الدكتور عبد المجيد الزروقي

أحكام الغلط

دراسة في المنهجية التشريعية

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

أحكام الغلط

دراسة في المنهجية التشريعية

Title : **RULES OF ERROR**
A study in The legislative methodology

Classification: Science of law
Author : Dr. Abdel-Majid Zarroukki
Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Pages : 512
Size : 17*24
Year : 2010
Printed in : Lebanon
Edition : 1st

الكتاب : أحكام الغلط
دراسة في المنهجية التشريعية

التصنيف : علم القانون
المؤلف : د. عبد المجيد الزروقي
الناشر : دار الكتب العلميـــة - بيروت
عدد الصفحات : 512
قياس الصفحات: 24*17
سنة الطباعة : 2010
بلد الطباعة : لبنـــان
الطبعة : الأولى

الآراء والاجتهادات الواردة في هذا الكتاب
تعبّر عن رأي المؤلف وحده
ولا تُلزم الناشر بأي حال من الأحوال

جميع الحقوق محفوظة
2010

ISBN 978-2-7451-6761-3
ISBN 2-7451-6761-8
9 782745 167613 90000

أحكام الغلط

دراسة في المنهجية التشريعية

الدكتور عبد المجيد الزروقي

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

مواضعات

ج	جزء
ص	صفحة
ط	طبعة
عدد	الفقرة عدد
ق. ت	مجلة القضاء والتشريع
م	ميلادي
م. أ. ش	مجلة الأحوال الشخصية
م. ا. ع	مجلة الالتزامات والعقود
المشروع	المشروع الأولي للمجلة المدنية والتجارية التونسية 1897
المشروع المُراجع	المجلة المدنية والتجارية التونسية. مشروع قبلي 1899 (له ترجمتان أسميتا في هذا العمل: الترجمة الكاملة – الترجمة الناقصة)
م. م. ف	المجلة المدنية الفرنسية
ن. م. ت	نشرية محكمة التعقيب
هـ.	هجري

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

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

المخطط العامّ

الجزء الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط

العنوان الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط التلقائي

الفصل الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثلة في صور الغلط التّلقائي

الفصل الثاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثلة في شروط الغلط التّلقائي

العنوان الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث

الفصل الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصلين 56 و57

الفصل الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المُحْدَث الوارد بالفصل 60

الجزء الثّاني: الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط

العنوان الأوّل: الإحكام في الأحكام المذكورة تصريحا: مراتب المؤيِّدات

الفصل الأوّل: الإحكام في مرتبة غير الصّحيح

الفصل الثّاني: الإحكام في مرتبة الصّحيح

العنوان الثّاني: الإحكام في الأحكام المطويّ ذكرها: آثار مراتب المؤيِّدات

الفصل الأوّل: الإحكام في آثار مراتب المؤيِّدات غير المتعلّقة بالزّمن

الفصل الثّاني: الإحكام في أثر مراتب المؤيِّدات المتعلّق بالزّمن

بسم الله الرحمن الرحيم

الـمقدّمة

1. — تندرج أحكام الغلط ضمن الأحكام الـمتعلّقة بالإرادة[1].

[1] الإرادة كلمة "موضوعة لغة واصطلاحا لصفة خاصّة من صفات النّفس تتعلّق بإيجاد فعل أو تركه، وتكون علّة تامّة لتحقّق ذلك في الخارج. ولهذه الصّفة مقدّمات تحصل في النّفس قبل حصولها، كما أنّ لها معلولا ومسبّبا يوجد في الخارج بعد وجودها. أمّا الـمقدّمات، فمنها: تصوّر فعل شيء أو تركه؛ ومنها: الـميل إليه الـمسمّى بهيجان الرّغبة؛ ومنها: التّصديق بحسنه وعدم البأس في صدوره بالتّفكّر في مصلحة الصّدور ودفع مفسدته؛ ومنها: الجزم به والعزم عليه وهي الحالة الشّبيهة بالإرادة الـمتّصلة بها. وبعد كمال تلك الـمقدّمات يتكوّن في النّفس شوق مؤكّد يقتضي تحريك الـمريد نحو الـمراد أو مقدّمته ويكون موجبا لحركة العضلات إليه، ويسمّى ذلك الشّوق بالإرادة [...] وأمّا معلولها فقد علم أنّه حركة عضلات الـمريد نحو الـمراد أو نحو مقدّماته فيما كان فعليّا". علي الـمشكيني، اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، قم، دفتر نشر الهادي، ط 5، 1413 هجري قمري/ 1371 هجري شمسي، ص 28.

والإرادة قسمان[2]:

إرادة التّعبير[3] وإرادة الأثر[4].

انظر أيضا حول الإرادة: اليزدي (محمّد تقي مصباح)، الـمنهج الجديد في تعليم الفلسفة. ترجمة محمّد عبد الـمنعم الخاقاني، بيروت، دار التّعارف للمطبوعات، 1998، ج 2، ص 428: "إنّ الأفعال الاختياريّة للإنسان تتمّ عادة بهذه الصّورة، حيث يظهر أوّلا تصوّر للفعل ونتيجته، ويتمّ التّصديق بمقدّميّة الفعل لحصول النّتيجة والفائدة الـمترتّبة عليه، ثمّ يحصل الشّوق في النّفس إلى الخير والكمال والفائدة الـمترتّبة على الفعل، وفي ظلّ ذلك ينبع الشّوق إلى الفعل نفسه. وفيما إذا كانت الشّروط متوفّرة والـموانع مفقودة فإنّ الشّخص يتّخذ القرار للقيام بالفعل، وفي الحقيقة فإنّ العامل الأصلي والـمحرّك الواقعي لإنجاز الفعل هو الشّوق إلى فائدته، ولهذا لا بدّ من عدّ العلّة الغائيّة هي الشّوق، ويسمّى متعلّقه بالعلّة الغائيّة مجازا وبالعرض. لكنّه لا ينبغي أن يُتصوّر أنّ كون هذه الـمراحل ضروريّة في كلّ فعل اختياري، بحيث إذا كان الفاعل فاقدا للعلم الحصولي والشّوق النّفساني فإنّ فعله لا يكون اختياريّا أو ليس له علّة غائيّة، وإنّما الضّروري في كلّ فعل اختياري هو مطلق العلم والحبّ، سواء أكان علما حضوريّا أم حصوليّا، وسواء أكان شوقا زائدا على الذّات أم كان حبّا هو عين الذّات".

انظر كذلك من يقول: "الإرادة [...] يمكن أن تعرّف بأنّها القدرة على اتّخاذ قرار بإتيان فعل. فالفعل الإرادي هو قبل كلّ شيء فعل عمدي، أي فعل يسبقه ويحكمه مشروع واع. وطبقا لهذا التّعريف يفرّق عموما داخل كلّ فعل إرادي تامّ بين أربع مراحل متتالية: تصوّر الهدف الـمزمع بلوغه، التّفكّر، العزم أو القرار، التّنفيذ. وتصوّر الهدف [...] (هو) تمثّل مسبّق لما نشتهي تحقيقه [...] والتّفكّر (هو) فحص الأسباب التي تدفعنا للتّصرف بهذه الطّريقة أو تلك".

"فاغارو" ("فرانس")، الإرادة، باريس، أرمان كولين، 2002، ص 13.

FAGARO (France), *La volonté*, Paris, ARMAND COLIN, 2002, p. 13.

كما نجد بنفس الكتاب (ص 37): "أنّ سيسرون [...] هو أفضل من عرّف الإرادة: «حالـما تتمثّل صورة شيء، أيّا كان الشّيء، ويظهر كونه حسنا، فالطّبيعة نفسها تدفعنا لأن نجرّب بلوغه. وحين يكون هذا التّوجّه متأتّيا من ثبات وحكمة [...] فنحن نسمّيه إرادة» [...] (والرّواقيّون يرون أنّ الإرادة) لا توجد إلّا لدى العقلاء، ويعطونها التّعريف التّالي: الإرادة هي رغبة مصحوبة بالعقل".

انظر أيضا حول الإرادة:

"لابي" (بول)، منطق الإرادة، مكتبة الفلسفة الـمعاصرة، باريس، "فيليكس ألكان،1902.

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

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

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

[2] انظر إلى: سوار (محمّد وحيد الدّين)، التّعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، عمّان/ الأردن، مكتبة الثّقافة للنّشر والتّوزيع، ط 2، 1998، ص 443 وما بعدها.

أو إن شئنا قلنا: الإرادة الاستعماليّة والإرادة الجدّيّة[5].

---

[3] أي "أنّ الشّخص الذي تصدر منه عبارة معيّنة، أو فعل معيّن، أو يتّخذ موقفا معيّنا من شأنه أن ينتج أثرا شرعيّا، يجب أن يفعل ذلك، وهو يريد هذا الـمظهر الـمادّي الذي يقوم به". سوار (محمّد وحيد الدّين)، م س، ص 444.

وهذا القسم يساوي حسب هذا الـمؤلّف (ص 444) قسما موجودا في فقه الأحناف هو الاختيار. والاختيار في العقود هو القصد إلى السّبب (ص 443) أو هو قصد النّطق بالعبارات التي تنشأ بها. أبو زهرة (محمّد)، الـملكيّة ونظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة، مصر، دار الفكر العربي، ص 199.

[4] "ويقصد بإرادة الأثر نيّة إحداث الأثر الشّرعي". سوار (محمّد وحيد الدّين)، م س، ص444. وهذا القسم يطابق حسب هذا الـمؤلّف قسما موجودا عند الأحناف وهو الرّضا.

"ويلاحظ هنا أنّ إرادة الأثر هي أكثر عموما من إرادة التّعبير [...] فكلّ إرادة للأثر هي إرادة للتّعبير في نفس الوقت، وليست كلّ إرادة للتّعبير إرادة للأثر. فقد تتوافر الأولى وتتخلّف الثّانية كما في الصّوريّة. ويقول الأستاذ علي الخفيف في هذا الـمعنى: «ومن هذا يظهر أنّ الرّغبة في حكم العقد [إرادة الأثر] تستلزم الرّغبة في سببه، والقصد إليه [إرادة السّبب]، لأنّ من يرغب في الزّواج مثلا يقصد إنشاءه بالعبارات الدّالّة عليه، ويرغب في ذلك، وإنّ القصد إلى سبب العقد، وهو العبارة [إرادة التّعبير] لا يستلزم الرّضا بحكمه [إرادة الأثر]، وإن شئت قلت لا يستلزم الرّغبة فيه، إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذى كما في الـمكره، أو لهو كما في الهزل، ولذا قال الفقهاء: وجود الرّضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه، وفي سببه، ويستلزم كذلك الرّضا بالسّبب، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرّضا، لأنّ مجرّد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرّغبة فيه»" (ص 445).

وهكذا ثمّ إرادة التّعبير أو الاختيار من جهة، وثمّ إرادة الأثر أو الرّضا من جهة أخرى.

[5] الإرادة الاستعماليّة هي " إرادة الـمتكلّم استعمال اللفظ في الـمعنى، والثّانية إرادته الـمعنى الـمستعمل فيه اللفظ. واعلم أنّه ربّما يعلم أنّ الـمتكلّم استعمل اللفظ في معنى من الـمعاني ويشكّ في أنّه هل أراد الـمعنى الـمستعمل فيه حقيقة أم رتّب عليه الحكم في الكلام ظاهرا فقط، فيقال حينئذ إنّ الإرادة الاستعماليّة محقّقة موجودة والإرادة الجدّيّة مشكوكة بمعنى أنّ استعمال اللفظ في الـمعنى ثابت وقصد الـمعنى مشكوك، فالـمراد من الإرادة الاستعماليّة نفس استعمال اللفظ في معناه [...] ثمّ إنّ للعقلاء في هذه الـموارد أصلا كلّيّا يعملون به، وهو بناؤهم على تحقّق الإرادة الجدّيّة في مورد الشّك وتطابقها مع الاستعماليّة، ويسمّيه الأصوليّون بأصالة التّطابق بين الإرادتين" (علي الـمشكيني، م س: اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، ص 30). بعبارة أخرى: "للمتكلِّم إرادتان: الأولى الإرادة الاستعماليّة التي تُعدّ مقوّمة للاستعمال، وهو إطلاق اللفظ وإرادة معناه، ويشترك فيه كلّ من يتكلّم عن شعور وإرادة (سنشير بعد قليل إلى أنّ الـمقصود الـمميِّز) من غير فرق بين الهازل والـممتحِن وذي الجِدّ. ثمّ إنّ له وراء تلك الإرادة إرادة أخرى، وهي ما يعبّر عنها بالإرادة الجدّيّة. فتارة لا تتعلّق الإرادة الجدّيّة بنفس ما تعلّقت به الإرادة الاستعماليّة، كما في الهازل [...] وأخرى تتعلّق الأولى بنفس ما تعلّقت به الثّانية". جعفر السُّبحاني، الـموجز في أُصول الفقه / الجزء الأوّل والثاني، مؤسسة الإمام الصادق عليه السّلام، 1420 هـ ق، ط. 2، ص 189 و190.

انظر أيضا حول تقسيم الإرادة إلى استعماليّة وجدّيّة: الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلامي (منهجيّة الفقه) وفلسفته، بيروت/ دار الكتب العلميّة- تونس/ مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب الـمختص. ط 1، 1438 هـ/ 2017 م، ص 595 وما بعدها.

وقد تغيب إرادة التّعبير (أو الإرادة الاستعماليّة) بصفة مطلقة[6]، وقد تغيب بصفة نسبيّة[7].

ومن حضرت عنده إرادة التّعبير[8]، قد تغيب عنده إرادة الأثر (أو الإرادة الجدّيّة). فإذا كان صاحب إرادة الأثر عالـما بغيابها، كُنّا أمام تعبير حكائي[9]، أو تحفّظ ذهني[10]، أو صوريّة[11]، أو هزل، أو سمعة وفخر (إلخ)[12]، أو إكراه، أو مضغوط ومضطرّ[13]. أمّا إذا لم يعلم، فنكون أمام غلط[14].

---

[6] هنا نجد الصّبي غير الـمميّز، إلخ.

[7] هنا نجد الصّبي الـمميّز، إلخ.

انظر حول التّمييز وعدم التّمييز وحول عموم الأهليّة:

في القانون التّونسي، وعلى سبيل الـمثال: الزّين (محمّد)، النّظريّة العامّة للالتزامات. العقد، تونس، مطبعة الوفاء، ط 2، 1997، ص 85 وما بعدها؛ شرف الدّين (محمّد كمال)، قانون مدني. النّظريّة العامّة – الأشخاص – إثبات الحقوق، تونس، الـمطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، ط 1، 2002، ص 210 وما بعدها.

في القانون الإسلامي، وعلى سبيل الـمثال: الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، م س (أصول الفقه)، ص 331 وما بعدها.

في القانون الفرنسي، وعلى سبيل الـمثال:

"بوفلان–لانور" (إيفان) و"لاريبو–ترناير" (فيرجينيه)، قانون مدني. مقدّمة. الأموال. الأشخاص. العائلة، باريس، دالوز، ط 18، 2013، ص 467 وما بعدها.

BUFFELAN–LANORE (Yvaine) et LARRIBAU–TERNEYRE (Virginie), *Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille*, Paris, Dalloz, 18e éd., 2013, p. 467 s.

[8] حضورا كاملا (هنا نجد الشّخص الذي بلغ سنّ الرّشد ولم يكن في عقله اختلال، أي نجد من له أهليّة أداء كاملة).

[9] نجد هذا التّعبير في حالات التّلقين (مثلا: تلقين أجنبي كلمات عربية لا يفقه معناها) وحالات التّعليم والتّعلّم (أستاذ القانون التّجاري الذي يحرّر بغرض التّعليم "شيكًا" لفائدة أحد طلبته) وحالات التّمثيل (بأنواعه من مسرح وسينما وغير ذلك).

[10] انظره في الفصل 25 من مجلّة الالتزامات والعقود.

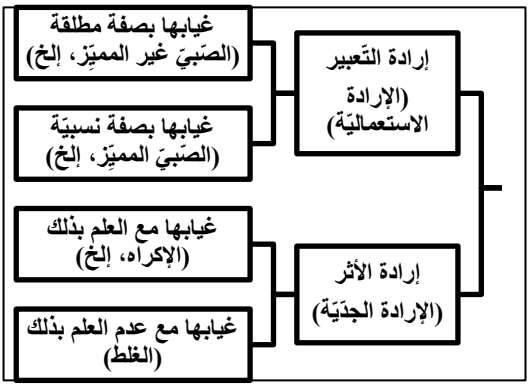
[11] انظرها في الفصل 26 من مجلّة الالتزامات والعقود.

[12] انظر الفصل 18 من مجلّة الالتزامات والعقود.

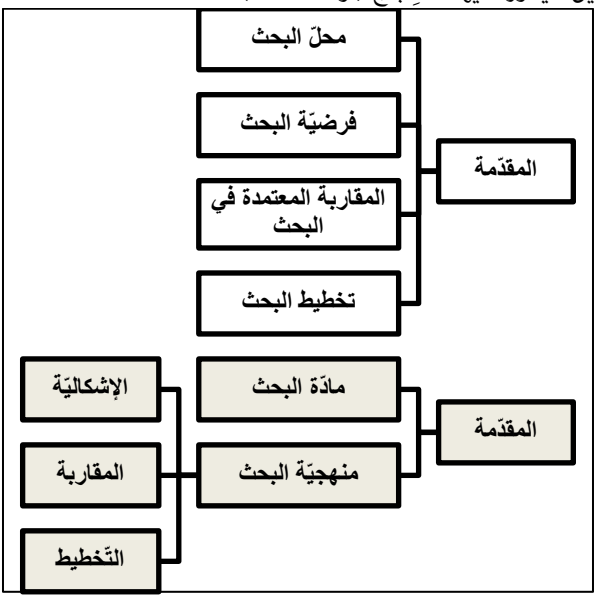
[13] هنالك صورتان: أوّلا صورة الـمعاقد الذي يوجد ظروفا وهذه تضغط على معاقده، ويمكن هنا القول إنّنا لم نغادر الإكراه، أي إنّ ذاك الـمعاقد مكرها (بالكسر) وهذا الـمعاقد مكرها (بالفتح). ثانيا صورة الـمعاقد الذي لا يوجد ظروفا ضاغطة على معاقدة ولكنّ هذه الظّروف موجودة. فإذا علم بوجودها، يكون مستغلاّ لها (إذن نحن أمام استغلال لا أمام إكراه)؛ أمّا إذا لم يعلم بها، فلا يعتبر مستغلاّ (ولا مكرها).

[14] وهكذا فالغلط والإكراه (إلخ) أمور تعرض على أهليّة الأداء الكاملة، أي هي من عوارضها.

والغلط هو محلّ هذا البحث. والحديث عن نقطة داخل هذا الـمحلّ يوحي بما يمكن أن يمثّل فرضيّة بحث. وفرضيّة البحث تفرض من جهة الـمقاربة التي ينبغي أن تُعتمد، ومن جهة أخرى الـمخطّط[15].



[15] بعبارة مختلفة:
سيتمّ التّعرّض إلى الـمادّة التي سيُعمَل عليها.
ثمّ ستوضع قنطرة تنقل من الـمادّة التي سيُعمَل عليها إلى الـمنهجيّة التي سيُعمَل بها.
وفي إطار الـمنهجيّة سيتعرّض إلى:
الإشكاليّة، أو إلى ما سيحتجّ عليه (وإلى فائدته).
وإلى تمشّي الحِجاج (أو الـمقاربة).
وإلى القطبين الذين سيدور عليهما الحِجاج (أو الـمخطّط).



محلّ البحث

2. — فإذا بدأنا بمحلّ البحث، قلنا إنّه "أحكام"، وبالتّحديد "أحكام الغلط"، وبالتّدقيق "أحكام الغلط التي جاءت في مكان معيّن هو مجلّة الالتزامات والعقود":

3. — أوّلاً محلّ البحث "أحكامٌ". والأحكام هي مدلول خطاب الـمشرّع الـمتعلّق بأفعال من توجّه إليهم ذلك الخطاب[16]. والخطاب يأتي: إمّا بما هو ناظم للأفعال، وإمّا بما يجعل النّظام الـموضوع للأفعال متّبعا ومطاعا، أي بما يؤيِّد أصل الخطاب النّاظم؛ ومن هنا قيل إنّ الأحكام إمّا أصليّة وإمّا تأييديّة[17]. والأحكام الأصليّة

---

[16] انظر تعريف الحكم أو القاعدة القانونية على أنّها تهمّ الفعل الإنساني:
"تيبيارج" (كاترين)، القانون الـمرن. دراسة في أنسجة القانون. الـمجلة الفصليّة للقانون الـمدني 2003، ص 620.

THIBIERGE (Catherine), « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *Rev. trim. dt. civ.*, 2003, p. 620.

انظر أيضا:
"برجال" (جان لويس)، النّظريّة العامّة للقانون. باريس، دالوز، ط 5، 2012، عدد 278.
BERGEL (Jean–Louis), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5e éd, 2012, n° 267.
وقرّب ما جاء عند "كاترين تيبيارج" و"جان لويس بارجال" ممّا جاء من تعريف للحكم في علم أصول الفقه الإسلامي: الغزالي (أبو حامد محمّد بن محمّد)، الـمستصفى من علم الأصول، بيروت، دار الفكر، ج 1، ص 55. وانظر إلى: الرّازي (فخر الدّين محمّد بن عمر بن الحسين)، الـمحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فيّاض العلواني، بيروت، مؤسّسة الرسالة، ط 2، 1412هـ – 1992م، ج1، ص89. الآمدي (علي بن محمّد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيّد الجميلي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط 2، 1406 هـ – 1986 م، ج 1، ص135 وما بعدها. الصّدر (محمّد باقر)، دروس في علم الأصول (الحلقة الأولى والثّانية) ط، 1، قم، مركز الأبحاث والدّراسات التّخصّصيّة للشّهيد الصّدر، 1421 هـ ق، ص 63 – 64. السّيد محمّد تقي الحكيم، الأصول العامّة، الـمجمع العلمي لأهل البيت، 1418 هـ ص 51.
انظر أيضا محاولة للمقارنة بين ما ورد عن الحكم في الفكر القانوني الإسلامي وما ورد عن القاعدة القانونيّة في الفكر القانوني الغربي: الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، م س (أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلامي (منهجيّة الفقه) وفلسفته)، ص 82 وما بعدها.

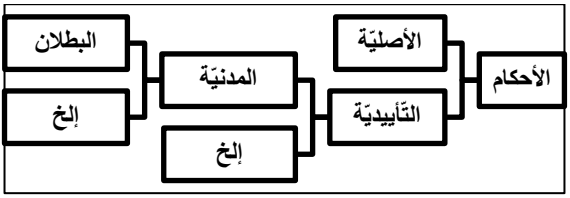
[17] انظر: الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ– 1998 م، ج 2، ص 663 وما بعدها.
وكلام الزّرقا ينطبق على كلّ القواعد القانونيّة.

محميّة؛ أمّا الأحكام التّأييديّة فحامية. والحماية أنواعٌ منها: الـمدني. والـمدني ضروب منه: الإبطال[18].

4. — ثانيا محلّ البحث "الغلط". والغلط لفظ أصله غير عربي[19]. ومعناه الـمعجمي العامّ عدم معرفة وجه الصّواب[20]. وليس للفظ الغلط معنى عرفي، أي أنّ الوسط القانوني التّونسي[21] (وغير التّونسي[22]) يستعمله في الـمعنى الـمعجمي العامّ الذي هو عدم العلم بالحقيقة أو بالواقع.

---

(18)



(19) السّيوطي (جلال الدّين عبد الرّحمان ابن أبي بكر)، الـمزهر في علوم اللغة وأنواعها، تحقيق فؤاد علي منصور، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1998، ص 95.

(20) ابن منظور (أبو الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم)، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط 3، 1414 هـ الـمجلّد 9، ص 363: "غلط. الغلط: أن تعيا بالشّيء فلا تعرف وجه الصّواب فيه [...] والغلط في الحساب وكلّ شيء، والغلت لا يكون إلّا في الحساب". انظر أيضا حول الغلت: الجوزي (ابو الفرج جمال الدّين بن علي بن محمّد بن جعفر)، الـمدهش، تحقيق مروان قباني، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 2، 1985، ص 47: "تقول العرب في الحساب غلت وفي غيره غلط".

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

(22) انظر مثلا:

"فارجا" (جيرار)، القانون الاقتصادي الخاصّ، ج 2، نظرية الالتزامات باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، 1975، ص 141. حيث يقول إنّ الغلط هو تمثّل خاطئ للحقيقة العقديّة.

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

انظر كذلك:

"أوبار" (جون – لوك) و"كولار دوتيلال" (فرانسوا)، العقد. قانون الالتزامات، باريس، دالوز، 2010، ص 60.

AUBERT (Jean-Luc) et Collart Dutilleul, *Le contrat. Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2010, p. 60.

"كابرياك" (ريمي)، قانون الالتزامات، باريس، دالوز، ط 11، 2014، ص 54.

CABRILLAC (Rémy), *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 11e éd., 2014, p. 50.

فإذا ذهبنا إلى الأعمال التّحضيريّة لمجلّة الالتزامات والعقود[23]، وجدناها تبدأ بتعريف للعلم ولليقين وللظّنّ، ثمّ تمرّ إلى تعريف الغلط وتربطه بالجهل:

والعلم هو "تطابق الـمثال الذي في أذهاننا مع ما عليه الأشياء في ذاتها"[24].

أمّا اليقين فهو "حالة ذهنٍ تأكّد من حقيقة شيء"[25].

و"حالـما لا يكون ثمّ هذا اليقين لا يكون ثمّ إلاّ ظّنّ [...] والظّنّ ضرب من الشّك لأنّ مؤدّاه عدم التّيقّن من وجود أو عدم وجود شيء"[26].

و"ما بعد الظّنّ يوجد الغلط، فمن يغلط يتصوّر الأشياء خلافا لما هي عليه في الواقع؛ فهو يجهلها إذن. والغلط هو إذن دوماً شكل من الجهل"[27].

"ليجييه" (جيرار) و"ترنشون" (لاتيتيا) و"إيجيا" (فانسون)، القانون الـمدني. الالتزامات، باريس، دالوز، ط 21، 2014، ص 30.

LEGIER (Gérard), TRANCHANT (Lætitia) et EGEA (Vincent), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 21e éd, 2014, p. 30.

"ماك ميلان" (كاترين)، الأغلاط في قانون العقد، أوكسفورد وبورتلاند، منشورات هارت، 2010.

MACMILLAN (Catharine), *Mistakes in Contract Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2010.

"ستون" (ريشار) و"ديفيني" (جامس)، القانون الـمعاصر للعقد، لندن ونيويورك، روتلدج، ط 11، 2015، ص 312 وما بعدها.

STONE (Richard) and DEVENNEY (James), *The Modern Law of Contract*, New York, Routledge, London and New York, Eleventh Edition, 2015, p. 312 ff.

(23) وبالتّحديد إلى ما سنسمّيه بعد قليل الـمشروع الـمرَاجع (انظر حاشية الـمادّة 50 من هذا الـمشروع).

(24) "La science, c'est la correspondance de la notion de notre esprit avec ce que les choses sont en elles-mêmes".

(25) « La certitude est l'état d'un esprit qui est assuré de la réalité d'une chose »

وتحيل الحاشية بالنّسبة إلى هذا التّعريف على الفقيه الحنفي ابن نُجَيْم الذي له كتاب البحر الرّائق [وهو حاشية على كتاب كنز الدّقائق للفقيه الحنفي حافظ الدّين النّسفي (8 أجزاء، والجزء الثّامن ليس لابن نجيم بل للثّوري)] وكتاب الأشباه والنظائر، وهذا هو الـمحال عليه في الـمشروع الـمرَاجع (أحالت الحاشية على: ج 1، ص 84 و104).

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

وما جاء للتّوّ من كلام للأعمال التّحضيريّة، وما جاء قبله من معنى معجمي، يحتاج توضيحاً. وينبغي بدء هذا التّوضيح بالقول إنّ هنالك اليقين بالـمعنى الوارد منذ قليل، وحاصله رسوخ ذهن فيما لديه من علم. بعبارة أدقّ، اليقين هو الإذعان للحقيقة؛ وهو عين العلم بها[28].

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

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

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

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

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

وينبغي قول الكلام نفسه بالنّسبة إلى عدم العلم. فما يُقصد، حين يُتكلّم عنه، هو عدم العلم بما في الشّيء (حين نقول لا نعلم، نقصد عدم علمنا بأنّ القلم الذي في يد كلّ واحد منّا هو أحمر). وإنّ الـمعاجم لتترجم ما سبق حين تقول إنّ الغلط

---

(27) "Au–delà de l'opinion, il y a l'erreur, celui qui se trompe conçoit les choses différemment de ce qu'elles sont en réalité, il les ignore par conséquent ; l'erreur est donc toujours une forme d'ignorance".

(28) اليقين عند الفلاسفة مرتبط بالحقيقة. لكن يمكن أخذ اليقين من وجهة ذاتيّة والقول إنّه التّأكّد من أنّ الذي في أذهاننا مطابق الحقيقة أو هو مخالفها. انظر هذين الـمعنيين لليقين في أطروحة: "بروشار" (فيكتور)، الغلط. باريس، ليفرول وبايير، 1876، ص 95 و 98.

BROCHARD (Victor), *De l'erreur*, Paris, Berger–Levrault et Cie et Germer Baillère et Cie, 1876, p. 95 et p. 98.

هو عدم معرفة وجه الصّواب، أي هو عدم العلم بما في الشّيء حقّا (لونه الأحمر). لكنّ الحقيقة أنّ عدم العلم بما في الشّيء هو ما سبق، ومعه وفي الوقت نفسه عدم العلم بما ليس في الشّيء (أحد، أو بعض، أو كلّ ما تبقّى من الألوان)[29].

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

وهنا يكمن الخطر من استعمال اللغة العاديّة. فالعلم وعدم العلم – خلافا لما نجده في الاستعمال – يتركّبان من جانب إيجابي ومعه وفي الوقت نفسه جانب سلبي. فالعلم إذن – وكذلك عدم العلم – ليس له مكوِّن واحد، أي ليس بسيطا؛ بل له مكوِّنان، أي هو مركَّب[30].

وينبغي[31] – استجابة لمقتضى الدّقّة – أن نعمد إلى ما يلي: ننطلق من العلم بما في الأمر. ثمّ ندور في اتّجاه عقارب السّاعة ونضع نفيا بعد هذا العلم (أي نضع: العلم بما ليس في الأمر)؛ ثمّ نواصل الدّوران في الاتّجاه نفسه ونضع هذه الـمرّة نفيا قبل العلم الذي انطلقنا منه (أي نضع: عدم العلم بما في الأمر). هذا يعطينا نقطة ثالثة نتوقّف عندها في عمليّة الدّوران. فإذا أخذنا هذه النّقطة، وواصلنا الدّوران في الاتّجاه السّابق، ووضعنا نفيا بعدها، فسيعطي ذلك نقطة رابعة وأخيرة هي: عدم العلم بما ليس في الأمر. وكلّ من النّقطة الأولى والثّانية لعلم بسيط. أمّا النّقطة الثّالثة والرّابعة فكلّ واحدة هي لجهل بسيط. فإذا جمعنا النّقطتين الأُولَيَيْن أعطى

---

[29] قارن مع:

"بلانشي" ("روبار")، البنى العقلية. محاولة لتنظيم منهجي للمفاهيم، باريس، الـمكتبة الفلسفيّة فران 1969، ص 87 وما بعدها.

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

[30] جاءت فيما قلنا إنّا سنسمّيه بعد قليل الـمشروع الـمرَاجع إشارة إلى ابن نجيم في مكان (ج 2، ص 136 من كتاب الأشباه والنّظائر، الدّار العامرة، 1920) قال فيه: "وأمّا الجهل فحقيقته عدم العلم عمّا من شأنه العلم. فإن قارن اعتقاد النّقيض فهو مركّب، وهو الـمراد بالشّعور بالشّيء على خلاف ما هو به، وإلاّ فبسيط وهو الـمراد بعدم الشّعور".

[31] تأسّيا بـ: "بلانشي" (روبار)، م س، ص 90.

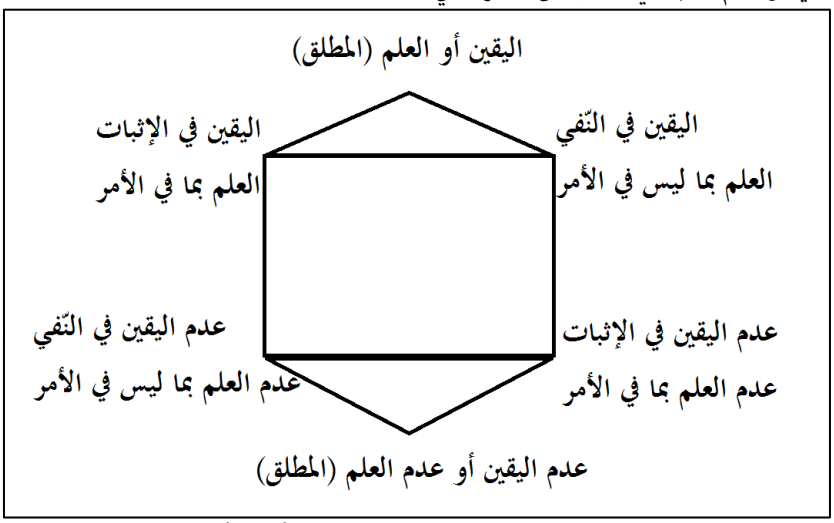
ذلك: العلم الـمطلق أو الـمركّب. وإذا جمعنا النّقطتين الثّانيتين أعطى ذلك: عدم العلم الـمطلق أو الـمركّب، أي الجهل الـمركّب[32].

فإذا اكتفينا بالاهتمام بعدم العلم، قلنا إنّه – ولكي يكون سبباً لغلطٍ – ينبغي أن يكون غير معلوم من صاحبه[33]. فمن يعلم أنّه لا يعلم أمرا، لا يصدر حكما حوله، بل يضع افتراضا؛ والافتراض كافتراض لا يمكن أن يوسم بالغلط.

ويمكن أن يُزاد ويقال إنّ العلم قد يترك مكانه للنّسيان. والنّسيان يعادل عدم العلم[34].

---

[32] ويمكن رسم ما جاء في الـمتن على النّحو التّالي:



وإنّنا لم نهتمّ في الرّسم بما اهتمّ به "بلانشي" في كتابه الـمذكور أعلاه، أي بتحديد نوع العلائق بين مختلف الأشياء التي تحتلّ الـمراكز السّتّة في الرّسم (تضادّ – تناقض – إلخ)، لأنّ هذا لا يزيدنا شيئا على ما نريد الوصول إليه، وهو معنى الغلط.

[33] "ف. زفاجيلسكي لياسين"، تحت عبارة: "الغلط (فلسفة عامّة). الـموسوعة الفلسفيّة الكلّيّة. II. الـمصطلحات الفلسفيّة.

F. Svagelski–Liassine, « Erreur (philo.géné) », *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*, P.U.F., Paris, 1ère éd., 1990.

[34] يبدأ الانسان وهو لا يعلم. ثمّ قد يعلم. فإذا نسي، عاد لا يعلم.

انظر إلى أفلاطون: محاورة "تيتات". باريس، فلاماريون. غارنييه، 1967، ص 131 (تيتات/187 د/188 ب).

Platon, *Théétète*, Traduction, notices et notes par Émile Chambry, Paris, GF Flammarion. Garnier1967, p. 131 (Théétète/187 d–188 b).

وموضوع العلم شيءٌ يكون خارجا ومنفصلا عن العقل، لكن يمكن أن يكون شيئا عقليّا[35]. ومعرفة حقيقة شيء – أيّاً كان – هي أن يكون في ذهننا مثال مطابق للشّيء عينه[36]؛ أي أن تكون الفكرة التي في أذهاننا مطابقة لموضوعها الذي قلنا للتّوّ إنّه قد يكون شيئا خارجيّا ومنفصلا عن عقلنا وقد يكون شيئا عقليّا.

بعبارة أخرى، ثمّ تأليف عقلي؛ أي ثمّ أمران (أ) و (ب) أُخِذا على النّحو التّالي: الأوّل كمحكوم عليه والثّاني كحكم (أ هو ب). فإذا قيل هذا الحكم للنّفس أو للغير[37] (إذن نحن أمام الجملة التّالية: أ هو ب)، وإذا أُلبِس الحكم ثوب الضّرورة وثوب الكلّيّة (أ هو ب: العلاقة بينهما حُدِّدت على أنّها واجبة، أي على أنّها ليست افتراضا أو نتاج نسج من الخيال/ العلاقة اعتُبِرت أنّها واجبة عند كلّ النّاس، أي أنّها لم تُعتبر خاصّة بمن وضعها)[38]، وإذا طابق الحكم الواقع (الواقع هو: أ هو ب) ... إذا تحقّق جميع ما تقدّم، كنّا أمام الحقيقة (وأمام اليقين). أمّا إذا لم يطابق الحكمُ – الذي ألبِس ثوبَ الضّرورة والكلّيّة – الواقعَ، فنحن أمام الخطأ[39] (لو لم نعتبر الأمر من زاوية نفسيّة[40]) أو الغلط (لو اعتبرنا الأمر من زاوية نفسيّة[41])[42].

---

[35] "بروشار (فيكتور)"، م س، ص 73.

[36] "سولاز" (أنتونيا) تحت كلمة: الحقيقة (الفلسفة)، الـموسوعة الكلّيّة 2009.

SOULEZ (Antonia), « Vérité (Philosophie) », *Encyclopædia Universalis* 2009.

[37] "سولاز" (أنتونيا)، م س: الحقيقة (الفلسفة).

[38] "بروشار" (فيكتور)، م س، ص 131 وما بعدها.

[39] "سولاز" (أنتونيا)، م س: الحقيقة (الفلسفة). قرّب من الجاحظ في هذا الكلام الذي ينسبه له الأسنوي: "الخبر هو الكلام الذي يحتمل التّصديق والتّكذيب كقولنا قام زيد ولم يقم بخلاف قولنا زيد أضربه (ص 444) [...] الجمهور على أنّ الخبر إمّا صدق أو كذب. فالصّدق هو الـمطابق للواقع، والكذب غير الـمطابق. وجعل الجاحظ بينهما واسطة فقال الصّدق هو الـمطابق مع اعتقاد كونه مطابقا، والكذب هو الذي لا يكون مطابقا مع اعتقاد عدم الـمطابقة، فأمّا الذي ليس معه اعتقاد فإنّه لا يوصف بصدق ولا كذب، مطابق كان أو غير مطابق". الأسنوي (أبو محمّد عبد الرّحيم بن الحسين)، التّمهيد، تحقيق محمّد حسن هيتو، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1400 هـ ط 1، ص 443.

[40] "بلانشي" ("روبار")، تحت كلمة: الحقيقة (الـمنطق)، الـموسوعة الكلّيّة، 2009.

BLANCHÉ (Robert), « Vérité (Logique) », *Encyclopædia Universalis*, 2009.

[41] "بلانشي" ("روبار")، م س: الحقيقة (الـمنطق).

[42] الخطأ لغة له معنيان: ما هو ضدّ العمد وما هو ضدّ الصّواب (الـمعجم العربي الحديث). وفي هذا الـمعنى الثّاني يلتقي الخطأ بالغلط. لكن انظر موقفا مختلفا عند أبي هلال العسكري: معجم الفروق

وينبغي – ربطاً لما جاء الآن بما سبق – ملاحظة أنّ اصطلاح البعض جرى على قصر اليقين على صورة التّطابق[43]، بالرّغم من أنّ الحكم له طابع الضّرورة لا في هذه الصّورة فحسب بل أيضاً في صورة عدم الـمطابقة.

كما ينبغي ملاحظة أنّ الحقيقة لها طابع الضّرورة العقليّة لا الفعليّة. ولأنّ الضّرورة عقليّة، أي مستقلّة عنّا وعمّا يمكن أن نقرّره كأفراد، ثمّ حقيقة؛ ولأنّ الضّرورة ليست فعليّة، أي لأنّ الحقيقة لا توجد بالنّسبة إلى الإنسان إلاّ متى خضع لها بإرادته، أي لأنّ الإنسان حرّ، ثمّ غلط[44].

أخيراً، ينبغي ملاحظة أنّ الغلط يكون في الحكم. لكن ثمّ من يزيد ويقول: لا غلط إلاّ في الحكم[45].

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

– أمر سلبيّ:

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

عدم العلم هذا غير معلوم.

– أمر إيجابيّ:

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

هذا هو معنى الغلط[46]. والإتيان به على النّحو الـمعقّد الوارد للتّوّ ليس ترفاً فكريّاً، إذ لا ينبغي الاكتفاء بالقول مع الـمعاجم إنّ الغلط عدم معرفة الصّواب

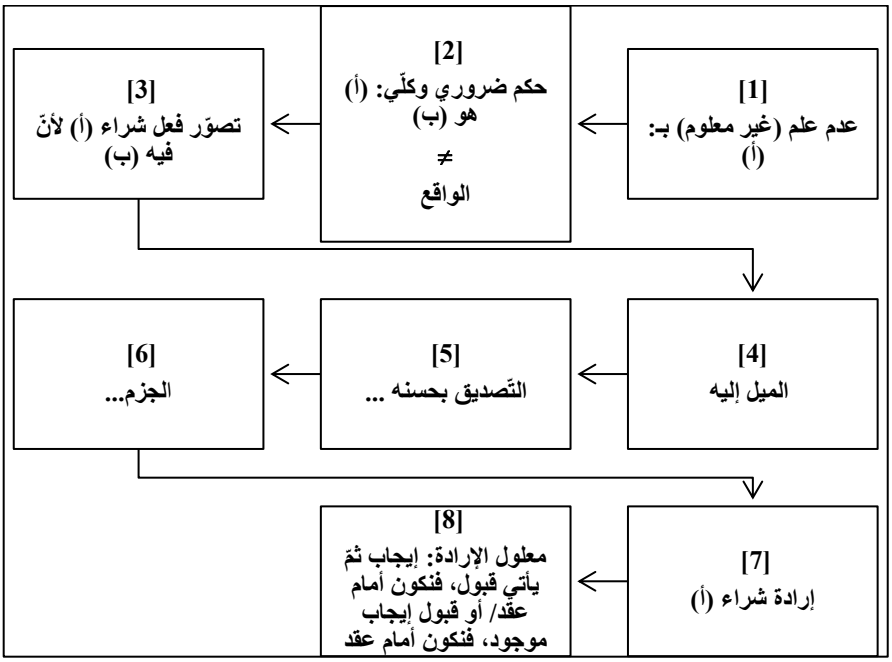
اللغوية الحاوي لكتاب أبي هلال العسكري وجزءٍ من كتاب السّيّد نور الدّين الجزائري، قم، مؤسّسة النّشر الإسلامي التّابعة لجماعة الـمدرّسين، ط 1، 1412 هـ ص 390.

[43] انظر الفقرة عدد 4.

[44] قرّب من: "بروشار" (فيكتور)، م س، ص 175.

[45] "بروشار (فيكتور)"، م س، ص 22 و 140 و141 إلخ.

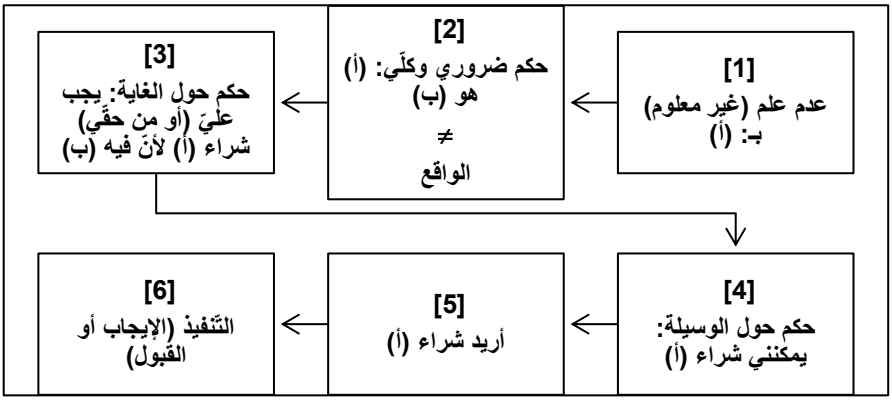
[46] وينبغي أن نربط هذا الـمعنى للغلط بما جاء في الفقرة عدد 1 وهوامشها حول الإرادة. وينبغي أن نأتي بهذا الرّبط في رسم:



إذن: 1 (عدم علم ...) يوجد 2، و2 يوجد 3، وهكذا إلى أن نصل إلى 8.

بعبارة أخرى تبدأ من النّهاية: معلول الإرادة (العقد: أي الإيجاب أو القبول) مختلّ، لأنّ الإرادة مختلّة؛ والإرادة مختلّة، لأنّ مقدّماتها مختلّة؛ والـمقدّمات مختلّة، لأنّ الحكم مختلّ؛ والحكم مختلّ، لأنّ هنالك خللا في العلم.

وإنّ ما سبق بُني على ما جاء عند علي الـمشكيني. لكن لو أخذنا أطروحة "لابي" (م س) لما تغيّر الأمر على مستوى الجوهر:



وينبغي أن نختم بالرّبط بما جاء سابقا وأن نقول إنّ الغلط هو عدم كفاية عارض (inaptitude accidentelle) (انظر: "ف. زفاجيلسكي لياسين"، تحت عبارة: "الغلط، م س: فلسفة عامّة). وهذا هو

(لأنّ الغلط ليس مجرّد أمر سلبي[47]. فضلا على أنّ عدم الـمعرفة مركّب ومطلق)، بل ينبغي مع ما سبق تبنّي قول الأعمال التّحضيريّة بأنّ الغلط أمر إيجابي (لكن مع إدخال توضيحات وتعديلات عليه: نعم نحن أمام تصوّر وبالتّحديد أمام حكم لا يطابق الواقع. إلاّ أنّ هذا الحكم له مواصفات معيّنة، ثمّ إنّ الغلط ليس شكلا من الجهل بل هو نتاج الجهل).

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

والغلط يُتحدَّث عنه في الفلسفة وفي حقول أخرى[48]، لكن سنكتفي بالغلط في الحقل القانوني.

والغلط في الحقل القانوني جماعي وفردي[49]، لكن سنكتفي بالفردي.

ثمّ إنّ الغلط يُتحدّث عنه في القانون العامّ[50] والخاصّ، ويتحدّث عنه في الواقعة القانونيّة[51] وفي العمل القانوني. لكن سنكتفي بالغلط في القانون الـمدني، وبالتّحديد بالغلط في النّظريّة العامّة لنشأة العمل القانوني؛ أي سنكتفى بالغلط التّلقائي والـمحدَث الذين يتحقّقان وقت إبرام العمل القانوني[52].

الذي يفرّق بينه وبين حالات الانعدام النّسبي للإرادة حيث عدم الكفاية ليس عارضا. بعبارة أخرى: إذا وجدت أهليّة أداء كاملة (عقل كامل، ومن ثمّ إمكان أن تنجرّ عنه إرادة سليمة)، فيمكن أن يعرض لها عارض ينقصها أو يزيلها. من هذه العوارض الغلط.

[47] انظر إلى من يسوّون الغلط بعدم العلم وبالجهل: "بروشار" (فيكتور)، م س، ص 27 و 30 (إلخ).

[48] مثل الأخلاق وغيرها (انظر: "بروشار"، م س، ص 1). بل إنّ الغلط من صميم الـمسألة العلميّة ("ف. زفاجيلسكي لياسين"، م س).

[49] انظر تقسيم الغلط إلى جماعي وفردي عند:

"غاسان" ("ريمون")، منهجيّة أطروحة الدكتوراه في القانون. مجلّة البحث القانوني 1996، عدد 4، ص1171 و1172.

GASSIN (Raymond), « Une méthodologie de thèse de doctorat en droit », R. R. J. 1996–4, p. 1171 et 1172.

[50] مثال: قرار وزير (إلخ) اتُّخذ عن غلط.

[51] سيُشار لاحقا إلى الغلط في إطار واقعة قانونيّة.

[52] هذا القصر لمحلّ البحث على حقل لا يعني أنّ بعض ما سيحويه لا يمكن أن يُستَغلّ خارج الحقل الـمذكور.

5. — ثالثا محلّ البحث ما ورد "في مجلّة الالتزامات والعقود"، وبالتّدقيق محلّ البحث أحكام الغلط التي جاءت بالأساس في الفصل 43 وما بعده (الغلط التّلقائي جاء بالأساس في الفصول من 44 إلى 49 مجلّة الالتزامات والعقود، والغلط الـمحدَث جاء بالأساس في الفصول 56 و 57 و 60[53]).

ومجلّة الالتزامات والعقود منتوجٌ لعمل لجنة تسمّى لجنة تدوين القوانين التّونسية[54]. ويتحدّث مقرِّر هذه اللجنة - دافيد سانتيلّانا David

---

[53] قولنا بالأساس يعني أنّ الغلط التّلقائي والـمحدث الذين يردان في إطار عمل قانوني قد جاءا في نصوص أخرى، ونقصد هنا خاصّة الفصل 647 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود. انظر الفقرة عدد 210 وما بعدها.

ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل بعض العبارات الـموجودة في النّصوص التي تدخل في موضوعنا. لكنّ الفصل الثّاني من القانون الـمذكور قال إنّ مضمون الـمجلّة لم ينقّح. والـمقاربة الـمعتمدة في بحثنا هذا (انظرها في الفقرة عدد 10 و11) تقتضي العمل على نصوص الـمجلّة وقت صدورها. هذا يعني أنّ التّغييرات اللاّحقة - حتّى ما كان منها أصليّا - لا ينبغي أن تُبنى عليها التّحاليل والاستدلالات (طبعا هذا لا يمنع من الإشارة إلى تلك التّغييرات).

[54] وهي لجنة أسّسها الـمقيم العامّ للجمهوريّة الفرنسيّة بتونس "ريني ميلي" René MILLET وتكوّنت في 6 سبتمبر 1896. وقد ترأّسها "روا" ROY، وهو قنصل فرنسا من الدّرجة الأولى والكاتب العامّ للحكومة التّونسيّة. وضمّت اللجنة كأعضاء :"بادو" PADOUX، وهو قنصل فرنسا الثّاني، ومساعد الكاتب العامّ للحكومة التّونسيّة؛ و"بارج" BERGE، وهو رئيس محكمة من الدّرجة الأولى، ومدير الـمصالح العدليّة بالحكومة التّونسيّة؛ و"أنتريو" ANTERRIEU، وهو قاض بمحكمة تونس، ورئيس الـمحكمة العقّاريّة الـمختلطة. أمّا مقرّر اللجنة فهو "سانتيلانا" SANTILLANA. ونجد على صفحة غلاف المشروع المعطيات التّالية:

"الـمشروع الأوّلي للمجلّة الـمدنيّة والتّجاريّة التّونسيّة. تمّ عرضه على لجنة تدوين القوانين التّونسيّة من طرف س د سانتيلانا عضو اللجنة، تونس، المطبعة العامّة،1897.

