميع المسائل التى تدخل فى نطاقه دون أن يعجز عن وضع حل لاية مسألة منها ، وان تكون هذه الحلول مؤدية الى نتائج يشعر المتأمل فيها لاول وهلة انها تتفق مع العدالة والمصلحة ولا يترتب عليها فى ذاتها اية نتائج شاذة او ضارة .

غير ان هذا التفكير المعقلن الخالص لا يعنى غض النظر عن تلك الثروة العظيمة التى خلفتها لنا تجارب وآراء الاجيال السابقة ، بل ان الجزء الاكبر من ميدان هذا التفكير ينصب على التأمل فى ابحاث الفقه حول المشكلة موضوع البحث ، وفى الحلول العملية المتشابهة التى تبنتها التشريعات المختلفة رغم اختلاف فلسفة كل منها ، وفى خطة القضاء على علاج ما صادفه من مشاكل العقد . فما من شك فى ان كثيرا من هذه الاراء والاتجاهات يحمل فى طياته جزءا من الحقيقة . فملاحظة ما يبدو فيها من صحة نسبية والتنسيق بين هذه الاراء والربط بينهما واستخراج النواحى المشتركة فيها ، كفيل بالقاء الضوء على جوانب المشكلة وتوضيح ما خفى من حقيقة اهم واشمل .

ذلك انه مما يستوعى الانتباه ان القوانين المدنية المتعددة رغم ان كلا منها يبدأ من وجهة نظر مخالفة ، الا انها تتلاقى رغم هذا الاختلاف حول كثير من الحلول العملية المتشابهة ، وهذا التلاقى دليل على سلامة

هذه الحلول وعدالتها ، مما يدعو الباحث الى التأمل فى دلالتها لمحاولة الكشف عن الفكرة الخافية التى تهيمن عليها وتوجهها

فاذا انتقلنا من التعميم الى شيء من التحديد ، فاننا نلاحظ ان دراستنا السابقة قد أظهرت ان مذهب الارادة لازالت له الغلبة والسيطرة على الرغم مما يبدو من ارتكازه على اساس غير مستساغ . وقد رأينا نفوذ مذهب الارادة واضحا حتى فى نظرية الاعلان التى يقيمها انصارها على بداية تتناقض مع فلسفة مذهب الارادة ، فمع ان انصار هذه النظرية يستبعدون الارادة كظاهرة نفسية ويقفون عند التعبير الملموس ، الا انهم يشترطون ان يكون وراء هذا التعبير ارادة تسنده ، كما وان القانون الالمانى الذى تاثر بهذه النظرية يعدد بنقص الاهلية وبعيوب الارادة كمانع من صحة نشاة الالتزام العقدى . وكذلك الشان فى نظرية الثقة ، فقد رأينا ان قوامها هو الارادة الممكن التعرف عليها ، ورأينا ان القانون السويسرى يعتد هو الاخر بعيوب الارادة وبنقص الاهلية الامر الذى يعد استثناء يرد على نظرية الثقة لصالح مذهب الارادة .

ومن الغريب ان يكون هذا هو شان مذهب الارادة ، وهو المذهب الذى رأينا انه يقوم على فكرة خاطئة : فكرة ان للارادة سلطانا بمقتضاه تستطيع ان تقيد نفسها فتتحمل التزاما .

ومن الغريب ايضا انه رغم هذه الفكرة الخاطئة ، ورغم ان جميع التشريعات اوردت على مذهب الارادة كثيرا من الاستثناءات الهامة ؛ فلا زال هذا المذهب صامدا فى وجه الهجمات العنيفة التى وجهت اليه ؛ ولازال رغم ذلك يلوح للناظر انه بصورة عامة وفى نطاق حدود معينة ؛ يقدم حلولا عادلة لا شك فيها ..

ولازالة هذا التناقض يتعين اطلاق عنان الفكر لاستخلاص ما يحويه مذهب الارادة من صحة نسبية ، ومحاولة الكشف عن الحقيقة المتوارية خلف فكرة « الارادة » لبيان ما اذا كان لهذه الفكرة مدلول آخر صحيح غير المدلول الذى اسبغ عليها بصفتها صاحبة سلطان لا تلتزم الا بمشيئتها .

ومتى وصلنا الى هذه الدرجة من الملاحظة ، صار منطقيا بعد ذلك ان يتجه التفكير الى جمع حلول مذهب الارادة المسلم بها واستثناءاته المتفق عليها فى صعيد واحد ، لاجراء مقارنة بين هذه الحلول وبين تلك الاستثناءات لنرى ان كان من الممكن أن نستخلص من القاعدة ومن الاستثناءات مبدأ مطلقا يكون القاعدة والاستثناءات تطبيقا له ، فيزول ما بينهما من تعارض ويلتقى الاثنان تحت مبدأ واحد يشملها سويا .

خطة البحث :

فى الباب الاول نضع الخطوط الرئيسية لنظريتنا ونجرى مقارنة عامة بينها وبين كل من مذهب الارادة ونظريتى الاعلان والثقة . وفى الباب الثانى نتعرض لجلاء الاخطاء العملية والفنية فى الدراسة الحالية لنظرية العقد ، وهى اخطاء تصطدم مع نظريتنا . وبذلك نمهد الطريق لعرض تفصيلى لنتائج نظريتنا فى الباب الثالث .

الباب الأول

الخطوط العامة لنظريتنا في اساس الالتزام العقدي :

٧٩ ـ هيكل النظرية :

رأينا ان من بين الامور المتفق عليها ـ حتى في نظر انصار مذهب الارادة ـ ان الارادة كظاهرة داخلية لا يترتب عليها اي اثر ولا ينشأ عنها اي التزام ، ما دامت لم تخرج من نفسية صاحبها ولم تبرز الى العالم الخارجي ، وعلى ذلك يتعين القول بأن التعبير عنصر ضروري لنشأة الالتزام العقدي ، فيجب ان يفصح كل من الموجب والقابل عن ارادتيهما افصاحا خارجيا ، أما الخلاف بين الآراء فيثور بعد هذه النقطة المتفق عليها .

ورأينا ايضا ان مذهب الارادة قد فشل في اعتبار الارادة وحدها جوهر التصرف القانوني ، وفشل بالتالي في تبيان علة عدم نشأة الالتزام بدون التعبير . فلا مناص اذا من التسليم بأن التعبير عنصر اساسي لتولد الالتزام العقدي .

ومعروف أن العقد قد يكون ملزما لجانب واحد فلا يرتب التزامات الا على عاتق أحد طرفيه ولا يكون الاخر ملزما بشيء . وقد يكون العقد ملزما لجانبين فيرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه . وفي هذا النوع الثاني من العقود ، يتحلل العقد الى تصرفين متميزين . أحدهما صادر من الموجب والاخر صادر من القابل . والدليل على قيام هذا التمييز أن المحل والسبب والاهلية وعيوب الرضا ينظر فيها الى كل تصرف على حدة ، بمعنى انه يجب البحث في قيام كل تصرف وسلامته ، حتى يمكن القول بنشأة العقد المركب منهما نشأة صحيحة . ولكن ليس

معنى ذلك أن لكل من التصرفين حياة مستقلة عن الآخر ، بل ان كلا منهما مرتبط بالاخر بعلاقة وثيقة نعزلها الان مؤقتا ، لنتناول المسألة في بساطتها ، على أن نعود فيما بعد لبيان منشأ ووظيفة ارتباط كل من التصرفين بالاخر .

واذا ما انتهينا الى القول بأن التعبير عنصر ضرورى بذاته لنشأة الالتزام العقدى ، فانه بالتأمل فى وظيفة هذا العنصر وفيما هو متفق عليه من شروط انتاج هذا العنصر لاثره يتبين لنا أن التعبير ليس سوى واقعة Fait من شأنها ان تؤثر فى الحالة الراهنة لمن وجه اليه التعبير ، فتعدل فى موقفه وتدعوه الى التصرف على نحو معين اعتمادا على هذا التعبير الموجه اليه . فهذا التعبير اذا ، بصفته واقعة مؤثرة ، يعد نقطة البداية لنشأة آثار قانونية لم تكن موجودة من قبل ، لانه بدون حدوث هذا التعبير لا تبدأ الاثار فى الظهور اذ ستبقى الامور على ما كانت عليه من قبل . هذا القول يشير اليه الاستاذ السنهورى بوجه عام فى معرض تأصيله لمصادر الالتزام فيقول : « ومن الواضح ان السبب الذى يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلا فى العلاقات القانونية الموجودة ولو كان لنا ان نتصور ان الارض كفت عن الدوران وان كل مخلوق عليها ركن الى السكون ، أمكن أن نقول أن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغيير فى الفترة التى تجمد فيها كل حركة ، فاذا حدثت بعد ذلك اى حركة فقد يكون من شأنها أن تعدل فى هذه العلاقات . هذه الحركة التى وسمت نسميها بالواقعة فاذا كان من شأنها أن تنتج اثرا قانونيا سميت (بالواقعة القانونية) » (١) .

والتعبير متى علم به المخاطب يعد واقعة قانونية ، لان من شأنه ان ينتج اثرا قانونيا لم يكن موجودا من قبل ، ومنشأ هذا الاثر هو ما يولده التعبير من ثقة لدى المخاطب ، ثقة لم تكن موجودة من قبل ، من شأنها أن تؤثر فى موقف المخاطب فيرتب عليها شأنها من شئونه .

---

(١) السنهورى : نظرية العقد فقرة ٧٠ .

فاذا ما تولدت ثقة لدى المخاطب من التعبير الذى وجه اليه على النحو السالف ، فان الخطوة المنطقية التالية هى فى التساؤل عمن يلزم بتحقيق أثر هذه الثقة : ونجيب على ذلك بأنه الشخص الذى تسبب بنشاطه فى احداثها وتوافرت مسئوليته عن هذا النشاط . وتوافر المسئولية يقتضى ان يكون الشخص متمتعا بالادراك اى بالقدرة على فهم ماهية اعماله وتقدير نتائجها ، وان تكون لديه حرية الاختيار اى القدرة على اتيان الفعل أو الامتناع عنه .

واذا : فمتى نشأت ثقة مبررة لدى المخاطب من تعبير مسند الى فعل شخص ، وكان هذا الشخص أهلا لتحمل المسئولية عن هذا الفعل فقد تولد الالتزام العقدى .

ويبين مما تقدم : أن الالتزام العقدى يقوم بتوافر ركنين : ركن مادى هو صدور تعبير أثر فى موقف المخاطب بحيث تولدت لديه ثقة فيه . وركن معنوى هو تحقق مسئولية الشخص عن هذا التعبير .

ونتناول فيما يلى بالتفصيل كل ركن على حدة . وسيرى القارىء فى هذا التفصيل اننا — فى النقاط التى سنتعرض لها فيه — انما نتمشى غالبا مع الاراء الراجحة فى الفقه الحديث والسائدة حاليا فى التطبيق العملى ، على أن تتضح معالم نظريتنا بشكل جلى عند اجراء المقارنة بينها وبين المذاهب المعاصرة وعند بيان الاخطاء العلمية والفنية فى نظرية العقد الحالية ، ثم اخيرا عند الامانة فى شرح النتائج المترتبة على الاخذ بنظريتنا .

ومع ذلك ، فمن المناسب ان نشير هنا مقدما الى أن الخلاف بين نظريتنا وبين مذهب الارادة ، يرجع الى أن الركن المادى فى نظريتنا هو ركن اساسى قائم بذاته وذو طبيعة متميزة ، والى أن الركن المعنوى فى نظريتنا ، اى المسئولية ، ليس مطابقا تماما لمدلول الارادة فى مفهومها الحالى .

الفصـــل الأول

الركن المـــادى

٨٠ ــ منـــاط فاعليـــة التعبيـــر :

قلنا ان وظيفة التعبير هى توليد ثقة لدى المخاطب من شأنهـــا أن تعدل من موقفه لتجعله يرتب شأنا من شئونه على أساس توجيه هذا التعبير اليه ، فاذا عرض على شخص ايجاب بالتعاقد فقد يتخذ عدة مواقف او تصرفات او يمتنع عن عمل او تصرف كان ينتويه من قبل . ومتى قبـــل المخاطب هذا التعبير فقد دل ذلك على ان له مصلحة فيه وحل بالتالى على انه كان قد رتب على ثقته فيه امرا من أموره .

وما دام ان مناط فاعلية التعبير هو تولد ثقة عنه لدى المخاطب ، فانه يشترط بداهـــة أن يكون المخاطب قد علم بـــه ، فلا يكفى مجـــرد صـــدور التعبير ولا مجرد استلام المخاطب له حتى يكون هذا التعبير ملزما لصاحبه . حقيقة قد يكون وصول التعبير الى موطن المخاطب فى خطاب مرسل اليه مثلا قرينة على علمه به ، ولكن هذه مجرد قرينة تقبل اثبات العكس وهى بعد تدخل فى باب الاثبات ولا علاقة لها باصل المسألة . فالمعول عليـــه ليس التعبير فى حد ذاته ، بل الثقة التى تنشأ عنه .

ويتفرع من ذلك ان الشخص الذى يصدر تعبيرا ــ بايجاب او قبول ــ ثم يعمل على سحبه قبل أن يصل الى علم الطرف الاخر ، فان هـــذا التعبير لا يترتب عليه اى أثر قانونى . ولو ان شخصا اصدر تعبيرا وصل الى علم الطرف الاخر فى نفس الوقت الذى وصله فيه اخطـــار بســحبه ،

فان التعبير لا يكون ملزما لان الاخطار بالسحب حال دون قيام ثقة لدى المخاطب .

والمقصود بالعلم بالتعبير هو فهمه وادراكه ، فاذا كان التعبير موجها الى مجنون او فاقد الوعى او طفل غير مميز ، فانه لا ينتج اثرا ، لان مثل هؤلاء لا يفهمون ولا يدركون ماهية التعبير فلا ينشأ من علمهم به ثقة يعتمدون عليها فى ترتيب شئونهم . وكذلك الحال بالنسبة للشخص الذى لم ينتبه الى التعبير الموجه اليه ، وبالنسبة للشخص الذى تلقى التعبير فلم يفهم مضمونه لتحريره بلغة لا يعرفها او لاى سبب آخر .

والشخص المقصود بتوجيه التعبير اليه هو الذى يجب ان يعلم به حتى تتولد لديه الثقة ، فلو صدر التعبير وعلم به الكافة دون الشخص المقصود به فان التعبير لا يكون ملزما ، ولو أصدر شخص تعبيرا موجها الى شخص معين فوصل التعبير خطأ الى شخص آخر ، لم يكن هذا التعبير ملزما لصاحبه ، لا فى مواجهة من وصل اليه التعبير لانه يعلم انه غير مقصود به ، ولا بالنسبة للشخص المقصود لانه لم يصل الى علمه . فكلا الشخصين لم تتولد لديهما ثقة ما فى هذا التعبير .

وكذلك لا يكفى ان يعلم الطرف الاخر بصدور التعبير وطرحه فى المجتمع بل يجب ان يعلم ان صاحب التعبير قد قصد توجيه التعبير اليه : فاذا صرح شخص لاخرين بانه سيتعاقد مع شخص معين ، فان علم هذا الشخص الاخير بهذا التصريح لا يكفى لتولد ثقة كاملة لديه لانه سيظل على شك فيما اذا كان صاحب التعبير قد عقد عزمه نهائيا على التعاقد معه ، وهذا الشك يمنع من توافر الثقة التى من شأنها ان تعدل من موقفه وتدعوه الى ترتيب شئونه اعتمادا عليها .

وكذلك لا تتولد الثقة رغم العلم فى حالات التعبير الهزلى والصادر على سبيل المجاملة والصورى والمقترن بشرط المشيئة او بتحفظ ذهنى . ففى هذه الحالات اذا كان المخاطب يعلم حقيقة هذه التعابير أو كان يجب عليه ان يتبين ذلك طبقا للمجرى العادى للامور فان ثقة مبررة لم تتولد ،

ومن ثم لا يترتب على العلم بهذه التعابير التزام ما ، أما اذا كان المخاطب لا يستطيع أن يتبين المقصود الحقيقى من هذه التعابير واعتقد اعتقادا مبررا انها جدية وانها جازمة ومن ثم وثق فيها ورتب عليها شئونه فان الركن المـــادى يتوافر .

وكذلك الشـأن اذا كان المخاطب يعلم ان من وجه اليه التعبير قد وقع فى غلط . صحيح أن هذا العيب كما سنرى يؤثر على قيام الركن المعنوى باعتبار أن الغلط يحول دون الادراك ، الا أن ذلك مشروط كما ســـنرى بأن يكون الغلط مغتفرا ، أما الغلط غير المغتفر فلا يمنع من قيام المسئولية ونشأة الركن المعنوى ، فى حين ان هذا الغلط غير المغتفر يمنع نشأة الركن المادى اذا كان المخاطب يعلم ان صاحب التعبير قد وقع فيه ، لانه فى هذه الحالة لا تتولد لديه ثقة مبررة .

واذا كان محل الالتزام غير موجود أو غير ممكن أو لم يكن معينا أو قابلا للتعيين أو كان غير قابل للتعامل فيه بطبيعته ، وكان المخاطب على علم بهذه الاوصاف ، فان ثقة ما لا تتولد لديه بداهة ، لانه لا يعقل أن يرتب على توجيه التعبير اليه أمرا ما . واذا كنا سنرى عند دراسة الركن المعنوى أن بعض اوصاف المحل لها تأثير فى نشأة هذا الركن ، الا انه قد يحدث ان يتوافر هذا الركن رغم وجودها ، وعندئذ تظهـــر فائدة تأثيرها على قيام الركن المـــادى . فمثلا فى حالة الاستحالة النسبية للمحـــل اذا كان المخاطب يعلم بهذه الاستحالة فان الالتزام لاينشـــأ رغم توافر مسئولية صاحب التعبير لان الاستحالة النسبية ليست بذاتها مانعـــا من موانع المسئوليـــة .

٨١ ــ تولد الثقة عن السكوت الموصوف :

واذا كان التعبير كما ســـبق ان ذكرنا ليس مقصودا لـــذاته ، وانمـــا يترتب عليه أثر لمـــا يولده من ثقة . فانه اذا ما تولدت ثقة مبررة بدون تعبير صريح فلا يمنع ذلك من نشأة الركن المـــادى ، وهذا ما يحدث فى حالة السكوت الموصوف الذى نحيط به ظروف يترجم كلاهما عن قبول لايجاب معروض ، بحيث يكون من المقطوع به ان المخاطب لو كان قـــد

انتوى الرفض لما سكت . ومن ثم تنشأ ثقة لدى الموجب نتيجة لهذا الموقف طبقا للمجرى العادى للامور(١) .

اما مجرد السكوت — فى مجال القبول — فلا تنشأ عنه ثقة كاملة ؛ لان مجرد السكوت مسلك غامض لا يتيح للموجب ان يتأكد ان كان المخاطب قد قبل الايجاب المعروض عليه ام لا .

٨٢ — لا تتوافر الثقة اذا لم يشتمل التعبير على شروط التعاقد :

ولكى تتولد عن التعبير ثقة تامة ، يجب ان يشتمل هذا التعبير على الشروط الاساسية للعقد المراد ابرامه بحيث يتم ابرام العقد بمجرد قبول المخاطب ، فلا يحتاج الامر الى مفاوضات تستهدف تصفية المسائل التى يشملها التعبير ، ذلك ان مثل هذا التعبير الناقص لا يولد ثقة كاملة ومن ثم لا يتوافر به الركن المادى . فمن يوجه اليه هذا التعبير لا يعلم على سبيل التأكيد ما اذا كان الطرف الآخر سيتفق معه بشأن الشروط الباقية ؛ وكل ما لديه من ثقة ينحصر فى أن صاحب التعبير سيمضى معه فى مناقشة هذه الشروط دون الجزم بأن الامر سينتهى بالاتفاق عليها .

ومن باب اولى ؛ فان مجرد الدعوة الى التعاقد لا تنشأ عنها ثقة كاملة لدى من وجهت اليه .

٨٣ — عدم تأثر الركن المادى بعد نشأته بالموت او فقد الاهلية :

متى علم المخاطب بالتعبير الموجه اليه وتولدت لديه ثقة ، فقد نشأ الركن المادى ، فاذا كان الركن المعنوى قد توافر هو الاخر من قبل عند اصدار التعبير ، فقد نشأ الالتزام العقدى . وليس لموت صاحب التعبير او فقده لاهليته بعد ذلك تأثير ما على الركن المادى ، لان هذين الطارئين ليسا بذاتهما مبررين لانهاء الثقة التى كانت قد نشأت لدى المخاطب .

---

(١) وعلى أساس من هذا التفصيل ذهب فواران (تعليقه فى د اللوز ٢٩ ١ — ٥) الى ان السكوت يمكن أن يكون قبولا اذا ولد فى نفس الموجب ثقة مشروعة بسبب ظروف صاحبته فاعتقد ان هذا السكوت بمثابة قبول وتصرف على هذا الاعتبار .
ويقول ريبر (دور الارادة فى التصرف القانونى فى القانون المدنى الفرنسى والالمانى سنة ١٩٦١ فقرة ٤٤ ان نظرة القضاء الالمانى فى مسألة السكوت مؤسسة على مبدأ حسن النية ، اى الاعتقاد المشروع الذى يتولد لدى الموجب .

وكذلك الشأن فى حالة موت المخاطب او فقده اهليته ، اذ ما دمنا نتخذ من العلم بالتعبير قرينة على تولد الثقة لدى المخاطب ، وكان بعد علمه بالتعبير وقبل القبول قد توفى او فقد اهليته ، فان ذلك حدث بعد نشأة الركن المادى ، وباقترانه بالركن المعنوى يكون الالتزام العقدى قد استوى قائما فى ذمة صاحب التعبير . ويقابل هذا الالتزام حق للمخاطب ، ولا يؤثر على هذا الحق وذلك الالتزام موت المخاطب صاحب الحق او فقده اهليته ، كما لم يؤثر عليهما موت الملتزم او فقده اهليته ، ويصح اذا لورثة المخاطب او للقيم عليه ان يتمسكوا بهذا التعبير . ولكن اذا كان ملحوظا فى التعاقد اعتبار متعلق بشخص المخاطب لم يجز للورثة او للقيم أن يتمسكوا ببقاء هذا التعبير لاستحالة تنفيذهم للالتزام المقابل اذا كان العقد ملزما لجانبين . ويزول التزام صاحب التعبير فى هذه الحالة لزوال الالتزال المقابل الذى استحال تنفيذه .

٨٤ — تحديد مضمون الركن المادى :

ويتحدد محتوى الركن المادى بمضمون الثقة التى تولدت لدى المخاطب من التعبير الموجه اليه . وهذه الثقة تتحدد بما فهمه المخاطب من التعبير فهما مبررا على ضوء عبارات التعبير والظروف الملابسة التى يعلمها المخاطب او كان يجب عليه ان يعلمها . فاذا كان صاحب التعبير يقصد بعباراته معنى مخالفا للمعنى العادى او اللغوى واخطأ فى ترجمة مقصوده ، فان الثقة التى تتولد لدى المخاطب لا تتحدد طبقا لهذا المعنى ، وانما تتحدد بمضمون ما يعلمه من قصد صاحب التعبير . اما اذا لم يكن فى استطاعة المخاطب ان يفهم من عبارات التعبير معنى آخر غير المعنى المألوف فان الركن المادى يتحدد بما وثق فيه بغض النظر عن اختلاف هذا المضمون عن مقصود صاحب التعبير .

٨٥ — رفض التعبير كمانع من نشأة الركن المادى :

اذا كان المخاطب قد رفض التعبير الموجه اليه فور علمه به ، فمعنى ذلك انه لم تتولد لديه ثقة فيه بان لم يعتمد عليه فى تدبير امر من اموره ومن ثم لا ينشأ الركن المادى .

واذا كان المخاطب قد قبل التعبير بتعديل فى شروطه لما يوافق عليها الموجب بعد ، فلا تتولد لدى المخاطب ثقة تامة ، لانه لم يتأكد بعد أن الموجب سيقبل ما عرضه من تعديل ، وعلى ذلك فالقبول المقترن بتحفظ او تعديل يعتبر بمثابة رفض ضمنى للتعبير ، ولكن هذا القبول متى علم به الموجب كان تعبيرا ملزما لصاحبه فى صورة ايجاب جديد .

واذا كانت هناك فترة بين العلم بالتعبير وبين رفضه صراحة او ضمنا فى حدود المهلة المحددة للقبول ، فنفرق بين فرضين : حالة ما اذا كانت قد نشأت لدى المخاطب ثقة فى هذا التعبير بأن شرع فى تدبير أموره على اساسها ثم لاح له بعد ذلك ان يرفض التعبير ، وحالة ما اذا كانت لم تنشأ لديه اية ثقة فى التعبير وانما تأخر فى اعلان رفضه ، ففى الحالة الاولى ينشأ الركن المادى ثم ينقضى بعد ذلك بتنازل المخاطب عن حقه الذى تعلق به ، وفى الحالة الثانية لا ينشأ الركن المادى أصلا .

الفصل الثانى

الركن المعنوى

٨٦ ــ المسئولية بصفة عامة ــ شرطا المسئولية :

قلنا أن الركن المعنوى فى نشأة الالتزام المعتدى يتحقق بتوافر مسئولية الشخص عن التعبير الذى ولد ثقة مبررة لدى المخاطب ، وان المسئولية تقتضى توافر الادراك وحرية الاختيار . وهذان الشرطان هما قوام كل مسئولية مهما اختلفت صورها ، فسواء اكانت المسئولية مدنية او جنائية او ادبية فلابد لامكان مساءلة الشخص أن يكون مميزا وحرا ، وما المسئولية فى معناها العام الا المبرر البديهى لالزام الشخص بالنتيجة المتولدة عن نشاطه أيا كان النشاط وايا كانت النتيجة .

فليست المسئولية كما يلوح للبعض ، قاصرة على مؤاخذة الشخص عن فعل نشأ عنه ضرر للغير ، وانما تثار المسئولية ايضا فى مجال الفعل الذى ينشأ عنه منفعة للغير . وقوام المسئولية فى المجالين واحد ، وان اختلف محلهما .

واذا كان يشترط بصفة عامة فى مجال المسئولية عن الفعل الضار ان يكون المسئول قد ارتكب خطأ ، فليس ذلك شرطا فى المسئولية من الفعل النافع .

وانما يلاحظ فيما يختص بركن الخطأ فى المسئولية عن الفعل الضار ، ان الفقه المدنى فى تناوله لهذا الركن ، يكتنفه الغموض والاضطراب : فجانب من هذا الفقه يرى أن الادراك شرط لتوافر الخطأ اذ لا يمكن نسبة خطأ ما الى عدم التمييز (١) . بينما يذهب جانب آخر الى

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ٣٠٥ ، قرب ذلك ، بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٩٦٨ ، مازو : مبادىء المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى ج ١ سنة ١٩٣٩ فقرة ١٦١ ، ١٩٥ .

دراسة الاشخاص الذين لا يسألون لعدم تمييزهم بسبب صغر السن او بسبب الاصابة بآفة عقلية فى مبحث مستقل عن ركن الخطأ (١) . ويذهب جوسران الى ان الركنين الاساسيين فى المسئولية التقصيرية هما الخطأ والضرر ، ثم يضيف اليهما شرطين هما علاقة السببية بين هذين الركنين واهلية تحمل المسئولية التقصيرية (٢) La capacité délictuelle اما بيدان ، فيرى ان اركان المسئولية هى : الضرر واهلية محدث الضرر La capacité de l'auteur du dommage وخطأ منسوب الى محدث الضرر (٣) .

وفى اعتقادنا انه لو ازيل هذا الاضطراب ، بتلمس الفكرة الصحيحة للمسئولية فى معناها العام وتطبيقها تطبيقا علميا فى مجال الالتزام بالتعويض من الفعل الضار ، لادى ذلك الى جلاء الخلاف الذى لازال قائما حول تحديد مدلول الخطأ فى المسئولية التقصيرية بل والى تغيير فكرته بردها الى اساس اعمق كما سنشير الى ذلك عرضا فيما بعد .

وايا كان الامر ، فلا خلاف فى ان المسئولية بصفة عامة ، يلزم لقيامها توافر شرطى الادراك وحرية الاختيار .

وقبل ان ندرس كلا من هذين الشرطين فى مجال نشأة الالتزام العقدى نشير الى انه لا محل بداهة لبحث الركن المعنوى ما لم يكن الركن المادى قد توافر ، فهذا الاخير يمثل محل المساءلة ، وهذا هو الحال ايضا فى مجال المسئولية عن الفعل الضار التى لا يجوز التحدث عن قيامها الا اذا كان هناك ضررا قد وقع .

كما نشير ايضا الى ان الوقت الذى ينظر فيه الى توافر المسئولية هو الوقت الذى يوجه فيه الشخص تعبيره الى المخاطب . فاذا كان فى هذا الوقت اهلا لتحمل المسئولية نشأ الركن المعنوى وتولد الالتزام ، ولا عبرة بعد ذلك بما قد يطرأ من موانع للمسئولية . واذا فالوقت الذى ينظر فيه الى قيام

---

(١) مطول بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٤٩٦ .
(٢) جوسران ج ٢ فقرة ٢٠٢ .
(٣) بيدان : دروس القانون المدنى الفرنسى سنة ١٩٣٦ فقرة ١١٥٣ .

المسئولية ليس حتما ان يتفق مع الوقت الذى نشأ فيه الركن المادى . ويتضح الفاصل الزمنى بين هذين الوقتين ويتسع فى حالة التعاقد بين غائبين .

شرطا المسئولية :

٨٧ ــ الشرط الاول : الادراك ــ علاقة السن والحالة العقلية بالادراك :

الشرط الاول لقيام المسئولية ، هو تمتع الشخص بالادراك او بمعنى قدرة الشخص على فهم ماهية اعماله وتقدير نتائجها .

وقدرة الادراك تتأثر بالسن ، كما تتأثر بالافات العقلية ، فصغر السن والعوارض العقلية كلاهما يحد من ملكات العقل فيجعلانه غير قادر على الاحاطة بالامور وفهمها وملاحظة الاسباب والمسببات .

وبلوغ الشخص مرحلة النضوج العقلى مرتبط من جهة الواقع ببلوغه مرحلة من العمر يكون فيها قد استكمل نمو ادراكه واحاط بتجربات الامور من حوله ، ليصبح ذا اهلية لتحمل نتائج اعماله . فالاهلية هنا كما هو ظاهر مناطها التمييز .

والسن التى تكتمل بها اهلية الشخص اى يكتمل بها تمييزه ليست واحدة بالنسبة لسائر الافعال ، لان الافعال ليست على درجة واحدة من ناحية امكان تفهمها وادراكها بل تختلف فيما بينها بساطة او تعقيدا ، ففيما يختص بالمسئولية عن نشأة الالتزام العقدى يشترط فيها بصفة عامة سنا اعلى من السن المشترطة للتمييز فى المسئولية عن الفعل الضار ، لان محل المسئولية الاولى اعمال تحتاج الى تفهم اكثر من الاعمال التى تقع فى نطاق المسئولية عن الفعل الضار . والى ذلك يشير بونكاز بقوله : « ان الارادة المطلوبة فى التصرف القانونى والواقعة القانونية المشروعة هى ارادة كاملة الشعور بذاتها وتتمثل فى بلوغ الشخص سن الرشد .. اما الارداة الواجبة وفقا لقواعد القانون فى الواقعة القانونية غير المشروعة فهى لا تطابق مع بلوغ سن الرشد ممن صدرت منه الجريمة او شبه الجريمة .. فقد اكتفى المشرع فى الواقعة القانونية غير المشروعة بارادة اقل نضوجا moins développée من تلك التى تطلبها فى التصرف القانونى لسبب ظاهر ، هو ان

الجريمة او شبه الجريمة تنطوى فى الواقع على طبيعة اقل تعقيدا beacoup moins complexe من طبيعة التصرف القانونى » (١) ويقول جوسران فى نفس المعنى : « ان اهلية تحمل المسئولية التقصيرية La capacité délictuelle اكثر اتساعا من الاهلية العاقدية . لان الاهلية الاولى ليست فى حاجة الى نمو كامل للملكات العقلية للتمييز بين الصالح والطالح اى بين الفعل المشروع والفعل الضار غير المشروع ، بينما تتطلب المعاملات فى المجال القانونى نضوجا عقليا كاملا une complète maturité d'esprit فليس كل شخص بقادر على ان يشترك فى اعداد عقد شركة او قسمة او بيع عقار ، بينما يعرف تماما انه لا يجوز له ان يكسر زجاج جاره او ان يلحق بجاره اذى » (٢) .

وتمشيا مع هذه النظرة ، استقر الراى فى بعض العقود التى لا تنطوى على خطورة او تعتيد ان يباشرها من لم يبلغ سن الرشد ، فالقانون المصرى مثلا يبيح للقاصر الذى يبلغ الثامنة عشرة سنة بناء على اذن من وليه او من المحكمة ان يباشر اعمال ادارة امواله وما تقتضيه هذه الادارة من تصرفات فى حدود معينة (٣) .

واذا كان الربط بين السن وبين التمييز أمرا مطابقا للواقع ، الا ان الافراد يتفاوتون فيما بينهم فى السن التى يبلغون عندها مرحلة النضوج العقلى . ولما كان فحص حالة كل فرد على حده لمعرفة ان كان قد كمل تمييزه ام لا . امرا عسير التطبيق ، فان المشرع يلجا الى احلال الكم محل الكيف فيحدد سنا معينة يفترض ان الشخص العادى قد تم رشده عندها . ولكن هذا ليس معناه فى حقيقة الامر ان كل فرد لا يتم رشده الا عند بلوغه هذه السن ، فقد تقطع ظروف بان الشخص قد اكتمل ادراكه قبل بلوغه تلك السن ، كما فى حالة ارتكاب القاصر اعمالا تدليسية للايهام ببلوغها ، وانطلاء حيلته هذه على الغير البالغ الذى تعامل معه . فهذا التدليس من جانب القاصر والذى

---

(١) بونكار : تكملة بودرى وبارد ج ٢ فقرة ٤٢٧ ص ٥٢٣ . ويلاحظ فى قول بونكار ان المسئولية هى المقصودة بالارادة المطلقة فى الواقعة القانونية غير المشروعة . اما بالنسبة للتصرف القانونى ، فسنرى فيما بعد ان الارادة فيه ليست الا المامها لفكرة المسئولية .

(٢) جوسران ج ٢ فقرة ٤٥٥ .

(٣) المواد ٥٤ — ٥٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . وراجع ايضا المواد ٦١ — ٦٤ .

لم يستطع المتعاقد معه أن يكتشفه — وهذا لا يحدث بداهة الا عندما يكون القاصر قد اقترب من سن الرشد الحكمية — يدل على أن هذا القاصر قد بلغ من ناحية الواقع القدرة على الادراك ، ومن ثم تقوم مسئوليته ويتولد التزامه صحيحا .

وتمشيا مع هذه النظرة ، نصت المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى على انه « لا يجوز للقاصر التمسك بنقص اهليته لابطال العقد اذا كان قد لجأ الى طرق احتيالية ليخفى قصره ، أما اذا اقتصر على أن يقرر انه بلغ سن الرشد .. فان ذلك لا يمنعه من التمسك بالبطلان » . وقال الاستاذ حسن بغدادى مندوب الحكومة تاييدا لنظرية المشروع « ان علة بطلان العقد الذى يتم مع القاصر هى القرينة على انه لا يحسن التقدير ولا يقدر الامور قدرها ، فمثل هذا الشخص اذا لجأ الى طرق احتيالية انتفت تلك القرينة وبذلك لا تجوز حمايته » (١) .

ولا يدخل فى نطاق الاهلية التى نحن بصددها — ومناطها التمييز — بعض صور خاصة يطلق عليها تجوزا اصطلاح « فقد الاهلية » كحالة منع المحكوم عليه بعقوبة جنائية من ادارة امواله مدة اعتقاله ، فالمحكوم عليه فى هذه الحالة كامل الاهلية لانه كامل التمييز ، وانما راى المشرع منعه من ادارة امواله لاعتبارات خاصة بامتداد اثر العقوبة واستكمالها لغرضها بحرمان المحكوم عليه من التصرف على امواله حتى لا يستعين بها على مخالفة نظام السجن ، (٢) « فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يحترم رايه غالبا فى ادارة اعماله ويؤذن له كذلك باجراء ما يريد من التصرفات » (٣)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٣٧ . وقد رات لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ أن تستعيض عن عبارة (ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص اهليته لابطال العقد اذا كان قد لجأ الى طرق احتيالية ليخفى قصره) بعبارة (وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص اهليته) بحجة أن المسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجار القاصر الى طرق احتيالية تطبيقا لقواعد المسئولية التقصيرية .
ومع ذلك فان الفقه الذى يرى تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية فى هذه الحالة يحور فكرتها بجعلها اجراءا واقيا ، بقوله أن خير تعويض هو اعطاء العقد حكم الصحة ومنع القاصر من استعمال دعوى الابطال . راجع فى ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ج ١ فقرة ٢١٩٦ . وقد سبق أن انتقدنا مسلك الفقه فى اقحامه المسئولية التقصيرية فى مجال نشأة الالتزام العقدى .
(٢) السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ١٥٩ ص ٢٨٥ ، بهجت بدوى : أصول الالتزامات فقرة ٨٣ .
(٣) أحمد نجمى زغلول : شرح القانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٣٨ .

والآفات العقلية التى تلحق الشخص حتى بعد بلوغه سن الرشد فتسلبه القدرة على التمييز او تحد منها هى الجنون والعتة والغفلة والسفه . واذا كان ذو الغفلة والسفيه يسيئان عن الفعل الضار ، فذلك لانهما فى هذا النطاق قادران على التمييز بين الخير والشر ، ولا يحتاج هذا التمييز الى نضج عقلى كامل ، أما فى نطاق الالتزام العقدى وموضوعه تصرفات مالية ، فانهما بصدده غير كاملى التمييز ، ذلك أن ذا الغفلة هو من لا يحسن التصرفات فيغبن فى معاملاته ، والسفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل .

٨٨ ــ الغلط كمانع من موانع شرط الادراك :

ولا يرتبط الادراك بسن الشخص او بحالته العقلية فحسب ، فقد يتنفى ادراك الشخص البالغ العاقل بالنسبة لتصرف معين اذا ما وقع فى غلط حال بينه وبين تقدير الامور تقديرا صحيحا لعدم المامه بحقيقة الواقع بصدد هذا التصرف المعين .

واذا فالغلط يمنع قيام الركن المعنوى اى المسئولية اللازمة لتولد الالتزام العقدى بسبب تاثيره على عنصر الادراك . ولما كان الادراك كما سلف القول شرطا فى كل مسئولية مهما اختلفت صورها ، فان فقد الادراك بسبب الغلط يؤثر ايضا كما هو معروف على قيام المسئولية المدنية عن الفعل الضار والمسئولية الجنائية .

على أن الغلط الذى يؤثر فى المسئولية ، هو الغلط الذى لم يكن فى استطاعة الشخص تفادى الوقوع فيه ، وهو ما يسميه الفقه بالغلط المغتفر ، ذلك ان المعول عليه حقيقة فى شرط الادراك ليس الادراك فى حد ذاته بل القدرة على الادراك . واذا كانت مسئولية الصغير لا تقوم ، فذلك لان عدم تمييزه يرجع لسبب طبيعى لا يد له فيه ، وعلى ذلك فالغلط غير المغتفر لا يحول دون نشأة المسئولية لان الغالط كان فى استطاعته ان يكون محركا فيتفادى الوقوع فى الخطأ .

وشبيه بذلك ، ما هو مسلم به فى المسئولية التقصيرية من ان انعدام التمييز بسبب عارض لا يمنع توافر المسئولية اذا كان هذا السبب مرجعه

خطأ من الشخص الذى وقع منه الفعل الضار . « وتأسيسا على هذه النظرة نصت المادة ٢٠٤٦ من القانون المدنى الايطالى على انه « لا يسأل من نتائج فعله الضار من كان فاقد التمييز وقت ارتكابه لذلك الفعل ما لم يكن انعدام التمييز عنده راجعا الى خطئه . وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ينص فى مادته ٢٣٦ على انه « اذا أحدث شخص ضررا فى وقت فقد وعيه التزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت انه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه » وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص اكتفاءا بتطبيق القواعد العامة (١) .

وهذا هو المسلم به ايضا فى مجال المسئولية الجنائية اذا كان مرتكب الجريمة فاقد الوعى وقت ارتكابها ، وكان فقد الوعى راجعا الى خطئه ، فقد نصت المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصرى على انه « لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل اما لجنون او عاهة فى العقل واما لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها اذا اخذها قهرا منه او على غير علم منه بها » .

بل هذا هو الشأن فى مجال المسئولية الجنائية فيما يتعلق بالغلط ذاته . فاذا كان الفقه الجنائى يميز بين الفعل العمد وبين الفعل غير العمد لاضفاء صفة التجريم احيانا على الفعل الاول دون الثانى ، او لتغليظ العقوبة احيانا اخرى اذا كان كلا الفعلين مؤثمين — وتلك اعتبارات لا محل لها فى القانون المدنى — فان الفقه الجنائى يفرق بين « غلط ينسب لاهمال الفاعل أو عدم احتياطه بحيث يسعه تفاديه لو تذرع بالحيطة اللازمة ، وغلط قهرى ليس فى وسع الفاعل تفاديه . وللتفرقة بين النوعين اهمية بالغة ، فالاول منهما يمنع المسئولية بوصف العمد ولكنه لا يمنعها بوصف الاهمال وعدم الاحتياط اذا كان القانون يعاقب على الفعل بهذا الوصف . اما الثانى فيحول دون قيام أية مسئولية (٢) » . « واذا كان الغلط الجوهرى ينفى القصد الجنائى ، فهو لا ينفى المسئولية

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥ — ٢٥٩ .
(٢) السعود مصطفى السعود ، الاحكام العامة فى قانون العقوبات الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ ص ٣٨١ — ٣٨٢ .

الجنائية فى كل حالاته ، ذلك ان الغلط الجوهرى ينفى المسئولية العمدية ولكنه لا ينفى المسئولية غير العمدية ، فاذا كان الغلط ثمرة خطا غير عمدى ، اى كان مرجعه الى نزول عن القدر الذى يتطلبه القانون من الحيطة والحذر ، سئل مرتكب الفعل عن جريمة غير عمدية اذا توافرت كل شروطها ، اما اذا لم يكن الغلط ثمرة خطأ فلا مسئولية على الاطلاق .. (١) » .

ونحن نرى ان التاصيل العلمى لهذه المسالة لا يدور مباشرة حول فكرة خطأ منسوب الى الغالط ، وانما يرتد الى اساس اعمق هو ان الغالط كان فى استطاعته ان يدرك الامور ، اما القول بانه اخطأ لانه كان فى استطاعته ان يتفادى الغلط الذى وقع فيه ، فذلك تعليل غير مباشر (٢) . ولهذا سبق ان اشرنا الى الغموض الذى يكتنف دراسة ركن الخطا فى المسئولية التقصيرية ، وقلنا ان تلمس الفكرة العلمية للمسئولية من شانه ازالة هذا الغموض عنه وقد يؤدى ذلك الى تغيير فكرته .

٨٩ ــ علاقة استحالة المحل بالغلط :

يفرق الفقه عادة بين الالتزام باعطاء شىء فيشترط ان يكون محله موجودا او محتمل الوجود ، وبين الالتزام بالقيام بعمل او الامتناع عنه فيشترط ان يكون ممكنا . بيد ان هذين الشرطين انما يرجعان الى اساس واحد هو عدم استحالة المحل ، لان شرط الوجود ليس الا صورة من شرط الامكان (٣) .

---

(١) محمد نجيب حسنى ، مقالة عن « القصد الجنائى » مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٨ ، العددان الاول والثانى مارس ويونية سنة ١٩٥٨ ص ١٤١ .

(٢) وحول هذا المعنى ، يقول الدكتور محمد نجيب حسنى ، مقاله السابق ص ٢٥١ : « .. لكن استطاعة التوقع ووجوبه هى بعينها الفكرة التى يقوم عليها الخطأ غير العمدى ، والدليل على ذلك مستمد من التعريفات التى يصوغ بها الفقه نظرية الخطأ غير العمدى ، اذ يكاد ينعقد الاجماع على انه حيث يثبت استطاعة التوقع ووجوبه ويقوم على عاتق الجانى واجب الحيلولة دون تحقيق النتيجة ، فان لم يقم بهذا الواجب فحدثت النتيجة ، كان اساس مسئوليته عنها هو الخطأ غير العمدى » ويلاحظ ان استطاعة التوقع ووجوبه ترتد الى معنى القدرة على الادراك .

(٣) فى هذا المعنى ، بهجت بدوى ، اصول الالتزامات فقرة ٩٢ .

ويستند الفقه فى تبرير عدم نشأة الالتزام بسبب استحالة المحل الى القاعدة التى تقول انه لا التزام بمستحيل à l'impossible nul n'est tenu لان الشخص لا يسأل عن تحقيق نتيجة خارجة عن قدرته .

ونرى ان هذه القاعدة ليست دقيقة لانها لا تنطبق فى جميع الاحوال ، ونرى ايضا انها غير مباشرة فى الاحوال التى يجرى اعمالها فيها لانها ترتد الى اساس اعمق .

اما ان القاعدة ليست دقيقة ، فذلك لان الفقه يفرق بين الاستحالة المطلقة وبين الاستحالة النسبية ؛ والاولى ما كان الالتزام فيها مستحيلا على الكافة impossibilité objective وليس على المتعهد فحسب ، والثانية ما كان الالتزام فيها مستحيلا عليه فقط impossibilité subjective دون ان يكون مستحيلا على غيره . ويبنى الفقه على هذه التفرقة عدم نشأة الالتزام فى الاستحالة المطلقة ونشأته فى الاستحالة النسبية .

ومع ذلك فان هذا القول ليس صحيحا على اطلاقه بالنسبة لنوعى الاستحالة .

فالاستحالة النسبية رغم نسبيتها تحول دون نشأة الالتزام فى حالتين : حالة علم الوعود له وقت التعهد انه يستحيل على المتعهد تنفيذ ما التزم به اذ فى هذه الحالة لا ينشأ الركن المادى لعدم تولد ثقة ما لدى المخاطب . والحالة الثانية عندما يكون المتعهد قد وقع فى غلط مغتفر توهم تحت تاثيره انه قادر على تنفيذ ما التزم به . وفيما عدا هاتين الحالتين يكون ما تعهد به الملتزم هو فى الواقع فوق قدرته ومع ذلك ينشأ الالتزام (١) ، وتكون قاعدة لا التزام بمستحيل غير دقيقة من ناحية تاسيسها على اعتبار ان الشخص لا يسأل عن تحقيق نتيجة خارجة عن قدرته .

وفى الاستحالة المطلقة ، يرى الفقه انه اذا كان محل الالتزام قد هلك قبل التعاقد وكان المتعهد يعلم ذلك والطرف الاخر يجهله ، فان

---

(١) وفى هذا يقول الاستاذ بهجت بدوى فقرة ٩٢ ص ١٤٧ ان التزام المتعهد فى حالة الاستحالة النسبية « لا يعتبر باطلا ولو استطعنا الجزم باستحالة قدرته على تنفيذه » .

المتعهد يلتزم بتعويض ، وكذلك الشأن اذا كان المتعهد يجهل هلاك الشيء ولم يكن معذورا فى جهله . ويؤسس جانب من الفقه الالتزام بالتعويض على المسئولية التقصيرية ؛ بينما يذهب جانب آخر الى تلمس الاساس فى نظرية ايهرنج عن الخطأ عن التعاقد (١) . وقد سبق ان راينا استحالة اعمال قواعد المسئولية التقصيرية فى مجال الالتزام العقدى ، كما سبق ان راينا عدم صحة نظرية ايهرنج (٢) ، فلم يبق الا اعتبار التزام المتعهد صحيحا بداءة ، وبذلك تكون قاعدة لا التزام بمستحيل غير مطلقة الصحة حتى فى حالة الاستحالة المطلقة .

اما ان هذه القاعدة غير مباشرة فى الاحوال التى يجرى تطبيقها فيها ، فقد اتضح لنا مما تقدم ان الاستحالة فى حد ذاتها ليست هى مناط عدم نشأة الالتزام ؛ وهذا ما يسلم به الفقه فى حالة الاستحالة النسبية ، وما لا مناص من التسليم به فى حالة الاستحالة المطلقة اذا كان المتعهد يعلم ذلك او كان فى مقدوره ان يعلم ، وانما المعول عليه هو ما قد يكون للاستحالة من تاثير فىنشأة الركن المادى ثم توافر الادراك او عدم توافره لدى المتعهد بشأن الموضوع الذى تعهد به : فاذا كان الطرف الاخر يعلم أن المحل مستحيل على المتعهد سواء اكانت الاستحالة نسبية ام مطلقة ، فان الركن المادى لا ينشأ ، لانه لا يتصور ان تتولد ثقة لدى المخاطب فى تعهد يعلم وقت التعاقد ان تنفيذه مستحيل . اما اذا كان الركن المادى قد نشأ بعدم علم المخاطب باستحالة المحل استحالة مطلقة او نسبية تعين البحث فى نشأة الركن المعنوى . فاذا كان المتعهد معذورا فى غلطه بشأن استحالة تنفيذ ما تعهد به بأن يكون فى قدرته ادراك هذه الحقيقة ، لم تنشأ مسئوليته ، أما اذا كان غير معذور بأن كان يعلم استحالة تنفيذ ما تعهد به او كان فى استطاعته ان يعلم ذلك ؛ فان مسئوليته تقوم وينشأ الركن المعنوى ، ويتولد الالتزام العقدى عينا ثم يتحول الى التزام بمقابل لاستحالة التنفيذ .

وهكذا يبين مما تقدم ، أن الاستحالة ليست بذاتها مانعا من نشأة

---

(١) راجع فى ذلك ، بودرى وبارد جـ ١ فقرة ٢٤٦ ، ديموج جـ ٢ فقرة ٧٤٨ .
(٢) راجع ما سبق فقرة ٢٧ .

الالتزام وانما مرد ذلك بفرض قيام الركن المادى الى وقوع المتعهد فى غلط اثر فى قدرته على الادراك .

٩٠ — الشرط الثانى — حرية الاختيار :

الشرط الثانى لقيام المسئولية هو حرية الاختيار ، بمعنى قدرة الشخص على اتيان الفعل او الامتناع عنه .

ولا اهمية لمصدر الاكراه ، فسواء اكان صادرا من المتعاقد الاخر او من الغير فان عنصر الاختيار ينعدم ، وليس مصدر الاكراه هو الذى ينظر اليه فى ذاته وانما ينظر الى تاثير الاكراه فى حرية الاختيار .

ولما كانت المسئولية ينظر فى توافرها الى الشخص محل المساءلة، كان المعيار بداهة معيارا ذاتيا ، يتعين معه البحث فى كل حالة على حدة لمعرفة ان كان المتعاقد قد سلبت حرية اختياره فى التعبير الذى صدر منه أم لا .

ويشترط فى الاكراه كمانع من حرية الاختيار الا يكون فى قدرة الشخص منعه لانه ان كان كذلك انتفى القول بانه كان فى حالة اضطرار ولذلك فان مجرد النفوذ الادبى كنفوذ الاباء لا يعد اكراها لان فى استطاعة الشخص أن يتقيه .

واذا كان الفقه يشترط فى الاكراه كعيب فى العقد ان يكون هذا الاكراه غير مشروع ، ومن ثم يقول انه لا يعول على الاكراه اذا كان الغرض منه مشروعا بان كانت وسائل الضغط قد قصد بها من استعملها الوصول الى حقه ، فنحن نرى ان شرط عدم المشروعية فى مجال نشأة الالتزام العقدى شرط زائد ، ذلك ان اكراه الشخص على تحمل التزام لم يكن يتحمله من قبل يمنع حتما نشأة الالتزام لانعدام حرية الاختيار دون حاجة الى وصف الاكراه هنا بانه غير مشروع .

ولذلك كانت الامثلة التى يضربها الفقه للاكراه ، ذى الغرض المشروع ، لا تتصل بمسألة نشأة الالتزام العقدى ، وانما تتصل بمسألة اثبات او تقدير الالتزام ايا كان مصدره ، وكان هذا الالتزام قد تولد فعلا قبل استعمال وسيلة الضغط .

فالفقه يردد فى هذا الصدد أن الدائن اذا هدد مدينه بمقاضاته ان لم يعترف له بالدين ، فحرر له المدين سندا به ، فان هذا الاقرار لا يكون باطلا للاكراه . واذا هدد شخص آخر اختلبس ما لا بالابلاغ عنه ، فحرر له المختلس سندا يتعهد فيه بدفع المبلغ الذى اختلسه . فان هذا التعهد لا يجوز الطعن عليه بالاكراه .

وواضح أن الاكراه هنا لا يقصد به انشاء التزام عقدى لم يكن موجودا من قبل وانما يقصد به اثبات التزام سبقت نشأته سواء اكان هذا الالتزام عقديا ام غير عقدى . ولا اهمية لحدوث الاكراه اللاحق فى الفرض الذى نحن بصدده . لانه سواء حدث هذا الاكراه ام لم يحدث ، فالالتزام السابق قائم ، وادعاء المدين بانه وقع تحت تاثير اكراه لاجباره على توقيع سند بمديونيته . لا اهمية له لثبوت قيام التزامه من قبل ، ومن ثم فهذا الاكراه لا يقصد به اضافة التزام جديد على عاتق المكره .

واذا كان الفقه قد خلط بين مسألة نشأة الالتزام وبين مسألة اثباته . وادى به هذا الخلط الى اشتراط ان يكون الاكراه غير مشروع حتى يعيب العقد ، فقد خلط الفقه أيضا بين الالتزام العقدى وبين الالتزام غير العقدى ، فى الحالة التى تكون فيها وسيلة الضغط على المدين قد استعملت لاكراهه على الاقرار بدفع مبلغ يزيد على المبلغ الذى اختلسه او يزيد على مقدار التعويض الملائم عن ارتكابه جريمة ما فى حق الدائن . فالفقه يقول هنا احيانا ان الدائن قد تعسف فى استعمال حقه ، ويقول احيانا اخرى ان للمدين أن يطعن بالاكراه فى تعهده بدفع المبلغ الزائد . والواقع ان فكرة التعسف وفكرة الطعن بالاكراه غير صحيحتين وغير مجديتين ، اذ الامر مرهون بحقيقة الواقع . والواقع هنا ان الدين منشؤه الفعل الضار وليس دينا عقديا . وتعهد المدين بدفع الدين لا يقلبه الى دين عقدى ، ويكون قدر هذا الدين بقدر الضرر الذى وقع . ويكون استبعاد التعهد بدفع المبلغ الزائد اعمالا لاحكام المسئولية التقصيرية التى هى مصدر هذا الالتزام وليس اعمالا لفكرة التعسف او لفكرة الاكراه كعيب فى صحة الالتزام .

ويلاحظ ان الاكراه قد ينصب على واقعة التعاقد ذاتها ، وقد يقتصر أثره على قدر الالتزام دون واقعة التعاقد ، فاذا كان الاكراه مؤثرا فى واقعة التعاقد فان الالتزام لا ينشأ أصلا ، أما اذا كانت هناك حرية اختيار فى الاتجاه نحو التعاقد بأن كان المتعاقد راغبا فيه ولكن الاكراه اثر على شروط التعاقد ، فالالتزام قد نشأ ، ولكن قدره يحدد على النحو الذى كان سيتم الاتفاق عليه لو لم يكن هناك اكراه استغله المتعاقد الاخر فى فرض شروطه .

ويبدو ان الفقه لم يلحظ بوضوح هذه التفرقة ، ولذلك توزع رأيه فى حالة ما اذا كان الاكراه قد نشأ عن ظروف خارجية لا يد للمتعاقد الاخر فيها وان كان قد استغلها فى طلب اجر باهظ . كشخص تعرض لخطر محدق وتقدم اليه آخر لانقاذه واشترط عليه دفع أجر جسيم . فالبعض يبطل العقد هنا على أساس الاكراه مع جواز الرجوع على المكره بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة والبعض يبطل العقد على أساس ان المكره كان فى حالة جنون وقتى ، او على أساس أن العقد مخالف للنظام العام . أما القضاء الفرنسى فهو احيانا يبطل العقد على اساس الاكراه واحيانا يبقى عليه مع انقاص التزام المكره بدعوى انعدام السبب المقابل للقدر الزائد من الالتزام .

والواقع انه لا اكراه هنا فى واقعة التعاقد ذاتها ، فالشخص الذى تعرض لخطر داهم راغب اشد الرغبة فى التعاقد مع من تقدم لانقاذه - وحريته فى الاختيار مكفولة تماما — (وهذا بخلاف ما اذا اكره شخص مثلا على بيع شىء مملوك له ، فهذا الشخص لم يرغب أصلا فى البيع) — ولكن الاكراه انصب على شروط التعاقد اى على دفع مبلغ جسيم اجرا للانقاذ نتيجة استغلال المتعاقد الاخر لظرف الخطر ، ويكون علاج هذا العيب بتقدير الاجر الذى يدفع لو لم يكن هناك اكراه اى الاجر العادى . ولذلك لم يختلف احد فى انه اذا كان الاجر الذى اشترط اجرا ماديا فالالتزام صحيح من ناحية نشأته ومن ناحية قدره .

الفصل الثالث

الارتباط بين الالتزامات العقدية المتقابلة

٩١ ـ التفرقة بين التعاقد الملزم لجانب واحد والتعاقد الملزم لجانبين :

متى توافر الركنان المادى والمعنوى على النحو الذى سبق شرحه ، نشأ الالتزام العقدى . فاذا تولد لدى المخاطب ثقة مبررة من الايجاب الموجه اليه وكان الموجب مسئولا عن تولد هذه الثقة ، نشأ للمخاطب حق يقابله التزام فى جانب الموجب . ودليل قيام هذه الثقة هو قبول المخاطب للايجاب ، اى ان الحق لم ينشأ عن القبول ، وانما كان القبول دليلا على توافر الركن المادى ، ولذلك فان الحق والالتزام ينشآن قبل القبول .

وهذا القول يصدق على القبول سواء أكان العقد ملزما لجانب واحد أم كان ملزما لجانبين ، الا أن القبول فى العقد الملزم لجانبين يتضمن فوق كونه دليلا على تولد الثقة فى الايجاب ، تعبيرا مولدا لالتزام عقدى مقابل ، متى توافر فيه الركنان المادى والمعنوى ، بأن وصل الى علم الموجب وكان القابل مسئولا عنه . وشأن القبول فى ذلك شأن الايجاب تماما .

٩٢ ـ منشأ الارتباط فى التعاقد الملزم لجانبين ووظيفته :

وفى حالة ما اذا كان التعاقد ملزما لجانبين نكون ازاء التزام يقع على عاتق كل من الطرفين المتعاقدين ، وكل التزام منهما يقابل التزام الطرف الاخر ، وهذان الالتزامان مرتبطان أحدهما بالاخر ارتباطا وثيقا . وليس هذا الارتباط مرده أمر خارجى عن كل منهما ، بل هو تابع من

داخلهما ، فكل من الايجاب والقبول يتضمن نشأة التزام صاحبه على شرط نشوء التزام الطرف الاخر - أى أن كلا من هذين التعبيرين لايحتوى فقط على التزام فى ذمة صاحبه - بل يتضمن فى محتواه تعليق هذا الالتزام على شرط نشأة التزام الطرف الاخر وتنفيذه . ففى البيع مثلا ينشأ التزام على عاتق المشترى بدفع الثمن مرتبطا بنشأة التزام البائع بنقل الملكية وتنفيذ الالتزام ، لأن تعبير المشترى يتضمن هذين الامرين معا ، وكذلك الشأن بالنسبة للبائع .

ولكن ليس معنى ذلك ان الالتزامين المتقابلين ينشآن فى وقت واحد اذ لابد وان يسبق احدهما الاخر فى نشوئه ، ولكن الالتزام السابق يظل اعماله موقوفا حتى يقترن به الالتزام اللاحق المقابل اقترانا يؤدى الى فاعلية كل منهما .

وينبنى على هذا الارتباط ، انه لا يجوز الزام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه دون أن ينفذ الاخر التزامه ، والا كان القول بغير ذلك تجاوزا لمضمون تعبير الاول . ويترتب على ذلك ايضا انه يجوز لاحد المتعاقدين أن يتحلل من التزامه اذا امتنع الطرف الاخر عن تنفيذ ما التزم به ، وانه اذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه سقط التزام الطرف الاخر المقابل .

الفصل الرابع

تعليل الصحة النسبية لمذهب الارادة

على ضوء نظريتنا

٩٣ ــ الارادة فى معنى المسئولية :

سبق أن قلنا أن فى مذهب الارادة شيئا يبدو للذهن انه يحوى جانبا من الصحة ، لما يترتب على تطبيق هذا المذهب من نتائج معقولة وعادلة بوجه عام فى بعض نواحى نظرية العقد . فلا احد يجادل على وجه الاجمال فى ان من الصواب ان يتحمل الشخص التزاما اذا ما قبل أن يلتزم ، وانه لا يجوز الزام الشخص رغما عن ارادته . وانه اذا ما تعهد الشخص تحت تاثير غلط جوهرى لم يصح التزامه .

غير أنه سبق لنا ان رأينا أن التصوير الفلسفى للاساس الذى يقوم عليه مذهب الارادة تصوير غير مستساغ عقلا . وان التزام هذا الاساس يؤدى الى نتائج شاذة ، هذا الاساس الذى يقوم على أن الارادة تتمتع بسلطان يتيح لها أن تضع بنفسها القانون الذى تخضع له . فاذا شاءت ان تلتزم صح التزامها لانه جاء وفق مشيئتها . ورأينا ان هذا التصوير يترتب عليه أن يعتد بالارادة الباطنة لانها هى التى تحقق مشيئة صاحبها ، حتى لو كان التعبير الذى اصدره مخالفا لها عمدا او تقصيرا . كما يترتب على هذا التصوير ان تكون للارادة مكنة التحلل مما سبق ان التزمت به بمقتضى نفس سلطانها . ومن ثم يكون اجبار الشخص على تنفيذ ما سبق ان ارتضاه منافيا لسلطان ارادته . وينبنى على ذلك ان التساؤل يظل قائما من علة التزام الشخص بارادته الاولى وعدم استطاعته العدول عنها بارادة لاحقة .

فما هو اذا سر ما نلمسه من صحة نسبية فى بعض تطبيقات مذهب الارادة رغم انه يقوم على اساس فاسد وغير معقول ؟ .

ان هذا السر يتكشف بجلاء فى مقارنة « الارادة » بـ « المسئولية » التى هى قوام الركن المعنوى فى نظريتنا ، فالتعبير الذى تصدره الارادة وبعد من ثم عملا ارادیا عمدیا ، يولد الالتزام ، لا لان الارادة ذات سلطان ، ولكن لان هذا التعبير الارادى يحرك بصفة عامة مسئولية صاحبه ، فاذا اضيف الى ذلك انه فى مذهب الارادة ليست اية ارادة كافية لنشأة الالتزام وصحته ، وانما يشترط ان تكون هذه الارادة واعية وحرة وهذان الشرطان هما نفس شرطا المسئولية : الادراك وحرية الاختيار فانه يبدو اذا أن الاثر المترتب على الارادة الواعية الحرة انما يقوم باعتبارها مظهرا للمسئولية ، وهذا هو تبرير ما يلوح اجمالا من معقولية جانب من تطبيقات مذهب الارادة ، أما الجانب الاخر من التطبيقات الذى يتجافى فيه مذهب الارادة مع العدالة ومع المصلحة العامة ، فيرجع الى ان الارادة فى حد ذاتها ليست مرادفة تماما للمسئولية بل هى صورة ناقصة لها كما سنرى .

ليست الارادة اذا مصدرا للالتزام بزعم انها ذات سلطان ، وليست مصدرا للالتزام باعتبارها ظاهرة نفسية باطنة ، وانما يتولد عنها الالتزام بصفة عامة لانها الملاع الى المسئولية . وهكذا تتضح الحقيقة الكامنة وراء مذهب الارادة ، تلك الحقيقة التى جعلت من الصعب نبذة كلية رغم نقطة بدايته الخاطئة ، وجعلته يصمد امام الهجمات العنيفة التى وجهت اليه .

فلو كان مذهب الارادة قائما على اساس ان الارادة مظهر للمسئولية لاستقام الوضع ، ولم يعد هناك محل للنقد الذى يقول انه اذا كان للارادة سلطان بمقتضاه تلتزم اذا شاءت فان لها بمقتضى نفس السلطان أن تعدل عما سبق أن التزمت به . لا محل لهذا النقد اذا حملنا الارادة على معنى المسئولية لان المسئولية اذا نشأت فانها لا تتلاشى بعد ذلك ومهما لرغبة لاحقة من المسئول .

واذا كانت الحلقة المفقودة فى مذهب الارادة — كما يقول الاستاذ جورلا(١) هى انه بتقريره ان الالتزام ينشأ بارادة المتعهد لا يفسر استمرار بقاء هذا الالتزام رغم تغيير الشخص ارادته ، فان هذه الحلقة تتكشف فى حمل الارادة على معنى المسئولية .

ولعل النظر الظاهرى الى الكيفية التى يتم بها ابرام العقد عادة عن طريق تبادل ارادتى طرفيه . هو الذى حمل الى الذهن ان الارادة فى حد ذاتها هى قوام العقد وهى اساس الالتزام . ولم ينتبه الفقه الى المدلول الصحيح للارادة فى هذا المجال ، ثم انحرف بها الى معنى الرغبة والمشيئة والنية الباطنة ، واستقر هذا المعنى الخاطىء تحت تاثير الفلسفة الفردية التى نشأت لمقاومة الحكم الاستبدادى ؛ فنادت بان الفرد هو سيد نفسه وهو الذى يضع القانون الذى يخضع له ، وتسلل هذا التفكير الى الفقه المدنى فى نظرية العقد ، باعتبار ان العقد قانون خاص، وكان نتيجة لهذا الانحراف فى مدلول الارادة ان نشأت جميع المشاكل التى اثارها تطبيق مذهب الارادة فى مجال الالتزام العقدى . اما ما بدا من صحة نسبية لهذا المذهب ، فجاء نتيجة عرضية لاتفاقه مع مبدأ المسئولية كما فى حالة عيوب الارادة التى يعتبرها هذا المذهب مؤثرة على صحة الالتزام لان من شأنها انحراف الارادة الباطنة عن التعبير ، فى حين ان هذه العيوب تمنع نشأة الالتزام اجمالا فى مبدأ المسئولية لانها تحول دون توافر شرطيها : الادراك وحرية الاختيار .

والغريب انه فى بعض صور المسئولية — والمسئولية واحدة فى اى مجال تعمل فيه غاية الامر ان محلها يختلف — استعمل نفس لفظ « الارادة » فى معنى المسئولية ، دون ان ينصرف مفهومها الى ما انحرف اليه مذهب الارادة فى مجال نشأة الالتزام العقدى ، فتارة استخدم هذا اللفظ فى معنى الادراك وتارة فى معنى حرية الاختيار ، وتارة فى المعنيين معا .

---

(١) جورلا : دور الارادة فى التعهد كمصدر قانونى ، مقال بمجلة الحقوق السنة السادسة ص ١٣ .

ففى مجال المسئولية عن الفعل الضار ، يتحدث كولان وكابيتان ودى لاموراندير (١) ، عن ضرورة وجود ارادة واعية او مدركة volonté consciente قادرة على التمييز capable de discernement كشرط لركن الخطأ — وقد سبق ان رأينا ان افضل المناقشة فى ركن الخطأ انه يرتد الى شرط الادراك .

اما ديموج ، فيذهب الى أن الركنين الاساسيين فى العمل غير المشروع acte illicite (اى المسئولية التقصيرية) هما : ١ — الخطأ ٢ — الارادة التى يتوافر بهما اسناد الخطأ الى الفاعل (٢) ce qui est impliqué par la faute : une volonté وبعدان يتحدث فى فصل أول عن الخطأ يتبعه بفصل ثان بعنوان « الارادة De la volonté ويمهد لهذا الفصل بقوله : « يشترط لقيام المسئولية المدنية فى النظرية التقليدية توافر ركن الخطأ ، ويتضمن هذا الركن قدرة مرتكب شبه الجريمة quasi-délit على تقدير معين لافعاله وللنتائج التى تترتب عليها ، فمن كانت ملكاته العقلية تؤدى وظيفتها بشكل طبيعى امكن ان يكون مسئولا — وهذا النظر يتفق فضلا عن ذلك مع المذهب الحر اذ ليست فكرة الخطأ الا مظهرا له . واذا كان لا يجوز — باستثناء الالتزامات القانونية obligations légales — ان يلزم الشخص بغير ارادته لانه فى الاصل حر تماما ، فلا يجوز الزامه الا اذا كان فى استطاعته ان يريد ، على الاقل فى صورة ضمنية نتيجة عدم احتياط او اهمال من جانبه وهو على بصر بالواقع . واذا فمن كانت ملكاته العقلية معيبة فهو لا يستطيع أن يريد ومن ثم لا يجوز الزامه اذ تنقصه ملكة التبصر وهى شرط لقيام الخطأ (٣) » .

ويلاحظ ان كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، وديموج فى تحدثهم عن الارادة كشرط لقيام المسئولية عن الفعل الضار ، يحملونها على معنى

---

(١) مبادىء القانون المدنى الفرنسى ، الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ ، ج ٢ فقرة ٢١١ .
(٢) ديموج : الالتزامات ج ٢ فقرة ٣٢٢ .
(٣) ديموج : المرجع السابق فقرة ٣٠٢ .

الادراك - والادارك احد شرطى المسئولية ايا كانت صورتها . وهـذا واضح على الاخص فى قول ديموج انه لا يجوز الزام الشخص الا اذا كان فى استطاعته ان يريد ، وقوله ان الارادة تقوم ضمنا اذا وقع من الشخص عدم احتياط او اهمال وهو على بصر بالواقع . وهذا القول يطابق تماما معنى الادراك ، وان كان من الصعب أن يطابق مفهوم الارادة فى حد ذاتها .

اما فى المسئولية الجنائية ، فالفقه الجنائى يستعمل لفظ « الارادة » مرادفا لمعنى المسئولية عامة عندما يقول ان الارادة هى اساس المسئولية (١) ، واحيانا يستعمل الارادة فى معنى الادراك او التمييز (٢) ، واحيانا اخرى يستعملها فى معنى حرية الاختيار (٣) .

٩٤ ــ الفرق بين الارادة وبين المسئولية :

والواقع ان استعمال اصطلاح « الارادة » فى معنى المسئولية او فى معنى شرطيها استعمال غير دقيق ، فالارادة فى حد ذاتها هى تعمد الفعل المادى او تركه ، اما الادراك وحرية الاختيار فهما شرطان يضافان اليها لكى تقوم المسئولية ، فالارادة « قد تكون ارادة واعية وقد تكون غير واعية ، فالمجنون يريد افعاله التى يأتيها ولكنه لا يدرك مداها .. فهو وان لم يفقد الارادة ، فاقد الادراك (٤) » .

ولذلك يقول الفقه الحالى فى نظرية العقد ان العقد وان كان يتكون بارادتين متوافقتين ووجودهما يكفى لقيام العقد الا انهما لا يكفيان لصحته(٥) ، اذ يشترط الى جانب وجود التراضى ان يكون هذا

---

(١) محمد مصطفى القللى : المسئولية الجنائية سنة ١٩٤٨ ص ٧٥ ، السعيد مصطفى السعيد : المرجع السابق ص ٤١٥ ، رؤوف عبيد : مبادىء القسم العام من التشريع العقابى

(٢) محمد مصطفى القللى : المرجع السابق .

(٣) السعيد مصطفى السعيد : المرجع السابق ، على راشد : مبادىء القانون الجنائى المصرى سنة ١٩٦٢ ص ٤٦١ .
ج ١ سنة ٩٥٠ ص ٦٣٤ ، محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الخامسة فقرة ٢٧٩ .

(٤) السعيد مصطفى السعيد : المرجع السابق ص ٣٥٨ ، وقد اشار الى المؤلف رو Roux فى شرح قانون العقوبات ج ١ فقرة ٣٥ .

(٥) راجع فى ذلك ، اوبرى ورو ج ٤ فقرة ٣٤٣ ، السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٦٩ .

التراضي صحيحا ، بأن يكون كل من المتعاقدين ذا اهلية ؛ وأن تكون ارادة كل منهما خالية من عيبى الغلط والاكراه ، فليست اية ارادة كافية لصحة الالتزام ، بل لابد وان تكون ارادة واعية وحرة . ونقص الاهلية والغلط يؤثران على الوعى أى الادراك ، والاكراه يعيب الحرية ، والادراك وحرية الاختيار هما شرط المسئولية . وعلى ذلك وفى حدود هذا النطاق تتفق الارادة الواعية الحرة مع المسئولية .

بيد ان دائرة الارادة الحرة الواعية تضيق عن دائرة المسئولية ، فمدلول الارادة — حتى مع توافر حريتها ونورها — يقتضى الا يتحمل الشخص التزاما الا اذا اراد تحمله ؛ أى تعمد ذلك ، فى حين ان المسئولية تتناول أيضا كل التزام يكون نتيجة طبيعية للفعل ولو لم تتصرف ارادة الشخص الى تحمله ، ولذلك كانت المسئولية أوسع نطاقا من الارادة ، وهذا هو تعليل ما أورده الفقه والقضاء والتشريع من استثناءات على مذهب الارادة فى جانب من تطبيقاته ، فهذه الاستثناءات ان ضاق عنها هذا المذهب فهى تندرج تحت لواء المسئولية .

والفرق الثانى بين الارادة وبين المسئولية ، هو اختلاف طبيعة كل منهما ، فالارادة كيف بينما المسئولية كيف وكم ، الارادة كيف فقط لانها وحدة لا تقبل التجزئة ، فاما ان تكون قد قصدت ان تلتزم فينشأ الالتزام ، واما الا تكون كذلك فلا ينشأ الالتزام . هذا عن الارادة فى حد ذاتها ، أما اذا اضيف اليها شرطا الوعى والحرية ، وكان الخلل الذى اصاب احد هذين الشرطين مؤثرا فى شروط التعاقد دون واقعة التعاقد ذاتها ؛ أى كان مفعوله قاصرا على التعاقد بغبن ، فيصعب فى تصوير مذهب الارادة اجراء تعديل فى مضمون العقد لعلاج هذا العيب ، لان هذا المذهب يصور العقد على انه من صنع المتعاقدين وحدهما وثمرة ارادتهما المشتركة ، وهو قانون خاص تصدره ارادتهما . فاجراء تعديل فيه من شأنه منافاة هذا الاصل ، لان التعديل يعنى وضع مضمون آخر للعقد على غير الارادة المشتركة لطرفيه .

أما المسئولية فهى كيف وكم : هى كيف بمعنى انها تقوم او لا تقوم تبعا لتوافر شرطيها او عدم توافرهما . وهى كم بمعنى انه اذا كان العيب

شاب المسئولية قد اقتصر على زيادة فى الالتزام من القدر الذى لولا وجود هذا العيب لكان مدى الالتزام قد وقف عنده ؛ فان اعمال فكرة المسئولية نفسها يقتضى عدم تحمل الشخص بما زاد فى الالتزام حتى يكون القدر الذى يلتزم به مطابقا لمسئوليته .

والفرق الثالث بين الارادة فى مفهوم مذهب الارادة وبين المسئولية ، هو اختلاف مدلول الغلط والاكراه فى كل منهما ؛ فقد نظر الى هذين العيبين فى مذهب الارادة تمشيا مع اساسه — على ان الاثر المترتب عليهما مرده ان الوقوع فيهما يحول دون اتفاق الارادة الباطنة مع التعبير ؛ وذلك بخلاف النظر اليهما كما نعين من توافر المسئولية . وقد ادت نظرة مذهب الارادة تلك ؛ الى العجز عن تفسير عدة اوضاع ، منها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبى ؛ ومنها اعمال نظرية الظروف الطارئة ؛ ومنها جلاء ناحية من نواحى الغموض فى قاعدة تطهير الدفوع .

وستكون هذه الفروق الثلاثة محل دراسة تفصيلية فى الباب الثالث الخاص بالنتائج المترتبة على نظريتنا .

٩٥ — اغفال مذهب الارادة لذاتية الركن المادى :

ولكن مذهب الارادة لا يقتصر خطؤه على ما سبق ذكره من ان الارادة صورة ناقصة ومشوهة للركن المعنوى أى المسئولية ؛ بل يتضمن هذا المذهب خطأ اساسيا آخر هو اغفاله لذاتية الركن المادى وهو التعبير المولد للثقة ؛ جريا وراء الادعاء بأن الارادة وحدها هى جوهر التصرف القانونى وان التعبير ليس الا اداة لاعلام الغير بها ؛ ولذلك شاع اصطلاح « التعبير عن الارادة la déclaration de la volonté » ليتمشى مع هذه النظرة .

وكان مما ترتب على تبعية التعبير للارادة قول الفقه التقليدى ان التعبير يسقط بالموت وفقد الاهلية ، لانه بهذين العارضين تنقطع الارادة . بيد ان هذه نتيجة اعترض عنها الفقه الحالى واتجهت جل التشريعات الى طرحها .

وقد سبق أن رأينا كيف فشل مذهب الارادة فى تبرير عدم نشأة الالتزام بدون التعبير ، مع أن دوره لا يتعدى فى منطق المذهب ان يكون وسيلة للاعلام

بالارادة ، مما يدل على ان للتعبير وظيفة اخرى متميزة ، ومما لا مناص منه من التسليم بأن التعبير ركن جوهرى له قيمة ذاتية ويدور حول فكرة مستقلة تماما عن فكرة الارادة .

وقد اخذ الفقه الحديث فى مبحث التعبير يتخلى شيئا فشيئا من نفوذ مذهب الارادة ، فيخص التعبير بدراسة متميزة تدور حول فكرة مستقلة تماما عن فكرة الارادة ، هى فكرة الثقة التى توجه ما يقول به من ان التعبير لا يعول عليه اذا لم يصل الى علم المخاطب ، او كان موجا الى شخص فاقد الادراك او الى شخص لم يفهمه ، وقوله ان التعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه « ولكنه لا يكون له وجود قانونى الا اذا وصل الى علم من وجه اليه ، فالعبرة فى التعبير بوجوده القانونى لان هذا الوجود وحده هو الذى تترتب عليه الاثار القانونية للتعبير ، وهذا هو المعنى المقصود من انتاج التعبير واثره » (١) وقوله « ان التعبير التعاقدى بصفة عامة ليس له اهمية فى ذاته ، وانما اهميته فى ان يصل الى من وجه اليه وادراك هذا الاخير له ، ويعتبر علم الشخص بالتعبير الموجه اليه من مكونات ذلك التعبير حتى لينبغى ان نقول ان من يوجه اليه التعبير يساهم فى تكوين ذلك التعبير من طريق علمه به ولا يكون لهذا التعبير من اثر قبل اتصاله بعلم من وجه اليه . . » (٢) فمقول مذهب الارادة اذا ان الارادة هى وحدها اساس الالتزام، وان التعبير ليس الا مجرد دليل عليها ينفيه انه فى الحالات السابقة تقوم الارادة وينهض التعبير دليلا عليها ومع ذلك لا ينشأ الالتزام ، وقول الفقه الحاضر ان المخاطب يساهم فى تكوين التعبير وان علمه به من مكونات التعبير، يفيد ان فاعلية التعبير مناطها فكرة متميزة تماما عن فكرة الارادة ولا علاقة لها بها .

ثم اخذ الفقه يصرح بوضوح بأن الارادة ليست وحدها العامل الفعال فى نشأة الالتزام العقدى (وان كان بعضه لا زال متاثرا بفكرة تبعية التعبير للارادة) فمثلا يقول ديموج ان القوة الملزمة للتصرف القانونى لا تقوم فقط على

---

(١) السنهورى : الوسيط : الوسيط : الوسيط جـ ١ فقرة ٨١ .

(٢) عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام سنة ١٩٥٣ جـ ٢ ص ١٢٠ و ١٢١ . وفى نفس المعنى ، ديموج : اعلام الارادة فقرة ٣٨٤ ، والمراجع التى اشار اليها .

اساس فردى individuelle او نفسانى psychologique للارادة وانما تقوم ايضا على اساس اجتماعى sociale قوامه ما ينشأ لدى الغير من ثقة فى التصرف (١) . ويقول جورلا انه ليس من المعقول ولا من الصواب ولا حتى من المفهوم ان يلتزم الشخص لمجرد انه اصدر وعدا ، بل ولابد ان يكون الموعود له قد تولدت لديه ثقة فى هذا الوعد واعتمد عليه فى تنظيم اموره(١) . ويقول الفقيه الانجليزى بولوك Pollock

He who has given the promise is bound to him who accept it, not merely because he has or expressed a certain intention, but because he so expressed himself as to entitle the other party to reley on his acting in a certain way.

ويقول الاستاذ مورل (٢) « لقد قيل بحق انه ليس هناك ارتباطا منطقيا بين عبارة « انى اريد Je veux » وبين عبارة « انى التزم Je dois » . . وفضلا عن ذلك فانى قد التزم بالامس فى حين انى اليوم لا اريد ان ابقى ملتزماً . وعليه ، فاذا اقتصر الامر على النظر الى الارادة وحدها ، فلماذا تكون ارادتى اليوم اقل احتراما من ارادتى بالامس . ومع ذلك فان القانون يلزمنى باحترام ارادة الامس وتنفيذ الالتزام الذى سبق ان ارتضيته ، فلا استطيع ان اتحلل منه وهذا يعنى ان هناك شيئا آخر غير الارادة . فما هو هذا الشىء ؟ يمكن القول انه عندما التزم فان ثقة معينة تتولد لدى الطرف الآخر ، وانه من الضرورى لصالح التعامل القانونى : الا تهدر هذه الثقة التى اعتمد عليها الطرف الاخر » .

٩٦ ــ تعليل قصور نظرية الاعلان ونظرية الثقة وتفسير ما ورد عليهما من استثناءات على ضوء نظريتنا :

رأينا ان نظرية الاعلان فى صورتها المطلقة تعتد بالتعبير وحده ، وتعول على مضمونه الموضوعى على نحو مجرد يستخلص من معناه المادى دون نظر الى موقف المخاطب .

---

(١) ديموج : الالتزامات ج ١ فقرة ١٥ .

(٢) جورلا : التصرف القانونى واركانه مذكرات لقسم الدكتوراه بكلية حقوق الاسكندرية ١٩٥٣ / ١٩٥٤ ص ٤٨ .

ويبدو اذا ان نظرية الاعلان تعتد بالركن المادى وحده وتغفل الركن المعنوى تماما . ثم هى حتى بالنسبة للركن المادى لا تلتزم السواب تماما . ولذلك كانت الاستثناءات التى اوردها الفقه الالمانى والقانون الالمانى على هذه النظرية تتضمن تصحيحا للركن المادى واستكمالا للركن المعنوى .

فبالنسبة للركن المادى ، راينا ان الفقيهين الالمانيين باهر وهارتمان قيدا اعمال النظرية باشتراط أن يكون المخاطب حسن النية لا يعلم بوجود خلاف بين مقصود صاحب التعبير وبين المعنى المادى للتعبير . وراينا ما وجه من نقد للنظرية فى هذا الصدد ، اذ لا محل للاخذ بالمضمون الموضوعى للتعبير حالة ان المخاطب لم تتولد لديه ثقة فى هذا المضمون لعلمه بحقيقة الامر . ومن قبيل التصحيح للنظرية ايضا ما نص عليه القانون المدنى الالمانى فى المادة ١١٦ التى تقضى ببطلان التعبير اذا كان مقترنا بتحفظ ذهنى يعلمه المخاطب .

اما بالنسبة للركن المعنوى ، والذى تغفله نظرية الاعلان اغفالا تاما ، فقد راينا ان الفقهاء الالمان يشترطون توافر ارادة الاعلان volonté de déclaration لتفادى ارتباط المجنون والصغير بما يصدر عنه من تعبيرات . كما راينا ان القانون الالمانى يعتد بعيوب الارادة : الغلط والتدليس والاكراه لابطال التعبير . ومؤدى هذا وذاك استكمال شرطى المسئولية : الادراك وحرية الاختيار .

اما نظرية الثقة فى الفقه السويسرى ، فنظريتنا تتفق معها فيما يختص بالركن المادى ، وهى فى هذا صححت نظرية الاعلان ، ولكنها اغفلت تماما الركن المعنوى ، ولذلك استكمله الفقه والقضاء السويسريان مع القانون السويسرى باشتراط ان يكون صاحب التعبير ذا اهلية وان تكون ارادته خالية من عيوب الخلط والتدليس والاكراه ، وهو ما يعنى توافر شرطى المسئولية : الادراك وحرية الاختيار .

وبالنسبة لشرط ارادة التعبير ، وقد راينا انه محل خلاف فى الفقه والقضاء السويسريين ، فانه فى منطق نظريتنا يتعين التفرقة بين فرضين : حالة صدور التعبير من مجنون او صغير غير مميز ، وهنا لا شك ان الالتزام

لا ينشأ لفقد الادراك بسبب انعدام الاهلية اى التمييز . والفرض الثانى حالة ما اذا كان التعبير قد صدر من شخص كامل الاهلية ولكنه تعبير غير جدى لم يقصد به صاحبه تحمل التزام قانونى — فهنا ينشأ الالتزام اذا كان المخاطب قد تولدت لديه ثقة مبررة فى هذا التعبير بأن لم يكن يعلم او لم يكن فى استطاعته ان يعلم بعدم جديةالتعبير ، اذ انه فى هذا الفرض يتوافر الركنان المادى والمعنوى . واما اذا كان المخاطب يعلم ان التعبير غير جدى فالالتزام لا ينشأ لعدم توافر الركن المادى .

خاتمة البـــاب الأول

شرحنا فى هذا الباب الخطوط العامة لنظريتنا فى اساس الالتزام العقدى. وكان الامر يقتضى بعد ذلك أن ننتقل الى عرض نتائج النظرية . غير ان هناك بعض المسائل التى لم نتعرض لها فى شرح النظرية . كمسألة السبب ومسألة المشروعية ومشكلة الارادة المنفردة ومشكلة البطلان . فضلا عن أن بعض الافكار السائدة المتعلقة بهذه المسائل وبغيرها يصطدم مع نظريتنا . لذلك نخصص الباب الثانى بعنوان « تصحيح الاخطاء العلمية والفنية فى الوضع الحالى لنظرية العقد » لجلاء تلك المسائل ؛ حتى اذا ما فرغنا منها بدانا فى عرض تفصيلى لنتائج النظرية فى الباب الثالث .

الباب الثانى

تصحيح الأخطاء العلمية والفنية

فى الوضع الحالى لنظرية العقد

٩٧ ـ تمهيد :

يعانى الفقه اضطرابا شديدا فى دراسة اركان العقد . فمنذ ان نصت المادة ١١٠٨ من القانون المدنى الفرنسى على الشروط الجوهرية للعقد بانها الرضاء والاهلية والمحل والسبب المشروع ، والفقه حائر فى تاصيل اركان العقد حتى ان البعض يصرح بانه يتجاوز المنطق فيما يراه بشأن هذه الاركان .

فقد ذهب الفقه الفرنسى الى ان المادة ١١٠٨ تخلط بين شروط وجود العقد (الاركان) وبين شروط صحته (١) . اما الاركان فيرى جانب من الفقه انها ثلاثة الرضاء والمحل والسبب . واما شروط الصحة فاثنان الاهلية وخلو الارادة من عيوب الغلط والتدليس والاكراه (٢) . بينما يرى فريق آخر ان العقد يتكون اساسا بتوافر ارادتين ، فاذا اتفق المتعاقدان على نشأة التزامات ذات محل محدد تم العقد وتبقى بعد ذلك مسألة صحته ، وهذه تتطلب ان تكون الارادة صادرة من ذى اهلية وان يكون محل الالتزام مشروعا وان يكون الالتزام سبب موجود ومشروع (٣) .

ولكن الرايين السابقين ومعهما غالبية الفقه لا يقفون عند هذا الحد فيما يختص بالمحل والسبب ، بل يذهبون الى ان الرضاء هو ركن العقد الوحيد

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير جزء ٢ فقرة ٣٨ ، بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء ٢ فقرة ١١٥ .

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير الوضع السابق .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه الوضع السابق .

وليس للعقد محل او سبب ، وانما العقد تصرف يرتب اثرا ، وهذا الاثر هو خلق التزامات على عاتق طرفيه او على عاتق احدهما ، أما المحل والسبب فهما ركنان فى الالتزام ان لم يتوافر احدهما او كلاهما كان الالتزام باطلا ، وبطلان الالتزام يترتب عليه بطلان الرضاء ، وبطلان الرضاء يستوجب بطلان العقـــد (١) .

بيد ان هذا الراى الذى يقول به الفقه انما يتضمن قلبا للاوضاع فى ناحية منه ، ذلك ان العقد باعتباره مصدرا للالتزام فى نظر الفقه ، هو الذى ينشىء الالتزام وليس الالتزام هو الذى ينشىء العقد . أما القول بأن الالتزام باطل لعدم استيفاء اركانه فتعبير مضلل ، لان معنى ان الالتزام باطل انه لم ينشأ ، فهل عدم نشأة الالتزام هو الذى يؤدى الى عدم نشأة العقد ؟ هل عدم نشأة النتيجة هو الذى يؤدى الى عدم نشأة مصدرها ؟

وكما يقول الاستاذ بهجت بدوى : « لا يتصور ان يكون للالتزام اركان . انما الالتزام نتيجة ترد الى واقعة معينـــة . وان الدقة لتقتضى بأن نتطلب الاركان فى تلك الواقعة اى فى ذلك المصدر الذى ولد النتيجة الا وهو التراضى ، فاذا استوفى التراضى عناصره ، فانه يولد الالتزام حتما ، اما اذا تخلف احد هذه العناصر ســـواء اكان هو السبب ام المحـــل ام غيرهما فان الالتزام لن ينشأ » (٢) . وفى نفس المعنى يقول الاستاذ ابو عافية : « والحقيقة ان نشوء الالتزام وانتقاله وانقضاءه ، ليست سوى آثار قانونية تترتب على وقائع او تصرفات قانونية . واذا كان الامر كذلك فلا يصح ان ينسب للالتزام (وهو فى ذاته اثر قانونى) اثر او اركان ، انما الاثر يترتب على الواقعة ويبحث عن الاركان فى هذه الواقعة » (٣) .

وقد اصبح الاتجاه الغالب حاليا يميل الى اعتبار الارادة هى الركن الوحيد للعقد ، أما المحل والسبب فهما عنصران فى الارادة لانه لا يتصور ان تقوم

---

(١) فى هذا المعنى كولان وكابيتان ودى لاموراندير جزء ، فقرة ٢٨٠ بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٤٤ ، بلانيول وريبير واسمان جزء ٦ فقرة ٢١٨ ، بالهاميس ، جوسران جزء ٢ فقرة ١١٢ ، حشمت ابو ستيت فقرة ٧٢ .

(٢) بهجت بدوى : اصول الالتزامات فقرة ٤٣ ص ٧٠ .

(٣) ابو عافية : التصرف القانونى المجرد ص ٣٠٢ .

ارادة دون ان تكون متعلقة بمحل (١) ومتجهة الى غاية ، واما الاهلية وخلو الارادة من العيوب فمسلم بانهما شرطان فى صحة الارادة .

وكان مقتضى هذا الاتجاه أن يتحول الفقه الى دراسة العقد على أساس هذا التحليل باعتبار أن الاهلية والمحل والسبب عناصر يستلزمها وجود الارادة وصحتها ، لا أن يستقل كل واحد من هذه العناصر ، كما هو الوضع حاليا ، بنظرية مستقلة ، على نحو من شأنه أن يوهن الوشائج التى تربط هذه العناصر بالارادة ، ويؤدى بالتالى الى تعقيد الدراسة وتكرار بحث المسألة الواحدة فى أكثر من موضع .

غير ان الذى حال دون هذا الاندماج حتى الآن ، انه اولا بالنسبة للاهلية كانت قد نشأت نظرية عامة تضم بين جنباتها شتاتا من الافكار لا علاقة لواحدة منها بالاخرى . وبالنسبة للمحل والسبب يشترط الفقه أن يكون كل منهما مشروعا (وان كان الرأى الغالب أن المشروعية انما تظهر فى السبب). ولما كانت المشروعية مسألة لا علاقة لها بالارادة فقد ظل كل من المحل والسبب محتفظا بنظرية مستقلة . ولعل هذا هو ما دعا الاستاذ السنهورى بعد ان كان يقول ان الرضاء هو الركن الوحيد للعقد (٢) ، الى القول بأن « العقد يقوم على الارادة ، اى تراضى المتعاقدين . والارادة يجب ان تتجه الى غاية مشروعة وهذا هو السبب . فللعقد اذن ركنان : التراضى والسبب » (٣) . .

واما بالنسبة للشروط الاخرى فى المحل والسبب ، فقد تعذر ادماجها كلية فى الارادة ، بالنظر الى ان هناك حالات فيهما لا تفسر بالرجوع الى الارادة .

والى جانب ما تقدم يدرس الفقه فى باب الارادة باعتبارها ركن العقد عنصر التعبير ، مع أن التعبير كما سبق القول لا يدخل فى محلول الارادة ، بل يقوم على فكرة مستقلة ومتميزة تماما عن طبيعة الارادة .

---

(١) راجع بشأن تحليل طبيعة المحل كعنصر ذاتى متعلق بالارادة وننى الفلسفة المثالية عنه ديموج ج ٢ فقرة ٧٤٧ وجميل الشرقاوى رسالته من البطلان فقرة ٩٧ وقد اشار الى تاييد جابيو لهذا الرأى فى رسالته ص ٢١٦ .

(٢) نظرية العقد سنة ١٩٣٦ فقرة ١٥٢ .

(٣) الوسيط جزء ١ سنة ١٩٥٢ فقرة ٦٨ .

اما فى نظريتنا ، فقد قلنا ان قوام نشأة الالتزام العقدى ركنان : ركن مادي هو الثقة المتولدة من التعبير ، وركن معنوى وهو المسئولية . أما الركن المادى يدرس قائما بذاته . واما الركن المعنوى فنندمج فيه الاهلية باعتبارها قرينة لى توافر الادراك . وبالنسبة للمحل والسبب فتوزع شروطهما عدا شرط لشروعية على الركنين المادى والمعنوى ، أما عن المشروعية فهى كما سنرى سألة خارجة من نشأة الالتزام القانونى .

على أن تلك العيوب سالفة الذكر ، ليست هى وحدها التى تشوب لدراسة الحالية لنظرية العقد ، بل هناك عيب اساسى اخطر فى فكرة العقد اتها : فكرة ان العقد مصدر للالتزام ، ذلك ان الفقه يقول ان الالتزام يتولد ن العقد ، والعقد ركنه الارادة ، فلا يقول مباشرة ان الالتزام مرده الى لارادة بل يقول ان العقد هو مصدره ومن ثم يقيم واسطة بين الواقعة وبين يجتها . واذا كان العقد يتكون من ارادتى طرفيه ، فان التزام كل منهما رتد الى ارادته هو وحدها (مع فهم الارادة هنا بمعنى المسئولية) فكان لقول بأن العقد مصدر للالتزام يعنى أن اساس التزام كل من طرفيه ليس رادته وحدها بل ارادة الطرف الاخر ايضا ؛ ولكننا لا نقف هذا الحد ، بل سننتهى الى القول بأن العقد فكرة افتراضية محضة ، وقد ادت شان كل فتراض الى خلق مشاكل خطيرة استحال حلها .

وعلى ضوء ما تقدم ، نخصص الفصل الاول من هذا الباب لبحث ادماج لاهلية والمحل والسبب فى الركنين المادى والمعنوى فى نظريتنا ، وبيان ان لمشروعية ليست عنصرا فى نشأة الالتزام التعاقدى . وفى الفصل الثانى بحث تهافت فكرة العقد كمصدر للالتزام وما نتج عن هذه الفكرة الخاطئة ن مشاكل .

الفصل الأول

ادماج الاهلية والمحل والسبب
فى الركنين المادى والمعنوى فى نظريتنا

الفرع الأول

الأهلية

٩٨ ــ عدم تناسق النظرية العامة للاهلية :

يدرس الفقه تحت عنوان النظرية العامة للاهلية ثلاثة انظمة مختلفة لا علاقة البتة بين كل نظام منها والآخر ، لان كل نظام منها يصدر عن فكرة خاصة به ، وهذه الانظمة هى : اهلية الوجوب Capacité de jouissance واهلية الاداء Capacité d'exercice والمنع من مباشرة بعض التصرفات Interdiction légale de contracter .

فأهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لوجوب الحق له او عليه . ومن ثم فهى تتصل بالشخصية القانونية ولا تتصل بالارادة ، بل ان هذه الاهلية هى الشخصية القانونية ذاتها لان الشخص فى القانون هو من كان قابلا للتمتع بالحقوق او للالتزام بها ، فاذا انعدمت هذه القابلية انعدمت الشخصية معها (١) .

اما اهلية الاداء فهى صلاحية الشخص لاستعمال الحق استعمالا تترتب عليه آثار قانونية ، ولا يكون الشخص كذلك الا اذا كان مميزا . فهذا النوع

---

(١) السنهورى : نظرية العقد هامش ص ٣١٧ والوسيط جزء ١ فقرة ١٤٥ ، انور سلطان : مصادر الالتزام فقرة ٦٠ .

من الاهلية مناطه التمييز اى الادراك ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الاهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته (١) .

ويبين مما تقدم أن ما يسمى باهلية الوجوب نوع مختلف تماما من أهلية الاداء ، فكل منهما تقوم على أساس مغاير للاساس الذى تقوم عليه الاخرى، مما يمكن معه — كما يقول الاستاذ السنهورى ، بل مما يتعين معه — فصل أهلية الوجوب من اهلية الاداء فصلا تاما ، وهذا مما يساعد على تبسيط الموضوع (٢) . والحقيقة ان الامر لا يعدو ان يكون وحده فى اللفظ لا وحدة فى الجنس .

أما أحوال المنع من التصرف ، والتى أقحمت فى النظرية العامة للاهلية لذات طبيعة مختلفة تماما عن اهلية الاداء ، ومن هذه الاحوال منع المحكوم عليه فى جناية من التصرف فى امواله ومنع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ، ومنع التعامل مع الاجانب وقت الحرب . فاساس هذا المنع لا يتصل بالتمييز وهو مناط اهلية الاداء ، وانما يرجع الى عبارات متعلقة بالمشروعية (٣) ، غاية الامر ان المشرع لا يترك هذه المسألة لاجتهاد القضاء ، وانما يتدخل فيحدد الاحوال التى يرى انها تضر أو قد تضر بالمصلحة العامة ، ومن ثم فالاثر المترتب على المنع من التصرف يختلف عن الاثر المترتب على اهلية الاداء وانعدامها ، فأهلية الاداء مقصود بها حماية الشخص عديم الاهلية أو ناقصها ، أما أحوال المنع من التصرف فالاثر المترتب عليها موجه ضد نفس الشخص الذى لا يتمتع بصلاحية مباشرة التصرف . ولذلك فان ناقص اهلية الاداء هو الذى يسمح له برفع دعوى بطلان التصرف بينما لا يسمح بذلك للشخص الذى قامت فى شأنه حالة منع من التصرف . .

---

(١) الوسيط جزء ١ فقرة ١٤٧ .

(٢) السنهورى : نظرية العقد هامش ص ٢١٧ والوسيط جزء ١ فقرة ١٤٦ .

(٣) يلاحظ أن بعض الفقه يدرج فى زمرة أحوال المنع من التصرف ما هو فى حقيقة الامر صورة خاصة لضعف الارادة كحالة منع المريض اثناء مرضه من التبرع للطبيب الذى يعالجه وهى حالة نصت عليها المادة ٩٠٩ مدنى فرنسى فالتصرف فى هذه الحالة قرينة قانونية على أن ارادة المريض كانت معيبة فى ادراكها أو فى حريتها ومن ثم لا تدخل هذه الحالة ضمن حالات المنع من التصرف المؤسسة على فكرة حماية النظام العام أو المشروعية .

٩٩ ـ تفكيك النظرية العامة للاهلية :

فاذا كانت النظرية العامة للاهلية على ما تقدم نظرية غير متماسكة لا يربط بين صورها اساس واحد ، فاننا نرى اتباعا للدقة العلمية ومنعا للخلط والاضطراب تجنب استعمال لفظ الاهلية ، وتفكيك النظرية العامة للاهلية على ان تدرس كل صورة منها فى مجالها الطبيعى : فاهلية الوجوب تدرس فى الشخصية القانونية . واحوال المنع من التصرف تدرس فى مبحث المشروعية (١) ، اما أهلية الاداء ومناطها التمييز فتندمج فى الارادة كمظهر للمسئولية وبمعنى اخص فى شرط الادراك فى المسئولية .

وهذه الخطة متحققة فى دراسة المسئولية عن الفعل الضار . فلا يثار فيها غالبا اصطلاح الاهلية بل تدرس فيها حالات صغر السن والآفات العقلية ضمن شرط الادراك . وهذا هو الشأن ايضا فى المسئولية الجنائية .

والواقع ان الفقه كان قد بدا السير فى هذا الاتجاه عندما لاحظ ان شرط الاهلية الذى ورد فى المادة ١١٠٨ مدنى فرنسى على انه شرط قائم بذاته انما يندمج فى الرضاء ؛ لان الارادة لا تكون واعية الا اذا صدرت عن ذى أهلية وكانت غير مشوبة بغلط . ولذلك اغفل القانون المدنى المصرى الحالى الاهلية كشرط مستقل واندمج قواعدها مع قواعد عيوب الارادة ضمن ركن الرضاء. وكذلك فعل القانون المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٩٤٢ . ويؤسس الاستاذ فريد مراد تاصيل هذا الاتجاه على ان الاهلية ليست قسما مستقلا catégorie indépendante بل هى عنصر فى الرضاء (٢) .

ويقيم الاستاذ جوسران الصلة بين الاهلية وبين الرضاء على اساس ان نقص الاهلية مؤداه وجود عيب فى الرضاء ، اذ هو يدخل فى الفكرة الواسعة لهذه العيوب L'incapacité civile se ramène au concept plus large des vices du consentement. (٣)

---

(١) راجع فى استبعاد احوال المنع من التصرف من النظرية العامة للاهلية حوان مقاله عن نقص الاهلية ، بالمجلة العملية سنة ١٩٤٧ ص ٤٠٥ ، جميل الشرقاوى نظرية بطلان التصرف القانونى فقرة ٨٨ .

(٢) فريد مراد ، الاستاذ بجامعة مونبلييه ، دروس دكتوراه فى القانون المدنى المقارن لكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ٥٨ ١٩٥٩ ص ٩٧ .

(٣) جوسران ج ٢ فقرة ١١١ . وفى هذا المعنى بونسار دروسه السابقة ص ١٠١ .

والواقع انه لا فرق بين اثر كل من نقص الاهلية والغلط فى الارادة كمظهر للمسئولية بصدد تصرف معين ، فكلاهما يؤدى الى خلل فى الادراك ، الا ان نقص الاهلية يقيم قرينة قانونية مفترضة على ان الشخص لا يستطيع بسبب صغر سنه او حالته العقلية ان يكون على ادراك كامل ، ولا حاجة بمقتضى هذه القرينة المطابقة للواقع غالبا أن يبحث فى كل حالة على حدة لمعرفة هل كان ناقص الاهلية متمتعا بادراك تام أم لا ، فلا يكلف من لم يبلغ سن الرشد اثبات ان ادراكه كان غير كامل(١) . بينما فى حالة الغلط الذى يقع فيه الشخص البالغ يتعين عليه اثبات انه لم يكن فى استطاعته ادراك حقيقة الواقع . اى ان الخلاف بين نقص الاهلية وبين عيب الغلط ينحصر فى نطاق الاثبات ، وذلك فرق لا علاقة له بجوهر المسألة .

---

(١) فى هذا المعنى ديمولومب جزء ٢٤ فقرة ٢٩٤ ، هو ان مقاله السابق ص ٣٨٥ — ٣٨٦ ، حشمت أبو ستيت فقرة ١٢٦ ، جميل الشرقاوى فقرة ٩٠ .

الفرع الثانى

المحـــل

١٠٠ ــ عدم تناسق النظرية العامة للمحل :

يوجد فى الفقه الحاضر نظرية عامة للمحل ؛ تضم بين جنباتهـــا افكارا متعددة لا رابطة بينها .

ويرى الاستاذ جورلا فى هذه النظرية تجميعا لشتات حالات مختلفة تماما بما لا يتضمن اية فائدة علمية او عملية (١) .

ويستعرض الاستاذ جورلا هذه الحالات ليستظهر عدم وجود فكرة موحدة تهيمن عليها . وهذه الحالات فى قوله هى : ا ــ الاشياء الخارجة عن التعامل choses hors de commerce ويتضمن هذا القسم عدة انواع مختلفة منها أموال القطاع العام المملوك للدولة ، ومنها الاموال الخاصة الممنوع التصرف فيها Biens indisponibles dans le domaine privé ومنها الاموال التى لا يسمح بالتعامل فيها او يسمح به تحت شروط معينة كالمخدرات التبغ والسوق السوداء والدواء والمواد السامة . ب ــ الاداءات غير المشروعة prestations illicites وهـــذه تقتـــرب احيـــانا من بعض الحـــالات التى يتضـــمنها القسم الاول . جـ ــ عدم وجود المحل . د ــ استحالة المحل هـ ــ الاشياء المستقبلة . و ــ تركة شـخص حى (٢) .

ويلاحظ أن هذه الحالات يوزعها الفقه بوجـــه عام تحت شروط ثلاثة : أولها ان يكون المحل ممكنا وثانيها ان يكون معينا او قابلا للتعيين وثالثها ان يكون قابلا للتعامل فيه .

---

(١) جورلا La théorie de l'objet du contrat dans la civil law. مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣ العددان الثالث والرابع سبتمبر وديسمبر سنة ١٩٥٣ ص ١١١ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٢ ــ ١١٤ .

والواقع انه لا فرق بين اثر كل من نقص الاهلية والغلط فى الارادة كمظهر للمسئولية بصدد تصرف معين ، فكلاهما يؤدى الى خلل فى الادراك ، الا ان نقص الاهلية يقيم قرينة قانونية مفترضة على ان الشخص لا يستطيع بسبب صغر سنه او حالته العقلية ان يكون على ادراك كامل ، ولا حاجة بمقتضى هذه القرينة المطابقة للواقع غالبا أن يبحث فى كل حالة على حدة لمعرفة هل كان ناقص الاهلية متمتعا بادراك تام أم لا ، فلا يكلف من لم يبلغ سن الرشد اثبات ان ادراكه كان غير كامل(١) . بينما فى حالة الغلط الذى يقع فيه الشخص البالغ يتعين عليه اثبات انه لم يكن فى استطاعته ادراك حقيقة الواقع . اى ان الخلاف بين نقص الاهلية وبين عيب الغلط ينحصر فى نطاق الاثبات ، وذلك فرق لا علاقة له بجوهر المسألة .

---

(١) فى هذا المعنى ديمولومب جزء ٢٤ فقرة ٢٩٤ ، هو ان مقاله السابق ص ٣٨٥ — ٣٨٦ ، حشمت أبو ستيت فقرة ١٢٦ ، جميل الشرقاوى فقرة ٩٠ .

الفرع الثانى

المحـــل

١٠٠ ــ عدم تناسق النظرية العامة للمحل :

يوجد فى الفقه الحاضر نظرية عامة للمحل ؛ تضم بين جنباتهـــا افكارا متعددة لا رابطة بينها .

ويرى الاستاذ جورلا فى هذه النظرية تجميعا لشتات حالات مختلفة تماما بما لا يتضمن اية فائدة علمية او عملية (١) .

ويستعرض الاستاذ جورلا هذه الحالات ليستظهر عدم وجود فكرة موحدة تهيمن عليها . وهذه الحالات فى قوله هى : ا ــ الاشياء الخارجة عن التعامل choses hors de commerce ويتضمن هذا القسم عدة انواع مختلفة منها أموال القطاع العام المملوك للدولة ، ومنها الاموال الخاصة الممنوع التصرف فيها Biens indisponibles dans le domaine privé ومنها الاموال التى لا يسمح بالتعامل فيها او يسمح به تحت شروط معينة كالاتجار التبغ والسوق السوداء والدواء والمواد السامة . ب ــ الاداءات غير المشروعة prestations illicites وهـــذه تقتـــرب أحيـــانا من بعض الحـــالات التى يتضـــمنها القسم الاول . ج ــ عدم وجود المحل . د ــ استحالة المحل هـ ــ الاشياء المستقبلة . و ــ تركة شـخص حى (٢) .

ويلاحظ أن هذه الحالات يوزعها الفقه بوجـــه عام تحت شروط ثلاثة : أولها ان يكون المحل ممكنا وثانيها ان يكون معينا او قابلا للتعيين وثالثها ان يكون قابلا للتعامل فيه .

---

(١) جورلا La théorie de l'objet du contrat dans la civil law. مقال بمجلة القـانون والاقتصاد السـنة ٢٣ العددان الثالث والرابع سبتمبر وديسمبر سنة ١٩٥٣ ص ١١١ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٢ ــ ١١٤ .

ويلاحظ أيضا أن شرط قابلية المحل للتعامل فيه ينضوى تحته ثلاث حالات مختلفة لا علاقة بينها : أولها عدم قابلية المحل للتعامل فيه بالنسبة لطبيعته كالشمس والهواء ، وثانيها عدم جواز التعامل فى المحل بالنسبة للغرض الذى خصص من أجله كالاموال العامة ؛ وثالثها عدم جواز التعامل فى المحل لعدم مشروعيته . وواضح انه لا توجد ثمة رابطة تبرر جمع هذه الانواع واقحامها تحت عنوان واحد . وهذا ما دعا جانبا من الفقه الى اعتبار شرط المشروعية شرطا مستقلا عن شرط قابلية المحل للتعامل فيه بحيث يقتصر هذا الشرط الاخير على الحالتين الاولى والثانية سالفتى الذكر (١) . هذا بينما يرى البعض ان الاموال العامة تنطوى على محل مستحيل (٢) . ويرى البعض الآخر أن الاشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هى اشياء مستحيلة (٣) .

وايا كان الامر فى هذا الخلاف ؛ فواضح أن الفقه يجمع تحت ركن المحل حالات عديدة لا انسجام بينها لعدم استنادها الى فكرة موحدة . ويتساءل الاستاذ جورلا عن الفائدة من جمع شتات هذه الحالات تحت اسم واحد ، ولماذا اذن لا تنضم الى هذه الحالات حالات اخرى مثل بيع ملك الغير وملك المشترى والتعهد بأداء لمصلحة الغير .. الخ . ويستطرد فيقول انه لا يمكن ان يستخلص من هذه الحالات المتنافرة أى مبدأ او اية خطة عامة aucun trait général وليس هذا الوضع الا تبويبا هجائيا table alphabétique لكل ما يثار فى الذهن عن لفظ المحل ، ثم يلاحظ الاستاذ جورلا أن عدم فائدة النظرية العامة للمحل قد اكده بعض الفقهاء بتفسيرهم الحالات التى تندرج تحت هذه النظرية دون حاجة الى الرجوع اليها (٤) .

ويستعرض الاستاذ جورلا الحالات التى يدرجها الفقه تحت ركن المحل ليدلل على أن كلا منها يمكن تبريره على ضوء قواعد اخرى ، فيرى ان الاشياء الخارجة عن التعامل والاداءات غير المشروعة تفسرها بصورة افضل الفكرة

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٢٥٧ .
(٢) بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٢٢٤ .
(٣) السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٢٢٧ ، انور سلطان : مصادر الالتزام فقرة ١٧٧ .
(٤) جورلا : مقاله السابق ص ١١٤ — ١١٥ .

الهامة للعقد غير المشروع ؛ لانه فى معظم الحالات التى يقال فيها ان المحل غير مشروع يكون الاداء فى ذاته كنشاط ، مشروعا ، وهو لا يكون غير مشروع الا طبقا للمسلك الذى يتبعه المتعاقدان وللبواعث التى تدفعهما الى ابرام العقد ؛ وهذا يدخلنا فى نطاق السبب غير المشروع (١) . اما المحل غير الموجود او المحل المستحيل فيمكن تفسيره من وجهة نظر الارادة ، لان الارادة التى تتعهد بالتزام محله مستحيل لا تكون ارادة جدية ، وكذلك الشان فى حالة عدم تعيين المحل . أما عن بطلان بعض العقود المتعلقة بأموال مستقبلة (عدا التركات المستقبلة) فأساس البطلان هنا هو حماية المتصرف من نزقه اذا وهب هذه الاشياء او رهنها اى ان الامر مرده الى عيب يلحق بالارادة . واما عن بطلان العقود المتعلقة بتركه مستقبله فأساسه المصلحة العامة التى يقوم عليها نظام الارث .

وينتهى الاستاذ جورلا فى بحثه الى أن النظرية الحالية للمحل كشرط لصحة العقد ، لا تحقق اية فائدة لا من ناحية محاولة استخلاص مبدأ عام يفسر الحالات التى تندرج تحت شرط المحل ، ولا من وجهة قدرة هذه النظرية على تنسيق هذه الحالات لاغراض تعليمية buts didactiques بغية جعل الدراسة اكثر وضوحا .

١٠١ — توزيع شروط المحل فى نظريتنا :

سبق أن اشرنا الى ان جانبا من الفقه يربط بين المحل وبين الارادة فيعتبر المحل عنصرا فيها لانه لا يتصور أن تقوم ارادة حرة وواعية دون ان تكون متعلقة بمحل .

الا ان هذا القول ليس صحيحا على اطلاقه ؛ فقد تتوافر الارادة الحرة الواعية دون أن تكون متعلقة بمحل موجود او ممكن ، كتعهد شخص ببيع شىء كان قد هلك قبل التعاقد وكان هو يعلم ذلك .

---

(١) ويؤيد بلانيول وريبير وبولانجيه (ج ٢ فقرة ٢٥٩) هذا الراى بقولهم ان صفة عدم المشروعية لا تلحق الاشياء فى حد ذاتها ولكنها تظهر فى طريقة استعمالها ، فأى مبلغ من النقود لا يمكن فى اى غرض أن يوصف بعدم المشروعية . ولكنه يمكن ان يعطى لارتكاب جريمة مثلا ، فهنا ترجع عدم المشروعية هنا الى المحل بل ترجع الى السبب .

اما عن موقف نظريتنا من شروط المحل ، فواضح انه اذا كان المحل غير معين او غير قابل للتعيين او كان غير قابل للتعامل فيه بطبيعته ، فان ثقة ما لا تتولد لدى المخاطب ، ومن ثم لا ينشأ الركن المادى ، ولا حاجة بعد ذلك لبحث الركن المعنوى . .

اما اذا كان المحل مستحيلا او كان غير قابل للتعامل فيه بالنسبة للغرض الذى خصص من اجله . فالركن المادى يقوم اذا كان المخاطب لا يعلم ان المحل كذلك ، وعندئذ يتعين بحث قيام الركن المعنوى . وقد سبق ان راينا علاقة استحالة المحل بالغلط وتاثير ذلك على الادراك احد شرطى المسئولية ، وما قلناه فى هذا الصدد ينطبق ايضا فى حالة عدم قابلية المحل للتعامل فيه بالنسبة للغرض الذى خصص من اجله ، فاذا كان المتعهد يدرك ذلك نشأ الركن المعنوى اما اذا جهل ان ما تعهد به يتعلق بمحل غير قابل للتعامل فيه وكان معذورا فى جهله لم تقم مسئوليته .

واذا ، فشروط المحل — عدا شرط المشروعية — توزع فى نظريتنا على الركنين المادى والمعنوى مما لا حاجة معه الى قيام نظرية عامة ومستقلة للمحل .

ولكن الامر لا يقتصر على مجرد انعدام فائدة النظرية العامة للمحل بارجاع شروطه الى الركنين المادى والمعنوى ، ومن ثم رد كل مسالة الى الاصل الذى تقوم عليه ، بل ان الامر اعمق من ذلك : فقد سبق ان راينا ان قاعدة الالتزام بمستحيل قاعدة غير دقيقة ، وهذا ما يسلم به الفقه فى حالة الاستحالة النسبية وما نراه بالنسبة للاستحالة المطلقة اذا كان المحل قد هلك قبل التعاقد وكان المتعهد يعلم ذلك ؛ مما يبين معه ان الاستحالة ليست هى مناط عدم نشأة الالتزام ، وانما المعول عليه هو توافر شرط الادراك من عدمه بعد بحث قيام الركن المادى . وهذا ما نقول به ايضا بالنسبة لحالة عدم قابلية المحل للتعامل فيه بالنسبة للغرض الذى خصص من اجله .

وقد سبق ان راينا جانبا من اضطراب الفقه فى بحث مسالة الاستحالة ، فقد فرق الفقه فى المحل الممكن بين الاستحالة المطلقة التى تقوم بالنسبة للكافة وبين الاستحالة النسبية التى تقوم بالنسبة للمتعهد دون غيره ، ولم

يبين اساس اختلاف الحكم فى الحالتين مع أن الاستحالة سواء أكانت مطلقة او نسبية فهى استحالة بالنسبة للمتعهد وهو الذى يتعهد لا غيره . وقال ان الاستحالة المطلقة تمنع نشأة الالتزام والاستحالة النسبية لا تمنعه . مع أن هذا القول غير صحيح على اطلاقة بالنسبة للاستحالة النسبية اذا كان الطرف الآخر يعلم أن المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه . وفى شرط وجود المحل قال الفقه ان الالتزام لا ينشأ اصلا اذا كان المحل غير موجود ؛ ثم لم يستطع أن يبرر أساس الزام المتعهد بالتعويض اذا كان يعلم وقت التعهد ان المحل غير موجود وكان الدائن يجهل ذلك .

وهذا هو نتيجة الانحراف عن الدقة العلمية : تعقيد فى الدراسة وتصعيب لها باستثناءات من القاعدة ثم باستثناء من الاستثناء . ولا ريب فالطريق غير العلمى هو اطول طريق ، لانه طريق غير المتحقق من الرؤية .

اما عن شرط المشروعية ، فقد قلنا من قبل ان مسالة المشروعية خارجة عن نطاق نشأة الالتزام ، وسنتعرض لبحثها فى الفرع التالى .

الفرع الثالث

السبب

مقدمة

١٠٢ ـ علاقة السبب بالارادة :

لعل نظرية لم يكتنفها الغموض كما اكتنف نظرية السبب . ولعل موضوعا لم يتوزع فيه الراى كما توزع راى الفقه بشأن عنصر السبب ، لا من حيث طبيعته وخصائصه ووظيفته ، بل من حيث فائدته أصلا ، حتى ذهب البعض الى انكار اى دور له بينما أصر آخرون على انه ركن لا تقوم للالتزام قائمة بدونه ..

وفى راينا أن الجانب الاكبر فى هذه البلبلة يقع وزره على عاتق مذهب الارادة فى اعتداده بالمدلول الخاطىء لفكرة « الارادة » ، وفيما ترتب على الاخذ به من أخطاء .

وقبل ان نوضح هذا القول ، يتعين بداءة ان نحدد مركز السبب :

فاذا كان السبب بوجه عام هو الغرض الذى من أجله يلتزم المتعاقد ، فقد قام الخلاف بشأن تحديد مركزه من التصرف : فذهب البعض الى انه ركن فى الالتزام ، وذهب آخرون الى انه ركن فى العقد ، وقال فريق ثالث ان للالتزام سببا وللعقد سببا آخر ، وقال آخرون ان السبب ركن أو شرط فى الارادة .

أما القول بان السبب ركن فى الالتزام بدونه لا ينشأ العقد ، فذلك قلب للاوضاع كما سبق أن ذكرنا (١) فالعقد ـ فى النظرة الحالية ـ هو الذى

---

(١) ما سبق فقرة ١٠٨ .

ينشىء الالتزام وليس الالتزام هو الذى ينشىء العقد ، وما الالتزام الا اثر يترتب على واقعة ، والاركان يبحث عنها فى الواقعة لا فى النتيجة .

واما القول بان السبب ركن فى العقد ، فذلك مردود بما سنبينه فى الفصل الثانى من الباب الحالى من ان العقد فكرة افتراضية . فاعتبار السبب ركنا فى هذا الكائن الوهمى امر غير مفهوم ، والا ، اليس العقد فى ظل التصوير الحالى هو توافق ارادتين ؟ فما معنى القول بان هناك سببا قائما بذاته لهاتين الارادتين المتوافقتين بدونه لا ينشأ العقد ، وماذا يكون هذا السبب اذا ؟!

واذا كان البعض يقول ان للالتزام سببا وللعقد سبب آخر(١) ، وان سبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذى يقصده الملتزم ، وسبب العقد هو الباعث الذى دفع المتعاقد الى الالتزام فان هذه تفرقة معيبة ، فكلا السببين هو الذى دفع المتعاقد الى الالتزام ، غاية الامر ان السبب الاول هو الغرض المباشر والسبب الثانى غير مباشر . وليس صحيحا ان الباعث الدافع هو سبب العقد . وهذا واضح من تعريف القائلين بهذا الراى ، فليس الباعث الدافع الى التعاقد هو سبب العقد اى سبب توافق الارادتين ، وانما الباعث يتعلق بارادة كل منهما على حدة ، وكذلك الشأن بالنسبة للسبب بمعنى الغرض المباشر .

وبهذا التحليل تنتهى بوجه عام الى صحة ما يقول به الاستاذ سليمان مرقس من ان السبب ركن فى الارادة التى يلتزم بها صاحبها او بعبارة اخرى شرط فى الارادة التى تنشىء الالتزام (٢) . وهذا ترديد لما يقول به الفقه من انه لا يتصور ان تتحرك ارادة شخص دون ان تكون مدفوعة الى تحقيق غرض ، ومن ثم فالسبب جزء من الارادة متلازم معها ، والا فلو كان شيئا متميزا لكان العقد او الالتزام المعتدى لا يقوم على الارادة وحدها .

---

(١) من هذا الراى ، عبد المنعم الصدة : مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ فقرات ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢٢١ .

(٢) سليمان مرقس : نظرية العقد سنة ١٩٥٦ فقرة ١٥٧ .

١٠٣ ـــ قيام نظرية السبب تبعا للمفهوم الخاطىء لمدلول الارادة . تعليل مظهر الصحة النسبية لنظرية السبب :

سبق ان اشرنا الى ان للارادة مفهومين : مفهوم على معنى الرغبة او المشيئة ومفهوم على معنى المسئولية . وقلنا ان المفهوم الاول هو الذى قام عليه مبدأ سلطان الارادة ، وعلى هذا المفهوم الذى سبق ان وجهنا اليه النقد تفصيلا نشأت نظرية السبب ، فهذه النظرية كما هو معروف لم تظهر الا بظهور مبدأ الرضائية الذى يعتبر الالتزام وليد الارادة وهى التى تخلقه بمشيئتها ، فكان طبيعيا تمشيا مع هذا المفهوم ، أن يمتد بالسبب الذى دفع الارادة الى التعاقد لتعلقه باشباع رغبتها لانه هو الهدف الذى تقوم عليه مشيئتها .

وهكذا نرى ان نظرية السبب انما نشأت تبعا للمفهوم الخاطىء الذى سار عليه مذهب الارادة ، فكان لابد وان تكون خاطئة هى الاخرى ، فنحن لسنا فى مجال اشباع رغبة ، وانما فى مجال نشأة الالتزام ، والالتزام ينشأ لا لان ارادة الشخص ترغب فى نشأته ، وانما ينشأ الالتزام كاثر لفعل محرك للمسئولية ، وهذا هو المفهوم الصحيح للارادة كما سبق القول ، وفى ظل هذا المفهوم لا يكون هناك محل للبحث عن الغرض الذى دفع الشخص الى التعاقد ما دام ان مسئوليته قد توافرت .

حقيقة يبدو للذهن ان انعدام الغرض او عدم مشروعه يعنى عدم قيام ارادة واعية او حرة ، ولكن هذه نظرة سطحية لا تنفذ الى عمق المسألة . ومرد هذه النظرة ان عدم وجود السبب او عدم مشروعه يجىء مظهرا عارضا على وجود خلل فى الادراك او فى حرية الاختيار ، فليس السبب فى حد ذاته هو الذى يؤثر فى نشأة الالتزام ، ولكن لان عدم وجوده او عدم مشروعه يكون عادة قرينة على عدم توافر المسئولية وهى قرينة لا تقوم فى كل الاحوال ، فقد تتوافر المسئولية رغم انعدام السبب ورغم زيفه .

ولكن هذا القول فى بيان نشأة نظرية السبب ، ليس الا ايضاحا لجانب من المسألة ، اذ ان هناك عدة اخطاء تدخلت لتعقيد المشكلة ، يرتد معظمها الى فساد وقصور الاساس الحالى للالتزام العقدى .

١٠٤ ـ موقف نظريتنا من السبب ـ خطة البحث :

وعلى ما تقدم ، فان السبب فى نظريتنا ليس بذاته ـ ركنا فى نشأة الالتزام ، وانما الامر فى تخلفه أو عدم صحته يرتد الى عدم توافر الركن المادى تارة أو الركن المعنوى تارة أخرى . بما لا محل بعد ذلك الى اعتبار السبب ركنا قائما بذاته ، وافراده بنظرية مستقلة .

ويستدعى بيان وجهة نظرنا ان نتعرض فى مبحث اول للافكار الرئيسية فى نظرية السبب لايضاح موقف نظريتنا منها فيما يختص بوجود السبب وصحته ، ونختتم هذا المبحث بتعداد الاخطاء التى ادت الى غموض نظرية السبب وتضارب الراى بشأنها .

وفى مبحث تال ، نتكلم عن المشروعية لبيان ما سبق ان ذكرناه من انها مسألة خارجة عن نشأة الالتزام القانونى .

المبحث الأول

وجود السبب وصحته

لا حاجة بنا الى التحدث عن تطور نظرية السبب ، فهذه الناحية التاريخية لا تهمنا كثيرا فى معرض استجلاء الحقيقة العلمية ، وانما نقتصر على التعرض لهذه النظرية حسبما انتهى اليه تطورها لنفحص كنهها على ضوء ما سبق ان ذكرناه فى المقدمة .

ومعروف ان تطور فكرة السبب قد اسفر عن نظريتين : النظرية التقليدية والنظرية الحديثة . فنبحث كل واحدة منها تباعا .

(أ) النظرية التقليدية فى السبب

١٠٥ ــ معنى السبب فى النظرية التقليدية وشروطه :

السبب فى فقه النظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من ورآء التزامه ، وهو على هذا النحو يتميز بأنه موضوعى وداخل فى العقد وغير متغير فى النوع الواحد من العقود ، فهو لا يتأثر بشخصية الملتزم أو بنواياه ، وهو جزء من العقد يستخلص من نوعه ولا يختلط بالبواعث التى تتغير باختلاف المتعاقدين . فمثى العقد الملزم لجانبين يعتبر التزام أحدهما هو سبب التزام الطرف الآخر ، وفى العقد الملزم لجانب واحد يكون السبب هو استلام الشىء اذا كان العقد عينيا ، ويكون نية التبرع اذا كان العقد تبرعا .

ويبين من معنى السبب فى النظرية التقليدية انه ليس الا تحليلا أو وصفا لانواع العقود ، فهو لا يضيف شيئا جديدا الى العقد ، فمن طبيعة العقد الملزم لجانبين ان ينشىء التزاما فى ذمة كل طرف ، والتزام كل منهما يسمى سببا بالنسبة لالتزام الاخر . والعقد العينى لا ينشا اصلا الا اذا تم استلام الشىء محل المتعاقد ومن ثم فعدم قيام السبب يختلط

بعدم قيام العقد نفسه . والعقد لا يكون تبرعا الا اذا كان الملتزم فيه يقصد أن يعطى دون مقابل .

وتشترط النظرية التقليدية فى السبب أن يكون موجودا وأن يكون صحيحا وأن يكون مشروعا . أما من شرط المشروعية فنرجىء التحدث عنه الى المبحث التالى ونتحدث الان عن شرطى الوجود والصحة .

١٠٦ ــ شرط وجود السبب :

تقول النظرية التقليدية أن السبب اذا لم يكن موجودا فان الالتزام لا ينشأ وتمثل لذلك بحالة من اكره على امضاء التزام ليس له سبب : ومن وقع على سند مجاملة عن بينة واختيار .

ويرى الاستاذ السنهورى الاستغناء عن شرط وجود السبب فى النظرية التقليدية بوسائل اخرى ، فيقول : « فاذا اكره شخص على امضاء سند لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فان العقد يكون باطلا . ولا يكفى هنا استظهار الاكراه ، فانه يقتصر على جعل العقد قابلا للابطال بينما العقد باطل كما قدمنا ولكن على اى اساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية ان الاساس هو انعدام السبب ، اذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على انه من اليسير ان نصل الى النتيجة ذاتها من طريق غير طريق السبب . ذلك اننا اذا اعتبرنا السند تصرفا صادرا عن ارادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض . ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لان القرض لم يتم ، فمحل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل ، واذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالتزام المقترض لا يقوم هنا أيضا لانه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولابد من ان يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده اما لان القرض عقد عينى لم يتم بالتسليم . واما لان القرض عقد رضائى (وفقا للقانون الجديد) لم يتم فيه المقترض بتنفيذ التزامه . وفى الحالين يسقط التزام من امضى السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل . . أما اذا امضى شخص سند مجاملة لدائن صورى ، فان قواعد الصورية هنا تكفى وتغنينا عن نظرية

السبب ، فالسند صورى والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . اما بالنسبة الى الغير — حامل السند — فيؤخذ بالعقد الظاهر » (١) .

هذا هو التخريج الذى يراه الاستاذ السنهورى للاستغناء عن شرط وجود السبب . اما نحن فنقول الاتى :

بالنسبة للمثل الاول الخاص بمن اكره على امضاء سند لا سبب له ، نفرق بين حالتين : حالة اعتبار السند دليل اثبات على قيام مديونية سابقة ، وهنا ينحصر البحث فى مجال الاثبات فقط اى اثبات الواقعة المنشئة للالتزام . ولما كان السند فى حالتنا هذه كدليل ، غير صحيح فى الواقع ، اذ لم تكن هناك واقعة سابقة منشئة للالتزام ، فان الالتزام لم ينشأ بداهة لان مصدره لم يوجد . ومعنى ذلك ان النظرية التقليدية بقولها « ان الاساس هو انعدام السبب ، اذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم » تخلط بين السبب المنشىء cause efficiente اى مصدر الالتزام ، وبين السبب القصدى cause finale اى الغرض المباشر ، فالمعدوم هنا اصلا هو السبب المنشىء . اما القول بان السبب القصدى هو الذى لا وجود له — وهو فى حالة عقد القرض التزام المقترض برد مبلغ القرض — فلا يجوز أن يثار هنا لان الموقع على السند لم يطلب ان يقترض .

اما اذا اعتبرنا تعهد الموقع على السند باكراه تعهدا بغير عوض مستقلا عن اية علاقة سابقة ، فالالتزام هنا لم ينشأ للاكراه ، ولا يعترض علينا قولنا هذا ما يقال من أن الاكراه يجعل العقد قابلا للابطال بينما العقد هنا باطل ، لاننا سنبين فى المبحث الخاص بالبطلان فى الفصل الثانى من الباب الحالى ، خطأ نظرية البطلان باكملها وخطأ فكرة البطلان النسبى مبما لها ، وسنرى ان الالتزام اما ان ينشأ واما لا ينشأ ولا وسط بين الامرين البتة وعلى اية صورة .

---

(١) الوسيط جـ ١ فقرة ٢٧٨ .

بل ومن البداهة القول بان المدعى عليه فى هذا المثل الخاص بالتوقيع على سند لا سبب له ، لابد وان يستند فى دفاعه بداءة الى انه اكره على التوقيع ، وهو ان اقتصر على الادعاء بانعدام السبب فان عليه ان يثبت ما ادعاه بالكتابة وظاهر انه لا يملك دليلا كتابيا ، ومن ثم فلا بد له ان يستند الى الاكراه لدفع دعوى المدعى حتى يباح له اثبات دفاعه بالبينة والقرائن . وهذا هو الشان ايضا فى حالة السبب المغلوط . وتلك ناحية لم يلتفت اليها انصار نظرية السبب .

وقولنا ان الالتزام لا ينشأ هنا للاكراه ، يوضح ما سبق ان قلناه من ان انعدام السبب لا يعدو ان يكون قرينة على وجود خلل فى المسئولية . ففى المثال السابق اذا قدم الدائن السند المثبت لتعهد المدين ولم يثبت انه كانت هناك علاقة مديونية سابقة جعل هذا السند دليلا عليها ، ولم يثبت ان المدين كان يقصد التبرع ، كان ذلك قرينة على دعوى المدين بأنه وقع السند تحت تأثير الاكراه ، لانه لا يعقل ان يتعهد شخص له حرية الاختيار بدفع مبلغ دون ان يكون ملزما به ودون ان يكون قاصدا التبرع .

اما عن المثل الخاص بسند المجاملة ، فقد ذكر الاستاذ السنهورى ؛ ان قواعد الصورية تكفى وتغنى عن نظرية السبب . بيد ان قواعد الصورية نفسها فى حاجة الى ردها الى اساس . وهذا الاساس فى نظريتنا هو عدم نشاه الركن المادى بالنسبة للمتعاقد المباشر لعلمه بحقيقة الوضع ؛ اما بالنسبة للحملة اللاحقين حسنى النية ، فان الركن المادى يتوافر ؛ والركن المعنوى متوافر ايضا فى حق الموقع على السند لانه وقع عليه عن ادراك واختيار . واذا فالالتزام ينشأ فى ذمة المتعهد قبل المحال اليهم حسنى النية مع ان التزامه هنا لا سبب له كما تقول النظرية التقليدية .

وثمة مثل آخر يضربه البعض لانعدام السبب فى النظرية التقليدية ، وهو تعهد شخص لاخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من المال بمقولة انه فى هذه الحالة يكون السبب منعدما لان الدائن ملزم قانونا ان يمتنع عن ارتكاب الجريمة ، فهو لم يضف الى التزاماته القانونية التزاما

جديدا فى مقابل المبلغ الموعود به ، فيكون تعهد المدين منعدم السبب ويقع لذلك باطلا .

ويذهب الفقه الاسلامى الى ابطال العقد فى المثال السابق تأسيسا على ان من شرائط انعقاد العقد أن يكون مفيدا ، بأن يكون فى المعاوضات منشئا لالتزامات جديدة لم تكن قائمة قبل التعاقد ، فاذا كان التزام احد الطرفين واجبا عليه بقطع النظر عن الاتفاق الذى تضمنه ، كان العقد غير مفيد وكان لذلك باطلا ، وعلى هذا يكون تعهد الشخص بدفع مبلغ من المال لاخر نظير امتناعه عن ارتكاب جريمة تعهدا باطلا لان الالتزام المقابل بعدم ارتكاب الجريمة التزام سابق على العقد ومن ثم فلم يضف العقد جديدا فكان عقدا غير مفيد ، فيبطل ويبطل تبعا له تعهد الشخص بدفع المبلغ لان تعهده هذا متفرع عن العقد الباطل . وعلى هذا الاساس ابطل الفقه الاسلامى الاجارة على عمل واجب كاستئجار الرجل زوجته على عمل من أعمال البيت لان هذا واجب عليها شرعا ، فلم يستحدث الاتفاق بينهما التزاما جديدا على عاتق الزوجة لم تكن ملزمة به من قبل(١) .

وفى راينا ان اشتراط الفقه الاسلامى أن يكون العقد مفيدا ، انما يرتد الى شرطى الادراك وحرية الاختيار فى المسئولية ، ذلك ان اقدام الشخص على التعهد بدفع مبلغ من المال لاخر لقاء التزام واجب على هذا الاخير من قبل ، انما يعنى أن المتعهد وقع عند تعهده تحت تأثير غلط او اكراه : تحت تأثير غلط بأن كان يجهل أن الطرف الاخر ملزم من قبل بما تعهد به ، وتحت تأثير اكراه اذا كان مدركا لهذه الحقيقة ولكنه مع ذلك التزم ، فلا يعقل أن يقوم شخص عن بينة واختيار بدفع مبلغ او التعهد بدفعه لاخر لقاء التزام على هذا الاخير واجب عليه قانونا دون حاجة الى التعاقد .

واذا ، فاذا كان العقد غير مفيد بالمعنى الذى يقصده الفقه الاسلامى واذا كان السبب منعدما فى حالة التعهد بالتزام كان موجودا

---

(١) راجع فى ذلك مصطفى الزرقا : المرجع السابق فقرة ١٦١ ، وحمد الدين سوار المرجع السابق فقرة ٥١٤ ، ومؤلفات الفقه الاسلامى التى اشار اليها .

من قبل التعاقد وبغض النظر عنه ، فما ذلك الا قرينة على وقوع المتعاقد ضحية غلط او اكراه .

١٠٧ ــ شرط صحة السبب :

وتشترط النظرية الى جانب وجود السبب : أن يكون صحيحا ، والسبب يكون كاذبا فى حالتين : حالة السبب الموهوم او المغلوط cause erronée وحالة السبب الصورى cause simulée ويرى الاستاذ السنهورى الاستغناء عن نظرية السبب فى حالة السبب المغلوط بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذى يتخارج مع وارث انما يتعامل فى حق معدوم ، اما عن السبب الصورى ، فيرى انه لا يبطل العقد الا اذا كان يخفى سببا موهوما او سببا غير مشروع (١) .

واذا كان الاستاذ السنهورى يرد السبب الموهوم الى انعدام المحل ، فقد سبق ان رددنا انعدام المحل الى خلل فى شرط الادراك ، فليس السبب الموهوم الا غلطا فى السبب شأنه شأن اى غلط آخر يؤثر على الادراك ؛ فالشخص غير الوارث فى المثال السابق انما توهم غير الواقع وكذلك من تعامل معه ؛ اما القول بان الغلط جزاؤه البطلان النسبى بينما الالتزام فى هذا المثال باطل بطلانا مطلقا ، فنحيل فى الرد على هذا الاعتراض الى ما سنذكره فيما بعد فى مبحث البطلان .

١٠٨ ــ التصرف المجرد :

وهكذا يتضح مما سبق ، أن شرطى وجود السبب ومشروعيته ليسا بشرطين اصليين لنشأة الالتزام العقدى . وانما هما مظهران أو قرينتان على استكمال مقومات نشأته ، فليس انعدام السبب أو السبب الكاذب الا دلالة على عدم توافر الادراك او حرية الاختيار ؛ بيد انها دلالة قابلة لاثبات العكس .

---

(١) الوسيط جـ ١ فقرة ٢٧٦ .

ويتاكد هـذا المعنى اذا عرفنا مم يتجرد التصرف : فالرأى الشائع يقول ان التصرف المجرد هو الذى يتجرد عن السبب(١) . ولكن الاستاذ محمود ابو عافية انتهى بحق فى دراسته للتصرف المجرد الى استبعاد معيار السبب كمميز لهذا التصرف وذلك بتعميق فكرته والاقتراب الى اصل المسألة فيه ، فبعد أن استعرض تطبيقات القضاء للتصرف المجرد قال : « من دراستنا السابقة لتطبيقات التصرف المجرد فى القضاء يتضح أن هذا النوع من التصرف لا يمتاز الا من ناحية واحدة اى من حيث العلاقة بين الارادة المعلنة والارادة الحقيقية وميزته التى ينفرد بها انه يستثنى من القاعدة التى تقضى بوجوب اتفاق الارادة المعلنة مع الارادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف القانونى . وعلى هذا الاساس يجب تعريف التصرف المجرد فى القانون الحديث بانه : التصرف الذى تتوقف صحته على التعبير عن الارادة بغض النظر عن الارادة الحقيقية (٢) » . ثم يحلل الاستاذ ابو عافية هذا التعريف فيقول : « اذا اردنا أن نحلل تعريفنا السابق للتصرف المجرد الى عناصره الاولية قلنا انه التصرف القانونى الذى يقوم صحيحا حتى لو كان صوريا ، او كان مع تحفظ ذهنى ، او كان صادرا على سبيل المزاح او المجاملة او تحت تاثير الغلط او الاكراه او التدليس(٣) » .

ويعلق الأستاذ السنهورى على هذا الرأى بقوله : « التصرف المجرد وهو يتجرد عن الارادة الباطنة يتجرد فى الوقت ذاته عن السبب وذلك سواء اعتبر السبب عنصرا مستقلا عن الارادة الباطنة كما هو الحال فى القوانين اللاتينية او اعتبر عنصرا غير مستقل عن الارادة كما هو الحال فى القانون الالمانى ، فالتصرف المجرد يتميز فى جميع الاحوال بتجرده من السبب . على ان المذهب الذى يقول به الدكتور ابو عافية يضيف شيئا جديدا ، وهو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب فحسب ، بل ايضا بتجرده عن الارادة الباطنة ذاتها(٤) » .

---

(١) راجع فى ذلك ، جوسران ، البواعث فقرة ١١٨ .

(٢) التصرف القانونى المجرد فقرة ٨٠ ، وانظر فى الفقرات من ٢٤ — ٥٥ عرضا لنظريات السبب ونقدها من جهة اعتبار السبب مميزا للتصرف المجرد .

(٣) المرجع السابق فقرة ٨١ .

(٤) الوسيط ج ١ هامش ص ٤٦٤ .

فاذا كان التصرف المجرد كما يقول الاستاذ السنهورى يتميز بتجرده من السبب وبتجرده عن الارادة الباطنة فى الوقت ذاته ، والتجرد من الارادة الباطنة معناه كما يقول الاستاذ ابو عافية اعتبار التصرف صحيحا ولو كان صوريا او كان مع تحفظ ذهنى او كان غير جدى او صدر تحت تاثير غلط وتدليس او اكراه . فقد تبين ان نعرف اى هذين المعيارين يرجع الى الاخر للتوصل الى اصل المسالة والتزام الدقة العلمية ، لانه كما يقول الفيلسوف هويول Whewell : « لا اعلم فى التاريخ حالة واحدة وجد المرا فيها نفسه حيال فرضين يفسران نفس الظواهر على حد السواء ، ولو تحقق ذلك لقلت بانه يمكن ارجاع احد هذين الفرضين الى الاخر(١) » .

ولما سنذكره فى الفصل الاول من الباب الثالث عن فكرتنا عن التصرف المجرد ، فاننا نعزل الان الصورية والتحفظ الذهنى والارادة غير الجدية من مجال التجريد ، فلا يبقى مميزا له الا اعتبار التصرف ملزما ولو كان المتصرف قد وقع ضحية عيب من عيوب الارادة : الغلط او التدليس او الاكراه وهى العيوب التى تؤثر على شرطى المسئولية : الادراك وحرية الاختيار . فالتجريد هنا يعنى نشاة الالتزام بالركن المادى وحده ، ويقابله فى الفعل الضار نظام المسئولية المادية . فلذا قيل ان التصرف المجرد هو الذى يتجرد عن السبب فليس ذلك الا ترديدا لتجرده عن شرطى الادراك وحرية الاختيار ، وهو ترديد فى معنى حمل السبب على انه قرينة على توافر هذين الشرطين ، ولكنها قرينة لا تصدق فى كل الاحوال ، وهى بعد تدخل فى باب الاثبات لا فى التاصيل العلمى للمسالة ، فوجب اذا ارجاع عنصر السبب الى فكرة المسئولية والقول بان التصرف المجرد يتميز بتجرده من المسئولية فينشا عنه الالتزام فى قول انصاره بقيام الركن المادى وحده .

---

(١) مشار اليه فى مؤلف الدكتور محمود قاسم ، النطق الحديث ومناهج البحث العلمية الطبعة الثالثة ص ١٣٢ .

١٠٩ ــ نقد الادعاء بان السبب اساس الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة :

ولكن انصار نظرية السبب يدعون أن للسبب وظيفة أخرى غير وظيفته كركن فى نشأة الالتزام ، فيقولون انه هو الذى يفسر نظريات الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة فى العقود الملزمة لجانبين : فاذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الاخر طلب الفسخ حتى لا يكون التزامه بدون سبب . واذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه جاز للاخر أن يمتنع عن الوفاء من ناحيته بما يلتزم به ، واذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة سقط التزام الطرف المقابل .

ومعروف أن الاستاذ بلانيول يرى الاستغناء عن نظرية السبب ، بتفسير الاوضاع الثلاثة سالفة الذكر على ضوء فكرة الارتباط التى تتسم بها العقود الملزمة لجانبين : ففى هذه العقود يكون الالتزامان المتقابلان مرتبطين أحدهما بالاخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثانى . ويدعم بلانيول رايه بأن نظرية السبب لا تفسر الفسخ لعدم التنفيذ مع بقاء الالتزام ممكنا ، كما لا تفسر الدفع بعدم التنفيذ ، لان السبب فى الحالتين لازال موجودا ، اذ ليس معنى تنفيذ الالتزام مع بقائه ممكنا انه أصبح معدوما ، والا ترتب على ذلك انقضاء الالتزام المقابل وعدم أحقية الدائن فى هذا الالتزام الاخير فى المطالبة بتنفيذ العقد (١) .

ومعروف أن الاستاذ كابيتان اضطر أمام هذا النقد الى ادخال تعديل على نظرية السبب بقوله ان سبب الالتزام فى العقد الملزم لجانبين ليس هو وجود الالتزام المقابل فحسب بل تنفيذ هذا الالتزام أيضا ، وبذلك يظل السبب فى هذا العقد قائما من وقت نشأة العقد حتى تمام تنفيذه ويصبح مصير كل من الالتزامين مرتبطا بمصير الالتزام الاخر .

بيد أن انصار نظرية السبب يقولون ان فكرة الارتباط التى قال بها

---

(١) بلانيول فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٨٩١/٤/١٤ والموز ٩١ــ١ــ٣٣٠.

بلانيول انما ترجع الى فكرة السبب ، فهو مبعث الارتباط بين الالتزامين المتقابلين ومن يقول بالارتباط يأخذ بفكرة السبب دون ان يشعر (١) .

ولكن هذا القول يبدو خطؤه واضحا عند تحليله : انهم يقولون ان السبب هو الذى يربط بين الالتزامين المتقابلين فى العقد الملزم لجانبين ويعلق مصير احدهما على مصير الاخر : « فالسبب ولا شيء غيره هو الذى يوجد الترابط بين الالتزامين المتقابلين(٢) » .

فما هو المقصود بالسبب هنا ، والعقد الملزم لجانبين يشتمل على سببين احدهما خاص بالتزام الطرف الاول والثانى خاص بالتزام الطرف الاخر ؟ هل احد هذين السببين هو الذى يربط بين الالتزامين المتقابلين ام السبب الاخر ام السببان معا ؟ فاذا كان هو احد هذين السببين ، فما معنى القول بان الالتزام المقابل — السبب — يربط بين هذا الالتزام المقابل نفسه وبين التزام الطرف الاخر ، اى ان السبب يربط بين السبب وبين الالتزام الاخر ؟ ما معنى القول بان التزام المشترى بدفع الثمن هو الذى يربط بين التزام البائع بنقل الملكية وبين التزام المشترى بدفع الثمن ؟ وما معنى القول بان التزام البائع بنقل الملكية يربط من التزام المشترى بدفع الثمن وبين التزام البائع بنقل الملكية ؟

واذا قيل بان السببين هما اللذان يربطان بين الالتزامين المتقابلين . فليس السببان سوى هذين الالتزامين المتقابلين ، واذا فالقول بان السببين هما اللذان يربطان بين الالتزامين المتقابلين معناه « ان الالتزامين المتقابلين هما اللذان يربطان بين الالتزامين المتقابلين » .

وبتقويم هذه الصياغة بازالة انحرافها لا تكون فكرة السبب خاطئة فقط بل لا لزوم لها ، فالارتباط بين الالتزامين المتقابلين كائن فى كل تعهد دون حاجة الى تجزئته كما تقول نظرية السبب . وقد سبق ان ذكرنا(٣) ،

---

(١) من هذا الراى : عبد الحى حجازى النظرية العامة للالتزام جزء ١ ص ١٢٣ حشمت ابو ستيت فقرة ٢٣٧ ، انور سلطان مصادر الالتزام فقرة ٢١٢ ، عبد المنعم البدة ، مصادر الالتزام فقرة ٢٣٥ .

(٢) حشمت ابو ستيت فقرة ٢٣٧ .

(٣) ما سبق فقرة ٩٢ .

ان كلا من الايجاب والقبول فى العقد الملزم لجانبين لا يتضمن فقط التزاما على عاتق صاحبه ، بل يدخل ضمن محتواه تعليق هذا الالتزام على شرط نشأة التزام الطرف الاخر وتنفيذه ، ومن ثم يتضمن كل من الايجاب والقبول هذين الامرين معا ، والارتباط بين الالتزامين المتقابلين ينبع اذا من داخل كل من هذين التعبيرين ؛ فالموجب يقول انه يعلق التزامه ويربطه بالتزام القابل ، وكذلك يقول القابل ، فما جدوى تسمية هذا الاشتراط بالسبب . ولماذا نقول انه اذا لم يحصل تنفيذ الالتزام القابل فان التزام الطرف الاول يصبح لا سبب له ، ومن ثم يحق لصاحبه أن يتحلل منه ، ولا نقول مباشرة انه اذا لم ينفذ الالتزام المقابل سقط التزام الطرف الاول لان التزامه بموجب تعبيره الذى انشأ هذا الالتزام معلق بقاؤه على تنفيذ الالتزام المقابل دون حاجة لاقحام فكرة السبب ؟ وقرب هذا المعنى يقول الاستاذ مصطفى الزرقا « الارتباط قد اوجده العقد نفسه ، والا فما معنى العقد ؟ ان موضوع البحث فى التزامات عقدية لا فى التزامات فردية ، فمن طبيعة العقد ، وهو الاتفاق الذى انشأ تلك الالتزامات المتقابلة معا ، أن يربط هذه الالتزامات بعضها ببعض لان العقد رباط ، ففيه الكفاية لتعليل هذا الارتباط دون حاجة الى التعليل باى سبب آخر فكما ينشىء العقد تلك الالتزامات المتقابلة ينشىء بينها التلازم (١) » .

(ب) النظرية الحديثة فى السبب

١١٠ ــ اعتداد النظرية الحديثة بالباعث الدافع الى التعاقد :

السبب فى النظرية التقليدية كما سبق القول يتحدد تحديدا آليا على معنى مفروض وثابت فى كل نوع من أنواع العقود ، وهو فى وقوفه عند معنى الغرض المباشر من التعاقد يقصر عن محاربة العقود غير المشروعة فى معظم الاحوال ، ذلك انه بالنسبة لعقود التبرع فانه لا يتصور فيها عدم مشروعية السبب ، لان السبب فيها هو نية التبرع ، وهذه النية لا تعد فى ذاتها غير مشروعة ، اما فى عقود المعارضات فانها لا تبطل لعدم

---

(١) مصطفى الزرقا : المرجع السابق فقرة ٢٥١ . وفى هذا المعنى الدكتور محمد زكى عبد البر ، نظرية تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى ١٩٥٠ فقرة ٢٦ .

المشروعية اذا ما اعتد بالسبب التقليدى الا فى حالة واحدة عندما يكون احد الالتزامين غير مشروع فيبطل الالتزام المقابل لعدم مشروعية السبب كما فى التعهد بدفع مبلغ لقاء ارتكاب جريمة . وفى غير هذا الفرض تفلت عقود لا شك فى مساسها بالمشروعية ، لان السبب فيها بالمعنى التقليدى مشروع ، كما فى حالة تأجير منزل لاعداده محلا للدعارة او للعب القمار ، أو بيع مفروشات لتجهيزه ، أو استئجار خدم للعمل فيه . فطبقا للنظرية التقليدية لا يمكن ابطال مثل هذه العقود لان الغرض المباشر فيها لا يعتبر غير مشروع حتى أن بعض الفقهاء وبعض الاحكام القديمة رفضت اعتبار مثل هذه العقود باطلة لان السبب فيها مشروع كما تقول النظرية التقليدية(١) .

ولد هذا النقص الناتج عن قصور النظرية التقليدية فى حماية المشروعية فى اغلب العقود ، خرج القضاء عن الحدود الضيقة الجامدة للسبب التقليدى ووسع فكرته فاخذ يعتد بالباعث الدافع الى التعاقد ، ويشترط فيه أن يكون مشروعا والا كان العقد باطلا .

١١١ ــ شروط السبب فى النظرية الحديثة :

واذا كان القضاء قد وسع من دائرة السبب التقليدية ، واستخدم هذا التوسع فى محاربة عدم المشروعية باشتراط أن يكون الباعث مشروعا ، وهذا ما نرجىء الكلام عنه الى الفرع التالى الخاص بحماية المشروعية فى التعاقد ، فما هو الموقف بالنسبة لوجود الباعث وصحته بالمقابلة لشرطى وجود السبب وصحته فى النظرية التقليدية ؟

أما عن شرط وجود الباعث ، فيرى الفقه انه لا يتصور أن تتجه ارادة صحيحة الى التعاقد دون ان يكون لها باعث من وراء ذلك ، والا كانت ارادة هازلة أو صادرة من مجنون ، فعدم وجود الباعث اذا ليس شرطا متميزا ولكنه مظهر على عدم صحة الارادة .

---

(١) راجع فى ذلك جوسران : البواعث فقرة ١٥٢ واحكام المحاكم المشار اليها بهامش ص ١٩٥ .

أما عن شرط صحة الباعث فالنظرية التقليدية لم تكن تعتد بالغلط فيه وانما كانت تقف عند السبب بالمعنى التقليدى دون أن تتجاوزه الى الباعث .

أما بعد أن وسع القضاء فى فكرة السبب واصبح السبب هو الباعث الدافع الى التعاقد ؛ وفى نفس الوقت اتسعت دائرة الغلط فى نظريته الحديثة ، واصبح الغلط فى الباعث يجعل العقد قابلا للابطال ، فقد اختلط الامر وثار التساؤل هل يبقى الغلط فى السبب قائما ويجعل العقد باطلا ، بينما الغلط فى الباعث يجعل العقد قابلا للابطال ؟ وهل هذا الغلط الاخير يدخل فى منطقة السبب المغلوط أم يدخل فى منطقة الغلط فى الباعث ؟

ومع أن موقف القضاء الفرنسى الذى ابتدع النظرية الحديثة فى السبب ليس واضحا تماما فى حل هذه المشكلة التى نشأت من اختلاط السبب بالباعث بحيث أصبح الباعث يتضمن الغرض المباشر كما يتضمن الغرض الواقعى ، الا أن الاتجاه الغالب فى القضاء الفرنسى أصبح يميل الى هجر فكرة انعدام السبب وعدم صحته والاستغناء عنها بنظرية الغلط لابطال العقد لان السبب غير الصحيح ليس الا غلطا فى وجود الشىء (١) ، وبعبارة أخرى كما يقول الاستاذ فريجافيل Frejaville ليس الا نتيجة للوقوع فى غلط la conséquence d'une erreur ولذلك يتجه القضاء الفرنسى بصفة عامة الى أن البطلان النسبى هو جزاء السبب غير الصحيح(٢) .

وقد بنى القانون المدنى المصرى الجديد هذا الاتجاه ، فاعتبر السبب غير الصحيح غلطا فى الباعث ، وبذلك استخلص المنطقة المشتركة بين

---

(١) راجع فى ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٨١ وهوان مذكراته من أركان العقد لقسم الدكتوراه بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٥٤/١٩٥٥ ص ١٤٨ أو ٢٨٠ ، ابو عالية ص ١٠٨ — ١٠٩ والاحكام الفرنسية المشار اليه بهامش الصحيفتين ، نهجت بدوى اصول الالتزامات ص ١٨٦ فى قوله : « الغلط هو تصور الغرض المباشر الذى اتجهت اليه ارادة المتعاقد عن اجابة الحافز الرئيسى الذى حفزه الى التعاقد ، تلك هى صيغة القاعدة التى يسير عليها القضاء فى احكامه وان كان فى الواقع لا يعنى بصياغتها على هذه الصورة . ان تلك الصيغة هى بعينها صيغة السبب غير الصحيح » .

(٢) فريجاليل : دروس القانون المدنى سنة ١٩٥٤ — ١٩٥٥ ص ٢١٣ .

السبب غير الصحيح وبين الغلط فى الباعث ، لنظرية الغلط (١) ؛ وجهر المشرع المصرى برايه هذا فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى اذ جاء بها : « .... ويراعى من ناحية اخرى ان المشرع قد اغفل ذكر (السبب غير الصحيح) ؛ وهو ما يكون غير مطابق للواقع . وهذا هو اهم التعديلين . فالحق أن الغلط فى هذا الشان لا يعدو ان يكون غلطا فى الباعث . وقد كان يخلق التنبيه الى ما فى الابتاء على التفرقة بين الغلط والسبب غير الصحيح من تشبث باهداب السطحيات والفوارق الصناعية ، بعد أن أصابت فكرة الغلط من السعة ما جعلها تتجاوز نطاقها المادى الضيق وتصبح فكرة نفسية تتناول الباعث المستحث ، وتنتهى بذلك الى صورتها السوية فى (الغلط الجوهرى) . ولهذا رؤى اخراج السبب غير الصحيح والغلط فى السبب من بين أسباب البطلان المطلق واعتباره سببا للبطلان النسبى ، شانه فى ذلك شان سائر ضروب الغلط (٢) » .

ويلاحظ أن المذكرة الايضاحية قد صرحت بنبذها للنظرية التقليدية فى السبب والاخذ بالنظرية الحديثة ، اذ قالت : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر ، فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعارضات (٣) » .

وازاء نبذ المذكرة الايضاحية للنظرية التقليدية فى السبب واعتبارها السبب هو الباعث الدافع ، ثم ابعاده — السبب غير الصحيح — الى دائرة الغلط ، ينتهى الاستاذ السنهورى الى انه لا يوجد للسبب فى القانون الجديد الا شرط واحد هو أن يكون مشروعا (٤) .

---

(١) السنهورى : الوسيط جزء ١ فقرة ٢٩٢ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٢٥ — ٢٢٦ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٢٧ .

(٤) الوسيط جزء ١ فقرة ٢٩٣ ويخالف الشراح المصريون رأى الاستاذ السنهورى بدعوى ان نصوص القانون الجديد لا تستقيم مع ما ورد بالمذكرة الايضاحية من نبذ النظرية التقليدية فى السبب . ونحن لا يهمنا امر هذا الخلاف لاننا نبحث المساله من الوجهة العلمية وان كان لنا ان نقول أن نصوص القانون على فرض انها تخالف ما جاء بالمذكرة الايضاحية وما يقوله الاستاذ السنهورى لا يمكن ان تقف أمام الحقائق العلمية ، فهذه الحقائق لا بد أن تكتسحها ، —

١١٢ ــ راى القائلين بالاخذ بالسبب فى النظرية التقليدية وفى النظرية الحديثة معـــا :

ولكن بعض الشراح المصريين يخالفون هذا الراى ، ويرون الاعتداد بالسبب فى النظرية التقليدية وبالسبب فى النظرية الحديثة ــ البـــاعث الدافع ــ ويسمون السبب الاول : سبب الالتزام ، والسبب الثانى ، سبب العقد . اى انهم يرون ان السبب والباعث يكمل احدهما الاخر ، ويجب التمييز بينهما ، فلا يشمل الباعث السبب الذى تقول به النظرية التقليدية. ويرون تمشيا مع هذه التفرقة ان جزاء السبب غير الصحيح ــ الغلط فى السبب ــ هو البطلان المطلق ، اما الغلط فى الباعث فيدخل فى نظـــرية الغلط ويجعل العقد قابلا للابطال اى باطلا بطلانا نسبيا ، ويؤيدون رايهم هذا بحجة تبدو على شىء من الوجاهة ، فيقولون ان البطلان النسبى هو الذى تلحقه الاجازة بينما البطلان فى حالة السبب غير الصحيح لا يتصور معه ان يجاز العقد ، ويضربون مثلا لذلك بالشخص غـــير الوارث الذى يتخارج مع وارث(١) .

ولكن يلاحظ البعض على هذا الراى ان من خصائص البطلان المطلق ان يكون لكل من الطرفين التمسك به ، بينما لا يجوز الا للطرف الذى تعهد لسبب غير صحيح أن يتمسك بالبطلان ، ويمتنع ذلك على الطرف الاخر كما هو الشان فى كل صور الغلط .

الا انه رغما عن هذه الملاحظة ، فلا زالت الحجة السابقة قائمـــة من حيث التفرقة بين عدم امكان الاجازة فى حالة السبب غير الصـــحيح وامكانها فى حالة الغلط فى الباعث . ونرجىء الكلام فى الرد على هـــذه الحجة لحين بحث مشكلة البطلان فى الفصـــل الثانى من هذا الباب حيث نستظهر خطأ فكرة البطلان النسبى وخطأ فكرة الاجازة تبعا لها .

ـ خاصة وان هناك وسيلة اخرى فى صلب القانون يستغنى بها عن نظرية السبب . لذلك لم يكن غريبا أن القضاء الفرنسى كما ذكرنا سابقا لم يستخدم فكرة انعدام السبب والسبب غير الصحيح غالبا ، فقد كانت لديه لتحقيق الغرض الذى يبتغيه اداة اخرى وذلك بابطـــال العقد تأسيسا على الغلط ، (راجع فى ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٢٨١) .

(١) وديع فرج : محاضراته سنة ١٩٤٨ ــ ١٩٤٩ ص ١٧٩ ــ ١٨٠ ، هشمت ابو ستيت فقرات ١٥٩ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، عبد المنعم الصدة مصادر الالتزام فقرتى ٢٣١ ، ٢٣٥ .

خاتمة المبحث الاول

١١٣ ـــ تعداد الاخطاء التي ادت الى غموض نظرية السبب واختلاف الآراء حولها :

ذكرنا فى المقدمة أن مرد الغموض فى نظرية السبب ، عدة اخطاء تجمعت وتضافرت على ابقاء هذه النظرية مثار خلاف شديد حتى الآن . ونحاول فيما يلى ـــ بعد ان استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة وموقف نظريتنا بصددهما ـــ أن نحصر تلك الاخطاء فى الآتى :

الخطأ الاول : اعتبار الارادة وحدها أساس نشأة الالتزام :

قلنا ان مذهب الارادة يعتبر الارادة وحدها جوهر الالتزام ، ولا ينظر الى التعبير كعنصر مستقل ، بل يرى فيه اداة للارادة . وقلنا ان التعبير فى نظريتنا او بمعنى اصح الثقة المتولدة عن التعبير هى ركن قائم بذاته لا يدخل فى طبيعة الارادة (بمعنى المسئولية) وله وظيفة تختلف عن وظيفتها .

ولان الارادة ليست وحدها أساس نشأة الالتزام ؛ فقد فشلت محاولة ربط السبب بالارادة فى كل الاحوال ، ذلك ان السبب فى المعنى التقليدى قد يتخلف ولا يكون تخلفه هذا نتيجة عيب فى الارادة كما هو الحال فى سندات المجاملة حيث يتعهد فيها الساحب من بينة واختيار ، ومن ثم ففى هذه الصورة لا يمكن تفسير عدم نشأة الالتزام ـــ بالنسبة للمتعاقد المباشر ـــ على ضوء الارادة : الامر الذى استلزم اللجوء الى نظرية السبب لتقديم هذا التفسير . اما فى نظريتنا ، فان هذا التفسير مرده عدم توافر الركن المادى فى العلاقة بين الساحب وبين المتعاقد المباشر . اما بالنسبة للحامل حسن النية ، فان هذا الركن متوافر فينشأ الالتزام قبله فى حين انه التزام لا سبب له كما تقول النظرية التقليدية ، وهذا يعنى أن نظرية السبب هنا نظرية قاصرة ومتناقضة .

الخطأ الثانى : الخلط بين السبب القصدى وبين مصدر الالتزام :

فمع أن التفرقة بين السبب القصدى وبين السبب المنشىء أى مصدر الالتزام تفرقة معروفة ، فان الفقه والقضاء لا يزالان يخلطان بينهما فى مجال نظرية السبب .

وقد سبق ان رأينا مثلا آخر لهذا الخلط فيما يتعلق بالاكراه ، حيث يذهب الفقه الحالى الى اشتراط أن يكون الاكراه غير مشروع للاعتداد به كعيب فى الارادة ، وقلنا ان هذا شرط زائد ، وان اكراه شخص على تحمل التزام لم يكن يتحمله من قبل يمنع حتما نشأة الالتزام ، دون حاجة لوصف الاكراه بانه غير مشروع ، ولذلك كانت الامثلة التى يضربها الفقه للاكراه ذى الغرض المشروع لا تتصل بمسألة نشأة الالتزام العقدى ، وانما تتعلق بمسألة اثبات او تقدير لالتزام سابق ليس التعهد مصدرا له وانما له مصدر آخر سابق على التعهد (١) .

وسنرى مثلا آخر لهذا الخلط عند بحث نظام المسئولية العقدية فى مفهومها الحالى كجزاء على عدم تنفيذ الالتزام العقدى .

ومرد هذا الخلط فى هذه المواضع الثلاث ، يرجع الى عدم تحديد نطاق الالتزام العقدى ، نتيجة لنفوذ مذهب الارادة الذى يرى فى كل تعهد (ارادى) تعهدا مستقلا بذاته ، حتى ولو كان هذا التعهد فى حقيقته انما هو تعهد تابع لمصدر سابق للالتزام موضوع هذا التعهد .

وقد ثبت هذه النظرة الخاطئة ، نظرية التصرف القانونى التى تحاول دون جدوى أن تحل محل نظرية الالتزام ، وأن تضع قواعد موحدة للتصرف القانونى سواء أكان تصرفا منشئا أم تصرفا كاشفا ، على خلاف ما يوجبه المنطق من استلزام الفصل بين هذين النوعين .

ومن أمثلة الخلط فى مبحثنا الحالى بين السبب القصدى وبين السبب المنشىء واعتبار أن المتخلف فيهما أو غير الصحيح هو السبب القصدى ، فى حين انه السبب المنشىء ما يأتى :

(أ) ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٢٤/٦/١ من أن تعهد شخص بدفع مبلغ من المال اعتقادا منه على غير الحقيقة بانه مسئول عن خسائر ناشئة عن حريق ، يعتبر تعهدا باطلا لتخلف

---

(١) ما سبق فقرة ٦٠ .

السبب (١) . وما يضربه الاساتذة هنرى وليون وجان مازو كمثل على ذلك ايضا تعهد شخصى بجبر ضرر ليس مسئولا عنه (٢) .

(ب) ما ذهبت اليه محكمة الموسكى فى حكمها الصادر فى ١٩٣١/٤/٩ من انه اذا اعتقد شخص ان هناك تعديا منه على ملك شخص آخر ، فتنازل له عن جزء من ملكه مقابل الاغتصاب المزعوم ثم اتضح بعد ذلك انه لم يكن هناك اغتصاب . فان التعهد يكون باطلا لغلط فى سبب التعاقد (٣) .

وقد ادى هذا الخلط الى ان يتذرع السببيون بحجة مفادها ان هناك فرقا جسيما بين الغلط كعيب فى الارادة وبين الغلط فى السبب ، وبالتالى اصرارهم على بقاء التمييز بينهما ، فهم يتساءلون : « هل يسوى القانون فى الحكم بين الحالة التى يتوهم فيها شخص ان عقد زواجه هو عقد صحيح فيدفعه هذا الاعتقاد الى استئجار منزل للزوجية ، وبين الحالة التى يتوهم فيها شخص انه مدين لاخر فيدفعه هذا الاعتقاد الى التعهد له بدفع ايراد لمدة معينة »(٤).

فصحيح انه لا مجال للتسوية بين الحالتين ، ولكن ذلك ليس مرده الاخذ بنظرية السبب ، بل مرده ان التعهد فى الحالة الثانية ليس تعهدا قائما بذاته ، بل هو تعهد تابع ومرتبط بمديونية متوهمة ، ليست هى السبب القصدى وانما هى السبب المنشىء .

ويلاحظ فى تلك الامثلة واشباهها ، انها خاصة بتعهدات من جانب واحد ، مؤسسة على مصدر سابق للالتزام سواء اكان مصدرا عقديا ام غير عقدى . وسواء اكان هذا المصدر قائما ام غير قائم ، فهو وحده الذى ينظر اليه وجودا وعدما ، وليس التعهد التابع له الا كشفا عنه او تقديرا للمديونية الناشئة عنه اى ان هذا التعهد ليست له ذاتية مستقلة .

الخطأ الثالث : القول بافضلية الالتجاء الى السبب تحقيقا لفائدة عملية :

يقول السببيون انه اذا كان تخلف السبب نتيجة وقوع المتعاقد فى غلط

---

(١) دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٢٧ .

(٢) فروس القانون المدنى جـ ٢ الطبعة الثانية ١٩٦٢ فقرة ١٦١ ص ١٣٤ .

(٣) المحاماة السنة ١٤ القسم الثانى ص ٢٠٧ .

(٤) محمد سامى مدكور ، مقاله عن النطاق الفنى للاشتراط لمصلحة الغير فى النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ، بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣ ، ص ٢٢٥ .

و اكراه ، فان استظهار هذين العيبين قد يحتاج الى بحث نفسى دقيق ، فى حين أن تخلف السبب لا يحتاج الى مثل هـذا البحث ، لانه يبدو واضـحا كمسالة مادية بحتة بما لا حاجة معه بالقاضى الى التغلغل فى نفسية المتعاقد، يكفيه لابطال الالتزام ان يجد الالتزام المقابل (السبب) غير موجود او غير جدى . ويرى السببيون لذلك ان فى الالتجاء لنظرية السبب تحقيقا لفائدة عملية (١) .

ويؤخذ على هذا الاتجاه ان تخلف السبب هنا ليس الا قرينـة على وقوع المتعاقد ضحية غلط او اكراه ، ولا يجوز ان يبنى التاسيل العلمى على القرينة، كما وان هذه القرينة لا تصدق فى كل الاحوال كما سبق القول .

وفى راينا ان القضاء فى الحالات التى يفضل فيها الالتجاء الى السبب بدلا من الاستناد الى الغلط والاكراه — لا يفعل ذلك تفاديا لصعوبة يواجهها فى اجراء بحث نفسى دقيق ، اذ فى مكنته ان يقول دائما فى تلك الحالات ان تخلف السبب انما هو نتيجة حتمية لوقوع المتعاقد ضحية غلط او اكراه ، ومن ثم يؤسس عدم نشاة الالتزام عليهما . ولذلك نرى ان مرد نهج القضاء فى تلك الحالات انما يرجع الى امرين : اولهما ان الغلط قد يكون غير مغتفر ، فلا يعتد به فى حين ان المتعاقد الاخر قد يكون على علم به ، ومن ثم لا يتوافر الركن المادى لعدم تولد ثقة مبررة فلا ينشا الالتزام . ولما كانت النظرة الحاضرة لا تلتفت تماما الى اهمية الركن المادى ووظيفته ، فلا يجد القضاء امامه مفرا من الالتجاء الى فكرة السبب . والامر الثانى انه يشترط فى الاكراه فى التشريعات الحالية — تلبية لدواعى استقرار التعامل كما يقال — ان يكون باتخاذ وسائل تهدد المتعاقد بخطر جسيم محدق ، فى حين انه فى بعض الحالات لا يصـل الاكراه الى هذه الدرجة من الجسامة ومع ذلك يكون مؤثرا حقيقة على حرية الاختيار ، الامر الذى يدعو القاضى الى تحاشى الالتجاء الى الاكراه والاستناد من ثم الى فكرة انعدام السبب .

---

(١) راجع فى ذلك غستان Ghestin فكرة الغلط فى القانون الوضعى الحالى .

الخطأ الرابع : فكرة العقد كمصدر للالتزام وما ترتب عليها من تقسيم البطلان الى مطلق ونسبى :

ويذهب السببيون الى وجوب التمييز بين الغلط الذى يؤدى الى تخلف السبب أو عدم صحته (غلط مانع) وبين الغلط كمجرد عيب فى الرضاء (غلط جوهرى) . ويحتجون لاعمال هذا التمييز بأن السبب ركن اساسى فى تكوين العقد ، فتخلفه يمنع من قيام العقد ، لان ذلك يعنى سقوط محل احد الالتزامين فيسقط تبعا له الالتزام المقابل ، ويكون العقد من ثم باطلا بطلانا مطلقا ، وهو بطلان طبيعى او متلقى .

أما النوع الثانى من الغلط فلا يرتب الا بطلانا نسبيا لانه لا يمس وجود محل الالتزام فهو لا زال موجودا (١) ..

وسنرى فيما بعد مرد الانحراف فى هذه الحجة ، عندما نبين خطأ فكرة العقد كمصدر للالتزام ، وما استتبعه هذا الخطأ من تقسيم البطلان الى مطلق ونسبى ..

الخطأ الخامس : اعتبار المشروعية عنصرا فى نشأة الالتزام القانونى :

لما كانت المشروعية كما قلنا لا تدخل فى مفهوم الارادة ، وكانت فى النظرة الحالية عنصرا فى نشأة الالتزام ، وهى حسب الرأى الغالب انما تظهر فى السبب فقد عزز هذا النظر احتفاظ نظرية السبب بذاتيتها واستقلالها .

وسنبين فى المبحث التالى ان المشروعية مسألة خارجة من نطاق نشأة الالتزام القانونى .

---

(١) راجع فى ذلك ربيع : دور الارادة فى التصرف القانونى فقرتى ٢١٣ ، ٢١٥ ، بوردى : انسكلبيودى داللوز فى السبب فقرة ١٠٧ ، هنرى وليون وجان مازو : دروس القانون المدنى فقرة ١٦١ .

المبحث الثانى

مسألة حماية المشروعية فى التعاقد

---

١١٤ ـــ الفكرة الاساسية :

قدمنا ان الالتزام المعتدى ينشأ بتوافر الركنين المادى والمعنوى ، الركن المادى توامه الثقة ، والركن المعنوى توأمه المسئولية . وليس فى محتوى كلا الركنين شرط خاص باتساق الرابطة التعاقدية مع المشروعية . قد يقال ان المخاطب اذا تلقى تعبيرا يمس المشروعية ، لم تتولد لديه ثقة فى هذا التعبير ، ولكن هذا غير صحيح ، لان المشروعية فى ذاتها لا تدخل ضمن طبيعة الثقة ومفهومها ومناط اعمالها ، ولان معيار المشروعية ليس مجرد معيار ذاتى . ولذلك تفادينا نعت الثقة ـــ توام الركن المادى ـــ بانها الثقة المشروعة La confiance légitime كما تقول بذلك نظرية الثقة السويسرية .

ومعنى ذلك اننا نعتبر المشروعية خارجة من نطاق نشأة الالتزام ، اى ان الالتزام ينشأ ولو كان فى نشأته وفى تنفيذه ما يمس المشروعية . اما معالجة عيب عدم المشروعية ومحاربته فامر خارج عن نطاق علم القانون المدنى بصفته علما ، لانه امر يخص العلم او الميدان الذى ينص على عدم المشروعية ويتبعه بالتالى الجزاء المقرر على مساس الرابطة التعاقدية بالمشروعية ، فهذا الجزاء اذا لا يقول به القانون المدنى وانما يلحق بالاصل الذى يقرر عدم المشروعية ، واذا طبق القاضى هذا الجزاء فليس معنى ذلك انه يطبق مسألة تدخل فى صميم علم الحقوق .

وقبل ان نستجلى وجهة نظرنا هذه ، نمهد لذلك بتحديد مجال المشروعية الذى يخرج عن نطاق القانون المدنى والذى لا يتفق مع قواعده فى الطبيعة والجزاء ، وببيان ان السبب ليس ضابطا كاملا للمشروعية .

١١٥ ـ تحديد مجال المشروعية :

ومعروف ان فكرة المشروعية فى الفقه تدور حول احترام النظـام العام وحسن الاداب . ويقصد بالنظام العام مجموعة القواعد التى تحقق المصلحة العامة ويدرج الفقهاء ضمنها بعض القواعد المتعلقة بروابط القانون الخاص كقواعد الاهلية وتعديل الشروط التعسفية والاعفاء منها فى عقود الاذعان ، وانقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال ونظرية الظروف الطارئة ، وعدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة يزيد عن السعر المحدد قانونا .

بيد أن هذه القواعد المتعلقة بروابط القـانون الخاص انما تتعلق بمسألة اكتمال سحة الارادة من ناحية وعيبها ومن ناحية حريتها اى بشرطى الادراك وحرية الاختيار فى المسئولية ، ومن ثم فهى متعلقة بالاساس الذى يقوم عليه الالتزام العقدى فهى تدخل اذا فى أصول علم القانون المدنى ، ولا محل لاثارة فكرة المشروعية بصددها ، ولا محل للقول بانها متعلقة بالنظام العام أو حسن الآداب ، وهى قواعد لا تتفق فى الطبيعة ولا فى الجزاء مع القواعد المستمدة من علوم اخرى والتى تنحصر فيها فكرة المشروعية .

وهذا الذى نقول به ، هو الذى يؤصل ما يذهب اليه الفقه الحاضر من ان البطلان قد يكون نسبيا رغم ان القاعدة المنتهكة تتعلق بالنظام العام . ففى عقود الاذعان مثلا يشرع المشرع قواعد آمرة لحماية الطـرف الضعيف فيها ، وهذا الطرف وحده هو الذى يباح له الطعن بالبطـلان (١) . وهذا ما دعا الاستاذ ريبير الى استبعاد ما أسـماه بالنظام العـام الاقتصـادى Ordre public économique من تطبيـق قواعد البطلان المطلق ومعـاملته بقواعد البطلان النسبى لان قواعد هذا النظام مقصود بها حمـاية طائفة من المتعاقدين خلافا لانواع النظام العام الاخرى (٢) .

وهذا هو ايضـا ما يوجه ما ذهب اليه الفقه الفرنسى من انه لا يجوز للنيابة ان تتدخل فى القضايا المدنية لمجرد اثارة مسألة تتعلق بالنظام العام . . فهناك

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٨٢٤ .

(٢) ريبير : النظام الديمقراطى والقانون المدنى الحديث ، الطبعة الثانية فقرة ١٤٤ . وسنرى فى الفصل الثانى من الباب الثالث ان ما يسمى بالنظام العام الاقتصادى لا يتعلق بمسألة اقتصادية بل يدخل فى صميم علم القانون المدنى .

مسائل تتعلق به ، ومع ذلك لا يجوز للنيابة ان تتدخل فيها لانهـا لا تمس المصلحة الاجتماعية(١) .

ولذلك كان غريبا ان انفرد القانون المدنى الالمانى بالنظر الى عيب الاستغلال على انه امر مخالف للآداب ، فنص فى الفقرة الاولى من المادة ١٣٨ على أن « التصرف القانونى المخالف للاداب يكون باطلا » ونص فى الفقرة التالية على انه « يعتبر باطلا بوجه خاص التصرف القانونى الذى يستغل فيه الشخص حاجة الغير او طيشه او عدم خبرته ، ليحصل لنفسه او لغيره على منافع مالية تزيد على قيمة المنافع التى يقدمها .. » ووجه شذوذ هذا الوضع ان البطلان المقرر لمخالفة الآداب هو البطلان المطلق الذى يبيح لكل من المتعاقدين ولكل ذى مصلحة التمسك به ، بينما الهدف فى الاستغلال هو حماية الطرف المغبون وحده ، فلا يفهم ان يباح للمستغل ان يتمسك ببطلان التصرف الذى أجـراه (٢) .

واذا فنحن نستبعد من نطاق فكرة المشروعية ، تلك القواعد التى يقال انها تتعلق بالنظام العام وتدخل فى روابط علم الحقوق ، لان هذه القواعد مستمدة من أصول القانون المدنى نفسه وبوجه أخص من ركن المسئولية ، فهذا الركن هو الذى يوجه أعمالها (٣) .

---

(١) فريجامبل : المرجع السابق ص ٢١٦ .

(٢) راجع فى ذلك ، توفيق فرج : نظرية الاستغلال فقرات ١٢٧ ـ ١٣٢ .

(٣) فى رأى الفقه الحاضر ان هذه القواعد تعتبر قواعد آمرة لانها تتعلق بالنظام العام بخلاف القواعد المكملة التى لا تتعلق به ومن ثم جاز للافراد الاتفاق على مخالفتها . وفى راينا أن مرد هذه التفرقة انما يرجع الى أن النصوص الآمرة انما تتضمن مبادىء علمية تتعلق بأساس الالتزام العقدى (الادراك وحرية الاختيار وما يتفرع عنهما : أحكام الاهلية ، ونظرية الاستغلال ، عقود الاذعان ، نظرية الظروف الطارئة .. الخ) . اما النصوص المكملة فهى انما تحتوى على الاثار الطبيعية التى تترتب على تعاقد معين فى حالة واحدة هى حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم بعض مسائل العقد ، فهى ليست بقواعد كلية اى مبادىء علمية ، وهى تطبيق لمبدأ السببية المادية بقيام تلك الاثار التى نص عليها نتيجة طبيعية للتعاقد الذى تم فى تلك الحالة الوحيدة . فاذا ما وقع اتفاق المتعاقدين على تنظيم آخر غير التنظيم الذى تقول به هذه النصوص ، فمعنى ذلك أن الحالة المعينة التى تواجهها هذه النصوص غير قائمة ، ومن ثم تنتفى مجال تطبيقها .

نفرق اذا بين القاعدة العلمية التى تربط بين الواقعة وبين النتيجة ولا يرد عليها اى استثناء ولا تحتمل اية مخالفة لها ، وبين النصوص التى تحتوى على تطبيق لاحد القواعد العلمية فى جزئية معينة دون غيرها . ويلاحظ أن اتفاق المتعاقدين على تنظيم آخر غير التنظيم الذى تقول به النصوص المكملة يعنى اختلاف المضمون الرئيسى للتعاقد الذى تواجهه هذه النصوص عن المضمون الرئيسى للتعاقد الذى وضع له المتعاقدان تنظيما مغايرا . فمثلا اذا اشترى شخص شيئا معينا من آخر وسكت الطرفان عن تنظيم ضمان العيب ، فان الاثر الطبيعى لاتفاقهما أن يكون البائع ملزما بالضمان الكامل من كل عيب يظهر فى المبيع اذ أن مفهوم الاتفاق على هذا النحو أن المبيع سليم تماما . اما اذا اشترط البائع على المشترى عدم ضمانه عيبا معينا فكره له ، فمعنى ذلك أن هذا العيب ينتقص من قيمة المبيع ، وهذا يقتضى ان يكون الثمن المدفوع اقل من الثمن الذى كان سيدفعه لو كان المبيع سليما تماما .

١١٦ — السبب ليس ضابطا كاملا للمشروعية

رأينا ان السبب فى النظرية التقليدية يقصر عن محاربة العقود غير المشروعة خاصة عقود النبرع . ولذلك وسع القضاء من دائرة السبب واعتبره الباعث الدافع الى التعاقد حتى يستطيع محاربة عدم المشروعية بصورة اشمل .

ومع ذلك فان السبب بمعناه الواسع لا يزال معيارا قاصرا على حمايه المشروعية فى كل الصور ؛ ذلك ان المجتمع يهمه ان تحمى مصالحه بغض النظر عن البواعث . فاذا كانت آثار العقد تمس هذه المصالح وجب اهدار هذه الآثار ولو كان باعث كل من المتعاقدين مشروعا . فقد يجهل المتعاقدان كلاهما ان مقدهما لا يمس النظام العام والاداب والحال غير ذلك ؛ ومن تم لا يمكن اعتبار الباعث لهما على التصرف باعثا غير مشروع ، كما وانه قد يحدث ان يكون التصرف فى ذاته مشروعا وقت ابرامه ثم تجد بعد ذلك ظروف تجعل فى تنفيذه ما يضر بالمصلحة العامة ، ولا ريب انه فى هذه الحالة يجب اهدار التصرف .

ودليل صحة هذا القول ، ما يقول به الفقه من ان « معيار النظام العام هو المصلحة العامة ، ومعيار الاداب هو الناموس الادبى ، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان » (١) .

وهذا هو ايضا اتجاه بعض مذاهب الفقه الاسلامى ؛ فى استنادها الى مبدا سد الذرائع للتوسيع من نطاق عدم المشروعية ، فهذا المبدا ينظر الى النتيجة التى يفضى اليها التصرف ولو كان الباعث عليه مشروعا (٢) .

ولذلك كان صحيحا ما ذهب اليه بودنوار من ان تقدير المشروعية لا يقتصر على فحص اركان العقد ؛ وان المواد الخاصة بعدم مشروعية المحل والسبب فى القانون المدنى الفرنسى لا تغنى عن المادة السادسة من هذا القانون التى تنص على انه لا يجوز فى الاتفاقات الخاصة الخروج على احكام القوانين التى تتعلق بالنظام العام والآداب ، اذ انه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التصرف

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٢٢٨ .
(٢) راجع فى ذلك الاستاذ محمد ابو زهرة : ملك سنة ١٩٦٤ ص ٣٧٥ — ٣٧٦ .

ماسا بهما دون ان يكون محل الالتزام أو سببه غير مشروع (١) ويقول سيمون Simon ان عدم المشروعية قد يكون غير متعلق بالسبب لان بطلان التصرف يقع نتيجة النظر اليه من ناحية خارجية او موضوعية (٢) .

وهذا هو مسلك القانون المدنى الالمانى الذى خلا من نظرية السبب . ونص فى المادتين ١٣٤ ، ١٣٨ على بطلان كل تصرف قانونى يخالف النظام العام والآداب دون ان يشير الى ضبط هذه المخالفة عن طريق السبب او المحل (٣) .

١١٧ — المشروعية فى مصادر الالتزام الاخرى مسألة خارجة عن اركان هذه المصادر :

معروف ان مصادر الالتزام حسب الرأى السائد هى العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والاثراء بلا سبب ونص القانون . فهل حماية المشروعية قاصرة على العقود وحدها ؟

والاجابة بالنفى طبعا .

فالارادة المنفردة يسرى عليها ما يسرى على العقود من أحكام باستثناء ما تتعلق بضرورة توافق ارادتين حسب قول الفقه الحاضر . بل وسنرى فيما بعد ان ما يسمى بالتزام ناشىء عن ارادة منفردة ليس الا التزاما عقديا .

أما عن الفعل الضار ، فمعروف ان هذا المصدر يقتضى توافر اركان ثلاثة: الضرر والخطأ وعلاقة السببية بينهما . والضرر هو الاخلال بمصلحة مالية مؤكدة للمضرور . ويقوم هذا الضرر ولو كانت المصلحة المالية مردها العمل غير مشروع . وقد كانت المحاكم الفرنسية تلتزم فى قضائها بالتعويض ، حدود ركن الضرر ، دون ان تلقى بالا لما اذا كانت المصلحة المالية التى اخل بها مشروعة او غير مشروعة ، فكانت تقضى بالتعويض للخليلة التى يقتل خليلها فى حادث لجبر الضرر المالى الذى أصابها نتيجة قطع المعونة التى كانت تتلقاها منه ،

---

(١) بونفوار : الملكية والعقد ص ٥٤٥ و ٥٨٩ ، بونسار : مذكراته السابقة ص ٢٥٠ . وفى هذا المعنى أبو هاشية هاشش ص ٢٠١ .

(٢) سيمون : النظام العام سنة ١٩٤١ مشار اليه فى رسالة جميل الشرقاوى هامش ص ٣٠٢ .

(٣) انظر تعليق سالى على المادة ١٢٤ : التعبير عن الارادة فقرة ٢ ، ٣ .

ثم استقرت الاحكام اخيرا بحكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٣٧ الذى قضى برفض مثل هذه الدعوى تاسيسا على ان « العلاقات الناشئة عن المعاشرة غير الشرعية لا يمكن بسبب عدم مشروعيتها ان تتمثل فى مصالح يحميها القانون وان تنشأ عنها حقوق للغير » (١) .

فالضرر فى المثال السابق قائم دون شك(٢) ، واركان المسئولية عن العمل الضار قد توافرت ، ومع ذلك فان التعويض لا يقضى به نتيجة اعتراض خارجى يهدف الى حماية الآداب العامة .

اما عن الاثراء بلا سبب : فان الالتزام المتولد عنه يستلزم توافر ثلاثة اركان : اثراء المدين وافتقار الدائن الناشىء عن هذا الاثراء ، وانعدام السبب القانونى للاثراء . وليس فى محتوى هذه الاركان شرط خاص بالمشروعية . فاذا كان الاثراء نتيجة عمل غير مشروع ، فلا تفيد هذه الاركان رغم توافرها فى تعليل رفض طلب التعويض ، اذ ان مبنى هذا الرفض فكرة حماية المشروعية وهي فكرة خارجة عن اركان هذا المصدر(٣) .

اما عن الالتزامات الناشئة عن نصوص القانون : فلا تثار فيها بداهة فكرة المشروعية لان المشرع هو الذى يحددها .

١١٨ ــ المشروعية مسالة خارجة عن نطاق علم القانون المدنى :

ان المشروعية فى نطاقها الذى سبق ان حصرناه ، اى المشروعية المستمدة من علوم واعتبارات خارجة عن اصول القانون المدنى ، لا تتدخل فقط فى

---

(١) دالوز الدورى ١٩٢٨ .

(٢) راجع فى ذلك : كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ٣٠ ، جوسران ج ٢ فقرة ٤٣٤ ، بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ١٠١٠ ، رواسيت الاصول العامة الكبرى فى قانون الالتزامات دروس نكتوراه سنة ١٩٥٤/٥٣ ص ١٦٧ ، هنرى وليون مازو : موسوعة المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٢٧٨ و ٢٧٩ . وقارن الاستاذ السنهورى : الوسيط ــ ١ فقرة ٥٧٣ فى حوله « ويراعى أن المصلحة المالية التى يعد الاخلال بها ضررا هى المصلحة المشروعة . اما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها . ولا يعتبر الاخلال بها ضررا يستوجب التعويض . فالخليلة لا يجوز لها أن تطالب بالتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها لان الملاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة » .

ويؤخذ على هذا القول ان المشروعية لا تدخل فى كنه عنصر الضرر ، فالضرر هو اخلال بمصلحة مالية ، اما عدم المشروعية فمسألة خاصة بالملاقة بين الخليل وبين الخليلة ، وقد عاد الاستاذ السنهورى فى آخر كلامه الى هذا التعليل .

(٣) راجع فى ذلك ، ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ١٠٩ ص ١٩٣ ، بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ١٢٣٨ . كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ٤٠٢ .

مجال العلاقات القانونية المدنية ، بل تغطى جميع أنواع النشاط . فالروابط المدنية ليست وحدها التى تظهر فيها آثار ضارة بمصلحة المجتمع . ومخالفة المشروعية لا تحدث فقط بمناسبة ابرام اتفاقات . ومن ثم لا تقتصر محاربة عدم المشروعية على هذا المجال . بل يجرى تعقبها فى كل المجالات الاخرى .

وما دام ان المشروعية ليست قاصرة التطبيق على القانون المدنى ، فلا يجوز القول اذا بانها مسألة قانونية ولا يجوز بالتالى ادماج شرط المشروعية ضمن شروط نشأة الالتزام .

واحترام المشروعية فى نطاق علم القانون المدنى ليس مرجعه أصول هذا العلم بل مرده الى العلوم والاعتبارات الاخرى التى تنص على القواعد والسبل المؤدية الى تحقيق مصلحة المجتمع واهدافه الاساسية .

وهذا هو ايضا نفس الموقف بالنسبة لاى علم آخر غير علم القانون المدنى بصدد حماية المشروعية ، فالطبيب الذى يجرى عملية جراحية مثلا ويتبع فى اجرائها الاساليب الطبية ، يجب ان يراعى الا يكون فى اجراء هذه العملية مساس بالنظام العام والآداب ، وهذا الواجب لا يدخل بداهة فى نطاق علم الطب .

ولان مسألة المشروعية ليست مسألة قانونية ، فقد فشل الفقه تماما فى تحديد قواعد النظام العام والآداب بايجاد معيار منضبط لهما ، ثم اعترف اخيرا بصعوبة تعريفهما تعريفا دقيقا ، وقنع بابراز بعض تطبيقاتهما ، والقى على عاتق القضاء مهمة الكشف عن قواعدهما . ولذلك كان كايزر Kayser مصيبا فى قوله ان خير طريقة لتحديد قواعد النظام العام هو تحديد الجهات organes التى تملك الكشف عن هذه القواعد (١) .

واذا فهذا القواعد التى تستمد من علوم وافكار اخرى ، لا يعنى مراعاة تطبيقها فى مجال النشاط القانونى المدنى انها قواعد متعلقة به ، والا كان معنى ذلك ان ميدان القانون المدنى يتسع ليشمل العلوم والاعتبارات التى

---

(١) كايزر : مقاله عن البطلان لمخالفة النظام العام ، بالمجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ١٠١١٨ فقـــــرة) .

تستمد منها قواعد النظام العام والآداب ، ويعنى ايضا ان المسألة الواحدة تدخل فى نطاق اكثر من علم واحد .

وهذا الذى نقول به هو ما أصبح الفقه الحديث يشير اليه ، بقوله ان مسألة المشروعية مسألة اخلاقية اكثر منها قانونية plus morale que juridique وان فكرة النظام العام خليط من افكار فلسفية واخلاقية وسياسية ، ومن ثم فهى لا تتلاءم مع وضع تعريف قانونى لها(١) .

