

التصرف القانوني والواقعة القانونية

L' acte juridique et la fait juridique

درس لقسم الدکتوراة

دبلوم القانون الخاص

القانون المدني مع التعمق

القاء

عبدالرازق احمد السنهوى

الاستاذ غير المتفرغ

بكلية الحقوق جامعة القاهرة

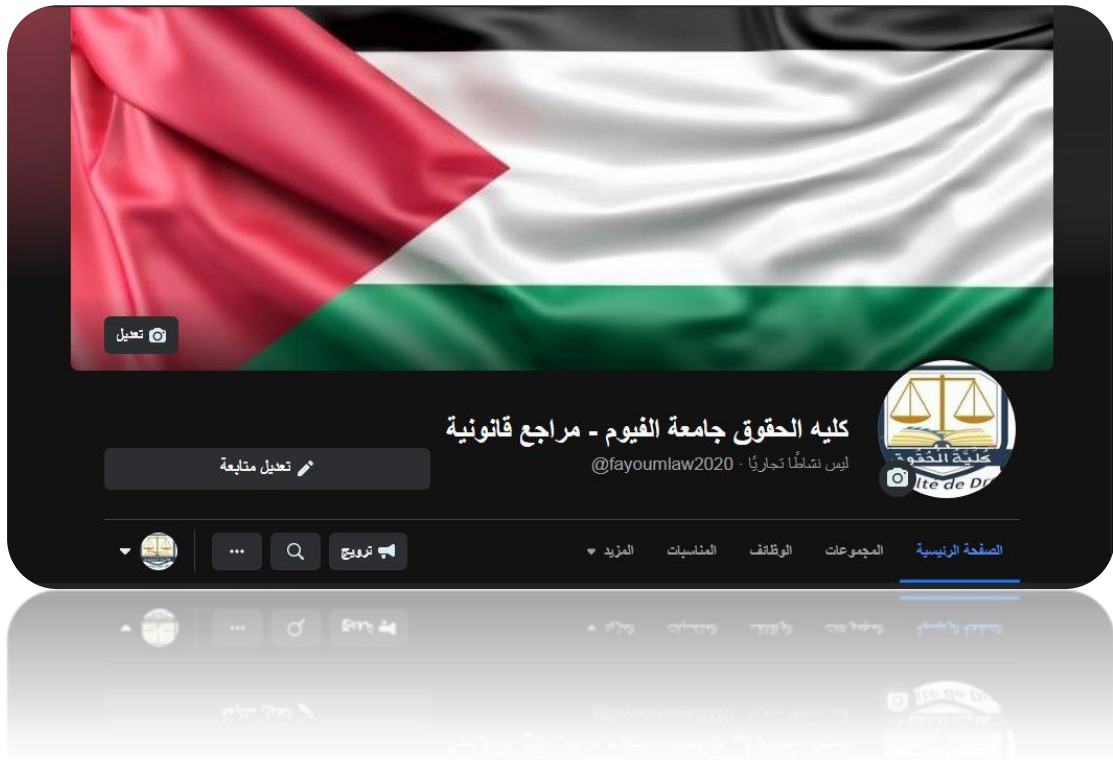
سنہ ۱۹۵۳ - ۱۹۵۴



الصفحة الرسمية



Facebook: <https://www.facebook.com/fayoumlaw2020>



كلمة افتتاح

تعريف مبدئي للتصرف القانوني وللواقعة القانونية :

يمكن أن نعرف مبدئياً التصرف القانوني (acte juridique) بأنه إرادة (volonté) تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين. فالحقد ، وهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين قد ينشئ الحقوق الشخصية وقد يكسب الحقوق العينية . والوعد بجائزة ، وهي تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، تنشئ الحقوق الشخصية . والوصية ، وهي كذلك تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، تكسب الحقوق العينية . وكل من الوفاء والابراء ، والأول تطابق إرادتين والثاني إرادة منفردة ، يقضي الحقوق الشخصية . والنزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو رهن ، وهو إرادة منفردة ، يقضي الحقوق العينية ، وأجازة العقد القابل للأبطال (Confirmation) . وإقرار رب العمل لتصرف الفضولي (ratification) ، وقبول المنتفع لما اشترط لمصاحته . وقول الموصى له للوصية ، كل هذه تصرفات قانونية ، وفيها جميعاً نرى إرادة منفردة تتجه لإحداث أثر قانوني ، ويختلف هذا الأثر باختلاف التصرف ، فهو في الأجازة تصحيح العقد القابل للأبطال وهو في إقرار رب العمل تحويل الفضولي إلى وكيل ، وهو في قبول المنتفع تأكيد حقه الشخصي الناشئ من الاشتراط لمصلحة الغير وجعله غير قابل للنقض ، وهو في قبول الموصى له تأكيد حقه العيني الناشئ من الوصية وجعله حقا باتاً . ومن ثم نرى أن التصرف القانوني ، تطابق إرادتين كان أو إرادة منفردة ، قد ينشئ الحقوق الشخصية ويكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وقد يربط آثاراً قانونية أخرى .

ويمكن أن نعرف مبدئياً الواقعة القانونية (fait juridique) بأنها واقعة مادية (fait matériel) يربط القانون عليها أثراً . ونلاحظ منذ البداية أن الواقعة القانونية تستعمل في بعض الأحيان بمعنى واسع يشمل كلاماً من التصرف القانوني والواقعة القانونية . ولكننا سنجرى في هذا البحث على استعمال الواقعة القانونية بمعناها الضيق السالف الذكر

لتقابل ما بينها وبين التصرف القانوني . فالواقعة القانونية هي اذن واقعة مادية ، وليست إرادة كما هي الحال في التصرف القانوني . من ذلك العمل غير المشروع والآثار بلا سبب ، فهنا واقعان قانونيتان تنشئان الحقوق الشخصية . ومن ذلك الحيازة ، فهي واقعة قانونية تكسب الحقوق العينية . والموت واقعة قانونية ، قد تكسب الحقوق العينية كما في الميراث وقد تقضى الحقوق الشخصية كما في اتحاد الذمة . والترك (abandon) واقعة قانونية تقضى الحقوق العينية . والقرابة قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يحد من استعمال حق الملكية ، ونزع الحيازة قد يترتب عليه قطع التقادم ، وحالة القصر قد يترتب عليها وقف التقادم ، وإلحاق المنقول بالعقار لخدمته قد يحول المنقول إلى عقار بالتخصيص . ومن ثم نرى أن الواقعة القانونية ، كالتصرف القانوني ، قد ينشئ الحقوق الشخصية ويكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعا ، وقد يترتب آثارا قانونية أخرى .

أهمية الموضوع وعمومه في الفقه الحديث :

وقد اخترنا هذا الموضوع لسببين :

(السبب الأول) أهميته البالغة . فقد رأينا فيما قدمناه كيف أن التصرف القانوني والواقعة القانونية يمتدان إلى آفاق واسعة ، ويخلقان في جميع نواحي القانون . فإليهما ترد مصادر الحق الشخصي ، وأسباب كسب الحق العيني . بل هما يجاوزان هذه الحدود ، فيرتب عليهما القانون آثارا أخرى غير كسب الحقوق كما أسلفنا القول . بل هما لا ينحصر عملهما في دائرة المعاملات المالية ، إذ أن أثرهما كبير في دائرة الأحوال الشخصية . ولا يقفان عند حدود القانون الخاص ، إذ نرى لهما أثرا بالغ الأهمية في القانون العام . فآية ناحية من نواحي القانون استعرضتها إلا وجدت التصرف القانوني والواقعة القانونية عنصرين أساسيين في الروابط القانونية المشتبكة ، ولا بد من التمييز بينهما حتى يتضح ما غرض من هذه الروابط . ويمكن القول بوجه عام أن القانون جميعه يتلخص في مسألتين ، الحق ومصدره ، وما مصدر الحق ألا التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(والسبب الثاني) غرض هذا الموضوع في الفقه الفرنسي الحديث ، وذلك بالرغم

من أهميته البالغة التي أسلفنا الإشارة إليها . فإلى اليوم لم يوفق هذا الفقه الى وضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية . فهو من ناحية يضيق في التصرف القانوني حتى ليكاد يقتصر على العقد ، وهو من ناحية أخرى قد نثر الوقائع القانونية هنا وهناك ولم يردّها جميعا الى أصل واحد له تقسيماته وتفريعاته ، بل جعل كل واقعة قانونية قائمة بذاتها ، مستقلة عن الوقائع القانونية الأخرى ، حتى لا يكاد الباحث يتبين أن هناك صلة تنتظم هذه الوقائع جميعا ^(١) . ولم يوفق الفقه الفرنسي المعاصر ، كما لم يوفق الفقه الفرنسي المدرسي ، إلى صياغة نظرية مستقرة في التصرف القانوني والواقعة القانونية . وبالرغم مما كتبه الفقهاء المعاصرون في هذا الموضوع ، من أمثال سالي وبلايول وكايتان وجوسران وديموج وديجيه وجين وبنكاز ، لم يصل هذا الفقه إلى صياغة نظرية كاملة ألا في التصرف القانوني ، وبخاصة في العقد . أما الواقعة القانونية . وأما المقابلة الشاملة ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية واستظهار ما بينهما من فروق من حيث الماهية ومن حيث الأثر ، فكل ذلك لا ترى فيه للفقه الفرنسي الحديث قولا مفصلا شافيا يستوعب الموضوع من جميع نواحيه .

(١) وإلى هذا يشير بنكاز في الجزء الثاني من ملحق بودري فقرة ٢٥٤ - ٢٨٣ - ٢٨٤ إذ يقول : « إن الفقه الفرنسي المدرسي ، في مجموعه تقريبا ، لم يعرف كيف يستخلص الوحدة التي تنتظم كلا من هذين المعنيين الميكرين على القانون المدني ، وهما التصرف القانوني والواقعة القانونية . فهو من جهة يضيق من معنى التصرف القانوني بانصرافه إلى إحدى صورتيه ، وهي صورة العقد ، وانجذابه لهادون غيرها انجذابا مغناطيسيا . وهو من جهة أخرى شتت تشتتا مفرطا معنى الواقعة القانونية ، مطاوعا في ذلك تقليدا رجعا ، فجعل من تقسيمات الواقعة القانونية معاني مستقلة بعضها عن بعض ، مستكفية بذاتها . فكانت النتيجة أن مر هذا الفقه بجانب نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية دون أن يواجهها .

La doctrine classique française n'a pas su dans sa presque unanimité prévoir l'unité respective de ces deux notions dominantes du droit civil que sont l'acte juridique et le fait juridique . D'une part elle a par trop raccourci la notion d'acte juridique en laissant hypnotiser par l'une de ses variétés : le contrat, d'autre part, elle a suivant en cela une tradition rétrograde, fractionné à l'excès la notion de fait juridique en voyant des notions se suffisant à elles-mêmes dans de simples catégories du fait juridique . Elle a par voie de conséquence, passé à côté de la théorie de l'acte juridique et du fait juridique.

- ٦ -

ترتيب البحث :

لهذين السببين معاً رأينا أن نطرق هذا الموضوع الدقيق ، جاعلين بحثنا في قسمين .
نعرض في القسم الأول منهما الى النتائج الأخيرة التي وصل اليها الفقه الفرنسي الحديث ،
بادئين بالفقه المدرسي ، متتبعين تطوره خطوة خطوة ، حتى نصل الى الفقه المعاصر
والفقهاء المعاصرين بمن ذكرناهم فيما تقدم . ونحاول في القسم الثاني أن نرسم الخطوط
الرئيسية لنظرية شاملة تجمع بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، نعني فيها أكثر
مانعنى بالمقابلة ما بين التصرف والواقعة من حيث الطبيعة ومن حيث الأثر .

القسم الاول

التصرف القانوني والواقعة القانونية
في الفقه الفرنسى والفقه المصرى

- ٨ -

تمهيد

إذا كان الفقه الفرنسى لم يوفق حتى اليوم إلى صياغة نظرية شاملة في التصرف القانوني والواقعة القانونية ، فإنه ما فتىء مع ذلك يقوم بمحاولات متصلة في هذا السبيل . نرى صدى لذلك في الفقه المدرسى ، ثم في الفقه المعاصر ، سواء في فقه القانون المدني أو في فقه القانون العام . وأبرز محاولة بذلت كانت تلك التي قام بها بنكاز في ملحق بودرى (الجزئين الثاني والثالث) ، ثم تلك التي قامت بها لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسى في النصوص التي صاغتها لهذا الغرض . أما الفقه المصرى فليس له طابع ذاتى في هذا الموضوع بل هو يمشى فيه وراء الفقه الفرنسى ولا يكاد يماشييه .

ونستعرض في هذا القسم التصرف القانوني والواقعة القانونية :

(أولا) في الفقه الفرنسى المدرسى .

(ثانيا) في الفقه الفرنسى المعاصر ، الفقه المدني وفقه القانون العام .

(ثالثا) في النظرية التي وضعها بنكاز وفي النصوص التي صاغتها لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسى .

(رابعا) في الحالة الحاضرة لكل من الفقه الفرنسى والفقه المصرى .

الفصل الأول

التصرف القانوني والواقعة القانونية

في الفقه الفرنسي المدرسي

١ - التطور التاريخي

تأثر الفقه المدرسي بنصوص القانون المدني الفرنسي وبالفقيه بوتيه:

يتميز الفقه الفرنسي المدرسي ، أو ما يسمى بمدرسة التزام النصوص أو الشرح على المتون (l'école de l'exégèse) ، بأيمانه العميق بالنصوص التشريعية والتزامه الدقيق لها. فهذه النصوص قد حوت كل القانون ، ولم تفرط فيه من شيء . وما على الفقيه إلا أن يشرح نصوص القانون نصا نصا ، متابعا تبويبها وترتيبها . وهو لا شك واجد فيها حلا لكل مسألة، إذا لم يكن في صريح النص قفي مفهومة. فالنص، وشرح النص، واستخلاص مفهوم النص ، والقياس على هذا المفهوم قياسا أولويا أو قياسا عكسيا ، كل ذلك قين أن يهدي الباحث إلى ما يريد من حلول لجميع المشاكل القانونية التي تعرض له .

من أجل ذلك التزم فقهاء هذه المدرسة نصوص القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) ، واقتصروا على شرحها نصا نصا ، وتابع أكثرهم نفس التبويب والترتيب الذي جرى عليه هذا القانون . ولما كان قانون نابليون تأثر أكثر ما تأثر بالفقيه الفرنسي المعروف بوتيه ، وكان هذا الفقيه قد خلط خلطا تاما ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية من جهة وبين مصادر الالتزام من جهة أخرى ، فقد جاء قانون نابليون وهو لا يكاد يذكر عن التصرف القانوني والواقعة القانونية إلا ما أورده في مصادر الالتزام ، ناقلًا إياه عن بوتيه . ومصادر الالتزام عند بوتيه خمسة كما هو

معروف : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

الرجوع إلى عهد القانون الروماني :

ويرجع هذا التقسيم إلى عهد أبعد من پوتيه بكثير ، لا إلى عهد القانون الفرنسي القديم فحسب ، بل إلى عهد القانون الروماني ذاته . ولعل القانون الروماني هو السبب في عدم قيام نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية لا في المصور القديمة ، ولا في المصور الوسطى ، ولا في العصر الحديث . فقد كان هذا القانون لا يوحد بين مصادر الحق ، بل يميز تميزا واضحا بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ، فطريق كسب الحق الشخصي كانت عنده في القديم هي الجريمة (delicta) والعقد (cotnactus) ثم مصادر أخرى متفرقة (variaie causerum figurae) . أما طرق كسب الحق العيني فكانت الوزن الصوري (mancipation) والدعوى الصورية (in iure cessio) والتسليم (traditio) . فلم يكن من المستطاع والحالة هذه أن تتوحد مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ، ولا أن يقال أن مصدر كل حق شخصي أو عيني هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية ، بل بقيت مصادر كل نوع من الحقوق منفصلة انفصالا تاما عن مصادر النوع الآخر . وهذه هي أول عقبة أقيت في سبيل قيام نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية .

والعقبة الثانية كانت عند بسط مصادر الحق الشخصي . وذلك أننا لو أغضينا النظر مؤقتا عن توحيد مصادر الحقوق ، ووقفنا عند مصادر الحق الشخصي وحده ، لما رأينا التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، حتى في هذه الدائرة المحدودة ، واضحا . فلم يقل الرومان في أي وقت أن مصادر الحق الشخصي هي التصرف القانوني والواقعة القانونية . بل كانت مصادر الحق الشخصي طائفة من الجرائم الملزمة ، وهذه وقائع قانونية ، وطائفة من العتود الملزمة ، وهذه تصرفات قانونية ، ثم أسبابا أخرى متفرقة

قسمها جاييس (Gaius) فيما بعد إلى ملحق بالعقد وملحق بالجريمة ، فخلط بذلك بين التصرفات القانونية والنواقح القانونية .

ثم إلى عهد القانون الفرنسي القديم :

وزاد هذا الخلط في عهد القانون الفرنسي القديم . فقد جعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة . العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . فجاء الخلط بنوع خاص عن طريقين :

(الطريق الأول) عندما اقترب شبه العقد من العقد ، وهما ضدان لا يجتمعان . فشبه العقد واقعة قانونية ، أما العقد فتصرف قانوني . وقد تم تقريب شبه العقد من العقد على مرحلتين متعاقبتين .

بدأت المدرسة البارتولية المرحلة الأولى ، فكان رأى بارتول (Barto'e) (١) أن شبه العقد مبني على إرادة وهمية خلقها القانون ، فقرب بذلك بين شبه العقد والعقد ، وأخرج التصير الأول عن المعنى الذي قصد إليه الرومان . ثم انتقل فقه القانون الفرنسي القديم إلى المرحلة الثانية ، فجعل شبه العقد مبنيًا لا على إرادة وهمية بل على إرادة مفروضة . واقترب شبه العقد بذلك اقترابًا شديدًا من العقد : كلاهما يقوم على الإرادة ، إرادة حقيقية في العقد وإرادة مفروضة في شبه العقد .

يقول الفقيه الفرنسي هاينكييس (Heineccius) ، وهو أحد شراح القانون الروماني في مؤلفه (antiquita tum romanarum syntagma) وقد ظهر في سنة ١٧١٨ ، أن مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وفرق بين العقد وشبه العقد بأن الإرادة في الأول حقيقية وفي الثاني مفروضة . ثم عرض بريفو دلا جانيس (prévot dela janés) في كتابه (principes de la jurisprudence francaise) طبعة

(١) الجزء التاسع في الالتزامات .

سنة ١٧٥٠ ، لمصادر الالتزام ، فقد ذكر أن الالتزام قد ينشأ من مجرد العلاقات البشرية (seul effet des relations humaines) إما بطريق مباشر وهذا هو القانون ، وأما على أثر عمل صادر من طرفي الالتزام وهذا هو شبه العقد أو العقد المفروض ويشمل عمل الفضولي ودفع غير المستحق والوصاية الخ . ثم نقل بوتيه ترتيب مصادر الالتزام عن الفقهيين المتقدمين ، فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون (١) . ثم قرب شبه العقد من العقد ، فهو يقول عن عمل الفضولي : وشبه العقد هنا تقليد للوكالة وبينهما شبه ، لأن إدارة شؤون شخص له مصلحة في أن تدار ، وقد أديرت على غير علم منه ، إنما تمت دون وكالة صريحة ، ولكنا نفترض نوعاً من الوكالة الوهمية أو المفروضة ، فنفترض أن من أديرت شؤونه دون علمه كان يأذن في ذلك لو علم ، لأن مصلحته تتحقق في أن هذا العمل يتم . وهذا النوع من الوكالة الوهمية أو المفروضة من الشخص الذي أديرت شؤونه - وهو أساس شبه العقد في عمل الفضولي - لا يمكن أن يوجد إذا أجرى العمل بالرغم من إرادته الصريحة ، وفي هذه الحالة لا يكون مثل هذا العمل شبه عقد ناشئاً عن عمل فضولي ، (٢) .

(والطريق الثاني) عند ما زاد القانون الفرنسي القديم مصدراً خامساً على المصادر الأربعة التي كان جاييس يقول بها . فعند جاييس مصادر الالتزام هي العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة . فأضاف القانون الفرنسي القديم - في عهده الأخير منذ هاينكيس إذ هو هو أول من قال بالتقسيم الخماسي على النحو المعروف وتبعه جاييس ثم بوتيه - إلى هذه المصادر مصدراً خامساً هو القانون . والصحيح أن القانون ، سواء اعتبر مصدراً مباشراً للالتزام أو مصدراً غير مباشر ، لا ينشئ التزاماً إلا على أثر تصرف قانوني أو على أثر واقعة قانونية ، ومصدر الالتزام في الواقع من الأمر إنمما هو هذا التصرف القانوني أو هذه الواقعة القانونية .

(١) بوتيه في الالتزامات فقرة ٢ .

(٢) بوتيه في الالتزامات فقرة ١٩١ .

ثم إلى عهد الفقه الفرنسي المدرسي :

ويبين من هذه الدجالة التاريخية أن القانون الروماني أولاً كان هو السبب في غموض نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية . ثم جاء بعده القانون الفرنسي القديم فزاد الأمر غموضاً . وقد استقبل الفقه الفرنسي المدرسي من بعدهما هذا الموضوع الخطير وهو قلق مضطرب ، فعجز عن أن يدرك أن للحقوق جميعاً مصدرين اثنين هما التصرف القانوني والواقعة القانونية . بل هو لم يكده يميز بين هذين المصدرين ، أو يعط تعريفاً دقيقاً لأي منهما .

فقد ظهر من التطور التاريخي الذي قدمناه أن هناك أمرين جوهرين منعنا الفقه الفرنسي المدرسي من تبين الفكرة الصحيحة للتصرف القانوني والواقعة القانونية : (الأمر الأول) فصل مصادر الحق العيني عن مصادر الحق الشخصي ، وهذا الفصل ترجع المسؤولية فيه إلى القانون الروماني كما قدمنا ، فالباحث في مصادر الحق الشخصي ، ثم في أسباب كسب الحق العيني ، يبدو له أنه انتقل من ميدان إلى ميدان آخر ، ولا يخطر في باله أن أسباب كسب الحق العيني هي نفس مصادر الحق الشخصي ، وأنها جميعاً لا تعدو أن تكون التصرف القانوني والواقعة القانونية . (الأمر الثاني) الخلط في تحليل طبيعة المصادر . ذلك أن الباحث ، حتى لو اقتصر على مصادر الحق الشخصي كما حللها القانون الفرنسي القديم ، لا يلبث أن يضل السبيل ، فيخاط بين التصرف القانوني والواقعة القانونية أو لا يتبين لهما وجوداً . يخاط بينهما عند ما يواجه الخطأ الجسم الذي وقع فيه الفقه الفرنسي القديم عند ما قرب شبه العقد من العقد ، فسيخت طبيعة شبه العقد بهذا التقريب الخاطئ . وانتقل من أن يكون واقعة قانونية إلى أن يكون تصرفاً قانونياً . ولا يتبين لهما وجوداً عند ما يرى الفقه الفرنسي القديم يفرد القانون بمكان مستقل بين مصادر الالتزام ، فيغيب عنه أن وراء القانون هذا يحتم أحد المصدرين ، إما التصرف القانوني وإما الواقعة القانونية ، وقد تولد الالتزام في واقع الأمر من هذه أو ذاك .

كان إذن من الطبيعي أن يضطرب الفقه الفرنسي المدرسي في تحايل مصادر الحقوق وفي استخلاصها ، وأن يبقى هذا الاضطراب طوال القرن التاسع عشر ، وهذا ما نتولى الآن تفصيله .

٢ - موقف الفقه الفرنسي المدرسي

جمهور الفقهاء :

نقل قانون نابليون عن بوتييه التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام ، وبعد أن عرف العقد في المادة ١١٠١ ، ذكر في المادة ١٣٧٠ أن بعض التزامات تنشأ دون أن يكون هناك أى اتفاق ، لا من جانب من التزم ولا من جانب من التزم نحوه . وقد تنشأ بعض هذه الالتزامات بحكم القانون وحده ، ويتولد بعض آخر من عمل شخصي صادر من التزم . فالالتزامات الأولى التزامات غير اختبارية كالتزامات الملاك المتجاورين والتزامات الأوصياء وغيرهم من المديرين لا يمكن التخلي عن المهمة التي نيّطت بهم . أما الالتزامات التي تتولد من عمل شخص صادر من التزم ، فهي تنشأ أما من شبه العقد أو من الجريمة أو من شبه الجريمة .

وسلمت الكثيرة الغالبة من الفقهاء الفرنسيين الذين يمثلون الفقه الفرنسي المدرسي بهذا التقسيم ، ورددوه في شروحاتهم دون أن يهرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم ومن هؤلاء ديرانترن Dauranton وأوبري ورو Aubry & Rau ولوران Laurent (١) وبيدانت Beudant وديمانت Demante وكوليه دي سانتير Colmer de santerre وهيك Huc وماركاديه Marcadé وبفنوار Bufnoir . ولعل موسوعة بودري لاكانتري Baudry Lacanteneri - وبخاصة الأجزاء التي خصصت لنظرية الالتزام (٢) - هي التي ختمت هذا العهد المدرسي ، وبشرت في الوقت ذاته بالعهد الجديد (٣)

(١) وذلك بالرغم من أنه نقد التقسيم الخماسي ، ولكنه عاد إليه بعد النقد .

(٢) وهي من عمل بودري وبار .

(٣) أظهر تكاملاً ، موسوعة بودري من عمل بنكاز .

وهكذا انضمت فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية تحت ألقاب هذا التقسيم الخماسي ، واختلط التصرف القانوني بالواقعة القانونية في بعض هذه المصادر ، وتشتت الوقائع القانونية بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة ، وجاء القانون كمصدر مستقل ضغنا على إلبالة .

غير أن ثلاثة من الفقهاء المدرسين - توليه ولارومبيير وديمولومب - تميزوا بتقديم هذا التقسيم الخماسي ، وإن كانوا لم يظفروا بهدمه . ونوجز هنا ما تقدموا به من النقد

توليه Touillier :

لعل توليه هو أول فقيه في العهد المدرسي نقد التقسيم الخماسي نقداً أساسياً . ولم يفعل لارومبيير إلا أن ردد نقده ، وكذلك كان تقريباً شأن ديمولومب . بل أن بلانيول وهو الفقيه الذي كان على يديه هدم التقسيم الخماسي ، قد تأثر تأثيراً ظاهراً - كما سنرى - بما كتب توليه في هذا الموضوع .

يحمل توليه على التقسيم الخماسي الذي أتى به قانون نابليون حملة قوية . ويحمل بنوع خاص على المصدر المسمى بشبه العقد ، إذ هو تعبير مضلل ، فهو يقرب ما بين شيئين متضادين ، العقد وشبه العقد ، ويبني الأول على إرادة حقيقية والثاني على إرادة مفروضة . وبقيم توليه أساساً جديداً لشبه العقد ، إذ يبنيه على حرمة الملكية . وهذه هي خلاصة ما يقول في هذه المسألة : (١)

ولا يجوز لشخص أن يستولي على شيء لم يملكه بسبب شرعي ، وألا كان مفتنياً على حساب المالك ، ووجب عليه أن يرد لهذا الأخير ما استولى عليه ، والتزامه بالرد لم ينشأ من اتفاق بينه وبين المالك ، وإنما نشأ من القانون على أثر عمل صدر منه ، وهو استيلائه على الشيء مهما كان سبب هذا الاستيلاء مشروعاً ، ومهما كان بعيداً عن الخطأ .

١ - قلا عن كتابنا في نظرية العقد ص ٣٩ .

فهذا العمل الذي تولد الالتزام على أثره بسميه القانون شبه عقد . كذلك إذا أنفق من استولى على الشيء مالا في سبيل صيافته أو تحسينه ، كان هذا العمل ملزما للمالك برده هذه المصروفات ، والا كان هو أيضا مستوليا على ملك غيره دون حق . فالمسألة ترجع إذن الى مبدأ عادل ، هو عدم الاغتنام على حساب الغير دون حق . وكان من الخير أن يضع المشرع مادة تقابل المادة ١٣٨٢ ، فينص على أن كل عمل مشروع يستفيد منه شخص على حساب شخص آخر يلزم من استفاد من هذا العمل برد ما استفاده عن غير طريق التبرع ، كما نص في المادة ١٣٨٢ على أن كل عمل (غير مشروع) يحدث ضررا للغير يلزم من أحدث هذا الضرر بتعويضه (١)

ومن هذا التحليل الذي يعتبر تحليلا رائعا بالنسبة إلى الزمن الذي كتب فيه توليده ، نرى أن هذا الفقيه الكبير قد بحث بحثا دقيقا طبيعة ما يسميه القانون الفرنسي بشبه العقد ، فوجد أنه بعيد كل البعد عن العقد ، إذ هو غير مبني لا على إرادة حقيقية ولا على إرادة مفروضة ، بل هو عمل مادي - أي واقعة قانونية . وهنا يقول توليه في دقة تبحث على الإعجاب أن التزام المستولي على ملك الغير بالرد لم ينشأ من اتفاق بينه وبين المالك ، وإنما نشأ من القانون على أثر عمل صدر منه وهو استيلاؤه على الشيء . ويحدد هذا العمل في موضع آخر بأنه هو الاغتنام على حساب الغير دون حق . ثم يعقد مقابلة بديعة بين هذا المبدأ ومبدأ العمل غير المشروع . وهكذا استطاع توليه أن يرد شبه العقد إلى طبيعته الحقيقية ، وهي الواقعة القانونية لا التصرف القانوني ، فيزيل بذلك سببا من أسباب الغموض في نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية . ولم يكتف توليه بذلك . بل نظر إلى التقسيم الخاطئ في ذاته ، واستبدل به تقسيما ثنائيا . فعنده أن الالتزام لا يمكن أن يكون له إلا مصدران : إرادة الإنسان والقانون (٢) . والالتزامات التي يكون مصدرها القانون أما أن تنشأ بحكم القانون وحده دون أي عمل

١ - توليه ١١ فقرة ١٦ - فقرة ٢٠ .

٢ - توليه ١١ فقرة ٢ .

يصدر من المدين أو الدائن ، وأما أن يكون مصدرها عملاً صدر من المدين أو عملاً صدر من الدائن أو حادثة قهرية ، وهذه تتناول الالتزامات التي تنشأ من العمل غير المشروع ومن الأثرء دون سبب .

ونرى من ذلك أن تولييه بقدر مصادر الالتزام إلى مصدرين اثنين، إلى إرادة الإنسان وهذا هو التصرف القانوني ، وإلى القانون وهذه هي الواقعة القانونية، فهو قد كاد يظفر بفتح الطريق أمام نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية ولكن حال دون ذلك أمران (أولاً) أنه لم يعمم هذه المصادر فيجعلها تشمل الحق الشخصي والحق العيني ، بل اقتصر على مصادر الحق الشخصي . (وثانياً) أنه لا يزال يرى أن القانون وحده قد يكون مصدر الالتزام دون أن يكون وراءه تصرف قانوني أو واقعة قانونية .

ومهما يكن من أمر ، فإن تولييه هو أول فقيه فتح الطريق أمام التقسيم الثاني ، وهو التقسيم الذي اشتهر به بلانيول فيما بعد . وقد اقتبس بلانيول من تولييه بعضاً من هذه الأفكار العتيقة ، فذكر في موجزه (١) أن فكرة بناء شبه العقد ، على أساس عدم مشروعية الاعتناء على حساب الغير قد ذكرها تولييه من قديم ، وقد أخذ على شبه العقد ، أنه لفظ غير مفيد وغير دقيق ، وذكر كذلك أن فكرة شبه العقد ، ما هي إلا الجزاء على انتهاك حرمة الملكية (٢) .

(١) جزء ٢ فقرة ٨١١ هلمش رقم ١ .

(٢) ولكن بلانيول يأخذ على تولييه أمرين . (أولهما) أنه لم ير أن الدعوى الناشئة عن شبه العقد باعتبارها جزاء على انتهاك حرمة الملكية ليست إلا دعوى شخصية حلت محل دعوى الاسترداد العينية بعد أن أصبحت هذه الدعوى الأخيرة غير ممكنة . وهذا النقد لا يمس الفكرة في جوهرها ، بل هو إمعان من بلانيول في إبراز مكان الصفة القانونية من فكرة ألقاها تولييه دون أن يحاول صياغتها . « والثاني » أنه ذكر أن هذه الدعوى أساسها عمل مشروع مع أن الأساس فيها عمل غير مشروع . وهذا النقد لا أساس له ، فنرى أن بلانيول يذهب خطأ إلى أن شبه العقد عمل مشروع ويخلط بذلك بين مصدر الالتزام ونتيجته .

على أن بلانيول قد أنصف تولييه حين ذكر عنه في آخر عبارته ما يأتي : (وبالرغم من هذا فإن هاتين الصيغتين من كتابه ، وهما صادرتان عن تفكير قوي وبناء متين ، لم يلتفتا نظر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندرى كيف أن ديملوب ، وهو الذي استعان كثيراً بكتاب تولييه في هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة . فإنا إذا لم نقرأ آراء تولييه إلا عن طريق ما اقتبسه منه ديملوب ، لم نحزر أن تولييه قد أتى بهذه الأفكار العتيقة المنتجة) . - بلانيول ٢ فقرة ٨١١ هلمش رقم ١ .

لارومبير

وتابع لارومبير تولييه في نقده للتقسيم الخامس ، وذهب الى ان مصادر الالتزام إذا لم تكن في العقد فهي في القانون . والالتزامات التي تنشأ من القانون إما أن يكون مصدرها القانون وحده ، أو هي تنشأ على أثر عمل صادر من الدائن أو من المدين . (١) وبين لارومبير الأساس الذي تبنى عليه الالتزامات الناشئة من القانون على أثر عمل صادر من المدين أو من الدائن ، ملتصقا إياه في قاعدة عدم مشروعية الاغتناء على حساب الغير وفي قاعدة وجوب تعويض الشخص للضرر الذي يحدثه العمل . (٢)

ويتبين من ذلك أن لارومبير إنما ردد الآراء التي قالها قبله تولييه .

ديمولومب

وأهم ما يتميز به ديمولومب أنه يأخذ على تولييه أنه قصر مصادر الالتزام على العقد والقانون . وعنده أن مصادر الالتزام ثلاثة: العقد والعمل والقانون، ذلك أن الالتزامات التي ينشئها القانون على أثر عمل يصدر من المدين أو من الدائن إنما يكون مصدرها هو هذا العمل . ومن ثم يؤكد ديمولومب - أكثر مما فعل تولييه - أن الواقعة القانونية، وهي العمل الذي يصدر من المدين أو الدائن ، هي أحد مصادر الالتزام . فهو قد وضع الواقعة القانونية ، وأسمائها العمل ، إلى جانب التصرف القانوني ، وأسماء العقد . ولكنه يقع في نفس الخطأ الذي وقع فيه تولييه من جعله القانون بعد ذلك مصدرا للالتزام دون أن يكون وراءه تصرف قانوني أو واقعة قانونية . (٣)

هذا هو العهد المدرسي نراه ، على لسان ثلاثة من أعلام فقهاءه ، قد بدأ يتحسس

١ لارومبير جزء ٧ م ١٣٧٠ فترة ٢

٢ لارومبير جزء ٧ م ١٣٧٠ فترة ٣

٣ ديمولومب جزء ٣١ فترة ١٧ وفترة ٢١ - ٢٣

- ١٩ -

فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وإن كان لم يفتح بابها . على أن الكثرة الغالبة من فقهاء ذلك العهد بقيت متمسكة بالتقسيم الخماسي الذي أتى به قانون نابليون نقلًا عن بوتييه .

وننتقل الآن إلى الفقه الفرنسي المعاصر .

الفصل الثاني

التصرف القانوني والواقعة القانونية

في الفقه الفرنسي

محاولات محدودة لصياغة نظرية عامة

١ - الفقه المدني

ماذا فعل الفقه المدني الفرنسي المعاصر :

انقضى عهد الفقه المدرسي على النحو الذي وصفناه ، ولم يستطع فقهاء ذلك العهد أن يستخلصوا نظرية عامة للتصرف القانوني والواقعة القانونية . وهم إذا كانوا قد رسموا معالم نظرية العقد ، فذلك جريا وراء قانون نابليون الذي أبرز هذه النظرية حتى طغت على ما عداها من أجزاء نظرية الالتزام . وعلى الرغم من اهتمام فقهاء العهد المدرسي بها ، فإنهم مع ذلك لم يردوا العقد إلى أصله ، فيصوغوا نظرية شاملة للتصرف القانوني بوجه عام .

والفقه الفرنسي المعاصر هو الذي أضطلع بهذه المهمة ، فصاغ نظرية عامة للتصرف القانوني ورد العقد إليها . وقد قام الفقهاء المعاصرون بهذا العمل فيما وضعوه من الشروح الشاملة للقانون المدني ، ثم في دراسات مستقلة يقدمون بها عادة لشرح القانون المدني . أو يخرجونها منفصلة في مؤلفات خاصة كما فعل الأستاذ كاييتان في مقدمته المعروفة .

على أنه لا يمكن القول بأن الفقه الفرنسي المعاصر قد صاغ نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية في وضع كامل . بل يؤخذ على هذا الفقه في هذا الصدد الأمران اللذان سبق أن أشرنا إليهما فيما تقدم . (الأمر الأول) أنه لم يصنع نظرية عامة للوقائع القانونية ، بل بقيت هذه الوقائع متناثرة مشتتة لا يقوم بينها أي اتصال ، ولا ينتظمها جميعا خطوط

- ٢١ -

رئيسية لنظرية عامة . فلا يزال الفقهاء المعاصرون يبسطون نظرية العمل غير المشروع ثم نظرية الآثار بلا سبب ، ثم يسردون بعض وقائع ينشئ القانون على أثرها التزامات معينة ، دون أن يربطوا هذه الوقائع القانونية برباط ينزلها جميعا منزلة التطبيقات المفصلة لنظرية موحدة . دع أنهم لم يقرّبوا أسباب كسب الحق العيني من مصادر الالتزام ليعتبروها كلها مصادر للحق ويردوها جميعا إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية، بل بقوا يبسطون هذه منفصلة عن تلك كما لو لم تكن هناك أية صلة بين الموضوعين . (والأمر الثاني) أن الفقه الفرنسي المعاصر ، حتى في صياغته لنظرية التصرف القانوني ، لا يضع عادة التصرف القانوني إلى جانب الواقعة القانونية ليستظهر ما بين الفكرتين من مفارقات وما بينهما من موافقات ، من حيث الطبيعة ومن حيث الأثر . والسبب في ذلك واضح، فهم لم يصوغوا نظرية عامة للواقعة القانونية فلم يتهيا لهم أن يفقدوا هذه المقارنات ونجم عن هذا أن نظرية التصرف القانوني لا تزال في بعض جوانبها ناقصة ، بل هي عند نقطة الابتداء لا تحدد ماهر التصرف القانوني تحديدا دقيقا ، إذ النظرية تبسط مستقلة دون أن تتأثر بنظرية الواقعة القانونية حتى ينكشف للباحث مقومات كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية بالمقارنة فيما بينهما .

ونختار من الفقهاء المعاصرين بعضاً ممن يمثلون الفقه المدني المعاصر في هذا الموضوع وهم : (١) بلانيول (٢) سالي (٣) كاييتان (٤) ديموج ، أما بنكاز فقد حاول أن يضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، وسنفرد لبسط نظريته هذه مكانا آخر .

١ - بلانيول (Planiol)

هدم التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام :

ينسب إلى بلانيول الفضل الأكبر في هدم التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام ، ذلك التقسيم الذي ورثه قانون نابليون عن بوتييه وقال به فقهاء العهد المدرسي طوال القرن

- ٢٢ -

التاسع عشر . وإذا كان توليه قد نادى بهدم هذا التقسيم قبل بلانيول كما رأينا ، إلا أن قلة من الفقهاء هم الذين رددوا صوت توليه فلم يكن مسموعا في الفقه الفرنسي المدرسي كما سمع صوت بلانيول في الفقه الفرنسي المعاصر . على أنه إذا كان بلانيول قد وفق إلى هدم هذا التقسيم الخامس ، فليس ذلك معناه أنه وضع نظرية كاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، ولكنه أزال العقبة التي كانت تحول دون وضع هذه النظرية ، فقد كان قيام هذا التقسيم الخامس يجب فكرتي التصرف القانوني والواقعة القانونية حجا تاما كما سبق القول .