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

ثمّ خضع الـمشروع لفحص من قبل فرع من اللجنة sous-commission على مدى أكثر من ثلاثين جلسة وذلك خلال ربيع وصيف 1898. ونتج عن هذا مدوّنة تحمل صفحة غلافها المعطيات التّالية:

المجلّة المدنيّة والتّجاريّة التّونسيّة، مشروع أوّليّ، تمّ نقاشه واعتماده بناء على تقرير س د سانتيلانا، تونس، المطبعة العامّة، 1899.

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

انظر حول تاريخ مجلّة الالتزامات والعقود:

SANTILLANA[55] – عن مهمّتها، ويقول إنّ هذه الـمهمّة تحدّدت بالاستناد إلى ما كانت عليه ملامح القانون الإسلامي آنذاك[56]. وبعد حديثه عن هذه الـملامح،

ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود: بحث في الأصول الفقهيّة والتّاريخيّة، الـمغرب، منشورات سلسلة الـمعرفة القانونية، 1996؛

ادريوش (أحمد)، الثّقافة والقانون. الجزء الثّاني: قانون الالتزامات والعقود. مائة سنة من الصّمود، الـمغرب، منشورات سلسلة الـمعرفة القانونية، 2016؛

ابن عاشور (سناء)، منابع القانون التّونسي الحديث. التّشريع التّونسي في فترة الاستعمار. أطروحة دكتوراه دولة، تونس، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة، 1996.

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

سكراني (رجاء)، الـمصادر الفقهيّة لمجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة. دراسة للنّظريّة العامّة للقانون. أطروحة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، د ت.

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

يحيى الأسود، مصادر القواعد العامّة الواردة بمجلّة الالتزامات والعقود، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2016 – 2017، الفقرة 636 وما بعدها.

وإنّنا، وبسبب تشابه عنواني المشروعين، فضّلنا أن نصف الأوّل بالـمشروع والثّاني بالـمشروع الـمرَاجَع تاركين بذلك تلك العناوين وتاركين أيضا إمكانيّات أخرى (كأن نصف مثلا ما ورد أوّلا بتاريخ طبعته وما ورد ثانيا بالطّريقة نفسها). وسبب التّفضيل أنّ الـمختار فيه إشارة إلى علاقته بمجلّة الالتزامات والعقود وفيه في الوقت نفسه إشارة إلى علاقة جزأيه ببعضهما البعض (الثّاني مراجعة للأوّل).

وينبغي هنا، وخدمة لما سيأتي، أن نشير إلى أن ليس ثمّ – على حدّ علمنا – ترجمة للمشروع، ولكن بالنّسبة إلى الـمشروع الـمرَاجَع ثمّ ترجمتان:

واحدة جاء بصفحة غلافها ما يلي: "الحكومة التّونسيّة. قانون مدني وتجاري. طبعة جديدة. طبع بمطبعة الدّولة التّونسيّة الرّسميّة سنة 1316 هـ – 1899 م"، وجاء كعنوان لها (ص 2):" لائحة ابتدائيّة لقانون مدني وتجاري".

وثانية جاء بصفحة غلافها: "الحكومة التّونسيّة، قانون مدني وتجاري، طبع بمطبعة الدّولة التّونسيّة الرّسميّة سنة 1316 هـ – 1899 م"، وجاء كاسم لها (ص 2): "لائحة ابتدائيّة في تنظيم قانون مدني وتجاري للمملكة التّونسيّة".

وعلينا أن نلاحظ أن هنالك اختلافا على صعيد محتوى نصوص التّرجمتين. كما علينا أن نلاحظ أنّ التّرجمة التي ذكرناها في الـمرتبة الأولى فيها الجزء الأوّل والثّاني من الـمشروع الـمرَاجَع. لذا سنسمّيها في عملنا: التّرجمة الكاملة. أمّا التّرجمة الثّانية فليس فيها إلّا الجزء الأوّل، ولذلك سنسمّيها: التّرجمة النّاقصة.

[55] هو دافيد سانتيلانا David SANTILLANA (9 /1855/5 – 1931/3/12). ولد في تونس في 9 ماي 1855 من أسرة يهوديّة ذات أصل إسباني قديم لجأت إلى تونس واستقرّت بها. لكنّها كانت تحمل الجنسيّة الإنجليزية [...] عُيّن وهو في السّادسة عشر من عمره في 1871 سكرتيرا للّجنة الدّوليّة لشؤون

تونس الـماليّة. بيد أنّه استقال من هذا الـمنصب [...] وانتقل من ثمّ إلى لندن ليستعدّ لدخول الـمسابقة الخاصّة بالخدمة الـمدنيّة أو السّلك الدّيبلوماسي. لكنّ ظروفا [...] دعته إلى العودة إلى تونس ليتولّى تدبير شؤون الأسرة ورعاية إخوته [...] وحوالي 1880 التحق بكلّيّة الحقوق بجامعة روما، ومنها حصل على ليسانس الحقوق [...] استدعي – وهو لا يزال طالبا [...] – ليكون مستشارا لهيئة الدّفاع عن أحمد عرابي باشا [...] ولا شكّ أنّ السّبب في استعانة هيئة الدّفاع به – وكانت من محامين إنجليز – أنّه كان يتقن العربيّة، ويعرف جيّدا الشّريعة الإسلاميّة، وفي الوقت نفسه كان بريطانيّ الجنسيّة [...] وأثناء إقامته في روما طالبا [...] حصل على الجنسيّة الإيطاليّة، وهو كان يتقن الإيطاليّة إتقانا تامّا منذ صغره وهو في تونس [...] وبعد حصوله على الليسانس في القانون [...] في 1883 مارس مهنة الـمحاماة في روما وفي فيرنتسه حتّى 1896، حين دعاه الـمقيم الفرنسي – وكانت تونس قد احتلّتها فرنسا منذ 1881 – ليكون عضوا في اللجنة الـمكلّفة بتقنين القوانين التّونسيّة، وكانت مؤلّفة من خمسة أعضاء، كان هو من بينهم العضو الوحيد الـمختص في الشّريعة الإسلاميّة [...] (وكانت النّتيجة مشروعا قام سانتلاّنا بصياغة موادّه ولقد الـمح) دون برهان صريح إلى إمكان أن تكون بعض قواعد الفقه الإسلامي مستمدّة من القانون الرّوماني [...] وقد ظلّ سانتلاّنا مخلصا لهذا الرّأي طول حياته [...] وعاد سانتلاّنا، بعد أن أتمّ مهمّته [...] (في تونس) إلى روما في 1899، لكن لا ليستأنف عمله في الـمحاماة، بل ليتفرّغ للبحث في الشّريعة الإسلاميّة، معتزلا الحياة العامّة. ولم يقطع عليه عزلته إلاّ دعوة جاءته من الجامعة الـمصريّة (الأهليّة) القديمة في 1910 [...] فلبّى الدّعوة بإلحاح من الحكومة الإيطاليّة وحثّ من أصدقائه، فجاء إلى مصر وقام بإلقاء محاضرات في تاريخ الفلسفة الإسلاميّة طوال العامّ الجامعي 1910. لكنّه لم ينشر هذه الـمحاضرات. وقد ألقاها باللغة العربيّة [...] وتوجد منها نسخة (مخطوطة) في مكتبة جامعة القاهرة [...] وفي هذه الـمحاضرات [...] اهتمّ سانتلاّنا بمقارنة الفلسفة الإسلاميّة بأصولها اليونانيّة وبما سبقها عند السّريان [...] وعلى الرّغم من أنّ الجامعة الـمصريّة طلبت منه الاستمرار [...] فإنّه آثر العودة إلى روما [...] فشغل [...] كرسيّ الشّريعة الإسلاميّة في كلّيّة الحقوق بجامعة روما من 1913 إلى 1923. وكان طبيعيّا أيضا أن تلجأ إليه الحكومة الإيطاليّة في التّشريعات الخاصّة بليبيا. فكلّفته وزارة الـمستعمرات، هو و«اجنتسيو جويدي»، بترجمة وشرح "مختصر خليل" [...] وهو الـمختصر الـمعتمد في سائر بلاد الـمغرب والـمشرق لدراسة الفقه الـمالكي، ومن هنا ترجم إلى الفرنسيّة [...] لكنّ أعظم إنتاج لسانتلاّنا هو كتابه [...] «نظم الشّريعة الإسلاميّة بحسب مذهب مالك مع مراعاة أيضا لمذهب الشّافعي» [...] وقد ظهر الجزء الأوّل (في) 1926 ويشمل (1) الجماعة الإسلاميّة ورئيسها؛ (2) مصادر الشّريعة وتفسيرها؛ (3) التّشريع في الزّمان والـمكان، (4) الأشخاص؛ (5) الأسرة؛ (6) الحقوق العينيّة [...] وظهر الجزء الثّاني بعد وفاته بمدّة طويلة في 1943 ويشمل: (7) النّظريّة العامّة في الالتزامات؛ (8) الالتزامات الجزئيّة؛ (9) قانون الـمواريث؛ (10) قانون التّقاضي؛ فهارس [...] وقد ورد في آخره أنّه طبع في 1938 تلافيا لما يقضي به الأمر الصّادر في نهاية 1938 بمنع نشر مؤلّفات [...] اليهود [...] وهذا الكتاب [...] لخّص فيه سانتلاّنا محاضراته [...] التي ألقاها [...] في جامعة روما [...] ويقول في مقدّمته إنّ ضعف حالته الصّحّية حالت بينه وبين عرض التّطوّر التّاريخي للشّريعة الإسلاميّة. وهو في عرضه للشّريعة [...] لم يلتزم التّرتيب الـمتّبع في كتب الفقه [...] وهذا ما أخذه عليه برجشتريسر [...] إذ أخذ عليه أنّه أوّل الفقه الإسلامي تأويلا رومانيّا [...] لكن كان هذا موقف سانتلاّنا في فهمه للشّريعة الإسلاميّة منذ بداية أبحاثه فيها، كما أشرنا إلى هذا من قبل. وإلى جانب الفقه الإسلامي، كان

قال "سانتيلّانا" عن صاحبها إنّه افتقر إلى ما افتقر إليه وفي كلّ شيء الشّرق: منهجيّة أكثر صرامة وفكرا تأليفيّا. "فهذا الـميل إلى الفوضى، وهذا العجز الـمتأصّل على النّظام وعلى الانضباط أدّى ومبكّرا إلى العجز السّياسي للعرب، كما كان في الـميدان الفكري سببا ليس أقلّ حسما للضّعف. وهو الذي منع أكثر من غيره القانون الإسلامي من أن يتطوّر كنظام علمي"[57].

سانتلّانا مولعا بدراسة التّصوّف الإسلامي وعلاقته بالتّصوّف الأفلوطيني والتّصوّف الـمسيحي. وقد جمع في هذا الـمجال الكثير من الـمواد [...] لكنّه لم ينشر [...] منها شيئا، ولم ينشر ابنه شيئا منها، رغم أنّ ابنه هذا من الـمتخصّصين في الفلسفة، ويقول عن أبيه إنّ مذهبه كان «نزعة عقليّة صوفيّة تنشد مذهبها الـميتافيزيقي» [...] كذلك يروي هذا الابن أنّ أباه قد خطّط وأعدّ جزئيّا مؤلّفات أخرى: في تاريخ الكنيسة الـمسيحيّة، وتاريخ القانون الرّوماني، وقاموسا عربيّا. لكن دلافيدا يقول إنّه لم يوجد في أوراق سانتلّانا وتعليقاته ما وصل إلى درجة التّحرير تسمح بنشره". عبد الرّحمان بدوي، موسوعة الـمستشرقين، بيروت، دار العلم للملايين، ط 3، 1993، ص341–344. انظر أيضا: يحيى مراد، معجم أسماء الـمستشرقين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 2004، ص 434: "آثاره: ملخّص ابن الإنسان للشّيخ طنطاوي جوهري (مجلّة الدّراسات الشّرقيّة)، والقوانين الـمدنيّة والتّجاريّة وهو مصنّف كبير يؤلّف بحثا جامعا لفقه الحقوق الإسلاميّة (1898) [ملاحظة: هنالك خطأ على مستوى هذه الـمعلومة]، وترجمة الجزء الثّاني من مختصر خليل بن إسحاق إلى الإيطالية مع تعليق عليه وهو مجموعة الأحكام الـمالكية الأكثر شيوعا في الحقوق الـمدنيّة والجزائيّة والقضائيّة في الـمغرب (ميلانو1919، وقد ترجم الجزء الأوّل إغناطيوس جويدي)، وزيد بن علي ونظام الزّيديّة (مجلّة الدّراسات الشّرقيّة 8، 1919 – 20)، والخلافة والسّلطان في الشّرع الإسلامي (الشّرق الحديث 4، 1924)، وكتاب الفقه الإسلامي الـمالكي ومقارنته بالـمذهب الشّافعي".

انظر أيضا حول "سانتيلانا":

رينوشي (فلورانس)، دافيد سانتيلانا: ناشط ومفكّر في القانون الإسلامي والأوروبي، عوالم، 1/2005 (عدد 7)، ص 25 – 44.

Renucci (Florence), « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », Monde(s) 2005/1 (n° 7), p. 25 à 44.

ملاحظة: المقالة متاحة على الموقع: < https://shs.cairn.info/revue-mondes-2015-1-page-25?lang=fr > (تاريخ آخر اطّلاع: 29 مارس 2025).

انظر كذلك: يحيى الأسود، م س، الفقرة 601 وما بعدها.

[56] انظر الـمقدّمة الـمرفقة بالـمشروع الـمرَاجَع.

[57] "سانتيلانا": الـمقدمة، الفقرة 4، ص XI:

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

ويواصل "سانتيلانا" قائلا إنّ هنالك سببا آخر لعدم نجاح القانون الإسلامي هو مغالاته في فكرة العدالة، هذه الـمغالاة التي أدّت إلى تعطيل الـمعاملات[58].

وما سبق ينبئ، حسب "سانتيلانا"، بما سيكون عليه عمل اللجنة وهو تنظيم الفقه غير الـمتّسق وتنويره وتوحيده، وإزالة أجزائه التي عفا عنها الدّهر، وإتمام ناقصها[59] (إذن عمل اللجنة يتمثّل في تهذيب البناية الـموجودة).

لكنّ هذا الكلام لـ "سانتيلانا" لا يتلاءم كثيرا مع كلام آخر قاله في البدء[60]، ومفاده أنّ مهمّة اللجنة تتمثّل أوّلا في الإتيان بالـمادّة التي ستصلح في عمليّة التّدوين من القانون الفرنسي، ومن القانون الأوروبي لو أنّ الـمصدر الأوّل مطالب بتركه في فرنسا نفسها[61]. وثانيا في الإتيان بكلّ مادّة يمكن أن تستعمل – من منظور مبادئ القانون الـمعاصر من جهة، والوضع الحالي للمجتمع التّونسي من جهة أخرى – وذلك من الفقه الإسلامي ومن القانون التّونسي (إذن عمل اللجنة يتمثّل في وضع بناية جديدة مع استعمالٍ عرضيّ لأحجار من البناية القديمة، إذا استجابت لمواصفات محدّدة). وعلى هذا فالـمأتيّ به ثانيا يجب أن يلائم:

من جانب أوّل مبادئ القانون الـمعاصر، أي مبادئ القانون الفرنسي بالأساس (يستنتج من هذا أنّه، وعندما لا يوضع الحلّ من فرنسا أو من أوروبا كمادّة، يوضع كروح[62]).

---

[58] "سانتيلانا"، الـمقدّمة، ص XI.

[59] "سانتيلانا"، الـمقدّمة، ص XII.

[60] "سانتيلانا"، الـمقدّمة، ص I.

[61] قال إنّ مهمّة اللجنة الإتيان بالقانون الفرنسي، لكنّ اللجنة الفرعيّة رأت أن تتوسّع بأن تكمّل هذا القانون أو تغيّره بقانون أوروبي (الـمانيا – إيطاليا – سويسرا – إنجلترا) كلّما كان هذا التّغيير أو هذا التّكميل مطالبا به في فرنسا.

انظر حول هذه النّقطة الـمتعلقة بالتّوسيع: شرف الدّين (محمّد كمال)، نبذة حول منهجيّة وضع الأحكام الـمتبنّاة في إعداد الـمجلّة التّونسيّة للالتزامات والعقود. الـمجلّة الدوليّة للقانون الـمقارن، 1996، عدد 2، ص 425 و426.

CHARFEDDINE (M. K.), « Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats », *Revue internationale de droit comparé*, 1996, n° 2, p. 425 et 426.

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

ومن جانب ثان الوضع الحالي لتونس (يلاحَظ هنا أنّه لم يُفعل الشّيء نفسه مع القانون الغربي الـمتبنَّى، ممّا يدلّ على أنّه لم يُرد على مستوى الجانب الأساسي من القانون الذي وُضع أن يكون ثمّ تلاؤم مع وضع الـمجتمع. وهكذا فالفقه الإسلامي والقانون التّونسي – أي ما هو عرضي في البناية – يؤخذ بهما بشرطين، أمّا القانون الغربي – ما يمثّل الهامّ في البناية – فلا)[63].

---

[63] ولعلّ ما سبق يفسّر نقل فرنسا هذا القانون إلى الـمغرب لينطبق على الفرنسيّين وعلى الأوروبّيّين. ويمكن القول إنّ عمل اللجنة أعطى مجلّة الالتزامات والعقود. وهذه لها أصول وفصول:

فأمّا أصولها فالقانون الفرنسي (للتّدقيق ينبغي القول: نصوص + فقه + قضاء) بالأساس والقانون الأوروبّي ومن ورائهما القانون الرّوماني (بالإضافة إلى القانون الإسلامي).

ملاحظة: ينبغي أن نشير هنا إلى أنّ" سانتيلانا" من الـمستشرقين الذين يقولون إنّ الفقه الإسلامي هو تقليد للقانون الرّوماني (الـمقدّمة، ص XII). وهو رأي يتبنّاه عضو آخر من اللجنة وهو "بارج": ادريوش (أحمد) م س (أصول قانون الالتزامات والعقود)، ص 119 وما بعدها. لكن انظر الرّدود على هذا الرّأي: الـمؤلف نفسه والـمرجع نفسه ، ص 97 وما بعدها. ثمّ انظر نقد بعض الـمستشرقين لـ:"سانتيلانا"عند رجاء السّكراني في أطروحتها الـمذكورة سابقا وذلك في الفقرات عدد 66 و67 و450 وما بعدها وخاصة 472 و ما بعدها. وهذا النّقد يهمّ الـمنهج الـمعتمد من "سانتيلانا" والـمتمثّل في التّأويل الرّوماني للقانون الإسلامي (عدد 67). فبعض الـمستشرقين الـمشار إليهم منذ قليل يرى أنّ اعتبار الفقه الإسلامي نسخة أو تقليدا للقانون الرّوماني "سذاجة علميّة" (عدد 473). انظر أيضا حول دعوى تأثّر الفقه الإسلامي بالقانون الرّوماني ومناقشتها: الجبوري (ساجر ناصر حمد)، التّشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلاميّة، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1426 هـ/ 2005 م، ص 205 وما بعدها.

وأمّا فصولها:

– فظهير الالتزامات والعقود الـمغربي الصادر في 12 أوت سنة 1913 لينطبق أمام الـمحاكم الفرنسيّة التي ستنشأ في 15 أكتوبر 1913 على الـمتقاضين أمامها وهم الفرنسيّون والأجانب والـمغاربة الذين لهم جنسيّتان والـمغاربة الـمحميّون بواسطة نظام الامتيازات الأجنبيّة. "مونيجي" (ج)، ترجمة حياة ظهير الالتزامات والعقود. من تلقّي إلى تمثّل مجلّة أجنبيّة في النّظام القانوني الـمغربي، الـمجلّة الـمغربيّة لقانون واقتصاد التّنمية، العدد 7، 1984، ص 33 وما بعدها.

MONOGER (J), « Biographie du D.O.C. : De la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain », *Revue Marocaine de Droit et d'Economie du Développement*, n° 7, 1984, p. 33 et s.

– ومجلّة تطوان الصّادرة سنة 1914.

ملاحظة: هذا رأي: "ديكرو" (بول)، مصدر وابتكارات ظهير الالتزامات والعقود، جريدة محاكم الـمغرب، 25 فيفري 1958، عدد 1، 225.

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

– ومجلّة طنجة الصّادرة سنة 1924 (مقال "ديكرو" ومقال "مونيجي" السّابقين، الـمكان نفسه).

ويمكن القول، بناءً على ما سبق من كلام "سانتيلانا"، إنّ عمله – والذي صار جزؤه الأكبر مجلّة الالتزامات والعقود – هو بالأساس قانون فرنسي مادّة أو على الأقلّ روحا[64].

ولقد قال عنه إنّه: "عمل حضاري بادرت به فرنسا وستتشرّف به أمام التّاريخ حين توارى في ثرى النّسيان انتصارات أخرى أكثر دويّاً، وهو مصير تخصّصه الأيّام لكلّ ما أتى بالقوّة لوحدها"[65].

هذه النّبوءة لـ"سانتيلانا" قد صدقت، فما زال عمله حيّاً إلى اليوم[66].

– ومجلّة موريطانيا الصّادرة سنة 1989. انظر: ادريوش (أحمد)، م س (أصول قانون الالتزامات والعقود)، ص 18، الهامش عدد 29.

ينبغي – وفيما يهمّ ما تأثّر بعمل سانتيلانا في تونس - أن نضيف مجلّة وضعها مارسال موران للجزائر لكنّها لم تصدر. انظر: رينوشي (فلورانس)، مقالة سابقة الذّكر: دافيد سانتيلانا: ناشط ومفكّر في القانون الإسلامي والأوروبي ، ص 39.

[64] ملاحظة: سنة 2016 حصل تغيير في القانون الفرنسيّ وتبدّلت أماكن ومحتويات فصول كثيرة، ومنها فصول سترد في هذا العمل. لكنّنا لن نتعرّض للجديد، لأنّ المأخوذ منه في القانون التّونسي هو القانون القديم. وعلى كلٍّ، فمن التّغييرات يمكن أن نذكر: الفصل 1128 الذي تحدّث عن محتوى للعقد جائز ومعيّن وعوّض الفصل 1108 الذي كان يتحدّث عن موضوع معيّن وعن سبب جائز؛ والفصول 1130 إلى 1144 والتي تناولت عيوب الرّضا من غلط وتغرير وإكراه ونحوه وعوّضت الفصول 1109 إلى 1118؛ إلخ.

[65] "سانتيلانا"، الـمقدّمة، ص XIII.

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

[66] بل أكثر من هذا، فقد فتح دخول هذا العضو إلى الجسد القانوني التّونسي الباب إلى دخول أعضاء أخرى حتّى أنّه لم يبق الآن الكثير من الأعضاء القديمة. ويقول "مونيجي"، وهو يتحدّث عن الـمغرب، إنّ الحماية كانت تشعر بأنّها نظام مؤقّت، ولذلك اتّخذت سبيل الحكمة بأن لم تحاول نقض الـمجتمع الإسلامي بل عمدت إلى تبديله من الدّاخل وذلك بصفة تدريجيّة ("مونيجي"، م س، ص 28). ومن هنا كان هدف واضعي قانون الالتزامات والعقود جعل القانون الـمغربي ككلّ يستدبر الشّرق ويستقبل الغرب. ولقد حدّثنا الـمؤلّف عن ضرب تدريجي بالأشعّة للقانون الـمغربي ("مونيجي"، م س، ص 26)، وعموما لمؤسّسات الـمجتمع ("مونيجي"، م س، ص 46 و47) بواسطة قوانين الأجانب.

ويمكن أن نجد تأييدا لكلام "مونيجي" في وثائق تاريخيّة تهمّ تونس: انظر (206) و (207) (حيث توجد فكرة التّدريج) و (211) (حيث توجد الفكرة نفسها ولكنّها هذه الـمرّة تهمّ القانون الـمدني

فرضيّة البحث

6. — ومن يقرأ الكلام السّابق لـ: "سانتيلانا" حول القانون الإسلامي وحول مهمّة اللجنة التي هو مقرّرها، يجده يصبّ في اتّجاه القول بأنّ عملهم مثّل إتيانا بحَسَن وتركا لغير حَسَن.

والإتيان بحَسن وترك غير الحَسن قولٌ يوحي بما يمكن أن يمثّل فرضيّة بحث، أي بما يمكن أن يمثّل فكرة أساسيّة يُبحث عن مدى توفّرها في مجلّة الالتزامات والعقود أو في أجزاء منها مثل أحكام الغلط.

وقد يُبحث عن حُسن الأحكام أو عدم حُسنها في ذاتها. ويمكن وصف هذا البحث بكونه بحثا عن وجود أو عدم وجود إتقان.

وقد يُبحث أيضا عن حسن الأحكام أو عدم حسنها بالنّظر إلى ما أخذت مكانه. هذا البحث يمكن نعته بكونه بحثا عن وجود أو عدم وجود إصلاح، وذلك بحسب ما إذا كان الـمأتيّ به أعلى من الـمتخلّى عنه أو هو دونه.

بعبارة واحدة، قد يُفَكَّرُ في إشكاليّة تتعلّق بـ: الحُسْن (أو عدم الحُسْن)، أي بـ: الإتقان (أو عدم الإتقان)، ومعه الإصلاح (أو ما هو ضدّ الإصلاح)، أي قد يُفَكَّرُ في عمل يكون السّؤال فيه متعلّقا بـ: الإحكام، إذ الإحكام في اللغة الإتقان والإصلاح[67].

7. — وينبغي هنا أن تساق ملاحظتان، ثمّ يُعمد من بعد ذلك إلى تدقيق السّؤال: فأمّا الـملاحظتان، فتتمثّل أولاهما في الإشارة إلى أنّ ترك الفقه الإسلامي والأخذ بالقانون الغربي لا يعني دائما ترك متقن لفائدة غير متقن ومن ثمّ إتيانا بما هو ضدّ للإصلاح. فالأحكام الحسنة، أي التي فيها إحكام، هي التي تركت تقليد السّيّئ وإن كان السّيّئ "محلّيّا" وأخذت بما هو الأفضل وإن كان الأفضل "مستوردا".

وإدخاله ليمهّد السّبيل لإدخال القانون الجزائي) و (218 و219) (حيث يُتحدّث عن الشّروط الـمرتبطة بفكرة التّدريج)، وكلّ ذلك بـ:

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

[67] جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، الـمجلّد 12، ص 143): "[...] أحكم الأمر أتقنه [...] حكم الشّيء وأحكمه، كلاهما: منعه من الفساد. قال الأزهري: وروينا عن إبراهيم النّخعي أنّه قال: حكّم اليتيم كما تحكّم ولدك، أي امنعه من الفساد، وأصلحه كما تصلح ولدك [...]".

هذا عن الـملاحظة الأولى، أمّا الثّانية فتتمثّل في الإشارة إلى أنّ هنالك موازين متعدّدة للحكم على أحكام معيّنة (في ذاتها أو بالنّظر إلى ما أخذت مكانه) بأنّها حسنة أو غير حسنة. ولقد اختير في هذا العمل ميزان الـمنهجيّة التّشريعيّة[68]، أي اختير الـميزان الذي يحدّد لنا بالأساس: هل فهم الـمشرّع (أم لا) وهل أصاب (أم لا) في تصوّر الـمحتوى الذي عمد إلى تشكيله وصبِّه في قالب أحكام قانونيّة هي أحكام الغلط (هل جمع النّقاط الـمتماثلة وفصل الـمتخالفة، إلخ)[69].

8. — بناءً على الـملاحظة الأولى وخاصّة الثّانية يكون سؤالنا هو: هل ثمّ، من منظور الـمنهجيّة التّشريعيّة، إحكام في أحكام مجلّة الالتزامات والعقود الـمتعلّقة بالغلط؟ أي هل وافقت أحكام الغلط الإتقان ومعه الإصلاح على هذا الـمستوى؟

9. — إنّ الفرضيّة التي سننطلق منها والقضيّة[70] التي سنحاول إثباتها تتمثّل فيما

---

[68] تنقسم الـمنهجيّة القانونيّة إلى ثلاثة فروع: الـمنهجيّة الفقهيّة والـمنهجيّة القضائيّة والـمنهجيّة التّشريعيّة.

حول علم الـمنهجيّة القانونيّة انظر مثلا:

"بارجال" (جون لويس)، الـمنهجيّة القانونيّة، باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 1، 2001.

Bergel (Jean-Louis), *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., 1re éd., 2001.

"ماتيو-إيزورك" (ماري لور)، التّفكير القانونيّ، باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، 2001.

Mathieu-Isorche (Marie-Laure), *Le raisonnement juridique*, Paris, P.U.F., Paris, 2001.

"ديلنوا" (بول)، عناصر في الـمنهجيّة القانونيّة، بروكسال لارسييه. 2006.

Delnoy (Paul), *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2006.

الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، الـمنهجيّة أو البلاغة القانونيّة. التّعبير عن التّفكير، تونس، مجمّع الأطرش للكتاب الـمختص، 2013.

وتنقسم الـمنهجيّة التّشريعيّة (أو علم التّشريع) إلى فرعين: فرع للسّياسة التّشريعيّة politique législative (وهو الفرع الأصلي، وموضوعه تصوّر أهداف ووسائل التّدخّل التّشريعي)، وفرع للتّقنية التّشريعيّة technique législative (وهو الفرع الشّكلي، وموضوعه تجسيد السّياسة التّشريعيّة في قالب نصوص). "بارجال" (جون لويس)، م س (الـمنهجيّة القانونيّة)، ص 276.

[69] قرّب من: "برجال" (جان لويس)، م س (الـمنهجيّة القانونيّة)، ص 308.

[70] القضيّة هي تنصيص قابل لأن يقال عنه إنّه صحيح أو إنّه خاطئ.

« énoncé verbal susceptible d'être dit vrai ou faux ».

مثال ذلك: الأرض كرويّة الشّكل.

يلي: أحكام الغلط (هي) مجانبة للإحكام.

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

من الـمفيد أوّلاً البحث في فكرة الإحكام في ذاتها لأنّ مردوديّة القانون (القبول به – سهولة تطبيقه – إلخ) على الصّعيد الاقتصادي، أو الاجتماعي، أو الفنّي (إلخ) أثر لوجود الفكرة والعكس بالعكس. في هذا الـمعنى يقول أحدهم: "إنّ الفعل التّشريعي ينبغي أن تؤطّره ضوابط منهجيّة صارمة، وينبغي أن يُسار به وِفْق طرق تصوّر وتعبير معيّنة [...] فلا شكّ أنّ القوانين ذات النّوايا الحسنة والتي شُكِّلت بطريقة سيّئة [...] ضرُّها أكبر من نفعها"[71].

من الـمفيد ثانياً البحث في فكرة الإحكام في إطار مجلّة الالتزامات والعقود لأنّ هذه الـمجلّة منتوج له علاقة، وفق قول "سانتيلانا" الذي سبق معنا، بالفقه الإسلامي من جهة وبالقانون الغربي من جهة أخرى، أي هي منتوج يسمح بالـمقارنة بين نتاج عقلين تشريعيّين: العقل التّشريعي الإسلامي والعقل التّشريعي الغربي.

من الـمفيد ثالثا البحث في فكرة الإحكام في إطار نموذج (من يقول نموذجا، يقول دراسة جزئيّة، أي يقول بما يوفّر فرصا أكبر للدِّقّة) من أحكام مجلّة الالتزامات والعقود هو نموذج أحكام الغلط. والسّبب أنّ لهذه الأحكام إشعاعا إذ تشمل، كما

وتتركّب القضيّة من موضوع (sujet) (الأرض) ومحمول (prédicat) (كرويّة الشّكل). انظر:

لالاند (أندري)، معجم تقني ونقدي للفلسفة، باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 3، 1993، تحت الكلمات: Proposition, Sujet, Prédicat

LALANDE (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 3e éd., 1993, sous : Proposition, Sujet, Prédicat.

وانظر الغزالي (معيار العلم في الـمنطق، شرح أحمد شمس الدّين، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1990 م) حيث يقول (في ص 81 و82): "إنّ القضيّة باعتبار ذاتها تنقسم إلى جزأين مفردين: أحدهما خبر والآخر مخبر عنه، كقولك زيدٌ قائمٌ. فإنّ زيدا مخبر عنه، وقائم خبر [...] وقد جرت عادة الـمنطقيّين بتسمية الخبر محمولا، والـمخبر عنه موضوعا. فلننزل على اصطلاحاتهم، فلا مشاحة في الألفاظ".

[71] "برجال" (جان لويس)، م س (الـمنهجيّة القانونيّة)، ص 271.

سيُتبيّن ذلك، زيادة على الرّضا، الـموضوع والسّبب. ثمّ إنّ نوعا من أحكام الغلط (الأحكام التّأييديّة) يغطّي كلّ شروط نشأة التّصرّف القانوني.

الـمقاربة الـمعتمدة في البحث

10. — وعليه فالقضيّة التي سنعمل عليها لها شيء من الأهمّيّة. وهذه القضيّة تفرض تمشّيا معيّنا في العمل، أي تفرض الـمقاربة التي يجب أن تعتمد فيه.

فينبغي أوّلا أن يؤتى بالنّصوص وبالتّحديد بما أراده صاحبها منها. والإتيان بالـمراد يستدعي إعطاء النّص معناه الـموجود في النّظام اللغوي العامّ (الـمعنى الوضعي والـمعنى العرفي). والسّبب أن ثمّ افتراضاً مفاده أنّ من يستعمل لفظا أو تركيب ألفاظ يريد به معناه اللغوي. لكن هناك احتمال آخر حاصله أنّ صاحب الكلام قد يريد معنى مخالفا. وللتّثبت من تحقّق أو عدم تحقّق هذا الاحتمال ينبغي استخراج نيّة صاحب الكلام.

والنّية أمر باطني، أي أمر لا يمكن إدراكه إلاّ من خلال عبارة عنه. وهذه العبارة قد نصل إليها بصفة مباشرة (الأعمال التّحضيريّة، إلخ) وقد نصل إليها عن طريق التّخمين وبصفة غير مباشرة (الـمتكلّم عاقل، والعاقل يقصد هذا الأمر لا أمرا آخر، إلخ)[72].

والـمعنى اللغوي، وكذلك العبارة عن النّيّة التي تأتي من الطّريق الـمباشر، هما اللذان ينبغي أن يحكما تناول كلّ نقطة من نقاط هذا البحث. على هذا فالـمقاربة التي ستعتمد يجب أن تكون مقاربة بسيكولوجيّة[73] أو تاريخيّة[74]، أي مقاربة تدخل ضمن صنف الـمقاربة السّكونيّة[75].

---

[72] انظر:

"كاربونيي" (جون)، القانون الـمدني. الـمقدّمة، باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 25، 1997، عدد 154.

CARBONNIER (Jean), *Droit Civil. Introduction*. Paris, P.U.F., 25e éd, 1997, n° 154.

[73] انظر إلى:

"بيرلمان" (حاييم)، الـمنطق القانوني. علم البيان الجديد، باريس، دالوز، ط 2. 1979، ص 58.

PERELMAN (Chaïm), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1979, p. 58.

لكن الضّرورة تقتضي – حين لا يوجد مجال لاستخراج النّيّة من الطّريق الـمباشر – أن يتمّ اللجوء إلى استخراجها بواسطة التّخمين؛ وهنا تكون الـمقاربة غائيّة téléologique (البحث عن روح وهدف القانون)[76] أو اتّساقية أو غير ذلك ممّا يدخل أغلبه تحت عنوان الـمقاربة الدّيناميكيّة (النّشطة أو المتحرّكة)[77].

والحاصل أنّ الـمقاربة في هذا العمل ينبغي أن تكون سكونيّة بالأساس، لكنّها قد تصبح بصفة احتياطيّة مقاربة ديناميكيّة.

11. — والـمقاربة ستعطي مراد الـمشرّع من كلّ نقطة من نقاط الغلط. فإذا استحضرنا كلام "سانتيلانا" الـمتمثّل في كون مصادر الأحكام هي إمّا الغرب (قانون – فقه – قضاء) وإمّا الفقه الإسلامي[78]، تطلّب الأمر الإتيان بهذه الـمصادر.

فإذا حُدّد الـمراد وأُتي بالـمصادر، أمكن الوصول لمعرفة كون حكم مجلّة الالتزامات والعقود في هذه النّقطة أو تلك من نقاط الغلط:

إمّا مصدره الفقه، وهنا لا يمكن الـمرور للإحكام على مستوى الـمنهجيّة التّشريعيّة[79].

وإمّا مصدره ليس الفقه، وهنا يكون الحكم مستوردا.

فإذا كان الـمستورد مثل الفقه، لم يمكن الـمرور إلى الإحكام[80].

انظر أيضا: "برجال" (جان لويس)، م س (الـمنهجيّة القانونيّة)، ص 240. انظره أيضا في ص 262 حيث يتحدّث عن جدوى هذه الطّريقة.

(74) "برجال" (جان لويس)، م س (الـمنهجيّة القانونيّة)، ص 240.

(75) "بيرلمان" (حاييم)، م س (الـمنطق القانوني)، ص 59.

(76) "بيرلمان" (حاييم)، م س (الـمنطق القانوني)، ص 58.

(77) انظر مثلا:

"بيرلمان" (حاييم)، التّأويل القانوني، أرشيف فلسفة القانون، عدد 17، ص 31.

PERELMAN (Chaïm), « L'interprétation juridique », *Archives de Philosophie de droit*, n° 17, p. 31.

(78) انظر الفقرة عدد 5.

(79) قلنا إنّ الإحكام يتكوّن في الوقت نفسه من الإتقان ومن الإصلاح. في هذه الصّورة، إن أمكن البحث في الإتقان، فإنّه لا يمكن البحث في كون الـمجلّة أصلحت أو لم تصلح بالنّظر إلى ما سبقها لسبب بسيط وهو أنّها أتت بهذا الذي سبقها.

(80) هنا أيضا، إن أمكن البحث في الإتقان، فإنّه لا يمكن الخوض في الإصلاح لأنّ ما أتي به مثلٌ للّذي سبق.

أمّا إذا كان الـمستورد مختلفا عن الفقه، فهناك فرضيّتان:

أولتهما أنّ حكم مجلّة الالتزامات والعقود هو دون الفقه جودة على مستوى الـمنهجيّة التّشريعيّة. هنا يكون الحكم ممثِّلا عدم الإحكام (عدم إتقان في الحكم ذاته، ومعه قيامٌ بما هو ضدٌّ للإصلاح).

وثانيتهما أن يكون حكم مجلّة الالتزامات والعقود أعلى من الفقه. هنا يكون الحكم غير مجسّد لعدم الإحكام (هنا نكون أمام حكم محكم، أي متقن لو نظرنا إليه وحده، ومصلح لو نظرنا إليه ونحن نستحضر سابقه).

يخلص ممّا تقدّم أنّ كلّ نقطة سنتناولها من نقاط أحكام الغلط ينبغي أن نمرّ في إطارها بمراحل ثلاث:

أوّلاً: تحديد مراد صاحب مجلّة الالتزامات والعقود بواسطة اللغة وبواسطة العبارة الـمباشرة وبصفة احتياطيّة بواسطة العبارة غير الـمباشرة.

ثانياً: الإتيان بالقانون الغربي وبالقانون الإسلامي الـموجودين في وقت وضع مجلّة الالتزامات والعقود.

ثالثاً: الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود من زاوية الإتقان والإصلاح معا، أي من زاوية الإحكام، وبالتّحديد من زاوية الإحكام على مستوى الـمنهجيّة التّشريعيّة[81].

وكما يُرى، فالـمقاربة ومن ثمّ الـمرور بهذه الـمراحل، فرضته القضيّة واستوجبته فرضيّة البحث. والقضيّة والفرضيّة تفرض زيادة على ما سبق تخطيط البحث.

تخطيط البحث

12. — للتّدليل على هذا ينبغي استحضار ما يلي:

- أنّ محلّ البحث الغلط الوارد أساسا بالفصل 43 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود. هذا الغلط تلقائي ومُحدَث. وإنّ حصر العمل في الغلط التّلقائي يبقي جوانب منه غير واضحة[82]. ونفس الشّيء لو حُصِر البحث في الغلط الـمحدث[83]. لذا ينبغي دراسة الغلطين معا لينير الواحد منهما ميدان الآخر.

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

---

(81)

(82) سنرى مثلا أنّ الغلط التلقائي الذي محلّه الباعث لا يبطل. وسنرى أنّ الغلط الـمحدث بواسطة كتمان والذي محلّه الباعث يبطل. وسنرى الغلط الـمستغلّ بواسطة كتمان والذي محلّه الباعث. وسنرى أنّ الانزلاق من الغلط الـمستغلّ إلى الـمحدث ممكن. وعلى هذا يكون الانزلاق من التّلقائي إلى الـمحدث ممكنا بدوره. وكلّ هذا يجعل الغلط الـمحدث يسهم في فهم الغلط التّلقائي.

(83) الغلط الـمحدث هو غلط وزيادة. وإذا كان الواجب فهم الزّيادة، فالواجب قبل ذلك فهم الغلط.

– أنّ نصوص الغلط التّلقائي والـمحدث مشحونة بمعنى قانوني يتمثّل في نوعين من الأحكام: أحكام أصليّة، وأحكام تأييديّة. ولضرب مثال من هذه النّصوص سنأخذ الفصل 45 الذي قال إنّ "الغلط في نفس الشّيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات الـمعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الـموجب للتّعاقد". هذا القول يحتوي على حكم تأييدي تعبّر عنه لفظة "الفسخ". كما يحتوي على أحكام أصليّة تترجمها بقيّة الألفاظ.

ويمكن البحث عن الإحكام في الأحكام الأصليّة لوحدها. لكنّ هذا البحث يضلّ منقوصا طالـما لم تُضَف إليه مسألة الإحكام في الأحكام التّأييديّة. فالأصل يعمل وسط الـمؤيِّد، وثمّ تفاعل بينهما لا يمكن الوصول إليه إلاّ بدراستهما معا[84].

13. — فإذا استُحضِر جميع ما سبق، أمكن الاستدلال على أنّ القضيّة فرضت التّخطيط. وفعلاً، من ضمن ما يثبت صحّة أو عدم صحّة القول بوجود إحكام على مستوى الـمنهجيّة التّشريعيّة، أن يؤتَى بالتّقسيم الذي جاء به الـمشرّع للأحكام الأصليّة[85]. هذا يعني أن يؤتى بهذه الأحكام الأصليّة لوحدها. فإذا فُعِلَ ذلك، بقيت الأحكام التّأييديّة بدورها لوحدها وقابلت من ثمّ الأحكام الأصليّة.

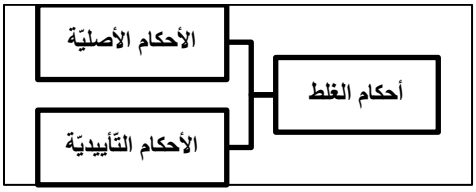
14. — وما جاء للتّوّ يعني أنّ تخطيط البحث ينبغي أن يتركّب من جانبين:
أوّلهما: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط (الجزء الأوّل)؛
ثانيهما: الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط (الجزء الثّاني)[86].

---

[84] انظر ما سيأتي في الجزء الثّاني من هذا العمل حول تفاوت محالّ الغلط وارتباط هذا التّفاوت بالـمؤيّدات.

[85] ويتمثّل هذا التّقسيم، كما سنرى ذلك، في:
غلط تلقائي ومحدث.
وداخل التّلقائي صور وشروط.
وداخل الـمحدث: الفصلان 56 و57 من جهة والفصل 60 من جهة أخرى.

[86]


أحكام الغلط
الأحكام الأصليّة
الأحكام التّأييديّة

الجزء الأوّل:
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط

15. — من يقرأ نصوص مجلّة الالتزامات والعقود الـمتمثّلة في الفصل 43 وما يليه، يمكنه أن يجد نوعين من أحكام الغلط: أحكام للغلط التّلقائي (وهي موجودة بالأساس في الفصول 43 إلى 49)[87]، وأحكام للغلط الـمحْدَث[88] (وهي موجودة بالأساس في الفصول 56 و57 و60)[89].

16. — فإذا اكتفينا بما هو أصلي من هذه الأحكام وجمعناه بالقضيّة التي نعمل عليها، أعطى ذلك عنوانين:

أوّلهما للإحكام في أحكام الغلط التّلقائي (العنوان الأوّل)؛

وثانيهما للإحكام في أحكام الغلط الـمحْدَث (العنوان الثّاني)[90].

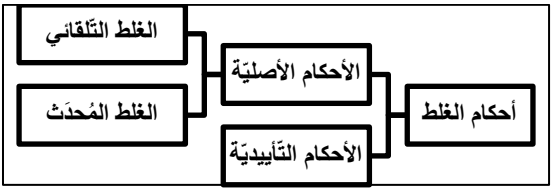
---

[87] تسهيلا لقراءة هذا العمل، سنورد محتوى هذه النّصوص وقت صدورها. لكن سنضيف: أوّلاً، ما جاء في الـمشروع الـمراجع في صيغته الأصليّة وفي ترجمته الكاملة (والسّبب، كما سيتبيّن لاحقاً، أنّ مجلّة الالتزامات والعقود نقلت في أغلب الأحيان ما جاء في هذين الـمصدرين). ثانياً، محتوى نصوص مجلّة الالتزامات والعقود بعد تنقيحها بمقتضى القانون عدد 87 الـمؤرخ في 15 أوت 2005 (انظر الـملحق 1).

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

[89] تسهيلا لقراءة هذا العمل، سنورد محتوى هذه النّصوص وقت صدورها. لكن سنضيف: أوّلاً، ما جاء في الـمشروع الـمراجع في صيغته الأصليّة وفي ترجمته الكاملة. ثانياً، محتوى نصوص مجلّة الالتزامات والعقود بعد تنقيحها بمقتضى القانون عدد 87 الـمؤرخ في 15 أوت 2005. ثالثا: الفصل 61 لارتباطه بالفصل 60 (انظر الـملحق عدد 2).

[90]



العنوان الأوّل:
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط التّلقائي

17. — جاءت بالفصول 43 إلى 49 لفظتان هما الغلط والجهل. ومن ينظر إلى الصّياغة العربيّة ويقرّب الفصل 48 (حين تحدّث عن جهل في الـمتعاقد عليه) من الفصل 45 (الذي كان قد سمّى بعدُ هذه الصّورة باسم الغلط)، سيقول إنّه وبالنّسبة إلى مجلّة الالتزامات والعقود نحن أمام مترادفين. هذا القول نفسه يخرج به قارئ الفصول 44 و45 و48[91] من الصّياغة الفرنسيّة، وكذلك قارئ "الـمشروع الـمرَاجع". فلقد جاء بهذا الـمشروع، وبالتّحديد بالحاشية الجانبيّة لفصله الخمسين، أنّ: "الغلط هو [...] دوما شكل من الجهل. والفقهاء العرب والرّومان يستعملون ألفاظ الجهل والغلط على أنّها مترادفة"[92].

---

[91] تحدّث الفصل 44 عن الغلط في القانون: "l'erreur de droit".
وتحدّث الفصل 45 عن الغلط في الواقع: "l'erreur de fait".
وتحدّث الفصل 48 عن غلط وجهل سواء في القانون أو في الواقع: "l'erreur et [...] l'ignorance, soit de droit soit de fait"

[92] والذي سيصبح جزؤه الأوّل هو الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود.
"L'erreur est [...] toujours une forme d'ignorance, et les jurisconsultes arabes comme les romains, emploient indifféremment l'un pour l'autre les mots *djahl* (ignorance) et *galath* (erreur)".
انظر موقفا مخالفا عند: "دومولومب" (شارل)، دروس حول مجلّة نابليون، باريس، ش. لاهور، 1869–1882، ج 24، عدد 84.
DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon*, Paris, Ch. Lahure, 1869–1882, T. 24, n° 84.
يقول "دومولومب إنّ: "الغلط هو اعتقاد مخالف للحقيقة، وهو أخطر من مجرّد الجهل الذي لا يجب خلطه به. فالجهل هو عدم الـمعرفة، والغلط هو اعتقاد الـمعرفة عن خطأ".
وانظر أيضا الذي قال إنّ الجهل هو الذي يوجد الغلط وذلك عند: "لوران" (فرانسوا): مبادئ القانون الـمدني الفرنسي. باريس، مكتبة مارسكو الأكبر شفاليي – مارسكو وشركاؤه – ورثة، بروكسال، برويلون وشركاؤه للنّشر، وارثه إيميل برويلون، ط 5، 1893، ج 15، عدد 486.
LAURENT (François), *Principes de droit civil français*, Paris/ librairie A.MARESCO.AINE, A.CHEVALLIER–MARESCO et Com, successeur, Bruxelles/ BRUYLANT – CHRISTOPHE et Com Editeurs, successeur Emile BRUYLANT, 5e édition, 1893, T. 15, n° 486.

18. — كما جاء بالفصول 43 إلى 49 أمر آخر، هو تقسيم الغلط. فلقد بدأ الـمشرّع بنصوص تهمّ صور الغلط (44 – 45 – 46 – 47)، ثمّ ثنّى بنصّ يهمّ شرطا له (48)، ثمّ ختم بنصّ يعيدنا مرّة أخرى إلى ما سبق من صور)49(. ويمكن، بسبب ما سبق، أن نجزّئ الـمادّة إلى هذين الجزأين: فنبدأ بالصّور ثمّ نمرّ إلى الشّرط. لكن يبدو أنّ الصّيغة الشّرطيّة في الفصل 44 – زيادة على كونها تؤكّد ما وصلنا إليه من كون ما جاء بالفصل 48 هو شرط – تمكّن (هذه الـمرّة ليس بمفردها بل بمعيّة نفس نوع الصّيغة في الفصلين 45 و46) من الحديث عن شرط آخر ليصير الـمفرد جمعا؛ أي ليصير الشّرط شروطا[93].

19. — وكلّ ما سبق (الأحكام الأصليّة الـمتمثّلة في صور وشروط الغلط التّلقائي)، إن جُمِع بمسألة الإحكام (وجوده أو عدم وجوده)، أعطى:

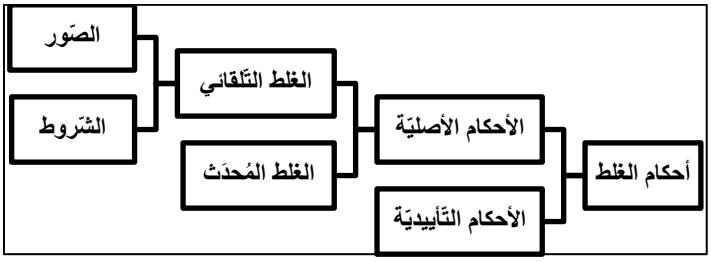
عنوانا أوّلا هو الإحكام في الأحكام الأصليّة الـمتمثّلة في صور الغلط التّلقائي (الفصل الأوّل)؛

وعنوانا ثانيا هو الإحكام في الأحكام الأصليّة الـمتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي (الفصل الثّاني)[94].

وقارن جميع ما سبق مع جاء في الفقرة عدد 4.