ولذلك كان من الخطأ ربط مسألة المشروعية — وهى مسألة غير قانونية — بنشأة الالتزام القانونى . وقد كان من نتيجة هذا الخلط بروز صعوبات ومشاكل يستحيل حلها كما سنرى فيما بعد .

١١٩ — الخلاف الجوهرى فى الطبيعة بين المشروعية وبين شروط نشأة الالتزام العقدى واتجاه الفقه الحديث الى التمييز بينهما :

وما دامت المشروعية من طبيعة مختلفة عن طبيعة شروط نشأة الالتزام فقد كان من الخطأ ان يجمعا معا فى صعيد واحد وان يخضعا لاحكام واحدة .

ولذلك اخذ الفقه الحديث يبرز الفروق الجوهرية بينهما ، وتبلور هذا الاتجاه فى التفرقة بينهما من ناحية البطلان ؛ فجعل البطلان المطلق جزاء على عدم المشروعية والبطلان النسبى جزاء على عدم توافر العناصر الاخرى لنشأة الالتزام .

ومرد هذه النظرة ما لاحظه الفقه من ان ابطال العقد لعيوب الرضا (ويدخل ضمنها عيب نقص الاهلية وتخلف المحل والسبب وعدم صحتهما) انما قصد به ضمان صحة هذه الارادة من ناحية تنورها وحريتها ، فالبطلان هنا قصد به حماية هذه الارادة ، ومن ثم كان متمشيا معها وليس موجها ضدها ، فى حين انه فى حالة عدم المشروعية يتجه الجزاء الى اعدام هذه الارادة التى خالف تصرفها قواعد النظام العام او الآداب ، اى ان شرط المشروعية قيد على الارادة (٢) .

---

(١) رواست : الاصول العملية الكبرى فى قانون الالتزامات ص ١٨٥ .
(٢) مالورى : النظام العام والعقد . سنة ١٩٥٣ فقرة ٢٧ .
(٣) فى هذا المعنى : مورل : دروس الدكتوراه ص ٣١٧ — ٣٢٤ .

ففى الحالة الاولى — كما يقول الفقه يكون العيب متعلقا بتكوين العناصر المقومة éléments organiques للتصرف : فهو عيب داخلى interne فى حين انه فى حالة عدم المشروعية يكون العيب ناشئا عن امر لا يمس التصرف فى حد ذاته ، فهو عيب خارجى externe مستمد اعماله من الوسط الاجتماعى الذى يقاوم مثل هذا التصرف ويعترض عليه (١) .

وعلى أساس هذه التفرقة ، اتجه الفقه الحديث الى التمييز بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبى ، فالاول مناطه اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة وتمثلها فكرة النظام العام والآداب ، والثانى مناطه حماية الفرد من العيوب التى تشوب ارادته (٢) .

بيد انه وان كان فى اتجاه الفقه هذا ، دليلا على وعيه بما بين المسألتين من فرق جوهرى ، فانه لا زال متعلقا بفكرة اعتبار المشروعية شرطا فى نشأة الالتزام ونتيجة لذلك يخضعه لجزاء من جنس واحد هو البطلان وان كان يعتبره مطلقا تمييزا له عن البطلان النسبى المقرر جزاء للاسباب الاخرى التى تمنع نشأة الالتزام ، والبطلان النسبى كما هو معروف يتساوى عند التقرير به مع البطلان المطلق . وخطأ هذا الرأى انه يخضع لنظام واحد مسألتين متميزتين تماما : فعيوب الرضاء وما يتبعها مسألة مردها الى اصول القانون المدنى فى حين ان مسألة عدم المشروعية تنبع من علوم واعتبارات اجنبية عنه، فكيف يسوى فى الجزاء بين مسألة قانونية مدنية وبين مسألة غير قانونية ؟.

١٢٠ — الصعوبات التى نشأت عن اعتبار المشروعية عنصرا فى نشأة الالتزام :

من المعروف أن أسباب بطلان التصرف انما ينظر اليها وقت ابرامه وليس قبل ذلك او بعد ذلك ، فصحة التصرف او بطلانه منوطة بوقت نشأته .

---

(١) بونكاز : ملحق بودرى وباود ج ٢ فقرة ٩٢ مكرر ، جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى فقرة ١٠٦ .

(٢) جوسران ج ١ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٢ فقرة ١٤٢ ، بلانيول وريبير وبورنجيه ج ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ فقرات ٨٢١ — ٨٢٢ ، بلانيول وريبير واسمان ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ٢٨٨ ، دى باج ج ٢ ، فقرة ٧٨٠ ، فرنجانيل : دروس القانون المدنى سنة ١٩٥٤ — ١٩٥٥ ص ٢٠٨ مازو : دروس القانون المدنى سنة ١٩٥٥ ص ٣٦٧ .

وقد تبنى مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى هذا المعيار للتفرقة بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبى (المادتين ٥١ ، ٥٢) .

فهل هذا هو الشأن بالنسبة للمشروعية ؟ والجواب بالنفي : فقد استقر القضاء على ان عدم المشروعية اذا زال بعد ابرام التصرف كشركة نشأت لغرض غير مشروع ثم اصبح هذا الغرض مشروعا ؛ او كتعامل فى شيء كان ممنوعا ثم أصبح مباحا فان دعوى البطلان لا تقبل . ويعلق الاستاذ ديموج على هذا الاتجاه بقوله انه وان كان يتضمن مخالفة للمنطق البحت لان البطلان المطلق لا يمكن ان تصححه واقعة لاحقة ، فانه يوجد الى جانب المنطق الشكلي logique formelle منطق اجتماعي logique sociale يرتكز على المصلحة العامة (١)

ولا شك انه فى الحالة العكسية — اى حالة ما اذا كان التصرف مشروعا وقت ابرامه ثم اصبح بعد ذلك يمس النظام العام — فانه يجب اهدار التصرف مع انه كان صحيحا عند نشأته ، لان مصلحة المجتمع لا يمكن أن تتحمل قيام اتصال او تصرفات مناهضة لها دون النظر الى اى اعتبار آخر .

ومن ناحية اخرى فان الفقه يقول ان جزاء عدم المشروعية هو البطلان المطلق والعقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له اى وجود قانوني ولا يترتب عليه أى اثر قانوني باعتباره عقدا لا فى الماضى ولا فى المستقبل ؛ وكذلك الشأن بالنسبة للبطلان النسبي اذا ما حكم به .

فهل اتبع منطق البطلان هذا فى الجزاء المترتب على عدم المشروعية ؟ يجيب الاستاذ جوليودى لاموراندييير على هذا السؤال بقوله ان هذا المنطق لا يمكن قبوله بدون تحفظات . ففى كثير من الفروض لا يتبع هذا المنطق كلية ، ومن البساطة القول بأن التصرف المخالف للمشروعية جزاؤه البطلان المطلق فلا ينتج عنه اى اثر . لانه يرد على هذا القول كثير من الاستثناءات وكثير من التفريعات .

Car il y a bien des atténuations et bien des naunces à apporter à cette formule.

---

(١) ديموج : الالتزامات ج ٢ فقرة ٨٤٥ .

(٢) جوليودى لاموراندييير : فكرة النظام العام فى القانون الخاص : دروس دكتوراه سنة ١٩٥٠ — ١٩٥١ ص ٢٢٣ .

ويقول أيضا انه اذا قيل ان العقد المخالف للنظام العام باطل بطلانا مطلقا ولا يرتب اى اثر ، فان تحليل احكام القضاء يظهر انه فى عدة حالات يرتب التصرف الباطل لعدم المشروعية من الناحية الواقعية en fait ومن الناحية القانونية juridiquement آثار معينة (١) . ويقول مالورى Malaurie انه لا توجد قاعدة واحدة تحدد الجزاء على مخالفة النظام العام كما لا يوجد جزاء واحد على هذه المخالفة (٢) .

ومن المشاكل الهامة التى تثور فى جزاء عدم المشروعية وتصطدم مع نظام البطلان بصفة عامة ، مشكلة ما استولى عليه احد المتعاقدين تنفيذا لعقد غير مشروع ونفرد لها البحث التالى .

مشكلة الرد المترتب على البطلان لعدم المشروعية

١٢١ ــ قاعدة Nemo auditor فى القضاء الفرنسى وفى القانون المقارن :

اثارت مشكلة الرد المترتب على البطلان لعدم المشروعية خلافا عنيفا فى الفقه واضطربت بشأنها الاحكام وتناقصت فيها الحلول التشريعية ولم يستقر فيها الراى بعد . ولا عجب فتلك هى النتيجة الحتمية لاعتبار المشروعية عنصرا فى نشأة الالتزام واخضاع مسألة قانونية ومسألة غير قانونية لحل واحد هو البطلان .

فمنطق البطلان المطلق وكذلك البطلان النسبى اذا ما تقرر ، يقضى بزوال آثار العقد واعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . ومؤدى ذلك أن العقد اذا كان قد نفذ فيتعين على كل طرف أن يرد الى الآخر ما اوفاه اليه ، غير ان القضاء الفرنسى وجد انه فى التمشى مع هذا المنطق ما يؤدى الى نتائج غير مستساغة فى بعض الحالات ، لان هذه النتائج لا تتفق وحماية المشروعية ومحاربة العقود المخالفة للنظام العام والآداب . ولذلك لجأ هذا القضاء خاصة فى النصف الاول من القرن التاسع عشر الى الخروج على منطق البطلان وتطبيق قاعدة Nemo auditor propriam turpitudinem allegans

---

(١) جوليودى لاموراندير : التطور الحديث لقانون الالتزامات دروس دكتوراه سنة ١٩٤٤ ص ٣٣٨ .

(٢) مالورى : النظام العام والعقد فقره ٢٢١ .

وهى قاعدة قيل بنسبتها الى القانون الرومانى - ومضمونها ان العقد اذا كان باطلا لعدم المشروعية وكان كلا طرفيه مشتركين فى الاثم فلا يجوز لايهما أن يسترد ما دفعه للاخر تنفيذا لهذا العقد غير المشروع -

وفى اواسط القرن التاسع عشر اخذ فقهاء مدرسة الشرح على المتون يهاجمون القاعدة بحجة انها لم ترد ضمن نصوص القانون المدنى - واخذت بعض الاحكام تحت تاثير هذا الفقه تغفل تطبيقها فى حالات كانت تطبقها فيها من قبل . ومع ذلك فلا زالت هناك حالات هامة يطبق فيها القضاء الفرنسى هذه القاعدة حتى الان ؛ ومنها التعاقدات الخاصة بمحلات الدعارة (١) وعقود المعاشرة الجنسية غير المشروعة (٢) والارتباطات الخاصة بالعاب القمار (٣) .

ويأخذ عدد من التشريعات بقاعدة (نيمو) فتنص على رفض طلب الاسترداد المقدم من الطرف الملوث ؛ ومن هذه التشريعات القانون المدنى الالمانى (م ٨١٧ ، وقانون الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والقانون المدنى الايطالى (م ٢٠٣٥ ، والقانون المدنى الاسبانى (م ١٣٠٥ — ١٣٠٦) والقانون المدنى النمساوى (م ١١٧٤) والقانون الانجليزى والبرازيلى والشيلى ؛ والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٢/٢٧)(٤) -

وينص القانون البرتغالى (م ٦٧١ر٦٩٢) بمصادرة ما استولى عليه احد المتعاقدين تنفيذا لعقد غير مشروع - لحساب الخزانة العامة لصرفه فى اغراض خيرية .

ويقضى القانون المدنى السوفيتى (م ١٤٧) بعدم جواز الرد تنفيذا لعقد غير مشروع وبمصادرة ما دفع لحساب الدولة .

---

(١) نقض ١٧ ٦ — ١٩٠٥ ، داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٧٢ محكمه افيان ١ — ٤ — ١٩١٢ الجازيت دى باليه ١٩١٢ — ٢ — ١٣٦ ، محكمة باريس ١ — ٢ — ١٩٣٠ د اللوز الاسبوعى ١٩٣٠ — ٢١٨ ، نقض تجارى ف ٢٥ — ٦ — ١٩٥٠ Bull. C. cassation 1950. II. 190. مشار اليه فى دروس دى لاموراندييز ص ٢٣٧ .

(٢) محكمة باريس فى ١٩٠٣/٨/١٦ داللوز ١٩٠٤ — ٢ — ٣٤٥ ، نقض ١٧ — ٤ — ١٨٢٣ د اللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٢ .

(٣) نقض ٤ — ٧ — ١٨٩٢ سيرى ٩٢ — ١ — ٥١٤ .

(٤) راجع فى ذلك فيموربانو المرجع السابق فقرات ١٢٧ — ١٣٠ .

١٢٢ ــ راى الفقه الحديث :

استند بعض الفقهاء فى رفض قاعدة « نيمو » الى مبدأ الاثراء بلا سبب تاسيسا على انه اذا ما تقرر البطلان فقد تعين ارجاع الحال الى ما كان عليه ، وعلى المتعاقد الذى استولى على شىء تنفيذا لهذا العقد الباطل ان يرده للآخر تطبيقا لقاعدة رد غير المستحق(١) Répétition de l'indu المستمدة من مبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب . ولكن غالبية الاحكام رفضت الاخذ بهذا الراى (٢) . كما ان اغلب الفقه لم يؤيده لقوله ان فكرة النظام العام تعلو على دعوى الاثراء بلا سبب (٣) . وكما يقول الاستاذ ريبير لا يمكن فصل الاداء الذى وفى به عن العقد الذى تولد عنه هذا الاداء ، ولكى تكون هناك دعوى اثراء بلا سبب يجب ان يكون ما دفع بدون سبب ، والحال هنا انه يوجد سبب ولكنه سبب غير مشروع فدعوى الاثراء تصطدم مع نفس العقبة ، فالمدعى مضطر الى تسليل السبب الذى من اجله دفع ، ، ولا مناص اذا من أن يتمسك فى طلب الرد بالتصرف غير المشروع الذى ابرمه (٤) .

وقد اخذ الفقه الحديث يتجه أخيرا الى عدم التقيد بقواعد البطلان ووضع الحل الذى يتلاءم مع فكرة حماية المشروعية . فاذا استلزمت هذه الفكرة رد ما أوفى به المتعاقد قضى بذلك ، وان كان فى الرد ما يتنافى معها رفض طلب الرد . فالمشروعية هدفها تحقيق مصلحة المجتمع ، والجزاء على عدم المشروعية غايته تحقيق هذه المصلحة فيجب التزام هذه الغاية دون النظر الى اى اعتبار آخر .

يقول الاستاذ رواست (٥) : « يجب أن نفحص كل حالة على حدة لوضع الحل الذى يتناسب مع حماية النظام العام والآداب . . فاذا كنا بصدد تصرف منافٍ للآداب immorale فيتعين بصفة عامة رفض طلب الرد لسد الطريق على اولئك الذين يبرمون عقودا تمس الاخلاق بعلمهم مقدما أن طلب الرد سيرفض على الرغم من بطلان العقد ، واحيانا نسمح بالرد كحل اهون

---

(١) بونفواز : الملكية والعقد ص ٦٥٥ ــ ٦٥٦ ، جوريه ، رسالته عن الاثراء فقرة ١٤٦ مشار اليهما فى مالورى ص ٢٢٩ .

(٢) نقض فرنسى فى ١٩١١/٣/١٥ داللوز ١١ ــ ١ ــ ٣٨٢ ، نقض فرنسى ٣ ــ ١١ ــ ١٩٣٠ د اللوز الاسبوعى ــ ٣٠ ــ ٦٠٣ .

(٣) مالورى : فقرة ٢٥١ ــ ٢٥٢ .

(٤) ريبير : القاعدة الخلقية فقرة ١٠٩ .

(٥) رواست : الاصول العرفية الكبرى ص ١٨٥ .

ضررا لنميز من يكون من الطرفين اقل اثما . واذا كنا بصدد تصرف مخالف للنظام العام illicite فيجاز الرد الا اذا تطلب النظام العام نفسه اعمال قاعدة (نيمو) . وانه لمن المشكوك فيه ان نحل ابدا فى هذا الموضوع الى شيء آخر غير هذه الخطوط العامة لان الموضوع اخلاقى اكثر منه قانونى ، ولان الاعتبارات الخلقية تتغير تبعا لتغير المكان ، ولانه من جهة اخرى تتغير أوضاع النظام العام تبعا لكل حالة على حدة » .

ويقول الاستاذ جوليودى لاموراندير(١) : « يجب ان نستعمل البطلان لعدم المشروعية بطريقة مرنة de façon souple وليس على نحو مطلق . يجب ان نستعمله بطريقة تحقق أفضل النتائج للنظام العام الذى يراد حمايته . وكمبدأ عام يقضى برد ما سلم تنفيذا للعقد غير المشروع . ومع ذلك نفى فروض معينة يكون الرد تلبية لمنطق البطلان اكثر انتهاكا للنظام العام من ترك الامور على حالها ، ومن ثم فى هذه الفروض وتطبيقا لفكرة حماية النظام العام التى هى اساس استعمال دعوى البطلان يتعين استبعاد النتائج العادية normales للبطلان فيرفض طلب الرد .. يجب ان نضع نصب أعيننا قبل كل شيء الغرض الاساسى من فكرة حماية النظام العام .. ومهمة القاضى هى وضع الحل الافضل الذى يتفق مع المصلحة العامة . وعندما يسرع فى وضع الجزاء يتعين عليه ان يلاحظ ما ينشأ عنه من نتائج من وجهة نظر الصالح العام . فيسمح بتطبيق قاعدة (نيمو) اذا وجد ان الرد يؤدى الى نتيجة تخالف اهداف النظام العام ؛ وبالعكس فعليه ان يستبعد تطبيق هذه القاعدة ويسمح بالرد عندما يكون الاثر العادى للبطلان هو الانسب لتحقيق أغراض النظام العام . واذا ما حللنا الحالات المختلفة التى سمح فيها القضاء بتطبيق القاعدة وتلك التى استبعد فيها تطبيقها لتبين ان الفكرة المهيمنة والموجهة هى تحقيق المصلحة العامة ، وهى الفكرة التى تبرر الحلول القضائية التى لم تتقيد بمبدأ سابق» . ويقول الاستاذ دى لاموراند بيير ايضا(٢) . « ان البطلان كجزاء على مخالفة النظام العام لا يجوز ان يطبق بصورة آلية automatique لانه فى احوال معينة يكون مثل هذا الجزاء منافيا للهدف

---

(١) التطور الحديث لقانون الالتزامات ص ٣٦٠ .

(٢) فكرة النظام العام فى القانون الخاص ص ٣٤٩ .

المقصود وهو حماية النظام العام. فهناك اعتبارات ملاءمة adaptations يجب مراعاتها . وقاعدة (نيمو) هى احدى هـــذه الملاءمات ، فهى تعطى حرية اكثر للقضاء لكى يضع الجزاء الذى يتلاءم مع ضرورات النظام العام ».

ويقول الاستاذ فريجاميل (١) « يمكن ان يقال فيما يمس النظـــام العـــام وحسن الآداب ان المحاكم هى خير من يعرف فى كل حالة على حدة ما هو الحل الافضل الذى يحد من محاولة انتهاكهما ، ففى عقـــد رشوة الموظف يكون من الشذوذ لفكرة حماية النظام العـــام والآداب أن يستبقى الموظف المرتشى مبلغ الرشوة . وبالعكس اذا كنا بصدد عقد بيع منزل يدار للقمار او للدعارة فان من الافضل تطبيق قاعدة (نيمو) لان فى ذلك مدعاة للاحجام عن ابرام مثل هذه العقود » .

ويقول أوبير Aubert انه اذا لم يكن المدعى عليه قد نفذ العقد من جانبه فلا يكون من المناسب اعمال قاعدة (نيمو) ، ويتعين من ثم اجابة المدعى الى طلب الرد . أما اذا كان العقد قد نفذ من جانب طرفيه فان الرد يبدو حلا استثنائيا اذ لا يكون التجاء طالب الرد الى القضاء مبعثه تانيب الضمير ، وانما هو يلجأ اليه ابتغاء تحقيق هدف انانى محض بالاستفادة من ابطال عقد نفذ ولم يعد يهمه وعلى ذلك يكون الاساس الحالى لقاعدة (نيمو) هو اعتبار طلب الرد تعسفا فى نظرية البطلان . فصاحب هذا الطلب لا ينشد عدالة وانما يريد الحصول على فائدة من عمله المشين (٢) .

١٢٣ ـــ جلاء جانب من غموض المشكلة بتفصيل التفرقة الحالية بصـــدد قاعدة (نيمو) بين العقود المخالفة للنظام العام وبين العقود المخالفة للآداب .

يلاحظ الفقه على اتجاه القضاء الفرنسى الحالى ، انه اصبح يميل بوجه عام الى التفرقة بين العقود المخالفة للاداب فيطبق بشأنها قاعدة (نيمو) ، وبين العقود المخالفة للنظام العام فيستبعد تطبيق القاعدة (٣) .

---

(١) دروس القانون المدنى ص ٢٤٤ .

(٢) موريس أوبير : استرداد الادامات المخالفة للنظـــام العام والاداب فى القـــانونين الفرنسى والسويسرى وفى القضاء البلجيكى ١٩٥٤ ص ـــ ١٩١ ـــ ١٩٤ .

(٣) راجع فى ذلك كابيتان : السبب فى الالتزامات فقرة ١١٨ ، أوبير المرجع السابق ص ٩٧ ، ريبر : دور الارادة فى التصرف القانونى فقرة ٣٥٤ .

وفى راينا ان هذه التفرقة انما ترتد اساسا الى ما نقول به من تحديد مجال المشروعية فى النطاق الذى سبق أن حددناه آنفا (١) ، ذلك ان كثيرا من العقود التى اعتبرها القضاء مخالفة للنظام العام واجاز فيها الرد انما يرجع بطلانها الى انها مشوبة بوقوع احد المتعاقدين فيها ضحية اكراه او غلط ووصف عدم المشروعية فيها انما هو اثر لهذا العيب . أما بالنسبة للعقود المخالفة للاداب ، فواضح ان البطلان فيها لا يرجع الى اساس نشأة الالتزام القانونى وانما يرجع الى اعتبارات خارجة عن اصول علم القانون المدنى : وكذلك الشأن بالنسبة لجانب من العقود المخالفة للنظام العام المستمدة من تلك الاعتبارات .

ولذلك يكون من قبيل اللبس ما ذهب اليه كابيتان من تاسيس بطلان بعض التعهدات على مخالفتها للنظام العام فى حين أن البطلان فيها انما يرتد ابتداء الى وقوع المتعهد ضحية اكراه ، فالتعهدات التى اوردها كابيتان فى هذا الصدد هى التعهد بدفع مبلغ من المال لاخر ليمتنع عن ارتكاب جريمة او لينفذ التزاما واجبا عليه من قبل ، كشخص استولى على شيء مملوك لاخر ورفض اعادته الا اذا تعهد له المالك بدفع مبلغ من المال ، وكمودع عاجز عن اثبات ما اودعه فيضطر أمام سوء نية المودع عنده الى التعهد بدفع مال له ليسترد الوديعة (٢) . وواضح فى هذه الامثلة ان المتعهد ما كان ليتعهد لو لم يكن مكرها ، ومن ثم لا ينشأ التزامه لعيب الاكراه المؤثر على حرية الاختيار(٣) ، ولا محل لارجاع البطلان هنا الى ان الالتزام مخالف للنظام العام . واذا اجاز القضاء طلب الرد فى هذه الامثلة فلا ينبغى أن يقال ان فى ذلك استثناء من قاعدة (نيمو) .

وعلى اساس من هذا التأصيل ، نفسر ما ذهب اليه فارجا Farjat من استبعاد تطبيق قاعدة (نيمو) من مجال العقود المخالفة للنظام العام الاقتصادى (٤) ، اذ ان هذا النوع من النظام خلافا لتسميته انما يتعلق

---

(١) ما سبق فقرة ١١٥ .
(٢) كابيتان : فقرة ١٠٨ .
(٣) راجع ما سبق فقرة ١٠٦ .
(٤) فارجا : النظام العام الاقتصادى سنة ١٩٦٣ فقرة ٥١٩ .

بمسألة قانونية بحتة وهى حماية المتعاقدين من استغلالهم نتيجة اكراه أو غلط .

ومن الامثلة الحديثة فى هذا الصدد ما تواترت عليه أحكام القضاء الفرنسى ، من اجابة طلب المشترى استرداد ما دفعه زائدا عن السعر المحدد قانونا (١) .

١٢٤ — اثارة المسألة فى القانون المدنى المصرى الجديد :

لم يكن القانون المدنى المصرى الملغى ينص على قاعدة (نهيو) ، ومع ذلك فقد جرى القضاء المصرى فى غالبية أحكامه على تطبيق هذه القاعدة (٢) .

وعند اعداد القانون الجديد ، رأى واضعوه النص على تطبيق القاعدة على العقود المخالفة للاداب فقط فنصت الفقرة الثالثة من المادة ١٠٢ من المشروع التمهيدى على انه « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للاداب أن يسترد ما دفعه الا اذا كان هو فى التزامه لم يخالف الاداب » ثم رأت لجنة المراجعة بناء على اقتراح أحد الاعضاء حذف هذه الفقرة ، بحجة انها لا تتمشى مع منطق البطلان فحذفت (٣) .

ويحبذ الاستاذ السنهورى حذف هذه الفقرة لانه يرى ان الاسترداد جائز فى كل الاحوال حتى لا يكون هناك اثر مترتب على العقد الباطل ، ولكنه مع ذلك يشير بأن هناك أحوال لا يستساغ فيها الرد ، فقال : « لذلك أحسن القانون الجديد صنعا فى اغفاله النص الذى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه ، وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا لانه نص لا يتمشى مع منطق البطلان واذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر فان القواعد العامة تكفى فى معالجتها ، كما اذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالا غير مشروع فى مقابل

---

(١) راجع الاحكام المشار اليها بهامش ص ٢٤٢ من ريبر . المرجع السابق .

(٢) راجع فى ذلك السنهورى جزء ١ فقرة ٣٣٨ والاحكام التى اشار اليها بالهامش .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٥٨ وكان من رأى الاستاذ وديع فرج (مذكراته السابقة ص ٢٠٠) الابقاء على قاعدة (نيمو) فى دائرة عدم المشروعية لمخالفة الآداب الجنسية ، ويقول فى ذلك انه لا يتصور ولا يتفق مع كرامة القضاء ان يأتى شريكان فى منزل مدار للدعارة ويطلبان من المحكمة تعيين خبير لفحص حسابات او تقدير ايرادات هذه التجارة المتوتة .

مال اعطاء اياها ، وهو يريد الآن استرداد هذا المـــال . فى مثل هذه الحالة لا نتردد فى انكار الاسترداد عليه . وتستبقى المراة المال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتـــج اثرا . ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الاخذ بها بعد ان زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذى اصاب المراة من الاتصال غير المشروع » (١) .

ويعترض الاستاذ سليمان مرقص على هذا الرأى فيقول : « واذا كان الاستاذ السنهورى لا يتردد فى انكار الاسترداد على الرجـــل فى مثل هذه الحالة فانى اتردد كثيرا فى اقرار احتفاظ المراة بما قبضت ، ذلك لانها لم تستحقه لا بمقتضى العقد لوقوعه باطلا ولا طبقا لاحكام الفعل الضار لعدم حصول اى ضرر لها . واذا فرضنا جدلا امكان اعتبار ما تم بينهما ضررا لها ، فان ذلك لا يكفى لمساءلة الرجل عن هذا الضرر بل يلزم ان يكون قد تسبب هو فيه بخطأ منه ، ولان المفروض ان الاتصال بينهما قد تم برضاها ، فان هذا الرضـــا يترتب عليه رفع وصف الخطأ من فعل الرجـــل فلا ينزم هذا بتعويض ، واذا قيل انه فى اكثر الاحوال لا يترتب على رضا المراة هذا الاثر لانه رضا غير مشروع وبالتالى لا يجوز للرجل ان يعول عليه فى استباحة ما هو غير مباح له اصـــلا فلا اقل من ان تعتبر المراة ايضا مخطئة فى هذا الرضا وتطبق حكم الخطأ المشترك عليهما ، بل يمكن القول بان خطاها هذا يجب خطأ الرجل اذ المفروض انه لولا رضاها ما اقدم الرجل ، واذا فلا مسئولية على الاخير ولا حق للمراة فى التعويض (٢) » .

ونحن لا نرى فى المثل الذى ضربه الاستاذ السنهورى اى ضرر وقع بالمراة التى استباحت نفسها برضاها ، فالضرر المادى معدوم لانه لم يحدث اى انتقاص من ذمتها المالية ، وكذلك الضرر الادبى لان شرفها مثلوم من قبـــل بسبق رضاها بالمعاشرة غير المشروعة . وعلى فرض وقـــوع ضرر وعلى فرض ان خطأ المراة لا ينفى خطأ الرجل فان علاقة السببية منتفية لان خطاها من الجســـامة بحيث يستغرق خطأ الرجل .

---

(١) الوسيط جـ ١ فقرة ٢٣٨ .

(٢) سليمان مرقس : نظرية العقد فقرة ٥١٤ .

ومع التسليم جدلا بتوافر أركان المسئولية التقصيرية فى المثال السابق فما هو الموقف اذا لم تطلب المراة فى دعوى الرجل ضدها استيفاء ما قبضته منه على سبيل التعويض ؟ هنا لا يستطيع القاضى اثارة هذا الطلب ، ولا مناص اذا طبقا للراى السابق من أن يحكم للرجل باسترداد ما دفعه وهو ما لا يقبل التسليم به .

بل وحتى بفرض توافر أركان المسئولية التقصيرية وطلب المراة اعمالها لتستبقى ما قبضته من الرجل على سبيل التعويض فان فكرة المشروعية تقف حائلا دون قبول طلبها لان هذه الفكرة تطبق فى جميع المجالات كما سبق القول . وقد رأينا ان محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على ان العلاقات الناشئة عن المعاشرة غير المشروعة لا يمكن بسبب عدم مشروعيتها ان تمثل فى مصالح يحميها القانون ؛ ومن ثم لا تستحق العاهرة تعويضا لانها تؤسس طلبها على علاقة غير مشروعة . ولا يعدو الراى السابق ان تكون نتيجته النهائية التسليم بشرعية استحقاق المراة اجرا عن ادائها غير المشروع .

وقد حاول الاستاذ سليمان مرقس أن يجد تبريرا آخر غير التبرير الذى قال به الاستاذ السنهورى لانكار حق الاسترداد على الرجل ، فقال : « . . . فنرى استنادا الى ان بطلان العقد يستتبع اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرامه ان المراة اذا كانت قد ادت ما التزمت به بموجب ذلك العقد الباطل ، يكون من حقها ان تسترد قيمته ، ويستدل على هذه القيمة بما قدره بها الطرفان فى اتفاقهما الباطل فيكون الرجل ملزما بان يرد الى المراة هذه القيمة وهى ملزمة أن ترد له ما قبضته فتتقع المقاصة بينما ، فلا ترد المراة ولا يسترد الرجل شيئا . اما اذا كان الرجل لم يدفع ما اتفق عليه فلا يكون له استرداد شىء وتنتفى المقاصة ، ويلزم هو برد مقابل الاداء الذى حصله لا اعمالا للعقد الذى وقع باطلا ، بل تطبيقا لقاعدة وجوب اعادة الحالة الى ما كانت عليه(١) » .

---

(١) سليمان مرقس : نظرية العقد هامش فقرة ٢٣٦ .

وهذا تحليل غريب فى بابه ، نشأ عن عدم الالتفات الى أن فكرة حماية المشروعية تطبق فى كل مجال . وقد أدى هذا الاغفال الى انتهاء ذلك التحليل الى التسوية بين العقد المشروع الملزم وبين العقد غير المشروع : شخص باع لاخر شيئا ما بثمن معين وقبض البائع الثمن واستلم المشترى المبيع ، وامرأة استباحت نفسها بأجر معين . البائع يحتفظ بالثمن والمشترى يحتفظ بالمبيع . والمرأة الماهرة تحتفظ بالاجر والرجل حصل على الشهوة منها .. ثم كيف يقال أن الرجل الذى عاشر المرأة مقابل مبلغ من المال لم يكن قد دفعه بعد ، عليه أن يدفع لها هذا المقابل ، ولها اذن أن تتقدم الى القضاء وتطلب منه أن يحكم لها على الرجل ويستجيب القضاء الى طلبها كما يفعل بالنسبة الى اى عقد مشروع ؟ يقول الاستاذ سليمان مرقس ان هذا ليس اعمالا للعقد بل تطبيقا لقاعدة اعادة الحالة الى ما كانت عليه . ونحن نقول كلا ، فان حماية المشروعية لا تقف أمامها أية قاعدة ، والا فأين هى فكرة حماية الآداب اذا كان للمرأة الماهرة أن تطالب بأجر أو مقابل للمنكر الذى مارسته ؟ لقد جاء اللبس فى ذلك التبرير من توهم أن مطالبة المرأة هنا يكون تطبيقا لقاعدة وجوب اعادة الحالة الى ما كانت عليه وهى قاعدة مستمدة من مبدأ الاثراء بلا سبب دون الالتفات الى ان فكرة حماية المشروعية تطبق فى مجال الاثراء بلا سبب كما تطبق فى كل مجال آخر كما سبق القول(١) .

ومع ذلك ، فقد عاد الاستاذ سليمان مرقس يقول : « ونرى انه ما كان ينبغى للمشرع أن يطرح القاعدة الرومانية اطراحا تاما لمجرد ما بدا له من مجافاتها منطق البطلان ، وانه كان جديرا به أن يحتفظ بها لما فيها من مزية مجازاة الطرف الملوث مع تعديلها بما يزيل عنها مجافاتها منطق البطلان ، وذلك مثلا بالنص على أنه فى حالة بطلان العقد لعدم المشروعية يكون لكل من الطرفين أن يطلب الزام الاخر برد ما حصله من اداءات بموجب هذا العقد على أن يصادر المحكوم به لحساب الخزانة العامة او لحساب مؤسسة خيرية يعينها بالنسبة الى كل اداء الطرف

---

(١) ما سبق فقرة ١٣٣ .

الذى قام بتنفيذه ، كما فعل التقنين البرتغالى فى المادتين ٦٧١ر٦٩٢ فان مثل هذا النص من شانه ان يكفل تجريد العقد الباطل لعدم المشروعية من كل اثر ، مع مجازاة العاقد الملوث الذى نفذ اداءه بحرمانه من ان يستزد شخصيا هذا الاداء او قيمته (١) .. » .

بيد أن الالتجاء الى المصادرة هنا معناه عملا انتفاء تطبيقها ، وفى الوقت ذاته شل يد القضاء عن المساهمة بنصيب فى محاربة العقود غير المشروعة عندما تستلزم هذه المحاربة اجابة طلب الرد ، اذ ما الذى يدعو المتعاقد الى رفع الدعوى وهو يعلم انه لن يجنى من ورائها شيئا ، هذا يفرض الخروج على الاصل المسلم به ، بالقول بأن لمثل هذا المتعاقد الملوث مصلحة ادبية فى رفع الدعوى(٢) .

١٢٥ ــ خاتمة المبحث الثانى :

هكذا وضح لنا مما سبق ، أن هناك حالات فى عدم المشروعية يكون طلب الرد فيها امرا مخالفا لذات المشروعية ، مع ان حمايتها هى الغاية من اشتراطها . وفى هذا ــ فضلا عما سبق ذكره ــ مخالفة لمنطق البطلان بالمعنى السائد الذى يقوم جزاء على عدم استكمال اركان المصدر المنشىء للالتزام . وهذا تدليل على ما سبق أن قلناه من أن مسألة المشروعية ــ فى النطاق الذى سبق أن حددناه ــ مسألة خارجة عن علم القانون المدنى ، ومن ثم كان ادماجها مع نشأة الالتزام واخضاعهما سويا لجزاء واحد هو البطلان امر غير صحيح علميا . ولا يصحح هذا الخطأ ما اتجه اليه الفقه الحديث من جعل البطلان المطلق جزاء على عدم المشروعية ، والبطلان النسبى جزاء على عدم استكمال الاركان الاخرى ، اذ أن البطلان النسبى عند التقرير به يتساوى مع البطلان المطلق ، وكلاهما فى النظرة الحالية جزاء على عدم استكمال أحد عناصر نشأة الالتزام .

وقد دللنا على وجهة نظرنا بما أخذ الفقه الحديث يلاحظه من

---

(١) المرجع السابق فقرة ٢٣٦ .

(٢) وراجع فى نقد فكرة المصادرة ، اوبرى : المرجع السابق ص ١٨١ .

اختلاف فى الطبيعة بين المشروعية وبين سلامة الارادة فى تنورها وحريتها ، فالاولى قيد على الارادة بينما الثانية تاكيد لها . وقلنا ان الفقه فشل فى تحديد قواعد النظام العام والآداب ، واحال بعضه فى بيانهما الى الجهات التى تملك الكشف عنهما . واخيرا اعترف الفقه بان مسالة المشروعية مسالة اخلاقية اكثر منها قانونية ، وان فكرة النظام العام خليط من افكار فلسفية واخلاقية وسياسية ومن ثم لا تتلاءم مع وضع تعريف قانونى لها .

ولو كان الفقه قد سار الى نهاية الشوط الذى بداه فى التفرقة بين المشروعية وبين صحة الارادة ، وعرف ان الاولى من طبيعة مختلفة تماما عن طبيعة الثانية ، وان الاولى مسالة خارجة عن اصول علم القانون المدنى ، وان غايتها تحقيق مصالح مستمدة من علوم واعتبارات اجنبية عنه ، لكان قد وضع الضوابط الخاصة بالجزاء المناسب لعدم المشروعية بما يتفق وتحقيق المصلحة العامة ومحاربة عدم المشروعية بقدر الامكان دون التقيد بمنطق البطلان .

والذى نريد ان ننتهى اليه هو ان المشروعية ليست عنصرا فى نشاة الالتزام العقدى ولا فى اى التزام قانونى مدنى آخر ، وان الالتزام ينشأ من وجهة نظر علم القانون المدنى ولو كان فيه ما يخالف المشروعية ، فالمشروعية مسالة خارجة عنه وليست من موضوعاته ، وليس هو بذاته الذى يقول بحمايتها . وليس فى هذا مسلما بالقانون المدنى بصفة علما ، فالارض الواحدة لا يمنع أن تنتج ثمارا نافعة وثمارا ضارة . فلو القيت فيها بذور طيبة لانتجت ثمارا طيبة ، ولو القيت فيها بذور ضارة لانتجت ثمارا ضارة ، اما ان نمنع اثبات البذور الخبيثة او ان نجتث الثمار الخبيثة ، فامر آخر لا علاقة له بعلم النبات . كذلك الشان فى نشاة الالتزام فهو ينشأ بتوافر العناصر التى ينص عليها علم القانون المدنى ، اما ان يكون من شان قيام الرابطة القانونية الاخلال بالنظام العام والاداب ، فتلك مسالة لا تدخل فى نطاق هذا العلم ، وانما تاتى من جهة اخرى هى الجهة التى تنص على عدم المشروعية فى كل علاقة مطروحة على حدة .

والقاضى المدنى عندما يتعين عليه حماية النظام العام والاداب لا يقوم بمهمة الفصل فى نزاع بين طرفين ، وانما يفعل ذلك بصفته موظفا عاما عليه أن يحمى المشروعية فى نطاق عمله ، وهو اذا اهدر التصرف الذى يخالف الاداب الجنسية مثلا أو وضع الجزاء الملائم لحمايتها ، فليس معنى ذلك ان هذه الاداب من موضوعات القانون المدنى وان القانون المدنى بصفته علما هو الذى يقول بحمايتها . وهذا هو الشأن ايضا بالنسبة لاى علم آخر ، فالطبيب مثلا اذا راعى فى عمله الا يخالف النظام العام والاداب فليس معنى هذا أن علم الطب هو الذى يقول بذلك ، وليس معنى هذا أنه اذا لم يلتزم النظام العام والاداب فى عمله فان هذا العمل لن ينتج آثاره الطبية .

الفصل الثانى

الخطأ والافتراض فى فكرة العقد كمصدر الالتزام

١٢٦ — تمهيد :

الرأى السائد فى الفقه الحاضر هو أن العقد مصدر للالتزام ، مع التسليم فى الوقت نفسه بأن الارادة هى قوام العقد ، وان الالتزام العقدى اساسه ارادة الملتزم .

وهذا الذى يقول به الفقه يصح أن يكون مدعاة للتساؤل : لماذا اقيم هذا الذى يسمى بالعقد وسيطا بين الواقعة المنشئة وبين النتيجة ؟ لماذا لم نقل مباشرة أن الارادة هى مصدر الالتزام .

ثم الا يتضمن هذا القول خطأ منطقيا ، لان العقد يتكون من ارادتين متوافقتين ، واساس التزام كل متعاقد لا يرتد الى هاتين الارادتين سويا بل الى ارادته وحدها . والا كان القول بغير ذلك يعنى ان ارادة المتعاقد لا تكفى وحدها لنشأة الالتزام ، وان الالتزام العقدى له مصدر آخر اضافى غير الارادة لان ارادة المتعاقد الاخر ليست « ارادة » بالنسبة للملتزم ، ويعنى ذلك ايضا ان ارادة شخص ما تعتبر بصفة جزئية مصدرا لالتزام عقدى فى حق شخص آخر .

كما وان هذا القول فيما يسلم به من ان العقد يتكون من ارادتين ، لا بد وان يسلم ايضا تمشيا مع هذا القول بأن العقد لا يكون صحيحا الا اذا كانت هاتان الارادتان صحيحتين كلتاهما . ومعنى ذلك ان العقد اذا كان غير صحيح بعدم صحة ارادة احد طرفيه لم يتولد عنه بصفته مصدرا اى التزام صحيح ، حتى بالنسبة للطرف التى كانت ارادته صحيحة .

وهذا الذى نقوله اعتراضا على فكرة العقد كمصدر الالتزام لا نرمى به فقط الى اثارة مشكلة الايجاب الملزم ومشكلة الارادة المنفردة بوجه

عام ، بل اننا نذهب الى ابعد من ذلك : فنرى أن العقد ليس الا محض فكرة افتراضية لا وجود له فى الواقع ككائن مستقل متميز له زمان ومكان واحد اذا قام صحيحا انتج كل الاثار واذا لم يقم صحيحا لم ينتج اى أثر ، فالارادتان المتوافقتان ليستا شيئا آخر غير الارادتين المتوافقتين فلا ينشأ عنهما كائن يتولى هو توليد الالتزامات ، واذا قيل ان العقد هو نفسه الارادتان الموافقتان قلنا ان الالتزام لا ينشأ عن الارادتين سويا وانما ينشأ عن ارادة واحدة مضافا اليها الركن المادى .

وقد يتساءل عن السبب الذى دعا الى بقاء سيطرة هذه الفكرة الخاطئة رغم وضوح زيفها ورغم ان جانبا من الفقه قد لاحظ بعض ما تتضمنه من خطأ بصدد بحثه لمشكلة الارادة المنفردة ؟ قد يعود السبب فى ذلك الى فهم الارادة كمصدر للالتزام فى المعنى الذى استمد من مبدأ سلطان الارادة اى بوصفها ذات سلطان لا تلتزم الا بمشيئتها وما يترتب على الاخذ بهذا المفهوم من التسليم لها بشرعية العدول عما سبق ان التزمت به ، فاستخدمت فكرة العقد واعتبر هو مصدر الالتزام لتذليل تلك العقبة والتحايل عليها . وقد يكون هذا السبب نتيجة للشعور بأن الارادة وحدها لا تكفى لنشأة الالتزام وأن هناك ركنا آخر يبرر نشأته هو الركن المادى اى الثقة — والقبول — وهو أحد جزئى العقد — يعتبر دليلا على تولد الثقة .

وشأن كل افتراض مخالف للحقيقة ، كان لابد وأن ينشأ عن فكرة العقد مشكلات يستحيل حلها . واستحالة الحل انما ترجع الى أن الفكرة الاولى الافتراضية تؤدى الى سلسلة من الافتراضات لمداراة ما فى الفكرة الاصلية من خطأ ، ولا يمكن فى ظل مقدمة خاطئة يسلم بصحتها بداءة ان ينتهى الامر الى حل صائب . فبالرغم من المجهودات الكبيرة التى بذلها الفقه لحل المشكلات التى نشأت عن فكرة العقد — وهى مشكلات خطيرة — فان الجدل لازال قائما بشأنها ولم يسلم اى حل قيل به من المآخذ . ونستعرض هذه المشكلات تباعا لبيان وجهة نظرنا : وهى مشكلات القوة الملزمة للايجاب ، والارادة المنفردة ، ووقت تمام العقد ، وفكرة البطلان النسبى .

الفرع الأول

مشكلة القوة الملزمة للايجاب

١٢٧ — اعتبار العقد مصدرا للالتزام لا يرتب اى اثر على الايجاب . شذوذ هذه النتيجة لاصطدامها مع العدالة ومع استقرار المعاملات :

ان القول بأن العقد مصدر للالتزام يعنى أن الالتزام لا يتولد ما لم يكن العقد قد اكتمل وجوده . ولما كان العقد يتكون من ايجاب ثم قبول ينضم اليه فان الايجاب فى حد ذاته لا يتولد عنه اى التزام فى الفترة ما بين علم المخاطب به وبين انضمام القبول اليه . وينبنى على ذلك ان الايجاب غير ملزم وان صاحبه يستطيع الرجوع فيه الى ما قبل اللحظة التى يتم فيها تكوين العقد . كما ينبنى ايضا أن الموجب اذا مات أو فقد اهليته بعد صدور الايجاب وقبل أن يصادفه قبول فان الايجاب يسقط ، لان الايجاب ارادة ، والارادة تنقضى بوفاة صاحبها وتنقطع بفقد الاهلية ، ومن ثم فان القبول اذا صدر بعد ذلك فلن يقابل ايجابا قائما .

هذه هى النتيجة المترتبة على اعتبار العقد مصدرا للالتزام ، وهى نتيجة كان من المتعذر الاخذ بها عملا لاصطدامها مع العدالة ومع استقرار المعاملات فى حالة التعاقد بين غائبين ، ذلك أن الموجب يستطيع الى ماقبل وصول القبول اليه او على الاقل صدور هذا القبول ان يغير من رايه فيعدل عن ايجابه ويمنع انعقاد العقد . كما أن موت الموجب أو فقده إهليته يؤدى الى نفس النتيجة ، وبذلك تهدر الثقة التى كانت قد تولدت لدى المخاطب من الايجاب الذى وجه اليه ، وقد يكون بحثه لهذا الايجاب وانتواء قبوله قد كلفه جهدا ومالا ، وقد يكون قد اجرى سلسلة من المعاملات اعتمادا على هذا الايجاب ، وقد يكون قد رفض ابرام عقود اخرى عرضت عليه او لاح له ان يبرمها ثم عدل ثقة منه فى هذا الايجاب،

وفى ذلك اخلال بتأمين المعاملات . واذا قيل أن المخاطب يعلم او يجب ان يعلم ان الايجاب غير ملزم حتى يقترن به القبول فانه سيكون فى شك من امر هذا الايجاب وهل سيظل قائما حتى يصدر قبوله أم لا ، وفى ذلك ايضا عرقلة لسير المعاملات .

ويبدو شذوذ هذه النتيجة واضحا اذا كان الموجب قد وجه ايجابا وحدده بمدة صريحة متعهدا بعدم سحبه خلال تلك المدة . فهل يتفق مع البداهة ان نجيز له أن يسحب ايجابه ما دام العقد لم يتكون بالقبول بحجة أن العقد هو مصدر الالتزام وانه تأسيسا على ذلك لا يعتبر الايجاب ملزما ؟

وفضلاعما تقدم ، فاننا نرى فى هذه النتيجة شذوذا آخر لما تؤدى اليه من تفرقة فى المعاملة بين الموجب وبين القابل ، فبينما الموجب اذ اصدر تعبيره وعلم به المخاطب يستطيع العدول عنه الى ما قبل قيام القبول ، فان القابل اذا اصدر تعبيره فتلاقى مع الايجاب اصبح هذا التعبير ملزما له ، اى ان التعبير بالايجاب غير ملزم بينما التعبير بالقبول ملزم ، وهذا وضع غريب ، اذ لا فرق بين الايجاب وبين القبول كتعبيرين يجب أن يعاملا معاملة واحدة .

١٢٨ ــ موقف القضاء :

ولما تكشف للقضاء ما تؤدى اليه تلك النتيجة من منافاة للعدالة ومن مساس بالمعاملات ، أخذ يحد من غلوائها ، فاتجه الى اعتبار الايجاب المحدد بمهلة صريحة أو ضمنية ملزما لصاحبه بعدم العدول عنه خلال تلك المهلة بحيث اذا سحب ايجابه خلالها فان هذا السحب لا يحول دون نشأة العقد اذا صدر القبول .

وواضح ان اتجاه القضاء لا يعالج الا مسألة سحب الايجاب . اما وفاة الموجب او فقد أهليته بعد صدور الايجاب وقبل القبول ، فمن شأن اى منهما أن يسقط الايجاب .

١٢٩ ــ محاولات الفقه لتفسير القوة الملزمة للايجاب :

لما كان المسلك الذى انتهجه القضاء فى حالة سحب الايجاب يعتبر خروجا صريحا على فكرة العقد ، لان هذا المسلك يعنى أن الالتزام ينشأ عن الايجاب وحده قبل أن ينضم اليه القبول ويتكون العقد ، وكان هذا المسلك رغم ذلك

أمرا تحتمه العدالة ويتطلبه سير المعاملات ، فقد حاول الفقه ان يجد تبريرا لهذا الاتجاه لا يتنافر مع فكرة العقد ، وبذل فى هذا الصدد محاولات عديدة كان الفشل مصيرها ، وسنرى من الدلالة التى تستخاص من هذا الفشل انه يستحيل اعتبار الايجاب ملزما الا بتغيير فكرة العقد نفسها ، فكرة اعتباره مصدرا للالتزام .

ونستعرض فيما يلى بايجاز اهم الافكار التى لجأ اليها الفقه لحل هـذه المشكلة :

(أ) فكرة العقد الاولى Avant-contrat

ذهب ديمولومب ونبعه بعض الفقهاء (١) ، الى ان الايجاب المقترن بمهلة يتضمن ايجابين : أحدهما الايجاب الاصلى الخاص بموضوع العلاقة التعاقدية التى يراد انشاؤها وهذا الايجاب غير ملزم فى حد ذاته ، والثانى ايجاب تبعى يتضمن التزام الموجب ببقائه على الايجاب الاصلى للمدة المحددة فيه ، هذا الايجاب الثانوى يفترض ان الطرف الآخر قد قبله فورا من مجرد سكوته لان فيه مصلحة محضة له ولا يتحمل بقبوله له اى التزام ، وبذلك يتم عقد اولى avant-contrat او عقد تبعى accessoire مقتضاه التزام الموجب بعدم العدول عن ايجابه طيلة المهلة المقترنة بالايجاب الاصلى . وطبقا لهذا الراى نكون القوة الملزمة للايجاب ذات طبيعة تعاقدية مستمدة من فكرة العقد ذاتها .

ويؤخذ على هذا الراى ان مبناه افتراض لا يتفق مع الواقع . فهو يفترض تجزئة الايجاب الى ايجاب أصلى وايجاب ثانوى ، ويفترض ان الموجب له قد قبل الايجاب الثانوى مع ان السكوت وحده لا يعتبر دليلا على القبول(٢) . وما دام ان هذه الفكرة تقوم على محض افتراض ، فهذا وحده كاف لهدمها دون حاجة لترديد ما وجه اليها من انتقادات اخرى (٣) .

---

(١) ديمولومب ج ٢٤ فقرة ٦٥ ، لاروميير ج ١ المادة ١١٦١ فقرة ١٨ ، بوفسوار الملكية والعقد ص ٤٧٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقره ٣٣٤ ، دى باج ج ٢ فقرة ٥١٨ ، دى لاموت التصرف القانونى المنفرد سنة ١٩٥١ فقرة ٢٧٢ .

(٣) راجع فى ذلك شاباص : التعبير عن الارادة ص ١١٧ — ١٢٤ ، بمجت بدوى اصول الالتزامات فقرة ٦٦ .

(ب) الاستناد الى المسئولية التقصيرية :

ذهب بوتييه فى مؤلفه عن الالتزامات الى أن الايجاب ليست له قيمة ما لم يقترن به القبول اقترانا يتكون معه العقد ويبدأ من تمامه نشأة الالتزام ، ولكنه فى مؤلفه عن البيع شعر بما ينجم عن تطبيق هذا الرأى من مجافاة للعدالة ، فقال بأن سحب الايجاب اذا سبب للمخاطب ضررا فمن الظلم الا يعوض عن هذا الضرر اذ لا يجوز ان يتحمل شخص ضررا بفعل آخر (١) Nemo ex alterius facto praegravari فاذا سحب الموجب ايجابه قبل انتهاء مدته فقد وجب عليه تعويض الضرر الذى يلحق المخاطب نتيجة هذا السحب ، وقد يكون التعويض الملائم لجبر هذا الضرر هو اعتبار العقد قائما رغم سحب هذا الايجاب .

وقد اخذ على هذه الفكرة بحق انها مصادرة على المطلوب pétition en principe ، لان القول بأن سحب الايجاب قبل انتهاء المهلة ، فعل خاطىء، يفترض سبق القول بأن الموجب ليس له الحق فى العدول ، وتلك هى المسألة التى يراد تفسيرها (٢) .

(ج) التعسف فى استعمال الحق :

والتمس البعض فى فكرة التعسف فى استعمال الحق اساسا لمسئولية الموجب اذا سحب ايجابه قبل انتهاء المهلة المحددة فيه ، بدعوى ان هذا السحب ينطوى على تعسف فى استعمال الموجب لحقه فى العدول عن ايجابه (٣) .

ويؤخذ على هذه الفكرة بانه على فرض صحتها فان نطاق تطبيقها محدود جدا ، اذ هى تسلم بداءة بأن للموجب الحق فى سحب ايجابه قبل انتهاء المدة المقترنة به ، ولا تثار مسئوليته الا اذا كان هذا السحب متضمنا تعسفا فى استعمال هذا الحق بأن كان لا يقصد به سوى الاضرار بالمخاطب او كانت المصلحة التى يرمى اليها من وراء سحب الايجاب من الضآلة بحيث لا تتناسب

---

(١) بوتييه : البيع ج ١ فقرة ٣٢ .

(٢) راجع فى ذلك ، دى باج ج ٢ فقرة ٥١٨ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢ فقرة ٤٦ ، بودرى وبارد ج ١ فقرة ٣٢ ص ٤٧ ، دى لاموت المرجع السابق فقرة ٢٧٤ ، السنهورى : نظرية العقد فقرة ٢٤٢ ، بهجت بدوى فقرة ٩٦ .

(٣) جوسران ج ٢ فقرة ٤٩ ، دى لاموت فقرات ٣١٥ — ٣١٩ .

مع ما يصيب المخاطب من ضرر . غير ان الواقع انه فى الغالب الاعم من الاحوال لا يسحب الموجب ايجابه بقصد الاضرار بالمخاطب او لان مصلحته فى هذا السحب قليلة الاهمية . وانما يفعل ذلك لانه وجد ان له مصلحة معتبرة فى هذا السحب او وجد انه سيلحقه ضرر اذا ما ابرم العقد (١) . ومن ثم لا تؤدى فكرة التعسف فى استعمال الحق على فرض صحتها — الى تحقيق العدالة الكاملة والى تأمين استقرار المعاملات على نحو مرضى .

(د) نظرية ليهرنج فى الخطأ عند التعاقد :

سبق ان راينا ان نظرية ايهرنج تلقى على عاتق من يريد الدخول فى رابطة تعاقدية واجب ضمان توفير الشروط اللازمة لابرام العقد ، وان مجرد تسببه فى الحيلولة دون ذلك يعتبر خطأ . وعلى ذلك اذا سحب الموجب ايجابه قبل انتهاء المهلة المحددة به فقد حال دون تمام العقد بخطئه ، وحق للمخاطب أن يرجع عليه بالتعويض .

ولكن سبق أن راينا ان نظرية ايهرنج غير صحيحة ، وحتى لو كانت صحيحة فانها تقف بالتعويض عند حد المصلحة السلبية ، ومن ثم لا تحقق الحماية الكافية وتقصر بالتالى عن تأمين استقرار المعاملات بصورة مرضية (٢) .

وهناك افكار اخرى استند اليها بعض الفقهاء لتفسير القوة الملزمة للايجاب كالوكالة والفضالة وعقد الضمان ومبدأ حسن النية ، وكلها افكار لا تصمد امام النقد (٣) .

ويلاحظ ان التبريرات السابقة رغم عدم صحتها ، فانها لا تنطبق الا فى حالة سحب الايجاب ، ولا يدخل فى نطاقها تفسير قوة الايجاب عند موت الموجب او عند فقد أهليته .

ومع ذلك ، فرغم ما هو ظاهر من انه لا يمكن نسبه اى خطأ الى الموجب فى حالة سقوط الايجاب بسبب الموت او فقد الاهلية ، ورغم ان ايهرنج اعترف بأن نظريته تصطدم فى هذه الحالة بعقبة لا يمكن التغلب عليها الا بمجهود

---

(١) شاباس : المرجع السابق ص ١٨١ .
(٢) ما سبق فقرة ٣٧ .
(٣) فى عرض هذه الافكار ونقدها ، رسالة الدكتور شمس الوكيل ، اداة تحقيق الالتزام الارادى فى القانون المصرى .

بلغ الشـــدة ، فقد مضى او انزلق — كما يقـــول بودرى وبارد — بالادلاء بالتفســـير الآتى :

« اذا ما تم العقـــد بين حاضرين ، فان الموت لا ينشأ عنـــه تلك النتيجة الضارة . واذا فالشخص الذى يرغب فى التعاقد يتمين عليه لكى يؤمن الطرف الآخر الغائب ضد هذا الاحتمال الضار ان يسعى الى مقابلته ، فان لم يفعل واختار الطريق الاسهل بارسال خطاب او بايفاد رسول التماسا لراحته فقد عرض بذلك الطرف الآخر لحدوث تلك النتيجة . فالخطأ culpa هنا يقـــوم بسلوك الموجب طريقا غير مؤكد بدلا من الطريق المؤكد وهو الاتصال الشفوى بالموجب له » (١) .

ولا حاجة بنا للتعليق على هذا التفسير فيما ينطوى عليه من تعسف بالغ فى التدليل انزلق اليه الفقيه الكبير مدفوعا برغبته فى حماية الموجب له فى حالة وفاة الموجب ، بعد أن وقفت النظرية التقليدية لفكرة العقد حائلا منيعا دون التماس أى حل . فايهرنج هنـــا انما يفترض الخطأ افتراضا تعسفيا ويعتبر التعاقد بين غائبين طريقة شاذة فى التعامل !

(هـ) الارادة المنفردة :

واخيرا ، فقد أخذت غالبية الفقه الحديث وغالبية الاحكام تتجه الى تفسير القوة الملزمة للايجاب على اساس الارادة المنفردة . ويقول أنصار هذا الاتجاه اننا لسنا فى حاجة الى اللجوء الى افتراضات مخـــالفة للواقع . وانه اكثر بساطة واكثر صحة ان نسلم بالحقيقة الوحيدة وهى ان ارادة الموجب المنفردة هى مصدر التزامه ، وليست هناك استحالة منطقية فى ان يلتزم الشخص بارادته وحدها (٢) .

ولما كنا سنبحث مشكلة الارادة المنفردة فى الفرع التالى . فنرجىء اليه ابداء رأينا فى مشكلة الايجاب الملزم .

---

(١) ايهرنج اعماله المختارة ج ٢ ص ٨٣ . وراجع فى نقد رأيه ، بودرى وبادر ج ١ فقرة ٣٢ فى ٤٩ .

(٢) بودرى وبارد : ج ١ فقرة ٣٣ ص ٥٢ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير جهـــة فقرة ٤٦ ، ديموج ج ٢ فقرة ٥٥٣ ، دى باج ج ٢ كى ٤٥٣ ، جودميه النظرية العامة للالتزامات. سنة ١٩٣٧ ص ٣٧ — ٣٨ ، شهاليبه : مقاله السابق بمجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة ص ٢١٣ ، حســـن بغدادى : مذكرات غير مطبوعة فى الالتزامات للسنة الثانيـــة بكلية حقوق اسكندرية سنة ١٩٤٧/١٩٤٨ ، هوان : مذكراته السابقة ص ٩٦ .

الفرع الثاني

مشكلة الارادة المنفـــردة

١٣٠ ــ آراء الفقه بشأن مكانة الارادة المنفردة كمصدر للالتزام . تداخل دائرتها مع دائرة العقد :

على الرغم من أن الارادة المنفردة تكتسب باستمرار انصـــارا لها منذ ان بدأت اثارتها فى النصف الاخير من القرن التاسع عشر ، الا ان الخلاف لا زال دائرا بين مؤيديها وبين خصومها ، بحيث تعذر الوصول حتى الآن الى حل حاسم مقبول (١) .

والقائلون بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام مختلفون فيما بينهم بشأن مكانة هذا المصدر واهميته .

فراى يذهب الى ان الارادة المنفردة مصدر عام لكل الالتزامات الارادية بما فيها الالتزامات العقدية . فالعقد فى نظرهم ليس الا مركبا من تصرفين ارادبين منفردين ومتميزين : احدهما تعهد الموجب والثانى تعهد القـــابل ، والالتزام العقدى انما يرتد الى ارادة المتعاقد المنفردة (٢) . وواضح ان هذا الراى يتضمن هدما تاما لفكرة العقد بالاستعاضة عنه بالارادة المنفردة كمصدر للالتزامات العقدية .

أما الراى الثانى فيرى الابقاء على العقد كمصدر للالتزام ، مع قيام الارادة المنفردة الى جواره كمصدر مستقل ، على نفس الدرجة من القوة والاهميـــة .

أما الراى الثالث الذى تبنته بعض التشريعات الحديثة ، فيجعـــل من

---

(١) دى لاموت : التصرف القانونى المنفرد فقرة ٢٦٧ .

(٢) بارد : تطورات القانون ص ٢١٧ ، وورمز : الارادة المنفردة كمصدر للالتزام فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى سنة ١٨٩١ ص ١٨٢ ، مشار اليه فى رســـالة دى لاموت ص ٣٨ ــ ٣٩ .

الارادة المنفردة مصدرا للالتزام فى بعض أحوال استثنائية بقصد حماية الثقة فى المعاملات كما فى الايجاب والسند لحامله والوعد بجائزة .

والواقع انه سواء قيل بأن الارادة المنفردة مصدر عادى للالتزام الى جوار العقد (الراى الثانى) أم قيل انها مصدرا استثنائى (الراى الثالث) فلابد وان يثور النزاع بينها وبين فكرة العقد ، لانه فى كلا الرأيين اما أن ينقضى الالتزام المتولد عن الارادة المنفردة برفض الطرف الآخر الدائن لهذا الالتزام، واما أن يستقر الالتزام باقتران تلك الارادة المنفردة بالقبول ، وهذا هو العقد . ومن ثم يثور التساؤل عما اذا كان مصـــدر الالتزام أولا واخيرا هو الارادة المنفردة . فاذا قلنا مثلا ان القوة الملزمة للايجاب تستند الى الارادة المنفردة ، فهل نستمر فى هذا القول حتى بعد أن يقترن القبول بهذا الايجاب ، أم نقول بعد هذا الاقتران ان التزام الموجب اصبح يستند الى العقد ؟.

وقبل ان نبدى رأينا فى هذه المشكلة ، نستعرض اولا باجمال حجج انصار الارادة المنفردة ثم حجج معارضيها .

١٣١ ـــ حجج انصار الارادة المنفردة :

يذهب انصار الارادة المنفردة ، فى تبرير انها المصدر الاصيل لكل الالتزامات الارادية ، وانها تكفى وحدها لنشأة الالتزام ، الى أن الاثر الملزم للعقد ليس شيئا آخر غير الاثر الملزم لكل من الارادتين اللتين يتكون منهما ، فاذا كان المتعهد يلتزم بارادته فان اقتران هذه الارادة بارادة اخـــرى لا يضيف شيئا الى اساس هذا الالتزام ، واذا فالقوة الملزمة للعقد ترتكز فى الاصل على القوة الملزمة للارادة المنفردة . ويقول وورمز Worms فى تاييد هذا الراى « اننى استطيع بارادتى وحدها أن اعدل فى حالتى لان لى حقوقا مطلقة على نفسى ، وفى مقدورى اذا بتعبير منفرد صادر عنى أن اتحمل التزاما قبـــل الغير . صحيح ان من التزم قبله لن يكون دائنا لى الا اذا اراد ذلك لاننى لا استطيع ان افرض عليه أن يكتسب حقا ، وقبوله من ثم ضرورى لنشأة الحق له ، ولكن فيما يختص بالتزامى فانه يتولد نهائيا بتعبيرى وحده الذى صدر عن ارادتى ، فقبول المستفيد ان كان ضروريا لنشأة الحق فهو ليس بضرورى لنشأة الالتزام » (١) .

---

(١) المرجع السابق ص ٦ .

ويضيف انصار النظرية ان العقد سواء اكان بين غائبين او بين حاضرين ، فانه لا يمكن التثبت من قيام ارادتى طرفيه معا الا اذا تعاصرتا فى لحظة واحدة . وهذا غير متصور ، اذ لابد وان تسبق ارادة احد طرفيه ولو لفترة وجيزة . وقد يحدث خلال هذه الفترة ان يعدل الموجب عن ايجابه قبل ان يعلم الطرف الآخر ذلك ، فاذا صدر القبول كان من التجنى على الحقيقة ان نقول ان الارادتين قد اقترنتا وان العقد نشأ نتيجة هذا الاقتران ، والاصح أن نواجه الحقيقة ونتجنب مداراتها ونقول ان الملتزم انما يلتزم بارادته هو لا بتوافق ارادته مع ارادة الدائن (١) . وعلى ذلك تكون الارادة المنفردة هى اساس القوة الملزمة للايجاب وليس القبول اللاحق الا شرطا — تضمنه هذا الايجاب نفسه — للامساك به على الموجب .

١٣٢ — اعتراضات خصوم الارادة المنفردة :

يمكن تلخيص هذه الاعتراضات فى النقاط التالية :

اولا — اذا كانت الارادة المنفردة قادرة وحدها بمقتضى سلطانها على انشاء الالتزام فى حق صاحبها ، فان لها بمقتضى هذا السلطان نفسه ان ترجع عما سبق ان التزمت به(٢) ، اى ان الالتزام هنا لا يتولد لانه معلق على محض ارادة المدين .

ثانيا — يقول انصار الارادة المنفردة ان الالتزام ينشأ بارادة المدين وحدها دون تدخل من ارادة الدائن . ومعنى ذلك ان الالتزام ينشأ دون ان يكون هناك دائن ، وهذا مستحيل ، لان الالتزام اداء يجبر المدين على وفائه لشخص آخر ، فنشأة الالتزام ونشأة الحق لابد وان يحدثا فى وقت واحد . (٣) واذا كان انصار الارادة المنفردة يحتجون بأن الشخص اذا اعلن ارادته فى أن يلتزم فهو يوجد بارادته التزاما قبل نفسه بأن لا يعدل عما التزم به ، فانه يعترض على هذا القول بأن الالتزام قبل النفس امر غير متصور ، اذ مقتضى ذلك ان يصبح الشخص دائنا ومدينا فى وقت واحد .

---

(١) راجع فى ذلك ، السنهورى : نظرية العقد فقرة ١٨٣ ، الوسيط جـ ١ فقرة ٦٠٦ .
(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ فقرة ١١٩٧ .
(٣) دى لاموت فقرة ٢٨٨ .

ثالثا ـــ القانون علم اجتماعى ، وكل علم اجتماعى انما يعالج روابط بين اشخاص فالرابطة القانونية لا تنشأ الا بقيام علاقة بين شخصين ، مثلها فى ذلك مثل التيار الكهربائى لا يتولد الا باتصال قطبين . فليست الآثار الناشئة عن الرابطة التعاقدية من عمل الارادة المنفردة الخاص ، بل هى نتاج اقتران الارادتين المشتركين فى العقد وتفاعلهما ، وكل ارادة منهما تؤثر فى الاخرى ولا تستقل احداهما بتكوين الالتزام .

رابعا ـــ القول بأن مصدر الالتزامات فى العقود الملزمة لجانبين هو الارادة المنفردة ، يستتبع الفصل بين التزامات الموجب وبين التزامات القابل ، مع ان بينهما ارتباطا وثيقا ، فنشأة كل منهما تتوقف على نشأة الاخرى ، والا كان القول بغير ذلك يعنى نشأة التزامات كل طرف من طرفى العقد فى وقت يختلف عن نشأة التزامات الطرف الاخر ، ففى عقد البيع مثلا يلتزم الموجب البائع بنقل الملكية قبل قبول المشترى الالتزام بدفع الثمن . وينبنى على ذلك تجزئة العقد كوحدة الى عنصرين متميزين لكل منهما وجود مستقل (١) .

١٣٢ ـــ رد الفقه على هذه الاعتراضات :

هذه الاعتراضات فى رأى الفقه الحديث محل نظر ، وهى كما يلاحظ الاستاذ السنهورى لا تصل من الخطر الى حد ان ندك قواعد الارادة المنفردة (٢) .

اما عن الاعتراض الاول الذى يقول ان الارادة المنفردة اذا كان لها القدرة على نشأة الالتزام فلها القدرة ايضا على محوه ، فيرد عليه الاستاذ السنهورى بقوله ان فى ذلك خلطا بين اثر الارادة فى العالم النفسى واثرها فى الروابط الاجتماعية « فان الارادة اذا اعلنت وعلم بها الغير فاطمأن اليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، توجب احترام هذه الحالة التى اوجدتها الارادة ، ولا يجوز عندئذ العدول اذا ترتب عليه الاخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالارادة المنفردة اذا عقدت التزاما وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله اذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل » (٣) .

---

(١) شاباس : التعبير عن الارادة ص ١٥٦ ، عبد الحى حجازى : نظرية الالتزام ج ٢ ص ٣٣١ .
(٢) الوسيط ج ١ فقرة ٩٠٦ .
(٣) المرجع السابق بذات الموضع .

أما عن الاعتراض الثانى ، فيستند أنصار النظرية فى الرد عليه الى المذهب المادى فى الالتزام الذى يقول ان الالتزام ليس رابطة بين دائن ومدين وانما هو قيمة مالية تنفصل عن شخص الدائن وعن شخص المدين وتختلط بمحله فتصبح شيئا ماديا ، ووجود المدين كاف فى نظر هذا المذهب عند نشوء الالتزام ، أما الدائن فيكفى وجوده عند التنفيذ .

أما عن الاعتراض الثالث ، فيرد عليه الفقه بانه اذا كانت ارادة الطرف الآخر تؤثر فى ارادة الطرف الاول ، فان هذا العامل ليس هو العامل الوحيد الذى يشكل ارادة الطرف الاول ، وانما هنالك عوامل كثيرة تتدخل ، ومتى اصبح الايجاب باتا فقد غدا منسوبا لارادة من صدر منه ، لان هو الذى ارتضاه فى النهاية ، فضلا عن انه فى كثير من الاحوال لا تكون لارادة احد المتعاقدين اثر فى ارادة المتعاقد الآخر ، فيتقدم الموجب بايجابه البات النهائى دون اية مفاوضات سابقة او لاحقة على هذا الايجاب ويتم العقد دون تعديل لمضمون الايجاب (١) .

أما عن الاعتراض الرابع فيرد عليه الفقه بأن ارجاع التزامات كل من المتعاقدين الى ارادته المنفردة لا يجعل لكل من التزاماتهما حياة مستقلة « لان من عناصر كل ارادة الغرض الذى تهدف اليه ، وفى هذا الغرض يبدو اتصالها بالتصرف المقابل وارتباط آثارها بآثاره (٢) » .

١٣٤ — ملاحظاتنا على مناقشة الفقه وحل المسألة على ضوء نظريتنا :

يلاحظ اولا ان الاعتراض القائل بأن الارادة المنفردة اذا كان لها القدرة على خلق الالتزام فلها القدرة ايضا على محوه ، انما يوجه كذلك الى فكرة العقد نفسها ، لان القوة الملزمة للعقد ترتكز على ارادة كل متعاقد ، فليس هناك ما يمنع بالنظر الى هذا الاساس ان ترجع ارادة المتعاقد عما سبق ان التزمت به وتتحلل من ارتباطها بعد أن تكون قد اقترنت بالارادة الاخرى، لانه لم يستجد شىء نتيجة هذا الاقتران من ناحية ذلك الاساس — حتى يكون هذا الاقتران حائلا بين رجوع الارادة عما سبق ان التزمت به . واذا

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٩٠٦ .
(٢) جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى فقرة ١٤ .

فاذا كان خصوم الارادة المنفردة يعترضون عليها بقولهم ان الارادة يمكن نسخها بارادة أخرى واتخذوا من فكرة العقد ستارا صناعيا لابعاد اسناد مصدر الالتزام الى الارادة ، فقد فاتهم أن العقد نفسه قوامه الارادة وان التزام المتعاقد يرتد الى ارادته .

بيد أن هذا الاعتراض الموجه الى الارادة المنفردة يسقط تماما اذا استعملنا المدلول الصحيح للارادة بحملها على معنى المسئولية ، ذلك أن القائلين بهذا الاعتراض يحتجون بأن للارادة أن تحل ما سبق أن اعلنته بمقتضى نفس سلطانها ، فيفهمون الارادة هنا بمعنى المشيئة وهو المعنى المستمد من مبدأ سلطان الارادة الذى سبق أن انبنا عن خطئه .

ولكن الارادة بمعنى المسئولية لا تكفى وحدها لتوليد الالتزام ، بل لابد وأن يكون هناك تعبير ولد ثقة لدى الغير ، وهذا هو ما أشار اليه الاستاذ السنهورى من قبل عندما قال ردا على خصوم الارادة المنفردة — ان الارادة اذا اعلنت وعلم بها الغير فاطمأن اليها ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها .

ومن هذه النقطة نستطيع ان نستجلى ما فى كل من فكرتى العقد والارادة المنفردة من انحراف عن الصواب . فالخلاف الوحيد بين العقد وبين الارادة المنفردة ينحصر كما يقول الاستاذ انور سلطان فى الآتى : « اذا كان مصدر الالتزام هو العقد فلن يوجد الالتزام الا من وقت قبول الدائن للايجاب الموجه اليه من المدين ، أما اذا كان مصدر الالتزام هو الارادة المنفردة فان الالتزام يوجد من وقت اعلان ارادة المدين دون حاجة الى صدور ارادة مقابلة من الدائن ، اى ان وجه الخلاف بين انصار الارادة المنفردة وبين معارضيها هو فى وقت نشوء الالتزام » (١) . وفى نفس المعنى يقول الاستاذ ابو عافية ان العقد والارادة المنفردة ليسا سوى مصدر واحد هو التصرف القانونى « فهما يتحدان فى الجوهر باعتبار ان كليهما تعبير عن ارادة تتجه الى احداث اثر قانونى . ويتحدان فى شروط الصحة التى سبق أن ذكرناها ، ولا يفترقان الا من اللحظة التى يعتبر فيها التعبير باتا بالنسبة لصاحبه اى لا يجوز

---

(١) انور سلطان : النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام فقرة ٣٧٧ .

المعدول عنه ، فى العقد لا يعتبر التعبير باتا الا اذا اقترن بتعبير يوافقه صادر من الطرف الآخر ؛ بينما فى التصرفات التى تتم بارادة منفردة اذا صدر التعبير على الوجه المقبول قانونا يعتبر باتا بذاته بغير حاجة الى اقترانه بارادة اخرى » (١) .

واذا كان هذا هو وجه الخلاف الوحيد بين فكرة العقد وبين فكرة الارادة المنفردة مع اتفاقهما فى كل ما عدا ذلك ، فان ازالة هذا الخلاف من شانه أن يؤدى الى اعتبار كل منهما شيئا واحدا . وازالة هذا الخلاف على ضوء نظريتنا معقود باستجلاء خطأ كل من الفكرتين فى النقطة الوحيدة التى تختلفان فيها :

فالالتزام المتولد عن الارادة « بمعنى المسئولية » لا ينشأ بمجرد اعلان الارادة ، ثم هو لا يتأخر الى ما بعد اقتران الارادتين — وانما الحقيقة أن الالتزام ينشأ فى مرحلة وسطى ، ينشأ كما سبق القول عند علم المخاطب بالتعبير وتولدثقة فيه ، فهو لا ينشأ كما يقول انصار الارادة المنفردة بمجرد اعلان الارادة ، لان الركن المادى لم يكن قد توافر بعد ، ولا تتأخر نشأته كما تقول فكرة العقد الى ما بعد اقتران الارادتين لان الركن المادى كان قد نشأ من قبل ، وما صدور القبول بعد ذلك الا مجرد دليل على توافر الركن المادى قبل صدور هذا القبول .

وفى هذه المرحلة الوسطى التى ينشأ فيها الالتزام يكون لدينا مدين ودائن ونكون امام حق يقابل هذا الالتزام ، ولا محل اذا للالتجاء الى المذهب المادى فى الالتزام الذى يكتفى عند نشوء الالتزام بوجود المدين ، كما لا محل للتبرير الذى قال به وورمز Worms — من أن قبول المستفيد ان كان ضروريا لنشأة الحق فليس ضروريا لنشأة الالتزام — فكلا التبريرين لا يستسيغهما المنطق ، لان نشأة الالتزام تقتضى حتما وجود دائن ومدين ، ولان الحق ليس الا الالتزام نفسه منظورا اليه من ناحية الدائن ، ومن ثم فلا يتصور أن يكون هناك مدين دون دائن ولا أن يكون هناك التزام دون حق .

وقولنا أن الالتزام ينشأ فى تلك المرحلة الوسطى اى قبل القبول ، وقولنا ان القبول ليس الا مجرد دليل لاحق على نشأة الركن المادى ، لا محل

(١) أبو ماضية : التصرف القانونى المجرد ص ٢٠٤ .

للاعتراض عليهما بمقولة ان الحق هنا ينشأ للدائن قبل قبوله ، فذلك هو الشأن بالنسبة لمصادر الالتزام الاخرى ، فالالتزام ينشأ بمجرد توافر الركن المادى اى عند علم المخاطب بالتعبير الموجه اليه وتولد ثقة لديه فيه ، وهذه الثقة قد قامت حتما قبل القبول . اما اذا رفض المخاطب التعبير الموجه اليه فقد سبق ان فرقنا بين فرضين : الفرض الاول حالة عدم تولد ثقة ما لدى المخاطب وان كانت قد مضت فترة بين العلم بالتعبير وبين الرفض ، وهنا لم ينشأ الالتزام اصلا لعدم توافر الركن المادى . والفرض الثانى حالة ما اذا كانت قد تولدت ثقة لدى المخاطب فى التعبير ثم لاح له بعد ذلك ان يرفضه فهنا منشأ الالتزام ثم انقضى بعد ذلك بالتنازل عنه .

كما لا يعترض على قولنا هذا بأن التزامات الموجب تنشأ قبل التزامات القابل فى التعاقد الملزم لجانبين ، فهذه هى الحقيقة ولا ضير فيها ، اذ ليس معنى ذلك كما يقول خصوم نظرية الارادة المنفردة ، ان هناك انفصالا بين التزامات كل من الطرفين ، فقد سبق أن قلنا ان هناك ارتباطا وثيقا بينهما مرده ان محتوى الايجاب يتضمن تعليق التزام صاحبه وتنفيذه على نشأة التزام الطرف الآخر وتنفيذه ، وكذلك الشأن بالنسبة للقبول . فلا ضرر اذا على الموجب أن ينشأ التزامه قبل نشأة التزام القابل ، مادام ان التزام الموجب معلق تنفيذه بمقتضى نفس ايجابه على نشأة الزام القابل وتنفيذه ، والا فالقول بغير ذلك يستتبع — تمشيا مع منطق هذا الاعتراض — تنفيذ الطرفين لالتزامهما فى وقت واحد ، حتى يتلاءم ذلك مع قول المعترضين ان التزامات كل من الطرفين تنشأ فى وقت واحد وحتى يحتفظ للعقد بوحدته كما يقولون .

وعلى ما تقدم فاننا ننتهى الى أن الالتزام ينشأ عند تولد ثقة لدى المخاطب من التعبير الموجه اليه . ونحن بذلك ناخذ بوجهة نظر مذهب الارادة المنفردة فيما تقول به من انه لا يشترط لنشأة الالتزام أن تقترن ارادة الملتزم بارادة الدائن . ولكننا لا نأخذ بما يقول به هذا المذهب من أن الالتزام ينشأ بمجرد اعلان الارادة لان فى ذلك اغفالا للركن المادى الذى لا ينشأ الا بعد العلم بالتعبير .

واذا كان هذا هو جـــلاء لوجه الخطأ فى نظرية الارادة المنفردة ، وكان أيضا جلاء لوجه الخطأ فى فكرة العقد ، فيما يختص بوقت نشـأة الالتزام ، أى فى المسألة الوحيدة التى يختلفان فيها ، فان تقويم خطأيهما كليهما ، بالاضافة فى الوقت الذى تقول به نظرية الارادة المنفردة ، وبالارتداد فى الوقت الذى تقول به فكرة العقد ، يلتقى الوقتان عند نقطة واحدة ويصبحان وقتا واحدا ، فيزول الخلاف القائم بينهما — اى بين الارادة المنفردة وبين العقد ويصبحان شيئا واحدا ، هو ما نقول به فى نظريتنا من ان الالتزام ينشأ بتوافر الركنين المادى والمعنوى ، وان وقت نشأة الالتزام يتحدد عند علم المخاطب بالتعبير وتولد ثقة لديه فيـــه .

ونحن نقول اذا ان الالتزام ينشأ عن تعبير منفرد بعد علم المخاطب وقبل أن يقترن به تعبير آخر . ومن هذه الناحية نقترب من فكرة الارادة المنفردة ونبتعد عن فكرة العقد ، ولكننا من ناحية أخرى نقـــول انه لما كان التعبير المنفرد لا يتولد عنه الالتزام بالنظر الى توافر مسئولية صاحبه فقط ، بل ولما ينشأ عنه من ثقة لدى المخاطب ، وهذا يعنى ان التعبير المنفرد انما يوجه حتما الى شخص آخر بغرض اقامة علاقة تعاقدية — لا نسبة الى العقد كمصدر للالتزام بل نســـبة الى معنى الربط بين صـــاحب التعـــبير وبين المخاطب (١) ، فقد تعين القول بان كل تعبير منفرد لابد ولن يكون جزءا فى علاقة تعاقدية ، فيكون اما ايجابا واما قبولا .

ويصادفنا هنا اعتراض يقول (٢) ان الايجاب كتعبير منفـــرد انما ينشىء التزاما على عاتق صاحبه بعدم الرجوع فيه . وتقتصر وظيفة هذا الالتزام على تسهيل اتمام العقد ، ومن ثم لا يعتبر التزاما تعاقديا ، لان الالتزام التعاقدى انما ينشأ بعد التقاء الايجاب بالقبول . وبهذا الالتقاء يفقد التعبير فرديته ويصبح جزءا من كل ، ومن هـــذه اللحظة يمكن التحـــدث عن آثار تعاقدية تنشأ عادة فى وقت واحد وكل منها مرتبط بالآخر ، والا كان القـــول

---

(١) العقد لغة يشمل كل ما فيه معنى الربط او التوثيق او الالتزام من جانب واحـــد او من جانبين . ويعرفه فقهاء الشريعة الاسلامية بانه تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل او ما يتم به الارتباط بين طرفين او بين ارادتين .

(٢) دى لابوت فقرة ٢٨ ، أحمد سلامة ، مقاله بالفرنسية عن فكرة الارادة المنفـــردة فى القانون المدنى المقارن بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول من السنة السادسة ص ٢٤ — ٢٥ .

بغير ذلك مدعاة لترتيب نتائج شاذة غير عادلة فيلتزم البائع بنقل الملكية قبل صدور قبول المشترى ، واذا هلك للبيع كلية فان المشترى يلتزم بدفع كامل الثمن .

وهذا الاعتراض مردود بما يأتى :

أولا — ان القول بأن وظيفة الايجاب كتعبير منفرد قاصر على انشاء التزام على عاتق الموجب بعدم الرجوع فيه ، انما هو ترديد لفكرة العقد الاولى الافتراضية التى قال بها ديمولومب ، فيما ذهب اليه من ان الايجاب المقترن بمهلة يتضمن ايجابين : ايجابا اصليا غير ملزم خاص بموضوع العلاقة التعاقدية ، وايجابا تبعيا مضمونه التزام الموجب بعدم الرجوع فى ايجابه (١) .

وثانيا — ان الايجاب ابتداء ليس مقصودا به عملا فرديا قاصرا على صاحبه وانما هو موجه منذ البداية الى شخص المتعاقد معه ، وبعد علم المخاطب بالايجاب وتولد ثقة عنه تتوافر جميع العناصر المنشئة للالتزام الموجب ، ومجرد انضمام القبول بعد ذلك لا يضيف عنصرا جديدا من ناحية اساس التزام الموجب ، غاية الامر ان القبول شرط لتحريك اثر الايجاب ، وهو شرط يتضمنه الايجاب نفسه . ولا يكون مفهوما اذ أن يقال أن التزام الموجب مصدره الايجاب ثم ينقضى هذا المصدر لغير ما سبب ويسقط الالتزام تبعا لانقضائه وينشأ مصدر آخر للالتزام هو العقد ، وما العقد الا ايجاب وقبول ، فالايجاب لم ينقض اذا بل لا زال مستمرا ، والقبول ليس الا ارادة الموجب له ، وليست هذه الارادة هى التى تلزم الموجب .

ثالثا — اذا كان اساس التزام الموجب هو ايجابه (بعد توافر الركن المادى) ، فذلك ليست معناه الزام الموجب بتنفيذ التزامه قبل أن ينشأ التزام الموجب له ، لان الايجاب نفسه يتضمن تعليق التزام صاحبه وتنفيذه على نشأة التزام الطرف الآخر وتنفيذه . وتبعة الهلاك فى عقد البيع لا ترتبط بتمام العقد طبقا للقواعد العامة ، لان البائع ملزم بالتسليم ، فاذا استحال عليه ذلك سقط عن المشترى التزامه بدفع الثمن .

---

(١) راجع ما سبق فقرة ١٢٩ .

وقبل ان نختتم هذا المبحث بالنتيجة النهائية المستخلصة منه ، نتعرض لدراسة وضعين يرى فيهما جانب من الفقه ما يخالف وجهة نظرنا فيما نقول به من ان كل ارادة منفردة مبتداة انما هى ايجاب بالتعاقد ، وما نقول به من ان التعبير الانفرادى لا يتولد عنه الالتزام بصدوره وانما بعد العلم به . وهذان الوضعان هما الوعد العام بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير .

١٢٥ ــ الوعد العام بجائزة :

انقسم الفقه بشأن طبيعة هذا الوعد الى رايين : راى يقول انه ايجاب بالتعاقد ، ورأى يقول انه التزام بالارادة المنفردة . والفرق الوحيد بين الرايين انه اذا قيل ان الوعد ارادة منفردة فان الالتزام ينشأ بمجرد اصدار الوعد بينما فى الراى الآخر لا ينشأ الالتزام الا بعد ان يتكون العقد بالقبول (١) .

ويبدو ان الذى دفع جانبا من الفقه الى رفض نظرية الايجاب واعتبار الوعد العام بجائزة التزاما بالارادة المنفردة ، ما تضمنه نظرية الايجاب هنا من خطورة اكبر مما نصادفه فى الايجاب العادى الموجه الى شخص معين، ذلك ان الايجاب فى فكرة العقد غير ملزم ، فاذا سحب الموجب ايجابه الموجه الى شخص معين فان هذا الاخير سيعلم ذلك وسيكف عن المضى فيما قد يكون قد بداه لتنفيذ العمل المطلوب . اما فى حالة الوعد الموجه الى الجمهور ، فاذا كان اعلام الجمهور به يتم باعلان عام فان سحبه يكون بنفس الطريق ، ولكن ليس من المؤكد ان من قرأ اعلان الوعد أو سمع به فى وشرع فى تنفيذ العمل المطلوب سيعلم أيضا باعلان السحب فى الوقت المناسب حتى يكف عن البدء فى العمل محل الجائزة أو عن اتمامه ، ومن ثم يبدو ضرر السحب فى حالة الوعد بجائزة أشد منه فى حالة الايجاب الموجه الى شخص معين .

ولكن هذه الخطورة التى يتميز بها الوعد بجائزة اذا ما اعتبر ايجابا ، انما تكون فى ظل اعتبار الايجاب غير ملزم بصفته جزءا من العقد يستلزم القبول لتمامه وقبل القبول لا ينشأ عنه التزام ما ومن ثم يجوز سحبه . وهذه

---

(١) راجع فى ذلك فيلورياتو : دراسة العقد فى المشروع الفرنسى الايطالى والقانون المقارن ص ١٤٩ ــ ١٥٠ . وراجع بشأن تعدد الآراء فى معنى القبول فى الوعد ، عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٣٥٥ ــ ٣٥٧ .

الخطورة لا محل لها كما لا محل للخطورة التى تنشأ عن الايجاب بصفة عامة ، اذا ما اعتبرناه كما تقول نظريتنا منشئا للالتزام بعد علم المخاطب به. وعلى ذلك يسقط الاعتراض الموجه الى نظرية الايجاب وتنتفى الحاجة الى الاخذ بنظرية الارادة المنفردة ، فضلا عن خطأ هذه النظرية فيما تقول به من أن الالتزام ينشأ بمجرد اصدار الوعد . وقد تفادت مذكرة المشرع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الجديد هذا الخطأ فقالت : « لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزما ، الا من الوقت الذى يصل فيه الى علم من وجه اليه » (١) .. فهذا القول لا يتمشى مع نظرية الارادة المنفردة التى ترى أن مجرد الاعلان عن الوعد يؤدى الى انشاء الالتزام على عاتق الواعد (٢) .

ولا يبقى بعد ذلك الا اعتراضان يثيرهما خصوم الطبيعة التعاقدية للوعد بجائزة :

الاعتراض الاول : ان نشأة الرابطة القانونية فى حالة الوعد العام بجائزة لا يتوقف على مجرد حصول الاتفاق بين الارادتين بل على تنفيذ مضمون الوعد وهذا التنفيذ هو الذى ينشىء الرابطة الملزمة وليس مجرد التعهد باتمامه ، أى ان شرط استحقاق الجائزة يستلزم عنصرا زائدا لم يجر به العمل فى الايجاب العادى (٣) .

بيد أن هذا الاعتراض مردود بان للموجب فى أى ايجاب أن يشترط ما شاء من الشروط ، والمخاطب حر فى أن يقبل الايجاب مثقلا بهذه الشروط أو أن يرفضه . وهل اذا كان الوعد بجائزة موجها الى شخص معين واشترط الموجب لاستحقاق هذا الشخص الجائزة أن يقوم بتنفيذ العمل المطلوب ، قيل أن الوعد هنا ليس ايجابا وان العلاقة ليست علاقة تعاقدية لمجرد أن استحقاق الجائزة يتضمن عنصرا زائدا لم يجربه العمل ؟

الاعتراض الثانى : ان الجائزة تستحق ولو كان من قام بالعمل غير عالم

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ هامش ص ٢٣٨ .

(٢) سالى : التعبير عن الارادة ، فقرة ٤٥ من التعليق على المادة ١٣٠ ص ١٥٠ ، وليم فلادة : التعبير عن الارادة فقرة ٤٩ ص ١٨٨ .

(٣) وليم فلادة : المرجع السابق فقرة ٥٨ ، عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ص ٣٥٥ ..

بصدور الوعد أو لم يكن يقصد بالعمل الحصول على الجائزة او كان قد اتم العمل قبل حصول الوعد (١) .

ولا شك ان هذا الاعتراض لو كان صحيحا فان الوعد بجائزة لا يعتبر ايجابا تنتفى عنه الطبيعة التعاقدية .

بيد أنه يؤخذ على هذا الاعتراض ان الرأى الذى تبناه ليس محل اجماع ، فالقانون الانجليزى يشترط لاستحقاق الجائزة ان يكون من قام بالعمل المطلوب عالما بالوعد ونفذ هذا العمل بقصد الحصول على الجائزة (٢) . ويذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى انه اذا كان قد تم العمل محل الجائزة دون علم القابل بالايجاب فانه يعتبر متبرعا لا يستحق جعلا ، ولذلك يشترطون فى العمل الذى جعلت الجائزة فى نظيره ان يكون مستقبلا ، فاذا كان العمل قد تم من قبل فلا محل للالتزام فى مقابل ايجاده ، ويكون الايجاب فى هذه الحالة لغوا لا يترتب عليه اثر ، الا اذا كان حال الجاعل او عبارته تدل على الوعد كان يكون عند الايجاب عالما بتمام العمل وأراد منع فاعله شيئا من المال كجائزة ، وفى رأى بعض المالكية ان العمل اذا عمل دون علم بالوعد فان له اجر المثل اذا كان لا يقوم على هذا العمل عادة الا باجر وكان فى العمل منفعة للجاعل (٣) .

ومن ناحية تأصيل المسألة ، فانه اذا كان مفهوم الوعد ان تكون الجائزة لمن يقوم بعمل لم يكن قد نفذ من قبل فان التعاقد هنا يكون ملزما لجانبين أو هبة مشروطة . فلا تستحق الجائزة لمن كان يجهل الوعد ونفذ العمل المطلوب من قبل او نفذه من بعد دون قصد الحصول على الجائزة . والقول بغير ذلك لا يثير مسألة مخالفة الوعد للطبيعة التعاقدية بل مخالفته لاساس الالتزام الارادى نفسه ، سواء اكان هذا الاساس هو العقد او الارادة

---

(١) ديموج ج ٢ فقرة ٢٩٨ مكرر ، شمس الوكيل : رسالته السابقة ص ٢٦ ، أحمد زكى الشيتى : مقاله السابق بالفرنسية بمجلة القانون والاقتصادية السنة ١٩ ص ٧٧ ، سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج ١ سنة ٦٠ فقرة ٦١٩ .

(٢) جنكز Jenks موسوعة القانون المدنى الانجليزى الترجمة الفرنسية الطبعة الثانية ١٩٢٢ ص ٦٣ ، مشار اليه فى فيوريانو ، المرجع السابق فقرة ٧٢ .

(٣) راجع فى ذلك على الخفيف ، الجعالة او الوعد بجائزة ، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة ص ١٢٨ — ١٢٩ ومؤلفه ، التصرف الانفرادى والارادة المنفردة ١٩٦٤ ص ١٥٦ وما بعدها .

الخطورة لا محل لها كما لا محل للخطورة التى تنشأ عن الايجاب بصفة عامة ، اذا ما اعتبرناه كما تقول نظريتنا منشئا للالتزام بعد علم المخاطب به. وعلى ذلك يسقط الاعتراض الموجه الى نظرية الايجاب وتنتفى الحاجة الى الاخذ بنظرية الارادة المنفردة ، فضلا عن خطأ هذه النظرية فيما تقول به من أن الالتزام ينشأ بمجرد اصدار الوعد . وقد تفادت مذكرة المشرع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الجديد هذا الخطأ فقالت : « لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزما ، الا من الوقت الذى يصل فيه الى علم من وجه اليه » (١) .. فهذا القول لا يتمشى مع نظرية الارادة المنفردة التى ترى أن مجرد الاعلان عن الوعد يؤدى الى انشاء الالتزام على عاتق الواعد (٢) .

ولا يبقى بعد ذلك الا اعتراضان يثيرهما خصوم الطبيعة التعاقدية للوعد بجائزة :

الاعتراض الاول : ان نشأة الرابطة القانونية فى حالة الوعد العام بجائزة لا يتوقف على مجرد حصول الاتفاق بين الارادتين بل على تنفيذ مضمون الوعد وهذا التنفيذ هو الذى ينشىء الرابطة الملزمة وليس مجرد التعهد باتمامه ، أى ان شرط استحقاق الجائزة يستلزم عنصرا زائدا لم يجر به العمل فى الايجاب العادى (٣) .

بيد أن هذا الاعتراض مردود بان للموجب فى اى ايجاب ان يشترط ما شاء من الشروط ، والمخاطب حر فى أن يقبل الايجاب مثقلا بهذه الشروط أو أن يرفضه . وهل اذا كان الوعد بجائزة موجها الى شخص معين واشترط الموجب لاستحقاق هذا الشخص الجائزة أن يقوم بتنفيذ العمل المطلوب ، قيل أن الوعد هنا ليس ايجابا وان العلاقة ليست علاقة تعاقدية لمجرد أن استحقاق الجائزة يتضمن عنصرا زائدا لم يجر به العمل ؟

الاعتراض الثانى : ان الجائزة تستحق ولو كان من قام بالعمل غير عالم

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ هامش ص ٢٣٨ .