وأهم ما قاله بلانيول في هدم التقسيم الخامس نراه مبسوطا في مقال له مشهور نشرته المجلة الانتقادية (١) ثم نراه مرددا في وجيزة في شرح القانون المدني (٢) . ويتلخص فيها بما يلي :

يهاجم بلانيول التقسيم الخامس من ناحيتين : ناحية فصل شبه الجريمة عن الجريمة وناحية تقريب شبه العقد من العقد .

أما فصل شبه الجريمة ، عن طريق تقسيم العمل غير المشروع إلى جريمة وشبه جريمة تبعا لوجود نية التعمد أو لانعدامها ، فليست له أية أهمية لأن حيث نشوء الالتزام ولا من حيث تحديد مداه . فشبه الجريمة ينشئ التزاما كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض من حيث المدى يدفع كاملا في الحالتين . فالأولى إذن عدم التمييز بين الجريمة وشبه الجريمة من حيث أنهما مصدر للالتزام ، وجعلها شيئا واحدا هو العمل غير المشروع (fait illicite) .

وأما تقريب شبه العقد من العقد ، من حيث أن كلا منهما مبني على الإرادة وأنه عمل مشروع ، فإن الواقع عكس ذلك تماما . فشبه العقد بعيد عن العقد ، من حيث أنه غير

(١) المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها

(٢) الجزء الثاني فقرة ٦٠٨ وما بعدها . انظر أيضا مقالا لسيالوينا في مجلة القانون التجاري سنة ١٩٠٤

ص ٢٥ وما بعدها .

٢٢٨

مبنى على الإرادة ، ومن حيث أنه عمل غير مشروع . ذلك أن الالتزام الناشئ عن شبه العقد ليس وليد الإرادة من أى وجه . فمن قبض غير المستحق يلتزم بالرد ، لا لأنه أراد أن يلتزم ، بل لأنه أثرى على حساب الغير . ورب العمل يلتزم بتعويض الفضولى عما أنفق من مصروفات وتحمل من التزامات ، لا لأنه أراد ذلك فالفضولى يقوم عادة بشؤون رب العمل دون علمه ، بل لأنه أثرى هو أيضا على حساب الفضولى فوجب عليه التعويض . أما التزام الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه وبتقديم حساب عنه فليس ناشئا عن شبه عقد اطلاقا ، بل هو التزام أنشأه القانون مباشرة فى ذمة الفضولى ، وبناءه على تدخل هذا فى شئون رب العمل . وصاحب الأرض التى بنى عليها الغير يصبح مالكا للبناء فيثرى على حساب البانى فيلتزم بالتعويض ، لا لأنه أراد هذا الالتزام فقد يكون البناء قد أقيم دون علمه بل بالرغم عن نية الصريح ، ولكن لأنه أثرى على حساب الغير . وإذا كان يوجد فى هذا المثل الأخير عمل إرادى من جهة البانى ، فهذا العمل قد صدر من الدائن لا من المدين ، وليس من صدر منه هذا العمل هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الآخر الذى لم تصدر منه أية إرادة وهو صاحب الأرض الذى فوجئ بالبناء مقاما على أرضه ولذلك لا تشترط الأهلية فى الملتزم بشبه العقد وتشترط فى الملتزم بالعقد (١).

ثم ينتقل بلا نيول إلى التذليل على أن شبه العقد عمل غير مشروع . ويقول أن هذا يظهر إذا تعمقنا فى تحليل الالتزام الذى ينشأ عن شبه العقد ، فإننا نقف عادة فى أول الطريق عند العمل الذى يبدأ به شبه العقد ، وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يسد حاجة عاجلة لغيره أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بعمل مشروع ، ولكن هذا العمل ليس هو الذى ينشأ الالتزام لأنه عمل صدر من الدائن لا من المدين ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن ، وإلا أصبح الشخص مدينا بسبب لا يتصل بشخصه بل هو من عمل غيره ، وهذا لا يجوز . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متعلقين إياه متصلا بشخص المدين ، وجدنا أن هذا

السبب يرجع إلى إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه . فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهذا عمل غير مشروع . ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع . وهنا يقول بلانيول أن لفظ شبه العقد ، محض خطأ ، وقد لا يوجد في القانون كله لفظ آخر يناقسه في عدم الدقة ، فإن الشيء الذى يعنيه هذا اللفظ لا وجود له ، فليس هناك مصدر للالتزام يشبه العقد ، وليست هناك حالة يصبح فيها الشخص ملتزما نحو آخر لأنه قام تقريبا بالتعاقد معه (١) .

إقامة تقسيم ثنائى لمصادر الالتزام :

وبعد أن يفرغ بلانيول من هدم التقسيم الخماسى ينتقل إلى التقسيم الذى يراه صحيحا فيقول إن للالتزام مصدرين : العقد والقانون . أما شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة فردها جميعا للقانون .

وتفصيل ذلك أن الالتزام إما أن يفرضه الشخص على نفسه بتوافق إرادته مع إرادة شخص آخر ، وهذا هو العقد ، وأما أن يفرضه عليه القانون . والالتزامات التى يفرضها القانون كثيرة متنوعة . فمنها ما يرجع إلى القانون الجنائى ، وهى الامتناع عن الجرائم التى حددها هذا القانون ، ومنها ما يرجع إلى القانون المدنى ، كالاتزامات الناشئة عن مركز الشخص فى أسرته والتزاماته نحو الجيران والتزامه بحفظ سر المهنة وغير ذلك ويمكن تقسيم هذه الالتزامات من حيث الموضوع إلى الالتزام بإعطاء شيء كالاتزام

١ المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٩ . وتنقل ما يقوله بلفظه .

Cela revient à dire que l'expression « quasi - contrat » est tout a fait fausse; il n'y a pu être pas, dans le droit tout entier, une seconde qui puisse rivaliser avec elle en impropriété. La chose que ce mot a pour but d'indiquer n'existe pas il n'y a pas de source d'obligation qui ressemble au contrat il n'y a pas de cas où une personne devienne débitrice d'une autre parce qu'elle a presque fait avec elle un contrat.

بالنفقة ، والتزام بعمل كالاتزام بالقيام بالوصاية ، والتزام بالامتناع عن عمل كالاتزام بعدم ارتكاب جريمة أو عدم إفشاء سر المهنة. أما السبب الذي بثت عليه هذه الالتزامات فيرجع إلى أنه لو لم يفرضها القانون على الشخص الملتزم بها لكان من وراء ذلك خطر جسيم يحقق بشخص آخر ، فالوصى يلتزم أن يقوم بالوصاية حتى يدرأ عن الصغير خطر ضياع ماله ، والاب يلتزم بالنفقة على ابنه حتى يدرأ عنه خطر الموت جوعاً ، وهكذا . فالقانون إذا فرض التزاماً على شخص فهو يلقي عليه عبئاً بسيطاً ليدرأ بذلك عن شخص آخر خطراً كبيراً .

أما الالتزامات التي يقال أن مصدرها شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة فهي ليست إلا التزامات قانونية . وبعبارة أدق هي التزامات جزائية لا التزامات قانونية ، إذ هي تعويض مالي عن عدم القيام بالتزام قانوني . فالشخص الذي يحدث للغير ضرراً بخطأه قد خرق التزامه القانوني وهو عدم الأضرار بالغير ، فينشأ عن خرق هذا الالتزام التزام جزائي هو التعويض عن هذا الضرر . والشخص الذي يثرى على حساب غيره قد خرق أيضاً التزامه القانوني ألا يستولى على ما ليس له حق فيه ، فينشأ عن خرق هذا الالتزام التزام جزائي هو رد ما أثرى به . وبذلك تكون هذه الالتزامات الجزائية ليست درءاً للضرر يخشى من وقوعه كما في الالتزامات القانونية ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع فعلاً . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع ذات الالتزامات القانونية قد استحال إلى تعويض ، كما تستحيل الالتزامات العقدية إلى تعويض كذلك عند عدم إمكان تنفيذها عيناً . فكل التزام غير عقدي يكون التزاماً قانونياً إما في صورته الأصلية ، وإما في صورة استحاله فيها إلى تعويض . وهو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر يقع في المستقبل ، وفي الصورة الثانية يراد به تعويض ضرر وقع في الماضي

بلانيول وتولييه :

هذه هي نظرية بلانيول في تقسيم مصادر الالتزام . وقد قدمنا أن تولييه سبق

- ٢٩ -

بلايول في بعض هذه الآراء . فالأثنان يتفقان في المسائل الثلاث الآتية :

١ - ليس للالتزام إلا مصدران إثنان : العقد والقانون .

٢ - الالتزامات التي مصدرها شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة ترد جميعا إلى مصدر واحد هو القانون .

٣ - الالتزامات التي تنشأ عن الجريمة وشبه الجريمة ترجع إلى فكرة تعويض الشخص عن الضرر الذي أحدثه بخطأه ، والالتزامات التي تنشأ عن شبه العقد ترجع إلى فكرة عدم جواز الإثراء على حساب الغير ،

ولكن بلايول كان مبتدعا عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية والالتزامات التي تنشأ عن الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد ، فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هي إلا التزامات قانونية استحالت إلى تعويض مالي ، وكان مبتدعا كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير العقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع أو التعويض عن ضرر قد وقع .

بلايول ونظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية :

ويبقى الآن أن نرى إلى أي مدى خطا بلايول بتقسيمه الثنائي لمصادر الالتزام نحو فكرتي التصرف القانوني والواقعة القانونية . وقد سبق أن قررنا أن مجرد هدمه للتقسيم الخامس القديم هو في ذاته خطوة طيبة في هذا الطريق ، فقد كان هذا التقسيم عائقا يحول دون ظهور الفكرتين . ولكن بلايول فعل أكثر من ذلك ، فإن تقسيمه مصادر الالتزام إلى مصدرين اثنين ، العقد والقانون ، إنما هو إرهاب لفكرتي التصرف القانوني والواقعة القانونية . فالعقد يمثل الفكرة الأولى ، والقانون يمثل الفكرة الثانية ، وبزبد في تمثيل القانون لفكرة الواقعة القانونية أن استطاع بلايول فصل شبه العقد وهو واقعة قانونية عن العقد وهو تصرف قانوني ، فصحح بذلك أكبر خطأ وقع فيه

- ٢٧ -

التقسيم الخامس . بل أن بلانيول ضم شبه العقد إلى نظائره من الوقائع القانونية ، وهي الجريمة وشبه الجريمة ، وقرب ما بينها جميعا إذ جعل مصدرها كلها القانون ، فهد السبيل بذلك لنظرية عامة توضع للواقعة القانونية ، حاول أن يرسم خطوطها الرئيسية في فكرة الالتزامات القانونية التي تستحيل إلى تعويض مالي وفي فكرة درء الخطر الذي قد يقع والتعويض عن الضرر الذي قد وقع .

ولكن بلانيول لا يزال بعيدا عن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية من الوجوه الآتية :

(١) لم يشر إلى نظرية عامة للتصرف القانوني ، بل استبقى من التصرفات القانونية العقد وحده . وهو معذور في ذلك ، فإن القانون الفرنسي كالقانون المصري لا يعترف بالإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام .

(٢) لا يبين في تقسيمه الثنائي ما يحتم وراء القانون من وقائع قانونية هي التي أنشأ القانون بسببها ما أنشأ من الالتزامات . بل هو قد حجب تحت ستار القانون فكرة الواقعة القانونية ، ففاته أن يستخلص هذه الفكرة ليجعلها أساسا لجميع الالتزامات التي جعل مصدرها القانون . وهو إذا كان قد حاول تجميع الوقائع القانونية تحت فكرة درء الخطر وتعويض الضرر ، فإن هذا لا يعتبر تحليلا للواقعة القانونية ، بل هو تحليل للبائع الذي يحمل القانون على إنشاء ما ينشئ من الالتزامات . و فرق ما بين التحليل والتعليل .

(٣) وقد كان من جراء غموض فكرة الواقعة القانونية في التقسيم الثنائي الذي قال به بلانيول أنه بالرغم من تحليله لشبه العقد وهدمه لهذا التعبير المضلل على النحو الذي رأيناه ، لم يكن موفقا في وصف شبه العقد بأنه عمل غير مشروع كالجريمة وشبه الجريمة فهو لم يضع تحت نظره الواقعة القانونية ذاتها التي أنشأت الالتزام فيما يسمى بشبه العقد . ولو أنه قد فعل ، ولم يكتب بالقانون بجمله هو المصدر ، فيحجب بذلك ما يحتم وراء

- ٢٨ -

القانون من وقائع قانونية هي بالذات المصادر الحقيقية للالتزام ، لرأى في حالة قبض غير المستحق أن المصدر هو دفع دين غير مستحق وهذه واقعة لا يمكن وصفها بأنها غير مشروعة ، وفي حالة الفضولي أن المصدر هو إدارة الفضولي لشئون رب العمل رعاية لمصالحه وهذه واقعة لا شك في أنها مشروعة ، وفي حالة البناء على أرض الغير أن المصدر هو واقعة البناء ذاتها وقد يكون الباني حسن النية فتكون الواقعة مشروعة . ومن ذلك نرى أن فقيها عبقريا كبلانيول يكون مع ذلك عرضة للزال إذا هو غابت عنه فكرة الواقعة القانونية مصدرا للالتزام ، فيجاوزها إلى القانون يجعله في مكانها ، فيخطئ عليه الأمر ، ويسمى غير مشروع ما هو مشروع .

بلانيول وفيزيوز :

ومما يؤكد أن تقسيم بلانيول الثنائي أخفى تحت ستار القانون فكرة الواقعة القانونية أن فقيها معروفا ، هو فيزيوز vizioz ، تأثر كثيرا بأراء بلانيول ، فوضع رسالته في « شبه العقد » (١) ، وفند هذا التعبير الخاطئ ، تفصيلا شديدا على النحو الذي جرى عليه بلانيول ، ولكنه بدلا من أن يحصر مصادر الالتزام في مصدرين اثنين ، في التصرف القانوني والواقعة القانونية ، أو حتى في العقد والقانون كما فعل بلانيول ، أكثر من تعديد هذه المصادر إلى حد أضعاف مضاعف مزايا البساطة في التقسيم الثنائي ، ولم يكن من شأن هذا التقسيم أن يلهمه جعل الواقعة القانونية مكان القانون مصدرا للالتزام .

جعل فيزيوز مصادر الالتزام لا تقل عن سبعة . أولها الإرادة ، وهو في هذا قد أحسن كثيرا فالإرادة ليست إلا التصرف القانوني . ولكنه عدد بعد ذلك مصادر ستة . خلط في أحدها بين التصرف القانوني والواقعة القانونية فجعل التزام الوارث والتزام الحائز للمقار المرهون وهو يمرض على الدائنين قيمته بقصد تطهيره بدور مصدر كل منهما بين الإرادة والقانون . ونثر في المصادر الأخرى الوقائع القانونية مشتتة لا رابط بينها

١ - فيزيوز في شبه العقد . رسالة من بور دو سنة ١٩١٢ Vizioz ia notion de quasi-contract

فيما بينها ، فمنها العمل الارادى المشروع وهو عمل الفرضى ، ومنها الحالة الواقعة كالقراية والجوار والشيوع ، ومنها الاثراء بلا سبب ، ومنها تحمل التبعة ومنها الخطأ ، (١) امعان في تشييت الوقائع القانونية أشد مما نراه في التقسيم الخماسى ، وقصود تام في استخلاص فكرة الواقعة القانونية بعد أن حجبها بلا نيول تحت ستار القانون .

٢ - سالى (Saleilles)

فضل سالى على الفقه الفرنسى المعاصر في نظرية التصرف القانونى :

للفقيه الفرنسى المعروف سالى فضل لا ينكر على الفقه الفرنسى المعاصر في نظرية التصرف القانونى . ويرجع هذا الفضل إلى أن سالى قد تولى في مفتتح القرن العشرين نشر النظريات الجرمانية في فرنسا على أثر ظهور القانون المدنى الألمانى . وقد صدر هذا القانون بقسم عام كان من أهم أجزائه نظرية عامة في التصرف القانونى . ألا ان القانون المدنى الألمانى ، لم يضع الى جانب هذه النظرية العامة في التصرف القانونى نظرية عامة أخرى تقابلها في الواقعة القانونية ، فجاء القانون ناقصاً من هذه الناحية . ومهما يكن من أمر ، فإن نظرية عامة في التصرف القانونى ، في حسن السبك الذى ظهرت به في القانون الألمانى ، لم تلبث أن أحدثت أثراً كبيراً في الفقه الفرنسى المعاصر .

لذلك كان فضل سالى في هذا الصدد لا ينكر . فقد نشر في فرنسا نظرية القانون المدنى الألمانى في التصرف القانونى ، وعلاق على نصوص هذا القانون بملاحظات هى من أدق ما كتب . وقد رأى الفقه الفرنسى للمرة الأولى نظرية التصرف القانونى تبسط من غير اختصاص بالمعقد باسم التصرف القانونى (acte juridique) أو اعلان الارادة (déclaration de volonté)

نصوص القانون المدنى الألمانى في نظرية التصرف القانونى :

وبما نشره سالى في هذا الموضوع تعليقاته على نصوص المواد من ١١٦ الى ١٤٤ من

القانون المدني الألماني.، وهي النصوص التي عرضت لنظرية التصرف القانوني، وقد نشرها تحت عنوان إعلان الإرادة (De la déclaration de la volonté) ومنذ أول التعليقات إلى آخرها يرى القاري أن التصرف القانوني ليس إلا الإرادة اتجهت إلى إحداث أثر قانوني، وهذا هو التحديد الدقيق للتصرف القانوني، وعالجت نصوص القانون المدني الألماني الإرادة أو التصرف القانوني - عقدا كان أو إرادة منفردة - من جميع نواحيه فتناولت أولا الإرادة من حيث الوجود، فعرضت للتحفظ الذهني (réserve mentale) وللصورة (simulation) وللهلزل (déclaration donnée en l'air) وفي هذا تدرج ملحوظ في وجود الإرادة. ثم عالجت الإرادة من حيث العيوب التي تشوبها من غلط أو تدليس أو إكراه. ثم انتقلت إلى الشكل الذي قد يتطلبه القانون أو المتعاقدان في إعلان الإرادة، ثم إلى توجيه الإرادة لشخص معين إذا كان هذا الشخص غائبا أو ناقص الأهلية أو غير معروف.

وبعد أن عولجت الإرادة من حيث قيامها - وجودها وصحتها - انتقل المشرع الألماني إلى تفسير الإرادة، وإلى الإرادة إذا كانت مخالفة للقانون أو لقاعدة جواز التصرف (aliénabilité) أو للآداب العامة (bonnes mœurs) ولم يقرن القانون الألماني بالآداب العامة النظام العام لما في هذا التعبير الأخير من غموض يؤدي إلى عدم الاستقرار.

ثم عرضت النصوص بعد ذلك لنظرية البطلان وما يتصل بهذه النظرية من انتقاص للتصرف (réduction) ومن تحول (conversion) وكانت قد عرضت قبل ذلك لنظرية الخطأ في تكوين العقد.

وكان لتعليقات سالي على هذه النصوص صدى كبير في الفقه الفرنسي ظهر أثره جليا فيما أعقب ذلك من حركة فقهية، وأبرز سالي في مؤلف آخر له (١) كيف أن نظرية

(١) دراسة في النظرية العامة للالتزام بحسب المشرع الأول للقانون المدني للإمبراطورية الألمانية - الطبعة الثالثة ١٩٢٣ - فترة ٣٥.

التصرف القانوني كما بسطها القانون الألماني لا تقتصر على مصادر الالتزام، فحسب، بل هي تناول مصادر الحقوق جميعا، شخصية كانت الحقوق او عينية.

وهذه هي المرة الأولى التي يربط فيها فقيه فرنسي مصادر الحقوق الشخصية بمصادر الحقوق العينية، فيجعل من نظرية التصرف القانوني نظرية عامة لجميع مصادر الحقوق. فالتصرف القانوني ينشئ الحق الشخصي وينقل الحق العيني، غير أن التصرف الذي ينقل الحق العيني يتميز بأنه تصرف مجرد *abstrait*، على خلاف التصرف الذي ينشئ الحق الشخصي فقد يكون مجرداً أو غير مجرد.

٣ - كاييتان د Capitant

الواقعة القانونية :

تأثر الفقه الفرنسي بالفقه الألماني إلى حد غير قليل. ونرى هنا كاييتان، الفقيه الفرنسي المعروف، يضع في مقدمته لدراسة القانون المدني (١) الخطوط الرئيسية لنظرية كاملة في التصرف القانوني. بل هو قبل ذلك يضع الواقعة القانونية إلى جانب التصرف القانوني ليقابل فيما بينهما. وهنا نجد الواقعة القانونية قد أخذت تبرز في الفقه الفرنسي وتأخذ مكانها تجاه التصرف القانوني. وأكثراً ما رجع إليه كاييتان في هذا الصدد هي المراجع الألمانية (٢).

ويبدأ باستعمال تعبير الوقائع القانونية *Faits juridiques*، بمعناها الواسع، فيدخل التصرف القانوني في عموم مدلول الواقعة القانونية. ويعرف الواقعة القانونية - على هذا المعنى - بأنها حادث يكسب حقا أو ينقله أو يعدله أو يقضيه. ثم يرسم الوقائع القانونية إلى وقائع مستقلة عن إرادة الإنسان وأخرى هي وليدة إرادته.

١ - مقدمة لدراسة القانون الطبعة الرابعة سنة ١٩٢١.
٢ - وقد أشار إلى كثير من فقهاء الألمان. فذكر الفقهاء الآتية أسماءهم: أندمان Endemann - وجلسبرجرا Ragelspergra - كروم Crome - أونجر Unger - پوشتا Puchta - وقديشيد Windcheid - سافني Savigny.

فالوقائع المستقلة عن إرادة الإنسان هي الوقائع الطبيعية التي لا دخل لإرادة الإنسان في حدوثها ويترتب عليها آثار قانونية ، كالميلاد والموت والقصر والقرابة ومضى ائدة وتجاوز العقارات والقوة القاهرة . أما الوقائع الاختيارية التي هي وليدة إرادة الإنسان فهي أعمال يقوم بها الإنسان اختيارا فتترتب عليها آثار قانونية . وهذه أما أعمال قصد من صدرت منه أن تحدث الأثر القانوني الذي ترتب عليها فتسمى بالتصرفات القانونية (actes juridiques) ، وأما أعمال رتب عليها القانون أثرا دون نظر لما قصد اليه صاحبها وهذه هي الوقائع القانونية (faits juridiques) بالمعنى الضيق . ويمثل كتابيتان لهذه الأعمال الأخيرة بالعمل غير المشروع ، فمن ارتكب عملا غير مشروع يلتزم بتعويض الضرر الذي أحدثه بهذا العمل ، ولا يمكن القول هنا بأن صاحب العمل غير المشروع قد قصد من عمله أن يلتزم نحو المضرور بالتعويض . كذلك الكف عن استعمال الحق مدة من الزمن قد يؤدي إلى انقضائه ، وهذا الانقضاء أثر يرتبه القانون على عدم استعمال الحق مدة معينة ، وهذه واقعة قانونية لم ينظر القانون فيها إلى قصد صاحب الحق ، فالجق ينقضى بعدم الاستعمال ولو لم يقصد صاحبه الى ذلك .

والى هنا يقف كايتمان في الواقعة القانونية ، فلا يحاول أن يرسم معالم نظرية عامة للوقائع القانونية ، بل يرجعه كل عنايته إلى التصرف القانوني الذي يعده أكثر أهمية وأغلب وقوعا .

التصرف القانوني :

ثم يتولى رسم الخطوط الرئيسية لنظرية عامة في التصرف القانوني ، يستخلصها من نظرية العقد ومن جميع النصوص القانونية المتفرقة التي تتعلق بالتصرفات القانونية المختلفة . ويبدأ بتحديد التصرف القانوني فيعرفه بأنه مظهر خارجي لإرادة قصد به كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه ، فيحدث الأثر الذي قصد اليه صاحبه لأن القانون يعترف

لهذا المظهر بذلك. (١) ويزيد كاييتان هذا التعريف أيضا فيقول : « ومن ثم يتميز التصرف القانوني بالميزات الآتية : (١) اتجاه إرادة من صدر منه التصرف إلى غرض قانوني (٢) ترتيب القانون الأثر القانوني للتصرف على أساس أن هذا الأثر قد اراد صاحب التصرف . فلو أن هذه الإرادة لم توجد لما ترتب هذا الأثر ، فيمكن القول إذن بأن الأثر تولد مباشرة من الإرادة » ٢٤

ثم يضي كاييتان في نظريته ، فيستعرض تقسيمات التصرف القانوني، ويبرز دور الإرادة، فيتكلم في كيفية التعبير عنها ، ومتى تكون صورية ، وفي عيوب الإرادة من غلط وتدليس واكراه وغبن ، وفي الأهلية ، والبطلان ، والأوصاف المبدلة للتصرف القانوني من شرط وأجل ، وفي النيابة في التصرف القانوني ، وفي أثر مضي الزمن في كسب الحقوق وفي فقدانها أي في التقادم المكسب والتقادم المسقط .

ما يؤخذ على كاييتان :

على أن كاييتان عند ما ينتقل إلى شرح القانون المدني ، لا ينتفع بما سبق أن بسطه في مقدمته ، فلا يقرر أن مصادر الالتزام هي التصرف القانوني والواقعة القانونية، بل يجعل مصادر الالتزام في مبدأ الأمر ثلاثة : العقد والإرادة المنفردة والقانون . وينتقد ما يسمى بشبه العقد انتقادا شديدا على نحو ما فعل بلانيول ، ويستبعد من بين مصادر الالتزام ، ويجعل الالتزامات التي تنشأ عنه هو والعمل غير المشروع مصدرها القانون مباشرة ، مع استثناء الفضالة اذ يجعل مصدر التزامات الفضولي الإرادة المنفردة .

ثم لا يكتفي بهذا الانحراف عن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية ، بل

(١) وهذا ما يقوله بلفظه (المقدمة س ٢٩٥) :

une manifestation
extérieure de volonté qui est faite en vue d'acquiescer, de transmettre, de
modifier ou d'éteindre un droit et qui produit l'effet voulu par son auteur,
parce que le droit sanctionne cette manifestation de volonté .

(٢) مقدمة كاييتان المشار إليها من : <https://www.facebook.com/foyoumlaw2020/>

يبتعد عن هذه النظرية كثيرا بعد ذلك ليقرب من النظرية التقليدية ، فقرأه يقول :
 ومع ذلك فنحن نساير ما جرى عليه العرف فنميز في الالتزامات القانونية بين ما ينشأ
 مباشرة عن القانون وما يترتب على أثر جريمة أو شبه جريمة . . . وبالجملية نقسم مصادر
 الالتزام إلى أربعة : (١) العقد . (٢) الإعلان عن الإرادة المنفردة . (٣) الجريمة وشبه
 الجريمة . (٤) القانون . (١) ثم هو لا يعالج بعد ذلك من هذه المصادر الأربعة غير
 مصدرين اثنين : (١) العقد . (٢) والجريمة وشبه الجريمة . ويستعرض تحت عنوان
 الالتزامات التي مصدرها القانون دفع غير المستحق والإثراء بلا سبب . أما الفضالة
 فيعالجها في مكان قصي إلى جانب الوكالة . فيعود إلى بعثرة المصادر ونثرها في كل ناحية
 بعد أن كان قد ملك زمامها في مقدمته ، فجعلها تنحصر في التصرف القانوني
 والواقعة القانونية .

ويبين من ذلك أن كاييتان ، وأن كان قد خطا خطوات واسعة نحو نظرية التصرف
 القانوني والواقعة القانونية في مقدمته ، لم يفد من هذا في شرحه للقانون المدني ، وعاد إلى
 النظرية التقليدية بما فيها من عيوب . (٢) وهذا هو المأخذ الأول . وهناك مأخذان
 آخران :

(أولهما) أنه حتى في مقدمته لم يحاول أن يرسم خطوطا رئيسية لنظرية عامة في
 الواقعة القانونية .

(والثاني) أنه في النظرية العامة التي وضعها للتصرف القانوني لم يكن واضحا وضوحا

(١) وهذا مايقوله بلفظه (شرح القانون المدني الطبعة الثالثة جزء ٢ ص ٢٥٦)

"Pourtant, nous nous plierons à l'usage qui est de distinguer parmi les obligations légales celles qui naissent directement de la loi et celles qui naissent à l'occasion des délits et quasi-délits. En résumé nous classerons les sources des obligation en quatre groupes 1o les contrats; 2o les declarations unilatérales de volonté, 3o les délits et quasi délits, 4 la loi .»

(٢) ولعل السبب في ذلك أنه انشغل بكتابة مقدمته ، ولم ينفرد بوضع الشرح .

- ٣٥ -

كافيا في تحديد ما هو هذا التصرف . فلم يقل صراحة أن التصرف القانوني هو الإرادة ذاتها . بل قال مرة إنه هو المظهر الخارجي للإرادة (manifestation extérieure de volonté) وتكلم مرة أخرى عن إرادة من يصدر منه التصرف القانوني La volonté de celui ou de ceux qui font l'acte كما لو كانت الإرادة شيئا متميزا عن التصرف ، أو هي في القليل ليست إلا عنصرا من عناصره . والصحيح أن التصرف القانوني ليس إلا الإرادة ذاتها على ما سنبين فيما بعد . وقد نجم عن هذا الموضوع في تحديد طبيعة التصرف القانوني أن كاييتان اعتبر التزام الفضولي ناشئا عن إرادته المنفردة ، مع أن الفضولي يلتزم بواقعة قانونية لا بتصرف قانوني .

٤ - ديموج Demogue

الواقعة القانونية :

يعالج ديموج تقسيم مصادر الالتزام في مؤلفه د النظرية العامة للالتزام ، (١) ، فيضع يده على الفكرة الصحيحة للتصرف القانوني والواقعة القانونية في السطور الأولى التي يكتبها . يقرر أن الالتزام مصدره الواقعة القانونية ، وليس هذا صحيحا بالنسبة إلى الالتزام فحسب ، بل هو يصدق أيضاً على جميع الروابط القانونية ، ومن ثم جرت التقاليد في تعريف الواقعة القانونية بأنها هي التي تلتشىء الروابط القانونية أو تعدلها أو تقضيها (٢) ، وواضح أنه يقصد بالواقعة القانونية معناها الواسع .

ثم يمضي ديموج في تقسيم الوقائع القانونية إلى وقائع غير اختيارية (طبيعية) لادخل لإرادة الإنسان في وقوعها كالقراءة تولد التزاما بالنفقة ، ووقائع اختيارية

١ - جزء أول ص ٢١ - ص ٥٠ .

٢ - جزء أول فقرة ١١ ص ٢١ - وإن كان ديموج يقول إن هذا هو التعريف التقليدي للواقعة القانونية ، فإنه مع ذلك لم يشر في المراجع التي استند إليها إلا إلى مرجع فرنسي واحد في الفقه المدني هو بالطبيعة كاييتان ، وآخر في نفسه القانون العام در جيز ، أما سائر المراجع التي أشار إليها فهي مراجع ألمانية وإيطالية .

- ٣٦ -

تحدث بإرادة الإنسان كالعقد والعمل غير المشروع . والوقائع الاختيارية تنقسم بدورها إلى وقائع ترتب أثراً دون نظر إلى إرادة من صدرت منه الواقعة وذلك كالعمل غير المشروع يولد التزاماً بالتعويض رغم إرادة من صدر منه هذا العمل، وإلى وقائع ترتب الأثر الذي أراده صاحبها كالعقد والوصية والنزول عن الحق وهذه هي التصرفات القانونية actes juridiques

التصرف القانوني :

ويقف ديموج عند التصرفات القانونية دون غيرها . فيحلل التصرف القانوني في كثير من العمق والإسهاب، ويبدأ بتعريف التصرف القانوني . فينقل التعريف الذي ورد في الأسباب الإيضاحية motifs للقانون الألماني من أن التصرف القانوني هو إرادة خاصة معلنة اتجهت لتحقيق أثر قانوني يحميه القانون لأن الإرادة تعلقته به (١) ، وهو تعريف دقيق كما سنرى لأنه يجعل التصرف القانوني هو الإرادة ذاتها (٢) . ولكن ديموج لا يرضى عن هذا التعريف ، إذ يراه يبرز في المكان الأول مهمة الإرادة ، وينعني عليه أنه يغفل الغاية الاجتماعية من القانون في وقت أصبح فيه سلطان الإرادة واحترام الإرادة لذاتها ليس هو الرأي السائد ، ويضع تعريفاً من عنده يبرز فيه هذه الغاية الاجتماعية فيقول : التصرف القانوني هو الذي تتفق فيه الغاية الاجتماعية المتوخاة مع الإرادة الخاصة (٣) .

(١) وهذه هي ترجمة التعريف بالفرنسية :

Une déclaration de volonté privée dirigée sur une suite juridique que le droit protège parce qu'elle a été voulue

(٢) ويورد ديموج مع هذا التعريف تعريفات أخرى لفقهاء من الألمان والإيطاليين . فيذكر تعريف Crome : التصرف القانوني هو تعبير عن الإرادة بمقتضاه يحدد الشخص بنفسه مركزه القانوني . وتعريف Endemann : التصرف القانوني إرادة معلنة يحميها القانون - وتعريف Barassi : التصرف القانوني هو إرادة الإنسان تحدث أثراً قانونياً في الجوهر - وتعريف Ruggiero : التصرف القانوني إرادة معلنة اتجهت لغاية يحميها النظام القانوني .

(٣) وهذا هو نفس تعريفه

Il faut donc définir l'acte juridique : celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle

ثم ينظر ديموج بعد ذلك في تحديد الأساس الذي تقوم عليه القوة الملزمة في التصرف القانوني ، فإراه في اطمئنان الغير الى صدور هذا التصرف من صاحبه ، فلو جاز لهذا أن ينقض تصرفه لأخل بالثقة المشروعة التي وضعها الناس في هذا التصرف ، فأساس القوة الملزمة إذن هو استقرار التعامل (١) .

وينتقل ديموج بعد ذلك الى تقسيم التصرف القانوني الى قسمين أساسيين :
 (١) تصرف بارادة منفردة (acte unilatéral) (٢) وتصرف بارادات متعددة acte bilatéral .
 والتصرف بارادات متعددة - الاتفاق والمقد - يصدر عادة من أطراف تتعارض مصالحهم ، وخير ضمان لهم جميعا هو أنهم قد اتفقوا بالرغم من هذا التعارض ، ولذلك يكون هذا التصرف جائزا بوجه عام (٢) . أما التصرف بارادة منفردة فلا يتوافر فيه هذا الضمان ، ومن ثم لا يكون جائزا إلا في أحوال محدودة ، كما لو كان الأمر متعلقا بأوضاع يقصد بها استعمال حق موجود كالإعذار والإنذار والتنبيه ، أو كانت هناك ضرورة اجتماعية تقتضيه كما في الفضالة ، أو كان التصرف لا يضر إلا من صدر منه كالتنازل (٣) .

ويصنف ديموج التصرفات بالارادة المنفردة على الوجه الآتي : (١) الوصية .
 (٢) استعمال حق الخيار ، كقبول الميراث أو الوصية أو رفضهما وكالخيار في الالتزام التخييري أو الالتزام البدلي . (٣) التنازل عن الحق ، كالتنازل عن ارتفاق أورهن أو أي تأمين عيني أو شخصي أو عن الحائط المشترك أو عن الأرض التي يستعمل فيها حق لارتفاق . (٤) الاثبات كالاقرار واليمين والنكول عن اليمين ، والشهادة أمام

(١) جزء أول فقرة ١٥ ص ٣٣

(٢) ويقول ديموج أن التصرف بالارادات المجتمعة اذا كان فيه ضمان كاف ، وهو أن يتم الاتفاق رغم معارض المصالح ، إلا أن هذا الاتفاق قد يتعذر في بعض الأحيان ، ومن ثم فالمستقبل كفيلا أن يخلق نظاما وسطا بين التصرف بالارادات المجتمعة والتصرف بارادة منفردة ، فيصدر التصرف بارادة منفردة من ذي الشأن مع جواز الاعتراض عليه من كل ذي مصلحة متعارضة (ديموج جزء أول فقرة ١٦ ص ٣٨ - ١٣٩)
 (٣) ديموج جزء أول فقرة ١٦ ص ٣٥ - ٣٦ .

القضاء أو خارجه . ه) أعمال التحفظ ، كالأعذار والتنبية وانذار الحائز أن يدفع أو يتخلى . ٦) دعوة الغير أن يستعمل حقا ، كدعوة المدين أن يستعمل خياره في التزام تخيري . ٧) أعمال مكحلة لتصرفات بارادات مجتمعة ، كإجازة عقد قابل للأبطال وإقرار عمل الوكيل أو الفضولي وقبول المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير .

ويقول ديموج إن الألمان يضعون بين التصرف بارادة منفردة والتصرف بارادات متعددة نوعا وسطا ، تتمدد فيه أطراف التصرف دون أن تعارض المصالح فيما بينهم ، كتصويت أعضاء المجلس الواحد وكتأسيس جمعية (١) .

تقسيم مصادر الالتزام :

وبعد أن يفرغ ديموج من تحليل التصرف القانوني ومن تقسيماته ينتهي الى الكلام في تقسيم مصادر الالتزام ، وكان المنتظر ، بعد أن أبرز التصرف القانوني والواقعة القانونية . وميز فيما بينهما ، أن يقتصر عليهما ليحصر فيهما مصادر الالتزام . ولكنه لا يفعل ذلك . فهو بعد أن ينتقد التقسيم الثنائي لمصادر الالتزام الى العقد والقانون ، وهو التقسيم الذي قال به بلانيول ، على اعتبار أنه تقسيم عقيم لا ثمره فيه ، يتخذ أساسا آخر لتقسيم مصادر الالتزام هو قدر تدخل الارادة في توليد الالتزام ، ويختار هذا الأساس لأنه عامـل مؤثر في وجوب توافر الأهلية فيقسم مصادر الالتزام الى خمسة :

١ - العقد ، وهو يتطلب أكبر قدر من تدخل الارادة ، أديحتم تطابق أراذتي المدين والدائن ، وهنا يقتصر القانون على حماية هاتين الارادتين المتطابقتين مادام الطرفان قد توافرت فيهما الأهلية ، وخلت الارادة من العيوب ، وكان الاتفاق مشروعا . ويمكن أن يتم الاتفاق بالرغم من تعارض المصاححة ، فان في هذا ضلانا كافيا كما تقدم القول .

(١) ديموج جرد أول فقرة ١٦ ص ٣٧ .

٢ - إرادة المدين المنفردة . وهنا يجب توافر أهلية المدين .

٣ - الجريمة وشبه الجريمة ، ويمكن جمعهما تحت اسم العمل غير المشروع ، وهذا يتطلب نوعا من الإرادة ونوعا من الأهلية (التمييز) .