[93] من يرى أنّ أقلّ الجمع ثلاثة، سيقول إنّ الـمفرد لم يصر جمعا بل مثنّى.

[94]



الفصل الأوّل:

الإحكام في الأحكام الأصليّة الـمتمثّلة في صور الغلط التّلقائي

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

21. — تنبغي الإجابة على هذا السّؤال بالاستناد إلى نيّة الـمشرّع الواردة في تعبير مباشر هو الفصول 40 من الـمشروع و53 من الـمشروع الـمرَاجَع (واتّبعتهما في ذلك الصّياغة الفرنسيّة للفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود). فهذه النّيّة اتّجهت إلى وضع شرط يهمّ كلّ الصّور بما فيها الشّخص، واستعملت لذلك لفظ الواقع (فهو إذن للشّخص أيضا) ولفظ القانون[95]، ممّا يدلّ على أنّ عدم استعمال الفصول الواردة أعلاه في مرتبة ثانية وصف الواقع للشّخص لم يكن يراد منه أن لا ينعت به.

---

[95] يقول "لوران" (م س، ج 15، عدد 486) إنّ النّصوص الرّومانية وصفت الغلط بكونه جهلا في الواقع أو في القانون.

وإنّنا وحين نذهب إلى «الدّيجاست" Digeste أو «البونداكت" Pandectes (الـمختار أو الـمنضّد أو الـمستصفى أو الـمهذّب حسب: فهمي (عبد العزيز)، مدوّنة "جوستنيان" في الفقه الرّوماني Institutes، بيروت، عالـم الكتب، صفحة: م) نجد في الكتاب 22، العنوان 6 – وهو مكان مشار إليه في الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع– أنّ:

"الجهل هو إمّا في الواقع وإمّا في القانون".

Digeste XXII. 6: "L'ignorance est ou du fait ou du droit".

الخمسون كتابا من مستصفى الإمبراطور "جوستينيان، ترجمه إلى الفرنسيّة "م. هولو" و"م. برتولو" عن النّسخة الفلورانسيّة، باريس، روندونو، 1803.

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

22. — لكنّ الصّعوبة جاءت من التّرجمة الكاملة، ومن التّرجمة النّاقصة للمشروع الـمرَاجع، فهاتان أتيتا إلى النّص الذي وضع شرطا يهمّ كلّ الصّور وتحدّثتا فيه عن الشّيء دون الشّخص. ولقد تسرّب هذا الخطأ إلى الصّياغة العربيّة للفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود[96].

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

---

[96] انظر إلى الفصل 44 من قانون الالتزامات والعقود الـمغربي (الدّار البيضاء، دار الكتاب، ط 1، 1966) الذي لم يقع في الخطأ الذي وقع فيه الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود، علما وأنّ القانون الأوّل هو تقريبا نقل للثّاني.

انظر هذا التّأكيد عند:

"ديكرو" (بول)، مصدر وخصوصيّات الظّهير الذي يمثل مجلّة الالتزامات والعقود (ظ.ا.ع)، جريدة الـمحاكم الـمغربية، 25 فيفري 1958، عدد 1225، ص 19.

DECROUX (Paul), « Origine et originalités du Dahir formant Code des obligations et contrats (DOC) », *Gazette des tribunaux du Maroc*, 25 février 1958, n° 1225, p. 19.

يقول "ديكرو" إنّ الظّهير، الصّادر بالرّباط في 12 أوت 1913 والذي دخل حيز التّطبيق في 15 أكتوبر 1915، قد اتّبع – كما يقول ذلك "بارج" في مقدّمته (اعترضنا "بارج" سابقا في تونس كعضو للّجنة التي أعدّت الـمشروع والـمشروع الـمرَاجَع: الفقرة عدد 5) – في مخطّطه العامّ وفي أحكامه التّفصيليّة مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة.

وينبغي، ونحن نذكر هذه الـمقالة لـ"ديكرو" أن نزيد أمرين جاءا فيها:

أوّلهما أنّ مجلّة الالتزامات والعقود صدرت لتنطبق فقط أمام محاكم البايات (Tribunaux beylicaux) وعلى الرّعايا التّونسيّين. أمّا ظهير الالتزامات والعقود، فقد صدر لينطبق فقط أمام الـمحاكم الفرنسيّة وعلى الـمتقاضين أمامها، أي على الأجانب بالأساس.

وثانيهما أنّ ظهير الالتزامات والعقود (ومن ثمّ مجلّة الالتزامات والعقود) قد مثّل نموذجا لمجلّة الالتزامات الصّادرة بتطوان سنة 1914 ولمجلّة الالتزامات الصّادرة بطنجة سنة 1924.

ولقد أكّد العديد من الفقهاء على ما قاله "ديكرو" من أنّ ظهير الالتزامات والعقود هو "فرع" "أصله" مجلّة الالتزامات والعقود. انظر:

الـمذكوري (محمد شعيبي)، دراسة انتقاديّة لظهير الالتزامات والعقود، ص 33.

"مونيجي" (جوال)، م س، ص 15 وما بعدها.

الكتّاني (عزالدّين)، الغبن في القانون الـمغربي، ص 209.

KETTANI (A), « La lésion en droit marocain », p.209 .

وهذه الـمقالات منشورة بالـمجلّة الـمغربية لقانون واقتصاد التّنمية، العدد 7، 1984 (القسم العربي والفرنسي). وهو عدد خاص نشر أعمال "الأيّام الدّراسيّة حول قانون الالتزامات والعقود والـمجتمع بعد مضيّ 70 عاما".

الـمبحث الأوّل: الإحكام في صور الغلط في الواقع

24. — سبق منّا أنّ الـمشرّع أراد من كلمة "الواقع" الشّيء والشّخص. وهي صور "مبطلة". لكنّ الكلمة قابلة لأن تشمل حالات أخرى "غير مبطلة". لذا سننظر أوّلا في الإحكام في الغلط في الواقع "الـمبطل" (الفقرة 1) وثانيا في الإحكام في الغلط فـي الواقع "غير الـمبطل" (الفقرة 2).

الفقرة 1. الإحكام في صور الغلط في الواقع "الـمبطل"

25. — إنّ الحديث عن الغلط في الواقع ينطوي على الحديث عن الغلط في القانون[97]. وإنّ الحديث عن الغلط في الواقع "الـمبطل" يتضمّن الحديث عن الغلط في الواقع غير الـمبطل[98]. كما أنّ الحديث عن الغلط في الواقع "الـمبطل" في جانبه الخاصّ بالشّيء يحتوي على الحديث عن الغلط في الواقع "الـمبطل" في جانبه الخاصّ بالشّخص[99]. وإنّنا سنأتي بهذين الحديثين (الشّيء والشّخص) الواحد منهما تلو الآخر وذلك في إطار القضيّة التي نعمل عليها. بعبارة أخرى سننظر في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء (أ) ومن بعد ذلك في الإحكام في صورة الغلط في الشّخص (ب).

(أ) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء

26. — من يدرس مجلّة الالتزامات والعقود يمكنه القول إنّها نظّمت الغلط في الشّيء مرّتين: مرّة بهذا الاسم (أي: اسم الغلط في الشّيء)، ومرّة بغير هذا الاسم.

---

[97] انظر الفقرة عدد 123 وما بعدها. لذلك فإنّ الحديث عن الأوّل هو بعد حديث عن الثّاني.

[98] سنرى أنّ الأوّل والثّاني هما بالأساس للسّبب. لذلك، إذا سبق الحديث عن أحدهما (وخاصّة عن الأوّل منهما)، أغنى ذلك عن الإطالة في الآخر.

[99] سنرى أنّ الأوّل للذّات (إلخ) وكذلك الثّاني. فإذا سبق الحديث عن الأوّل، أغنى ذلك عن الإطالة في الثّاني.

وسنحاول البحث في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء الـمنظّم تحت اسم الغلط، ثمّ في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء الـمنظّم تحت اسم غير اسم الغلط.

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

27. — تحدّثت الصّياغة العربيّة للفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود عن "نفس الشّيء":

والـمعنى الوضعي لـ: "النّفس" هو جملة الشّيء وحقيقته[100] ووجوده في ذاته[101].

أمّا الـمعنى الوضعي لـ: "الشّيء" فهو "كلّ موجود من الذّوات والـمعاني"[102].

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

فلقد قال الأوّل إنّ لفظة الشّيء: "تقال على كلّ ما تقال عليه لفظة الـموجود، وهو معنى متصوّر في النّفس سواء كان خارج النّفس كذلك أو لم يكن، كقرايل وعنقاء مغرب، وبذلك يصحّ قولنا هذا الشّيء إمّا موجود وإمّا معدوم"[103].

وقال الثّاني إنّ للشّيء ثلاثة معاني: واحدٌ ضيّق، ومفاده ما يكون في متناول يدنا (حجر– زهرة – إلخ)؛ وآخرٌ واسع، وحاصله ما جاء سابقا بالإضافة إلى الـمخطّطات والقرارات والأفكار والأفعال (إلخ)؛ والـمعنى الثّالث أوسع، وفيه نجد ما تقدّم ومعه كلّ ما هو بطريقة أو بأخرى شيء وليس لا شيء[104].

يخلص ممّا تقدّم أنّ مدلول "نفس الشّيء" هو "جملة أو حقيقة الـموجود من الذّوات والـمعاني" أو هو "وجود ذلك الـموجود في ذاته".

---

[100] جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، الـمجلّد 6، ص 233) أنّ النّفس في كلام العرب على ضربين من بينهما جملة الشّيء وحقيقته.

[101] جاء في الـمعجم العربي الحديث أنّ معنى "نفس الأمر" حقيقته ووجوده في ذاته.

[102] الـمعجم العربي الحديث.

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

[104] "هايدغر" (مارتان)، ما الشّيء؟، ترجمه من الالـمانيّة: "جون ريبول" و"جاك تامينيو"، باريس، غاليمار، 1971، ص 18.

HEIDEGGER (Martin), *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Traduit de l'allemand par Jean Reboul et Jacques Taminiaux, Paris, Gallimard, 1971, p. 18.

فإذا قُرِّبَ الـمدلول من الدّال لم يكن الـمدلول بأوضح من الدّال[105]. لذا سيطرح السّؤال: ما جملة وما حقيقة وما وجود الـموجود في ذاته ؟ (أي سيجعل الـمدلول دالاّ بدوره وسيطلب مدلوله)[106].

وينبغي – قبل تقديم جواب الفصل 45 نفسه عن هذا السّؤال – أن نورد صياغته الفرنسيّة والـمعنى اللغوي لما جاء فيها. فلقد تحدّثت هذه الصّياغة عن "الواقع". وهو في الوضع "كلّ ما يحصل وما يقع"[107].

هذا الـمعنى أضيق من ذاك الذي وجدناه للعبارة الواردة في صياغة مجلّة الالتزامات والعقود العربيّة. مع ذلك ردّ الفصل 45 (وهنا نقدّم بالـمناسبة نفسها جواب السّؤال السّابق) كلاّ من عبارته العربيّة والفرنسيّة إلى ثلاثة أقسام هي: ذات الشّيء، ونوعه، ووصفه[108].

28. — وقد يكون الـمقتضى أن ننظر في علاقة كلّ قسم بمسألة الإحكام التي نعمل عليها. لكن الـملاحظ أنّ ما يرتبط بهذه الـمسألة هو التّقسيم لا الأقسام كلّ على حدة. لذا سنركّز عملنا على التّقسيم. مع ذلك لن نترك الخوض في الأقسام

---

[105] انظر إلى هذه الـمسألة عند:

"ديلباك" (نيكول)، الألسنيّة العرفانيّة. فهم كيفيّة عمل اللغة، بروكسال، منشورات دوكلو، 2002، ص 168 وما بعده

DELBECQUE (Nicole), *Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage*, Bruxelles, Éd. Duculot, Bruxelles, p. 168 et s.

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

[107] "Toute chose qui arrive, qui a lieu".

"ليتري"، م س (معجم اللغة الفرنسيّة)، تحت كلمة Fait، ج 2، ص 1607.

[108] ينبغي هنا أن نقدّم ملاحظتين:

– أولاهما أنّ الفصل 45 تحدّث لا عن ذات الشّيء (إلخ)، بل عن ذات الـمعقود عليه (إلخ). لكن لأنّه ردّ الشّيء ونفسه إلى معقود عليه وذاته (إلخ) استعملنا أعلاه – وبدل لفظة الـمعقود عليه – ما جيء به على أنّه مرادفها (تؤيّد الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع هذا الفهم).

– ثانيهما أنّنا بدأنا بالـمعنى اللغوي لـ: "نفس الشّيء" خارج سياقها. لكن ولأنّ هذا الـمعنى (جملة كلّ موجود...) ليس بأوضح من الدّال (نفس الشّيء)، حوّلنا وجهتنا دون أن نغادر اللغة نحو معنى "نفس الشّيء" كما يستخرج من الجوّ التّعبيري الذي وردت فيه.

كلّ لوحده لأنّه لا يمكن الحكم على التّقسيم إلّا بعد فهم الأقسام. بعبارة أخرى، ينبغي عرض أقسام الغلط في الشّيء الواحد منها تلو الآخر (I)، لكي يمكن بعد ذلك الحكم على تقسيم الغلط في الشّيء بالنّظر إلى مسألة الإحكام (II).

I) عرض أقسام الغلط في الشّيء

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

الفرع الأوّل: الغلط في ذات الشّيء

30. — من ينظر إلى الـمشروعين يجد أنّ هناك فقهاء اعتُمِدوا كثيرا كمراجع للفصل 43 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود. ومن ينظر إلى هؤلاء الفقهاء يجدهم يقرّبون الغلط في ذات الشّيء من صورة أولى[109] ثمّ من صورة ثانية[110]. واستئناسا بهم، ينبغي أن يُقسّم العنوان الذي نحن بصدده إلى بابين: باب لـ"الغلط في ذات الشّيء" نفسه؛ وباب لما قرِّب منه، أي لما هو "مثلٌ" لهذا الغلط.

31. — ■ فإذا دخلنا باب "الغلط في ذات الشّيء" نفسه، وجدنا أمرين: الشّيء "العادي" والثّمن وهو شيء "خاصّ"[111].

---

[109] هي صورة الغلط في طبيعة العقد. وهذه لم تكن موجودة في نص الـمشروع الذي يقابل الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود، ثمّ وجدت في نص الـمشروع الـمرَاجَع والذي يقابل أيضا الفصل 45، ثم اختفت مرّة أخرى في ثنايا مجلّة الالتزامات والعقود لأنّنا لا نجدها في الفصل 45.
ولقد جاء التّقريب الـمذكور أعلاه عند:
"أوبري" و"رو"، دروس في القانون الـمدني الفرنسي حسب منهجية زكاري، باريس، الـمطبعة والـمكتبة العامّة لفقه القضاء، ط 4، 1878، ج 4، الفقرة 343.
AUBRY (C) et RAU (C), *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIÆ*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 4e éd., 1878, T. 4, § 343.

[110] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرر.

[111] قرّب هذا مع ما جاء عند:

32. — ▲ ومن يبدأ بالشّيء "العادي"، ينبغي له أن يبحث عن معنى لفظة الفصل 45. وهذه عربيّة وفرنسيّة:

فأمّا العربيّة – وهي الذّات – فتعني في اللغة الخاصّة، والحقيقة[112]، والنّفس، والعين، والجوهر[113]. ويمكن أن نضيف إلى ما سبق: الـماهية[114]. لكن – لأنّ الـمعنى هنا أيضا ليس أوضح من الـمبنى – سنضطرّ لأن نواصل بأن نسأل: ما خاصّة الشّيء أو حقيقته؟ ما نفسه أو عينه أو جوهره؟ وإذا عمدنا إلى الإضافة الواردة للتّوّ، ما ماهيته ؟ ولن يقف الأمر عند هذا السّؤال، بل ينبغي أيضا أن نزيد: الـم نجد بعدُ أنّ الغلط في نفس الشّيء هو في اللغة غلط في الحقيقة ؟ ألا نجد الآن أنّ الغلط في ذات الشّيء هو أيضا غلط في الحقيقة ؟ فكيف يكون للغلط في الذّات – وهو القسم –الـمعنى نفسه الذي للمُقسّم ؟ وأكثر من ذلك الـم نجد أنّ الذّات هي النّفس ؟ فكيف تكون النّفس هي الـمقسّم وفي الوقت نفسه بعض الـمقسّم ؟

قد ينبغي ترك لفظة الذّات وترك أسئلتها. وقد ينبغي – هروبا من هذا التّعقيد – التّوجّه إلى الكلمة التي تقابلها في الصّياغة الفرنسيّة[115]. فإذا فعلنا، وجدنا هذه الكلمة تفيد بحسب وضعها في اللغة النّفس والعين[116]. وعلى هذا فمعناها مساو لمعنى اللفظة العربيّة. هذا يؤدّي إلى أن نجد أنفسنا مرّة أخرى أمام بعضٍ من الأسئلة التي حاولنا استدبارها وأمام بعضٍ من التّعقيد الذي أردنا تجنّبه.

وقد ينبغي أن لا نخوض في هذه الأسئلة هنا؛ أي قد ينبغي أن لا نقتحم غمار هذا التّعقيد في هذه الـمرحلة الـمبكّرة من العمل. فالأسئلة والتّعقيد سيعترضانا مرّة

"كاربونيي" (جون)، القانون الـمدني، ج 4: الالتزامات، باريس، الـمنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، ط 21، 1998، عدد 10.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil. Les obligations*, Paris, P.U.F., 21 e éd, 1998, n° 10.

[112] لسان العرب لابن منظور (م س).

[113] الـمعجم العربي الحديث.

[114] هذا معنى جاء عند ابن رشد (م س، ص 42 و43) الذي، وبعد أن عدّد معاني هذه اللفظة التي قال إنّها مطلقة، تكلّم بما يلي: "وأمّا ذات الشّيء إذا استعملت هكذا مضافة: إنّما نعني به ماهيته أو جزء ماهيته". ولقد أضفنا هذا الذي قاله ابن رشد لأنّ الـماهية مرادفة للجوهر كما سنرى.

[115] هي كلمة Identité.

[116] انظر مثلا: معجم ليتري (م س، ج 3، ص 5)، تحت كلمة: Identité

أخرى في نطاق عبارة النّوع وعبارة الوصف. عندها نكون في مرحلة متقدّمة أكثر، وعندها يكون الوقت أنسب لمواجهة تلك الأسئلة وذلك التّعقيد.

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

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

فأمّا الـمؤثّر، فيُرجِعُه واضعو الـمجلّة إلى جزأين[117]. وأوّل جزء أشير إليه بواسطة العدد واحد، وأعطي العنوان التّالي:

"الغلط في الـماهية[118] (في الذّات) أو في الهويّة[119]".

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

ومن يقرأ هذا العنوان سيقول – آخذا في الحسبان وظيفة القوسين[120] – إنّ

---

[117] سنرى فيما سيأتي أنّ في كلّ جزء ثمّ صورة. لكن هنالك صورة موجودة بالقسم غير الـمؤثّر، إلّا أنّها حسب واضعي الـمجلّة، وحين يتوفّر فيها شرط، تصعد درجة وتصبح هي الصّورة الثّالثة عددا داخل قسم الـمؤثّر.

[118] Substance (هذه العبارة هي سبب من الأسباب التي جعلتنا نأتي منذ قليل وفي الـمتن بما قال ابن رشد). وإنّ ترجمتنا لها في الـمتن بالـماهية مأخوذة من قاموس يترجمها أيضا بالجوهر (وبالـمادّة: سنرى لاحقا السّبب). الـمنهل، قاموس فرنسي عربي، بيروت، دار الآداب، ط 27، 2000.

[119] Identité: هوية، ذاتيّة (قاموس الـمنهل).

[120] القوسان هما لجملة (أو لجزء من جملة أو لمجموعة جمل) مستقلّة تماما من النّاحية النّحوية عن الجملة الأساسيّة، توضع وسطها أو في نهايتها لكي تدقّق أو تعدّل أو تنقص من معناها.

انظر: لاروس الكبير للّغة الفرنسية، باريس، مكتبة لاروس، 1989، ج 5، ص 4371.

Grand Larousse de la langue française, Paris, Librairie Larousse, 1989, T. V, p. 4371.

وطبعا نحن أمام مرجع كُتب حول اللغة الفرنسيّة. لكنّ الرّوابط الضّمنيّة (ومنها القوسان) واستعمالها في معاني محدّدة يهمّ أيضا اللغة العربيّة.

حول هذه الرّوابط انظر: الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، الـمنهجيّة أو البلاغة القانونيّة: التّعبير عن التّفكير، تونس، مجمّع الأطرش للكتاب الـمختصّ، ط 2، 2013، الفقرة عدد 68.

انظر أيضا وتحت عبارة قوس Parenthèse: "باتريك شارودو" و"دومينيك منغنو" (بإشراف)، معجم تحليل الخطاب، ترجمه عن الفرنسيّة عبد القادر الـمهيري وحمّادي صمّود، الـمركز الوطني للتّرجمة، تونس، 2008، ص 410 وما بعدها.

الـماهية مرادفة للذّات. لكنّه لا يستطيع أن يقول الشّيء نفسه عن الهويّة[121].

إلاّ أنّه، ومباشرة بعد العنوان، استُعمِل ضمير الغائب الـمفرد؛ والغائب هنا ما ورد في العنوان، وهو واحد، وهذا يدلّ على أمرين: أوّلهما أنّ ما جاء بالعنوان صورة واحدة، وثانيهما أنّ الهويّة مرادفة للاسمين الآخرين[122]. فإذا استُحضر الآن أنّ الفصل 45 تحدّث في صياغته العربيّة عن ذات وفي صياغته الفرنسيّة عن هويّة، أمكن القول إنّ ما سنجده تحت العنوان الوارد أعلاه هو معنى لما تحدّث عنه هذا النّص (الذّات في الصّياغة العربيّة والهويّة في الصّياغة الفرنسيّة).

وما نجده يبدأ بإشارة إلى فقيه مالكي[123] في مكان تحدّث فيه عن جهل يكون محلّه الـمثمون[124]. ومثاله شخصان يشتريان سلعتين "على أنّ كلّ واحد يأخذ واحدة بما ينوبها من الثّمن"[125]. لكن، ولكي نجد مثالا يهمّنا، علينا أن نواصل قراءة ما جاء في الحاشية عن ابن عاصم[126] وعن التّسولي والتّاودي[127]، بل علينا أن نرجع بأنفسنا إلى هؤلاء لنفهم منهم أنّ هنالك أوّلا غلطا في الذّات لا يُصدَّق من يزعم أنّه وقع فيه، وصورته تتمثّل في الذي يقف على بائع ويشير إلى شيء

---

[121] لأنّ الكلمة الفرنسيّة "ou" لها عدّة معان، وليس التّعادل بين شكلين (لفظتين) لهما نفس الـمعنى إلاّ واحدا منها. انظر: معجم ليتري، م س، ج 3، ص 874.

[122] ولعلّ هذا يثير صعوبة على مستوى فهم الفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع. فصورته الأولى أسماها هويّة (identité). وإنّنا نعلم من الحاشية الجانبيّة أنّ مرادف هويّة هو ماهية (substance). وإنّنا وحين نتقدّم في قراءة الفصل 50 نجده قد أسمى صورته الثّانية ماهية. وعلى هذا فصورتا هذا النّص لهما اسم واحد. وإنّنا لن نخوض في هذا الأمر الآن، لأنّنا سنجد له لاحقا تفسيرا.

[123] الزّرقاني (سيدي عبد الباقي)، شرح الزّرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشّيخ محمّد البنّاني، بيروت، دار الفكر، الـمجلّد 3، ج 5، ص 24 (ملاحظة: هذا هو العنوان الـمعتمد في الـمشروع الـمرَاجع سواء للزّرقاني أو للبنّاني وما صدر عن دار الفكر هو نقل للطّبعة الـمستعملة من "سانتيلانا"، وإنّ الـمشروع حين يستعمل أرقاما رومانيّة فهو يشير إلى الأجزاء، وحين يستعمل أرقاما عربيّة فهو يريد الصّفحات).

[124] حدّثنا أيضا عن الثّمن. ولكنّ الثّمن سنتحدّث عنه بعد قليل ضمن ما أسميناه "الشّيء الخاص".

[125] الزّرقاني (سيدي عبد الباقي)، م س، الـمجلّد 3، ج 5، ص 24

[126] ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو بكر محمّد بن محمّد)، متن العاصميّة الـمسمّى بتحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام، ويليه متن لامية الزّقاق في فقه الـمالكيّة، مصر، ملتزم الطّبع والنّشر عبد الحميد أحمد حنفي، ص 48.

[127] التّسولي (أبو الحسن علي بن عبد السّلام)، البهجة في شرح التّحفة على الأرجوزة الـمسمّاة بتحفة الحكّام لابن عاصم الأندلسي، وبحاشيته: التّاودي (أبو عبد الله محمّد)، حلى الـمعاصم لفكر ابن عاصم، ط 2، دار الفكر، 1370 هـ – 1951 م.

أمامه قائلا: بعني هذا الحجر، ثمّ يأتي ويقول ظننت الـمبيع ياقوتا وهو غير ذلك[128]. كما نفهم من الفقهاء أنفسهم أنّ هنالك ثانيا غلطا في الذّات يؤخذ به، وصورته تتمثّل في الذي يقف على بائع ويشير إلى شيء أمامه قائلا: "بعني هذه الياقوتة وهي غير ذلك"[129]. وقد قيل إنّ هذا الجهل تعلّق بحقيقة الـمشترى[130].

34. — ويخلص ممّا جاء للتّوّ – بعد أن يُضاف له ما تناولناه في الـمقدّمة حول معنى الغلط – أنّ الغلط في ذات شيء[131]، لنسمّه "أ"، هو حكم يجانب الواقع سببه عدم علم بما في الأمر (ما يوجد في الواقع هو "لا أ") وعدم علم بما ليس فيه (ما لا يوجد في الواقع هو "أ").

35. — ▲ ويمكن – دائما انطلاقا من الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع – القول إنّ الغلط في ذات الشّيء قُصد به أيضا صورة الشّيء "الخاص" وهو الثّمن. فلقد أشارت تلك الحاشية إلى الزّرقاني[132] في مكان تحدّث فيه عن

---

[128] قال التّسولي عن هذه الصّورة إنّ التّسمية بالاسم العامّ (الحجر) مظنّة لمعرفة الـمشتري بالـمشترى. "فلا يقبل دعواه خلافها، لأنّه خلاف الغالب، وكان عليه أن يتثبّت بنفسه". التّسولي (أبو الحسن علي بن عبد السّلام)، م س، ج 2، ص 24.

[129] يقول التّسولي إنّ تسمية الشّيء بغير اسمه مظنّة الجهل به (م س، ج 2، ص 24).

[130] التّسولي (أبو الحسن علي بن عبد السّلام)، م س، ج 2، ص 24.

[131] أطلقت التّرجمة الكاملة على الصّورة الأولى اسمين: الغلط في ذات الـمعقود عليه والغلط في تعيينه. ولعلّه بالإمكان أن نعطي مثالا معاصرا عن هذه الصّورة، ومفاده شخص يريد أن يشتري سيارة "مرسيدس" قديمة موجودة في قاعة عرض شركة للتّجارة بالسّيّارات. فيهتف إلى الـمتصرّف في الـمغازة مصرّحا بأنّه اشترى "الـمرسيدس" الـمعروضة، جاهلا أنّه وقبل أن يقوم بالـمكالـمة الهاتفيّة هنالك "مرسيدس" أقدم من الأولى قد أخذت مكان التي رآها. انظر هذا الـمثال عند:

"فيتز" (كلود)، القانون الخاص الالـماني. الأعمال القانونيّة. الحقوق الشّخصيّة، باريس، ليتاك، 1992، عدد 323.

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

[132] الزّرقاني (سيدي عبد الباقي)، م س، ج 5، ص 24.

وينبغي أن نضيف للمتن ما يلي:

– لو أسمينا ما جاء في الفصل 45 "شيء"، فهذه اللفظة مطلقة (تعني في اللغة: كلّ موجود) وتفيد بحسب نيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة الإطلاق (الـموجود الذي يقع الـمتعاقدان في غلط حوله هو الثّمن والـمثمن).

الجهل الذي محلّه – حسب تسمية الفقه الغربي الـمعاصر[133] – تعيين الثّمن أو تعيين السّكّة.

36. — ممّا سبق يمكن القول إنّ التّعبير الـمباشر يسلم أنّ الصّورة الأولى للفصل 45 هي صورة حكم يجانب الواقع سببه عدم علم بأنّ ما عيّنّاه هو شيء "عادي" ما، وفي الوقت نفسه عدم علم بأن ما عيّنّاه هو ليس الشّيء "العادي" الذي أردناه. كما أنّ التّعبير الـمباشر يمكّن من القول إنّ تلك الصّورة لذلك الفصل هي أيضا لحكم يجانب الواقع سببه عدم علم بأن ما عيّنّاه ثمن أو سكّة ما وفي نفس الوقت عدم علم بأن ما عيّنّاه ليس الثّمن أو السّكة التي أردناها[134].

– ولو أسميناه، كما جاء بالنّص نفسه، "معقودا (عليه)"، فـ: "معقود" لفظة مطلقة (فيها الـمثمون والثمن)، وهي تفيد بحسب نيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة الإطلاق.

– إنّ مسألة الإطلاق تهمّ لا فقط صورة الفصل 45 الأولى بل ونظريّا الثّانية والثّالثة. لكن – ولأنّ الثّمن لا يتحدّث عنه إلاّ مع الذّات (انظر ما سيرد في الـمتن حول الإشارة إلى الزّرقاني) – لن نثير هذه الـمسألة إلاّ هنا. ويمكن أن نزيد فنقول إنّ نقود اليوم لا يتحدّث في إطارها الفقه (مثلا الفرنسيّ منه) إلاّ عن الذّات. فإذا كان هذا الحديث يعني أنّه لا وجود لنوع أو لوصف للنّقود، فإنّ النّتيجة ستكون متمثّلة فيما يلي: عبارة الفصل 45 الواردة في مرتبة أولى (ذات الـمعقود عليه) تهمّ الـمثمون والثّمن/ العبارة نفسها، وحين وردت في مرتبة ثانية وثالثة (نوعــه – وصفــه)، تهمّ الـمثمون دون الثّمن.

[133] انظر إلى من يوردون صورتين: صورة الذي يظنّ أنّ الثّمن هو 1450 فرنك، والحال أنّه 14500 فرنك؛ وصورة الذي يظنّ أنّ الثّمن هو 5000 فرنك قديم، والحال أنّه 5000 فرنك جديد.

"تيري" (فرانسوا) و"سيملر" (فيليب) و"لوكيت" (إيف)، القانون الـمدني. الالتزامات، باريس، دالوز، ط 11، 2013، الفقرة عدد 212.

TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11e éd, 2013, n° 212.

انظر أيضا إلى:

"ڤيستان" (جاك)، مؤلف في القانون الـمدني. تكوين العقد، باريس، الـمكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، ط 3، 1993، الفقرة عدد 495.

GHESTIN (Jacques), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 3e éd, 1993, n° 495.

ملاحظة: وضع الفرنك الجديد بمقتضى مرسوم 27 ديسمبر1958 ليعمل به بداية من 1 جانفي 1960، وقيمته تساوي 100 فرنك قديم: "تيري" (فرانسوا) و"سيملر" (فيليب) و"لوكيت" (إيف)، م س، الفقرة عدد 1233.

[134] ينبغي أن ننبّه هنا إلى أنّ هنالك اختلافا بين "الغلط في الثّمن" و"الغلط في القيمة". ففي هذا اتّفق الأطراف على الثّمن، لكنّ أحدهم ينازع فيما بعد هذا الثّمن بحجّة أنّه لا يتناسب والقيمة الاقتصاديّة الحقيقيّة للشّيء أو للخدمة الـمسداة. انظر حول الغلط في القيمة ما سيأتي في الفقرة عدد 243 وما بعدها.

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

فأمّا الصّنف الأوّل – وسنأخذ هنا مثال الثّمن، وهو يغني عن غيره – فمن صوره أن نستخرج تعبيرا اقتنعنا بأنّه يحمل نيّتي الطّرفين معا على أنّ الثّمن دينار[135]، لكنّنا نجد كتب العقد ينصّ على ثمن آخر (هنا وقع الطّرفان في الغلط).

وأمّا الصّنف الثّاني – وسنبقى مع تعيين الثّمن – فمثاله أن نستخرج تعبيرا اقتنعنا بأنّه يحمل إرادة الطّرفين: [أ] و [ب]. ومفاد هذا التّعبير، أنّ [أ] أراد دينارا و [ب] دينارين. فهنا ينقسم الأمر إلى حالتين: أولاهما أنّ كتب العقد نصّ على دينار (هنا وقع [ب] في الغلط) أو نصّ على دينارين (هنا وقع [أ] في الغلط)[136]؛ وثانيتهما أنّ كتب العقد نصّ على ثمن ليس الدّينار ولا الدّينارين (هنا وقع [أ] و [ب] في الغلط).

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

بل لعلّه يمكن الاستغناء عن التّعبير غير الـمباشر بالتّعبير الـمباشر. وفعلا جاء، بآخر الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع، حديثٌ عن غلط في اسم الشّيء ونيّات الأطراف قد اتّفقت. كما جاء حديث عن غلط في أوصاف الشّيء

وينبغي التّنبيه أيضا إلى أنّ "الغلط في الثّمن" مختلف عن "الغلط في الحساب". انظر: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" م س، عدد 212. وانظر حول الغلط في الحساب ما سيأتي في الفقرة عدد 111 وما بعدها.

[135] مثلا بين الطّرفين معاملات سابقة بدينار.

[136] تحدث "ڤيستان"عن الصنف الأوّل وقال إنّه غلط يرتكبه الطّرفان وذلك حين تلتقي إرادتهما على عقّار (هو أخذ مثال الشّيء "العادي") لكنّهما يعيّنان آخر. كما تحدّث عن الحالة الأولى من الصّنف الثّاني وقال عنها إنّها لغلط يرتكبه طرف فقط، وذلك حين تذهب كلّ إرادة إلى عقّار مختلف عن ذلك الذي ذهبت إليه الأخرى (م س، عدد 495).

والأطراف متّفقون على الشّيء. وقد يقال إنّ هذه الصّورة (وربّما أيضا سابقتها) لا علاقة لها بما جاء في مرتبة أولى بالفصل 45 أو بما جاء في بداية الحاشية الجانبية للفصل 50 الـمذكور. ويمكن أن نردّ بالنّسبة إلى صورة الاسم أنّه أشير فيما يخصّها إلى الزّرقاني[137] في مكان تحدّث فيه عن الحالتين اللتين وجدناهما عند قراءة ابن عاصم والتّسولي والتّاودي[138]، هذه القراءة التي تمّت في إطار التّعبير الـمباشر عن قصد الـمشرّع ممّا جاء في الـمرتبة الأولى بالفصل 45 أو ببداية الحاشية الجانبيّة[139].

---

[137] وبالتحديد إلى: ج 5، ص 153.

[138] انظر الفقرة عدد 33.

[139] ينبغي أن نضيف للمتن أنّ عبارة الفصل 45 مطلقة وتشمل الصّنفين، لكن هنالك قرينة تصرف هذا الـمطلق إلى الخصوص وهي نيّة الـمشرّع الـمتوصّل إليها بواسطة التّخمين ونيّته الـمتوصّل إليها من الوجه الـمباشر.

بعبارة أخرى: هنالك أصل العمليّة، أي ما سنعتبر وبواسطة التّأويل أنّه قصد حقّا من الأطراف (طبعا تحمله عبارة لأنّ القصد يخفى ولا يعرف إلّا بغيره وهو العبارة عنه)، وهنالك عبارة عن العمليّة (مخالفة للعبارة السابقة) (للتّبسيط سنسمّي الأصل أصلا والعبارة الـمخالفة عبارة):

الصّورة الأولى: لنفرض أنّ الأصل نجد به: إيجاب (أراد البيع بدينار) = قبول (أراد الشّراء بدينار) / والعبارة نجد بها (ما ليس 1 د) [= إيجاب (أراد البيع بما ليس دينارا) = قبول (ما ليس 1 د)].

من الـمعلوم أنّ الإبطال يهمّ الأصل، وهنا الأصل ليس مختلا (تطابق الإيجاب مع القبول). أمّا العبارة فنعمل عليها الفصل 515 من مجلّة الالتزامات والعقود (لا نأخذ بما هو موجود بها لأنّه ظاهر لفظ). وما ورد للتّوّ له تأثير على فهم الفصل 47 من مجلّة الالتزامات والعقود. فهذا اعتبر النّص – كما سنرى ذلك لاحقا (الفقرة عدد 111 وما بعدها) – أنّ الأصل غير مختلّ وبالتّحديد اعتبر أنّ هنالك التقاءً للإرادات حول النّتيجة الصّحيحة (إذن قرينة، والقرينة قد تطابق الواقع وقد تخالفه: انظر ما سيأتي حول القانون الالـماني إبّان تناول الغلط في الحساب في الفقرة عدد 111 وما بعدها). ثمّ إنّ النّص أخذ بعد ذلك بحلّ الفصل 515: العبرة بالـمقصود (والـمقصود افترضه الفصل 47)، لا بظاهر اللفظ (ظاهر اللفظ سيكون بدوره مفترضا، أي أنّ الافتراض الأوّل يتبعه افتراض ثان وهو أنّ ما لم يرد أي ما هو ظاهر لفظ هو الـمحصّلة الخاطئة).

الصّورة الثّانية: لنفرض أنّ الأصل نجد به: إيجاب (أراد البيع بدينارين) ≠ قبول (1 د) / العبارة نجد بها: إمّا: 1 د أو 2 د، وإمّا: ما ليس 1 د ولا 2 د. فهنا وبعد أن تمّ تحديد ما الذي يمثّل أصلا (أي بعد أن عددنا العبارة التي معناها "إيجاب (أراد البيع بدينارين) / قبول (1 د)" هي التي تحمل القصد)، ينجرّ عن هذا التّحديد أن يقال بعدم التقاء الإرادات، أي ينجرّ إبطال للأصل.

وإنّ الفصل 45 لمطلق ولكن ثمّ قرينة مقيّدة (نيّة غير مباشرة ومباشرة) تصرفه إلى الصّورة الثّانية.

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

وتنبغي العودة إلى الصّورة الأولى (وإلى مثيلاتها ممّا سيأتي من صور تطابق الإيجاب مع القبول حول أمر رُئِيَ أنّه هو الـمقصود ومجيء العبارة بما يخالف ذلك الأمر. وينبغي أن نضيف الغلط في

الحساب حين نحلّله كما سيأتي لاحقا على أنّ ما قُصِد وما تمّ التّفكير فيه هو الـمحصّلة الصّحيحة. لكن العبارة جاءت فيها الـمحصّلة خاطئة) للقول:

– هنا ثمّ حكم؛ أي ثمّ تفكير.

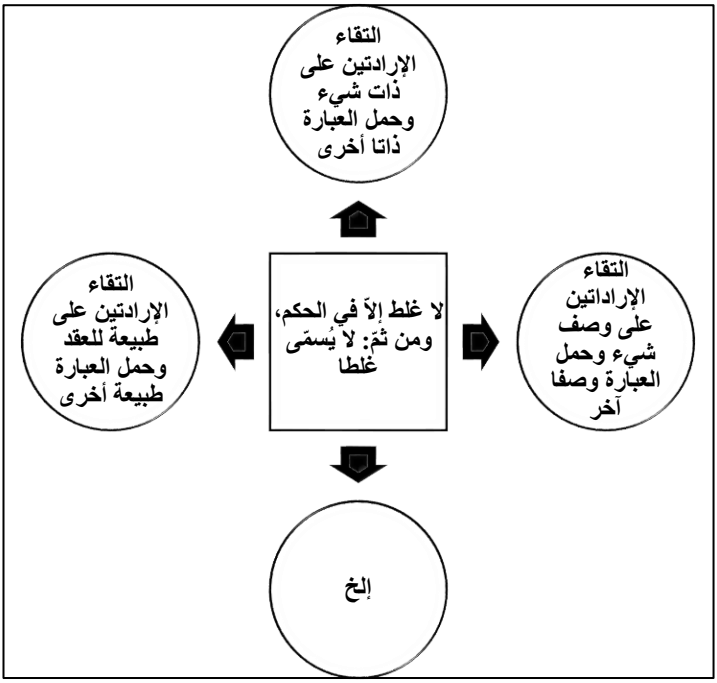
– لكن حصل خلل، إذِ العبارة لم تحمل ذلك التّفكير (حملت تفكيرا آخر).

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

بعبارة مختلفة، ثمّ أربع فروض:

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

وإنّ هذا الرّدّ سيعيننا على الآخر الذي يهمّ صورة الوصف. فهنا حصلت إشارة إلى الـمادّة 65 من الـمجلّة العثمانيّة[140]. وفي شرح هذه جاء مثال[141] لا يختلف في



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

شيء عن ذلك الذي اعترضنا في إطار التّعبير الـمباشر الـمرتبط بصورة الذّات سوى أنّنا وفي هذا الإطار كنّا أمام مثال الياقوتة –وهو أمر لا يدرك بالـمشاهدة، ولذلك يؤخذ بهذا الغلط – وفي صورة الوصف نحن أمام لون وهو يدرك بالـمشاهدة، ولذا عُدّ الواصف قد لغا، وأُخِذ بإشارته، ممّا يؤدّي إلى التقاء نيّته بنيّة عارض الشّيء، ومن ثمّ إلى صحّة العقد. وعلى هذا يمكن القول – وهذا سيعترضنا فيما بعد في إطار عمليّة الحكم – إنّ الصّورتين الواردتين في مرتبة أخيرة بالحاشية الجانبيّة هما للذّات. لكنّهما، خلافا للصّورة الأولى لهذه الحاشية ومن ثمّ خلافا للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع وللفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود، لا يوجب الغلط فيهما فسخا.

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

39. — ▲ فأمّا الغلط في طبيعة العقد، فلم يكن موجودا في نصّ الـمشروع الذي يقابل الفصل 45[142]. ثمّ وجد في نصّ الـمشروع الـمرَاجَع وذلك مع الذّات والنّوع والوصف[143]. ثمّ عاد إلى عدم الوجود في الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود[144]. ويمكن، انطلاقا من الـمراجع الـمستعملة في الـمشروع الـمرَاجَع مع

---

[141] "لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في الـمجلس وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صحّ البيع ولغا وصف الأدهم ": حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 64.

[142] وهو الفصل 37.

[143] الفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع.

[144] ملاحظة 1: قد يختلف نص الـمشروع (مثلا الفصل 37 لم يحو طبيعة العقد) عن نص الـمشروع الـمرَاجَع (الفصل 50 هو الفصل 37 السّابق ومعه طبيعة العقد). ويمكن القول انطلاقا من الـمقدّمة التي كتبها "سانتيلانا" أنّ التّغيير سببه ملاحظات فرع اللجنة (sous-commission) الذي فحص الـمشروع).

وقد يختلف نص الـمشروع الـمرَاجع (الفصل 50 مثلا) عن نص مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 45 ليس فيه طبيعة العقد).

الفصل 3 ومع فصول البطلان، القول إنّ أصحاب اللجنة يرون التقاء الارادات ركنا أساسيّا من أركان العقد. فإذا استحضرنا أن بالإمكان تحليل صور الغلط في الذّات والغلط في طبيعة العقد على أنّهما نوعان داخل جنس هو عدم التقاء الإرادات[145]، أمكن القول إنّه وفي الـمشروع أخرِجَت من الجنس الذي يحكمه نصّ الأركان صورة الذّات ووضعت في الفصل 37 ليكون لها حكم مختلف عن مجانساتها؛ ثمّ في الـمشروع الـمرَاجَع، زيد على ذلك بأن ألحق الغلط في طبيعة العقد بالغلط في الذّات؛ أخيرا، وفي مجلّة الالتزامات والعقود، تمّت العودة إلى الحلّ الـموجود بالـمشروع[146].

40. — ▲ ولعلّ ما سبق، يمكّن من القول إنّ وضع الغلط في وجود السّبب كان مختلفا. فهذا الغلط ظلّ دائما في نفس الـمكان (سواء في الـمشروع أو في الـمشروع الـمرَاجَع أو في مجلّة الالتزامات والعقود) وهو من جهة النّص الذي يعدّد الأركان ومن جهة أخرى النّص الذي يتحدّث عن وجود السّبب[147].

وسنحاول أن نشير إلى هذه الاختلافات لكي يتبيّن أنّ تغيير الـمشروع وخاصّة تغيير الـمشروع الـمرَاجَع لم يكن دائما من أجل وضع حلّ من الفقه الإسلامي.

ملاحظة 2: بنية الغلط في طبيعة العقد مطابقة لبنية الغلط في الذّات، أي أنّنا نجد:

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

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

[145] انظر مثلا إلى: "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343) اللذان يتحدّثان عن صور لعدم تطابق الإيجاب مع القبول، ومن هذه الصّور صورتان للغلط.

[146] انظر ما سيرد في هامش من الفقرة عدد 283.

[147] تحدّث الـمشروع والـمشروع الـمرَاجَع عن غياب السّبب فقط، ولم يتحدّثا عن "السّبب الخاطئ" – وهذا ما فعلته الصّياغة العربيّة والفرنسيّة لمجلّة الالتزامات والعقود. لكنّنا نعلم أنّ "الالتزام على سبب خاطئ هو أيضا التزام بدون سبب، لكن مرئيّا من خلال نفسيّة الـمدين" ("كاربونيي"، م س، عدد 58). لذا يمكن القول إنّ إضافة "السّبب الخاطئ" ليس فيها زيادة معنى جديد (فقط سيصير الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود مساويا للفصل 1131 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة مبنى ومعنى، والحال أنّه ودون هذه الإضافة لكلمة "سبب خاطئ" مساو له في الـمعنى فحسب).

41. — وينبغي، ونحن نتحدّث عن الغلط في وجود السّبب[148]، أن نشير إلى صورة قريبة منه هي الغلط في وصف السّبب. هذه الصّورة غير منطوق بها في مجلّة

[148] علينا أن نشير هنا إلى أنّ تسمية هذه الصّورة بالغلط في وجود السّبب مأخوذ من الفقه الفرنسي الذي استعمل من قبل اللجنة (انظر مثلا إلى "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرر). كما علينا أن نشير إلى أنّ هذا الفقه يقول إنّ هذا الغلط محكوم بالفصل 1131 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. وأخيرا علينا أن نشير إلى أنّه يقدّم في إطاره مثالين هما:
مثال الوارث الذي يلتزم بتنفيذ وصيّة كان الـموصي قد ألغاها دون علمه بهذا الإلغاء.
ومثال من يقتسمون ميراثهم مع من ليس له وصف الوارث (ملاحظة: لم يعد – لو قُبل هذا – ثمّ فرق بين الفصل 67 والفصل 46 من مجلّة الالتزامات والعقود أو بين الفصل 1131 والفصل 1110 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة في فقرته الثّانية).
وإن الإشارات السّابقة لواجبة الإتمام بواحدة أخرى مفادها أنّ الغلط في وجود السّبب قد يرد في إطار عمل قانوني (يمكن أن نضيف للمثالين السّابقين مثال من يعد بدفع دين لا وجود له، إلخ). وهنا نجد أنفسنا أمام الفصول 2 و325 و67.
كما أنّ ذلك الغلط يمكن أن يحدث في إطار واقعة قانونية، وقد تأتي هذه كأثر لعمل قانوني (لو أخذنا الأمثلة السّابقة: بعد أن وعد الوارث، دفع – بعد القسمة، مُكّنُ غير الوارث من مناب – بعد الوعد بالدّفع، دفع فعلا) وقد تأتي الواقعة لوحدها (ظنّ أنه مدين فدفع)، وهنا نجد أنفسنا أمام أحكام آثار البطلان وأحكام الفصل 73 (انظر إلى "أوبري"و"رو"، م س، الفقرة 442، وهي مكان مشار إليه تحت الفصل 78 من الـمشروع الـمراجع. ويقول هذان الفقيهان الفرنسيّان: هنالك دفع لما لا يلزم لا فقط حين يكون الالتزام الذي تمّ تنفيذه غير موجود، بل وأيضا حين يكون ذلك الالتزام أساسه سند باطل أو قابل للإبطال، إلخ) أو أمام هذه الأحكام لوحدها.
إذن: الغلط في وجود السّبب قد يولّد:
واقعة قانونية (ظنّ أنّه مدين، فدفع).
أو عملا قانونيا (ظنّ أنّه مدين، فوعد بالدّفع أو أقرّ بالدّين).
ويحكم الصّورتين نظام يؤدّي إلى نتائج متشابهة.
انظر حول الإطار الذي يرد فيه الغلط:
"لوسوارن". وضعية غلط القائم بالدّفع في استرداد ما دفع وهو غير مستحق، الـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1949, ص 212.
LOUSSOUARN (Y), « La condition d'erreur du *solvens* dans la répétition de l'indu », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, p. 212.
"ڤيستان" (ج)، غلط القائم بالدّفع شرط لاسترداد غير الـمستحقّ، دالوز 1972، ص 277.
GHESTIN (J), « L'erreur du *solven,* condition de la répétition de l'indu », *Dalloz*, 1972, chronique, p. 277.

الالتزامات والعقود[149]، وهي مثل سابقتها مادّة[150]، لكنّها مختلفة عن هذه السّابقة جزاءً.

42. — بعبارة أخرى – إذا جعلنا الحديث يشمل كلّ ما سبق من صور – وضعت مجلّة الالتزامات والعقود وفق معيار الجزاء "الطّبيعة" و"وجود السّبب" في

---

[149] أخذ الاسم هنا أيضا من "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343 مكرر). ولقد قالا إنّ هذا الغلط محكوم بالفصول 1109 و1117 و1304 و1338 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. كما قدّما له مثال من يعد، عن طريق تجديد الالتزام، بدفع دين طبيعي كان يظنّ خطأ أنّه نافذ مدنيّا.

وعلينا أن نلاحظ أنّ الغلط السّابق جاء في إطار عمل قانوني. لكن يمكن أن يرد في إطار واقعة (دفع الدّين). فأمّا الصّورة الأولى فيمكن أن نصل إلى حكمها بعد القياس على الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود. ولعلّه يمكن الوصول إليه من خلال نيّة الـمشرع الـمستخلصة من وجه مباشر. فكما تقدّم جاءت هذه الصّورة عند فقه استعمل تحت الفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع. والحكم الـمتحدّث عنه يتمثّل في البطلان النّسبي.

وأمّا الصّورة الثّانية، فحكمها موجود بالفصل 78 من مجلّة الالتزامات والعقود (لكن في الصّورة الثّانية الدّافع يظلّ دافعا لأنّه لا يستردّ، أمّا في الصّورة الأولى فالواعد سيبطل الوعد وإذن لن يكون دافعا. ولعلّ هذا قد يدعو البعض إلى محاولة الوصول إلى حلّ آخر بالنّسبة إلى الصّورة الأولى. لكن الواجب هنا أن يعمد إلى قواعد تأويليّة أخرى مثل تلك التي تطلب اتّباع مقتضى الاتّساق).