(٢) سالى : التعبير عن الارادة ، فقرة ٤٥ من التعليق على المادة ١٣٠ ص ١٥٠ ، وليم فلادة : التعبير عن الارادة فقرة ٤٩ ص ١٨٨ .

(٣) وليم فلادة : المرجع السابق فقرة ٥٨ ، عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ص ٣٥٥ .

بصدور الوعد أو لم يكن يقصد بالعمل الحصول على الجائزة او كان قد اتم العمل قبل حصول الوعد (١) .

ولا شك ان هذا الاعتراض لو كان صحيحا فان الوعد بجائزة لا يعتبر ايجابا تنتفى عنه الطبيعة التعاقدية .

بيد أنه يؤخذ على هذا الاعتراض ان الرأى الذى تبناه ليس محل اجماع ، فالقانون الانجليزى يشترط لاستحقاق الجائزة ان يكون من قام بالعمل المطلوب عالما بالوعد ونفذ هذا العمل بقصد الحصول على الجائزة (٢) . ويذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى انه اذا كان قد تم العمل محل الجائزة دون علم القابل بالايجاب فانه يعتبر متبرعا لا يستحق جعلا ، ولذلك يشترطون فى العمل الذى جعلت الجائزة فى نظيره ان يكون مستقبلا ، فاذا كان العمل قد تم من قبل فلا محل للالتزام فى مقابل ايجاده ، ويكون الايجاب فى هذه الحالة لغوا لا يترتب عليه اثر ، الا اذا كان حال الجاعل او عبارته تدل على الوعد كان يكون عند الايجاب عالما بتمام العمل وأراد منع فاعله شيئا من المال كجائزة ، وفى رأى بعض المالكية ان العمل اذا عمل دون علم بالوعد فان له اجر المثل اذا كان لا يقوم على هذا العمل عادة الا باجر وكان فى العمل منفعة للجاعل (٣) .

ومن ناحية تأصيل المسألة ، فانه اذا كان مفهوم الوعد ان تكون الجائزة لمن يقوم بعمل لم يكن قد نفذ من قبل فان التعاقد هنا يكون ملزما لجانبين أو هبة مشروطة . فلا تستحق الجائزة لمن كان يجهل الوعد ونفذ العمل المطلوب من قبل او نفذه من بعد دون قصد الحصول على الجائزة . والقول بغير ذلك لا يثير مسألة مخالفة الوعد للطبيعة التعاقدية بل مخالفته لاساس الالتزام الارادى نفسه ، سواء اكان هذا الاساس هو العقد او الارادة

---

(١) ديموج ج ٢ فقرة ٢٩٨ مكرر ، شمس الوكيل : رسالته السابقة ص ٢٦ ، احمد زكى الشيتى : مقاله السابق بالفرنسية بمجلة القانون والاقتصادية السنة ١٩ ص ٧٧ ، سليمان مرقس ، اصول الالتزامات ج ١ سنة ٦٠ فقرة ٦١٩ .

(٢) جنكز Jenks موسوعة القانون المدنى الانجليزى الترجمة الفرنسية الطبعة الثانية ١٩٢٢ ص ٦٣ ، مشار اليه فى فيوريانو ، المرجع السابق فقرة ٧٢ .

(٣) راجع فى ذلك على الخفيف ، الجعالة او الوعد بجائزة ، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة ص ١٢٨ — ١٢٩ ومؤلفه ، التصرف الانفرادى والارادة المنفردة ١٩٦٤ ص ١٥٦ وما بعدها .

المنفردة ، لان القول باستحقاق الجائزة فى مفهوم ذلك الوعد يخالف ارادة الواعد . أما اذا كان مفهوم الوعد ان تستحق الجائزة ولو كان العمل المطلوب قد نفذ من قبل أو نفذ بعد دون نظر الى الجائزة ، فان الوعد يكون فى هذه الحالة ايجابا بالتعاقد ملزما لجانب واحد هو الوعد ، فالوعد بجائزة ليس قاصرا فقط على التعاقد الملزم لجانبين بل قد يكون مقصودا به التبرع المحض ولا يمنع ذلك ان يكون ايجابا بالتعاقد .

ويبدو أن الذى وجه الراى المنتقد ، أمران خارجان عن نطاق التأصيل العلمى للمسألة ، أولهما أمر متعلق بالاثبات يشير اليه الاستاذ ديموج ضمنا فى قوله انه من الافضل ان تستحق الجائزة حتى ولو كان من قام بالعمل المطلوب يجهل الوعد بها وذلك لتفادى منازعات يصعب الفصل فيها (١) . وهو يقصد بذلك ما قد يدعى به الواعد من ان طالب الجائزة قد قام بالعمل المطلوب وهو يجهل صدور الوعد أو دون قصد الحصول على الجائزة . والامر الثانى هو ما قد يكون للشخص الذى قام بالعمل المطلوب دون قصد الحصول على الجائزة ، من حق فى الرجوع على الواعد بدعوى الاثراء بلا سبب ، فرغبة فى تفادى صعوبة تقدير ما يستحقه أو رغبة فى المساواة بينه وبين من قام بالعمل المطلوب بقصد الحصول على الجائزة ومن قام به وهو يجهلها ، اعتبرت الجائزة مكافئا عادلا للعمل الذى قام به الشخص الذى يجهل الوعد بها .

وفى غير نطاق هذين الموجهين للراى المنتقد — وهما موجهان لا علاقة لهما بالالتزام (الارادى) من الناحية الاصولية — لا يكون من الصواب ان نعطى الجائزة لمن قام بالعمل قبل اعلان الوعد بجائزة أو لمن قام به وهو يجهلها ، اذا كان مفهوم الوعد يتضمن ان تكون الجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب بقصد الحصول عليها ، ففضلا عما فى ذلك من مخالفة لارادة الواعد والى انه أصدر وعده متوهما ان العمل المطلوب لم ينفذ من قبل اى انه وقع تحت تأثير غلط ، فان المصلحة العامة تتطلب عدم استحقاق من قام بالعمل بالجائزة الموعود بها ، اذا كان قد اتمه قبل اعلان الوعد او قام به بعد ذلك

---

(١) ديموج ج ٢ فقرة ٣٩٨ مكرر ، وقريب هذا المعنى جورلا ، التصرف القانونى واركانه الاساسية ، دروس دكتوراه ١٩٥٤ — ١٩٥٥ ص ٥١ — ٥٢ .

دون نظر الى الجائزة ، لانه اذا كان العمل المطلوب كشفا علميا مثلا وكان هذا الكشف قد أنجز من قبل ، فان من المصلحة ان يوجه الواعد جائزته لكشف آخر ، ولم يخسر من قام بذلك الكشف شيئا لانه اتمه لمصلحته هو أو اتمه لاى غرض آخر دون نظر الى الجائزة .

والخلاصة ان الوعد العام بجائزة لا يفترق فى شىء من ناحية التأصيل العلمى عن الايجاب بالتعاقد ، مع ملاحظة أن الوعد بصفته ايجابا لا ينشأ عنه الالتزام بمجرد صدوره بل لابد وأن يعلم به الغير وتتولد لديه ثقة فيه .

١٣٦ ـــ الاشتراط لمصلحة الغير :

يذهب جانب من الفقه الحديث الى ان الحق يتلقاه المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد الذى تم بين المشترط وبين المتعهد . وهذا القول ليس صحيحا تماما ، ذلك انه اذا كان العقد مصدرا للالتزامات والحقوق ـــ مع تحفظنا السابق عن فكرة العقد ـــ فهو ليس الا مصدرا بالنسبة لطرفيه اما بالنسبة للغير فهو ليس مصدرا ، لان العقد اذا كان قوامه الارادة فهى ليست أية ارادة بل ارادة طرفيه . وعلى ذلك فالعقد الذى تم بين المشترط وبين المتعهد لا يعتبر (عقدا) فى مواجهة المنتفع الذى لم يكن طرفا فيه ، فليس الامر اذا أمر مخالفة لقاعدة نسبية العقد فقط بل مخالفة لفكرة العقد نفسها كمصدر للالتزام .

ولذلك قامت الحاجة الى محاولة البحث عن مصدر حق المنتفع قبل المتعهد :

فقيل اولا بنظرية الايجاب ، ومضمونها أن المشترط بعد ابرام العقد بينه وبين المتعهد ، يعرض على المنتفع الحق ، موضوع هذا العقد ـــ فاذا قبله المنتفع فقد انعقد عقد جديد بين المشترط وبين المنتفع ينتقل به الحق الى هذا الاخير .

وقد اخذ على هذا الرأى أن مؤداه أن الحق لا يثبت للمنتفع الا بعد قبوله الايجاب المعروض عليه من المشترط ، وقبل ذلك يكون هذا الحق فى ذمة المشترط فيتحمل المنتفع خطر اعساره مع ان الدافع الرئيسى فى الاشتراط لمصلحة الغير هو تفادى هذه النتيجة . هذا فضلا عن أن

الايجاب كمرحلة من مراحل العقد يسقط بموت الموجب ، فاذا مات المشترط امتنع ابرام العقد بقبول المنتفع لعدم مصادفته ايجابا قائما .

وأمام عدم تلاؤم نظرية الايجاب مع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، ذهب راى آخر الى أن المشترط يعتبر فضوليا بالنسبة للمنتفع ، فاذا قبل الاخير هذا الاشتراط فقد اقر الفضالة ويعتبر المنتفع كأنه هو الذى ابرم العقد مع المتعهد ، فينشأ له الحق من وقت ابرام العقد بين المشترط وبين المتعهد .

بيد انه اخذ على هذا التفسير ، أن الفضالة ذات طبيعة مختلفة عن الاشتراط لمصلحة الغير ، فالمشترط يتعاقد باسمه شخصيا بينما الفضولى يتعاقد نيابة عن رب العمل ، والمصلحة الشخصية فى الفضالة منعدمة بينما هى ضرورية فى الاشتراط . والفضالة تستلزم أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى ضروريا عاجلا ، ونتيجة اختلاف طبيعة النظامين اختلاف الاحكام المنظمة للعلاقات القائمة بين الاشخاص الثلاثة اطراف كل منهما .

وأخيرا ذهب جمهور كبير من الفقهاء الى تأسيس حق المنتفع على الارادة المنفردة للمتعهد . وبهذا التعليل لا يكون قبول المنتفع لازما لنشأة الحق له بل ينشأ حقه بمجرد اعلان المتعهد لارادته فى العقد الذى ابرمه مع المشترط .

وقد انتقد هذا الراى بأن مقتضاه منع المتعهد من التمسك قبل المنتفع بالدفوع الواردة على عقد الاشتراط ، كما وانه يؤدى الى عدم اباحة حق النقض الا للمتعهد دون المشترط .

ويأخذ البعض على هذا الاستناد أيضا ، ان ارادة المتعهد ليست كافية للنشأة الالتزام اذا لابد من اتفاقها مع ارادة المشترط ، فحق المنتفع انما نشأ عن اجتماع هاتين الارادتين ، فى حين أن الالتزام بالارادة المنفردة يفترض أن ثمة شخصا يلتزم دون أن تجتمع مع ارادته إرادة أخرى ، فهو التزام ينشأ فى مواجهة شخص وليس بالاتفاق مع شخص

C'est un engagement pris envers quelqu'un, mais non avec quelqu'un اما فى الاشتراط لمصلحة الغير فثمة التزام ينشأ فى مواجهة شخص بالاتفاق مع شخص آخر(١) .

ومن هنا يمكن ان نصل الى الرأى الصحيح ؛ فنرى أن حق المنتفع مؤسس على ارادتين منفردتين للمشترط والمتعهد ، فكون المشترط والمتعهد قد ابرما عقدا لمصلحة الغير لا يعنى أن ما ابرماه يعتبر عقدا فى مواجهة هذا الغير الذى لم يكن طرفا فيه . ولعل هذا اللبس قد نشأ عن خلال فكرة العقد ومجازها بجعله وسيطا بين المصدر الاصيل للالتزام وهو الارادة (فى معنى المسئولية) وبين الاثر وهو الالتزام أو الحق . وعلى كل فان الاتفاق بين المشترط وبين المتعهد لا يعتبر عقدا فى مواجهة المنتفع ، والذى انشأ له الحق ارادتان منفردتان للمشترط والمتعهد اتفقتا على الالتزام فى مواجهته . واذا فقول جانب من الفقه الحديث أن مصدر حق المنتفع هو عقد الاشتراط بين المشترط وبين المتعهد ليس قولا خاطئا تماما ، بل فيه جانب من الصحة اذا حملنا العقد هنا على معنى ارادتين منفردتين اتفقتا سويا ، وعلى ضوء هذا التفسير يتعين أن تكون كل من هاتين الارادتين سليمة ، كما ان هذا التفسير يبيح لكل من المشترط والمتعهد ان يدفع فى مواجهة المنتفع بما يشوب ارادته .

واذا كان حق المنتفع مؤسسا كما قلنا على ارادتين منفردتين للمشترط والمتعهد ، وهاتان الارادتان هما بمثابة ايجاب واحد بالتعاقد . فان هذا الحق ينتقل بمقتضى الاتفاق الذى تم بين المشترط وبين المتعهد من مالية المشترط الى مالية المتعهد . ومعنى ذلك ان هذا الحق لا يقع فى الضمان العام لدائنى المشترط وانما يقع فى الضمان العام لدائنى المتعهد .

وليس صحيحا ما يقال من أن الالتزام بالارادة المنفردة يفترض أن شخصا يلتزم دون أن تجتمع مع ارادته ارادة أخرى ، ففى غير حالة

---

(١) جوليوودى لاموراندير فى الطبعة العاشرة لكولان وكابيتان ج ٢ فقرة ٢٠٩ .

الاشتراط لمصلحة الغير يحدث ذلك دون ان يثير مثل هذا الاعتراض ، فلو أن شخصين اتفقا سويا على أن يشتريا عقارا من ثالث مع تنظيم معين للعلاقة الخاصة بينهما ، فان اتفاقهما لا يعتبر عقدا فى مواجهة البائع . فهنا اجتمعت ارادة المشترى الاول مع ارادة المشترى الثانى ولكنهما فى مواجهة البائع ارادتان منفردتان بمثابة ايجاب واحد .. ولا يكون مثل هذا الاعتراض صحيحا الا اذا كان الحق محل البحث ناشئا فى مواجهة احدى الارادتين المجتمعتين تجاه صاحب الارادة الاخرى ، أما فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير ، فالمنتفع ليس هو صاحب احدى الارادتين المجتمعتين أى ارادة المشترط وارادة المتعهد ، وحقه انما ينشأ تجاه هاتين الارادتين لا بالاتفاق معهما بل فى مواجهتهما .

وقولنا ان الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على ارادتين منفردتين للمشترط والمتعهد ، يفسر ما يذهب اليه جانب من الفقه من أن نظام الاشتراط ينطوى على علاقتين اساسيتين ، فلا يكفى ان يكون المتعهد ملزما نحو الغير دون أن يكون المشترط ملتزما بشىء فى مواجهة المتعهد (١) ، كأن تتفق مع آخر على أن يلتزم هذا الاخر بترتيب ايراد لابنها دون أن تكون قد تحملت بالتزام ما قبل المتعهد مقابل تعهده هو ، اذ أن مصدر الالتزام هنا ارادة واحدة هى ارادة المتعهد ، وما تدخل المشترط الا بمثابة رجاء للمتعهد او ايماز له لحمله على التعهد ، وتكون اذا بصدد علاقة واحدة هى هبة مباشرة بين المتعهد وبين المنتفع .

فاذا انتهينا الى القول بأن اساس حق المنتفع هو ارادتان منفردتان للمشترط والمتعهد (مع حمل الارادة هنا على معنى المسئولية) ، وهاتان الارادتان هما بمثابة ايجاب بالتعاقد لما سبق ان أوضحناه من قبل من ان كل ارادة منفردة مبتدأة لابد وان تكون ايجابا بالتعاقد ، فاننا نضيف الى ذلك ، القول بأن نشأة الالتزام والحق يتطلب أيضا قيام الركن المادى

---

(١) راجع فى تأييد هذا الرأى ، سامى مدكور ، مقاله عن النطاق الفنى للاشتراط لمصلحة الغير بمجلة القانون والاقتصاد بالسنة ٢٣ ص ١٧٩ — ١٨٠ - وقارن الرأى العكسى للسنهورى فى الوسيط ج ١ فقرة ٣٧٦ ، وعبد الحى حجازى ، مقاله عن نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة ص ١٥٩ وما بعدها .

وقوامه تولد الثقة لدى المخاطب فى هذا الايجاب ؛ وهى ثقة لا تتولد الا بعد علم المنتفع به . ونحن بذلك نخالف جانبا من الفقه فى نقطة واحدة : هى قوله ان حق المنتفع ينشأ من تاريخ العقد المبرم بين المشترط وبين المتعهد ، وان ابداء المنتفع رغبته بعد ذلك فى الاستفادة من الاشتراط ليس مطلوبا لنشأة الحق لان هذا الحق قد نشأ من قبل وليس اقرار المنتفع الا تثبيتا لحقه(١) . نحن نخالف هذا الفقه لقولنا ان حق المنتفع لا ينشأ الا بعد اعلانه بالاشتراط ؛ فهو فى رأينا لا ينشأ قبل ذلك ولا يتأخر لحين اقراره أو قبوله للاشتراط .

واذا بحثنا الامر من الناحية المنطقية ، فانه يتبين ان الراى المخالف لا يسلم من التناقض ؛ فهو من جهة يقول ان الحق ينشأ للمنتفع من وقت ابرام عقد الاشتراط بينما يقول ان للمشترط نقض الاشتراط حتى ابداء المنتفع رغبته فى الاستفادة منه . ومعنى ذلك ان هناك فترة من الزمن يكون حق المنتفع قد نشأ فيها ويكون للمشترط فى الوقت نفسه نقض هذا الحق ، ثم انه اذا ما نقض هذا الحق فاعتبر كان لم يكن كان معنى ذلك ان الحق كان فى وقت واحد موجودا وغير موجود . هذا وان قول الفقه ان المنتفع ينشأ له حق وقت الاشتراط مع التسليم للمشترط فى نفس الوقت بنقضه ، معناه تماما ان التزامه المشترط معلق على شرط ارادى محض purement potestative وهو ما يجعل الالتزام باطلا (١) . واذا ما سلمنا بنشأة هذا الحق للمنتفع فان نقض المشترط له بعد ذلك معناه انه يجوز لشخص ان يهدر بارادته حقا نشأ لشخص آخر وهذا ما لا يمكن قبوله . ولا يجدى تبرير الفقه الذى يقول ان حق

---

(١) يستعرض الاستاذ سامى مذكور آراء الفقه فى هذا الصدد ومنها الراى المشار اليه بالمتن فى مقاله السابق فيقول " فمن ناحية دخول هذا الحق فى ذمة المنتفع يرى بعض الفقهاء ان هذا الحق يدخل فى ذمته من تاريخ قيامه فيما بين المتعاقدين أى من تاريخ العقد . ويرى آخرون ان هذا القول يؤدى الى نتيجة غير طبيعية هى ثبوت الحقوق فى ذمة الاشخاص دون علمهم او رضائهم ولذلك يرى فريق منهم أن الحق لا يثبت فى ذمة المنتفع الا اذا اخطره المتعاقدان أو احداهما بالاشتراط . ويرى الفريق الاخر منهم انه لابد من صدور عمل ارادى من المنتفع ولا يكفى الاخطار . ولم يتفق اصحاب هذا الراى الاخير على طبيعة العمل الارادى المطلوب . فمنهم من قال بضرورة اقرار المنتفع للاشتراط ، فكأن الاشتراط فى رايهم فضالة . ومن قال بضرورة تدخل المستفيد واضافة فائدة المتعاقد اليه . ولم يستطع هؤلاء تحديد الطبيعة القانونية لهذا التدخل بتمييزه من الاقرار أو القبول . ومن قال بضرورة استيلاء المنتفع على الحق القائم بين المتعاقدين ، فان حق المنتفع هو حق لا مالك له الى ان يضع المنتفع يده عليه " .

المنتفع مثقل بجواز الرجوع فيه ، لان اجازة الرجوع تنفى عن الحق صفته ومقوماته .

والذى دفع الفقه الى القول بأن حق المنتفع ينشأ من وقت ابرام عقد الاشتراط والقول بأن هذا العقد هو مصدر الحق ، انما أراد به تفادى نتائج نظرية الايجاب فى الفقه التقليدى ، فهذه النظرية تقول ان المشترط بعد أن يبرم عقد الاشتراط مع المتعهد يعرض الحق الناشىء عنه على المنتفع ويتم نقل الحق اليه بقبوله ، وينبنى على الاخذ بهذه النظرية انه اذا توفى المشترط قبل قبول المنتفع لم ينشأ التزام المشترط لسقوط ايجابه بالوفاة . كما يترتب على هذه النظرية ايضا ان حق المنتفع يتلقاه من المشترط ويظل هذا الحق فى ذمة المشترط حتى قبول المنتفع فيتعرض هذا الاخير لخطر اعسار المشترط . وهاتان النتيجتان لا محل لهما فى نظريتنا ، ذلك أنه بالنسبة للنتيجة الاولى لا يسقط الايجاب فى نظريتنا بموت الموجب لان الحق ينشأ للمنتفع من وقت علمه بالايجاب المعروض عليه ومتى نشأ الحق فان موت الملتزم به ليس سببا لزوال الحق . وبالنسبة للنتيجة الثانية فقد قلنا انه اذا كان مصدر حق المنتفع ارادتين منفردتين للمشترط والمتعهد بمثابة ايجاب واحد ، فان هذا الحق انما يتلقاه المنتفع من مالية المتعهد لسبق نقله بموجب الاتفاق الذى تم

---

(١) ويعترض البعض بأن الشرط الارادى هنا شرط صحيح لانه شرط فاسخ لا يمنع من نشأة الحق وجوده » راجع فى ذلك عبد الحى حجازى مقاله السابق بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة السادسة ص ٤ » . بيد أن هذا القول مردود بأنه لا فرق هنا من حيث الواقع بين الشرط الفاسخ وبين الشرط الواقف ، ما دام ان زمام الامر ببراءة بيد المدين ولن يترتب أى أثر على التزامه فى الفترة المخول له فيها استعمال حق النقض » راجع فى نقد التفرقة بين الشرط الفاسخ وبين الشرط الواقف فى حالة ما يكون شرطا ارادیا محضا ، دى لابيشينى ، بانسيكلوبيدى واللوز ، لفظ condition فقرات ١٢ — ١٦ ويفرق الاستاذ اسماعيل غانم (احكام الالتزام والاثبات ج ٢ سنة ٦٦٤ هامش ص ٢٣) فى هذا الصدد بين الالتزامات الزمنية وبين الالتزامات غير الزمنية فيقول « على ان هناك محلا للتساؤل هل يعتبر هذا الشرط صحيحا أيا كانت طبيعة الالتزام المعلق ؟ لا شك انه صحيح اذا كان الالتزام من الالتزامات الزمنية ، والامثلة التى يذكرها الفقهاء فى هذا الصدد خاصة بهذا النوع من الالتزامات .. اذ لن يكون للفسخ أثر رجعى ، وبذلك لن يكون زمام الرابطة القانونية فى يد المدين .. أما فى الالتزامات غير الزمنية فان للفسخ اثرا رجعيا ، فاذا اتفق فى هبة مثلا على ان للواهب الحق فى الفسخ واسترداد العين الموهوبة بمجرد ابداء رغبته فى ذلك ، ثم اختار الواهب الفسخ ، فانه بذلك يعدم كافة آثار الهبة . أى أن بقاء الالتزام يكون متوقفا على محض ارادة المدين ، ان شاء ازاله من الوجود ، وبذلك يكون زمام الرابطة القانونية فى يده ، ولا يكون هناك فرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ فى هذا الصدد ، بل يكون الالتزام غير قائم فى الحالتين » .

بين المشترط وبين المتعهد من مالية الاول الى مالية الثانى . ومن ثم فهذا الحق لايقع فى الضمان العام لدائنى المشترط .

وعلى ما تقدم ، لا يكون الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من نظريتنا . فحق المنتفع ينشأ عند عرض الايجاب عليه وهو ايجاب مركب من ارادتى المشترط والمتعهد . والغرض الاساسى من الاشتراط هو نقل حق المنتفع من مالية المشترط الى مالية المتعهد ، وهذا الحق ينتقل بموجب الاتفاق الداخلى الذى تم بين المشترط وبين المتعهد .

ونرى بعد ذلك أن نورد ملاحظتين لازالة لبس قد يثور فى الذهن .

الملاحظة الاولى انه فى بعض الحالات التى يدرجها الفقه عادة تحت نظام الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ الحق للمنتفع بمجرد اتفاق المشترط مع المتعهد لان المشترط فيها يعتبر نائبا حقيقيا عن المنتفع . كما فى حالة ابرام الاب عقد تأمين لمصلحة أولاده .

والملاحظة الثانية انه اذا كان الاشتراط لمصلحة الغير تبرعا من جانب المشترط فانه يجوز لهذا الاخير الرجوع فيه لا على اساس حق النقض بل على أساس ما هو مسلم به من جواز الرجوع فى الهبة اذا استند الواهب الى عذر مقبول ، وقد سبق ان رددنا الحق فى الرجوع فى الهبة الى توهم الواهب غير الوقع (١) .

١٣٧ ــ خاتمة البحث :

وعلى ضوء ما تقدم فى دراستنا نلخص النتائج التى وصلنا اليها فى الآتى :

اولا ــ ان فكرة العقد كمصدر للالتزام فكرة خاطئة ، ومما يترتب على خطئها انها تؤخر نشأة التزام الموجب حتى انضمام القبول اليه (مع ملاحظة أن أمر القبول لا خلاف فيه بوجه عام) .

---

(١) ما سبق فقرة ٧١ .

ثانيا — ان فكرة الارادة المنفـردة غير صـحيحة من ناحيـة انهـا ترجع نشأة الالتزام الى وقت اعلان الارادة قبل أن يعلم المخـاطبه بالتعبـير .

ثالثا — ان الالتزام فى نظريتنا ينشأ عنه علم المخاطب بالتعبير الموجه اليه وتولد ثقة لديه فيه ، وليس قبل ذلك أو بعد ذلك .

رابعا — ان ما يسمى بالارادة المنفردة غايتها الدخول فى رابطة تعاقدية ومن ثم فكل ارادة منفردة مبتداة هى حتما ايجاب بالتعاقد .

خامسا — انه تأسيسا على ما تقدم يزول الخلاف بين فكرة العقـد وبين فكرة الارادة المنفردة بعد تصحيح انحراف كل منهما عن طـريق حذف ما زاد فى فكرة العقد واضافة ما نقص فى فكرة الارادة المنفردة ، فتصبح كل من الفكرتين شيئا واحدا ويرتد الالتزام فى كلتيهما الى الارادة بمعنى المسئولية منضما اليها الركن المادى (١) .

---

(١) هذا ويلاحظ اننا اذا استعملنا كلمة العقـد فى دراستنا التالية ، فاننا نعنى بهـا العملية التعاقدية ولا نعنى بها اعتباره مصدرا للالتزام . وقـد نستعمل لفـظ العقـد فى معنى مصدر الالتزام تمشيا مع الفقه الحاضر وذلك بصدد بحث مشاكل اخرى لا علاقة بها بفكرة العقد كمصدر للالتزام .

الفرع الثالث

مشكلة تحديد وقت تمام العقد

١٣٨ — آراء الفقه بشأن تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد :

القول بان العقد مصدر للالتزام يستتبع البحث فى تحديد الوقت الذى يتم فيه تكوينه حتى يمكن معرفة متى تتولد الالتزامات والحقوق الناشئة عنه ، ويمكن بالتالى حل المشاكل التى تتفرع عن الفصل فى هذه المسألة الاولية .

ولما كان العقد كمصدر للالتزام انما هو محض افتراض وكان مجازى لا وجود له فى الواقع ، وفكرته من ثم فكرة خاطئة ، فلنا ان نتوقع قيام جدل عنيف بشأن تحديد وقت تمامه ، ولنا ايضا ان نتوقع استحالة الوصول الى حل سليم ، لأن المقدمة التى يدور حولها الجدل مقدمة زائفة فكان منطقيا أن يكون الدوران فى فلكها ماتعا من تقديم اى حل مقبول .

يقول الاستاذ مورل ان هذه المشكلة طرحت على بساط البحث منذ أمد طويل — ولكنها لم تحسم بعد لا فى القانون الفرنسى ولا فى القانون المقارن — وهى من المشاكل التى استحال بشأنها وضع مبدأ مطلق (١) .

وتثور هذه المشكلة عملا عندما تكون هناك فترة طويلة من الزمن تفصل بين الايجاب وبين القبول اى فى حالة التعاقد بين غائبين بطريق المراسلة — فيقوم التساؤل عما اذا كان العقد يتم بمحض القبول أم

---

(١) مورل : دروس الدكتوراه : المرجع السابق ص ١٣٠ .

بتصديره أم بوصوله الى الموجب أم بعلم هذا الاخير به ومن هنا نشأت نظريات أربع نستعرضها اجمالا فيما يلى :

(أ) نظرية الاعلان Théorie de la déclaration

تقول هذه النظرية ان العقد يتم بمجرد اعلان الموجب له قبوله بتحرير الخطاب المتضمن للقبول او بتكليف الرسول بالتوجه الى الموجب. وتستند النظرية الى الادعاء بانه بمجرد صدور القبول يقع التراضى وتتوافق الارادتان فيوجد العقد .

وتهدف هذه النظرية الى الحد من اعتبار الايجاب غير ملزم ، بتضييق الفترة التى يكون للموجب سحب ايجابه خلالها ، وهذا من شأنه أيضا ان يساهم فى سرعة التعامل لانه متى أعلن الموجب له قبوله استطاع ان يطمئن الى ان العقد قد تكون فيمضى فى تنفيذه وفى التعامل فورا فى الحق الذى نشأ له دون ان ينتظر تصدير قبوله وعلم الموجب به .

غير انه أخذ على هذه النظرية ان التعبير لا ينتج أثره الا اذا علم به من وجه اليه ، فالقبول من التعبيرات واجبة التسلم receptice فلا يكفى لانتاج أثره تحرير الموجب خطاب القبول . هذا فضلا عن ان النظرية لا تعامل الموجب والموجب له معاملة متساوية ، فبينما الموجب يستطيع أن يسحب ايجابه بعد اعلانه الى وقت قبول الموجب له ، فان هذا الاخير لا يستطيع ذلك .

(ب) نظرية تصدير القبول Théorie de l'expédition

طبقا لهذه النظرية يتم العقد بتصدير القبول . فاذا كان بواسطة خطاب فبالقائه فى صندوق البريد او بتسليمه لمكتب البريد ، واذا كان عن طريق رسول فبانصراف الرسول متوجها الى الموجب .

ويهدف انصار هذه النظرية الى تحاشى ما تؤدى اليه النظرية السابقة من صعوبة فى الاثبات بالنسبة للموجب ، ولكن نظريتهم تبقى مع ذلك محلا للنقد الموجه الى النظرية الاولى .

ومن ناحية أخرى فانه يترتب على اعمال هذه النظرية نتيجة شاذة ، عندما يصدر الموجب له خطاب القبول فى الميعاد ولكن الخطاب يتأخر

فلا يصل الى الموجب خلال المهلة الصريحة او الضمنية ، وتلوح للموجب بعد انتهائها فرصة التعاقد مع آخر ، فهو لو فعل ذلك لكان تعاقده هذا فى منطق نظرية التصدير اخلالا بالتزامه نحو الموجب له بمقتضى العقد الذى تم بينهما وقت تصدير القبول كما تقول النظرية .

(ج) نظرية استلام القبول Théorie de la réception

انصار هذه النظرية يخطون خطوة تالية فى المراحل التى يقطعها القبول ، فيرون أن العقد يتم بوصول القبول الى الموجب او الى موطنه ولو لم يطلع عليه ولو لم يتسلمه فعلا .

وتتحاشى هذه النظرية جزءا من النقد الموجه الى النظريتين السابقتين ولكنها لا تتحاشاه كله ، ذلك ان القبول كتعبير لا ينتج اثره الا بعد أن يعلم الموجب به وتتولد لديه ثقة فيه ، فوصول القبول الى الموجب دون علمه به لا يضيف شيئا من الناحية القانونية .

ويبدو أن انصار هذه النظرية او بعض انصارها يعتبرون استلام القبول قرينة على العلم به ، ومن ثم تختلط هذه النظرية بنظرية العلم بالقبول .

(د) نظرية العلم بالقبول Théorie de l'information

يذهب انصار هذه النظرية الى أن العقد يتم عند علم الموجب بالقبول ، لان هذا هو ما يتفق مع اعتبار القبول تعبيرا لا ينتج اثره الا اذا علم به المخاطب . وبعد علم الموجب بالقبول يمتنع عليه سحب ايجابه ويمتنع على القابل سحب قبوله ويتكون العقد وتتولد عنه آثاره .

ويؤخذ على هذه النظرية انها تؤخر انعقاد العقد حتى علم الموجب بالقبول وفى هذه الفترة التى قد تطول يسقط الايجاب اذا مات الموجب او فقد اهليته او اذا سحبه الموجب ، ولا يستطيع الموجب له أن يتعامل فى موضوع الايجاب المعروض عليه حتى يعلم الموجب بالقبول وفى ذلك ابطاء لسير المعاملات .

كما اخذ عليها القول بأن القبول قد يكون ضمنيا كما فى حالة السكوت

الملابس أو حالة تنفيذ الموجب له للعقد ، والتعبير الضمنى لا حاجة لوصوله الى علم الموجب .

١٣٩ ـ مسلك محكمة النقض الفرنسية :

تلك هى النظريات الاربع التى تجاذبت حل المشكلة فى الفقه وفى احكام المحاكم وفى التشريعات المختلفة ، ولا شك أن كل نظرية منها تحمل جانبا من الصحة والفائدة العملية ولا تسلم فى الوقت نفسه من الخطأ والضرر من جانب آخر . ونتيجة ذلك حيرة فى الاخذ بواحدة منها دون الاخرى وبقاء المشكلة من ثم دون حل مقبول(١) . وهذا ما الجأ محكمة النقض الفرنسية الى القول بأن مسألة وقت تمام العقد من مسائل الواقع يرجع فيها الى تفسير نية المتعاقدين وتختص بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها (٢) . ومعنى ذلك أن محكمة النقض الفرنسية ترفض الاخذ بنظرية دون الاخرى وترى أن الحل يختلف تبعا لظروف كل قضية .

ولا شك انه اذا كان العقد مصدرا للالتزام ، فان مسلك محكمة النقض الفرنسية يكون محل نظر ، لان تحديد وقت تمام العقد يتعلق بمسألة قانونية جوهرية هى معرفة اللحظة التى يبدأ منها نشوء الالتزام ولايكون له وجود قبلها . هذا فضلا عن أن الالتجاء الى نية المتعاقدين لا يجدى لعدم انصراف نيتهما غالبا الى الاتفاق على هذه المسألة ، ولا يقبل من الناحية العلمية اللجوء الى الافتراض ، لان الافتراض عجز عن حل المشكلة (٣) .

---

(١) دى باج جزء ٢ فقرة ٥٣٥ ، السنهورى نظرية العقد فقرة ٢٩١ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير جزء ٢ فقرة ٤٨ .

(٢) من هذه الاحكام ، نقض ١٦ ـ ١١ ـ ١٩١٠ د اللوز ٩١٢ ـ ١ ـ ٩٤٩ نقض ٢٩ ـ ١ ـ ٩٢٣ د اللوز ٩٢٣ ـ ١ ـ ١٧٦ ، نقض ٢١ ـ ١٢ ـ ٩٦٩ داللوز ١٩٦١ ـ ٤١٧ . وقد نهجت محكمة النقض البلجيكية نفس المسلك فاعتبرت مسألة تحديد وقت تمام العقد من مسائل الواقع ، راجع فى ذلك دى باج جزء ٢ فقرة ٥٣٧ .

(٣) يقول الاستاذ السنهورى ـ نظرية العقد فقرة ٣٠٤ : « يشعر المستعرض للحلول المتقدمة ـ النظريات الاربع ـ بشىء من الحيرة اذا أراد أن يختار منها حلا يرتضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها الى وجهة من النظر تختلف عن الاخرى ، وانقسام الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا وبلجيكا بين التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة فى هذا الموضوع . ولكن المتأمل فى المسألة لا يسعه الا أن يماشى محكمة النقض الفرنسية فى رأيها من أن الامر مرجعه قبل كل شىء الى نية المتعاقدين بأن هو يرجع الى الواقع الى ارادة ـ

وينتقد الاستاذ جوسران مسلك محكمة النقض الفرنسية بقوله ان كثيرا من التشريعات قد تعرضت لهذه المشكلة ووضعت لها حلا معينا ؛ وهذا يعنى ان المسألة لها صبغة قانونية وليست مسألة من مسائل الواقع (١) . كما يعيب عليها البعض أن مسلكها مدعاة للاضطراب والتناقض بصدد مسألة واحدة . وهذا من شأنه زعزعة فى المعاملات نتيجة عدم وجود مبدأ عام معروف مسلفا (٢) .

١٤٠ — التخلى عن الافتراض والرجوع الى الحقيقة وحل المشاكل على اساسها .

هكذا ثبت مما تقدم ان الفقه رغم المجهودات العديدة التى قام بها لم يصل بعد الى حل لمشكلة وقت تمام العقد ، ولنا أن نستدل بذلك على أن العقد ليس الا كائنا وهميا — فمن الخطأ ان نقول انه مصدر للالتزام وبالتالى يكون من العبث أن نبحث عن وقت تمامه .

فاذا ما نبذنا هذه الفكرة الخاطئة — فكرة أن العقد مصدر للالتزام — وتمشينا مع الحقيقة من بدايتها والتزمناها دون وساطة هذا الكائن الوهمى ، وهى ما نقول به من أن مصدر الالتزام يقوم على مسئولية الشخص عن توافر الركن المادى لدى المخاطب ، فان التزام الموجب ينشأ وقت علم الموجب له بالايجاب وتولد ثقة لديه فيه ، ويكون للموجب له عندئذ أن يتصرف فى الحق الذى نشأ له عن الايجاب قبل أن يعلن قبوله وقبل ان يصدره وقبل أن يعلم به الموجب مادام أنه انتوى قبول الايجاب ، وبذلك تتحقق مصلحة المعاملات التى تستهدفها نظرية الاعلان دون الوقوع فى خطئها الخاص بوقت نشأة التزام الموجب له قبل الموجب ، لان الموجب لن ينشأ له الحق الا اذا علم بالقبول ، وهذا هو وجه الصواب فى نظرية العلم . وعلى ذلك فان التزامى الموجب والقابل لا ينشآن فى وقت واحد .

— الموجب .. فاذا غمضت هذه الارادة ولم يمكن الاهتداء اليها بوضوح فمنا نلجأ الى الافتراض » . وهكذا ترى أن الفكرة الافتراضية وهى هنا فكرة العقد — لابد وأن تؤدى الى افتراضات أخرى ، ولما كان الغالب هو افتقاد نية المتعاقدين فيكون الغالب هو اللجوء الى الافتراض .

(١) جوسران جزء ٢ فقرة ٥٣ .

(٢) حسن عبد الغفار : التعاقد بالمراسلة فى القانون المقارن ، رسالة بالفرنسية سنة ١٩٣٠ ص ٨٨ .

واذا فكل من النظريات الاربع التى يمكن ادماجها فى نظـــريتى الاعـــلان والعلم انما تحتوى جانبا من الصحة وجانبا من الخطأ ، لانهما تقـــولان بوقت واحد فى حين ان هناك وقتان . وصحة نظرية الاعلان تتعلق الى حد ما بوقت نشأة التزام الموجب . وصحة نظرية العلم تتعلق بوقت نشأة الالتزام المتولد عن القبول .

وهذا ما دفع بعض التشريعات الى النص على أن للعقـــد وقتين وقت بالنسبة للموجب ووقت بالنسبة للقابل (١) .

وهذا ايضـا ما يوجه صواب مسلك محكمة النقض الفرنسية ، من الناحية العملية ، فى قولها أن وقت تمام العقد يختلف حسب الظروف .

وقد أخـــذ جانب من الفقه الحديث يبصر بهذه الحقيقـــة فى نطـــاق بحث مشكلة تحديد وقت تمام العقد ، فيقول الاستاذ شيفالييه : « ليس من المحتم أن تنشأ التزامات كل من المتعاقدين فى وقت واحد ، فكل منهما يمكن أن ينشأ التزامه بمجرد اصدار ارادته كالحال بالنسبة للموجب الذى يلتزم بايجابه قبل حصـــول القبـــول .. .. أى قبـــل تمام العقد (٢) » .

والذى يؤكد أيضـــا اســـتحالة الاخذ بوقت واحـــد فى التعـــاقد بين غائبين أن الاهلية وعيوب الارادة (٣) وتوقع الظـــروف الطارئة انمـــا يختلف وقت النظر فيها بالنسبة لاحد المتعاقدين عن وقت النظر فيهـــا بالنسبة للاخر ، فلو أن الموجب كان ناقص الاهلية مثلا وقت اعلان ايجابه ثم أصبح بالغا وقت القبول فان التزامه مع ذلك لا يكون صحيحا ، ولو أن القابل كان ناقص الاهلية وقت اصدار قبوله ثم بلغها وقت علم الموجب فان التزامه لا يكون صحيحا ، ولو انه كان كامل الاهليـــة وقت اعلان قبوله ثم فقد أهليته وقت العلم به فان التزامه ينشأ مع ذلك صحيحـــا .

---

(١) راجع فى ذلك فيلوربانو ص ١١٦ . ويتفق هذا النظر مع ما يقول به أنصار الارادة المنفردة من أن العقد ليس تصرفا قانونيا واحدا وانما هو مركب من تصرفين قانونيين متميزين : أحدهما تعهد الموجب والثانى تعهد القابل ولكل من هذين التصرفين محل وسبب وشروط مستقلة عن الاخر . راجع فى تأصيل هذا النظر ، جميل الشرقاوى ، رسالته السابقة فقرة ٥ ـــ ١٤ .

(٢) شيفالييه : مقالته السابقة بمجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٢ .

(٣) فون تور : الالتزامات جزء ١ ص ١٤٥ ؛ ديموج جزء ٢ فقرة ٢/٥٤٠ .

وعلى ذلك فانه يستحيل وضع وقت واحد لنشأة التزامات كل من الموجب والقابل لان التزامات احدهما تنشأ فى وقت آخر غير الوقت الذى تنشأ فيه التزامات الثانى . وبل وسنرى ان من المشاكل التى يثيرها الفقه فى مسألة وقت تمام العقد ما لا يجدى فى حلها اى نظرية من النظريات الاربع السالفة الذكر ، اذ أن حل هذه المشاكل لا يرتبط بوقت نشأة الالتزام .

وعلى ضوء هذا الذى نقول به ، نتعرض فيما يلى لاهم المشاكل التى اثارتها مسألة تحديد وقت تمام العقد .

أولا : تحديد الوقت الذى يمتنع فيه على الموجب ان يسحب ايجابه وعلى القابل ان يسحب قبوله .

والذى اثار هذه المشكلة هو اعتبار العقد مصدرا للالتزام ، فكان الايجاب فى ظل هذه النظرية غير ملزم لانه قبل انضمام القبول اليه لا يكون مصدر الالتزام — اى العقد — قد تم تكوينه .

اما اذا تخلينا عن هذه الفكرة الخاطئة واعتبرنا الارادة « فى معنى المسئولية » اساس الالتزام مع توافر الركن المادى ، فانه بالنسبة للايجاب فلا اثر لعدول الموجب عن ايجابه بعد وصوله الى علم الموجب له ، وبالنسبة للقبول ينشأ التزام القابل متى وصل القبول الى علم الموجب ، ومن ثم فليس هناك وقت واحد يمتنع فيه على الموجب سحب ايجابه وعلى القابل سحب قبوله .

واذا كان التزام الموجب ينشأ قبل التزام القابل فى التعاقد الملزم لجانبين فليس معنى ذلك ان هناك انفصالا بين الالتزامين ، وانه يتعين من ثم على الموجب أن ينفذ التزامه قبل نشأة الالتزام الموجب له ، وان كلا من الالتزامين يحيا حياة مستقلة عن الاخر . فقد بينا من قبل ان التزام الموجب مع انه نشأ قبل التزام القابل ، فانه موقوف المفعول حتى ينشأ التزام القابل ، لان هذا هو ما يتضمنه الايجاب نفسه ، وعلى ذلك فاذا كنا بصدد بيع منقول معين مثلا فان التزام البائع بنقل الملكية ينشأ من وقت علم المشترى بايجاب البائع ، ولكن تنفيذ هذا الالتزام يظل موقوفا حتى ينشأ التزام المشترى بدفع الثمن عند علم البائع بقبوله ومن ثم فان

نقل الملكية لا يتم الا وقت هذا العلم ، اما اذا كان البائع هو الموجب له فان التزامه يكون قد نشأ منجزا وقت علم المشترى بقبوله لان التزام المشترى بدفع الثمن كان قد نشأ من قبل . واذا فالوقت الذى يصبح فيه التزام البائع بنقل الملكية واجب التنفيذ هو الذى يحدد بدء انتقال الملكية وما يترتب على ذلك من بدء استحقاق الثمن للمشترى .

وهـذا هو الشـأن ايضا بالنسبة لمواعيد التقادم ، فمعروف ان بدء سريانها يكون من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء ، فليس بدء السريان اذا مرتبطا ببدأ نشأة الالتزام ، فالدين المؤجل مع انه قد نشأ من قبل فان سريان تقادمه لا يبدأ من وقت حلول الاجل(١) . وعلى ذلك فاذا كان التزام الموجب ينشأ فى الوقت الذى يعلم فيه الموجب له بالايجاب فان هذا الالتزام يكون معلقا على القبول ولا يكون مستحق الاداء الا بعد علم الموجب بالقبول ، اذ بهذا العلم ينشأ التزام القابل ويتحقق الشرط الذى علق عليه الموجب التزامه .

ثانيا ـ مشكلة تاثير الموت وفقد الاهلية فى انعقاد العقد :

رأينا مفهوم الارادة فى مذهب الارادة يحمل على معنى انهـا مكنة لصيقة بالشخص ، وطبقا لهذا المفهوم تنقضى الارادة اذا مات صاحبها وتنقطع اذا فقد اهليته .

ورأينا انه فى منطق فكرة العقد كمصدر للالتزام ، لا ينشأ عن الايجاب بذاته اى التزام ، فاذا توفى الموجب أو فقد اهليته قبل الوقت الذى يتم فيه العقد امتنع قيام هذا الاخير ، لان العقد يتكون من ايجاب وقبـول ، فاذا توفى الموجب أو فقد أهليته قبل انتاج القبول لاثره ، فلن يصـادف القبول ايجابا قائما فيمتنع قيام العقد . ويختلف الحل فى نظرية الاعلان عنه فى نظرية العلم اذا كانت الوفاة او فقد الاهلية بالنسبة للموجب قد حدثت بعد اعلان القبول . فطبقا لنظرية الاعلان لا أثر لذلك لان العقد

---

(١) ومن قبيل عدم التقيد بوقت نشأة الالتزام فى حل بعض مشاكل العقد ما نصت عليه الفقرة الثانية من المـادة ٤٢٣ من القانون المدنى المصرى من الرجوع الى سـعر السوق فى الزمان الذى يجب فيه تسليم المبيع الى المشترى ، فى حالة اتفاق المتعاقدين على أن يكون الثمن حسب سعر السوق وعدم بيانهما للوقت الذى أرادا الرجوع اليه لتحديد هذا السعر .

كان قد تم تكوينه بخلاف ما تقضى به نظرية العلم ، وكذلك يختلف اذا كان القابل قد توفى او فقد اهليته بعد اعلان القبول ، فلا اثر لذلك على تمام العقد فى نظرية الاعلان خلافا لما تقرره نظرية العلم .

هذه المشاكل لا تثار فى نظريتنا التى تجعل الارادة على معنى المسئولية وتعتبر اساس الالتزام هو المسئولية عن قيام الركن المادى وقوامه الثقة التى تتولد عن التعبير ، فالموت وفقد الاهلية لا تأثير لهما على نشأة مسئولية سابقة عليهما ، كما انهما لا يبرران اهدار ثقة نشأت قبلهما ، كما سبق ان أوضحنا عند شرح نظريتنا . وكذلك قلنا أن الالتزام ينشأ عن تعبير واحد متى علم به المخاطب وتولدت ثقة لديه فيه . والالتزام ينشأ قبل القبول لان القبول ما هو الا دليل على سبق تولد الثقة من التعبير . وعلى ذلك فان التزام الموجب قبل الموجب له ينشأ قبل قبول هذا الاخير . فلو مات الموجب او فقد اهليته قبل القبول ما كان لذلك من اثر على نشأة التزامه ، فالتزامه قد نشأ قبل حدوث هذين العارضين . والحال كذلك اذا توفى القابل او فقد اهليته بعد اعلان القبول ، فذلك لا اثر له على الايجاب ولا على القبول . واذا كان الموجب له قد توفى او فقد اهليته بعد العلم بالايجاب وقبل القبول جاز لورثته او للقيم عليه الحلول محله فى القبول .

ثالثا — تحديد الوقت الذى ينظر فيه الى التصرفات الضارة بالدائنين :

(أ) تصرفات التاجر الذى اشهر افلاسه :

اذا صدرت هذه التصرفات فى فترة الريبة — بين تاريخ توقف التاجر عن الدفع وبين تاريخ صدور الحكم بشهر افلاسه ، دل ذلك على أنه قصد الاضرار بالدائنين والاخلال بالمساواة بينهم . وبديهى أن هذا القصد انما يقوم عند اصدار التاجر تعبيره . فاذا كان هو الموجب ففى وقت اصدار ايجابه واذا كان هو القابل ففى تاريخ اصدار قبوله ، ومن ثم فلا تفيد اى نظرية من النظريات الاربع فى ضبط الوقت الذى تقوم عليه حكمة ابطال التصرفات فى فترة الريبة . فمثلا لو ان تاجرا وجه قبل

فترة الريبة ايجابا مقترنا بمهلة ثلاثة اشهر ، ثم تلت بعد شهرين فترة الريبة وبعدها قبل الموجب له هذا الايجاب وانعقد العقد بهذا القبول فانه حسب أى من النظريات الاربع يكون قد تم فى فترة الريبة ويعامل باحكام البطلان الخاصة بها ، وهذا قول غير مقبول ، لان الحكمة من ابطال التصرفات فى فترة الريبة هو ان التاجر يشعر وقتئذ باضطراب اعماله ويلجأ الى التصرف فى امواله تصرفات تضر بالدائنين . فى حين انه فى المثال السابق عندما اصدر ايجابه لم تكن فترة الريبة قد بدات بعد ، فينتفى القول بانه قصد الاضرار بالدائنين .

(ب) الدعوى البوليصية :

وكذلك الشأن بالنسبة للدعوى البوليصية — دعوى عدم نفاذ التصرف — حيث يقال أن الدائن لا يستطيع ان يطعن فى التصرف الصادر من مدينه الا اذا كان دينه سابقا على هذا التصرف . فالتاريخ الذى يجب الاعتداد به هنا هو تاريخ اصدار المدين تعبيرا بالتعاقد سواء اكان ايجابا ام قبولا .

وعلى ذلك فان اى نظرية من النظريات الاربع لا يمكن الاخذ بها فى حالة المدين الموجب الذى يصدر ايجابا ببيع مثلا فى تاريخ لم يكن فيه معسرا ثم اعسر بعد ذلك فى الفترة بين الايجاب وبين القبول ، ذلك انه عندما اصدر ايجابه لم يكن معسرا ولم يقصد الاضرار بالدائنين . ويزيد هذا القول تاكيدا عندما يكون حق الدائن قد نشأ فى الفترة بين اصدار المدين ايجابه وبين انضمام القبول الى هذا الايجاب ، فهنا لا يمكن القول بان المدين قد قصد الغش اذ لم يكن يتوقع نشوء مديونيته .

الفرع الرابع

مشكلة البطلان النسبى

١٤١ ــ كلمة عامة عن نظرية البطلان وشذوذ قيامها كنظرية مستقلة :

لا زالت نظرية البطلان من اعقد نظريات القانون المدنى واكثرها غموضا واضطرابا . فبالرغم من المجهودات الفقهية التى بذلت منذ امد طويل للتوصل الى وضع نظام منطقى سليم لهذه النظرية . فان الامر لازال يثير صعوبات عديدة منشؤها تعارض منطق النظرية مع الحلول العادلة التى تتنافر معه اشد التنافر ، واذا كان الفقه قد وفق فى تمييز نظام البطلان عما يلتبس به من نظم اخرى كنظام عدم السريان ونظام الفسخ ، فان تأصيل نظرية البطلان ــ كما يقول الفقه الحاضر ــ لا زال بعيد المنال ، ولا زال الخلاف يثور فى كل مسألة من مسائله تقريبا (١) .

ولا عجب ان يكون هذا هو حال نظرية البطلان ، فليس غموض النظرية واضطرابها الا انعكاسا لفساد الاساس الذى يقوم عليه الالتزام العقدى فى الفقه الحاضر ، الا وهو مذهب الارادة من جهة وفكرة العقد كمصدر للالتزام من جهة اخرى ، ففساد المقدمة يستتبع حتما فساد ما تلاها . ولن تحل مشكلة البطلان حلا صحيحا الا بحل تلك المسألة الاولى ، بل نحن نذهب الى ابعد من ذلك فنرى ان مشكلة البطلان لا محل لها البتة وانها تختفى تماما عند التوصل الى معرفة الاساس الصحيح للالتزام العقدى ، ذلك ان الالتزام اما ينشأ واما ان لا ينشأ

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٢٨١ ، جوسران : مبادىء القانون المدنى الفرنسى جزء ١ فقرة ١٣٨ ، دى باج جزء ١ فقرة ٩٦ ، حلمى بهجت بدوى آثار التصرفات الباطلة ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة العدد الثالث ص ٣٧٩ ، حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام فقرة ٢٤٧ .

ولا وسط بين الحالتين ، والكلام عن نشأة الالتزام يستتبع فى نفس الوقت الكلام عن عدم نشأته ، ومن ثم كان قيام مشكلة البطلان انما هو تكرار فى الدراسة .

وقد حدث هذا التكرار نتيجة لعدم معقولية بعض النتائج التى تترتب على الاخذ بالمدلول الخاطىء للارادة من جهة ، وبفكرة العقد الافتراضية كمصدر للالتزام من جهة اخرى . وادماج المشروعية ضمن شروط نشأة الالتزام من جهة ثالثة . فكانت نظرية البطلان ميدانا انتقلت اليه محاولات الفقه لتفادى هذه النتائج ، وكان ان زخرت النظرية بالاضطرابات والافتراضات والاستثناءات .

واذا حصرنا المشكلات التى يدرسها الفقه فى مبحث البطلان لبيان كيف تختفى فى نظريتنا ، وجدنا انها تتجمع فى المسائل الخمس التالية :

المسألة الاولى ـ التعويض عن بطلان التصرف :

نشأت هذه المشكلة نتيجة للاخذ بمذهب الارادة . فهذا المذهب باعتداده بالارادة الباطنة يقضى ببطلان الالتزام اذا ما انحرف التعبير عنها . بيد انه لوحظ ان هذا البطلان من شانه الاضرار بالمتعاقد الاخر فى حين ان المتعاقد الاول مخطىء غالبا . اما فى نظريتنا فلا محل لاثارة هذه المشكلة لان الالتزام قد نشأ صحيحا بتوافر مسئولية المتعاقد الاول ، فالمسئولية كما سبق القول اوسع نطاقا من الارادة ، لان الشخص لا يسأل عن النتيجة المتعمدة وحدها وانما يسأل ايضا عن النتيجة غير المتعمدة ، اذا كانت اثرا طبيعيا للفعل كما سنرى فيما بعد تفصيلا .

وثمة حالة أخرى تدخل فى هذا النطاق بصفة عامة ، وهى حالة سحب الايجاب الذى يترتب عليه امتناع تمام العقد ، والتى اثارتها فكرة العقد الافتراضية ، ولا محل لهذه المشكلة فى نظريتنا لان الالتزام ينشأ عن الايجاب وحده مادام قد وصل الى علم الموجب له .

المسألة الثانية ــ اعتبار العقد الباطل قائما بالنسبة للغير حسن النية :

يقضى منطق الارادة بان العقد اذا كان منعدما او كان باطلا ، فان الغير الذى يكون قد تعامل مع احد طرفيه على اساس وجود هذا العقد وصحته لا يكتسب حقا ، لان الحق المؤسس عليه لم ينشأ او زال بالبطلان ، فبطلان سند المتصرف كما يقول الفقه يستتبع عدم صحة سند المتصرف اليه .

الا ان هذه النتيجة لم يسلم بها حماية للغير حسن النية ، واعتبر الفقه الغالب العقد قائما وصحيحا لمصلحة الغير لا باعتباره واقعة مادية بل تصرفا قانونيا ؛ ولم يستطع الفقه كما رأينا من قبل رد هذا الحل الى اساس قانونى سليم .

هذه المشكلة لا محل لها فى نظريتنا ، لان الالتزام الذى يعتبره مذهب الارادة غير قائم او غير صحيح هو التزام موجود وصحيح طبقا لنظريتنا ، ففى حالة الصورية ينشأ الركن المادى بالنسبة للغير حسن النية لتوافر نيته فى جدية العقد الصورى . ومسئولية المتعاقد الصورى متوافرة بداهة . والحال كذلك غالبا فى حوالة الحق لان الركن المادى متوافر بالنسبة للمحال له حسن النية والمدين غالبا ما يكون مقصرا فتقوم مسئوليته عن التزامه قبل المحال له . اما اذا لم تتوافر هذه المسئولية فلا ينشأ التزام المدين قبل المحال له الا اخذا بفكرة المسئولية المادية .

المسألة الثالثة ــ الخروج على منطق البطلان فى حالة مخالفة المشروعية :

رأينا ان الفقه الحاضر يدمج المشروعية ضمن عناصر نشأة الالتزام ، وقد ترتب على هذا الادماج تقسيم البطلان الى نوعين : مطلق ونسبى ، بجعل عدم المشروعية سببا للبطلان المطلق وباقى العيوب الاخرى مرتبة لبطلان نسبى بصفة عامة ، وادى هذا الى تعقيد نظرية البطلان بوضع قواعد لكل نوع تختلف عن القواعد التى يخضع لها النوع الاخر . كما اشرنا من قبل الى الصعوبات التى نشأت عن اعتبار المشروعية عنصرا

فى نشأة الالتزام وما اتجه اليه الفقه الحديث من عدم التزام منطق البطلان فى بعض حالات عدم المشروعية .

وقد ازلنا هذه المشكلة بما دللنا عليه من أن المشروعية ليست عنصرا فى نشأة الالتزام ، وانها مسألة خارجة عنه ، وأن الجزاء على عدم المشروعية يجب أن يتلاءم مع فكرة محاربتها .

المسألة الرابعة ـ البطلان الجزئى او انقاص التصرف (١) :

تثور هذه المسألة فى عدة حالات منها انقاص التزامات الطرف المغبون ، وبطلان الشروط التعسفية فى عقود الاذعان وتخفيض سعر الفائدة الاتفاقى الى الحد الجائز الاتفاق عليه قانونا .

ويثير الفقه هذه المسألة لان البطلان الجزئى لا يتلائم مع مذهب الارادة . فالارادة وحدة لا يتصور تقسيمها والعقد من صنع المتعاقدين وحدهما ، فليس للقاضى أن يلجأ الى الانقاص لان معنى ذلك تخويله سلطة عمل التصرف فى صورة جديدة ، فى حين ان دوره يقتصر على الحكم بصحة التصرف أو بطلانه فلا يتجاوز ذلك الى تعديل التزامات الطرفين على غير ارادتهما المشتركة .

وقد ذهب البعض امام ما يرونه من تعارض صارخ بين نظام الانقاص وبين مبدأ سلطان الارادة الى حد القول بأن الباقى من آثار التصرف بعد حذف الجزء الفاسد ليس مصدره ارادة المتعاقدين لانهما لم يتجها الى قبوله بل مصدره القانون ، اى أن الوضع يتمحض هنا عن بطلان كامل للتصرف ثم احلال لالتزام قانونى محل الالتزام الناشىء عن التصرف الباطل (٢) . بيد ان هذا ليس تفسيرا علميا بل هو تفسير شكلى يعنى

---

(١) اما عن مسألة تحول العقد التى يدرسها الفقه عادة فى نظرية البطلان وصورتها كما يقول الفقه ان يكون هناك عقد باطل تتوافر فيه اركان عقد آخر صحيح ، فيتحول التصرف الباطل الى هذا التصرف الصحيح ، فالواقع أن المسألة هنا ليست مسألة تحول بل مسألة تفسير تقوم على الكشف عن الغاية الاقتصادية او العملية للعقد ، فلا يوجد فى هذه الحالة الا تصرف واحد هو التصرف الصحيح ، واذا فليست هذه الحالة استثناء من قاعدة « ان التصرف الباطل لا ينتج اثرا » . راجع فى ذلك بهجت بدوى : آثار التصرفات الباطلة ، مقاله السابق بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٤٠٢ ـ ٤٠٨ السنهورى سنة ١٩٤٤ فقرة ٧٣ ، جميل الشرقاوى : المرجع السابق فقرة ١٣٨ .

(٢) راجع فى تفصيل هذا الراى جميل الشرقاوى فقرة ٣٠ .

الهروب من مواجهة المشكلة . اذا يبقى التساؤل عن ما هو المصدر او المبدأ الذى يستند اليه القانون الوضعى فى حالة خلق هذا الالتزام الجديد .

هذه المشكلة لا محل لها فى نظريتنا كما اشرنا من قبل وكما سنرى تفصيلا فى الفصل الثانى من الباب الثالث حيث نبين أن الاتقاص تطبيق لها وليس خروجا عليها ، لانه اذا كانت الارادة كيف فقط فالمسئولية كيف وكم ، وانقاص ما زاد فى قدر الالتزام انما هو استبعاد لزيادة لا تقابلها مسئولية .

المسألة الخامسة ــ فكرة البطلان النسبى :

وهذه هى المشكلة الاخيرة التى استدعت الى جانب المشاكل السابقة قيام نظرية مستقلة للبطلان .

وقد نشأت هذه المشكلة نتيجة للفكرة الافتراضية الخاطئة للعقد كمصدر للالتزام ، وبجلاء هذه المشكلة ، وهى محور البحث الحالى ــ تصبح نظرية البطلان غير ذات موضوع .

وقبل أن نتعرض لدراسة هذه المشكلة نشير بايجاز الى تقسيمات البطلان فى الفقه وتحديد حالات البطلان النسبى .

١٤٢ ــ تقسيمات البطلان فى الفقه وتحديد حالات البطلان النسبى :

كان الفقه التقليدى الفرنسى يذهب الى تقسيم البطلان الى ثلاث مراتب : الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبى . وكان مبنى هذا التقسيم بصفة عامة أن للعقد اركانا اذا تخلف ركن منها تخلفا تاما كان العقد منعدما . واركان العقد فى نظر هذا الفقه هى الرضاء والمحل والسبب ، ويضاف اليها ركن الشكل فى بعض العقود . اما اذا توافرت هذه الاركان ولكن ركنا منها عدا ركن الرضاء اصابه خلل ، بان كان المحل او السبب غير مشروعين او كان السبب صوريا او كان المحل غير قابل للتعامل فيه او كان غير ممكن او غير معين او كان الشكل لم يستوف اوضاعه فان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ولكل من المتعاقدين ولكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ولا حاجة لصدور حكم بالبطلان ولا ترد عليه

الاجازة . اما اذا كان العيب الذى شاب العقد قد انصب على ركن الرضاء كصدوره من ناقص اهلية أو ممن وقع فى غلط أو تدليس أو اكراه ، كان العقد باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة هذا المتعاقد وحده وهو دون غيره الذى له حق اجازته ويسقط الطعن فيه بالتقادم .

وقد اتجهت غالبية الفقه الحديث الى هجر فكرة العقد المنعدم وادماجها فى العقد الباطل بطلانا مطلقا بحجة انه لا وجه للتمييز بين القسمين لان العقد المنعدم هو والعقد الباطل بطلانا مطلقا سواء فى نظر القانون ، من جهة أن كليهما لا ينتج أثرا ولا تلحقه الاجازة ولا يرد عليه التقادم ، أى ان كليهما ليس له وجود قانونى (١) .

وأصبح الرأى السائد حاليا هو تقسيم البطلان الى نوعين : مطلق ونسبى . وكان مناط التمييز بينهما أول الامر ان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الرضاء أو تخلف السبب أو المحل أو عدم توافر شروطهما ومنها شروط المشروعية وكذلك لتخلف الشكل فى بعض العقود التى يستلزم المشرع افراغها فى قالب شكلى . ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا اذا كان احد المتعاقدين ناقص الاهلية أو شاب رضاءه غلط أو تدليس أو اكراه .

الا ان الفقه الحديث أصبح يتجه كما رأينا من قبل (٢) ، الى اعتبار عيب عدم المشروعية وحده مرتبا للبطلان المطلق بينما تؤدى سائر العيوب الاخرى الى البطلان النسبى ، فالبطلان المطلق جزاء على المساس بالسلامة

---

(١) وذهب البعض دروجول Drogoul وجابيو Japiot الى ان البطلان يتنوع بتنوع الغاية من القاعدة القانونية التى تستلزم توافر شروط التصرف القانونى دون تحديد سابق لاحكام البطلان بل تترك الحرية للقاضى لفحص كل حالة على حدة والحكم فيها بما يتناسب مع غاية الشرع من البطلان ومن ثم تتعدد البطلان بتعدد صور تخلف الشروط التى يستلزمها القانون، ويختلف بتنظيم آثار البطلان من حالة الى اخرى طبقا للحكمة المتوخاه من القاعدة التى مستها المخالفة ، وبذلك يتلاءم الجزاء الذى يلحق مع الغاية من القاعدة القانونية .

غير ان نظرية تعدد البطلان هذه لم تلق تأييدا من غالبية الفقه رغم ما امتازت به من مرونة اتاحت لها تفسير بعض آثار البطلان التى أثارت صعوبات فى نظرية البطلان السائدة، فقد أخذ على تلك النظرية أنه يمكن تفسير الآثار المذكورة بمبررات معروفة ، وأن هذه النظرية من شأنها اقامة الاضطراب فى الحلول القانونية بعدم وضعها معايير منضبطة ومحددة سلفا .

راجع فى ذلك جميل الشرقاوى فقرة ١٢٤ ، بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٨٢٠ ، مورل : دروس الدكتوراه ص ٤٣٩ ، السنهورى الوسيط جزء ١ فقرة ٣٠٠ .

(٢) ما سبق فقرة ١١٩ .

الخارجية للتصرف نتيجة عدم المشروعية ، والبطلان النسبي جزاء على المساس بسلامته الداخلية . الاول يحمى مصلحة عامة والثانى يحمى فردية لاحد المتعاقدين .

اما عن مسألة المشروعية ، فقد سبق ان بينا وجهة نظرنا بشأنها ، فقلنا انها ليست عنصرا فى نشأة الالتزام وانما هى مسألة خارجة عنه ، والجزاء على عدم المشروعية يجب ان يتلاءم مع الغاية من محاربته .

واما عن اتجاه الفقه الحديث الى اعتبار سائر العيوب الاخرى مرتبة لبطلان نسبى ، فهذا ما سنتعرض له بشىء من التفصيل ، وقد سبق ان اشرنا الى بعضه فى دراسة المحل والسبب .

والعيوب التى اتجه الفقه الحديث الى نقلها من دائرة البطلان المطلق الى دائرة البطلان النسبى هى عيوب انعدام الاهلية وعدم توافر شروط المحل والسبب عدا شرط المشروعية وتخلف الشكل فى العقود الشكلية .

ونستعرض فيما يلى هذه العيوب :

انعدام الاهلية :

كان الفقه التقليدى الفرنسى يعتبر العقد الصادر من مجنون او من شخص فاقد الوعى باطلا بطلانا مطلقا . بل وكان اصحاب نظرية الانعدام يعتبرون مثل هذا العقد منعدما بحجة ان ارادة المجنون او فاقد الوعى ارادة منعدمة ومن ثم يتخلف ركن جوهرى فى وجود اى تصرف قانونى .

الا ان القضاء الفرنسى لم يتمش مع هذا المنطق واعتبر العقد الصادر من فاقد الاهلية باطلا بطلانا نسبيا لمصلحته ولا يستطيع ان يتمسك بابطاله سوى القيم عليه او ورثة فاقد الاهلية بعد وفاته او هو نفسه بعد شفائه ، وله ايضا حق اجازته ، ولا يباح للمتعاقد الاخر ان يطعن بالبطلان . ويؤيد راى القضاء الفرنسى ما نصت عليه المادة ١٣٠٤ من القانون المدنى الفرنسى التى تقرر ان تصرفات المحجور عليه تكون باطلة بطلانا نسبيا ، والمحجور عليه قد يكون مجنونا وقد يكون سفيها او ذا غفلة .

ويذهب الفقه الحديث الى تأييد مذهب القضاء بحجة انه لا محل للتفرقة بين فقد الاهلية وبين نقصها ، فالارادة فى الحالتين غير كافية فى نظر القانون ، والبطلان فى الحالتين مقصود به حماية الشخص الذى انعدم تمييزه او نقص ، ولا يجوز للمتعاقد الاخر أن يستغل هذا الظرف اذا ما تراءى له أن العقد الذى ابرمه لم يكن فى مصلحته(١) .

والحقيقة ان هذا الاتجاه ليس صحيحا على اطلاقه ، اذ تجب التفرقة بين المجنون والمعتوه من جهة وبين السفيه وذى الغفلة من جهة اخرى . فاذا كان هؤلاء يجوز الحجر عليهم جميعا . فان المجنون والمعتوه فاقدا التمييز بينما السفيه وذو الغفلة ناقصى التمييز فقط وهما فى حكم الصبى المميز . ومن ثم فاذا تعاقد شخص مع مجنون أو معتوه ، لم ينشأ التزام الاخير قبل الاول لفقد اهليته . أما التزام الاول قبل الثانى فلم ينشأ ايضا لانه اذا كانت مسئولية الاول متوافرة — الركن المعنوى — فان الركن الثانى لنشأة الالتزام — الركن المادى — غير متوافر ، اذ لا يعقل أن تتولد ثقة لدى المجنون او المعتوه فى التعبير الذى وجه اليه . هذا بينما السفيه وذو الغفلة على شىء من التمييز فيمكن أن تتوافر لديهما ثقة فيما يوجه اليهما من تعبيرات بالتعاقد .

ومن ثم فالتفرقة بين المجنون والمعتوه وبين السفيه وذى الغفلة ليس مناطه الركن المعنوى — وكما يقول الفقه ارادة كل منهما غير كافية — ولكن مناطه عدم توافر الركن المادى لدى الاولين وتوافره لدى الاخرين .

ويمكن القول اذا بلغة انصار فكرة الانعدام ، انه فى حالة التعاقد مع مجنون أو معتوه يكون العقد منعدما لعدم نشأة التزام اى من طرفى العقد : الطرف الاول — كامل الاهلية — نتيجة عدم توافر الركن

---

(١) راجع فى ذلك كولان وكابيتان جزء ١ الطبعة السابعة فقرة ٥٨١ ، بلانيول وبولانجيه جزء ١ الطبعة الرابعة فقرة ٣٤٣٦ ، بلانيول وريبروواسمان جزء ٦ فقرة ١٧٣ ، ٢٩٠ ، وسران جزء ١ الطبعة الثانية فقرة ٢٥٣ ، ٥٤٥ هو أن مقاله عن نقص الاهلية بالمجلة الفصلية سنة ١٩٤٧ ص ٣٨٨ ، ٣٩٢ ، فريجافيل دروس القانون المدنى ص ٢٦٠ ، جميل الشرقاوى فقرة ٩٠ .

المادى والطرف الثانى — المجنون او المعتوه — نتيجة عدم توافر الركن المعنوى .

شروط السبب عدا شرط المشروعية :

سبق ان راينا فى مبحث السبب كيف ان شرطى وجوده وصحته انما يرتدان الى شرطى الارادة وحرية الاختيار ، فانعدام السبب او عدم صحته ليسا الا قرينة على وقوع المتعاقد ضحية اكراه او غلط ، ولذلك اتجه القضاء الفرنسى بصفة عامة الى اعتبار البطلان المؤسس على السبب غير الصحيح بطلانا نسبيا ، بارجاع هذا البطلان الى الغلط ، لان السبب غير الصحيح ليس الا ترديدا لمعنى الغلط . وهذا ايضا هو اتجاه غالبية الفقه الحديث .

شروط المحل عدا شرط المشروعية :

وقد سبق ان راينا ايضا فى شرح نظريتنا وفى مبحث المحل كيف ان شروط المحل عدا شرط المشروعية تتوزع على الركنين المادى والمعنوى، وعلى وجه اخص راينا ارتباط شرط الامكان بالادراك ومن ثم دخول استحالة المحل فى دائرة الغلط .

والواقع انه اذا كان نميز التفرقة بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبى هو ان الاول يحمى مصلحة عامة والثانى يحمى مصلحة المتعاقدين وحدهما فلا مناص من اعتبار تخلف شروط المحل عدا شرط المشروعية داخلا فى دائرة البطلان النسبى . وعلى اساس هذا المعيار ذهب دى باج الى القول بان تخلف المحل لا يرتب الا بطلانا نسبيا(١) .

الشكل

يستلزم المشرع فى بعض عقود معينة كالهبة والرهن الرسمى اوضاعا شكلية ، بحيث يبطل التصرف اذا لم تراع هذه الاوضاع . وهذه الشكلية تتميز عن الاشكال الاخرى التى لا تتعلق بصحة التصرف وانما تبتغى اغراضا اخرى كالاثبات او الشهر .

---

(١) دى باج جزء ٢ فقرة ٧٨٠ ، جزء ٤ فقرة ٨٠ .

الا ان هذا الرأى لم يسلم به الفقه الحديث ، لان الشكلية هذه شكلية حمائية المقصود بها ضمان صحة الارادة بتفادى وقوعها فى غلط أو تدليس و اكراه ، ولذلك تعتبر قاعدة الشكل هنا كما يقول الاستاذ شيفالييه قاعدة اهلية (١) règle de capacité وتأسيسا على هذا النظر ذهب الفقه الحديث الى أن تخلف الشكل الحمائى أو عدم استيفاء أوضاعه لا يرتب الا بطلانا نسبيا(٢) .

والواقع أن الشكلية الحمائية مقصود بها التأكد من سلامة الارادة فى بعض التصرفات الخطيرة التى يخشى أن تصدر عن غير تروٍ وبصيرة أو تصدر نتيجة نوع من الاكراه ، فاذا لم تتبع الاوضاع الشكلية كان هذا قرينة على أن الارادة لم تكن سليمة كالحال بالنسبة لنقص الاهلية ، اذ يفترض المشرع أن ارادة ناقص الاهلية يعوزها الادراك السليم ، وعلى ذلك فان عدم اتباع الشكل يدخل فى دائرة البطلان النسبى الذى يهدف الى حماية المتصرف ، ومن ثم فهو وحده الذى له حق التمسك بالبطلان ، وهو الذى له اجازة التصرف ، ولكن الاجازة هنا لا تتم الا بالشكل المطلوب والا كان غير ذلك تحليلا على الحكمة من استلزام الشكل ، وهذا هو نفس الوضع بالنسبة لناقص الاهلية اذ لا يمكنه أن يجيز التصرف الا بعد بلوغه سن الرشد .

١٤٣ ــ الخلل المنطقى فى فكرة البطلان النسبى :

قلنا انه طبقا لنظريتنا اما أن ينشأ الالتزام بتوافر الركنين المادى والمعنوى واما الا ينشأ بعدم توافر ركن منهما أو كليهما ، وبلغه الفقه الحاضر اما ان يكون الالتزام صحيحا واما أن يكون باطلا ، وليس هناك حالة وسطى او حالة قلقة ، فيها ينشأ الالتزام صحيحا ولكنه يكون قابلا للابطال أو لا ينشأ صحيحا ولكنه يكون قابلا للتصحيح والاجازة . وهذا هو وجه خلافنا مع فكرة البطلان النسبى . فالفقه الحاضر يقول ان العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد صحيح منشىء لالتزامات تعاقدية يجب تنفيذها ، فاذا ما تمسك من شرع الابطال

---

(١) شيفالييه ، مقالته السابقة بمجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢ ص ٢٣٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجييه جزء ٢ فقرة ٨٢٢ ، سانانييه ، دروس القانون الفرنسى جزء ٢ الطبعة الثانية فقرة ١٨٣ سنة ١٩٤٩ ، أبو عافية : التصرف القانونى المجرد فقرة ٢٠ ص ٨٤ ، هنرى وليون وجان مازو : دروس القانون المدنى .

لمصلحته بابطاله زال باثر رجعى ، واذا ما تنازل عن هذا الحق فقد تاييت صحة العقد .

والذى نأخذه على هذه الفكرة انها تتضمن خللا منطقيا ، ذلك انه اذا كان العقد مصدرا للالتزام وكان البطلان صفة تلحقه وقت ابرامه ، فان اسباغ هذه الصفة عليه لا يكون منوطا برغبة لاحقة للشخص ، ان شاء خلع عليه صفة البطلان وان شاء ايد استمرار صحته ، فالصفة التى تلحق العقد سواء اكانت صفة الصحة أم صفة البطلان انما تلحقه منذ نشأته ولا يمكن ارجاع الزمن بعد ذلك . فالعقد اما أن يكون قد نشأ صحيحا واما أن يكون قد نشا باطلا ولا يستطيع اى شخص ان يغير من شىء وقع فى الماضى .

ان الفقه الحاضر يقول ان العقد الباطل بطلانا نسبيا اما أن يكون صحيحا من بدايته واما أن يكون هو نفسه باطلا من بدايته . وهذا مستحيل . لان الشىء الواحد فى الوقت الواحد لا يمكن ان تكون له صفتان متضادتان . فالعقد المقول بانه باطل بطلانا نسبيا اما أن يكون باطلا من اول الامر فلا يستطيع الشخص أن يزيل عنه صفة البطلان لانها صفة تمت فى الماضى وكل ما يستطيعه هو أن يبرم عقدا جديدا . واما أن يكون هذا العقد صحيحا من مبدا الامر فلا يستطيع الشخص ان يقرر ان هذا العقد باطل منذ نشأته. والمتعاقد الذى يتمسك بالبطلان النسبى انما يقرر أن هناك عيبا شاب العقد عند نشأته . فاذا ما تنازل هذا المتعاقد عن حق الابطال فهو لا يصحح هذا العيب كما يقول الفقه . لان هذا العيب كان مصاحبا فعلا لنشاة العقد ، فلا يستطيع المتعاقد أن يقول انه لم يكن معيبا وقت ابرامه ومن ثم يعتبر العقد صحيحا فى هذا الوقت .

ولكن الفقه يقول ان العقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد صحيح حتى يتمسك ببطلانه من شرع البطلان لمصلحته . وهذا التمسك هو الذى يؤدى بعد حكم القاضى الى انشاء البطلان ، ولما كان هذا التمسك يحدث فى وقت لاحق كان العقد قبله معتبرا صحيحا فقد اضطر الفقه الى اللجوء الى افتراض fiction فقال ان التقرير بالبطلان له أثر رجعى يعود الى وقت نشاة العقد . وهذا هو المأزق الذى وقع فيه الفقه . ذلك ان التمسك بالبطلان لابد وان يكون

بسبب عيب لحق التصرف عند نشأته فكيف يعتبر العقد صحيحا بداءه وهذا العيب قد صاحب نشأته ؟ أما اذا سلمنا بأن العقد صحيح عند نشأته فكيف يخول لاحد المتعاقدين بارادته وحدها ان يقول انه لم يكن صحيحا ؟ واذا كان العقد معيبا بداءه فكيف يقال ان طرفه الذى له حق التمسك بالبطلان يستطيع ان يقول بتنازله عن هذا الحق ان العقد لم يكن معيبا بداءه ؟

وللخروج من هذا المازق لجأ الاستاذ جميل الشرقاوى فى رسالته عن البطلان الى محاولة مبناها ان التصرف الباطل بطلانا نسبيا لم يكن له وجود قانونى قبل الحكم بالبطلان وان وجوده قبل الحكم به وجود فعلى أو ظاهرى يبدو على حقيقته بثبوت الحكم ببطلانه . فيقول : « وقد اشرنا عند دراستنا لاسباب البطلان الناشئة عن عيب الرضاء الى حقيقة تميز جميع هذه الحالات، ففى العيوب الثابتة يشترط أن يكون تغيير الارادة هو السبب فى اصدار التصرف ، اى يشترط اما ان يكون الوهم (فى الغلط) أو فقدان الحرية (فى الاكراه) دافعا الى التصرف . والاندفاع مسألة ذاتية محض يظل امرا نفسيا فى ذهن صاحب الرضاء المعيب وغير معروف لاحد سواه ، وبذلك لايمكن أن تمتد اليه سطوة القانون ، حتى يعبر عن وجوده بافصاح ينبه الى هذا الوجود ويخرجه الى نطاق القانون ، فاذا ما ظهر الى عالم القانون على هذه الصورة وكان ذلك بصفة نهائية صار البطلان معروفا وكملت عناصره باعتباره وصفا يلحق التصرف القانونى .. وكذلك الحال بالنسبة للعيوب المفترضة كفقدان الاهلية والغبن ، فصغر السن أو اختلاف التعادل بين الالتزامات يوجد قرينة لمصلحة فاقد الاهلية او المغبون على أن رضاءه معيب . وهذه القرينة يقتصر التمسك بها على من تقررت لمصلحته ، فاذا ما تمسك بها ، وبصورة نهائية ايضا ، كان متمسكا بعيب فى رضائه يعفيه القانون من اثباته، ولكنه يحتم أن يتمسك به ليكون العيب قائما ، وعند تمسكه بوجوده تكمل عناصر وصف البطلان الذى يلحق التصرف بسبب فقدان الاهلية أو الغبن ، ويحمله الى نطاق القانون » (١) .

بيد أن هذا التحليل انما ينحرف عن الواقع ويحاول حل المشكلة عن طريق

---

(١) جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى ١٩٥٦ فقرة ١٣٥ .

محوها ، فثبوت العيب الصاحب لنشأة العقد لا يتوقف على التمسك به ممن عيبت ارادته . وحتى لو كان العيب امرا نفسيا فى ذهن صاحب الرضاء المعيب فان اثباته ومعرفته ممكن بدون افصاح منه ، والا كان مؤدى ذلك عدم قبول طعن خلف صاحب الارادة المعيبة فى العقد الذى ابرمه سلفه لوقوعه فى غلط او اكراه تمشيا مع القول بأن هذا الوقوع امر ذاتى محض وانه يظل مسألة نفسية فى ذهن المتعاقد وغير معروف لاحد سواه . ولعل التعسف فى التحليل يبدو واضحا فى القول بأن عيب فقد الاهلية لا يقوم الا اذا تمسك به من كان فاقد الاهلية ، فاذا ما ابرم قاصر او مجنون عقدا فانه لا يعتبر قاصرا او مجنونا الا اذا تمسك بانه قاصر او مجنون ، ولا تكتمل صفة القصر او الجنون الا بهذا التمسك . ومؤدى ذلك ايضا ان الوصى او القيم لا يستطيع الطعن على العقد الذى ابرمه القاصر او المجنون لان القصر والجنون مسألة نفسية لا يعرفها سوى صاحبها .

ولا يفيد الراى المنتقد ، تفرقته بين البطلان لعيوب الرضاء الثابتة او المفترضة وهو ما يعتبره الفقه بطلانا نسبيا ، وبين البطلان المطلق لعدم المشروعية ، وقوله ان البطلان الثانى تبدو عناصره امام القاضى بصورة خارجية ظاهرة دون حاجة الى افصاح المتعاقد عنه ، (١) فهذا قول مخالف للواقع ، لانه قد يصعب على القاضى ان يستشف عدم مشروعية الباعث ما لم يشر اليه المتعاقد . ومن قبل ذهب توليه Toullier الى ان البطلان المطلق هو ما يترتب على عيب خارجى ظاهر vice extinséque et apparent وان النسبى هو المترتب على عيب داخلى خفى vice intrinséque et caché ولذلك يظل العقد الباطل نسبيا صحيحا لعدم وضوح عيبه الى ان يكشف عنه . ولكن ديمولومب (٢) نقد بحق مبنى هذه التفرقة مقررا ان هناك حالات فى البطلان المطلق يكون العيب فيها غاية فى الخفاء بحيث لا يمكن ان يكتشف الا بتحقيق دقيق ، ثم كيف يقبل ان يكون وضوح العيب او عدم وضوحه معيارا لتاصيل قواعد قانونية ؟

---

(١) المرجع السابق فقرة ١٣٥ ص ٢٧٥ .

(٢) ديمولومب جزء ٢٩ فقرة ٣٠ .

وقد سار الاستاذ جميل الشرقاوى على ذلك النحو من التحليل المنافى للواقع عندما تكلم عن الاجازة (١) فقال : « فغى قدرة من يدعى عيب رضائه أن يرجع عن ادعائه بأن رضاءه فى التصرف معيب اذا اكتشف ما يبرر ذلك . فاذا ما رجع عن هذا الادعاء فان معنى هذا الرجوع انه راى ان التصرف صحيح ولا مطعن عليه وانه لا يوجد سبب حقيقى للبطلان ولا توجد لذلك دعوى مقبولة fondée بالبطلان .

« والمفروض ان الاجازة تأتى سابقة لحكم يقرر البطلان بعد تمسك صاحب الرضاء المعيب به ، أى تجىء قبل ظهر البطلان فى النطاق القانونى ، ظهورا ثابتا ferme ونهائيا définitive ، فاذا جاء المجيز ليقول ان رضاءه معيب ولكنه لم يتمسك بعيب رضائه لابطال التصرف ، فان تفسير الاجازة بانها تنازل عن البطلان اى طريقة لاسقاط الدعوى به يستلزم أن نحلل عمل المجيز على النحو الآتى اولا : انه يظهر البطلان فى النطاق القانونى ويثبت عيب رضائه الذى يعتبر أساس الدعوى بالبطلان . ثانيا : يتنازل عن التمسك به أى يسقط دعواه بالبطلان .

« ولكننا نلاحظ ان الشق الثانى من عمل المجيز هو مقصود الاجازة ؛ فغايته الا يتمسك بعيب رضائه وأن يبقى تصرفه على ما هو عليه من حال الصحة الظاهرية . كما يبدو ان الشق الاول لا يرد على ذهنه اطلاقا بمعنى انه فى الاجازة لا يتمثل شيئا سوى انه يريد أن يبقى تصرفه صحيحا وأن تنقلب الصحة الظاهرية الى صحة حقيقية .

---

(١) يلاحظ أن هناك خلافا بشأن طبيعة الاجازة confirmation ، فالبعض يرى ان التصرف المشوب بالبطلان يتخلف فيه شرط من شروط صحته والاجازة تستكمل ما كان ناقصا فيه ، فمن وقع فى غلط ثم اجاز العقد بعد ذلك فهو يضيف اليه العنصر الذى كان متخلفا وهو الرضا السليم . وهذا الراى ينحرف فى معنى كلمة confirmation وعن مدلول فكرة البطلان النسبى ويتلاءم مع فكرة العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى التى سنعرض لها فى متن الفقرة الحالية ، أما رأى الفقه الغالب فهو أن لاجازة تعتبر تنازلا renonciation عن استعمال حق البطلان وهذا المعنى هو الذى يتمشى مع فكرة البطلان النسبى راجع فى ذلك ، دى لاموت التصرف القانونى لمنفرد فقرات ١١٨ — ١٢٩ .

ولذلك كانت ترجمة كلمة confirmation فى الفقه المصرى بكلمة (اجازة) ترجمة غير دقيقة ، لان الاجازة تحمل معنى التصحيح بينما كلمة confirmation تحمل معنى التاييد والتثبيت ، وفى موضوعنا يعناها اقرار صحة العقد ، وهو المعنى المتفق مع فكرة البطلان النسبى . وقد وفق المجمع اللغوى فى ترجمة عبارة confirmation du contrat بانها اقرار العقد . راجع فى ذلك العدد التاسع السنة ٤١ من مجلة المحاماة الخاص بالمصطلحات القانونية والاقتصادية التى اقرها المجمع اللغوى ص ١٢٥١ .

« ويكون من الممكن عندئذ أن نتجنب تحليل الاجازة على الصورة المركبة التى يفرضها القول بأنها تنازل عن البطلان ، الى صورة توافق البساطة التى تبدو فى قصد المجيز فنقول انه بالاجازة يقرر انه لا صحة لما يشك فيه من وجود عيب فى رضائه ، وانه لذلك لن يتمسك بأى بطلان ، اى أن الاجازة انكار لوجود سبب البطلان ولا تفترض وجودا سابقا له » . (١) ثم ينتهى الى قوله « .. الاجازة لا تأتى بحال جديدة للتصرف ، وانها انما تؤكد حالته القائمة ، اى يقتصر أثرها على بيان ان صحته القائمة يجب الا تكون موضع شك ويصبح التصرف فى نفوذ آثاره كأى تصرف لم يتم حوله اى شك منذ البداية » (٢) .

وتحليل الاجازة على هذا النحو يجافى الواقع وما هو الا امتداد لمحاولة حل المشكلة عن طريق محوها . فالمشكلة القائمة هى ان متعاقدا وقع حقيقة ضحية غلط او اكراه او كان فاقد الإهلية او ناقصها عندما تعاقد ، ثم لاح له بعد ذلك أن يجيز العقد رغم وجود هذا العيب ، وهذا العيب الذى شاب ارادته عند التعاقد قد وقع فعلا ، فماذا ما أجاز العقد بعد ذلك فليس من شأن هذه الاجازة أن تنفى ما وقع فى الماضى وان يكون معناها ان العقد لم يكن معيبا ، والا فهل اذا ابرم قاصر عقدا ثم اجازه بعد أن بلغ سن الرشد كان معنى ذلك انه لم يكن قاصرا وقت ابرام العقد وان اجازته للعقد بعد ذلك تتضمن انكارا لعيب نقص الاهلية (٣) .

واذا كان قد تبين لنا فيما تقدم عدم استقامة فكرة البطلان النسبى من ناحية اعتبارها العقد الباطل بطلانا نسبيا عقدا صحيحا منتجا لكل آثاره حتى يتقرر بطلانه مع انه كان منذ نشأته معيبا فعلا ، فهل يستقيم الوضع اذا قلنا ان العقد الباطل بطلانا نسبيا لا ينتج آثاره الا اذا أجيز ؟

هذا هو ما تقول به فكرة العقد الموقوف فى بعض مذاهب الفقه الاسلامى ، وهو صورة عكسية للعقد الباطل بطلانا نسبيا ، الاول باطل حتى يجاز والثانى صحيح حتى يتقرر بطلانه . يقول الاستاذ السنهورى فى التفرقة بينهما وفى

---

(١) جميل الشرقاوى : المرجع السابق فقرة ١٣٧ ، ٣٨٦ — ٣٨٧ .
(٢) المرجع السابق : ص ٣٨٨ .
(٣) مع تحفظ نشير اليه فى الفقرة التالية .

افضلية فكرة العقد الموقوف : « والواقع من الامر ان العقد الذى يتردد بين مرتبتى البطلان والصحة يتصور فيه احد الامرين اما ان يجعل باطلا حتى يصح وهذا هو ما اختاره الفقه الاسلامى واما ان يجعل صحيحا حتى يبطل وهذا هو ما اختاره الفقه الغربى .. وفى راينا ان العقد الموقوف اكثر ملاءمة لمواجهة عيوب الارادة من العقد القابل للابطال ، كما اسلفنا القول ، فالعقد الذى بداخله غلط او تدليس او اكراه يصدر عن ارادة ضالة او مضللة او غير مختارة اولى به ان يوقف حتى يجاز من ان ينفذ حتى يحكم بابطاله » (١) ..

واذا كانت فكرة العقد الموقوف اصح منطقا من فكرة العقد الباطل بطلانا نسبيا لان المعقول أن يوقف نفاذ آثار العقد حتى يستكمل ما نقصه ، لا أن يعتبر صحيحا ونافذا رغم عيبه حتى يبطل (٢) . فان فكرة العقد الموقوف لا زالت مع ذلك محلا للنقد من ناحية انها تجعل للاجازة اثرا رجعيا فتعتبر العقد صحيحا من وقت نشأته ، وفى ذلك مخالفة للواقع ، لان العقد عند نشأته كان معيبا فعلا ..

وليس هذا الخطأ مجرد خطأ نظرى ، بل لابد وان تترتب عليه اخطاء عملية شأن كل افتراض مخالف للحقيقة . وهذا ما يحدث بالنسبة للغير الذى يستثنى من الاثر الرجعى للاجازة كما تقول فكرة العقد الموقوف ، فلو ان قاصرا باع عينا وبعد بلوغه سن الرشد وقبل ان يجيز البيع رهن العين ثم أجاز البيع بعد ذلك فان هذه الاجازة لا تضر بالدائن المرتهن وتنتقل ملكية العين الى المشترى مثقلة بحق الرهن وهذا يتنافى مع اعتبار عقد البيع صحيحا ونافذا من وقت ابرامه . بل ويظهر خطأ هذه الفكرة ايضا حتى فيما بين المتعاقدين ، فلو حدث أن ابرم عقد فى وقت معين وكان موقوفا لمصلحة أحد طرفيه لنقص أهليته أو لوقوعه ضحية فى عيب من عيوب الارادة ، ثم أجازه هذا المتعاقد فى وقت لاحق ، وعرف فى هذا الوقت ، اى وقت الاجازة ، ان

---

(١) المنهورى : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى جزء ٤ ص ٣٠٥ . وراجع فى تفصيل فكرة العقد الموقوف منالا عنه للدكتور محمد زكى عبد البر مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٥ العددان الاول والثانى ص ١٠٩ ـ ١٠٠ .

(٢) محمد زكى عبد البر : مقاله السابق ص ١٨٨ .

هناك ظروفا متوقعة من شأنها أن تجعل التزامه مرهقا ، فهل ينظر فى توقع هذه الظروف الى تاريخ العقد وهى لم تكن متوقعة وقته ام ينظر الى هذا التوقع وقت الاجازة ؟ واضح انه طبقا للاثر الرجعى للاجازة يكون النظر فى هذا التوقع وقت ابرام العقد . وهذا قول غير مستساغ . ومرد الخطأ فيه افتراض ان العقد كان صحيحا وقت ابرامه وان تاريخ تمامه كان فى هذا الوقت .

والخلاصة ان كلا من فكرة البطلان النسبى وفكرة العقد الموقف لا تستقيمان وقد كان عدم استقامتهما سببا للجوء كل منهما الى الافتراض : فكرة البطلان النسبى تعتبر العقد صحيحا الى أن يتقرر بطلانه فاذا ما تقرر كان ذا اثر رجعى . وفكرة العقد الموقوف تعتبر العقد باطلا حتى يجاز فاذا ما اجيز كانت الاجازة ذات اثر رجعى . اى ان التقرير بالبطلان فى الفكرة الاولى والاجازة فى الفكرة الثانية تخترقان الزمن الذى مضى والذى يستحيل أن يخترق لانه أصبح غير موجود .

١٤٤ ــ منشأ الخلل فى فكرة البطلان النسبى وحل المشكلة :

اذا كان لا مناص لفكرة البطلان النسبى من أن نلجأ الى الافتراض فان هذا يدل على أن هناك خللا فى اصل المسألة نشأ عن افتراض هذا الاصل نفسه ، الا وهو اعتبار العقد مصدرا للالتزام وجعله وسيطا بين الواقعة المنشئة وبين الاثر ، ثم تناسى هذه الواقعة والتعلق بفكرة العقد الافتراضية . فمنشأ التزام كل متعاقد لا يرجع الى هذا الكائن المفترض وانما يرجع الى ارادة هذا المتعاقد وحدها ماخوذا بالارادة هنا على معنى المسئولية بالاضافة الى الركن المادى . والتمشى مع هذا المنطق يستلزم القول بأنه اذا لم تتوافر المسئولية فان الالتزام لا ينشأ . وعلى ذلك ففى حالة العقد الباطل بطلانا نسبيا وهو الذى تكون فيه ارادة أحد طرفيه معيبة وارادة الطرف الآخر صحيحة ، لا ينشأ التزام الطرف الاول لعدم توافر مسئوليته ، بينما ينشأ التزام الطرف الثانى لتوافر مسئوليته ضرورة ان ارادته كانت صحيحة . فاذا باع شخص لاخر ، وكان المشترى واقعا تحت تأثير غلط مثلا فان التزام البائع ينشأ بينما لا ينشأ التزام المشترى . اما فكرة البطلان النسبى فانها تقول بنشأة التزام كل من البائع والمشترى . وهذا هو بداية الخطأ فى هذه

الفكرة والذى لا يصححه تماما القول بعد ذلك بان للمشترى الحق فى طلب ابطال العقد ما دام ان هذه الفكرة تسلم بداءة على خلاف الواقع ان التزام المشترى صحيح . فالتزام احد المتعاقدين فقط (البائع فى المثال السابق) هو الذى نشأ وهذا هو وجه الحق فى فكرة البطلان النسبى ، أى ان هذه الفكرة تتضمن جانبا صحيحا وجانبا خاطئا ، فهى بقولها ان عقد البيع فى المثال السابق صحيح وان اقرار المشترى له انما هو تثبيت لصحته ، انما تلتزم الحقيقة بالنسبة للبائع لان التزامه قد نشأ صحيحا وقت التعاقد ، ولكنها تنحرف عن الحقيقة فيما يتعلق بالمشترى لان التزامه لم ينشأ اصلا عن التعاقد لعدم توافر الركن المعنوى ، وانما ينشأ التزامه بعد ذلك عندما (يجيز) البيع وفى تاريخ (اجازته) له .