٤ - شبه العقد . وهنا يعود ديموج الى هذا التعبير ، ولكنه يعطيه معنى آخر غير المعنى التقليدي ، فهو يرى أن التضامن الاجتماعي (solidarité sociale) يقضى بأن يكون الشخص دائما - لأمدينا - بإرادته المنفردة . ويقدم ديموج لذلك مثلا الفضولي ، فهو يرعى مصلحة رب العمل ، وبفضل هذا التضامن الاجتماعي خوله القانون أن يصبح دائما بإرادته المنفردة لرب العمل . ويقول في هذا الصدد : « شبه العقد - وهو تعبير منتقد ، ويجب مع ذلك استعماله . فهو يستجيب لحقيقة حجبها سيادة الأفكار الفردية مدة طويلة . هنا لم يرد المدين أن يلتزم . قرب العمل ومن قبض فما لا يستحق لم يصدر منهما رضاه . ولم يجد الفقه مصدرا لهذا الالتزام غير القانون ، أو هي العدالة يترجم عنها القانون ، والامر في ذلك سواء . والواقع هو أن الالتزام ينشأ هنا بإرادة الدائن . ذلك أن الفضولي هو الذي أراد التدخل في شؤون الغير . فالدائن هو الذي يقر الالتزام ، أما المدين فلا حاجة الى إقراره . وقيم القانون هذا الالتزام تأسيسا على التضامن الاجتماعي . فهو يقر من يتدخل في شؤون الغير في حالات معينة . ولما كان لهذا الالتزام صبغة خاصة ، فأنتا ندرك الصعوبة التي يثيرها . أذ يصبح من الدقة بمكان أن نقول الى أي مدى يمكن للشخص أن يكون دائما بإرادته ، بالرغم من المدين أو في القليل من غير عليه . » (١)

٥ - الواقعة البسيطة قد تولد التزاما ، وهنا لا تدخل للإرادة إطلاقا . مثل ذلك الالتزام بالنفقة ودفع غير المستحق والاثراء على حساب الغير . فتم وجدت الواقعة وجد

- ٤٠ -

الالتزام ، دون نظر الى الارادة ، لأن المصلحة الاجتماعية تقتضى ذلك . (١)

وينتهى ديموج الى القول بأن مصادر الالتزام ليست منفصلة انفصالا تاما بعضها عن بعض ، فقد يتدخل مصدر في آخر . قد يتدخل العمل غير المشروع في مفاوضات العقد ، وقد تعمل الفضالة والعقد في وقت معا . (٢)

ما يؤخذ على ديموج :

هذا هو في إيجاز ما يراه ديموج في التصرف القانوني والواقعة القانونية وما يراه في تقسيم مصادر الالتزام . ولا شك في أن لهذه الآراء مزاياها . ومن أهم هذه المزايا العمق في التفكير وإبراز الناحية الاجتماعية في القانون ، وإن كان ذلك على حساب الدقة في الصياغة .

على أنه يمكن أن يؤخذ على ديموج ما يأتي :

(أولاً) لم يحاول ، كما فعل في التصرف القانوني ، أن يرسم الخطوط الرئيسية لنظرية عامة في الوقائع القانونية . بل اكتفى بالإشارة إليها في تقسيماته المختلفة .

(ثانياً) وهو عند ما حلل التصرف القانوني عنى أكثر ما عنى بالناحية الاجتماعية . وكان ذلك سبباً في بعض الغموض الذي لا يزال عالقا بالتصرف القانوني بعد كل هذا الأسهاب في التحليل ، على ما سنرى فيما يلي . وهو بعد أن أورد تعاريف دقيقة للتصرف القانوني ، نقلا عن الفقه الألماني والفقه الإيطالي ، حيث تبرز الارادة فتكون هي ذاتها التصرف القانوني ، نراه قد أخفى هذه الحقيقة الجوهرية تحت ستار من الاعتبارات الاجتماعية .

(١) ويقول ديموج أن هذا التقسيم يحتمل الزيادة ، فقد توجد مصادر أخرى في المستقبل . وهنا يشير الى احتمال وجود مصدر جديد هو التصرف بارادة منفردة من ذي الشأن مع جواز الاعتراض عليه من كل ذي مصلحة متعارضة ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك (ديموج جزء أول فقرة ٧ ص ٤٨) .

- ٤١ -

(ثالثا) وعندما عرض لتقسيم مصادر الالتزام ترك التقسيم الطبيعي الذي كان قد مهد له في السطور الأولى التي كتبها ، وكان يستطيع أن يقول في بساطة تامة ان للالتزام مصدرين اثنين هما التصرف القانوني والواقعة القانونية . ولكنه تنكب ذلك وأراد أن يضع تقسيما جديدا لمصادر الالتزام ، بناء على أساس قدر تدخل الإرادة في توليد الالتزام . وهنا يخونه التوفيق . فهو يستعمل الإرادة في المصدرين الأولين ، العقد والإرادة المنفردة ، في غير المعنى الذي قصد إليه في المصدر الثالث وهو العمل غير المشروع . إذا الإرادة في التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة - معناها إرادة أحداث الأثر القانوني الذي نتج عن هذا التصرف . أما الإرادة في العمل غير المشروع فمعناها إرادة العمل المادي الذي وقع دون إرادة أحداث الأثر القانوني الذي ترتب على هذا العمل . و فرق كبير ما بين المعنيين ، وكان الأولى ، إذا أخذ الإرادة بالمعنى الأول ، أن يحمل العمل غير المشروع هو آخر المصادر ، يقابله العقد في أولها ، فهناك تعارض تام بين العقد وفيه يريد العاقد الأثر القانوني الذي أحدثه وبين العمل غير المشروع وفيه يريد من وقع منه العمل عكس أثره تماما ، وكان فيزيوز (vizioz) ، كما رأينا ، أكثر توفيقا من ديموج في هذه المسألة ، فقد بدأ بالعقد وانتهى بالعمل غير المشروع .

وهذا الخلط في معنى الإرادة ، وعدم تمحيص التصرف القانوني على أنه إرادة محضة ، هو الذي دفع ديموج إلى القول بأن الفضولي يصبح دائما بإرادته المنفردة ، مع أن الإرادة هنا لا تنصب على الأثر القانوني الذي ترتب على الفضالة بل على العمل المادي الذي قام به الفضولي ، والصحيح أن الفضولي دائن ومدين : هو دائن إذا جعل رب العمل يثرى على حسابه دون سبب ، وهو مدين لأنه يتدخل في شؤون الغير التزم بالمضى في العمل وبتقديم حساب عنه . ومصدر الالتزام في الحالتين ليس هو إرادة الفضولي بل هو هذا التدخل من جانبه ، والتدخل عمل مادي ، فمصدر الالتزام إذن ليس تصرفا قانونيا بل هو واقعة قانونية . ولو عني ديموج بتحليل الواقعة القانونية وقابل بينها وبين التصرف القانوني ، لقرر أن التصرف القانوني ليس إلا إرادة محضة

- ٤٣ -

تقابله الواقعة القانونية وهي عمل مادي ، ولما قال إن المين والنكول عنه ورده
والشهادة أمام القضاء وخارجه كل هذه تصرفات قانونية (١)
٢ - فقه القانون العام

فقهاء يمثلون القانون العام :

كان لفقهاء القانون العام المعاصرين في فرنسا ، وبخاصة لديجيه ، فضل كبير في

(١) ولم يعرض أحد من الفقهاء الفرنسيين المعاصرين - فيما عدا بنكاز الذي

سبسط أراءه في الفصل التالي - الى رسم نظرية عامة للتصرف القانوني والواقعة القانونية .

القانونية .

ونشير في نهاية هذا البحث الى فقيهين آخرين ، أحدهما فرنسي وهو جسران

Josserand ، والآخر وان كان بلجيكيًا إلا أنه يعد مساهمًا في حركة الفقه الفرنسي وهو دي باج De page

فجسران يرى أن مصادر الالتزام أربعة : القانون والعمل غير المشروع والائراء

بلا سبب والتصرف القانوني . فهو قد استخلص التصرف القانوني وميزه عن الوقائع

القانونية ، ولكنه لم يجمع هذه الوقائع ليتنظمها في سلسلة واحدة ، واذا ذكر

القانون لم يشر الى أية واقعة قانونية تسبقه ، ثم هو عندما يعرف التصرف القانوني يبرز

أهمية الارادة الى أعلى درجة ، فيقول : (جزء أول فقرة ١٢٢ ص ٨٣) التصرف

القانوني أساسه الارادة ، فهي منه المحور والجوهر . . . ، ولكن يبدو أنه لا يريد

أن يقول ان التصرف القانوني هو الارادة ذاتها .

ودي باج يميز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ولكنه لا يحدد تحديدا

دقيقا ما هو التصرف القانوني ، فهو يعرفه على الوجه الآتي : « التصرف القانوني هو

تصرف يقوم به الشخص اختيارا بقصد أحداث أثر قانوني ، كانشاء حق أو تعديله

أو إنهائه . ونذكر في الحال كأمثلة للتصرف القانوني العقد والزواج والحيازة . . . »

(جزء أول فقرة ١٧) . ويبدو أن دي باج يرى أن الارادة هي عنصر من عناصر

التصرف القانوني ، وليست هي التصرف ذاته ، فلا غرابة اذن في أن يعد الحيازة من

بين التصرفات القانونية .

٤٣ -

تحليل التصرف القانوني وفي رسم الخطوط الرئيسية لنظرية عامة فيه . وقد عرضوا في الوقت ذاته للواقعة القانونية ، ولكن في غير تبسط .

ونعرض هنا ، في إيجاز ، لثلاثة من هؤلاء الفقهاء : ديجيه وجيز وبونار .

(١) ديجيه Duguit

التصرف القانوني والواقعة القانونية :

ديجيه هو من طراز هؤلاء الفقهاء العبقرين الذين يتسع أفقهم فينظمون في نظرة واحدة معاني القانون في جملته ، لافرق في ذلك بين القانون العام والقانون الخاص . ويقتلون مارث من الآراء البالية ، ليقيموا على أنقاض ما هدموا صرحا جديدا ، فيه من النظرات النافذة والآراء العميقة ما يجعل الناس ينقسمون بين مغرق في التأييد ومسرف في التفنيد . هذا إلى أن يدور الزمن دورته ، فتقبلور الإنكار ، ويتبين انث من السمين ، فأما الزبد فيذهب جفاء ، وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض .

وقد حلل ديجيه الإرادة بوجه عام ، والتصرف القانوني بوجه خاص ، تحليلا عميقا مزج فيه علم النفس بالقانون ، فوفق أكبر التوفيق . ومنعود إلى هذا التحليل في موضع آخر .

ثم يقول ديجيه إن التصرف القانوني ليس إلا عملا إراديا (acte volontaire) يحدث أثرا قانونيا ، ولكن ليس كل شيء يحدث أثرا قانونيا يكون تصرفا قانونيا . فالميلاد والموت والتلف العارض وانفصال الثمار تلقائيا من أشجارها ، هذه كلها وقائع غير إرادية تحدث آثارا قانونية ، فهي ليست تصرفات بل هي وقائع . أما التصرف فهو عمل إرادي يصدر بقصد إحداث الأثر القانوني الذي ترتب عليه ، ومن ثم فالعمل الإرادي الذي يحدث أثرا لم يقصده الشخص الذي وقع منه هذا العمل لا يكون تصرفا قانونيا ، بل هو أيضا واقعة قانونية ، كالعمل غير الإرادي سواء : فالجريمة الجنائية

- ١٤ -

أو المدنية ليست بتصرف قانوني وإن كانت عملا إراديا ، لأن الشخص الذي وقعت منه الجريمة لم يقصد أحداث الأثر القانوني الذي ترتب عليها ، وهو العقوبة في الجريمة الجنائية والتعويض في الجريمة المدنية ، ومن ثم يختلف التصرف القانوني عن الواقعة القانونية في أنه (أولا) عمل إرادي ، أما الواقعة القانونية فقد تكون غير إرادية وفي أنه (ثانيا) يرتب أثرا قانونيا مقصودا ، أما الواقعة القانونية فأثرها القانوني غير مقصود .

التصرف القانوني: الأهلية والمحل والسبب :

ويقول ديجيه إن للتصرف القانوني عناصر ثلاثة : الأهلية والمحل والسبب . فإذا اختل عنصر منها فسد التصرف وفقا لأحكام نظرية البطلان .

أما الأهلية اللازمة في الشخص لصدور التصرف القانوني منه فهي حد أدنى من التمييز والنضوج العقلي يجعله قادرا على إدراك ماهية التصرف الذي يقوم به ، وعلى أن يفرق بين التصرفات القانونية المختلفة ، وعلى أن تكون له إرادة سليمة كاملة تتعلق بمحل التصرف تعلقا سليما كاملا . والشخص إما أن يكون كامل الأهلية إذا وصل في التمييز والنضوج العقلي إلى هذا الحد ، وإما أن يكون ناقص الأهلية إذا لم يصل ولكن التمييز عنده غير معدوم ، وإما أن يكون معدوم الأهلية إذا كان معدوم التمييز . ويناقش ديجيه هنا طويلا الأهلية من حيث أنها قدرة على الإرادة *pouvoir de vouloir* ، وينفي بشدة أن تكون أساسا للحق الذاتي *droit subjectif* (١)

١ - ولديجيه نظرية معروفة في الحق الذاتي *Droit subjectif* . وفي نقي سلطان الدولة *Souveraineté de l'Etat* وفي قيام الروابط القانونية كلها على قواعد انقانون الموضوعية *Droit Objectif* دون حاجة إلى أن تصور حقا ذاتيا لا وجود له في العالم الطبيعي بل هو شيء ميتا فزيكي *Metaphysique* يرجع إلى ما وراء الطبيعة ، وبدلا من أن يقول إن للشخص حقا ذاتيا تقول إن للشخص مركزا قانونيا معينا *Situation juridique* بالنسبة إلى شيء معين بحيث إذا امتدى الغير على هذا المركز يكون قد اعتدى على القانون لا على الحق المزعوم ، وعند ذلك يضع القانون تحت تصرف الشخص دعاوى وطرقا قانونية *Voies de droit* يستطيع بها أن يضع حدا لهذا الاعتداء ، فيمنعه في المستقبل ويعوض عنه في الماضي . فالحق الذاتي في =

== نظريته Duguit لا وجود له سواء اشتق من قاعدة قانونية أو اشتق من تصرف قانوني وتقل هنا ما يقوله في هذا الصدد:

Je crois qu'il n'y a plus de droit subjectif quand un acte juridique a été fait qu'il n'y en a au cas de simple application de la règle de droit. D'abord, si la notion de droit subjectif est, comme je pense l'avoir établi, une notion d'ordre métaphysique et qui par conséquent, ne peut être admise en science

positive, cela reste vrai qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'acte juridique. Si le droit subjectif ne peut être conçu que comme le pouvoir d'une certaine volonté, comme une qualité à elle propre et que n'ont pas les autres, qualité qui lui permet de s'imposer comme telle, il est un simple produit de l'esprit qui ne correspond en rien à la réalité, il est un mythe, une fiction, une entité, produit de l'imagination métaphysique de l'homme, survivance des entités substantielles de la théologie scolastique, il n'est que cela, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'acte juridique (Duguit I p 253.)

والحق الذاتي يقوم على الفروض الآتية :

١ - الفرد موجود قبل المجتمع - وكانت له حقوق ذاتية هي حقوق طبيعية كسبها بوصف أنه إنسان.

٢ - ثم دخل المجتمع، فوجب أن يوجد القانون ليحدد من حقوق كل فرد في حق المجتمع.

٣ - فالحق وجد قبل القانون، والقانون لم يوجد إلا ليحمي الحق.

هذه هي النظريات الفردية - قال بها هيزلوك وروبر وكرستة الثورة الفرنسية.

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits

ويقول ديجيه: هذا كله غير صحيح

١ - فالفرد لم يوجد قبل المجتمع، ولا يمكن أن يوجد إلا في المجتمع، ولو وجد قبل المجتمع لما كانت له حقوق إطلاقاً.

٢ - وهو قد وجد في المجتمع ووجد بوجوده المجتمع. فإلا أولاً القانون، وهو الذي ولد الحقوق.

٣ - فالقانون وجد قبل الحق، ولولا القانون لما وجد الحق.

النتيجة

لا يوجد: إذن حق ذاتي لصيق بإرادة الإنسان يعطي هذه الإرادة طبيعة خاصة تجعلها تملو على إرادته من عليه هذا الحق الذاتي - بل إن الإنسان يجعله القانون بالنسبة إلى إنسان آخر في مركز قانوني ذاتي لا يجوز الاعتداء عليه، فإن اعتدى عليه أعطى القانون لصاحب هذا المركز الذاتي طرقات قانونية يحمي به مركزه

والمحل الذي يقع عليه التصرف إما أن يكون مباشرا وهو هذه الحركة الجسمية التي تعلق بها الإرادة من قول أو فعل أو نحو ذلك ، وإما أن يكون غير مباشر وهو الأثر الذي يرتبه القانون على هذه الحركة الجسمية . ويجب أن يكون كل من المحل المباشر والمحل غير المباشر مشروعا . فإذا كان المحل المباشر غير مشروع ، كان التصرف باطلا ولو كان المحل غير المباشر مشروعا .^(١) وإذا كان المحل المباشر مشروعا ولكن المحل غير المباشر ليس بمشروع فإن التصرف يكون هنا أيضا غير مشروع^(٢) .

والسبب ، أى الغاية المترخاة من التصرف القانوني ، يجب أيضا أن يكون مشروعا . ويميز ديجيه تميزا دقيقا بين السبب والمحل . فالسبب شئ نفسى ، أما المحل مباشرا كان أو غير مباشر فشىء مادى . ويلاحظ ديجيه بحق أن كثيرا من الفقهاء يخلط ما بين السبب والمحل غير المباشر . فيجعل الأثر الذي يرتبه القانون على صيغة العقد هو السبب ، فيختلط السبب بالمحل ، وتصبح نظرية السبب أما غير صحيحة لأن السبب لا وجود له ، وإما غير مجدية لأن السبب قد اختلط بالمحل . ويقول ديجيه إن السبب شئ آخر غير

(١) وبأى ديجيه هنا يمثل غير على يفرضه مع بعض فقهاء الألمان . فيقول لو أن شخصا أثنى عملا غير مشروع كأن يسب شخصا آخر ويقصد من ذلك أن يلتزم بتعويض نحو هذا الشخص ، فلا يكون السبب تصرفا قانونيا مشروعا مع أنه عمل ارادى قصد به إحداث الأثر القانونى الذى أحدثه فعلا . ذلك أن المحل المباشر - ألقاظ السبب - غير مشروع ، فيكون التصرف غير مشروع . وذلك بالرغم من أن المحل غير المباشر - وهو التعويض - مشروع . ويلاحظ على هذا المثل - فوق أنه غير عملى - أنه ينم عن خلط بين التصرف القانونى والواقعة القانونية . فالسبب عمل مادى وإن كان اراديا ، ولذلك يكون واقعة قانونية لا تصرفا قانونيا ، وديجيه يعتبره تصرفا قانونيا غير مشروع ، والفرق واضح بين الأمرين .

(٢) مثل ذلك بيع رسمى لتركة مستقبل . فالمحل المباشر هنا هو الشكل الرسمى الذى يوضع فيه عقد البيع وهو مشروع ، والمحل غير المباشر هو الأثر القانونى الذى يترتب على هذا الشكل الرسمى وهو قيام البيع لهذه التركة المستقبلية ، وهذا غير مشروع ، فيكون التصرف غير مشروع ولو أن محله المباشر مشروع .

المحل ، فهو الغرض الجوهرى الذى تصور الشخص تحقيقة من وراء اتمام التصرف القانونى ، وهو الدافع الحاضر على إبرام التصرف . فوجب أن يكون مشروعاً لأن القانون لا يجيز أن يكون الغرض الجوهرى من إبرام التصرف تحقيق أمر غير مشروع . فان كان السبب غير مشروع كان التصرف هو أيضاً غير مشروع ، ولو كان كل من محله المباشر ومحله غير المباشر مشروعاً . فن يقتضى ليقامر يبرم تصرفاً قانونياً محله المباشر ، وهو صيغة القرض أو تسلم المبلغ المقرض ان كان القرض عقداً عينياً ، مشروع ، ومحله غير المباشر ، وهو قيام القرض قانوناً والتزام المقرض بالرد ، مشروع كذلك ، ولكن سبب القرض ، وهو المقامرة ، غير مشروع ، فيكون التصرف غير مشروع .

التصرف المنظم والتصرف الشرطى والتصرف الذاتى :

ويقسم ديجيه التصرف القانونى ، من حيث الأثر الذى يرتبه ، إلى أنواع ثلاثة :
(١) تصرف منظم (acte-règle) وتصرف شرطى (acte-condition) وتصرف ذاتى (acte-subjectif)

فالتصرف المنظم يكون الأثر الذى يرتبه هو تعديل فى القواعد القانونية القائمة . إذ يأتى هذا التصرف بقاعدة جديدة ، أو يحذف قاعدة قديمة ، أو يعدل قاعدة موجودة ، مثل ذلك فى القانون العام اللوائح التنظيمية ، وفى القانون الخاص نظم (statuts) الجمعيات والشركات وأحكام الاتفاق الجماعى للعمل .

والتصرف الشرطى يكون الأثر الذى يرتبه هو نقل شخص إلى حالة قانونية جديدة statut légal لم تكن تنطبق عليه من قبل . فالتصرف إذن هو الشرط الذى لابد من توافره حتى ينتقل الشخص إلى هذه الحالة القانونية الجديدة ، ومن ثم سمي بالتصرف الشرطى . مثل ذلك فى القانون العام تعيين الموظف والتجنس ، ومثل ذلك فى القانون الخاص الاقرار بالبنوة الطبيعية والتبنى والزواج .

والتصرف الذاتى يكون الأثر الذى يرتبه هو حالة قانونية ذاتية .

situation juridique subjective

- ٤٨ -

أى التزام شخصي يترتب في ذمة المدين وعليه أن ينفذه ، فإذا نفذه انقضى ، فهو إذن حالة قانونية وقتية مآ لها إلى الزوال ، وخير مثال للتصرف الذاتى هو العقد .

العقد والتصرف الجماعى والتصرف الاتحادى :

وينتقل ديجيه ، بعد أن بحث التصرف القانونى من ناحية أثره إلى بحثه من ناحية أطرافه ، هل فيه طرف واحد أو هو متعدد الأطراف ، هل قام على إرادة واحدة أو ساهمت في تكوينه إرادات متعددة . فيقسم التصرف القانونى من هذه الناحية إلى قسمين : (١) تصرف بإرادة منفردة (acte unilatéral) ، (٢) وتصرف بإرادات متعددة acte plurilatéral

والنظام القانونى لبلد معين هو الذى يعين الحالات التى يكفى فيها لإنشاء أثر قانونى أن يكون التصرف بإرادة منفردة ، والحالات التى يجب فيها أن يكون التصرف بإرادات متعددة .

وهنا يقول ديجيه إن المذهب الفردى ، وهو المذهب الذى لا يزال غالباً فى الفقه الفرنسى ، يعتبر أن الإرادة المنفردة وحدها عاجزة عن إحداث أى أثر إلا إذا نص المشرع على ذلك . أما إذا لم يكن هناك نص فلا بد لإحداث الأثر القانونى من تطابق إرادتين . ذلك أن المركز القانونى ، وفقاً لهذا المبدأ ، هو حق ذاتى (droit subjectif) له طرفان : طرف فى ذمته الواجب وطرف لزمته الحق . فإحداث أثر قانونى من شأنه أن يعدل فى الروابط القانونية ما بين شخصين ليزيد فى حقوق الأول ولينقص من حقوق الثانى لا بد أن يتوقف على تطابق إرادتيهما ، أى لا بد من تصرف بإرادات متعددة هو العقد (١)

وهذا مايقوله فى الاصل :

Comme d'autre part, on ne comprend la situation de droit que sous la forme d'un rapport entre deux sujets de volonté, l'un étant grevé d'un devoir subjectif et l'autre titulaire d'un droit subjectif. la naissance d'un effet de droit entraînant toujours une modification à la sphère juridique de deux sujets de volonté autonomes. pour l'un une modification en plus, pour l'autre une modification en moins, il faut bien pour qu'une situation de droit puisse prendre sa naissance, le concours des volontés de ces deux sujets, il faut, un acte plurilatéral, un contrat (Duguit I n° 270)

ثم يميز ديجيه في التصرفات بإرادات متعددة بين أنواع ثلاثة : (١) العقد *contrat* (٢) التصرف الجماعي (*acte collectif* , *gesamakt*) (٣) التصرف الاتحادي (١) (*union, Vcein Barung*)

فالعقد يتميز بالمقومات الآتية : (١) فيه طرفان متقابلان . يتكون كل طرف من شخص أو أكثر (٢) مصالح كل طرف تتعارض مع مصالح الطرف الآخر . (٣) ينشئ العقد التزاما - أى مركزا قانونيا ذاتيا - فالعقد والالتزام شيان متلازمان ، والعقد هو المصدر المنشئ والالتزام هو الأثر المترتب ، ومن ثم فالعقد تصرف ذاتي . (٤) في هذا الالتزام أحد الطرفين دائن والطرف الآخر مدين . (٥) ولكل طرف محل وسبب يختلفان عن المحل والسبب اللذين للطرف الآخر . ويأتى ديجيه بأمثلة للعقد منها عقد البيع . فالبيع فيه طرفان متقابلان ، هما البائع والمشتري ، ومصالح البائع تتعارض مع مصالح المشتري ، فإن الصفقة اذ مالت لصالح أحدهما مالت عن صالح الآخر . وينشئ البيع التزامات منها التزام البائع بنقل ملكية المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن . وفي التزام نقل الملكية البائع مدين والمشتري دائن ، وفي التزام دفع الثمن البائع دائن والمشتري مدين . والمحل المباشر بالنسبة الى البائع هو اعلان ارادته فى أن يكون بائعا ، وبالنسبة الى المشتري هو اعلان ارادته فى أن يكون مشتريا ، فالمحلان مختلفان ، والمحل غير المباشر بالنسبة الى البائع هو أن يكون مدينا بنقل ملكية المبيع ، وبالنسبة الى المشتري هو أن يكون مدينا بالثمن ، فالمحلان هنا أيضا مختلفان . والسبب بالنسبة الى البائع هو أن يكون المشتري مدينا بالثمن ، وبالنسبة الى المشتري هو أن يكون البائع مدينا بنقل ملكية المبيع ، فالسببان هما أيضا مختلفان . ويميز ديجيه فى هذا الصدد بين سبب الالتزام على النحو الذى ذكره فى مثلنا هذا ، وسبب العقد

(١) - وقبل ديجيه كان كل من الفقه الألمانى والفقه الإيطالى يعزى بين العقد والتصرف الجماعى ، ويدمج فى التصرف الجماعى التصرف الاتحادى . وكان هوريو Hauriou فى الفقه الفرنسى يميز بين العقد والإرادات المنفردة المتعاقبة ، تأتي كل إرادة لتتضم الى سابقتها ، دون أن تندمج هذه الإرادات كلها فى اتفاق ذاتى واحد .

وهو الغرض الجوهرى الذى تصور الشخص تحقيقه من وراء إتمام التصرف القانونى على النحو الذى ذكره فيما تقدم (١).

والتصرف الجماعى : كالمجموعات والشركات المساهمة ، يختلف اختلافا جوهريا عن العقد . فهو ليس بعقد (contrat) ولا باتفاق (convention) . بل هو أقرب إلى أن يكون تصرفا بإرادة منفردة ، ولكنه ليس إرادة منفردة واحدة ، بل هو مجموع من الإرادات المنفردة ، كل إرادة تأتى لتتضم إلى سابقتها . ويميز ديجيه فى تكوين الشركة المساهمة بين مرحلتين : المرحلة السابقة على التكوين ومرحلة التكوين ذاتها . وفى المرحلة الأولى يتفاوض المؤسسون ويرمون فيما بينهم عقودا تنشئ التزامات ذاتية كما هو الأمر فى كل عقد . فإذا تمت هذه المرحلة ، واتفق المؤسسون على نظام الشركة ودعوا إليها المساهمين واجتمع هؤلاء فى مكان واحد - ناقشوا نظام الشركة ثم أقروه . هذا الإقرار (vote) هو التصرف القانونى الجماعى ، وهو مجموع الارادات المنفردة للمساهمين انضمت بعضها إلى بعض . ويتميز بمقومات هى عكس مقومات العقد ، على الوجه الآتى : (١) لا يوجد فيه طرفان متقابلان ، بل أطراف متماثلة ، كل مساهم طرف يماثل الأطراف الأخرى . (٢) لا تتعارض مصالح أى طرف مع مصالح الطرف الآخر ، بل الجميع لهم مصلحة واحدة . (٣) لا ينشئ التصرف مراکز ذاتية وقتية كالعقد ، بل ينشئ نظاما ، أى قواعد قانونية عامة مجردة تسرى على المساهمين وعلى الغير ممن يتعامل مع الشركة . (٤) لا يوجد دائن ومدين بل الكل شركاء ، والكل دائنون ومدينون للشركة لا يقتضى عقد بل يقتضى نظام الشركة ذاته أى يقتضى قواعد قانونية . (٥) لا يختلف المحل والسبب لأى مساهم عن المحل والسبب لأى مساهم آخر ، فالمحل بالنسبة إلى الجميع هو هذا النظام القانونى الذى أقره كل واحد منهم ، والسبب بالنسبة إلى الجميع أيضا هو المنافع المبتغاة من وراء الشركة . فالتصرف الجماعى هو إذن تصرف منظم وشرطى

١ - ويؤيد ديجيه أن يطلق على السبب cause اسم الغاية but معنا للخلط بين السبب بمعنى الغاية

في آن واحد ، ولكن صفة التنظيم هي الغالبة (١)

والتصرف الاتحادي : يمثل له ديجيه بالاتفاق الجماعي للعمل وعقد التزام المرافق العامة وعقد الزواج وعقد تعيين الموظف . فالاتفاق الجماعي للعمل ليس بعقد (contrat) وإنما هو اتفاق (convention) بين ممثلي أصحاب العمل وممثلي العمال بمقتضاه توضع قواعد قانونية تتعلق بالأجرة وساعات العمل وتسرى على جميع عقود العمل الفردية التي يبرمها صاحب العمل مع العامل في الحرفة التي نظمها الاتفاق الجماعي . فهذا الاتفاق الجماعي لا ينشئ التزامات ذاتية ، بل يضع قواعد قانونية ، وهو يسرى على كل صاحب عمل وعلى كل عامل في الحرفة المنظمة حتى لو لم يكن طرفا في الاتفاق الجماعي ، ولا يمكن أن يفسر ذلك لا بقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ولا بقواعد الوكالة أو الفضالة كما حاول بعض رجال الفقه التقايد أن يفعل . وفي عقد التزام المرافق العامة يوجد نوعان من الاتفاق ، اتفاق على التزامات ذاتية ينشئها عقد الالتزام باعتبارها عقدا لا باعتباره تصرفا اتحاديا ، وذلك كالتزام الإدارة بضمان المرفق وبأعاقبه وكالتزام ملتزم المرفق بدفع أتاوة أو بقسمة الربح ، واتفاق يولد قواعد قانونية هي القواعد التي تنظم المرفق وطرق إدارته وعلاقة الجمهور به والسعر الذي يدفعه المستهلكون وما إلى ذلك ، وهذه القواعد يولدها عقد الالتزام باعتباره تصرفا اتحاديا لا باعتباره عقدا . وعقد الزواج ليس بعقد بل هو اتفاق ينشئ حالة قانونية دائمة (statut legal permanent) هي حالة الزوجية ، لا مركزا ذاتيا موقتا (situation subjective provisoire) كما هو الأمر في التزامات البائع والمشتري . وعقد تعيين الموظف اتفاق لا عقد ، فهو يجعل الموظف خاضعا لحالة قانونية لا لمركز ذاتي ، وهو ليس تصرفا بإرادة منفردة لأنه لا ينعقد

١ - وفيه ديجيه هنا انه لا يوافق جيرك Gierke الفقيه الألماني المعروف في أن الارادات المنفردة التي انقسمت بعضها الى بعض في التصرف الجماعي قد امتزجت جميعها فأصبحت ارادة واحدة ، فعند ديجيه أن استخلاص ارادة واحدة من مجموع ارادات منفردة أمر ميتافيزيكي metaphysique يرجع الى ادعاء الطبيعة ، ولا حقيقة له في الوجود.

إلا بإرادتي الإدارة والموظف مجتمعين (١) .

ويتبين من ذلك أن التصرف الاتحادي يتميز عن العقد فيما يأتي : (١) لا ينشئ التصرف الاتحادي مراكز ذاتية موقته ، بل يولد قواعد قانونية دائمة كما في الاتفاق الجماعي والتزام المرافق العامة ، أو حالة قانونية دائمة كما في عقد الزواج وعقد تعيين الموظف . فهو إذن تصرف منظم أو تصرف شرطي على حسب الأحوال ، وليس بتصرف ذاتي . (٢) لا يكون أحد طرفي التصرف الاتحادي دائماً ويكون الطرف الآخر مديناً كما في العقد ، بل كلا الطرفين يخضع لقواعد قانونية واحدة أو لحالة قانونية واحدة . (٣) المحل المباشر وغير المباشر في التصرف الاتحادي واحد لكل من الطرفين وهو يختلف في العقد كما رأينا . فالتصرف الاتحادي في هذه النواحي ، يقرب من التصرف الجماعي ويبعد عن العقد .

ويتميز التصرف الاتحادي عن التصرف الجماعي فيما يأتي : (١) في التصرف الاتحادي يوجد طرفان متقابلان : أصحاب العمل والعمال ، الإدارة وملتزم المرفق العام ، الزوج والزوجة ، الإدارة والموظف . (٢) في التصرف الاتحادي تتعارض مصالح كل من الطرفين مع مصالح الآخر . (٣) في التصرف الاتحادي يختلف السبب لكل طرف عن السبب الذي للطرف الآخر . فالتصرف الاتحادي ، في هذه النواحي

١ - انظر ديجيه في تكييف التصرف الذي يتم به تعيين الموظف . فهو في الطبعة الأولى من كتابه يقول أن تعيين الموظف تصرف يتم بإرادة منفردة ، هي إرادة جهة الإدارة التي قامت بالتعيين ، ثم رجع في الطبعة الثالثة من الكتاب عن هذا الرأي ، ويذهب إلى أن تعيين الموظف يتم باتفاق بينه وبين جهة الإدارة لا بإرادة منفردة ، ولكنه في الجزء الأول من هذه الطبعة الثالثة يقول إن هذا الاتفاق هو تصرف اتحادي وهو الرأي الذي تنقله الآن عنه . أما في الجزء الثالث من الطبعة ذاتها ص ١١٢ فيقول إنه تصرف جماعي ، أي إرادة منفردة من الموظف انضمت إليها إرادة منفردة من جانب الإدارة .

والصحيح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه جيز Jéze . فانه يقول إن تعيين الموظف يتم بإرادة منفردة من جانب الإدارة وهي إرادة استشاردا الموظف أو أقرها provoquée ou acceptée ولا دخل لإرادة الموظف في تقليد الوظيفة investiture انظر جيز : دروس في القانون العام سنة ١٩٢٦-١٩٢٧

يقرب من العقد ويبعد عن التصرف الجماعي . هو أقرب إلى أن يكون قانونا يسرى على جماعتين متقابلتين (loi intersociale) ، لسكل جماعة منهما مصالحها الخاصة .

ما يؤخذ على ديجيه:

هذه هي عجالة سريعة تلخص النظرية العامة التي صاغها ديجيه للتصرف القانوني . وهي نظرية تتسم بالعمق ودقة التفكير وسعة الأفق ، وحظها كبير من الطرافة والتجديد والابتداع . وقد خدم ديجيه بنظريته هذه القانون الخاص كما خدم القانون العام ، ولكننا مع ذلك نأخذ عليه ما يأتي :

(أولا) لم يرسم الخطوط الرئيسية لنظرية عامة في الواقعة القانونية على غرار ما فعل في التصرف القانوني ، وكنا أحوج إلى نظرية في الواقعة القانونية منا الى نظرية في التصرف القانوني بعد أن وطأ القانون الألماني أكناف النظرية الأخيرة ، وكان يرجى الخير الكثير لم القانون لو أن ديجيه ، بهقله المبتدع وعبقريته الفذة ، عنى بوضع نظرية للواقعة القانونية كما عنى بوضع نظرية للتصرف القانوني .

(ثانيا) ولما كان ديجيه لم يضع نظرية عامة للواقعة القانونية . فان الفرصة لم تواته في النظرية التي وضعها للتصرف القانوني أن يضع الواقعة إلى جانب التصرف ليعقد في كل خطوة المقارنة فيما بينهما ، ويبدو أن هذا هو السبب في أن ديجيه بالرغم من هذه النظرية العميقة التي صاغها للتصرف القانوني ، لم يحدد تحديدا دقيقا ما هو هذا التصرف . بل يبدو أنه يعتبر التصرف القانوني عملا إراديا (acte volontaire) وليس هو الإرادة بالذات ، ولا يميزه عن الواقعة القانونية إلا أن الأثر الذي يترتب على التصرف أثر مقصود ، بينما الأثر الذي يترتب على الواقعة القانونية أثر غير مقصود ، حتى أنه اعتبر السبب ، كما رأينا ، تصرفا قانونيا باطلا لو أن من صدر منه السبب قصد

أن يلتزم بالتعويض (١). فعند ديجيه يستوى العمل المادى الارادى والارادة ذاتها ، ويكون من المنطق تأسيسا على ذلك أن يعتبر الاستيلاء ، بل الحيازة بحسن نية ، تصرفا قانونيا ، لان كلا منهما عمل ارادى أثره القانونى مقصود . ولا شك أن فى هذا غموضا فى تحديد ماهية التصرف القانونى ، مسببه أن ديجيه لم يضع نظرية للواقعة القانونية إلى جانب النظرية التى صاغها للتصرف القانونى .

(ثالثا) وللنظرية التى صاغها للتصرف القانونى مزايا كبيرة . فقد كان ديجيه دقيقا فى ربطه التصرف القانونى بمحله وبسببه من طريق التحليل النفسى ، ودقيقا فيما ذهب اليه من أن القانون لا الارادة هو الذى يمشى الآثار القانونية ، ودقيقا فى تمييزه بين التصرف المنظم والتصرف الشرطى والتصرف الذاتى ثم بين العقد وسائر التصرفات . ومع ذلك يؤخذ عليه شئ من الاغراق فى دقة التحليل ، كتمييزه بين المحل المباشر والمحل غير المباشر وبين سبب العقد وسبب الالتزام وبين التصرف الجماعى والتصرف الاتحادى ، ثم شئ من الاغراق فى مخالفة المؤلف فان نظريته فى انكار الحق الذاتى واستبدال المركز القانونى به تحتاج إلى جهد فى التفكير . وقد كتب جنى (Geny) مقالا فى المجلة الفصلية للقانون المدنى (Revue trimestrielle droit civil) (٢) يأخذ على ديجيه أنه جمع بين الاتفاق الجماعى للعمل وعقد التزام المرافق العامة وعقد الزواج وعقد تعيين الموظف تحت نوع واحد من التصرفات هو التصرف الاتحادى ، على ما يوجد بين هذه الاتفاقات من فروق واضحة تستلزم أن يميز فى نطاق التصرف الاتحادى ذاته بين تصرف وتصرف ، وكان الأولى التمييز بين العقد من جهة وسائر التصرفات من جهة أخرى دون أن نميز بعد ذلك بين التصرف الجماعى والتصرف الاتحادى بمقدمات غير واضحة المعالم ، لنخرج من

١ - ولو أننا أرجعنا هذا المثل الى النطاق المؤلف ، ولم نقرب فى الخيال فنفتض أن من صدر منه السب بعد أثره القانونى وهو أن يلتزم بالتعويض ، لكان السب فى نظر ديجيه واقعة قانونية ، ولكن ليس لأنه عمل مادى ، بل لأن أثره القانونى غير مقصود .

٢ - سنة ١٩٢٢ ص ٨٢٥ وما بعدها .

- ٥٥ -

كل ذلك بأنواع مشتقة من التصرفات ، قد يضاف إليها أيضا تمييز في نطاق العقد بين أنماط مختلفة من العقود ، وهكذا يتمت العقد ، وهو لم يستكمل وحدته إلا بعد جهد دام مدة طويلة ، إلى أنواع متناثرة من التصرفات فقدت ما بينها من الوحدة والانسجام ولا يعد هذا تقدما في الصياغة القانونية ، بل هو رجوع إلى الوراء (١) .