وهكذا فالغلط في وصف السّبب قد يولّد:

واقعة قانونيّة (ظنّ أنّه مدين مدنيّا فدفع).

أو عملا قانونيّا (ظنّ أنّه مدين مدنيّا فوعد بالدّفع أو أقرّ بالدّين).

انظر إلى الـمراجع الفقهيّة الـمستعملة تحت الفصل 78 من الـمشروع الـمرَاجع لتجد أنّ الصّورة التي أسميناها الثّانية قد تمّ الحديث عنها في إطار عنوان شبه العقد أي في إطار الواقعة القانونيّة ("أوبري" و"رو"، م س الفقرة 441 و442؛ "لوران "، م س، ج 20، عدد 354. لكن انظر "توليي"، القانون الـمدني الفرنسي وفق ترتيب الـمجلّة، باريس، مكتبة الـمحكمة الـملكيّة، ط 3، 1821–1834، ج 6، عدد 75.

TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Paris, Librairie de la cour royale, 3e édition 1821, 1834, T. 6, n° 75.

وكلام "توليي" جاء في إطار العمل القانوني، إلّا أنّه بمثابة ذكر الشّيء بالشّيء. وفعلا قال "توليي" إنّ الغلط في القانون مقبول في العمل القانوني، ثمّ أضاف – وهنا نصل إلى الفقرة عدد 75 الـمشار إليها أعلاه – إنّ هذا مبدأ نجده أيضا في دفع ما لا يلزم (أشير أيضا إلى هذا الفقيه في مكان آخر: ج 7، الفقرة عدد 391 حيث تحدّث عن دفع دين سقط بالـمقاصّة دون العلم بذلك وعن مسألة الاسترداد.

انظر أيضا إلى الـمراجع الأخرى، وانظر إلى الحاشية الجانبيّة لتجد فيها أمثلة من الفقه الإسلامي تهمّ الصّورة الثّانية.

[150] إن نُظر إلى السّبب، ففي الصّورتين السّبب قريب. انظر حول السّبب القريب: الفقرة عدد 149 وما بعدها.

صنف[151]، و"الذّات" و"وصف السّبب" في صنف آخر[152]. بهذا ابتعدت عن الفقه الفرنسي الذي نجده مشارا إليه في أعمالها التّحضيريّة. فهذا الفقه يضع وفق معيار الجزاء "الذّات" "والطّبيعة" في صنف (ويسمّيهما، لكونه يدخلهما في باب عدم تطابق الإيجاب مع القبول، صور "سوء التّفاهم"[153]) ويلحق بهما "وجود السّبب". لكنّه يضع "وصف السّبب" في صنف آخر[154].

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

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

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

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

45. — وأوّل لفظ هو النّوع. وإنّ الـمعجم وما هو راجح أنّه إرادة الـمشرّع ليحيلان فيما يخصّه على مادّة. وهذا ما سيجعلنا وبعد إيراد الـمحيل، نذهب إلى الـمحال عليه:

46. — فإذا بدأنا بلفظة النّوع، وجدنا في معجم أوّل أنّها الضّرب من الشّيء وأنّ لها معنى خاصّا في علم الـمنطق[155]. كما وجدنا في معجم آخر أنّها "الصّنف من كلّ شيء [...] وفي اصطلاح الـمناطقة كلّي مقول على واحد أو على كثيرين متّفقين

---

[151] صنف البطلان الـمطلق كما سنرى ذلك في الجزء الثّاني.

[152] هو صنف البطلان النّسبي لأنّنا سنرى في الجزء الثّاني أنّ هذا هو معنى عبارة "الفسخ" الواردة بالفصل 45.

[153] والعبارة لـ"أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343).

[154] انظر إلى "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343 مكرر).

[155] ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 364.

في الحقائق"[156]. والسّؤال: ما الضّرب وما الصّنف؟ ثمّ وعلى مستوى الاصطلاح الـمنطقي ما الكلّي وما الواحد وما الكثيرون وما الحقائق التي يتّفقون عليها؟

فإذا مررنا إلى اللفظة الـمقابلة للنّوع في الصّياغة الفرنسيّة، وجدناها تفيد: "الطّبيعة الخاصّة بمجموعة من الأشخاص أو الأشياء والتي تسمح باعتبارهم منتمين إلى صنف مميّز"[157]. وهنا أيضا يطرح السّؤال: ما الطّبيعة الخاصّة وما الصّنف الـمميّز؟

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

فهنا أيضا لدينا عمليّة تفسير. وهنا أيضا انطلقنا من مبنى (لفظ أو ألفاظ) ووصلنا إلى معنى هو بدوره مبنى (لفظ أو ألفاظ وإن كان في هذا اللفظ أو الألفاظ اختلاف مع ما انطلقنا منه). ثمّ هنا أيضا ما وصلنا إليه ليس أوضح من الذي انطلقنا منه. فإذا تأمّلنا هذا الذي وصلنا إليه، أمكن تبيّن سبب كونه ليس أوضح من الـمبنى الـمنطلق منه. فالنّوع في معناه اللغوي العامّ كما سبق هو الضّرب والصّنف. والضّرب في معناه اللغوي هو النّوع. كما أنّ الصّنف في معناه اللغوي هو النّوع[158]. وهكذا فنقطة الوصول هي نقطة الانطلاق، ممّا يعني أنّه لم يحصل تقدّم في عمليّة الفهم والتّفسير. لكن جاء في الـمعاجم العربيّة معنى قيل إنّه منطقيّ. وإنّه سيظهر لنا لاحقا تأثّر الـمشرّع وأخذه بالـمنطق في الفصل 45. وعلى هذا ينبغي الوقوف عند هذا الـمعنى الـمنطقي لأنّ الرّاجح أنّه هو الـمراد للفظة النّوع. لكنّ هذا الوقوف يجعلنا نقول إنّ الـمعنى الـمتوصّل إليه ليس أوضح من الـمنطلق منه. والسّبب أنّنا أمام معنى عرفيّ خاصّ، وبالتّدقيق أمام معنى ليس مردّه العرف عند أهل القانون بل عند الـمناطقة. لذا ينبغي (من أجل إنجاح عمليّة التّفسير بجعل الـمتوصّل إليه أوضح من الـمنطلق منه) أن نذهب إلى مادّة الـمنطق لنستخرج ما جاء فيها حول النّوع.

---

[156] مجمع اللغة العربيّة، الـمعجم الوسيط، مصر، مكتبة الشّروق الدّوليّة، ط 4، 1425 هـ/ 2004 م، ص 964.

[157] "معجم روبار الصّغير 1"، تحت عبارة: Espèce.

[158] الـمعجم العربيّ الحديث.

47. — كما ينبغي أن نأخذ نماذج، وأن تكون هذه النّماذج من كتابات منطقيّة عربيّة إسلاميّة وغربيّة. فأمّا النّموذج العربي الإسلامي فاخترناه من الغزالي[159]، ومن ابن تيمية[160]. وأمّا الغربي فاخترناه من "لالاند"[161]، ومن "هايدغر"[162].

48. — فإذا بدأنا بالكتابات العربيّة الإسلاميّة، وجدناها تتحدّث عن الـماهية: وهي ما دلّ عليه اللفظ بالـمطابقة (كقولك: الإنسان)؛ وتتحدّث عن جزئها الدّاخل فيها: وهي ما دلّ عليه اللفظ بالتّضمّن (كقولك فيما يخصّ الإنسان: حيوان فقط أو ناطق فقط)؛ وتتحدّث عن اللازم الخارج عنها: وهو ما دلّ عليه اللفظ بالالتزام، وهذا ينقسم إلى قسمين: لازم وجود الـماهية دون حقيقتها (الظّلّ والحدوث للآدمي) ولازم الـماهية (الزّوجيّة للسّتّة والفرديّة للثّلاثة)؛ أخيرا تتحدّث

---

[159] لأنّه كتب في هذا الأمر في مؤلّف خاص بالـمنطق (معيار العلم في الـمنطق، شرح أحمد شمس الدّين، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1990 م) وكذلك في مؤلف له ارتباط بالقانون (الـمستصفى من علم الأصول، بيروت، دار الفكر، د ت).

[160] وسبب اختيار ابن تيمية أنّ كتابه مؤلّف نقدي للمنطق (الرّدّ على الـمنطقيّين، بيروت، دار الفكر اللبناني، ط 1، 1993)، وهذا سيصلح لنا في عمليّة الحكم التي سنأتي بها مباشرة بعد عمليّة العرض.
وينبغي أن نشير إلى أنّ إحسان عبّاس (وهو محقق كتاب ابن حزم: التّقريب لعلم الـمنطق والـمدخل إليه بالألفاظ العامّيّة والأمثلة الفقهيّة، بيروت، منشورات مكتبة الحياة) قسّم الـمفكّرين الـمسلمين إلى فريقين (انظر صفحة: ل): فريق انتصر للمنطق الأرسطوطاليسي (ابن حزم، الرّازي، الغزالي)، وفريق حاول الاستقلال عنه (النّاشئ، النّوبختي، الباقلاني، ابن تيمية). ويقول إحسان عبّاس: "ومن الطّريف أن يقارن الـمرء بين اثنين متقاربين في الـمذهب العقائدي تقاربا شديدا مثل ابن حزم وابن تيمية وهما يقفان على طرفين متباعدين في النّظر إلى الـمنطق".

[161] لأنّه معجم في اصطلاحات الفلسفة والـمنطق.
"لالاند" (أندري)، معجم تقني ونقدي للفلسفة، باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 3 ، 1993.
LALANDE (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 3e éd, 1993.

[162] لأنّ له كتابا خاصّا بالشّيء:
"هايدغر" (مارتان)، ما الشّيء؟، ترجمه من الالـمانيّة إلى الفرنسيّة: "جون ريبول" و"جاك تامينو"، باريس، غاليمار، 1971.
Heidegger (Martin), *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Traduit de l'allemand par : Jean Reboul et Jacques Terminaux, Paris, Gallimard, 1971.
وعلينا أن نشير إلى أنّنا وعلى الـمستوى النّقدي للمنطق سنستعمل من الغرب ما سنجده داخل "لالاند"، ولكنّنا سنذهب أيضا إلى أحد أهمّ ناقدي الـمنطق في الفكر الغربي وهو "نيتشه".

الكتابات العربيّة الإسلاميّة – إلى جانب ما ورد للتّوّ وهو العرضي اللازم – عن عرضي عارض[163].

على هذا، هنالك الـماهية، وهنالك الوصف الذّاتي، وهنالك الوصف العرضي، وهذا لازم وعارض[164].

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

---

[163] انظر ابن تيميّة، م س، ج 1، ص 82 و83. قارن مع ما جاء في كتاب الـمبين في شرح ألفاظ الحكماء والـمتكلّمين لسيف الدّين الآمدي: "وأمّا دلالة الـمطابقة فعبارة عن دلالة اللفظ على ما وضع له؛ كدلالة الإنسان على الحيوان النّاطق، ونحوه. وأمّا دلالة التّضمّن فعبارة عن دلالة اللفظ عل جزء موضوعه؛ كدلالة الإنسان على الحيوان وحده أو على النّاطق وحده. وأمّا دلالة الالتزام فعبارة عن دلالة اللفظ على ما هو خارج عن معناه بواسطة انتقال الذّهن من مدلول اللفظ إلى الأمر الخارج؛ كدلالة لفظ الإنسان على الكاتب أو الضّاحك أو نحوه". انظره عند: الأعسم (عبد الأمير)، الـمصطلح الفلسفي عند العرب، القاهرة، الهيئة الـمصريّة العامّة للكتب، 1989، ص 314 وما بعدها.

[164] سنصل إلى الكتابات الـمنطقيّة الغربيّة لاحقا. لكن ينبغي أن نقول من الآن أنّ "ميل" يتحدّث عن قسمين لما يقبل الحمل Les prédicables. القسم الأوّل نجد فيه *genus de la chose, Speci,* *differentia* والقسم الثّاني نجد فيه *proprium, accidens* . فحيوان هو جنس للإنسان أو لشخص معيّن (صالح مثلا). وحيوان هو نوع للكائن. وما يفصل بين من ينتمون إلى الجنس نفسه يسمّى *differentia* (عاقل تفصل الانسان عمّن يوجدون معه في الجنس نفسه). والقسم الثّاني لا ينتمي لجوهر الـموضوع. وقد قلنا إنّه يوجد فيه *proprium* وهو وصف لا ينتمي للجوهر ولكن ينتج ضرورة عن الجوهر ولا يفارقه (ناطق بالنّسبة إلى الإنسان). كما يوجد في القسم الثّاني *accidens* وهو كلّ وصف لا ينتمي إلى القسم الأوّل ولا ينجرّ عنه. ويقسّمه "ميل" إلى ما ينفصل وإلى ما لا ينفصل.

"ميل" (جون ستيوارت)، نظام منطق الاستدلال والاستقراء. عرض لمبادئ الحجّة ومناهج البحث العلمي، ترجمه من الإنجليزيّة إلى الفرنسيّة: "لويس بيس"، باريس، فيليكس ألكان، ط 3، 1889، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل السّابع، الفقرات: 2 و5 و7 و8.

Mill (John Stuart), *Logique déductive et inductive. Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique*, Traduit par Louis Peisse, Paris, Félix Alcan, 3e éd., 1889, Livre I, Chap. 7, § 2, 5, 7 et 8.

انظر أيضا: "بان" (ألكسندر)، الـمنطق الاستدلالي والاستقرائي، باريس، مكتبة جيرمير–باليير، 1875، ص 387.

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

الشّجريّة وكذا [...] لو قُدّر خروجها عن الذّهن لبطل فهم الشّجر"[165]. وهكذا فالذّاتي هو الذي "لا يرتفع في الوجود والوهم جميعا"[166]، و"هو الذي تتوقّف الحقيقة عليه"[167].

50. — وأمّا العرضي، فلازم وعارض:

واللازم، لازم الـماهية، وهو الذي "لا يمكن أن تعقل (الـماهية) موجودة دونه"[168]؛ ولازم وجود الـماهية، وهو الذي "يمكن أن تعقل الـماهية موجودة دونه"[169]. والقسم الثّاني من اللازم هو الذي عناه الغزالي حين قال إنّه: "لا يفارق الذّات البتّة ولكن فهم الحقيقة والـماهية غير موقوف عليه كوقوع الظّلّ لشخص الفرس والنّبات والشّجر عند طلوع الشّمس فإنّ هذا أمر لازم لا يتصوّر أن يفارق عند من يعبّر عن مجاري العادات باللزوم ويعتقده ولكنّه من توابع الذّات ولوازمه وليس بذاتي له وأعني به أنّ فهم حقيقته غير موقوف على فهم ذلك [...] إذ الغافل عن وقوع الظّلّ يفهم الفرس والنّبات [...] وإن لم يخطر بباله ذلك"[170]. على ما تقدّم، يكون لازم الـماهية هو ما لا يرتفع في الوجود ويمكن أن تبقى الـماهية مفهومة لو رفع في الوهم والتّقدير[171].

أخيرا يأتي العرضي العارض، وهو الذي يرتفع في الوجود والذّهن معا[172].

51. — ويمكن أن نحوصل ما سبق بالقول:

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

---

[165] الغزالي، م س (الـمستصفى)، ج 1، ص 13.

[166] الغزالي، م س (معيار العلم)، ص 66.

[167] ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82.

[168] ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82.

[169] ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82.

[170] الغزالي، م س (الـمستصفى)، ج 1، ص 13.

[171] الغزالي، م س (معيار العلم)، ص 66. وفي ص 68 نجد حديثا عن لازم ضروري وعن لازم وجودي.

[172] الغزالي، م س (معيار العلم)، ص 67. انظر الـمرجع نفسه بالنّسبة إلى تفاصيل أكثر وبالنّسبة إلى صعوبات يثيرها هذا التّقسيم وكيفيّة حلّها وغير ذلك من الـمسائل: ص 64 وما بعدها.

- إنّ الوصف اللاّزم للماهية لا يفارقها في العقل. ويمكن أن يُلاحظ هنا أنّ الذي لا يفارق في العقل لا يفارق في الوجود. وعليه يمكن القول إنّ الوصف اللاّزم للماهية لا يفارق الـماهية في الوجود أيضا. والـمثال الذي يعطى الزّوجيّة للعدد الزّوج والفرديّة للعدد الفرد[173].

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

- إنّ الوصف العارض للماهية يفارقها في العقل وفي الوجود جميعا. ومثاله السّواد أو البياض (وصف) للإنسان (ماهية)[174].

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

فأمّا الوصف الذّاتيّ العامّ، فيسمّى الجنس، ويجزّأ إلى جزأين: أوّلهما العامّ الذي لا أعمّ منه، وهو جنس الأجناس؛ وثانيهما العامّ الذي ثمّ ما أعمّ منه، وهو جنس بالإضافة إلى ما هو أعمّ منهم، ونوع - هنا نصل إلى عبارة الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود - بالإضافة إلى من هم أعمّ منه.

وأمّا الوصف الذّاتيّ الخاصّ، فيسمى النّوع - هنا أيضا نحن أمام لفظة الفصل 45 -، ويتفرّع بدوره إلى فرعين: يهمّ الفرع الأوّل الخاصّ الذي ثمّ ما أخصّ منه، وهو نوع بالإضافة إلى من هو أخصّ منهم، وجنس بالإضافة إلى من هم أخصّ منه؛ ويهمّ الفرع الثّاني الخاصّ الذي لا يوجد ما هو أخصّ منه، ويطلق عليه اسم نوع الأنواع أو النّوع الأخير، وهو الذي لا ينقسم بعد ذلك إلاّ بالشّخص أو بالعدد أو بالأوصاف غير الذّاتيّة[175].

---

[173] انظر هذا الـمثال عند: ابن تيمية، م س، ج 1، ص 88.

[174] انظر بالنّسبة إلى مثال البياض: الغزالي، م س (معيار العلم)، ص 66.

[175] الوصف الذّاتي إن اشترك فيه عدّة موصوفين سمّي بالإضافة إليهم جنسا، وإن تميّز به الـموصوف عن غيره ممّن يشاركه في الجنس سمّي فصلا (انظر: ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82 و83). فالحيوانيّة مثلا يشترك فيها الإنسان والفرس (إلخ) فهي بالإضافة إليهم جنسا، ولو أريد الحديث عن الإنسان لدعت الحاجة إلى زيادة فيقال هو عاقل أو ناطق ليحترز بها عمّا ليس بعاقل أو عمّا ليس بناطق، وهذا الاحتراز يسمّى فصلا لأنّه - وبواسطته - تمّ فصل الـموصوف عن غيره ممّا يشاركه في الجنس.

ويقول الـمناطقة إنّ الحدّ التّام الـمفيد لتصوّر الحقيقة والـماهية هو الجنس القريب[176]، ومعه الفصل[177]. كما يقولون إنّ "(الجنس) و (الفصل) عبارة عن الحقيقة نفسها تفصيلا، كقولك: شراب مسكر، وحيوان ناطق. و (النّوع) عبـارة عنها إجـمالا كقولك: إنسان[178] وفرس وجمل"[179].

يخلص من كلّ ما سبق أنّ لفظة النّوع في الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود تفيد الأوصاف الذّاتيّة، وهي عبارة عن الحقيقة والـماهية على وجه الإجمال. بل يمكن أن نضيف: من جهة أولى أنّ النّوع هو الجنس لأنّ نفس الأمر هو من زاوية نوع ومن أخرى جنس؛ ومن جهة ثانية أنّ النّوع هو الـماهية وذلك حين ننظر إلى الـمثال الـمعطى في إطار الـماهية وهو الإنسان.

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

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

---

[176] إنّ الإنسان مثلا هو حيوان، وجسم، إلخ. ورغم أنّ "الجسم" جنس للإنسان فإنّه لا يؤتى به في الحدّ لأنّه ثمّ ما هو أقرب منه وهو "الحيوان"، وهذا الأقرب هو الذي يستعمل في الحدّ، فيقال الإنسان حيوان.

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

[178] وجدنا في مرحلة أولى الإنسان ماهية. ووجدنا بعد ذلك الوصف الذّاتي نوعا. وها أنّنا نجد الآن الإنسان نوعا.

[179] الغزالي، م س (معيار العلم)، ص 73. انظر أيضا: الغزالي، م س (الـمستصفى)، ج 1، ص 12 وما بعدها؛ الرّازي (فخر الدّين محمّد بن عمر بن الحسين)، الـمحصول في علم أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الرّسالة، ط 2، 1412 هـ/1996 م، ج 1، ص 222 وما بعدها؛ السّيّد علي الحسيني السّيستاني، م س، ص 275.

ولقد جاء في باب النّوع أنّه: "القسم (أ) بوصفه معتبرا كمكوّن لامتداد قسم آخر (ب). – (ب) هو إذن الجنس الذي (أ) نوعه"[180].

أمّا باب الـماهية[181]، فقد جاءت به عدّة معان سنهتمّ بأوّلها لأنّه الباب الآخر للنّوع. لكنّنا سنتعرّض أيضا للمعنى الرّابع لكونه مساويا للأوّل. وحاصل الـمعنى الأوّل أنّ الـماهية: "ما هو دائم في الأشياء التي تتحوّل، بوصف هذا الدّائم كالـموصوف [...] الذي يتغيّر بواسطة التّعديل ويبقى هو نفسه، والذي يؤدّي وظيفة الرّكيزة الـمشتركة لأوصافه الـمتعاقبة [...] (و) الـماهية الأولى (هي) الكائن الفردي باعتباره بلا واسطة وبغاية الدّقة الـموصوف الذي نثبت له أو ننفي عنه أوصافا، والذي هو ليس بوصف لأيّ موصوف [...] (أمّا الـماهية الثّانية) فهي ما يمكن أن يكون بصفة ثانويّة موصوفا داخل قضيّة مثل الـمصطلحات العامّة: الإنسان، الفرس. لكن لا يمكن تسميتها ماهية إلاّ قياسا على (الـماهية الأولى) [...] (فهي) تقتبس هذا الدّور من الـماهية الأولى وتجسّدها بطريقة منقوصة [...] (ويمكن أن نضيف أنّه و) من بين الـماهيات الثّانية، يُعدّ النوع «أكثر ماهويّة» من الجنس"[182].

---

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

"لالاند" (أندري)، م س، تحت عبارة: Espèce.

(181) Substance

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

"أندري" (لالاند)، م س، تحت عبارة: Substance

انظر أيضا حول هذا الـمعنى للماهية: "ترابوز" ("إدوارد")، الـماهية في الـمجلّة الـمدنيّة، مجلّة البحث القانوني، 2006، العدد 3، ص 1275 وما بعدها.

أمّا معنى الـماهية الوارد في مرتبة رابعة فهو: "الـمادّة معرّفة كيميائيّا، أو على الأقلّ معتبرة من منظور الخصائص الفيزيائيّة الكيميائيّة التي تميّزها عن أجسام أخرى. «الـماهية التي يعرّفها الكيميائيّون الحديثون باسم الكربون والتي تظهر لنا في وضعين جدُّ مختلفين، وضع الـماس ووضع الفحم»"[183]. ويبدو – وهذا سنجد آثاره فيما بعد في القانون الغربي – أنّ معنى الـماهية هنا مرتبط بما ورد أعلاه في إطار الـماهية الثّانية. فمادّة الشّيء ينظر إليها لا في نفسها فحسب أي كخصائص بل على أنّها ما يميّزه عن أجسام أخرى، أي على أنّها – ولنستحضر هنا بالخصوص الـمعنى اللغوي الوارد سابقا لكلمة espèce (النّوع) – تدخله في صنف مميّز وبالتّدقيق على أنّها صنف[184]. ويؤيّد ما سبق ما جاء في "لالاند" من أنّ "غموض هذه العبارة (الـماهية) كان بعدُ هامّا عند أرسطو، ويظهر بجلاء في الصّيغة، الـمذكورة مرارا كثيرة، والتي يقول فيها إنّ (الـماهية) هي الـمادّة [...] والشّكل [...] وخليطهما"[185].

55. — والحاصل من "لالاند" ثلاثة أمور:

أوّلها أنّ الـماهية – ووُصفت بالأولى – هي الكائن الفردي. وهذا الـمعنى يهمّ الصّورة الأولى من صور الفصل 45. ولقد رأينا الحاشية الجانبيّة للمشروع الـمراجَع

TREPPOZ (Edouard), « La substance dans le code civil », R. R. J., 2006–3, p. 1275 et s.

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

"أندري" (لالاند)، م س، تحت عبارة: Substance

(184) انظر إلى الفقرة عدد 146.

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

"أندري" (لالاند)، م س، تحت عبارة: Substance

وانظر إلى الفرق بين الجنس والـمادّة والفصل والصّورة عند: السّيّد علي الحسيني السّيستاني، م س، ص277 وما بعدها.

تسمّيها أيضا ماهية[186]، كما رأيناها تتمثّل في أن يكون أمامنا شيء (كائن فردي على حدّ عبارة "لالاند") ونحن نعتبره شيئا آخر.

ثانيها أنّ باب الـماهية الثّانية هو باب النّوع، بل النّوع أكثر "ماهوية" من الجنس. ويمكن أن نزيد هنا بأن نستحضر ما جاء سابقا على لسان الغزالي والذي مفاده أنّ الجنس والفصل عبارة عن الحقيقة تفصيلا، والنّوع عبارة عنها إجمالا. وإنّه سيمكن لاحقا القول إنّ الـماهية التي وجدناها في السّابق عند الـمناطقة العرب والـمسلمين هي الـماهية الثّانية التي نجدها الآن عند الـمناطقة الغربيّين. كما سيمكن أن نضيف لما تقدّم أن بالإمكان إطلاق الاسم الأوّل[187] أو الثّاني على الصّورة الثّانية من الفصل 45.

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

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

57. — فإذا مررنا الآن إلى "هايدغر"[188]، وجدناه ينطلق من سؤال: ما الشّيء؟ ويقول إن بالإمكان أن يطرح بالنّظر إلى إطار الشّيء وهو الزّمان والـمكان[189]. لكنّه يضيف أن بالإمكان أن يوجّه العمل حول السّؤال نحو اتّجاه آخر هو نسيج

---

[186] جاء فيها ما يلي: "غلط في ماهية (ذات) أو هُويّة الـموضوع الـمتعاقد عليه".
"Erreur sur la substance (*dhât*) ou identité de l'objet sur lequel on contracte".

[187] أسميت الصّورة الثّانية في الفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع: الـماهية substance
وأسميت الصّورة الأولى للفصل 50 في حاشيته الجانبيّة: ماهية substance
ولقد صار بإمكاننا القول إنّ الصّورتين مختلفتين. ومن يريد أن يبتعد عن الاسم الواحد سيستعمل للصّورة الأولى اسم الـماهية الأولى وللصّورة الثّانية اسم الـماهية الثّانية أو يستعمل اسمين مختلفين غير هذين.

[188] هايدغر، م س (ما الشّيء؟).

[189] هايدغر، م س، ص 26.

الشّيء أو الهيئة التي بُنيت عليها الأشياء[190]. وينبغي هنا أن نترك الكلمة لـ"هايدغر"[191]، وأن نكتفي بنقل ما قاله، ومفاده أنّه نظر إلى الأشياء وأراد أن يتقيّد بما رآه[192] فوجد أنّ ما تشترك فيه كلّها أنّها "دائما شيء له هذه الـميزات وتلك، ودائما شيء مكوّن بهذه الكيفيّة وتلك، هذا الشّيء يسكن [...] في هيئات وجود. وهو الدّائم الذي نرجع له دوما في عمليّة تثبيت الـميزات كما نرجع إلى ما هو نفسه. هكذا إذن هي الأشياء بعينها. ما الشّيء إذن؟ نواة يوجد حولها الكثير من الـميزات الـمتحوّلة، شيء له شيء آخر، شيء فوقه شيء آخر"[193]. ويورد "هايدغر" ما قاله "كانط" من أنّ "كلّ الظّواهر [أي كلّ الأشياء بالنّسبة إلينا] تحوي شيئا دائما (الـماهية) بوصفه الشّيء نفسه وشيئا متحوّلا بوصفه مجرّد تحديد لذلك الشّيء أي كيفيّة وجود له"[194]. ثمّ، وفي مكان بعيد وحين يتحدّث عن

---

[190] هايدغر، م س ، ص 42 وما بعدها.

[191] هايدغر، م س ، ص 42 إلى 45.

[192] أخذ حجرا فوجده صلبا وله لون رمادي وسطحه ليس ناعما، أمّا شكله فغير متّسق، وهو ثقيل، ويتركّب من هذه الـمادّة أو تلك.

ثمّ نظر إلى نبتة، فرأى لها جذرا وجذعا وأوراقا خضراء (إلخ).

ثمّ تأمّل حيوانا فوجد له عينين وأذنين، كما وجده يتنقّل من مكان إلى آخر، وله أعضاء يستعملها (إلخ).

وأخيرا أبصر ساعة فوجد بها تروس (Rouages) وزنبرك (Ressort) وميناء (Cadran).

[193] هايدغر، م س، ص 43.

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

[194] هايدغر، م س، ص 44 .

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

الزّمن في موضوع التّجربة (الطّبيعة)، يقول "هايدغر" إنّ هنالك دائما تحوّلا أي كيفيّة وجود تخلفها وتعقبها كيفيّة وجود أخرى لنفس الشّيء. كما يقول إنّ تحديد التّحوّلات، أي تحديد ما يحدث في الطّبيعة يفترض الدّوام لأنّ الدّائم فقط هو الذي يتحوّل (change)، أمّا الـمتحوّل فلا يخضع للتّحوّل بل للتّعديل (modification)[195]. ويخلص "هايدغر" إلى أنّه يمكن وضع التّحديد الأساسي لـ: "شيئيّة الشّيء"[196] تحت عنوانين موروثين شائعين معروفين جدّا:

1- ما يرقد (أو يسكن) في التّحت ce qui gît dessous	ما هو دائما متّصل به (مضموم له) بعدُ، ويظهر معه ce qui toujours y est joint est s'est présenté avec lui
2- الـماهية substance	العرض accident
3- الرّكيزة support	الـميزات propriétés
4- الـموضوع sujet	الـمحمول. prédicat [197]

"ما الشّيء إذن ؟ الجواب: الشّيء هو ركيزة دائمة لكثير من الـميزات الباقية فيه والـمتحوّلة فيه. وهذه الإجابة هي جدّ طبيعيّة حتّى أنّها تحكم الفكر العلمي. وهي لا تحكم الفكر «النّظري» فقط، بل كلّ تعامل مع الأشياء وكلّ حساب وتقييم لها"[198].

---

[195] هايدغر، م س، ص 240. انظر هامشا سيرد في الفقرة عدد 74، حيث يوجد حديث عن الأعراض مفاده أنّ "الوجود الجوهري يعيش في صميمه حركة تطوّريّة «تتشأّن» بعدّة شؤون وتتلّون بعدة ألوان. والأعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهري الـمتطوّر".

[196] Choséité de la chose

[197] هايدغر، م س، ص 45. قارن مع ما جاء عند: السّيّد علي الحسيني السّيستاني، م س، ص 95 وما بعدها، ص 150، ص 280. انظر أيضا حول الـماهية وأحكامها: الرّفاعي (عبد الجبّار)، مبادئ الفلسفة الإسلاميّة، بيروت، دار الهادي، ط 1، 1422 هـ/ 2001 م، ج 1، ص 373 وما بعدها.

[198] هايدغر، م س، ص 45.

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

والـمكوِّن الأوّل دائمٌ، وهو الشّيء نفسه؛ أمّا الـمكوِّن الثّاني فمتحوّل لأنّه مجرّد تحديد للشّيء أي كيفيّة وجود له.

والـمكوّن الأوّل الذي جاء عند "هايدغر" هو الذي اعترضنا في السّابق عند "لالاند" وعند الـمناطقة الـمسلمين تحت اسم مدلول الـمطابقة، إلخ.

59. — انطلاقا من كلّ ما سبق، يمكن القول:

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

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

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

60. — في هذا الإطار تقول معاجم اللغة عن لفظة الصّياغة العربيّة (وصف) إنّها لنعت الشّيء بما فيه[199]، ولإعطائه حلّة[200]، ولإظهار حاله، وبيان هيئته[201]. كما تقول عن اللفظة الـمقابلة لها في الصّياغة الفرنسيّة (qualité) إنّ معناها هو: "كيفيّة وجود مميّزة"[202]:

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

سيترك جواب هذا السّؤال إلى وقت لاحق، لكن يمكن القول – من وجهة الاحتمالات الـممكنة التي يضعها من يستند إلى النّيّة غير الـمباشرة[203] – إنّ هذا الجواب لن يخرج عن أمرين: فإمّا أنّ لفظة "وصفه" تفيد العموم (الذّاتي/ غير الذّاتي)، وإمّا أنّها تدلّ على خصوص معيّن (غير الذّاتي)[204]. وعلى هذا، وفي كلتا الحالتين، ستكون لفظة الفصل 45 للوصف غير الذّاتي: أي لما وجدناه في السّابق تحت اسم العرضي اللازم والعرضي العارض في الكتابات الـمنطقيّة الإسلاميّة، وما وجدناه تحت اسم الـميزات والعرض في إحدى الكتابات الغربيّة.

وهكذا، يمكن الخروج ممّا سبق بثلاثة أمور:

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

ثانيها أنّ صورة الفصل 45 الثّانية هي لما أسماه الـمناطقة الـمسلمون مدلول التّضمّن والأوصاف الذّاتيّة وغير ذلك، ولما يسمّيه الـمناطقة الغربيّون ماهية ثانية وغير ذلك.

---

[199] الـمعجم العربي الحديث لاروس (م س، تحت عبارة: وصف).

[200] حلاّه حسب لسان العرب لابن منظور (م س، ج 9، ص 356).

[201] الـمعجم الوسيط (م س، تحت عبارة: وصف).

[202] معجم "روبار الصّغير1 " (Petit Robert 1): "Manière d'être plus ou moins caractéristique.

[203] سنصل بعد قليل إلى النّيّة الـمباشرة لذلك لم يمكن استعمالها الآن.

[204] انظر حول كلّ هذا الفقرة عدد 85.

ثالثها أنّ صورة الفصل 45 الثّالثة هي لما يصفه الـمناطقة الـمسلمون بالوصف العرضي والذي يقسّمونه إلى لازم (وهذا يقسّمونه إلى لازم الـماهية ولازم وجود الـماهية[205]) وعارض، كما أنّها لما نعته "هايدغر" منذ قليل بالعرض.

وهذا الأمر الثّالث سنفصّل فيه لاحقا من خلال البحث في العبارة غير الـمباشرة عن نيّة الـمشرّع، وبالتّحديد من خلال قاعدة التّأويل القائلة إنّ الإفادة أولى من الإعادة والتّأسيس أولى من التّأكيد[206].

---

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

[206] انظر إلى الفقرة عدد 85، وانظر حول قاعدة الإفادة: حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 1، ص 59؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر (وبهامشه: الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر)، بيروت، دار الكتب العلميّة، 1405 هـ/ 1985 م، ج 1، ص 429 وما بعدها (وهذان العنوانان عملت عليهما اللجنة التي أعدّت الـمشروعين، لكن في طبعة مختلفة).

"بيرلمان" (ح)، الـمنطق القانوني. البلاغة الجديدة. باريس، دالوز، ط 2، 1979، ص 59.

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

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

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

"بيرلمان" (ح)، الأخلاق والقانون، بروكسال، منشورات جامعة بروكسال، 1990، ص 806.

PERELMAN (C), *Ethique et droit*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 806.

وانظر حول التّعبير غير الـمباشر عموما:

"كاربونيي" (جون)، م س (الـمقدّمة)، الفقرة عدد 154.

"كاربونيي" (جون)، علم الاجتماع القانوني، باريس، الـمنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، 1994، ص 136.

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

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

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

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

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

لكن لننظر الآن في العبارة الـمباشرة عن النّيّة من هذه الصّورة ومن سابقتها.

الـموسوعة الفلسفيّة الكلّيّة، الـمصطلحات الفلسفيّة، باريس، الـمنشورات الجامعية الفرنسية، 1990. كلمة: "تناقض".

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

61. — فإذا بدأنا بالعبارة الـمباشرة عن النّيّة من الصّورة الثّانية من الفصل 45، بدأنا بالقول إنّ هذه الصّورة أسميت من قبل الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمُرَاجَع بالغلط في الأوصاف الأساسيّة للشّيء[207].

62. — ولقد قالت الحاشية إنّها تعادل صورة الذّات[208]، وإنّها تعيب الرّضا، وإنّ سبب البطلان فيها حسب ابن نجيم هو غياب الـموضوع لأنّ الإرادة ذهبت إلى شيء مختلف[209]، ثمّ أعطت مثال الثّوب الـمصنوع من قماش عادي والثّوب الـمصنوع من قماش رفيع، كما أعطت مثال الزّجاج والياقوت[210]. فإذا تركنا الحاشية وذهبنا إلى الـمتون، وجدنا الفصل 37 من الـمشروع يسمّي الصّورة الثّانية ماهية[211]، وكذلك الحال بالنّسبة إلى الفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجَع. أمّا التّرجمة، فالكامل منها نجد به اسم الوصف[212]، والنّاقص اسم الجوهر[213]. ولو قرّبنا هذا ممّا سبق لقلنا:

---

(207) "Erreur sur les qualités essentielles de la chose"

(208) "Elle équivaut à l'erreur sur l'identité ou la substance"

(209) "وإذا سمّى شيئا وأشار إلى خلاف جنسه، كما إذا سمّى ياقوتا وأشار إلى زجاج، فالبيع باطل لكونه بيع الـمعدوم". ابن نجيم، م س، ج 2، ص 276، عدد 55. وهذه الطّبعة لم يستعملها أصحاب الـمشروع، ولكن ما جاء هنا يقابل ما جاء في ج 1 من ص 326 من الطّبعة التي استعملت.

(210) جاء الـمثال الأوّل عند ابن نجيم في الـمرجع والـمكان الواردين أعلاه: ثوب هروي وثوب مروي. وجاء الـمثال الثّاني عند الـمؤلّف نفسه، كما جاء في مرجع آخر أشير إليه بالحاشية وهو الـمادّة 208 من الـمجلّة العثمانيّة التي تقول: "إذا باع شيئا وبيّن جنسه فظهر الـمبيع من غير ذلك الجنس، بطل البيع. فلو باع زجاجا على أنّه الـماس، بطل البيع".

(211) Substance

(212) جاء فيها ما يلي: "في ذات الـمعقود عليه أو في تعيينه أو في وصفه". والذي يبدو هو أنّ الاسمين الأوّلين مترادفين ومن ثمّ فهما معا لصورة واحدة. أمّا الاسم الثّالث فيحتوي على الصّورتين الـمتبقّيتين.

(213) علينا أن نلاحظ هنا أنّه وحين تمّ الـمرور من الـمشروعين إلى مجلّة الالتزامات والعقود، سواء في صياغتها العربيّة أو الفرنسيّة، صرنا أمام اسمين جديدين (نوع – espèce).
والـمعلوم أنّه أخِذ رأي لجنة تسمّى لجنة توجيه النّظر الشّرعي.
انظر كتاب أحمد ادريوش (أصول قانون الالتزامات والعقود)، ص 183 وما بعدها).
لكن ليس لدينا الآن أدنى أثر لأعمالها.
انظر كذلك: يحيى الأسود، م س، الفقرة 718 وما بعدها.

إنّ الـماهية في الـمشروعين ماهية ثانية[214].

وإنّ الوصف في التّرجمة الكاملة للمشروع الـمرَاجع هو الذّاتي وغير الذّاتي.

ملاحظة: قال محمود شمّام (بعض ما دوّن من تشريع مرجعه أحكام الشّريعة الإسلامية، ق ت، 1985، عدد 6، ص47): "هنالك ملفّ موجود بخزينة الدّولة تحت رقمي 14– 142 (وفيه) ملاحظات شيخ الإسلام رئيس اللجنة على لائحة الـمجلس الأمر الذي يدلّ على مشاركة فعليّة عميقة من الفقهاء في صنع هذه الـمدوّنة الـمدنيّة العصرية".

وقال أحمد ادريوش (ص 180 من كتابه: أصول قانون الالتزامات والعقود) بعد أن ذكر قول محمود شمّام: "لقد تبيّن لنا من خلال بحثنا بقسم الوثائق التّونسية أنّ لها رقما آخر هو 521 – 142، لكنّها وللأسف مفقودة".

ومن يرجع إلى الأرشيف الوطني لا يجد ما سبق، بل كلّ ما يجده هو ما يلي:

1– Carton 142–Dossier 517: Projet préliminaire de code civil et commercial tunisien annoté 1897. (texte français) (retrouvé).

2– Carton 142–Dossier 518: traduction arabe du code civil et commercial tunisien à partir de l'art 1853 (manque).

3– Carton 142–Dossier 519: le code précité en minute annoté en arabe (manque).

4– Carton 142–Dossier 520: une minute au crayon de l'avant-projet du code civil et commercial tunisien (manque).

5– Carton 142–Dossier 521: notes de Cheikh El Islam sur un grand nombre d'articles du code Kheireddine (manque).

6– Carton 142–Dossier 522: un exemplaire du texte arabe de l'avant-projet du code civil et commercial tunisien. Imprimé en 1899 (complet) (retrouvé).

7– Carton 142–Dossier 523: un exemplaire en fascicule du texte français de l'avant-projet précité – 1961 articles seulement (manque).

و على هذا فرقم الـملف وهو 14 الذي تحدّث عنه محمود شمّام هو رقم خاطئ. أمّا الـملف رقم 521 الذي تحدّث عنه أحمد ادريوش فيهمّ قوانين خير الدّين.

ملاحظة ثانية: في كتاب أحمد ادريوش الجديد الصّادر سنة 2016 والذي أشرنا له سابقا، نجد الخطأ نفسه: انظر ص 22 من كتاب: قانون الالتزامات: مائة سنة من الصّمود.

فإذا عدنا الآن إلى ما قبل الـملاحظتين، قلنا إنّه إذا وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود مختلفة عن الـمشروع الـمرَاجع، فإنّا لا نستطيع أن نقطع بأنّ التّغيير كان بتأثير لجنة التّوجيه (يقول أحمد ادريوش في كتابه الجديد الـمذكور للتّو، وفي ص 21 و 30 إنّ لجنة توجيه النّظر الشّرعي فحصت وعدّلت الـمشروع الذي عرض عليها)، أو أنّه كان بأيدي أخرى أو بتأثيرها (لو كان الحلّ في الـمشروع الـمرَاجَع غربي، ثمّ نجده في مجلّة الالتزامات والعقود إسلاميّا، فيمكن أن نرجّح أنّ التّغيير كان بتأثير لجنة توجيه النّظر الشّرعي. ولو كان غربيّا، ثمّ نجده غربيّا آخر، فيمكن أن نرجّح عكس ما سبق. لكن وفي الحالتين ينبغي أن لا نقطع لغياب الوثائق التّاريخيّة التي تمكّن من ذلك).

[214] سمّى متن الـمشروع الـمرَاجع الصّورة الثّانية ماهية، أمّا الحاشية الجانبيّة فقالت عنها إنّها معادلة للذّات وللماهية. وعلى هذا فالـماهية معادلة للماهية. والـمقصود أنّ الـماهية الثّانية معادلة للماهية الأولى.

وإنّ الجوهر في التّرجمة النّاقصة لهذا الـمشروع هو الجوهر الكلّي[215].

63. — فإذا أخذنا الآن من كلّ هذه الأسماء – وقد باتت الآن كثيرة، بل ويرقد تحت الواحد منها أكثر من معنى[216] – اسم الـماهية، وأخذناه في الغرب، وجدنا له تاريخا مضطربا في الفكر الفلسفي والـمنطقي[217]. ولعلّ هذا قد انعكس على القانون، وإنّنا قد الـمحنا إلى ذلك سابقا حين تحدّثنا عن الـمادّة[218]، ولكنّنا سنضيف هنا ما جاء عند "لوران" – الذي أشير إليه في الحاشية التّحتيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع[219] – والذي يقول إنّ الفقه الفرنسي منقسم فيما يخصّ الـماهية فبعضه يعطيها معنى النّوع أو الأوصاف الذّاتية ومعنى الـمادّة ويعطيها هذا الـمعنى فقط[220]، وبعضه الآخر يعطيها معنى الوصف غير الذّاتي لا غير[221].

---

[215] قسّم الغزالي (معيار العلم، م س، ص 306) الجواهر إلى قسمين:
القسم الأوّل: الجوهر الشّخص كزيد وعمرو. وقال إنّه لا يمكن أن يكون محمولا (وهذا ما وجدناه عند "لالاند" وهو يتحدّث عن الـماهية الأولى [الفقرة عدد 54]. ولهذا يمكن أن نضيف اسما آخر لصورة الفصل 45 الأولى).
القسم الثّاني: الجواهر الكلّيّة، كالإنسان والجسم والحيوان. وهذه يمكن حملها على موضوع، كأن نشير مثلا إلى زيد ونحمل هذه الجواهر عليه، فنقول: زيد إنسان وحيوان وجسم (وهذا أيضا وجدناه عند "لالاند" وهو يتحدّث عن الـماهية الثّانية: الفقرة عدد 54). ولقد تحدّث الفصل 50 في التّرجمة النّاقصة عن ثلاثة صور هي: الذّات (إذن الجوهر الشّخص)، والجوهر (إذن الجوهر الكلّي)، بالإضافة إلى صورة أسماها "صفة مرغوبة من أجلها وقع التعاقد".

[216] حذّر الغزالي من مسألة تكثّر العبارات حين قال: "من طلب الـمعاني من الألفاظ، ضاع وهلك، وكان كمن استدبر الـمغرب وهو يطلبه". وأعطى الغزالي ما يجنّبنا الوقوع في أخطاء في هذه الحالة حين قال إنّه يجب فهم الـمعنى أوّلا حتّى إذا رسخ في أذهاننا مررنا إلى الألفاظ، ولا يضرّنا عندها أن كانت كثيرة، وكان يرقد تحت الواحد منها أكثر من معنى (الغزالي، م س: الـمستصفى، ج 1، ص 21).

[217] انظر حول معنى هذه اللفظة منذ "أرسطو"، وحتى قبله، ومرورا بـ"ديكارت" و"لايبنيتز" و"كانط" و"هيجل" و"نيتشه" و"هايدغر" وغيرهم: الـموسوعة الفلسفيّة الكلّيّة، م س: الـمقالة الخاصّة بـ: "الـماهية" (substance).

[218] انظر الفقرة عدد 54 وما بعدها.

[219] "لوران"، م س، ولقد أشارت الحاشية إلى ج 15، الفقرة عدد 487 وما بعدها. وإن ما سيأتي أعلاه موجود بالتّحديد بالفقرة عدد 489.

[220] ويذكر لنا هنا ناشري "زكاري" ثمّ "ماركادي" الذي يقول إنّ الأمر يتعلّق بالوصف الذي يدخل الشّيء في نوع أو آخر (والكلمة لـ"ماركادي") بحسب ما إذا وجد هذا الوصف أو لم يوجد.

ويبدو أنّ أصحاب الـمشروعين في تونس – حين استعملوا في الفصل 37 ومن بعده في الفصل 50 لفظة الـماهية – قد اتّبعوا البعض الأوّل.
هذا الرّأي نصل إليه بعد البحث في التّعبير الـمباشر عن النّيّة. فلنواصل إذن مع هذا التّعبير، لكن هذه الـمرّة في إطار الصّورة الثّالثة.

64. — على هذا الـمستوى، وإذا بحثنا في الحاشية الجانبيّة للمشروع الـمرَاجع، وجدنا أنّ هذه الصّورة لم ترد مع الغلط في الذّات وفي النّوع. لتوضيح ما سبق علينا أن نعرض بنية هذه الحاشية الجانبيّة والتي تنقسم إلى قسمين: قسم الغلط الذي يعيب الالتزام وفيه نجد الذّات والوصف الأساسي، وقسم الغلط الذي لا يعيب الالتزام وفيه ثلاث حالات: فأمّا الثّانية والثّالثة فتهمّان صورة الغلط في اسم أو في وصف الشّيء حين يكون الأطراف متّفقين على الشّيء. وأمّا الأولى (وهي التي ستهمّنا هنا) فقد أسمتها الحاشية بالغلط "الذي ينصبّ على وصف غير أساسي"[222] (لتُعارض باسمها اسم الصّورة الثّانية من القسم الأوّل: "غلط في أوصاف

كما يذكر لنا "كولمي دي سانتار" الذي يقول إنّ: "الأوصاف التي تكوّن الـماهية هي التي غيابها يغيّر الشّيء ويبدّله إلى درجة يصبح فيها شيئا آخر، كائنا آخر غير الذي كان يجب أن يمثّل موضوع الاتفاق".

"Les qualités constituant la substance sont celles dont l'absence dénature la chose, l'altère au point qu'elle devient une autre chose, un autre être que celui qui devait être l'objet de la convention".

ويلاحظ هنا أمران:
أوّلا أنّنا أمام تحليل للصّورة على أنّها لغياب الـموضوع (وسيضيف "لوران" بعد الـمقتطف الوارد أعلاه أنّنا أمام غياب رضا). وهذا أمر اعترضنا سابقا عند ابن نجيم (الفقرة عدد 62).
ثانيا أنّنا أمام ماهية تتكوّن من أوصاف، وهذا يذكّرنا بمدلول الـمطابقة ومدلول التّضمّن عند الـمناطقة الـمسلمين (انظر الفقرة عدد 48).
وعلى كلّ انظر إلى "دومولومب" (م س، ج 24، عدد 86) الذي يقول إنّ الصّعوبات مردّها أنّ مصطلح الـماهية هو مصطلح ميتافيزيقي.

[221] هذا هو موقف "لوران"، ويقول إنّه رأي "بوتيي" و"دوما". وقبل ذلك قال إنّ هذين هما الـمؤلفان الحقيقيّان للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة (ج 15، عدد 488)، ممّا يعني أنّ هذا هو ما أراده الفصل 1110 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة من لفظة الـماهية الواردة به، وذلك حسب "لوران" طبعا.
وينبغي أن نشير إلى أنّ "لوران" لا يستعمل كلمة "وصف غير ذاتي"، ولكنّا فهمنا أنّه يقصدها (إلى جانب الذّاتي) لأنّه يقول إنّ الـماهية هي ما اعتبره الأطراف ماهية.
كما ينبغي أن يلاحظ أنّ معنى الـماهية في الـموقف الثّاني خُرج به عن الـمنطق.

[222] "porte sur une qualité non essentielle" (L'erreur)

أساسيّة للشّيء"[223]). وأعطت الحاشية الجانبيّة لهذا "الغير أساسي" أمثلة من القانون الرّوماني هي: أخذ ذهب ليس خالصا على أنّه ذهب خالص؛ وياقوتة خضراء على أنّها حمراء؛ وخلّ على أنّه خمر[224]. وتقول الحاشية عن هذه الأمثلة

[223] "Erreur sur les qualités essentielles de la chose"

[224] انظر إلى هذه الأمثلة عند معاصرين لنا يشيرون إلى الـمرجع نفسه وإلى الـمكان نفسه الذي نجده بحاشية الـمشروع الـمرَاجع والذي هو قانون روماني:

"رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران)، الصّيغ اللاتينيّة في القانون الفرنسي، باريس، ليتاك، ط 4، 1998، ص 130.