ومن هنا نقول ان هذه (الاجازة) ليست الا القبول الصحيح لايجاب البائع وبهذا القبول وفى تاريخه نشأ التزام المشترى اما قبوله السابق فلا قيمة له ولم ينشأ عن اى التزام .

فقد يتراءى للمتعاقد الذى وقع فى غلط ان الشىء الذى اشتراه مثلا وان لم يكن يصلح بحالته الراهنة للغرض الذى كان يقصده وقت التعاقد ، الا انه يمكن له أن يحقق هذا الغرض بعد ادخال تحوير عليه ، او يمكن له ان يستعمله فى غرض آخر يبتغيه ، او قد يشترى شيئا متوهما ان ليس لديه مثله ثم بعد أن تبين له ذلك ، يؤثر أن يحتفظ بما اشتراه لنفسه أو يتصرف فيه لآخر ، فان فعل ذلك كان هذا هو القبول الصحيح لايجاب البائع(١) ، ومن تاريخ هذا القبول . اى ان الموقف يتمخض هنا عن أن متعاقدا وقع فى غلط كان نتيجته أن أصدر تعبيرا يخالف ظاهره مقصوده الحقيقى بأن تعاقد مثلا على شىء فى حين انه كان يقصد شيئا آخر ، والغرض هنا بداهة ان التعبير الصادر ممن تعاقد معه قد انصب على هذا الشىء الآخر . فهنا لم ينشأ التزام المتعاقد الاول ابتداء لوقوعه فى غلط ، ولكنه بعد ان تكشف له هذا الغلط قبل أن يتعاقد على هذا الشىء الآخر الذى تضمنه تعبير المتعاقد معه ،

---

(١) ولا يختلف الوضع اذا كان الايجاب هو المشوب بالعيب ، ففى هذه الحالة يكون قبول الموجب له بمثابة ايجاب موجه الى الموجب وتكون (اجازة) هذا الاخير بمثابة القبول .

اى انه عدل فى المضمون الحقيقى لتعبيره السابق عن وعى منه ليتطابق مع التعبير القائم للطرف الآخر (١) . والتعبير الجديد الذى اصدره لاحقا ليتوافق مع تعبير المتعاقد معه هو ما يسميه الفقه الحاضر بالاجازة . أما اذا لم يصدر هذا التعبير الجديد صراحة أو ضمنا ، فان الامر يقف عند حد عدم نشأة اى التزام قبله ويتضمن موقفه هذا رفضا للتعبير القائم للمتعاقد الآخر ويسقط هذا التعبير لرفضه ، وهذا ما يسميه الفقه الحاضر بالتمسك بالبطلان .

ولما كان التعبير القائم للمتعاقد الاجر ، يتميز من الناحية الواقعية عن مجرد الايجاب المادى ، فانه من واجب المتعاقد الاول الذى وقع فى غلط ، ان يعلن قبوله أو رفضه لهذا التعبير فى خلال مدة معقولة ، بحيث لو لم يعلن رفضه خلالها بعد اكتشاف العيب الذى وقع فيه كان سكوته هذا بمثابة قبول ضمنى لانه سكوت ملابس ، والسكوت الملابس يعد قبولا ، لانه سكوت فى معرض الحاجة الى الكلام كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية . وهذا ما يوجه حكم المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى التى تنص على انه اذا شاب العقد غلط أو تدليس أو اكراه فيعتبر انه قد اجيز اذا سكت الطرف الذى لا يلزمه هذا العقد مدة دون ان يعلن للطرف الآخر تصميمه على ابطاله أو دون أن يسترد ما دفعه .

وعلى ما تقدم فان ما يعبر عنه الفقه الحاضر بأنه (اجازة العقد الباطل) ليس بتعبير سليم ، فلسنا بصدد اجازة ولسنا بصدد عقد باطل حتى تدخل الاجازة فى مبحث البطلان ، وانما الحقيقة البسيطة هى أن الشخص الغالط أو المكره أو ناقص الاهلية لم ينشأ فى ذمته اى التزام بداءة ، ثم لاح له بعد ذلك أن يصدر تعبيرا جديدا يتوافق مع التعبير القائم للطرف الاخر (٢) .

---

(١) وقد يحدث أن يكون كلا من المتعاقدين غالطين أو مكرهين أو ناقصى الاهلية ، فلا تنشأ فى ذمة منهما التزام صحيح ، فاذا ما سكتا بعد تكشف العيب أو زواله وتركا الحالة الواقعية مستمرة كان ذلك اتفاقا ضمنيا جديدا من شأنه وفى تاريخه أن ينشىء التزامات قبلهما .

(٢) وانما نرد على هذا القول **استثناء ظاهرى** فى حالة تعاقد ناقص الاهلية دون أن يكون تصرفه قد اثر فى شىء ما على هذا التعاقد بحيث لو كان كامل الاهلية أو كان وليه أو وصيه حاضرا لكان قد تم هذا التعاقد . فاذا ما أجيز فيما بعد كان التمشى مع الواقع ما يستلزم القول بأن التصرف صحيح بداءة ، وكانت هذه (الاجازة) من ثم بمثابة انكار لسبب المفترض ، وواضح أن الاستثناء هنا ظاهرى لانه استثناء على سنة تقوم على الافتراض ، ومن ثم فهو فى حقيقته ارتداد الى الاصل .

وقولنا ان الالتزام لا ينشأ اصلا نتيجة للعيب الذى شاب الارادة (فى معنى المسئولية) مخالفين بذلك ما تقول به فكرة البطلان النسبى من اعتبار الالتزام هنا قائما وصحيحا حتى يقضى بالبطلان ، يعنى هدم التفرقة بين البطلان النسبى والبطلان المطلق ، والقضاء على حجة انظار نظرية السبب فيما يذهبون اليه من ان السبب غير الموجود والسبب غير الصحيح يرتبان بطلانا مطلقا ، ذلك انه اذا كانت فائدة التفرقة بين البطلان المطلق وبين النسبى ، تقوم على أساس أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينشأ عنه اى التزام باعتباره عقدا ، فاننا نقول انه فى الحالتين لم ينشأ اى التزام فى جانب الطرف الغالط أو المكره فى اية صورة من صور الغلط أو الاكراه ، لا فرق فى ذلك بين الغلط والاكراه المقول بانهما يعيبان الرضاء وبين غلط يؤدى الى عدم صحة السبب واكراه يمنع وجود السبب . **اما احتجاج** انصار نظرية السبب بانه فى حالة تخلف أحد شرطى السبب لا يتصور اجازة العقد بخلاف حالة عيب الرضاء ، فقد بينا أننا لسنا هنا بصدد اجازة عقد قابل للابطال وانما بصدد تمهد جديد لا يدخل فى نطاق نظرية البطلان .

واذا كنا قد انتهينا فى النطاق السابق ، الى انه فى العقد الباطل بطلانا نسبيا بلغة الفقه الحاضر ، يجوز للمتعاقد الذى عيبت ارادته أن يصدر تعبيرا جديدا مطابقا لتعبير الطرف الاخر أو أن يرفض هذا التعبير الذى لازال قائما ، وذلك فى خلال مدة معقولة من بدء اكتشافه العيب أو زواله ، فان فكرة البطلان النسبى تقول بالمقابلة لحق الرفض فى راينا وفى كينيته ومدته ، ان ما نسميه رفضا أن هو الا تمسك بالبطلان ، وهذا التمسك لا يكون الا عن طريق دعوى ولا يتقرر الا بحكم ، ويظل الحق فيه قائما حتى تسقط دعوى البطلان بالتقادم .

فلننتظر الآن فيما أدى اليه هذا القول من الصعوبات وموقف التشريع والفقه الحديثين بصدده .

فى القانون الفرنسى تتقادم دعوى البطلان النسبى بعشر سنوات وقد انتقد الفقه طول هذه المدة لان من شأنها اطالة فترة عدم الاستقرار ووضع المتعاقد الآخر خلالها تحت رحمة المتعاقد الذى له حق التمسك

بالبطلان فلا يعرف هل سيظل العقد صحيحا أم سيقضى ببطلانه . وقد انقص القانون المدنى المصرى الجديد مدة التقادم الى ثلاث سنوات بالنسبة لعيوب الغلط والتدليس والاكراه ونقص الاهلية والى سنة واحدة بالنسبة لعيب الاستغلال . أما القانونان السويسرى والسورى فمدة التقادم فيهما سنة واحدة . كما نص المشروع التمهيدى للقانون المدنى الفرنسى فى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ على ان مدة التقادم سنتان فى كل حالات البطلان النسبى عدا حالة نقص الاهلية فمدة تقادمها خمس سنوات . وبالاضافة الى هذا فقد نصت المادة ٥٤ من المشروع المذكور على ان لكل ذى مصلحة ان يعذر من له حق ابطال او اجازة العقد بان يختار احد الامرين فى خلال مدة لا تقل عن ثلاثة شهور .

وفيما يتعلق بالعقد الموقوف ، وقد اخذ بفكرته القانون المدنى العراقى بشأن نقص الاهلية وعيوب الارادة (م ١٢٤) ، نص هذا القانون فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٦ ، على ان خيار اجازة العقد الموقوف او نقضه يجب ان تستعمل فى خلال ثلاثة اشهر ، فاذا لم يصدر فى خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر نافذا .

هذا هو الاتجاه الحديث بالنسبة لانقاص مدة التقادم ، أما عن مسألة تحتيم رفع دعوى بالبطلان وصدور حكم مقرر له ، فقدنبذ القانون المدنى الالمانى هذا الراى بان نص فى المادة ١٤٣ فقرة أولى على ان البطلان يتقرر باعلان موجه الى الطرف الاخر . وكذلك فعل القانون السويسرى .

ويقول الاستاذ السنهورى فى نقد نظام تقرير البطلان بحكم انه ليس امام من تقرر البطلان لمصلحته الا ان يلجأ الى القضاء ما لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الاخر ، فلا يمكنه التمسك بالبطلان بدون دعوى ولو صدر منه عمل آخر صريح فى رغبته فى التمسك بالبطلان كأن تصرف فى العين التى سبق له التصرف فيها بعقد باطل ، فهذا التصرف الثانى لا يبطل التصرف الاول ويبقى هذا صحيحا حتى يتمكن المتصرف من ابطاله بحكم ثم يستطرد قائلا : « ولا يخفى ان هذا المذهب الذى اخذ به القانونان الفرنسى والمصرى فيه تضييق على كل من المتعاقدين . فمن تقرر فى مصلحته البطلان يرى نفسه مضطرا الى رفع دعوى لا يملك القاضى فيها

الا ان يحكم بالبطلان ، وما دام الامر كذلك فما الفائدة اذا من رفعها ؟ اما كان يكفى أن يعلن البطلان ، كما اجاز له ذلك بعض القوانين الحديثة ، فلا يكلف نفسه مشقة رفع الدعوى ؟ اما المتعاقد الاخر فيبقى مهددا بالبطلان مدة طويلة (حتى تسقط الدعوى بمضى المدة) . وقد يعلن المتعاقد الاول رغبته الصريحة فى التمسك بالبطلان ثم يعود بعد ذلك الى اجازة العقد دون أن يتقيد برغبته الاولى ، ما دام لم يصدر بها اتفاق مع الطرف الاخر ومادام لم يصدر حكم بالبطلان . وفى هذا من الحرج وعدم استقرار المعاملات ما فيه . وقد تجنب القانونان الالمانى والسويسرى هذه العيوب بأن جعلا البطلان يتقرر باعلان ممن تقرر البطلان فى مصلحته فاذا صدر منه هذا الاعلان استغنى به عن رفع الدعوى وتقيد به كذلك فلا يملك الرجوع فيه . وبذلك يستطيع الطرف الاخر أن يتثبت من العقد(١) » .

ويعترض البعض على نظام تقرير البطلان بالاعلان بانه يفترض ان الطرف الاخر لن يعترض ، فاذا ما نازع فى البطلان اصبح لا مناص من رفع الدعوى ، وبذلك لن يترتب على هذا النظام سوى تغيير للشخص الذى يقوم بدور المدعى(٢) .

بيد أن هذا اعتراض يقوم على ابهام : فالموقف الذى نحن بصدده يتحصل فى أن المتعاقد الاخر يريد أن يعرف مصير تعاقده فلا يظل معلقا مدة تقادم الدعوى لا يعرف أيتمسك خصمه بالبطلان أم سيجيز العقد ، فاذا ما تمسك بالبطلان عن طريق الاعلان ولم ينازع الطرف الاخر فيه فقد استقر الامر ، اما اذا نازع فانه يستطيع ان يلجأ فورا الى القضاء لحسم النزاع فيعجل بانهاء حالة عدم الاستقرار .

ومع ذلك فانه اذا كان نظام الابطال بالاعلان لا يستقر به الامر اذا ما نازع الطرف الاخر فى ان العقد باطل ، فليس موضوع عدم الاستقرار هنا كما يقول سالى (٣) هو موضوع عدم الاستقرار الناشىء عن نظام

---

(١) نظرية العقد هامش (١) ص ٦٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير ولاونجيبه جزء ٢ فقرة ٨٢١ .

(٣) سالى : التعبير عن الارادة ، التعليق على المادة ١٤٣ ص ٣٦٣ .

دعوى البطلان لانه لا يتعلق الا بأحقية الابطال . اما عدم الاستقرار الناشيء عن نظام الدعوى فمتعلق بمسألة الاختيار بين الاجازة وبين التمسك بالبطلان وهذا هو الذى يعوق استقرار المعاملات بصورة اخطر لان الطرف الاخر لا يستطيع ان يرفع دعوى لحسم النزاع قبل انتهاء المدة المقررة للتقادم .

ومن جهة أخرى ينتقد سالى نظام تقرير البطلان بحكم ، بقوله ان الغرض الذى نحن بصدده هو ان سبب البطلان قائم وليس للقاضى حرية فى التقدير ولا يعدو دوره ان يسجل قرار الخصم المتمسك بالبطلان ، فهو وحده الذى له حق الاختيار بين اقرار العقد وبين التمسك بابطاله (١) .

فهل لنا بعد هذا الخلل الواضح فى القول بأن البطلان لا يتقرر الا بحكم ، والقول بأن لمن له الحق فى طلب البطلان أن يتمسك به حتى تتقادم دعوى البطلان ، أن نسمى الاشياء باسمها الصحيح ، فلا يكون التمسك بالبطلان الا رفضا لايجاب الطرف الاخر ولا يكون هذا الرفض مخولا الا خلال المدة الممتولة وبعدها يكون السكوت بمثابة قبول .

لقد راينا افضلية الحل الذى أخذ به القانونان الالمانى والسويسرى فى جواز الابطال بالاعلان ، وراينا ان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الفرنسى أجاز للمتعاقد ان يعذر المتعاقد الاخر الذى له حق التمسك بالابطال او اجازة العقد ان يختار أحد الامرين ؛ وراينا أن مدة التقادم عشر سنوات فى القانون الفرنسى الحالى وأن المشروع التمهيدى انقصها الى سنتين ، والقانون المدنى المصرى الجديد انقصها الى ثلاث سنوات والقانونان السويسرى والسورى الى سنة واحدة .

الا يدل هذا الاتجاه اذا على ان المسألة ليست مسألة تمسك بالبطلان وليست مسألة تقادم لدعوى البطلان ، وانما الحقيقة البسيطة هى أن الطرف الذى يقال ان له حق التمسك بالبطلان لم ينشأ التزامه اصلا ، ضرورة ان ارادته كانت معيبة وان العيب يترتب عليه حتما عدم نشأة

---

(١) سالى : المرجع السابق ص ٣٦١ .

الا ان يحكم بالبطلان ، وما دام الامر كذلك فما الفائدة اذا من رفعها ؟ اما كان يكفى أن يعلن البطلان ، كما اجاز له ذلك بعض القوانين الحديثة ، فلا يكلف نفسه مشقة رفع الدعوى ؟ اما المتعاقد الاخر فيبقى مهددا بالبطلان مدة طويلة (حتى تسقط الدعوى بمضى المدة) . وقد يعلن المتعاقد الاول رغبته الصريحة فى التمسك بالبطلان ثم يعود بعد ذلك الى اجازة العقد دون أن يتقيد برغبته الاولى ، ما دام لم يصدر بها اتفاق مع الطرف الاخر ومادام لم يصدر حكم بالبطلان . وفى هذا من الحرج وعدم استقرار المعاملات ما فيه . وقد تجنب القانونان الالمانى والسويسرى هذه العيوب بأن جعلا البطلان يتقرر باعلان ممن تقرر البطلان فى مصلحته فاذا صدر منه هذا الاعلان استغنى به عن رفع الدعوى وتقيد به كذلك فلا يملك الرجوع فيه . وبذلك يستطيع الطرف الاخر أن يتثبت من العقد(١) » .

ويعترض البعض على نظام تقرير البطلان بالاعلان بانه يفترض ان الطرف الاخر لن يعترض ، فاذا ما نازع فى البطلان اصبح لا مناص من رفع الدعوى ، وبذلك لن يترتب على هذا النظام سوى تغيير للشخص الذى يقوم بدور المدعى(٢) .

بيد أن هذا اعتراض يقوم على ابهام : فالموقف الذى نحن بصدده يتحصل فى أن المتعاقد الاخر يريد أن يعرف مصير تعاقده فلا يظل معلقا مدة تقادم الدعوى لا يعرف أيتمسك خصمه بالبطلان أم سيجيز العقد ، فاذا ما تمسك بالبطلان عن طريق الاعلان ولم ينازع الطرف الاخر فيه فقد استقر الامر ، اما اذا نازع فانه يستطيع ان يلجأ فورا الى القضاء لحسم النزاع فيعجل بانهاء حالة عدم الاستقرار .

ومع ذلك فانه اذا كان نظام الابطال بالاعلان لا يستقر به الامر اذا ما نازع الطرف الاخر فى ان العقد باطل ، فليس موضوع عدم الاستقرار هنا كما يقول سالى (٣) هو موضوع عدم الاستقرار الناشىء عن نظام

---

(١) نظرية العقد هامش (١) ص ٦٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير ولاونجيبه جزء ٢ فقرة ٨٢١ .

(٣) سالى : التعبير عن الارادة ، التعليق على المادة ١٤٢ ص ٣٦٣ .

دعوى البطلان لانه لا يتعلق الا بأحقية الابطال . اما عدم الاستقرار الناشيء عن نظام الدعوى فمتعلق بمسألة الاختيار بين الاجازة وبين التمسك بالبطلان وهذا هو الذى يعوق استقرار المعاملات بصورة اخطر لان الطرف الاخر لا يستطيع ان يرفع دعوى لحسم النزاع قبل انتهاء المدة المقررة للتقادم .

ومن جهة أخرى ينتقد سالى نظام تقرير البطلان بحكم ، بقوله ان الغرض الذى نحن بصدده هو ان سبب البطلان قائم وليس للقاضى حرية فى التقدير ولا يعدو دوره ان يسجل قرار الخصم المتمسك بالبطلان ، فهو وحده الذى له حق الاختيار بين اقرار العقد وبين التمسك بابطاله (١) .

فهل لنا بعد هذا الخلل الواضح فى القول بأن البطلان لا يتقرر الا بحكم ، والقول بأن لمن له الحق فى طلب البطلان أن يتمسك به حتى تتقادم دعوى البطلان ، أن نسمى الاشياء باسمها الصحيح ، فلا يكون التمسك بالبطلان الا رفضا لايجاب الطرف الاخر ولا يكون هذا الرفض مخولا الا خلال المدة المعقولة وبعدها يكون السكوت بمثابة قبول .

لقد راينا افضلية الحل الذى أخذ به القانونان الالمانى والسويسرى فى جواز الابطال بالاعلان ، وراينا ان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الفرنسى أجاز للمتعاقد ان يعذر المتعاقد الاخر الذى له حق التمسك بالابطال او اجازة العقد ان يختار أحد الامرين ؛ وراينا أن مدة التقادم عشر سنوات فى القانون الفرنسى الحالى وأن المشروع التمهيدى انقصها الى سنتين ، والقانون المدنى المصرى الجديد انقصها الى ثلاث سنوات والقانونان السويسرى والسورى الى سنة واحدة .

الا يدل هذا الاتجاه اذا على ان المسألة ليست مسألة تمسك بالبطلان وليست مسألة تقادم لدعوى البطلان ، وانما الحقيقة البسيطة هى أن الطرف الذى يقال ان له حق التمسك بالبطلان لم ينشأ التزامه اصلا ، ضرورة ان ارادته كانت معيبة وان العيب يترتب عليه حتما عدم نشأة

---

(١) سالى : المرجع السابق ص ٣٦١ .

الالتزام (١) ، وان تعبير الطرف الاخر القائم هو بمثابة ايجاب لازال موجها اليه له أن يقبله فينشأ التزامه من وقت القبول وله ان يرفضه خلال مدة معقولة بعدها يكون سكوته بمثابة قبول ، ويخول للطرف الاخر ان يحدد هذه المهلة باعلان موجه الى الطرف الاول بحد أدنى يسمح لهذا الطرف أن يتروى فى الامر . والا فما هى الحكمة من ترك الامور معلقة طيلة المدة التى يسميها الفقه مدة تقادم الدعوى ؟ ان الفائدة الواقعية الوحيدة من هذه المدة هى اعطاء المتعاقد الذى له حق التمسك بالبطلان مهلة للتفكير بين اقرار العقد وبين التمسك بالبطلان ، فهل يحتاج هذا التفكير الى عشر سنوات او ثلاث او سنتين او حتى سنة واحدة ؟ وما الفرق بين هذه الحالة من ناحية موقف المخاطب وبين حالة اى ايجاب آخر مقترن بمهلة صريحة يجرى تحديدها على أساس الفترة التى يستلزمها التدبر فى امر العرض طبقا لطبيعة المعاملة والظروف الملابسة ؟

١٤٥ — تفسير امتناع التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية :

وهذه صورة أخرى يتبدى فيها مدى تناقض نظرية البطلان وخطأ فكرة العقد كمصدر للالتزام ، وهى الصورة التى يقال ان التمسك فيها بالغلط يتعارض مع حسن النية . وقد نصت عليها المادة ١٢٤ من القانون المدنى المصرى بقولها « ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ٢ — ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذى قد أبرمه ، اذا أظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » وهذا النص مستمد من المادة ٢٥ من قانون الالتزامات السويسرى ، كما نصت المادة ٣٨ من التقنين البولونى على التطبيق الوارد فى الفقرة الثانية منه . وقد صرح مندوب الحكومة فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ان هذا النص ليس الا تطبيقا لنظرية سوء استعمال الحق (٢) .

---

(١) قد يقال انه من الافضل أن يظل العقد المبرم قائما الى ان يقضى ببطلانه حتى لا يفتح الباب أمام الادعاءات غير الصحيحة ، ولكن هذا قول لا علاقة له ببحث المسألة من الوجهة العلمية ، ويمكن تلافى هذا الخطر على نحو معين بدخل فى مجال الاثبات والاجراءات ولا يتعارض مع الحقيقة العلمية .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٦٧ — ١٦٩ .

وليس من شك فى عدالة الحل الذى تقول به المادة ١٢٤ وفى ملاءمته . بيد انه حل لا يتمشى مع فكرة العقد ولا مع منطق نظرية البطلان مما دعا الاستاذ شيفالييه (١) الى القول بان الحكم الوارد بهذه المادة يعتبر شيئا جديدا واستثنائيا فى بناء نظرية البطلان . وفى تعليل ذلك يقول الاستاذ جميل الشرقاوى (٢) : « ورغم ما توحى به صياغة هذا النص من أن البطلان يمتنع التمسك به ؛ وأن المانع من هذا التمسك هو ضرورة مراعاة حسن النية ، فاننا نعتقد أن مسألة التمسك بالبطلان لا تعرض هنا ، فمن الممكن أن نلمس فى نفس هذه الصياغة ان البطلان مسلم بوجوده فعلا نتيجة لما يفترضه النص من اكتمال شروط الغلط كسبب للبطلان ، ولكن القانون لا يرتب النتيجة الطبيعية للبطلان فى هذه الحالة ، وهى انفكاك الارتباط واختفاء تصرف الغالط ، بل يفرض النص بقاء الغالط على تصرفه حتى يعدل الطرف الاخر التزامه بما يوافق غاية المتصرف فيقع بينهما توافق جديد ، اى عقد جديد . وهذا هو التفسير الوحيد المقبول لهذا الحكم ، اذ أن القول بسقوط دعوى البطلان فى هذه الصورة معناه زوال البطلان ، ولكن لا يمكن ان يقال بهذا مع استبعاد آثار التصرفات بصورتها الاولى ، اذ أن الاثار التى تترتب على التصرفات بعد تعديل التزامات الطرف الاخر آثار تبنى على توافق جديد ، كما انه من غير المتصور أن يزول البطلان كأثر لتحقق واقعة لا صلة لها بتركيب التصرف نفسه . ومن هنا يظهر ان هذا التفسير يكشف أيضا عن بناء حكم المادة ١٢٤ على فن معقد ، والتجاء الى مبتدأ تدخل المشرع لفرض الاثار القانونية .... » .

والواقع أن الشذوذ والتعقيد المنسوبين لهذا الحكم ، ينحسران عنه اذا ما تخلينا عن الافتراض والتزمنا الحقيقة من اول الامر ، وعلى ضوئها يجرى تفسير هذا الحكم على النحو التالى :

الفرض هنا ان احد المتعاقدين قد وقع فى غلط أدى به مثلا الى تعاقده على شىء لم يكن يقصده وكان يقصد شيئا آخر ، اى أن المضمون الصحيح

---

(١) شيفالييه / مقالته السابقة بمجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٠١ .

(٢) رسالته السابقة فقرة ١٢٧ ص ٢٩٥ .

لتعبيره يتعلق بهذا الشيء الاخر ، وقيـــام التزامه من ثم مشروط بابداء المتعاقد الاخر قبولا مطابقا لهذا التعبير ، لان هذا هو ما يتضمنه محتوى هذا التعبير نفسه كما سبق ان بينا . ولما كان صاحب هذا التعبير قد وقع فى غلط فان التزامه لم يتم وهو لن يقوم الا اذا تحقق ما اشترطه ، فاذا ما ابدى المتعاقد الاخر قبولا مطابقا لهذا التعبير — بدلا من القبول السابق غير المطابق — فقد تحقق الشرط وكمل قيام التزام المتعاقد الاول .

والمفروض هنا ان تعبير المتعاقد الاول — بمضمونه الصحيح الذى قصده — لازال قائما الى ان صادفه القبول المطابق ، اذ قد يكون هناك ما يدعو — بعد ان تكشف للمتعاقد الاول أن القبول غير مطابق — الى انتهاء أجل تعبيره ، كما لو كانت حاجته الى هذا التعاقد قد انتهت بفوات المدة التى كان سيستعمل فيها الشيء المتعاقد عليه ، وكما لو كان قد اضطر الى اجراء تعاقد آخر مع الغير لان الامر لا يستدعى الانتظار ريثما يرجع الى المتعاقد الاخر الذى تعاقد معه أولا (١) .

أما اذا لم يكن هناك ما يدعو الى انتهاء مدة سريان التعبير فى غير تلك الحالتين وامثالهما ، فانه لا يجوز للمتعاقد الغالط ان يدعى انتهاء سريان تعبيره ومن ثم يتحلل منه ، ذلك أن من واجبه كأثر طبيعى لتعبيره أن يعود الى المتعاقد معه ويخطره بما وقع فيه من غلط ، حتى اذا كان لدى هذا الاخير مبتغاه عرضه عليه . وظاهر اذا أن مجرد عدم مطابقة تعبير الطرف الغالط لتعبير الطرف الاخر — فى الحالة التى نحن بصددها — لا يستتبع سقوط تعبير الغالط ، بل يظل هذا التعبير قائما بمقتضى ذلك الواجب .

وعلى ما تقدم ، يبين ان الحل الذى نصت عليه المادة ١٢٤ سالفة الذكر لا يتسم باى شذوذ ، ويكون غير صحيح ما نسب اليه من انه يتضمن منعا للمتعاقد الغالط من التمسك بالبطلان ومن انه يعنى ترتيب آثار قانونية على عقد مشوب بالبطلان ويعنى تدخلا من المشرع لغرض آثار قانونية ، اذ الامر ليس هذا النحو من التعقيد ، وانما الحقيقة

(١) ويلاحظ أن هذا هو ما يستلزمه اعمال حكم المادة ١٢٤ ، اذ فى هاتين الحالتين وامثالهما لا يكون مسلك المتعاقد الغالط فى تمسكه بالابطال ما يتعارض مع حسن النية .

البسيطة ان التزام المتعاقد الغالط لم ينشأ بادىء الامر بسبب وقوعه فى الغلط ثم تنشأ بعد ذلك بعد أن عدل المتعاقد الاخر من قبوله ليطابق المضمون الصحيح لتعبير المتعاقد الاول .

وعلى ما تقدم ايضا ، لا يكون هناك ثمة حاجة لاسناد هذا الحل الى نظرية سوء استعمال الحق ، كما صرح بذلك مندوب الحكومة فى مناقشات لجنة القانون المدنى ، فليس الامر هنا امر قيام حق فى الابطال منع المتعاقد من استعماله لانه متعسف فى التمسك به ، وانما الامر كما ذكرنا هو أن المتعاقد الغالط ليس له الحق اصلا فى التحلل من تعهده بعد أن عدل الطرف الاخر من قبوله ليطابق التعبير الصحيح للمتعاقد الاول(١) .

ويلاحظ أن الصورة التى نحن بصددها تمثل وضعا عكسيا للصورة التى عرضنا لها فى الفقرة السابقة والخاصة باجازة العقد الباطل ، بلغة الفقه الحاضر :

ففى الصورة الحالية ، لدينا متعاقد وقع فى غلط فلم ينشأ التزامه ابتداء ثم نشأ بعد أن عدل المتعاقد الاخر من تعبيره ليتطابق مع التعبير الصحيح للمتعاقد الاول .

وفى الصورة الاخرى ، لدينا متعاقد وقع فى غلط فلم ينشأ التزامه ابتداء ثم نشأ بعد أن عدل هو نفسه فى تعبيره ليطابق تعبير المتعاقد الاخر .

وفى كلتا الصورتين ، لا يعدو الامر أن يكون فى حقيقته عدم نشأة التزام المتعاقد الغالط اولا ، ثم نشأته بعد ذلك بعد أن عدل هو فى تعبيره أو بعد أن عدل الطرف الاخر فى تعبيره ، ليتطابق التعبيران آخر الامر .

١٤٦ ــ الخاتمة : نظرية البطلان تصبح غير ذات موضوع :

انتهينا اذا فى تصحيح فكرة البطلان النسبى الى القول بأن الطرف الذى عيبت ارادته لا ينشأ فى ذمته اى التزام . وبذلك نتمشى مع الحقيقة

---

(١) يلاحظ ان هذه الحالة اخرى تنضم الى حالات سبق ذكرها والى حالات أخرى سنذكرها فيما بعد ، التجىء فيها لنظرية التعسف فى استعمال الحق لتصحيح أخطاء نظرية العقد الحالية وتفادى ما يترتب على الاخذ بها من مظالم . وسنرى فيما بعد أنه فى هذه الحالات جميعها ليس هناك اصلا اى حق يعبر عنه بصياغة خاطئة بأنه تعسف فى استعمال حق ، ومن ثم ينتهى الى استبعاد هذه النظرية استبعادا تاما من مجال دراسة الالتزام العقدى .

ولا ننحرف عنها ، فلا نقول أن التزامه صحيح بداءة حتى يتقرر بطلانه على خلاف الواقع ثم نضطر الى مخالفة الواقع مرة أخرى لتصحيح المخالفة الاولى بالادعاء بأن التقرير بالبطلان يزيل العقد بأثر رجعى فيخترق زمنا مضى واصبح غير موجود . ومن جهة اخرى لا نقول أن تاريخ نشأة الالتزام فى حق (المجيز) هو تاريخ العقد فى حين انه فى هذا التاريخ لم تكن ارادته سليمة ، كما وان تعبيره الذى تتضمنه (الاجازة) ليس هو التعبير الذى قصده اولا والذى يعتبر جزءا من ذلك العقد . وبذلك نتفادى ما تؤدى اليه فكرة البطلان النسبى من اعتراضات وصعوبات .

وقد رأينا أن الذى حمل الفقه على اللجوء الى فكرة البطلان النسبى مع ما فيها من اعتراض هو أن فكرة العقد ذاتها كمصدر للالتزام فكرة افتراضية ، اذ أن مصدر الالتزام بالنسبة لكل متعاقد انما يرتد الى ارادته (بمعنى المسئولية) الى جانب توافر الركن المادى ، ولا يرتد الى هذا الكائن الوهمى . ولما كان التعاقد فى فكرة البطلان النسبى يتضمن عيبا شاب ارادة احد طرفيه بينما ارادة الطرف الاخر سليمة ، فقد وقع الفقه فى مأزق نتيجة اعتباره العقد وحدة ومصدرا ، فاما أن يقول أن العقد كله صحيح واما أن يقول انه كله باطل ، وكلا القولين غير صحيح على إطلاقه ، لانه فى تلك الصورة لم ينشأ التزام احد الطرفين بينما يظل تعبير الطرف الاخر قائما بمثابة ايجاب موجه الى الطرف الاول حتى يرفضه .

* * *

واذا كنا قد أزلنا فكرة البطلان النسبى ورددنا الامر فيها الى مسألة نشأة الالتزام ، ومن قبل ازلنا المشاكل الاخرى التى تتضمنها نظرية البطلان فان هذه النظرية تصبح من ثم غير ذات موضوع ، اذ لا يكون البحث فى مسألة نشأة الالتزام الا بحثا فى عدم نشأته ايضا ، دون حاجة الى تكرار الدراسة .

الباب الثالث

نتائج النظرية

خطة البحث :

بعد ان انتهينا فى الباب السابق من جلاء الاخطاء العلمية والفنية فى الوضع الحالى لنظرية العقد ، نكون قد مهدنا الطريق لبيان تفصيلى للنتائج التى تترتب على نظريتنا لنستكمل ما عرضناه بالباب الاول .

وننقسم الباب الحالى الى ثلاثة فصول نتناول نتائج النظرية من ناحية نشأة الالتزام ، ثم من ناحية قدره ، ثم من ناحية سقوطه .

الفصل الأول

نتائج النظرية من ناحية نشأة الالتزام

١٤٧ — المسئولية اوسع نطاقا من الارادة :

رأينا ان هناك عدة حالات هامة لا ينشأ فيها الالتزام أولا يصح طبقا لمذهب الارادة نتيجة تخلف ارادة الباطنة أصلا أو نتيجة انحراف التعبير عنها ، ورأينا انه يستحيل السكوت على هذا الوضع لمخالفته للعدالة البديهية ولاهداره لتأمين المعاملات واستقرارها . ففى معظم هذه الحالات اما أن يكون المدين قد قصد خداع الدائن واما ان يكون قد اهمل فى الكشف عن ارادته الباطنة ، واما أن يكون الالتزام الاصلى عديم الفائدة او لا ينال منه الدائن الفائدة المرجوة منه بدون الالتزام التبعى الذى لم تنصرف اليه ارادة المتعاقدين .

ورأينا ان الفقه اضطر الى الالتجاء الى عديدة من النظريات لتبرير الخروج على مذهب الارادة فى تلك الحالات ، وان هذه النظريات فشلت جميعها . ومرد هذا الفشل ان مذهب الارادة اما انه يقف حائلا تماما دون اعمال بعض هذه النظريات ، واما ان التسليم ببعضها الاخر يعنى وقوع تناقض بين قاعدتين تنتميان الى نظام قانونى واحد ، قاعدة تمنع وقاعدة تسمح فى نفس المجال . وذلك كله يعنى ان مذهب الارادة يقصر عن تغطية الموقف فى ميدان الالتزام الذى يقال انه اساسه .

واذا كانت تلك الحالات تعتبر استثناء وخروجا على مذهب الارادة . كما يستحيل تبريرها — مع بقاء مذهب الارادة — على اساس سليم ، فانها تعتبر تطبيقا للمسئولية ، فهى ان خرجت عن نطاق تطبيق مذهب الارادة لانها لا تتلاءم مع الارادة الباطنة ، فهى فى نظريتنا تدخل فى نطاق المسئولية ، لان دائرة المسئولية كما سبق القول اوسع من دائرة الارادة ،

فالارادة تعنى الا يتحمل الشخص التزاما ما لم يكن قد قصد تحمله ، فهى تشترط الى جانب تعمد الفعل تعمد النتيجة . أما فى المسئولية فلا يشترط لمساءلة الشخص عن نتيجة ما أن يكون قد قصدها . فاذا كانت مسئوليته قد توافرت عن الفعل فانه يساءل عن النتيجة الطبيعية المترتبة عليه ولو لم يقصدها ما دام أن هذه النتيجة اثر عادى لفعله بقيام رابطة السببية المادية بينهما .

وهكذا نرى أن المسئولية اوسع نطاقا لانها تمثل النتيجة المتعمدة والنتيجة غير المتعمدة ، أى انها تشمل تطبيقات مذهب الارادة والاستثناءات الواردة عليه معا ، فالتطبيقات تقابل النتيجة المتعمدة ، والاستثناءات تقابل النتيجة غير المتعمدة .

ونحسب انه بعد ذلك يجوز لنا ان نقول ان تلك التبريرات العديدة التى قيل بها لتفسير الاستثناءات الواردة على مذهب الارادة تصبح لا محل لها فضلا عن عدم صحتها .

ورغم أن هذه التبريرات كما سبق ان اوضحنا لا تصمد أمام التحليل بسبب حيلولة مذهب الارادة دون تقبلها ، فانها تبدو للذهن على جانب من المعقولية ، ولا نعدو الحقيقة اذا قلنا ان هذه المعقولية انما ترتد الى مبدأ المسئولية كاساس لنشأة الالتزام العقدى .

ذلك أن اهم هذه التبريرات يدور حول فكرتين : اولهما نظرية ايهرنج فى الخطأ عند التعاقد وثانيهما المسئولية التقصيرية .

فاما نظرية ايهرنج فمقوامها واجب على عاتق الشخص الذى يقدم على التعاقد او يدخل فى دائرته بان يبذل كل عناية ليضمن توفير الشروط اللازمة لصحة العقد فلا يرتكب خطأ يتسبب عنه بطلان العقد بعد أن يكون المتعاقد الاخر قد اطمأن الى قيامه والى سلامته . وهذا الواجب انما هو تعبير غير مباشر لالزام الشخص بالنتيجة المترتبة على عمله والتى كان فى استطاعته أن يتوقعها ولو لم يكن قد توقعها فعلا وقصدها ، والخطأ هنا ليس الا اخلالا بهذا الواجب . ونظريتنا تتقول بداءة ان الالتزام قد نشأ فى هذه الحالة اعمالا لمبدأ المسئولية . أما نظرية ايهرنج فتضطر أمام عتبة مذهب الارادة الى ان

تقول ان الالتزام ينشأ لانه كان واجبا على المتعاقد الا يحول دون نشأته ، ثم هى تقصر عن بيان أساس هذا الواجب .

أما عن الالتجاء الى المسئولية التقصيرية ، فواضح أوجه الشبه بين هذا الاتجاه وبين نظريتنا . فجوهر المسئولية واحد فى الحالتين لان فيهما يتحقق معنى اسناد نتيجة ما الى فعل الشخص ، الا ان المسئولية عن الفعل الضار تختلف عن المسئولية عن نشأة الالتزام العقدى ، فى ان المسئولية الاولى مجالها وغايتها جبر ضرر يتمثل فى الاخلال بمصلحة مالية وهدف التعويض اعادة حالة سابقة الى ما كانت عليه عملا . فى حين أن عمل المسئولية عن نشأة الالتزام العقدى يتمثل فى توليد حقوق والتزامات لم تكن موجودة من قبل ، من شانها اجراء تعديل جديد بالاضافة فى ذمة الدائن المالية ، وليس رد ما نقص من وعاء هذه الذمة ، كما ان الالتجاء الى المسئولية التقصيرية هنا كما سبق القول يعتبر مصادرة على المطلوب، لان المطلوب هو تبرير نشأة الالتزام بداءة حتى يمكن القول بان الاخلال به يحرك المسئولية التقصيرية ، ولذلك قلنا ان المسئولية التقصيرية هنا ليست الا المسئولية العقدية المثال بها جزاء على الاخلال بالتزام عقدى نشأ من قبل .

ويشير الى ما نقول به من أن الاستثناءات الواردة على مذهب الارادة ليست الا اعمالا لمبدأ المسئولية ، ان من بين هذه الاستثناءات ما هو مجمع على صحة نشأة الالتزام فيها رغم اختلاف الارادة الباطنة عن التعبير كما فى التحفظ الذهنى وفى الصورية بالنسبة للغير وفى الغلط غير المغتفر ، ومرجع ذلك ان مسئولية صاحب التعبير متوافرة بيقين . اما فى الحالات الاخرى التى اختلف الراى بشانها فالمسئولية فيها مفترضة تمشيا مع غالب الامور وليست ثابتة فى كل واقعة على حدة .

ونستعرض فيما يلى بايجاز تلك الحالات تباعا :

١٤٩ — التحفظ الذهنى والصورية والغلط والتفسير :

راينا ان مذهب الارادة يعتد بالتحفظ الذهنى سواء أكان المتعاقد الاخر بجهله ام كان على علم به ، فمنطق هذا المذهب يربط نشأة الالتزام بالارادة الباطنة للملتزم دون اى اعتبار آخر .

اما فى نظريتنا ، فان الالتزام لا ينشأ فى حالة علم المتعاقد الاخـــر بالتحفظ الذهنى لعدم توافر ثقته فى مضمون التعبير الموجه اليه ، أى لعدم توافر الركن المادى . أما إذا كان المخاطب يجهل هذا التحفظ فان الركن المادى يتوافر ، والركن المعنوى متوافر أيضا لان الثقة التى نشأت لدى المخاطب نتيجة طبيعية للتعبير الذى أصدره صاحبه عن ادراك واختيار دون اشتراط أن يكون قد قصد تحمل تلك النتيجة .

وفى الصورية ، اذا كانت مطلقة ، لا ينشأ أى التزام بين المتعاقدين لعدم توافر الركن المـــادى بالنسبة لكليهما ، أما اذا كانت نسبية ، فالاتفـــــاق المستتر هو الذى ينفذ فى حقهما . أما بالنسبة للغير الذى تعاقد مع أحدهما على أساس ثقته فى جدية العقد الظاهر فان الركن المـــادى يتوافر ، والركن المعنوى متوافر بلا جدال فى حق المتعاقد الصورى سواء أكان قد قصد خداع الغير أم لم يقصد ، لان التعبير الذى أصدره كانت نتيجته الطبيعية تولد ثقة للغير فيه . وقد أصدر هذا التعبير عن ادراك واختيار .

ومن هنا نستطيع أن نستجلى خطأ نظرية الاوضـاع الظاهرة ، او على وجه ادق خطأ صياغتها ، وان نتبين أن هذه النظرية يصبح لا محل لها بعد اعمال مبدأ المسئولية الذى سد الثغرة التى نشأت عن مذهب الارادة والتى من اجلها قامت هذه النظرية(١) .

فخطأ صياغتها كما سبق القول فى انها ربطت بين الحقيقة وبين ما يسمى بالارادة الحقيقية أى أنها تعتبر النتيجة التى لا تطابق الارادة الحقيقية مرادفة للمظهر الزائف فى حين أن ما يسمى بالارادة الحقيقية انما هى نفسها المظهر الزائف ، لان الالتزام لا ترتبط نشأته بالارادة الحقيقية .

واذا مما يسمى بالارادة الحقيقية ليس مرادفا للحقيقة العلمية ، وبذلك يسلم المنطق مما اتهم به من أنصار نظرية الاوضـاع الظاهرة ، لانهم ابتدعوا بمقدمة خاطئة غير منطقية وهى قولهم ان الحقيقة ترتبط بالارادة الحقيقية .

ولا يكون هناك محل لقولهم أن المجتمع لا يعيش بالمنطق ، ثم تفرقتهم بين ما أسموه بالمنطق النظرى ومنطق الواقع والحيـــــاة . ويكون قد ثبت أن

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٥٧ .

التطورات التى تجد فى المجتمع لا يمكن أن تتنافر مع المبدأ الصحيح المطلق ، وانما هى تكشف عن عدم صحة مبدأ قائم وتثبت أنه لم يكن صحيحا بداءة ، اذ لا يعقل أن يكون هناك مبدأ سليم ثم يصبح بعد تطورات .جد فى المجتمع مبدأ غير سليم ، فالحقيقة العلمية خالدة وازلية .

ويكون قد ثبت ايضا الى ان ما يسمى بالمظهر فى نظرية الاوضاع الظاهرة ليس مظهرا وانما هو الذى يتفق مع الحقيقة العلمية ، فهو مظهر فى نظر مذهب الارادة ولكنه حقيقة من الناحية العلمية . وعندما تقول نظرية الاوضاع الظاهرة فى صياغتها المعيبة ، ان المظهر ينتج نفس الاثار التى ينتجها الحق نفسه ، وعندما تقول انه فى حالة الصورية يجب ان ينحنى أصل الحق امام مظهر الحق فتضحى مصلحة صاحب الحق أمام مصلحة الغير الذى تعامل على اساس هذا المظهر ، انما تنحرف تأثرا بمذهب الارادة عن الصواب ، فهذا المظهر هو الحقيقة ، هو الركن المادى الذى يقوم على توافر الثقة التى تولدت لدى الغير عن التعبير .

وفى الغلط غير المغتفر الذى لم يستطع المتعاقد الاخر أن يتبينه ينشأ الالتزام لتوافر الركنين المادى والمعنوى . فالركن المادى قائم بتولد الثقة لدى المخاطب ، والركن المعنوى قائم لتوافر شرط القدرة على الادراك لان الغالط غلط غلطا غير مغتفر كان فى استطاعته ان يدرك حقيقة الواقع . ولذلك كان مسلك القضاء صحيحا علميا فى عدم اعتداده بالغلط غير المغتفر واعتباره الالتزام قد نشأ صحيحا بداءة ، على خلاف ما ذهب اليه الفقه من اعتبار الالتزام باطلا تمشيا مع مذهب الارادة ثم تصحيحه بعد ذلك على سبيل التعويض اعمالا لمبدأ المسئولية التقصيرية . وقد سبق ان اوضحنا خطأ الاتجاه الى المسئولية التقصيرية فى هذا المجال .

أما الغلط المغتفر ، فيمنع قيام المسئولية لعدم توافر شرط القدرة على الادراك ، واذا كان هناك من يرى عدم الاعتداد بالغلط اطلاقا فحجته فى ذلك أن الوقوع فى الغلط يعتبر نتيجة تقصير غالبا . وهذا هو راى الفقه السنهورى وراى المذكرة الايضاحية للقانون الجديد .

أما بالنسبة لمشكلة التفسير فاذا كان صاحب التعبير قد أصدر تعبيرا مخالفا للمعنى العادى الذى فهمه المخاطب فان هذا المعنى هو الاثر الطبيعى

للتعبير ، ويتحقق فى هذا المعنى الاسناد المـــادى كما يتحقق الاسناد المعنوى بقدرة الشخص على ادراك ان التعبير الذى أصدره سيفهم منه المخـــاطب هذا المعنى . اما اذا لم تتوافر لدى صاحب التعبير القدرة على هذا الادراك فان المسئولية لا تقوم . واذا قيل بوجوب الاعتداد بالمعنى العادى للتعبير فى جميع الاحوال فانما يكون ذلك بناء على مسئولية مفترضة تتمشى مع الغالب من الامور حيث يعتبر صاحب التعبير قادرا على ادراك أن المخاطب لن يفهم من التعبير سوى معناه العادى ، وبلغة الفقه الحاضر لان صاحب التعبير مخطىء فى عدم الادلاء بتعبير يترجم بدقة عن مقصوده .

وفى حالة عدم اطلاع المتعاقد على كل شروط التعاقد أو عدم فهمه لمضمونها ومع ذلك وقع على وثيقة العقد او قبل التعاقد ، فان مسئوليته تقوم غالبا لان شرط القدرة على الادراك متوافر ، ولذلك أيد الفقه مسلك القضاء كما قلنا فى الزامه المتعاقد بالشروط التى لم يعلم بها رغم أن الاتفاق لم ينعقـــد عليها ولم تنصرف اليها نية المتعاقد المدين . فكما يقول هذا الفقه كان واجبا على هذا المتعاقد ان يقرا كل الشروط وان يفهم مضمونها قبـــل التوقيع او القبول (١) . وهذا الواجب هو المعنى المباشر لشرط القدرة على الادراك .

١٤٩ ـــ قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع :

رأينا أن قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع فى القانون التجارى هى عماد أحكام الالتزام الصرفى ، وهى التى تضفى عليه طابعه المميز ، لانها تتضمن استثناء من القواعد العامة المستمدة من مذهب الارادة ، فباعمالها ينشأ التزام الموقع على الورقة التجارية قبل الحامل حسن النية ولو كان التزامه قبل المستفيد الاول قد شابه سبب من اسباب البطلان أو الانقضاء ، وهى اسباب معينة استقر الفقه والقضاء ـــ مع خلاف بشأن بعضها ـــ على حرمان المدين من الاحتجاج بها قبل الحامل حسن النيـــة وان جاز له التمسك بها قبل المتعاقد المباشر . ومن ثم قامت الحاجة الى تعليل هذه التفرقة فى المعاملة بتفسير قاعدة تطهير الدفوع عن طريق اسنادها الى اصل علمى لمـــا هو ظاهر من خروجها على مذهب الارادة .

واذا كان العمل قد استقر على اعمال هذه القاعدة لامكان تداول الورقة التجارية بالسرعة التى تتطلبها المعاملات التجارية حتى يمكن لها اداء وظيفتها

---

(١) ماسبق فقرة ٤٠ .

كأداة ائتمان وأداة وفاء . فليست هذه النتيجة بتأصيل علمي للقاعدة . ومع ذلك فان هذه النتيجة النافعة تقوم شاهدا على سلامة القاعدة من الناحية العلمية وان المبدأ السائد الذى يخالفها ليس مبدأ علميا سليما ؛ فليس الامر هنا امر ابتغاء تحقيق نتيجة عملية تتفق مع ما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة وما تتطلبه من ائتمان ولو كان ذلك على حساب العدالة بالزام شخص ظلما بما لا يجوز الزامه به ، اذ لو كانت تلك غايتنا لكان أحرى أن تدرج تحت قاعدة تطهير الدفوع جميع أسباب البطلان والانقضاء . ثم انه لو كانت هذه القاعدة مخالفة للعدالة لترتب على اعمالها حتما اشاعة الاضطراب فى المعاملات التجارية وزعزعتها باحجام الافراد عن التعامل بالاوراق التجارية . وانما مثل النتيجة العملية النافعة التى تحققها هذه القاعدة كمثل ملاحظة تولد آثار صحية مفيدة من اتباع سلوك معين ، فيستدعى الامر بحث علة السببية بينهما والكشف عن خطأ مبدأ طبى سائد يخالف هذه الظاهرة ، خطأ كليا او نسبيا . وعلى ذلك يستقر لدينا أن قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع انما هى قاعدة عادلة وسليمة . وان عدالتها وسلامتها هى التى تؤدى الى تحقيق تلك النتيجة النافعة ؛ ومن ثم فلابد وأن تستند صحتها الى أصل علمى ؛ ينعين الكشف عنه حتى يمكن ضبط حدود القاعدة وشروطها ومعرفة مجال تطبيقها .

واذا كانت هذه القاعدة ، على ما تقدم ، تتعارض مع مذهب الارادة لانها تعنى نشأة التزام الموقع على الورقة التجارية وصحته وبقاءه لصالح الحامل حسن النية ولو كان هذا الالتزام لا يستند الى ارادة الموقع الحقيقية نتيجة حرمانه من الاحتجاج بالدفوع ، فاننا نبين فيما يلى ان هذه القاعدة ليست الا تطبيقا لنظريتنا فى أساس الالتزام المقدى ، بما لا حاجة معه الى القول بها كقاعدة متميزة واستثنائية ، وبما لا حاجة معه بالتالى الى التفرقة بين الالتزام الصرفى وبين الالتزام العادى من ناحية التأصيل العلمى .

والسؤال الذى تتضمن الاجابة عليه تفسير قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع هو ؛ لماذا يختلف موقف المتعاقد المباشر عن موقف الحامل حسن النية فيباح للثانى ان يتمسك بالدفوع قبل المدين بينما يمتنع ذلك على الاول ؟

ونبدأ الاجابة على هذا السؤال بالاشارة الى ما سبق أن قلناه فى شرح نظريتنا مع أن الالتزام ينشأ بتوافر الركن المادى وقوامه الثقة والركن المعنوى وقوامه المسئولية .

وعندما نبحث امر نشأة الالتزام مدين معين قبل دائن معين ، فاننا نبحث مباشرة فى توافر الركنين المادى والمعنوى فى العلاقة بين هذين الشخصين، ونعنى بذلك انه فى حالة تظهير الورقة التجارية لا ننظر الى حوالة الحق فيها على أنها مصدر لالتزام الموقع عليها قبل الحامل ، فما مصدر التزامه قبله الا فى التعبير الصادر منه والذى تتضمنه الورقة والذى يعتبر الموقع نفسه هو الذى وجهه الى الحامل بمقتضى شرط الامر الذى تضمنته الورقة بالاضافة الى توافر الركن المعنوى لدى الموقع .

ونستطيع بعد ذلك أن نبدأ الاجابة على سؤالنا السابق : لماذا يختلف موقف المتعاقد المباشر عن موقف الحامل فى مجال اعمال قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع ؟ والاجابة العلمية على هذا السؤال لا تكون حتما الا برد الامر الى أساس نشأة الالتزام .فنقول بأن هذه التفرقة انما ترجع الى عدم توافر الركن المادى تارة وعدم توافر الركن المعنوى تارة اخرى بالنسبة للمتعاقد المباشر بينما يتوافر هذان الركنان كلاهما بالنسبة للحامل حسن النية .

وتفصيل ذلك ، انه اولا فيما يتعلق بالصورة ، لا يتوافر الركن المادى لدى المتعاقد المباشر لعدم تولد ثقة لديه فى التعبير الصادر من المدين . بينما يتوافر هذا الركن بداهة بالنسبة للحامل حسن النية ، الى جانب توافر الركن المعنوى اى مسئولية الموقع على الورقة ، ضرورة انه وقع عليها مختارا ومدركا بما يترتب على حوالتها الى حامل حسن النية من تولد ثقة لديه فيها .

هذا بالنسبة للدفع بالصورية . أما باقى الدفوع فهى — مع خلاف بشأن بعضها نعرض له فيما بعد :

١ — انعدام الرضاء .
٢ — عيوب الرضاء : الغلط والتدليس والاكراه .
٣ — انعدام السبب وعدم مشروعيته .
٤ — انقضاء وفسخ العلاقة الاصلية .

فأما عن السبب ، فقد سبق أن رددنا انعدامه الى وقوع غلط أو اكراه . أما عن عدم مشروعيته ، فقد سبق أن قلنا أن المشروعية فى النطاق الذى سبق تحديده لا تمنع نشأة الالتزام عن الناحية القانونية ، وانما يأتى الجزاء على عدم المشروعية متفقا مع الغاية من محاربتها . وفى حالتنا لا يعلم الحامل — وهو حسن النية — بأن التزام المدين سببه غير مشروع فلا محل لاعمال جزاء فى هذه الحالة .

ويبقى بعد ذلك أن نتعرض للدفوع الباقية .

واولها الدفع بانعدام الرضاء ، كمن يسرق سندا موقعا على بياض ثم يقيم نفسه مستفيدا فيه ويطلقه فى التداول . وفى هذا الدفع يقول الفقه التجارى فيما ننقله عن الاستاذ محسن شفيق (١) : « فرضاء المحرر فى هذا الفرض منعدم اصلا ويستطيع أن يتمسك بانعدام رضائه فى مواجهة سارق السند . وانما اذا ظهر السند فانتقل الى يد حامل حسن النية ، امتنع عن المحرر الدفع فى مواجهة هذا الحامل بانعدام رضاه . وكثيرا ما يقع هذا الفرض فى حالة التظهير على بياض . . ويقول الاستاذ ليسكو أن التزام المدين فى مثل هذه الاحوال لا يستند الى ارادته لان الفرض انه لم يقصد أن يلتزم ، وانما أساس الالتزام المسئولية التقصيرية ، لان المدين أخطأ فى عدم المحافظة على الاوراق التى تحمل توقيعه أو فى تسليم الغير ورقة ممضاة منه على بياض . وعلى الرغم من هذا الوصف يرى الاستاذ أن المدين يلتزم بمقتضى أحكام قانون الصرف » .

واذا كان الاستاذ ليسكو قد ذهب فى تفسير التزام الموقع على الورقة قبل الحامل حسن النية بوقوع خطأ منه ، ومن ثم يقيم الالتزام على اساس المسئولية التقصيرية ، فقد سبق أن بينا عدم صحة هذا الاتجاه ، وبينا أن الامر فى نشأة الالتزام هنا مرده بداءة الى المسئولية كاساس للالتزام المقدى نظرا لتوافر الركن المعنوى (٢) . وعلى ذلك فاذا كان الالتزام فى هذه الحالة لا ينشأ لصالح مختلس الورقة لعدم توافر الركن المادى ، فان الامر على عكس ذلك بالنسبة للحامل حيث يتوافر الركن المادى الى جانب الركن المعنوى .

---

(١) القانون التجارى المصرى — الاوراق التجارية فقرة ١٩٤ .
(٢) ما سبق فقرة ١٤٧ .

أما اذا لم يكن هناك محل لمساءلة الموقع على الورقة ، فلا نرى حرمانه من الدفع بانعدام رضائه قبل الحامل ، ونؤيد راينا هذا — فضلا عن وضوح عدالته — بما يلى :

اولا — ان الدليل على ان المناط هنا هو النظر الى توافر او عدم توافر مسئولية الموقع قبل الحامل ، انه بالنسبة للدفع بالتزوير وهو دفع يحتج به على الحامل ، فان الفقه يذهب الى انه اذا كان قد صدر اهمال ممن زور توقيعه ترتب عليه تسهيل التزوير فانه يكون مسئولا قبل الحامل حسن النية (١) .

ثانيا — انه بصدد عيب الاكراه ، فان الفقه يذهب الى انه « اذا ترتب على الاكراه انعدام ارادة المدين اصلا لا مجرد تعييب هذه الارادة ، جاز له التمسك بالبطلان فى مواجهة كل حامل ولو كان حسن النية ، قياسا على حالة الامضاء المزورة (٢) ولا شك أن الحالة التى نحن بصددها مشابهة تماما لحالة انعدام الارادة بسبب الاكراه .

ثالثا — ان تقنين جنيف الموحد بشأن الكمبيالة والسند الاذنى قد نص فى المادة ١٧ منه — وقد نقلها المشرع المصرى حرفيا — على انه « ليس من اقيمت عليهم الدعوى بكمبيالة أن يحتجوا على حاملها بأوجه الدفع المبنية على علاقتهم الشخصية بساحبها أو بحاملها السابق ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها اضرار المدين » . وواضح أن انعدام الرضاء لا يندرج تحت أوجه الدفع المؤسسة على الملاقة الشخصية بين المدين وبين الساحب .

نأتى بعد ذلك الى عيب الاكراه ، فنشير بداءة الى أن جانبا من الفقه التجارى يرى انه من العيوب التى يحتج بها على الحامل (٣) ، كما نشير الى ما سبق ذكره آنفا من ان الاكراه اذا ترتب عليه انعدام ارادة المدين جاز له التمسك به فى مواجهة كل حامل ، والى ان الفقه الذى يعتبر الاكراه من الدفوع التى يطهرها التظهير يصفه بأنه « الاكراه الادبى » (٤) .

---

(١) محسن شفيق : المرجع السابق فقرة ١٩٢ . واذا كان الفقه يعتبر الموقع هنا مسئولا لا بدين صرف وانما وفقا لاحكام المسئولية التقصيرية ، فقد سبق أن أبدينا استحالة تطبيق احكام هذه المسئولية ، فلا يبقى الا اعتبار الالتزام هنا قد نشأ صحيحا بداءة .

(٢) محسن شفيق : المرجع السابق فقرة ١٩٥ .

(٣) من هذا الراى بواستل : مختصر القانون التجارى ١٨٧٨ فقرة ٧٨٦ ، فاضل الناصر النظرى والعملى للقانون التجارى ١٩٢٢ فقرة ١٩٣٦ .

(٤) محمد على راتب — السندات الاذنية فقرة ٢١٤ .

والحقيقة أن مرد الخلاف بين القائلين بالاكراه كدفع يطهره التظهير وبين المخالفين ، ومرد الغموض بشأن تحديد صفته فى رأى المؤيدين ، انما يرجع الى المدلول الخاطىء للارادة فى حملها على معنى الرغبة طبقا لمذهب الارادة، اذ أن النظر الى الارادة على هذا المعنى يوسع من دائرة الاكراه اتساعا كبيرا لتشمل كل ضغط يجعل التعبير غير متمش مع الرغبة الحقيقية لصاحبه، ولو كان فى استطاعته مواجهة هذا الضغط بما لايعتبر معه معدما لحرية الاختيار اى مانعا من موانع المسئولية . وعلى الرغم من أن الفقه الحاضر يشترط فى الاكراه كسبب فى الرضاء أن يكون من الجسامة بحيث يهدد المتعاقد بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله ، فانه قد ورث عن الفقه التقليدى تمشيا مع المفهوم الخاطىء للارادة امثلة لا تعتبر البتة اكراها معيبا للمسئولية ، كقوله أن المدين اذا هدد مدينه بمقاضاته ان لم يحرر له سندا بالدين كان ذلك اكراها وقوله أن النفوذ الادبى يعتبر اكراها ، وان كان لا يرتب اثرا على الاكراه فى هاتين الحالتين وامثالهما اذا كان الغرض من الاكراه مشروعا(١) . ولكننا لا نرى هنا ثمة اكراه معدم للمسئولية ، ومن ثم يتوافر الركن المعنوى فى حق المدين سواء بالنسبة المتعاقد المباشر أو بالنسبة للحامل ، بيد أن الالتزام قد ينشأ قبل المتعاقد المباشر لعدم توافر الركن المادى ، وبعبارة الفقه الحاضر لان الغرض من الضغط غير مشروع ، فى حين أن هذا الركن متوافر بداهة بالنسبة للحامل حسن النية .

وبهذا التحليل ننتهى الى القول بأن ما يسميه الفقه التجارى بأن « اكراه ادبى » يطهره التظهير ، ليس باكراه فى مفهوم المسئولية ولا يمنع بالتالى من توافرها . ويبدو مما سبقت الاشارة اليه ان هذا هو مفهوم الاكراه فى رأى الفقه التجارى الغالب ومن ثم فلا يكون الاكراه الحقيقى ، كمانع للمسئولية — وهو الذى يهدد المدين بخطر جسيم محدق بنفسه أو ماله — بحائل دون تمسك المدين به قبل كل حامل ؛ اذ لا فرق بين هذه الصورة وبين الصورة التى تنعدم فيها ارادة المدين ودون خطأ منه باختلاس توقيعه أو بتزويره .

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٩٠ .

يبقى امامنا بعد ذلك الدفوع المؤسسة على الغلط (والتدليس غلط مستثار) وعلى انقضاء او فسخ العلاقة الاصلية .

فنلاحظ اولا انه اذا كان الغلط ولو كان نتيجة تدليس غلطا غير مغتفر فانه لا يمنع من قيام المسئولية لتوافر القدرة على الادراك كما سبق القول ، وفى هذه الحالة ينشأ التزام المدين قبل الحامل حسن النية ، أما قبل المتعاقد المباشر فقد لا ينشأ الالتزام نتيجة عدم توافر الركن المادى اذا كان هذا المتعاقد عالما بالغلط الذى وقع فيه المدين ، وهذا واضح فى حالة التدليس الصادر من هذا المتعاقد . ومن ثم تغنى هذه الصورة يختلف موقف الحامل عن موقف المتعاقد المباشر نتيجة توافر الركن المادى بالنسبة للاول وعدم توافره بالنسبة للثانى .

وبذلك ننتهى الى الصورة الاخيرة التى يكون فيها الغلط مغتفرا أى يمنع من توافر المسئولية والتى تكون فيها العلاقة الاصلية قد انقضت أو فسخت ، وهى اسباب تبرر عدم نشأة الالتزام قبل المتعاقد المباشر او زواله بعد نشأته، على خلاف الموقف بالنسبة للحامل حسن النية .

ومواجهة هذه الصورة الاخيرة بالتفسير ، معقودة بابراز ما تتضمنه الورقة التجارية خلافا للسند العادى من عنصر زائد عنه ، والى هذا العنصر الزائد يرتد الاثر الذى تقول به قاعدة تطهير الدفوع . واذا كان هذا الاثر لا يتفق تماما مع مذهب الارادة ، فاننا سنرى انه نتيجة مترتبة على اعمال مبدأ المسئولية مع ملاحظة طرح فكرة حوالة الحق ، لان حوالة الحق ليست مصدر التزام الموقع قبل الحامل ، وانما نحن نبحث هنا مباشرة كما سبق القول عن توافر ركنى نشأة الالتزام فى العلاقة بين الموقع وبين الحامل .

والعنصر الزائد الذى تشتمل عليه الورقة التجارية هو ما تتضمنه هذه الورقة من كفاية ذاتية تبرر ترتيب اثر على تداولها يزيد عن الاثر المترتب على تداول السند العادى الذى لا يشتمل على هذا العنصر الزائد .

والكفاية الذاتية كعنصر زائد فى الورقة التجارية تعنى أن تكون البيانات التى تتضمنها الورقة كافية بذاتها لتعيين الالتزام الثابت بها فتصبح كيانا قائما بذاته ، بحيث اذا احالت الورقة الى واقعة خارجة عنها وارتبطت بها فانها

تفقد صفتها التجارية . فاذا ذكر فى الورقة مثلا أن « القيمة وفقا للعقد المبرم اليوم » وكان مفهوم ذلك ان كيان الالتزام الثابت بها معلق على شروط هذا العقد ومرتبط بها فلا تعتبر الورقة تجارية بل سندا عاديا لا يخضع لقاعدة تظهير الدفوع(١) .

فاذا كان هذا هو العنصر الزائد فى الورقة التجارية ، فان من المنطقى أن يترتب على تداول هذه الورقة اثر يزيد عن الاثر المترتب على تداول السند العادى الذى لا يشتمل على هذا العنصر والا كان القول بغير ذلك معناه المساواة بين غير متساويين واعتبار هذا العنصر لغوا لا قيمة له .

والاثر الزائد المترتب على هذا العنصر انما يرتد بداهة الى الغرض من ادارجه فى الورقة . وهو تخويل المتعاقد المباشر فيها استعمالها كأداة ائتمان وأداة وفاء ، ولن يتيسر هذا الاستعمال اذا ابيح للموقع الدفع باوجه المنازعة الخاصة بعلاقته مع المتعاقد المباشر قبل الحامل ، والمدين بقبوله التوقيع على الورقة متضمنة هذا العنصر يكون هو الذى حرك الثقة لدى الحامل فى مناعة هذه الورقة فدعاه ذلك الى قبولها ، اى أن هذا العنصر الزائد الذى قبله الموقع يعنى ضمنا — فوق التزامه بدفع قيمة الورقة الى المتعاقد المباشر فى حالة عدم تظهيرها — التزامه بدفع قيمتها الى المظهر اليه دون اثارة منازعة ما خاصة بعلاقته مع المتعاقد المباشر التى لم تدرج فى الورقة . مع احتفاظه فى الوقت نفسه بتصفية هذه المنازعة فيما بينه وبين المتعاقد المباشر . ولتقريب هذا المعنى نفترض انه ذكر فى الورقة صراحة ان الموقع عليها « يتعهد بدفع قيمتها لمن تظهر اليه دون ان يتمسك قبل المظهر له بما قد يكون قد وقع فيه من غلط ودون ان يتمسك بما قد يستجد من انقضاء للعلاقة الاصلية أو فسخ لها » . فى هذا الفرض لا يجادل احد فى نفاذ ما تضمنه وفى تمشى هذا النفاذ مع مذهب الارادة . واذا كان من الجائز فى هذا الفرض الاعتداد بالغلط فيما بين المدين والمتعاقد المباشر ، فلا يجوز الاعتداد بهذا الغلط قبل الحامل لان المدين عندما تعهد على تلك الصورة قبل الحامل لم يكن غالطا ، والتزامه بدفع الدين للحامل لا ينتهى عند هذا الحد ، بل انه سيعود على المتعاقد المباشر

---

(١) محسن شفيق : المرجع السابق فقرتى ٤٨ ، ٤٩ ، أمين بدر : الاوراق التجاريه فى التشريع المصرى فقرتى ٦٨ ، ٧١٩ ، استئناف مختلط ١٩٢٨/٢/١٥ البلتان ٤٠ ص ١٩٤ »

فيصفى الموقف معه ، ولا فرق بين هذا الفرض عملا وبين الفرض الذى يكون فيه المدين قد أوفى بداءة للمتعاقد المباشر بدينه ثم رجع عليه بعد ذلك لاسترداد هذا الدين تأسيسا على الغلط او على انقضاء أو فسخ العقد المبرم بينهما .

واذا كان مذهب الارادة يفسر عدم جواز الاحتجاج على الحامل فى حالة التعهد صراحة بذلك فى الورقة فى الفرض الذى ذكرناه آنفا ، فما نحن بحاجة لتدوين هذا التعهد الصريح لان عنصر الكفاية الذاتية يغنى عنه ؛ صحيح أن اشتمال الورقة على هذا العنصر قد لا يستخلص منه اتجاه ارادة المدين الى التعهد المجرد قبل الحامل ، ولكن هذاالاثر يترتب اعمالا لمبدأ المسئولية دون حاجة لاتجاه الارادة الى أعماله ؛ لانه كما سنرى(١) ، لا يشترط فى مفهوم المسئولية لتحمل الشخص نتيجة ما ان يكون قد قصد تحملها وانما يكفى ان تكون اثرا طبيعيا مترتبا على الفعل الصادر منه .

واذا كنا قد نبذنا من قبل فكرة حوالة الحق ببيان عدم صحة أعمالها ، وقلنا اننا نبحث مباشرة فى توافر نشأة التزام المدين قبل الحامل بقيام الركنين المادى والمعنوى ، فانه لا يجوز الاحتجاج من ثم علينا بأن الغلط المؤثر على التزام المدين قبل المتعاقد المباشر يؤثر بالتالى على التزام المدين قبل الحامل ، كما وأن التزام المدين قبل الحامل ليس عنصرا عرضيا يرد على التزام المدين قبل المتعاقد المباشر . وقد بينا من قبل ؛ وبأعمال مذهب الارادة نفسه فى حالة النص صراحة على تعهد المدين تعهدا مجردا قبل الحامل ؛ انه يجوز الاعتداد بالغلط قبل المتعاقد المباشر بينما لا يجوز ذلك قبل الحامل لان تعهد المدين قبله على هذا النحو المجرد لم يكن مشوبا بغلط ؛ كما وان التزامه بدفع الدين لا ينتهى به عند هذا الحد بل ان له ان يعود بما دفعه زائدا على المتعاقد المباشر . وهذا التعهد المجرد كما سبق القول هو الاثر الطبيعى المترتب على عنصر الكفاية الذاتية ، وبقبول المدين التوقيع على الورقة المتضمنة لهذا العنصر فانه يكون مسئولا عن الثقة التى حركها لدى الحامل والمتولدة عن هذا العنصر ، اذ كان فى مكنته بداءة أن يضمن الورقة اشارة الى ارتباط الدين الثابت بها بالعقد المبرم بينه وبين المتعاقد المباشر .

---

(١) راجع فقرة ١٥١ .

وخلاصة هذا التحليل — بعد نبذ فكرة انتقال الالتزام التى تربط بين تعهد المدين قبل المتعاقد المباشر وبين تعهده قبل الحامل — انه وان كان المدين غالطا فى تعهده قبل المتعاقد المباشر فانه لم يكن غالطا فى تعهده قبل الحامل ، وقبول المدين التوقيع على الورقة التى تتضمن عنصر الكفاية الذاتية ، يرتب اثره الطبيعى طبقا لمبدأ المسئولية ولو لم تتجه ارادة الموقع الى تحمل هذا الاثر ، وينتهى بنا هذا التحليل الى القول باننا فى هذه الحالة — فيما يتعلق بالتزام المدين قبل الحامل — لسنا أمام دفع مخول للمدين بداءة لكن يمتنع عليه التمسك به اعمالا لقاعدة تطهير الدفوع ، وانما الحقيقة أن هذا الدفع لم يوجد أصلا .

واذا كان هذا هو جلاء الموقف بالنسبة للغلط ولاسباب انقضاء وفسخ العلاقة الاصلية ، ببيان ان هذه العيوب قد تؤثر على تعهد المدين قبل المتعاقد المباشر بينما لا تؤثر على تعهده قبل الحامل ، فليس الامر كذلك بالنسبة للعيوب المتفق على عدم ادراجها ضمن قاعدة تطهير الدفوع ، كعيوب التزوير والاكراه الحقيقى وانعدام ونقص الاهلية ، وما ذلك الا لان هذه العيوب لا تتعلق فقط بنشأة التزام المدين قبل الحامل المباشر بل تتعلق أيضا بنشأة التزامه قبل المظهر اليه ، اى انها تشمل التعهدين معا ، ولذلك جاز الاحتجاج بها ضد المظهر اليه ولو كان حسن النية لعدم توافر الركن المعنوى فى العلاقة بين هذا الاخير وبين المدين .

ونحسب اننا نستطيع بعد ذلك بنظرة فاحصة وشاملة لما تقدم جميعه أن نستظهر عدم دقة اصطلاح « عدم الاحتجاج بالدفوع » واصطلاح « تطهير الدفوع » اذ لسنا فى تطبيق هذين الاصطلاحين أمام دفوع كانت للمدين — وبسدد نطاق التزامه قبل الحامل — ومنع من التمسك بها لان التطهير طهرها كما يفهم من مدلول هذين الاصطلاحين ، وانما نحن بصدد التزام ينشأ صحيحا مباشرة قبل الحامل بتوافر ركنيه المادى والمعنوى دون أن يلحق به بداءة أية دفوع . اما بالنسبة للدفوع التى يقال انه يجوز الاحتجاج بها قبل الحامل ، فليئس تعليل ذلك فى القول بأن التطهير لا يقوى على تطهيرها ، وانما الامر مرده الى عدم نشأة الالتزام أصلا لا قبل الحامل ولا قبل المتعاقد المباشر ، لعدم توافر الركن المعنوى أصلا .

وعلى ما تقدم نكون قد أصلنا عدالة النتائج التى نرتبها قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع فى القانون التجارى — فى الحدود التى ذكرناها بما يتفق مع الراى الغالب — ورددنا الامر فى اعمال هذه القاعدة الى نظريتنا فى اساس الالتزام العقدى ، بما لا حاجة معه الى القول بانها قاعدة متميزة واستثنائية ، وبما لا حاجة معه تبعا لذلك الى التفرقة من ناحية التاصيل العلمى بين الالتزام الصرفى والالتزام العادى .

واذا كنا قد رددنا اختلاف موقف المتعاقد المباشر عن موقف الحامل حسن النية الى عدم توافر الركن المادى او الركن المعنوى بالنسبة للمتعاقد المباشر ، بينما يتوافر هذان الركنان بالنسبة للحامل حسن النية ، فاننا نستطيع الآن ان نتبين لماذا تردد الراى فى اعمال قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع على السندات المدنية بينما لم يختلف الراى بشان اعمالها على السندات التجارية . فليس مرد ذلك التردد الى خلاف فى الطبيعة بين الالتزام التجارى وبين الالتزام المدنى وانما مرده امر متعلق بالوقائع ، ذلك أن الغالب فى البيئة التجارية نظرا لكثرة المعاملات وسرعتها الا يعلم الحملة اللاحقون للاوراق التجارية حقيقة العلاقة بين المدين وبين الدائن المباشر وما يشوب هذه العلاقة من عيوب ، ومن ثم يتوافر الركن المادى بالنسبة للحملة اللاحقين غالبا . اما فى البيئة المدنية فالواقع غالبا غير ذلك نظرا لبطء المعاملات فيها وقلتها وتيسر الاتصال بالمدين مما يمكن معه للمحال اليه أن يعلم بحقيقة العلاقة الاصلية وما يشوبها من عيوب . والواقع غالبا أن يكون التظهير فى المعاملات المدنية نتيجة تواطؤ بين المتعاقد المباشر وبين المظهر اليه بقصد عرقلة دفاع المدين .

والى هذا المعنى يشير الاستاذ محسن شفيق (١) فيما يذهب اليه من اقصاء مبدأ تطهير الدفوع عن المعاملات المدنية ، من أن هذه المعاملات تحتمل بطبيعتها التراخى والبطء وليس فيها ما يجبر المظهر اليه على قبول الورقة قبل أن يقوم بفحص الحق الذى تتضمنه وقبل أن يتاكد من سلامته .

وقد سبق أن اشرنا الى حكمين لمحكمة استئناف مصر فى ٣ — ٤ — ١٩٢٣ وفى ١٠ — ٣ — ١٩٢٩ رفضت فيهما الاخذ بقاعدة تطهير الدفوع فى السندات

(١) المرجع السابق فقرة ١١٨٨ .

المدنية(١) ولكن هذا الرفض كان مبناه الوقائع وليس مبناه اختلاف فى الطبيعة بين الالتزام التجارى وبين الالتزام المدنى ، اذ كان مؤسسا على عدم توافر حسن نية المحال اليه نتيجة علمه بما شاب العلاقة الاصلية بين المدين وبين المحيل .

١٥٠ ــ فكرة التصرف المجرد :

واذا كنا قد استغنينا عن قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع لاندماجها فى نظريتنا ، فنحن نستغنى ايضا عن فكرة التصرف المجرد ، وليست قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع الا تطبيقا من تطبيقات هذه الفكرة .

وعلى الاخص لا نوافق على اعتبار هذا التصرف ، مجردا فى مواجهة الدائن المباشر وفى مواجهة الحملة اللاحقين ، دون تفرقة بين الحامل حسن النية وبين الحامل سيء النية ، فبعض انصار فكرة التصرف المجرد يرون أن « التجريد خاصية تلازم التعبير عن الارادة منذ البداية وفى مواجهة الكافة ، اى بلا تفريق بين المتعاقد المباشر وغير المباشر او بين الحامل الحسن النية والحامل السيء النية ، غاية ما فى الامر أن المدين الذى منع فى نطاق قانون العقد من طلب بطلان التعبير عن الارادة يستطيع أن يلجأ الى الوسائل غير التعاقدية دفاعا عن نفسه » (٢) .

وانصار هذا الراى يحتجون لقولهم أن صفة التجريد صفة مطلقة ، بانه من المستحيل عقلا أن ينظر الى التصرف باعتباره مجردا ومقيدا فى نفس الوقت(٣) . والخطأ الاولى فى هذه الفكرة انها ترد نشأة الالتزام الى كائن مفترض ، وهو الخطأ الذى سبق أن أبنا عنه فى نقد فكرة العقد كمصدر للالتزام .

وقد ادى هذا الخطأ الى مواجهة الصعوبات التى قامت بصدد علاج الموقف الذى نشأ عن اعتبار الالتزام قائما لصالح المتعاقد المباشر والحامل سيء النية ، فيقول الاستاذ ابو عافية مع الفقه الالمانى والايطالى فى علاج هذا الموقف « فى مواجهة المتعاقد المباشر co-contractant الذى تقوم بينه وبين المدين علاقة اساسية هى التى دفعت الى اصدار السند ، يرجع

---

(١) ما سبق فقرة ٥١ .
(٢) ابو عافية / التصرف القانونى المجرد فقرة ٧٢ .
(٣) المرجع السابق هامش ص ٢٤٦ .

المدين بطريق الاثراء بلا سبب ، فاذا كان قد نفذ تعهده كان موضوع دعواه هو استرداد المبلغ المدفوع ، اما اذا لم يكن قد دفع وطولب بالوفاء من جانب المتعاقد المباشر فيستطيع ان يلجأ الى الدفع المقابل لدعوى الاثراء ليمتنع عن تنفيذ التزامه . فدعوى الاثراء — ككل دعوى — يقابلها دفع يمكن اثارته اذا توفرت شروط الدعوى . والمدين اذ يلجأ الى دعوى أو دفع الاثراء بلا سبب لا يطالب ببطلان التعبير عن الارادة ، فهذا الطلب غير جائز حتى في مواجهة المتعاقد المباشر نظرا لخاصية التجريد ، وانما يدعى فقط أن الدين الذى دفع أو المطالب به ليس له سبب قانونى cause juridique على أساس مبدأ الاثراء . وقد يعترض علينا هنا بأن المدين عليه أن يثبت عندئذ انعدام السبب القانونى أى أن يثبت — كما رأينا فيما سبق — بطلان التصرف القانونى الذى أضيف الاثراء بمقتضاه . فقد انتهينا فيما قدمناه عن سبب الاثراء المضاف بمقتضى تصرف قانونى الى ان السبب فى هذه الحالة هو التصرف القانونى نفسه ، وانه بناء عليه لا يعتبر الاثراء بلا سبب الا اذا تقرر حل التصرف ، فكيف يمكن اذا استعمال دعوى أو دفع الاثراء مع التمسك بصحة التعهد الصرفى الذى يضيفه ؟

« هذه المسألة تحل فى الفقه الالمانى حلا مقبولا على اساس التطبيق المادى لمبدأ الاثراء بلا سبب ، فالتعبير المجرد عن الارادة لا يعتبر صحيحا الا خروجا على القواعد العامة المتعلقة بصحة التصرف القانونى . ولكن هذا الخروج على القواعد العامة لا يتعدى اثره نطاق قانون التصرفات ، ففى هذا النطاق يترتب عليه منع المدين من طلب البطلان ، ويقف اثره عند هذا الحد ، اما فى خارج نطاق قانون التصرفات فلا يجب أن ندخل فى حسابنا هذه الصحة الاستثنائية المعترف بها للتعبير المجرد ، أى انها لا تمنع من تطبيق المبادئ القانونية غير التعاقدية تطبيقا عاديا متفقا مع القواعد العامة . وبناء عليه لكى يستطيع المدين أن يتمسك بمبدأ الاثراء يكفى أن يثبت أن التصرف الصحيح شكلا نظرا لانه مجرد كان يمكن ابطاله وفقا للقواعد العامة ، وللتدليل على ذلك يسمح للمدين ان يتجاوز التعبير عن الارادة ، وان يعيد بناء التصرف وفقا لمضمونه الحقيقى ، اى وفقا للعلاقة الاساسية التى ادت الى صدور التعبير . . . »(١) .

---

(١) المرجع السابق فقرة ٧٢ ص ٢٤٧ — ٢٤٩ .

أما بالنسبة للحامل سيء النية فيقول الاستاذ أبو عافيه : « لا دخل هنا لدعوى أو دفع الاثراء بلا سبب نظرا لانها دعوى شخصية لا تنتقل الى الخلف الخاص كما تقدم القول ، وانما يأتى العلاج هنا من تطبيق وسيلة دفاعية اخرى يملكها المدين هى الدفع بالغش «L'exception doli generalis»(١) .

ونحن نعجب لكل هذا الارهاق الذهنى الذى يلجأ اليه انصار فكرة التصرف المجرد . لماذا نقوم بتشييد بناء ثم نعود فنهدم جزءا مما بنيناه ؟ لماذا نقبل هذه الفكرة على الوضع الذى يؤدى الى بعض نتائج منافية للعدالة باعتراف انصارها ؟ لماذا نجاوز الحقيقة فنقول ان الالتزام ينشأ بالنسبة للحامل سيء النية طبقا لمبدأ قانونى ثم نعود فنقول انه لا ينشأ طبقا لمبدأ قانونى آخر ؟ وهل يقبل أن يكون هناك مبدآن قانونيان ينتميان الى علم واحد ويقوم بينهما تعارض ؟

ان هدف التجريد كما يقول انصاره هو حماية الحامل حسن النية ، ويقولون ان ذلك لا يتحقق الا بابتداء التجريد فى مواجهة المتعاقد المباشر حتى لا نصطدم بمنطق البطلان الذى يقضى بأنه اذا ابطل تعبير المتعاقد المباشر سرى هذا البطلان على الخلف الخاص ، مع انهم يسلمون بان فكرة التجريد تخرج على القواعد العامة فى التصرف القانونى (٢) ، فلماذا خشوا الخروج على القواعد العامة فى البطلان ولم يخشوا الخروج عليها فى التصرف القانونى ؟

أن انصار التجريد المطلق يقولون ان الغاية من التصرف المجرد هو تأمين استقرار المعاملات بتحصين الحملة اللاحقين حسنى النية مما قد يلحق العلاقة الاصلية من دفوع ، فلماذا لم يلتزموا هذه الغاية بتقرير الاستثناء المحقق لها والاقتصار عليه دون حاجة الى اقامة نظام مستقل يعترفون بأنه يتضمن منافاة للعدالة (٣) .

---

(١) المرجع السابق فقرة ٧٤ .

(٢) فيقول الاستاذ أبو مقية ، المرجع السابق فقرة ٧٥ ص ٢٧٩ : « قلنا أن التصرف المجرد هو التصرف الصحيح بغض النظر من الاختلاف بين الارادة المعلنة والارادة الحقيقية ومن ذلك ينتج أن التصرف المجرد نظام استثنائى خارج من القواعد العامة .

(٣) وفعلا يوجد رأى قوى فى الفقه الالمانى والايطالى يعتبر الالتزام الصرف ذا طبيعة مزدوجة ، فيكون مقيدا بالنسبة للمتعاقد المباشر ومجردا بالنسبة للحامل . راجع فى ذلك أبو عافية هامش ص ٢٤٦ .

وهل صحيح انه يمكن معالجة الموقف بالنسبة للمتعاقد المباشر بالالتجاء الى مبدأ الاثراء بلا سبب ؟ لقد قالوا ذلك ، ولكنهم لاحظوا ان السبب فى الاثراء هو التصرف المجرد ، ومع ذلك فقد حاولوا باجهاد للعقل وبافكار صناعية ان يعالجوا الموقف ، كقولهم ان الاثراء صحيح شكلا ولكنه غير مشروع فى جوهره ، وقولهم ان التعبير المجرد لا يعتبر صحيحا الا خروجا على القواعد العامة المتعلقة بصحة التصرف القانونى وان هذا الخروج لا يتعدى اثره نطاق قانون التصرفات ، دون أن يبينوا السبب فى ذلك ، اذ ما علة تغلب مبدأ الاثراء بلا سبب أو مبدأ الدفع بالغش على مبدأ التجريد فى ناحية من نواحى هذا المبدأ الاخير وعدم التغلب عليه فى ناحية أخرى ؟ . ثم هل هناك مبدأ اقوى من مبدأ آخر ؟ ان لكل مبدأ نطاقه الذى يجرى اعماله فيه ، ولا يقبل أن يكون هناك مبدآن متعارضان ينتميان الى نظام واحد .

والحقيقة ان الذى دفع انصار التجريد الى الوقوع فى هذا الخطأ الفنى هو عدم تصورهم أن يكون التصرف مجردا ومقيدا فى نفس الوقت ، فى حين ان التصرف ليس الا كائنا افتراضيا ، فلا يجوز أن يقال انه مصدر للالتزام كما سبق أن اشرنا من قبل . وكما وانهم فى تعلقهم بفكرة حوالة الحق — التى تقضى بأن الشخص لا ينقل لغيره اكثر مما يملك — ما اضطرهم الى اسباغ التجريد على التصرف بداءة ، فى حين اننا هنا لسنا بصدد انتقال للالتزام ، وانما نحن نبحث هنا مباشرة كما سبق القول فى نشأة التزام المدين قبل الدائن غير المباشر .

واذا كانت فكرة التجريد تعتبر استثناء من مذهب الارادة ، فقد بينا فى تفسير قاعدة تطهير الدفوع أن ما يسمى بالالتزام المجرد لا يختلف فى شىء عن اى التزام عقدى آخر ، اذ ان نشأته مرهونة بتوافر الركنين المادى والمعنوى (١) .

١٥١ — اشتمال مضمون التعاقد على التزامات لم تتجه اليها ارادة المتعاقدين

رأينا أن هناك التزامات تبعية يجب الزام المتعاقدين بها ولو لم تنصرف

---

(١) وهذا لا يمنع بداءة من الالتجاء الى نظام الاثبات لاقامة قرينة على توافر الركن المعنوى تمشيا مع الغالب من الامور .

ارادتهما اليها : لانه بدون هذه الالتزامات لا يتحقق الغرض المتوخى من التعاقد او تقل المنفعة التى من اجلها اقدم احد الطرفين على ابرام العقد . ورأينا أن مذهب الارادة يعجز عن تفسير هذه الالتزامات لانها لا تستند بداهة الى الارادة .

ولا نجد صعوبة ما فى تعليل اعمال هذه الالتزامات على ضوء مبدأ المسئولية ، ذلك انه كما قلنا لا يشترط فى النتيجة التى يلزم بها الشخص المسئول ان تكون متعمدة اى ان يكون قد قصد تحملها ، وانما يكفى ان تكون هذه النتيجة اثرا طبيعيا مترتبا على الفعل الصادر من الشخص ولو لم تتجه نيته اليها ، ومعنى انها اثر طبيعى ان تكون هناك علاقة سببية مادية بينها وبين الفعل .

وهذا ما هو مسلم به فى مجال المسئولية عن الفعل الضار — وآثار المسئولية واحدة رغم تعدد صورها — واثرها فيما نتحدث عنه الآن هو تحمل الشخص بالنتيجة التى توافرت السببية بينها وبين فعله — ففى المسئولية عن الفعل الضار لا يسأل الفاعل عن الضرر الذى تعمد احداثه فقط وانما يسأل عن كل ضرر مباشر ، والضرر المباشر فى رأى الفقه هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل بقيام السببية بينهما . وفى ذلك تقول المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى « . . . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر فى الوفاء به . . » .

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن نستجلى ما فى نص المادة ١١٣٥ مدنى فرنسى والمادة ٢/١٤٨ مدنى مصرى من اتساع الى فكرة المسئولية . فالاولى تقول : « الاتفاقات لا تلزم فقط بما ورد فيها بل تشمل كذلك المستلزمات suites التى تقتضيها العدالة والعرف ونص القانون وفقا لطبيعة الالتزام » . والثانية تقول « ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكنه يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» . سمة المستلزمات وكلمة طبيعة الالتزام تشير الى أن الالتزامات التبعية هى نتيجة طبيعية للالتزام الاصلى وأن هناك علاقة سببية مادية بينهما .

١٥٢ ـــ الطبيعة القانونية للنيابة :

أ ـــ النيابة الاتفاقية :

رأينا ان مذهب الارادة لا يفسر ظاهرة النيابة الاتفاقية تفسيرا محكما ، لانه فى كثير من الاحوال يلتزم الاصيل بتصرفات نائبه ولو كانت هذه التصرفات لا تستند الى الارادة الحقيقية للأصيل فالنائب قد يجرى تصرفات يجهلها الاصيل ومن ثم لم تتجه اليها ارادة الاخير . وهذا واضح فى حالة الوكالة العامة . وقد يخرج النائب عن حدود وكالته فلا يتقيد بالتعليمات التى أصدرها الاصيل . وفى الحالتين يلتزم الاصيل بالتصرفات التى أجراها نائبه مع انه فى الحالة الاولى تنعدم ارادة الاصيل بشأن التصرفات التى عقدها النائب ، وفى الحالة الثانية تكون ارادة الاصيل مخالفة لما اتفق عليه النائب مع الغير .

وقد رأينا جانبا من المحاولات العديدة التى قام بها الفقه لتفسير طبيعة النيابة تفسيرا يحيط بكل آثارها ، ورأينا أن هذه المحاولات جميعها قد باءت بالفشل ، ذلك أن من هذه المحاولات ما هو هروب من حل المشكلة كما فى الالتجاء الى نظرية الافتراض والى القانون الوضعى . ومن هذه المحاولات نظريات مستمدة من مذهب الارادة ، فكان طبيعيا أن يكون الفشل مصيرها لان مذهب الارادة نفسه لا يتلاءم مع ظاهرة النيابة . وأخيرا محاولات مؤسسة على أفكار لا تعاقدية وهو اتجاه غير مقبول لان معناه قيام تعارض بين مبدأين قانونيين ينتميان الى نظام واحد ؛ ولان المنطق يقضى بأن تحل المشكلة فى نطاقها الطبيعى لا أن نلجأ الى التماس حل خارجها .

ولذلك كان لا بد من التسليم بأن حل مشكلة طبيعة النيابة لن يتأتى الا بتغيير الاساس الذى يقوم عليه الالتزام العقدى .

واذا كان مذهب الارادة يعجز عن تفسير علة التزام الاصيل بتصرفات نائبه التى يجهلها ، وتلك التى يخرج فيها النائب عن تعليماته ، فان تفسير ذلك ميسور فى ظل مبدأ المسئولية ، ذلك أن دائرة المسئولية كما قلنا من قبل لا تقتصر فقط على النتيجة المتعمدة بل تشمل أيضا النتيجة غير المتعمدة متى كانت أثرا طبيعيا وعاديا للفعل محل المساءلة بقيام علاقة السببية المادية بينهما . فتخويل الاصيل للنائب سلطة ابرام تصرف أو عدة تصرفات لحسابه هو فعل مرتب لمسئولية الاصيل عن كل تصرف يجريه النائب وتكون ارادة

الاصيل قد اتجهت اليه (النتيجة المتعمدة) وعن كل تصرف يدخل عادة في سلطة النائب ولو كان الاصيل يجهله أو كان على خلاف ارادته (النتيجة غير المتعمدة) . ومذهب الارادة يفسر اعمال النتيجة الاولى ولكنه لا يفسر اعمال النتيجة الثانية . وبديهي أن الاصيل لا يلزم بالنتيجة غير المتعمدة اذا كان الغير الذي تعاقد مع النائب يعلم أن هذا الاخير يخالف تعليمات الاصيل أو يتجاوزها اذ بهذا العلم يتخلف الركن المادي .

وقد سبق أن اشرنا الى عدة أحكام الزمت الاصيل بتصرفات نائبه مع مخالفتها لتعليماته ، وقد بررت هذه الاحكام قضاءها بما يتفق تماما مع مبدأ المسئولية حسبما اشرنا اليه آنفا ، فمن هذه الاحكام ما قضى بأن تصرفات وكيل المؤسسة التجارية في منطقة معينة تكون ملزمة لهذه المؤسسة طبقا لقواعد التجارة وعوائدها رغم وجود تفويض لدى الوكيل من قبل المؤسسة باجراء تلك التصرفات ، وما قضى بأن مدير الفرع أحد المصارف يكون له في نظر الغير من السلطة ما يكون لاي مدير عادة ، وما قضى بأن مدير المقهى له حق شراء المشروبات اللازمة لها لان ذلك يدخل في نطاق الاستغلال المألوف للمقهى ولو كان ذلك محرما عليه بموجب سند مشهر (١) .

ب — النيابة القانونية :

أما في النيابة القانونية ، فلا لزام الاصيل فيها بتصرفات نائبه تفسير آخر . فالاصيل هنا عديم التمييز أو ناقصه ، فلا تتحقق مسئوليته بصدد التصرفات التي يبرمها ، وسيحجم الغير عن التعاقد معه . ولكنه في نفس الوقت في حاجة الى التعامل ، فلاشباع هذه الحاجة تلجأ الى تعيين نائب كامل التمييز يقوم بابرام التصرفات التي يحتاج اليها ، وبهذه الوسيلة يمكن أن نقول دون افتراض أو اصطناع أن تصرفات النائب تلزم الاصيل بعد أن دعمنا هذا الاخير بصدد هذه التصرفات بالتمييز المتوافر لدى النائب .