٢ - - جيز (Jezc)

تقسيم الوقائع :

عاج جيز في دروسه في القانون العام (٢) معنى الواقعة القانونية في شيء من التبسيط يميزه عن غيره من كتب في هذا الموضوع . فهو يفسم الوقائع إلى وقائع مادية لا

١ - وننقل هنا ما قاله جني باللفظ :

Ainsi risquerait - on de dissoudre la notion péniblement construite en une longue evolution du contrat, type fondamental de l'acte juridique, et de se voir en présence d'une poussière d'actes de volonté échappant à toute synthèse, et postulant chacun sa réglementation propre et distincte. Ce serait, en tous cas , une régression certaine de la technique juridique. Est - elle desirable. Est - elle même possible dans l'état actuel de notre droit positif ? En définitive ' le grand profit que l'oeuvre imposante de L'Duguit semble devoir apporter aux civilistes reste d'ordre essentiellement critique. En revisant nos conceptions familières, en accentuant les analyses de notions juridiques , en proposant des points de vue nouveaux , avec une audace parfois déconcertante il nous invite à réfléchir et nous ouvre des horizons jusqu'alors inaperçus et souvent pleins de promesses. Sur certains points, il modifiera nos idées et généralement les élargir et les rendre plus souples , sur d'autres sa contradiction fortifiera notre position traditionnelle , parce qu'elle permettra d'en assurer les points faibles, surtout , elle nous enseignera la puissance de la probité intellectuelle et de l'ascendant d'une attitude nettement scientifique dans la difficile élaboration des problèmes les plus généraux de droit.

٢ - دروس في القانون العام سنة ١٩٢٢ ص ٤٦ .

تنتج أى أثر قانونى ووقائع ماديه تنتج آثارا قانونية وهذه هى الوقائع القانونية. ثم يقسم الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية كال ميلاد والموت والقوة القاهرة والشرط والأجل. ووقائع اختيارية تقع بإرادة الانسان. وهذه الوقائع الاختيارية تكون إما أعمالا مادية لا يقصد فيها الأثر القانونى الذى أحدثته، أو تصرفات قانونية يقصد فيها هذا الأثر.

ويتوسع جيز كسائر فقهاء القانون العام فى معنى التصرف القانونى، فلا يقتصر على اعتبار القرار الإدارى تصرفا قانونيا، بل يدخل أيضا فى التصرفات القانونية التشريعات والأحكام القضائية.

كيف يترتب الأثر القانونى على الواقعة القانونية :

ثم ينتقل إلى الأثر القانونى الذى يترتب على واقعة قانونية، فيبين أن الواقعة القانونية ليست إلا شرطا لتطبيق حالة قانونية أو لاستعمال سلطة قانونية، فليست الواقعة القانونية هى التى تنشئ المركز القانونى. ذلك أن المركز القانونى إذا كان مركزا عاما فلا ينشئه إلا تعبير عن الإرادة يكون قانونا أو لائحة، وإذا كان مركزا فرديا فلا ينشئه إلا تعبير عن إرادة منفردة أو عن إرادات متعددة.

ويأتى جيز بأمثلة توضح ما تقدم. فيقول إذا صدر من شخص عمل غير مشروع بحمله مسئولا عن التعويض، فليس العمل غير المشروع هو الذى أنشأ الالتزام والتعويض، بل أن هذا العمل كان شرطا لتطبيق المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى، أما الحق فى التعويض فينشئه تعبير عن الإرادة من جانب المضرور يستعمل به سلطته القانونية التى نظمها المادة ١٣٨٢. والدليل على ذلك أن المضرور إذا لم يعبر عن إرادته فى استعمال هذه السلطة القانونية، فإن حقه فى التعويض لا ينشأ. كذلك إذا ارتكب شخص جريمة جنائية - سرقة أو تبديدا أو قتلًا - . فإن هذه الجريمة ليست إلا شرطا فى أن يستعمل القاضى سلطته فى تطبيق حالة قانونية عامة أو توليد مركز قانونى فردى بالنسبة إلى الشخص الذى ارتكب الجريمة. فيقضى عليه بالأشغال الشاقة أو السجن

أو الحبس ، وهذه هي الحالة القانونية العامة ، أو يقضى عليه بالغرامة فيصبح مدينا بها للدولة ، وهذا هو المركز القانوني الفردي . على أن الجريمة وحدها لا تكفي شرطا ، بل يجب أن يتوافر الى جانبها شرط آخر هو إقامة الدعوى الجنائية من النيابة العامة أو الدعوى المباشرة من المدعى بالحق المدني ، ومتى توافر هذان الشرطان حكم القاضي بالعقوبة . وحكمه هذا هو التصرف القانوني الذي أنشأ الحالة القانونية العامة أو المركز القانوني الفردي ، وما الجريمة والدعوى إلا الشرطان الواجبان لتحقيق هذا الأثر القانوني (١)

١ - وننقل هنا ما قاله جيز باللفظ :

La créance est créée par la manifestation de volonté de la victime et non par le fait préjudiciable. Le fait préjudiciable est simplement la condition pour l'exercice régulier d'un pouvoir organisé par la loi. La chose est évidente , lorsque le pouvoir est exercé non par la victime , mais par un syndicat pour la défense des intérêts professionnels qu'il représente. La victime a son pouvoir légal de réclamer individuellement réparation. (art 1382 c. c.) le syndicat a aussi son pouvoir légal de réclamer réparation pour le préjudice causé à la profession : c'est ce qu'on appelle l'action syndicale en plus de l'action individuelle. considérons un fait délictueux prévue et puni par la loi pénale vol, abus de confiance, assassinat , etc dans ce cas encore, il faut dire que le fait délictueux est une des conditions pour que soit opérée régulièrement le pouvoir legal du juge repressif d'appliquer a un individu un statut légal (travaux forcés, emprisonnement) ou de créer a la charge du délinquant la situation juridique individuelle de débiteur d'une amende. d'autres conditions sont d'action publique intentée par le ministère public, l'action directe par la partie civile, la plainte il ne faut donc pas dire que le fait délictueux place de plein droit le délinquant dans cette situation juridique générale ou individuelle. c'est l'act juridique accompli par le juge repressif sur l'action publique ou citation directe qui seul a cet effet juridique.

ويصعب التسليم بما يذهب اليه جيز من أن الواقعة القانونية لا يترتب أثرها إلا بتعبير عن الإرادة ، وأن الحق في التعويض عن العمل غير المشروع إنما ينشأ من إرادة المضرور. فإن المقرر في الفقه المدني أن حق المضرور في التعويض إنما ينشأ من العمل غير المشروع الذي صدر من المسؤول . فهو الواقعة القانونية التي انشأت الالتزام . بل إن نشوء الحق في التعويض من وقت صدور العمل غير المشروع له أهمية عملية من وجوه، منها أن التقادم في دعوى المسؤولية يشرى من وقت صدور هذا العمل ، ومنها أن المضرور لو مات قبل أن يعبر عن إرادته في الرجوع على المسؤول ، فإن حقه في التعويض ، وقد نشأ من وقت وقوع العمل غير المشروع ، ينتقل إلى ورثته ، وذلك في غير التعويض عن الضرر الأدبي فإن له حكماً آخر لاعتبارات خاصة . ولو أننا أخذ برأي جيز من أن الواقعة القانونية لا يترتب أثرها إلا بتعبير عن الإرادة ، لترتب على ذلك أن الآثار القانونية تنشأ دائماً من تصرف قانوني ولا تنشأ أبداً من واقعة قانونية ، وهذه نتيجة يتعذر التسليم بها . على أن القول بأن الواقعة القانونية هي شرط لاستعمال سلطة قانونية أو لتطبيق قاعدة قانونية لا يستلزم حتماً أن يكون التعبير عن الإرادة ضرورياً لأحداث الأثر القانوني الذي يترتب على الواقعة القانونية . إذ يكفي القول بأن الواقعة القانونية ، وهي شرط لأحداث الأثر القانوني . لا يترتب بنفسها هذا الأثر ، وإنما القانون هو الذي يرتبه ، وتكون الواقعة القانونية والتصرف القانوني سواء في ذلك ، فكلاهما لا ينشئ الأثر القانوني بنفسه ، وكلاهما يترتب القانون عليه أثره .

٣ - بونار (Bonnard)

عناصر التصرف القانوني :

يحلل بونار التصرف القانوني إلى عناصر أربعة متعاقبة :

١ - الباعث (motif) على التصرف القانوني ، وهو العنصر الأول ، ويسبق

- ٥٩ -

التصرف ذاته ويكون هو الدافع الى ابرامه ، وقد يكون الباعث مركزا فعليا كالباعث على الضمان الاجتماعي ، وهو الفقر ، أو مركزا قانونيا كالباعث على العقاب وهو الجريمة التي ارتكبت ، أو عملا تم انجازه كالباعث على اتخاذ بعض تدابير الضبط (police) وهو ما وقع من تهديد للهدوء أو الأمن أو الصحة .

٢ - المحل (objet) وهو الأثر القانوني الذي يترتب مباشرة على التصرف .
فحل التصرف المتعلق بالضمان الاجتماعي هو التزام الدولة بدفع إعانة للفقراء الذين تتوفر فيهم شروط معينة .

٣ - الغاية (but) وهي النتيجة النهائية التي يحققها الأثر القانوني للتصرف أي التي يحققها محل التصرف . فالغاية من الضمان الاجتماعي هي منع الحرمان حتى لا يقع بسببه اضطراب في المجتمع ، والغاية من العقاب هي المحافظة على النظام العام وعلى حرمة النفس والمال ، والغاية من تدابير الضبط هي الهدوء والأمن والصحة . وبدق التمييز بين الباعث والغاية ، ويمكن القول بوجه عام أن الباعث هو العلة والغاية هي العلاج . فالباعث على الضمان الاجتماعي هو الفقر وهذا هو العلة ، وغايتها منع الحرمان وهذا هو العلاج .

(٤) التعبير عن الإرادة manifestation de la volonté وهو المظهر الخارجي الذي يكشف عن الإرادة فالإرادة يحركها الباعث ، فتتعلق بمحل معين ، لتحقيق غاية معينة ، ومن ثم تبرز في مظهر خارجي يكشف عنها . وهذا هو التعاقب ما بين هذه العناصر الأربعة .

تقسيمات التصرف القانوني :

ويقسم بونار التصرف القانوني نفس التقسيمات التي قال بها ديجيه . فهناك التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الذاتي . وهناك أيضا العقد والتصرف الاتحادي . ويتقدم بونار في شأن هذه التقسيمات بالايضاحات الآتية :

(١) في تقسيم التصرف الى منظم وشرطي وذاتي ، يبين بونار مكان التصرف المنظم

- ٩٠ -

التصرف الذاتي . فيقول إن التصرف المنظم ، هو قاعدة عامة مجردة ، قد يكسب منه كل شخص تنطبق عليه هذه القاعدة مركزا عاما دائما بحكم قيام القاعدة ذاتها دون حاجة إلى أى تصرف آخر يضاف إلى التصرف المنظم ، وذلك كالقواعد المنظمة للجنسية والبنوة والنسب ولكن يجوز أن يكون هناك تصرف منظم لا يكسب منه الشخص مباشرة المركز العام الدائم ، بل يكون في حاجة إلى تصرف ذاتي يصدر منه ويختار به أن يكسب هذا المركز . فهذا التصرف الذاتي لا يكون تصرفا ذاتيا محضا لأنه يؤدي إلى كسب مركز عام دائم ، ولا يكون تصرفا منظما محضا لأنه تصرف ذاتي أضيق إلى التصرف المنظم ، وإنما يكون تصرفا شرطيا لأنه هو الشرط الذي يجب توافره لكسب مركز عام دائم . مثل ذلك القواعد القانونية التي تنظم الزواج . هذه القواعد تصرفات منظمة ، ولكن يشترط لتطبيقها تصرف ذاتي يعبر به الزوجان عن إرادتهما في أن يتزوجا . فعقد الزواج هو تصرف شرطي لكسب المركز العام الدائم الذي ينظمه قانون الزواج .

(٢) ويقول بونار عن التصرف الذاتي أنه بوجه عام يكسب الشخص مركزا ذاتيا خاصا به اختاره بإرادته ولكن يصح أن يلحق بهذا المركز الذاتي الخاص مركز عام دائم لم يختره الشخص بل فرضته قواعد قانونية تعتبر من النظام العام ، مثل ذلك عقد العمل الفردي . فهو في الأصل تصرف ذاتي ينشئ مراكز ذاتية خاصة لكل من العامل ورب العمل ، وهذه المراكز الذاتية الخاصة اختارها الطرفان بإرادتهما . ولكن إلى جانب هذه المراكز الذاتية الخاصة ، وجدت مراكز عامة دائمة عن طريق قيام قواعد قانونية تسري على عقد العمل الفردي وتعتبر من النظام العام ، وذلك كالقواعد القانونية التي تفرض حدا أدنى من الأجر وحدا أقصى من ساعات العمل وقدر معين من الراحة الأسبوعية .

هذه القواعد تسري على كل عقد عمل فردي ، فينشئ هذا العقد إلى جانب المراكز الذاتية الخاصة مراكز عامة دائمة ، ومن ثم يكون تصرفا ذاتيا وتصرفا شرطيا في وقت معاً ، وتتفاوت التصرفات في ذلك ، فعقد البيع يغلب فيه معنى التصرف الذاتي ويندر

معنى التصرف الشرطى ، وعقد العمل يشترك فيه المعنيان بقدر متساو، وعقد الزواج يتمحض تصرفاً شرطياً .

(٣) ويقول بونار عن تقسيم التصرفات الى تصرف جماعى وتصرف اتحادى وعقد أن هذا التقسيم يقوم على أساس الوحدة أو التعدد فى المحل والسبب . فإذا توحد المحل والسبب كما فى عقد الشركة كان التصرف جماعياً . وإذا توحد المحل وتمدد السبب كما فى عقد الزواج كان التصرف اتحادياً . وإذا تعدد كل من المحل والسبب كما فى عقد البيع كان التصرف عقداً .

مسائل أخرى يتولاها بونار بالايضاح :

ومن المسائل التى يتولاها بونار بالايضاح فى نظريات ديجيه مسألتان:

(١) يوفق بونار بين فكرة المركز القانونى *situation juridique* الذى يقول به ديجيه والحق الذاتى *droit subjectif* الذى يقول به الفقه . فيذكر أن المركز القانونى يوجد أولاً بحكم قيام القانون ، وتنشأ عنه سلطة *puissance* يحمىها القانون فى جانب أحد الطرفين وواجب *devoir* يفرضه القانون فى جانب الطرف الآخر . فهذه السلطة التى يحمىها القانون فى اقتضاء الواجب الذى فرضه هى التى تولد الحق الذاتى . فالحق الذاتى هو إذن نتيجة لازمة لهذه السلطة ، وليس هو السلطة ذاتها .

(٢) ويرد بونار القانون الى قاعدة تحكم سلوك البشر .

وهذه القاعدة تتدرج من ناحية العموم والتجرد . ففي القمة من العموم والتجرد يوجد الدستور ثم التشريع . ويتناقض العموم والتجرد فى اللوائح الادارية . وينقلب الى خصوص وذاتية فى القرار الادارى الفردى والحكم القضائى . ثم يبلغ الحد الاقصى من الخصوص والذاتية فى الاعمال المادية التى يتم بها تنفيذ التصرفات القانونية .

ويمكن توضيح ما يقوله بونار فى هذا الشأن بالمثل الآتى :

- ٦٢ -

ينص الدستور على حرمة الملكية وعلى عدم جواز نزع الملك الا للمصلحة العامة وفي مقابل تعويض عادل . هذه قاعدة عامة مجردة وصلت الغاية القصوى من العموم والتجرد . ثم يأتي قانون نزع الملكية للمصلحة العامة يفصل ما أجمل الدستور . فهذا القانون يشتمل على قواعد عامة هي أكثر تفصيلا وأقل تجردا . ثم تأتي لائحة إدارة تنفيذ هذا القانون ولتعيين الاجراءات التي تتبع أمام الجهات القضائية اذا وقع خلاف على مقدار التعويض العادل ، فهذه اللائحة تشتمل هي أيضا على قواعد عامة ولكنها أشد امعانا في التفصيل وأضعف شأوا في التجرد . ثم يصدر قرار - قد يكون في صورة قانون - بنزع ملك معين من شخص بالذات ، ويقع خلاف في التعويض فيصدر حكم بتقديره . فكل من القرار والحكم لا عموم فيه ولا تجرد بل خص - وص - ذاتية ، وتستولى الادارة بعد ذلك على المال المنزوع ملكيته ، فأعمال التنفيذ المادية التي يتم بها الاستيلاء هي التي تبلغ الحد الأقصى من الذاتية والخصوص .

الفصل الثالث

محاولات أخرى لصياغة نظرية عامة في التصرف القانوني والواقعة القانونية

نظرية بنكاز ونصوص لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي :

لم يضع فقهاء العصر المدرسي ولا الفقهاء المصريون نظرية عامة تتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ولا نستثنى من ذلك إلا فقيها واحدا هو بنكاز فقد حاول أن يصوغ هذه النظرية العامة ، وإلا اللجنة التي عهد اليها في تنقيح القانون المدني الفرنسي فقد صاغت نصوصا في النظرية العامة للتصرف القانوني .

ونستعرض هنا خلاصة نظرية بنكاز والنصوص التي صاغتها لجنة التنقيح .

١ نظرية بنكاز في التصرف القانوني والواقعة القانونية

الخطوة التي سار عليها بنكاز في بسط نظريته :

أول محاولة في الفقه الفرنسي الحديث لوضع التصرف القانوني إلى جانب الواقعة القانونية ، بقصد المقابلة فيما بينهما ولصياغة نظرية عامة تنظمهما معا ، هي ، فيما نعلم ، المحاولة التي قام بها بنكاز الفقيه الفرنسي المعروف في الملحق الذي وضعه لمبسوط بودري (١) ،

وليس من اليسير متابعة بنكاز فيما يقرر من آراء . فان كثرة استطراداته ، والفقرات المسهبة التي تعود نقلها عن الفقهاء الذين يبسط آراءهم أو يستشهد بأقوالهم ،

والعناوين الطويلة التي يضعها لما يعالج من المسائل ، كل ذلك يقتضى من القارىء صبرا في استظهار الخطة التي رسمها بنسكاز لبحثه لربط ما بسطه من الآراء المتناثرة .

يقسم بنسكاز الموضوع أقساما خمسة ، يورد في القسم الأول منها تعريفا مبدئيا للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، ويسوق بعض الملاحظات العامة . ويعرض في القسم الثاني لاختلاف الآراء في الفقه الفرنسي فيما يتعلق بالتصرف القانوني والواقعة القانونية من حيث الماهية ومن حيث الوظيفة ، ويبحث في القسم الثالث الفروق المميزة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية مع تحديد منطقة كل منهما وبيان ما يقوم بينهما من الروابط ، ويفرد القسم الرابع للتصرف القانوني فيتكلم في عناصره وبخاصة في السبب ، فيستعرض القضاء الفرنسي في نظرية السبب وفي نظرية البطلان ، ويخصص القسم الخامس والآخر للواقعة القانونية في بعض صورها ، فيستعرض النظريات الخاصة بالإثراء بلا سبب والتصرف في استعمال الحق والقبوارة القاهرة والحادث النجائي والحادث الطارئ .

وتتبعه فيما قاله قسما قسما في شيء من الإيجاز ، تاركين ما قاله في القسمين الرابع والخامس فليس هو إلا بسطا لنظريات فقهية معروفة أوردتها ليجعل مبسوطا بوردى في التكملة التي وضعها له مسائرا للفقه المعاصر .

القسم الأول

تعريف مبدئي للتصرف القانوني والواقعة القانونية : بعض الملاحظات العامة

تعريف التصرف القانوني والواقعة القانونية :

يضع بنسكاز للتصرف القانوني تعريفا مبدئيا على الوجه الآتي : « التصرف القانوني مظهر خارجي للتعبير عن الإرادة المزدوجة أو المنفردة ، غرضه المباشر هو أن ينشئ ، على أساس قاعدة قانونية وبالنسبة إلى شخص أو أشخاص ضد أو لمصلحتهم ، حالة قانونية أي مركزا قانونيا عاما دائما ، أو أن يحدث على العكس

أثرا قانونيا محدودا ينتهى إلى تكوين رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها (١)

ثم ينتقل إلى الواقعة القانونية ، فيعرفها بمعناها الواسع ثم بمعناها الضيق . ويسوق التعريف بالمعنى الواسع على الوجه الآتى : « الواقعة القانونية بمعناها الواسع حادث وقع بنشاط الانسان أو هو حادث مادي محض ، اعتد به القانون أيولدمنه ، بالنسبة إلى شخص أو أشخاص ضدهم أو لمصلحتهم ، حالة قانونية أى مركزا قانونيا عاما دائما ، أو ليحدث به على العكس أثرا قانونيا محدودا ، (٢) فتشمل الواقعة القانونية بهذا المعنى الواسع التصرف القانوني ، أما تعريفها بالمعنى الضيق ، وهو المعنى الذى يقصد إليه عادة ويستبعد فيه التصرف القانوني ، فيورده على النحو الآتى : « حادث مادي محض كالميلاد والبنوة ، أو أعمال يداخلها الاختيار في حدود متفاوتة ، تولد مراكز أو آثارا قانونية ، على أساس قاعدة في القانون ، ولا يكون صاحب هذا الحادث أو هذه الأعمال قد قصد مطلقا في مناسبتها

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى للتعريف :

L'acte juridique est une manifestation extérieure de volonté, bilatérale ou unilatérale, dont le but direct est d'engendrer, sur le fondement d'une règle de droit, à l'encontre ou au profit d'une ou de plusieurs personnes, un état c'est-à-dire une situation juridique générale et permanente, ou, au contraire, un effet de droit limité se ramenant à la formation, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit. Suppl. II no 251 p 283

٢ وهذا هو الأصل الفرنسى للتعريف .

Le fait juridique s'entend, au sens général du terme, d'un événement engendré par l'activité humaine ou purement matériel pris en considération par le droit pour en faire dériver; à l'encontre ou au profit d'une ou de plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une situation juridique générale et permanente ou, au contraire, un effet de droit limité Suppl, 11 No 252 p 283

أن يضع نفسه تحت سلطان القانون (١).

ويأخذ بنكاز على الفقه المدرسي أنه لم يدرك وحدة التصرف القانوني فقصره على العقد ، ولم يدرك وحدة الواقعة القانونية فشئت الوقائع القانونية ونثرها في كل ناحية ، ثم إنه قصر كلا من التصرف القانوني والواقعة القانونية على مصادر الالتزام فلم يعد مهيأ في جميع نواحي القانون .

أسباب ثلاثة ألقت الغموض على نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية :

ويذكر بنكاز ، بعد إيراد هذه التعاريف المبدئية ، أن هناك أسبابا رئيسية ثلاثة ألقت الغموض على نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية :

(السبب الأول) هو القول بأن هذه النظرية واحدة في القانون الخاص وفي القانون العام . والقتال بهذا هو ديجيه ، وخالفه أكثر فقهاء القانون العام ومنهم جيز ، كما خالفه قضاء مجلس الدولة الفرنسي . ويستعرض بنكاز رأي ديجيه ثم رأي جيز ، وينتهي إلى أن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية في القانون الخاص تختلف عنها في القانون العام ، كما اختلف في القانونين نظريتا المسؤولية التقصيرية والاثراء بلا سبب . فالأولى إذن عدم محاولة توحيد النظرية في القانونين ، والاقتصار في صياغة النظرية على القانون الخاص ، فيترك للقانون العام نظريته الخاصة به .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي للتعريف .

On vise, en ce cas, soit un événement purement matériel tel que la naissance ou la filiation, soit des agissements plus ou moins volontaires, générateurs de situations ou d'effets juridiques sur le fondement d'une règle de droit alors que le sujet de cet événement ou de ces agissements n'a pu avoir ou n'a nullement eu le dessein de se placer à leur occasion sous l'empire du droit. suppl II no 253 p 283

(والسبب الثاني) هو قصر الفقه المدرسي النظرية على مصادر الالتزام . فقد تعود هذا الفقه أن يخلط بين التصرف والواقعة من جهة وبين مصادر الالتزام من جهة أخرى، فلا يرى تصرفاً قانونياً إلا في العقد ، ولا واقعة قانونية إلا في شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . والصحيح أن التصرف القانوني أوسع من العقد ، والواقعة القانونية أوسع من شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . وكل من التصرف القانوني والواقعة القانونية لا ينحصر في نطاق الالتزام ، بل يتعدى هذا النطاق إلى دائرة الحقوق العينية، بل يجاوز كل ذلك إلى الروابط القانونية كافة .

(والسبب الثالث) هو الخلاف فيما إذا كانت نظرية الالتزام قابلة للتطور وهل هي تطورت فعلاً ، أو هي نظرية تامة التكوين لم تتطور تطوراً يذكر منذ عهد الرومان . وقد تأثرت نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وهي لصيقة بنظرية الالتزام كما رأينا ، بهذا الخلاف . فالقائلون بالرأي الثاني نظروا إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية نظرة جامدة ، فلم يتقدموا بهما خطوة عما هما عليه في الفقه المدرسي . وبالعكس القائلون بالتطور من الناحية الأخرى . ومن ثم نرى ديموج وديجيه وغيرهما من أنصار التطور يستحدثون في النظرية كل يوم جديداً ، غافلين عما تنطوي عليه من العموم والتجرد ، وما يستوجب ذلك من الاستقرار ، مع تطور معقول يماشى التطورات الرئيسية في الحياة الاجتماعية والاقتصادية .

القسم الثاني

اختلاف الفقه الفرنسي في التصرف القانوني من حيث الماهية ومن حيث الوظيفة .

استعراض الفقه الفرنسي :

في هذا القسم يستعرض بنكاز الفقه الفرنسي في مصادر الالتزام . فيبدأ ببسط آراء بوتييه في تقسيم مصادر الالتزام وفي تعريف كل مصدر منها . ويبين أن هذا التقسيم هو الذي أخذ به قانون نابليون وتابعه فيه فقهاء العهد المدرسي . ثم ينتقل إلى الفقه الحديث

فيستعرض الفقه المدني وفقه القانون العام .

الفقه المدني وفقه القانون العام :

ويذكر أن رجال الفقه المدني يقسمون الوقائع القانونية بمعناها الواسع الى وقائع طبيعية مستقلة عن ارادة الانسان كالميلاد والموت والقصر والقرابة والتقدم والتصاق العقارات ، وإلى وقائع اختيارية حدثت بارادة الانسان . وهذه الوقائع الأخيرة قسمان ، قسم يتميز بأن الشخص الذي وقعت منه لم يقصد إحداث ما ترتب عليها من الآثار القانونية ، وقسم آخر يتميز على العكس من ذلك بأن الشخص الذي وقعت منه قصد إحداث آثارها القانونية ، وهذا القسم الثاني هو الذي يسمى بالتصرفات القانونية . ويستظهر بنكاز من استعراض أقوال رجال الفقه المدني أن بعض هؤلاء الفقهاء كبلانيول يرى أن التصرف القانوني هو الذي يحدث بنفسه الأثر القانوني الذي يترتب عليه ، بخلاف الواقعة القانونية فالقانون هو الذي يربط أثرها وليست هي إلا شرطاً لترتيب الأثر . وبعض آخر من رجال الفقه المدني ككاييتان يذهب الى أن القانون هو الذي يحدث الأثر الذي يترتب على كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وليس هذان إلا شرطاً لازماً لإحداث القانون هذا الأثر .

وأما فقهاء القانون العام ، وبخاصة ديجيه وجيز ، فقاطعون في أن القانون وحده هو الذي يحدث الأثر القانوني ، وما التصرف القانوني أو الواقعة القانونية إلا شرط لازم لذلك . ولما كان هؤلاء الفقهاء يصوغون في التصرف القانوني نظرية واحدة في كل من القانون العام والقانون الخاص ، فقد اتسمت فكرة التصرف القانوني عندهم حتى شملت في القانون العام التشريع واللوائح التنظيمية ، بل والأحكام القضائية . فعند جيز توجد أربعة أنواع من التصرفات القانونية : (١) الأعمال التشريعية والتنظيمية - actes législatifs ou réglementaires ، (٢) الأعمال الملشئة لمراكز فردية ذاتية ، سواء كان ذلك بإرادة منفردة أو بالمعقد - actes créateurs de situations juridiques individuelles

القضائية (actes juridictionnels) . وقد توسع فقهاء القانون العام في تنويع التصرفات القانونية بتقسيمات أصبحت الآن شائعة ، كتقسيم ديجيه المعروف للتصرفات إلى تصرف منظم وتصرف شرطي وتصرف ذاتي ، ثم إلى عقد وتصرف جماعي وتصرف اتحادي .

القسم الثالث

الفروق المميزة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية وتحديد منطقة كل منهما

وبيان ما يقوم بينهما من الروابط

الفروق المميزة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية :

ينتقل بنكاز في القسم الثالث إلى بسط النظرية العامة التي يحاول صياغتها للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، ويقول إنه يصوغ هذه النظرية لا من ناحية فلسفية اجتماعية ، بل من ناحية قانونية واقعية (droit positif) . ولذلك نراه يستبعد كل بحث نفسي أو فلسفي في الإرادة ، ويستعرض قانون نابليون نصا نصا ، ليستخلص النصوص المتعلقة بالتصرف القانوني وتلك التي تتعلق بالواقعة القانونية ، فيضعها جنبا إلى جنب ويقرّب فيما بينها ، ويبني بذلك نظريته على نصوص القانون ذاته .

ويقابل ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية من حيث ماهية كل منهما والوظيفة التي يقوم بها والمنطقة التي يدرّ فيها .

التصرف القانوني والواقعة القانونية من حيث الماهية :

دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني : يقرر بنكاز أن الإرادة هي العنصر الأساسي في تكوين التصرف القانوني ، ويقول في هذا الصدد ما يأتي : « لا مشاحة في

أن التصرف القانوني يفترض أساسا وجود إرادة مع الكشف عنها ، (١) . ثم يقول في موضع آخر : « التصرف القانوني هو كشف عن الإرادة ، ومن ثم لا يمكن أن يوجد من غير إرادة يقوم عليها ، (٢) . ويستعرض بعد ذلك أمرين (١) إلى أي حد يتدخل الشكل في الإرادة (٢) هل الإرادة التي يعتمد بها هي الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة .

أما من حيث الشكل في الإرادة فيشير بنكاز إلى بقايا من الشكل لا يزال أثرها باديا حتى اليوم . وأبرز ما يكون الشكل في العقود الرسمية ، كالهبة والرهن الرسمي والاتفاق المالي بين الزوجين . والشكلية في الوقت الحاضر تتفاوت في درجاتها ، فهي تتدرج من شكل يستوجب تحرير ورقة رسمية إلى شكل يكتفى فيه بوجود إرادة صريحة ، بل إن اشتراط ورقة مكتوبة للاثبات ليس إلا ضربا من ضروب الشكل . ويستبعد الشكل إطلاقا إذا اكتفى بالإرادة الضمنية أو بالسكوت في الحالات التي يعد فيها السكوت تعبرا عن الإرادة . ويقارن بنكاز بين الشكل في القديم حيث كان يحل محل الإرادة فيوجد العقد بوجود الشكل حتى لو كانت الإرادة غير موجودة ، وبين الشكل في الوقت الحاضر ويقوم إلى جانب الإرادة دون أن يحل محلها فهو ضروري ولكنه لا يكفي بل لا بد أن يقترن بإرادة صحيحة .

ومن حيث الإرادة التي يعتمد بها هل تكون الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ،

١ - وهذا هو الأصل الفرنسي ،

Il n'est pas contestable que l'acte juridique suppose essentiellement l'existence d'une volonté et la manifestation de cette volonté (Suppl II no 374 P 440).

٢ - وهذا هو الأصل الفرنسي :

L'acte juridique est une manifestation de volonté, et ne peut pas exister en conséquence sans une volonté qui lui sert de support. (suppl I¹ no 374 PP. 441 — 442).

يستعرض بنكاز مذاهب ثلاثة : (ا) مذهب سالى د Saleilles ، ويقول بنكاز إن سالى يذهب إلى إعطاء القاضى الحرية الكاملة فى تفسير الإرادة ، ويكون التفسير على أساس موضوعى لا على أساس من الإرادة النفسية . وينعنى بنكاز على هذا المذهب ما يخشاه من تحكم القاضى فى التفسير . (ب) الوقوف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة هى الإرادة فى ثوبها الاجتماعى ، أما الإرادة الباطنة فهى ظاهرة نفسية ، والقانون لا يعنى إلا بالظواهر الاجتماعية ولا يلقي بالا إلى الظواهر النفسية . فالواجب إذن تجريد التعبير من الإرادة النفسية ، وتفسيره التفسير المألوف عند الناس وبهذا يستقر التعامل . وهذا هو مذهب القانون الألمانى ، نشره سالى فى فرنسا ، وكتب فيه ديريه د Dereur ، رسالته المعروفة . ويفنده بنكاز تفنيدا شديدا ، ولا يرضى به إطلاقا (ج) الأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة . ويقول بنكاز إن هذه هى النظرية الفرنسية التى يجب الأخذ بها ، ويستشهد بالقضاء الفرنسى وبأنه عدل عن المذهب المادى إلى المذهب النفسى فى الغلط الجوهري (erreur substantielle) وفى نظرية السبب . ولكن بنكاز يستدرك ، فيذهب إلى أن الأخذ بالإرادة الصورية هو استثناء يجب التسليم به فى هذا المذهب النفسى . وقد غفل عن أن الإرادة الصورية شئ والإرادة الظاهرة شئ آخر .

دور الإرادة فى تكوين الواقعة القانونية : هنا يعرض بنكاز لمسألة قل من عرض لها من الفقهاء ومسلم ، حتى ديجيه نفسه لم يسلم عندما قرب ما بين العمل غير المشروع والتصرف القانونى على النحو الذى أسلفناه .

ويقسم بنكاز فى هذا الصدد الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية ووقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية لا دخل للإرادة فيها إطلاقا ، وذلك كالميلاد والبنوة يترتب عليها الميراث والنفقة ، وكحقوق الارتفاق الطبيعية من شرب ومجرى ومسيل ومرور تترتب على الوضع المكانى د situation des lieux ، وكالقرة القاهرة والحادث الفجائى يترتب عليهما انقضاء الالتزام وتحمل التبعة . والوقائع الاختيارية إما أن تكون وقائع مشروعة

كالفضالة ، أو غير مشروعة كالجريمة وشبه الجريمة .

والظاهر أن بنكاز لا يميز بين معنى الإرادة في الوقائع الاختيارية ومعناها في التصرف القانوني ، وقد قدمنا أن الإرادة في الواقعة الاختيارية معناها أن يكون من صدرت منه الواقعة أراد وقوعها دون أن يريد الأثر القانوني الذي ترتب عليها . أما الإرادة في التصرف القانوني فتحناها أن يكون من صدر منه التصرف قد أراد الأثر القانوني الذي ترتب عليه . ولكن بنكاز يخلط بين المعنيين عند ما يقارن بين الإرادة في التصرف القانوني والواقعة الاختيارية المشروعة من جهة ، وبين الإرادة في الواقعة الاختيارية غير المشروعة من جهة أخرى ، فيقول : إن الإرادة المطلوبة في التصرف القانوني والواقعة القانونية المشروعة هي إرادة كاملة الشعور بذاتها ، وتمثل في بلوغ صاحب الحق سن الرشد ، إذ يجب التسليم فرضا أن صاحب الحق هذا لم يقيم به أي سبب من أسباب فقد الأهلية ، وبخاصة ما يرجع منها إلى حالته الطبيعية . أو على النقيض من ذلك ، كما سبق القول ، الإرادة الواجبة وفقا لقواعد القانون المدني في الواقعة القانونية غير المشروعة ، فهي لا تتمشى إطلاقا مع بلوغ سن الرشد فيمن صدرت منه الجريمة أو شبه الجريمة . . . فقد اكتفى المشرع في الواقعة القانونية غير المشروعة بإرادة أقل نضوجا من تلك التي تطلبها في التصرف القانوني لسبب ظاهر ، هو أن الجريمة أو شبه الجريمة تنطوي في الأصل على طبيعة أقل تعقيدا من طبيعة التصرف القانوني . ومن ثم قال المشرع أن القاضى هو الذى يقرر ، في كل حالة من ناحية الواقع ، ما إذا كان من صدر منه العمل المكون للجريمة أو شبه الجريمة يتمتع حقا بإرادة على جانب من الإدراك يكفي لأعمال قواعد المسؤولية التقصيرية (١) والخلط هنا واضح في امرين : أولا) يطلب بنكاز

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي .

La volonté exigée pour l'acte juridique licite est une volonté pleinement consciente d'elle-même et symbolisée par la majorité du sujet de droit étant admis par hypothèse que celui-ci n'est sous l'empire d'aucune cause d'incapacité tenant notamment à son état physique . Au contraire, nous l'avons déjà noté, la volonté nécessaire dans la doctrine du Code civil pour qu'il ait fait juridique illicite ne doit nullement cadrer avec la majorité de l'auteur de ce délit ou de quasi-délit

في الواقعة المشروعة نفس الارادة التي يطلبها في التصرف القانوني ، ويبني على ذلك وجوب بلوغ سن الرشد في الحالتين . وهذا غير صحيح ، فالمثري على حساب الغير دون سبب ، ومصدر النزاهة واقعة مشروعة ، لا يشترط فيه أن يكون قد بلغ سن الرشد ، بل لا يشترط فيه التمييز أصلا . (ثانيا) لا يطلب بنكاز من الرشد في الواقعة غير المشروعة لأنها أقل تعقيدا من التصرف القانوني . وهذا التعليل هو أيضا غير صحيح . فإن الارادة المطلوبة في الواقعة غير المشروعة لا علاقة لها بالأهلية إطلاقا ، بل هي التمييز المطلوب في الخطأ كعنصر معنوي ينضم الى العنصر المادي وهو التعدي .

وينداد الخطأ عند ما يقارن بنكاز بين التصرف القانوني وشبه الجريمة ثم بين التصرف القانوني والجريمة ، فيقول : « ويجب أن نلاحظ في النهاية أن شبه الجريمة في الفقه المدرسي ترجع دائما الى افتقار الارادة (*défaillance de la volonté*) أو هي ان شئت ترجع إلى أن الارادة تنعدم في وقت كان من الواجب أن تقوم فيه إرادة في تجنب إحداث الضرر . ومن ثم يكون بديها أن شبه الجريمة تتميز أساسا عن التصرف القانوني من ناحية الارادة . إذ الارادة تدلش ، إذا توافرت شروط معينة ، التصرف القانوني . وانعدام الإرادة هو الذي يدش شبه الجريمة . وعلى النقيض من ذلك - ومن ناحية الإرادة دائما - تقرب الجريمة من التصرف القانوني في أن الجريمة تتطلب قيام النية ، أي قيام إرادة واضحة تتجه نحو تحقيق غاية . وسنرى فيما بعد أن نظرية السبب تبرز لنا

= Le législateur s'est donc contenté en matière de fait juridique illicite d'une volonté moins développée qu'en ce qui concerne l'acte juridique pour la bonne raison que le delit ou le quasi délit revêt en principe une nature beaucoup moins complexe que l'acte juridique par conséquent. a dit le législateur, il appartiendra au juge de décider en fait dans chaque hypothèse si vraiment l'auteur d'un acte constitutif d'un délit ou d'un quasi-délit était donc d'une volonté suffisamment éclairée pour que les règles et la responsabilité civile entrent en jeu (Suppl II no 427 P 523).