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

"مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس" (فرانسوا)، دروس في القانون الـمدني. الالتزامات. النّظريّة العامّة، باريس، مونكريستيان، ط 8 عن طريق "فرانسوا شاباس"، 1991، عدد 163.

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

انظر تفصيل هذا الامر في "الدّيجاست" وذلك في الـمكان الذي أشير إليه في الحاشية التّحتيّة وفي الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع (الفقرة 2. 9. 1. XVIII):

"وهذا أوجد فرصة للتّساؤل إن كان ثمّ بيع في الصّورة التي يتّفق فيها الأطراف على الشّيء لكنّهم يخطئون في الـماهية. ومثال ذلك أن يباع خلّ على أنّه خمر، ونحاس على أنّه ذهب وقصدير، أو أيّ شيء آخر يشبه الفضّة (مثل حديد أبيض) على أنّه فضّة. لقد كتب «مارسيلوس» في الكتاب السّادس من «الدّيجاست» أنّ البيع موجود بما أنّ الأطراف اتّفقوا على الجسم الـمبيع وإن كانوا لم يتّفقوا على الـمادّة. وإنّي أتبنّى رأيه في ما يخصّ الخمر والخلّ لأنّ الـماهية تقريبا واحدة، لكن مع افتراض أنّ الخمر نفسه الذي بيع هو الذي صار خلاّ. فاذا كان الخمر لم يصبح خلاّ لكن وفي وقت البيع لم يكن يوجد بالبرميل إلاّ خلّ، فإنّنا نقرّر أنّ شيئا بيع بدلا عن شيء آخر. وفيما يخصّ الحالات الأخرى الواردة أعلاه، أعتقد أنّ البيع باطل كلّما كان هنالك غلط في الـمادّة".

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

إنّ النّوع فيها هو نفسه لم يتبدّل (لم نخرج عن الذّهب، أو عن الياقوت، إلخ)[225]، لذلك لا يمكن القول إنّ الرّضا غير موجود. لكن (هنا سنترك الكلام للحاشية لأنّ ما فيها يفسّر لماذا قال الفصل 45 "وصف موجب للتّعاقد") "إذا كانت هذه الأوصاف، مع أنّها ثانويّة (قبل ذلك نُعِتت بأنّها غير أساسيّة)، قد عُدّت أساسيّة من قِبَلِ الأطراف، فالغلط يعيب العقد"[226]. ثمّ تحيل الحاشية على الـمادّة 310 من الـمجلّة العثمانيّة التي تهمّ خيار الوصف والتي تورد بدورها مثال الياقوت (الألوان هنا ليست كما الحاشية الأحمر والأخضر، بل هي الأحمر والأصفر)[227].

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

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

وأمّا الحوصلة فتنقسم إلى قسمين: قسم نلخّص فيه ما جاء في الـمنطق وقسم نلخّص ما جاء إلى حدّ الآن في إطار مجلّة الالتزامات والعقود.

وينبغي، للوضوح، الإتيان بالقسم الأوّل في تعابير مختلفة عمّا سبق والقول:

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

فإذا اهتممنا بالأشياء التي ندركها بحواسّنا، قلنا إنّ بعضها ثابت (السّيّارة مثلا لا تزيدها الأيّام حجما) وبعضها ديناميكيّ (النّبتة مثلا تتطوّر على مستوى الأوصاف بمرور الأيّام).

---

vente, il n'y avait dans le tonneau que du vinaigre, on décidera qu'une chose a été vendu pour une autre. A l'égard des autres cas rapportés ci-dessus, je pense que la vente est nulle toutes les fois qu'il y a erreur sur la matière".

[225] لكن انظر التّفصيل الوارد بـ: "الدّيجاست".

[226] "Si ces qualités, quoique secondaires, avaient été considérées comme essentielles par les parties, l'erreur vicierait le contrat".

[227] "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر الـمبيع خاليا عن ذلك الوصف، كان الـمشتري مخيّرا: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذه بجميع الثّمن الـمسمّى. ويسمّى هذا خيار الوصف. مثلا لو باع بقرة على أنّها حلوب، فظهرت غير حلوب، يكون الـمشتري مخيّرا؛ وكذا لو باع فصّا ليلا على أنّه ياقوت أحمر، فظهر أنّه أصفر، يخيّر الـمشتري".

ويمكن القول إنّ لفظة "وصفه" في الفصل 45 عامّة لكنّها وحسب النّيّة غير الـمباشرة والنّيّة الـمباشرة (انظر الفقرة عدد 74) تفيد الخصوص.

ومن يأخذ شيئا حسّيّا (لنسمّه: "أ") من الأشياء التي تعترضنا في الكون، سيجد أنّ (أ) مصدر لمجموعة من الأحاسيس[228].

وتوجد طريقة أخرى ممكنة لرؤية الأمور: (أ) له أوصاف حسّيّة: وصف$_1$، وصف$_2$، وصف$_3$، ... (مثلا: لونه أبيض، إلخ).

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

فإذا عدنا الآن قليلا إلى الوراء، وقلنا إنّ (أ) هو تجمّع أحاسيس أو هو تجمّع أوصاف، وجب أن نسأل:

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

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

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

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

وثمّ طريقة أخرى لعرض الأمور:

أوّلا: لدينا (أ) و (ب)، واختلافهما لا يمكن استنفاده وليس له سبب واحد. في هذه الصّورة، وبالنّسبة إلى الـمناطقة، (أ) و (ب) نوعان مختلفان، أي هما شيئان.

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

ثانيا: لدينا (أ) و (ب)، واختلافهما يمكن إرجاعه إلى بعض الأسباب (اللون، إلخ). في هذه الصّورة، وبالنّسبة إلى الـمناطقة، (أ) و (ب) ليسا بنوعين مختلفين، أي ليسا بشيئين.

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

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

بعبارة أخرى: إذا كنّا أمام شيء، كنّا أمام الشّيء وأوصافه الذّاتيّة وغير الذّاتيّة. وما يتّفق معه في الأوصاف الذّاتيّة، لا يعدّ في الـمنطق شيئا آخر. أمّا الذي يختلف

---

[228] سننقل هنا تحاليل وردت عند: "ميل" (جون ستيوارت)، م س، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل الثّالث وما يليه.

معه على مستوى هذه الأوصاف، فيعتبر عند الـمناطقة شيئا آخر. فإذا استقرّ في الأذهان ما سبق، أمكن أن يُزاد: إذا حصل اتّفاق في الأوصاف الذّاتيّة، قد يوجد معه: إمّا اختلاف في الأوصاف العرضيّة (كوننا هنا أمام شيئين لا يثير الشّك. فقط الـمناطقة يقولون إنّ الشّيئين ليسا نوعين أي ليسا شيئين)، وإمّا اتّفاق في هذه الأوصاف (هنا نتساءل: هل نحن أمام شيئين[229]).

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

الغلط غير الـمنصوص عليه بالفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود		الغلط الـمنصوص عليه بالفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود		
ما يدخل في الفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود		ما لا يدخل في الفصل 2	الصّورة الأولى	الصّورة الثّانية	الصّورة الثّالثة
ما يدخل في الفصل 2 لوحده	ما يدخل في الفصل 2 و67		الذّات	النّوع	الوصف الـموجب للتّعاقد
الطّبيعة	وجود السّبب	وصف السّبب			

[229] سنرى هذه الصّورة لاحقا: عدد 75.

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

	الذّات	النّوع	الوصف
الأسماء	ماهية أولى – الكائن الفردي – جوهرٌ شخص – تعيين – (إلخ)	1– الـماهية: مدلول مطابقة – ماهية (حاو) تتضمّن أوصافا (الـمحتوى). 2– ماهية ثانية – أوصاف ذاتيّة – مدلول التّضمّن – ركيزة – ما هو في التّحت – جوهر كلّي 3– الـمادّة منظور إليها كصنف.	وصف غير ذاتي – وصف غير أساسي جعله الأطراف أساسيّا (الحاشية الجانبيّة والحاشية التّحتيّة بإشارتها إلى: "لوران"، م س، ج 15، عدد 489)
الأمثلة	1– ياقوتة فإذا هي غير ذلك (إلخ) 2– أشارت الحاشية الجانبيّة إلى: الزّرقاني، م س، ج 5، 153.	1– ياقوتة فإذا هي زجاج (إذن: غير ياقوتة)، إلخ. 2– أشارت الحاشية الجانبيّة إلى الزّرقاني، م س، ج 5، 153.	ياقوتة خضراء (عند الرّومان) أو صفراء (عند العثمانيّين والأحناف) على أنّها حمراء.

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

II) الحكم على تقسيم الغلط في الشّيء

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

الفرع الأوّل: الحكم على الـمنطق

66. — سنحاول هنا أن نعرض ما جاء من نقد للمنطق. وسنختار كأنموذج للنّاقدين في الفضاء الفكري العربي الإسلامي ابن تيمية خاصّة، كما سنختار كأنموذج

للنّاقدين في الفضاء الغربي "نيتشه" خاصّة. ولعلّه يمكن انطلاقا من هذين النّموذجين – وإذا أردنا أوّلا وأخيرا الوضوح – أن نقسّم حديثنا إلى أربع مسائل.

67. — الـمسألة الأولى: الـماهية الأولى والذّاتيّات: سنتكلّم هنا عن الفرق بين الـماهية الأولى والأوصاف الذّاتيّة.

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

69. — فإذا بدأنا بكلام ابن تيمية وجدنا حاصله قولا: «إنّ صفات الـموصوف قائمة به يمتنع أن تكون متقدّمة عليه في الخارج. وأمّا تسمية الصّفة جزءًا فسبب ذلك أنّها أجزاء في التّصوّر الذّهني وفي اللفظ»[230]. ويواصل ابن تيمية قائلا لقد: «جعلوا صفة الـموصوف متقدّمة عليه في الخارج. وهذا ما يعلم بصريح العقل بطلانه. وسبب غلطهم أنّ ذلك الوصف إذا تكلّم به كان جزءًا من الكلام متقدّما على سائر تمام الجملة في التّصوّر والتّعبير. وهو في الذّهن واللسان جزء من الجملة [...] فاشتبه عليهم ما في الأذهان بما في الأعيان»[231].
انطلاقا من ابن تيمية[232]، يمكن نقد الـمنطقيّين بالقول إنّ صفات الـموصوف موجودة به ولا يمكن فصلها عنه بالقول هنالك الشّيء وهنالك أوصافه[233]. فالشّيء

---

[230] ابن تيمية، م س، ج 1، ص 90.

[231] ابن تيمية، م س، ج 1، ص 91.

[232] قرّب أيضا ممّا قاله في: ج 1، ص 94 و95.

[233] انظر أيضا: الـمظفّر (محمّد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الأعلمي، ط 2، 1990، ج 2، ص 22 حين يقول متحدّثا عن الذّات وعن الذّاتيّات (يتحدّث أيضا عن اللوازم وإذن هو يستبق حديثا سنأتي به) "قد عرفتم في مباحث الفلسفة أنّ الذّات والذّاتي يستحيل جعله بالجعل التّأليفي لأنّ جعل شيء لشيء إنّما يصحّ فيما يمكن فيه التّفكيك بين الـمجعول والـمجعول له. وواضح أنّه يستحيل التّفكيك بين الشّيء وذاته أي بين الشّيء ونفسه، ولا بينه وبين ذاتيّاته [...] ولوازم الذّات كالذّات يستحيل أيضا جعلها بالجعل التّأليفي على ما هو الحقّ، وإنّما يكون جعلها بنفس جعل الذّات لا بجعل آخر وراء جعل الذّات [...] إنّما نعرف استحالة جعل الذّات والذّاتي ولوازم الذّات بالجعل التّأليفي لأنّا نعرف أوّلا امتناع انفكاك الذّات عن نفسها وامتناع انفكاك لوازمها عنها".

وأوصافه أمر واحد، والـماهية الأولى هي الأوصاف (الذّاتيّة لأنّها هي التي نتحدّث عنها الآن)[234].

70. — فإذا تمّ الـمرور إلى "نيتشه"، وجدناه يقول: "إذا محوت [...] كلّ [...] الأوصاف [...] فإنّ الشّيء سيضمحلّ، [...] (لأنّه، أي الشّيء) اختلاق نحن الذين أدخلناه لضرورات منطقيّة، لكي نستطيع أن نعيّن وأن نفهم (لكي نستطيع أن نربط في حزمة هذا الجمع من الأوصاف)"[235].

---

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

[235] "نيتشه"، إرادة الاقتدار، باريس، غاليمار، 1947، ج 1، ص 92، الفقرة عدد 178.

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

تنبغي الإشارة إلى أنّنا محونا من نصّ "نيتشه" أمرين لكي يبقى قوله واضحا:

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

وأمّا الأمر الثّاني فحديثه عن علاقات وأفعال الشّيء إلى جانب الأوصاف (إذا محوت [...] كلّ علاقات وكلّ أوصاف وكلّ أفعال الشّيء). ولقد محونا العلاقات والأفعال لأنّنا أدرجناها ضمن كلمة الأوصاف التي أخذناها في معنى واسع هو ما يتمّ إثباته أو نفيه عن الذّات. بعبارة أخرى هنالك موصوف أو مخبر عنه وقلنا إنّ علاقاته وأفعاله وغير ذلك، أي كلّ ما ينسب إليه أو ينفى عنه، أوصاف أو خبر له. وبهذا نكون قد أخذنا كلمة الوصف وكلمة الخبر في معنى واسع، متّبعين في ذلك أحد الـمناطقة (ماري-لويز رور)، والتي تقول: إنّ الـمعنى الواسع للخبر prédicat (ونحن استعملنا هذا بالنّسبة إلى الأوصاف) هو ما يتمّ إثباته أو نفيه عن موضوع sujet (ما أسمي في نص "نيتشه": الشّيء، وما أسميناه منذ قليل: موصوفا ومخبرا عنه). وعلى هذا فهي تفرّق بين خمسة أنواع من القضايا:

1– القضيّة الإسناديّة Proposition attributive ومثالها سقراط فان (وهذا يقابل ما أسماه "نيتشه" بـ: أوصاف الشّيء).

2– القضيّة الفعليّة proposition verbale ومثالها سقراط يتجوّل (وهذا يقابل ما أسماه "نيتشه" بـ: أفعال الشّيء).

3– التّنصيص غير الشّخصي énoncé impersonnel ومثاله: أمطرت Il pleut = la pluie est tombante (وهذا يقابل ما أسماه "نيتشه" بـ: أفعال الشّيء).

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

71. — وعلى هذا ليس ثمّ أمران: موصوف (بالنّسبة إلينا الآن: ماهية أولى) وأوصاف (بالنّسبة إلينا الآن: أوصاف ذاتيّة)، بل أمر واحد[236].

وإنّ الرّسم (أ) هو (ب)، أي: مخبر عنه أو موصوف مع خبر أو وصف، يتماشى تماما مع 1، كما يتماشى – ولو بشيء من الاصطناع – مع 2 و3. لكنّه لا يتماشى مع 4 لأنّ الوجود لا يمثّل تحديدا للشّيء، أي أنّه ليس خبرا أو وصفا مثل أيّ خبر أو وصف آخر، بل هو يعبّر عن الطّابع الفعلي للشّيء ولتحديداته الـمحتملة (انظر ص 74 من الـمرجع نفسه).

5– قضية العلاقة proposition relationnelle ومثالها (أ) يساوي (ب) – (أ) أكبر من (ب): (وهذا يقابل ما أسماه "نيتشه" بـ:علاقات الشّيء) والتي يمكن إدخالها ضمن 1 بشرط اعتبار "يساوي (ب)" و "أكبر من (ب)" ككلّ هي التي تؤدّي وظيفة الخبر (ص 74 و75 من الـمرجع نفسه). وقد عدّت "رور" العلاقة خبرا (ولذلك عددناها نحن وصفا) لأنّها أخذت الخبر في الـمعنى الواسع الذي ذكرناه سابقا.

"رور" (ماري– لويز)، مبادئ الـمنطق الـمعاصر، باريس، الـمنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، 1967، ص 79.

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

يخلص من كلّ ما سبق أنّ الخبر في معناه الواسع (بالنّسبة إلينا الوصف في معناه الواسع) يشمل بالنّسبة إلى "رور" الإسناد (ما أسماه "نيتشه" الوصف) والفعل والعلاقة.

وإنّ "نيتشه" قد أكّد في عديد الـمواضع على عدم وجود الشّيء وعلى أنّه من اختلاقنا:

انظر إلى كتابه: إرادة الاقتدار، م س، ج 1، ص 74 عدد 128، وص 77 عدد 135، وص 79 عدد 140، وص 80، وص 81 عدد 143، وص 84، و85 عدد 154، وص 86 و87 عدد 159، وص 90 عدد 169، وص 99 و100 عدد 202، وص 100 عدد 203، وص 255 عدد 177، وص 290 عدد 298، وص 290 عدد 299، وص 290 و291 عدد 300، وص 291 عدد 301، وص 304 عدد 344، وص 310 و311 عدد 373، وص 311 و312 عدد 374، وص 312 عدد 375.

وإلى كتابه:

الـمعرفة الـمرحة، باريس، الـمكتبة العامّة الفرنسيّة، 1993، ص 213 وما بعدها.

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

وإلى كتابه:

الإنساني. الـمفرط في الإنساني، باريس، ماركور فرنسا، 1910، ج 1، ص 26 عدد 11.

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

وانظر أيضا إلى:

"شوبنهاور"، العالـم كإرادة وكتمثّل، باريس، مكتبة فليكس ألكان، ط 7، ج 1، الفقرة 7، ص 27 وما بعدها.

SCHOPENHAUER (Arthur), *Le monde comme volonté et comme représentation*, Paris, Librairie Felix Alcan, 7e éd, T. I, § 7, p. 27 et s.

[236] انظر من يقول إنّا نخرج عن الحقيقة إن كان باستطاعتنا أن نجد شيئا لا يسمّى محمولا وهو ماهية. بعبارة أخرى ليس ثمّ ماهية بمعنى شئ يختلف عن الأوصاف الذّاتيّة ويحوي هذه الأوصاف:

72. — يخلص ممّا سبق أن لا فرق بين "الـماهية الأولى" و"الذّاتيّات". و"الذّاتيّات" هي التي وجدناها سابقا عند "لالاند" تحت اسم الـماهية الثّانية، أي كجزء من الـمعنى الأوّل للماهية عند هذا الـمنطقيّ.

بعبارة أخرى لا وجود للماهية الأولى. لكن لنتّفق: لا وجود للماهية الأولى مستقلّة عن الـماهية الثّانية (أو عن الأوصاف الذّاتيّة. وسنرى لاحقا أن لا وجود للماهية الأولى مستقلّة عن جميع الأوصاف). فهنا ثمّ اسمان لكن الـمسمّى واحد[237]. وواحد من الاسمين هو الـماهية الثّانية.

73. — الـمسألة الثّانية: الـماهية الثّانية. تتناول هذه الـمسألة ما جاء في سابقتها وتزيد عليها:

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

وما قاله الشّيخ هو أنّ هذه الـماهية: "مجرّد وضع واختراع، إذ يقدر كلّ إنسان أن يخترع ماهية في نفسه غير ما اخترعها الآخر. وإذا ادّعى هذا أنّ الـماهية هي «الحيوان النّاطق»، أمكن الآخر أن يقول بل هي «الحيوان الضّاحك». وإذا قال هذا إنّ الحيوانيّة ذاتيّة للإنسان بخلاف العدديّة للزّوج والفرد، أمكن للآخر أن يعارضه ويقول: بل العدد ذاتي للزّوج والفرد واللون ذاتي للسّواد بخلاف الحيوان فليس ذاتيّا للإنسان. إذ مضمون هذا كلّه أن يأتي شخص إلى صفات متماثلة في

"بان" (ألكسندر)، الـمنطق الاستدلالي والاستقرائي (مترجم إلى اللغة الفرنسيّة)، باريس، مكتبة جيرمير-باليير، 1875، ص 382.

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

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

[237] يقول "ميل" (م س ، الكتاب الأوّل. الفصل الثّالث. الفقرة 6) لا توجد ماهية (أولى) دون أوصاف ولا أوصاف دون ماهية أولى.

الخارج، فيدّعي أنّ الـماهية التي يخترعها في نفسه هي هذه الصّفة دون هذه. فإنّه إن جعل هذا مطابقا للأمر في نفسه – وهو قولهم – كان مبطلا، وإن قال: هذا اصطلاح اصطلحته، قوبل باصطلاح آخر، وكان هذا ممّا لا فائدة فيه"[238].

في نفس السّياق، يقول "نيتشه": "في عالـم الصّيرورة [...] (لا يمكن أن تكون) [...] فرضيّة [...] الـماهية [...] إلاّ خطأ"[239]. وفي مكان آخر يضيف: "النّوع [...] خطأ نرتكبه في كلّ مكان [...] (و) يجب أن لا نؤوّل هذه الضّرورة التي نحن فيها والتي تجبرنا على خلق [...] أنواع [...] على أنّها ستجعلنا قادرين على تحديد ما هو العالـم الحقيقي، بل يجب أن نرى فيها ضرورة تَدَبَّرْنَا بها لأنفسنا عالـما يجعل وجودنا ممكنا. إنّا نخلق بهذا عالـما يبدو لنا قابلا للتّوقّع ومبسّطا ومفهوما [...] إنّ الضّرورة الذّاتيّة التي نجد أنفسنا فيها والتي تجبرنا على الاعتقاد في الـمنطق تعبّر عن هذه الواقعة البسيطة: إنّنا وقبل أن نعي بالـمنطق، لم نفعل شيئا إلاّ أنّنا أدخلنا مسلّماته في الصّيرورة، وها نحن الآن نجدها في الصّيرورة، ولم يعد بإمكاننا صنع شيء آخر، وإذن صرنا نعتقد أنّ هذه الضّرورة تضمن لنا الحقيقة. نحن الذين خلقنا [...] الـماهية [...] (والتي) بواسطتها عملنا طويلا على أن نسوّي بين الأشياء، على أن نكبّر صورها ونبسّطها. إنّ العالـم يبدو لنا منطقيّا لأنّنا بدأنا بجعله منطقيّا"[240].

---

[238] ابن تيمية، م س، ج 1، ص 87.

[239] "نيتشه"، م س (إرادة الاقتدار)، ج 1، ص 74، عدد 128.

"Dans un monde du devenir [...] l'hypothèse [...] de la substance [...] ne peut être qu'une erreur".

[240] "نيتشه"، م س (إرادة الاقتدار)، ج 1، ص 76 و77، عدد 135.

"L'espèce [...] c'est la même erreur que l'on commet partout [...] il ne faut pas interpréter cette nécessité où nous sommes de créer [...] des espèces [...] comme si elle devait nous mettre en mesure de fixer ce qu'est le monde vrai ; il faut y voir la nécessité de nous accommoder un monde qui nous rende l'existence possible ; nous créons par là un monde qui nous paraît prévisible, simplifié, intelligible [...] la nécessité subjective où nous sommes de croire à la logique exprime ce simple fait que, longtemps avant de prendre conscience de la logique, nous n'avons fait autre chose que d'introduire ses postulats dans le devenir: à présent nous les retrouvons dans le devenir, – nous ne pouvons plus faire autrement – et nous pensons alors que cette nécessité nous est garante d'une vérité ! C'est nous qui avons créé [...] la substance [...] d'après (laquelle) nous avons le plus longtemps travaillé à tout

ويقول "نيتشه"، في نفس هذا الاتّجاه ولكن في كتاب ثان[241]، إنّ الـمنطق "يرتكز على مسلّمات لا يوجد ما يقابلها في عالـم الواقع"[242].

ويضيف، في كتاب ثالث[243]: إنّ الـمنطق ضروري لبقاء البشريّة وإنّ "الإنسان لا يمكنه أن يحيا دون أن ينضمّ إلى اختلاقات الـمنطق"[244].

والحاصل ممّا سبق أنّ الـماهية أو الـماهية الثّانية (إلخ) اختراع (والعبارة لابن تيمية) أو خطأ (والعبارة لـ: "نيتشه") أو شيء موجود في الأذهان لا في الأعيان[245].

فإذا مررنا إلى الـمعنى الرّابع للماهية كما جاء عند "لالاند"، أي إذا مررنا إلى الـمادّة، وجدنا في الوسط القانوني من يعتبرها كذلك، أي من يعتبرها ماهية، ووجدنا أيضا من يتّخذ موقفا مخالفا. والأمر نفسه نجده مع أوصاف أخرى مثل مصدر الشّيء. فـ: "أوبري" و"رو" لا يريان أنّنا أمام ماهية أمّا غيرهما فنعم.

égaliser, à tout grossir et tout simplifier. Le monde nous paraît logique parce que nous avons commencé par le rendre logique".

انظر أيضا حول الـمسألة نفسها: الفقرة عدد 211 (إلخ) من الكتاب نفسه.

(241) "نيتشه"، م س (الإنساني الـمفرط في الإنساني) ج 1، ص 26، عدد 11.

(242) "La logique [...] repose sur des postulats auxquels rien ne répond dans le monde réel (par exemple sur le postulat de l'égalité des choses)".

(243) "نيتشه"، خارج الخير والشّرّ، باريس، غاليمار، 1971، ص 24، عدد 4.

NIETZSCHE (F), *Par-delà bien et mal*, Paris, Gallimard, 1971, p. 24, n° 4.

(244) "L'homme ne pourrait pas vivre sans se rallier aux fictions de la logique".

(245) انظر أيضا الفكرة نفسها عند:

"كونديّاك"، فنّ التّفكير، باريس، الفكر وديبور، ص 108.

CONDILLAC, *Les premiers développements de l'art de penser*, Paris, L'esprit et Debure, p. 108.

"نحن مقتنعون بأنّ الأقسام ليست إلاّ أسماء، فلا نتصوّر افتراض أن ثمّ في الطّبيعة أجناس وأنواع، ولا نرى في هذه الكلمات – أجناس/ أنواع – إلاّ طريقة لتقسيم الأشياء على أساس علاقاتها بنا وعلاقاتها ببعضها البعض".

"Convaincus que les classes ne sont que des dénominations, nous n'imaginons pas de supposer qu'il existe dans la nature des genres et des espèces, et nous ne verrons dans ces mots, genres et espèces, qu'une manière de classer les choses suivant les rapports qu'elles ont à nous et entre elles".

ويبدو، لمن يتأمّل ما سبق، أنّ الخوض في الـماهية وفي الأوصاف الذّاتية (إلخ) قد أفضى بعد إلى الخوض في الأوصاف العرضيّة. وسنحاول الآن البحث عن الفرق بين هذه الأوصاف وغيرها من جهة والذّات من جهة أخرى.

74. — الـمسألة الثّالثة: الذّات (الـماهية الأولى) والأوصاف. جاء عند "لالاند"[246] في حديث عن الـماهية الأولى (أو "الكائن الواقعي، مثل هذا الرَّجل الـمفرد"[247]) أنّها تعني "حقيقة تتعلّق بشخص واحد [...] وهنا فالذي لا ينفصل عنه ليس فقط الأوصاف الأساسيّة (هذا اصطلاح حاشية الـمشروع الـمرَاجع، ولكنّنا هنا في هذه الصّفحات استعملنا اصطلاحا آخر هو الأوصاف الذّاتيّة) مثل الامتداد والعقل، بل وأيضا كلّ الأوصاف (إذن غير الذّاتية لأنّه ليس بعد الذّاتي إلاّ غير الذّاتي) بدون استثناء والتي يمكن إثباتها له عن حقّ، (فالـماهية الأولى أو الكائن الواقعي) ليس إلاّ مجموعة هذه الأوصاف التي هي الوحيدة القابلة لأن تعرف حقّا"[248].

---

(246) "لالاند"، م س، ص 1052.

(247) "un être concret, tel homme individuel"

(248) "Le mot substance (première) désigne une réalité individuelle […] mais alors ce ne sont pas seulement ces attributs essentiels, tels que l'étendue ou la pensée, qui en sont inséparables: ce sont tous les attributs, sans exception, qu'on en peut affirmer avec vérité; elle n'est que la totalité de ces attributs, seuls effectivement connaissable".

قارن مع: السّيستاني (السّيّد علي الحسيني)، م س، حين قال: " أنّ النّظريّة الـمشهورة في الفلسفة التّقليديّة هي تعدّد الـموجود لجوهر وعرض، وأنّ الوجود الجوهري ما كان موجودا لا في موضوع، والوجود العرضي ما كان وجوده في الـموضوع، واختلف أصحاب هذه النّظريّة في كون التّركيب بينهما إذا اجتمعا هل هو تركيب اتّحادي أم تركيب انضمامي كانضمام الحجر للحديد في بناء الدّار مثلاً، ولكنّنا نختار ما طرحه بعض فلاسفة الغرب كالفيلسوف الفرنسي ـ روسّو ـ وبعض فلاسفة الشّرق وهو آقا علي مدرسي من اتّحاد هذين الـمفهومين وهما الجوهر والعرض وجوداً، وذلك لأنّ الـموجود شيء واحد في الخارج إلّا أنّه يعيش حركة تطوّريّة تكامليّة والأعراض ما هي إلّا أنحاء وجوده التّطوّري وألوان حركته التّكامليّة الـمتجدّدة لا أنّها وجودات محموليّة أخرى ترتبط بوجوده وتنضمّ إليه، وقد رتّبنا على هذه النّظريّة كثيراً من البحوث الفلسفيّة" (ص 20). ويضيف "السّيستاني" في مكان لاحق: "لقد قال علماء الاجتماع والتّاريخ بأنّ اللغة دليل حضارة الـمجتمع، فاللغة الـمتكاملة تعكس تكامل الـمجتمع، فسعة آفاقها واشتمالها على الـمفردات القانونيّة والصّناعيّة والفنّيّة كاشف عن حضارة الـمجتمع وتطوّره، كما أنّ اللغة لسان معبّر عن نوع التّفكير الاجتماعي، فمثلاً الجملة الإسناديّة في اللغة العربيّة نحو زيد قائم لا تشتمل إلّا على طرفين موضوع ومحمول ممّا يدلّ على كون النّسبة الإسناديّة بالـمفهوم العربي تعني اتّحاد الطّرفين وجوداً والهوهوية (كلمة مركّبة من « هو هو » معناها أنّ الـمحمول عين الـموضوع) الـمصداقيّة بينهما، بينما هذه الجملة في اللغة الفارسيّة

واليونانية تحتاج لرابط وهي كلمة ـ است ـ أو ـ استين ـ مضافاً لوجود الـموضوع والـمحمول، مما يدلّ على كون مفهومها في الفكر الفارسي عبارة عن ثبوت شيء لشيء ـ أي ثبوت القيام لزيد ـ وهذا الـمفهوم يحتفظ بالغيريّة والاثنينيّة بين طرفي القضية بخلاف الـمفهوم العربي الذي يعكس الوحدة والاندماج، فاللغة إذن دليل على نوع التّفكير الاجتماعي" (ص 38). ويقول السّيستاني كذلك: "حينما دخل علم الفلسفة أوساط الـمجتمع العربي احتاج علماء العرب لترجمة الأفكار الفلسفيّة وانتخاب ألفاظ عربيّة للتّعبير عنها، سواءً على مستوى الـمركّبات أم على مستوى الـمفردات، فمثلاً بالنّسبة إلى الـمركّبات نرى أنّ الجملة الإسناديّة نحو زيد قائم يختلف تصوّرها في الارتكاز العربي عن تصوّرها في الارتكاز الفارسي أو اليوناني، فالجملة في العرف العربي تعبّر عن هوهوية واتّحاد بين وجودين، وجود زيد ووجود القيام من دون أن تشمّ رائحة الغيريّة والاثنينيّة بينهما، بينما مفهوم هذه الجملة في العرف الفارسي واليوناني يعني ثبوت شيء لشيء آخر فهو يحافظ على الغيريّة والاثنينيّة بين الطّرفين، ولذلك يحتاج لوجود الرّابط بينهما كلفظ – است – في الفارسيّة و – أستين – في اليونانيّة، وحيث إنّ الفكر الـمنطقي بدأ على يد اليونانيّين، لذلك أصبح التّصوّر الـمنطقي للقضيّة وهي الجملة الخبريّة موافقاً للعرف اليوناني، وحينما ترجم علم الـمنطق إلى العربيّة ترجم هذا التّصوّر أيضاً، لكن لمّا لم يوجد في اللغة العربيّة ثلاثة أطراف– موضوع ومحمول ورابط – لأنّ العرف العربي لا يرى القضيّة بمعنى ثبوت شيء لشيء بل بمعنى اتّحاد الوجودين فلا تحتاج لوجود رابط بحسب ارتكازه، استعار العلماء لفظ – هو– للتّعبير عن الرّابط محافظة على التّصوّر الـمنطقي الـمتأثّر بالعرف اليوناني، فقالوا: القضيّة ثلاثية الأطراف نحو زيد هو قائم" (ص 60). انظره أيضا في ص 155 و156: "لقد ذكر علماء النّفس أنّ طريقة التّفكير ترتبط ارتباطاً وثيقاً باللغة الـمستخدمة عند التّفكير، فإنّ اللغات العالـميّة لا تختلف اختلافاً لفظيّاً فقط بل إنّ كلّ لغة تتضمّن بين ثناياها طريقة معيّنة للتّفكير والتّحليل، فمثلاً كثير من اللغات تختلف عن اللغة العربيّة في تقديم الـمسند على الـمسند إليه بعكس اللغة العربيّة، وهذا له تأثير كبير في طريقة التّفكير والتّحليل الذّهني. كما أنّ اللغة الفارسيّة واليونانيّة تستلزم تصوّر القضايا الحمليّة على أنّها من باب ثبوت شيء لشيء، لذلك يذكر فيها الرّابط بين الـموضوع والـمحمول وهو (است أو استين)، بينما اللغة العربيّة تصوّر للذّهن أنّ القضيّة الحمليّة من باب الهوهوية بين الـموضوع والـمحمول نحو زيد قائم، ولذلك عندما يعبّرون عن نسبة الرّبط فيها يذكرون ضمير الشّأن وهو – لفظ هو–. وممّا لا شكّ فيه أنّ تصوّر القضيّة على النّحو الأوّل يختلف عن تصوّرها على النّحو الثّاني، فلو كان ارتباط اللفظ بالـمعنى ارتباط السّبب بالـمسبّب لم نجد تلازماً بين طبيعة اللغة وطريقة التّفكير، إذ شأن اللفظ حينئذٍ إخطار الـمعنى فقط كإخطاره بأيّ لفظ من لغة أخرى، فلا يتغيّر نوع تصوّر الـمعنى لتغيّر طريقة اللفظ، بينما تأثّر أسلوب التّفكير باللغة الـمستخدمة كاشف عن علاقة الاندماج والهوهوية بين اللفظ والـمعنى وانعكاس الـمعنى في اللفظ نفسه".

انظر حول الـمسألة نفسها كتابا في الألسنيّة العرفانيّة:

"ديلباك" (نيكول)، الألسنيّة العرفانيّة. فهم كيفيّة عمل اللغة، بروكسال، دوكولو، 2002، ص 168، و 169 و 182.

Delbecque (Nicole) (éd), *Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage* (ouvrage collectif), Bruxelles, Éd Duculot, 2002, p.168, 169 et 182.

وانظر أيضا: (ميلاد) خالد، الإنشاء في العربيّة بين التركيب والدّلالة. دراسة نحويّة تداوليّة، تونس، جامعة منّوبة/ الـمؤسّسة العربيّة للتّوزيع،1421 هـ/2001 م، ط 1، ص 366 و487.

هذا الكلام لـ: "لالاند" يدعّمه ما ورد سابقا على لسان "نيتشه" والذي مفاده أنّك إن محوت الأوصاف اضمحلّ الـموصوف[249]. فليس هنالك إذن إلاّ الأوصاف[250].

---

[249] انظر الفقرة عدد 70.

[250] قارن مع السّيد علي الحسيني السّيستاني (م س، ص 280 وما بعدها):
"للحمل نوعان: 1 - الحمل الذّاتي الأوّلي، وهو ما كان متقوّماً بالاتّحاد الـمفهومي بين الـموضوع والـمحمول والتّغاير الاعتباري، ولو بالإجمال والتّفصيل نحو الإنسان حيوان ناطق أو بإيهام سلب الشّيء عن نفسه ثمّ إثباته له نحو النّاطق ناطق. 2 - الحمل الشّائع الصّناعي، وهو ما كان متقوّماً بالتّغاير الـمفهومي بين الـموضوع والـمحمول والاتّحاد الوجودي في أيّ وعاء من أوعية الوجود ذهناً أو خارجاً، نحو الإنسان ناطق والإنسان كلّي.
ج - أقسام حمل الـمشتقّ: تارة يدخل حمل الـمشتقّ في الحمل الذّاتي الأوّلي نحو النّاطق ناطق ولا ريب في صحّته كما سبق، وتارة يدخل في الحمل الشّائع، وهذا على أقسام: 1 - ما كان من الانتزاعيّات نحو الإنسان ممكن ولا ريب في صحّة حمله، للتّغاير الـمفهومي بين الطّرفين والاتّحاد الوجودي الذّهني لو كان الـمراد بالإمكان الإمكان الـماهوي، أو الاتحاد الوجودي في الخارج لو كان الـمراد بالإمكان الإمكان الوجودي بمعنى الفقر الذّاتي. 2 - ما كان من الاعتباريّات نحو الخمر محرّم والصّلاة واجبة ولا ريب في صحّة الحمل فيه، للتّغاير الـمفهومي والاتّحاد في وعاء الاعتبار، فإنّ الـمعروض للحرمة الاعتباريّة هو طبيعيّ الصّلاة الـموجود في وعاء الاعتبار، لاشتراط وحدة الوعاء في حمل شيء على آخر.3 - ما كان من الأعراض الـمقوليّة الـمتأصّلة نحو الانسان قائم وقاعد، وهذا القسم قد يورد عليه بإيراد مبني على القول ببساطة الـمشتقّ، وبيانه: أنّنا إذا قلنا زيد قائم فالحمل الـمذكور حمل شائع صناعي متقوّم بالتّغاير الـمفهومي والاتّحاد الوجودي، فأمّا التّغاير الـمفهومي فهو حاصل بلا ريب ولكنّ الكلام في الاتّحاد الوجودي، فإنّنا إن اخترنا القول بالتّركيب في الـمشتقّ فلا ريب حينئذٍ في وحدة الـموضوع والـمحمول وجوداً لأنّ الـمراد بالـمحمول الذّات الواجدة للقيام وهذا الـمفهوم متّحد وجوداً مع زيد الخارجي، ولكنّنا إذا اخترنا القول ببساطة الـمشتقّ وأنّ لفظ قائم معناه نفس معنى القيام وإنّما الفرق اعتباري وهو لحاظ اللابشرط عن الحمل والبشرط لا عنه فحينئذ لا يوجد اتّحاد وجودي بين زيد والقيام، فإنّ زيداً يعني الوجود الجوهري القائم بنفسه والقيام يعني وجوداً محموليّاً آخر وهو الوجود العرضي القائم بالـموضوع فمع تحقّق الوجودين كيف يحصل الاتّحاد الوجودي الـمقوّم للحمل الشّائع ؟! والجواب: إنّ هنالك مسلكين في وجود الأعراض: 1 - مسلك الآقا علي الـمدرس وهو الـمختار عندنا، ومحصّله: أنّ الأعراض ليس لها وجود محمولي خاصّ بها وإنّما الوجود الجوهري يعيش في صميمه حركة تطوّريّة تتشأّن بعدّة شؤون وتتلوّن بعدّة ألوان والأعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهري الـمتطوّر، فحينئذ ليس عندنا وجودان في الخارج بل وجود واحد والأعراض نابعة من صميم هذا الوجود الواحد من دون أن توجب تعدّداً وجوديّاً له، نظير الـمادّة الهيولائيّة الـمتصوّرة بعدّة صور نوعيّة من دون أن يكون للمادّة وجود آخر غير وجود الصّورة الـمحدّدة لها، وعلى هذا الـمسلك فالاتّحاد الوجودي الـمقوّم للحمل حاصل.
2 - مسلك الـمشهور من تعدّد الوجود لموجود جوهري قائم بنفسه وموجود عرض قائم بموضوعه، والاتّحاد الوجودي الـمعتبر في الحمل حاصل حتّى بناءً على هذا الـمسلك. بيان ذلك: إنّ الفلاسفة قسّموا الحمل الشّائع لقسمين: 1- حمل حقيقي ذاتي. 2- حمل مجازيّ عرفي. والـمراد بالقسم الأوّل

بعبارة أخرى: ثمّ بين الـموصوف والأوصاف تغاير مفهوميّ ليس إلاّ، أمّا في الوجود فثمّ اتّحاد[251]. فالقول مثلا إنّ (موصوفاً ماَ) له (الوصف$_1$) و (الوصف$_2$) و... لا يُراد به "أنّ لـ (الوصف$_1$) وجودا ولـ (الوصف$_2$) وجودا آخر وقد صارا موجودين معا في (الـموصوف)، إنّما الـمراد بمعيّة (الوصف$_1$) و(الوصف$_2$) أنّ الذّهن عند تحليل (الـموصوف) وملاحظة حدِّه اعتبر معنيين أحدهما مبهم والآخر معيّن محصّل له، فهما موجودان بوجود واحد، فالوجود واحد والـمعنى اثنان"[252] .

ويخلص من "لالاند" – إذا استعملنا اصطلاح مجلّة الالتزامات والعقود: الذّات[253]، وأضفنا إليه الاصطلاح الذي تعوّدنا عليه في هذه الصّفحات (الأوصاف الذّاتيّة أو الذّاتيّات[254]، والأوصاف غير الذّاتيّة أو غير الذّاتيّات[255]) –:

أنّ الذّات (هذا القلم الذي أكتب به/ هذا الشّخص الجالس أمامي/ إلخ) هي الذّاتيّات ومعها غير الذّاتيّات.

ما كان الـمحمول فيه منتزعاً من ذات الـموضوع من دون وجود واسطة بينهما، لا واسطة في الثّبوت ولا واسطة في العروض، نحو الوجود موجود والضوء مضيء والبياض أبيض، ولا إشكال في صحّة هذا الحمل للتّغاير الـمفهومي بين الطّرفين بلحاظ دخالة حيثيّة اللابشرط في مفهوم الـمحمول ودخالة حيثيّة البشرط لا في مفهوم الـموضوع وللاتّحاد الوجودي بينهما. والـمراد بالقسم الثّاني ما كان الـمحمول فيه أجنبيّاً عن الـموضوع، وهو نوعان: 1 - الحمل الـمجازي الأدبي، أي ما يعدّ بنظر العرف تجوّزاً لا حقيقة نحو الـميزاب جاري، فإنّ الحمل هنا حمل مجازي حتّى بنظر العرف لعدم الاتّحاد الوجودي بين الـموضوع والـمحمول وإنّما حمل عليه لواسطة جليّة في العروض وهي جريان الـماء فيه، وهذا النّوع من الحمل خارج عن محلّ كلامنا. 2 - الحمل الـمجازي العقلي، أي ما يعدّ بنظر العرف حملاً حقيقيّاً وإن كان بنظر العقل حملاً مجازيّاً، لأنّ هذا الحمل مستند لواسطة في العروض ولكن لخفاء هذه الواسطة عند العرف عدّه العرف حقيقيّاً ولجلائها عند العقل الـمتأمّل كان الحمل مجازيّاً عنده، ومثال ذلك الإنسان موجود، فإنّ الـموجود في الحقيقة هو الوجود لا الإنسان ولكن لأجل وجود واسطة خفيّة وهي كون الـماهية حدّاً للوجود صحّ حمل الـموجود على الإنسان، فهو حمل حقيقي عرفاً لخفاء الواسطة وحمل مجازي عقلاً لمعرفة الواسطة عند العقل. ومثال ذلك - أيضاً - الجسم أبيض، فإنّ الأبيض في الواقع هو البياض لا الجسم لكن لوجود واسطة وهي تقوّم وجود البياض بوجود الجسم، سواءً فسّرنا هذا التّقوّم بالتّركيب الانضمامي كما هو رأي بعض الفلاسفة أم فسّرناه بالتّركيب الاتّحادي كما هو رأي البعض الآخر منهم فهذا الحمل حقيقي عرفاً لخفاء الواسطة مجازي عقلاً للعلم بها عند العقل". انظر أيضا ص 294 وما بعدها.

[251] انظر الفقرة عدد 72.

[252] الحيدري (السّيّد كمال)، الـمذهب الذّاتي في نظريّة الـمعرفة، دار فراقد، إيران. قم، 2005، ص 24، الهامش 1.

[253] كما تقدّم وردت هذه العبارة كاسم للصّورة الأولى الواردة بالفصل 45.

[254] استعملت مجلّة الالتزامات والعقود عبارة النّوع.

[255] استعملت مجلّة الالتزامات والعقود عبارة الوصف.

كما يخلص من "لالاند"، ولكن هذه الـمرّة مع "نيتشه" (إلخ) أن ليس ثمّ إلاّ الأوصاف: الذّاتيّات ومعها غير الذّاتيّات.

ومن يقول إنّ الذّاتيّات اختراع، لا يبقى لديه إلاّ: غير الذّاتيّات.

لكن لنتّفق مرّة أخرى: ليس هنالك ماهية أولى مستقلّة عن الأوصاف غير الذّاتيّة. فهنا ثمّ تغاير مفهومي. لكن هنالك وحدة في الوجود. ولا يمكن تصوّر ماهية أولى دون أوصاف كما لا يمكن تصوّر أوصاف دون ماهية[256].

انطلاقا ممّا تقدّم، يمكن القول إنّ الفارق بين شيئين هو فارق بين غير ذاتيّات وغير ذاتيّات أخرى[257]. وهذا الفارق قد يكون عظيما أو دقيقا بحسب الحالات. بعبارة

---

[256] "ميل" ("جون ستيوارت")، م س، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل الثّالث، الفقرة 6.

[257] يقول السّيّد علي الحسيني السّيستاني (م س، ص 214 وما بعدها):" لا ريب أن شيئيّة الشّيء – التي بها يمتاز عن غيره ويكون حقيقة منفصلة عن الحقائق الأخرى – بصورته لا بمادّته، ولكن ما هو الـمعيار في الصّورة الفاصلة للحقيقة: هل هو النّظر العرفي أم النّظر الفلسفي؟ الـمعيار الفلسفي: ويرى الفلاسفة أنّ الصّورة الـمقوّمة للحقيقة هي الصّورة النّوعيّة الـمعبّر عنها بالفصل. فالإنسان مثلاً بناطقيّته لا بجسمه، فلو تحوّل الجسم إلى تراب فالإنسان باق باعتبار عدم تغيّر صورته الإنسانيّة وهي روحه النّاطقة. الـمعيار العرفي: وهو الذي يرى تمايز الأشياء بالصّورة الشّكليّة والآثار الـملموسة عند العرف. وبينهما عموم من وجه، فالجسد البشري – مثلاً – بعد فقدانه للحياة يراه العرف بأنّه هو الإنسان وأنّه مات، والـموت والحياة حالات طارئة لا حقائق مختلفة، بينما الفلاسفة لا يعتبرون الجسد الـميت إنساناً بل يعتبرونه جماداً والإنسان غيره فيختلفان حقيقة بالـموت والحياة. كما أنّ الحليب واللبن الـمصنوع منه حقيقتان عرفا وذات واحدة فلسفة، لاتّحاد الصّورة النّوعيّة فيهما. وبعد البيان الـمذكور نقول: بأنّ الـمعتبر في الصّورة الفاصلة للحقيقة هو النّظر العرفي لا النّظر الفلسفي لعدّة أسباب: أوّلاً: أنّ الرّؤية الفلسفيّة لا دليل على واقعيّتها وصحّتها، فربّما يكون الـمعيار الواقعي في الفصل بين الأشياء هو الفصل بالعوارض والآثار [...] ولا دليل على لزوم كون الفاصل بالصّور النّوعيّة والفصول، ولعلّ الاتّجاه الفلسفي في جعل معيار التّمييز مبنيّاً على الصّور النّوعيّة والفصول تعبير عن عرف خاص في الـمجتمع اليوناني الذي نشأت فيه بذرة الفلسفة، ومن الواضح أنّ الأعراف والـمجتمعات تختلف في معيار التّمييز كما نلاحظ اختلاف الـمجتمعات في جعل بعض الفواكه أو الحيوانات تحت عنوان واحد أو عناوين متعدّدة. فمن الـمحتمل جدّاً كون الفلسفة اليونانيّة في اعتمادها على الصّور النّوعيّة كمعيار للتّمييز بين الحقائق تعبّر عن عرف خاص ورؤية إنسانيّة معيّنة لا أنّ ذلك هو الـمعيار الواقعي الـمعتمد. ثانياً: قد ذكر الفلاسفة أنفسهم أنّ الاطّلاع على الحقائق الواقعيّة غير متيسّر والفصول التي يطرحونها ما هي إلّا فصول مشهوريّة لا فصول حقيقيّة، فالنّاطق – مثلاً – الذي جعل فصلاً للإنسان إن أريد به النّطق فهو كيف مسموع وإن أريد به الفكر فهو كيف نفساني أو فعل ذهني، ومن الـمعلوم عندهم عدم تقوّم الجوهر بالأعراض من الكيف والفعل، إذن فالنّاطق فصل مشهوري لا فصل حقيقي. ونتيجة ذلك: أنّه كيف يمكن لنا أن نعتبر الـمعيار في تمييز

أخرى يعدّ الفارق بين ذاتين (كائنين واقعيّين) فارقا بين أوصاف (نوع معيّن من الأوصاف) وأخرى يتدرّج من العظيم إلى الدّقيق تدرّجا لا يمكن ضبطه مسبّقا إذ هو يتبع الذّاتين أو الكائنين اللذين نحن بصدد البحث عن الفارق والـمائز بينهما.
بعد كلّ الذي جاء أعلاه، ينبغي الإتيان بمسألة أخيرة تكون بمثابة الـمحصّلة.

75. — الـمسألة الرّابعة: الـمحصّلة. سنضع نقطة أولى، ثمّ نقطة ثانية، ثمّ نستخرج منهما محصّلة.
وسنبدأ النّقطة الأولى بمثال نأخذه عن الياقوت لأنّ ذكره تكرّر في الـمشروع الـمرَاجع. فلقد ورد في إطار حديث عن الذّات[258]، وفي إطار حديث عن الذّاتيّات[259]، وفي إطار حديث عن غير الذّاتيّات[260].
وحاصل ما ورد في الحديثين الأوّلين:
ياقوت وغير ياقوت، أي ذات لنسمّها (أ) وذات أخرى مختلفة عنها لنسمّها (ب).
ياقوت وزجاج، أي ذاتيّات لنسمّها (أ)' وذاتيّات أخرى مختلفة عنها لنسمـّها (ب)'.
فإذا وقفنا الآن ونظرنا إلى (أ)، لم نجده مختلفا عن (أ)'. وكذلك الشّأن بالنّسبة إلى (ب) في علاقته بـ: (ب)' [261].