---

(١) ما سبق هامش ١ من فقرة ٧٣ .

الفصل الثانى

نتائج النظرية من ناحية قدر الالتزام

١٥٣ ــ تمهيد :

يتناول هذا الفصل تحديد قدر الالتزام على ضوء نظريتنا ، ويتعلق هذا التحديد بمشكلة الغبن فى العقود . والغبن فى نظر الفقه الحديث قد يتعلق بتكوين العقد ويعالجه هذا الفقه فى نظرية الاستغلال ، وقد يكون غبنا لاحقا على تكوين العقد نتيجة حادث طارىء ويبحث فى نظرية الظروف الطارئة . وعلى أساس ان هناك ما يميز هذه النظرية بخطأ زائد فى مذهب الارادة أدى الى عجزه عن تفسيرها ، فاننا نقسم هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الاول ويتناول تصحيح الفكرة التعاقدية فى مشكلة الاستغلال ، وفى الفرع الثانى نفسر نظرية الظروف الطارئة .

ونشير هنا فيما يختص بالفرع الاول ، اننا سنبحث مشكلة الاستغلال من ناحية تأصيلية دون اهتمام كبير بالتفصيلات التى كتب عنها الكثير ، وانما نركز الأهتمام على شيوع ظاهرة الاستغلال نتيجة للتطورات الاقتصادية ، تلك التطورات التى ادت الى نشأة الاقتصاد الموجه ، الذى استتبع بدوره قيام ظاهرة التوجيه التعاقدى ، وهى الظاهرة التى تمثل الازمة الحادة التى يعانيها القانون المدنى الحالى .

الفـــرع الأول

تصحيح الفـــكرة التعاقدية فى مشكلة الاستغلال

١٥٤ ـــ التطورات الاقتصادية التى ادت الى شيوع ظاهرة الاستغلال :

يتطلب مذهب الارادة ان تكون الارادة التى تلزم صـــاحبها ارادة حـــرة وواعية ، اى يتوافر فيها شرطا الاختيار والادراك ، ومن ثم تكون الارادة معيبة اذا تعاقدت تحت تاثير اكراه او غلط .

ولكن الفقـــه المدنى التقليدى حصر منطقة العيب الذى يشوب الارادة فى واقعة واحدة هى واقعة الاتجاه الى التعاقد ، فاشترط فى الاكراه والغلط ان يكون من شـــانهما ان يمتنع المتعاقد عن التعاقد لو لم يقع ضحية لهما . اما الغلط او الاكراه الذى يؤثر على شروط التعاقد اى قدر الالتزام فقـــد اعرض الفقه عن التسليم باى اعتبار لهما واعتبر العقد فى هذه الحالة صحيحا وملزما بكل ما اشتمل عليه .

ولا نعدو الحقيقة اذا قلنا ـــ كما سيتضح فيما بعد ـــ ان هـــذه النظرة الجامدة كانت كارثة كبرى على علم القانون المدنى ، ابعدته عن واقع الحياة وعزلته عن تطوراتها ، مما اتاح الفرصة لاعظم بلبلة واضطراب فى تاريخ الانســـانية منذ ان بدات الثورة الصناعية حتى عصرنا الحاضر .

وقبل ان ننتقل الى ايضاح ما تقدم يحق لنا ان نتســـاءل : لماذا اقتصر الفقه على اعتبار الغلط والاكراه مؤثرين فى نشاة الالتزام وغير مؤثرين فى قدره ؟

يبدو ان السبب فى ذلك يرجع الى استعمال المدلول الخاطىء لفكرة الارادة بحملها على معنى الرغبة والمشيئة ، وهو المعنى الذى اشتقت منه قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين . وقد قامت هذه القاعدة على التصوير الفلسفى لمذهب الارادة المتاثرة بالنزعة الفردية فيما يقول به من ان الفرد هو الذى

يضع القانون الذى يخضع له ، والعقد فى ظل هذا التصوير هو قانون خاص لطرفيه . وعلى ضوء هـذه النظرة يشترط أن يكون العقد وآثاره من صنع المتعاقدين وحدهما . ومما يتنافى مع هذا الاصل أن يتدخل المشرع أو القاضى فى تعديل التزامات المتعاقدين بزيادة أو نقصان .

كما وأن هذه النظرة تتفق مع طبيعة الارادة ، فالارادة وحـدة لا يتصور تجزئتها ، فاما أن تكون صحيحة فتنتج آثارها ، واما أن تكون معيبة فلا يعول عليها . فاذا كان هناك غلط أو اكراه اثر فى شروط التعاقد ، فلا مناص اذا اعتبرت الارادة هنا معيبة أن يهـدم العقد جميعه ، لان الالتجاء الى نظام الانقاص لا يتمشى مع المبادىء التقليدية لنظرية البطلان المؤسسة على منطق مذهب الارادة (١) ولذلك آثر الفقه التقليدى شعوريا أو لا شعوريا الا يعول على العيب الذى يؤثر فى قدر الالتزام .

ولم يكن اتباع هذه النظرة ذا خطر فى بداية نشـأه مبدأ سلطان الارادة وميلاد المذهب الفردى فى أوائل القرن التاسع عشر قبـل ازدهـار الثورة الصـناعية . ذلك أن المعاملات فى ذلك العصر كانت تقوم غالبا بين أشخاص متساوين فى القوة تقريبا ، اذا كان قوام نظام الانتاج مشروعات صـناعية وتجارية صغيرة وكثيرة ، وهذا من شأنه أن يجعل المستهلك والعامل على قدم المساواة تقريبا مع التاجر ورب العمل (٢) . ففى ظل هذا الوضع تقوم المنافسـة بين المشروعات الصغيرة العديدة ولا يستطيع احدهما أن ينفرد باحتكار سلعة أو ينفرد باحتكار سوق العمل فيرغم المستهلكين والعمال على قبول شروطه ، ومن ثم يكون لدى المستهلك والعامل حرية الاختيار فى التعامل مع الكثيرين (٣) .

---

(١) قرب هذا المعنى ، فارجا : النظام العام الاقتصادى ٣ (١) فقرة ٣٢٧ .

(٢) فى هـذا المعنى موران : القـانون والعقد ١٩٢٧ ص ٢٧ جوسران : تطورات قانون الالتزامات والعقود منذ صدور القانون المدنى الفرنسى ، مقال بالكتاب التذكارى للقانون المدنى الفرنسى سنة ١٩٣٤ ص ٣٣ ، سـعيد النجار : نظرية الثمن ١٩٥٨ ص ٤١ ـ ٤٢ ، جمـال الدين سعيد : التطور الاقتصادى فى العالم فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ١٩٦٠ ص ٩٨ وما بعدها .

(٣) ومعروف أن السعر فى ظل المنافسـة الحرة يميل الى الانخفاض بحيث يقترب من تكاليف انتاج السلعة ويستقر عند حدها الادنى ، كما وأن المنافسـة الحرة فى سوق العمـل تتيح للعامل الحصول على أجر مناسب . راجع فى ذلك أوسكار لانج ، النظرية الاشتراكية ، الترجمة العربية ص ١١ ، أحمد دوبدار ، التخطيط الاقتصادى ١٩٥٨ ص ٧٥٥ ، عبد العزيز مرعى ومليس عبد الملك ، التوازن الاقتصادى ١٩٥٣ ص ٨٥ .

وفى ظل هذه الصورة الاول للراسمالية الحديثة ، نشأ مذهب الحرية الاقتصادية laissez-faire فيما دعا اليه من وجوب ترك الحياة الاقتصادية حرة طليقة لانها هى السبيل الامثل لحصول المستهلك على السلع والخامات ، ولانها بفعل العوامل الطبيعية تؤدى الى ايجاد حالة من التوازن، وتكفل انسجام مصلحة الفرد مع مصلحة المجموع ولا يجوز للدولة من ثم ان تتدخل بانظمتها الوضعية ، فتعرقل سير هذا النظام الطبيعى ، سواء بتوجيه عناصر الانتاج أو بتغير اسس الدخل أو بالتدخل فى الاثمان والاجور او تنظيم العلاقة بين رب العمل وبين العامل .

غير انه بازدهار الثورة الصناعية اخذ الموقف يتغير كلية بظهور نظام الانتاج الكبير الذى استتبع قيام المصانع الضخمة التى تنتج كميات هائلة من السلع وتستخدم اعدادا كبيرة من العمال ، واستتبع انشاء الشركات والمؤسسات الكبيرة،واستحوذت هذه الوحدات الكبرى على سلطات احتكارية بعد ان اضعفت ظاهرة المنافسة ، واصبح المستهلكون والعمال ازاءها ضعفاء ومنعزلين لا يسعهم الا الرضوخ لشروطها فيما يتعلق بثمن السلعة واجر العمل (١) .

ووقف فقهاء القانون المدنى فى تلك الوقت موقفا سلبيا من هذا الوضع الجديد رغم منافاته للعدالة ورغم تعارضه مع مصلحة المجتمع . فكان أن تدخل غيرهم لمعالجة هذا الوضع . وبصفة خاصة فقد استحوذ رجال الاقتصاد على بحث المسالة .

ثم اتجه جانب من الفقه المدنى اخيرا الى تطوير النظرية التعاقدية ، متاثرا فى ذلك بالافكار الاشتراكية التى تدعو الى منع الاستغلال وتهدف الى حماية المستهلكين والعمال .

---

(١) فى هذا المعنى ، ، سافاتييه : التحولات الاقتصادية والاجتماعية فى القانون المدنى الحالى ١٩٦٤ ، فارجا : النظام العام الاقتصادى ١٩٦٣ فقرتى ٣٦ ، ٣٧ ، ا. اليكسييف : القانون الاقتصادى الراسمالية الحديثة ، الترجمة العربية ص ١٩ ، محمد لبيب شنب : تاريخ الفكر الاقتصادى ص ١٣٠ .

والفرق بين الثمن فى حالة المنافسة الكاملة وبين الثمن فى حالة الاحتكار . انه فى المنافسة الكاملة يتعادل الثمن والنفقة الحدية ، بما يعنى أن المستهلك يشترى السلعة بقدر مساو لما تتكلفه نفقتها الحدية ، أما فى الاحتكار فان الثمن الذى تباع به السلعة يتجاوز دائما نفقتها الحدية . راجع فى ذلك ، سميد النجار : نظرية الثمن ص ٢٢٦ ، عبد الحكيم الرفاعى وعبد المنعم الطنامللى : أصول الاقتصاد السياسى جزء ١ فقرة ١٩٥ ، محمد حلمى مراد : أصول الاقتصاد جزء ١ فقرتى ٢٨٤ ، ٢٩٠ ، يحيى عويس : الاشتراكية ص ٤٦ .

ولكن هـــذا التطور فى الفكرة التعاقدية جاء على نحو استثنائى ، وجاء بعد أن سقط اللواء من رجال الفقه وتلقفه رجال الاقتصاد . وأصبح واجبا على الفقه القانونى أن يعيد النظر فى المسألة وأن ينقل دراستها من ميدان علم الاقتصاد الى ميدانها الطبيعى ، فيزيل الغموض والاضطراب القائمين ويحسم النزاع بين الرأسمالية وبين الاشتراكية ببيان أساس المسألة من الوجهة العلمية ، ولن يتم له ذلك الا بعد تصحيح الفكرة التعاقدية السائدة . وهذا ما سنحاوله فى الفقرات التالية .

١٥٥ — دخول مشكلة الاستغلال فى مجال النظرية التعاقدية وحدها :

عندما بدأ رجال الاقتصاد الاوائل فى بحث مشكلة القيمة ، لبيان وحدة القياس التى تتبادل بها السلع ، كانوا يهدفون الى اثبات أن الثمن الذى يدفع فى شراء السلعة سيكون متكافئا مع قيمتها بما فى ذلك الاجر الذى يتناوله العامل كثمن لسلعة « قوة العمل » التى يقدمها . وقـــد بدأ بحث مشكلة القيمة فى عصر الرأسمالية التنافسية على يد أنصار مذهب الحرية الاقتصادية الذين أرادوا تدعيم مذهبهم بالقول بأن التبادل فى ظل التعامل الحر يتم بطريقة عادلة ، فتباع السلعة بالسعر المناسب ، ويحصل العامل على الاجر المساوى لما يبذله من جهد ، « . . . ذلك لانهم لم يكونوا يهدفون الى مجرد التفسير ، وانما أرادوا أن يبرروا أيضا ، كما أرادوا ان يوضحوا ، أن كل فرد سيحصل على حقه دون زيادة أو نقصان فى عالم يسوده التبادل الحر . ولقد احسوا أن عليهم أن يصوروا كيف أن مجتمعا من المتنافسين الاكفاء سيمنح كل رجل قيمة ماينتجه بطريقة عادلة ان لم يمنحه ما ينتجه فعلا . لقد حاولوا أن يبرروا جدوى وجود هـــذا النظام الذى بشروا به عن طريق هـــذه الثمرات التى يحققهـــا » (١) .

وعندما تحولت الرأسمالية التنافسية الى رأسمالية احتكارية يتركز الجزء الاكبر من الانتاج فى وحدات قليلة العدد ، ومن ثم اختفاء عامل المنافســـة او اضعافه ، أتاح ذلك للرأسماليين أن يبيعوا منتجاتهم بأكثر من السعر العادى

---

(١) جون ستراشى : الرأسمالية المعاصرة ص ٣٩ .

الذى يسود فى ظل المنافسة الكاملة وهو السعر الذى يقترب من نفقة الانتاج ، وان يستخدموا الوقت العمال بأجور بخسة لا تتناسب مع مجهودهم .

وكان معنى ذلك فى نظر رجال الاقتصاد وغيرهم ممن اقلقهم هذا التحول فى طبيعة الرأسمالية ، أن السلعة اصبحت تباع باكثر من قيمتها العادلة ، وان العامل لا يحصل على القيمة الحقيقية للسلعة التى يقدمها وهى «قوة العمل» . وبذلك ظهر أن النظام الرأسمالى الاحتكارى يلحق ظلما بالمستهلكين والعمال لانهم لا يحصلون فى ظله على حقوقهم كاملة . وكان رد الفعل لذلك منادأة البعض بوجوب تدخل الحكومة لتهذيب الرأسمالية وقمع استغلالها ، ومنادأة الآخرين بالنظرية الاشتراكية التى تهدف الى اقامة عدالة اجتماعية واعطاء الفرد حقوقه كاملة .

وهنا نقف طويلا ونتساءل : اليست مسألة العدالة التى اثارها رجال الاقتصاد الاوائل فى بحثهم لمشكلة القيمة مسألة قانونية ؟ وبمعنى اخص اليست هذه المسألة متعلقة بعلم الحقوق ، لان القيمة العادلة وتحديدها ليست الا تحديدا للحق الذى يحصل عليه المتبادل سواء اكان مستهلكا او عاملا ؟ وبعبارة اكثر تحديدا اليست هذه المسألة تتعلق اساسا بتحديد مضمون الحقوق والالتزامات التى تنشأ عن التعاقد فى مجالى البيع وايجار العمل ؟ اليست آفة الرأسمالية الاستغلالية هى انه فى سيرها ما يجعل فئة قليلة تستولى من غالبية الشعب على اكثر من حقوقها ؟ اليس التفاوت الكبير فى الدخول والثروات — وهو سمة النظام الرأسمالى وسيئته — الا نتيجة للغبن الذى يلحق المستهلكين والعمال فى تعاقدهم مع المنتجين وأرباب الاعمال؟ اليست الثروات الفاحشة التى يجنيها الرأسماليون الاستغلاليون انما تأتى عن طريق ما يبرمونه من عقود مع المستهلكين والعمال ؟ .

فهل تدخل نظرية القيمة بهذا المعنى ، وهل تدخل النظرية الاشتراكية وذلك هو هدفها ، فى مجال علم الاقتصاد ، فيختص هذا العلم بتحديد نحوى العلاقة التعاقدية وعلاج ما ينشأ عن الاستغلال الرأسمالى فى ميدان التعاقد ؟.

هذا ما يظهر أن رجال الاقتصاد قد فهموه منذ ان ظهر علم الاقتصاد الحديث ، وبدأ مع ظهوره نشأة مذهب الاقتصاد الحر ، الذى كان يعتبر مبدأ

حرية التعاقد اهم مقومات النظام الاقتصادى الرأسمالى ، كما سبق ان اوضحنا من قبل .

وهذا ما يظهره ، ان ماركس قد فهمه أيضا ، فهو يقول : « لقد انتهيت الى نتيجة ، وهى أن العلاقات القانونية وكذلك صور الدولة لا يمكن أن تفهم فى ذاتها ولا أن تفسر بوساطة ما يسمى بالتقدم العام للعقل البشرى ، لان جذورها تكمن فى الظروف المادية للحياة التى يسميها هيجل .. المجتمع المدنى . ان التكوين التفصيلى للمجتمع المدنى ينبغى أن نبحث عنه فى الاقتصاد السياسى » (١) ويقول أيضا فى معنى أوضح وفى عبارات مباشرة : « من الواضح أن السلع لا تشق سبيلها الى السوق او تتبادل فيما بينها من تلقاء ذاتها . ولهذا صار من المتعين علينا أن ندرس اعمال وتصرفات أولئك الحفاظ على السلع أو المالكين لها .. وحتى يتسنى خلق علاقة بين السلع وجب على مالكيها أن ينشئوا فيما بينهم علاقة بصفتهم افراد ، تكمن ارادتهم فى تلك الاشياء ، وينبغى أن يتصرفوا بحيث لا يختص كل منهم بسلعة الآخر أو يفرط فى سلعته الا بعمل من الرضاء المتبادل .. وهذه العلاقة القانونية التى يعبر عنها بالتعاقد .. علاقة اختيارية تنعكس عليها الصلة الاقتصادية وهذه الصلة الاقتصادية هى التى تعين محتوى العلاقة القانونية او الاختيارية » (٢) .

اى ان رجال الاقتصاد على اختلاف مذاهبهم فهموا أن القانون يقتصر دوره على وضع اطار العلاقة التعاقدية ، اما كنه هذه العلاقة ومحتواها — وهو ما يتوقف عليه حل مشكلة القيمة — فلا شأن للقانون بذلك وانما يتولاه علم الاقتصاد باعتباره مسألة اقتصادية .

وهكذا بدأ الانحراف الذى سيطر على الفكر الاقتصادى ، واشاع فيه الاضطراب والبلبلة ، وأغرق هذا الفكر فى طوفان من الخلافات واشتات عديدة مما يسمى بالنظم الاقتصادية ، لم ينته منها بعد الى حل حاسم ، نتيجة عدم بحث المسألة فى نطاقها الصحيح .

---

(١) مشار اليه فى كتاب ايسيا برلين : كارل ماركس ص ١٠٣ .

(٢) رأس المال لكارل ماركس ، ترجمة راشد البراوى ج ١ ص ٤٨ .

فليس من المعقول ان يبين علم الحقوق متى وكيف ينشأ الحق فى الرابطة التعاقدية ، ولا يبين قدر هـــذا الحق ، وليس من المعقول ان تكون المسألة مسألة عدالة تتناول اعطاء كل ذى حق حقه ثم يختص بها علم الاقتصاد وليس موضوعه الا اشباع الحاجات وتنظيم الانتاج لمواجهتها ولا علاقة له علاقة أصولية بفكرة العدالة . واذا كانت القيمـــة العادلة وعدالة التوزيع تؤثر ولا شك فى انتظام الانتاج وتقدمه ، فليس ذلك لان عامـــل العدالة عامـــل اقتصادى ، بل شأنه فى ذلك شأن اى عامل آخـــر كعامل الصحة وعامل الاخلاق وعامل التقدم العلمى . فمن شأن اى من هذه العوامل ان يؤثر فى سير الانتاج ولكن ليس معنى ذلك انه يعتبر عاملا اقتصاديا .

واذا كان مما لا شك فيه اذا ان تحديد فحوى العلاقة التعاقدية بتحديد القيمة العادلة اى قدر الالتزام والحـــق ، أمر يختص بـــه علم الحقوق ، فلا يقبل ان يشترك معه فى هـــذه المسألة علم الاقتصـــاد ، فتتداخل المسألة الواحدة فى نطاق علمين . واذا كان علم الاقتصاد البحت يهتم بهذه المسألة ، فلا يرجع ذلك لانها تدخل فى نطاقه او انها أصل من اصوله ، بل لانها بالنسبة له بمثابه واقعة تؤثر فى حسن سير الانتاج .

وقد اشرنا من قبل كيف بدا رجال الاقتصـــاد من انصار مذهب الحرية الاقتصادية فى اقحام هذه المسألة فى بحثهم ، عندما ارادوا ان يدللوا على ضرر تدخل الدولة فى الشـــئون الاقتصادية بحجة ان نظام التبادل الحـــر لا يؤدى فقط الى وفرة الانتاج واتقانه وموازنته ، بل يؤدى الى حصـــول كل شخص على القيمة العادلة للسلعة التى يتبادلها مع الآخرين .

ويعتبر مبدأ حرية التعاقد بمفهومه المستمد من مذهب الارادة من أهم مقومات المذهب الحر فى النظام الراسمالى ، « فالنظام الراســمالى يقوم على حرية التبادل ومن هنا فانه يعتبر نظام سوق ، بل ويلاحظ أن حرية التعاقد فى سوق العمل تعتبر من اهم مقومات الراسمالية ، وبلغ من اهمية عقد العمل ان ماركس وجد فيه الوجه المميز للنظام الراسمالى » (١) .

---

(١) رمزت المحجوب : الاقتصاد السياسى ج ١ الطبعة الثانية ١٩٥٨ ص ٥٦ .

١٥٦ ــ الفراغ الذى خلفته الفكرة التعاقدية المستمدة من مذهب الارادة :

عندما نشأت الفكرة التعاقدية التقليدية المستمدة من مذهب الارادة ، لم يكن ملحوظا وقتئذ شيوع حدوث استغلال فى المبادلات ، فقد كان التعامل يقوم غالبا بين أشخاص متساوين فى القوة ، اذ لم يكن هناك تفاوت ظاهر بين مركز المنتج وصاحب العمل وبين مركز المستهلك والعامل ، فالمساواة الفعلية كانت سائدة ، بسبب صغر حجم المشروعات الانتاجية وكثرتها وخضوعها من ثم لعامل المنافسة . وعلى ذلك فلم يكن فى استطاعة المنتج ورب العمل التحكم فى المستهلك والعامل .

وفى ظل هذا الوضع اعتقد انصار مذهب سلطان الارادة أن كل التزام ينشأ عن التعاقد هو بالضرورة مطابق للعدالة ومن ثم استبعدوا الطعن على العقد بالغبن ، لعدم شيوع هذا العيب فى ذلك العصر .

وكانت النظرة العامة او النظرة السياسية تتمشى مع هذا الاتجاه القانونى ومع فلسفة مذهب الحرية الاقتصادية ، فقد كان التفكير الذى سبق قيام الثورة الفرنسية والذى مهد لها يعتقد أن الديمقراطية السياسية يستتبع تطبيقها تلقائيا spontanément تحقيق ما يسمى بالديمقراطية الاقتصادية ــ الاجتماعية ، لأنه فى ظل المساواة التى تسود فى مجتمع حر لن يكون هناك سبيل لتحكم شخص آخر واملاء مشيئته عليه ، بل سيخضع جميع العاملين فى الميدان الاقتصادى الى قوانين طبيعية تعمل على تحقيق العدالة والمصلحة العامة دون أن يكون لاحد فى هذا المجال سيطرة عليها (١) .

ولكن هذا المجتمع الذى نشأت فى ظله هذه النظرية سرعان ما تغيرت صورته بتقدم الثورة الصناعية التى قلبت الراسمالية من رأسمالية تنافسية قوامها وحدات انتاجية صغيرة وكثيرة العدد الى رأسمالية استغلالية نتيجة تركز الجزء الاكبر من الانتاج فى وحدات كبرى قليلة العدد وذات سلطة احتكارية هائلة .

وكانت النتيجة المباشرة لهذه الصورة الجديدة للراسمالية ان الاسعار ارتفعت ارتفاعا كبيرا عن مستوى نفقة الانتاج وان أجور العمال انخفضت الى حد الكفاف .

---

(١) فيديل ، القانون الدستورى ج ١ سنة ١٩٤٩ ص ١٩٩ وما بعدها .

فماذا كان موقف الفكر القانونى من هذا النموذج الجديد للراسمالية فيما انطوى عليه من مظالم ؟

لقد ظلت الفكرة التعاقدية الاولى التى نشأت فى بيئة الراسمالية التنافسية مسيطرة على أذهان رجال الفقه المدنى ، وظلوا على ولائهم لفكرة أن العقد شريعة المتعاقدين كما تقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ وان الغبن كما تقول المادة ١١١٨ منه لا يعيب الاتفاقات . ولم ينتبهوا الى أن اختلال المساواة الفعلية بين المتعاقدين يوجب عليهم تعديل فكرتهم لأن هذا الاختلال ليس الا ظاهرة قانونية مرضية مردها وقوع المتعاقد تحت تأثير غلط او اكراه ، وظلوا على قولهم ان الغلط او الاكراه لا يعيب العقد الا اذا كان مؤثرا فى واقعة الاندفاع الى التعاقد فقط ، ومن ثم لم يجدوا أى مطعن قانونى على عقود البيع والعمل التى يستغل فيها المنتجون المستهلكين فيبيعون لهم بربح فاحش ، والعمال فيستخدمونهم باجور زهيدة .

والتزمت المحاكم هذا الاتجاه بدعوى أن العقد شريعة المتعاقدين ، ففى حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٥٢ الغت هذه المحكمة قرارا لمحكمة العمال conseil de prud'homme يقضى برفع أجر عامل وزيادته عن الاجر البخس الذى كان متفقا عليه بينه وبين رب العمل ، وقالت محكمة النقض فى ذلك : « ... لا يجوز لأية هيئة قضائية أن تخالف اتفاقا أبرم شرعا فتقرر أجرا غير الاجر المتفق عليه ، فمثل هذا القرار التحكمى لا يتضمن مخالفة صريحة للمادة ١١٣٤ فقط بل يخالف ايضا كل القواعد التشريعية الخاصة بحرية التجارة والصناعة » (١) . وطبقت المحاكم المبدأ نفسه بالنسبة للوائح التى يضعها صاحب العمل لتطبق على العمال ، واعتبرتها ملزمة للعامل لانه ارتضى ضمنا أن يخضع لها عندما تعاقد مع رب العمل .

وقد تعرض هذا الاتجاه الذى انحرف عن البصر بالواقع لسخرية رجال الاقتصاد ، فيقول فردريك انجلز متهكما : « ماذا يحدث بعد أن يدخل

---

(١) نقض ١٨٥٢/١٢/٢٠ سيرى ١٨٥٣ — ١ — ١٠١ .

العامل المصنع ؟ هناك يجد صاحب العمل مشرعا مطلق السلطات يصدر التنظيمات حسب ارادته وهواه ويغير قانونه ويضيف اليه اشياء كما يريد ، وحتى لو وضع السخف على هذه اللوائح لقالت المحاكم للعامل : « ما دمت قد تعاقدت بمحض ارادتك الحرة فعليك أن تنفذ التعاقد » (١) .

وظل الفكر القانونى حبيس تلك الفكرة الخاطئة المستمدة من مبدأ سلطان الارادة فقد كان هذا المبدأ بمثابة عقيدة بديهية لدى الفقه القانونى حتى فى البلاد التى لم يكن لها تقنين مكتوب ينص على هذا المبدأ . وزاد من ضيق افق الفكر القانونى الفرنسى وقتئذ وعدم بحثه للمشكلة من الوجهة العلمية انتشار نفوذ مدرسة الشرح على المتون الذى يقول أحد فقهائها بينيه Bugnet انى لا اعرف القانون المدنى ، وانما ادرس تقنين نابليون . ويقول فقيهها الاخر ديمولومب « ان شعارى والعقيدة التى اؤمن بها هى النصوص قبل كل شىء » ولم يلحظ الفكر القانونى أن هذه النصوص قد وضعت فى عصر كانت المساواة الفعلية سائدة فيه وأن مبدأ سلطان الارادة نشأ فى وقت يفترض هذه المساواة ، ولم يلحظ ما لاحظه ماركس فى قوله : « لقد احدثت الآلات ثورة فى العلاقات القانونية بين شارى قوة العمل وبائعها وهى الثورة التى بسببها فقدت العملية كلها حتى مظهر التعاقد بين افراد أحرار » (٢) .

وهكذا وقف الفكر القانونى موقفا سلبيا ، بل موقفا مؤيدا لمظالم النظام الرأسمالى الاستغلالى اعتقادا منه بأن استغلال المستهلكين والعمال ليس أمرا معيبا قانونا . ولكن هذا لم يمنع من ارتفاع صيحات الاحتجاج من كل جانب ضد مفاسد الرأسمالية ، ولم يمنع من ملاحظة أن أوضاعها الاستغلالية تتنافر تماما مع الشعور البديهى بالعدالة ومع مصلحة المجتمع .

---

(١) مشار اليه فى رأس المال لكارل ماركس الترجمة العربية ج ١ هامش ص ٢٦٧ .
(٢) كارل ماركس : رأس المال ج ١ ص ٣٤٠ ، ويلاحظ أن ماركس بدأ دراسته الجامعية فى كلية الحقوق ، بحضر الفقه على الفقيه الالمانى سافينى ووانطلب على ذلك لفترتين دراسيتين (راجع فى ذلك مؤلفا يسيا برلين عن كارل ماركس ص ٥٤) . ومعروف أن سافينى هو زعيم مذهب الارادة فى الفقه الالمانى .

وكان ان تلقف رجال الاقتصاد الكرة ، لمناسبة حدوث الاستغلال الراسمالى فى مجال عملية الانتاج ، والانتاج مسالة اقتصادية ، ولمناسبة شيوع هذا الاستغلال نتيجة تطور أساليب الانتاج ، فنادى بعضهم بالتدخل الحكومى لتهذيب الراسمالية وقمع استغلالها ، ونادى آخرون بضرورة الاطاحة بالنظام الراسمالى من أساسه وجعل الانتاج مملوكا للدولة تديره لحساب المجموع حتى لا يقع أحد ضحية للاستغلال .

ومن هنا بدا الخطا العلمى فى معالجة المشكلة ، فشيوع ظاهرة الاستغلال اذا كان قد حدث نتيجة لتطور أساليب الانتاج ، فان هذا لا يعنى انها ظاهرة اقتصادية يتولى علم الاقتصاد بحثها وقمعها ، والا فقد صاحب تطور أساليب الانتاج شيوع ظواهر أخرى كانتشار أمراض معينة مثلا فى المناطق الصناعية ولم يقل أحد بان علم الاقتصاد هو الذى يتولى معالجتها . ولا غرابة فى هذا التشبيه ، فقد ادى بحث المشكلة فى علم الاقتصاد وخروجه بذلك عن النطاق العلمى الصحيح ، الى عدم الاحاطة باصل المسالة والى عدم وضوح الرؤية فيها ، وهو ما ادى بالتالى الى خروج البحث من مجال العلم المجرد المحايد الى مجال التعصب المذهبى ، بما أصاب ولا زال يصيب الانسانية باعظم الكوارث فى الصعيد الداخلى وفى الصعيد الدولى .

وقد نشا هذا الخطا العلمى كما قلنا نتيجة لتخلى الفقه المدنى التقليدى عن معالجة المشكلة بسبب فراغ النظرية التعاقدية السائدة وقتئذ ، ولكنه لما كانت ظاهرة الاستغلال انما تخص ميدان التعاقد القانونى وقمعها انما يجرى أعماله فى هذا الميدان ، فقد استعار الفقه المدنى بعض الأفكار (الاقتصادية) ليعالج بها شيوع ظاهرة الاستغلال ؛ واخذ القانون المدنى نتيجة لذلك يفقد جزءا كبيرا من ذاتيته بفعل هذا الغزو (الاقتصادى) على حساب الحقيقة العلمية . وبتاثير هذا الوهم اعتقد الفقه القانونى ان الحلول القانونية محكومة بالمبادىء الاقتصادية ، كما اخذ علماء الاقتصاد يتحدثون عن تبعية القانون للاقتصاد ، ويقررون انه ليس علما قائما بذاته بل هو مجرد صدى للاقتصاد (١) .

---

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال ، بودان : مختصر الاقتصاد السياسى ، المقدمة .

وكانت أول استعارة للفقه المدنى فى هذا الخصوص ، هى محاولته تمع الاستغلال فى عقود الاذعان ، لما تتميز به حسب قوله بانعدام المساواة الاقتصادية بين طرفيها بسبب ما يتمتع به الطرف القوى من احتكار قانونى أو فعلى لسلعة ضرورية بما يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

ثم اخذ الفقه يتوسع فى معالجة مشكلة الاستغلال ، باستعارته فكرة الاقتصاد الموجه l'économie dirigée للقول بفكرة التوجيه التعاقدى dirigisme contractnel ويسلم فى هذا الشأن فيما يقول به الاستاذ رواست من ان الاقتصاد الموجه هو الذى أدى الى العقد الموجه (١) .

ووجد الفقه الحديث فى فكرة معروفة له سلفا ، هى فكرة المشروعية ، تكئة قانونية يستفد اليها فى تبرير تمع ما ينشأ فى ميدان التعاقد من استغلال نتيجة عوامل (اقتصادية) . وابتدع فى هذا الشأن فكرة النظام العام الاقتصادى (٢) l'ordre public économique.

١٥٧ ــ تصحيح الفكرة التعاقدية :

قلنا أن السبب الذى أدى الى عدم اعتداد الفكرة التعاقدية التقليدية بتأثير عيبى الغلط والاكراه على شروط التعاقد وقصرها مجال اعمال هذا العيبين على واقعة الاندفاع الى التعاقد فقط ، يرجع الى استعمال المدلول الخاطىء لفكرة الارادة بحملها على معنى الرغبة والمشيئة تمشيا مع التصوير الفلسفى لهذا المذهب القائم على أن الفرد هو الذى يضع القانون الذى يخضع له وأن العقد من صنع المتعاقدين وحدهما وهو شريعتهما . ومن ثم لا يتمشى مع هذه النظرة ان يتدخل غيرهما فى تعديل مضمون العقد وآثاره . وقلنا أيضا أن هذا هو ما يتفق مع طبيعة الارادة ، بصفتها وحدة لا تقبل التجزئة ، فاما أن تكون صحيحة فيلتزم صاحبها بكل ما اتجهت اليه

---

(١) راجع فى ذلك ، سمير تناغو : الالتزام التعاقدى ١٩٦٥ ص ١٤٦ ــ ١٤٧ .

(٢) ويلاحظ أن الفقه القانونى يفرق بين نظام عام اقتصادى حمائى يستهدف حماية الطرف الضعيف ضد الطرف القوى واعادة التعادل بين الالتزامات العقدية ، ومخالفة هذا النظام ترتب بطلانا نسبيا ، وبين نظام عام اقتصادى يستهدف تنظيم الانتاج وحسن سيره ، ومخالفته ترتب بطلانا مطلقا . (راجع فى ذلك رسالة فارجا من النظام العام الاقتصادى فقرات ١٥٦ وما بعدها). وتتمشى هذه التفرقة بوجه عام مع ما سبق أن ذكرناه فى مبحث المشروعية (راجع ما سبق فقرة ١١٥) ، فالنظام العام الاقتصادى الحمائى يتعلق باساس الالتزام العقدى لانه يستهدف حماية المتعاقد من استغلاله نتيجة اكراه او غلط . اما النوع الثانى فيتعلق بمسألة اقتصادية بحته ، ومن ثم فهو وحده الذى يدخل فى المشروعية فى النطاق الذى سبق ان حددناه .

واما الا تكون كذلك فلا يعول عليها فى اية ناحية . وقلنا ان الفقه التقليدى اغفل النظر الى تأثير عيبى الغلط والاكراه على شروط التعاقد لعدم شيوع هذه الظاهرة فى العصر الذى نشأ فيه مبدأ سلطان الارادة . فلما تغير الوضع بشيوع هذه الظاهرة فى ظل الرأسمالية الاحتكارية لم يستطع الفقه المدنى المتأثر بنصوص القانون أن يغير من فكرته وان يوسع من أفقه ويبحث المسألة من الناحية العلمية .

وقلنا ان المسئولية هى المدلول الصحيح للارادة كأساس للالتزام العقدى . وركنا المسئولية الادراك وحرية الاختيار . واختلال اى من هذين الركنين يؤثر على واقعه الاندفاع الى التعاقد ، كما يؤثر على شروط التعاقد . فقد يكون المتعاقد مدركا وحرا فى الاتجاه الى التعاقد ، ولكنه يكون فى نفس الوقت قد وقع ضحية غلط او اكراه بالنسبة لمضمون العقد اى قدر الالتزام . ولن يصادفنا فى معالجة هذا الوضع العقبة التى صادفت مذهب الارادة وهى النظر الى العقد على انه شريعة المتعاقدين وعلى انه من صنعهما وحدهما ، ولن تصادفنا هنا طبيعة الارادة بصفتها وحدة لا تقبل التجزئة ، فالمسئولية كما قلنا كيف وكم . وصفتها الأخيرة تقضى بانه اذا كان قدر الالتزام يختلف فى حالة ما اذا كان المتعاقد على بينة واختيار بالنسبة لشروط العقد عنه فى حالة ما اذا كان قد تعاقد تحت تأثير غلط او اكراه ، فان النظر الى الغلط والاكراه كعيبين فى المسئولية يقتضى تعديل قدر الالتزام المتفق عليه الى القدر الذى يعتقد انه كان سيقع الاتفاق عليه لو لم يكن احد المتعاقدين ضحية غلط او اكراه ، لأن الفرق بين القدرين انما جاء نتيجة لهذين العيبين ، ولا يجوز ان يترتب عليهما اى أثر ، والا كان القول بغير ذلك تسليما بانهما ليسا بعيبين . والفرق بين القدرين هو ما يستولى عليه احد المتعاقدين من المتعاقد الآخر فى استغلاله لضعفه وجهله ، ومن ثم فان تعديل مضمون العقد على ذلك النحو يستلزمه الأساس الذى يقوم عليه الالتزام ويستوجبه وضع الأمور فى نصابها الصحيح .

وخطأ الفكرة التقليدية انها اعتدت فقط بما أسمته بالمساواة القانونية بين المتعاقدين وتمنى بها عدم وقوع احد المتعاقدين ضحية غلط او اكراه دافع الى التعاقد ، ولا تعتد بما أسمته بالمساواة الفعلية او الواقعية او

الاقتصادية وهى التى لا يكون فيها احد طرفى العقد فى مركز ضعيف بالنسبة للمتعاقد الآخر فيما يختص بشرط المتعاقد .

والخطأ هنا يكمن فى ان ما اسميته النظرية التقليدية بالمساواة الفعلية او الواقعية او الاقتصادية ، انما هى مساواة قانونية ايضا ، لانها ترتد الى نفس الاساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام ، ونعنى عدم وقوع احد المتعاقدين فى غلط او اكراه مؤثر على قدر الالتزام . واختلال هذه المساواة بتأثير هذين العيبين انما هو ظاهرة قانونية مرضية فى مجال التعاقد . وهذان العيبان هما اللذان استغلهما الرأسماليون الاحتكاريون فى الحصول على اكثر مما يستحقون وفى اعطاء اقل مما يجب فى تعاقدهم مع المستهلكين والعمال .

واذا كانت تلك الفكرة الخاطئة قد سيطرت على الفقه القانونى فان القضاء الفرنسى قد خرج عليها فى بعض الحالات ، واعتدلا شعوريا بعيب الغلط فى تأثيره على قدر الالتزام . ومن قبيل ذلك ما اضطرد عليه هذا القضاء من انقاص اتعاب وكلاء الاعمال المتفق عليها بينهم وبين موكليهم . ومد نطاق هذا الحكم بالنسبة لاجور الاطباء والمحامين والمهندسين ومن فى حكمهم .

والحقيقة أن القضاء الفرنسى فى انقاصه لاتعاب وكلاء الاعمال انما لاحظ دون أن يصرح بذلك خشية اصطدامه بالفكرة التعاقدية السائدة ان الموكل لا يكون فى اتفاقه مع الوكيل على بصيرة كافية بالاجر المناسب للعمل (١) . ويرجع هذا الى اعتبارات خاصة فى الاتفاقات التى تبرم مع وكلاء الاعمال ، اذ أن الاعمال التى ينبغى على هؤلاء القيام بها انما هى اعمال ذات طابع خاص مصطبغ بصبغة فنية . وهذا ما يجعل الموكل — او من شبهوا به — غير قادر فى اغلب الاحيان على تقدير القيمة الحقيقية لتلك الاعمال . كما أن هناك عاملا آخر ، هو عدم خبرة هذا الاخير امام رجل الاعمال ، وهو رجل محترف . فوكيل الاعمال بوجه عام ، يعرف على وجه الدقة مدى ما يلتزم به ازاء الطرف الآخر . وهو يستغل فى هذا الاخير جهله وعدم خبرته ويفرض عليه اتعابا مرتفعة جدا » (٢) .

(١) توفيق فرج ، نظرية الاستغلال فقرة ٩٤ .
(٢) راجع فى ذلك ديمرج جـ ١ فقرة ٣٩٤ .

وقد اخذ الفكر القانونى الحديث يتجه اخيرا الى الخروج على الفكرة التعاقدية التقليدية الجامدة التى لا تعتد بتأثير الغلط والاكراه الا فى واقعة الاتجاه الى التعاقد فقط — فابتدع نظرية عقود الاذعان واقام نظرية عامة للاستغلال . وفى كليهما يوجد متعاقد مغبون : فى الاولى نتيجة ما يتمتع به الطرف القوى من مركز اقتصادى متفوق يرجع الى احتكاره سلعة ضرورية ، وفى الثانية نتيجة ظروف شخصية اصابت ارادة الطرف المغبون بالضعف . واجاز الفكر القانونى الحديث فى النظرية الاولى الغاء الشروط التعسفية ، وفى النظريتين تعديل العقد بما يعيد التوازن والتناسب بين التزامات طرفيه .

وكان ممكنا ان يتقدم الفكر القانونى فيبصر بالحقيقة كاملة ، ومن ثم ينقل دراسة المسألة من ميدان علم الاقتصاد الى ميدان علم الحقوق وهو ميدانها الطبيعى ، ويفهم ان كفة الراسمالية الاستغلالية انما هى كفة قانونية وانها تستحوذ على اكثر مما تستحق نتيجة عدم ادراك من تستغلهم وضعفهم ازاءها ، وان الاجراءات الاشتراكية (وهى متبعة حتى فى بعض دول النظام الراسمالى) انما هى اجراءات قانونية وقائية وعلاجية ، وبذلك يحسم الخلاف العقائدى الناشب بين الراسمالية وبين الاشتراكية ببحث المشكلة بحثا علميا لا يدع مجالا للتعصب المذهبى الاعمى ، الا أن ذلك لم يتحقق حتى الآن لعدة اسباب نوجز اهمها فيما يلى : **اولا** ، ان الفكرة القانونية الحديثة فى نظرية عقود الاذعان ونظرية الاستغلال لم تسيطر بعد فى كل التشريعات ، ولا زالت مع ذلك تعتبر فى التشريعات التى تبنتها استثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد وقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين . **ثانيا** ، ان الفكرة الحديثة لم تستحدث اساسا نتيجة تعديل ذاتى فى النظرية العامة للعقد وانما استحدثت غالبا بتأثير خارجى من الأفكار الاشتراكية . **ثالثا** ، ان الاعتقاد السائد فى الفقه المدنى هو أن تطبيق القانون المدنى انما ينحصر فى دائرة الفصل فى المنازعات ، فى حين ان تحقيق العدل بصورة مرضية لا يمكن ان يتم فى ساحة القضاء وحدها ، وانما يتحقق العدل على نحو أوفى باتخاذ اجراءات وقائية تمنع مقدما وقوع الظلم ، فمن غير المجدى ان تترك

---

(١) توفيق فرج : نظرية الاستغلال فقرة ٩٤ .

الراسمالية الاستغلالية تسلب حقوق الملايين من مستهلكين وعمال على ان يكون لهؤلاء حق الالتجاء الى المحاكم لاستعادة حقوقهم المسلوبة ، فهذا امر مستحيل ، والقانون المدنى كاى علم آخر لا يمكن عن طريق العلاج وحده ان يحقق اهدافه تحقيقا كاملا .

١٥٨ ـــ القيمة العادلة فى نظريتنا ونقل حل المشكلة من علم الاقتصاد الى علم الحقـــوق :

راينا أن المسئولية ـــ وشرطيها الادراك وحرية الاختيار ـــ هى أساس نشأة الالتزام واساس تعيين قدره ، فاذا كان هناك غلط او اكراه فى واقعة الاتجاه الى التعاقد اى فى واقعة نشأة الالتزام فان الالتزام لا يتولد . أمـــا اذا كان المتعاقد مدركا ومختارا فى واقعة التعاقد ذاتها ولكنه كان غالطا او مكرها فى مضمون التعاقد ، فان الالتزام ينشأ ولكن يتعين تعديل هذا المضمون الى القدر الذى يعتقد انه كان سيقع الاتفاق عليه لو لم يكن المتعاقد ضحية غلط او اكراه .

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا ان نعتبر القيمة العادلة لسلعة ما (ويدخـــل فيها سلعة قوة العمل) هى تلك القيمة التى يتفق عليها المتعاقدان وكلاهما فى حالة ادراك وحرية اختيار .

وعدالة القيمة فى ظل هذا التعريف نرجع الى أن الادراك يتيح لكل من المتعاقدين أن يقدر تقديرا صائبا المقابل الذى يقدمه للمتعاقد الآخر على ضوء العوامل المختلفة التى يعرفها والتى تتيح له سلامة التقدير . أما حرية الاختيار ـــ وتعنى فى اللغة الحاضرة توافر المساواة الفعلية أو الاقتصادية بين المتعاقدين ـــ فانها تضمن عدم قدرة احد المتعاقدين على التحكم فى الآخر فلا يستطيع أن يفرض عليه سعرا او شروطا غير مناسبة .

وهذا هو ما حدث تماما فى حالة المنافسة الكاملة ، وشروط قيامها كمـــا يذكرها رجال الاقتصاد انما ترتد الى شرطى العلم بالحقائق وحرية المتعاملين . فاهم شروطها فى رايهم هى توافر العلانية وتعدد البائعين والمشترين وعدم تفوق احدهم على الآخر وعدم حدوث تواطؤ من جانب العرض او من جانب الطلب . وقد راينا أن السعر فى حالة المنافسة الكاملة يميل الى الانخفاض

بحيث يقترب دائما من تكاليف نفقة انتاج السلعة ويستقر عند حدها الادنى وانه فى حالة الاحتكار يتجاوز سعر السلعة نفقة انتاجها دائما فيحصل المحتكر على ربح استثنائى . والفرق بين الربح العادى وبين الربح الاستثنائى هو الفائض الذى يحصل عليه المحتكر نتيجة ضعف المتعاقد معه وجهله . وهو فائض لا مقابل له ؛ لانه اذا كانت السلعة الواحدة تباع فى حالة الاحتكار بسعر اكبر من السعر الذى تباع به فى حالة المنافسة الكاملة فالسلعة هى هى لم تتغير ولم تزد قيمتها شيئا ؛ مع بقاء جميع الظروف فى الحالتين على ما هى عليه .

واذا كان قد اتضح لنا مما تقدم أن القيمة العادلة مسألة يختص بها علم الحقوق فى النظرية التعاقدية وأن القيمة العادلة تتحدد بتوافر الادراك وحرية الاختيار لدى المتعاقدين ، وان الغلط والاكراه من شانه ارتفاع السعر عن القيمة العادلة ؛ افلا يحق لنا ان نقول ان مشكلة القيمة من هذه الزاوية انما هى مشكلة قانونية وليست اصلا من اصول علم الاقتصاد ؟ ثم ان الاقتصاديين انفسهم يسلمون بأن ما يسمى بالمذاهب الاقتصادية ليست اقتصادا خالصا ، فيقررون انه « لا يصح ان تؤخذ المذاهب الاقتصادية على انها منفصلة عن الفكر الانسانى اذ انها تتصل من حيث موضوعها ومن حيث تطورها اتصالا وثيقا بهذا الفكر حتى ليمكن القول ان الحديث عن المذاهب الاقتصادية يعنى فى نفس الوقت الحديث عن الفكر الانسانى بصفة عامة . » (١)

ولقد افاض علماء الاقتصاد فى بحث مسألة القيمة ، ولم ينتهوا بعد الى حل حاسم بشانها (٢) . ثم هم انفسهم يسلمون بان « العناصر الاحتكارية هى بعينها التى تثير معظم المشاكل المعقدة ، فى التحليل الاقتصادى (٣) فاذا ما ابصرنا أن الاحتكار ظاهرة غير مشروعة قانونا ، وبالتالى اتخاذ كافة الاجراءات والسبل لمنع حدوثها أو ابطال مفعولها ، فاننا نكون قد استبعدنا

---

(١) رفعت المحجوب : الاقتصاد السياسى ص ٦ .

(٢) محمد مظلوم : مبادىء الاقتصاد التحليلى ، الطبعة الثانية ص ١٢ .

(٣) حسين عمر : اسس علم الاقتصاد . الكتاب الثانى فى نظرية القيمة الطبعة الاولى ١٩٥٥ — ١٩٥٦ ص (ك) من المقدمة .

بحث تلك المشكلات ، لان بحثها يعنى افتراض السماح بتفشى مرض شامل والوقوف مكتوفى اليدين دون منع حدوثه وانتشاره والاكتفاء بتحليل أعراضه .

واذا كان موضوع نظرية القيمة كما يقول الاقتصاديون هو « كيف تتحدد اثمان السلع عمليا » (١) فكيف يمكن واثمان السلع تتأثر بعوامل متضاربة أن نتوصل الى تحديد قيمة واحدة للسلعة وأن يسعى الاقتصاديون الى وضع نظرية موحدة للقيمة .

ان المسلك الطبيعى هنا هو ان نحاول أن نعرف متى تكون القيمة عادلة ومتى تكون غير ذلك ، وان نعرف العوامل التى من شأنها أن تؤدى الى سيادة القيمة العادلة فنقيمها والعوامل التى تؤدى الى عكس ذلك فنعمل على تجنبها .

ولما كانت هذه التفرقة لم يستظهرها الاقتصاديون كأساس لبحثهم ، فقد كان من المستحيل أن يتوصلوا الى نظرية صحيحة للقيمة . وآية عدم بصرهم بهذه التفرقة وخلطهم بين القيمة العادلة والقيمة غير العادلة انهم فى مناقشتهم لنظرية تفقه الانتاج — وهى احدى نظريات القيمة — يسلمون بأنها نظرية مقبولة الا انها لا تفسر القيمة فى حالة الاحتكار بمقولة أن فى استطاعته — اى الاحتكار — أن يرتفع بثمن السلعة عن تكلفة الانتاج (٢) ، ومعنى ذلك كما قلنا انهم يسيرون فى طريق البحث عن نظرية موحدة للقيمة تصلح فى جميع الاحوال .

وليس الامر مجرد نقل بحث مشكلة من ميدان الى ميدان آخر ، فهذا بذاته لا يفيد شيئا ، وانما يعنى بحث المشكلة فى نطاقها الطبيعى اننا نصبح اكثر فهما وبصيرة ، واكثر تحققا من هدفنا ووجهتنا ، فنفرق بين ما هو مباح وما هو غير مباح ونعرف حقيقة الداء وسبب حدوثه فنمنعه بوسائل

---

(١) محمد مظلوم حمدى : المرجع السابق ص ٥٤ .

(٢) راجع فى ذلك على سبيل المثال ، الدكتور عبد المنعم البيه : نظرية القيمة الطبعة الثانية ، الدكتور حسين عمر ، اسس علم الاقتصاد الكتاب الثانى فى نظرية القيمة الطبعة الأولى ص (ز) من المقدمة ، الدكتور صلاح الدين الصيرفى : مقدمة فى مبادىء الاقتصاد ص ١١٧ .

الوقاية الملائمة الواعية ، ونلتزم حدود المشكلة فلا نخلط بينها وبين أمور اخرى غريبة عنها ، وننظر اليها على انها مسالة علمية بحتة لا تدخل فى ميدان الصراع العقائدى المتعصب . (١)

وقبل هذا وذاك الا نستطيع أن نحقق جزءا له اعتباره من هدفنا اذا ما عرف الافراد ما هو حق لهم وما ليس من حقهم . واذا عرف المنتج والبائع وصاحب المهنة ان ما يحصل عليه من ربح او أجر فوق المستوى العادى الذى لا يتناسب مع مجهوده فعل غير مشروع ؟ واذا كان الراسماليون فى نظر الاشتراكى الانجليزى سدنى وب ، يعتبرون مرتكبين لسرقة لا شعورية guilty of unconcious theft فانهم يستطيعون أن يشعروا أن فى حصولهم على ارباح فاحشة انما يستولون على اكثر من حقهم قانونا ويسلبون من غيرهم اموالهم بدون وجه حق . الا نستطيع هنا بقدر أن نعتمد بعد ذلك على الوازع الخلقى لدى الكثيرين ليحجموا عن استغلال غيرهم بعد أن تزول من أمام ابصارهم تلك الغشاوة التى خلفتها الافكار السابقة فيما كانت تقول به من أن جنى اقصى ما يمكن من الارباح هو السلوك الاقتصادى الرشيد .

١٥٩ ـ الاجراءات الوقائية :

واذا كانت آفة الراسمالية الاستغلالية كما ذكرنا هى فى حصول الراسماليين على اكثر مما يستحقونه من ايدى المستهلكين والعمال نتيجة ضعفهم وخداعهم فما هو السبيل لتفادى هذا الاستغلال ؟ .

لقد قلنا ان هذا الاستغلال لم تتضح بشاعته الا بعد تحول الراسمالية الى راسمالية احتكارية قوامها وحدات انتاج ضخمة ومؤسسات كبيرة تنتج وتستحوذ على جزء كبير من الانتاج وتستخدم عددا هائلا من العمال ، وانه

---

(١) ومن هنا نستطيع ان نتبين خطأ النظرية الماركسية فى ادعائها بأن العامل الاقتصادى هو العامل الاساسى فى تطور التاريخ ، فليس هذا العامل اقتصاديا وانما هو عامل قانونى يخسونه استيلاء القلة على اكثر مما تستحق نتيجة استغلالها للغالبية . كما نستطيع ان نتبين شطط تلك النظرية فى ادعائها بأنها ليست مجرد نظرية اقتصادية بل هى فلسفة كاملة لتفسير المجتمع ومشكلاته فى جميع المبادين ، وانها تتعارض مع اية فكرة اخرى علمية او اخلاقية او دينية مما دعا اتباع ماركس الى تقبل نظريته على أنها عقيدة وايمان .
فليست المشكلة سوى مشكلة علمية بحتة ، ينحصر مجالها فى ميدان التعاقد القانونى ، وغايته بحثها ان ينال كل شخص حقه فى هذا الميدان دون زيادة أو نقصان اتباعا لما يقول به مبدأ علمى قانونى .

قبل حدوث هذا التطور — اى فى حالة الرأسمالية التنافسية — لم تكن هناك مشكلة ملموسة ، اذ كانت الاسعار والاجور المناسبة هى السائدة غالبا .

فهل يكون حل المشكلة المستحدثة عن طريق تفتيت المشروعات الكبيرة وتحويلها الى مشرعات صغيرة كثيرة العدد حتى لا يكون هناك مجال للتحكم فى الأسعار ؟ بداهة لا يمكن قبول هذا الحل اذ معناه الحرمان من المزايا الاقتصادية التى يحققها الانتاج الكبير .

أم هل يكون الحل عن طريق اخضاع هذه المشروعات الكبرى للرقابة الحكومية ؟ قد يكون هذا الحل مجديا احيانا ، ولكن الملاحظ انه فى عدد من البلدان لم يلق نجاحا ما لأن المؤسسات الكبرى استطاعت أن تتسلط على اقوى الحكومات وأن تخدعها .

واذا فالحل المناسب حاليا فى ضوء الوقائع . هو تأميم المشروعات الاحتكارية الكبرى لتديرها الدولة بنفسها حتى يمكن بيع منتجاتها للافراد بالسعر المناسب وتشغيل عمالها بالأجر الملائم . (١)

والتزام هذه النظرة يعنى انه لا محل لهذا الاجراء فى الاستثمار الصناعى والزراعى الصغير الذى يقوم على المنافسة الكاملة او شبه الكاملة والذى لا يخشى منه غالبا ان يعمد الى الاستغلال وتكون الرقابة الحكومية عليه مجدية اذا ما حدث منه انحراف . وهذا هو ما يتجه اليه حاليا التفكير الاشتراكى المعتدل (٢)

ومع ذلك ، فانه لا يمكن وضع خطة محددة سلفا ، على اساس التفرقة بين الاستثمار الكبير وبين الاستثمار الصغير ، اذ الأمر مرهون بحقيقة الواقع عملا ثم اتباع الأسلوب الملائم لهذا الواقع ، اذا ولو ان لهذه التفرقة ما يبررها بوجه عام ، الا انه قد يحدث أحيانا الا يخشى من مشروع كبير معين

---

(١) ويلاحظ اننا نتكلم هنا عن التأميم كاجراء وقائى لمنع الاستغلال ، اذ قد يكون للتأميم فى بعض الاحوال لغرض اقتصادى بحت ، يستهدف حسن سير الانتاج بضمان وفرته وانتظامه .

(٢) راجع فى ذلك اوسكار لانج ، النظرية الاشتراكية ص ١١٢ ، ١١٨ ، جول موشن ، الاشتراكية الحية ص ٤٥ .

أن يعمد الى الاستغلال - وبالعكس قد يكون هناك نوع معين من الاستثمار الصغير تمكنه الظروف دائما من الاستغلال .

واذا فالتأميم ليس الا اجراء قانونيا وقائيا يهدف الى منع الاستغلال المتوقع . والاجراءات الاشتراكية الاخرى التى يتخذها المشرع كتسعير المنتجات والخدمات ووضع شروط بعض العقود مقدما ، انما تتمشى مع نفس اساس الالتزام العقدى ، لان الغاية المبتغاة منها هى منع الاستغلال ، والوسيلة الى الغاية تابعة للغاية . والمشرع عندما يحدد السعر وعندما يضع شروطا آمره لبعض العقود انما يقدر ما يكون عليه مضمون الاتفاق فى ظل الظروف الطبيعية التى يكون فيها المتعاقدون على ادراك تام وعلى قدم المساواة مع من يتعاقدون معهم .

واذا كان الفقه المدنى الحديث يتحدث عن تدخل المشرع فى العقود بنصوص آمره ، ويسمى ذلك بظاهرة العقد الموجه contrat dirigé وينظر الى هذه الظاهرة على انها تمثل ازمة للعقد crise de contrat وانها ادت الى سقوط décadance هيبته والى انحلال désagrégation النظرية التعاقدية فهذا كله غير صحيح لأن هذا القول ليس الا تسليما بالفكرة التعاقدية الخاطئة التى لا تعترف باثر عيبى الغلط والاكراه على قدر الالتزام ، فليس هذا التدخل الا تمشيا مع نفس اساس الالتزام العقدى ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة لأنه ينبع منهما ، ويقصد المشرع بهذا التدخل شعوريا أولا شعوريا عدم الخروج عليهما .

وكذلك الشأن فى تحدث الفقه عن العقد الجبرى ، كالتشريع الذى يقضى ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة رغم انتهاء الايجار ، والتشريع الذى ينص على اجبار المختزن لكميات كبيرة من البضائع على بيعها ، اذا كان قصده من ذلك التاثير فى العرض لبيعها فيما بعد بثمن مرتفع (١) .

فالواقع انه فى الحالة الاولى لا يلجأ المشرع الى امتداد الايجار بعد

---

(١) فى تفصيل هاتين الحالتين وفى فكرة العقد الجبرى بصفة عامة ، رسالة غير مطبوعة للدكتور جلال العدوى : الاجبار القانونى على المعارضة ، سنة ١٩٦٠ .

انتهاء مدته الا عندما تكون هناك ازمة مساكن بحيث يتعذر على المستأجر الذى يخرج من العين المؤجرة بعد انتهاء الايجار أن يجد مسكنا مماثلا بنفس الأجرة التى كان يدفعها . وبديهى ان المؤجر ليست له بوجه عام مصلحة فى اخراج المستأجر الا لانه سيؤجر للغير بايجار اعلى . ومعنى ذلك أن المتوقع هنا أن المستأجر الحالى سيضطر الى استئجار مسكن آخر بأجر مرتفع ، والمستأجر الجديد سيستأجر تلك العين بأجر مرتفع . والمؤجرون فى كلا الحالين يستغلون قدرتهم الذاتية كملاك وفرض الاكراه الناشىء عن نقص العرض الى زيادة القيمة الايجارية ، وهى زيادة لا حق لهم فيها لأن قيمة المسكن ومنفعته لم تتغير ، وما كان فى استطاعتهم زيادة الايجار لولا ضعف المستأجرين ازاءهم ، فلنتفادى هذه النتيجة المتوقعة — وهى تقاضى المؤجرين اكثر من القيمة العادلة — وفى هذا مخالفة للأساس الصحيح للالتزام العقدى — يلجأ المشرع الى الوسيلة الملائمة فيقضى بامتداد الايجار رغم انتهاء مدته (١) .

ويدخل ضمن حالات العقد الجبرى ، كاجراء وقائى ، اعتبار التعاقد ملزما على الرغم من عدم تحقق شرط كان هو الدافع لاحد طرفين على التعاقد ، اذا كان هذا الشرط منطويا على استغلال الطرف الآخر ، كحالة عرضت على القضاء الفرنسى ، تتحصل وقائعها فى أن شخصا باع سيارة نقل لآخر بثمن قدره ٤٢٠.٠٠٠ فرنك بزيادة قدرها ٣٠٠.٠٠٠ فرنك عن السعر المحدد قانونا ، وكان المشترى قد أخطر موظفى الرقابة الاقتصادية الذين ضبطوا المبلغ الزائد وسلموه للمشترى ، فرفع البائع دعوى ضد المشترى بطلب استرداد السيارة تأسيسا على بطلان عقد البيع فرفضت دعواه ابتدائيا ، ولكن محكمة استئناف بواتييه فى ١٩٤١/٧/٣٠ أجابته الى طلبه استنادا الى ان الطرفين لم تتقابل ارادتهما على البيع بالسعر المحدد قانونا وهو ١٢٠.٠٠٠ فرنك وأن البائع لم يكن يقبل التعاقد الا بالثمن الزائد المتفق عليه ، وأقرت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر فى

---

(١) ويستند بعض الفقه هذا الحل الى نظرية التعسف فى استعمال الحق بمقولة ان المؤجر يعتبر متعسفا فى استعمال حقه فى انهاء عقد الايجار لانه استعمال يخالف الصالح العام راجع فى ذلك رسالة الدكتور فاضل حبشى الامتداد القانونى لعقود الايجار سنة ١٩٦٢ ص ١٨١) .

١٩٤٦/١٢/٩ قائلة ان القواعد العامة لا تقضى بغير البطلان الكلى ، وليس للقاضى دون نص تشريعى أن يصحح العقد (١) .

وليس من شك فى عدم ملاءمة هذا الحل ، لما يترتب عليه عملا من ترك باب الاستغلال مفتوحا ، فالبائع بعد أن يسترد السيارة سيعود بداهة لبيعها بثمن يزيد عن السعر القانونى بعد أن يأمن جانب الرقابة . ولذلك حاول الأستاذ كاربونييه أن يجد تفسيرا يحول دون القضاء بالبطلان ليبقى السيارة فى يد المشترى ، فقال انه اعمالا لقاعدة تحكم كل تنظيمات التسعيرة لا يجوز لمن حاز سلعة أن يمتنع عن بيعها ، وعليه فبدلا من اجابة البائع الى طلب البطلان ثم اجباره عقب ذلك كطلب المشترى على اعادة بيع السيارة من جديد ، فانه يمكن بشىء من التجاوز اعتبار البيع الاول قائما بعد تخفيض الثمن (٢) .

وواضح أن تفسير الاستاذ كاربونييه يتناقض صراحة مع مذهب الارادة والقواعد العامة المستمدة منه . وواضح أيضا انه يستند الى فكرة العقد الجبرى للابقاء على العقد - ولكنه يستند اليها بطريقة لاحقة وغير مباشرة ، على خلاف ما نقول به من اعتبار التزام البائع قائما بداءة وبالسعر المحدد قانونا ، تمشيا مع الغاية المقصودة وهى قمع الاستغلال مقدما ، لما يمنيه وقوع الاستغلال من مخالفة لأساس الالتزام المقدى فيما يتعلق بقدر هذا الالتزام .

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا ان نفسر طبيعة عقد العمل الجماعى ، فلا نرى فيه الا اجراء وقائيا قصد به منع استغلال صاحب العمل القوى للعامل الضعيف المنعزل ، فقد سبق أن أشرنا ترديدا لقول الفقه الحاضر الى ان عقد العمل الجماعى انما ظهر كرد فعل للاستغلال الذى يقع على العمال فى عقود العمل الفردية التى يبرمونها مع رب العمل باعتبارها عقود اذعان لا تتوافر فيها المساواة الفعلية بين طرفيها ، وقلنا ان الفقه يرى ان المهمة الرئيسية لعقد العمل الجماعى هى منع استغلال حالة الضعف التى تلازم

---

(١) راجع فى عرض هذه القضية ، فارجا ، المرجع السابق فقرة ٥٠١ .

(٢) كاربونييه ، القانون المدنى جـ ١ ص ٢٩٥ مشار اليه فى فارجا ص ٥٠٢ .

العامل اذا ما تعاقد بمفرده مع رب العمل ، ومن هنا نشأت فكرة العقد الجماعى الذى تقوم نقابة العمال بابرامه مع رب العمل . فبدلا من أن تتدخل الحكومة فى كل قطاع من قطاعات العمل لتحديد شروط العمل وأجر العامل بما يضمن عدم استغلال رب العمل له ، تترك هذه المهمة لنقابة العمال حيث ينتظر أن يكون فى مقدورها مزودة بقوة اتحاد اعضائها أن تقف على قدم المساواة مع رب العمل وأن تتفاوض معه بحرية فى الشروط التى يلتزمها فى عقود العمل الفردية . وعلى ذلك تكون مشكلة طبيعة عقد العمل الجماعى غير ذات موضوع لأن هذا العقد انما هو اجراء وقائى لمنع استغلال العامل ، فهو وسيلة تنبع من نفس أساس الالتزام العقدى ومن ثم فهو تابع للغاية ومرتبط بها ، ولا يجوز أن يقال اذن أننا أمام استثناء للحرية التعاقدية ، فما غاية العقد الجماعى الا تأمين هذه الحرية .

وعلى ما تقدم من ايضاح ، نستطيع الآن أن نتبين أن هذه الاجراءات الوقائية التى يسميها البعض اجراءات اشتراكية لا تنبع من خارج النظرية التعاقدية ، فما هذه الاجراءات الا وسيلة لتحقيق أعمال الفكرة التعاقدية الصحيحة وضمان عدم مخالفتها . (١) والوسيلة الى الغاية كما قلنا مرتبطة بالغاية ، وكما يقول ابن القيم « لما كانت المقاصد لا يتوصل اليها الا بأسباب وطرق تفضى اليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها .. فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود » (٢) .

ونحسب أنه لا حاجة بنا بعد ذلك الى تلك المذاهب والنظريات الضخمة التى أجهد الفقه نفسه فى تشييدها بغية تبرير الخروج على الفكرة التعاقدية السائدة التى ابنا عن خطئها ، وما كل هذه التبريرات الا وتحمل طابع الانحراف عن المنهج العلمى السليم لأنها لم تحاول حل المشكلة فى ميدانها الحقيقى بل التمست علاجا لها بعيدا عن هذا الميدان ، فكان أن اتسمت بالشطط والغموض والتناقض .

---

(١) ولذلك تعتبر المشكلة الحمائية وسيلة وقائية غايتها ضمان سلامة الارادة من وقوعها تحت تأثير غلط أو اكراه فى الاتجاه الى التعاقد أو فى قدر الالتزام . وهذا النظر هو نفسه ما يراه الفقه الحديث فى قوله ان هذه الشكلة انما هى تأكيد للارادة وليست باستثناء وارد عليها (ما سبق فقرة ٢٢) .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١١٩ — ١٢٠ .

فمن ذلك ما ذهب اليه ديجى من انكاره وجود الحق وانه ليس الا مجرد وظيفة اجتماعية ، وما ذهب اليه من ابعاد عديد من المعاملات عن مجال نظرية التعاقد واعتبارها نظما قانونية تخضع لتدخل المشرع ؛ وعلى هذا الأساس الشكلى يفسر ديجى القوانين الخاصة بامتداد عقود الايجار (١) .

ومن ذلك مذهب الشخصية la doctrine du personnalisme فيما يرتكز عليه من ان للشخص كرامة وذاتية توجبان حماية حقوقه الاساسية ومنها حق الحياة وحق العمل ، وتخلص فى تطبيقاتها الى ان تشريعات الايجار قد انشأت حقوقا جديدة لصالح المستأجر منافسة لحق المالك وتقع على نفس العقار موضوع ملكيته (٢) .

ومن ذلك نظرية التعسف فى استعمال الحق بما تتضمنه من صياغة منحرفة نشير اليها فيما بعد ، عندما نتبين أن جميع تطبيقاتها فى ميدان التعاقد انما ترتد الى الفكرة التعاقدية الصحيحة وأن ما تسميه هذه النظرية بانه حق اسىء استعماله ليس بحق أصلا .

ومن ذلك ايضا المذهب الاجتماعى او الاشتراكى فى القانون بما يقوم عليه من أساس لا يتفق مع مضمونه .

١٦٠ ــ خطأ المذهب الفردى وفساد التبرير الذى يستند اليه المذهب الاجتماعى وحسم الخلاف بينهما :

واذا كنا قد بينا فيما تقدم حقيقة الصراع بين الرأسمالية وبين الاشتراكية وبينا ان المسألة فى أصلها مسألة حقوقية حلها رهين باتباع الفكرة العلمية السليمة واتخاذ الاجراءات الكفيلة بتحقيقها ؛ دون حاجة لاعطاء تسميات غير صحيحة ، فهذا هو الموقف ايضا بالنسبة للخلاف القائم بين المذهب الفردى la doctrine individualiste وبين المذهب الاجتماعى او الاشتراكى la doctrine socialiste فى القانون ، فموضوع الخلاف بينهما هو نفسه موضوع الخلاف بين الرأسمالية وبين الاشتراكية ، فيما يتعلق بمشكلة القيمة العادلة .

---

(١) مقدمة الطبعة الثالثة مؤلف ديجى : تطورات القانون الخاص .

(٢) راجع عرضا لهذا المذهب فى رسالة الدكتور فاضل حبشى سالفة الذكر ص ١٨٠ ــ ١٨٢ .

والحقيقة أن المذهب الفردى مخطىء فيما يدعو اليه ، والمذهب الاجتماعى مخطىء فى التبرير الذى يستند اليه .

ذلك أن المذهب الفردى يحتضن الفكرة التعاقدية التقليدية التى سبق أن ابنا عن خطئها والتى تقوم على حمل الارادة على معنى الرغبة أو المشيئة وتقول ان الفرد هو الذى يضع القانون الذى يخضع له ، وتستبعد من ثم كل تدخل فى العقد ، وتعتبره ملزما بكل مضمونه متى توافر شرطا حرية الاختيار والادراك فى واقعة الاتجاه الى التعاقد ، ولو كان هذا المضمون قد تحدد نتيجة غلط أو اكراه وقع فيه أحد المتعاقدين .

وقد رأينا ما ترتب على تطبيق هذه النظرة الخاطئة من التسليم بشرعية الاستغلال وترك المستهلكين والعمال والمتعاقدين الضعفاء تحت رحمة المتعاقد الاقوى . فكان أن نشأ المذهب الاجتماعى كرد فعل لتلافى هذه النتائج السيئة ، فدعا الى تدخل الدولة لمنع تحكم الأقوياء فى الضعفاء فى ميدان التعاقد ، والحد — كما يقول — من آثار الحرية التعاقدية ، حماية لأغلبية الشعب بدعوى أن مصلحة الجماعة مفضلة على مصلحة الفرد .

يبد أن تصحيح الفكرة التعاقدية الخاطئة التى يوجهها المذهب الفردى كفيل بعدم الحاجة الى المذهب الاجتماعى لان كل النتائج التى يرتبها هذا المذهب انما تنبنى على تصحيح هذه الفكرة ، فهذا المذهب لم ينشأ الا لتحقيق هدف واحد هو قمع الاستغلال فى ميدان التعاقد .

فالفقه الحاضر يقول فى بيان المذهب الاجتماعى وفى بيان تطبيقاته ان « الصالح العام يخول للدولة ان تتدخل لاقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية ... وتطبيقا لهذا المذهب صدرت فى مختلف الدول قوانين تجبر الملاك على التاجير بأجر معين ، وتقرر تجديد عقود الايجار بعد فوات مدتها جبرا على المؤجرين ، وتحدد شروط عقد العمل ، وتخضع كثيرا من السلع للتسعير الجبرى . وكذلك اخذ الغبن فى القانون الحديث طريقه الى أن يكون سببا لابطال العقد أو لانقاص التزام الطرف المغبون مما يؤكد منطق المذهب الاجتماعى فى تغليب صالح الجماعة الذى يقضى بحماية من تقعد به خبرته أو تدفعه حاجته أو يضطره استغلال غيره

لضعفه ، الى الاقدام على تعاقد يغبن فيه ، دون الاعتداد بحصول التراضى بين المتعاقدين او التسليم بحق الطرف الاخر فى اقتضاء الالتزام كاملا رغم الغبن ، باعتباره حقه الذى انتهى اليه من مصدر مشروع للالتزام هو العقد. فالعقد عند المذهب الاجتماعى ليس ضمانا كافيا لتوليد التزامات عادلة ، لأن عدم التكافؤ الموجود بين مراكز وقوى المتعاقدين فى الحياة لا يسمح بمناقشة حرة وعادلة بين الطرفين ، ولذلك يجب تدخل القانون لمنع استغلال الاقوى للاضعف .. » (١) .

ولكن هذه التطبيقات انما ترتد الى اعمال الفكرة التعاقدية الصحيحة . وقد سبق أن اشرنا الى هذه التطبيقات والى غيرها عند عرض تلك الفكرة ؛ بما لا حاجة معه الى الاستناد الى المذهب الاجتماعى . حسبنا أن نعترف المبدأ العلمى السليم وأن نطبقه ، باتخاذ الوسائل الكفيلة باحترامه وعدم الخروج عليه ، سواء أكانت وسائل مباشرة أو وسائل غير مباشرة .

وعلى ما تقدم . يكون الخلاف بين المذهب الفردى وبين المذهب الاجتماعى انما هو خلاف أعمى ، نشأ عن عدم البصر بأصل المسألة ، فكان أن قامت فلسفة كل منهما على تخبط وتناقض . ولا ادل على ذلك من ان المقدمة التى يقول بها كل منهما تتناقض تماما مع النتيجة التى ينتهى اليها ، فالمذهب الفردى يدعو الى احترام الحرية الفردية ولكنه ينتهى الى اهدار هذه الحرية ، فيلزم المتعاقد المكره فى قدر التزامه بكل ما اضطر الى الخضوع له . والمذهب الاجتماعى يدعو الى التدخل فى الحرية التعاقدية والحد منها ؛ فلا ينتهى الا الى تأكيدها وتثبيتها .

---

(١) حسن كيرة : أصول القانون ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ فقرة ٩٣ .

الفرع الثانى

تفسير نظرية الظروف الطارئة

١٦١ — تعذر تفسير مذهب الارادة لنظرية الظروف الطارئة وتفسيرها على ضوء الاساس الصحيح للالتزام العقدى :

راينا ان المدلول الخاطىء للارادة كمصدر للالتزام — وهو حملها على معنى الرغبة والمشيئة ، وبالتالى تصوير العقد على انه من صنع المتعاقدين وحدهما ولا يجوز لغيرهما أن يمس مضمونه بزيادة او نقص قد أدى الى جمود نظرة الفقه وضيق أفقه فيما استقر عليه من حصر منطقة العيب الذى يشوب الارادة فى واقعة الاتجاه الى التعاقد وحدها وعدم تمويله على العيب الذى يؤثر فى قدر الالتزام .

وفى ظل هذا التصوير كانت نظرية الحوادث الطارئة خروجا على مذهب الارادة واستثناء من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد ، لأن هذه النظرية ،هدف الى تعديل مضمون العقد على غير الارادة المشتركة للمتعاقدين ، برد الالتزام ، الذى جعله الحادث الطارىء مرهقا ، الى الحد المعقول . فاذا ما صححنا الفكرة التعاقدية على النحو الذى شرحناه سابقا فان نظرية الحوادث الطارئة تصبح متمشية تماما مع هذه الفكرة ، ولا تعدو أن تكون تطبيقا واجبا للأساس الصحيح للالتزام العقدى ، بحيث ترتد اليه وتندمج فيه بما لا حاجة معه الى افرادها بنظرية مستقلة .

ذلك ان الذى يبرر التدخل لتعديل مضمون العقد واعادة التوازن الذى اخل به الحادث الطارىء ، انما يرجع الى أن المتعاقد المدين لم يدرك وقت التعاقد أن هذا الحادث سيقع ويؤثر على تعاقده ، ولو كان قد ادرك ذلك لكان للعقد مضمون آخر يتمشى مع وقع حصول الحادث ، ودليل ذلك ان المتعاقد المدين لو كان فى وسعه وقت التعاقد أن يتوقع الحادث ومن ثم

كان مدركا لاحتمال وقوعه لما سبق تطبيق النظرية . فنحن اذا امام غلط وقع فيه المتعاقد وكان ذا اثر على شروط التعاقد اى على قدر التزامه ، ومن ثم كان تعديل مضمون العقد امرا واجبا لازالة اثر هذا العيب بجعل مضمون العقد على النحو الذى يظن أن الاتفاق كان سيقع عليه لو كان المتعاقد المدين او المتعاقدان كلاهما على بصيرة تامة بوقوع الحادث واثره على التعاقد .

وقد ابصر بعض الفقه من طرف خفى صلة نظرية الظروف الطارئة بعيب الغلط ولكنهم بسبب جمود نظرتهم لهذا العيب ابعدوها عنه ، ولعلهم لم يجهدوا انفسهم لبيان هذه الصلة نظرا لان قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين تقف على اى حال حائلا دون تقبل هذه النظرية — فمثلا يقول الأستاذ بهجت بدوى : « لا تتعلق هذه النظرية بانعقاد العقد . فهى لاتتحرك الا بعد انعقاده وفى اثناء تنفيذه بسبب تغير ظروفه . لذلك يجب عزلها عن عيوب الرضا كالغلط مثلا . فاذا كان هناك ظرف قائم عند انعقاد العقد يجهله المتعاقد فقد يجعل هذا الظرف العقد باطلا للغلط متى توفرت الشروط المطلوبة لهذا البطلان . ونفرق بين هذه الصورة وبين صورة النظرية التى نحن بصددها التى تفترض تغير الظروف تغيرا لاحقا على انعقاد العقد . ولنفس السبب يجب عزل النظرية عن الغبن اذ العبرة فى الغبن — فى الصور التى يكون فيها مؤثرا فى العقد — باختلاف التعادل بين القيم والمنافع وقت انعقاد العقد لا بعد انعقاده » (١) .

لكن هذا القول مردود بأن الغلط هو توهم غير الواقع وقت التعاقد توهما يؤثر على شروط التعاقد . والمتعاقد فى مجال نظرية الحوادث الطارئة كان يجهل أن الحادث سيقع ويؤثر على شروط التعاقد . ولو كان يعلم ذلك لما قبل المضمون الذى تم عليه العقد ، ومن ثم فغلطه هذا هو الذى اثر على شروط التعاقد . اما أن يكون الحادث قد وقع لاحقا على العقد فأمر غير ذى بال لان وقوعه لاحقا لا ينفى أن المتعاقد كان يجهله وبالتالى صحبه غلط . والدليل الحاسم على ما نقول به أن شرط عدم توقع الحادث فى نظرية

---

(١) اصول الالتزامات فقرة ٢٢٦ .

الظروف الطارئة انما ينظر اليه وقت التعاقد لا بعده . والا فما الفرق بين الحالة التى يتعهد فيها شخص بتوريد بضاعة كان سعرها قد ارتفع ارتفاعا باهظا يوم التعاقد قبل ابرامه بسبب حادث كان المتعهد قد جهله ، وبين الحالة التى يكون فيها السعر قد ارتفع على هذا النحو بسبب حادث وقع فى اليوم التالى للتعاقد . ففى الحالتين توهم غير الواقع ، وفيهما كان هذا التوهم وقت التعاقد . وهل لو كان شخص يعلم مقدما بأن حادثا ما سيقع وتقدم الى شخص يجهل ذلك وتعاقد معه على صفقة يحصل منها على مغنم كبير نتيجة وقوع هذا الحادث بينما يصاب الطرف الاخر بخسارة فادحة ، لتردد أحد حتى من يعارضون نظرية الظروف الطارئة فى القول بأن العقد هنا معيب بالتدليس ؟ وما التدليس الا نوع من الغلط .

واذا كان الشائع لدى الفقه الحاضر ان الغلط يتعلق بتكوين العقد ، بينما الظرف الطارىء يتعلق بتنفيذه ، فان جانبا من هذا الفقه يلاحظ انه من الصعب ان لم يكن من المستحيل ، الفصل بالنسبة لنفسية المتعاقدين بين الاعتبارات التى تتعلق بالمستقبل وبين تلك التى تخص الحاضر او الماضى (١) .

ومع ما تقدم ، فانه يبدو أن هناك عاملا اساسيا آخر ، استبعد معه الفقه ضمنا رد نظرية الظروف الطارئة الى الغلط ، وهذا العامل هو ارجاع مفهوم الغلط الى الأساس الذى يقوم عليه مذهب الارادة ، ذلك أن هذا المذهب انما يرتب أثرا على الغلط . لأن من شأن الغلط أن يحدث خلافا بين الارادة الباطنة وبين الارادة المعلنة ، وكما يقول مارتى مارينو (٢) ، ليست نظرية الغلط الفرنسية فى مجموعها الا تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة ولنظرية الارادة الباطنة . ولا زال الفقه الحاضر حتى الآن يردد تعريف سالى الشهير بأن « الغلط ينطوى على عدم تطابق بين الارادة الحقيقية ، اى الارادة الباطنة ، وبين الارادة المعلنة » (٣) .

وفى ظل هذا التصوير يتعذر رد نظرية الظروف الطارئة الى الغلط ، لأن، وقوع الحادث الطارىء لا يعنى أن ارادة المتعاقد الباطنة غير متفقة مع تعبيره . أما اذا نظرنا الى الغلط على انه عيب يؤثر على المسئولية فى شرط

---

(١) عبدالمنعم : نكرة الغلط فى القانون الوضعى الحالى ١٩٦٢ هامش ص ٦٣ .
(٢) القانون المدنى جـ ٢ فقرة ١٣١ .
(٣) سالى : التعبير عن الارادة ، الفقرة الاولى من التعليق على المادة ١١٩ .

الادراك ، فقد صح القول بترتيب اثر على الظرف الطارىء لان المتعاقد وقت التعاقد لم يكن مدركا انه سيقع ، ولو كان قد أدرك لكان قد تعاقد على نحو آخر ، ومن ثم كان الغلط الذى وقع فيه هو الذى اثر على قبوله للشروط التى تضمنها العقد .

١٦٢ ـ الاثر المترتب على الحادث الطارىء فى نظريتنا :

وقد قلنا انه فى حالة وقوع الحادث الطارىء يتعين تعديل مضمون العقد على النحـــو الذى يظن أن الاتفاق كان سيقع عليه لو كان المتعاقد المدين أو كان المتعاقدان كلاهما يتوقعان هذا الحادث ، ومعنى ذلك ازالة الارهاق الزائد عن المألوف ازالة تامة . ونحن فى ذلك نختلف مع الفقه الســـائد فيما يراه من أن اثر الحادث الطارىء لا يصل الى درجة ازالة الارهاق كله واعادة التناسب بين الاداءين المتقابلين ، بل يتحمل كل طـــرف نصـــيبا فى الخســـارة وهو النصف عادة . ونرى أن التأمل فى الحل الذى يقول به الفقه يشكك فى امكان تقبله عدالة وعملا : مقاول تعهد بتوريد عمـــال لمدة ستة شهور مثلا ، على ان ينال عشرة قروش يوميا عن كل عامل . وكان هو يدفع لكل منهم أجرا قدره تسعة قروش . حدث بعد شهر من تنفيذ العقد أن صدر تشريع غير متوقع يقضى بأن يكون الحد الادنى لاجر العامل خمسة وعشرين قرشا . الحل الذى يقول به الفقه يقضى بأن يكون تعديل العقد بجعل المقابل الذى يناله المقاول عن كل عامل سبعة عشر قرشا ونصـــف قرش تقريبا . ومعنى ذلك أن المقاول يلزم بالاستمرار فى توريد العمال بهذا السعر المعدل فى حين انه يدفع لكل عامل خمسة وعشرين قرشا . فهل هذا حل مقبول عدالة ؟ وهل يستطيع المقاول أن يستمر فى تنفيذ العقد على هذه الصورة ؟ ام ان الحل المعقول هو تعديل المقابل بجعله ستة وعشرين قرشا. مثل آخر ورد فى مناقشات مشروع القانون المدنى المصرى الحالى (١) تاجر تعهد بان يورد الف ارنب من الشعير بسعر ستين قرشا للاردب الواحد ثم ارتفع الى اربعة جنيهات . تقضى النظرة الحاضرة بتقسيم الارتفاع غير المألوف بين الطرفين . وعلى هذا الاساس يعدل السعر الى حوالى مائتين وعشرين قرشا . ونحن نتساءل لمـــاذا لا يعدل السعر فى هذه الحالة الى

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨٥ .

السعر الذى ارتفع اليه فعلا وهو مبلغ اربعة جنيهات او ما يقل عن هذا المبلغ قليلا ؟ أن هذا هو السعر الذى كان سيتم عليه الاتفاق تقريبا لو كان الطرفان على بصيرة عند التعاقد بما سيؤول اليه سعر السوق . فلماذا نرتب اثرا ولو جزئيا على عيب الغلط الذى وقع المتعهد ضحية له ولماذا لا نزيل اثر العيب كله ؟ ان الفقه يتذرع هنا بأنه يجب مراعاة المتعاقد الاخر فلا يتحمل الخسارة وحده ، وهى حجة لا محل لها لان اثر ارتفاع السعر وبالقدر الذى ارتفع به انما شمل جميع المستهلكين . فلماذا ينفرد هذا المتعاقد دون الجميع بهذه المزية فيورد له اردب الذرة بمائتين وعشرين قرشا بينما يشتريه الجميع بأربعة جنيهات ؟ الحل العادل اذا هو تعديل السعر الى اربعة جنيهات ، مع تخويل المورد اليه الحق فى فسخ العقد او فى انقاص الكمية المتفق على توريدها (١) .

(١) ويلاحظ ان حق المتعاقد الاخر فى الفسخ او الانقاص انما يرتد ايضا الى غلط وقع فيه عند التعاقد .

الفصل الثالث

نتائج النظرية من ناحية سقوط الالتزام

١٦٣ ـ تمهيد :

رأينا ان مذهب الارادة يعجز عن تفسير سقوط الالتزام اذا ما استحال تنفيذه لسبب اجنبى (١) . وقد كان هذا العجز الى جانب اخطاء اخرى ـ يرتد معظمها الى حمل الارادة على معنى الرغبة او المشيئة ـ سببا فى نشأة نظام المسئولية العقدية كجزاء على عدم تنفيذ الالتزام العقدى ، هذا النظام الذى اثار مشاكل هامة استحال حلها،واشاع الغموض والخلط والاضطراب فى عدد من مسائل العقد . وسنرى ان هذا النظام خلطىء جملة وتفصيلا بحيث ننتهى الى الغائه الغاء تاما . كما سنفسر ما عجز عنه مذهب الارادة على ضوء نظريتنا ، دون حاجة لتلمس هذا التفسير فى ذلك النظام .

فالفقه الحاضر يعتبر المسئولية العقدية جزاء العقد فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته . واركان هذه المسئولية هى نفسها اركان المسئولية التقصيرية : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . ويقول هذا الفقه ان المسئولية العقدية لا تثار الا عند عدم امكان التنفيذ العينى او عند عدم عرض المدين الوفاء عينا اذا طالبه الدائن بالتعويض .

وفى راى جانب من الفقه انه يجب التمييز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية . ولذلك سمى مذهبه بمذهب ازدواج المسئولية . والفكرة الموجهة لهذا المذهب فى راى انصاره ، هى ان الروابط القانونية إما أن تنشأ عن القانون واما أن تنشأ عن العقد ، فالحقوق والالتزامات قد

---

(١) يلاحظ اننا نستعمل هنا تعبير سقوط الالتزام تمشيا مع النظرة الحالية فيما نعنى به من أن الالتزام يسقط اذا ما استحال تنفيذه لسبب أجنبى ، بما تعنيه هذه النظرة من ان الالتزام فى هذه الحالة قد نشأ صحيحا ثم استحيله السبب الاجنبى . وسنرى ان هذا التحليل غير صحيح وان الالتزام فى هذه الحالة لم ينشأ اصلا .

تحددها السلطة العامة وقد تحددها ارادات الأفراد فيما يبرمونه من اتفاقات . ومن ثم يوجد وضعان مختلفان : الوضع الأول خاص بحماية مصلحة عامة ، والوضع الثانى خاص بحماية مصلحة فردية . والاعتداء على مصلحة خاصة يعد انتهاكا للوعد ، فهو خطأ عقدى . وأمام اختلاف طبيعة ومجال كل من المسئوليتين فى نظر هذا الرأى ، فقد أقام تنظيما مختلفا لكل منهما ورتب فروقا جوهرية بينهما .

وذهب جانب آخر من الفقه الى وحدة المسئولية ، لان كل مسئولية فى نظره هى بالضرورة مسئولية تقصيرية . فالواجبات العقدية لا تختلف فى شىء عن الواجبات القانونية ، اذ أن العقد والقانون يرتدان الى أساس واحد : القانون هو تعبير عن توافق الارادات الفردية (العقد الاجتماعى) والعقد هو قانون المتعاقدين ، أى ان القانون عقد عام والعقد قانون خاص . ومن ثم فلا يوجد الا نوع واحد من الخطأ هو الخطأ التقصيرى . وكل مسئولية بالتالى هى حتما مسئولية تقصيرية . ومن يخل بتنفيذ ما تعاقد عليه فهو يرتكب عملا غير مشروع . والدعوى التى يباشرها الدائن بطلب التعويض عن هذا العمل ليست مؤسسة على العقد نفسه ، لأن الالتزام الاصلى الذى لم ينفذ قد انقضى بتخلف محله ونشأ التزام آخر أساسه الخطأ التقصيرى .

وتذهب غالبية الفقه الحديث الى اتخاذ موقف وسط . ومجمل رأيها ان أركان المسئوليتين واحدة وليس هناك فرق جوهرى بينهما ، ولكنهما تختلفان فى ان الالتزام بتعويض الضرر فى المسئولية العقدية مرتبط بالالتزام المتولد من العقد وهو التزام مرده ارادة المتعاقدين . أما فى المسئولية التقصيرية فلا يوجد اخلال بالتزام سابق ، بل اخلال بواجب علم هو واجب عدم الاضرار بالغير . ونتيجة لهذا الاختلاف تقوم عدة فروق هامة بين المسئوليتين ، وان لم تكن هى كل الفروق التى يقول بها انصار مذهب ازدواج المسئولية .

١٦٤ ـ الالتزام لا ينقضى لاستحالة التنفيذ لغير سبب اجنبى او الامتناع المدين عن التنفيذ مع امكانه :

المسألة الأولية فى صدد بحثنا هى التساؤل عما اذا كان الالتزام الاصلى ينقضى فى حالة استحالة التنفيذ العينى للالتزام العقدى لغير سبب اجنبى

وفى حالة امتناع المدين عن التنفيذ العينى مع امكانه ، حتى يسوغ ان نلجا الى المسئولية العقدية لنستمد منها التزاما بالتعويض يحل محل الالتزام الأصلى ، ذلك ان وضع المسئولية العقدية — حتى فى نظر انصار ازدواج المسئولية — يعنى حتما ان المسئولية مصدر للالتزام بالتعويض ، والا لما كانت هناك حاجة لاثارتها واستلزام توافر أركانها وعدم تولد الالتزام اذا تخلف احد هذه الأركان . فماذا ما اجيب على تساؤلنا ذاك بان الالتزام الأصلى لا ينقضى فى الحالتين المذكورتين فانه لا يكون هناك محل للبحث عن التزام جديد وعن مصدر له .

وواضح فى حالة امتناع المدين عن التنفيذ العينى مع امكانه انه ليس هناك سبب لزوال التزامه ، فلا يستطيع المدين بامتناعه أن يتخلص مما التزم به . وما لجأ الدائن الى طلب التعويض او على الأصح الى طلب التنفيذ بمقابل الا لان المدين قد امتنع عن التنفيذ العينى ، ومن ثم يتوقع الدائن ان اللجوء الى طلب هذا التنفيذ لن يكون مجديا وان المدين سيضع العراقيل فى طريقه .

وفى حالة استحالة التنفيذ العينى لغير سبب اجنبى ، فان الالتزام لا ينقضى ايضا ، اذ لا يوجد هنا سبب من اسباب زوال الالتزام ، الا اذا قيل ان المدين يستطيع بفعله أن يمحو التزاما قائما فى ذمته ، وهو قول غير مقبول بداهة .

ومن ثم يكون خطأ اوليا ما يذهب اليه جانب من الفقه ، وخاصة انصار وحدة المسئولية فى قولهم انه فى حالة هلاك محل الالتزام بخطأ من المدين او فى حالة امتناعه عن التنفيذ العينى ينقضى الالتزام ويحل محله التزام جديد ليس مصدره العقد وانما مصدره المسئولية ، بدعوى انه اذا ابرم عقد فان التزاما اول ينشأ هو تنفيذ الوعد ، فاذا لم ينفذ كليا او جزئيا ، فان رابطة قانونية جديدة تقوم وتولد التزاما على عاتق المدين بجبر الضرر الذى لحق المدين (١) .

وقد انتقد الاستاذان جوسران وديموج هذا القول (وان كان نقدهما قد انصب على مذهب وحدة المسئولية دون نقد نظام المسئولية العقدية

(١) مازو موسوعة المسئولية ج ١ فقرة ١٠٠ .

من اساسه) .. فيقول جوسران انه ليس صحيحا أن الالتزام ينقضى لمجرد أن المدين يرفض تنفيذه ، بل على العكس من ذلك تتأكد عندئذ الرابطة القانونية ويظهر مفعول القوة الملزمة للعقد (١) . ويقول ديموج : « لقد قيل فى معرض تأييد مذهب وحدة المسئولية انه اذا حدث بعد نشأة الالتزام العقدى ان استحال تنفيذه بسبب خطأ المدين ، أن الدين ينقضى تلقائيا لاستحالة المحل وينشأ التزام قانونى جديد يخضع للمادة ١٣٢٨ ، بيد أن هذا القول يبدو لنا منتقدا لانه لا يتمشى مع بقاء الضمانات التى تكفل الالتزام الاصلى كافلة لدين التعويض عند عدم التنفيذ » (٢) .

ويقول ستارك (٣) ان الالتزام الذى يتولد عن العقد هو نفسه الالتزام الذى يتولد عن عدم التنفيذ . والدليل على ذلك أن تأمينات الالتزام الأول تظل قائمة بالنسبة للالتزام الثانى وأن التعويض لا يشمل الا الضرر المتوقع وأن تاريخ دين التعويض هو تاريخ العقد وليس تاريخ الحكم به وأن التضامن فى التعويض لا يقضى به الا اذا كان المدينون متضامنين فى الالتزام الأصلى . فكل هذه اوضاع لا يمكن تفسيرها الا على اساس اعتبار الالتزام بالتعويض مؤسسا على العقد لا على مصدر مستقل ومتميز عنه .

فاذا كان غير صحيح اذن انه فى غير حالة استحالة التنفيذ العينى لسبب اجنبى لا ينقضى الالتزام العقدى لعدم انحلال الرابطة التعاقدية ، فما حاجتنا اذا الى اللجوء لنظام المسئولية العقدية لتنشىء لنا التزاما آخر ، والالتزام الاصلى باق لم ينقص ولا زلنا فى دائرة تنفيذه . فاذا ما استحال تنفيذه لهلاك محله او لتمنت المدين قام التنفيذ بمقابل exécution par équivalent مقامه ، وهو نفسه تنفيذ للالتزام الأصلى لا يحتاج الى عناصر اخرى ومصدر آخر . لماذا ينفرد الالتزام العقدى دون باقى الالتزامات الاخرى بنظام خاص هو نظام المسئولية العقدية ؟ ولماذا لم يخضع هذا الالتزام كاى التزام آخر الى نظام التنفيذ بمقابل ؟

---

(١) جوسران الالتزامات ج ٢ فقرة ٤٨٠ .