الإرادة في التصرف القانوني تتجه أساساً نحو تحقيق غاية . غير أن الغاية في التصرف القانوني مشروعة، وهي على العكس غير مشروعة في الجريمة . وإلى ذلك ، يريد أصحاب التصرف القانوني إحداث آثار قانونية مجاوزين في ذلك الغاية الذاتية الماثلة في أذهانهم ، أما في الجريمة فصاحبها لا يرى غير الغاية الذاتية وهي الاضرار بالغير ولا يقصد إطلاقاً أعمالاً أبه قاعدة قانونية وبخاصة إذا كانت هذه القاعدة من شأنها أن تجزئه على عمله . ويبقى مع ذلك صحيحاً - ولا نبالغ إذا أكدنا هذه المسألة - أن كلا من التصرف القانوني والجريمة، في الفقه المدرسي ومن ناحية الإرادة، يتمثل نتيجة لتحريك إرادة تتجه في وضوح نحو تحقيق غاية محددة (١) .

(١) ومحمد هـ الأمل الفرنسي .

En définitive, remarquons que le quasi - délit tient toujours dans la doctrine classique à une défaillance de la volonté ou, si l'on veut, à l'absence de la volonté, alors que la volonté d'éviter le dommage existe. Il va de soi que par suite, le quasi - délit se distingue essentiellement de l'acte juridique sous le rapport de volonté, puisque tandis que la volonté engendre sous certaines conditions l'acte juridique, l'absence de volonté entraîne le quasi - délit. Au contraire, toujours du point de vue de la volonté, le délit se rapproche de l'acte juridique en ce que le délit exige une intention c'est-à-dire une volonté nettement caractérisée et tendant vers un but. La théorie de la cause nous révélera ultérieurement que la volonté dans l'acte juridique se concrétise essentiellement dans une tendance vers un but. Seulement tandis que dans l'acte juridique il s'agit d'un but licite c'est, au contraire, le but illicite que apparaît dans le délit. D'autre part, tandis que dans l'acte juridique les intéressés ont pour objectif d'engendrer des conséquences juridiques par delà le but concret. présent à leur pensée, dans le délit, son auteur ne voit que le but concret: nuire à autrui et n'entend nullement mettre en mouvement des règles de droit d'autant que ces règles de droit auraient pour résultante de le châtier de son acte. Il n'en est pas moins vrai, nous ne saurions trop insister sur ce point, que

ويظهر الخلط هنا أيضا في أمرين : (أولا) يفرق بنكاز بين شبه الجريمة والتصرف القانوني بأن الإرادة هي التي أنشأت التصرف القانوني وانعدام الإرادة هو الذي أنشأ شبه الجريمة . ووجه الخلط في هذا أن ما سماه بنكاز بانعدام الإرادة في شبه الجريمة إنما هو انعدام نية الاضرار وليس انعدام الإرادة ، وإلا فإن شبه الجريمة ينطوى على إرادة هي إرادة إتيان العمل غير المشروع . والصحيح أن الفرق من ناحية الإرادة بين شبه الجريمة والتصرف القانوني هو أن الإرادة في شبه الجريمة تنصب على العمل المادى الذى يكون شبه الجريمة، أما الإرادة في التصرف القانوني - أى التصرف القانوني ذاته - فتنصب على الأثر القانوني الذى يترتب على هذا التصرف . (ثانيا) وأبلغ من ذلك في الخلط، يقرب بنكاز ما بين الجريمة والتصرف القانوني بدعوى أن كلا منهما ينطوى على إرادة . ومع أنه يستظهر الفرق ما بين الإرادة هنا والإرادة هناك ، فيقول إن الغاية مشروعة في التصرف القانوني وغير مشروعة في الجريمة وأن أصحاب التصرف القانوني يريدون إحداث الأثر القانوني الذى تترتب على تصرفهم ولا يريد صاحب الجريمة أثرها القانوني ، إلا أنه يغفل إغفالا تاما أهمية هذا الفرق الأساسى ، ويمتنع فى التأكد بأن الإرادة في التصرف القانوني كالإرادة في الجريمة ، كلاهما يتجه نحو تحقيق غاية محددة هى أبعد مدى فى التصرف منها فى الجريمة ، كأن الإرادتين من طبيعة واحدة ولا يختلفان إلا فى المدى . والصحيح أن الإرادتين تختلفان فى الطبيعة ذاتها ، فالإرادة فى التصرف القانوني هى التصرف القانوني ذاته أو هى إرادة فى إحداث أثر قانوني ، والإرادة فى الجريمة هى إرادة فى إتيان عمل مادى . ومن ثم كان التصرف إرادة محضة ، وكانت الجريمة عملا ماديا محضا - ١ . فأى فرق فى الطبيعة أبلغ من هذا ما بين

dans la doctrine classique, sous le rapport de la volonté, acte juridique et délit se présentent comme étant la conséquence d'un effort de volonté nettement caractérisée dans le sens d'un objectif précis à réaliser. (Suppl I n. 429 pp 524 525).

الارادتين !! (١)

وقد أخطأ بنكاز التوفيق عند ما حاول أن يقرب من التصرف القانوني الواقعة المشروعة مرة ثم الجريمة مرة أخرى ، ولا يبقى بعيداً عن التصرف القانوني إلا شبه الجريمة . والصحيح أن كلا من الواقعة المشروعة والجريمة يقرب من شبه الجريمة ، إذ أنها جميعاً وقائع قانونية . وتبعد الثلاثة عن التصرف القانوني ، فهذا كما قدمنا إرادة محضة وتلك كلها أعمال مادية .

التصرف القانوني والواقعة القانونية من حيث الوظيفة :

وينتقل بنكاز بعد ذلك الى المقابلة ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية من حيث الوظيفة . فيرى أن الوظيفة واحدة بالنسبة الى الاثنين . إذ أن كلا من التصرف القانوني والواقعة القانونية وظيفته هي أن يحرك قاعدة قانونية ، وهذه القاعدة هي التي ترتب الأثر القانوني في الحالتين . أما التصرف القانوني بذاته ، وأما الواقعة القانونية بذاتها ، فلا يرتبان أثراً قانونياً بطريق مباشر ، وليس كل منهما الا شرطاً لترتيب هذا الأثر .

ويلاحظ بنكاز أن هذا المذهب هو مذهب فقهاء العهد المدرسي ، وبخاصة تلاميذ ولا رومبير وديمولومب ، وأن فقهاء القانون العام ، كديجيوجيز ، عندما قالوا به ، لم يكونوا مبتدعين .

ولا يرى بنكاز أي تعارض بين هذا المذهب وبين المذهب الفردي

(١) وقبل بنكاز وقع ديجيه نفسه في هذا الخطأ ، فرب ما بين الجريمة والتصرف القانوني . ويعنى بنكاز في تقريب الارادة في التصرف القانوني من الارادة في الجريمة ، حتى أنه يرى أن هذا التقريب ينتقص منه ظهور نظرية تحمل التبعة حيث لا تتطوى الجريمة على أية ارادة — وهنا يقرب بنكاز ما بين تحمل التبعة والقدر الشكلي للقانون الروماني فكلاهما لا يتطوى على ارادة !! — ويتقص منه كذلك ظهور الخطأ المفروض حيث يفت دور الارادة في المسؤولية عن هم تحت الرقابة وتعتمد في المسؤولية عن اتابع وعن الأشياء .

(l'école individualiste). وكثيرا ما استظهر ديجيه هذا التعارض ، فهو يذهب إلى أن المذهب الفردي ، إذ يقدس حرية الشخص وإرادته ، يجعل هذه الإرادة هي بالذات التي ترتب الأثر القانوني . ويجب بنكاز أن المذهب الفردي لا يؤدي حتما إلى هذه النتيجة فهو يحترم حقا حرية الشخص وإرادته ، ولكنه مع ذلك لا ينظر إلى الشخص منعزلا بل ينظر إليه باعتباراه عضوا في المجتمع ، فلا غرابة إذن في أن يكون القانون ، حتى في المذهب الفردي ، هو الذي يرتب على الإرادة أثرها القانوني ، لأن إرادة الفرد الذي يعيش في المجتمع لا مناص لها من أن تخضع للقانون ، والقانون هو الذي يتولى ترتيب ما يرى ترتيبه من الآثار . (١)

ويبقى بعد ذلك لبنكاز ملاحظتان يقيمهما على أن القانون هو الذي يرتب على التصرف القانوني أثره : (الملاحظة الأولى) يقول فيها إن العقد الناقل للملكية يحل عادة على أنه يلشء التزاما بنقل الملكية وينقضى هذا الالتزام بمجرد نشوئه . وهذا التحليل بقيسة تخلفت من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد . أما اليوم فلا يرجد ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويكفي للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر القانوني . (والملاحظة الثانية) ينتقد فيها بنكاز تقسيم التصرف القانوني إلى تصرف منظم وتصرف شرطي وتصرف ذاتي . وهو التقسيم المعروف الذي يقول به ديجيه . ويرى بنكاز أنه إذا كان لا بد من استبقاء الفكرة التي يقوم عليها هذا التقسيم ، فإن كل التصرفات تكون إذن تصرفات شرطية ، لأن التصرف

(١) وملاحظ بنكاز أن مذهب توليد القانون للأثر القانوني المترتب على الإرادة مذهب صحيح من ناحية الصياغة القانونية technique juridique . أما من الناحية الاجتماعية والناحية الفلسفية للقانون فيمكن القول بأن الإرادة ذاتها هي التي تولد الأثر القانوني .

ليس الا الشرط اللازم لتحريك القانون وجعله يرتب الآثار القانونية على هذا التصرف ، (١)

التصرف القانوني والواقعة القانونية من حيث تحديد منطقة كل منهما :

وينتقل بنكاز بعد ذلك إلى تحديد منطقة كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية. ويقوده هذا التحديد إلى الكلام في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ليحدد منطقة كل من المسؤوليتين ، إذ يتمثل في المسؤولية العقدية منطقة التصرف القانوني وفي المسؤولية التقصيرية منطقة الواقعة القانونية . ويدور ما يقول في هذا الصدد حول المسائل الآتية :

(١) يتساءل أولاً : هل هناك وحدة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، أم هناك ازدواج ؟
(٢) ويجب على هذا التساؤل بأن هناك وحدة من الناحية العملية المجردة ، وازدواجاً من الناحية العملية المحسوسة .

(٣) ثم يبين أن القضاء الفرنسي قد تطور نحو فصل المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية ، بحيث أصبح النقد لا يفسح مجالاً للمسؤولية التقصيرية إذ يجبرها بالمسؤولية العقدية .

(٤) وهو إذ ينتقد هذا القضاء يذكر أن المسؤولية التقصيرية أخذت مع ذلك تظهر في منطقة المسؤولية العقدية . ويتمثل ذلك أولاً في أن المسؤولية العقدية في بعض الحالات قد تتحول في نظره إلى مسؤولية تقصيرية .

(٥) ويتمثل ذلك ثانياً في أن المسؤولية التقصيرية قد تظهر فيما يرى إلى جانب المسؤولية العقدية لدعمها وتقويتها .

١ - هنا يستعمل بنكاز تعبير (التصرف الشرطي) بغير المعنى الذي قصد إليه ويحبه . وإذا سائرناه فيما يقول ، يبقى بعد ذلك أن الآثار التي يرتبها القانون على التصرف تكون تارة لتزاول ذاتها وتارة لا . فالأولى تقوم على تصرف ذاتي ، والأخرى تقوم على تصرف منظم .

(٦) ويستخلص مما قدمه أن المسؤولية التقصيرية هي الأصل والمسؤولية العقدية هي الاستثناء . ويرتب على ذلك أن يحدد منطقة واسعة للمسؤولية التقصيرية فيجعلها تشمل جميع الوقائع القانونية بل وتشمل كذلك التصرف القانوني بإرادة منفردة ، ويقصر منطقة المسؤولية العقدية على العقد دون غيره .

(٧) ويذكر أخيراً أن شرط الإعفاء من المسؤولية يجيزه القضاء الفرنسي في المسؤولية العقدية ويجرمه في المسؤولية التقصيرية ، وهذا مما يؤكد في نظره أن المسؤولية التقصيرية هي الأصل فلا يجوز الإعفاء منها ، أما المسؤولية العقدية فهي على هامش المسؤولية التقصيرية ويجوز ابقاؤها أو محوها . ولكنه يقرر بعد ذلك أن شرط الإعفاء من المسؤولية ، سواء كان الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية ، شرط باطل في نظره لخالفته للنظام العام .

وتابعه فيما بسط من هذه المسائل ، مسألة مسألة .

(١) المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية - ازدواج أم وحدة :

هنا يعرض بنكاز للمسئوليتين العقدية والتقصيرية ليندر ما بينهما من فروق وموافقات .

أما الفروق فتتلخص فيما يأتي :

(١) في المسؤولية العقدية يغلب اشتراط سن الرشد ، أما في المسؤولية التقصيرية فالتمييز وحده يكفي .

(٢) معيار الخطأ في المسؤولية العقدية هو السلوك المألوف للوسط من الناس (l'homme moyen) ، ومعياره في المسؤولية التقصيرية هو السلوك المألوف للرجل الشديد اليقظة (exceptionnellen attentif) وسنرى أن هذا التمييز تعوزه الدقة .

(٣) عبء الإثبات في المسؤولية العقدية يقع على المدين ، ويقع على الدائن في المسؤولية التقصيرية .

(٤) التعويض في المسؤولية العقدية - في غير الفسخ والخطأ الجسيم - لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ويكون في المسؤولية التقصيرية عن كل ضرر مباشر ولو غير متوقع .

وتتفق المسئوليتان من حيث الأركان ، فأركان كل منهما ثلاثة : (١) الإخلال بالتزام (٢) الخطأ (٣) الضرر .

ثم يقول بنكاز : إن الفقه الفرنسي كان مجمماً حتى أواخر القرن التاسع عشر على فكرة ازدواج الخطأ (dualité de la faute) ثم قامت حركة فقهية تقول بوحدة الخطأ (unité de la faute) ، وانضم بلانيول إلى هذه الفكرة فأكسبها كثيراً من القوة .

(٢) وحدة من الناحية العملية المجردة وازدواج من الناحية العملية المحسوسة :

ويرى بنكاز أن أنصار وحدة الخطأ وقفوا عند الناحية العملية المجردة ، فأركان المسؤولية العقدية هي عيها أركان المسؤولية التقصيرية . ولكن هذه الوحدة لم تتحقق إلا بعد أن جرد كل ركن من أركان المسؤولية الثلاثة مما يحتويه . فركن الإخلال بالتزام جرد من تجديد ماهية هذا الالتزام ، فهو التزام عقدي في المسؤولية العقدية والتزام قانوني في المسؤولية التقصيرية . وركن الخطأ جرد من مقوماته ، ففي العقد يشترط عادة بلوغ سن الرشد ومعيار الخطأ السلوك المألوف للأوساط من الناس وعبء الإثبات على المدين ، أما في المسؤولية التقصيرية فلا يشترط إلا التمييز ومعيار الخطأ السلوك المألوف للشخص اليقظ وعبء الإثبات على الدائن . وركن الضرر جرد من تعيين مداه ، فهو في المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المتوقع ، ويمتد في المسؤولية التقصيرية إلى الضرر غير المتوقع .

أما أنصار ازدواج الخطأ فنظروا إلى المسألة من ناحية العملية المحسوسة ، فلم يجردوا أركان المسؤولية من محتوياتها ، ومن ثم تراهم يوجهون النظر إلى هذه الفروق العملية المقررة ما بين المسئوليتين .

قانونية فهي واحدة في الحالتين ، فقيم إذن التمييز أما القول بازدواج الخطأ - وهذا ما اتجه اليه الفقه الفرنسي في وضوح - فانه يجعل التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية أمرا واجبا .

(٣) تطور القضاء الفرنسي نحو فصل المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية :

وبلاحظ بنكاز أن القضاء الفرنسي قد تطور نحو نظرية ازدواج الخطأ وفصل المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية فصلا تاماً .

وقد تم ذلك في صدد عقود ثلاثة :

(١) عقد نقل الأشخاص من حيث المسؤولية عن سلامتهم .

(٢) عقد العمل الفردي من حيث المسؤولية عن اصابات العمل .

(٣) عقد الإيجار من حيث المسؤولية عن حريق العين المؤجرة .

وقد أطل بنكاز في تحليل القضاء الفرنسي الخاص بعقد نقل الأشخاص . وخلاصة ما قرره في هذا الشأن أن القضاء الفرنسي ؛ حتى سنة ١٩١١ ، كان يميز بين نقل الأشخاص ونقل الأشياء على أساس أن الإنسان كائن حي (*matière vivante*) حر في حركاته وسكناته فلا تمكن السيطرة عليه ، ومن ثم لا يكون أمين النقل مسؤولاً عن سلامته أثناء النقل مسؤولية عقدية ، بل يجب على الراكب أن يثبت الخطأ في جانب أمين النقل ليجعله مسؤولاً مسؤولية تقصيرية . أما الشيء فعلى العكس من ذلك كائن غير حي (*matière inerte*) يمكن لأمين النقل وضعه تحت سيطرته التامة . فيكون مسؤولاً عن سلامته أثناء النقل مسؤولية عقدية ، ولا تلتنى هذه المسؤولية إلا اذا أثبت أمين النقل السبب الأجنبي .

ولكن هذا القضاء ، في أحكام ثلاثة مشهورة لمحكمة النقض الفرنسية في ستي ١٩١١ و ١٩١٣ ، رجع عن هذا المبدأ ، وجعل المسؤولية عقدية في الحالتين ، حالة نقل الأشياء وحالة نقل الأشخاص ، وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الآتي : « إن تنفيذ عقد النقل يتضمن في الواقع من الأمر التزام أمين النقل بإبلاغ الراكب جهة الوصول سليماً معافى »^(١). وفي ثاني هذه القضايا الثلاث بسط النائب العام ساريه (Sarrut) أمام محكمة النقض أهم المسائل التي ينطوي عليها هذا المبدأ . فبين ألا فرق من جهة الواقع بين نقل الأشياء ونقل الأشخاص ، وإن مسؤولية أمين النقل في الحالتين مسؤولية عقدية يقع عليه فيها عبء الإثبات ، وانتهى بتأصيل العلاقة ما بين أمين النقل والراكب يكشف عن صيغتها العقدية . أما أنه لا فرق بين نقل الأشياء ونقل الأشخاص ، فذلك لأن الشخص إذا كان له نشاط ذاتي فإن الشيء قد يكون له هو أيضاً هذا النشاط ، فالشيء قد يكون معرضاً للتلف إذا لم يكن محكم الربط والحزم ، وقد تكمن فيه جراثيم العطب ، وقد يكون مادة ملتهبة قابلة للانفجار . ثم إن الشيء قد يكون حيواناً ، وهذا له نشاط ذاتي لا شبهة فيه كالإنسان ، وهو يتحرك ، فيصيب ويصاب . على أن الإنسان الذي نخشى عليه من نشاطه الذاتي هو أشد حرصاً على سلامة نفسه من صاحب البضاعة على بضاعته ، ومع ذلك نجعل أمين النقل مسئولاً عن سلامة البضاعة أثناء النقل ولا نجعله مسئولاً عن سلامة الإنسان ، وهل للإنسان ، وهو يسلم نفسه لأمين النقل ، أية سيطرة على عمال النقل أو انتظام الآلات أو اعتماد السرعة أو دقة التوجيه؟.. كل هذا في يد أمين النقل وهو الذي يسيطر عليه ، وقد ثبت أن الكثرة الغالبة من حوادث النقل ترجع إلى أسباب لاصلة لها بالراكب . فالواجب إذن جعل أمين النقل مسئولاً مسؤولية عقدية عن سلامة الراكب ، وعليه إذا أراد أن يتخلص من هذه المسؤولية عبء الإثبات . ولا يكفي في ذلك أن يثبت أنه

(١) وهذا هو النص بالفرنسية :

« L'exécution du contrat de transport comporte en effet, pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination. »

اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الحادث ، يل يجب أن يثبت أن الحادث ، قد وقع بسبب أجنبي لا يدل عليه ، بقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير أو خطأ الراكب . ثم يعرض النائب العام للسألة في أصلها فيذكر أن العلاقة ما بين أمين النقل والراكب هي علاقة عقدية يحكمها عقد النقل وهذه العلاقة العقدية تجب أية مسؤولية تقصيرية ، أو أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولولا عقد النقل الذي ألقى بالراكب إلى أمين النقل لما وقع الحادث ولما أصيب الراكب ، فالحادث إنما وقع في تنفيذ عقد النقل فيرتب مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية . والفرق واضح بين الراكب والأجنبي كلاهما يصاب ، فالراكب تربطه بأمين النقل علاقة عقدية فتكون المسؤولية عنه مسؤولية عقدية ، أما الأجنبي فلا يربطه عقد بأمين النقل فتكون المسؤولية عنه مسؤولية تقصيرية .

ويخلص مما تقدم أن المسؤولية العقدية في عقد النقل قد جبت المسؤولية التقصيرية ، وأن منطقة كل من هاتين المسؤوليتين منفصلة عن منطقة المسؤولية الأخرى ، فالمسؤوليتان لا تتلاقيان في منطقة واحدة ، وحيث يوجد عقد فإن تنفيذه لا يمكن أن يربط لا مسؤولية عقدية (١) .

(١) أما في خصوص عقد العمل ، فقد كان القضاء الفرنسي يجعل مسؤولية رب العمل عن إصابة أهل العامل بمسؤولية تقصيرية ، وقبل أن يتطور القضاء نحو المسؤولية التقصيرية ، كما تطور في عقد النقل على الوجه الذي سبق ذكره ، صدر قانون ١٩ أبريل سنة ١٨٩٨ يحمل رب العمل تبعاً إصابات العمل على أن يدفع عنها تعويضاً مقدراً حدده القانون . فلم يعد للقضاء مجال للعمل في هذا الميدان . وكذلك في خصوص مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة ، فقد كانت المادة ١٧٣٤ من القانون المدني الفرنسي تجعل المستأجرين مسئولين بالتضامن عن حريق العين المؤجرة ، وهذه مسؤولية تقصيرية . ثم صدر قانون ٥ يناير سنة ١٨٨٣ يجعل كل مستأجر مسئولاً بنسبة القيمة الإيجارية للجزء الذي يسكنه دون أن يكون متضامناً مع سائر المستأجرين . وهذه مسؤولية عقدية . ولم يعد هنا أيضاً للقضاء مجال للعمل ، على أنه يجوز أن يثبت المؤجر خطأ معينا في جانب أحد المستأجرين بالذات ، فيكون هذا المستأجر مسئولاً مسؤولية تقصيرية عن حريق كل العين المؤجرة ، ولكن المسؤولية التقصيرية جنتاً منطقتها منفصلة كل الانفصال عن منطقة المسؤولية العقدية .

(٤) انقلاب المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية : كان بنكاز يستطيع أن يغتبط بالنتيجة التي وصل إليها القضاء الفرنسي وقد جعل هذا القضاء للمسؤوليتين العقدية والتقصيرية منطقتين منفصلتين أحدهما عن الآخر ، فميز بذلك تميزاً واضحاً بين التصرف القانوني وتمثله المسؤولية العقدية والواقعة القانونية وتمثلها المسؤولية التقصيرية . ولكن الغريب أن بنكاز لم يرض عن ذلك ، وأبى ألا أن يخالف القضاء ، وإن يخلط بين المسؤوليتين ، فيذهب تارة إلى جواز انقلاب المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية ، ويذهب تارة إلى جواز قيام المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية في العقد الواحد . وهو يقصد من ذلك إلى أن يحمل المسؤولية التقصيرية هي الأصل فتكون المسؤولية العقدية استثناء ، ولكنه ضحى في هذا السبيل بالنتيجة الطيبة التي وصل إليها القضاء الفرنسي من فصل منطقة التصرف القانوني عن منطقة الواقعة القانونية .

يذهب بنكاز كما قد دنا إلى جواز انقلاب المسؤولية العقدية فتصبح مسؤولية تقصيرية ، ويورد في هذا الصدد قضيتين حكمت فيهما محكمة النقض الفرنسية بما يخالف رأيه ، فلا يسهل ألا أن يسجل اعتراضه على هذا القضاء .

في القضية الأولى (١) اقترضت امرأة متزوجة مبلغاً من المال ، وتعهدت أن تسلم للدائن سداداً لهذا القرض ، أغناماً ربتها في أرضها ، على أن يقدر ثمنها أحد القضاة . ولكنها بعد أن تم تقدير الثمن ، امتنعت عن تسليم الأغنام ، وأصرت على هذا الامتناع . فحضى عليها بالتعويض ، وأوقع الدائن حجزاً على أموالها كانت قد دفعتها مبراً (dot) . والأصل أن المهر لا يجوز الحجز عليه في ديون ناشئة عن العقد ، أما إذا نشأت الديون عن عمل غير مشروع فالجوز جائز . وقد اعتبرت محكمة النقض أن التعويض المقتضى به قد نشأ عن عقد القرض لا عن عمل غير مشروع ، فحكمت بإلغاء الحجز . ومحكمة النقض في رأينا ، على حق فيما قضت به ، وبما يكن من إصرار المقترضة على عدم الوفاء بالتزامها ، فإن هذا الالتزام قد نشأ عن عقد القرض ، فهي تمتنع عن تنفيذ التزام عقدي ، ومسؤوليتها تكون إذن مسؤولية عقدية . ولكن يظهر أن بنكاز لا يرى هذا الرأي ، فهو مع تسليمه بأن المسؤولية

(١) نقض فرنسي في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ مبره ٨٦ - ٩ - ٩ - والأول ٨٦ - ٩ - ١١ .

التقصيرية لا يمكن أن تتولد من العقد بطريق أصلي مباشر d'une manière principale et directe إلا أنه يتساءل هل عدم تنفيذ العقد يصح أن يكون من شأنه تحويل المسؤولية العقدية التي تنشأ عادة عن العقد إلى مسؤولية تقصيرية ؟

(Si l'inexécution d'un contrat peut être l'occasion de la transformation de la responsabilité contractuelle qui en découle normalement en une responsabilité délictuelle?)

وفي القضية الثانية^(١) أعد مديرو إحدى الشركات ميزانية غير صحيحة تخفي ما وقعت فيه الشركة من عجز مالي وتبرزها في مظهر يسار كاذب . وقد أغرى هذا المظهر بعض حاملي أسهم الشركة أن يشتروا أسهما أخرى ، ودفع أجنب عن الشركة إلى الاكتتاب في أسهمها ، ولما انكشفت الحقيقة رفع هؤلاء وأولئك دعوى على مديري الشركة ، فقضى لهم بالتعويض على أساس العمل غير المشروع . وقالت محكمة النقض في حكمها : إن الدعوى لا تقوم على خطأ عقدي في تنفيذ مديري الشركة لو كالتهم ، بل هي تقوم على عمل غير مشروع ارتكبه هؤلاء خارج حدود الإدارة . ويقول بنكاز تعليقا على هذا الحكم إن حاملي أسهم الشركة الذين اشتروا أسهما أخرى إنما أسسوا دعواهم على عقد الشركة ، وقد انقلبت المسؤولية العقدية التي تولدت عن هذا العقد إلى مسؤولية تقصيرية نظرا لجسامة الخطأ الذي ارتكبه مديرو الشركة . ولا نرى حاجة لهذا التخريج الذي أخذ به بنكاز . فإن مديري الشركة يمكن تأسيس مسؤوليتهم على عملهم غير المشروع ، لانجو المكتتبين الأجانب فحسب ، بل أيضا نحو حاملي الأسهم الذين اشتروا أسهما جديدة ، فهم عند شرائهم لهذه الأسهم يكونون هم والأجانب سواء ، ولم يعد هناك إذن محل للقول بأن عقد الشركة قد تولدت عنه مسؤولية عقدية ، انقلبت بهذالك إلى مسؤولية تقصيرية .

على أن بنكاز يصر على أن يستخلص مما قدمه أن عدم تنفيذ العقد يصح أن يحاط

(١) نقض فرنسي في ٢٦ فبراير سنة ١٩١٠ سيريه ١١ - ١ - ١٠٥ .

بطرق احتيالية بحيث يتكشف عن مسئولية تقصيرية .

L'execution d'un contrat est susceptible d'être entourée des manoeuvres frauduleuses telles que le delit apparait.

والصحيح في نظرنا هو ما قرره لابينه (Labbé) في تعليقه على القضية الأولى من أن عدم تنفيذ العقد في ذاته ، مهما بلغت جسامته الخطأ فيه ، لا يمكن أن يحول المسئولية العقدية الى مسئولية تقصيرية . ويقول في هذا الصدد إن حافظ الوديعة إذا باعها يرتكب عمليتين متميزتين أحدهما عن الآخر . العمل الأول هو عدم رد الوديعة الى صاحبها ، وهذا خرق لالتزام عقدي تولد عنه مسئولية عقدية . والعمل الثاني هو بيع الوديعة ، وهذا ارتكاب لجريمة تبديد تولد عنه مسئولية تقصيرية . فإذا كان حافظ الوديعة لم يقصد الى التبديد منذ البداية ، فإن السلين يتعاقبان دون أن يرتبطا . أما اذا قصد اليه ، فإن عقد الوديعة يصبح مجرد عمل تحضيرى للتبديد وينطوى فيه .

(٥) قيام المسئولية التقصيرية الى جانب المسئولية العقدية : وينتقل بنكاز بعد ذلك الى القول بجواز قيام المسئولية التقصيرية الى جانب المسئولية العقدية . ويورد لذلك مثلاً نقل طرود البريد . فكثيراً ما تشترط شركة النقل ألا تكون مسئولة إلا عن الضياع أو المرققة أو التلف ، وتحدد مسئوليتها بمبلغ مقطوع ، وقد وقع أن الشركة نقلت قبعات نموذجية لأحد التجار ، فسلمتها خطأ لتاجر منافس استطاع تقليدها فأضر بصاحبها ، وأبت محكمة النقض الفرنسية ألا أن تعتبر خطأ الشركة إخلالاً بالتزام عقدي . ويذهب بنكاز الى أن المسئولية التقصيرية قد قامت هنا الى جانب المسئولية العقدية ، وأن الشركة تلتزم بالتعويض عن المسئوليتين . وترى أن محكمة النقض كانت على حق فيما قضت به ، وأن مسئولية الشركة هي مسئولية عقدية محضة ، لا يقوم الى جانبها مسئولية تقصيرية . ولكن قد يكون خطأ الشركة خطأ جسيماً ، فيبطل شرط التخفيف من المسئولية .

وفي قضية أخرى تأخرت الشركة في نقل الطرود ، فعمد عمالها إلى إخفاء هذا

التأخير بطرق احتيالية . فقضى بالتمويض على أساس المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، ونحن نلاحظ هنا أن الشركة ارتكبت خطأين مستقلين أحدهما عن الآخر : الخطأ الأول هو التأخر في تسليم الطرود ، وهو خطأ عقدي ترتبت عليه المسئولية العقدية ، والخطأ الثاني هو الطرق الاحتيالية التي ارتكبتها عمال الشركة لإخفاء التأخير ، وهذا خطأ تقصيري ترتبت عليه المسئولية التقصيرية .

على أن بنكاز يصر على القول بأن التمييز بين الخطأين أمر عسير ، والأولى في نظره أن يقال إن عدم تنفيذ العقد قد ولد الى جانب المسئولية العقدية مسئولية تقصيرية بسبب الغش أو الخطأ الجسيم . ونحن لانشاطر بنكاز هذا الرأي ، ونرى مع فيرون (Ferron) وقد علق على بعض هذه الأحكام أن العمل الواحد لا يمكن أن تولد عنه في وقت واحد مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية . فلكل مسئولية من هاتين منطقة خاصة بها . ولا يمكن أن يقع مركز قانوني في المنطقتين معاً ، بل هو يقع في منطقة أو في أخرى . ويجب التمييز بين خطأ ارتكبه أمين النقل في تنفيذ العقد وخطأ ارتكبه بمناسبة هذا التنفيذ . فقد يقصر أحد عمال أمين النقل في المحافظة على الطرد المنقول فيتلف ، ويكون هذا خطأ في تنفيذ العقد ترتب عليه مسئولية عقدية . وقد يدفع هذا العامل الطرد سليماً لصاحبه ، ولكن تقع بينهما مشادة يصيب فيها العامل صاحب الطرد بالأذى فيكون هذا خطأ بمناسبة تنفيذ العقد ترتب عليه مسئولية تقصيرية ، وفي جميع هذه الأحوال تبقى منطقة المسئولية العقدية منفصلة كل الانفصال عن منطقة المسئولية التقصيرية .

(٦) المسئولية التقصيرية هي الأصل والمسئولية العقدية استثناء : ويتنهي بنكاز بعد ذلك الى النتيجة التي يريد استخلاصها من كل ما تقدم . فيقول ان المسئولية التقصيرية لا تجمع في منطقة واحدة مع المسئولية العقدية ، والعقد لا يولد ابتداء مسئولية تقصيرية ، وإن كان ذلك لا يمنع من تحول المسئولية العقدية الى مسئولية تقصيرية ومن قيام المسئولية التقصيرية الى جانب المسئولية العقدية ، فهل يمكن اعتبار إحدى هاتين المسئوليتين هي الأصل

وتكون الأخرى استثناء ، أم أن كلتا المسئوليتين ليست إلا فرعا عن مسئولية أهم وأشمل ؟

نم يقول إن بودرى وبارد - في مبسوط بودرى - أجابا عن هذا السؤال بأن المسئولية العقدية هي الأصل ، والمسئولية التقصيرية استثناء . ويستندان في ذلك إلى نصوص القانون المدني الفرنسي . فقد قربت هذه النصوص المسئولية الناشئة عن الأثر بلا سبب والمسئولية الناشئة عن الالتزام القانوني من المسئولية العقدية ، فنصت المادة ١٣٧٤ على إلزام الفضولي ببذل عناية الرجل المعتاد وهذا هو المعيار في المسئولية العقدية ، وتطلبت المادة ١٣٧٥ من الوصي نفس هذه العناية في إدارته لأموال القاصر . ومن ثم تكون المسئولية التي يقاس عليها هي المسئولية العقدية ، فهي الأصل والمسئولية التقصيرية استثناء .

ويخالف بنكاز هذا الرأي ، ويذهب إلى عكسه ، فيقول بل إن المسئولية التقصيرية هي الأصل والمسئولية العقدية استثناء ويقيم سندا لرأيه الاعتبار الآتية :

أن المسئولية التي تترتب على التصرف القانوني يرتبها القانون لا التصرف ذاته ، شأنها في ذلك شأن المسئولية التي تترتب على الواقعة القانونية . فهل ترى القانون عند ما يريد أن ينظم المسئولية بوجه عام يختار أساسا لها التصرف القانوني ، بل ما هو أخص من التصرف القانوني وهو العقد ؟ من المستحيل أن يختار القانون العقد ، لأنه فرع عن التصرف القانوني ! والتصرف القانوني ذاته فرع عن الواقعة القانونية بمعناها الواسع ، هذا إلى أن العقد له مقومات خاصة به تقتضي أن تكون المسئولية المترتبة عليه مسئولية من نوع خاص وليست هي المسئولية العامة . فالعقد يفترض وجود ارادتين متطابقتين كل ارادة منهما تقوم رقبيا على الارادة الأخرى ، ومن ثم نظمت المسئولية العقدية لتواجه هذا الخصوص . أما الشخص الذي يضار في مصلحته بعمل غير مشروع ، فليس هناك عقد بينه وبين من صدر منه هذا العمل ، فلا يجوز أن تطبق قواعد المسئولية العقدية ، إذ هي تفترض أن الطرفين قد اتفقا على تحديد مدى المسئولية . وهذا بخلاف

المسئولية التقصيرية ، فانها هي التي تمثل المسئولية العامة من الناحيتين الواقعية والمنطقية ، وبخاصة إذا نظرنا إلى وظيفة القانون . فالقانون وظيفته تنظيم الحياة الاجتماعية ، ولقاعدة أكثر شمولاً في تنظيم الحياة الاجتماعية من تلك التي توجب التعويض على كل شخص يضر بخطأه شخصاً آخر ، فهذه القاعدة من العموم والاطلاق بحيث تكون هي القاعدة العامة في الحياة الاجتماعية بلامراء .

ويستخلص بنكاز من الاعتبارات المتقدمة نتيجتين رئيسيتين : (١) أن المسئولية التقصيرية هي الأصل ، وليست المسئولية العقدية إلا حالة خاصة تقوم إذا توافرت مقوماتها ، وإذا قامت فإن هذا لا يمنع من قيام المسئولية التقصيرية إلى جانبها ، بل ومن الحلول محلها عند الاقتضاء . (٢) أن المسئولية التقصيرية هي التي يقاس عليها جميع المسئوليات الأخرى غير المسئولية العقدية . فليها تقاس المسئولية الناشئة عن الأثرء بلا سبب أى الوقائع الاختيارية المشروعة . وعليها أيضاً تقاس المسئولية الناشئة عن الالتزامات القانونية كاللزام الوصى . وعليها أخيراً تقاس المسئولية الناشئة عن الإرادة المنفردة ، وذلك بالرغم من أن الإرادة المنفردة تصرف قانوني ، تتلاقى مع العقد في طبيعتها ، ولكنها ترد إلى أحكام المسئولية التقصيرية لا إلى أحكام المسئولية العقدية .

٧ - الاعفاء الاتفاقي من المسئولية : هنا يستعرض بنكاز القضاء الفرنسي ، ويقرر أن هذا القضاء يحيز الاعفاء الاتفاقي من المسئولية العقدية ، ولكنه يحرم الاعفاء الاتفاقي من المسئولية التقصيرية لأن أحكام هذه المسئولية تعتبر من النظام العام . ويستشهد بذلك مرة أخرى على أن المسئولية التقصيرية ، وأحكامها من النظام العام ، هي الأصل وأحكامها هي الأحكام العامة للمسئولية .

بل إن بنكاز لا يفوته أن يستشهد بمبدأ آخر قرره القضاء الفرنسي . فكثيراً ما يرتب هذا القضاء ، في عقد وجد فيه شرط يعنى من المسئولية ، نقل عبء الإثبات من المدين

- ٩٠ -

الى الدائن ، ويقال في تأسيس ذلك إن الشرط أعني من المسؤولية العقدية التي يجوز الاعفاء منها ، لا من المسؤولية التقصيرية التي يحرم فيها الاعفاء ، فقامت المسؤولية التقصيرية حين اختفت المسؤولية العقدية ، ومن ثم انتقل عبء الاثبات من المدين الى الدائن تطبيقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية. ويقول بنكاز تحقيقاً على ذلك ان القضاء الفرنسي بحريه على هذه السنة يكون قد أقر قيام المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في وقت واحد، وقد حجت الأولى الثانية، فلما اختفت بشرط الاعفاء ظهرت المسؤولية التقصيرية وهذا حق، ونرى أن القضاء الفرنسي بهذا المبدأ الذي جرى عليه يناقض نفسه ، فهو بعد أن فصل منطقة المسؤولية العقدية عن منطقة المسؤولية التقصيرية فضلاً تاماً ، عاد بتقريره هذا المبدأ إلى الخلط فيما بينهما . والرأي الصحيح في نظرنا أن العقد لا يترتب عليه إلا مسؤولية عقدية ، وهذه المسؤولية منطقة منفصلة لا يهضح للمسؤولية التقصيرية أن تتحدهما . ومتى انتفت المسؤولية العقدية بشرط الاعفاء ، لم يبق هناك محل لاية مسؤولية أخرى ، ولا يجوز القول بأن المسؤولية التقصيرية تظهر حين تختفي المسؤولية العقدية ، فإن المسؤولية التقصيرية لم يكن لها وجود أصلاً في منطقة العقد حتى تتمكن في أي وقت من الظهور (١)

ويقول بنكاز بعد ذلك إن بعض الفقهاء — وبخاصة بوتو (Boutaud) (٢) — حاول أن يجعل شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية جائزاً على غرار التأمين من المسؤولية، فمن أمن من المسؤولية عن الخطأ ، فقد ألقي عبء خطئه على المؤمن، واشترط ألا يرجع عليه بهذا الخطأ . فإذا كان هذا الشرط جائزاً في التأمين من المسؤولية فلماذا لا يجوز في الاعفاء من المسؤولية ؟ ويجب بنكاز بحق أن التأمين من المسؤولية ليس معناه الاعفاء

(١) وكل ما يمكن التحفظ فيه في هذا الصدد هو احتمال أن يكون شرط الأعفاء من المسؤولية العقدية منفيًا باعتباره شرط إذعان ، فيجوز قاضي أن يبطله . وهذا هو الرأي الذي بطناه في الوسيط (انظر الوسيط جزء اول ص ٦٧٧ — ص ٦٧٨) .