الحقائق هو النّظر الفلسفي مع قصوره – كما صرّح الفلاسفة أنفسهم – في الوصول لفرز الواقعيّات وتحديدها". انظر أيضا: ص 314: " إنّ [...] التّفكير الفلسفي التّقليدي [...] يرى أنّ معرفة الحقائق الواقعيّة يتمّ من خلال معرفة عنصرين: ما به الاشتراك وهو الجنس وما به الامتياز وهو الفصل. إلّا أنّ هذا السّنخ من التّفكير غير مقبول عندنا لوجهين:1ـ عدم وجود برهان قاطع على صحّته. 2 ـ كونه عقيماً في الإيصال لمعرفة واضحة السّمات والـملامح. وقد اعترف بذلك الـمناطقة أنفسهم، فقالوا بعدم إمكان الوصول للواقعيّات وكنه حقائقها، لذلك فالطّريقة الـمثمرة في الوصول لمعرفة الحقائق هي الطريقة التي طرحتها الفلسفة الحديثة، وهي معرفة الأشياء من خلال آثارها الحسّية وعوارضها الفعليّة والانفعاليّة".

[258] انظر الفقرة عدد 74.

[259] انظر الفقرة عدد 74.

[260] انظر الفقرة عدد 74.

[261] وهذا يدلّ – كما سنؤكّد على ذلك بعد قليل – أن لا فرق بين الغلط في الذّات والغلط في الذّاتيّات. طبعا قد نقول إنّ (ب) صنف مفتوح و (ب') صنف مغلق ومن ثمّ هما مختلفان. لكن حين ننظر إلى ما يدور في ذهن الغالط وحين ننظر إلى ما يقع عليه الغلط نجد أنفسنا دوما أمام صنف مغلق: ظنّ أنّه ياقوت فإذا به غير ياقوت (= فإذا به شئ آخر محدّد).

وإذا أخذنا (أ) ووضعنا بجانبه (ب) [غير الياقوت أمور غير متناهية من ضمنها الزّجاج]، وجدنا أنّ الفرق بينهما هو على صعيد الـمادّة (إلخ) أي على صعيد غير ذاتيّات.

أمّا إذا أخذنا (أ)' ووضعنا بجانبه (ب)' ، فإنّنا لن نجد شيئا مختلفا عمّا سبق.

كلّ هذا يدلّ على أنّ اختلاف ذات عن ذات أخرى، واختلاف نوع عن نوع آخر هو اختلاف بين غير ذاتيّات وغير ذاتيّات أخرى.

هذه النّتيجة بيّنة فيما يخصّ محلّ الحديث الثّالث. فالاختلاف بين الياقوتتين (الحمراء من جهة والخضراء من جهة أخرى) هو اختلاف بين لون ولون آخر، أي ومرّة أخرى بين غير ذاتيّات وغير ذاتيّات أخرى.

فالكلّ إذن سواء. وعلى هذا لا معنى للتّفرقة التي وضعها الـمناطقة بين الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات[262].

والاستنتاج الذي يمكن الخروج به هو أنّ شيئين (ياقوت وغير ياقوت، ياقوت وزجاج، ياقوت أحمر وياقوت أخضر، قلم وورقة، أرض وأرض أخرى، إلخ.) – ليُسمّيا كما يُشاء (ذاتين، نوعين، إلخ.) – يختلفان متى وُجِد تفاوت بين أوصاف غير ذاتيّة وأوصاف غير ذاتيّة أخرى. فإذا كان التّفاوت فاحشا، كان الاختلاف بين الشّيئين كبيرا؛ وإن لا، فلا.

لكن ألا نعود بهذا الكلام إلى الـمنطق وإلى ما قاله "ميل"[263] عن الـمناطقة من أنّهم إن رأوا الاختلاف بين شيئين لا يمكن حصره ولا يرجع إلى سبب واحد قالوا ثمّ نوعان وثمّ شيئان، وإن رأوا أنّ الاختلاف يمكن حصره قالوا النّوع واحد والشّيء واحد ومن هنالك الاختلاف هو فقط في العوارض؟ الجواب بالنّفي: فالشّيئان الـمختلفان اختلافا فاحشا في الأوصاف العرضيّة قد يكونا شيئا واحدا عند الـمناطقة.

ويمكن أن نزيد على ما تقدّم – هنا نصل إلى النّقطة الثّانية – ونقول إنّه قد تتّفق الأوصاف جميعها ومع ذلك لا نكون أمام شيء واحد بل أمام شيئين. وفعلا قد

---

[262] ونقلها عنهم الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود.

[263] انظر الفقرة عدد 64.

يعترضنا: شيء أوّل له أوصاف (هذا القلم الذي أكتب به) وشيء ثان له نفس الأوصاف (قلم آخر له نفس الشّكل، واللون، والوزن، و.... إلى أن نأتي على جميع الأوصاف). وإنّنا نعلم أنّ الزّمان والـمكان يجعلان هذين الشّيئين مختلفين عن بعضهما البعض (إذا كان الشّيء الأوّل في الزّمان$_1$ يملأ الـمكان$_1$ فإنّ الشّيء الثّاني في نفس الزّمان سيملأ مكانا آخر). لكنّنا نعلم أيضا أنّ الزّمان والـمكان إطار، أي أمور خارجة عن الشّيء[264]، أي تحديدات لا تنتمي إليه[265]، أي أنّها ليست أوصافا له[266]. فإذا افترضنا الآن أنّنا وضعنا اليوم الشّيء الأوّل في الـمكان$_1$ والشّيء الثّاني في الـمكان$_2$، وجاء أحدُهم ليلا ووضع الشّيء الأوّل في الـمكان$_2$ والشّيء الثّاني في الـمكان$_1$، لم نستطع نحن الذين سنعود في الغد ونقف أمام الـمكان$_1$ أن نقول إنّا لم نعد أمام الشّيء (وهو الأوّل) الذي تركناه بالأمس وإنّنا صرنا أمام شيء أخر.

على هذا يمكن القول إنّ غير الشّيء قد نأخذه – نحن البشر – على أنّه الشّيء، والسّبب عدم وجود تفاوت بين أوصاف الشّيء وأوصاف غيره.

بعبارة أخرى نحن البشر، لكي نأخذ وعلى الدّوام الشّيء على أنّه الشّيء وغيره على أنّه غيره، أي لكي نقول وعلى الدّوام عن شيئين إنّهما مختلفان، أي لكي نقول وعلى الدّوام عن شيئين إنّهما شيئان، لا بدّ من أن نكون أمام تفاوت بين أوصاف غير ذاتيّة وأوصاف غير ذاتيّة أخرى (قيل "على الدّوام" لكي ينبّه إلى أنّه لم يُقصد أنّه وحين تتّحد الأوصاف لا نكون أمام شيئين. فلقد قلنا إنّه قد نكون أمام شيء أوّل له أوصاف معيّنة وشيء ثان له نفس الأوصاف ولكنّه ليس الشّيء الأوّل. في هذه الفرضيّة لا يمكن إعمال أحكام الغلط ما دامت جميع الأوصاف التي أريدت موجودة).

---

(264) "هايدغر"، م س، ص 29.

انظر إلى آثار هذه النقّطة في مادّة الحوز والـملكيّة:

"جاردي" (جون لويس)، بحث في الأسس القبلية لعقلانيّة الأخلاق والقانون، باريس، الـمكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، 1972، ص 206 وما بعدها.

GARDIES (Jean–louis), *Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 206 et s.

(265) "هايدغر"، م س، ص 38.

(266) "هايدغر"، م س، ص 27 وما بعدها.

انطلاقاً من كلّ ما سبق، يمكن الخروج بقول مفاده أن لا فرق بين هذه الأمور الثّلاثة الذّات، والنّوع، وغير الذّاتيّات.
هذا القول يعدّ محاولة حكم على الـمنطق، ممّا يعني أنّه قد صار بالإمكان محاولة الحكم على القانون انطلاقا من هذه الـمحاولة للحكم على الـمنطق.

الفرع الثّاني: الحكم على القانون انطلاقا من الحكم على الـمنطق

76. — سنبدأ هنا بمحاولة الحكم على القانون الغربي، ثمّ نمرّ إلى محاولة الحكم على القانون الإسلامي، ونختم بمحاولة الحكم على القانون التّونسي:

77. — وفيما يخصّ القانون الغربي، سنركّز على ذلك الذي بدا لنا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد أخذت منه، ونعني القانون الفرنسي. لكن بما أنّ القانون الفرنسي تأثّر بالقانون الرّوماني، فسنبدأ بهذا، ثمّ نختم بذاك.

78. — وفي البدء لم يقبل القانون الرّوماني، وإلى حدّ القرن الثّاني للميلاد، إلاّ بالغلط في طبيعة العقد وبالغلط في ذات الشّيء وفي ذات الشّخص. لكن، وفي مرحلة لاحقة أي في بداية القرن الثّالث، أخذ بالغلط في الـمادّة منظورا إليها من زاوية كونها ماهية (الـمعنى الرّابع)[267]. ولإعطاء صورة كاملة عن القانون الرّوماني[268]، ينبغي أن يُضاف أنّه – وفي حقل بيع الحيوان والرّقيق – قبِل ببعض العيوب التي تمنع الاستعمال. بعبارة أخرى، في هذا الـميدان الخاصّ، قبِل بغير الذّاتيّات.

79. — على هذا، فالقانون الرّوماني قال بالذّات، وقال في نطاق خاصّ بغير الذّاتيّات. ومن يَقُلْ ما سبق، يكون قد قال بالذّاتيّات. لذا يمكن القول إنّ نظرة

---

[267] "مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس"، م س، عدد 159 وعدد 163.
انظر أيضا: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 223.
ويقول الأوائل إنّ الغلط هنا مانع، ويقول الثّانون إنّه معدم للرّضا.
[268] جاءت هذه الصّورة عند: "مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس"، م س، عدد 163.

"التّثليث" التي وجدت في الـمنطق قد مرّت إلى القانون الرّوماني. هذا يعني أن بالإمكان سحب ما قيل عن الـمنطق وتطبيقه على القانون الرّوماني. ويمكن أن ندقّق هذا الكلام بالقول إنّ الرّومان قبلوا في البدء الذّات ورفضوا غيرها. لكنّنا نعلم ممّا سبق أن لا فرق بين تلك الذّات وهذا "الغير". هذا يعني أنّ القانون الرّوماني قبل "الغير" في نفس اللحظة التي ظنّ فيها أنّه قد رفضه. ثمّ إنّ هذا القانون أدخل بعض غير الذّاتيّات وأوصد الباب في وجه الـمتبقيّ منها. لكنّنا نعلم أنّ الذّات مقبولة، وهذه لا فرق بينها وبين غير الذّاتيّات. وعلى هذا فما تُرك في الخارج وغُلِّقَتِ الأبواب كي لا يدخل البيت هو بعدُ متربّع فيه.

80. — ويبدو أنّ نظرة "التّثليث" هذه قد مرّت من القانون الرّوماني إلى القانون الفرنسي. فلقد احتوى هذا القانون على الذّات (إلى جانب الطّبيعة ووجود السّبب) وعلى كلمة الـماهية.

وجاءت الذّات (لا كلفظ طبعا) بالفصل 1108 من الـمجلّة الـمدنيّة (ومعها بنفس الفصل الطّبيعة والسّبب[269]، والسّبب جاء أيضا بالفصل 1131 كما تقدّم معنا حسب "أوبري" و"رو"[270]). أمّا لفظة الـماهية فجاءت بالفصل 1110 (يلاحظ هنا أنّه لم تفهم الـماهية في هذا الفصل على أنّها تشمل الـماهية الأولى). ولقد اختلف في معناها: فبعضهم جعلها للذّاتيّات وللمادّة رافضا مدّها للقِدَم وللمصدر[271]، وبعضهم الآخر جعلها لكلّ ما رآه الأطراف أساسيّا أي بالتّحديد لغير الذّاتي[272].

81. — وعلى هذا، فالـمجلّة الفرنسيّة إمّا أنّها تقول بالذّات وبالذّاتيّات فقط[273]، وإمّا أنّها تقول بهما وتزيد غير الذّاتيّات[274]:

---

[269] "مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس"، م س، عدد 161، ص 151.

[270] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[271] وهذا هو موقف: "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر)، وموقف "دومولومب" (م س، ج 24، عدد 86). و"دومولومب" يزيد مادّة العيوب في البيع (ج 24، عدد 107)، ولكن سنعود إليه لاحقا.

[272] "لوران"، م س، ج 15، عدد 490 وما بعدها. ويقول "لوران" إن موقفه هو موقف "بوتيي" و"دوما" وإنّ هذين هما اللذان اتّبعتهما الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة (عدد 488).

[273] في كلّ هذه التّحاليل تركنا مسألة العيوب الخفيّة لأنّنا سنعود إليها لاحقا.

[274] ولقد رأينا "لوران" ينسب هذا القول إلى الـمجلّة الـمدنيّة. وينبغي أن ندقّق هنا وأن نقول: إنّ لفظة الفصل 1110 اعتبرت لغير الذّاتي. لكنّ قانونا يقبل غير الذّاتي يقبل من باب أولى الذّاتي. وإنّ هذا هو الذي يبرّر ما جاء في الـمتن.

فإذا قالت بالذّات وبالذّاتيّات فقط، صحّ في حقّها ما سبق من أنّها تقول أيضا بغير الذّاتيّات. ولعلّه يجب أن نشير هنا إلى أنّ الذين ينسبون إلى الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة هذا الـموقف يضيفون بأنّ غير الذّاتي يُقبل لو أنّه جعل صراحة[275] أو ضمنا[276] شرطا[277].

أمّا إذا كانت تقول بهذه الأشياء جميعا (الذّات/ الذّاتيّات/ غير الذّاتيّات)، فستكون كالـمنطق من أصحاب "التّثليث"، وسيصحّ في حقّها ما صحّ في حقّه[278].

ولعلّ السّؤال الآن: هل كان الفقه الإسلامي بدوره "منطقيّا" (كما قالت لنا الحاشية الجانبيّة من الـمشروع الـمرَاجع الخاصّة بالفصل 50)؟

82. — لو سُمِح بالـمجاز مرّة أخرى، لقلنا إنّ الفقه الإسلامي ليس "تثليثيّا"، بل "ثنويّا". ولعلّه يسمح لنا لاحقا وحين ننظر من زاوية معيّنة أن نقول إنّه "توحيدي":

هو ليس "تثليثيّا"، لأنّه لا يعرف الذّات كصنف مستقلّ، فلقد وجدنا ابن عاصم يستعمل اسم الذّات في مثال الياقوت الذي يظهر غير ياقوت[279]. نفس هذا الـمثال سُمّي عند آخرين جنسا. ممّا يعني أنّنا أمام اسمين نعم، لكن أمام صنف واحد لا صنفين[280].

---

[275] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 97.

[276] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 98.

[277] انظر إلى "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[278] ينبغي أن نشير هنا إلى أنّ الذين يرون أنّ الفصل 1110 هو للذّاتيات فقط يرون هذه الصّورة غير خطيرة. أمّا "لوران" الذي يراها للذّاتيات ولغير الذّاتيات (م س، ج 15، عدد 490) فيصف الذّاتيات بالخطيرة، بل لعلّه يمكن القول إنّه لا يدخلها أصلا في الفصل 1110.

[279] انظر الفقرة عدد 33.

[280] انظر إلى هذا الصّنف عند: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بيروت، مؤسسة التّاريخ العربي/ دار إحياء التراث العربي، ج 2، ص 106 وما بعدها.

وهو "ثنوي"، لأنّه يفرّق بين الذّاتيّات وغير الذّاتيّات[281]. ولا يخرجه من "الثّنويّة" إلى التّثليث فصله داخل غير الذّاتيّات بين التّفاوت الفاحش وغير الفاحش، لأنّ غاية هذا الفصل أن يجمع الفاحش مع الذّاتيّات، ومن ثمّ أن يبتعد هذان عن غير الفاحش.

فالفقه الإسلامي يقسّم الغلط إلى قسمين: غلط في الجنس، وغلط في غير الجنس. ومثال الأوّل عدم العلم بأنّنا أمام زجاج وعدم العلم بأنّنا لسنا أمام ياقوت[282]. أمّا مثال الثّاني فعدم العلم بأنّنا أمام ياقوت أصفر وعدم العلم بأنّنا لسنا أمام ياقوت أحمر[283].

ثمّ إنّ هذا الفقه، وداخل ما ليس جنسا أو ما ليس أوصافا ذاتيّة، يفصل بين أمرين: التّفاوت الفاحش في الـمنفعة بين ما طلبه الـمشتري وحقيقة الـمبيع، والتّفاوت غير الفاحش. ومثال الأوّل عدم العلم بأنّ الدّار بناؤها لبن وعدم العلم

---

[281] انظر: أبو زهرة (محمّد)، الـملكيّة ونظريّة العقد في الشّريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 417 وما بعدها؛ سلامة (محمّد)، نظريّة العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، الـمغرب، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة، 1414 هـ / 1994 م، ص 236 وما بعدها؛ محمصاني (صبحي)، النّظريّة العامّة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلاميّة. بحث مقارن في الـمذاهب الـمختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972، ج 2 ص 420 وما بعدها؛ رستم باز اللبناني (سليم)، شرح الـمجلّة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1406 هـ / 1986م: التعليق تحت الـمادّة 65؛ حيدر (علي)، م س، التّعليق تحت الـمادّة 65.

[282] جاء في الـمبسوط للسّرخسي (ج 13، ص 12 و13): "وإذا اشترى فصّا على أنّه ياقوت [...] إن كان الـمشار إليه زجاجا فالبيع فاسد لانعدام الـمجانسة [...] وكذلك إذا اشترى ثوبا على أنّه هروي فإذا هو من صنف آخر فهو فاسد، لأنّ الثّياب أجناس مختلفة".

وجاء في الفتاوى الخانيّة (ج 2، ص 134): "ولو باع شيئا معيّنا وسمّاه باسم آخر، بأن قال بعتك هذا الثّوب على أنّه هروي فإذا هو مروي، لا يجوز البيع، لأنّ الهروي مع الـمروي جنسان مختلفان لاختلاف الصّفة".

وجاء في البدائع (ج 5، ص 139 و140): "وعلى هذا يخرج إذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال بعتك هذا الثّوب الهروي بكذا فإذا هو مروي، أو قال بعتك هذا الثّوب على أنّه مروي فإذا هو هروي" (أخذ كلّ هذا عن: السّنهوري، م س، ج 2، ص 106 وما بعدها.).

[283] جاء في فتح القدير (ج 5، ص 201): "ومن الـمختلفين جنسا ما إذا باع فصّا على أنّه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلا على أنّه ياقوت أحمر فظهر أصفر صحّ ويخيّر".

وجاء في الفتاوى الهنديّة (ج 3، ص 140 و141): "وكذا لو اشترى كتابا على أنّه كتاب النّكاح من تأليف محمّد رحمه الله فإذا هو كتاب الطّلاق أو كتاب الطّب أو كتاب النّكاح لا من تأليف محمّد رحمه الله" (كلّ هذا أخذ من: السّنهوري، م س، ج 2، ص 110 وما بعدها).

بأن ليس بناءها الآجر. أمّا الثّاني فمثاله عدم العلم بما في الدّار وهو انعدام بناء ما وعدم العلم بما ليس فيها وهو ذلك البناء[284].

على هذا، صار "الواحد" وهو الشّيء ثلاثة: جنس، وغير جنس مع تفاوت فاحش، وغير جنس مع تفاوت غير فاحش. مع ذلك لا يمكن القول إنّ الفقه من أصحاب "التّثليث" (حتّى إن كان هذا "التّثليث" مختلفا عن الغربي باعتبار أنّ الفقه لا يردّ "الواحد" إلى ذات وجنس وغير جنس) لأنّه جاء بالتّفاوت الفاحش ليلحقه بالجنس، ولنصير أمام "اثنين" هما: من جهة الذّاتيّات وغير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش، ومن جهة أخرى غير الذّاتيّات مع تفاوت غير فاحش.

ولعلّه بالإمكان القول – رغم ما ورد للتّوّ – إنّ الفقه ليس "ثنويّا"، بل هو "توحيدي"، وذلك لأنّ "الجنس" عنده له معنى مختلف عن الـمناطقة. للتّدليل على هذا، يتّجه تتبّع هذا النّص لصاحب "فتح القدير": "وإن كانا من جنس واحد إلاّ أنّ اختلافهما بالصّفة فاحش، كان كاختلاف الجنس (إذن الفاحش هو مثل الجنس وليس هو الجنس) [...] بل ليس الجنس في الفقه إلاّ الـمقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منهما تفاوتا فاحشا (إذن نحن أمام معنى جديد للجنس ليس هو الذي وجدناه عند الـمناطقة، لكن لنتأكّد من هذا بمواصلة تتبّع ما جاء في "فتح القدير")، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشا بلا نظر إلى الذّاتي (إذن معنى للجنس أو للذّاتي لا يُنظر فيه إلى الجنس أو الذّاتي، بعبارة أخرى يقول لنا صاحب "فتح القدير" إنّ الفقه اعتبر الجنس جملة أشياء تستعمل لغرض ما، فإذا كنّا أمام شيئين يتفاوت الغرض منهما تفاوتا فاحشا وضعنا كلّ واحد منهما في جنس، دون أن نلتفت إلى أنّنا أمام شيئين لهما نفس الأوصاف الذّاتيّة – أي وعند الـمناطقة أمام شيئين من جنس واحد – أو أمام شيئين مختلفين على مستوى هذه الأوصاف – أي وعند الـمناطقة أمام شيئين من جنسين –. لكن لنواصل قراءة

[284] جاء في بدائع الصّنائع (ج 5، ص 140): "ولو قال بعتك هذه الدّار على أنّ فيها بناء فإذا لا بناء فيها، فالبيع جائز والـمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثّمن وإن شاء ترك، فرّق بين هذا وبين ما إذا قال بعتك هذه الدّار على أنّ بناءها آجرّ فإذا هو لبن أنّه لا ينعقد، ووجه الفرق أنّ الآجر مع اللبن يتفاوتان في الـمنفعة تفاوتا فاحشا فالتحقا بمختلفي الجنس على ما بينّا فيما تقدّم" (أخذ عن: السّنهوري، م س، ج 2، ص 111).

النّص الفقهي لمزيد التّأكّد ممّا سبق) [...] والـمعتبر في أنّهما جنسان أو جنس واحد (إذن سيعطينا معيار تقسيم الفقهاء الشّيء إلى جنس وغير جنس) تفاوت الأغراض (إذن هذا هو الـمعيار) تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس (إذن الـمعيار يعطينا ما هو جنس)، أو قريبا فيكون من الجنس الواحد (إذن الـمعيار يعطينا ما ليس جنسا)، دون اختلاف الأصل يعني الذّاتي (فالفقهاء إذن – وقد نسب صاحب "فتح القدير" كلّ ما ورد أعلاه لا لنفسه بل للفقه – اعتبروا أنّا لو كنّا أمام شيئين من جنس واحد حسب رؤية الـمنطق، وكان هذان الشّيئان متفاوتين تفاوتا فاحشا على مستوى الغرض منهما، فنحن ومن منظورهم، أي ومن منظور الفقه، أمام جنسين لا أمام جنس واحد. ويمضي النّص الفقهي الذي نحن بصدده في هذا الاتّجاه ويعطينا مثالا فيقول:) ولذا قالوا الخلّ مع الدّبس جنسان مع اتّحاد أصلهما (ولعلّه ينبغي أن نهتمّ بهذا الـمثال وأن نقول إنّ الدّبس هو عصير العنب الـمغلّى الـمكثّف، فالخلّ إذن وعصير العنب جنس واحد عند الفقه، ولقد سبق أن رأينا[285] كيف أنّ الرّومان، وأمام مثال الخلّ والخمر عدّوا الأمر جنسين. وعلى هذا لم يخرج الرّومان من تصنيف الـمناطقة. ويبدو – كما سنرى ذلك لاحقا – أنّ مجلّة الالتزامات والعقود كانت مثلهم)[286].

وقد يقال انطلاقا ممّا سبق: نعم الفقه ليس "تثليثيّا " "تثليثيّة" الـمنطق، نعم لم يأت داخل الـمنطق ويمحو صنفا ليدخله ضمن آخر ويقول بثنويّة هي في النّهاية داخلة في فضاء الـمنطق، لكنّ هذا الفقه قال بصنفين، ومن ثمّ فهو "ثنوي"، وإن كانت هذه "الثّنويّة" ذات معنى جديد[287].

---

[285] انظر الفقرة عدد 64.

[286] انظر إلى "فتح القدير"، ج 5، ص 206 (عن: السّنهوري، م س، ج 2، ص 108).

[287] يؤكد قولنا إنّنا أمام معنى جديد ما جاء عند الزّيلعي من "أنّ الذّكر والأنثى من بني آدم مختلفان لتفاحش التّفاوت في الـمقاصد. فإنّ الـمقصود من العبد الاستخدام خارج الدّار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار [...] فصارت جنسا آخر غير الذّكورة ومن غيره (يقصد الكبش والنّعجة وغيرهما) جنس واحد لتقارب الـمقصود فإنّ الـمقصود منه اللحم والحمل والرّكوب ونحو ذلك، فالذّكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف الـمقاصد". الزّيلعي (فخر الدّين عثمان بن علي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدّقائق، مصر، دار الكتاب الإسلامي ، ط 2، ص 53.

وقد يُقبل ما سبق، لكن وإلى جانبه يمكن أن يُنظر إلى الأمر من زاوية أخرى فيُقال إنّ الفقه "توحيدي" لأنّه عدّ "الشّيء" مفهوما واحدا. لكن، لأنّ هذا الواحد يتركّب من طبقات أو درجات متفاوتة، عمد الفقه الـمذكور إلى الفصل بينها.

83. — والحاصل ممّا سبق أنّ الـمناطقة جاؤوا بـ"التّثليث" وقالوا بـ: الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات. ولقد اتّبعهم الرّومان ومن بعدهم الفرنسيّون. لكن الفقه الإسلامي ابتعد عن الـمنطق وجاء بتصنيف خاصّ به[288].

والسّؤال الآن: هل اتّبعت مجلّة الالتزامات والعقود الفرنسيّين ومن قبلهم الرّومان وكانت من ثمّ مع الـمنطق، أم أنّها اتّبعت الفقه وخرجت من هنالك عن فضاء الـمعنى الذي أوجده الـمناطقة؟

84. — ينبغي لمن ينظر إلى القانون التّونسي أن يبدأ بالإشارة إلى أنّه جاء بالحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع أنّ الفقه الإسلامي[289] في مادّة الغلط كان محكوما بالـمنطق[290]. لكنّ ما سبق من تحاليل يفيد أنّ القول بوجود نقل عن الـمنطق صحيح لو كان الـمعنيّ به لا القانون الإسلامي بل القانون الرّوماني ومن بعده القانون الفرنسي.

85. — ويبدو أن بالإمكان نقل القول بالنّقل عن الـمنطق إلى مجلّة الالتزامات والعقود. لكن قبل ذلك ينبغي تحليل ما جاء فيها. فلقد تحدّث فصلها الخامس والأربعون عن الذّات (وهذا موجود في الـمنطق وفي القانون لدى الرّومان

---

[288] سنجد لاحقا (الفقرة عدد 293) الـمالكيّة تسوّي بين الجنس وغير الجنس على صعيد الجزاء، لكن لا نستطيع من خلال ما عرفناه عنها أن نقول إنّها تسوّي بين الصّور ذاتها ومن ثمّ تقول بالتوحيد. لذلك لم ندخلها في النّقاش الوارد أعلاه.

[289] وخاصّة منه الفقه الحنفي.

[290] قالت الحاشية بالتّحديد إنّه محكوم بالفكر الإغريقي: "إنّ الفقه الإسلامي الـمتعلّق بالغلط، وخاصّة الـمدرسة الحنفيّة، محكوم بالأفكار الإغريقيّة".

"La doctrine musulmane de l'erreur, notamment celle de l'Ecole hanéfite, est dominée par les idées helléniques".

والفرنسيّين) ثمّ عن النّوع (وهذا أيضا موجود في نفس الـمكانين) ثمّ عن الوصف الـموجب للتّعاقد. وينبغي الوقوف عند هذه الصّورة مرّتين:

مرّة للقول إنّ عبارة "وصفه" عامّة (مفرد معرّف بالإضافة: أضفنا له الضّمير الـمتّصل الـمفرد الـمذكّر الغائب: "ـه") لأنّها تحوي الذّاتي وغير الذّاتي. ومؤوّل العامّ مدعوّ للبحث عن قصد صاحب العامّ من عامّه. فإذا فعل: إمّا أن لا يجد هذا القصد، عندها يُجري العامّ على عمومه؛ وإمّا أن يجده، حينئذ يُجري العامّ على ما يوافق ما وجده. هذا الكلام واجب التّدقيق بحسب ما إذا وجد الباحث قصدا مباشرا أو لم يجد:

فإذا لم يجد القصد الـمباشر، عندها سنكون – بالنّسبة إلى الحالة التي تخصّنا – أمام عبارة لنسمّها (أ) لها معنى لنسمّه 1، وأمام عبارة لنسمّها (ب) لها الـمعنى 1 ولكن لها معنى آخر لنسمّه 2. هنا تفتح ثلاث إمكانيّات تأويليّة (طبعا إذا كان معنى (أ) لا يحتمل النّزاع).

الإمكانيّة التّأويليّة الأولى، أن تُعطى العبارة (ب) الـمعنى1 لا غير. مثل هذا التّأويل يفضي إلى جعل القانون محتويا على تكرار وعلى إعادة، أي يفضي إلى جعل القانون غير مقتصد. ومعلوم أنّ الـمراد الـمفترض للعاقل أن لا يكرّر وأن لا يعيد أي أن يقتصد (حين لا يكون للتّكرار وللإعادة ولعدم الاقتصاد فائدة). وإنّه وحين يحتمل كلام العاقل معنيين: واحد يؤدّي إلى أن يكون في هذا الكلام تكرار دون فائدة وثان يؤدّي إلى أن لا يكون ما سبق، فالأقرب لقصد العاقل الـمعنى الأوّل. ويعبّر في مادّة التّأويل عمّا جاء للتّوّ بـ: "الحجّة الاقتصاديّة"، أو "مبدأ عدم التّكرار"، أو "قاعدة الإفادة أولى من الإعادة والتّأسيس خير من التّأكيد"[291]. وبناءً

---

[291] إن لعدم الاقتصاد أو للتّكرار أو للإعادة فوائد منها الإصرار والتّأكيد (انظر "بيرلمان" و"تيتيكا"، م س، ص 194 وما بعدها، وص 236 وما بعدها، وص 633 وما بعدها). وإن الـمؤوّل لمدعوّ – في غياب تعبير مباشر عن النيّة – وأمام فهم للقانون على أنّه تعرّض لصورة واحدة مرّتين، أو فهمه (لو كان ذلك ممكنا طبعا) على أنّه تحدّث في الـمرّتين عن صورتين، أن يعمد إلى هذا الفهم الثّاني لأنّ الـمصلحة في وجود حكم يتناول صورة ما راجحة على الـمصلحة في التّأكيد على صورة سبق التّعرّض إليها. وفي هذا الاتّجاه يقول أحدهم إنّه وحتّى بالنّسبة إلى جُمل من هذا القبيل: "الحرب هي الحرب"، من الواجب أن لا ننظر إليها على أنّها تطبيق لمبدأ الوحدة، بل الواجب أن نتصوّر كلّ ما يمكن تصوّره لكي تصبح هذه الجمل ذات معنى وذلك بإعطاء كلّ كلمة من الكلمتين الـمعادتين دلالة مختلفة عن الأخرى ("بيرلمان"، م س: الأخلاق في نيكوماك، ص 806).

على هذه الحجّة أو الـمبدأ أو القاعدة، أي بناءً على مراد العاقل (وهو هنا الـمشرّع) الـمتوصّل إليه بواسطة التّخمين، سيقال إنّ الإمكانيّة التّأويليّة الأولى مقبولة أو غير مقبولة بحسب ما إذا وجد الـمؤوّل أو لم يجد فائدة من إعادة صاحب النّصّ للمعنى 1 مرّتين. لكنّ هذه الإمكانيّة تظلّ في كلتا الحالتين غير مقبولة لأنّ فيها إقصاء للمعنى 2. وفعلا ثمّ هنا رفض لمدّ العامّ إلى أحد مصاديقه دون دليل من نيّة.

فإذا مررنا إلى الإمكانيّة التّأويليّة الثّانية وهي إعطاء العبارة (ب) الـمعنى 2، قلنا إنّ هذه الإمكانيّة مقبولة بالرّجوع إلى ما جاء منذ قليل. لكنّها – ومن نفس الـمنظور – تصبح غير مقبولة لو وجدت فائدة من إعادة الـمعنى 1 مرّتين.

فإذا انتهينا إلى الإمكانيّة التّأويليّة الثّالثة وهي إعطاء العبارة (ب) الـمعنى 1 و2 معا، فهنا سيقبل الأمر أو لا يقبل بحسب ما إذا وجدت أو لم توجد فائدة من الإعادة.

على هذا ينبغي، وفي كلّ الأحوال، أن يعطى (ب) الـمعنى 2. أمّا الـمعنى 1 فيعطى لـ: (ب) أو لا يعطى له بحسب ما إذا تُوُصِّل بواسطة التّخمين أو لم يُتوصّل إلى وجود فائدة من الإعادة.

فإذا طبّق ما سبق على عبارات الفصل 45 ("نوعه" = الوصف الذّاتي/ "وصفه": عبارة عامّة، إذن تساوي: الوصف الذّاتي + الوصف غير الذّاتي)، أدّى ذلك إلى القول إنّ عبارة "وصفه" ينبغي أن تعطى معنى الوصف غير الذّاتي. ثمّ بعد ذلك، وبحسب ما إذا وجدنا أو لم نجد فائدة من تكرار الحديث عن الوصف الذّاتي، سنضيف أو لا نضيف كمعنى لـ: "وصفه" الوصف الذّاتي. بعبارة أخرى: ينبغي البحث هنا هل ثمّ أم لا فائدة من التّكرار، أي هل ثمّ أم لا فائدة من الإتيان بخاصّ (هو النّوع) ثمّ الإتيان بعده بعامّ (هو "وصفه"). وقد نفكّر في فائدة فنقول إنّ العامّ لو أتي به وحده لكان ثمّ احتمال أن يعمد مؤوّل إلى صرفه عن خصوص

أنظر أيضا القـول إنّ الإفادة أولى من الإعادة والتّأسيس خير من التّأكيد عند: ابن نجيم، م س، ج 1، ص 391 وما بعدها؛ حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 59 و60.

ما، فإذا أراد الـمتكلّم ألاّ يُفعل هذا مع خصوص معيّن جاء به مع العامّ[292].

لكن قد يعارض هذا الكلام – على الأقلّ بالنّسبة إلى العامّ الذي لدينا (لأنّ فيه معنيين فقط) – بالقول: لماذا لم يجئ بخاصّ (وصف ذاتي) وبعده بخاصّ آخر (وصف غير ذاتي)؟ الجواب: أنّ صاحب النّص، وفي الإتيان بالخاصّ وبعده بالعامّ، أي في الإتيان بالخاصّ مرّتين، قد يسعى إلى تحقيق فائدة.

على هذا نعود مرّة أخرى لمسألة البحث عن الفائدة. لكنّنا لن نحتاج لإتيانه. والسّبب أنّ لدينا القصد الـمباشر وهو مغن عن القصد غير الـمباشر. وفعلا حين ننظر في الأعمال التّحضيريّة نجد ما يعدّ قرينة مخصّصة لعبارة "وصفه". ويتمثّل ما نجده في حديث عمّا سيصبح الصّورة الثّالثة من الفصل 45 (الجنس هو نفسه – الرّضا موجود – وصف غير أساسي/ ثانوي /qualité non essentielle secondaire جُعل من قبل الأطراف أساسيّا: إذن تبدّل للوصف غير الأساسي ليس تبدّلا للجنس / الجنس اسم آخر للوصف الذاتي / إذن تبدّل للوصف غير الأساسي ليس تبدّلا للوصف الذّاتي / إذن الوصف غير الأساسي ليس الوصف الذّاتي / ليس ثمّ بعد الوصف الذاتي إلاّ الوصف غير الذاتي / إذن الوصف غير الأساسي هو الوصف غير الذّاتي). ويمكن أن يضاف من الأعمال التّحضيريّة الأمثلة (أخذ ياقوت أخضر على أنّه أحمر، إلخ)، وهي كلّها لأوصاف غير ذاتيّة[293].

يخلص ممّا سبق أنّ لفظة الوصف – بحسب التّعبير الـمباشر – تفيد غير الذّاتي.

فإذا انتقلنا الآن إلى الـمرّة الثّانية، قلنا إنّه جاء في آخر الفصل 45 شرط ولا نعرف هل أنّه خاصّ بالصّورة الثّالثة أو أنّه يمتدّ إلى الثّانية والأولى[294]. والحديث عن شروط الغلط سنأتيه لاحقاً. لكن لنأخذ من اللاّحق القدر الذي يصلح لنا هنا. يتمثّل اللاّحق في أنّه أشير في الـمشروع الـمرَاجع إلى "أوبري" و"رو" في مكان قالا فيه إنّ الغلط في الوصف الذّاتي يبطل، وذلك على خلاف الوصف غير الذّاتي. لكنّهما

---

[292] انظر إلى الغزالي: م س (الـمستصفى)، ج 2، ص 202.

ملاحظة: ما جاء هنا من تمشّ متعلق بنقطة من الفصل 45 (نوعه/ وصفه) يمكن سحبه مع تغيير طفيف إلى نقطة من الفصل 56 (مخاتلات/ كنايات) سترد في الفقرة عدد 203: نوعه/ وصفه ⟵ خاص وعامّ – مخاتلات/ كنايات ⟵ عامّ وخاص.

[293] انظر حول محتوى الأعمال التحضيريّة الفقرة عدد 64.

[294] انظر إلى الفقرة عدد 156.

أضافا أنّ هذا ينقلب مبطلا لو أنّ الوصف جعل شرطا[295]. وإنّ الذي يهمّنا هنا أنّ الشّرط التصق بصورة غير الذّاتي. فإذا علمنا أنّ في مجلّة الالتزامات والعقود الالتصاق نفسه، أمكننا القول إنّها عنت بالوصف ما ليس ذاتيّا، أي أنّ الـمجلّة لم ترد بعبارتها (وصفه) عموما (الوصف الذّاتي والوصف غير الذّاتي) وإنّما خصوصا، وخصوصا معيّنا (الوصف غير الذّاتي)[296].

86. — وما سبق يمكّن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود من أهل "التّثليث"، أي أنّها "ابن" للقانون الفرنسي الذي هو "ابن" للقانون الرّوماني الذي هو "ابن" (أو على الأقلّ هو "مثل") للمنطق.

ولقد رأينا "التّثليث" قابلا في ذاته للنّقاش. فليس فيه دقّة النّظر التي توجِد تقسيما صحيحا للمادّة الـمتناولة.

وإنّ هذا ليجعلنا نضع الغرب في مرتبة دون الفقه الإسلامي[297].

---

[295] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[296] انظر ما يؤيّد هذا وذلك بهامش سيرد في الفقرة عدد 120.

وانظر أيضا إلى الفقرة عدد 55.

وانظر علاقة الشّرط الفاسخ بالبطلان النّسبي وبخيار العيب والوصف وذلك بهامش سيرد في الفقرة عدد 368.

وينبغي ونحن نختم هذا الحديث عن الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود أن نتعرّض إلى الغلط الذي محلّه مادّة الشّيء ونقول إنّه مسكوت عنه: فمادّة الشّيء ليست ذات الشّيء، ومادّة الشّيء ليست نوع الشّيء، ومادّة الشّيء ليست وصفا غير ذاتي من منظور من أخذ منهم الفصل 45 وهم الـمناطقة والفلاسفة (الـمادّة ماهية عندهم). وعلى هذا قد نقيس الـمادّة على الذّات أو النّوع قائلين إنّا وفي جميع هذه الصّور أمام ماهية. وقد نقول بالـمادّة من باب أولى لأنّها ماهية والفصل 45 قبل ما دون ذلك وهو الأوصاف غير الذّاتية.

[297] ينبغي هنا ونحن نقارن لأوّل مرّة القانون الغربي بالقانون الإسلامي (ونقارن بالـمناسبة نفسها أحدهما أو كليهما بمجلّة الالتزامات والعقود) في مادّة الغلط التّلقائي أن نأتي بثلاث ملاحظات:

أولاها: أنّ مقارناتنا ستكون بين نقاط جزئيّة (مثال ذلك ما جاء أعلاه حول تقسيم الشّيء، فهذه نقطة من ضمن نقاط عديدة تمثّل جملتها مادّة الغلط).

ثانيها: أنّ هذه الـمقارنات الجزئيّة يجب أن يؤتى بكلّ واحدة منها، لكن مع استحضار ما قاله السّنهوري حين أكّد على أنّ مزيّة القانون الغربي والتي تجعله متفوّقا على القانون الإسلامي من زاوية الـمنهجيّة التّشريعيّة تتمثّل في كون ذاك وضع عيوب الإرادة مع بعضها البعض أمّا هذا فالعيوب فيه

فإذا قرّبنا من هذه النّتيجة كون مجلّة الالتزامات والعقود أخذت من ذلك الغرب وكانت من ثمّ مستوردة وتاركة للمحلّي، أمكننا القول إنّ ما هجرته كان هو الـمتقن. هذا السّبب كافٍ للقول إنّ أحكام مجلّة الالتزامات والعقود التي تناولناها مجانبة للإحكام، أي ليس فيها إتقان ولم تأت بما يُعدّ إصلاحا للأحكام التي كانت موجودة قبلها.

87. — وينبغي توسيع دائرة مقارنة مجلّة الالتزامات والعقود بما جاء في الغرب لتشمل لا فقط ما تعرّض إليه الفصل 45، بل أيضا ما بحثنا فيه بمناسبة تحليل هذا الفصل. كما ينبغي إيراد كلّ ذلك في جدول لتسهل هذه الـمقارنة:

	الغرب	الفقه	مجلّة الالتزامات والعقود
1- الطّبيعة	غلط خطير (الفصل 1108 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة حسب "أوبري" و"رو" مثلا: الفقرة 343).	يدخل في صور عدم تطابق الإيجاب مع القبول.	الفصل 2. إذن غلط خطير.
2- وجود السّبب	غلط خطير (الفصل 1108 والفصل 1131 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة حسب "أوبري" و"رو" مثلا، الفقرة 343 مكرّر).	تتبع هذه الصّورة قاعدة "لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه". انظر الـمادّة 72 من الـمجلّة العثمانيّة، وابن نجيم	الفصل 2 والفصل 67. إذن غلط خطير.

مشتّتة وأكثرها تشتّتا الغلط "ولا تستطيع أن تجمع أطرافه [...] إلاّ إذا ضممت إلى خيار الوصف أو الخلف في الوصف خيار الرّؤية ثمّ خيار العيب، وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط. وعليك أن تجمع هذه الأحجار الـمتناثرة، وترصّها جميعا جنبا إلى جنب، لتشيّد منها بناءً متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظريّة عامّة للغلط في الفقه الإسلامي" (السّنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 265. وانظر الفقرة 353 حيث سترد مزيّة أخرى ذات طابع عامّ يتفوّق بها القانون الغربي على الفقه الإسلامي باستثناء الـمالكيّة).

ثالثها: أنّنا لن نستطيع أن نأتي بهذه الـمقارنة ذات الطّابع العامّ في كلّ نقطة نتناول فيها مقارنة جزئيّة. وعلى القارئ أن يستحضر دوما الـمقارنة العامّة إلى جانب الـمقارنة الجزئيّة لكي يكون حكمه على القانون الغربي وعلى القانون الإسلامي دقيقا.

	* مثال: الوعد بتنفيذ وصيّة ألغيت.	والحموي: م س، ج 1، ص 461 و462. *مثال وفاء كفيل دين بعد أن أوفى الأصيل (تحت مادّة الـمجلّة العثمانيّة). *مثال: "لو أعطى شخصٌ شخصا آخر مبلغا ظانًا بأنّه مدين له به، ثم تبيّن له أنّه غير مدين، يحقّ له استرداد ما دفع" (تحت مادّة الـمجلّة العثمانيّة الـمذكورة أعلاه). وكما يلاحظ، نحن هنا أمام غلط في إطار واقعة قانونية.	
3- وصف السّبب	غلط غير خطير (الفصول 1109 و1117 و1304 و1338 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة حسب "أوبري" و"رو"، الفقرة 343 مكرّر). * مثال: من يعد عن طريق تجديد الالتزام بدفع دين طبيعي كان يظنّ خطأ أنّه نافذ مدنيا.	تتبع هذه الصّورة قاعدة "لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه".	غلط غير خطير.
4- الذّات	غلط خطير (الفصل 1108: عدم تلاقي الإرادات.	لا وجود له كصنف مستقلّ.	الفصل 45: غلط غير خطير.

	"أوبري"و"رو"،الفقرة 343).		
5- النّوع أو الجنس، إلخ.	*البعض ⟵ غلط خطير ("لوران"، ج 15، عدد 489: لا عقد لأنّه لا رضا) ⟵ أيضا الرّومان حسب الحاشية الجانبية للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع. *البعض الآخر ⟵ الفصل 1110 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة ⟵ مخالفو "لوران"، أي مثلا "أوبري" و"رو".	معنى آخر للجنس ولغير الجنس. ثمّ داخل غير الجنس هنالك التّفاوت الفاحش والتّفاوت غير الفاحش.	الفصل 45: غلط غير خطير.
6- الوصف غير الذّاتي أو ما ليس جنسا.	*هو 4 أو5 لو نظر إليه من زاوية أخرى. * لو نظر إليه من غير تلك الزّاوية، فلا بدّ لكي يمكن أن يوصل إلى حلّ العقد من أن يشترط صراحة أو ضمنا: "أوبري" و"رو"، الفقرة 343 مكرّر؛ "دومولومب"، ج 24،عدد 97 و98.	*يلحق التّفاوت الفاحش بالجنس. *يمكن القول إنّ حاصل الأمر تفاوت فاحش، وغير فاحش.	*هو 4 أو5 لو نظر إليه من زاوية أخرى * لو نظر إليه من غير تلك الزّاوية، فيجب أن يكون قد أوجب التّعاقد ⟵ غلط غير خطير: الفصل 45.

فإذا رجعنا مرّة أخرى إلى الفصل 45 وإلى الغلط في الشّيء، وجدنا سببا آخر يربطه بمسألة الإحكام. هذا السّبب هو الذي سنبحث فيه الآن.

(2) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء الـمنظّم تحت اسم غير اسم "الغلط"

88. — هنالك الغرب، ونقصد هنا القانون الرّوماني والقانون الفرنسي؛ وهنالك الشّرق، ونعني الفقه الإسلامي؛ وهنالك ما قد يكون غربيّا أو شرقيّا، ونريد بهذا مجلّة الالتزامات والعقود.

I) الغرب

89. — قلنا إنّا نعني بالغرب القانون الرّوماني، والقانون الفرنسي:

الفرع الأوّل: القانون الرّوماني

90. — سبق أن وجدنا القانون الرّوماني يقبل:
أوّلا: الذّات [سنسمّيها: (أ)].
ثانيا: الذّاتيّات [سنسمّيها: (ب)]
كما سبق أن وجدناه يرفض غير الذّاتيّات [سنسمّيها: (ج)].
لكن عثرنا أيضا على ما يفيد قبوله، في مادّة بيع الحيوان والرّقيق، بعض العيوب التي تمنع الاستعمال، أي قبوله في ميدان خاصّ بعض غير الذّاتيّات[298] (بعض ج).

91. — ومن ينظر إلى هذا القانون يجده متّسقا، لكن من يمعن النّظر يكتشف أنّه على خلاف ذلك. ولقد سبق منّا ما يمكّن من ملاحظة هذا.
على هذا يكون ثمّ نظامان: واحد في شكل قانون عامّ لأنّه يهمّ كلّ الصّور، وآخر في شكل قانون خاصّ لأنّه أراد أن يهمّ بعض الصّور. لكن الـمشكل أنّ الـمنظّم في النّظامين واحد.
هذا "الخلل"سيرثه الفرنسيّون. وللتّأكّد من هذا سنمرّ دون تأخير إلى قانون هؤلاء.

---

[298] انظر الفقرة عدد 78.

الفرع الثّاني: القانون الفرنسي

92. — انقسم القانون الفرنسي إلى قسمين: واحد ورث عن "الرّومان" "خللهم"، وآخر ورث الخلل وزاد عليه خللا.

93. — فإذا بدأنا بالـموقف الأوّل، بدأنا بـ "أوبري" و"رو". فقد جاء عندهما قبول للذّات، وقبول للذّاتيّات، ورفض لغير الذّاتيّات[299]. ويستند هذان الفقيهان في ما يخصّ هاتين الصّورتين إلى عبارة الفصل 1110 من الـمجلّة الـمدنيّة التي مفادها قبول للذّاتي نفسه[300]، والتي يريانها دالّة على روح التّضييق. فالنّصّ لم يستعمل لفظة الذّاتي ويقيّدها بكلمة "نفسه" إلاّ ليقصي غير الذّاتي. ويحيلنا هذان الـمؤلّفان على الأعمال التّحضيريّة للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، ممّا يعني أنّهما يريان أنّ ما استخرجاه من معنى للفصل 1110 مردّه تعبير مباشر عن نيّة واضعي مجلّة "نابليون". ويعطي "أوبري" و"رو" مثال لوحة ظُنّ أنّها لفنّان بارع، وقطع نقديّة ظُنّ أنّها قديمة. فهذه الأوصاف التي رأوها غير ذاتيّة لا تؤثّر على العقد إلاّ إذا اشترطت[301].

وإنّنا سنترك مسألة الاشتراط هذه إلى وقت لاحق[302]، لكنّنا سنضيف إلى ما جاء عند "أوبري" و"رو" عن الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة في إطار الفصل 1110، حديث هذه الـمجلّة في الفصل 1641 وما بعده عمّا أسمته بالعيوب الخفيّة في إطار البيع والتي تمسّ الاستعمال كلّيّا أو جزئيّا.

94. — وإنّ الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة بكلّ ما سبق تكون نسخة منقولة عن القانون الرّوماني: ففيها الذّات والذّاتيّات مقبولين، وفيها غير الذّاتيّات مرفوض على

---

[299] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[300] قال الفصل 1110 إنّ: "الغلط ليس سببا لبطلان الاتّفاق إلاّ إذا انصبّ على ماهية الشّيء نفسها [...]".

"L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose [...]".

[301] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[302] انظر الفقرة عدد 156.