(٢) ديموج الالتزامات ج ٥ فقرة ١٢٣٢ . وفى نفس المعنى اسماعيل غانم احكام الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٨ .

(٣) ستارك : المسئولية المدنية فى وظيفتها المزدوجة كضمان وعقوبة خاصة ١٩٤٧ ص ٢٩٠ — ٢٩٢ .

يقول الأستاذ السنهوري في نظام التنفيذ بمقابل (ويسميه بعض الفقه التنفيذ بطريق التعويض exécution par dommages-intérêts » . . فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني — حتى اذا كان ممكنا — واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته انه يقوم بتنفيذ التزامه عينا ، فانه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض. ويقوم هذا على اساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضا من التنفيذ العيني — ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاما تخييريا أو التزاما بدليا بجانب التنفيذ العيني ، فليس للالتزام الا محل واحد هو عين ما التزم به المدين اى التنفيذ العيني — ولا يملك الدائن وحده او المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، فالتعويض اذن ليس بالتزام تخييري ولا يملك المدين وحده ان يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني فالتعويض ليس بالتزام بدلي . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي لا بارادة الدائن وحده ولا بارادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معا اذا بقي التنفيذ العيني ممكنا او بحكم القانون اذا اصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي الا بديلا عن التنفيذ العيني فالالتزام هو هو لم يتغير وانما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين او بحكم القانون » (١) .

ونلاحظ اولا ما يأتي :

١ — ان التعبير الاوفق لاقتضاء حق الدائن في حالة استحالة التنفيذ لغير سبب أجنبي وفي حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع امكانه ، هو تعبير التنفيذ بمقابل وليس التنفيذ بطريق التعويض ، لان التعبير الأخير يوهم بأن (للتعويض) مصدر آخر غير مصدر الالتزام الأصلي وان اقتضاء التعويض يستلزم توافر شروط اخرى .

٢ — ان التنفيذ بمقابل في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع امكانه ليس مرده اتفاقا ضمنيا بين المتعاقدين ، فهذا محض افتراض لا يتفق

---

(١) السنهوري : الوسيط ج ٢ فقرة ٤٠٩ .

مع الواقع ، اذ معناه أن الطرفين قد توقعا عند ابرام العقد انه لن ينفذ من جانب احدهما فاتفقا على التنفيذ بمقابل من النقود محل التنفيذ العينى . وانما يرجع الأمر فى التنفيذ بمقابل فى هذه الحالة وفى حالة استحالة التنفيذ العينى لغير سبب اجنبى ، الى أن التنفيذ العينى ليس مقصودا لذاته ، وانما لأنه يحقق منفعة معينة مقومة بمال . فيتحول التنفيذ العينى فى هاتين الحالتين الى هذا التقويم النقدى ليحصل الدائن على نفس المنفعة التى كان سيحققها له التنفيذ العينى .

٣ — لن بعض الفقه يقول ان التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض هو بحث للمسئولية ، وان شروط استحقاق التعويض هى شروط المسئولية العقدية ذاتها (١) وسنرى فى سياق بحثنا أن هذا غير صحيح وان التنفيذ بمقابل لا يتطلب اية شروط على وجه الاطلاق .

● ●

والذى نستخلصه مما تقدم انه فى غير حالة استحالة التنفيذ العينى لسبب اجنبى ، يبقى الالتزام قائما ويحل تنفيذه بمقابل محل التنفيذ العينى ، اذ لا زلنا فى دائرة تنفيذ هذا الالتزام ، فلا حاجة بنا اذا الى انشاء التزام جديد والى البحث عن مصدر له . ولنا أن نتساءل : لماذا لجأ الفقه الى نظام المسئولية العقدية فى هذا المجال ولم يلجأ لنظام التنفيذ بمقابل ؟ ولماذا قال جانب من الفقه أن الالتزام الأصلى ينقضى ويحل محله التزام جديد ؟ يبدو ان مذهب الارادة هو الذى يتحمل جانبا من تبعة هذا الانحراف نتيجة اعتداده بالمدلول الخاطىء لمعنى (الارادة) ، فالفقه يقول عادة فى هذا الصدد ان الالتزام الأصلى الناشىء عن العقد قوامه الارادة فاذا لم ينفذ المدين التزامه فان التزاما آخر ينشأ مصدره القانون la loi ومؤسس على المسئولية ، وهذا الالتزام الجديد يقع فى نطاق آخر غير نطاق مبدأ سلطان الارادة ، اذ ينتهى هنا عمل الارادة ويقوم التزام جديد لا دور للارادة فيه (٢) ويقول الاستاذان هنرى وليون مازو فى هذا المعنى أن الالتزام الاصلى منشؤه

---

(١) راجع فى ذلك انور سلطان : احكام الالتزام فقرة ٦٧ — سليمان مرقس احكام الالتزام ص ١٠٩ .

(٢) راجع فى عرض راى هذا الفقه — ستارك — ص ٢٨٥ .

الارادة المشتركة للمتعاقدين أما الالتزام الاخر المؤسس على المسئولية فينشأ خارجا عن هذه الارادة لانه يتولد رغما عن المدين (١) .

والخطأ فى هذه الفكرة انما يرجع الى حمل الارادة — كاساس لنشأة الالتزام العقدى — على معنى الرغبة والمشيئة ، ومما يكون معه اجبار المدين على التنفيذ بمقابل منافيا لهذا المعنى . فى حين اننا لو حملنا الارادة الواعية الحرة على معنى المسئولية كاساس لنشأة الالتزام العقدى — فان استمرار الاستناد الى هذا الاساس لا ينطوى على تناقض ما فى حالة تحول التنفيذ العينى الى تنفيذ بمقابل .

١٦٥ — خطأ المقارنة بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية بالقول بان قوام كليهما اخلال بالتزام سابق :

وثمة خطأ آخر يقع فيه بعض الفقه ، خاصة انصار وحدة المسئولية ، فى قولهم انه لا خلاف بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من ناحية أن كلا منهما مصدر للالتزام ، وقوام كليهما الاخلال بالتزام سابق . غاية الأمر كما يقولون انه فى المسئولية التقصيرية يوجد اخلال بالتزام فرضه القانون وفى المسئولية العقدية يوجد اخلال بالتزام ناشىء من العقد (٢) .

ووجه الخطأ فى هذا القول انه ليس هناك اصلا ثمة وجه للمقارنة بين الالتزام العقدى وبين ما يسمى بالالتزام القانونى المقول بان الاخلال به يحرك المسئولية التقصيرية ، فالالتزام الأول هو التزام بالمعنى الفنى لهذه الكلمة أما الثانى فليس التزاما بهذا المعنى ، ذلك ان الالتزام الأول يقابله حق مالى معين يوجد فى حيازة المدين قبل تنفيذه ولا يحتاج الامر الا الى نقله من حيازته الى حيازة الدائن ، ويمكن لهذا الأخير ان يتصرف فيه للغير وهو لا زال فى حيازة المدين . بينما (الالتزام) القانونى الذى يعتبر الاخلال به مولدا للمسئولية التقصيرية بعيد عن هذا المعنى ؛ اذ لا يقابله حق مالى يمكن التصرف فيه فهو ليس التزاما بالمعنى الفنى ، ولكنه واجب عام على

---

(١) مازو جـ ١ فقرة ١٠٠ .

(٢) مازو جـ ١ فقرة ١٠٠ .

الكافة بعدم الاضرار بالغير ، والاخـــلال به هـــو الذى يكون ركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية .

وقد لاحظ خطأ تلك المقارنة بعض الفقه ، ولكن ملاحظته كانت بصدد التمييز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ، فيقول الأستاذ عبد الحى حجازى : « فالالتزام بمعناه الفنى هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين ، وعلى ذلك لا يوجد الالتزام الا اذا كان هناك دائن ومدين . وكان كل منهما معينا .. وفى المواد التعاقدية لاشك فى وجود الدائن والمدين . أما فى المواد التقصيرية فلا يوجد الالتزام قبل وقوع العمل غير المشروع . والذى يوجد قبل ذلك هـــو واجب قانونى بعدم الاضرار بالغير يكون على كل شخص لمصلحة كل شخص ، فلا يوجد المدين ولا الدائن الا عند الاخلال بذلك الواجب العام وعندئذ يتحول الواجب القانونى العام الى التزام معين الدائن والمدين . وعلى ذلك فلا يجوز ان يقال أن المسئولية التقصيرية تنشأ عند الاخـــلال بالتزام سابق فالالتزام بمعناه الفنى غير موجود قبل وقوع العمل غير المشروع ، هو ينشأ من الجريمة ومن ثم لا يكون سابقا عليها . وعلى ذلك لا يجوز أن نسوى بين المسئوليتين احداهما تنشأ عن الاخـــلال بالتزام تعاقدى والأخرى تنشأ من الاخلال بواجب قانونى عام » (١) .

واذا كان الفقه يستند الى هذا القول للتمييز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ، فنحن نقول انه ليس فرقا بين نوعين من المسئولية ، بل هو فرق حاسم بين نظام وبين نظام آخر لا يجعل منهما نوعين لجنس واحد ، ذلك انه متى نشأ الالتزام العقدى نشأ معه حق مالى للدائن لا يزول الا باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى (٢) .. وفيما عدا ذلك يتمين تنفيذ هـــذا الالتزام دون تطلب أية شروط أخرى لنقل الحق من حيازة المدين الى حيازة الدائن ، وليس هذا هو الشأن فى المسئولية التقصيرية .

---

(١) عبد الحى حجازى النظرية العامة للالتزام ١٩٥٣ ج ٢ ص ٣٧٠ وفى هذا المعنى ستيفانى مذكراته عن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لقسم الدكتوراه بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٤٩/١٩٥٠ وحشمت أبو ستيت نظرية الالتزام من القانون المدنى الجديد ١٩٥٤ فقرة ٤١١ اسماعيل غانم — أحكام الالتزام فقرة ٤٥ وقرب ذلك جوسران ج ٢ فقرة ٦١٧ .

(٢) القول بأن الالتزام العقدى ينقضى لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبى هو قول الفقه الحاضر أما نحن كما سيجىء نرى أن الالتزام لم ينشأ فى هذه الحالة أصلا .

وقد اخذت غالبية الفقه الحديث تتجه لا شعوريا الى البصر بهذه الحقيقة بعدم اشتراطها ركن الخطأ فى المسئولية العقدية كما سنرى فيما بعد . كما اخذ جانب من الفقه يردد القول بأن المسئولية العقدية جزاء على الاخلال بالتزام سابق ، بينما الامر فى المسئولية التقصيرية خاص بنشأة الالتزام . أى انه فى المسئولية العقدية يكون الغرض هو المحافظة على حق مكتسب بينما تستهدف المسئولية التقصيرية خلق رابطة قانونية (١) .

وهذا هو ما يوجه اتجاه الفقه — حتى اولئك الذين يميلون الى مذهب وحدة المسئولية — الى القول ان هناك فرقا هاما بين المسئوليتين فى مجال الاثبات، لأن مركز الدائن التعاقدى افضل فى هذه الناحية من مركز الدائن فى المسئولية التقصيرية . ففى المسئولية العقدية — كما يقولون — يوجد التزام محدد (٢) obligation precisée يكون الخطأ العقدى تبعا له ذا معيار مادى يتحقق بمجرد الاخلال بهذا الالتزام ، بحيث لا يتحمل الدائن فى هذه الحالة غير اثبات نشأة العقد ، وليس الأمر كذلك فى المسئولية التقصيرية حيث يجب على الدائن أن يثبت وقوع خطأ من المدين (٣) .

ولكن الواقع انه اذا كان الدائن العقدى فى مركز افضل من مركز الدائن فى المسئولية التقصيرية ، فليس ذلك كما يقال مرده فرق فى الاثبات ، ذلك أن الالتزام العقدى كما سبق القول شىء مختلف تماما عن ذلك الواجب الذى يعتبر الاخلال به محركا للمسئولية التقصيرية فما هو بالتزام حتى يقارن بينه وبين الالتزام العقدى ، ولكنه واجب عام بعدم الاضرار بالغير يكون الاخلال به عنصرا فى ركن الخطأ . واذا فالمسألة ليست مسألة سهولة اثبات ركن الخطأ فيما يسمى بالمسئولية العقدية وصعوبته فى المسئولية التقصيرية ولكن المسألة انه فى الاولى لا محل اطلاقا لاثارة ركن الخطأ ، اذ نحن امام التزام يقابله حق للدائن يجب تنفيذه ، هذا التنفيذ لا يستلزم البحث فى اى امر آخر ، ويظل هذا التنفيذ واجبا فى كل الاحوال ما دام ان مصدر الالتزام لم ينحل بسبب اجنبى . اما فى المسئولية التقصيرية فنحن امام بحث

---

(١) راجع فى ذلك برن ، روابط ونطاق المسئوليتين العقدية والتقصيرية ١٩٣١ فقرة ٢٣ .
(٢) بلانيول وريبر وبولانجيه ج ٢ فقرة ٩٢٦ .
(٣) راجع فى ذلك برن فقرة ٤٨ .

نشأة التزام لم يكن موجودا من قبل ، وتتطلب نشأته اثبات ركن الخطأ فى حين أن عدم تنفيذ الالتزام المقدى عينا وتحوله الى تنفيذ بمقابل لا يستتبع نشأة التزام جديد يحتاج الى البحث عن مصدر له واستلزام توافر ركن الخطأ فى هذا المصدر ، فالالتزام هو هو لم يتغير ولا زلنا فى دائرة تنفيذه .

١٦٦ ـ اتجاه الفقه الحديث الى عدم استلزام ركن الخطأ فى المسئولية العقدية :

ان اول ما يثور فى الذهن بصدد هذه المسألة ، هو أن التنفيذ العينى لا يستلزم ولا يتصور فيه استلزام وقوع خطأ من المدين فكيف نتطلب استلزام الخطأ لاعمال التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض ؟ (١) .

لقد ذهب بعض الفقهاء الى أن التقصير ركن فى المسئولية العقدية ، ومن ثم يقولون أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام لا يحرك المسئولية وانه يجوز للمدين أن يثبت انه لم يقصر . ومن بين الأمثلة التى يضربونها لتأييد رأيهم قول الأستاذ بهجت بدوى « صاحب مصنع التزم بتوريد منتجات مصنعه فى ميعاد معين .. ولم يوردها فى الميعاد . المدين (صاحب المصنع) لم ينفذ التزامه ولم يحقق الغاية العملية التى رمى اليها الدائن ولكن ذلك لا يعنى حتما أن صاحب المصنع مقصر فى عدم تنفيذ التزامه ومسئول قبل الدائن ما لم يثبت السبب الاجنبى ، اذ قد يمنعه قيام حالة الحرب وتفضيله اختيارا تشغيل مصنعه لمواجهة طلبات الجيش بدافع الوطنية ، ولا يقال أن حالة الحرب انما هى قوة قاهرة تنفى ركن السببية ما دام تفضيل صاحب المصنع تشغيل مصنعه للجيش وقع اختيارا لا نتيجة لأمر استيلاء » (٢) ولكن هذا القول مردود بأن دافع الوطنية الذى ينفى ركن التقصير ، يقتضى أن يدفع صاحب المصنع للدائن مقابل ما فاته من نفع بسبب عدم تنفيذ الاول لالتزامه ، والا كان القول بغير ذلك معناه ان الدائن هو الذى تحمل النتيجة كلها أو بعضها رغما عنه ، وصاحب المصنع هو الذى ارغمه على ذلك وادعى الوطنية على حسابه .

---

(١) قرب هذا المعنى مستارك ص ٢٩٤ ـ ٢٩١

(٢) بهجت بدوى : أصول الالتزام فقرة ٣٠١

ويضرب الأستاذ بهجت بدوى مثلا آخر فيقول « كذلك يعتبر الاخلال غير تقصيرى اذا كان راجعا الى خطأ أو جهل لم يكن من الممكن دفعه erreur ou ignorance inévitable او بتعبير أدق اذا كان هذا الخطأ أو الجهل مما يقع فيه الرجل المتوسط الحرص اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية . مثل هذا الخطأ أو الجهل لا يعتبر تقصيرا . والأمثلة على هذا عديدة فى أحكام المحاكم فقد حكم بأن المدين الذى يسىء تفسير شروط العقد فى صورة يدق فيها التفسير لا يسأل عن تنفيذه الخاطىء » (١) ولكن هذا القول مردود بأن المشكلة هنا لا علاقة لها بالمسئولية وانما تتعلق بمسألة أولية هى تحديد مضمون الالتزام ومن ثم فهى مسألة تفسير .

ومع ذلك فان انصار نظرية الخطأ يسلمون بأن هناك التزامات يتحمل المدين نتيجة عدم تحقيقها حتى ولو كان غير مقصر ، كما فى ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فلا يستطيع المدين ان يتخلص من هذه الالتزامات باثبات انه لم يخطىء ، فلو ان البائع مثلا كان يجهل انه غير مالك للمبيع وكان معذورا فى جهله فانه يلتزم مع ذلك بتعويض المشترى (٢) .

وفى راى الاستاذ اسماعيل غانم (٣) — على خلاف الراى الشائع — ان السبب الأجنبى الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ لا ينفى علاقة السببية بمعناها الدقيق — وهى التى تربط بين عدم التنفيذ والضرر — وانما ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ بنفى نسبته الى المدين . وعلى ذلك فانه اذا كان المدين لا يلزم بالتعويض عن عدم التنفيذ اذا ثبت ان سببا اجنبيا لا يد له فيه قد جعل التنفيذ مستحيلا ، فانه لا تفسير لانتفاء المسئولية فى هذه الحالة الا بانتفاء الخطأ ، اذ أن هذه الحالة تعنى أن المدين غير ملوم لعدم استطاعته القيام بالتنفيذ .

وسنرى عند بحث ركن علاقة السببية ان اثر السبب الأجنبى فى نفيه الخطأ عن المدين انما يرتد الى بدء العلاقة التعاقدية ، فيمنع نشأة الالتزام اصلا .

---

(١) بهجت بدوى : الموضع السابق .

(٢) راجع فى ذلك بهجت بدوى فقرة ٢٠٢ وسنارك ص ٢٧٦

(٣) أحكام الالتزام فقرة ٤٦

وقد اصبح الراى الغالب فى الفقه يتجه الى عـــدم اشتراط توافر ركن الخطأ فى المسئولية العقدية أو على الأقل الى اعتباره كما مهملا ، بمعنى أن مجرد عدم التنفيذ للالتزام يحرك المسئولية مالم يثبت المدين قيام السبب الأجنبى ، فلا يباح له أن يثبت أن عدم التنفيذ غير راجع الى تقصـــيره ، فهو مسئول عن مجرد فعله simple fait فاذا ما نشأ الالتزام فى ذمته فيجب عليه تنفيذه ويكون مسئولا عن عدم التنفيذ حتى لو زالت اهليته بعد نشأة الالتزام ، وحتى لو كان يجهل نشأة هذا الالتزام ، فلا حاجة اذن لفحص سلوكه لمعرفة ان كان قد بذل عناية الشخص المعتاد أم لا (١) .

على أن جانبا آخر من الفقه يذهب الى رأى مخالف فى المظهر وان كان ينتهى الى نفس نتيجة الراى السابق ، اذ يقول ان المدين يعتبر مسئولا لمجرد عدم التنفيذ لأن عدم التنفيذ هو نفســه الخطأ العقدى أيا كان السبب فى ذلك ، فليس عدم التنفيذ قرينة على الخطأ بل هو الخطأ نفسه ، فاذا لم ينفذ المدين التزامه فهو مخطىء ولا يجوز له أن يثبت انه لم يخطىء ، ولا يستطيع ان يتخلص من مسئوليته الا باثبات الأجنبى (٢) .

وهذا هو الرأى الذى تبناه القانون المدنى المصرى الجديد ، فقد نصت المادة ٢١٥ منه على انه « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » . وجاء بالمذكرة الايضاحية لهذه المادة انه « يتعين الحكم على المدين بالتزام تعاقدى بوجوب الوفاء عينا ، اذا طلب الدائن ذلك الا ان يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلا ، وعلى هـــذا النحو يفترض التخلف تقصير المدين أو خطئه فاذا أراد أن يدفع التبعة عن نفسه فعليه يقع عبء اقامة الدليل على ان استحالة التنفيذ نشأت عن سببه أجنبى لا يد له فيه » (٣) ويقول معظم الشراح المصريين أن الخطأ العقدى فى القانون المدنى الجـــديد هو مجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى أيا كان السبب فى ذلك ،

---

(١) راجع فى عرض هذا الراى ، برن فقرة ٢٣ ، وجو مرلان ج ٢ فقرة ٩١٢

(٢) بلانيول وريبر وبولانجيه ج ٢ فقرة ٧٠٣ ، وكولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ٢

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٤٢ .

« فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه .. فاذا لم يقم المدين فى العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدى ، يستوى فى ذلك ان يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئا عن عمده او من اهماله أو عن فعله (اى دون عمد او اهمال) » (١) « فليس صحيحا ان عدم التنفيذ يفترض فيه الخطأ من جانب المدين وانما عدم التنفيذ هو الخطأ ذاته ، فاذا قام الدليل على عدم التنفيذ كنا بصدد خطأ ثابت لا خطأ مفروض » (٢) .

والحقيقة انه لا فرق بين هذا الراى وبين الراى السابق فى النتيجة التى ينتهى اليها كلاهما ، ما دام ان الراى الثانى يقول ان المدين يعتبر مسئولا لمجرد عدم تنفيذه للالتزامه ايا كان السبب فى ذلك ، ولو كان عدم التنفيذ راجعا الى مجرد فعله دون عمد أو اهمال ومن ثم لا يباح له ان يثبت انه لم يقصر . ولكن هذا الراى الثانى يتوجه اليه النقد من ناحية ما يشوبه من انحراف وتناقض فى صياغته ، اذ يعتبر عدم التنفيذ مرادفا للخطأ ، مع تسليمه فى الوقت نفسه بأن عدم التنفيذ يحرك المسئولية ولو كان قد وقع دون تقصير . ومن ثم فوصف عدم التنفيذ هنا بالخطأ وصف زائد لانه غير ضرورى ، اذ يمكن القول مباشرة ان المسئولية العقدية تتوافر بحدوث الضرر الناشىء من عدم تنفيذ المدين للالتزامه دون حاجة لاثارة فكرة الخطأ اصلا . ولن يضير هذا الراى بذلك شيئا . هذا الى ان وصف عدم التنفيذ هنا بانه خطأ فى كل حالة دون فحص سلوك المدين يفرغ الخطأ من مقوماته ويبتعد به عن معناه وجوهره لينتهى به الى صفة عامة مجردة تطبق تطبيقا آليا اعمى دون التحقق مما اذا كان المدين قد قصر حقيقة أم لا (٣) .

ويذهب راى قوى فى الفقه الحاضر الى التفرقة بين نوعين من الالتزامات العقدية : الالتزام بتحقيق نتيجة obligation de resultat والالتزام بوسيلة obligation de moyen ، ففى الالتزام الاول يكون مجرد عدم التنفيذ

---

(١) السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٤٢٧ .

(٢) عبد المنعم الصده : مصادر الالتزام فقرة ٣١٠ ، وفى هذا المعنى حشمت ابو ستيت فقرة ٣٥٥ وانور سلطان ، مصادر الالتزام فقرة ٢١٨ وسليمان مرقس ، احكام الالتزام ص ١١٠ .

(٣) فى هذا المعنى ستارك ٢٧٦ .

خطأ ثابتا من المدين ، بينما فى النوع الثانى يتعين على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب خطأ بأن أهمل فى تنفيذ التزامه (١) .

ويقول الاستاذان هنرى وليون مازو فى عرض هـذا الرأى وتأييده أن الالتزام اما أن يكون معينا ومحددا obligation précisée et déterminée وهذا هو الغالب فى الالتزامات التعاقدية ، واما أن يكون التزاما عاما بوجوب اليقظة والعناية obligation générale de produce ففى النوع الاول اذا لم ينفذ المدين التزامه فيكون قد انتحى مسلكا لا يجب أن يسلكه ومن ثم يكون مجرد عدم التنفيذ منطويا على خطأ ، لانه اذا ما أبرم عقد تحمل فيه المدين بالتزام محدد فيجب عليه أن ينفذه فان لم يفعل كان مخطئا ، وعدم التنفيذ هنا ليس قرينة على الخطأ présomption de faute والا كان مؤدى ذلك أن للمدين أن يثبت أنه لم يخطىء . ولكن الخطأ هنا ثابت prouvée أو محقق réalisée وهو خطأ يكفى بنفسه نفسه Il y a là une faute qui se suffit à elle - même أما النوع الثانى وهو الالتزام العام باليقظة والعناية فهنا يلزم المدين لا بنتيجة محددة ، ولكن ببذل عناية أو اصطناع يقظة للوصول الى نتيجة ، كالطبيب الذى يعالج مريضا ، والوديع المكلف بالمحافظة على الوديعة . فاذا لم ينفذ المدين هذا الالتزام العام، فقد اخطأ . ويكون عدم التنفيذ هنا مرادفا للخطأ كما هو الحال بالنسبة للالتزام المحدد ، ولكن الصعوبة هنا هى فى معرفة ما اذا كان هناك عدم تنفيذ أم لا ، فبينما فى الالتزام المحدد يكون عدم التنفيذ متضمنا خطأ ظاهرا يتقرر تلقائيا automatiquement ، ويكفى فيه أن يثبت أن الالتزام لم ينفذ دون حاجة لفحص سلوك المدين والبحث عما اذا كان قد تصرف بحكمة وعناية ، فان أمر الالتزام العام باليقظة والعناية يستدعى التحقق عما اذا كان المدين قد راعى فى تصرفه ما يقتضيه هذا الالتزام من تبصر وتدبر وحيطة . وهذا يتطلب فحص سلوكه ، ويكون عبء اثبات وقوع تقصير منه على عاتق الدائن (٢) .

---

(١) راجع فى ذلك بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٣٧٧ هنرى وليون مازو ج ١ فقرة ٦٦٩ وما بعدها استيفانى ، مذكراته ص ٦٣ ستارك ص ٢٩٣ .

(٢) مازو ج ١ فقرة ٦٦٩ — ٦٧٠ .

واذا فنحن امام آراء ثلاثة :

١ ــ راى يقول ان الخطأ ليس ركنا فى المسئولية العقدية .

وهذا الراى هو الذى يتفق مع التحليل العلمى للمسألة بما اشرنا اليه من قبل من انه فى غير حالة استحالة التنفيذ لسبب اجنبى فان الالتزام لا يسقط ويجرى تنفيذه هو نفسه بمقابل ، ومن ثم لا حاجة الى البحث عن التزام جديد ولا حاجة بالتالى الى البحث عن مصدر له ولا محل اذا لاستلزام توافر ركن الخطأ لاقتضاء مبلغ من النقود يحل محل التنفيذ العينى .

٢ ــ راى يقول ان عدم تنفيذ الالتزام هو الخطأ ، وهو خطأ ثابت لا مفروض بحيث لا يجوز للمدين ان يثبت انه لم يخطىء وقد رأينا ان نتيجة هذا الراى تنتهى الى نفس نتيجة الراى السابق .

٣ ــ راى يفرق بين الالتزام بتحقيق نتيجة وبين الالتزام بالعناية ، ويرى انه فى الالتزام الاول يكون مجرد عدم التنفيذ محركا للمسئولية ، وفى الالتزام الثانى يتعين على الدائن ان يثبت تقصير المدين .

وسنرى فى الفقرة التالية ان هذه التفرقة ، وذلك الخلاف بين الآراء الثلاثة انما يرتد الى خطأ فى أصل المسألة ، وهو عدم تحديد مجال الالتزام العقدى وامتداده خارج نطاقه ، فنشأ عن ذلك اختلاط الأمور وتعقدها ، وبجلاء هذا الخطأ تزول عقبة جوهرية كانت تحجب الرؤية وتحول دون وضع الامور فى نصابها الصحيح ، ومن ثم يكون الطريق ممهدا لالغاء نظام المسئولية العقدية .

١٦٧ ــ تحديد الالتزام العقدى :

يقول الفقه الحاضر فى تحديد نطاق المسئولية العقدية ان اعمالها يجرى فى حالة الاخلال بالتزام عقدى اخلالا نشأ عنه ضرر . وفى بيان ما هو الالتزام العقدى يقول الفقه انه لا صعوبة اذا كان الالتزام منصوصا عليه صراحة فى العقد ، ثم يقول انه الى جانب ذلك قد يستخلص من ارادة المتعاقدين الضمنية قيام التزام عقدى ما (١) .

---

(١) راجع على سبيل المثال مازو جـ ١ فقرات ١٥٥ ــ ١٦٩ ، وبرن فقرة ١٧٦ ، ومارتين الخبرة بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ١٩٥٧ ص ٣٥ .

بيد أن الفقه الحاضر تحت تاثير الاهمية التى اضفاها على المدلول الخاطىء للارادة كمصدر للالتزام العقدى ، قد وسع فى دائرة هذا الالتزام ، فاقحم فيها كل تعهد تقول به الارادة صراحة او ضمنا ولو كان محل هذا التعهد موجودا قبل انعقاد العقد او موجودا بغض النظر عن انعقاده ، وظن ان هذا التعهد الذى يتضمن واجبا بالعناية وعدم التسبب فى الاضرار بمحل لم ينشئه العقد يعتبر التزامه عقديا ، بحيث يكون الضرر الذى يلحق بهذا المحل ضررا عقديا تحكمه المسئولية العقدية مع انه فى ذات الوقت يعتبر ضررا تقصيريا تحكمه المسئولية التقصيرية ، ومن هنا نشأ ازدواج المسئوليتين ومشكلة الخيرة بينهما وما اثارته من صعوبات وخلافات استحال حلها نتيجة هذا الخطأ فى أصل المسألة .

والحقيقة أن ما يسمى بالضرر العقدى انما هو ذلك الضرر الذى يمس قيمة مالية انشاها العقد . أما الضرر الذى يصيب حقا ماليا لم ينشئه العقد فمجاله المسئولية التقصيرية حتما ، والا تجاوز الالتزام العقدى قيمته الصحيحة وكان معنى ذلك أن يعتبر مجرد الواجب بعدم الاضرار بالغير التزاما ، بالمعنى الفنى للالتزام .

ولنضرب بضعة امثلة على ما تقول به :

١ — شخص اشترى آلة فانفجرت بعد شرائها ولحقها تلف كلى أو جزئى وأصيب المشترى فى شخصه أو فى مال آخر له . هنا نحن أمام مسألتين متميزتين تماما : مسألة تلف الآلة ، وهذه مسألة عقدية بحتة تتمثل فى الاخلال بالتزام عقدى ويحكمها نظام التنفيذ بمقابل (وفى رأى الفقه الحاضر المسئولية العقدية) حيث يتعين على البائع أن يدفع للمشترى مقابل التزامه بضمان العيب دون حاجة لاثبات تقصير من جانبه . والمسألة الثانية مسألة اصابة المشترى فى جسمه او فى مال آخر له نتيجة هذا الانفجار . والضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشئها العقد فيكون ضررا تقصيريا تحكمه المسئولية التقصيرية وحدها .

٢ — شخص باع ماشية موبوءة فانتقلت منها العدوى الى مواشى المشترى الاخرى . الالتزام هنا خاص بالماشية المباعة فقط ويلزم البائع بالضمان عنها فى كل الأحوال دون استلزام وقوع خطأ منه . أما الضرر

الذى اصاب المشترى فى مواشيه الاخرى فهو ضرر تقصيرى يتطلب توافر أركان المسئولية التقصيرية لانه ضرر لحق بقيمة مالية لم ينشئها العقد فلا يعتبر من ثم نتيجة اخلال بالتزام عقدى والا كان القول بغير ذلك معناه ان قيمة الالتزام العقدى تشمل قيمة المواشى الاخرى التى انتقلت اليها العدوى .

٣ — مستأجر لعين انهارت فأصابت منقولاته بتلف . هنا لم ينفذ المؤجر التزامه بانتفاع المستأجر بالعين فيكون للمستأجر الحق فى اقتضاء مقابل هذا الالتزام ما دام هذا الالتزام لم ينحل لسبب اجنبى . أما الضرر الذى لحق المستأجر فى منقولاته فهو ضرر تقصيرى لا عقدى .

٤ — مستأجر لعين حدث بها حريق أثناء شغله لها . الضرر الذى لحق المالك المؤجر لم يكن نتيجة اخلال المستأجر بالتزام عقدى بالمعنى الفنى للالتزام ، بل نتيجة الاخلال بواجب المحافظة على العين المؤجرة من جانب المستأجر . وليس محل هذا الواجب شيئا انشأه عقد الايجار ، فالمسئولية هنا تقصيرية وقيام هذا الواجب انما هو عنصر واقعى فى ركن الخطأ فى هذه المسئولية .

٥ — الطبيب الذى يتعاقد مع مريض لعلاجه . اذا لم يقم الطبيب بالعلاج المتفق عليه ، فالمريض له حق التنفيذ بمقابل فى كل الأحوال دون حاجة لاثبات تقصير الطبيب ويقدر التنفيذ بمقابل هنا بما يتكبده المريض من نفقات علاجه لدى طبيب آخر . أما اذا كان المريض قد أصابه ضرر بسبب امتناع الطبيب عن تنفيذ التزامه وعلاجه ، أو بسبب عدم مراعاته الاصول العلمية والفنية فى العلاج ، فالضرر هنا تقصيرى تحكمه المسئولية التقصيرية وحدها .

٦ — المسافر الذى يصاب اثناء النقل . الضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشئها عقد النقل فنكون امام مسئولية تقصيرية . والامر كذلك فى عقد نقل الاشياء .

ويبين من هذه الامثلة ان العقد اذا انشأ للمتعاقد قيمة مالية فيجب على المتعاقد الآخر المدين أن يحققها له بعينها فان لم يفعل الزم بمقابل هذه القيمة بمقتضى التزامه الأصلى الناشىء عن العقد دون حاجة لاستظهار خطأ من جانبه . أما اذا كانت المنفعة التى انتقصت لم تتولد عن العقد وانما هى منفعة

مستقلة عنه . فان الاضرار بها يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية ويستدعى البحث فى توافر أركانها .

ويلاحظ انه احيانا لولا ابرام العقد لما نشأت المسئولية التقصيرية عن تعويض ضرر اصاب المتعاقد فى قيمة لم تنشأ عن العقد ، كالوديع فى التزامه بالمحافظة على الوديعة ولم يكن محملا بهذا الالتزام من قبل ، والاجير الذى يتعهد بمصاحبة كفيف ورعايته . ولكن ليس معنى ذلك ان المسئولية هنا ذات اصل تعاقدى او انها مسئولية تعاقدية ، ذلك ان الواجب الذى انشاه التعاقد ليس الا عنصرا واقعيا فى ركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية . فالمعروف فى مبادىء هذه المسئولية ان الشخص لا يسأل عن حدوث ضرر لغيره لمجرد امتناعه عن دفع هذا الضرر ، ولكنه يكون مسئولا اذا كان مكلفا بدفع هذا الضرر بموجب اتفاق او نص فى القانون . فرجل الشرطة اذا قصر فى منع جريمة كان فى استطاعته أن يمنعها يكون مسئولا مسئولية تقصيرية لان هذا يعد اخلالا بواجبات وظيفته ، ولا يعنى هذا ان المسئولية ليست تقصيرية او انها مسئولية مزدوجة : تقصيرية ووظيفته (فى مجال التعويض عن الفعل الضار) .

وخطأ الفقه الحاضر انه لم يفرق بصدد ذلك الالتزام بالحفظ أو العناية بين مسألتين متميزتين تماما : مسألة اخلال الملتزم بهذا الالتزام بامتناعه عن القيام به أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه ، وهذه مسألة عقدية بحتة يحكمها نظام التنفيذ بمقابل . والمسألة الثانية هى مسألة حدوث ضرر بالشىء موضوع الالتزام بالعناية ، وهذه مسألة تحكمها المسئولية التقصيرية وحدها ، لان قيمة هذا الشىء لا تدخل ضمن هذا الالتزام ، فهو لم ينشئها وقد كانت موجودة قبل وجوده . وقد ظن الفقه الحاضر انه ما دام ان الضرر الذى حدث كان نتيجة للاخلال بواجب انشاه العقد فيكون الضرر هنا تعاقديا ، ولم يلاحظ أن الاخلال بهذا الواجب ليس الا عنصرا فى ركن الخطأ أحد أركان المسئولية التقصيرية اى انه ليس الا واقعة بالنسبة لهذه المسئولية . فكل ما نبحثه على ضوء الواقع بصدد قيام هذه المسئولية هو معرفة أن كان المتعاقد قد أخطأ أم لا بأن كان فى استطاعته ان يتفادى وقوع الضرر المكلف بمنعه أم لم يكن فى استطاعته ذلك .

والصورة العكسية لهذا الوضع هو ما يسمى فى الفقه باتفاقات نقل المسئولية التقصيرية ، كمالك الحيوان او السيارة يؤجرها لآخر ، فلا يعتبر المالك مسئولا عن الضرر الذى يصيب الغير من الحيوان او السيارة لعدم توافر ركن الخطأ من جانبه . وانعدام هذا الركن يرجع الى الاتفاق الذى بمقتضاه نقل واجب الحراسة الى المستأجر .

ففى الصورة الاولى انشأ الاتفاق واجبا بالعناية ، وفى الصورة الثانية نقل الاتفاق هذا الواجب على عاتق شخص آخر . وفى كلتا الصورتين عنصر واقع بالنسبة لركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية لا يرتد بها الى مسئولية اتفاقية .

وقد كان عدم البصر بهذه الحقيقة ما ادى الى شذوذ تطبيق قاعدة واحدة على حالتين متميزتين تماما : حالة عدم تنفيذ الالتزام المعقدى ، وحالة حدوث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد مما يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية وحدها . فاذا كانت القاعدة العامة تنص على مساءلة المدين العقدى ما لم يثبت أنه استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب اجنبى ، فان من الظلم اعمال هذه القاعدة فى الحالة الثانية بمساءلة المدين ما لم يثبت قيام القوة القاهرة . دون أن يباح له التدليل على انتفاء اى خطأ من جانبه باثبات انه اتخذ العناية الكافية . ولذلك اضطر الأستاذ تونك Tunc (١) ، فى محاولة لرفع هذا الشذوذ ، الى تعديل الفكرة السائدة عن القوة القاهرة بان نفى عنها عنصرى عدم امكان التوقع واستحالة الدفع ، ونزل بها الى مستوى اية عقبة لا تستطيع عناية الشخص المعتاد bon père de famille ان تتغلب عليها ، ومن ثم اعتبار القوة القاهرة مرادفة لانتفاء الخطأ . فى حين انه لا حاجة بنا الى هذا التعديل فى فكرة القوة القاهرة ، اذ ان المسئولية التى استرعت نظر الاستاذ تونك ووجد من الظلم عدم امكان نفيها الا باثبات القوة القاهرة فى معناها السائد ، انما هى مسئولية تقصيرية يستلزم لتوافرها قيام ركن الخطأ ، بدليل الامثلة التى ضربها او اشار اليها لبيان عدم استساغة نفى المساءلة فيها الا باثبات القوة القاهرة فيما تستلزمه من توافر شرطى عدم امكان التوقع

---

(١) مقاله عن القوة القاهرة وانتفاء الخطأ فى المواد التعاقدية ، بالمجلة الفصلية ١٩٤٥ ص ٢٢٥ — ٢٥٩ .

واستحالة الدفع لهذه الامثلة لا تتعلق بعدم تنفيذ التزام عقدى بالتحديد الذى تقول به ، وانما تتعلق بحدوث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد (١) .

وعلى ضوء ما تقدم ، نستطيع ان نستجلى الحقيقة فى الخلاف الشهير حول التزام السلامة obligation de sécurité فى عقد نقل الاشخاص (٢)

فقد ذهب رأى الى أن هذا الالتزام عقدى يرتبه عقد النقل ويتضمن التزام الناقل بأن يصل المسافر الى محطة الوصول سليما ، وهو التزام محدد اى التزام بنتيجة ، فاذا اصيب المسافر اثناء النقل فلا يتحمل عبء اثبات خطأ الناقل ، ولا يستطيع هذا الأخير ان يتخلص من المسئولية الا باثبات

---

(١) وهذه هى الامثلة التى ساقها الاستاذ تونك فى بحثه المذكور .
— مسئولية شخص عن اصابة حصان كان قد انتوى شراءه وعندما كان يحاول تجربته فى جر عربة انفلت منها ووقع على الارض فجرح .
— مسئولية عمال جراج عن حريق شب بسيارة اثناء قيامهم باصلاحها .
— مسئولية المستعير عن تلف الشىء المعار .
— مسئولية الدائن المرتهن رهنا حيازيا عن فقد الشىء المرهون أو تلفه .
— مسئولية المودع عنده عن تلف الوديعة .
— مسئولية شركة عملاقة عديد عن تصرف ناظر محطة لها ببيعه بضائع — كانت معدة للنقل — بثمن منخفض تفاديا من استيلاء قوات معادية عليها كان يتوقع قدومها قبل ان يتمكن من ابعادها عن متناول يدها .

(٢) فيما يختص بالتزام السلامة فى عقد العمل ، ذهب الفقه اولا الى تطبيق احكام المسئولية التقصيرية ، فاذا اصيب العامل اثناء تأدية عمله فان صاحب العمل لا يكون ملزما بتعويضه عن اصابته ما لم يثبت العامل نسبة الخطأ اليه . بيد أن عجز هذا الاساس وقصوره عن حماية العامل اصبح جليا بعد التقدم الآلى الصناعى الذى أدى الى زيادة مخاطر العمل زيادة تتصل بطريقة الانتاج نفسه وتكمن فيه بحيث اصبح سبب الاصابة غالبا مجهولا او نتيجة قوة قاهرة .

ولعلاج جانب من هذا الوضع ذهب فريق من الفقه الى أن عقد العمل يتضمن التزاما على عاتق صاحب العمل بكفالة سلامة العامل فاذا اصيب العامل كان صاحب العمل مسئولا مسئولية عقدية بمقتضاها لا يتحمل العامل عبء اثبات الخطأ ويكون صاحب العمل ملزما بالتعويض ما لم يثبت انتفاء خطئه باقامة الدليل على أن الحادث يرجع الى سبب أجنبى . وقد عيب على هذا الرأى أنه يقوم على افتراض انصرف نية المتعاقدين الى تحميل عقد العمل هذا الالتزام ، وهو افتراض مخالف للواقع .

(راجع فى عرض هذا الموضوع / مازو ج ١ فقرة ١٥٦ وفؤاد مرعى مقاله عن اساس التعويض عن اصابة العمل بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٢ ، محمود جمال الدين زكى : مقاله عن ضمان اخطار المهنة فى القانون المصرى بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٧) .

وفى رأينا أن العامل الذى يشغل فى مشروع لحساب رب العمل ويصاب اثناء عمله باصابة تعتبر من مخاطر المهنة أى ليست نتيجة وقوع خطأ منه ، يستحق تعويضا عن اصابته هذه قبل رب العمل تأسيسا على مبدأ الاثراء بلا سبب ، لان هذه المخاطر تدخل ضمن تكاليف المشروع التى يتحملها صاحبه ، والا كان فى تحمل العامل بها اثراء سلبيا لرب العمل . وهذا هو نفس ما هو مسلم به فى الفضالة — احدى تطبيقات مبدأ الاثراء بلا سبب ، وفيها يقول الاستاذ السنهورى ، الوسيط ج ١ فقرة ٨٩٧ « قد يلحق الفضولى ضرر اثناء قيامه بالعمل فاذا كان الضرر الذى اصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فانه يدخل ضمن التكاليف التى تجشمها اثناء القيام بعمله ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه » .

أن وقوع الحادث يرجع الى سبب اجنبى . وقد انتقد البعض هذا الرأى بحجة أن القول بتولد التزامه بالسلامة عن عقد النقل هو تحميل لهذا العقد فوق ما يحتمله لعدم انصراف ارادة المتعاقدين اليه ، وانه لا يمكن استخلاص انصراف نية أمين النقل الى أن يتعهد تعهدا مطلقا بسلامة الراكب من كل حادث لا يرجع الى خطئـــه .

ويلاحظ أن هذا الخلاف مثاره عدم وجود نص صريح فى عقد النقـــل يتضمن التزام السلامة . ولا خلاف بين الفقه الحاضر فى اعتبار هذا الالتزام التزاما تعاقديا اذا نص عليه فى العقد .

ولكننا نقول انه سواء تضمن العقد هذا (الالتزام) ام لم يتضمنه ، فهو ليس التزاما تعاقديا البتة . وليس التزاما بالمعنى الفنى للالتزام ، لفيس الامر فى تكييف الالتزام بانه عقدى او غير عقدى مرده الى ما تقـــول به او لا تقول به ارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية ، وانما يتحدد الالتزام العقدى بانه يمثل قيمة لم تكن موجودة قبل ابرام العقد ، قيمة نشأت من العقـــد وايست قيمة وجدت قبل ابرامه او وجدت بغض النظـــر عن ابرامه . فسلامة الراكب لم ينشئها عقد النقل وانما كانت موجودة قبل وجوده . ومن ثم لا يكون الاخلال بهذه السلامة مسألة عقدية ، وانما الامر هـــو ان الناقل ملزم قانونا بمناسبة تنفيذ عقد النقل بعدم التسبب بخطئه فى اصابة المسافر الذى ينقله ، وهذا الواجب ليس التزاما بالمعنى الفنى وانما هو عنصر واقعى فى ركن الخطا .

فاذا ما انتهينا الى ما تقدم تعين البحث فيما اذا كانت الغاية العمليـــة من قول القائلين بأن التزام السلامة التزام عقدى يمكن أن يتحقق او هى محققة فعلا فى مجال المسئولية عن الفعل الضار .

ان هذه الغاية هى اعفاء المسافر من اثبات خطأ الناقل لصـــعوبة هذا الاثبات ، اذ يتعذر عليه غالبا أن يعرف السبب الذى ادى الى وقوع الحادث .

بيد أن هذا أمر ميسور فى ظل نظام المسئولية الشيئية التى تقضى بمساءلة حارس الالات الميكانيكية او الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصـــة

بتعويض الضرر ما لم يثبت هو أن وقوعه كان بسبب أجنبى ، ومن ثم يعفى المسافر فى سيارة أو قطار أو طائرة من اثبات خطأ الناقل (١) .

والحقيقة الذى وجه نشأة فكرة المسئولية الشيئية شعوريا أو لا شعوريا ، هو ما يجب أن يكون عليه التنظيم الواقعى التطبيقى لتوزيع مهمة الاثبات بصدد المخاطر التى تحدث عن الآلات الميكانيكية ومن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، فالمطلوب هنا هو أن نتوصل الى الحقيقة فنعرف سبب وقوع الحادث . وهذا يقتضى منطقيا أن يتكلم حارس الشىء أولا فيبين سبب الحادث ويدلل ان ادعى انه وقع بغير خطأ منه على صحة ادعائه ، ولا نطلب ذلك عن المضرور ، اذ أن الراكب فى قطار أو طائرة او سيارة مثلا يعجز غالبا عن معرفة سبب الحادث ومن باب أولى يعجز ورثته ان كان قد لقى مصرعه فى الحادث .

وهذا هو الحل الذى أخذ به القانون الانجلو امريكى Common Law اذ يعتبر مسئولية الناقل عن سلامة المسافر مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ . ولكن هذا القانون أوجد قرينة اثبات لمصلحة المسافر وهى القرينة المعروفة باسم res ipsa loquitur وهى قاعدة اثبات وليست قاعدة موضوعية وترجمتها أن الشىء يتحدث عن نفسه The thing speaks for itself ومعناها ان من يدعى خلاف الظاهر عليه أن ينفيه ، وهذا يقتضى منه أن يتكلم أولا ويقوم بايضاح الأمر . ويستلزم العمل بهذه القاعدة توافر شرطين أولهما أن يخضع الشىء الذى تسبب فى احداث الضرر لسيطرة المدعى عليه وحده ، وثانيهما ان يكون الحادث مما لا يقع بحسب المجرى العادى للأمور اذا بذل المسيطر على الشىء العناية الواجبة (٢) .

وهكذا حقق نظام المسئولية الشيئية والنظام الانجلو امريكى — وكلاهما يرجع الى أساس واحد — الغاية المبتغاه من قول القائلين بأن التزام السلامة

---

(١) راجع فى ذلك سليمان مرقس تعليقه على حكم محكمة استئناف الاسكندرية فى ١٩٥١/٢/٥ بمجلة التشريع والقضاء السنة الثانية ص ٢٨٤ ، وتعليقه على حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٥٥٧/٥/٢١ مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الثالثة العدد الثانى ص ١١١ وما بعدها ، والكتم الخولى الوسيط فى القانون التجارى ج ٤ الطبعة الاولى سنة ١٩٥٥٨ فقرة ٢٣٥ .

(٢) راجع فى تفصيل هذه القاعدة ، ثروت أنيس الأسيوطى ، مسئولية الناقل الجوى فى القانون المقارن ١٩٦٠ فقرة ١٢٩ وما بعدها .

التزام عقدى ، وذلك بمراعاة مركز الراكب من حيث عجزه الواقعى عن معرفة سبب الحـــادث .

بيد أن البعض يعترض على نظام المسئولية الشيئية بمقوله انه يقصر من حماية الراكب . فيقول الدكتور ثروت أنيس : « وليس يكفى لحماية الراكب الالتجاء الى نصوص المسئولية التقصيرية لان فى ذلك تحميله عبء اثبـــات الخطأ وهو عبء ثقيل كما راينا . وليس يكفى أيضـــا الاســـتناد الى قواعد المسئولية عن الاشياء اذ تشترط هذه أن ينتج الضرر عن تدخل ايجابى للشيء فلا تسعف المضرور اذا لم يكن الضرر ناجما عن مثل هذا التدخل . ثم ان تطبيق المسئولية التقصيرية يؤدى فى مجال المسئولية عن عمل الغير الى قصر مسئولية الناقل على نطاق أعمال تابعية دون الاشخاص الاخرين الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزامه من غير تابعيه » (١) .

ويرد الاستاذ سليمان مرقس على هـــذا الاعتراض فيقول : غير أن هـــذا الاعتراض مردود بأن كلا من النظامين ـــ نظام المسئولية العقدية ونظـــام المسئولية التقصيرية ـــ له مزاياه ونقائصه . فاذا صح أن نظام المسئولية التقصيرية يقصر عن حماية الراكب من الناحيتين اللتين ابرزها الراى المعارض فان نظام المسئولية العقدية يقصر هو أيضا عن حماية الراكب من حيث انه يجيز الاتفاق على الاعفاء من مسئولية الناقل فينعقد الراكب بذلك كل حماية وانه لا يخول المصاب تعويضا الا عن الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد . فى حين ان نظام المسئولية التقصيرية يكفل حماية أوفى لأنه لا يجيز شروط الاعفاء من المسئولية ويخول المصاب تعويض جميع الاضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة . وليس المهم هو قدر المزايا التى يكفلهـــا كل من النظامين للمصابين أو الموازنة بين مزايا كل منهما وانما المهم هـــو الأساس القانونى الذى يسند تكييف المسئولية مع كفالة القدر الكافى من الحماية للراكب . وقد توفر لدينا هذا الأساس فى المادة ١٧٨ من التقنين الجديد . فأغنانا عن الالتجاء الى ارهاق العقد والمسئولية العقدية تحقيقا للعدالة » (٢) .

---

(١) المرجع السابق فقرة ١٠٨ .

(٢) سليمان مرقس تعليقه السابق بمجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الثالثة العدد الثانى ص ١٢١ .

بل انه من المتوقع بعد انعدام كل فائدة عملية فى القول بوجود التزام عقدى لضمان السلامة أن نرى فى المستقبل — كما يقول الاستاذ اكثم الخولى(١) خلافا بين من ينفى هذا الالتزام حماية للراكب وبين من يؤيد وجوده حماية للناقل لتمكينه من التمسك بما عساه يكون قد أدرجه فى العقد من شروط الاعفاء من المسئولية بفرض صحة هذه الشروط .

ومع ذلك فان الاعتراضيين اللذين ابداهما الدكتور ثروت انيس محل نظر ، ذلك أن القول بأن نظام المسئولية الشيئية يشترط ان ينتج الضرر عن تدخل ايجابى للشيء هو القول المقبول ، والا اذا اصطدم الراكب باحد اعمدة المحطة فى وضعه الطبيعى او تعثر وهو سائر فى فناء المحطة المستوى فأصيب ، قيل ان تحميل الراكب عبء اثبات خطأ الناقل — ان كان هناك ثمة خطأ — ما يعتبر قصورا فى نظام المسئولية التقصيرية ، وانه من الأفضل اتباع نظام المسئولية العقدية ، حيث يتعين على الناقل أن يتحمل عبء الاثبات ويلزم بالتعويض ما لم يثبت هو أن الحادث يرجع الى سبب أجنبى ، وحسب الراكب فى هذه الحالة ان يقف موقفا سلبيا فلا يبين سبب الحادث ويكتفى بأن يثبت انه اصيب اثناء وجوده فى فناء المحطة ؟ اما الاعتراض الثانى وهو القول بأن مسئولية الناقل التقصيرية عن عمل الغير تقتصر على اعمال تابعية دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزامه ، فذلك مردود بأنه بصدد عقد النقل المبرم بين الراكب وبين امين النقل لا بد وأن يكون الأشخاص الذين يستخدمهم الاخير فى قيادة اداة النقل وتسييرها تابعين له فى كل الاحوال لانهم يعملون لحسابه وله عليهم سلطة الرقابة والتوجيه .

وعلى ما تقدم نكون قد حصرنا الالتزام العقدى فى نطاقه الصحيح واستبعدنا منه ما يدخل فى الحقيقة فى مجال المسئولية التقصيرية وحدها . وقد كان الخلط الذى وقع فيه الفقه عاملا جوهريا فى اختلاف رأيه بشأن استلزام أو عدم استلزام ركن الخطأ ، لانه حاول اخضاع مسألتين متميزتين تماما لحل واحد . فاحداهما وهى التى تتعلق بالاخلال بالتزام عقدى لا تستدعى البتة اثارة ركن الخطأ ، لأن الالتزام الأصلى لم ينحل فلا حاجة لمصدر جديد لاقتضاء تنفيذه بمقابل ، ومن ثم فلا محل لتطلب عنصر آخر لأعمال

(١) الوسيط فى القانون التجارى جزء ٤ هامش فقرة ٢٣٥ .

هذا التنفيذ . أما المسألة الثانية فخاصة بالمسئولية عن ضرر يلحق بمحل لم ينشئه التعاقد ، ومن ثم تستدعى توافر ركن الخطأ مع تنظيم اثباته وتوزيع عبئه حسب مقتضيات الواقع .

أما الرأى الذى يفرق بين الالتزام بنتيجة وبين الالتزام بعناية ولا يتطلب فى النوع الأول ثبوت تقصير من جانب المدين بينما يتطلب توافره فى النوع الثانى ، فتفسير ذلك ان الالتزام فى النوع الأول هو غالبا التزام عقدى بالمعنى الصحيح . أما الالتزام بعناية فى النوع الثانى فقد ادمج فيه الفقه ماهو عقدى وما هو تقصيرى ، ذلك أن الالتزام بعناية هو فى حد ذاته التزام بنتيجة . قد يحدد المتعاقدان صراحة مضمونه ومداه وقد يحددانه ضمنا طبقا للأصول الفنية أو العرف السائد . والاخلال بهذا الالتزام فى حد ذاته مسألة عقدية بحتة تخضع لنظام التنفيذ بمقابل . أما اذا كان الشيء محل العناية — وهو شيء لم ينشئه التعاقد — قد لحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد التزامه بالعناية ؛ فهذا ضرر تقصيرى ، ولو انه نتج عن اخلال المدين المتعاقد بواجب العناية ؛ لان هذا الاخلال ما هو الا عنصر واقعى فى ركن الخطأ احد أركان المسئولية التقصيرية .

وباستطاعتنا الآن بعد ما فصلناه آنفا ، أن نستجلى وجه الحقيقة بشأن مشكلة الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وأن نتبين لماذا ظل الرأى حتى الآن موزعا بين القائلين بعدم الخيرة وبين القائلين بجوازها دون استساغة أى من هذين القولين استساغة تامة ، وفى نفس الوقت دون طرحه كلية . ولماذا كانت حجج كل منهما مع تناقضهما مما يتعذر تفنيده تماما . فما ذلك كله الا شاهدا على أن هناك خلطا فى أصل المسألة جعل كلا من الرأيين يحتويان على جانب من الصحة وجانب من الخطأ فى آن واحد .

فانصار عدم الخيرة على صواب فى قولهم أن ما ادخل فى دائرة الالتزام العقدى لا يجوز الالتجاء فيه الى المسئولية التقصيرية ، ولكن خطأهم يكمن فى أن دائرة هذا الالتزام طبقا للنظرة الحاضرة قد احتوت على التزام تقصيرى محض .

وانصار الخيرة على صواب فى قولهم بجواز الالتجاء الى المسئولية التقصيرية فى حالة الاخلال بالتزام عقدى ولكن خطأهم يكمن فى أن دائرة هذا الالتزام قد حوت حسب النظرة الحاضرة ما هو تعاقدى وما هو تقصيرى ، وفى انهم يسلمون بداءة بامكان وصف التزام واحد بانه عقدى وتقصيرى فى آن واحد .

أما اذا ما حصرنا الالتزام العقدى فى نطاقه الصحيح على ما سبق ايضاحه فان المشكلة الحالية تختفى تماما . فيخضع الالتزام العقدى لنظام التنفيذ بمقابل دون استلزام أية شروط لأعماله ، ويخضع الالتزام التقصيرى ولو كان قد نشأ بمناسبة علاقة عقدية للمسئولية التقصيرية وحدها . وبذلك نتمشى مع ما يقول به علم المنطق من أنه لا يمكن أن يكون هناك أكثر من فرض واحد يصلح لتفسير ظاهرة معينة .

واذا كنا قد انتهينا من كل ما تقدم الى انه فى مجال الالتزام العقدى بمعناه الصحيح يلزم المدين بالتنفيذ بمقابل فى حالة امتناعه عن التنفيذ العينى أو استحالة ذلك عليه لغير سبب أجنبى دون اشتراط تقصير من جانبه ، وبذلك نكون قد قضينا على الركن الأول من اركان المسئولية العقدية فانه يبقى امامنا الركنان الاخران : الضرر وعلاقة السببية .

وقبل ان نبين وجه الحقيقة بالنسبة لهذين الركنين لننتهى الى عدم صحة نظام المسئولية العقدية كلية ، يتعين علينا أولا أن نعرض لمسألة هامة هى مسألة اتفاقات المسئولية لأنه بتحديدنا للالتزام العقدى على النحو السابق لا تكون هذه الاتفاقات الا متعلقة حتما بالمسئولية التقصيرية وحدها .

١٦٨ — تعلق اتفاقات المسئولية بالمسئولية التقصيرية وحدها :

نلاحظ هنا بداءة أن الفقه يقول بان هناك اتفاقات تدخل فى دائرة الالتزام العقدى ولكنها لا تتعلق باعفاء المدين من المسئولية عن الاخلال بهذا الالتزام ، بل تنصب على تحديد مضمون العلاقة التعاقدية بالنظر الى النموذج الخاص بالعقد المسمى . فاذا كان هذا النموذج فى عقد الايجار مثلا يرتب التزاما بتسليم العين المؤجرة ولكن الطرفين اتفقا على أن المستأجر هو الذى يضع يده وحده دون تدخل من المؤجر كان هذا حذفا لالتزام

ناشىء عن عقد الايجار . واذا كان هذا النموذج فى عقد البيع يرتب على البائع التزاما بضمان الاستحقاق وضمان العيب فان للطرفين أن يتفقا على التخفيف من مضمون هذا الالتزام ، ولكن الحذف فى المثال الأول والتخفيف فى المثال الثانى ليسا كذلك الا بالنسبة للنموذج ، اما بالنسبة للقاعدة العامة فليس هذا حذفا أو تخفيفا ، وانما هو أمر يتعلق بنشأة الالتزام أصلا او بنشأته منذ البداية بمضمون معين .

وفيما خلا هذا الوضع الذى لا يدخل باجماع الفقه فى نطاق اتفاقات المسئولية لا تكون هذه الاتفاقات الا متعلقة حتما بالمسئولية التقصيرية وحدها ، ذلك ان الالتزام العقدى كما قلنا هو ذلك الذى يتضمن قيمة مالية انشاها التعاقد ، ومن ثم فللمتعاقدين أن يعينا هذه القيمة وأن يرسما حدودها بداءة ويكون المدين ملزما بأن يحقق للدائن هذه القيمة عينا فان لم يفعل كان ملزما بما يقابلها . أما اذا كانت القيمة التى مسها المتعاقد المدين بالضرر لم تنشأ عن التعاقد ، فذلك أمر متعلق بالمسئولية التقصيرية وحدها كما بينا من قبل . واذا فاتفاقات المسئولية لا بد وأن تتعلق بهذا الضرر ومن ثم فمجالها المسئولية التقصيرية وحدها .

وتأسيسا على ذلك تسقط الحجة التى يبرر بها الفقه اتفاقات الاعفاء والتخفيف من (المسئولية العقدية) — وهى ليست مسئولية عقدية كما بينا بل مسئولية تقصيرية نشأت بمناسبة علاقة عقدية — تلك الحجة التى يستند فيها الى مبدأ سلطان الارادة فى قوله أن المتعاقدين هما اللذان ينشئان الالتزام فلهما بالتالى أن يرفعاه . ووجه سقوط هذه الحجة أن الالتزام الذى ينصب عليه اتفاق المسئولية ليس التزاما عقديا ، لان القيمة التى اخل بها لم ينشئها التعاقد بل كانت موجودة قبل التعاقد أو بغض النظر عن هذا التعاقد .

واذا كان الرأى السائد — (دون تسليم منا بالتبرير الذى يستند اليه) يعتبر كل اتفاق على رفع المسئولية التقصيرية أو تخفيفها اتفاقا باطلا ، فان هذا يعنى فى رأينا أن كل اتفاقات المسئولية هى اتفاقات باطلة ، لانها تتعلق بالمسئولية التقصيرية وحدها .

فكيف اذا استسيغ قول الفقه الغالب بصحة هذه الاتفاقات — فيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم — فى نطاق ما يسمى بالمسئولية العقدية (وهى

تقصيرية كما قلنا) ؟ كيف استسيغ القول بجواز الاتفاق على اعفاء الشخص من نتيجة خطئه الذى تسبب فى الحاق الضرر بالغير ؟

فاذا كان هناك راى قوى يقف من هذه الاتفاقات موقف العداء لمنافاتها للعدالة يحرمانها المضرور من التعويض كله او بعضه قبل من تسبب فيه بخطئه ، ومجافاتها للمصلحة العامة بما تؤدى اليه من تهاون فى الحرص على سلامة الاشخاص والاموال ، فان هناك رايا قويا مع تسليمه بهذه المآخذ ، ينحاز الى تقرير صحة هذه الاتفاقات لانها تشجع روح الاقدام على قيام المشروعات الجريئة النافعة وتدفع بالتقدم الصناعى الى الأمام بما تشيعه من طمانينه .

والحقيقة فيما نرى ان الذى يبرر ترتيب اثر ما على اتفاقات المسئولية فى بعض الأحوال وما يلوح لأول وهلة من شرعيتها ، ان هذه الاتفاقات انما تتضمن اقرارا من المتعاقد بأن الضرر الذى قد يحدث له لن يكن نتيجة لخطأ منسوب الى المتعاقد الآخر ، اى ان هذا الاقرار انما هو مجرد اعتراف سابق من الدائن بنفى ركن الخطأ عن المدين على ضوء مختلف الظروف الخاصة بتنفيذ التعاقد والملابسات المحيطة به ، فاذا اشترطت مصلحة البريد مثلا اعفاءها من المسئولية فى حالة فقد الخطاب العادى فذلك تسليم من المرسل بأن المصلحة بامكانياتها الحالية التى تتناسب مع التعريفة التى يدفعها المرسل فى الخطاب العادى ، لن تستطيع الحيلولة دون فقد بعض الخطابات وأن هذا الفقد لن يكون نتيجة خطأ من جانبها . والا فان المصلحة لن يكون فى مقدورها فقد هذا الفقد الا اذا قامت بتسجيل كل خطاب ، ومعنى ذلك حشد عدد هائل من الموظفين ورفع سعر التعريفة وضياع وقت الجمهور الأمر الذى لا يتناسب البتة مع قيمة الضرر من فقد بعض الخطابات العادية . ولكن هذا الشرط الذى تشترطه مصلحة البريد ليس الا مجرد قرينة على استبعاد وقوع خطأ من جانبها وبحيث يمكن على ضوء كل حالة نفى هذه القرينة .

وهذا هو ما يوجه سلامة مذهب القضاء الفرنسى الذى لم يرتب على شرط الاعفاء من المسئولية العقدية — وهى ليست عقدية بل تقصيرية كما قلنا — الا مجرد نقل عبء الاثبات من جانب المدين الى جانب الدائن ، لانه اذا

كان الوضع فيما يسمى بالمسئولية العقدية أن يعفى الدائن من اثبات خطأ المدين فان شرط الاعفاء يحمل الدائن عبء اثبات الخطأ ، فان اثبته التزم المدين بالتعويض واصبح الاعفاء غير ذى قيمة .

واذا كان بعض الفقه يعيب على القضاء الفرنسى قصره اثر اتفاق الاعفاء من (المسئولية العقدية) على قلب عبء الاثبات — بحجة ان فى ذلك مخالفة لارادة المتعاقدين وانه اذا كان الاتفاق صحيحا فيجب ان يرتب اثره الكامل — فان رأى الفقه يبتعد عن الصواب ، لاننا لسنا هنا فى مجال التزام ارادى وانما نحن هنا كما قلنا فى مجال المسئولية التقصيرية عن ضرر لحق بشىء لم تنشئه ارادة المتعاقدين . ولذلك فان الأحكام التى رتبت اثرا كاملا على شرط الاعفاء لم تقتصر على القول بانه شرط صحيح طبقا لمبدأ سلطان الارادة لتصورها بتصور هذا القول ، وانما اضافت الى ذلك غالبا قولها ان المدعى عليه لم يقع منه اى خطأ يستوجب مساءلته (١) .

واذا كان رأى القضاء الفرنسى يفسره الفقه عادة بفكرة الخيرة بين المسئوليتين بدعوى انه اذا كان الاعفاء من المسئولية العقدية صحيحا فان المسئولية التقصيرية تظل قائمة الى جوارها ولا يسرى عليها شروط الاعفاء ، فنحن ننكر مسألة الخيرة اصلا لانه ليس امامنا سوى مسئولية واحدة هى المسئولية التقصيرية عن الفعل الضار — وهذه المسئولية تقضى بصفة عامة بتحمل الدائن عبء اثبات خطأ المدين .

اما خصوم الخيرة الذين يرون ان المسئولية العقدية تطرد المسئولية التقصيرية ، ومن ثم يرتبون اثرا كاملا على شرط الاعفاء فانهم انفسهم لا يخفون شعورا ضمنيا بالأسف ازاء هذه النتيجة ، فيقول الأستاذ السنهورى مثلا — وهو من خصوم الخيرة — « وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض . فشرط الاعفاء

---

(١) ونجد ذلك ظاهرا فى الاحكام التى تعرضت لشرط اعفاء الناقل البحرى من مسئوليته من اخطاء ربان السفينة — اذا تذكر هذه الاحكام عادة أن الربان يعتبر تابعا غير مادى وليس لصاحب السفينة اى وسيلة فعالة للاشراف عليه او رقابته او توجيهه لانه يتمتع بمركز مستقل وسلطان مطلق على السفينة .

راجع على سبيل المثال حكم محكمة استئناف الكس فى ١٨٧٥/٣/١٦ داللوز ١١٧٧ — ٤ . وحكم محكمة اسكندرية المختلطة فى ١٩٠٢/١٩ — البلتان ٧/١٥ .

من المسئولية الذى تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية وقيام هذه المسئولية المقدية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية المقدية لوجود شرط الاعفاء ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل ولكن هذه النتيجة هى التى أرادها المتعاقدان » (١) .

وواضح أن هذه النتيجة انما جاءت بسبب ذلك الخطأ الاولى فى اصل المسألة ، وهو اعتبار المسئولية هنا مسئولية عقدية تحكمها ارادة المتعاقدين فى حين انها ليست الا مسئولية تقصيرية فقط .

واذا كان اثر اتفاق الاعفاء من المسئولية التقصيرية التى تنشأ بمناسبة علاقة عقدية ، لا يتعدى مجرد قيام قرينة على انعدام الخطأ فى جانب المدين وانه على ذلك يكون على الدائن عبء اثبات خطأ المدين ، فانه من الجائز على ضوء الواقع الا يكون لاتفاق الاعفاء حتى مثل هذا الأثر ، اذا كان الظاهر يخالف تلك القرينة ، وكانت وقائع الحادث توجب على المدين طبقا للمبادىء العامة فى الاثبات ان يتكلم أولا ويبين سبب الحادث ويؤيد قوله ، ولذلك يذهب جانب من الفقه الى أن شرط الاعفاء لا يترتب عليه نقل عبء الاثبات بصفة عامة لأن المضرور قد لا يستطيع الاحاطة بظروف الحادث لبعده عنه فيكون من العسير عليه أن يثبت خطأ المدين ، ومن ثم فانه يتعين على المدين فى هذه الحالة ان يثبت انعدام الخطأ من جانبه بأن يدلل على انه سلك سلوك الشخص اليقظ وفعل كل ما ينتظر منه (٢) .

ويشير الى صحة ما نقول به من أن الامر فى اتفاقات المسئولية ليس امر اعفاء من المسئولية وانما هو امر اعتراف سابق من المتعاقد بانتفاء ركن الخطأ من جانب المتعاقد الآخر ، ما يقول به الفقه الحديث تبريرا لصحة هذه الاتفاقات ، من أن فكرة الخطأ قد فقدت مقوماتها ولم تعد استطاعة التوقع وتفادى الاغلاط امرا ممكنا نتيجة لتعقد الحياة الحديثة وللتقدم الصناعى الآلى بحيث أصبحت الحدود التى كانت تصل بين الخطأ اليسير وبين القوة

---

(١) السنهورى — الوسيط جزء ١ فقرة ٥١٥ .

(٢) راجع فى ذلك اسمان / مقاله عن اتفاقات رفع المسئولية بالمجلة الفصلية سنة ١٩٢٦ ص ٢٣١ ، ٢٣٢ — بلانيول وريبير واسمان جزء ٦ فقرة ٤٠١ .

القاهرة غير واضحة المعالم ، واصبح الخطأ اليسير يقترب من القوة القاهرة ويختلط بهـــا (١) .

والحقيقة ان اتفاقات الاعفاء من المسئولية جاءت نتيجة رد فعل لاتساع نطاق المسئولية المقامة على خطأ مفترض ، واتفاقات المسئولية تزيل هذا الافتراض (٢) .

والخلاصة اذا أن اتفاقات رفع المسئولية لا ترتب اعفاء من نتيجة الخطأ ، ولا يمكن أن تـــكون ترخيصا للشـــخص بارتكاب خطـــأ يؤدى الى الاضرار بالغير . ففيما يختص بالمسئولية عن فعل الشخص (المسئولية الخطئية) ليس هناك ثمة تغيير فى الوضع ؛ اذ على المضرور دائما عبء اثبات الخطأ ؛ وفيما يختص بالمسئولية المفترضة يقتصر أثر الاتفاق على ازالة الافتراض ، ولكن بصفة عامة ، اذ من الجائز الا يكون لمثل هذا الاتفاق اى اثـــر على ضـــوء الوقائع كما اشرنا من قبل .

أما اتفاقات تخفيف المسئولية فلا يترتب عليها — بذاتها — أى اثر شأنها فى ذلك شأن اتفاقات الاعفـــاء ولكنهـــا تتضمن فى بعض الحالات اقـــرارا من الدائن باشتراكه فى الخطأ مع المدين ، اذا كان المدين يستعمل وســـيلة يعلم الدائن مقدما مدى خطورتها . ومعروف أن الخطأ المشترك يجيز تخفيف مسئولية المتسبب فى الضرر بانقاص قدر التعويض .

١٦٩ — حقيقة ركن الضرر فى المسئولية العقدية :

بعد ان حصرنا الالتزام العقدى فى نطاقه الصحيح وبينا أن المدين العقدى اذا لم ينفذ التزامه عينا او استحال عليه ذلك لغير سبب اجنبى يلزم بمقابل هذا الالتزام دون حاجة لاشتراط ركن الخطأ وهو الركن الأول فى المسئولية العقدية ، نتعرض بعد ذلك لركنها الثانى وهو الضرر لنبين حقيقته .

فالفقه يقول عن هذا الركن ان الدائن لا يستحق تعويضا اذا لم يصـــبه ضرر من اخلال المدين بالتزامه . ويقول انه ولو أن هناك غالبا تلازم بـــين

---

(١) فى هذا المعنى روبلو ، الخطأ الجسيم فى القانون الخاص الفرنسى مقالة المجلة الفصلية سنة ٤٣ ص ١٢ اسمان ، الخطأ ومكانه فى المسئولية المدنية مقال بالمجلة الفصلية سنة ٤٩ ص ٤٨٥ روبينو ، اتفاقات رفع المسئولية فى القضاء المعاصر بالمجلة الفصلية سنة ٥١ ص ١٢ ، مارتين المرجع السابق ١٩٢ .

(٢) حول هذا المعنى ، بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٤٠١ اسمان مذكراته من المسئولية المدنية « دروس دكتورا » ١٩٤٩ — ١٩٥٠ ص ٢٠٦ .

الاخلال وبين الضرر ، فان ذلك لا ينفى اعتبار الضرر ركنا قائما بذاته فى المسئولية العقدية) .

والحقيقة ان الفقه قد نظر الى عنصر الضرر نظرة غير مباشرة ، فالضرر انما ينتج عن عدم تنفيذ الالتزام عينا او بمقابل فى حين اننا هنا بصدد تنفيذ هذا الالتزام . وخطأ الفقه الحاضر انه يصور المسألة فيما يقول به الأستاذان هنرى وليون مازو على النحو الآتى : أحد المتعاقدين يمتنع عن تنفيذ التزامه المتولد عن العقد او ينفيذه تنفيذا معيبا فيترتب على ذلك الحاق ضرر بالمتعاقد الآخر ومن ثم ينشأ التزام جديد يحل محل الالتزام السابق كليا أو جزئيا ، وهذا الالتزام الجديد مضمونه تعويض الضرر الناشىء عن عدم تنفيذ العقد أو عن تنفيذه المعيب (١) .

وانحراف الصياغة فى هذه العبارة يكمن فى حيثيتها الثانية التى تقول ان الدائن اصابه ضرر من عدم تنفيذ مدينه لالتزامه قبله ، فى حين انه لا محل لهذا القول هنا ، لأننا بصدد اجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا او بمقابل ، ومن ثم تحقيق المنفعة التى يتضمنها الالتزام . وما الضرر الا التعبير العكسى لهذه المنفعـــة .

فاذا كان الأمـــر كذلك بأن لم تـــكن هنـــاك حاجـــة لاثارة ركن الضرر ، فما هو تعليل ما يقول به الفقه من أنه اذا لم يلحق الدائن ضرر من جراء عدم تنفيذ الالتزام كليا او جزئيا فانه لا يستحق تعويضا ؟ وتفسير ذلك ان الالتزام اذا كان ذا قيمة فلا بد وان يترتب على عدم تنفيذه ضرر (التعبير العكسى للمنفعة) . ولا يكون الالتزام غير ذى قيمة وقت التعاقد الا اذا كان هناك غلط فى هذا الوقت ، ومن ثم نرتد الى عيب سابق فى الرابطة العقـــدية وما يترتب على قيام هذا العيب من عدم نشأة الالتزام . ومع ذلك فانه اذا كان الالتزام غير ذى قيمة او اصبح غير ذى قيمة (وهو ما يعبر عنه الفقه بأن عده تنفيذه لا يترتب عليه ضرر) فان الدائن لا يستحق شيئا قبل المدين لأن التنفيذ بمقابل لا محل له لأنه لا مقابل لهذا الالتزام .

---

(١) مازو جزء ١ الفقرة ١٠٠ .

اما قول الفقه بأن التأخير فى تنفيذ الالتزام قد لا ينتج منه ضرر فلا يستحق الدائن تعويضا ، فليس هذا الا تعبيرا غير مباشر للقول بأن الالتزام على الرغم من هذا التأخير لم ينقص منه شيء (١) .

وقولنا انه فى حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه عينا واستحالة ذلك عليه لغير سبب أجنبى نكون بصدد تنفيذ بمقابل أى اعطاء الدائن المنفعة التى تقابل الالتزام مقومة بمبلغ من النقود ، يفسر ما يقول به الفقه من قصر التعويض على الضرر المتوقع ، فما الضرر المتوقع الا التعبير العكسى لمقابل الالتزام .

اما الضرر غير المتوقع فلا يدخل ضمن هذا المقابل . وقصر التعويض على الضرر المتوقع يرجع الى اننا لسنا بصدد مسئولية يقتضى قيامها توافر ركن الخطأ ومن ثم تحميل فاعله كل نتائجه ، وانما نحن فى مجال تقويم المنفعة التى يشتمل عليها الالتزام بمبلغ من النقود . ولا حاجة بعد ذلك الى تفسير ذلك الوضع بما قيل به من أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى جعل التعويض قاصرا على الضرر الذى كان يتوقعانه عند ابرام العقد ، فهذا محض افتراض مخالف للواقع . وقد اعترض عليه بأنه يصعب القول بأن الطرفين قد توقعا عند ابرام العقد أن احدهما لن ينفذ التزامه ومن ثم اتفقا ضمنا على قصر التعويض على الضرر المتوقع (٢) ، (٣) ، (٤) .

---

(١) ومن قبيل ذلك اعتبار المدين قد قام بالتنفيذ العينى كاملا مادام قد حقق الغرض المقصود فى العقد ولو لم يتبع ما اتفق عليه حرفيا اسماعيل غانم أحكام الالتزام فقرة ٣١ .

(٢) فى هذا المعنى بلانيول جزء ٢ فقرة ٧٤٩ عبد الحى حجازى جزء ٣ طبعة سنة ١٩٥٤ ص ٤٦ .

(٣) واذا كان جانب من الفقه الحديث ينتقد قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع وهؤلاء هم انصار نظرية الخطأ ، ويرون وجوب شمول التعويض للضرر غير المتوقع فذلك لان المسئولية التى يتكلمون عنها ليست مسئولية عقدية بل مسئولية تقصيرية فقد كما بينا من قبل ، وعلى ذلك يكون شمول التعويض للضرر غير المتوقع امرا واجبا . وفى عبارات الاستاذين فترى وليون مازو الدالة ما يوضح ما نقول به ويبين بجلاء مدى فساد نظام المسئولية العقدية وشذوذه ، فالاستاذان مقولان (ج ٣ فقرة ٢٣٩١) : « اذا ارتكب المدين خطأ فيجب عدلا أن يلزم بجبر الضرر الذى تسبب فى حدوثه ، واذا وازنا بين المضرور الذى كان دوره سلبيا وبين موقف فاعل الضرر الذى لم يكن دوره ايجابيا فحسب بل سلك سلوكا خاطئا ، فليس هناك مجال للتردد ، وأليس الوضع المذكور فى الواقع هو نفسه الوضع القائم فى مجال المسئولية التقصيرية ؟ واليس من الظلم ومن الشذوذ أن نزيد فى التعويض أو نخفض منه تبعا لاستطاعة المضرور أو عدم استطاعته الاستناد الى أحكام المسئولية التقصيرية ؟ كأمين النقل مثلا يلزم قبل ورثة المجنى عليه لانهم يقيمون دعواهم باسمهم الشخصى (مسئولية تقصيرية) باكثر مما يلزم به قبل المجنى عليه نفسه (مسئولية عقدية) . وصاحب السيارة تكون مسئوليته فى حالة اصابة المسافر الذى دفع له اجرا اقل من مسئوليته قبل عابر الطريق او قبل من كان يركب مجانا وفى نفس المعنى : اسماعيل غانم — أحكام الالتزام فقرة ٥٦ .

(٤) ويلاحظ أن الفقه يقول أن فى المسئولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المتوقع =

وقولنا السابق يفسر أيضا ما يقول به الفقه من انه لا تضامن فى المسئولية العقدية فى حالة تعدد المدينين ما لم يكن مشترطا فى العقد . واذا كان الفقه يعلل ذلك بأن المدين هو الذى حدد بارادته مدى التزامه الأصلى فله بالتالى أن يحدد مدى مسئوليته فهذا تعليل غير مقبول ، لأن المدين ليس هو الذى يحدد مسئوليته ، فالمسئولية تنشأ رغما منه . وانما الحقيقة أننا لسنا هنا بصدد أية مسئولية ، وانما بصدد تنفيذ بمقابل للالتزام ، وما دام أن الالتزام كان مقسما بين المدينين فان التنفيذ بمقابل بالنسبة لكل واحد منهم يقتضى أن يكون بالقدر المساوى للجزء الذى التزم به .

١٧٠ ــ حقيقة ركن علاقة السببية فى (المسئولية العقدية) :

يبقى بعد ذلك أن نبين حقيقة علاقة السببية لندلل على خطأ نظام المسئولية العقدية كلية .

وعلاقة السببية فى المسئولية العقدية تتميز فى رأى البعض بأنها ليست علاقة واحدة ، بل علاقة مزدوجة : الأولى تتضمن نسبة عدم التنفيذ الى المدين ، والثانية تتضمن ربط عدم التنفيذ بالضرر (١) .

وفى رأى الأستاذ اسماعيل غانم (٢) أن العلاقة الثانية وحدها هى علاقة السببية بالمعنى الدقيق ، باعتبار السببية ركنا مستقلا من أركان المسئولية وهى العلاقة التى تربط عدم التنفيذ بالضرر الذى أصاب الدائن ، ولا ينفيها الا السبب الأجنبى الذى نتج عنه الضرر . أما السبب الأجنبى الذى نشأ عنه

ــ لا فى سببه فحسب بل وفى مقداره أيضا . وبضرب لذلك مثلا بشركة نقل فقد منها طرد كانت قد تعهدت بنقله وتبين ان الطرد كان يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن تتوقعها عند ابرام العقد فلا تلزم الشركة الا بالقيمة المعقولة للطرد (السنهورى : الوسيط جزء ١ فقرة ٤٥٣) .

ولكننا نقول أن المسئولية هنا تعسفية فقط ، ونعلل تعسر التعويض فى هذه الحالة على الضرر المتوقع بوقوع خطأ من جانب صاحب الطرد فى عدم تنبيه شركة النقل الى ما يحتويه الطرد من أشياء ثمينة حتى تقوم باتخاذ الاحتياطات الواجبة ، وهذا يقتضى غالبا الحصول على تعريفة أكبر . ومعروف أن الخطأ المشترك يجيز انقاص مقدار التعويض كما يجيز عدم الحكم بأى تعويض .

(١) راجع فى ذلك مازو موسوعة المسئولية جـ ٢ ، ١٤٢٠ هامش ٣ مازو دروس القانون المدنى جـ ٢ فقرة ٥٦٢ عبدالحى حجازى النظرية العامة للالتزام جـ ٣ ص ١٤٧ .

(٢) أحكام الالتزام فقرة ٥١ .

استحالة التنفيذ فهو لا ينفى السببية بين عدم التنفيذ والضرر ، بل ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ (١) .

ونحن مع هذا الراى فيما يقول به من أن السبب الاجنبى الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ لا يدخل فى مدلول علاقة السببية الا اننا نرى أن اثر هذا السبب ليس نفى وصف الخطأ عن عدم التنفيذ باعتبار ان الخطأ ركن مستقل عن اركان المسئولية ، وانما نرى أن قيام السبب الاجنبى المشترط فيه عدم امكان التوقع عند التعاقد انما يمنع نشأة الالتزام العقدى ، خلافا لما يغنيه ذلك الراى من أن الالتزام نشأ بداءة ثم انتفت المسئولية عن المدين لعدم توافر الخطأ . وخلافا لما يقول به آخرون من نشأة الالتزام فى مرحلة أولى ثم سقوطه كأثر للسبب الاجنبى فى مرحلة ثانية .

ذلك ان اصل المسألة هنا لا يتعلق بفحص سلوك المدين وقت استحقاق اداء الالتزام لمعرفة ان كان ملوما او غير ملوم فى هذا الوقت ، وانما يرتد الى امر يتعلق بوقت التعاقد ، هو توقع وعدم توقع المدين فى هذا الوقت حدوث السبب الاجنبى الذى يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا ، بحيث لو كان مدركا وقتئذ ان سببا سيجد من شأنه استحالة تنفيذ التزامه ومع ذلك تعهد لما اعتبر هذا السبب اجنبيا والزم بالتالى بان يؤدى للدائن مقابل التزامه ، مع انه وقت استحقاق هذا الالتزام لم يكن مخطئا فى الواقع اذ كان يستحيل عليه عندئذ تنفيذ الالتزام ؛ فالخطأ اذا انما وقع فى وقت التعاقد فيتعلق بمسألة نشأة الالتزام بداءة . وبمعنى آخر فان استحالة تنفيذ الالتزام ليست فى حد ذاتها سببا لنفى مساءلة المدين وانما تنتفى عنه المساءلة اذا لم يكن يتوقع هذه الاستحالة وقت التعاقد . ومن ثم فان الموقف يتمحض هنا عن وقوع المدين فى غلط وقف التعاقد يتعلق باستحالة المحل . ولا فرق بين استحالة كانت قائمة وقت التعاقد او قبله وبين استحالة استجدت بعده . فاذا تعاقد شخص على توريد منتجات مصنع معين وكان المصنع قد احترق وقت

---

(١) وفى رأى مازو الموسوعة جـ ١ فقرة ٦٦٩ — جـ ٢ فقرة ١٤٢٦ أن السبب الاجنبى فى الالتزام بتحقيق نتيجة ينفى السببية وينفى الخطأ فى نفس الوقت وينتقد الاستاذ اسماعيل غانم (هامش ص ٨٥) هذا القول بعدم تفرقتنا بين السبب الاجنبى الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ وبين السبب الاجنبى الذى ترتب عليه الضرر ، اذ أن السبب الاول ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ دون أن ينفى السببية بينه وبين الضرر ، أما السبب الاجنبى الذى ترتب عليه الضرر فهو ينفى علاقة السببية بين عدم التنفيذ والضرر دون أن ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ . وفى هذا المعنى رابو فكرة الخطأ فى القانون الخاص ١٩٤٩ فقرة ٤٠ .

التعاقد دون علم المدين او احترق بعد ذلك دون توقع منـــه فان الالتزام لم ينشأ فى الحالتين ؛ ففيهما كان المتعاقد غالطا وفيهما كان الغلط فى ذات وقت التعـــاقد .

واذا فعلى اساس فكرة الغلط نرد اثر السبب الاجنبى الذى تنتفى به مسئولية المدين بانه يحول بداءه دون نشأة الالتزام . ونحن ننظر هنا الى الغلط كمانع من توافر شرط الادراك فى المسئولية كأساس للالتزام العقدى . اما الغلط فى مفهوم مذهب الارادة (١) فانه يعجز عن هذا التبرير ، اذ تحمل الارادة فى فلسفة هذا المذهب على انها الارادة الباطنة التى يعول عليهـــا دون التعبير المخالف لها ، ويترتب على هذا المعنى ان الغلط انما يرتب اثره لأن من شأنه قيام خلاف بين الارادة الباطنة وبين التعبير . وعدم توقـــع السبب الأجنبى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لا يعنى قيام هذا الخلاف فلا يعتبر المدين غالطا اذا طبقا لمذهب الارادة .

اما اذا نظرنا الى الغلط كمانع من توافر شرط الادراك فى المســـئولية فان المدين يعتبر هنا غالطا بأن لم يكن مدركا وقت التعاقد أن سببا ســـيجد من شأنه أن يحول بينه وبين تنفيذ ما تعهد به .

وقد ذهب رابو (٢) فى تفســـيره للمـــادة ١١٤٧ مدنى فرنسى الى رأى مماثل استنادا الى تبرير يدور حول التأصيل الذى ذكرناه ، فهو يقول ان الارادة المحتملة للمتعاقدين تعنى بصفة عامة ان الالتزام ليس طليقا من كل قيد ، اذ أن المدين لا يلزم عادة الا بما هو فى اســـتطاعته دون أن يذهـــب الى حد مواجهة صعوبات لا يمكن التغلب عليها ، وهو حتى فى الالتزام المحدد لا يصدر وعده بتحقيق النتيجة الا مقرونا بتحفظ مرتبط بعدم قيـــام قوة قاهرة . ومعنى ذلك أن الالتزام لا ينشأ الا فى حالة انتفاء هذه القوة .

---

(١) ولازال الفقه العاصر حتى الآن يردد بمرتب سالى الشهير بأن « الغلط ينطوى على عدم تطابق بين الارادة الحقيقية أى الارادة الباطنة ؛ وبين الارادة المعلنة — البند الاول من تعليقه على المادة ١١٩ فى مؤلفه التعبير عن الارادة . ويقول مارتى ورينو (القانون المدنى ج ٢ — ١٩٦٢ فقرة ١٣١) أن نظرية الغلط الفرنسية ليست فى مجموعها الا تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة والنظرية الارادة الباطنة .

(٢) المرجع السابق فقرة ٤١ .

والتفسير الذى نقول به يوضح ما يذهب اليه الفقه من انه فى الالتزام بتحقيق نتيجة يتحمل المدين اثبات السبب الأجنبى الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ . واذا كان الفقه يقول ان فى ذلك مخالفة للقواعد العامة بما يتضمنه من نقل عبء الاثبات الى عاتق المدين تأسيسا على افتراض قرينة مؤداها ان عد م التنفيذ راجع اليه (١) ، فنحن نقول انه لا افتراض هنـــا ولا مخالفة للقواعد العامة اذ أن ادعاء المدين بقيام السبب الأجنبى الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ انما هو ادعاء من جانبه بوقوعه فى غلط مما يتحمل اثباته طبقا للقواعد العـــامة .

أما فى الالـــتزام ببذل عناية ، كالـــتزام الطبيب بالعلاج الذى تعهـــد به ، فشأنه فى رأى الفقه الحاضر شأن الالتزام بتحقيق نتيجة اذا كان المدين لم يقم أصلا بالعمل المطلوب (٢) . وفى رأينا ان الالتزام ببذل عنـــاية انمـــا هو التزام محدد وان كان يرجع فى تحديده غالبا الى الاصول العلمية أو الى العرف ، فاذا ما تحدد كان على المدين عبء اثبات القيام به طبقـــا للقواعد العامة لانه يدعى القيام بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا . أما اذا كان قد ترتب على عمل المدين اثناء قيامه بتنفيذ التزامه هذا ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد فنكون بصدد ضرر تقصيرى بحت تحكمه قواعد المسئولية التقصيرية وحدها كما سبق القول فى تحديد ما هية الالتزام المعقدى . وطبقا لهذه القواعد يتحمل المدين عبء الاثبات ، مع مراعاة تحديد مدى الاثبات المطلوب من المكلف به ، ومع مراعاة القرائن التى قد يقتضيها تنظيم عبء الاثبات تمشيا مع الغالب والظاهر من الأمور .

أما عن النوع الثانى من علاقة السببية وهى تلك التى تربط عدم التنفيذ بالضرر ، فبعد أن حددنا الالتزام المعقدى فيما ذكرناه آنفا بأن استبعـــدنا من نطاقه كل ضرر يمس محلا لم ينشئه التعاقد ، وبعد أن بينا ان التعبير القائل بأن المـــدين يلزم بتعويض الضرر الناشىء عن عـــدم تنفيذ التزامه المعقدى انما هو تعبير غير مباشر وغير دقيق لأنه بعد ان نشأ هذا الالتزام صحيحا فانه يمثل حقا ماليا يتعين على المدين أداءه عينا فان استحال هذا عليه

---

(١) مازو موسوعة المسئولية جـ ٢ فقرة ١٦٩٨ : عبد الحى حجازى جـ ٣ ص ١٥١ — ١٥٢
(٢) اسماعيل غانم احكام الالتزام فقرة ٥٢ .

(لغير سبب اجنبى) او امتنع عن ادائه الزم بمقابل هذا الالتزام ، بعد أن بينا ما تقدم ، فانه لا يبقى الا تقدير مقابل الالتزام اى تقدير منفعته للدائن وقت استحقاق ادائه . والمنفعة اما ان تكون ايجابية فقط واما ان تكون ايجابية وسلبية . وفى تحديد قدر هذه المنفعة يجرى اعمال مبدأ السببية المادية اى الربط بين تنفيذ الالتزام فى ميعاده المحدد وبين المنفعة التى كانت ستعود على الدائن من هذا التنفيذ ، وهو ما يعنيه الفقه الحاضر بعبارة « النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخير فى الوفاء » .

وواضح أن اعمال السببية المادية هنا لا يتطلب الالتجاء الى نظام المسئولية العقدية ، فالسببية ليست بشرط لاستحقاق الدائن مقابل الالتزام ، وانما هى مجرد معيار لتحديد قدر المنفعة التى يتضمنها الالتزام .

١٧١ ــ خلاصة البحث :

أولا : الالتزام العقدى لا تحدده الارادة صراحة أو ضمنا ، وانما هو ذلك الالتزام الذى يتضمن قيمة مالية أنشأها التعاقد وفى حدود هذه القيمة . أما اذا تسبب أحد المتعاقدين فى احداث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد ، فنكون بصدد مسئولية تقصيرية فقط ، وان كانت قد نشأت بمناسبة التعاقد ، حتى ولو كان الضرر نتيجة اخلال بالتزام أنشأه التعاقد ، اذ لا يعدو الامر أن يكون هذا الاخلال مكونا لركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية .

ثانيا : استحالة تنفيذ ما تعهد به المدين لسبب أجنبى يعنى عدم نشأة التزامه أصلا لغلط وقع فيه المتعهد وقت التعاقد .

ثالثا : عدم تنفيذ الالتزام العقدى ــ بعد نشأته صحيحا ــ لاستحالة تنفيذه (لغير سبب أجنبى) أو لتعنت المدين ، لا يسقط هذا الالتزام ، بل يجرى تنفيذه نفسه بما يقابله من نقود دون استلزام اية شروط . وعلى ذلك يكون نظام المسئولية العقدية نظاما غير صحيح وغير مفيد .

رابعا : تختفى من ثم مشكلة ازدواج المسئولية او وحدتها ، وبالتالى مشكلة الخيرة بين المسئوليتين . ولا تكون اتفاقات الاعفاء من المسئولية الا متعلقة بالمسئولية التقصيرية . ويقتصر اثر هذه الاتفاقات فى بعض الاحوال على مجرد اقامة قرينة بسيطة على انتفاء الخطأ فى جانب المدين .

الخاتمة

الكفاية الذاتية للنظرية وشمول تطبيقها

١٧٢ ـ الكفاية الذاتية للنظرية :

اتضح لنا من دراستنا السابقة ، ان الفكرة التعاقدية الحالية المستمدة من مذهب الارادة ، قد أدت الى حلول لا يمكن تقبلها ، كما عجزت هذه الفكرة عن مواجهة عدة مشاكل هامة ، مما أتاح الفرصة أمام علوم غير (قانونية) وأمام عشرات من المذاهب والنظريات ، للتدخل لمعالجة هذا الخلل ، الأمر الذى ترتب عليه اشاعة الاضطراب والتعقيد فى دراسة النظرية التعاقدية . وقد انعكس أثر هذا الخلل على النظرية العامة للقانون بما أوجده فيها من مشاكل استحال حلها ، وبما عرقله من حسم الخلافات القائمة بصدد مشاكل اخرى .

ورغما عما بيناه من خطأ منطقى فى الاستناد الى هذه التبريرات لعلاج مساوىء مذهب الارادة وسد الثغرات التى أوجدها ، فقد أوضحنا ان نظريتنا ، بتقديمها الأساس المقبل للالتزام تتولى تفسير كل الحلول التى قامت من أجلها تلك التبريرات ، وتغطى الفراغ الناشىء عن تطبيق الفكرة التعاقدية الحالية ، بما يعنى ان النظرية تتسم بالكفاية الذاتية ، فلا تحتاج الى سند خارجى ، وتستغنى من ثم عن ذلك العدد الضخم من التبريرات ، كما وانها تنأى عن اثقالها بأية استثناءات .