٢٠ ، انظر كتابه في « شرط الاعفاء من المسؤولية والتأمين من المسؤولية عن الخطأ »

Clauses de non - responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes

منها ، ويقول في هذا الصدد : و ان من يؤمن من مسؤوليته لا يقصد اطلاقاً أن يتخلص من نتائج أخطائه ، بل هو يدبر خير طريقه للتعويض من هذه الأخطاء . أما من يضع شرطاً للاعفاء من المسؤولية ، فإنه على العكس من ذلك يريد أن يتخلص من تعويض الضرر الذي وقع بفعله ، فنحن من الناحيتين المادية والنفسية نواجه وضعين يتعارضان لا يتحدان (١)

ثم يذهب بنكاز — على عكس المحاولة المتقدمة — أي عدم جواز الاعفاء ، لا من المسؤولية التقصيرية فحسب ، بل أيضاً من المسؤولية العقدية . ويقول في تعليل ذلك إن كلا من انتصرف القانوني والواقعة القانونية لا ينتج أثراً قانونياً بذاته ، بل يقتصر على تحريك قاعدة قانونية هي التي تنتج الأثر القانوني . فلا يجوز اشتراط عدم تحريك القاعدة القانونية باشتراط الاعفاء من المسؤولية ، سواء كان ذلك في الواقعة القانونية أو في التصرف القانوني ، لأن تحريك القاعدة القانونية في كلتا الحالتين يعتبر من النظام العام .

١ وهذا ما يقوله بنصه الفرنسي :

“...loin de vouloir échapper aux conséquences de ses fautes, celui qui contracte une assurance de responsabilité vise au meilleur moyen de les réparer, celui qui stipule une clause de non-responsabilité entend, au contraire se soustraire à la réparation du préjudice résultant de son fait . Matériellement et psychologiquement on est en présence de deux situations qui s'excluent au lieu de s'identifier (Suppl. II p. 663)

وبلاحظ Thaller — في المقدمة التي وضعها لكتاب بوتو — أنه كلما قل عدد المؤمن لهم كلما زاد قسط التأمين وثقل عبؤه ، فإن كان المؤمن له اثنين فقط لم تكن هناك فائدة محسوسة من التأمين ، إذ يتحمل كل من الاثنين نصف الحسارة . فإذا كان التأمين منحصراً بين المؤمن ومؤمن له واحد — وهذا هو موقف المتعاقدين في شرط الاعفاء من المسؤولية — فما هي الفائدة التي تجني من التأمين !!

نقد نظرية بنكاز :

مزية النظرية : لا شك في أن بنكاز له فضل كبير ، فهو أول فقيه فرنسي حاول أن يصوغ نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، فقابل ما بين الفكرتين في اسباب ، ووضع فكرة إلى جانب الأخرى حتى يميز بينهما في وضوح ، وهو في الوقت ذاته قد هدم التفسيرات العتيقة التي يقول بها الفقه ، فيحول بها دون بروز التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وبين أن مصادر الحقوق ترد جميعها إلى هذين المصدرين . فلفت بنكاز بذلك نظر رجال القانون إلى أهمية وضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية .

عيوبه النظرية : ولكن بنكاز لم يوفق إلى وضع النظرية الشاملة التي كان يقصد إليها . فنظريته ، فضلا عن العيوب الشكلية التي سبقت الإشارة إليها ، تنطوي على عيوب أساسية ثلاثة :

(العيب الأول) لم يقل بنكاز شيئاً جديداً في التصرف القانوني . فقد اقتصر على الكلام في شكل الإرادة وفي الإرادة الظاهرة ، وقال فيهما ما هو معروف . بل هو قد أخطأ خطأ واضحاً ، عندما كان يتكلم في الإرادة الظاهرة ، بأن خلط بين هذه الإرادة والإرادة الصورية ، وبأن جعل الإرادة الصورية استثناء من نظرية الإرادة الباطنة .

(العيب الثاني) لم يضع بنكاز نظرية شاملة للواقعة القانونية . بل إن ما كان يعيبه على الفقه المدرسي والفقه المعاصر وقع هو فيه : (١) اذ قصر الواقعة القانونية على مصادر الالتزام ، فلم يذكر مصادر الحقوق العينية ، وبخاصة الحيازة وهي من أهم الوقائع القانونية (٢) واذ شئت الوقائع القانونية ولم يحاول ربطها جميعاً في وحدة منسجمة متسقة . وقد اقتصر على أن يتكلم في بعض الوقائع القانونية - الأثر بلا سبب والتصرف في استحصال الحق والقرعة القاهرة والحادث العار - وعالج كل واقعة منها على حدة ، منفصلة عن غيرها كل الانفصال .

(العيب الثالث) وهو أخطر العيوب الثلاثة . فان بنكاز عندما قابل بين التصرف القانوني والواقعة القانونية - وهذا هو أهم جزء في نظريته - تراه بدلاً من أن يميز

بينهما تميزا واضحا وهذا التمييز هو القوام الحقيقي للنظرية ، يعتمد على العكس من ذلك إلى الخلط بينهما خلطا بينا ، وذلك في جميع النواحي الثلاثة التي عددها :

(١) فمن ناحية الماهية : نراه قد وضع التصرف القانوني مع الواقعة المشروعة بل مع الجريمة ، وقابل بين هذه كلها وبين شبه الجريمة ، فمسخ طبيعة التصرف القانوني وهو ارادة محضة ، كما مسخ طبيعة الواقعة القانونية وهي عمل مادي . وكان الصحيح أن يقابل ما بين التصرف القانوني من جهة وبين الواقعة المشروعة والجريمة وشبه الجريمة من جهة أخرى .

(٢) ومن ناحية الوظيفة : بالغ كثيرا في جعل التصرف القانوني كالواقعة القانونية يقتصر أثره على تحريك قاعدة قانونية ، ولا شأن له بعد ذلك بالآثار القانونية التي تنتجها هذه القاعدة . وظاهر أن هذه الآثار القانونية مرتبطة كل الارتباط بالارادة التي حركت القاعدة القانونية ، فهي قد اشتقت من هذه الارادة ، وقدت على قلبها . بل إن القاعدة القانونية التي تحركت قد اقتصرت في إنتاج الآثار القانونية على القدر الذي اتجهت الادارة لتحقيقه ، لا أكثر ولا أقل .

(٣) ومن ناحية المنطقة : نرى بنكاز كأنه كان يتعمد الخلط بين التصرف القانوني والواقعة القانونية تعمدا غير مفهوم . فالقضاء الفرنسي كان قد مهد الطريق أمامه للتمييز بين الفكرتين ، بفصله بين منطقة المسؤولية العقدية ومنطقة المسؤولية التقصيرية . ولكن بنكاز كان يتنكب السير في هذا الطريق الواضح ، ويصر على انتقاد هذا القضاء ، ويأبى إلا أن تتحول المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية والا أن تقوم المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية ، كل هذا ليقول إن المسؤولية التقصيرية هي الأصل وإن المسؤولية العقدية هي الاستثناء!!! وقد دفعه هذا القول إلى انزلاق لا مبرر له ، اذ جعل المسؤولية العقدية هي التي تنطبق على الارادة المنفردة دون أحكام المسؤولية العقدية ، فمزق بذلك وحدة التصرف القانوني ، وبدلا من أن تدخل الارادة المنفردة حظيرتها إلى جانب العقد ، نراه يدفع بها إلى غير منطقتها ويقحمها منطقة الواقعة القانونية . على أن المبدأ الذي أراد أن يدعمه بهذا الخلط محل للنظر : فهو لم يرد أن يواجهه إلا

- ٩٤ -

فرضين اثنين : إما أن تكون إحدى المسئوليتين أصلاً وتكون الأخرى استثناء ، وإما أن تكون كلتا المسئوليتين فرعاً عن مسئولية أعم وأشمل ، ولماذا لا يكون كل من المسئولين أصلاً قائماً بذاته منفصلاً عن الأصل الآخر ؟ أليس هذا الفرض الثالث هو الذى يتفق مع فصل منطقة المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية ، وهو الذى يحقق قيام التمييز الواضح ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية . وعند ذلك لا تقع في الحرج الذى وقع فيه بنكاز ، ونبعد الإرادة المنفردة عن منطقة الواقعة القانونية ونردها إلى منطقتها الطبيعية وهى منطقة التصرف القانوني .

والشيء الوحيد الذى استند إليه بنكاز بحق في القضاء الفرنسي هو ما ذهب إليه هذا القضاء من ظهور المسئولية التقصيرية عند اختفاء المسئولية العقدية بمقتضى شرط الاعفاء . ولكن حتى هذا السند لم يحتفظ بنكاز به طويلاً ، ولم يلبث أن أضاعه على نفسه بقوله إن أحكام المسئولية العقدية تعتبر من النظام العام وأن شروط الاعفاء منها باطل ، فحال بهذا القول دون ظهور المسئولية التقصيرية في منطقة المسئولية العقدية ، إذا استبقى المسئولية العقدية دائماً حتى مع وجود شرط الاعفاء . فقد حجته بهذا القول ، وخالف الاجماع : فقد انعقد الرأي في الفقه والقضاء على أن الاعفاء من المسئولية العقدية شرط صحيح .

ومهما يكن من أمر فإن بنكاز سيبقى مذكور الفضل دائماً في أنه ، كما قدمنا ، أول فقيه فرنسي حاول أن يضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، وقد لفت نظر رجال القانون إلى ما لهذه النظرية من أهمية بالغة .

٢ - أعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي

في نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية

كلمة موجزة عن تاريخ هذه اللجنة وتكوينها وما أتمته من عمل :

ظهر القانون المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ ، وسبني بقارن نابليون . وبقي هذا القانون هو النموذج الذى يحتذى في التقنين في أوروبا وأمريكا والشرق طوال القرن

التاسع عشر. فنقلت عنه إيطاليا وأسبانيا والبرتغال وبلجيكا وهولندا ورومانيا واليونان وكوييك وبوليفيا والأوراجوى والأرجنتين، ومصر. وفي سنة ١٩٠٤ احتفل بمرور مائة عام على وضعه، وفي هذه المناسبة وضعت أبحاث قيمة بأقلام كبار رجال القانون، وجمعت في كتاب معروف سمي بالكتاب المئني للقانون المدني *livre centenaire du code civil*. وفي ذلك العام أيضا وضع على بساط البحث، بعد أن ظهر القانون المدني الألماني وكان لظهوره دوى كبير، مسألة تنقيح القانون المدني الفرنسي. فانقسم رجال القانون في هذه المسألة إلى مؤيدين ومعارضين. وتغلب الرأي المؤيد، وألفت لجنة من عدد كبير من رجال القانون للقيام بهذه المهمة. ولكن المسألة لم تكن قد نضجت بعد للتنفيذ. وزاد المسألة تعقيدا كثرة عدد أعضاء اللجنة، فلم تفعل شيئا.

ووقف الأمر عند هذا الحد إلى قرب انتهاء الحرب العالمية الثانية، عند ما تم تحرير فرنسا من الاحتلال الألماني. فأقرت حكومة الجمهورية المؤقتة مبدأ التنقيح بناء على طلب وزير العدل *De Menthon*، وكان ذلك بوحى من النقيب شارباينتيه *Charpentier* رئيس دجاعة. هنرى كايتان. ومن السكرتير العام لهذه الجماعة الأستاذ بنوايه *Niboyet* وفي ٧ من شهر يونيو سنة ١٩٤٥: استصدر وزير العدل *Teitgen* مرسوما بتأليف لجنة لتنقيح القانون المدني، متابعا في ذلك خطى سلفه وقضى هذا المرسوم بأن تتألف اللجنة من اثني عشر عضوا يعينون بقرار من وزير العدل، ثلاثة من أساتذة القانون (١) وثلاثة من مستشاري مجلس الدولة (٢) وثلاثة من رجال القضاء (٣) وثلاثة من المحامين وموثقي العقود (٤)، على أن يكون رئيس اللجنة أستاذا من الأساتذة الثلاثة (٥).

-
- (١) وقد عين وزير العدل الأستاذ *Julliot de la Morandière* عميد كلية الحقوق بباريس والأستاذ *Niboyet* والأستاذ *H. Mazeaud*
- (٢) وعين المستشار *Délépine* والمستشار *Audinot* والمستشار *Latournerie*
- (٣) وعين: *Lyon-Caen* المستشار بمحكمة النقض و *Rateau* المحامي العام أمام محكمة النقض و *Ancel* وكيل محكمة السين. وفي استقال الثاني وعين بدله *Cavarrre* المستشار بمحكمة النقض
- (٤) وعين *Labbé* الرئيس الفخري لنقابة المحامين وبعرفاته عين *De Lapanouse* المحامي أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض و *Charpentier* نقيب محامي محكمة استئناف باريس و *Jousselin* رئيس المجلس الأعلى الموثقي العقود
- (٥) وعين رئيسا للجنة *Julliot de la Morandière* عميد كلية الحقوق بباريس.

وقد اعتمدت اللجنة أن تنقح القانون المدنى الفرنسى تنقيحا عاما شاملا ، يتفق مع التطورات السريعة والخطوات الواسعة التى خطاها القانون المدنى فى مدى قرن ونصف قرن.

وهى تنشر أعمالها التحضيرية تباعا ، جزءا فى كل عام يشتمل على محاضرها ومحاضر لجانها الفرعية وما أنجزت من المشروعات . وقد ظهر إلى اليوم خمسة أجزاء . وهى لا تسير فى انجاز المشروعات على أساس ترتيب منطقي ، بل تعتمد إلى أجزاء متفرقة من القانون المدنى فتتجز مشروعاتها بحسب المناسبات . وقد أنجزت حتى اليوم : (١) من الباب التمهيدي : نظرية القانون واصداره ونشره ونسخه ، وتنازع القوانين من حيث الزمان والقانون الدولى الخاص . (٢) ومن الأشخاص والأسرة : الزواج والطلاق والتفريق بين الزوجين والنظم المالية للزواج ، والولاية والوصاية والقوامة والمفقود ، والبنوة والتبني . (٣) ومن الأموال : تقسيم الأموال ، والحيازة ، والشهر العقارى . (٤) ومن الالتزامات : التصرفات القانونية ، والعقد ، ومسئولية المصتاجر عن الحريق .

مناقشات اللجنة فى وضع قسم عام يتضمن نظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية :

والذى يعنىنا من أعمال اللجنة فى بحثنا هذا هو ما عرضت له فى نظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية . فقد تناقشت اللجنة طويلا فيما إذا كان القانون المدنى الجديد يتضمن قسما عاما على غرار القانون المدنى الألمانى وغيره من قوانين القرن العشرين .

فكانت أهم حجة للمعارضين أن هذا القسم العام سيكون قسما نظريا ، الفقه أولى به من التقنين . وإذا كان هذا القسم سيتضمن نظرية التصرف القانونى ، فإما أن تكرر أحكام هذه النظرية فى العقد ، وإما أن يحال عليها فتكون نصوص العقد قليلة غير مستوفاة . والأولى فى نظر هؤلاء المعارضين أن يقتصر القسم العام على نظرية القانون وتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان ، أما أحكام التصرف القانونى فتندمج فى أحكام العقد .

وكانت أهم حجة للمؤيدين أن العقد ليس إلا نوعا من أنواع التصرف القانونى ، وأن هناك قواعد عامة تسرى فى حق جميع أنواع التصرف القانونى ، عقدا كان أو غير عقد ،

فأولى بتقنين جديد يراد له أن ينتشر في العالم أن يصوغ هذه القواعد العامة من الناحية الفنية وحدها دون جنوح إلى النظريات الاجتماعية والفلسفية^(١).

وقد قال القاضي (ancel) وكيل محكمة السين وأحد أعضاء اللجنة ، في هذا الصدد ما يأتي : « لم أقل أو لم أرد أن أقول أنه من غير النافع في الوقت الحاضر صياغة نظرية التصرف القانوني . فكلنا متفقون في هذه المسألة . وإنما أردت أن أقول ما يعتقد بعض الناس من أن وضع نظرية التصرف القانوني ليس من شأن واضعي التقنين المدني ، بل هو

(١) ويضيف الأستاذ houin السكرتير العام للجنة التقيح الاعتبارات الآتية : « ان النظرية العامة للتصرف القانوني لم يصنها فقهاء القانون الخاص . فهم يقتصرون في الغالب على أن ينقلوا إليها أحكام العقد . ويقتصر فقهاء القانون العام من ناحيتهم على وضع تعاريف وتقسيمات جديدة ، وقلما يعرضون على نحو كامل للقواعد الأصلية السارية على التصرفات التي يدرسونها . أما التقنيات الأجنبية فمن الخطأ الاعتقاد أن ما كان منها قد نظم التصرفات القانونية ، كالتقنين الألماني والتقنين البرازيلي والتقنين الصيني ، قد أتى في ذلك بمجموع من القواعد العامة ، فهي في الغالب لم تأت الا بقواعد خاصة بالعقد » (الأعمال لـ «محررين» ، للجنة جزء أول ص ١٩٢) .

La théorie générale des actes juridiques n'est pas faite par les auteurs de Droit privé qui , le plus souvent , leur étendent simplement les règles applicables aux contrats . les auteurs de Droit public se bornent , de leur côté , à établir des définitions et des classifications nouvelles , mais ils abordent rarement de façon complète la réglementation proprement dite des actes qu'il étudient . Quant aux codes étrangers , ce serait une erreur de croire que ceux qui ont réglementé les actes juridiques , comme les codes allemand , brésilien ou chinois , aient donné un ensemble de règles générales . Le plus souvent , ce sont des règles particulières aux contrats qu'ils édictent

من شأن الفقه ، وعلينا أن نتبين هل من الضروري أن نضع في باب تمهيدى أحكاما للتصرف القانونى لا نوضع بحكم طبيعتها إلا في مكان غير المكان الذى اعتدنا أن نجدها فيه ، وهو باب الالتزامات ؟ ، (١) ويبدو أن القاضى ancel قد وضع المسألة وضعها الصحيح ، فهو لم ينكر جواز صياغة نظرية عامة فى التصرف القانونى ، ولكنه يرى أن المكان الطبيعى لهذه النظرية هو الفقه لا التقنين ، فإن الوظيفة الأولى للفقه هى أن يرتاد الآفاق المجهولة ، وأن يعبد الطرق الوعرة ، وأن يكون فى كل ذلك رائدا للقضاء وللشريع . أما التقنين فلا شأن له بالنظريات العلمية ، بل أن هناك ضررا محققا فى أن يعرض التقنين لهذه النظريات وهى لا تزال فى تطور مستمر ، يراجعها الفقه من يوم ليوم ويبسط فيها يد التعديل والتحويل ، فاذا جمدها التقنين فى نصوصه التشريعية حال دون تطورها (٢)

(١) الأعمال التحضيرية للجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى جزء أول ص ٢٠١

- ص ٢٠٢ .

(٢) أنظر أيضا ما قاله مازو . فقد تساءل هل هناك ما يدعو الى صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى ، واذا وجد ما يدعو الى ذلك فهل توضع هذه النظرية فى القسم العام ؟ وقد أجاب عن السؤال الأول بأن هناك طريقين : فاما أن تصاغ نظرية عامة ، وأما أن يوضع نص بين أحكام العقد يقضى بأن هذه الأحكام تسرى على جميع التصرفات القانونية بالم يتبين العكس من طبيعة التصرف أو من نص القانون ، وذلك على غرار المادة ٧ من القانون السويسرى . ويفضل مازو هذه الطريقة الثانية ، لأن أكثر الأحكام فى التصرفات القانونية إنما تعرض فى العمل فى صدد العقد ، فيجب أن توجد فى العقد ويشار الى وجوب تطبيقها على سائر التصرفات القانونية . ثم يقول : وحتى لو تقرر صياغة نظرية عامة فى التصرف القانونى فإن مكانها الطبيعى لا يكون فى القسم العام ، بل يكون فى نظرية الالتزام ، فإن التصرف القانونى أكثر اتصالا بالحقائق الشخصية منه بالحقائق العينية (الأعمال التحضيرية للجنة تنقيح القانون

ولعل ما قرره الأستاذ houin السكرتير العام للجنة التنقيح هو فصل الخطاب في هذه المسألة . فهو يقول : « هل توجد مبادئ موحدة تسرى على جميع التصرفات الإرادية ، أيا كان موضوعها ... وإذا سلمنا بأن هذه المبادئ موجودة في أساسها ، وهذا ما اعتقده ، فهل قام إلى اليوم الفقه والقضاء بعمل كاف من الاستخلاص والتركيب حتى يصح ، في وقت قصير ودون الصيرور عن أفكار تحكيمية ، وضعها في نصوص تشريعية ؟ أما المسألة الأولى فأرجز فيها القول . أنى مقتنع بوجود قدر مشترك من القواعد العامة ، وأن هناك صفات قانونية تلحق الإرادة في ذاتها دون نظر إلى الآثار القانونية التي تترتب عليها : ، فهناك الخلط والتدليس ، وهما يتفاوتان من تصرف إلى آخر ، ولكن هذا التفاوت موجود أيضا بالنسبة إلى العقود ، فليس الخلط واحدا فيها جميعا ، ولم يمنع هذا التفاوت من استخلاص قواعد عامة للخلط . وأما المسألة الثانية ، وتبدو لي أشد خطرا ، فهي مسألة تتعلق بصناعة التقنين ، وأحسن إزائها ببعض التردد . لقد تحدثت إليكم عن القواعد العامة للعقد ، ولكن واضعي قانون نابليون انتفحوا كثيرا بما صنعه قبلهم روما وبوتيه من استخلاص هذه القواعد ، وبما صنعه قبل هذين الفقيهين فقهاء الكنيسة وفقهاء القانون الروماني . فاعسى نحن واجدون اليوم ، بالنسبة إلى التصرف القانوني ، في الفقه والقضاء ؟ لا نجد حتى اليوم قواعد عامة مستخلصة للتصرف القانوني . فإن الفكرة في أن هناك تصرفا قانونيا في كل من القانون الخاص والقانون العام نجدها في بونار وديجييه وهوريو ، ولكن القواعد التي تسرى على هذا التصرف القانوني غير موجودة ، (١)

المدنى الفرنسى جزء أول ص ٢٠٣ - ص ٢٠٦) .

انظر أيضا ما قاله لابييه في هذا الصدد (الأعمال التحضيرية جزء أول ص ٢١١) .

(١) الأعمال التحضيرية للجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى جزء أول ص ٢١٣

- ص ٢١٥ .

وبالرغم من كل ذلك قررت اللجنة العامة أن يكون للقانون المدنى الجديد قسم عام تندمج فيه نظرية عامة للتصرف القانونى وللواقعة القانونية . ولكن اللجنة الفرعية لهذا القسم ما لبثت أن رجعت عن هذا القرار بعد أن تبينت أن رأى العام القانونى يناهض هذه الفكرة . على أنها بقيت عند رأيها من وجوب صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى والواقعة القانونية لتوضع فى قسم نظرية الالتزام لا فى القسم العام . فناقشت اللجنة العامة هذا رأى مناقشة طويلة ، وانتهت إلى الموافقة عليه . وهكذا تقرر أن تصاغ نظرية عامة للتصرف القانونى والواقعة القانونية ، وأن توضع هذه النظرية فى كتاب الالتزام مباشرة ، على أن يكون العقد ومصادر الالتزام بعد ذلك ليست لإتطبيقها هذه النظرية العامة ، فلا تكرر النصوص التى وردت فى النظرية العامة ، ولا يذكر فى العقد إلا الأحكام الخاصة به أو الأحكام العامة التى تتأثر من كونه العقد إرادتين متطابقتين وليس إرادة واحدة .

ولا نبيك فى أن هذه الخطة كانت تنجح لو أن الفقه كان قد مهد لها الطريق بصياغة نظرية عامة فى التصرف القانونى والواقعة القانونية . لقد نجح واضعو قانون نابليون ، كما قال الأستاذ Houin ، فى صياغة نصوص العقد لأن الفقه - وبخاصة دوما وبوتيه - كان قد سبقهم إلى صياغة نظرية فقهية فى العقد فمهد الطريق لصياغة النصوص التشريعية . أما التصرف القانونى والواقعة القانونية فلم يصغ لها الفقه - وبخاصة الفقه الفرنسى - بعد نظرية عامة على ما رأينا فيما تقدم . فكيف يراد للمشرع أن يسبق الفقيه والقاضى إلى وضع نصوص عامة لا يستطيع أن يستمد لها من الفقه ولا من القضاء ! (١)

(١) بل أن أحد أعضاء اللجنة - الأستاذ هنرى مازو - قد ذهب إلى القول بأن صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى أمر متعذر التحقيق ، فالتصرفات القانونية يختلف بعضها عن بعض إلى حد يمكن معه القول أنه لا توجد قواعد عامة تنظمها جميعا . والاولى أن يستبقى العقد مركزا رئيسيا للتصرفات القانونية ، ومنه تبحث القواعد العامة المتعلقة على التصرفات المختلفة كل تصرف بحسب طبيعته . وتتلخص هنا ما قاله فى هذا الصدد

« نحن نسير فى طريق مجهول اذا نحن صفا نصوصا لنظرية عامة فى التصرف القانونى . نسير وعيوننا مغلقة لأن أحدا لم يصغر بعد هذه النظرية . إن من يضمن تنبؤنا جديدا بحقوقه أن يعتمد صياغة نصوص تجذب

جدها من سيقومون بدراسة المسألة . ولكننا لا نصوص للنصين بالنظريات العلمية فحسب . وحتى بالنسبة إلى هؤلاء ، لا ننسوا أن النقد يسير . ونحن نعرض أنفسنا لانتقادات قاذعة إذا نحن حاولنا أن نصوص هذه النظرية العامة للتصرف القانوني دون أن نعرفها ، ودون أن يكون لدينا أي أساس نقيها عليه ، ومن غير سابقة للقضاء فيها . نحن نخاطر فيما اعتقد أن تكتب كثيرا من النصوص وتكون غير صحيحة أو تكون خالية من المرمى ، بل قد تكون متعارضة مع طبيعة أكثر التصرفات القانونية . فنحن إذا وقفنا عند أي تصرف قانوني معين ولم يكن هو العقد رأينا أن هذا التصرف تحكمه قواعد مخصصة به كل التخصص . وبدولي أن محاولة صياغة نظرية عامة للتصرف القانوني أمر خداع . وليس هو خداع فحسب بل هو أيضا من الخطر . يمكن عظيم لسمه متاجر بما كأعضاء في هذه اللجنة (الأعمال التحضيرية للبلدنة جزء ١٤٤ ص ١٤٣) .

Nous marchons dans l'inconnu, quand nous faisons des textes sur la théorie générale des actes juridiques, nous allons les yeux fermés parce que personne n'a encore établi une telle théorie. Quand on fait un code nouveau, c'est très bien de vouloir élaborer des textes, dont la nouveauté évidemment pourrait séduire ceux qui étudieront le problème, mais nous ne faisons pas ces textes seulement pour les théoriciens, et même vis-à-vis des théoriciens, n'oublions pas que la critique est facile, que nous risquons des critiques très acerbes en essayant d'élaborer sans la connaître et sans avoir aucune base, sans que la jurisprudence ait jamais eu à statuer, cette théorie de l'acte juridique; nous risquons, je crois, d'écrire beaucoup de textes qui seront inexacts, qui n'auront aucune portée ou même qui pourront être contraires à la nature de la plupart des actes juridiques. Je ne crois pas que nous arrivons à poser des règles qui viseront l'ensemble des actes juridiques. Nous pouvons prendre m'importe quel acte juridique, nous voyons toujours, quand il s'agit d'un acte autre que le contrat, que cet acte est gouverné par des règles très particulières il sera, me semble-t-il très décevant d'essayer de construire une théorie de l'acte juridique, et non seulement décevant, mais très dangereux pour notre réputation à tous, membres de la commission.

ومع ذلك نستعرض النصوص التي أقرتها اللجنة العامة في هذا الصدد .

النصوص التي أقرتها اللجنة العامة :

أقرت اللجنة العامة طائفة من النصوص في إنشاء التصرفات القانونية
 formation des actes juridiques وطائفة أخرى في تكوين العقد
 formation des contrats

أما الطائفة الأولى من النصوص فقد أعدتها لجنتان فرعيتان - أحدهما للقسم العام
 والآخرى لقسم الالتزام - اندمجتا في لجنة واحدة . والطائفة الأخرى أعدتها اللجنة
 الفرعية تقسيم الالتزام تكمل بها النصوص الأولى ، وتقتصر فيها على ما يحتج به العقد
 من ناحية تطابق الإرادتين . رقد أقرت اللجنة العامة هذه وتلك بعد ادخال ما رآته من
 التعديلات . ونذكر هنا في إيجاز المسائل التي عرضت لها هذه النصوص :

النصوص المتعلقة بإنشاء التصرفات القانونية : هذه النصوص ، كما أقرتها اللجنة
 العامة ، مفروض أنها تدخل ضمن كتاب مستقل يأتي مباشرة قبل كتاب الالتزام وعنوانه
 التصرفات القانونية ، (Des actes juridiques) . ولم تضع اللجنة منه غير الباب
 الأول وهو إنشاء التصرفات القانونية .

والباب يحتوى على ثلاث مواد تمهيدية ، ثم ينقسم بعد ذلك إلى فصلين . أدرج في
 الفصل الأول منهما النصوص المتعلقة بشروط صحة التصرف القانوني

Des conditions de validité ، وفي الفصل الثاني النصوص المتعلقة بنظرية البطلان
 Des nullités

وتبدأ بإيراد المواد الثلاث التمهيدية لأهميتها :

١ - التصرف القانوني مظهر للتعبير عن إرادة أو أكثر يكون من نتيجته إنشاء
 حق أو تعديله أو إنهاؤه .

- ١٠٣ -

م ٢ - تخضع التصرفات القانونية ، سواء كانت مسماة أو غير مسماة ، للقواعد العامة المذكورة في هذا الباب ، إلا إذا تبين عكس ذلك من نص في القانون .

م ٣ - لا وجود للتصرف القانوني من غير قيام الإرادة . ويجب قيام الإرادة من جانب جميع من اشتركوا في انشاء التصرف ، ما لم يوجد نص في القانون أو شرط يقضى بغير ذلك (١) .

أما الفصل الأول المتعلق بشروط صحة التصرف القانوني فيحتوى على فقرات سبع :

الفقرة الأولى تشمل النصوص المتعلقة بالإرادة De la volonté ، وهى تعالج المسألتين الآتيتين :

- (١) وجود الإرادة ، ويكون ذلك بالتعبير عنها ، صراحة أو دلالة ، من شخص سليم الإدراك sain d'esprit . ولا تمنع الإرادة الصورية من قيام الإرادة الحقيقية .
- (٢) عيوب الإرادة من غلط وتدليس واكراه واستغلال .

(١) وهذه هى النصوص فى أصلها الفرنسى :

art 1 -- L'acte juridique est une manifestation d'une ou de plusieurs, volontés, qui a pour effet de créer, modifier ou éteindre un droit.

art 2 - les actes juridiques, qu'ils aient ou no une dénomination propre, sont assujettis aux règles générales qui forment l'objet du présent chapitre, à moins que le contraire ne résulte d'une disposition de la loi

art 3 - Il n'y a point d'acte juridique sans volonté. La volonté de tous ceux qui participent à la formation de l'acte est nécessaire, sauf disposition de la loi ou stipulation contraire.

والفقرة الثانية تشتمل على نص واحد خاص بالأهلية (de la capacité). ويضع أصلاً
عاماً هو أن الشخص يستطيع أن يبرم التصرفات القانونية ما لم يقرر القانون أنه
غير أهل لذلك .

والفقرة الثالثة تشمل النصوص المتعلقة بالنيابة De la représentation. وهي تعالج
المسائل الآتية :

(١) أهلية النائب ومتى يعتد بعيوب الإرادة في شخص كل من النائب والأصيل
(٢) أثر النيابة (٣) انتهاء النيابة (٤) تعاقد الشخص مع نفسه .

والفقرة الرابعة تشمل النصوص المتعلقة بالمحل De l'objet - وقد أضيف إلى
النصوص المتعلقة بمحل التصرف القانوني النصوص المتعلقة بمحل العقد حتى لا تشتت
نصوص موضوع واحد في مكانين مختلفين . وهذا للتخفيف من أثر فصل العقد عن
التصرف القانوني ، بحيث لم يبق في العقد إلا النصوص المتعلقة بتطابق الإرادتين .
ونصوص الفقرة الرابعة بعد هذه الإضافة تعالج المسائل الآتية : (١) المحل الممنوع
بالقانون أو المخالف للنظام العام أو الآداب . (٢) المحل المستحيل . (٣) المحل المعين أو
القابل للتعين . (٤) المحل المستقبل والتعهد عن الغير . (٥) تعيين المحل في العقد يكون
بتطابق الإرادتين .

والفقرتان الخامسة والسادسة تشملان النصوص المتعلقة بالسبب، بالمعنيين التقليدي
والحديث ، (de la cause , des motif) وهي تعالج المسائل الآتية : (١) السبب
بمعناه التقليدي ووجوب أن يكون لكل تصرف سبب دون حاجة إلى التصريح بذكره
(٢) الخلط في السبب التقليدي موجب لبطلان التصرف (٣) السبب بمعناه الحديث هو
الباعث الدافع إلى التعاقد ، فإذا كان الباعث ليس هو الدافع فالخلط فيه لا يؤثر .
أما الباعث الدافع فيجب ألا يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام ، ويجب أن يكون

معلوماً من المتعاقدين أو يمكن استخلاصه من طبيعة التصرف أو مشتملاته أو الظروف الملابسة .

والفقرة السابعة تشمل النصوص المتعلقة بالشكل (des conditions de forme) وهي تعالج لمسائل الآتية :

(١) الأصل هو عدم الشككية (٢) فإذا اشترط القانون أو المتعاقدان ورقة مكتوبة ، فالمفروض أنها للاثبات ما لم يذ كر غير ذلك (٣) والبطلان لا يكون إلا بنص أو للاخلال بشكل جوهري .

أما الفصل الثاني المتعلق بالبطلان فاهم المسائل التي يعالجها هي : (١) البطلان المطلق وهو ما روعي فيه مصلحة عامة ، والبطلان النسبي وهو ما روعي فيه مصلحة خاصة (٢) الفروقات بين النوعين من البطلان من جهة الأشخاص الذين يتسكون به ومن جهة الإجازة ومن جهة التقادم (٣) الأثر المترتب على التصرف الباطل (٤) انتقاص التصرف (٥) الخطأ في إنشاء التصرف .

النصوص المتعلقة بتأوين العقد : وهي نصوص قليلة تقتصر على تطابق الإرادتين كما قدمنا . وأهم المسائل التي تعالجها هذه النصوص هي : (١) وجوب التراضي على جميع المسائل الجوهرية في العقد (٢) مطابقة القبول للإيجاب : الإيجاب الملزم ، وموت الموجب أو فقد أهليته ، والتعديل في الإيجاب ، والسكوت كتعبير عن القبول ، والوعد بجائزة (٣) وقت تمام العقد ومكانه : العبرة في ذلك بإعلان القبول (٤) الوعد بالتعاقد والشكل الواجب (٥) الخطأ يؤثر في صحة العقد ولو جبره المتعاقد الآخر ، والتدليس من الجانبين يمنع أيهما من التمسك به .

نقد هذه النصوص :

فكرة عامة عن النصوص - نصوص هزيلة لم تأت بجديد : رأينا فيما تقدم أن أعضاء اللجنة كانوا منقسمين فيما بينهم ، فالغالبية - وبخاصة نبوايه Niboyet ولاتور نيرى Latournerie - ذهبت في حماس شديد إلى إمكان صباغة تصو عن تشريعية تضع نظرية عامة للتصرف القانوني ، والأقلية وبخاصة مازو Mazaud - ذهبت إلى تعذر ذلك مادام الفقه والقضاء لم يمهدا الطريق أمام المشرع. وكان رئيس اللجنة العميد Juliot de la morandière يميل في أول الأمر إلى الرأي الثاني، ثم انتهى بالموافقة على الرأي الأول.

ولما عرضت النصوص التي أعدتها اللجنتان الفرعيتان متعلقة بالتصرف القانوني ، تبيلت الأقلية أنها كانت على حق فيما ذهبت إليه . فقد وضح أنها نصوص هزيلة ، ثم تأت بشيء جديد في نظرية التصرف القانوني ، وكان الأولى استبقاها للعقد وتطبيقها بعد ذلك بطريق القياس على سائر التصرفات القانونية ، وقد عبر أنسل Ansel أحد أعضاء اللجنة عن هذا المجنى حين قال : « لقد كتبنا أقلية أفرجتنا الفكرة التي أبديت من وضع قسم عام في القانون المدني وتضمنه بأها خاصا بالتصرفات القانونية ، كنا أقلية - واعتقد أنني والاستاذ مازو تقابلنا في ذلك تماما - نغان أن تنظيم التصرفات القانونية يمكن في الواقع أن يتم على خير وجه عن الطريق الذي سلكه القانون المدني الفرنسي الحالي ، وهو تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالعقد على سائر التصرفات القانونية . ونحن الآن نتساءل هل هذه النصوص التي وضعت في نظرية التصرف القانوني قد أثبتت حقاً شيء جديد ؟ » (١) ويجب رئيس اللجنة بأن النصوص لم تأت بشيء جديد ، وبأنه لا يسهه إلا أن بأسف لموافقة على

(١) الأعمال التحضيرية للجنة ج ٣ ص ١٠٥

الرأى القائل بإمكان وضع نظرية عامة للتصرف القانوني في نصوص تشريعية^(١)

والواقع أن المطلع على النصوص التي سبقت الإشارة إليها لا يلبث أن يصدده شيء من خيبة الأمل التي أشار إليها مازو عندما حذر أعضاء اللجنة من المضى في طريقهم لوضع نظرية عامة للتصرف القانوني في نصوص تشريعية . فنظرية التصرف القانوني لم يصيغها الفقه بعد ، ولم يعرض لها القضاء ، فلا يتسنى للشرع أن يسبق الفقيه والقاضي ليأتي بنصوص تشريعية لانسند لها من الفقه ولا من القضاء . والنصوص التي أقرتها اللجنة في التصرف القانوني هي ذاتها النصوص التي كانت وضعت للعقد ، وكانت إذ ذاك مستقرة في مكانها الطبيعي ، فلما حورت بتعميمها على جميع التصرفات القانونية صارت قلقة مضطربة وهي على كل حال لم تأت بشيء جديد . ثم أن العقد ، على هذا الوجه ، قد تمزق شطرين وتشتت نصوصه .

هذا هو بالإجمال ما يؤخذ على النصوص ، وإذا أردنا شيئا من التفصيل أمكن القول بأن هذه النصوص يشوبها عيبان جوهريان : عدم الشمول وعدم الجودة ، ثم عديم الدقة .

عدم الشمول وعدم الجودة : لا تتضمن النصوص التي أشرنا إليها نظرية جامعة شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، فهي لا تتناول الواقعة القانونية إطلاقا ، ثم هي لا تتناول من التصرف القانوني إلا مرحلة الإنشاء ، وهي حتى في هذه الحدود الضيقة ، لم تأت بشيء جديد . ثم أن هناك شكاً كبيراً ، بالرغم من هذا التعميم ، فيما إذا كانت هذه النصوص صالحة للتطبيق في غير نطاق الحقوق المالية ، وتتناول هذه المسائل مسألة مسألة .

أما أن النصوص لا تتناول الواقعة القانونية إطلاقا . فذلك واضح من الرجوع .

(١) الأعمال التحضيرية للجنة ج ٢ ص ١٠٥ و ص ١٠٨ .