وجه العموم ومقبول على وجه الخصوص، بل على وجه خصوص مساو تقريبا لذلك الذي اعترضنا عند الرّومان[303].

ولعلّ هذا الشّبه بين الـمورّث والوارث يمكّن من سحب ما قيل عن ذاك[304] إلى هذا.

95. — لكنّنا نعلم أنّ بعضهم رأى أنّ الوارث مختلف. وهنا نصل إلى الـموقف الثّاني. ولقد قال "لوران"[305] إنّ "بوتيي" و"دوما" هما الـمؤلّفان الحقيقيّان للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، وهذا يعني أنّ "لوران" يرى أنّ ما رآه "بوتيي" و"دوما" هو عبارة مباشرة عن نيّة الـمشرّع. وإنّ هذين قد رأيَا أن يُرجَع إلى "إرادة الأطراف الـمتعاقدة. فالوصف الأساسي (الذّاتي) هو ما رآه هؤلاء أساسيّا. والغلط الذي ينصبّ على هذا الوصف يعيب الرّضا، حتّى وإن لم تتغيّر الكينونة بسبب انعدام هذا الوصف"[306]. ثمّ يشير "لوران" إلى مثال الـمصدر والقِدم الذين اعترضانا سابقا عند "أوبري" و"رو" – لأنّه هنا في معرض ردّ عليهما – قائلا إنّ "الشّيء لا يتغيّر جوهره وإنّ الكينونة تبقى هي نفسها أيّاً كان مصدر الشّيء ومهما كان قِدمه. نعم هذا صحيح مادّيا. لكن هل هو كذلك لو عدنا إلى إرادة الأطراف كما قال بذلك «بوتيي»؟ ألا يجب أن نقول مع «دوما»: إنّ من يشتري تمثالا يظنّه إغريقيّا لم يكن بمشتريه لو علم أنّه حديث؛ إذن فرضاه معيب"[307].

---

(303) كلاهما همّ البيع وكلاهما همّ الاستعمال. لكنّهما افترقا على مستوى الـموضوع فكان الرّقيق والحيوان عند الرّومان، لكنّ هذا التّحديد غير موجود بالفصل 1641 وما بعده من الـمجلّة الـمدنيّة (ورد بهذه الـمجلّة أيضا نصّ موضوعه العيوب في عقد الكراء: 1721).

(304) انظر الفقرة 90 وما بعدها.

(305) "لوران"، م س، ج 15، عدد 488.

(306) "لوران"، م س، ج 15، عدد 489:

POTHIER veut que l'on consulte "l'intention des parties contractantes, c'est la qualité qu'elles ont eue principalement en vue qui est la qualité substantielle, et l'erreur sur cette qualité viciera leur consentement, quand même l'être ne changerait pas à raison de l'absence de cette qualité".

(307) "لوران"، م س، ج 15، عدد 490:

يخلص ممّا سبق أنّ "لوران" يرى أنّ عبارة "ماهية"، الواردة بالفصل 1110 من الـمجلّة الـمدنيّة، أراد بها واضعوها ما ليس ذاتيّا لا غير.

96. — وهكذا يكون القانون الفرنسي قد قرئ على أنّه يقبل الذّات، ويقبل الذّاتيّات – بل إنّ "لوران" يرى أنّنا هنا أمام غياب رضا ومن ثمّ غياب عقد[308] – ويقبل في الفصل 1110 غير الذّاتيّات. فإذا قرّبنا ممّا سبق الفصل 1641 وما بعده، وجدنا أنفسنا مرّة أخرى أمام غير الذّاتيّات. ولعلّه ينبغي أن نترك الفقه الفرنسي نفسه يقول ما سبق. فلقد جاء عند "دومولومب" – وهو من أصحاب الـموقف الأوّل لا الثّاني، لكنّا سنعرض هنا كلّ موقفه لمزيد من الوضوح – أنّ عبارة الفصل 1110 للذّاتيّات وأنّ "الغلط في مجرّد عيوب أو نقائص الشّيء وإن كانت خفيّة ليس سببا لبطلان العقد. هذه هي القاعدة. لكن، وخلافا لذلك وكاستثناء، تصبح هذه العيوب أو النّقائص وفي بعض الاتّفاقات سبب بطلان إذا كانت كما يقال فاسخة (الفصل 1641 إلى 1649) [...] وفي الخلاصة (وإنّ الذي يعنينا نحن هو هذه الخلاصة) فإنّ نظريّة العيوب الـموجبة للفسخ، في الفصل 1641 وما بعده، تتأسّس فلسفيّا على نفس دعامة نظريّة الغلط في الـماهية في الفصل 1110 باعتبار أنّها ترتبط باستعمال الشّيء لما أعدّ له. لكنّ نظريّة العيوب تلك توسيع لنظريّة الغلط هذه باعتبار أنّها تقبل إبطال العقد من أجل مجرّد عيوب لا تغيّر ماهية الشّيء نفسها، والتي هي (وهنا نصل إلى ما أردناه) أوصاف عرضيّة"[309]

"La chose ne change pas d'essence, l'être reste le même, quelle que soit son origine ou son ancienneté. Matériellement cela est vrai. Mais en est-il de même si l'on consulte l'intention des parties, comme le veut POTHIER? Ne doit-on pas dire avec DOMAT: Celui qui achète une statue qu'il croit grecque ne l'aurait pas achetée s'il avait su qu'elle fut moderne ; donc son consentement est vicié".

[308] "لوران"، م س، ج 15، عدد 489.

[309] "دومولومب"، م س، ج 15، عدد 107:

"[...] l'erreur sur les simples vices ou défauts de la chose, fussent-ils même cachés, n'est pas une cause de nullité du contrat. Telle est la règle. Mais au contraire, par exception, ces vices ou défauts deviennent, dans certaines conventions, une cause de nullité, lorsqu'ils sont, comme on dit, rédhibitoires (art 1641 et 1649...) [...] En résumé donc, la théorie des vices rédhibitoires, dans les articles 1641 et s, repose philosophiquement sur la même base que la théorie de l'erreur sur la substance, dans l'article 1110, en tant qu'elle s'attache à l'usage auquel la chose est destinée.

والحاصل من "دومولومب" أنّ الفصل 1110 للذّاتيّات وأنّ الفصل 1641 توسيع له ولكن في عقود معيّنة، ومَدٌّ إلى غير الذّاتيّات.

97. — فإذا أخذنا أصحاب الـموقف الثّاني - لأنّهم هم الذين يهمّوننا في هذا الـمكان - قلنا إنّه وبالنّسبة إليهم تشمل نظريّة الغلط الذّاتيّات وغير الذّاتيّات. فإذا كان الفصل 1641، وكما قال "دومولومب" توسيعا، فإنّه يكون قد وسّع واسعا (أو حصّل حاصلا).

بعبارة أخرى يحتوي القانون وتحت اسم الغلط على غير الذّاتيّات، لكنّه نظّم غير الذّاتيّات مرّة ثانية تحت اسم غير الغلط وذلك بالفصل 1641.

فإذا استُنِد إلى ما تمّ التّوصّل إليه للتّوّ، أمكن القول إنّ الوارث قد انتقل إليه خلل الـمورّث.

بل إنّ الوارث زاد على "الخلل" "خللا" آخر، فقبل غير الذّاتيّات تحت اسم الغلط، ثمّ قبلها ثانية تحت اسم آخر هو العيوب.

98. — هذا الفهم للمجلّة الـمدنيّة (على أنّها وتحت اسم الغلط نظّمت الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات، وتحت اسم العيوب نظّمت غير الذّاتيّات) هو الذي ساد في فرنسا.

وإنّه، أي الفهم، هو الذي أدخل فقهها في "تيه". وسنحاول - لضرورة ستأتي إبّان حديثنا عن القانون التّونسي- عرض هذا "التّيه" من خلال ثلاثة كتب أخذناها كنموذج[310].

Mais elle est une extension de cette théorie en tant qu'elle admet la rescision du contrat pour de simples vices qui ne dénaturent pas la substance même de la chose, et qui n'en sont que des qualités accidentelles".

[310] *الكتاب الأوّل هو:

"ڤيستان" (جاك)، مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي، باريس، الـمكتبة العامّة للقانون ولفقه القضاء، 1971.

GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971.

الكتاب الثّاني هو:

"ڤيستان" و"ديشي"، كتاب العقود. البيع، باريس، الـمكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، 1990.

فبعد أن قال هذا الفقه بما ذكر أعلاه، حاول (وهنا نصل إلى "التّيه") أن يجد فرقا بين الغلط والعيوب:

فقال إنّ الغلط للإبرام والعيوب لما بعد الإبرام[311].

لكن هذا لم يقنع، فقال إنّ العيوب لما يؤدّي لعدم الصّلوح للاستعمال والغلط لغير ذلك[312].

وهذا بدوره لم يقنع، فقال إنّ العيوب للاستعمال الاقتصادي والغلط للضّروب الأخرى من الاستعمال[313].

وبعد كلّ ما سبق سُقِطَ في يده فلم يجد بدًّا من القول إنّ النّصين لنفس الـمادّة.

لكنّه حاول الفصل على أسس أخرى:

فقال إنّ الغلط للعامّ أي لكلّ العقود والعيوب للخاصّ أي للبيع[314].

فلمّا لم يقنع، قال إنّ الغلط للقانون العامّ في البيع والعيوب "تطبيق" يختلف في بعض النّواحي[315]. وهذا "التّطبيق" ذو طابع هجين فحالاته حالات غلط وآثاره آثار فسخ من أجل عدم التّنفيذ[316]. بعبارة أخرى، اعتبر الفقه أنّ العيوب لبيع شيء غائب. وعلى هذا فالرّضا لا يُعاب لحظة النّشأة بل لحظة تسلّم الشّيء. ثمّ فصّلَ فقال بدعوى الفسخ من أجل عدم التّنفيذ قبل التّسلُّم. أمّا بعده فتبقى دعوى الفسخ إذا وجد غلط في الشّيء. والسّبب أنّ الغلط يوقف مفعول التّسلُّم، وعلى الـمشتري بمجرّد علمه بالعيب إمّا إمضاء هذا التّسلُّم أو الـمطالبة بالفسخ. ويفسّر هذا الاختلاف بين فترة ما قبل التّسلُّم وما بعدها بأنّه، وحين يتسلّم الـمشتري البضاعة، يقوم اتّفاق ضمني على انتهاء الالتزام بالتّنفيذ، ولذلك لا يمكن للمشتري القيام بالفسخ، لكنّه يسترجع هذه الإمكانيّة إن كان تسلُّمه، ونظرا لخفاء العيب، قد عابه غلط في أوصاف الشّيء. هذا ما يفسّر كون حالات دعوى الضّمان

GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), Traité des contrats. La vente, Paris, L.G.D.J., 1990.

الكتاب الثّالث هو: "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)

(311) "ڤيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(312) "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 545.

(313) "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 545.

(314) "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 547.

(315)"ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 547.

(316) "ڤيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 277 وما بعدها؛ "ڤيستان" و"ديشي"، م س (البيع)، عدد 763.

هي حالات بطلان لغلط في الشّيء وكون نظامها نظام فسخ. وإنّ الغلط الذي همّ تسلُّم الشّيء له أثر يتمثّل في إرجاء تاريخ اعتبار العقد قد نُفِّذ وفي إعادة فتح إمكانيّة الفسخ والتّعويض وذلك لفترة قصيرة. كلّ هذا إذا لم يكن الـمبيع حاضرا. فإذا كان حاضرا، فالغلط يهمّ النّشأة[317].

... ويبدو أنّ هذه "الرّحلة الطّويلة الشّاقّة" للفقه مردّها أنّه "نسِي" أنّ هنالك الفصل 1110 وهنالك الفصل 1641، وأنّ هذا مأخوذ من الرّومان الذين قبلوا بعض غير الذّاتيّات بعد أن لم تكن مقبولة في مادّة الغلط. فإذا صارت مادّة الغلط تقبلها (وهذا هو الفهم الذي ساد وما زال يسود الآن لعبارة الفصل 1110)، استحالت مادّة الفصل 1641 تكرارا لمادّة الغلط. بعبارة أخرى (هي عبارة العنوان الذي جاء فوق كلّ هذا الـمحتوى): نحن أمام مادّة نُظّمت مرّة أولى بالفصل 1110 تحت اسم الغلط، ثمّ نظّمت مرّة ثانية بالفصل 1641 تحت اسم آخر.

ويبدو الشّرق بعيدا عن الغرب على هذا الـمستوى.

II) الشّرق

99. — يعرف الفقه الإسلامي خيار الوصف وخيار العيب[318]. وسنحاول الخوض في هذين الواحد منهما تلو الآخر انطلاقا من مراجع فقهية معيّنة هي التي

---

[317] من النّاحية النّظريّة يمكن القول إن لا فرق بين الحاضر والغائب: بمعنى أنّه وفي كلتا الحالتين لو كان العيب موجودا وقت النّشأة فنحن أمام مسألة بطلان. نعم في الغائب يُكتشف العيب بداية من التّسلّم. لكن هنا –كما في الحاضر – يمكن نظريّا أن يُفرّق بين عيب موجود قبل النّشأة وآخر وُجِد بعدها. فتوضع الصّورة الأولى ضمن مسائل النّشأة والثّانية ضمن التّنفيذ (طبعا في التّطبيق الحدود بين ما هو نشأة وما هو تنفيذ ليست دائما واضحة الـمعالـم). انظر الفقرة عدد 161 حيث نجد الفقه الإسلامي يسوّي بين الحاضر والغائب (الحاضر قسمان: ما يدرك وصفه بالـمشاهدة وما لا ما يدرك وصفه بالـمشاهدة)/ الغائب: مثل الحاضر الذي لا يدرك وصفه بالـمشاهدة). انظر أيضا حول الغائب خيار الرّؤية: الفقرة عدد 179 وما بعدها.

[318] بالإضافة إلى خيار الرّؤية، وهو خيار يثبت في العقد الصّحيح وذلك على وجوه: أن يشتري شخص سلعة لم يرها – أن يرى بعض ما اشتراه صفقة واحدة من أشياء متفاوتة – أن يشتري الأعمى شيئا لا يمكنه معرفة وصفه. انظر إلى: حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 319 وما بعدها.

انظر حول الخيارات في:

استعملت في الـمشروع الـمرَاجع (وبالتّحديد بجانب الفصل 754 وما بعده والذي سيصبح في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 647 وما بعده). وسبب اختيار هذه الـمراجع دون غيرها[319] هي أنّها ستصلح أيضا في العنوان الـموالي للّذي نحن بصدده.

الفرع الأوّل: خيار الوصف

100. — يعرف الفقه، كما قيل منذ قليل، خيار الوصف. وهو على ضربين: ما يثبت بغير شرط (وصورته أن يزول الوصف قبل التّسليم)، وما يثبت بشرط. وما يثبت بشرط هو الذي يهمّنا، وهو قسمان: ما يشترط فيه تصريحا اتّصافه بوصف

الفقه الحنبلي: الـمقدسي (محمّد بن مفلح أبو عبد الله)، الفروع وتصحيح الفروع، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1418 هـ ج 4، ص 76 وما بعدها؛ ابن مفلح الحنبلي (إبراهيم بن محمّد بن عبد الله أبو إسحاق)، الـمبدع في شرح الـمقنع، الـمكتب الإسلامي، بيروت، ج 4، ص 85؛ ابن يوسف الحنبلي (مرعي)، دليل الطّالب على مذهب الإمام الـمبجّل أحمد بن حنبل، بيروت، الـمكتب الإسلامي، ط 2، 1389 هـ ص 111؛ البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس)، كشّاف القناع عن متن الإقناع، بيروت، دار الفكر، 1402 هـ ج 3، ص 212 وما بعدها.

الفقه الشّافعي: الأنصاري (زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا أبو يحيى)، فتح الوهّاب بشرح منهج الطلاّب، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1418 هـ ج 1، ص 292؛ الشّربيني (محمّد الخطيب)، مغني الـمحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ الـمنهاج، بيروت، دار الفكر ، ج 2، ص 19.

الفقه الحنفي: ابن نجيم الحنفي (زين الدّين)، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، بيروت، دار الـمعرفة، ط 2، ج 6، ص 38 وما بعدها؛ السّرخسي (شمس الدّين)، الـمبسوط، بيروت، دار الـمعرفة، ج 13، ص 5 وما بعدها؛ الـمرغياني (أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرّشداني)، الهداية شرح بداية الـمبتدي، الـمكتبة الإسلامية، ج 3، ص 30 وما بعدها؛ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهنديّة في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النّعمان، 1411 هـ – 1991 م، بيروت، دار الفكر، ج 4، ص 308 وما بعدها.

الفقه الـمالكي: الدّردير (سيدي أحمد أبو البركات)، الشّرح الكبير، تحقيق محمّد عليش، بيروت، دار الفكر، ج 3، ص 105؛ خليل (خليل بن إسحاق بن موسى الـمالكي)، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، بيروت، دار الفكر ، 1415 هـ ص 181؛ عليش (محمّد)، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، بيروت، دار الفكر، 1409 هـ – 1989 م، ج 3، ص 421.

الفقه الإمامي: الحسني (هاشم معروف)، نظريّة العقد في الفقه الجعفري. عرض واستدلال ومقارنات، بيروت، دار التّعارف للمطبوعات ، 1416 هـ/ 1996 م، ص417 وما بعدها؛ الطّوسي (ابن حمزة)، الوسيلة، قم، مكتبة آية الله مرعشي ، 1408 هـ ص 236؛ الخميني (السّيّد مصطفى)، كتاب الخيارات (ج 3 و 4)، تحقيق ونشر: مؤسّسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، آبان 1376 – جمادى الثّاني 1418.

[319] انظر إلى بعض هذا الغير عند السنهوري مثلا: م س، ج 1، ص 106 وما بعدها.

مرغوب فيه كشراء ياقوت على أنّ له لونا محدّدا فإذا له لون آخر؛ وما يشترط اتّصافه بوصف مرغوب عرفا كشراء بقرة غير حلوب والحال أنّ الـمتعارف عليه شراء تلك البقرة لكونها حلوبا[320].

والواجب أن يكون الوصف خاليا من الغرر فلا يجوز بيع بقرة على أنّها حامل أو على أنّها تحلب مقدار كذا[321]. كما أنّ الواجب أن يكون الوصف مرغوبا فيه: فإذا بيع مال على أنّ فيه عيبا[322] فظهر سليما منه فلا خيار، أمّا إذا بيع على وصف فظهر الـمبيع أعلى من الوصف الـمشترط "فإن كان ليس ثمّ تفاوت بين الوصفين بالنّظر إلى غرض الـمشتري من الـمبيع، فلا يثبت للمشتري خيار، وإلاّ يثبت"[323].

---

[320] انظر إلى حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 305 وما بعدها، وستجد أمثلة أخرى لخيار الوصف : كلب معلّم/ ليس معلّما؛ بعير/ ناقة؛ بغل/ بغلة؛ لحم ضأن/ لحم ماعز؛ بستان فيه كذا شجرة/ ليس فيه ذلك العدد؛ دار فيها كذا غرفة أو مساحتها كذا/ ليس فيها ما سبق؛ إلخ.

[321] يعدّ هذا الشّرط فاسدا لأنّه لا يعلم ما في بطن البقرة أو ضرعها أحمل أم لبن، أم ليس ما سبق أي أن يكون انتفاخا. انظر إلى: حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 306.

[322] اشترى حصانا على أن يكون أعرج فظهر غير أعرج. انظر: حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 306.

[323] حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 307. قارن مع ما جاء عند السّيّد علي الحسيني السّيستاني (م س، ص 328 و329): "أ ـ إن التّوصيف على نوعين:1 ـ تقييدي. 2 ـ إخباري. فإنّ الـموصوف إمّا أن يكون كلّيّاً أو جزئيّاً، فإن كان الـموصوف كلّيّاً وكان الوصف أخصّ منه مطلقاً أو من وجه فمرجع التّوصيف حينئذ للتّقييد، وتضييق دائرة الـموصوف بحيث يعدّ الـمؤلّف من الـمقيّد والقيد مفهوماً واحداً، وماهية خاصّة مغايرة لماهية الـمقيّد وحده وماهية القيد وحده. نعم لو كان الوصف مساوياً للموصوف الكلّي، فلا يتصوّر التّقييد والتّضييق حينئذ، بل يكون هذا الوصف إخباراً توضيحيّاً لا قيداً احترازيّاً. وإن كان الـموصوف جزئيّاً، فلا يتصوّر فيه التّقييد والتّضييق لعدم سعته وتعدّد حصصه، بل يرجع وصفه للإخبار بأنّه واجد للوصف الكذائي. فإن قلت: يصحّ تقييد الجزئي بلحاظ حاله لا بلحاظ ذاته، فإنّ حاله مطلق ذو حصص متعدّدة فيصحّ تقييده بلحاظه. قلت: هذا خارج عن محلّ الكلام، فإنّ مورد كلامنا في تقييد الجزئي وعدم تقييده، وأمّا حال الجزئي فهو كلّي طبيعي يتصوّر فيه التّقييد والتّضييق، إلّا أنّ تقييده لا يعدّ تقييدا للجزئي. وما ذكرناه من الفرق بين عنوان التّوصيف التّقييدي والتّوصيف الإخباري هو الـمطابق للارتكاز العرفي الـمعوّل عليه عند الفقهاء، ولذلك ذكر الفقهاء بأنّ البائع لو قال: (بعتك الحنطة العراقيّة) ثمّ دفع للمشتري حنطة أخرى فالبيع صحيح، وعلى البائع دفع الـمصداق الحقيقي للمبيع، فإنّ الـمبيع – بعد التّوصيف التّقييدي – له حصّة خاصّة لا تنطبق على ما دفع للمشتري، فعلى البائع تسليم مصداقها الواقعي. وأمّا لو قال البائع: (بعتك هذه الحنطة العراقيّة) فمرجع الوصف حينئذ للإخبار والالتزام الضّمني بأنّها عراقيّة، لا للتّقييد لعدم كون الـموصوف كلّيّاً قابلاً للتّقييد، فالوصف في الحقيقة التزام آخر في ضمن الالتزام بأصل البيع، ومع تخلّف الوصف لا يكون البيع باطلاً لبقاء الالتزام الأوّل بأصل البيع، ولكن يكون للمشتري خيار تخلّف

وإنّ هذه النّقطة لتبيّن مدى التّرابط بين خيار الوصف وخيار العيب لأنّنا سنجد أنّ هذا يقوم متى فات الغرض الـمقصود من البيع[324].

الفرع الثّاني: خيار العيب

101. — جاء في تفسير الـمادّة 338 من الـمجلّة العثمانيّة[325] أنّ "العيب في الـمبيع هو الذي يوجب نقصا في قيمته عند التّجّار الذين يبيعون ويشترون أمثاله[326]، أو الذي تقتضي الخِلقة السّليمة أن يكون الـمبيع عاريا وخاليا منه[327]، أو الذي يفوّت الغرض والـمقصود منه[328]، أو الذي لا يمكن إزالته بلا مشقّة[329]. وكلّ ذلك يوجب نقصانا في الـماليّة"[330]. وينبغي تقسيم العيوب

الوصف الرّاجع لتخلّف الشّرط الضّمني، وهو الالتزام بواجديّة الـمبيع للوصف الكذائي، فهذا التّفصيل هو الـمطابق للارتكاز العرفي".

[324] لذلك سنجد أنّ الفصل 754 من الـمشروع الـمرَاجع يتحدّث في فقرته الأولى عن العيب وفي فقرته الثّانية عن الوصف، ثمّ سنجد الحاشية الجانبيّة وهي تشير إلى مراجع فقرة الوصف ترسلنا إلى شرح الزّرقاني وإلى الدّرّ الـمختار وإلى ردّ الـمحتار وهم يتحدّثون عن العيب باعتبار أنّهم لا يفصلونه على ما يبدو عن الوصف. انظر ما سيأتي في الفقرة عدد 333.

[325] وهذه الـمادّة مشار إليها في إطار فقرة الفصل 754 الخاصّة بالعيب.

[326] النّقصان يهمّ قيمة الـمبيع لا ثمنه الـمسمّى لأنّ ثمن الـمبيع قد يكون أقلّ من قيمته.

[327] الحنطة في خلقتها الأصليّة رديئة أو متوسّطة أو حسنة، فالرّداءة إذن ليست عيبا. لكن لو وُجد بها بلل أو كانت فارغة فهذا عيب. ولقد أعطي أيضا مثال الحصان فقيل إنّ كبره ليس عيبا، لكنّه قيل أيضا لو اشترى حصانا على أنّ له خمس سنوات فإذا له عشرة كان هذا عيبا.

[328] إذا كنّا أمام شاة مقطوعة الأذن واشتريت للأضحية كنّا أمام عيب وإلاّ فلا. وإن كنّا أمام بقرة غير حلوب تُشترى للّبن فهذا عيب وإن كانت تُشترى للّحم فكونها غير حلوب ليس بعيب. وعلينا أن نلاحظ هنا أنّ هذا الـمثال اعترضنا في إطار خيار الوصف ممّا يدلّ على التّداخل بين الخيارين.

[329] نجاسة في ثوب يضرّه الغسل عيب، وفي ثوب لا يضرّه الغسل لا، وزيت في ثياب عيب لأنّه لا يمكن إزالته بغير مشقّة.

[330] حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 343. وإنّ ما ورد داخل النّص من إحالات للتّفسير أدخلناه نحن بعد أن أخذناه من الـمؤلف نفسه (ص 343 وما بعدها). ولعلّه ينبغي أن نذكر هنا ما ورد بـ: ص 344 وص 345 من تعداد لما عُدّ من العيوب، ولما عُدّ من غير العيوب:

ما عُدّ من العيوب:

1- عدم نهق الحمار حسب الـمعتاد - الدّار مشؤومة أو في ضمنها قبر - في الحنطة تراب، سوس، رائحة كريهة، أو حبّاتها ضئيلة - الكرم: نمل فوق العادة- الحائط: خرق كبير- الجمل الذي بيع على أنّه هجين فظهر أنّه من جنس آخر - الكتاب: نقص جزء أو جزأين - فَرْوٌ فيه نَحْتٌ - لحم ضأن، لحم ماعز (كنّا وجدنا هذا الـمثال في إطار خيار الوصف) [...] الحذاء ضيّق [...] أن تُشتَرَى دار مع مسيل لها في ملك آخر فيتبيّن أنّ الـمسيل ليس لها.

بحسب موضوعها كما فعل الـمشروع الـمرَاجع، كما ينبغي إيراد بعض الفقهاء الـمشار إليهم من قِبَل هذا الـمشروع وذلك في إطار كلّ واحد من تلك الأقسام.
فإذا بدأنا بالعيب الذي ينصبّ على الـمنقول[331]، وجدنا مثلا الدّرّ الـمختار[332]. أمّا إذا مررنا إلى عيب الحيوان[333]، وجدنا مثلا الزّرقاني[334]. فإذا ختمنا بالعقّارات[335]، وجدنا مثلا السّجلماسي[336] وابن فرحون[337] وابن سلمون[338].

2- الضّريبة/ ضريبة أرفع.
3- عدم الضّريبة/ وجود ضريبة.
4- حمار الخمس سنوات/ حمار العشر [...]
8- الحذاء: ضيقه غير النّاشئ عن علّة في رجل الـمشتري - بقرة غير حلوب تشترى للّبن عيب، أمّا إذا كانت تشترى للّحم فلا عيب (كنّا وجدنا هذا الـمثال في إطار خيار الوصف).
ما لم يُعدّ عيبا:
مشي الحمار ببطء ما لم يشترط الـمشتري أن يكون سريعا.
وإنّ ما ورد للتوّ، إذا أضفناه إلى ما لاحظناه سابقا، يبيّن أن لا فرق بين خيار الوصف وخيار العيب.

[331] الفصل 759 من الـمشروع الـمرَاجع.

[332] انظره في: ابن عابدين، ردّ الـمحتار على الدّرّ الـمختار (الدّرّ الـمختار هو للحصكفي)، الـمعروف بحاشية ابن عابدين، بيروت، دار إحياء التّراث العربي، ط 2، 1407 هـ/ 1987 م، ج 4، ص 99. وأحد الأمثلة التي نجدها في الدّرّ الـمختار: "شرى ثمرة كرم ولا يمكن قطافها لغلبة الزّنابير".

[333] الفصل 760 من الـمشروع الـمرَاجع.

[334] الزّرقاني، م س. ولقد أشير له هنا في مواضع عديدة منها: ج 5، ص127 حيث تحدّث عن وصف له فيه غرض فيه ماليّة ككونها طبّاخة (هذا يهمّ الرّقيق) أو ليس فيه ماليّة ككونها ثيب، كما تحدّث عن الإباق والسّرقة والجارية الـمغنيّة (الرّقيق) وعن الخصاء بالنّسبة إلى الغنم (إلخ).

[335] الفصل 761 من الـمشروع الـمرَاجع.

[336] السّجلماسي (عبد الجليل الفلالي)، كتاب فتح الجليل الصّمد في شرح التّكميل الـمعتمد الـمشتهر بكتاب العمليّات العامّة، تونس، مطبعة الدّولة التّونسيّة الـمحروسة، 1290 هـ ص 142: "وقيل إنّ العروض كالدّور لا يجب الرّد فيها باليسير وعلى هذا كان ابن رزق يحمل الرّوايات. وقولنا يسير العيب الـمراد به الذي يحطّ من الثّمن يسيرا لا الذي لا ينقص به الثّمن. وقولنا نحو العبد أي من العروض غير الأصول فإنّ لها أعني الأصول حكما غير هذا. قال ابن رشد في الـمقدّمات بعد أن قسّم العيب على ثلاثة أوجه: فأمّا ما لا يحطّ من الثّمن شيئا ليسارته أو لأنّ الـمبيع لا ينفكّ منه، فإنّه لا حكم له؛ وأمّا ما يحطّ من الثّمن يسيرا، فلا يخلو أن يكون في الأصول أو في العروض: فإن كان في الأصول، فإنّه لا يجب به الردّ وإن كان الـمبيع قائما وإنّما الواجب فيه الرّجوع بقيمة العيب وذلك كالصّدع في الحائط وما أشبه ذلك؛ وأمّا إن كان في العروض، فظاهر الـمدوّنة وغيرها أنّ الرّد يجب به كالكثير سواء، وقيل إنّه كالأصول لا يجب الرّدّ به وإنّما فيه الرّجوع بقيمته".

[337] ابن فرحون (برهان الدّين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدّين أبي عبد الله)، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، [وبهامشه: ابن سلمون (الكناني)، كتاب العقد الـمنظّم للحكّام

وإنّ ما أورده هؤلاء عيوبا تنقص القيمة[339] وجاءت مع الفصل 759 من الـمشروع الـمرَاجع. وإنّها أيضا، في نفس الوقت[340]، عيوبا تُصيِّر على عدم الصّلوح للاستعمال[341]، وجاءت مع الفصلين 760 و761. بعبارة أخرى: كما أنّ التّقسيم إلى خيار وصف وخيار عيب لم يُرَد منه حقًّا أنّنا أمام قسمين، كذلك الأمر بالنّسبة إلى التّقسيم داخل خيار العيب بين الذي ينقص القيمة والذي ينقص الانتفاع. أي كما أنّ هنالك تداخلا بين القسمين الكبيرين، هنالك أيضا تداخل بين جزأيْ أحد هذين القسمين الكبيرين. وما تقدّم يدلّ على أنّ الفقه الإسلامي – حتّى بأقسامه هذه – لم ينظّم نفس الـمادّة مرّتين، وتحت اسمين مختلفين. ففي الوصف وجدنا حديثا عن الغرض من الشّيء، وفي العيب لقينا نفس الحديث. وفي ذاك عثرنا على أمثلة،

فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام]، بيروت، دار الكتب العلمية، ج 2، ص 74 (وليست ص 75 و76 كما أشارت حاشية الـمشروع الـمرَاجع) حيث نجد حديثا عن تشقّق حيطان وعن تهيؤ للسّقوط وأنّها عيوب تحطّ من الثّمن.

[338] ابن سلمون (الكناني)، كتاب العقد الـمنظّم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، [على هامش كتاب ابن فرحون السّابق الذكر]، ج 1، ص 167 و168 (وليس ص 166 كما ذكرت حاشية الـمشروع الـمرَاجع) حيث جاء:

– موقف أوّل:

*عيوب الدّور ثلاثة أقسام: عيب خطير يستغرق معظم الثّمن (الرّدّ)، وعيب يسير لا ينقص من الثّمن (لا ردّ)، وعيب ينقص من الثّمن ولا يذهب بمعظمه (يرجع بقيمة الـمبيع ويتمسّك بالـمبيع).

* بقيّة الـمبيعات: الحلّ مختلف.

– موقف ثان: بقية الـمبيعات مثل الدّور (الـموقف الأوّل أشهر).

– موقف آخر: الدّور وغيرها وأيضا الحيوان: عيب ينقص القيمة – خيار الرّد ما لم يفت.

– موقف آخر: عيب العقّار اليسير: لا ردّ، لكن رجوع بالقيمة إلاّ أن يفوت.

– موقف آخر: عيب يسير: حطّ القيمة؛ عيب كثير: الردّ.

– موقف آخر: الثّلث: الردّ؛ أقل من الثّلث: لا ردّ.

ولقد وردت بالحاشية إشارة إلى هذا الكلام لابن سلمون: "في الـموّازيّة سوء الجار في الدّار عيب تُردّ به، وقال غيره ليس ذلك بعيب، وقد قال أبو صالح الحرّاني سمعت مالكا يقول تردّ الدار من سوء الجار، وكثرة البقّ فيها عيب، ونزلت بقرطبة فحكم بردّها".

[339] ما وجدناه في الدّر الـمختار (تابع للفصل 759) وفي ابن فرحون (تحدّثنا عنه وهو تابع للفصل 761 ولكنّه أيضا مشار إليه مع الفصل 759) وفي ابن سلمون (أشير إليها مع الفصل 759 الخاص بالقيمة ومع الفصل 761 الخاص بالاستعمال).

[340] انظر الهامش السّابق.

[341] ما وجدناه عند الزّرقاني (تابع للفصل 760) وعند السّجلماسي (تابع للفصل 761) وعند ابن سلمون (ذكرناه أعلاه تابعا للفصل 761 أي للعقارات، لكنّه أشير إليه أيضا مع الحيوان) وعند ابن فرحون (انظر الهامش السّابق).

وفي هذا اعترضتنا نفس الأمثلة. فالفقه إذن يتحدّث عن وصف وعن عيب، أي عن صنفين، لكن لم يقصد أنّ الصّنفين مختلفان. والدّليل أنّا نجد في الفقه إذابة لكلّ فرق بين الخيارين[342]. وكلّ ما سبق يدلّ على أنّنا وفي كلّ الأحوال لسنا أمام ما وجدناه في الغرب من مادّة رُفِضت على وجه العموم ثم قُبلت على وجه الخصوص. هذا في موقف، أمّا في موقف آخر للغرب فما قيل للتّوّ إنّه قُبِل على وجه الخصوص أُبقي وزيد عليه قبولٌ على وجه العموم. ولعلّ هذه الـمقارنة تنبئ بعد بما سيقال عن القانون التّونسي.

III) مجلّة الالتزامات والعقود

102. — سبق أن وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود تتحدّث في الفصل 45 عن الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات. وإنّا نجدها في الفصل 647 وما بعده تتحدّث عن العيوب في إطار البيع[343]. وينبغي تحليل الفصل 647 لمعرفة محتواه، ثمّ ينبغي تقريب الفصل 647 من الفصل 45 لتبيّن هل ثمّ فارق أم لا بين هذا النصّ وذاك:

فإذا بدأنا بالتّحليل وجدنا الفصل 647 ينقسم إلى فقرتين:

فقرة ثانية تحدّثت في صياغتها العربيّة عن الوصف وفي الفرنسيّة عن qualité. ولقد سبق أن تعرّضنا إلى الـمعنى اللغوي لهاتين اللفظتين والذي هو واحد[344].

وفقرة أولى تتكلّم في صياغتها العربيّة عن العيب وفي الفرنسيّة عن vice، واللفظ الأوّل يفيد في اللغة النّقيصة[345] والثّاني يفيد عدم الكمال[346]، أي يفيد نفس الـمعنى.

وإنّنا، لكي نستقرّ على هذين الـمعنيين اللغويين أو نغادرهما، مدعوّون للبحث عن نيّة الـمشرّع.

---

[342] انظر الفقرة عدد 333.

[343] هنالك أيضا حديث عن العيوب في عقد الكراء مثلا: انظر إلى الفصل 758 وما بعده.

[344] انظر إلى الفقرة عدد 60.

[345] انظر إلى: الـمعجم العربي الحديث.

[346] انظر معجم اللغة الفرنسيّة "روبار 1" تحت كلمة vice.

والتّعبير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع من الوصف يسلمنا بأنّه لغير الذّاتي[347]. أمّا التّعبير الـمباشر عن قصد الـمشرّع من العيب فيسلمنا أنّ نقيصة القيمة ونقيصة الاستعمال[348] هي أيضا لغير الذّاتي[349].

وعلى هذا – وهنا نمرّ إلى التّقريب الـمتحدّث عنه أعلاه – يكون ما جاء بالفصل 647 من مجلّة الالتزامات والعقود هو نفسه الذي وجدناه من قبلُ في الفصل 45 من الـمجلّة عينها. ولمزيد التّدليل على هذا يمكن أن نأخذ مثال البقرة غير الحلوب: فهذا نجده في الصّورة الثّالثة من الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود حين ننظر إلى ما أشارت إليه الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع (أشارت إلى الـمادّة 310 من الـمجلّة العثمانيّة)، ثمّ نجده في الفقرة الثّانية من الفصل 647 من مجلّة الالتزامات والعقود الـمتعلّقة بخيار الوصف وذلك حين

---

[347] نجد بآخر الفقرة 2 من الفصل 754 من الـمشروع الـمرَاجع (وهي مساوية للفقرة 2 من الفصل 647) رقما محيلا (هو رقم 2) على محتوى بالحاشية له الرّقم نفسه وهنا نجد ابن نجيم (ج 1، ص 328 و329 وهنا يتعلّق الأمر بطبعة مساوية لتلك التي يشار إليها في الـمشروع الـمرَاجَع: ابن نجيم الأشباه والنّظائر [وبحاشيته: الحموي غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر]، دار الطباعة العامرة، 1920) يتحدّث عن مثال البقرة الحلوب والفرس الهملاج وهي أمثلة نجدها في الإحالات التي تهمّ صورة الفصل 45 الثّالثة: انظر مثلا إلى الـمادّة 310 من الـمجلّة العثمانيّة التي تقول: "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر الـمبيع خاليا عن ذلك الوصف، كان الـمشتري مخيّرا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثّمن الـمسمّى، ويسمّى هذا خيار الوصف. مثلا لو باع بقرة على أنّها حلوب فظهرت غير حلوب يكون الـمشتري مخيّرا، وكذا لو باع فصّا ليلا على أنّه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخيّر". ثمّ نجد في تفسيرها حديثا عن فرس هملاج.

كما نجد كمحال عليه ردّ الـمختار في مكان (5، ص 99) يتحدّث فيه عن السّرقة والحرّيّة والجنون (الرّقيق) وعن ثمرة كرم لا يمكن قطافها لغلبة الزّنابير (الشّيء) وهذه أيضا أوصاف غير ذاتيّة (ملاحظة: تكلّم ابن عابدين عمّا سبق تحت اسم العيب لأنّه على ما يبدو لم يعمد إلى الفصل بين خيار الوصف وخيار العيب).

[348] كان ثمّ في الـمشروع الـمرَاجع ثلاثة نصوص (759 و760 و761): قال الأوّل إنّه للقيمة وللاستعمال وتحدّث عن الـمنقولات والأشياء القابلة للاستهلاك، أمّا الثّاني فقال إنّه للاستعمال وتكلّم عن الحيوان، وأمّا الثّالث فتحدّث عن الاستعمال في إطار العقّارات. لكنّ مراجع هذا بها أمثلة الأوّل نفسها على مستوى مسألة القيمة (عيوب الدّور اليسيرة والكثيرة وعيوب العروض) ممّا يعني أنّه لا يجب الخروج باستنتاجات مفادها أنّ القيمة هي فقط للمنقولات وللأشياء القابلة للاستهلاك، أو مفادها أنّه وعن طريق تسميتي: " قيمة/ انتفاع" قيل بحاجز عازل لا ينفذ من هذه الـمنطقة إلى تلك. ولقد أشير إلى الشّيء نفسه في الهامش السّابق بالنّسبة إلى الوصف والعيب.

[349] انظر الأمثلة التي رأيناها سابقا في إطار الفصول 759 و760 و761 من الـمشروع الـمرَاجع لأنّها جاءت تحت الـمادّة 338 من الـمجلّة العثمانيّة وهذه مشار إليها على أنّها تعني الفقرة 1 من الفصل 754 من الـمشروع الـمرَاجَع، أي الفقرة 1 من الفصل 647 من مجلّة الالتزامات والعقود.

ننظر إلى ما أشارت إليه الحاشية الجانبيّة الخاصّة بالفقرة الثّانية من الفصل 754 من الـمشروع الـمرَاجَع (أشارت إلى ابن نجيم).
فإذا أضفنا الآن ما قلناه سابقا من أن لا فرق بين خيار الوصف وخيار العيب، كانت النّتيجة أنّ صورة الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود الثّالثة هي نفسها صورة فقرة الفصل 647 الأولى.

103. — وإنّه لا يمكن نقد مجلّة الالتزامات والعقود بسبب فصلها خيار الوصف عن خيار العيب لأنّها أخذت ذلك عن فقه يفصل دون أن يقول إنّا أمام صنفين لا تتداخل عناصرهما ببعضها البعض (أتت مجلّة الالتزامات والعقود بالفقه، وإذن لا يمكن أن تكون قد أصلحت أو أفسدت بالنّظر إلى ما كان لأنّها أتت بالذي كان. فإذا لم يمكن الحديث عن الإصلاح [أو عدم الإصلاح]، لم يمكن الحديث عن الإحكام [أو عدم الإحكام]، لأنّ الإحكام في عملنا يتكوّن في نفس الوقت من الإتقان والإصلاح).
لكن في الـمقابل يمكن أن نهتمّ بتنظيمها الوصف غير الذّاتي مرّة في الفصل 45 تحت اسم الغلط، ومرّة في الفصل 647 تحت اسم العيوب والوصف من جهة وتحت عنوان العيوب من جهة أخرى.
والنّاظر إلى مجلّة الالتزامات والعقود يجدها بعيدة عن الشّرق ومن ثمّ فما أتت به ليس محلّيا. ثمّ إنّ الـمتأمّل من نفس الزّاوية يجد مجلّة الالتزامات والعقود مساوية للقانون الفرنسي، بل وللموقف الثّاني داخله والذي وجدناه قد أدخل على موروثه الـمختلّ خللا آخر[350]. ولعلّ الفقه الذي تناول أو سيتناول مجلّة الالتزامات والعقود قام أو سيقوم بـ"الرّحلة الطّويلة الشّاقّة" نفسها التي وجدنا الفقه الفرنسي قد تجشّم عناءها[351]. وعلى كلٍّ، فما استوردته مجلّة الالتزامات والعقود أقلّ اتقانا من الفقه الإسلامي الذي هجرته. وهذا يربطها مرّة أخرى بمسألة الإحكام (انعدامه هنا) التي نعمل عليها.

---

[350] انظر الفقرة عدد 95 وما بعدها.
[351] انظر الفقرة عدد 98.

104. — يخلص من كلّ ما سبق أنّ مجلّة الالتزامات والعقود وفي الفصل 45 كانت من أهل "التّثليث"، كما أنّها وفي الفصل 647 أعادت تنظيم نفس ما هو موجود بالفصل 45 ولكن تحت اسم آخر غير الغلط.

فإذا أتينا بالغرب وبالشّرق وقرّبناهما من حلول تلك الـمجلّة، وجدناها أخذت من ذاك وتركت هذا. ولقد بدا أنّ الشّرق أكثر إتقانا هنا من الغرب. فذاك لم يفرّق بين متماثلين، أمّا هذا فنعم. فإذا قُبِل الذي بدا، قُبِل بنفس الـمناسبة القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود وضعت غير متقن ولم تأت بإصلاح لما كان موجودا قبلها (فعلت ما هو ضدّ للإصلاح)، أي قُبِل القول إنّ أحكامها لا تجسّد الإحكام.

ولعلّ بعض الذي قيل للتّوّ عن الغلط في الشّيء يصحّ أيضا عن الغلط في الشّخص لأنّ نسيج هذا وذاك واحد.

(ب) الإحكام في صورة الغلط في الشّخص

105. — غادرنا للتّوّ مادّة الشّيء حيث ثبت أنّ مجلّة الالتزامات والعقود من أهل "التّثليث". وها نحن ندخل في هذه اللحظة مادّة الشّخص حيث سيثبت أنّ الـمجلّة من أصحاب "الثّنوية". رغم هذا الاختلاف بين الـمادّتين، فإنّ بعض ما قيل في الأولى يصلح لأن يُنقل إلى الثّانية، أي أنّ بعض ما سبق من كلام في الـمادّة الأولى يغني عن الإطالة فيما سيأتي من كلام حول الـمادّة الثّانية.

ويستدعي الخوض في الـمادّة الثّانية – مادّة الشّخص – تحليل الفصل 46 من مجلّة الالتزامات والعقود. فإذا جيء بهذا التّحليل وجب – من منظور التّمشّي الـمعتمد في كلّ العمل – الإتيان بالغرب وبالشّرق، ثمّ وجب من بعد ذلك الـمرور إلى محاولة الحكم على الـمجلّة بالنّظر إلى مسألة الإحكام (وجوده – انعدامه)، وذلك بحسب ما ستفضي إليه الـمرحلتان السّابقتان:

106. — وإنّ نقطة التّحليل ممكنة البدء بملاحظة أنّ الفصل 46 استعمل صيغة "لا ... إلاّ"، وجاءت فيه "من" التّبعيضيّة. لكن لن يُتوقّف عند هذه الجوانب. والسّبب أنّنا في إطار عنوان يهمّ صور الغلط[352]. هذا العنوان يدعو إلى أن يُوَجَّهَ

---

[352] أشارت الحاشية التّحتيّة للفصل 51 من الـمشروع الـمرَاجع إلى "لوران" (ج 15، عدد 497 وما بعده) وإلى "دومولومب" (ج 24، عدد 108 وما بعده). وإنّ الأوّل (عدد 498) قد قسّم حديثه إلى

النظرُ إلى عبارتي: "ذات الـمتعاقد معه" و"صفته" وإلى ما يقابلهما في الصّياغة الفرنسيّة:

فإذا بدأنا بـ: "الذّات"، نقلنا ما جاء سابقا في إطار الشّيء وقلنا إنّها الخاصّة، والحقيقة[353]، والنّفس، والعين، والجوهر، والـماهية[354].

وإذا مررنا إلى ما جاء في الصّياغة الفرنسيّة كمقابل لعبارة "الذّات"، وجدنا لفظة personne، وتفيد في اللغة "الفرد من النّوع الإنساني"[355].

هذا الـمعنى اللغوي لهذين اللفظين للفصل 46 يحيل إلى ما وجدنا أنفسنا أمامه في إطار الشّيء وهو الـماهية الأولى[356].

لكن وككلّ معنى لغوي يتّجه، للقول به أو للقول بأنّ اللفظ أريد به خلاف ذلك الـمعنى، النّظر في التّعبير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع. هذا التّعبير لا يسلمنا شيئا يبعدنا عن اللغة. على هذا سنستقرّ على ما أسلمتنا إيّاه اللغة.

ويمكن أن نضيف لما سبق أنّ التّعبير الـمباشر يسمح بالقول إنّ لفظة الفصل 46 أخِذت من عند "دومولومب" مثلا حين تحدّث عن الشّخص وعن الوصف[357].

وهذه اللفظة – لفظة الوصف – هي الثّانية ترتيبا في الفصل 46 سواء في صياغته العربيّة أو الفرنسيّة. وتعني في هاتين اللغتين النّعت، وإكساء الحلّة، وإظهار الحال، وبيان الهيئة، وكيفيّة الوجود الـمميّزة[358]. ولعلّ هذه اللفظة العامّة: "صفته" (كسابقتها التي جاءت بالفصل 45: "وصفه") تفيد الخصوص، أي تفيد ما

تبرّع وإلى عوض، وداخل العوض إلى التزام بعمل وإلى التزام موضوعه شيء نبيعه أو نسوّغه. وهو عين ما فعله الثّاني (عدد 109) ولكن في عبارات أخرى هي طبيعة العقد والظّروف التي ولّدته. وإنّ كل هذه الأمور مرتبطة بحرف "من" وهذا سنعود إليه في إطار غير هذا الذي نحن داخله.

[353] ابن منظور، م س (لسان العرب).

[354] الـمعجم العربي الحديث.

[355] معجم روبار الصّغير1: « individu de l'espèce humaine »

[356] انظر الفقرة عدد 54 وما بعدها.

[357] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 121. وهو مشار إليه بالحاشية التّحتية للفصل 51 من الـمشروع الـمرَاجع.

[358] انظر الفقرة عدد 60.

ليس ذاتيّا[359]. وعلى كلّ ليس ثمّ في التّعبير الـمباشر عن النّيّة ما يصرفها عن الـمعنى اللغوي الذي ذكرناه.

107. — فإذا أتينا الآن بالغرب، وجدناه يتحدّث عن هاتين الصّورتين. وفعلا فإنّ "دومولومب"، كما تقدّم، قال بالشّخص وبالوصف وذلك بالرّغم من أنّ الفصل 1110 (فقرة 2) من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة لم يذكر إلاّ الأوّل (جاءت فيه عبارة: personne). ونفس الأمر نجده بالفصل 180 (وردت فيه نفس العبارة: personne) الذي لم تضف إليه عبارة الوصف (qualité)، وبالتّحديد عبارة الأوصاف الأساسيّة (qualités essentielles)، إلاّ في 11 جويلية 1975[360].

أمّا الشّرق فنجد فيه صورة الشّفيع الذي يُذكَر له أنّ الـمشتري فلانٌ، فيسلِّم ولا يمارس حقّ الشّفعة، فإذا بالـمشتري شخص آخر[361].

---

[359] انظر الفقرة عدد 60.

[360] ولقد فهم النّص على أنّ التّخصيص فيه يفيد الاختصاص، ثمّ على أنّه لا يفيد ذلك، إلى أن تدخّل الـمشرّع ليحسم الأمر ويؤيّد التّأويل الثّاني. انظر مثلا إلى "كاربونيي" وإلى تاريخ الفصل 180 في القضاء الفرنسي منذ قرار "برتون" في 24 أفريل 1862، وذلك عند:

"كاربونيي" (جون)، العائلة. الطّفل. الزّوجان، باريس، الـمنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، ط 20، 1999، ص 415 وما بعدها.

CARBONNIER (J), *La famille. L'enfant. Le couple*, Paris, P.U.F., 20e éd, 1999, p. 415 et s.