واذا كنا قد عرضنا فى ثنايا بحثنا لعديد من تلك التبريرات وبينا خطأ اقحامها فى اصول النظرية التعاقدية ، فاننا نعرض فيما يلى فى نظرة جامعة لشتات تبريرين عامين شاع الالتجاء اليهما كلما بدت حالة ظهر فيها شذوذ اعمال مذهب الارادة . وهذان التبريران هما الاخلاق ونظرية التعسف فى استعمال الحق .

١٧٣ ــ استبعاد تداخل الاخلاق فى اصول النظرية التعاقدية :

راينا فى مبحث المشروعية ، ان حماية الآداب فى التعاقد لا ترجع الى أصل من أصول علم الحقوق ، ولا تدخل ضمن موضوعه بصفته علما ، وانما الأمر لا زال متعلقا وتابعا للاخلاق ، فتطبيق هذه الحماية فى دائرة التعاقد و فى دائرة اى مصدر آخر للالتزام لا ينفى عنها أصلها الخلقى وارتباطها به ولا يحيلهـا الى مسألة حقوقية . واذا كان الجزاء الذى يطبق هنا جزاء مادى فمن المسلم به ان جزاء انتهاك الآداب والأخلاق لا يقتصر على مجرد تانيب الضمير .

هذه مسألة اولى نستبعد فيها تداخل الاخلاق مـــع علم الحقوق ، على خلاف النظرة الفقهية الحالية .

وثمة مسائل اخرى متفرقة يقيم فيها الفقه خطا تداخلا بين الأخلاق وبين علم الحقوق كقوله انه يشترط فى الاكراه المبطل للعقد ان يكون غير مشروع ، فقد سبق أن بينا من قبل أن وصف عدم المشروعية هنا وصف زائد وان الأمثلة التى يضربها الفقه فى هذا الصدد لا تتعلق بنشأة الالتزام العقدى ولا بنشأة اى التزام آخر .

ويلاحظ ان اصطلاح حسن النية الذى يردده الفقه فى مجالات كثيرة ورددناه نحن ايضا ، لا يعنى أن حسن النية هنا فكرة خلقية ، وانما هو اصـــطلاح موجز مدلوله تولد ثقة لدى المخاطب فى التعبير الموجه اليه . واشتراط ان تكون هذه الثقة مبررة فلا يكفى للتعويل عليها مجرد حسن النية ينفى ربط هـــذا الاصطلاح باساس خلقى .

على أن الأمر الذى ادى الى تداخل واضح ومتزايد بين علم الحقوق وبين الاخلاق انما جاء نتيجة لما اسفر عنه تطبيق مذهب الارادة من مظالم فى مجال التعاقد ، مما حمل الفقه على أن يلوذ بالاخلاق لتبرير طرح هذه المظالم ، بحجة أن الاخلاق تاباها . وقد تزعم هذا الاتجاه أخيرا ، الاستاذ ريبير فى مؤلفه المعروف « القاعدة الخلقية فى الالتزامات المدنية » ، وذهب الى حـــد القول بأن القاعدة الخلقية هى أساس جميع الالتزامات ، وأن الحـــلول القانونية محكومة بالمبادىء الخلقية ، وأن هذه المبادىء هى التى تصحح

مذهب الارادة وتلطف من غلوائه وتفسر ما يرد عليه من استثناءات فى مسائل الغبن وعقود الاذعان والظروف الطارئة وغيرها .

بيد ان هذا اتجاه فى غير الطريق السليم ، فالنتائج الظالمة التى يرتبها مذهب الارادة ، انما يكون علاجها بتقويم هذا المذهب أو بمحاولة الكشف عن المذهب الصحيح ، وايس عن طريق الاستناد الى افكار خلقية يظل التعارض قائما بينها وبين مذهب الارادة فيما بقى له من مجال يعمل فيه .

واذا كنا قد بينا الأساس السليم للالتزام العقدى . ومن ثم صححنا الفكرة التعاقدية الحالية ، فقد عرضنا فى بحثنا لمعظم المسائل التى اقحم الفقه فيها القاعدة الخلقية وبينا انها ليست الا تطبيقا للأساس الصحيح للالتزام العقدى .

والحقيقة ان الاستناد الى الأخلاق فى مجال نشأة الالتزام وقدره ، يتضمن خطأ اوليا فى طريقة التفكير ، ذلك أن مهمة الاخلاق بالنسبة لعلم الحقوق هى مهمة حراسة فقط ، وهى مهمة لاحقة لا سابقة ، فالأخلاق لا تتدخل الا بعد ان يقول علم الحقوق كلمته فيبين نشأة الالتزام وقدره ، ثم يأتى دور الاخلاق لتأمر الشخص بأن يؤدى لغيره حقه وتأمر هذا الغير بأن لا ينال اكثر من حقه . والا فكيف نعرف ان كان هذا الحل او ذاك يتمشى مع الأخلاق او يتنافى معها ، وما هو الضابط الخلقى الذى يحكم المسائل العديدة التى تثار ويحسمها ؟ ويشهد على ما نقول به أن نفس الفكرة الخلقية قد استند اليها لتبرير وضعين متناقضين ، فقيل بأن القوة الملزمة للعقد اساسها خلقى لانها ترتكز على مبدأ الوفاء بالوعد ، وقيل من ناحية اخرى أن استبعاد الغبن فى العقود أمر تحتمه الأخلاق بنهيها عن استغلال الانسان لأخيه . وواضح أن فكرة الغبن تهدم مبدأ الملزمة للعقد .

١٧٤ ــ انتهاء الحاجة الى نظرية التعسف فى استعمال الحق :

كان للثغرات التى نشأت عن تطبيق مذهب الارادة ما الجأ القضاء والفقه الى اقحام نظرية التعسف فى استعمال الحق فى مجال التعاقد والاستناد اليها كتبرير لمنع أحد طرفى العقد من التمسك بحقوق خولها له مذهب الارادة . وكان ذلك معناه أن مذهب الارادة لا يكفى نفسه بنفسه كأساس للالتزام العقدى

وأن فى تطبيقه ما يجر الى مظالم تحت ستار حقوق يخولها هذا المذهب لأحد المتعاقدين . فاذا ما ثبت أن هذه التى يسميها مذهب الارادة « بحقوق » ليست بحقوق أصلا ومنذ البداية على ضوء الفكرة التعاقدية الصحيحة التى نقول بها ، فقد تعين استبعاد نظرية التعسف استبعادا نهائيا من مجال التعاقد لأنها تصبح غير ذات موضوع .

وقد سبق لنا ان تعرضنا لبحث ثمانية مواضع تعتبر خروجا على مذهب الارادة وعلى النظرية التعاقدية الحالية ، ولجأ فيها الفقه ضمن ما لجأ الى نظرية التعسف فى استعمال الحق لتبرير هذا الخروج . وهذه المواضع هى :

١ ـــ نظرية الاستغلال .

٢ ـــ عقود الاذعان .

٣ ـــ نظرية الظروف الطارئة .

وقد بيننا أن تعديل الالتزام فى هذه الحالات الثلاثة لا يتمشى مع قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولكنه يتمشى مع الاساس الصحيح للالتزام العقدى باعتبار ان هناك غلطا أو اكراها على قدر الالتزام يستدعى الامر تعديله لازالة أثر هذا العيب ، ومن ثم يكون الدائن غير محق أصلا فى التمسك بكل ما تعهد به المدين بداءة .

٤ ـــ مشكلة القوة الملزمة للايجاب . وقد نشأت هذه المشكلة نتيجة لخطأ فكرة العقد الافتراضية فى قولها انه مصدر للالتزام ، وقد بينا أن الالتزام ينشأ عن الايجاب متى علم به المخاطب ، اذ عندئذ يتوافر الركنان المادى والمعنوى ومن ثم وبعد طرح فكرة العقد الافتراضية لا يكون للموجب أصلا الحق فى سحب الايجاب .

٥ ـــ التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية . وهى صورة لا تتمشى مع منطق نظرية البطلان المستمدة من فكرة العقد ، وقد بينا ان مرد الأمر فى هذه الصورة يرجع الى تعديل الطرف الآخر لتعبيره بما يتوافق مع مقصود الطرف الغالط مما لا يعود معه لهذا الطرف الحق فى التحلل من تعبيره .

٦ ـــ الامتداد الجبرى لعقود الايجار . وظاهر ان هذا الامتداد لا يتمشى مع مذهب الارادة . وقد بينا أنه ليس الا وسيلة وقتية هدفها منع استغلال المؤجر للمستاجر . وهو استغلال يخالف اساس الالتزام العقدى . والفرض فى هذه الصورة انه اذا لم يمد عقد الايجار جبريا فان المؤجر سيلجأ الى استغلال المستاجر القديم او المستاجر الجديد بطلب اجرة تزيد عن الأجرة العادلة التى اتفق عليها من قبل فى ظل ظروف طبيعية ، ومن ثم فلا حق للمؤجر فى انهاء العقد لانه يستهدف من ذلك الحصول على ما لا حق له فيه ، وامتداد الايجار جبريا يحول بينه وبين تحقيق هذا الغرض .

٧ ـــ استعمال الدائن وسيلة للضغط على المدين لاكراهه على الاقرار بدفع مبلغ يزيد عن المبلغ الذى اختلسه او يزيد عن مقدار التعويض الملائم عن ارتكاب جريمة فى حق الدائن . وقد بينا أننا لسنا هنا بصدد التزام عقدى وانما بصدد التزام ناشىء عن المسئولية التقصيرية ، فيكون قدر الدين الواجب دفعه بقدر الضرر الذى وقع ، ومن ثم فلا حق للدائن أصلا وبداءة فى المبلغ الزائد عن هذا القدر .

٨ ـــ تاسيس قاعدة (نيمو) على أن المتعاقد الملوث طالب الرد يعتبر متعسفا فى التمسك بالبطلان ؛ بمقوله انه لا ينشد عدالة وانما يبتغى الحصول على فائدة من عمل مشين . ومرد الخطا هنا هو اعتبار المشروعية عنصرا فى نشاة الالتزام بما يعنى اعتبار العقد غير المشروع عقدا باطلا لا يترتب عليه اى اثر ؛ ويخول بالتالى للمتعاقد الملوث الحق فى استرداد ما دفعه . ومرد الخطا فى هذه الفكرة فيما بيناه من ان المشروعية ليست عنصرا فى نشاة الالتزام ، اى أن الالتزام لا يعتبر باطلا من وجهة نظر القانون المدنى للمساس بالمشروعية فى النطاق الذى سبق ان حددناه ، وانما يتعين النظر الى ما تستلزمه حماية المشروعية ؛ فان استلزمت الرد قضى به وان كان الرد اكثر انتهاكا للمشروعية استبعد ؛ ومن ثم ففى الحالات التى يكون فيها من الملائم تطبيق قاعدة (نيمو) لا يكون للمتعاقد الملوث استرداد ما دفعه .

وهكذا يبين من هذا العرض ان ما سمى فى مذهب الارادة بانه حق ليس بحق أصلا ، حتى يقال أن المتعاقد قد تعسف فى استعماله . واذا فالمقدمة التى قامت عليها نظرية التعسف هنا مقدمة خاطئة . وتصحيح هذه المقدمة ببيان انيا لسنا فيها بصدد اى حق يعنى استبعاد نظرية التعسف من مجال

التعـــاقد استبعادا تاما . وتكون الفكرة التعاقدية الصحيحة كافية بذاتها لتغطية الموقف فى هذا المجال .

١٧٥ — شمول تطبيق النظرية كافة العلاقات العقدية :

واذا كان مذهب الارادة قد تسبب كما سبق القول فى تدخل اعتبارات أجنبية لعلاج المساوىء التى نشأت عن تطبيقه ، فقد تسبب من ناحية أخرى فى تمزيق أوصال القانون المدنى (أو باصطلاح أدق علم الحقوق) بانسلاخ عدد من العلاقات العقدية عنه واندماجها فى علوم وتقسيمات أخرى ، بعد ان ضاقت بمنطقة الجامد ، فيما اظهره تطبيقه عليهـــا من شذوذ اشد وضوحا واعظم خطرا ، بالنظر الى ما تتسم به هـــذه العلاقات غالبا من خصائص واقعية . ونقتصر فيما يلى على بيان ثـــلاث علاقات منهـــا هـــى الالتزام الصرفى فى القانون التجارى ، وعقد العمل ، والعقود الادارية . ثم نردف ذلك ببيان عن العلاقات العقدية فى القانون الدولى العام مع الاشارة الى باقى روابط هذا القانون تمهيدا لاستخلاص موضوع علم الحقوق وذاتيته ، وجلاء مشكلة التفرقة بين القانون الخاص وبين القانون العام .

اولا : فى القانون التجارى :

من المسلم به أن القانون التجارى لا يختلف عن القانون المدنى الا فيما يتعلق بالالتزام العقدى ، ولا خلاف بين القانونين فيما يختص بمصادر الالتزام الأخرى .

وفى هـــذا النطاق الوحيد لا يختلف القانونان الا فى ناحية واحدة تتبلور فى قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع بالنسبة للأوراق التجارية ، فهذه القاعدة بما تقرره من اعتبار التزام الموقع على الورقة صحيحا قبل الحامل حســـن النية حتى ولو كان التزامه قبل المتعاقد المباشر باطلا هى كما يقول الفقه التجارى حجر الزاوية فى قانون الصرف وعماد احكامه ، لأنهـــا هى التى تضفى عليه طابعه المميز بالخروج فى نطاق معين على مذهب الارادة .

ولكننا رأينا أن قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع انما هى تطبيق للأســـاس الصحيح للالتزام العقدى ، لا فرق بين التزام مدنى والتزام تجارى ، وهى ان كانت خروجا على مذهب الارادة فانها تندمج فى نظريتنا على اعتبار أن

الأمر مرهون ببحث توافر الركنين المادى والمعنوى عند النظر مباشرة فى التزام الموقع على الورقة التجارية قبل الحامل . ورأينا انه الى جانب ما هو مسلم به من امتناع الاحتجاج بالدفع بالصورية حتى فيما يختص بحوالة الحق العادية . فلا شيء يمنع من تطبيق هذه القاعدة على الاوراق المدنية التى تستعير الشكل التجارى وان كان الغالب فى البيئة المدنية عدم توافر شرط حسن النية قبل المحال له على عكس الغالب فى البيئة التجارية .

وعلى ما تقدم . وعلى ما هو مسلم به من أن القانون المدنى هو موطن النظرية العامة فى الالتزامات التى تطبق على جميع العلاقات بما فيها علاقات القانون التجارى ، فهل يجوز بعد ذلك أن نستمر فى القول بان القانون التجارى له ذاتية مستقلة عن القانون المدنى وانهما قانونا متجاوران ؟ (١) .

واذا كانت المعاملات المدنية قد استعارت كثيرا من النظم والاساليب التجارية . واذا كان هناك فى بعض الدول مجموعة تشريعية تضع قواعد موحدة للمعاملات المدنية والتجارية على السواء ، فنحن لا نعترض بداهة على افراد التنظيمات التجارية بدراسة خاصة لتفهمها بغية ايضاح تطبيق المبادىء العامة عليها وليس على اعتبار ان هذه التنظيمات فرع مستقل عن علم الحقوق وله احكام أصولية تختلف عنه .

---

(١) أما القول بان المعاملات التجارية تتميز بالسرعة وتتطلب دعم الائتمان فهذا لا يعنى أبدا بأن يكون ذلك على حساب الحقيقة فيلزم الشخص بما هو غير ملزم به أو بأكثر مما هو ملزم به ، وقد سبق بيان ذلك فى تفسيرنا لقاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع .

وقد قيل أن سرعة المعاملات تستدعى أن يكون الاثبات فى القانون التجارى طليقا ، كما قيل بأن دعم الائتمان التجارى يتطلب افتراض التضامن بين المدينين فى التزام تجارى عند تعددهم.

اما عن فرق الاثبات فهو ليس بفرق أصولى ، كما وان هناك حالات فى القانون المدنى تلتمسه مطبق بالنسبة لها نظام حرية الاثبات ، وهناك من جهة أخرى أوضاع تجارية تخضع لتكلية فى الاثبات تزيد عما تخضع له أوضاع مدنية مماثلة . والمسلم به حاليا ان نظام حرية الاثبات فى القانون التجارى أصبح محدود التطبيق (مصطفى كمال طه : القانون التجارى ج ١ الطبعة الثانية فقرة ٤ ص ١٣) . وأما عن التضامن بين المدينين والقول بأنه مفترض فى المواد التجارية دون الحاجة الى أتفاق أو نص قانونى لمسألة خلافية .

فالرأى الراجح فى فرنسا يفترض التضامن ، ويقيمه البعض على أساس من تفسير نية المتعاقدين ، ويرجعه البعض الاخر الى العرف المستمد من افتراض قيام شركة بين المدينين المتعاقدين (بلانيول وريبير وجابولد ج ٧ فقرة ١٠٧٥) .

والرأى الراجح فى مصر قضاء وفقها وهو أن التضامن لا يفترض فى المسائل التجارية (راجع فى ذلك السنهورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ١٦٨) .

وهناك عدد من التشريعات كالتقنين المدنى الالمانى (م ٤٢٧) والايطالى (م ٣٢٨٤) تقيم التضامن فى جميع الالتزامات مدنية وتجارية ما لم يتبين عكس ذلك .

ثانيا : عقـــد العمل :

كان من نتيجة تسلط الفكرة التعاقدية الخاطئة ان ضاقت نظرتهـــا عن الاعتداد بالفروق الواقعة بين رب العمـــل القوى وبين العامل الضعيف فاعتبرت العقد المبرم بينهما ملزما بكل شروطه المجحفة ، فلا يجوز تعديله بدعوى الغبن او الاستغلال . وكان ان اصبح العامل فى مركز سيء ، يشتغل تحت ظروف قاسية مقابل اجر بخس لا يتناسب مع مجهوده ، وتحت رحمة طرده من العمل فى اى وقت .

ولما تضخمت المشكلة نتيجة التقدم الصناعى الذى استلزم تشغيل اعداد هائلة من العمال فى ظـــل الراسمالية الاستغلالية ، اضطرت الدولة الى التدخل فى تنظيم عقد العمل وتضمينه نصوصا آمرة تحمى العمال من عسف أصحاب العمل ، كما اتخذت عدة اجراءات وقائية تهدف الى تدعيم مركز العمال ، كالسماح باتحادهم فى نقابات واسباغ الصفة الملزمة على عقـــد العمل الجماعى ، وكل ذلك على خلاف قواعد مذهب الارادة .

واخذ عقد العمل ينسلخ شيئا فشيئا عن القانون المدنى - حتى انفصل عنه فى كثير من الدول تحت اسم « قانون العمل » باعتباره فرعا مستقلا من فروع القانون . وكان ان ثار الجدل بشأن طبيعة هذا القانون : فراى يذهب الى انه لا زال فرعا من فروع القانون الخاص لأنه ينظم روابط بين أفراد لا يعتبرون من أشخاص القانون العام ، وراى يقول انه فرع من فروع القانون العام بحجة أن تدخل الدولة فى تنظيم عقد العمل غايته تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية . وراى ثالث يقرر أن قانون العمل اخذ بعض قواعده من القانون الخاص وبعضها الآخر من القانون العام ومزج بينهما بحيث أصبح قانونا متميزا بذاته يدخل ضمن قسم ثالث من أقسام القانون يطلق عليه اسم القانون الاجتماعى

بيد أن هذا الجدل انما نشأ من البداية الخاطئة التى أرستها الفكرة التعاقدية المستمدة من مذهب الارادة والتى لا تعتد بأثر عيب الاكراه الا اذا انصب على واقعة الاتجاه الى التعاقد دون الاعتداد بأثره على شروط التعاقد . وقـــد ابنا عن خطأ هذه الفكرة وازلنا المعقبة التى اوجدها مذهب الارادة بفلسفته الخاطئة عن مدلول الارادة والتى بنى عليها قاعدة أن العقد شريعة

المتعاقدين واستبعد بها اجراء اى تعديل فى مضمون العقد يصحح الاثر الذى يحدثه الاكراه فى تحديد هذا المضمون . وبعد ان ازلنا هذه العقبة لا يكون تدخل الدولة فى تنظيم عقد العمل بما يعالج الاكراه الذى يتعرض له العمال . ولا يكون فى اتخاذها لاجراءات وقائية تمنع وقوع هـذا الاكراه سلفا ، الا تمشيا واعمالا لاساس الالتزام العقدى ، ولا يكون هناك ثمة فرق بين عقد العمل وبين باقى العقود ولا يكون هناك بالتالى محل لانسلاخ عقد العمل عن القانون المدنى .

ثالثا : العقود الادارية :

تتميز العقود الادارية حاليا — فى البلاد ذات النظام القضائى الادارى — بخضوعها فى نطاق معين لبعض احكام يقال ان فيها خروجا على قواعد القانون المدنى وعلى الاخص قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين وتاسيسا على هذه النظرة اسند امر الفصل فى منازعات هذه العقود الى قضاء ادارى لا يتقيد بالقواعد المدنية .

ولكن هـذه الاحكام الاستثنائية التى تطبق على العقود الادارية ليست الا خروجا فقط على النظرية التعاقدية المستمدة من مذهب الارادة ، وهى النظرية المتسمة بالخطا والجمود ، وسنرى ان هـذه الاحكام الاستثنائية ليست الا اعمالا للاساس الصحيح للالتزام العقدى .

واذا كانت بعض النظريات التى ابتدعها القضاء الادارى لتطبيقها على العقود الادارية كنظرية الظروف الطارئة قد غزت العقود المدنية نفسها على الرغم من خروج هذه النظرية على قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين ، واذا كان الفقه الادارى يسلم حاليا بان « ... الصلة بين القانون الادارى والقانون المدنى مستمرة بل تتزايد فى السنوات الاخيرة ، وقد عزز هـذا التقارب تخلى القانون المدنى الحديث عن كثير من قواعده الجامدة ... بحيث اصبح الفارق بين القانون المدنى فى الوقت الحاضر والقانون الادارى ليس بالاتساع القديم » (١) فاننا نستطيع ان ندفع بهذا التقارب الى نهايته

---

(١) سليمان الطماوى : مبادىء القانون الادارى المصرى والمقارن سنة ١٩٥٥ ص ٢٣ — ٢٤ . وفى هذا المعنى ايضا الاستاذ محمد فؤاد مهنا فى مؤلفه : القانون الادارى المصرى ـ

الحتمية ببيان أن تلك الأحكام التى تتميز بها العقود الادارية ليست الاتطبيقا للفكرة التعاقدية السليمة التى تخضع لها جميع العقود بحيث لا يبقى هناك محل لاستمرار انسلاخ العقود الادارية عن القانون المدنى فى البلاد ذات النظام الادارى .

ذلك انه يلاحظ أولا على ما هو مسلم به فى الفقه والقضاء الاداريين ان الاحكام الاساسية لنظرية العقد الادارى هى نفسها الاحكام المدنية بحذافيرها تقريبا (١) .

اما الذى يميز العقود الادارية عن العقود المدنية — فى قول الفقه والقضاء الاداريين فيتجلى فى ناحيتين اثنتين :

الاولى : حقوق المتعاقد قبل الادارة . وتتبلور هذه الحقوق فى اعمال نظرية الظروف الطارئة بمعناها الواسع . وقد رأينا ان هذه النظرية ليست الا تطبيقا للأساس الصحيح للالتزام المعقدى .

والناحية الثانية تتعلق بحقوق الادارة قبل المتعاقد وهذه الحقوق هى :

(أ) حقها فى الرقابة على الملتزم اثناء التزامه .

(ب) حقها فى توقيع جزاءات على المتعاقد اذا اخل بالتزامه .

(ج) حقها فى تعديل التزامات المتعاقد بالنقص او الزيادة .

(د) حقها فى انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد .

فنتناول بحث هذه الحقوق تباعا :

= المصرى والمقارنة ج ١ ١٩٥٨ هامش ص ٣٦ حيث يقول : « ... غير انه يجب ان يلاحظ مع ذلك أن التقنين المدنى فى دول العالم الحديث يتجه الى التقريب من مبادىء القانون الادارى . وقد خطا المشرع المصرى فعلا فى القانون المدنى الجديد خطوة واسعة فى هذا السبيل ... وتمشيا مع هذا الاتجاه الحديث نصت المادة ١٤٧ على تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى العقود المدنية وهى النظرية التى ابتكرها القضاء الادارى الفرنسى وطبقها فى العقود الادارية قبل ذلك بزمن طويل ، وقيدت المادة ٨٠٦ حق المالك فى استعمال ملكه بوجوب مراعاة القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة او الخاصة ، وأوجبت المادة ٨٠٧ على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . وهكذا يبدو أن المشرع المصرى قد اولى المصلحة العامة فى التقنين المدنى الجديد عناية اوفى من الرعاية وخطا بالقانون المدنى خطوة فى سبيل التقرب من مبادىء القانون الادارى الذى يولى المصلحة العامة كل الرعاية ويفضلها باستمرار على المصلحة الخاصة » .

واذا كان الفقه الادارى يرد هذا التقارب الى تفضيل القانون المدنى رعاية المصلحة العامة ، فقد سبق أن أبنا عن عدم دقة هذا التعليل ، اذ ان ما يسمى بتطبيقات المصلحة العامة ان هى الا تطبيقات للمبادىء الصحيحة .

(١) سليمان الطماوى : الاسس العامة للعقود الادارية سنة ١٩٥٨ ص ٣٠٨ اوما بعدها .

أ ـــ حق الرقابة :

لا يوجد خلاف حاليا فيما يتعلق بهذا الحق بين العقد الادارى وبين العقد المدنى ، فالفقه المدنى يسلم به تطبيقا لفكرة مستلزمات العقد (١) . واذا كانت هذه الفكرة لا تتمشى مع مذهب الارادة لاشتراطه ان تتجه نية المتعاقدين الى اعطاء احدهما ذلك الحق ، فانها تتمشى مع مبدأ المسئولية لأن المسئولية أوسع نطاقا كما بينا . اذ يكفى فى منطقها ان يكون هذا الحق امرا طبيعيا مترتبا على تعاقد ما .

ب ـــ حق توقيع الجزاء :

للادارة الحق فى توقيع جزاء على المتعاقد معها اذا قصر فى تنفيذ التزامه . والجزاء فى هذه الحالة كما يقول الفقه الادارى انما هو تعويض عن الاخلال بالالتزام ، ولذلك كان من المسلم به بصفة عامة وجوب اعذار الادارة المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء ، ومن المسلم به ايضا أن يكون الجزاء مبررا ، وأن يكون قدره ملائما لقدر التقصير المنسوب الى المتعاقد اى بقدر المخالفة التى وقعت . وتخضع الادارة لرقابة القضاء الادارى فى هاتين الناحيتين .

وعلى ذلك فليس فى هذه السلطة مخالفة للاحكام العامة فى العقد ، مادام انه يجب على الادارة أن تراعى فى توقيع الجزاء أن يكون لقاء مخالفة وقعت وأن يكون بقدر هذه المخالفة . وهى فى ذلك تخضع لرقابة القضاء الواسعة، وانما الامر هنا مجرد خروج على قواعد التداعى يبرره ان سير المرافق العامة وانتظامها يستدعى الالتجاء الى هذا الاجراء السريع ، وما دام انه يخضع لرقابة القضاء الادارى من ناحية المبرر ومن ناحية القدر ، فليس هناك فى النهاية أية مخالفة لأحكام الاخلال بالالتزام .

هذا ، وقد كانت احكام القضاء الادارى المصرى تذهب أول الأمر الى عدم ربط حق توقيع الجزاء بحصول ضرر نتيجة تأخير المتعاقد مع الادارة فى تنفيذ التزامه (٢) الا أن هذه الاحكام ما لبثت أن تراجعت كثيرا عن موقفها هذا ، بعد أن فاجأتها أنزعة ظهر فيها بوضوح شذوذ اعمال فكرتها السابقة (٣)

---

(١) راجع فى ذلك ديموج ، الالتزامات جـ ٦ فقرة ٢٧ ، بهجت بدوى اصول الالتزامات فقرة ٣٨٢ .

(٢) على سبيل المثال ، القضية ٤١٨٦ السنة التاسعة قضائية مجموعة احكام محكمة القضاء الادارى السنة ١٢ ص ٢٣ .

(٣) ومن ذلك حكم للمحكمة الادارية العليا بجلسة ١٩٦٠/٦/٢١ فى القضية رقم ٦١ سنة ٢ ق ، مجموعة السنة الخامسة ص ١٣١٧ ، وانظر كذلك فى نفس المعنى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة بجلسة ٥٦/٢/٢٨ .

جـ ــ حق التعديل :

يلاحظ ان الفقه والقضاء الاداريين يرسمان حدود هذا الحق بما يلى :

١ ــ انه لا يتناول كل شروط العقد . فلا يمتد الا الى النصوص التنظيمية فى العقد دون أحكامه التعاقدية التى تنظم الروابط المالية بين المتعاقدين كثمن الخدمات او المزايا التى يتمتع بها المتعاقد مع الادارة (١) اى أن حقوق المتعاقد المالية لا يجوز أن يتناولها التعديل (٢) .

٢ ــ انه لا يجوز ان تتجاوز التعديلات حدا معينا يؤدى الى تغيير فى موضوع العقد او محله او نوعه ، كما لا يجوز أن تفوق هذه التعديلات ما اتفق عليه اصلا بدرجة كبيرة ،كمايجب على الادارة ان تراعى عدم تجاوز التعديلات لامكانيات المتعاقد الفنية والمالية .

٣ ــ ان الاصل ان الادارة ليس لها حق التعديل الا اذا استجدت ظروف بعد ابرام العقد تبرر هذا التعديل بالنظر الى مقتضيات سير المرفق العام وقابليته للتغيير . أما اذا كان ما يبرر اجراء التعديل يرجع الى عدم تقدير الادارة لحاجة المرفق العام تقديرا سليما عند التعاقد ، فمسألة خلافية (٣) .

هذه هى حدود حق التعديل ، ولا شك انه يتضمن خروجا على قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين ، ولكنه مع ذلك لا يعتبر ــ كما يقول بعض الفقه الادارى ــ هجوما فى الصميم على هذه القاعدة (٤) .

واذا ما رجعنا الى الأساس الصحيح للالتزام العقدى والى تصحيحنا للفكرة التعاقدية على ما شرحناه آنفا ، فانه يبين ان حق التعديل ليس الا اعمالا وتطبيقا لهذا الأساس ، ذلك ان الذى يبرر هذا الحق المخول

---

(١) طعيمة الجرف : القانون الادارى سنة ١٩٦٣ ص ٦٩٦ .

(٢) محمد فؤاد مهنا : المرجع السابق ص ٧٩٦ .

(٣) راجع فى ذلك ، سليمان الطماوى : الاسس العامة للعقود الادارية ص ٣٧٨ ــ ٣٨٠ .

(٤) المرجع السابق ص ٣٧٢ . هذا ويلاحظ ان جانبا من الفقه الادارى الحديث قد أخذ يتجه الى تضييق نطاق حق التعديل فى أكثر من ناحية من نواحيه ، فالاستاذ جيز مثلا بعد ان كان يقول انه حق يتناول كل العقود الادارية (مؤلفه فى المبادىء العامة فى القانون الادارى جـ ٤ سنة ١٩٣٤ ص ٢٢٤ ،فرأخيرا فى تعليق له بعنوان « النظام القانونى للعقد الادارى بمجلة القانون العام ص ٢٥٧ » أن هذا الحق قاصر على عقدى الاشغال العامة والامتياز .

للادارة اما حدوث ظروف استجدت واستدعت تغييرا فى المرفق العام واما أن الادارة لم يكن فى استطاعتها ان تتوقع ما استجد من ظروف ولم يكن فى مقدورها عند التعاقد أن تلم بالحاجات الحقيقية للمرفق — وهى غالبا ما تكون كذلك بحكم تكوينها من اشخاص ذوى علم وخبرة ؛ وبحكم عدم اقدامها على تعاقد ما الا بعد دراسة وفحص — اى أن الأمر يرتد فى الحالتين الى عدم ادراك مغتفر بشأن الشروط التنظيمية للتعاقد مما يستدعى مواجهته بالاجراء الملائم وهو حق التعديل .

فاذا كان هذا هو اساس حق التعديل وهو فى نفس الوقت مناط حدوده فما بنا حاجة بعده الى ذلك الاساس الذى يردده الفقه والقضاء الاداريان بقولهما ان المصلحة العامة التى تستهدفها الادارة من التعاقد يجب أن تعلو على المصلحة الفردية التى يبتغيها المتعاقد معها ؛ ثم لا يكتفيان بذلك بل ينحيان باللوم على هذا المتعاقد بقولهما انه ما قصد بتعاقده الا تحقيق نفع مادى متسم بالأنانية (١) وقد سبق أن رددنا مرارا خطأ التفرقة بين ما يسمى بالمصلحة العامة وبين المصلحة الخاصة . ثم اذا كان الأمر أمر مصلحة عامة نريد تحقيقها وتغليبها على مصلحة هذا المتعاقد (الانانى) فلم لا نسير الى نهاية الشوط فنحرمه من حقوقه كلها ؟ ومن ذا الذى يقبل بعد ذلك ان يتعاقد مع الادارة وهى تملك شهر هذا السلاح فى وجهه ؟ ان الحقيقة هنا اننا لسنا بصدد اهدار مصلحة فردية والحاق الضرر بصاحبها والا كان من الاولى ان يتحمل المجموع هذا الضرر لا ان يتحمله فرد واحد . وانما الأمر هنا امر الكشف بداءة عن المبدأ السليم الذى يكون اعماله محققا حتما الى نتائج مقبولة ، لا أن نبدأ باواخر الأمور ونجعل منها اساسا لا يلبث أن يعود على نفسه فينقض فى تحقيق الغرض المبتغى .

والى جانب ما تقدم كله فان حق التعديل لم يعد مجهول التطبيق فى العقود المدنية فى الوقت الحاضر ؛ وان لم يبين الفقه اساس اعمال هذا الحق الذى يمس بمبدأ القوة الملزمة للعقد . فالاستاذ ديموج مثلا يقول انه اذا كان الاصل هو وجوب تنفيذ العقد كما اتفق عليه فانه لا يتحتم تطبيق هذا المبدأ

---

(١) راجع على سبيل المثال حكم محكمة القضاء الادارى المصرى فى ١٩٥٧/٦/٣٠ المجموعة ١١ ص ٦١٠ .

بصفة جامدة بل يجب ان يتضمن شيئا من المرونة doit comporter des assouplissements. ويقول ان العقد شيء حى لا يستطيع ان يعيش الا بتعديله قليلا تبعا للظروف مع المحافظة على جوهره (١) .

Le contrat est chose vivante et ne peut vivre qu'à condition de se modifier un peu suivant les circonstances tout en conservant son essence.

وهذا هو نفس ما يقرره الفقه الادارى الفرنسى فيما يذهب اليه من ان الاعتراف للادارة بحق التعديل « لا يجعل من هذا الحق سلطة مطلقة تهدر قاعدة الزام العقود لطرفيها ، وانما يعنى أن العقد الادارى يتمتع بقدر من المرونة une certainemutabilité تستلزمه طبيعة العقد واتصاله بالمرفق العام » (٢) .

ويضرب الأستاذ ديموج عدة امثلة على حق التعديل بعضها مستمد من احكام قضائية . ومن هذه الأمثلة حق المالك قبل المقاول فى تعديل مشروع البناء بالتغيير أو بالزيادة - ووجوب اتباع المقاول لتعليمات المهندس فى تخذيده وتعديله للمشروع ، وحق الموكل فى اصدار تعليمات جديدة للوكيل، وحق رب العمل فى تكليف العامل استثنائيا بأشغال اخرى غير عمله العادى ، وحق مرسل البضاعة فى أن يعدل جهة وصولها بعد بدء نقلها (٣) .

د — حق انهاء العقد :

ونفس الأساس الذى برزنا به حق التعديل هو نفسه الذى يبرر انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد مع الادارة . وهذا الحق كما يقول الفقه الادارى انما هو امتداد لحق التعديل فى احد شروط العقد وهو شرط المدة (٤) .

فالمسلم به أن هذا الحق ليس سلطة مطلقة ، بل يجب ان يكون هناك

---

(١) ديموج جـ ٦ فقرة ٥٤٤ ومقالة « تعديل العقود بالارادة المنفردة » وبالمجلة العملية سنة ١٩٠٧ ص ٢٤٥ — ٣١٠ .

(٢) سليمان الطماوى : الاسس العامة للعقود الادارية ص ٣٧٢ — ٣٧٣ وما اشار اليه من مراجع فرنسية .

(٣) ديموج جـ ٦ فقرة ٤٦ .

(٤) سليمان الطماوى : المرجع السابق ص ٦٥٨ .

ما يبرر استعماله كزوال الغرض الذى من اجله تم التعاقد او الغاء المرفق العام او تعديل نطاقه (١) .

ولكن هذه الأسباب ومثيلاتها تعنى ان الادارة كانت قد وقعت وقت ابرام العقد فى غلط دافع الى التعاقد قد يشمله جميعه او قد يقتصر على بعض مراحله . مما يبرر حقها فى انهاء التعاقد .

وهذا حق مسلم به حاليا فى كثير من العقود المدنية (٢) .

وهكذا يبين مما تقدم جميعه فى شرح حقوق الادارة قبل المتعاقد معها ان هذه الحقوق ليست الا اعمالا للفكرة التعاقدية الصحيحة فى رحابتها وعمقها ، وانه على ذلك لا يكون هناك فرق بين العقود الادارية وبين باقى العقود من ناحية الاحكام التى تخضعان لها .

رابعا : فى القانون الدولى العام :

ينبنى على قولنا ان نظريتنا تقدم الأساس العقلى للالتزام العقدى - انها نظرية علمية ، ومن ثم فهى تطبق على كافة العلاقات العقدية ايا كان اطرافها بما فيها العقود المبرمة بين الدول والتى تتعلق بنشأة التزامات وحقوق مالية . ولا تصادفنا هنا عقبة ما ، فالمسلم به فى فقه القانون الدولى ان جميع المبادىء العامة فى العقود تطبق على المعاهدات الدولية . واذا كان الرأى قد تردد اولا فى اعمال عيبى الغلط والتدليس لندرة السوابق الدولية بصددهما ، فذلك انما يرجع الى امر متعلق بالواقع ، اذ ان المعاهدة تكون عادة ثمرة ابحاث ومفاوضات طويلة وتمر بمراحل متعددة ويتولاها اشخاص ذوو خبرة عالية ، مما يندر معه ان يقع ممثلو الدولة المتعاقدة فى غلط او ان يكونوا ضحية تدليس . واذا حدث ذلك فالغالب ان كرامة الدولة قد تابى عليها ان تسلم بانها اخطأت او خدعت . ومع ذلك فالمسلم به انه ليس هناك ما يمنع من تمسك الدولة بهذين العيبين لابطال المعاهدة (٣) .

---

(١) المرجع السابق ص ٦٥٨ — ٦٦٠ .

(٢) كعقد الشركة (م ٥٠٥ مدنى) وعقد المقاولة (م ٦٦٣) وعقد التأمين (م ٧٥٩) وعقد الايجار (م ٦٠١/٢ ، ٦٠٨ ، ٦٠٣) .

(٣) راجع فى ذلك كوادرى اساس القوة الملزمة لقواعد القانون الدولى العام ؛ مذكرات لقسم الدكتوراه بكلية حقوق الاسكندرية ص ١٠٧ — ١٢٩ ، ومحمد حافظ غانم مبادىء القانون الدولى العام — الطبعة الثانية ١٩٦١ فقرة ٢٩٠ .

أما عن عيب الاكراه ، فقد كان الفقه الدولى التقليدى لا يمتد به كسبب لابطال المعاهدة ، ثم اخذ الفقه الحديث يعدل عن هذا الرأى ويمتد بهذا العيب تمشيا مع ما هو مسلم به من أن التعبير عن الارادة يجب لصحته أن يصدر عن حرية (١) .

واذا كنا قد بينا فيما تقدم أن المعاهدات التى تبرم بين الدول وتتعلق بنشأة حقوق والتزامات مالية ليست الا عقودا تخضع لنفس أحكام العقود المدنية ، وأن صفة الدولة كمتعاقدة لا اثر له البتة على اعمال هذه الأحكام ، فان الأمر يدعونا بعد ذلك الى التعرض لباقى مسائل القانون الدولى الموضوعية لننتهى الى القول بأن جميع هذه المسائل انما تندرج تحت لواء علم الحقوق وتطبق عليها نفس احكامه الاصولية المعمول بها فى الروابط غير الدولية . وبذلك يمكن تمهيد الطريق نحو استخلاص موضوع علم الحقوق وجلاء مشكلة التمييز بين القانون العام وبين القانون الخاص .

فأما عن مسألة المسئولية التقصيرية ، فالمسلم به ان فكرة سيادة الدولة لا تمنع من تقرير مسئوليتها ، « بل ان قيام المسئولية هو فى الواقع نتيجة لتمتع الدولة بكامل سيادتها ، فالدول شأنها فى ذلك شأن الأفراد ، والفرد لا يسأل عن أفعاله الا اذا أتاها وهو متمتع بكامل حريته فى التصرف أما اذا كانت تشوب حريته بعض القيود ارتفعت المسئولية بقدر اثر هذه القيود . وسوف نرى أن الدول لا تختلف فى ذلك عن الأفراد ، وأن المسئولية الدولية لا تترتب قبل الدولة ناقصة السيادة الا بقدر ما لها من حرية فى تصريف شئونها » (٢) وعلى ذلك يسلم الفقه الدولى فى وضوح تام بأن المسئوليةالدولية تستند الى نفس القاعدة القانونية التى تستند اليها المسئولية فى القانون الخاص ، ومؤداها أن كل فعل غير مشروع يتسبب عنه ضرر للغير يوجب الزام فاعله باصلاح هذا الضرر (٣) .

وتنتفى المسئولية فى القانون الدولى كما تنتفى فى القانون الخاص بالقوة

---

(١) كوادرى : المرجع السابق ص ١٢٢ ، محمد حافظ غانم : المرجع السابق فقرة ٢٩٠ .

(٢) على صادق أبو هيف : القانون الدولى العام — الطبعة السادسة — سنة ٦٢ فقرة ١٢٣ .

(٣) أبو هيف : المرجع السابق فقرة ١٢٥ .

القاهرة او خطأ المصاب نفسه وتنطبق هنا نفس المبادىء المقررة فى القانون المدنى (١) .

وأما عن مبدأ الاثراء بلا سبب فالمسلم به أيضا وجوب أعماله فى الروابط الدولية(٢) .

يبقى بعد ذلك من المسائل التى تدرس فى القانون الدولى ما يلى :

(أ) دراسة الدولة بصفتها الشخص الرئيسى للقانون الدولى العام ، وهى دراسة تتناول بحث صلاحية الدولة لوجوب الحقوق لها وما عليها وصلاحيتها لاستعمال الحق بما يقابل أهلية الوجوب واهلية الأداء بالنسبة للشخص الطبيعى .

(ب) موضوع الملكية الاقليمية للدولة وحدودها وطرق اكتسابها ، وتنظيم الملكية الشائعة بين الدول . والملاحظ أن جميع الأصول العامة المطبقة فى القانون المدنى بشأن الملكية ينطبق هنا أيضا .

(جـ) التنظيم الدولى : وهو ليس مسألة موضوعية،بل خاص بالاجراءات التى تتبع لكفالة احترام حقوق الدول وقيام كل منها بأداء التزاماتها ومن ثم العمل على فض المنازعات الدولية(٣) .

(د) الحرب . يرجع بحث موضوعها الى ضعف التنظيم الدولى ؛ وحتى يصل هذا التنظيم الى درجة الكمال تدعو الحاجة الى وضع قواعد تكفل حصر شرور الحرب فى أضيق نطاق .

فاذا ما عرضنا بعد ذلك لبحث مصادر القانون الدولى العام تأكد لنا بجلاء حقيقة هذا القانون ، وهى أنه ليس الا فرعا من علم الحقوق يخضع لاصول هذا العلم شأنه فى ذلك شأن غيره من الروابط التى ينظمها هذا العلم .

فالفقه الدولى يذكر فى هذا الصدد أن المصادر الأصلية للقانون الدولى العام هى العرف والمعاهدات والمبادىء القانونية العامة المعترف بها من الامم

---

(١) عبد المنعم البدراوى : أصول القانون المدنى المقارن سنة ١٩٥٩ فقرة ١٤٠ .
(٢) كوادرى : المرجع السابق ص ٩٨ .
(٣) ويلاحظ أن هناك هيئات دولية غرضها تنسيق جهود الدول فى شتى المبادين كهيئة الاغذية والزراعة والهيئة الصحية العالمية واتحاد البريد العالمى ، وتلك هيئات لا علاقة لها علاقة أصولية بالقانون الدولى العام وانما تتبع كل هيئة منها العلم أو الميدان الذى تتخصص فى بحثه .

Principes généraux reconnus par les nations civilisées. المتمدينة

بيد انه يلاحظ أن العرف لا يخلق قاعدة قانونية وانما يسجل هذه القاعدة أو يسجل تطبيقا صحيحا لها ؛ ولذلك ذهب جانب من الفقه الدولى الى أن قاعدة التزام المتعاقد بما تعاقد عليه Pacta sunt servanda هى قاعدة عرفية لاستقرار الدول على الاخذ بها ؛ فى حين أن هذه القاعدة انما تتضمن مبدأ من المبادىء القانونية العامة .

أما المعاهدات فهى ليست الا مصدرا من مصادر الالتزام باعتبارها عقودا ، ومن ثم فهى تستند فى الزامها الى مبدأ قانونى عام ، وقد يحدث أن تتضمن المعاهدة — كما هو الشأن أيضا فى العقود المبرمة بين الافراد — التزام طرفيها باتباع مبدأ قانونى عام او بتطبيق له ، وفى هذه الحالة يحتفظ هذا المبدأ بصفته الملزمة مستقلا عن المعاهدة(١) .

ولما تقدم بشأن العرف والمعاهدة يقرر الاستاذ كوادرى بأنهما مصدران من الدرجة الثانية وان المصدر الاول لقواعد القانون الدولى العام هى المبادىء القانونية العامة التى أقرتها الدول المتمدينة(٢) .

فما هى هذه المبادىء التى تعتبر المصدر الأول والاصيل لقواعد القانون الدولى العام ؟

يقول الفقه الدولى انها « هى المبادىء الاساسية التى تستند اليها وتقرها النظم القانونية فى مختلف الدول المتمدينة ، كالمبدأ الذى يقضى بالزام كل من تسبب بفعله فى احداث ضرر بالغير باصلاح هذا الضرر ، والمبدأ الذى يقضى بالتزام المتعاقد بما تعاقد عليه ، وذلك الذى يبيح لأحد طرفى الالتزام التحلل من التزاماته اذا أخل الطرف الآخر بما التزم به ، ومبدأ سقوط الحق والتملك بمضى المدة الطويلة وغير ذلك من المبادىء القانونية العامة الثابتة التى تأخذ بها جميع التشريعات فى البلاد المتمدينة . فمثل هذه المبادىء بما لها من صفة عامة وبما تستمده وتوحى به من روح العدالة ليست قاصرة فى تطبيقها

(١) فى هذا المعنى كوادرى ، المرجع السابق ص ١٠٥ .
(٢) المرجع السابق ص ٩٧ — ١٠١ .

على العـــلاقات الفردية وانما هى قابلة للتطبيق ايضا على العـــلاقات الدولية . . . »(١) .

ونحن نقول كلا : انها ليست مبادىء قانونية عامة بالمعنى الذى يقصـده الفقه الدولى . انها مبادىء علم الحقوق ومبادئه وحده وعلى الأخص نظرية الالتزام . وليس الامر هنا ان هـــذه المبادىء قابلة للتطبيق على العلاقات الدولية أوامر استعارتها من القـــانون المدنى ؛ وانمـــا الامر ان هذه العلاقات تدخل ضمن موضوع علم الحقوق وموضوعه وحده .

فاذا كان ذلك كذلك ؛ فان جانبا من غرابة مشكلة التفرقة بين القانون العام وبين القانون الخاص يبدو فى حالة تدعو الى الدهشة . فهذا هو القانون الدولى العام وهو فى القمة من فروع القانون العام يخضع لاحكام القانون المدنى قمة فروع القانون الخاص .

١٧٦ ـــ جـــلاء مشكلة التمييز بين القانون الخاص وبين القانون العـــام واستخلاص موضوع علم الحقوق واستقلاله استقلالا كاملا عن باقى (العلوم القانونية) :

من التقسيمات الحالية فى النظرية العـــامة للعلوم القانونية ؛ تقسيم القانون الى خاص وعام . ومع ان هذا التقسيم اساسى وجوهرى فى مفهوم هذه النظرية ، فان التمييز بين ما هو قانون خاص وبين ما هو قانون عام وتعيين طبيعة ونطاق كل منهما امر لا زال يثير خلافا شديدا فى الفقه ، حتى ان الأستاذ روبييه يقرر وجود ما لا يقل عن سبعة عشر معيارا فى هـــذا الصدد(٢) ولا زال الصراع حتى الآن يدور بين القانون العام وبين القانون الخاص على حـــدود كل منهما « صراع يسفر فى نظر البعض عن اجتياح القـــانون العام ميدان القانون الخاص ، وينتهى فى نظر البعض الآخر الى تسلل القانون الخاص الى منطقة القانون العام ؛ ولا تزال المعركة مفتوحة ليس من اليسير فى الآونة الحاضرة اتخاذ موقف حاسم من نتيجتها »(٣) .

---

(١) ابو عيف : المرجع السابق فقرة ٩ .
(٢) روبيه : النظرية العامة للقانون سنة ١٩٤٦ فقرة ٢٩ ص ٢٤٦ .
(٣) شمس الوكيل ، النظرية العامة للقانون ١٩٦٣ فقرة ٦٢ . وفى هذا المعنى جان ريفيرو فى مقالة القانون العام والقانون الخاص بداللوز الاسبوعى ١٩٤٧ المقالة رقم ١٨ .

والذى زاد من صعوبة المشكلة ما اخذ الفقه يلاحظه من اتجاه القانون الخاص الى الاتسام بالعمومية شيئا فشيئا .

Le droit privé se publiscite de plus en plus

نتيجة ازدياد تدخل الدول بنصوص آمرة فى تنظيم العقد وتحديد آثاره .

والحقيقة ان مذهب الارادة يتحمل نصيبا فى قيام هذه المشكلة ، وتصحيحه ثم التزام النظرة العلمية والتخلى عن التشبث بافكار شكلية ، من شأنه ازالة هذه المشكلة نهائيا لقيامها على بداية خاطئة . ومن شأن ذلك أيضا استخلاص موضوع علم الحقوق وتمييزه تمييزا كاملا عن باقى العلوم القانونية بحيث يكون من الخطأ ادراجه مع هذه العلوم تحت جنس واحد باعتبارهما فروعا أو انواعا لهذا الجنس .

ذلك ان الفكرة الاولى البارزة فى التمييز بين القانون العام وبين القانون الخاص مردها ان القانون العام يراعى المصلحة العامة ، ومن ثم كانت نصوصه آمرة لا يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها ، اما القانون الخاص فتوامه مصالح فردية مجالها الاكبر والمميز فى ميدان التعاقد الذى يحكمه مذهب الارادة فيما يقضى به من ترك هذا الميدان لسلطان ارادة المتعاقدين ، بحيث لا يجوز للمشروع أن يتدخل فى هذا الميدان بوضع نصوص آمرة بل يقتصر دوره على وضع قواعد مفسرة لارادة المتعاقدين تطبق فى حالة سكوتهم عن تنظيم بعض آثار العقد ، وتعتبر هذه القواعد مع ذلك صدى لارادتهم الضمنية .

ولكننا ابنا عن خطأ مذهب الارادة وخطأ قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين المشتقة من هذا المذهب فى مدلولها السائد . وبينا أن تدخل المشرع بوضع نصوص آمرة فى ميدان التعاقد انما هو اعمال لنفس الاساس الصحيح للالتزام العقدى ، لان هذه النصوص تهدف الى حماية المتعاقدين من وقوعهم ضحية غلط او اكراه مؤثر على قدر الالتزام ، سواء أكانت هذه النصوص تستهدف الوقاية أو العلاج . كما بينا خطأ التفرقة بين مصلحة عامة وبين مصلحة خاصة ، فما المصلحة العامة الا مجموع مصالح فردية وما المصلحة الفردية الا جزءا من المصلحة العامة ، وتدخل الدولة على ذلك النحو أمر يحتمه نفس أساس الالتزام العقدى ، ولا يجوز أن ينظر الى أى اعتبار آخر غير كفالة احترام هذا الاساس وضمان تطبيقه .

أما القول بقيام التفرقة بين القانون العام وبين القانون الخاص على اساس صفة الاشخاص اطراف العلاقة القانونية . فتدخل العلاقات التى تكون الدولة فيها بصفتها صاحبة سيادة او بصفتها سلطة عامة فى مجال القانون العام بينما يحكم القانون الخاص العلاقات بين الافراد ؛ فقد سبق أن بينا أن صفة الدولة لا اهمية لها البتة فيما يتعلق بالمبادىء المطبقة فى المجالين فالعقود الادارية التى تكون الدولة طرفا فيها بصفتها سلطة عامة تخضع لجميع احكام العقود دون اى استثناء ، ورأينا أن المعاهدات فى القانون الدولى تخضع لهذه الاحكام ايضا كما تخضع باقى علاقات هذا القانون لمبادىء علم الحقوق المقال بانه قانون خاص . واذا فما معنى اتسام القانون الدولى العام بصفة العمومية وكذلك الشأن بالنسبة للعقود الادارية فى حين انهما يخضعان لنفس احكام القانون الخاص ؟

فاذا انتهينا الى ما تقدم ، ومن قبل استعدنا العلاقات العقدية التى انسلخت عن القانون المدنى او بمعنى ادق علم الحقوق . كذلك العلاقات التى نشأت مستقلة عنه ، ومن هذه العلاقات ما يدخل حاليا فى القانون الادارى وفى القانون الدولى العام ، فاننا نكون قد استخلصنا موضوع علم الحقوق ليندرج تحت لوائه كافة الروابط التى تتعلق بحقوق والتزامات مالية أيا كان اطرافها وأيا كان محلها .

ويبقى بعد ذلك لانهاء مشكلة التفرقة بين القانون الخاص وبين القانون العام وبيان استقلال علم الحقوق استقلالا كاملا أن نتعرض لموقفه من باقى العلوم الموضوعية الباقية والتى تعتبر جميعها فى النظرة الحاضرة فروعا لعلم واحد هو علم القانون ؛ بما نفيده هذه النظرة من أن هناك صلات بين علم الحقوق وبين تلك العلوم الأخرى ؛ وهى القانون الادارى ابعد استبعاد ما سلخناه منه وما يندرج تحت روابط علم الحقوق ، والقانون الدستورى والقانون الجنائى .

ونحن نقول انه لا توجد اية علاقة اصولية بين علم الحقوق وبين تلك العلوم وان ادماجهما سويا تحت اسم علم القانون كان خطأ فادحا ، فليست بينه وبينها اية وحدة لا فى الطبيعة ولا فى الموضوع ، ولا يرجعان الى اصل

واحد يجمعهما بحيث يجوز القول بأنهما أنواع أو فروع لجنس واحد . وكان هذا الخطأ هو سبب اضطراب النظرية العامة فى القانون فى محاولتها وضع فلسفة واسس وقواعد موحدة لعلوم مختلفة كل الاختلاف .

فالقانون الدستورى يدرس التنظيم السياسى للدولة ومن موضوعاته : شكل الدولة (موحدة أو اتحادية) نظام الحكم (ملكى أو جمهورى ، ديمقراطى أو ديكتاتورى ، رئاسى أو غير رئاسى ، نيابى أو غير نيابى) توزيع السلطات وعلى الاخص السلطة التشريعية ، الانتخابات وأساليبها ، ازدواج أو عدم ازدواج المجلس النيابى . . . الخ .

والقانون الادارى بعد استبعاد ما يندرج فى دراسته تحت علم الحقوق يدرس نشاط السلطة التنفيذية فى ممارستها للوظيفة الادارية ومن موضوعاته: توزيع الوظيفة الادارية بين السلطة المركزية وبين السلطات اللامركزية الاقليمية وغير الاقليمية ، انشاء وتنظيم والغاء المرافق العامة وطرق ادارتها . . . الخ .

فاية علاقة بين هذه المسائل التى تتعلق بالتنظيم وبين موضوع علم الحقوق ، وأية رابطة تبرر ان يكون كل منهما فرعا لعلم واحد ؟ قد يكون من الأسباب التى ادت الى توهم وجود صلة بين علم الحقوق وبين القانون الدستورى ، ان علم الحقوق لم يصل بعد الى المرتبة العلمية الكاملة ، مما يجعله يستند فى التطبيق استنادا كبيرا الى التشريع ، ولكن هذه ليست الا نظرة شكلية بحتة ، كما وان التشريع لا يتناول فقط موضوع علم الحقوق أو (العلوم القانونية) الاخرى بل يتدخل فى جميع العلوم وفى كل أوجه النشاط فى المجتمع .

ومما يؤكد ما نقول به ما يصرح به الفقه الحاضر من « ان رسم حدود نظرية عامة للحق ليس بالأمر الهين لا سيما اذا كانت هذه النظرية تعم فتشمل الحق فى القانون الخاص والحق فى القانون العام ، اذ انه يقوم بين هاتين الطائفتين عدد من الفوارق الجوهرية ، الأمر الذى يجعل من الصعب جدا ان لم يكن من المستحيل اقامة نظرية تشملهما معا »(١) . ذلك انه اذا كان الحق

---

(١) احمد سلامة : المدخل لدراسة القانون المدنى — الطبعة الثانية ١٩٦١ تصدير هذه الطبعة .

فى مفهوم علم الحقوق هو استئثار بقيمة معينة ، فما أبعد هذا المعنى عن معنى ما يسمى بالحق فى القانون العام والذى اسماه ديجى بالمركز القانونى ، كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق اقالة الوزراء وحق حل المجلس النيابى ... الخ(١) .

أما القانون الجنائى - فما أبعد الصلة العلمية بين طبيعته وموضوعه وبين علم الحقوق وعلم التنظيم الدستورى .

فالقانون الجنائى انما هو قانون جزائى يهدف الى حماية جميع المصالح بعقاب من يعتدى عليها أو يتجه الى تهديدها - وهو ليس قاصرا كما يقول بعض فقهائه على وضع جزاء يحمى تكليفا précepte ينص عليه فرع آخر من فروع القانون بل انه يضع جزاء لكل تكليف ينص عليه أى علم آخر او تقتضيه أية مصلحة معتبرة لا تدخل فى نطاق (العلوم القانونية) وموقفه من علم الحقوق هو نفس موقفه من أى علم آخر ، وهو موقف المدافع والحارس ليس الا .

ومهمة العلم الجنائى هذه ، بعد أن أدخل فى زمرة (العلوم القانونية) ، هى التى جعلت رأى الفقه يتوزع بين اعتباره من فروع القانون العام وبين

---

(١) وفى ذلك يقول الاستاذ أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ٨٥ بعد بيان أن الحق هو استئثار بقيمة معينة : « على أنه يرد على ما تقدم ملحوظة هامة هى أن فكرة الحق كما حددناها لا تبرز الا فى نطاق القانون الخاص ، أما فى نطاق القانون العام فان الاستئثار كمميز للحق يتوارى ليحل محله مميز آخر . فمثلا حقك فى الانتخابات والترشيح وحقك فى تولى الوظائف العامة وحقك فى الغدو والرواح ، وحقك فى سلامة جسمك وسمعتك شركك ، ليس شأنه شأن ملكيتك لمنزل او دائنيتك لشخص آخر . ذلك انه بالنسبة لهذين الحقين ومصدرهما القانون الخاص تكون انت وحدك دون سائر الناس المالك أو الدائن . حقيقة قد يوجد شخص آخر فى مثل مركزك فيكون مالكا او دائنا ولكنه لن يكون ابدا مالكا عين ما تملك أو دائنا بنفس ما تدين به ، وحتى لو فرض واشتركت مع شخص آخر فى ملكية شىء ولم يكن نصيب كل منكما مفرزا — وهو ما يعرف بالملكية الشائعة — فان هذا لا ينفى أنك تتمتع بميزة على وجه الانفراد ، اذ المزايا التى تعود عليك من هذه المشاركة ليست هى ذاتها التى تعود على الآخر . أما بالنسبة لتلك الطائفة من الحقوق التى يكون مصدرها القانون العام والتى ضربنا لها بعض الامثلة فان القيم التى تخولها لاتخص احدا بل يشترك الجميع فى استعمالها ، فأنت لا تستطيع أن تمنع زميلك من السير فى الطريق العام بحجة أن القانون قد أعطاك حق السير فيه وكذلك الشأن بالنسبة لحق الانتخاب .. ولذلك فأن هذه الطائفة من الحقوق تسمى بالحقوق العامة ، على اساس أن الجميع يتمتع بها وأن الجميع يزاولها فى وقت واحد . وقد سبق أن اطلقنا عليها المراكز القانونية ذلك التعبير الذى ابتدعه ديجى » .

اعتباره قانونا خاصا (١) ، وبين اعتباره قانونا مختلطا (٢) .

وعلى ما تقوم تكون العلوم القانونية الموضوعية مشتملة على ثلاثة علوم ، علم الحقوق وعلم التنظيم الدستورى او (السياسى) والادراى والعلم الجنائى ، وهى علوم مختلفة كل الاختلاف وليس بينهما أية رابطة اصولية حتى يقال بانها انواع لجنس واحد . ولا يعود هناك محل بعد ذلك لوصف اى منها بالخصوصية او العمومية ، ومن ثم تنتهى مشكلة التفرقة بين القانون العام وبين القانون الخاص تلك المشكلة التى قامت على بداية خاطئة ، فكان ان اضطرب الراى فى حلها اضطرابا شديدا متزايدا ، واستحال الوصول الى حل لها مع وجود هذه البدية الخاطئة .

ونحسب انه من صواب الراى بعد ذلك أن نلتزم فى تسمية كل علم من هذه العلوم باسمه الذى يدل على موضوعه ، وان نتخلى عن تسمية هذه العلوم بانها (قانونية) تشبثا بفكرة شكلية وقاصرة ، وهى تعريف القانون بانه مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الافراد فى المجتمع والتى يتوافر فيها عنصر الالزام الجبرى ، فما تنظيم سلوك الافراد بقاصر على هذه القواعد ، وليست كل هذه القواعد مزودة بجزاء قهرى ، كما وان عنصر الالزام لا يقتصر على هذه القواعد ، وهو بعد اثر للقاعدة وليس من جوهرها .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق فقرة ٥٩ . ويذهب جان دابان (النظرية العامة للقانون ١٩٤٤ فقرة ٩٠) الى أن القانون الجنائى وقوانين الاجراءات لا تدخل ضمن القانون العام ، ويعلل هذا القول بأن هذه القوانين ليست الا قوانين مكملة Droits d'accomplissement غايتها تنفيذ قواعد القانون الموضوعى ، العام والخاص ، الداخلى والدولى ، دون ان تنظم بذاتها اى مظهر معين فى الحياة الاجتماعية .

(٢) روبييه ، النظرية العامة للقانون ١٩٤٦ ص ٢٦٤ .

المـــراجـــع

اولا ــ باللغة العربية .

احمد حشمت ابو ستيت: نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد سنة ١٩٥٤

احمـــد دويـــدار : التخطيط الاقتصادى ١٩٥٨ .

احمـــد ســـلامة : المدخل لدراسة القانون المدنى الطبعة الثانية ١٩٦١

احمد نجيب الهـلالى وحـــامد زكـى } شرح القانون المدنى الطبعة الثالثة ١٩٥٤

احمـــد فتحى زغلول : شرح القانون المدنى ١٩١٣

ارثـــر لويـــس : اسس التخطيط الاشتراكى الترجمة العربية

اســـماعيل غـــانم : احكام الالتزام ج ١ ١٩٥٦ اعادة الطبعة ١٩٦٤ ، ج٢ ١٩٦٤

اكثـــم الخـــولى : الوسيط فى القانون التجارى ج ٤ سنة ١٩٥٨

السعيد مصطفى السعيد: الاحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٧

اليكســـــيف : القانون الاقتصادى للراسمالية الحديثة الترجمـــة العربيـــة

امـــين بـــدر : الاوراق التجـــارية فى التشريع المصرى الطبعـــة الثانية ١٩٥٤

انـــور ســـلطان : النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ج ٢ احكام الالتزام

اوســـكار لانـــج : النظرية الاشتراكية ترجمة مجدى القماش

ايســـيا برلـــين : كارل ماركس ترجمة عبد الكريم احمد

توفيـــق حسن فـــرج : نظرية الاستغلال ١٩٥٧

ثروت انيس الاسيوطى : مسئولية الناقل الجوى فى القانون المقارن ١٩٦٠

جـــلال المـــحوى :الاجبار القانونى على المعارضة رسالة على الآلة الكاتبة ١٩٦٠.

جمـــال الدين ســـعيد : التطور الاقتصادى فى العالم ١٩٦٠.

جمـــال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية ١٩٥٣

جمـــيل الشـــرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى ١٩٦٠

جـــون اســـترائى : الرأسمالية المعاصرة الترجمة العربية

حسن بغـــدادى : مذكرات غير مطبوعة عن العقود النـــاقصة والارتباطات الســـابقة على التعـــاقد ، دروس دكتوراه ١٩٥٦/١٩٥٧

حســـن كـــيرة : أصول القانون الطبعة الثانية ١٩٥٨

حـــلمى بهجت بدوى : أصول الالتزامات الكتاب الاول فى نظرية العقد . آثار التصرفات البـــاطلة مقال بمجـــلة القانون والاقتصاد السنة جـ ٣ ، ٤ .

حســـين عمـــر : أسس علم الاقتصـــاد الكتاب الثانى فى نظـــرية القيمة ١٩٥٥

ديجـــــــــى : التطـــورات العـــامة للقانون الخاص ترجمـــة ضياء الدين عارف .

رفعت المحجـــوب : الاقتصاد السياسى جـ ١ الطبعة الثانية ١٩٥٨ .

رؤوف عبيـــد : مبادىء القسم العام فى التشريع العقابى المصرى.

زكى نجيب محمـــود : المنطق الوضعى ١٩٥١ .

ســـعيد النجـــار : نظرية الثمن ١٩٥٨ .

سليمان الطمـــاوى : مبـــادىء القـــانون الادارى المصرى ، ١٩٥٥ . الأسس العامة الادارية ١٩٥٨ .

ســـليمان مرقص : نظرية العقد ١٩٥٦ .
احكام الالتزام ١٩٥٧ .
أصول الالتزامات ١٩٦٠ .
تعليقه على حكم استئناف الاسكندرية الصـــادر فى ١٩٥٠/٢/٢ بمجلة التشريع والقضاء الســـنة الثانيـــة .
تعليقه على حكم استئناف القاهرة الصـــادر فى ١٩٥٧/٥/٢١ بمجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الثانيـــة .

شمس الدين الوكيل : النظرية العامة للقانون ١٩٦٣ .

صلاح الدين الصيرفى : مقدمة فى مبادىء الاقتصاد ١٩٦١ .

طعيمة الجرف : القانون الادارى ١٩٦٣ .

فاضل حبشى : الامتداد القانونى لعقود الايجار ١٩٦٢ .

عبد الباسط جميعى : نظرية الاوضاع الظاهرية ورسالة على الالة الكاتبة سنة ١٩٥٥ .

عبد الحى حجازى : النظرية العامة فى الالتزام ١٩٥٣ .
نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصاد السنتين الخامسة والسادسة .

عبد الحليم الرفاعى و عبد المنعم الطنامل : اصول الاقتصاد السياسى ج ١ ١٩٤٧ .

عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد ١٩٣٤ .
الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد
مصادر الحق فى الفقه الاسلامى .

عبد العزيز مرعى ومنير عبد الملك : التوازن الاقتصادى ١٩٥٣ .

عبد المنعم البدراوى : اثر مضى المدة فى الالتزام ١٩٥٩ .
اصول القانون المدنى المقارن ١٩٥٦ .

عبد المنعم البيه : نظرية القيمة الطبعة الثانية .

عبد المنعم الصده : عقود الاذعان فى القانون المصرى ١٩٤٦
مصادر الالتزام ١٩٥٨ .

على البارودى : القانون التجارى ١٩٦١ .

على الخفيف : الجمالة أو الوعد بجائزة مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية . السنة الخامسة .
التصرف الارادى والارادة المنفردة ١٩٦٤ .

على راشد : مبادىء القانون الجنائى ج ١ ١٩٥٠ .

على صادق ابو هيف : القانون الدولى العام الطبعة السادسة ١٩٦٢ .

فؤاد مرسى : اساس التعويض عن اصابات العمل ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٢ .

مـــاركس (كارل) : راس المال ، ترجمة راشد البراوى .

محســـن شـــفيق : القانون التجارى المصرى الاوراق التجارية ١٩٥٤ التكييف القانونى للالتزام الصرفى ، مقـــال بمجلة الحقوق السنه الاولى .

محمـــد حافظ غانم : مبادىء القانون الدولى المعام الطبعـــة الثانيـــة سنة ١٩٦١ .

محمـــد حـــلمى مراد : اصول الاقتصاد ج ١ ١٩٥٣ .
قانون العمل الطبعة الثالثة ١٩٥٥ .

محمـــد زكى عبد البر : نظرية تحمل التبعة فى الفقه الاســـلامى ١٩٥٠ العقد الموقوف ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٥ .

محمد ســـامى مدكور : النطاق الفنى للاشتراط لمصلحة الغير مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣ .

محمد ســـلام مدكور : الفقه الاسلامى المدخل والاموال والحقوق والملكية والعقود ١٩٥٤ .

محمد مصطفى القللى : المسئولية الجنائية ١٩٤٨ .

محمـــد عـــلى راتب : السندات الاذنية ١٩٤٨ .

محمـــد فؤاد مهنـــا : القانون الادارى المصرى والمقارن ج ١ ١٩٥٨ .

محمـــد لبيب شـــقير : تاريخ الفكر الاقتصادى .

محمـــد مظلوم حمـــدى : مبادىء الاقتصاد التحليلى الطبعة الثانية .

محمد نجيب حســـنى : القصد الجنائى ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٨ و ٢٩ .

محمـــد يوسف مرسى : الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ١٩٥٢ .

محمـــود ابو عافيـــة : التصرف القانونى المجرد ١٩٤٨ .

محمـــود جمـــال زكى : ضمان اخطار المهنة فى القانون المصرى ، مقـــال بمجلة القانون والاقتصاد ٢٥ ..

محمـــود قاســـم : المنطق الحديث ومناهج البحث الطبعة الثالثة .

محمـــود مصـــطفى : شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعـــة الخامسة ١٩٦٠ .

مصطفى الزرقا : محاضرات فى القانون المدنى السورى ١٩٥٤ .

مصطفى كمال طه : القانون التجارى ج ١ الطبعة الثانية ١٩٥٦
الاوراق التجارية ، الطبعة الثانية ١٩٥٨ .

وحيد الدين شوار : التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ١٩٦٠ .

وليم سليمان قلادة : التعبير عن الارادة ١٩٥٥ .

وديع فرج : مذكرات فى الالتزامات ١٩٤٨ / ١٩٤٩ .

يحيى عويس : الاشتراكية ..

— **WILLEY** : Essor et décandence du volontarisme juridique. Arch. de philosophie, 1957.

VOIRIN : Note sous Req. 29-3-1938. DP. 39-1-5.

— **VON TUHR** : Partie générale du code fédéral des obligations, 1933.

WAHL : Précis théorique et pratique de droit commercial, 1922.

WALINE : L'individualisme et le droit, 2e éd. 1949.

WALTON : The Egyptian Law of Obligations, 1923.

— **WAKIL (SHAMS)** : La technique de l'obligation volontaire dans le nouveau code civil égyptien (Paris 1952 thèse non imprimée).

WEILL : La relativité des conventions en droit privé français, 1939.

ZAKSAS : Les transformations du contrat et leur loi, 1939.

ROUBIER : Théorie générale de droit, 1946.

RUSSEL (GASTON) : L'intervention du juge et du législateur dans l'exécution du contrat, 1937.

— **SALAMA (AHMED)** : La conception de l'engagement unilatéral en droit comparé. Revue des sciences juridiques et économiques de la Faculté de Droit de Ain-Chams, 6ème Année.

— **SALEILLES** : De la déclaration de volonté, 1929.

SAVATIER : Traité de la responsabilité civile en droit français, 1939.
Cours de droit civil 2e. éd. 1949.
La théorie de l'imprévision dans les contrats. Etudes de droit contemporaine II 1959.
Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui 1. 1964.
Note Dalloz 1922 - 1 - 202.

SAVIGNY : Traité de droit romain, 1856.
Le droit des obligations, 1873.

— **STARCK** : Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, 1947.

STEPHANI : Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Cours de Doctorat (Le Caire) 1949-1950.
L'option entre responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Revue Al Quanoun Wal Iktissade, Année 18.

TAGELDINE (YEHIA) : Le droit français et la miserprésentation anglaise, 1926.

— **TANAGHO** : L'obligation judiciaire, 1965.

TARDE : Les transformations du droit, 1893.

THALLER et PERCEROU : Traité élémentaire de droit commercial, 1922.

TUNC : Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, Rev. trim., 1945.

VEDEL : Droit constitutionnel, 1949.

VIFOREANU : Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé 1932.

PEROT - MOREL : De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, 1961.

PERROD : Note sous cassation 26.1.1910, s. 1911 1.165

PLANIOL-RIPERT et BOULANGER : Traité élémentaire de droit civil.

PLANIOL-RIPERT et ESMEIN : Traité pratique de droit civil 2e. éd.

PILON : Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, 1897.

POLLOCK : Principles of contrat, 13e. éd., 1950.

— **PONESCO** : Limites d'exercice du droit contractuel, 1932.

— **PONSARD** : L'acte juridique en droit comparé. Cours de Droit Civil Comparé et approfondi. Faculté de Droit du Caire, Année Scolaire 1955-1956.

POPESCO-RAMMICEANO : De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, 1927.

POTHIER : Traité des obligations.

— **RABUT** : De la notion de faute en droit privé, 1949.

QUADRI : Le fondement du caractère obligatoire des régles juridiques internationales. Cours de doctorat (Le Caire. 1950-1951).

— **REIG** : Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes. Arch. de philosophie, 1957.
Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. 1961.

RENARD : Le droit, la justice et la volonté, 1924.

RIPERT : La règle morale dans les obligations, 4e. éd., 1949.
Le régime démocratique en droit civil, 1948.

RIVERO : Droit public et droit privé Dalloz, 1947.

ROBINO : Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine. Revue trim. 1951.

ROBLOT : De la faute lourde en droit privé. Revue Trim. 1943.

ROUAST : Les grandes adages coutumières. Cours de doctorat (Paris 1953-1954).

— **JULLIOT DE LA MORANDIERE** : L'évolution moderne du droit des obligations. Cours de doctorat (Paris 1944-1945). La notion d'ordre public dans le droit privé. Cours de doctorat (Paris 1950-1951).

KYSER : Les nullités d'ordre public Rev. Trim. 1933.

LACOUR ET BOUTERON : Précis de droit commercial, 1921.

LALOUX ET RENARD : Chronique du droit belge en matière de jurisprudence. Revue Trim. 1947.

LAROMBIERE : Théorie et pratique des obligations.

LAURENT : Principes du droit civil français.

LYON CAEN ET RENAULT : Traité de droit commercial.

— **MAHER (AHMED)** : De l'autonomie de la volonté individuelle 1913.

MALAURIE : L'ordre public et le contrat, 1953.

— **MARTINE** : L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délectuelle 1957.

MARTY ET RAYNAUD : Droit civil t. 1 1956 et t. 11 1962.

— **MARTIN DE LA MOUTE** : L'acte juridique unilatéral, 1951.

MAZOUD (HENRI et LEON) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 4e. éd.

MAZEAUD (HENRI, LEON et JEAN) : Leçons de droit civil. t. 1, 1955, t. 11, 1962.

— **MEYNIAL** : La déclaration de volonté, Rev. trim. 1902.

MAURY : Cause, Encycle. Dalloz, Droit civil.

— **MOREL** : La formation du contrat et sa force obligatoire. Cours de doctorat (Paris 1948-1949).

MORIN (GASTON) : La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté, 1927.
La désagrégation de la théorie contractuelle de Code Arch. de philosophie, 1940.

MURAD (FERID) : Cours de droit civil comparé. 1958 - 1959.

— **PATRY** : Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, 1953.

FARJAT : L'ordre public économique, 1936.

FLATTET : Les contrats pour le compte d'autrui, 1950.

FLOUR : Quelques observations sur l'évolution du formalisme Etudes, Répert. 1950.

FREJAVILLE : Cours de droit civil 1954-1955.

CARREAU DE LA MECHENLE : Condition, Ecycle, Dalloz Droit Civil.

GAUDEMET : Théorie générale des obligations, 1937.

GHESTIN : La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 1963

GIRARD ET LYON-CAEN : Manuel du travail et de la sécurité sociale, 1955.

GENY : sciences et technique en droit privé positif.

GORFE : Le principe de la bonne foi, 1928.

GORLA : — Le rôle de la volonté dans la promesse comme acte juridique. Revue Al-Houkouque, 6e. an.
— La théorie de l'objet du contrat dans le Civil Law Revue AlQuenoun Wal Iktissade an 23.
- L'acte juridique et ses élémcnts essentielles. Cours de Doctorat Alexandrie 1954-1955.

— **GUHL** : Le droit fédéral des obligations 1947.

HASSAN ABDEL GAFFAR : Des contrats par correspondance en droit comparé, 1930.

HOUIN : Les incapacités, Rev. Trim. 1947.
Les conditions de formation des contrats. Cours de Doctorat, Le Caire 1954, 1955.

JESE : Les principaux généraux du droit constitutionnel 1934
Le régime juridique du contrat administratif Rev. de droit public.

JOSERAND : Cours de droit civil positif français.
Les mobiles dans les actes juridiques du droit positif 1928
Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, Revue trim. 1937.
L'essor moderne du concept contractuel. Recueil d'études Ceny. T. 11.

nouveau code civil égyptien, Revue Al Quanoun Wal Iktissade, 19.

CLARISE : De la représentation. Son rôle dans la création des obligations, 1949.

COLIN-CAPITANT : Cours élémentaire de droit civil français, 10e. édition par Juilliot de la Morandière, 1949.

COSTE-FLORET : Problèmes fondamentaux du droit, 1946.

CUENOD : Délimitation du domaine de l'erreur, 1941.

DABIN : Théorie générale de droit, 1946.

DEMOLOMBE : Cours de code Napoléon.

DEMOGUE : —Traité des obligations en général.
— Des modifications aux contrats par volonté unilatérale. Revue trim. 1907.

DEMOTIS : De la lésion dans les contrats entre majeurs, 1924.

DE PAGE : Traité élémentaire de droit civil belge.

— **DJUVARA** : L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1940.

DUGUIT : Traité de droit constitutionnel, 1921.

DURAND : — Le dualisme de la convention collective de travail. Revue trim. 1939.

— La crainte légale dans la formation du rapport contractuel. Revue trim. 1944.

DURAND ET JAUSSAUD : Traité de droit de travail, 1948.

DURANT ET VITU : Traité de droit de travail, t. III. 1956.

— **DURMA** : La notification de la volonté, 1930.

— **ESMEIN** : — La responsabilité civile, cours de doctorat 1949-1950.

— Les clauses de non responsabilité, Rev. trim. 1926.
La faute et sa place dans la responsabilité civile Rev. trim. 1946.

REFERENCES

AKTHAM EL KHOLY : La réparation en nature.

ARMINJON ET WOLFF : Traité de droit comparé t. II 1950.

AUBERT : La répétition des présentations illicites ou immorales en droit français en droit suisse et dans la jurisprudence belge 1954.

AUBRY ET RAU : Cours de droit civil français 5e. édition 1902.

BASSOUNI (OSMAN FATTOUH) : La lésion en droit comparé 1943.

BAUDRY ET BARDE : Traité théorique et pratique de droit civil 1906.

BAUDRY LACANTINERIE : Précis de droit civil 12e. édition 1921.

BEUDANT : Cours de droit civil français, 1906.

BRUN : Rapport et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelles, 1931.

BOISTEL : Précis de droit commercial, 1879.

BUFNOIR : Propriété et contrat, 1924.

BONNECASE : Supplément de traité de Baudry-lacantinerie.

CALLATY : Etudes sur l'interprétation des conventions, 1947.

CAPITANT : De la cause des obligations 2e. éd. 1924.
Introduction à l'étude de droit 5e. éd. 1929.

CHABAS : La déclaration de la volonté, 1931.

CHEVALLIER : — La volonté source d'obligation dans le projet du code civil révisé, an 12, 13.
- · De la déclaration de volonté dans le projet du code civil révisé, Revue Al Quanoun Wal Iktisade, an 18.

CHIATI (AHMED ZAKI) : Essai sur la qualification des contrats, 1944.
La formation du contrat et son interprétation dans le

الفهـــــرس

صفحة

مقـــــدمة : ٥

القســـــم الاول

باب تمهيـــــدى

نشاة مذهب الارادة ونتائجـــه ١٣

الفصل الاول : نشاة مذهب الارادة :

١ ـــ اساس القوة الملزمة للعقد فى القانون الرومانى والشرائع القـــديمة ١٣

٢ ـــ الوسائل غير المباشرة لمعـــالجة مساوىء الشكلية فى القـــانون الرومانى ١٤

٣ ـــ مساهمة القانون الكنسى فى الاتجاه نحـــو الرضائية . ١٥

٤ ـــ ظهور مبدأ سلطان الارادة فى مدرســـة القانون الطبيعى ١٦

٥ ـــ مبدأ سلطان الارادة فى فلسفة (كانت) . . ١٧

٦ ـــ الخلاف بين وجهتى النظر الفرنسية والالمانية بصدد مبدأ سلطان الارادة ١٨

٧ ـــ مذهب الارادة فى القانون المدنى الفرنسى واتساع نطاق هـــذا المذهب ١٨

الفصل الثانى : ـــ نتائج مذهب الارادة : ١٩

٨ ـــ تمهيـــد . المقصود بالارادة ٩ ـــ (أولا) العقد اقوى من القانون ١٠ ـــ (ثانيا) العبرة بالارادة الباطنة عند اختـــلاف التعبير معها . ١١ ـــ الخلاف المقصـــــود : التحفظ الذهنى والصـــورية . ١٢ ـــ الخلاف غير المقصود ، ١٣ ـــ الغلط . ١٤ ـــ التـــدليس . ١٥ ـــ الاكـــراه . ١٦ ـــ التفســـــير . ١٧ ـــ امتداد مذهب الارادة بركن السبب . ١٨ ـــ (ثالثا) الارادة وحـــدها هى التى تحدد آثار العقد . ١٩ ـــ الغبن . ٢٠ ـــ عقود الاذعـــان . ٢١ ـــ نظرية الظروف الطـــارئة . ٢٢ ـــ (رابعا) كفاية الارادة لنشاة الالتزام .

صفحة

الباب الرابع

عجز مذهب الارادة عن تفسير بعض الظواهر العقدية ١٠٧

تمهيـــــد : ١٠٧

الفصل الاول : اشـــتمال مضمون العقد على التزامات لم تتجـــه اليها ارادة المتعاقدين . ١٠٨

٦٣ ـــ وضع المسالة ٦٤ ـــ عجز مذهب الارادة عن تفسير هذه الظاهرة .

الفصل الثانى : الطبيعة القانونية للنيابة : ١١٢

٦٥ ـــ مثار المشكلة ٦٦ ـــ فشل محاولات الفقه لتفسير طبيعة النيـــابة .

الفصل الثالث : عقد العمل الجماعى : ١١٦

٦٧ ـــ تعريف العقد الجماعى ٦٨ ـــ عقد العمل الجماعى وغايته .
٦٩ ـــ خروج عقـــد العمـــل الجمـــاعى على مذهب الارادة .
٧٠ ـــ الجدل الفقهى بشأن طبيعة عقد العمل الجماعى .

الفصل الرابع : سقوط الالتزام لاستحالة تنفيـــذه الناشئة عن سبب اجنبى . ١٢٤

٧١ ـــ عجز مذهب الارادة عن تفسير ســـقوط الالتزام نتيجـــة استحالة تنفيذه لسبب اجنبى . ١٢٤

الباب الخـــامس

الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد ١٢٩

٧٢ ـــ تمهيـــد ٧٣ ـــ مشكلة الغبن ٧٤ ـــ عقـــود الاذعان .
٧٥ ـــ نظرية الظروف الطارئة ٧٦ ـــ خاتمة ونظرة عامة .

القسم الثانى

محاولة الكشف عن الاساس الصحيح للالتزام العقدى

(نظريتنا فى اساس الالتزام العقدى) ١٤١

تمهيـــــد : ١٤٣

٧٧ ـــ خطورة الافتقار الى اساس علمى ٧٨ ـــ الموجهات العامة فى محاولة الكشف عن اساس الالتزام العقدى . خطة البحث .

الباب الاول — صفحة

الخطوط العامة لنظريتنا فى اساس الالتزام العقدى ١٤٩

٧٩ — هيكل النظرية . ١٤٩

الفصل الاول : الركن المادى : ١٥٢

٨٠ — مناط فاعلية التعبير ٨١ — تولد الثقة عن السكوت الموصوف
٨٢ — لا تتوافر الثقة اذا لم يشتمل التعبير على شروط التعاقد .
٨٣ — عدم تاثر الركن المادى بعد نشأته بالموت او فقد الاهلية .
٨٤ — تحديد مضمون الركن المادى ٨٥ — رفض التعبير كمانع من نشأة الركن المادى .

الفصل الثانى : الركن المعنوى : ١٥٨

٨٦ — المسئولية بصفة عامة — شرطا المسئولية ٨٧ — الشرط الاول : الادراك . علاقة السن والحالة العقلية بالادراك .
٨٨ — الغلط كمانع من توافر شرط الادراك ٨٩ — علاقة استحالة المحل بالغلط . ٩٠ — الشرط الثانى حرية الاختيار .

الفصل الثالث : الارتباط بين الالتزامات العقدية المتقابلة ١٧١

٩١ — التفرقة بين التعاقد الملزم لجانب واحد والتعاقد الملزم لجانبين . ٩٢ — منشأ الارتباط فى التعاقد الملزم لجانبين ووظيفته .

الفصل الرابع : تحليل الصحة النسبية لمذهب الارادة على ضوء نظريتنا ١٧٣

٩٣ — الارادة فى معنى المسئولية ٩٤ — الفرق بين الارادة وبين المسئولية ٩٥ — اغفال مذهب الارادة لذاتية الركن المادى
٩٦ — تحليل تصور نظرية الاعلان ونظرية الثقة وتفسير ما ورد عليهما من استثناءات على ضوء نظريتنا . خاتمة الباب الاول .

الباب الثانى

تصحيح الاخطاء العلمية والفنية فى الوضع الحالى لنظرية التعاقد

٩٧ — تمهيد : ١٨٥

الفصل الاول : ادماج الاهلية والمحل والسبب فى الركنين المادى والمعنوى فى نظريتنا .

الفرع الاول : الاهلية ١٨٩

٩٨ — عدم تناسق النظرية العامة للاهلية ٩٩ — تهافت النظرية العامة للاهلية .

صفحة

الفرع الثانى : المحـــل : ١٩٣

١٠٠ ـــ عدم تناسق النظرية العامة للمحل ١٠١ ـــ توزيع شروط المحل فى نظريتنا .

الفرع الثالث : السبب ١٩٨

مقدمة : ١٠٢ ـــ علاقة السبب بالارادة ١٠٣ ـــ قيام نظرية السبب تبعا للمفهوم الخاطىء لمدلول الارادة . تعليل مظهر الصحة النسبية لنظرية السبب ١٠٤ ـــ موقف نظريتنـــا من السبب . خطـــة البحث . ١٩٨

المبحث الاول : وجود السبب وصحته : ٢٠٢

(ا) النظرية التقليدية فى السبب ٢٠٢

١٠٥ ـــ معنى السبب فى النظرية التقليدية وشروطه ١٠٦ ـــ شرط وجود السبب ١٠٧ ـــ شرط صحة السبب ١٠٨ ـــ التصرف المجرد ١٠٩ ـــ نقـــد الادعاء بأن السبب أســـاس الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة .

(ب) النظرية الحديثة فى السبب : ٢١٢

١١٠ ـــ اعتداد النظرية الحديثة بالباعث الدافع الى التعـــاقد ١١١ ـــ شروط السبب فى النظرية الحديثة ١١٢ ـــ رأى القائلين بالاخذ بالسبب فى النظرية التقليدية وفى النظرية الحديثة مما خاتمة المبحث الاول ١١٣ ـــ تعداد الاخطـــاء التى ادت الى غموض نظرية السبب واختلاف الاراء حولها .

المبحث الثانى : مسألة حماية المشروعية فى التعاقد : ٢٢٢

١١٤ ـــ الفكرة الاساسية ١١٥ ـــ تحديد مجال المشروعية . ١١٦ ـــ السبب ليس ضابطا كاملا للمشروعية ١١٧ ـــ المشروعية فى مصادر الالتزام الاخرى مسألة خارجة عن أركان هذه المصادر . ١١٨ ـــ المشروعية مسألة خارجة عن نطاق علم القانون المدنى . ١١٩ ـــ الخلاف الجوهرى فى الطبيعة بين المشروعية وبين شروط نشأة الالتزام العقدى واتجاه الفقه الحديث الى التمييز بينهما . ١٢٠ ـــ الصعوبات التى نشأت عن اعتبار المشروعية عنصرا فى نشأة الالتزام .

مشكلة الرد المترتب على البطلان لعدم المشروعية ٢٣٢

١٢١ ـــ قاعدة (نيمو) فى القضاء الفرنسى وفى القانون المقارن ١٢٢ ـــ رأى الفقه الحديث ١٢٣ ـــ جلاء جانب من غموض المشكلة بتأصيل التفرقة الحالية بصدد قاعدة (نيمو) بين العقود المخالفة للنظام العام وبين العقود المخالفة للاداب ١٢٤ ـــ اثارة المسألة فى القانون المدنى المصرى الجديد ١٢٥ ـــ خاتمة المبحث الثانى .

صفحة

الفصل الثانى : الخطا والافتراض فى فكرة العقد كمصدر للالتزام ٢٤٥

١٢٦ — تمهيـــد : ٢٤٥

الفرع الاول : مشكلة القوة الملزمة للايجاب . ٢٤٧

١٢٧ — اعتبار العقد مصدرا للالتزام لا يرتب أى اثر على الايجاب . شـــذوذ هذه النتيجة لاصطدامها مع العدالة ومع استقرار المعاملات ١٢٨ — موقف القضاء .
١٢٩ — محاولات الفقه لتفسير القوة الملزمة للايجاب (أ) فكرة العقـد الاولى (ب) الاســـتناد الى المسئولية التقصـــيرية (جـ) التعسف فى استعمال الحق (د) نظرية ليهرنج فى الخطا عند التعاقد (هـ) الارادة المنفردة .

الفرع الثانى : مشكلة الارادة المنفردة ٢٥٣

١٣٠ — آراء الفقه بشأن مكانة الارادة المنفردة كمصدر للالتزام . تداخل دائرتها مع دائرة العقد ١٣١ — حجج انصار الارادة المنفردة ١٣٢ — اعتراضات خصوم الارادة المنفردة ١٣٣ — رد الفقه على هذه الاعتراضات ١٣٤ — ملاحظاتنا على مناقشة الفقه وحل المسالة على ضوء نظريتنا ١٣٥ — الوعد العلم بجائزة ١٣٦ — الاشتراط لمصلحة الغير ١٣٧ — خاتمة البحث .

الفرع الثالث : مشكلة تحديد وقت تمام العقد . ٢٧٥

١٣٨ — آراء الفقه بشأن تحـــديد الوقت الذى يتم فيه العقـــد ١٣٩ — مسلك محكمة النقض الفرنسية ١٤٠ — التخلى عن الافتراض والرجوع الى الحقيقة وحل المشاكل على اساسها .

الفرع الرابع : مشكلة البطلان النسبى . ٢٨٥

١٤١ — كلمة عامة عن نظرية البطلان وشذوذ قيامها كنظرية مستقلة ١٤٢ — تقسيمات البطلان فى الفقه وتحديد حالات البطلان النسبى ١٤٣ — الخلل المنطقى فى فكرة البطـــلان النســـبى ١٤٤ — منشأ الخلل فى فكرة البطلان النسبى وحل المشـــكلة ١٤٥ — تفسير امتناع التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية ١٤٦ — الخاتمة . نظرية البطـــلان تصـــبح غـــير ذات موضوع .

الباب الثالث

نتائج النظـــرية ٣١٣

خطة البحث : ٣١٣

الفصل الاول : نتائج النظرية من ناحية نشأة الالتزام : ٣١٥

١٤٧ — المسئولية أوســـع نطـــاقا من الارادة ١٤٨ — التحفظ

الذهنى والصورية والغلط والتفسير ١٤٩ ـــ قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع ١٥٠ ـــ فكرة التصرف المجرد ١٥١ ـــ اشتمال مضمون التعاقد على التزامات لم تتجه اليها ارادة المتعاقدين ١٥٢ ـــ الطبيعة القانونية للنيابة (أ) النيابة الاتفاقية (ب) النيابة القانونية .

الفصل الثاني : نتائج النظرية من ناحية قدر الالتزام : ٣٣٨

١٥٣ ـــ تمهيد : ٣٣٨

الفرع الاول : تصحيح الفكرة التعاقدية فى مشكلة الاستغلال ٣٣٩

١٥٤ ـــ التطورات الاقتصادية التى ادت الى شيوع ظاهرة الاستغلال ١٥٥ ـــ دخول مشكلة الاستغلال فى مجال النظرية التعاقدية وحدها ١٥٦ ـــ الفراغ الذى خلفته الفكرة التعاقدية المستمدة من مذهب الارادة ١٥٧ ـــ تصحيح الفكرة التعاقدية ١٥٨ ـــ القيمة العادلة فى نظريتنا ونقل حل المشكلة من علم الاقتصاد الى علم الحقوق ١٥٩ ـــ الاجراءات الوقائية ١٦٠ ـــ خطأ المذهب الفردى وفساد التبرير الذى يستند اليه المذهب الاجتماعى وحسم الخلاف بينهما .

الفرع الثاني : تفسير نظرية الظروف الطارئة ٣٦٦

١٦١ ـــ تعذر تفسير مذهب الارادة لنظرية الظروف الطارئة وتفسيرها على ضوء الاساس الصحيح للالتزام المتدى .
١٦٢ ـــ الاثر المترتب على الحادث الطارىء فى نظريتنا .

الفصل الثالث : نتائج النظرية من ناحية سقوط الالتزام : ٣٧١

١٦٣ ـــ تمهيد ١٦٤ ـــ الالتزام لا ينقضى لاستحالة التنفيذ لغير سبب اجنبى أو لامتناع المدين عن التنفيذ مع امكانه . ١٦٥ ـــ خطأ المقارنة بين المسئولية المتدية وبين المسئولية التقصيرية بالقول بأن قوام كلتيهما اخلال بالتزام سابق . ١٦٦ ـــ اتجاه الفقه الحديث الى عدم استلزام ركن الخطأ فى المسئولية المتدية . ١٦٧ ـــ تحديد الالتزام المتدى . ١٦٨ ـــ تعلق اتفاقات المسئولية بالمسئولية التقصيرية وحدها . ١٦٩ ـــ حقيقة ركن الضرر فى المسئولية المتدية . ١٧٠ ـــ حقيقة ركن علاقة السببية فى (المسئولية المتدية) . ١٧١ ـــ خلاصة البحث .

صفحة

الخاتمـــــة

الكفاية الذاتية للنظرية وشمول تطبيقها ٤٠٦

١٧٢ ـــ الكفاية الذاتية للنظرية ١٧٣ ـــ استبعاد تداخل الاخلاق في اصول النظرية التعاقدية ١٧٤ ـــ انتهاء الحاجة الى نظرية التعسف في استعمال الحق ١٧٥ ـــ شمول تطبيق النظرية لكافة العلاقات العقدية . اولا : في القانون التجاري . ثانيا : عقد العمل . ثالثا : العقود الادارية . رابعا : في القانون الدولي العام . ١٧٦ ـــ جلاء مشكلة التمييز بين القانون الخاص وبين القانون العام واستخلاص موضوع علم الحقوق واستقلاله استقلالا كاملا عن باقي (العلوم القانونية) .

بيـــان المراجـــع

اولا ـــ باللغـــة العربية ٤٣٣

ثانيا ـــ باللغة الاجنبية ٤٤٤

الفهـــرس ٤٤٥

سلسلة كتاب الجمهورية

رقم الايداع بدار الكتب
١٩٧١/٥٩٣٥