إليها . على أن المادة الأولى من هذه النصوص كانت تتضمن في نصها الأول تعريفا للواقعة القانونية ، فكانت تجرى على الوجه الآتي : « التصرف القانوني هو أثر الإرادة التي تم التعبير عنها بغرض إنشاء حق أو تقريره أو تعديله أو إنهائه . والواقعة القانونية هي حادث لا يكون تصرفا قانونيا ، ويرتب عليه القانون أثرا قانونيا . » وقد دار نقاش طويل بين أعضاء اللجنة في خصوص تعريف التصرف القانوني والواقعة القانونية على هذا الوجه : وهي مناقشة لم تلق ضوئا على الموضوع ، ولم تبين في وضوح أن التصرف القانوني هو إرادة محضة وأن الواقعة القانونية هي عمل مادي . وانتهت اللجنة إلى حذف تعريف الواقعة القانونية . وقد أحسنت صنعا في ذلك ، فإن هذا التعريف لا يبين شيئا . فهو تعريف بطريق الاستبعاد ، إذ يحدد الواقعة القانونية بأنها ما ليست تصرفا قانونيا ، وليس هذا من شأنه أن يقدمنا خطوة واحدة في نظرية الواقعة القانونية .

وأما أن النصوص لم تعرض إلا لمرحلة واحدة من مراحل التصرف القانوني وهي مرحلة إنشاء التصرف ، فهذا واضح . ولا يظن أحد أن اللجنة الفرعية التي أعدت هذه النصوص قد دخلت في تقديرها أن تستكملها بنصوص أخرى في أثر التصرف القانوني . فقد دارت مناقشة في هذا الصدد . وسأل الأستاذ مارو عما إذا كان في نية اللجنة استكمال نظرية التصرف القانوني . فتسائل الأستاذ نبوايه ، وهو من أكبر المتحمسين لوضع هذه النظرية ، قائلا : وماذا بقي في النظرية ليستكمل ، لعل الباقي يكون الإثبات ؟ وأضاف الأستاذ Houin : الإثبات والتقدم ، أما الآثار فقد تنحت اللجنة عنها . ولما لاحظ الأستاذ مارو أنه لا يمكن وضع نظريته في التصرف القانوني من غير أن تعرض هذه النظرية لآثار التصرف ، أجاب الأستاذ نبوايه أن الحصة التي سلمت عليها اللجنة لم تكن تتضمن آثار

التصرف القانوني لأن هذه الآثار متنوعة تختلف من تصرف إلى آخر (١). واشتد النقاش في هذه المسألة ، ولم ينته إلى نتيجة ما . فنظرية التصرف القانوني ، على الوجه الذي صيغت به ، نظرية مبتورة ، وستبقى مبتورة في تقدير من قاموا بصياغتها .

ثم إن النظرية ، حتى في هذه الحدود الضيقة ، لم تأت بشيء جديد . فالنصوص التي وضعت لها كانت موضوعا من قبل لنظرية العقد . ثم أخذت كما هي نصا نصا ، بعد إبدال لفظ العقد ، بلفظ التصرف القانوني . فنشأ عن هذا التحوير عيوب ثلاثة : (أولا) أن النصوص التي كانت موضوعا للعقد واستقرت معانيها فيه أصبحت قلقة بعد تعميمها على جميع أنواع التصرفات . (ثانيا) أن نصوص العقد صارت بذلك مشتتة مبعثرة ، فسطرها الأكبر ذهب إلى التصرف القانوني وبقي القليل في مكانه الطبيعي . فعلى الباحث في نصوص العقد ، وهي نصوص حظها كبير في التطبيق العملي ، أن يبحث هنا وهناك ، وأن يخصص النصوص بعد أن عمت في غير جدوى . (ثالثا) أن نظرية التصرف القانوني لم تقدم خطوة واحدة حتى يمكن القول أن هذا التقدم قد عوض عن العيبين المتقدمين وكان الأولى أن تبقى نصوص العقد في مكانها الطبيعي ، ثم يشار بعد ذلك إلى أن هذه النصوص تنطبق على سائر التصرفات القانونية في الحدود التي تسمح بها طبيعتها ولا تعارض مع نص في القانون .

ومع كل ذلك فإن تعميم النصوص على النحو الذي تم به ليس بالتعميم الشامل ، فالشك كبير في أن هذه النصوص يمكن تطبيقها في منطقتي القانون العام ، بل حتى في منطقة الأحوال الشخصية . وكل ما يجوز التسليم به في هذا الصدد هو أن التعميم يتسع للحقوق المالية جميعا ، الالتزامات والحقوق العينية (١) . على أن وضع النظرية قبل كتاب الالتزام

(١) الأعمال التحضيرية للجنة جزء ٤ ص ٦٦٣ - ٦٦٤

(٢) وقد جرت مناقشات طويلة في هذا الصدد بين أعضاء اللجنة ، انتهت إلى هذه النتيجة التي سلم بها

أكثر الأعضاء (الأعمال التحضيرية للجنة ج ٣ ص ١٠٤)

مباشرة، وبعد كتاب الحقوق العينية، قد يلحق الشك في أن النصوص تنطبق على الحقوق العينية.

عدم الدقة : والميب الأكبر خطراً هو أن هذه المصوص - مع أنها لم تأت بجديد كما تقدم القول - قد ألقت شيئاً من الغموض في طبيعة التصرف القانوني والواقعة القانونية إذ لم تكن دقيقة في تحديد شيء من ذلك .

فهي أولاً لم تقابل التصرف القانوني بالواقعة القانونية . وقد كانت أجرت هذه المقابلة في النص القديم للمادة الأولى، ثم عدلت عنها . وكانت مع ذلك مقابلة عن طريق الاستبعاد كما رأينا . .

وهي ثانياً عندما عرضت للتصرف القانوني لتبين طبيعته لم تذكر في صراحة أن التصرف القانوني هو الإرادة ذاتها . بل ذكرت على العكس من ذلك ، في المادة الأولى قبل تعديلها ، أن التصرف القانوني هو الأثر المترتب على الإرادة . ولولا تدخل رئيس اللجنة لإصلاح هذا النقص لبق معيباً (١) . ومع كل ذلك فقد بقيت الفكرة غامضة في ذهن

١ - وقد قال رئيس اللجنة في صدد هذا النص : - ان التصرف القانوني هو التعبير عن الإرادة ، وترتب عليه آثار قانونية

L'acte est l'expression de la volonté, il en résulte des effets juridiques
فعلق الأستاذ نبوييه على هذا الأيضاح بقوله : - إنني اعتقد أن التصرف القانوني نتيجة للتعبير عن الإرادة،
أذني الوقت الذي يرتب فيه القانون أثراً تكون الإرادة قد صدرت . فالتصرف القانوني هو الأثر الذي
يرتب على التعبير عن الإرادة -

Je crois que l'acte juridique est la conséquence de la manifestation de volonté.
Aumoment où la loi attache des effets, la volonté est déjà emise l'acte juridique est un effet de la manifestation de volonté.

فأجاب رئيس اللجنة في وضوح : - أن الآثار التي ترتب على التعبير عن الإرادة هي آثار التصرف القانوني -
وليس هي التصرف القانوني ذاته . ومثل التصرف القانوني أن يعلن شخص عن إرادته فيقول . أريد أن نشيء حقاً عينا
يرتب القانون على هذا التصرف الأثر الذي قصد صاحبه أن يحدثه ،

Ce sont les effets de l'acte juridique qui sont les effets . de la manifestation
de volonté, ce n'est pas l'acte juridique lui-même, L'acte juridique consist
dana le fait qu'un individu déclare Par exemple: Je veux créer un droit
réel, la loi assortit ensuite cet acte de l'effet que son auteur a entendu lui
faire produire.

انظر في كل ذلك الأعمال التحضيرية للجنة ج ٣ ص ١١٥ ص ١١٦

بعض أعضاء اللجنة إذ عادوا إلى مناقشة ما إذا كان عمل الموثق في إثبات أحد التصرفات هو ذاته تصرف قانوني، وما إذا كان تبليغ الأب عن مولد طفل له يعد تصرفاً قانونياً (١) وفي كل هذا ما يدل على أن تعريف التصرف القانوني، كما ورد في النصوص، لم يحسم الأمر في ذهن بعض الأعضاء. أضف إلى ذلك ما قررته المادة الثالثة من أنه لا وجود للتصرف القانوني من غير قيام الإرادة، كأن الإرادة ليست إلا أحد عناصر التصرف وليست هي التصرف ذاته كاملاً. ولقد كان هذا النص مفهوماً عندما كان موضوعاً للعقد، إذ كان يقضى بوجوب قيام التراضي لتتمام العقد، فلما عمم لينطبق على جميع التصرفات القانونية أعوزته الدقة.

والنصوص أخيراً، في التعريف الذي أوردته للتصرف القانوني، لم تلتفت بما سبق للفقهاء أن بينه من أن القانون هو الذي يتولى ترتيب الآثار على التصرفات القانونية. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢).

(١) وقد قال أحد أعضاء اللجنة :

En constatant le negotium dans l'instrumentum, le notaire fait un acte juridique il émet une volonté, il ajoute un effet de droit.

وقال آخر :

La déclaration de naissance d'un enfant à l'état civil est un acte juridique

فأجاب رئيس اللجنة

Le témoignage n'est pas un acte juridique. La déclaration de la naissance par un père est un témoignage, elle n'est pas un acte juridique.

أنظر في كل ذلك الأعمال التحضيرية للجنة جزء ٣ ص ١٢١ - س ١٢٣

(٢) وهذا المعنى واضح في الفقه الإسلامي، إذ يقول النجفي في العقود (ص ٢) :

(العقد شرعاً قول من المتعاقدين رتب الشارع الآثار المقصود عليه) :

هذا إلى أن تعريف التصرف القانوني قد اقتصر في تحديد أثره على إنشاء الحق أو تعديله أو إنهائه، وكان الأولى التعميم في ذلك والقول بأن التصرف يحدث أثراً قانونياً مقصوداً أي كان هذا الأثر.

الفصل الرابع

الحالة الحاضرة

لكل من الفقه الفرنسي والفقه المصري

١ - الفقه الفرنسي

موسوعة دالوز الأخيرة تعرض للنظرية في آخر مرحلة لها :

بعد أن استعرضنا نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية في الفقه الفرنسي المدرسي وعند الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ، ورأينا كيف أن لجنة تقيح القانون المدني الفرنسي أرادت أن تسبق الزمن فوضعت النظرية في نصوص لم تزد عن أن تكون مرآة الفقه في الوقت الحاضر بما يحويه من عيوب وبما فيه من مأخذ ، نختم هذا البحث بخلاصة وجيزة تبين آخر مرحلة وصل إليها الفقه الفرنسي في هذه النظرية ، وهي المرحلة التي انتهى إليها في الوقت الحاضر . وننقل هذه الخلاصة عن آخر موسوعة في القانون المدني أصدرها دالوز .

فتحت كلمة (acte) في الجزء الأول من هذه الموسوعة وهو مطبوع في سنة ١٩٥١ أي منذ عهد قريب ، كتب بيير هبرو (Pierre Hébraux) الأستاذ بكلية الحقوق بتولوز ، صفحات بسط فيها حالة الفقه الفرنسي في نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية في الوقت الحاضر . فعرض لفكرة التصرف القانوني بوجه عام ، ثم انتقل إلى التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ثم استعرض أمثلة للتصرف القانوني وأخرى للواقعة

القانونية ، ثم تناول التصرفات الاخبارية ووجود التصرف القانوني وتابعه في هـ - هذه المسائل . (١)

فكرة التصرف القانوني بوجه عام :

يقول الاستاذ بيير هبرو إن القانون المدني الفرنسي لم يشتمل على نصوص عامة في التصرف القانوني . وقد اقتصر على تنظيم أهم أنواع التصرفات القانونية ، مستقلا بعضها عن بعض ، فنظم العقد والوصية والاعتراف بالبنوة الطبيعية الخ . وقد سار الفقه الفرنسي على هذا النهج طوال القرن التاسع عشر . فكان يستخلص المبادئ العامة من القواعد التي تنظم العقود - وهي أهم التصرفات القانونية في القانون الخاص - ويعتبر أن هذه المبادئ صالحة للتطبيق عن طريق القياس على التصرفات القانونية الأخرى ، فتستكمل بها القواعد الخاصة بكل تصرف منها . أما الفقهاء الحديثون فقد جاهدوا في صياغة نظرية عامة للتصرف القانوني . وسارت لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي على هذه الخطوة بعد أن ناقشت المسألة . فأعدت بابا خصته بالقواعد العامة للتصرف القانوني ، وهو يحتوي على سبعين مادة . وقد قصد بهذا الباب أن يوضع لا في صدر التقنين ، بل في صدر الكتاب الرابع الخاص بالتصرفات والوقائع القانونية . فأصبحت بذلك النصوص المتعلقة بالعقد مقصورة على أن تكون نصوصا تكميلية تواجه العقد بالذات ، وإن كان هذا أمر عسير التحقيق .

وعرف الاستاذ بيير هبرو التصرف القانوني بأنه فظهر للتعبير عن الإرادة صدر لإحداث أثر قانوني . ثم تساءل هل الإرادة هي التي تحدث بذاتها الأثر القانوني ، أم القانون هو الذي يربط على الإرادة أثرها ؟ ويجب على ذلك بأن الأثر القانوني يترتب على مزيج من الإرادة والقانون . ففي حالات يكون نصيب القانون أكبر من نصيب

(١) والمسائل الأخرى التي اشتملت عليها الموسوعة مسائل عادية لاجدة فيها وهي :

(١) الأنواع المختلفة للتصرف (٢) عناصر التصرف وآثاره (٣) أعمال الإدارة (٤) *actes d'administration*

الإرادة في إحداث هذا الأثر ، كما في التصرف بإرادة منفردة وفي القرار الإداري وفي الحكم القضائي وفي حالات أخرى ، كالقصد . يمكن نصيب الإرادة أكبر من نصيب القانون ، ويقتصر القانون على أن يرتب للإرادة الأثر الذي ترسمه ، وتنحصر مهمته في تسجيل ذلك .

التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية :

ثم ينتقل الأستاذ بيير هبرو إلى أهم مسألة في الموضوع ، وهي التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية . فيقول في هذا الصدد : « إن تعريف التصرف القانوني يسمح بالمقابلة بينه وبين الواقعة القانونية . فهذه هي عمل مادي (fait matériel) يرتب القانون عليه آثاراً قانونية دون أن تكون هذه الآثار مقصودة من ذوي الشأن . والتصرف القانوني والواقعة القانونية هما العنصران اللذان يتركز فيهما النشاط القانوني ، وهما المصدران الرئيسيان للحقوق . على التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية يثير صعاباً من ناحيتين : (١) من ناحية ما لهذا التمييز من أهمية (٢) ومن ناحية فيصل هذه التفرقة . »

ويقول في الناحية الأولى إن التمييز لا تظهر أهميته في نطاق القاعدة التي تقضى بأن إثبات الوقائع يقع عبءه على عاتق كل من الطرفين فمن ادعى واقعة فعلية أن يقدم الدليل لإثباتها ، إذ أن الوقائع هنا تشمل كلا من التصرف القانوني والواقعة القانونية . ولا تظهر الأهمية في اختصاص محكمة النقض التي تقتصر على النظر في مسائل القانون دون مسائل الواقع ، إذ أن الواقع هنا يشمل هو أيضاً كلا من التصرف القانوني والواقعة القانونية . وإنما تظهر الأهمية في طريقه الإثبات فإثبات التصرف القانوني لا يكون في الأصل إلا بالكتابة ، وإن كان هذا الأصل يرد عليه استثناءات كثيرة . ويجوز إثبات الواقعة القانونية بجميع الطرق ، وإن كانت بعض الوقائع القانونية المتعلقة بالحالة الشخصية كالبنوة وغيرها لا تثبت إلا بطريق معين .

أما عن فصل التفرقة فيقول : د إن فصل التفرقة - ويستقر في الدور الذي تقوم به الإرادة - يمكن النظر إليه من زوايا مختلفة . فيمكن ، من ناحية ، البحث في كل حالة بذاتها عما إذا كانت الآثار القانونية قد قصد إليها الطرفان (كايتمان) . ويمكن ، من ناحية أخرى ، البحث فيما إذا كانت هذه الآثار مصدرها الإرادة ذاتها أو أن مصدرها القانون (جونو) . وهذا الفصل الثاني يضيق إلى حد كبير من منطقة التصرف القانوني ، فيخرج منها جميع مانسيه بالتصرفات الشرطية (actes - condition) ، إذ أن إرادة الطرفين لم تفعل أكثر من جعل نظام قانوني ثابت ينطبق كما في الزواج . أما الفصل الأول فعبه هو أنه بكل طبيعة التصرف الواحد إلى الظروف الملازمة لكل حالة ، فيجعل مثلا تغيير الشخص لموطنه تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية بحسب ما إذا كان أثر هذا التغير في الاختصاص القضائي مقصودا أو غير مقصود . فميار التصرف القانوني يجب أن يبقى مستقلا ، من جهة ، عن مصدر قدرته على إنتاج الأثر وهذه مسألة مكانها الفلسفة ، ومستقلا ، من جهة أخرى ، عن الظروف الملازمة لكل حالة . وبذلك يسمح هذا الميار بتكييف التصرف بحسب عناصره الموضوعية . ومن ثم يكون التصرف القانوني ، بحسب تعريفه العام المجرد ووفقا لأحكام القانون الوضعي ، هو العمل الذي يستوجب كشرط لقيامه نية الطرفين في إحداث آثار قانونية معينة . ،

أمثلة للتصرف القانوني وللواقعة القانونية :

ويستعرض الأستاذ بيرهبرو أمثلة للتصرف القانوني وللواقعة القانونية ، مطبقا المعيار الذي قدمه . ويبدأ بحالات غير مشكوك فيها ، ثم ينتقل إلى حالات هي محل للنظر .

فيورد ، أمثلة لتصرفات قانونية لا شك فيها ، ما يأتي : جميع العقود والاتفاقات ، والنزول عن الحق ، واستعمال حق الخيار ، والإجازة ، وإنهاء العقد أو التنييه بانتهائه ، والأعذار . وفي حقوق الأسرة بوجه خاص : الزواج ، والاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والتبني ، والوصية ، والتبني .

ويورد ، أمثلة لوقائع قانونية لا شك فيها ، ما يأتي : الوقائع غير الاختيارية كالموت ، والوقائع الاختيارية كالجرمة وشبه الجريمة ، والاثراء بلا سبب ، والبناء والغراس في أرض الغير . وقد ينتج التصرف القانوني في بعض الحالات أثراً غير مقصود ، فيعتبر في هذه الناحية واقعة قانونية . مثل ذلك المتعاقد مع مستخدم على نحو يخل بالتزام هذا المستخدم ازاء رب عمل سابق ، أو يبيع الزوج لعين في المال الخاص للزوجة وإضافة الثمن إلى مال الزوجية المشتركة Communauté في هذين المثليين ينتج التصرف القانوني إلى جانب الأثر المقصود منه أثراً آخر غير مقصود ، فيعتبر بالنسبة إلى المسؤولية عن العمل غير المشروع وإلى الأثراء بلا سبب ، واقعة قانونية .

ثم يستعرض حالات هي محل للنظر : الوفاء والفضالة والإستيلاء والتقرير والاقرار والإيجاب والتوثيق .

فالوفاء هو عمل مادي يوفى به الدائن حقه ، ولكنه يكون عادة عملاً ارادياً من جانب المدين . ومع ذلك قد يبنى الغير بالدين أو يقوم الدائن بتعيين الدين المدفوع . ومن أجل ذلك يرى الأستاذ بيير هبرو أن الوفاء واقعة قانونية أكثر منه تصرفاً قانونياً . فقبول الدائن للوفاء ليس ضرورياً ، وإذا هو لم يقبل أمكن الوفاء عن طريق العرض الحقيقي .

والفضالة قد تخلص من أعمال مادية كإصلاح منزل للغير ، أو من تصرفات قانونية كعقد توريد يبرمه الفضولي لمصلحة رب العمل . وإذا نظر لأعمال الفضالة من ناحية علاقة الفضولي برب العمل ، فإن هذه الأعمال تفترض نية الفضولي في إدارة شؤون رب العمل . ولكن هذه النية تنصب على واقعة التدخل في شؤون الغير ، لا على إنشاء الالتزام في ذمة رب العمل أو الفضولي . فالفضالة إذن واقعة قانونية لا تصرف قانوني .

والاستيلاء يفترض وجود عنصر مادي هو حيازة الشيء . ولكن الاستيلاء لا يكسب الملك إلا إذا اشتمل على حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك . ومن ثم يعتبر بيير هبرو الاستيلاء تصرفاً قانونياً .

والتقرير الذى يتقدم به الأطراف أو الشهود ليس إلا واقعة مادية . ولكنه مع ذلك يصبح تصرفاً قانونياً اذا هو أنتاج آثاراً قانونية معينة وكان المقصود به أن ينتج هذه الآثار ، وذلك كالأخطار الذى يتطلبه القانون لإنتاج أثر قانونى ، فإنه لا يتم إلا إذا قصد به الوصول إلى هذه النتيجة ، فهو إذن ينطوى على النية . مثل ذلك أخطار المؤمن له شركة التأمين بوقوع الحادث المؤمن ضده .

والاقرار إذا أدلى به أمام القضاء كانت له قوة قانونية خاصة ، فهو دليل اثبات مطلق ، ويعدل فى الغالب تصرفاً قانونياً غير مباشر يلتزم الشخص بمقتضاه . على أن الإقرار، وإن تطلب توافر الأهلية والولاية ، لا يفترض حتماً وجود النية عند من أدلى به أن يتخذه خصمه دليلاً عليه . ومن ثم يكون الأقرار واقعة مادية .

والإيجاب يجب دون نزاع اعتباره تصرفاً قانونياً اذا هو أنشأ التزاماً فى جانب صاحبه . على أنه يعتبر عادة غير ملزم ، ولا يكون صاحبه مسئولاً إلا اذا رجع عنه من غير سبب يبرر هذا الرجوع ، وقد يكون هذا من شأنه أن يجعل الإيجاب واقعة قانونية . ومع ذلك فإن الإيجاب مظهر خارجى للارادة يقصد به أحداث أثر قانونى ، ويحدث هذا الأثر عند ما تقترن به ارادة المتعاقد الآخر . ولا يؤثر فى ذلك أن يكون القانون قد جرد الإيجاب من أن يحدث بذاته أثراً قانونياً وأن اقتران ارادة أخرى به لازم لأحداث هذا الأثر . فالإيجاب هو إذن بذاته . وباعتباره العنصر الأول فى العقد ، تصرف قانونى .

والورقة الرسمية تقتصر على تسجيل التصرف القانونى . ومع ذلك فهى تفرض عند الموثق الذى يقوم بتحريرها ارادة التوثيق والصفة التى يتطلبها القانون لذلك . وهى فى دائرة الإثبات تنتج آثاراً قانونية من حيث أنها تضى على عبارات الطرفين قوة اثبات رسمية . فيعتبرها بيدهيرو ، من هذه الناحية ، تصرفاً قانونياً .

الأمثلة المتقدمة تبين أن فكرة التصرف القانوني لا تزال غير واضحة :

هذه هي حالة الفقه الفرنسي في الوقت الحاضر ، تستبين بجلاء من الأمثلة التي تقدم ذكرها . ويستخلص من هذه الحالة أن فكرة التصرف القانوني لا تزال غير واضحة . فمن الأعمال ماعد تصرفاً قانونياً مع أنه عمل مادي لمجرد أن نية أحداث الأثر القانوني قد اقترنت به . ومن ثم اختلط التصرف القانوني بالواقعة القانونية اختلاطاً جعل التمييز مابين الشئين غير واضح . ولم يبرز في جلاء أن التصرف القانوني هو الإرادة ذاتها ، ولا شيء غير الإرادة ، تنجبه الى أحداث أثر معين يرتبه القانون عليها . أما الواقعة القانونية فهي عمل مادي ، ويستوى في ذلك أن يكون العمل اختيارياً أو غير اختياري ، وإذا كان اختيارياً يستوى أن يكون أثره القانوني مقصوداً أو غير مقصود ، فما دام عملاً مادياً فهو واقعة قانونية .

ولو أن ذلك كان واضحاً لما رأينا الفقه الفرنسي يقول ان الوفاء واقعة قانونية وان الاستيلاء تصرف قانوني ، وذلك بالرغم من أن العنصر البارز في الوفاء هو الإرادة وفي الإستيلاء هو الحيازة . ثم لما رأينا هذا الفقه يقول ان الورقة الرسمية التي يحررها موثق العقود تصرف قانوني لأن الموثق أراد بتحريرها أحداث نتيجة قانونية هي أن تكون الورقة دليل اثبات . ذلك أن تحرير الورقة الرسمية هو عمل مادي محض ، حتى لو كان هذا العمل قد أريد في ذاته وأريدت نتائجه القانونية ، وما دام عملاً مادياً محضاً فهو دون شك واقعة قانونية .

على أنه لا يفوتنا أن نسجل هنا ملاحظة هامة في صدد الأمثلة المتقدمة . فقد رأينا أن كلا من الأقرار والورقة الرسمية واقعة قانونية . ولم يمنع من ذلك أن يتطلب القانون في كل منهما أهلية وولاية . فقد يشترط القانون في العمل المادي ضرباً من ضروب الأهلية والولاية ، ومع ذلك يبقى العمل واقعة قانونية مادام عملاً مادياً . ونضيف إلى هذه الملاحظة ملاحظتين أخريين استظهرهما بيبرهبرو في صدد التصرف الأجنبي وصحة التصرف القانوني . وننتقل الآن إليهما .

التصرف الاخبارى - وجود التصرف القانونى:

يقابل بيرهبرو في موسوعة دالوز ما بين التصرف المنشئ والتصرف الاخبارى . ويضرب مثلا للتصرف الاخبارى الاعتراف بالبنوة الطبيعية والصلح والقسمة . والاحكام القضائية تكون عادة تصرفات اخبارية ، ولكن منها ما يكون منشئا كالحكم بالتطليق (١) . وتشترك التصرفات الاخبارية جميعا في أنها لا تنشئ الحقوق ، فهذه الحقوق مصدر آخر يسبق التصرف الاخبارى . ومع ذلك فهي لا تخلو من أثر انشائى ، إذ هي تارة تمد الحق بسند يتطلبه المانون كما هي الحال في الاعتراف بالبنوة الطبيعية ، وهي تارة تكسب الحق تأكيدا كان ينقصه عند ما كان محلا للنزاع كما هي الحال في الصلح وفي الاحكام القضائية . كذلك للقسمة ضرب من الاثر الانشائى ، فهي تحدد مشتملات الحق الذى كان شائعا وتحوله الى ملك مفرز ذى رقعة محددة ، ويمكن تلخيص ما تقدم في الملاحظة الآتية : أن التصرف القانونى ، ولو أنه يقرر الحق لا ينشئه . إلا أنه لا يخلو من أثر انشائى على النحو الذى تقدم ذكره . وهذا الاثر الانشائى هو الذى يضى على التصرف الاخبارى صفة التصرف .

والملاحظة الأخيرة تتعلق بوجود التصرف القانونى . فوجوده مرهون بصحته . وذلك بخلاف الواقعة القانونية ، إذ هي عمل ماضى ، فوجودها يكون وجودا ماديا محضا لا يمكن أن يتصف بالصحة أو البطلان . ولا وجود للتصرف القانونى إذا كان باطلا ، بل يعتبر في هذه الحالة واقعة قانونية . وبطلان التصرف القانونى تفارقت مرانته تبعاً لخطورة العيب الذى هو سبب البطلان . ويتخذ البطلان صوراً متنوعة تبعاً لطبيعة التصرف . فهو يتحول بوجه خاص بالنسبة إلى الأحكام القضائية ، من دعاوى بالبطلان إلى وجوه للطعن .

(١) كذلك يعتبر منشئا الحكم برسو المزداد والحكم بالشفعة والحكم بالرجوع في الهبة والحكم بالنفقة .

٢ - الفقه المعصرى

اتجاهاته العامة :

أكثر الفقهاء فى مصر فى الوقت الحاضر يردون مصادر الحق بوجه عام الى التصرف القانونى والواقعة القانونية . وفيهم من يؤصل هذا التقسيم تأصيلا منطقيا ، ولكنه يقف عند ذلك فلا يصوغ نظرية عامة شاملة لكل من التصرف القانونى والواقعة القانونية، بل يتابع التقسيمات التى درج عليها الفقه الفرنسى المعاصر .

وقد كنا بين الفقهاء المصريين البادئين بهذا التأصيل فى كتاب « نظرية العقد » ، وسار على هذا النحو طائفة من الفقهاء .

وذهب فقيه مصرى إلى أن الإرادة هى التى تنشئ الدين، أما المسئولية فينشئها القانون . وحمل فقيه مصرى آخر على ما تعورف فى الفقه من صياغة نظرية عامة للالتزام ، وهو يرى أن محل نظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية .

وها نحن نستعرض هذه الانجاهات المختلفة .

التأصيل المطلق لمصادر الحق بوجه عام وردها إلى التصرف القانونى والواقعة القانونية :

حصرنا فى كتابنا « نظرية العقد » مصادر الالتزام فى خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . ثم أخذنا على هذا التقسيم أنه تغلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس المنطقى الذى يرتكز عليه . ورأينا إرجاع مصادر الالتزام ، بل مصادر الحق بوجه عام ، إلى أصول يقرها المنطق . فكتبنا فى هذا الصدد ما يأتى (١) :

(١) نظرية العقد ص ٧٢ — ص ٧٤

« ونحن إذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزامات إلى أساس منطقي ، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي يوجد الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تخلق الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة - دائرة الحقوق الشخصية - بل هي تتناول أيضاً الحقوق العينية ، بل تجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هي تخلق في سماء القانون ، وتوجد كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء أكانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون المدني أو القانون الخاص في مجموعه ، أم كانت علاقات يقرها القانون العام بأقسامه المختلفة ،

« ومن الواضح أن السبب الذي يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يحد فيحدث تعديلاً في العلاقات القانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الفترة التي تجدد فيها كل حركة . فإذا حدث بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسميها بالواقعة ، فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت بالواقعة القانونية . . . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة بأن تكون من عمل إنسان مفقود الإرادة أو عمل مخلوق آخر غير الإنسان أو عمل الطبيعة ذاتها . فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع من عمل الطبيعة قد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة: هبوب العواصف وانفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعني المدين من التزامه ، ودوران الأرض حول نفسها قد يحدد ساعات تنفيذ الالتزام في عقد العمل ، ودورانها حول الشمس يحصى عدد السنين اللازمة للتملك بمضى المدة . وقد تكون الواقعة من عمل الجهاد ، كانهيار سقف على مستأجرى منزل ، فهو قد يسبب مسؤولية المؤجر . وتكون من عمل النبات ، كمنضوج الثمر يحدد نهاية الإيجار الواقع على أرض زراعية . وتكون من عمل الحيوان ، كنتاج المواشي يملكه المزارع في عقد المزارعة في بعض الأحوال . وتكون من عمل الإنسان مفقود الإرادة كالمجنون يتلف مال الغير فيلتزم

بالتعويض طبقاً لبعض الشرائع الحديثة . بل قد تكون من عمل الإنسان ذى الإرادة دون أن تكون لإرادته دخل فيها ، كالموت يثبت للورثة والموصى لهم حقوقاً ، وكالميلاد يثبت للولود حقوقاً كذلك : ويلاحظ أن الوقائع التى لا دخل لإرادة الإنسان فيها (سواء كانت من عمل الطبيعة مباشرة أو كانت آتية من جماد أو نبات أو حيوان أو إنسان) تخضع كلها لنواميس طبيعیه ، بخلاف الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان ، فهى وإن كانت تخضع هى الأخرى لنواميس طبيعية يبحث فيها علم النفس ، إلا أن حرية الإرادة تجعل لهذه الوقائع صبغة خاصة تميزها عن الوقائع التى لا دخل لإرادة الإنسان فيها . لذلك يصح أن نقول بوجه عام أن الوقائع إما أن ترجع إلى عمل الطبيعة أو إلى إرادة الإنسان . والوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، يريد صاحبها أو لا يريد بها أن يحدث أثراً فى الروابط القانونية الموجودة . فهو يأكل ويمشى ويتحدث ويعاشر الناس ويحاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر فى علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شيء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً عن تعويض المالك ، وإذا مشى دون حيلة فأتلف شيئاً وجب عليه أن يعرض عما أتلفه ، وإذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سبباً أو قذفاً يجعله مسؤولاً ، وإذا جامل الغير فقسام ببعض شؤرنهم قد يجد نفسه ملزماً بانعام ما بدأ به ويكون دائماً لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه فى الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية . وقد يكون أراد النتائج التى تترتب عليها فى بعض الفروض ، ولكنه فى أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج . وهناك من الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان ما ليس بأعمال مادية ، بل هى أعمال إرادية .

ونريد بالعمل الإرادى عمل الإرادة المحضنة نتجته إلى أحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمى أعمالاً قانونية *actes juridiques* تميزاً لها عن الأعمال المادية . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف وتطهير العقار ويسمى بالعمل القانونى الصادر من جانب واحد *acte juridique unilatéral* ومنها ما يرجع لإرادة مقرونة بإرادة طرف آخر وهو العقد *contrat* .

ومن ذلك نرى أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية *faits naturels* أو اختيارية *faits volontaires* . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية *actes matériels* أو أعمالاً قانونية *actes juridiques* . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد أو صادرة من الجانبين . والقانون من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال (١) .

هذا التاصيل المنطقي لمصادر الحق بوجه عام رددناه في الوجيز (٢) وفي الوسيط (٣) .

(١) وقد طبق هذا الترتيب على مصادر الحقوق الشخصية ، فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة هي مصدر الالتزامات القانونية ، والأعمال المادية هي مصدر الالتزامات التي تنشأ عن العمل غير المشروع والالتزامات التي تنشأ عن الأثر بلا سبب ، والأعمال القانونية هي مصدر الالتزامات التي تنشأ عن العقد وتلك التي تنشأ عن الإرادة المنفردة . وطبق على مصادر الحقوق العينية ، فالوقائع الطبيعية هي الميراث والشفعة ومضى المدة ، والأعمال المادية هي الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، والأعمال القانونية هي العقد والإرادة المنفردة . وطبق على حقوق الأسرة ، فبعض هذه الحقوق مصدره وقائع طبيعية كالنفقة والتزام القيام بالولاية والوصايا والقوامه ، والبعض مصدره أعمال مادية ، كإدارة الولي والوصي ومن في حكمهم لمال الغير ، والبعض مصدره أعمال قانونية ، منها العقد كالزواج ، ومنها الإرادة المنفردة كالطلاق . وطبق أخيراً على روابط القانون العام ، فمن هذه الروابط ما يرجع للوقائع الطبيعية كحق من توافرت فيه شروط الانتخاب أو الترشيح ، ومنها ما يرجع لأعمال مادية كالحقوق والالتزامات التي تنشأ فيما بين الدول في حالة الحرب ، ومنها ما يرجع لأعمال قانونية كتعيين الموظف والتشريع وهذان يصدران عن إرادة منفردة وكالعقود الإدارية وهي أعمال قانونية صادرة من الجانبين (نظرية العقد ص ٧٤ - ص ٧٦)

(٢) الموجز ص ١٩ - ٢٣ (٣) الوسيط ص ١٢٩ - ١٣٤

وفي هذا الكتاب الأخير قسمنا الوقائع القانونية إلى وقائع بسيطة ووقائع مركبة ووقائع مختلطة (١)، ثم بينا كيف أن القانون لا يكون مصدرا مباشرا للالتزام الا وهو مستند إلى واقعة قانونية أو إلى تصرف قانوني (٢). وسنعود إلى ذلك فيما يلي .

ثم رددنا التأصيل نفسه في إيجاز مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في كتاب «أصول القانون» (٣) الذي وضعناه معاً . وردده كذلك الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في كتابه «نظرية الالتزام في القانون المدني المصري» (٤) وفي الطبعة الجديدة من هذا الكتاب (٥) .

وفي «موجز المدخل للعلوم القانونية» (٦) للأستاذ سليمان مرقص تأصيل لمصادر الحقوق ولأسباب انقضاءها على النحو المتقدم الذكر ، ومحاولة لصياغة نظرية عامة للتصرف القانوني على غرار نظرية العقد .

وفي «مبادئ العلوم القانونية» (٧) للأستاذ محمد علي عرفة نفس التأصيل مبسوطا في عبارات موجزة .

وفي «نظرية الحق في القانون المدني الجديد» (٨) للدكتور عبد المنعم فرج الصدة التأصيل المتقدم الذكر ومحاولة لصياغة نظرية عامة للتصرف القانوني على غرار نظرية العقد .

أما الأستاذ شفيق شحاته فقد رد في كتابه «النظرية العامة للحق العيني» (٩) أسباب

-
- (١) ص ١٢٢ هامش ١ (٢) ص ١٢٧٦ - ١٢٩٤
(٣) طبعة سنة ١٩٤١ ص ٣٧٠ - ٣٧١ (٤) سنة ١٩٤٥ ص ٢٢ - ٢٣
(٥) سنة ١٩٥٤ ص ٣٢ - ٣٤ (٦) طبعة سنة ١٩٥٣ ص ٢٦٥ - ٢٩٠
(٧) طبعة سنة ١٩٥١ ص ٢٣٥ - ٢٢٨ (٨) طبعة سنة ١٩٥٠ ص ١٧٧ - ٢١٨
(٩) سنة ١٩٥١ ص ١٩٧ - ١٩٩ و ٢٣٢

كسب الحقوق العينية إلى ثلاثة مصادر . المصدر الأول هو التصرف القانوني ويشمل العقد والوصية . والمصدر الثاني هو الواقعة الاختيارية وتشمل الاستيلاء والحيازة في المقولات . والمصدر الثالث هو الواقعة الطبيعية وتشمل الالتصاق والشفعة والتقدم والموت . ويؤخذ على هذا التقسيم أن الفصل ما بين الواقعة الاختيارية والواقعة الطبيعية لا يسلم له في كثير من الأحوال ، فقد اضطر إلى الاستدراك بالنسبة إلى الالتصاق والشفعة والتقدم باعتبارها وقائع طبيعية ، إذ هي وقائع طبيعية واختيارية في وقت معاً . ويقول الأستاذ شفيق شحاته في تحديد طبيعة الشفعة ما يأتي (١) : « فالشفعة ليست في ذاتها حقاً من الحقوق . إنما هي مصدر من مصادر الحقوق العينية . وهذا المصدر عبارة عن واقعة طبيعية معينة رتب عليها القانون متى توافرت شروط معينة نشوء الحق العيني ، ثم يقول (٢) : « والشفعة كالتقدم لا تنتج أثرها إلا إذا تمسك بها صاحب الحق فيها . فالحق العيني لا ينشأ إلا بعد إعلان الشفيع لرغبته في الشفعة . لكن الحق العيني الذي ينشأ عن إعلان الرغبة في الشفعة لا يتأكد إلا بعد صدور الحكم بتسليم العين المشفوعة للشفيع . فالحق العيني الذي تنشئه الشفعة ينشأ على مراحل لا دفعة واحدة ، فهو قبل إبداء الرغبة عبارة عن مجرد رخصة ، وبعد إبداء الرغبة هو حق شبه عيني لاحق عيني بالمعنى الصحيح . أما الحق العيني هو نفسه فلا ينشأ إلا بعد صدور الحكم بالشفعة . ثم يقول (٣) : « وهذا ويعتبر الحكم السبب القانوني للملكية الشفيع ، أي أن الحكم بالشفعة يجعل الشفيع مالكا بسبب الشفعة لا بسبب الشراء الذي حل فيه الشفيع محل المشتري ولذلك فإن الشفيع لا يتلقى الملك مباشرة عن البائع ، بل يتلقاه من المشتري الذي يكون قد ملك الشيء ملكية تامة في الفترة التي تقع ما بين البيع والحكم بالشفعة . ولنا تحفظات على ما قاله الأستاذ شفيق شحاته فيما قدمناه ، نبسطها عند معالجة الشفعة كواقعة قانونية مركبة ، وتتعلق هذه التحفظات بالمسائل الآتية :

(١) النظرية العامة للحق العيني ص ٢٥٤ (٢) النظرية العامة للحق العيني ص ٢٥٥

(٣) النظرية العامة للحق العيني ص ٢٨٦

(١) تقريره أن الشفعة واقعة طبيعية ، مع أن الشفعة طبيعة أشد تعقيدا . (٢) جعله إعلان الشفع بالآخذ بالشفعة مماثلا في طبيعته لتمسك الحائز بالتقادم ، مع أن الآخذ بالشفعة تصرف قانوني والتمسك بالتقادم مسألة إجرائية . (٣) قوله إن الحق العيني الذي تنشئه الشفعة هو قبل إبداء الرغبة مجرد رخصة وبعد إبداء الرغبة حق شبه عيني ، وعندنا أن هذا تحقق قبل إبداء الرغبة وبعد إبدائها ، مادام قد تم البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة ولم يتم صدور الحكم بها ، طبيعته واحدة لا تتغير ، فهو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق . (٤) قوله أن الحكم بالشفعة هو السبب القانوني للملكية الشفع ، وعندنا أن السبب القانوني للملكية الشفع هو مجموعة مركبة من الوقائع ، منها الحكم بالشفعة ، وقد حل الحكم هنا محل إرادة البائع ، إذ الشفعة تدخل في الحالات التي تحل فيها إرادة القاضى محل إرادة المتصرف فتنتج الأثر القانوني الذي يترتب عليها بالتراضى أو بالتقاضى . (٥) قوله أن الشفع لا يتلقى الملك مباشرة عن البائع بل يتلقاه عن المشتري . وعندنا أن الشفع يحل محل المشتري في البيع الذي صدر من البائع .

ويذهب الأستاذ شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للتأمين العيني ، (١) إلى أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس ، صدره العقد ولا أمر القاضى ولا يكون مصدره المباشر نص القانون إلا في بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقي للرهن الرسمي فهو واقعة القيد ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص والرهن الحيازي العقاري وحقوق الامتياز العقارية الخاصة . والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستتوجه من حق التقدم وحق التبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يعمدهما ، في حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداء في حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدرا للتأمين العيني . وليس صحيحا ما يقال من أن عقد الرهن

ينشأ حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذا على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتما نافذا في حق الغير ، والا لما كانت هناك فائدة في وجوده ولذلك نقول ان الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال ، لا العقد أو الأمر . على أن العقد أو الأمر أو نص القانون يعتبر السبب القانوني للقيد أو للتسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم منتجا لآثره إلا أن كان مستندا الى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضي أو نص وارد في القانون . . ونلاحظ على هذا القول ما يأتي : (١) يذهب الأستاذ شفيق شحاته الى أن الرهن كحق عيني - لا كعقد - لا يمكن أن يكون له أثر إلا في حق الغير . وعندنا أن الرهن بهذا الوصف ينتج آثارا فيما بين الراهن والمرتهن تلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من القانون المدني الجديد من أنه : يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك . . هذا إلى ما يقيد حق الرهن الراهن في إيجار العي . المرهونة وفي قبض أجزائها مقدما (م ١٠٤٥ - ١٠٤٦ مدني) . وكذلك الأمر في رهن الحياة . فان الراهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له ان يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون (م ١١٠١ مدني) . بل إن أثر رهن الحياة - كحق لا كعقد - بالنسبة إلى الدائن المرتهن أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من القانون المدني الجديد على أنه : إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب أجني لا بد له فيه . . وليس هذا الالتزام إلا حلقة في سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن في استثمار الشيء المرهون وفي إدارته وفي رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (انظر المواد

١١٠٤ - ١١٠٧ من القانون المدني الجديد (١)، ولا يجوز القول إن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما ترتب على الرهن كعقد لا كحق، فإن نصوص القانون المدني صريحة في أن للرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة للغير، ولفظ «الرهن» مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد في الحالتين. (٢) ومادام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين، وذلك قبل القيد، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد. فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد. وإذا كان الإجماع قد انعقد على أن الملكية إنما تنتقل بالعقد لا بالتسجيل، فأولى أن يقال إن الرهن ينشأ عن العقد لا عن القيد إذ الرهن يوجد قبل القيد كما قدمنا والملكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل. (٣) أما القول بأن القيد هو الذي ينشئ حق الرهن فيستتبع حتماً القول بأن التسجيل هو الذي ينقل الملكية، ومن الواضح أن نظام الشهر في مصر - ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقاري في هذا النظام - لا يسمح بهذا القول. فالملكية عندنا، إلى أن يدخل نظام السجل العقاري، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل في ذاته.

الارادة تنشئ الدين والقانون ينشئ المسؤولية :

والأستاذ جلي بهجت بدوي، في كتابه «أصول الالتزامات - نظرية العقد»، رأى خاص في تقسيم مصادر الالتزام. فعنده أن الالتزام العقدي يتحلل إلى التزامين مستقلين، الدين ومصدره الإرادة والمسئولية ومصدرها القانون. ونقول هنا ما يقوله في هذا الصدد (٢) :

«إن الالتزامات التي ينشئها العقد تتحلل عند تمحيصها إلى التزامين مستقلين لكل

(١) أنظر، التأمينات الشخصية والعينية، للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٥٠

ص ٣٧٢ - ص ٣٩١ و ص ٥٧٦ - ص ٦١٧

(٢) أصول الالتزامات - نظرية العقد سنة ١٩٠٣ ص ٣٦ - ص ٣٨

منهما مصدر خاص . أحدهما مصدره الإرادة والآخر مصدره القانون . وبمعنى آخر يجب أن نفرق في الإلتزام الإرادى بين الدين ومصدره الإرادة ، وبين إجبار المدين على الوفاء بالدين وهذا مصدره القانون . إن الإرادة وقد أقر لها بالسلطان فى القوانين الحديثة لتطوى على القدرة على إنشاء الإلتزام ، ما دام الإلتزام واقعا فى ذممة من صدرت منه الإرادة . فإذا أوفى بالدين اختياراً فيها ، أما إذا امتنع المدين عن الوفاء ، والامتناع إرادة جديدة تنسخ ما قبلها ، فلا سبيل إلى القول بأن الإلتزام قائم ونحن أمام إرادة جديدة تنكر هذا الإلتزام . ولكن ليس معنى ذلك أن الناس يصبحون ويمسسون فإذا بهم مطلقوا الحرية فى احترام تعهداتهم أو النكث بها ، بل هنا يتدخل القانون فيقضى بوجوب احترام التعهد ، وهو بهذا ينشئ التزاماً من نوع آخر . والقانون لم يقض بالتزامات بصدد العقد فقط ، بل هو يقضى بالإلتزام من تسبب بخطأه فى الإضرار بالغير بتصويض هذا الضرر . وهو كذلك يقضى بالإلتزام من أفاد على حساب غيره برد الفائدة ، وبالإلتزام الإنسان بالنفقة لأقاربه ، والجار بمراعاة حقوق جاره ، وهكذا . والخلاصة أن الدين ومصدره الإرادة مستقل تمام الاستقلال عن الإلتزام بالوفاء بالتعهد ومصدره القانون . والإلتزام بالمعنى الواسع لا يصدر إلا عن إرادة الملزم أو بحكم القانون . واستقلال أحدهما عن الآخر يبلغ حداً يدعو إلى إطلاق اسم خاص على كل منهما ، فالإرادة تنشئ الدين والقانون ينشئ المسؤولية . ولا يكون ثمة محل لتعداد المصادر إلا حين تطلق كلمة الإلتزام على معناها الواسع بحيث تشمل فى جالة الإلتزام الإرادى الدين والمسؤولية ، فيصح عند ذلك - وعند ذلك فقط - القول بأن مصدر الإلتزام هو الإرادة أو القانون . ولا بأس بعد ذلك من تقسيم أحوال المسؤولية ، فيقال أن القانون يقضى بالمسؤولية إذا أخل المتعهد بالوفاء بتعهد ، وإذا أضر الإنسان بغيره ، وإذا أفاد على حساب غيره ، وإذا تدخل فى شئون غيره (التزم الفضولى بالاستمرار فى العمل) وهكذا . لسنا فى هذا نردد التقسيم الخاص الجديد الذى انتهى إليه كثير من الفراح .

إذ مازلنا نخالفهم : (أولاً) في أننا نعمد إلى هذا التقسيم لا باعتباره تقسيماً للمصادر ، بل باعتباره تقسيماً للأحوال التي يقضى فيها القانون بالمسئولية ، ونظل بعد ذلك تحتفظ بالقانون مصدراً وحيداً للمسئولية . (ثانياً) في أننا نبعض الإلزامات التي يعقها العقد أو الإرادة على العموم ، فتخرج الدين عن منطقة المسئولية ، ونستبقى في هذه المنطقة اجبار المتعهد على تنفيذ تعهده ونرد مصدره إلى القانون .

ولنا على هذا الرأي الملاحظات الآتية :

(١) إن هذا الرأي يفتت وحدة التصرف القانوني . ونلاحظ بادئ ذي بدء أن تقسيم الالتزام الإرادي إلى دين ومسئولية لا يقصد به التمييز بين الالتزام العقدي والمسئولية العقدية ، ذلك أن أجبار المدين على الوفاء بالتزامه — وهذه هي المسئولية — تشمل المسئولية العقدية والتنفيذ العيني معاً . ولعل التقسيم إلى الدين والمسئولية هنا هو التمييز المعروف بالفقه الجرمانى بين المديونية (schuld) والمسئولية (Haftung) . والقول بأن الالتزام الإرادي يتحلل إلى دين ومصدره الإرادة ومسئولية ومصدرها القانون هو ، كما قدمنا ، تفكيك لوحدة التصرف القانوني . فالإلزام الإرادي مصدره التصرف القانوني . والقانون هو الذي يرتب على التصرف القانوني أثره ، أثره الكامل بشقيه : الدين والمسئولية . كما أن الإرادة هي مصدر كل من الدين والمسئولية . فمحاولة التفريق بين شقي الالتزام الإرادي ، على أساس أن الدين مصدره الإرادة والمسئولية مصدرها القانون ، محاولة غير ناجحة ، لأن كلا من الدين والمسئولية مصدره الإرادة ، ولأن كلا من الدين والمسئولية أثر رتبته القانون على التصرف القانوني . وعلى هذا النحو نحفظ للتصرف القانوني بوحدة . وقد كتبنا في الوسيط^(١) ننتقد هذا الرأي على الوجه الآتي : « ولا نطيل القول في نقد هذا التقسيم ، فإن المؤلف نفسه لم يلتزمه . ونجتزئ »

(١) ص ١٢٨ حاشية رقم ١ .

بالإشارة إلى أن عيبه الجوهرى فى رأينا هو أن المؤلف يذهب إلى أن مصدر المسؤولية العقدية يختلف عن مصدر الدين العقدى . والصحيح أن المسؤولية العقدية والدين العقدى لهما مصدر واحد هو الإرادة . ذلك أن المدين فى العقد إنما أراد أن يرتب فى ذمته ديناً وأراد أيضاً أن يكون لدائته حق إجباره على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتى بعد ذلك يقر هذه الإرادة فى شقيها ، شق المديونية وشق المسؤولية . فلا محل مطلقاً للتمييز ما بين المديونية والمسؤولية من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يميزون ما بين المديونية والمسؤولية فى الالتزام العقدى ولكنهم لا يجعلون أحدهما يختلف فى مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد اذن إلى النظرية الألمانية للدفاع عن هذا التقسيم ، (١)

(٢) إن هذا رأى ينطوى على تحليل ناقض . إذ هو يذهب إلى أن القانون يقضى بالمسؤولية إذا أخل المتعهد بالوفاء بتعهد ، وإذا أضر الإنسان بغيره ، وإذا أفاد على حساب غيره ، وإذا تدخل فى شؤون غيره . وقد رأينا أن المسؤولية فى الالتزام الإرادى يسبقها الدين ، وتبجى المسؤولية جزاء له . فينبغى أن يسبق المسؤولية فى الأحوال الأخرى دين أيضاً تكون هذه المسؤولية جزاء له . والدين الذى يسبق مسؤولية من يضر بغيره هو الالتزام بعدم الأضرار بالغير ، كما أن الدين الذى يسبق مسؤولية من يفيد على حساب الغير هو الالتزام بعدم الأضرار على حساب الغير . ويتبين من ذلك أن هناك ديناً غير الدين العقدى ، الإرادة ليست مصدره ، ولا يمكن أن يكون مصدره غير القانون . فأغفال هذا الدين القانونى والاقتصار على المسؤولية التى هى جزاؤه ينطوى

(١) ويفند الأستاذ أبو عافية هذا رأى أيضاً على النحو الآتى : **دقالتصرف القانونى المنشئ لالتزام ينشئ الالتزام بنعصريه : الدين والمسؤولية ، أى أن العنصرين يرتبهما القانون مرتبطين بناء على الإرادة الخاصة . فمن يتعهد بمقتضى تصرف ما لا يريد فقط أن ينشأ فى ذمته دين ، بل يعلن أيضاً إرادته فى أن يكون مسئولاً عن الوفاء بالدين ، ويأتى القانون فيحتضن إرادته ويرتب عليها أثرها من الناحيتين : نشوء الدين ونشوء المسؤولية ، (التصرف القانونى المجرد ص ٢٩٦ حاشية رقم ١) .**

على نقص في التجليل . ويذهب الأستاذ محمود أبو عافية في هذه المسألة مذهباً آخر ، إذ يقول (١) : « ويقوم القانون بنفس المهمة في الالتزامات التي تترتب على واقعة قانونية ، فالفعل الضار ينشئ على عاتق المخطئ الدين بالتعويض والمسئولية عن الوفاء بهذا الدين ، وكلاهما يترتب بناء على إرادة القانون . ومعنى ذلك أن الالتزام بالتعويض - ككل التزام - يتكون هو الآخر من عنصرين : الدين والمسئولية يرتبهما القانون بناء على حادث خارجي معين . لا محل إذن للقول بأن عنصر الدين تنشئه الإرادة دائماً ، أو القول بأن الالتزام المترتب على واقعة قانونية هو عبارة عن مسئولية بحتة ، فكلاهما قول غير صحيح » .

(٢) أن هذا الرأي من شأنه أن يخفي الواقعة القانونية تحت ستار القانون . فالقول بأن المسئولية في الأضرار بالغير وفي الأفاذة على حساب الغير مصدرها القانون يجعل القانون ستاراً يجب ماوراءه من عمل مادي ، هو العمل غير المشروع أو واقعة الأثر بلا سبب ، وهذا العمل المادي هو الواقعة القانونية التي جعلها القانون تنشئ الالتزام . ولعل عدم التمييز بين القانون والواقعة القانونية التي اختفت وراءه ، وكذلك عدم إرجاع كل من الدين والمسئولية في الالتزام الإرادي إلى مصدر واحد هو التصرف القانوني ، لعل هذا وذلك هما اللذان جعللا الأستاذ حلي بهجت بدوى يحجم عن تنفيذ ما اقترحه من نبذ النظرية العامة للالتزام واستبدال نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية بها ، فقد كان يقترح ذلك ويبسط اقتراحه في العبارات الآتية : « ثم أن التفرقة بين الدين والمسئولية أي بين الالتزام الإرادي والالتزام غير الإرادي لا يقف أثرها عند تفضيل تقسيم على تقسيم وإنما هي ذات أثر أجسم من ذلك ، إذ هي تؤدي إلى نفي النظرية العامة للالتزام . لقد رأينا أن الرأي الذي استقر إليه الشراح هو تقسيم نظرية الالتزام إلى قسمين مستقلين ، فهم يتناولون دراسة الأحكام الخاصة بكل مصدر من مصادر الالتزامات ثم دراسة النظرية العامة للالتزام مجرداً عن مصدره . ويفترض هذا

(١) التصرف القانوني المجرّد ص ٢٩٦ حاشية رقم ١ .

التقسيم أن هناك قواعد عامة تنطبق على كافة الالتزامات أيا كان مصدرها ، هي التي يتناولها القسم الثاني . وتقسيم مصادر الالتزام الى مصدرين اثنين هما الارادة والقانون يؤدي إلى نفي هذه القواعد العامة لأن كلا من الدين والمسئولية له وضع مستقل عن الآخر تمام الاستقلال وذلك بحكم استقلال مصدرهما ، بمعنى أن كل مصدر من هذين المصدرين وهو بطبيعته مختلف عن المصدر الآخر ينشئ التزاماً مختلف أحكامه اختلافاً كلياً عن الالتزام الذي ينشئه الآخر . ولذلك لا ينبغي تقسيم البحث في نظرية الالتزامات إلى بحث في المصادر ثم في النظرية العامة للالتزام ، بل إلى بحث في الدين وأحكامه ثم إلى بحث في المسئولية وأحكامها ، (١) . ولو أن المؤلف استبدل بلفظ « الدين » عبارة « التصرف القانوني » ، وبلفظ « المسئولية » عبارة « الواقعة القانونية » ، لاستقام له الأمر ، ولأمكنه القول بأنه لا ينبغي تقسيم البحث في نظرية الالتزامات إلى بحث في المصادر ثم في النظرية العامة للالتزام ، بل إلى بحث في التصرف القانوني والواقعة القانونية (٢) وهذا ما فعله

(١) أصول الالتزامات . نظرية العقد ص ٣٨ .

(٢) ويقترح الأستاذ حلمي بهجت بدوي ، بناء على هذا التقسيم الجديد ، ترتيباً آخر لمسائل نظرية الالتزام ، فيقول : « أننا نتناول النظرية العامة للالتزام التي يستخرجها جمهور الشراح بالتمحيص والتحليل حتى يتبين لنا أن تلك النظرية عبارة عن مزيج من أحكام لا ترتب في الواقع إلا في حالة الالتزام الإرادي دون غيره وأحكام لا ترتب إلا في حالة المسئولية دون غيرها » : (ص ٣٨ - ص ٣٩) . ويقترح أن تدرس المسائل الآتية متصلة بالارادة : نظرية السبب وأوصاف الالتزام وأسباب انقضائه التي ترجع إلى الارادة كالوفاء والتجديد . وتدرس ، متصلة بالمسئولية ، المسائل الآتية : الالتزامات التي يقضى بها القانون وهي الالتزامات التي يكون مصدرها غير الارادة ، والتنفيذ العيني والأكراه المالي والتعويضات ، وقواعد الإثبات ، وأسباب انقضاء الالتزام التي لا ترجع إلى الارادة كالتقادم (انظر في كل ذلك أصول الالتزامات - نظرية العقد ص ٣٩ - ص ٤٠) . ولكنه يحجم عن تنفيذ هذه الخطة إذ يقول : « ذلك هي النتائج التي تترتب على تقسيم

الأستاذ محمود أبو عافية ، فيما تنتقل الآن اليه (١).

استبدال نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية بنظرية الالتزام :

والفقيه المصري الذي تميز بالمناداة بوجوب صياغة نظرية عامة للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، دون أن تواتيه الفرصة لمحاولة صياغتها ، هو الأستاذ محمود أبو عافية . فعل ذلك في رسالته المعروفة « التصرف القانوني المجرد » (القاهرة سنة ١٩٤٧) . وفي خاتمة هذه الرسالة ، وهو يبحث عن موضع التصرف المجرد من النظرية العامة للقانون المدني ، نراه ينعي على الفقه المصري عدم صياغته لنظرية عامة في التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ويحمد للفقه الألماني صياغته لنظرية التصرف القانوني ولكن يأخذ عليه أنه لم يضع نظرية عامة مماثلة في الواقعة القانونية . ويقول في هذا المعنى ما يأتي (٢) :

« لم يعن الفقه عندنا بدراسة فكرة التصرف القانوني دراسة شاملة مستقلة عن نظرية الالتزام . فنظرية الالتزام هي الأساس العام الذي صدر عنه المشرع ، وتتمتع

مصادر الالتزام تقسيما منطقيا . وأن منطق هذا التقسيم يفرض على تعقب هذه النتائج والكلام في نظرية الالتزامات في جزئين ، أتناول في كليهما الدين أي الالتزام الإرادي ، وفي ثانيهما المسؤولية . على أنني أثرت أن أنحرف عن اتباع هذا التقسيم المنطقي في هذا الكتاب ، وأن أتجه الاتجاه التقليدي ، وذلك لما في اتباع هذا التقسيم المنطقي من قلب للأوضاع المعروفة وظهور بمظهر الأغراب في عرض قواعد الالتزامات ، يثني عنهما ما يتطلبان من تبرير طويل لا تتسع له حدود هذا الكتاب ، . (أصول الالتزامات - نظرية العقد ص ٤٠) .

(١) وسنرى أنه يقترح ترتيبا لمسائل نظرية الالتزام قريبا بما يقترحه الأستاذ حلي بهجت بدوي .

(٢) التصرف القانوني المجرد ص ٣٠٠ - ص ٣٠١ .

بناء على ذلك في نظر الفقه المصري باحترام ديني لا تستحقه ، احترام ورثناه عن الفقه التقليدي الفرنسي بينما في فرنسا نفسها أخذت هذه النظرية في الانزواء تدريجيا منذ بدأ الفقه فيها بهجر مدرسة الشرح على المن . والواقع أن القسم العام من القانون المدني يعاني اليوم أزمة حادة من حيث الصياغة الفنية ، وسبب هذه الأزمة هو النزاع القائم بين نظرية الالتزامات التقليدية من ناحية ونظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية من ناحية أخرى . وقد ظهرت بوادر هذا النزاع في ألمانيا في القرن الماضي ، واستبد منذ ذلك الوقت بالجزء الأكبر من الأدب القانوني الألماني ، إلى أن انتهى إلى نتيجة حاسمة هي استخلاص النظرية العامة للتصرف القانوني منفصلة عن نظرية الالتزام . وقد صاغها المشرع الألماني فيما بعد في القسم العام من قانونه المدني (م ٤٠٠ وما بعدها) ، وهو يعتبر بحق فخر هذا القانون وأهم الأسباب التي ساعدت على انتشار نفوذه في التشريعات الحديثة (١) . ولكن القانون المدني الألماني لم يقطع بذلك إلا نصف الطريق نحو الهدف النهائي لهذا التطور ، وهو التخلص من نظرية الالتزام ، فتلك نتيجة لن وصل إليها إلا بعد صياغة النظرية العامة الواقعة القانونية إلى جانب نظرية التصرف القانوني . ولما كانت الجهود التي بذلت في هذا السبيل تكاد لا تذكر ، فإن المشرع الألماني اضطر إلى الاحتفاظ بنظرية الالتزام إلى جانب نظرية التصرف القانوني .

ثم يحمل الأستاذ أبو عافية حملة شعواء على نظرية الالتزام التقليدية ، ويرى أن يستبدل بها نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ويأخذ على نظرية الالتزام التقليدية عيوباً رئيسية ثلاثة ، هي النقص وعدم التناسق والبعد عن المنطق . ويقول في هذا الصدد ما يأتي (٢) :

(١) هناك على العكس من ذلك رأي يذهب إلى أن صياغة القانون الألماني لنظرية عامة في التصرف القانوني كان من شأنها أن تشتت نظرية العقد بين مكانين متباعدين ، وأن قانون الالتزامات السويسري ، وقد جمع بين نظرية العقد ونظرية التصرف القانوني في مكان واحد ، يفضل القانون الألماني من هذه الناحية .

(٢) التصرف القانوني المجرّد م ٣٠٣ - م ٣٠٧ .

و عندنا أن هذه النظرية (نظرية الالتزام) ليست فقط في حالة تطير ، بل في حالة تحلل ظهرت بواحدة بانفصال نظرية التصرف القانوني عنها . وقد ينتهي هذا التحال بانهارها انهارا كاملا ، ويكون ذلك خاتمة طيبة لاضطراب طويل الأمد ، يرجع الى بداية غير موفقة . فالواقع الذي لا شك فيه عندنا هو أنها تحمل في طياتها كل جرائم القناء في شكل عيوب فنية مستأصلة يتعثر فيها المنطق السليم في كل خطوة . وإذا اقتصرنا على ذكر عيوبها الرئيسية - ولا يتسع المقام لغيرها - رميناها بالنقص وعدم التناسق والبعد عن المنطق . .

د فهي (أولا) ناقصة لأنها لا تغطي من الآثار القانونية سوى الالتزامات ، ومن ثم لانعني بالتصرف القانوني والواقعة القانونية إلا باعتبارهما مصدرين للالتزام . وهذه طريقة تقصر قصورا محييا عن بيان صلاحية هذين المصدرين لترتيب ماعدا إنشاء الالتزام من الآثار القانونية . فالحقد والارادة المنفردة مثلا يترتب عليهما - حتى في نطاق نظرية الالتزام نفسها - تعديل الالتزام وانتهائه ، وفي ترتيب هذه الآثار لا يعمل أي ، باعتبارها مصدرا للالتزام وإنما باعتباره تصرفا قانونيا يترتب عليه أثر قانوني معين . يضاف الى ذلك أنه يفلت من متناول هذه النظرية قسم كبير من الآثار القانونية نخص منها بالذكر نشوء الحق الضمني وتعديله وانقضاءه ، ومعنى هذا أن نظرية الالتزام لا ترقى الى مستوى المهمة الشاملة التي يراد منها أن تؤديها . فالقسم العام في القانون المدني يجب أن يشمل القواعد العامة التي تعطي الآثار القانونية جميعا على أساس المصدرين العاملين لهذه الآثار ، وهما التصرف القانوني والواقعة القانونية . عندئذ يصبح القسم العام أهلا لاسمه ولمهمته . إذ ينبسط ظله لا على الالتزامات فقط ، وإنما على كل الآثار القانونية أيا كان محلها أو طبيعتها . .

د وهي (ثانيا) نظرية يعوزها التناسق . وهذا العيب يظهر على الأخص في ترتيب مصادر الالتزام . ولا داعي لأن نذكر هنا الترتيب التقليدي لهذه المصادر ، فقد أجمع الفقهاء الحديث على نقده واستبعاده . ولنحصر اهتمامنا في الترتيب الذي اكتسب تأييد الفقهاء

الحالي واتبعت التشريعات الحديثة . وفقا لهذا الترتيب الأخير يقال أن للالتزام مصادر خمسة : العقد والارادة المنفردة والاثراء بلا سبب والفعل الضار والقانون . وأقل نظرة إلى هذا الترتيب تدل على أن المصدرين الأول والثاني ليسا سوى مصدر واحد هو التصرف القانوني . فهما متحدان في الجوهر باعتبار أن كليهما تعبير عن ارادة يتجه الى أحداث أثر قانوني . ومتحدان في شروط الصحة التي سبق أن ذكرناها . ولا يفرقان إلا من حيث اللحظة التي يعتبر فيها التعبير باتا بالنسبة لصاحبه أي لا يجوز العدول عنه ، ففي العقود لا يعتبر التعبير باتا إلا إذا اقترن بتعبير يوافقه صادر من الطرف الآخر ، بينما في التصرفات التي تتم بارادة منفردة إذا صدر التعبير على الوجه المقبول قانونا يعتبر باتا بذاته بغير حاجة إلى اقترانه بارادة أخرى ، وهذا فرق لا يبرر الفصل بينهما . أما المصادر الثلاثة الأخيرة فتتحد في كونها وقائع قانونية بالمعنى الضيق ، بعضها مشروع كالاثراء بلا سبب ، وبعضها غير مشروع كالفعل الضار . ولكن يأتي منطق نظرية الالتزام إلا أن يفصل بعض الالتزامات التي ترتب على مثل هذه الوقائع وينسبها الى القانون مباشرة كصدر للالتزام ، شأنه في ذلك شأن العقد وغيره من الوقائع ، وهذا مظهر آخر من أعجب مظاهر عدم التماسق في هذه النظرية . فالحقيقة أن القانون لا يكون أبدا مصدرا مباشرا لأي أثر قانوني ، إذ أن الآثار القانونية كلها ترتب بفعل القانون ، ولكن بناء على تصرف قانوني أو واقعة قانونية تحركها . فالالتزام بالنفقة والتزامات الجوار (وهي ما ينسب الى القانون مباشرة) ترتب بغيرها من الآثار القانونية بفعل القانون بناء على واقعة قانونية هي رابطة القرابة أو المصاهرة بالنسبة للالتزام بالنفقة ، ورابطة الجوار بالنسبة لالتزامات الجوار . والواقع أنه لا يتصور أصلا أن يتدخل القانون مباشرة بفرض التزام مادون أن توجد واقعة أو يقع حادث يرتب عليه القانون هذا الأثر . فإذا سلمنا بما تقدم أدركنا الخسارة فيما أضاعه وبضيعه الفقهاء من جهود في ترتيب مصادر الالتزام . فانه بدلا مما لدينا من تقسيمات مدرسية - وضررها أكثر من نفعها - لا يصبح عندنا سوى مصدرين للالتزام ولغيره من الآثار القانونية هما : التصرف القانوني (من جانب واحد أو جانبيين) والواقعة القانونية (مشروعة أو غير مشروعة) .

ونظرية الالتزام أخيراً نظرية غير منطقية ، وربما كان هذا هو أخطر عيوبها ، لأن نصيبه في تعقيد العلاقات القانونية أكبر . فابتداءً من فكرة الالتزام يتحدث الفقهاء عن أركان الالتزام . ماهي هذه الأركان ؟ أحصى المشرع الفرنسي في المادة ١١٠٨ ما سماه شروط صحة العقد وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب . ولكن الفقه الحديث ينزع إلى القول بأن العقد ليس له سوى ركن واحد هو الرضا ، ويلحق به شرطين هما الأهلية والسلامة من العيوب ، أي أن الأهلية وانتفاء عيوب الرضا يعتبرا كلاًهما شرط في الرضا لا في العقد . أما المحل والسبب فيحتفظ بهما عادة ليقال أنهما ركنان في الالتزام نفسه لا في العقد ، فلو كان العقد يُلشىء عدة التزامات كان لكل منهما محل وسبب . ولكن عندما يأتي وقت الكلام عن السبب والمحل يعود هؤلاء الفقهاء إلى نظام المادة ١١٠٨ ولا يدور البحث فيهما إلا فيما يتعلق بالالتزام التعاقدى وحده ، أما الالتزامات غير التعاقدية فيقال أنه لا داعي للكلام عن المحل فيها لأن المشرع هو الذى يتولى تحديده ، وأما السبب فيستبعد هنا استبعاداً لأنه عنصر مرتبط بالإرادة الخاصة ، وهي لا تدخل لها بالالتزامات غير التعاقدية . ومعنى ذلك أنه بين ما يسمى بأركان الالتزام ، ما لا يغطى كل أنواع الالتزام ، وهذا خطأ يندر أن يلاحظه الفقهاء . يضاف إلى ذلك أن نظرية الالتزام مقسمة إلى قسمين كبيرين ، يخصص أحدهما لدراسة مصادر الالتزام أى كيف ينشأ الالتزام ، ويخصص الثانى لدراسة الالتزام فى ذاته . ولكن هذا الجزء الأخير - وهو يشمل أثر الالتزام وأوصافه (الأصل الشرط) ونقله وانقضاءه وإثباته - يكاد يقتصر الكلام فيه على نوع واحد من الالتزامات هي الالتزامات الإرادية . والواقع أن معظم هذا الجزء مخصص لدراسة أثر التصرف القانونى المنشئ للالتزام ، فثلاً ما يسمى أوصاف الالتزام (أى الشرط والاجل) هو ما يسمىه الألمان بالتحديدات الذاتية لأثر التصرف القانونى ، أى القيود التى ترد على أثر التصرف والتى تستمد من التصرف نفسه . وعلى ذلك لا تعتبر هذه القيود أوصافاً للالتزام ، وإنما هي قيود تلحق بالإرادة نفسها فتحدد أثرها أياً كان هذا الأثر ، أى سواء أكان نشوء حق أو تعديله أو انتهاءه وسواء

أكان هذا الحق شخصياً أم عينياً . ولهذا يلحق الشرط والأجل بنظرية التصرف القانوني
لا بنظرية الالتزام . .

ولكى نخرج من هذه الفوضى يجب أن نواجه الحقيقة كما هي ولو اقتضانا ذلك أن
نتخلى عن لغة عزيزة على فقهاءنا . والحقيقة هي أن نشوء الالتزام وانتقاله وانقضاءه
ليست سوى آثار قانونية تترتب على وقائع أو تصرفات قانونية . وإذا كان الأمر
كذلك فلا يصح أن ينسب الالتزام (وهو في ذاته أثر قانوني) أثر أو أركان . إنما الأثر
يترتب على الواقعة ، ويبحث عن الأركان في هذه الواقعة . وكما يصدق هذا على الالتزام
يصدق أيضاً على الحق العيني ، نشوئه وانتقاله وانقضائه . فعندما يبرم تصرف قانوني مثلاً
يكون هناك تعبير عن إرادة ترمى إلى أحداث أثر قانوني . وعلى ذلك لكي نبدأ من
البداية يجب أن نركز اهتمامنا في التعبير للبحث عن الشروط التي تجعله صالحاً لتحريك
الأثر القانوني المقصود . فإذا كان التعبير صادراً من ذي أهلية ، وفي الشكل المقبول
قانوناً ، وكان مطابقاً للإرادة الحقيقية ، وكان مضمونه (وهو يشمل المحل والسبب)
ممكناً ومشروعاً ، فهو صالح لتحريك الأثر القانوني ، ونحن بعد ذلك في غنى عن الكلام
في أركان الالتزام بقدر ما استغنينا فعلاً عن الكلام في أركان الحق العيني . .

هذا ولم يضع الاستاذ أبو عافية خطة مفصلة للترتيب الجديد الذي يقترحه لمسائل
القانون المدني ، بعد أن أشار بقلب الترتيب المؤلف رأساً على عقب ، عن طريق تقسيم
مسائل القانون المدني ، لا إلى مسائل تتعلق بالالتزام ومسائل تتعلق بالحق كما هو المعروف ،
بل إلى مسائل تتعلق بالتصرف القانوني وأخرى تتعلق بالواقعة القانونية . واكتفى ، كما
اكتفى الاستاذ حلمي بهجت بدوي ، بالإشارة إلى مسائل تعالج في التصرف القانوني
ومسائل أخرى تعالج في الواقعة القانونية .

وإذا استلهمنا التوجيه العام الذي اختطه الاستاذ أبو عافية للترتيب الجديد ، أمكن

تصور الخطوط الرئيسية لهذا الترتيب على النحو الآتي، مقتصرين في ذلك على المعاملات دون الأحوال الشخصية :

تقسم مسائل القانون المدني في المعاملات إلى قسمين رئيسيين : القسم الأول يتعلق بالتصرف القانوني والقسم الثاني يتعلق بالواقعة القانونية .

ويتفرع القسم الأول المتعلق بالتصرف القانوني إلى باين : الباب الأول في أركان التصرف القانوني والباب الثاني في آثاره .

وتعالج في باب أركان التصرف القانوني المسائل الآتية : (١) الإرادة ومظهر التعبير عنها والإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (٢) الشكل (٣) الأهلية (٤) عيوب الإرادة (٥) أوصاف الإرادة من شرط وأجل وتضامن (٦) المحل وتعدد من محل تخيري ومحل بدلي ومحل غير قابل للتجزئة (٧) السبب وهنا يدرس التصرف المجرد وقد يدرس أيضا في مناسبة الإرادة الظاهرة (٨) اثبات التصرف القانوني .

وتعالج في باب آثار التصرف القانوني الآثار بالنسبة إلى الأشخاص والآثار بالنسبة إلى الموضوع . وفي الآثار بالنسبة إلى الأشخاص تعالج المسائل الآتية : ١ - النيابة في التعاقد ٢ - الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ٣ - الخلف الخاص ٤ - الخلف العام ٥ - المدائن . وفي الآثار بالنسبة إلى الموضوع تعالج المسائل الآتية : ١ - انشاء الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) ٢ - نقل الالتزام أي حوالته للحق وحواله الدين ٣ - انتهاء الالتزام ويبحث هنا الوفاء (بما يتضمنه من تنفيذ عيني وتنفيذ بمقابل وإكراه مالي وتعويض يقدره القاضي أو المتعاقدان أو نص القانون) ، كما يبحث التجديد والإبراء ٤ - انشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه (العقد والوصية والتنازل) ٥ - أي أثر قانوني آخر كالأثار التي تترتب على الأعذار والإجازة وإقرار العقد .

ويتفرع القسم الثاني المتعلق بالواقعة القانونية إلى باين : الباب الأول في أركان الواقعة القانونية والباب الثاني في آثارها .

وتعالج في باب أركان الواقعة القانونية المسائل الآتية : ١ - التمييز الدقيق بين الواقعة

القانونية والتصرف القانوني من حيث أن الأولى واقعة مادية والثاني إرادة محضة
٢ - الوقائع البسيطة والمركبة والمختلطة ٣ - محاولة حصر الوقائع القانونية ٤ - إثبات
الواقعة القانونية .

وتعالج في باب آثار الواقعة القانونية المسائل الآتية : ١ - انشاء الالتزام وهنا تبسط
القواعد المتعلقة بالعمل غير المشروع والآثار بلا سبب والوقائع الأخرى التي يرتب
القانون عليها انشاء الالتزام ٢ - انهاء الالتزام وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالمقاصة
واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقدم ٣ - انشاء الحق العيني ونقله وأنهائه وهنا تبسط
القواعد المتعلقة بالاستيلاء والميراث والاتصاف والشفعة والحيازة والتقدم ٤ - أي
أثر قانوني آخر كقطع التقدم بترك الحيازة ورقفه لمانع قانوني وانتقال الرهن إلى
التعريض بهلاك العين المرهونة .

وبعد أن رسمنا هذه الخطوط الرئيسية تبقى لنا ملاحظتان :

١ - أن هذه الخطة الجديدة في معالجة مسائل المعاملات في القانون المدني تحدث
انقلاباً خطيراً في الخطط المألوفة التي تتبع عادة في معالجة هذه المسائل . فهناك مسائل
تقاربت بعد أن كانت متباعدة ، كما هو الأمر في أوصاف الإرادة من شرط وأجل
وتضامن ، وفي تعدد المحل من محل تخيري ومحل بدلي ومحل غير قابل للتجزئة . وهناك
مسائل تباعدت بعد أن كانت متقاربة ، كما هو الأمر في التباعد ما بين مصادر الالتزام
فالعقد والإرادة المنفردة يعالجان في التصرف القانوني والعمل غير المشروع والآثار
بلا سبب يعالجان في الواقعة القانونية ، وكما هو الأمر في التباعد ما بين أسباب انقضاء
الالتزام فالوفاء والتجديد والأبراء أسباب انفصلت عن أسباب أخرى بمثابة هي المقاصة
واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقدم . وهذه التغيرات الأساسية من شأنها أن
نطمس معالم النظريات المألوفة ، وبعضها يحل الغامض واضحاً ، وبعضها يقلب الواضح
غامضاً - على أن شيئاً في وسط هذه الانقلابات الخفية يبرز في وضوح ، وهو أنه لا يمكن

الاستغناء استغناء مطلقا عن نظرية للالتزام في ذاته لتبين حقوق الدائن في أموال مدينه ولتقرر أن مجموع هذه الأموال ضمان عام للدائن ولتحدد ما للدائن من دعاوى بالنسبة إلى هذه الأموال . كما لا يمكن الاستغناء عن استعراض الحقوق العينية ، الأصلية منها والتبعية ، حقا حقا لتقرير مقومات كل حق وخصائصه وآثاره .

٢ - التباعد ما بين بعض المسائل وبعضها في هذه الخطة الجديدة ، تباعداً من شأنه في بعض الأحيان أن يقلب الوضوح غموضا ، يجعلنا في النظرية التي سنحاول صياغتها للتصرف القانوني والواقعة القانونية ، في القسم الثاني من هذا البحث ، نضع دائما الواقعة القانونية إلى جانب التصرف القانوني لنقابل فيما بينهما ، فيتقارب بذلك ما تباعد من هذه المسائل .