ولعلّه يمكن الإتيان بفهم آخر لما جاء في فرنسا: فالفصل 180 أتت به عبارة personne وهذه لها معنى لغوي. ويمكن القول إنّ النّص أُوّل في البداية على أنّه قصد معنى ثانيا هو الأوصاف التي تتكوّن منها عناصر الحالة الـمدنيّة. ويبدو أنّا هنا أمام معنى تشريعي. كما يبدو أنّ قرار "برتون" رفض أن تعدّ بقيّة الأوصاف معنى تشريعيّا ثانيا. ثمّ جاءت الـمحاكم في منتصف القرن العشرين تقريبا وقبلت ما رفضته الدّوائر الـمجتمعة. وإنّ مشرّع سنة 1975 وبإضافته لكلمة qualité يكون ردّ الفعل على إدخال معنى ثالث لعبارة personne، أي يكون مؤيّدا لفهم قرار "برتون". لكنّه وفي الآن نفسه لم يقص الـمعنى الثّالث، أي اتّبع التّطوّر الذي كرّس، وذلك حين جاء بهذا الـمعنى الثّالث بواسطة اللفظة التي زادها.

فإذا تمّ الـمرور إلى الفصل 1110 أمكن التّمسّك بأنّ عبارته personne عرفت مصيرا مختلفا. فلقد قيل إنّ الغلط في ذات الشّخص موجب للبطلان الـمطلق، ومن ثمّ فهو خارج عن الفصل الـمذكور. وهذا يعني أنّ العبارة فسّرت على أنّ الـمشرّع لم يرد منها معناها اللغوي بل معنى آخر.

[361] جاءت هذه الصّورة في الـمبسوط (ج 14، ص 105) وفي البحر الرّائق (ج 8، ص 144) وفي الدّسوقي على الشّرح الكبير للدّردير (ج 3، ص 487) وفي الخرشي (ج 6، ص 173) وفي شرح البهجة للشّيخ زكريّاء الأنصاري (ج3، ص 279)، وذلك حسب: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 128 و129.

كما نجد فيه صورة الـموكّل الذي يظنّ أنّ الوكيل الذي أقامه صاحبَ أهليّة (ومن ثمّ سترجع على هذا الوكيل حقوق العقد) والحال أنّ الوكيل ليس كذلك (ومن ثمّ فحقوق العقد سترجع عليه هو، أي الـموكّل)[362].

ونجد أيضا بالفقه الإسلامي صورة[363] من تُستأجر لتُرضع ولدا فيُتَبَيّن أن بلبنها أو بخُلُقِها فسادا[364].

وإنّا لم نجد[365] من يحلّل الصّورة الأولى من منظور أنّها للأوصاف الحسّيّة أي للذّات أو للشّخص. لكن وجدنا من يحلّلها من زاوية أخرى. وفعلا جاء في البحر الرّائق[366]: "وإن قيل له إنّ الـمشتري فلانٌ، فسلّم، ثمّ ظهر أنّه غيره، فله الشّفعة، لتفاوت النّاس في الأخلاق". فالصّورة لتفاوت، ولتفاوت في الخُلق، والخُلق وصف غير حسّي.

---

[362] يفرّق جزء من الفقه الإسلامي بين حكم العقد والـمراد به الأثر الـمرتّب عن العقد (في البيع: ثبوت ملكيّة الـمشتري للمبيع واستحقاق البائع للثّمن الـمذكور في العقد) وحقوق العقد والـمراد بها "كلّ ما اتّصل بتنفيذ أحكام العقد والتّمكين لكلا العاقدين ممّا أعطاه له العقد وضمان سلامة الـمعقود عليه وأنّه وفق الأوصاف التي وصف بها، ولذا يعدّ من حقوق العقد في البيع تسليم الـمبيع وقبض الثّمن والرّدّ بخيار العيب وخيار فوات الوصف الـمرغوب فيه وضمان ردّ الثّمن إذا تبيّن أنّ الـمبيع لم يكن ملكا للبائع وقت البيع". (أبو زهرة [محمّد]، م س، ص 347). وحكم العقد في العقود التي تضاف للوكيل (البيع، إلخ) يكون للموكّل، أمّا حقوقه فتكون للوكيل (الـمرجع نفسه، ص 349).

وقد جاءت الصّورة الواردة في الـمتن في بدائع الصّنائع (ج 6، ص 34) وفي تكملة فتح القدير (ج 6، ص 15 و16)، وكل ذلك حسب: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 129 و130 و131.

[363] جاء هذا الـمثال في الـمبسوط (ج 15، ص 119 و121 و122) وفي الزّيلعي (ج 5، ص 128) وفي البحر الرّائق (ج 8، ص 22 و23) وذلك حسب: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 131 و132.

[364] يمكن أن يشار إلى صورة وصف همّت عقد الزّواج وحصلت في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه. فلقد خضّب رجل شعره بالسواد. فلمّا دخل بزوجته نصل خضابه وظهرت شيبته. فشكاه أهلها إلى أمير الـمؤمنين فأوجعه ضربا وقال له غررت بالقوم (إذن تغرير أحدث – وهذا هو الذي يهمّنا – غلطا في الوصف). وفي رواية الغزالي فرّق عمر بين الزّوجين. انظر: الغزالي، إحياء علوم الدّين، بيروت، الدّار الـمصريّة اللبنانيّة، ج 2، ص 44؛ أبو طالب الـمكي: قوت القلوب في معاملة الـمحبوب ووصف طريق الـمريد إلى مقام التوحيد، بيروت، دار صادر، ط 1، 1995، ج 2، ص 473.

[365] لم نأخذ الفقه الإسلامي الـمعاصر وبالتّحديد الفقه الذي يعرف أصحابه التّصنيف الغربي خشية أن يكون هؤلاء قد سحبوا ذلك التّصنيف على الأمثلة التي وجدوها عند القدامى.

[366] البحر الرّائق، ج 8، ص 144، وذلك حسب: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 128 و129.

فإذا تمّ الـمرور إلى الصّورة الثّانية، وجدنا من يصرّح بتحليلها على أنّها للوصف. وفعلا قالت "تكملة فتح القدير"[367] إنّ: "الـمشتري دخل في العقد على ظنّ أنّ حقوقه تتعلّق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخيّر، لأنّه فات عن وصف مرغوب فيه".
يخلص ممّا سبق أنّه – وخلافا للشّيء[368] – لا يمكن الجزم بأنّ الفقه قال بصورة واحدة هي الأوصاف. كما أنّه لا يمكن القول إنّه قال بصورتين لمجرّد وجود الأمثلة الواردة أعلاه إذ الفيصل هنا تحليل الصّور وتصنيفها لا مجرّد الإتيان بها.

108. — وينبغي بعد الذي سبق الإتيان بالحكم:
وقد ننظر، من أجل ذلك ومرّة أخرى، في التّفرقة الغربيّة بين الذّات والصّفات. وقد نحاول أن نفسّرها فنقول: إنّ الشّخص هو ما نراه بأمّ أعيننا أي الـمظهر الخارجي والحسّي، أمّا الأوصاف فغير ذلك.
بعبارة أخرى:
إذا كان لدينا شخص أوّل: فلدينا من جهة مظهره الخارجي أو وصفه الحسّي (سنسمّي هذه الجهة: أ) ومن جهة أخرى أوصافه الأخرى (سنسمّي هذه الجهة الأخرى: 1، و2، و3، إلخ).
فإذا كان لدينا معه شخص ثان: فلدينا من جهة مظهره الخارجي أو وصفه الحسّي (سنسمّي هذه الجهة: ب) ومن جهة أخرى أوصافه الأخرى (سنسمّي هذه الجهة الأخرى: 1 مكرّر، و2 مكرّر، و3 مكرّر، إلخ).
فإذا ارتُكِب غلط في ذات (أ) وفي شخصه فهذا يعني أنّه أخِذ (ب) مثلا على أنّه (أ)؛ أي يعني أنّنا لم نجد (أ).
أمّا إذا ارتُكِب غلط في وصف (أ) فهذا يعني أنّه أخِذ ما ليس 1 على أنّه 1؛ أي يعني أنّنا ما زلنا نجد (أ) [لم نمرّ مثلا إلى: ب]، لكنّا نجد (أ) من دون 1.
على هذا ثمّ فرق بين الصّورتين. لكن لنسأل: هل يبرّر هذا الفرق قولا بأنّ الصّورة الأولى أعلى وأخطر من الثّانية؟

---

[367] فتح القدير، ج 6، ص 15 و16، وذلك حسب: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 130 و131.
[368] انظر الفقرة عدد 82.

لقد قال بعض الفقهاء الغربيّين بذلك[369]. لكن الذي يبدو أنّ كلامهم قابل للنّقاش:

وفعلا إذا أخذت الصّورة الأولى على أنّها تحوي أنّه أريد (أ) وله الوصف 1 و2 و3. لكنّ الذي وُجد هو (ب) وله الوصف 1 مكرّر (وهو مساو لـ: 1)، والوصف 2 مكرّر (وهو مساو لـ: 2)، والوصف 3 مكرّر (وهو مساو لـ: 3)[370].

ثمّ أخذت الصّورة الثّانية على أنّها تتضمّن أنّه أريد (أ) وله الوصف 1 و2 و3، لكنّ الذي وُجد هو (أ) ... نعم، إلاّ أنّه من دون 1 و2 و3[371].

... إذا أخذ ما سبق، تبيّن أنّ الصّورة الثّانية أشدّ من الأولى أوعلى الأقلّ مثلها شدّة. بعبارة أخرى إذا بُدِّلت ذات وبُدِّلت أوصاف فهذا لا يعني بالضّرورة أنّ التّبديل الأوّل أهمّ.

فإذا لم توجد هذه الأهمّيّة، لم تبق جدوى للتّفرقة بين الذّات والأوصاف، ويكون الأفضل جمع الكلّ تحت عنوان الأوصاف إذ الذّات أوصاف حسّيّة أي في النّهاية أوصاف[372].

---

[369] انظر إلى الحديث منه:

"لوسوارن" (إ.)، ملاحظات تحت حكم محكمة الاستئناف بـ: روان، 4 مارس 1969، الـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1969، 762.

LOUSSOUARN (Y), « obs. sous C.A. de ROUEN, 4 mars 1969 », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1969, 762.

"تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 219؛ "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 495.

[370] أراد الـمرأة فلانة لدينها ولحسبها ومالها فوجد أخرى ذات دين وحسب ومال.

[371] أراد الـمرأة فلانة لدينها ولحسبها ومالها فوجد هذه الفلانة نفسها ولكن بلا دين ولا حسب ولا مال.

[372] إنّ مسألة التّساوي أو عدم التّساوي في الأهمّية بين الذّات كضرب من الأوصاف وبقيّة الأوصاف مسألة تختلف من حالة واقعيّة إلى حالة واقعيّة أخرى، ولا يمكن حسمها مسبّقا وبصفة مجرّدة. ولعلّه بالإمكان أن يُضاف لما سبق ما جاء إبّان الحديث عن الشّيء: من كون الذّات هي ذاتيّات ومعها غير ذاتيّات (الذّات = ذاتيّات + غير ذاتيّات)، ومن كون الذّات غير موجودة (هكذا لا يبقى إلاّ الذّاتيّات وغير الذّاتيّات)، ومن كون الذّاتيّات غير موجودة، ومن كون غير الذّاتيّات (وبالتّدقيق لازم وجود الـماهية والعارض لا لازم الـماهية) هي الـموجودة، ومن كون هذا الـموجود أو هذه الأوصاف لكائنين واقعيّين قد تتقارب أو تتباعد بحسب الحالات. انظر الفقرة عدد 75 وما بعدها.

وعلى هذا، فـ "التّوحيد" هنا أيضا خيرٌ من "الثّنويّة". لكنّنا لا نستطيع أن نقول إنّ الفقه الاسلامي أحسن صناعة تشريعيّة من فقه القانون الفرنسي.

هذا الكلام يهمّ مباشرة القانون التّونسي، لأنّ هذا القانون أخذ ما جاء في فقه القانون الفرنسي وفرّق بين الشّخص والوصف.

وينبغي أن يضاف، وبصفة عرضيّة، أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تتحدّث عن النّوع. والسّبب لا يتمثّل في كونها اكتشفت أنّه "اختراع"، بل يكمن في كون الذين تحاكيهم لم يأتوا بشيء هنا. وإنّه لبالإمكان وعلى الـمستوى النّظري أن يوجد هذا الكلام عن النّوع وذلك حين ينظر إلى الشّخص الطّبيعي وإلى الشّخص الـمعنوي.

وبغضّ النّظر (أو مع النّظر) إلى هذه الـمسألة العرضيّة، يمكن القول عن الفصل 46 إنّه مستورد وتارك للمحلّي. لكن لا يمكن القول إنّه مجسّد لعدم الإحكام.

109. — على هذا وعلى الذي سبقه، تكون الـمحصّلة أنّ " الشّيء" جانبَ الإحكام. لكن لا يمكن إتيان نفس القول فيما يتعلّق بـ"الشّخص". والـملاحظ أنّ الكلام في ذاك أغنى عن كثير كلام في هذا. فهل سنجد نفس ما تقدّم في إطار الضّرب الآخر من الغلط في الواقع؟

الفقرة 2. الإحكام في صور الغلط في الواقع "غير الـمبطل"

110. — ينقسم "الغلط في الواقع غير الـمبطل" إلى قسمين: واحد موجود بنصوص مجلّة الالتزامات والعقود[373] وآخر يجب البحث عنه في التّعبير الـمباشر عن نيّة واضعيها. والأوّل هو الغلط في الحساب أو الغلت[374]، أمّا الثّاني فهو ما يسمّى بالغلط في الباعث. وسنحاول البحث في علاقة الأوّل ثمّ في علاقة الثّاني بمسألة الإحكام (وجوده - انعدامه): أي سننظر في الإحكام أوّلا في صورة الغلط في الحساب أو في صورة الغلت (أ) وثانيا في صورة الغلط في الباعث (ب).

(أ) الإحكام في صورة الغلط في الحساب/ أو في صورة الغلت

111. — سنحاول هنا قطع مرحلة التّحليل، ثمّ مرحلة الإتيان بالغرب وبالشّرق، ثمّ مرحلة محاولة الحكم بالنّظر إلى القضيّة التي نعمل عليها:

112. — فأمّا التّحليل فسنبدؤه بالإشارة إلى أنّ الفصل 47 تحدّث: أوّلا عن "مجرّد الغلط في الحساب" / "simples erreurs de calcul"؛ وثانيا عن كون هذا الغلط يُصلح.

فإذا شرعنا بالحديث الأوّل وجب أن نأتي بالـمعنى اللغوي قبل أن نبحث في مسألة النّيّة:

وإنّ الصّياغة الفرنسيّة للفصل 47 تتمثّل في تركيب قدّم فيه وصف معيّن (simple) على الـموصوف (erreur). هذا التّركيب يفيد أنّ الكلام هو عن الـموصوف وعن الـموصوف وحده، أي دون أيّة زيادة[375].

---

[373] هنالك أيضا الغلط في القيمة. ولكنّ هذا سنورده لاحقا (الفقرة عدد 240 وما بعدها).

[374] جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، ج 7، ص 363) وفي إطار كلمة غلط: "والغلط في الحساب وكلّ شيء، والغلت لا يكون إلاّ في الحساب"، وعلى هذا فكلمة الغلط مطلقة أمّا كلمة الغلت فخاصّة بالحساب. انظر أيضا حول الغلت: الجوزي (ابو الفرج جمال الدّين بن علي بن محمّد بن جعفر)، الـمدهش، تحقيق مروان قباني، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 2، 1985، ص 47: "وتقول العرب في الحساب غلت وفي غيره غلط".

[375] انظر هذا الأمر في اللغة الفرنسيّة حيث ستجد في معجم "روبار الصّغير 1" ما يلي:

أمّا الصّياغة العربيّة فتفيد – انطلاقا من مدلول جرّد[376] – أنّ الحديث هو عن غلط في الحساب وعن غلط في الحساب عُرِّي من غيره.

هذا عن اللغة، فإذا مررنا إلى نيّة الـمشرّع، استوجب ذلك الإتيان بأمرين:

وأوّل الأمرين يتمثّل في أنّ ما جاء بالـمشروع (الفصل 39) هو عينه ما جاء بالـمشروع الـمرَاجَع (الفصل 52)، وهو نفسه الذي انتقل إلى مجلّة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسيّة.

والباحث في الأعمال التّحضيريّة لا يجد أنّ الـمبنى – حين استعمل في الـمرّة الأولى – قد أريد به غير الـمعنى الوضعي اللغوي. ثمّ إنّ الباحث لا يجد ما يفيد أنّه، حين أُبقي على هذا الـمبنى، حصل تحويل له نحو معنى مختلف.

أمّا ثاني الأمرين، فينبغي بدؤه بحديث جاء في إطار فقه القانون الالـماني[377]، ومفاده أن ثمّ صورتين:

أولاهما نجدها مدعّمة بمثال طلاّء جدران الـمنازل الذي يطلب ثمنا جمليّا – لنقُلْ ألف دينار – للقيام بأعمال طلاء لشقّة على أساس عمليّة حسابيّة خاطئة لمساحة الجدران.

وثانيتهما تهمّ من يقف أمام شيئين مختلفين لكلّ منهما ثمنه الـمعلن عنه (لنقل إنّ الشّيء الأوّل وضع عليه 400 د ثمنا والثّاني 450 د) ويقوم بعمليّة حسابيّة خاطئة (مثلا ظنّ أنّ محصّلة عمليّة الجمع 1000 د) تمثّل محصّلتها ما سيعدّ الثّمن الجملي.

والصّورة الأولى يمكن أن ينظر إليها من زاوية أخرى فتكون غلطا في وصف الشّيء هو الـمساحة أوجد غلطا في قيمة الأداء الـمقدّم[378].

"Simple […] II […] 3° (devant le nom). Qui est uniquement ce que le substantif implique et rien de plus […] une simple formalité. V. pur, seul. Tribunal de simple police".

[376] جرّد تجريدا […] ثوبه ومنه: عرّاه منه (انظر الـمعجم العربي الحديث).

[377] انظر إلى: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 339.

[378] يرى القضاء الالـماني أنّه وحين لا يُعلِم الطّلاّء في مثالنا صاحب الشّقة بأساس تحديده للثّمن فنحن أمام غلط في الباعث غير ذي أثر. أمّا حين يعلِمه فنحن أمام ما يسمّى في الـمانيا "غلط في محتوى التّصريح"، وهو ذو أثر. وإنّ الفقه الالـماني ينقد هذا الـموقف ويرى أنّ مجرّد الإعلام غير كاف لوضع عبء تحمّل خطر الخطأ في الحساب على كاهل صاحب الشّقة في مثالنا.

أمّا الصّورة الثّانية فلا يمكن النّظر إليها من زاوية ترجعها إلى دائرة الشّيء، أو إلى دائرة ما سنسمّيه لاحقا بالسّبب القريب[379]، أو (عموما) إلى دائرة الغلط الذي رأيناه في العنوان السّابق بوصفه مبطلا[380].

على أساس ما سبق، يمكن القول: إذا كان الفصل 47 لما لا يبطل، وإذا كانت الصّورة الأولى قابلة لأن ينظر إليها من زاوية تدرجها في الـمبطل، فصون كلام الـمشرّع عن التّناقض[381] – بأن يقول عن صورة إنّها تبطل ولا تبطل – يقتضي جعل هذا النّص للصّورة الثّانية دون الأولى.

---

[379] انظر الفقرة عدد 149 وما بعدها.

[380] يمكن الإتيان بتحليل قريب من الذي تقدّم والقول إنّ حاصل الصّورة الأولى خلل في الـمعطيات التي انبنت عليها العمليّة الحسابيّة جعل هذه العمليّة لا تصل إلى ما كان ينبغي أن تصل إليه، أي جعل هذه العمليّة مختلّة. أمّا حاصل الصّورة الثّانية فخلل في العمليّة الحسابيّة، وخلل في العمليّة الحسابيّة لوحدها. فهنا نحن أمام مجرّد غلط في الحساب. أمّا هناك فأمام غلط في الـمعطيات التي انبنى عليها الحساب، أي أمام ما ليس مجرّد غلط في الحساب.

و"مجرّد الغلط في الحساب" بهذا الـمعنى (= محصّلة خاطئة لخلل يهمّ فقط عمليّة جمع أو طرح أو قسمة أو ضرب) هو الذي يجعل صورة الفصل 47 مختلفة من جهة عن الغلط في تعيين الثّمن وفي السّكّة اللذين تحدّثنا عنهما سابقا (الفقرة عدد 35) ومن جهة أخرى عن الغلط في القيمة الذي سنتحدّث عنه لاحقا (الفقرة عدد 243).

[381] انظر إلى: "بيرلمان" (ح)، م س (الأخلاق)، ص 806، حيث يورد تطبيقا معروفا لتلك القاعدة على نص لـ: "هيراقليط" جاء فيه: "ندخل ولا ندخل النّهر مرّتين". فـ: "ندخل النّهر مرّتين" فُسّرت على أنّها تعني ضفّتيه، لكي لا تتناقض مع: "لا ندخل النّهر مرّتين" التي فسّرت على أنّها تعني مياهه الجارية.

انظر حول عموم مسألة "تحصيل الحاصل" Tautologie:

"بيرلمان" (حاييم) و"أولبريشت-تيتيكا" (لوسي)، مؤلَّف الحِجاج. البلاغة الجديدة، بروكسال، منشورات جامعة بروكسال، 1992، ص 292 وما بعدها وص 588.

Perelman (Chaïm) et Olbrechts–Tyteca (Lucie), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992, p. 292 et s. V. aussi: p. 588.

ولعلّه ينبغي هنا أن نشير إلى أنّ "بيرلمان" تحدّث في كتاب الأخلاق (ص 765) عن الحالة التي نكون فيها أمام متناقضين ولا نستطيع إقصاء أحدهما لأنّ كليهما ممكن داخل النّص الـمؤوّل. ويقول إنّ معيار الإقصاء يكون هنا أيهمّا أصلح (قرّب هذا القول من الفصول: 541 و556 و557 من مجلّة الالتزامات والعقود).

وعلى كلّ انظر حول عدم التّناقض عموما وذلك في الفضاء الفكري الغربي: "بيرلمان" (حاييم) و"أولبريشت-تيتيكا" (لوسي)، م س، ص 166 وما بعدها؛ "بيرلمان" (حاييم)، م س (الأخلاق)، ص 565– 619 وما بعدها – 755 وما بعدها– 806؛ "دريدا" (جاك)، م س، ص 229 وما بعدها؛

على هذا، يكون لعبارة الفصل 47 "مجرّد الغلط في الحساب" معنى لغوي هو الغلط في الحساب والغلط في الحساب وحده ودون أيّة زيادة، وتكون هنالك نيّة على هذا الـمعنى مردّها قرينة تتمثّل في تعبير غير مباشر. بعبارة أخرى: ينتج عمّا سبق أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تحدّثت عن غلط في الحساب لا يُزاد عليه، أي لا يمكن النّظر إليه أيضا من زاوية الغلط الـمؤثّر في صحّة العقد.

فإذا انتُهي ممّا تقدّم، أمكن الالتفات إلى الحلّ الـموضوع وهو الإصلاح. وينبغي هنا – لغاية الـمقارنة – أن نأتي بما رآه فقه القانون الالـماني[382] من أنّه يمكن: إمّا أن نأخذ بالـمحصّلة الصّحيحة لأنّنا نعتقد أن بالإمكان توقّع كون الـمتلقّي تثبّت في الحساب وأصلح من ثمّ ما اقترح عليه، وهذا الذي أصلحه هو الذي مثّل موضوع قبوله. وإمّا أن نأخذ بالـمحصّلة الخاطئة لأنّنا نرى أنّ الـمتلقّي لم يقبل إلاّ ما اقترح عليه. وإمّا أن لا يمكننا بواسطة التّأويل لا القول إنّ الـمتلقّي أراد قبول ما يمثّل محصّلة صحيحة ولا إنّه أراد ما يمثّل محصّلة خاطئة، وعندها يتعذّر القول بالتقاء الإرادات وبولادة العقد.

بعبارة أخرى هنالك: 1 + 1 (وهذا يحمله تعبير)، أي هنالك: 2 (كأمر ضمني باعتبار أنّ 2 محصّلة لعمليّة الجمع)؛ ثمّ هنالك: 3 (وهذا يحمله تعبير). على هذا، وفي الجملة، ثمّ معنيان: أوّلهما 2؛ وثانيهما 3.

فإمّا أن نجد، بواسطة عمليّة التّأويل، قرينة حاليّة أو مقاليّة على أنّه أريد الـمعنى 2؛ عندها نأخذ بهذا الـمعنى.

وإمّا أن نجد نيّة على الـمعنى 3؛ عندها نأخذ بهذا الـمعنى.

وإمّا أن لا نجد لا هذه النيّة ولا تلك؛ فنصير أمام ما هو كالـمشترك، أي أمام ما هو كالذي له عدّة معاني لا يمكن القول بها معا لكونها معان مختلفة؛ هنا يسقط التّعبير ولا يؤخذ به[383].

"كربونيي" (جون)، م س (علم الاجتماع القانوني)، ص 136؛ "إيكو" (أمبرتو)، م س، ص 51 وما بعدها؛ الـموسوعة الفلسفية الكلية، م س، تحت كلمة: contradiction.

وانظر في الفضاء الفكري الإسلامي، وعلى سبيل الـمثال منه الفضاء الفقهي: ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ج 1، ص 398 وما بعدها، الطّبعة التي ذكرناها سابقا وقلنا إنّها ليست التي يشير إليها الـمشروع الـمرَاجع).

[382] انظره عند "فيتز" (كلود)، م س، عدد 339 و340.

[383] قارن هذا مع قاعدة الفصل 531 من مجلّة الالتزامات والعقود الـمتعلّقة بالحقيقة والـمجاز.

وما جاء الآن يمكّن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود قطعت الطّريق على الـمؤوّل وأعطته مباشرة الحلّ، أي أنّها جاءت إلى "صورتنا" وقالت: إمّا إنّ فيها معنيين ويجب عليكم أن تأخذوا بأحدهما ولا تلتفتوا إلى النّوايا، وإمّا – وهذا ممكن بدوره ويصبّ في نهاية الأمر فيما سبق – إنّ فيها معنى واحدا ويجب عليكم أن تأخذوا به ولا يهمّ إن عثرتم على نيّة مخالفة[384].

ويمكن القول عن هذا الحلّ لمجلّة الالتزامات والعقود إنّه ليس الأفضل.

113. — لكن ينبغي قبل ذلك – لأنّا أمام حكم على الفصل 47 – أن نأتي بالغرب الـمعتمد. فلقد أشير مثلا في الـمشروع الـمرَاجع إلى نصّ في الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة يقول أيضا بالإصلاح[385]. هذا الحلّ نجده أيضاً بالشّرق[386]. وفعلا، جاء تحت الـمادّة 72 من الـمجلّة العثمانيّة[387] أنّه "لو كان شخص يشتري من تاجر بضائع ويقيّد التّاجر ما يشتريه الرّجل بدفتره وأراد الـمشتري دفع ثمن ما أخذه فطلب من التّاجر أن يجمع كلّ ما أخذه منه فغلط التّاجر فبدل من ألف طلب

---

[384] انظر ما رأيناه سابقا حول الغلط في ذات الشّيء وحول الغلط في طبيعة العقد، ثمّ انظر بعد ذلك إلى القرار التّعقيبي الذي قرّب فيه الغلط في ذات الشّيء من الغلط في الحساب (تعقيبي، مدني، 11251، 22 أفريل 1985، ن، ج 1، ص 178).

ويمكن أن نورد هنا رسما سبق معنا (انظر الفقرة عدد 37، الهامش)، والذي يذكّر بالـموقف الذي يفضي إلى القول إنّ الغلط في الحساب ليس غلطا.

وفعلا إذا كانت العبارة فيها: 7 + 5 = 11

فالبعض يرى أنّ التّفكير كان: 7 + 5 = 12.

وعليه لا غلط في الحكم هنا، بل حصل الغلط في التّعبير. ومن ثمّ لا تسمّى هذه الصّورة غلطا.

[385] لم يشر مباشرة إلى الفصل 2058 باعتبار أنّه سبقت هذا النّص عبارة "قارن" وبالتّحديد اختزالها وهو (.cf). لكن السّبب على ما يبدو أنّ الفصل 47 من مجلّة الالتزامات والعقود جاء لكلّ العقود، أمّا الفصل 2058 فيهمّ عقد الصّلح، لذلك لم يمكن أن تحصل الإشارة إليه بصفة مباشرة.

[386] لقد أشارت الحاشية الجانبية للمشروع الـمرَاجع إلى ردّ الـمحتار (ج 4، ص 630). لكن هنالك خطأ مطبعي في رقم الصفحة ولم نجد له إصلاحا في القائمة الـموجودة لهذا الغرض في هذا الـمشروع (الجزء الرّابع فيه فقط 523 صفحة) لذا تعذّر علينا الرّجوع إلى الشّرق الـمعتمد كمرجع واستعضنا عنه بما ورد أعلاه.

[387] التي تقول: "لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه".

ألفين ودفع الـمشتري الألفين بعد ذلك ثمّ تبيّن له أنّ الـمطلوب منه ألف قرش فقط فدفع الألف الثّانية للتّاجر خطأ لا يمنعه من استردادها"[388].

114. — ممّا سبق، يمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود - سواء اتّبعت ذاك الغرب أو هذا الشّرق - قد أخذت بما ليس الأفضل[389]. لكن، لأنّها مثل الفقه لا يمكن الـمرور لفكرة الإحكام (بسبب عدم إمكان الخوض في الـمكوّن الثّاني للإحكام الذي هو الإصلاح).

ولقد كان على هذه الـمجلّة أن تهجر في مثل هذه الـمواطن الفقه[390]. لكن يبدو أنّها لا تضيّعه إلاّ حين يكون هو الأصلح. ولعلّ هذا هو أيضا شأنها في ما يخصّ الغلط في الباعث.

(ب) الإحكام في صورة الغلط في الباعث

115. — لم يرِد نصّ في عنوان مجلّة الالتزامات والعقود الخاصّ بعيوب الإرادة يتحدّث عن الغلط في الباعث[391] ويقول إنّه مبطل أو غير مبطل. لكنّنا نجد بالحاشية التّحتية للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان[392] تكلّما فيه عن الباعث والوصف غير الذّاتي وقالا إنّهما لا يبطلان. وأضافا إنّ الأوّل[393] والثّاني[394] يصبحان مؤثّرين على العقد لو أنّ نيّة الأطراف الـمشتركة

---

[388] حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 72.

[389] هنالك أصول في مادّة العقد وهي من جهة الفصل 515 الذي يدعو لأن يعطى التّعبير الـمعنى الـموافق للمقصد ومن جهة أخرى الفصل 531 الذي يمكن وانطلاقا منه أن نقول بإبطال التّعبير لو لم نستطع العثور على نيّة على أحد معانيه التي لا يمكن القول بها جميعا. وقد كان يمكن إرجاع الـمادّة التي نحن بصددها إلى هذه الأصول فنكون قد جمعناها بما هو مثلها. ويبدو أنّ هذا الجمع لو أتي به لا يعطّل داعيا آخر (على كلّ قارن ما قلناه عن الفصل 515 وخاصّة عن الفصل 531 بما جاء عند: الجربي (سامي)، تفسير العقد، تونس، مركز النشر الجامعي، 1999).

[390] أو بالتحديد ما هو مثل الفقه لأنّ ما تأخذ به هو هذا ثم يتّفق أن يكون الـمأخوذ به مثل الفقه.

[391] لن نستطيع الآن أن نعرّف الغلط في الباعث. لكن حين سنصل إلى الفقرة عدد 148 وما بعدها سيصير بإمكاننا تقديم تعريف سلبيّ والقول إنّه: الغلط الذي ليس محلّه الشّيء ولا الشّخص ولا طبيعة العقد ولا وجود السّبب ولا وصف السّبب ولا الحساب ولا القيمة؛ أو القول إنّ: الباعث علّة غائيّة ليست شيئا ولا شخصا ولا طبيعة عقد، إلخ.

[392] ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

[393] قد ينبغي أن يشار إلى أنّ ما أضافاه ما زال موجودا في الفقه الحديث: انظر إلى:

جعلت منهما شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد. ويبدو أنّ الـمقصود هنا أنّنا أصبحنا أمام عقد شَرطيّ وأنّ التّأثير على العقد ليس سببه الغلط بل سببه عدم تحقّق الشّرط[395].

وإنّنا لن نخوض هنا في علاقة الغلط بالشّرط لأنّه أمر سنأتيه لاحقا[396]، لكن ينبغي أن نشير إلى أمرين:

أوّلهما أنّ مجلّة الالتزامات والعقود "نفضت" عن نفسها ما ذهب إليه الفقيهان الـمذكوران أعلاه، حين أدخلت الوصف غير الذّاتي تحت عنوان الغلط، وإن كان قد "عَلِقَ" بها شيء منهما حين قالت: "موجب للتّعاقد".

ثانيهما أنّها لم تفعل ذلك مع الباعث. هذا يعني أنّه قد "عَلِقَ" بها هنا كلّ شيء، أي أنّها عدّت الباعث غير داخل في أحكام الغلط، وإن كان يمكن أن يدخل في أحكام الشّرط[397].

116. — فإذا قُبِل ما سبق، أمكن الـمرور إلى الـمرحلة الـموالية وهي الإتيان بالغرب وبالشّرق. فأمّا الـمجيء بالأوّل فقد تحقّق بعد لضرورات اقتضتها الـمرحلة السّابقة، أي مرحلة التّحليل. وأمّا الـمجيء بالشّرق فسيحصل هنا. والشّرق يعرف في مادّة "العيوب"[398] مثال من "اشترى عَرْصة[399] على أنّ ضريبة

"كاربونيي" (جون)، م س (الالتزامات)، عدد 42.

"مالوري" (فيليب) و"أيناس" (لوران)، القانون الـمدني. الالتزامات، باريس، كوجاس، ط 9، 1998 – 1999، عدد 410.

MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), *Droit civil. Obligations*, Paris, Cujas, 9e éd, 1998/ 1999 par AYNES, n° 410.

"تيري" (فرانسوا) و"سيملر" (فيليب) و"لوكيت" (إيف)، م س، عدد 220، الذين تحدّثوا عن شرط تعليقي وفاسخ.

[394] ما أضيف هنا نجده أيضا عند: "دومولومب، " م س، ج 24، عدد 97 و98.

[395] والكلام لـ: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 97.

[396] انظر الفقرة عدد 156.

[397] لكن انظر هامشا سيرد في الفقرة عدد 120.

[398] لا في مادّة الوصف لأنّ الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع أشارت إلى الـمادّة 310 من الـمجلّة العثمانيّة الخاصّة بخيار الوصف، ولا نجد بها أيّة إشارة إلى الـمواد التي جاء فيها

الأملاك التي تأخذها الحكومة عنها مائة قرش فظهر أنّ ضريبتها أكثر من ذلك"، ويعرف مثال من "اشترى عقّارا على كونه لا ضريبة عليه فظهر بعد الشّراء أن عليه ضريبة"[400]، ويعرف مثال من يشتري دارا ظانّا أنّ الجار ليس من أهل السّوء ثمّ يجده منهم[401]، ويعرف مثال من يؤجّر آخر على الصّلاة أو الصّيام ليؤدّيهما بدلا عنه ظانّا أنّهما ليسا بفرضي عين[402]. هذه الأمثلة تدخل ضمن ما يسمّيه الغرب "غلطا في الباعث"[403]. لذا يمكن القول إنّ الشّرق ليس مثل الغرب باعتبار أنّ ذاك قبل في الـمادّة التي نعمل عليها[404] ما رفضه هذا.

ولعلّ الغرب الحديث بصدد الاقتراب من الشّرق إذ أنّه بدأ يقبل الباعث في مادّة التّبرّع (لا في كلّها طبعا بل في جزء منها هو الأعمال القانونيّة الصّادرة عن طرف واحد[405]).

117. — ويبدو – وهنا نصل إلى مرحلة الحكم – أن بالإمكان الآن أن نفصل بين ثلاثة أشياء:

خيار العيب. لكن وكما رأينا (الفقرة عدد 100 وما بعدها) وكما سنرى (الفقرة عدد 333) ثمّ تداخل بين العيب والوصف.

[399] انظر إلى الـمعجم العربي الحديث حيث ستجد العرصة بفتح العين وسكون الرّاء هي ساحة الدّار أو الفسحة بين الدّور التي ليس فيها بناء.

[400] انظر هذين الـمثالين عند حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 1، ص 344. ولقد سبق وأن رأينا هذين الـمثالين في هذا العمل.

[401] انظر إلى: ابن سلمون، م س، ج 1، ص 168. ولقد سبق وأن تعرّضنا إلى هذا الـمثال.

[402] ابن رشد الحفيد، بداية الـمجتهد ونهاية الـمقتصد، بيروت، دار الفكر، ج 2، ص 166. انظر هذه الصّورة بالفصل 834 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي يقول: "يبطل كلّ عقد موضوعه ما يأتي: [...] ثالثا: الإجارة على عبادة عينيّة واجبة على كلّ مسلم كالصّلاة والصّوم".

[403] انظر إلى غرب حديث: مثلا "ڤيستان" (جاك)، م س، عدد 509. وقرّب الأمثلة التي جاءت عنده من التي وردت أعلاه. وانظر خاصّة إلى "كاربونيي" (جون)، م س (الالتزامات)، عدد 41، حيث تحدّث عن "غلط في الآثار وخاصّة في الآثار القانونيّة للعمل القانوني (مثال: شراء عقار مع جهل النّفقات التي تنجرّ عن الشّراء".

انظر أيضا إلى وصف لغلط في الآثار القانونيّة على أنّه غلط في الباعث. "فيتز" (كلود)، م س، عدد 341.

[404] هي مادّة الغلط، ولكن اسمها في الفقه الوصف والعيب (إلخ).

[405] مثل الوصيّة. انظر: "ڤيستان" (جاك)، م س، عدد 510.

أوّلها، أنّ الذي يرى قبول الباعث أفضل من رفضه يرى بنفس الـمناسبة الشّرق خيرا من الغرب، ويربط لأجل هذا مجلّة الالتزامات والعقود بمسألة عدم الإحكام (عدم إتقان وعدم إصلاح)[406].

وثانيها، أنّ الذي أدخل الوصف غير الذّاتي في مادّة الغلط، لا يُفهم كثيرا تركُه "الباعث" في مادّة الشّرط إذ أنّنا هنا وهناك أمام ما سنسمّيه لاحقا سببا بعيدا[407]. ويبدو أنّ جزء الغرب الذي أخرج الكلّ إلى مادّة الشّرط أقرب إلى الاتّساق[408].

وثالثها، أنّ مجلّة الالتزامات والعقود - إذا تتبّعنا الـمراجع التي استعملتها[409] - قبلت في مادّة العيوب الباعث. على هذا يكون الغلط الـمنظّم تحت اسم الغلط قد رفض ما قبِله الغلط الـمنظّم تحت غير اسم الغلط.

118. — لكن لنترك الغلط الـمنظّم تحت اسم غير اسم الغلط، ولنهتمّ بالغلط الـمنظّم تحت اسم الغلط:

فلقد رأينا منذ قليل (ومن الغلط الـمنظّم تحت اسم الغلط) الغلط غير الـمؤثّر، ووجدنا فكرة عدم الإحكام في الباعث ولم نجدها في الحساب. ورأينا قبل ذلك الغلط الـمؤثّر، ووجدنا الفكرة في الشّيء لكن لم نستطع الخوض في نفس الفكرة في الشّخص. وإنّا سنرى بعد قليل أنّ الكلام عن الشّيء والشّخص (وعن الباعث) هو بعدُ كلام عن القانون. ويمكن أن نضيف أنّ الكلام عن ذينك، أي عن الواقع والقانون، هو كلام عن الفصل 49. وفعلا فإنّ هذا النّصّ - كما قال ذلك بنفسه -

---

[406] سنجد في ما بعد الباعث مندرجا ضمن صنف بعض أجزائه مبطل والبعض لا. وعلى هذا فمقتضى جمع الـمتماثلات لا يمكن الحديث عنه هنا. لكنّنا سنجد بعد ذلك مادّة الكتمان الذي يحدث والذي يستغلّ الغلط، وهنا قد يمكن الحكم وفق داعي الاتّساق على الباعث وعلى غيره من صور الغلط التي قد نجد أنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد قرّرت في شأنها أنّها لا تبطل. وعلينا أن نلاحظ أنّ قبول أو عدم قبول الباعث في ميدان مخصوص (مثلا ذاك الذي وجدناه أعلاه في إطار الغرب الحديث) أمر يتجاوز دائرة هذا العمل.

[407] انظر الفقرة عدد 149 وما بعدها.

[408] لكن انظر هامشا سيرد بالفقرة عدد 120.

[409] انظر إلى الأمثلة الواردة بالفقرة عدد 116. وإنّا وجدناها بالـمشروع الـمرَاجَع وإنّها هي التي تحدّثنا عنها في الفقرة عدد 100.

لم يأت بصنف مستقلّ عن الشّيء والشّخص. ثمّ إنّ هذا النّصّ – هذا لم يقله بنفسه – لم يجئ بصنف مستقلّ عن القانون[410].

يخلص ممّا جاء أعلاه أنّ الكلام عن الشّيء كلام عن الشّخص. لأجل ذلك كان الكلام عن الشّخص أقلّ كمّا (لأنّ الشّيء جاء في البدء). كما يخلص أنّ الكلام عن الشّيء والشّخص كلام عن القانون. لأجل ذلك سيكون الكلام عن القانون أقلّ كمّا (لنفس السّبب السّابق). فإذا كان الكلام عن الشّيء والشّخص والقانون كلاما عن الفصل 49، لم يبق شيء ليُقال عن هذا الفصل (على الأقلّ على مستوى الصّور، وهو ما نحن بصدده)[411].

وما سبق أمرٌ لا يرتبط بكمّ الحديث فقط، بل يرتبط أيضاً بمسألة الإحكام (انعدامه هنا). فإذا وجدنا الـمسألة على نحو معيّن في الشّيء وجدناها على نفس النّحو في القانون.

الـمبحث الثاني: الإحكام في صورة الغلط في القانون

119. — جاءت بالصّياغة العربيّة لمجلّة الالتزامات والعقود عبارة جهل الحقّ (الفصل 44: "[...] جهل [...] الحقّ [...]")[412]. ومن يبحث في التّعبير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع[413]، سيقول إنّه قرينة على أنّ الـمقصود مخالف لما ينبئ به الـمعنى اللغوي (الوضعي والعرفي)، أي سيقول إنّه أريد حكم مجانب للواقع سببه عدم علم بما في القانون وعدم علم بما ليس فيه.

وجاءت بالصّياغة الفرنسيّة عبارة الغلط في القانون (Article 44: "L'erreur de droit [...]). وقد يقال إنّنا أمام إطلاق، أي أمام الغلط في القانون (droit

---

[410] أشارت حاشية الفصل 54 من الـمشروع الـمرَاجع إلى "لوران" (ج 15، عدد 495) حيث أعطانا مثال الوكيل الـمكلّف ببيع قطن والذي يتلقّى تلغرافا من الـموكّل يأمره أن يبيع بـ: 139 فرنك فيبيع بـ: 140. لكن وقبل ذلك ارتكبت إدارة التّلغراف خطأ لأنّ الأمر كان بالبيع بـ:165 (انظر إلى هذا الـمثال نفسه في القانون الالـماني عند "فيتز"، م س، عدد 325).

[411] لذلك كان الكلام عن الشّيء كبيرا وعن الشّخص أصغر، ولذلك كان الكلام عن الشّيء والشّخص (والباعث) كبيرا وسنجده عن القانون أصغر، ولذلك كاد الكلام عن الفصل 49 ألاّ يكون بمعنى أنّه لم يظفر حتى بعنوان خاص به تحت باب صور الغلط.

[412] انظر ما أثارته هذه العبارة من صعوبات: الجلّولي (علي)، تعليق على القرار التّعقيبي الـمدني عدد 2078 الـمؤرّخ في 17 أفريل 1980، مجلّة الـمحاماة 1989، ج 1، ص 198.

[413] انظر إلى الـمراجع الـمشار إليها تحت الفصل 48 من الـمشروع الـمرَاجع.

objectif)، أو أمام الغلط في الحقوق (droit subjectif). لكن ما سبق حول الـمعنى اللغوي في الصّياغة العربيّة وبالتّحديد ما سبق حول وجود قرينة على ما يخالف هذا الـمعنى اللغوي، هو أيضا قرينة على أنّه وفي الصّياغة الفرنسيّة أريد من الـمطلق مقيّدا أي أريد القانون[414].

120. — وإنّ تلكما العبارتين قد جاءتا بالتّدقيق داخل نصّ هو الفصل 44 وتحت عنوان هو العيوب. لكنّنا نعلم أنّ هذا العنوان، حين كان مشروعا ومن بعد ذلك مشروعا مُراجعا، حوى نصّا يضمّ القاعدة الرّومانيّة التي مفادها أنّ الغلط إذا صار عامّا استحال قانونا أو حقّا. هذه القاعدة لا علاقة لها بالعنوان الذي نحن بصدده. لذا فعدم نقلها إلى مجلّة الالتزامات والعقود، حين نُقِل إليها هذا العنوان، كان الحلّ الأفضل[415].

---

[414] سنرى بعد قليل أنّ الغلط في القانون يحدث أنواعا متعدّدة من الغلط من ضمنها الغلط في الحقّ. وعلى هذا يمكن القول إنّ عبارة "جهل" في الفصل 44 من مجلّة الالتزامات والعقود هي عبارة مطلقة: أي هي لجهل الحقّ الذي ينجرّ عن جهل القانون، أو لجهل الحقّ الذي لا ينجرّ عن جهل قانون، ثمّ القول إنّ هنالك قرينة تدلّ على أنّ الـمطلق يفيد الخصوص وهو هنا جهل الحقّ الذي ينجرّ عن جهل القانون. لكنّ هذا لا يساوي ما أراده الـمشرّع من الفصل 44 وهو كلّ جهل بالواقع (لا بالحقّ فقط) كان مصدره جهلا بالقانون.

[415] قال الفصل 36 من الـمشروع والفصل 49 من الـمشروع الـمرَاجَع إنّ الغلط في القانون والذي يشترك في الوقوع فيه كلا الطّرفين لا يوجب فسخا. وإنّنا نعلم من الـمراجع الـمستعملة بالـمشروع الـمرَاجَع أنّ الـمقصود هو القاعدة الرّومانيّة القائلة إنّ الغلط إذا عمّ عدّ قانونا أو ترتّبت عنه الحقوق:

L'erreur commune est créatrice de droit / *Error communis facit jus*.

وإنّ هذه القاعدة ترجع إلى الإمبراطور "أدريان" ADRIEN الذي عرضت أمامه واقعة العبد الذي اشتهر بين النّاس على أنّه حرّ، والذي شهد على وصيّة، ثمّ كشف أمره، فطلب الوارث الشّرعي إبطالها، لكنّ الإمبراطور قال بالصّحّة لأنّ الغلط في حرّيّة الشّاهد كان عامّا بين النّاس.

هذه هي القصّة عند: "لوران"، م س، ج 13، عدد 281. وقد أشير إليه بالـمشروع الـمرَاجَع، ولكن أنظرها أيضا عند:

"رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران)، الأقوال الـمأثورة في القانون الفرنسي، باريس، ليتاك، ط 3، 1992، ص 229 وما بعدها.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3e éd, 1992, p. 229 et s.

وفي وقت لاحق طرح الـمشكل نفسه (ونعود هنا إلى قصة "لوران") أمام الإمبراطور "سفير" Séveres والإمبراطور "أنطونين" ANTONIN فقضيا في الاتّجاه نفسه. ثم جاء "جوستينيان" Justinienووضع القاعدة في القوانين التي دوّنها، ويقول لنا "لوران" إنّ الفقهاء والقياصرة تجنّبوا دائما القول إنّ الغلط يولّد الحقوق. لكن هذا القول الـمأثور وجد في قانون آخر ليهمّ مادّة التّأويل وبالتّحديد ليقضي بأنّ اللفظة إذا كان لها في اللغة معنى، ثمّ شاع لها وعلى وجه الخطأ معنى آخر، فالـمعتمد هذا الـمعنى الآخر. وعلى هذا فالقول الـمأثور خاص بمادّة معيّنة، لكنّه وفي القانون القديم صار قاعدة عامّة، ثمّ انتقل بهذه الصفة إلى القانون الفرنسي. ولقد حمل "لوران" على هذه القاعدة (وحاشية الـمشروع الـمرَاجع قالت لنا إنّه ضدّها) لكنّه قبل محتواها، أي قبل أن لا يتم إبطال زواج لكون من أشرف على إبرامه لم تكن له الصّفة القانونيّة، وأن لا يتمّ إبطال وصيّة لكون شاهدها لا يملك أهليّة، أي قبل بالزّواج الظّنّي Mariage putatif وبالأهليّة الظّنّيّة Capacité putative لكون أطراف الزّواج أو الوصيّة حسنو النيّة، وإن كان لم يقبل أن يقال إنّ غلطهم خلق قانونا أو أنتج حقوقا. ويقول لنا "مازو" إنّ هنالك فرقا وإنّه لا يجب الخلط بين هذا الغلط والغلط الذي يعيب الرّضا. فهناك نجد أنّ الذي ارتكـب غلطا يريد إبقاء العقد، وهنا يريد إبطاله.

"مازو" (هنري)، القولة الـمأثورة: الغلط الـمشترك يولّد الحقّ، الـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1924، ص 929 وما بعدها.

MAZEAUD (Henri), « La maxime *error communis facit jus* », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924, p. 929 et s.

حول الـمادّة نفسها انظر:

"ماسو" (أوليفيي)، الغلط في أصل القانون، الـمجلّة الـمتعدّدة الاختصاصات للدّراسات القانونيّة، 2006 – 57، ص 157 وما بعدها.

MASSOT (Olivier), « L'erreur *au fond* du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques (R. I. E. J.)*, 2006.57, p. 157 et s.

"دوميي" (باسكال)، الغلط العامّ يخلق القانون؟، منشور في: الغلط، تحت إدارة "فوابي" (جون) و"تيري" (فرانسوا) و"بويغليي" (كاترين)، باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 1، 2007، ص 9 وما بعدها.

DEUMIER (Pascal), « *Error communis facit jus* ? », in : FOYER (Jean), TERRÉ (François) et PUIGELIER (Catherine) (sous la dir. De), *L'erreur*, Paris, P.U.F., 1ère éd., 2007, p. 9 et s.

لكن لنترك "مازو" مؤقّتا ولنذهب إلى "رولان" و"بوايي"، فهذان قالا (الـمرجع الوارد أعلاه: ص 233 و234) إنّ القولة الـمأثورة تسمح بإصلاح عيوب عديدة منها:

عدم الاختصاص (من ليس له وصف مأمور عمومي).

عدم السّلطة أو الولاية (الوليّ الظنّي أي الذي عيّن بصفة غير قانونيّة [لا الوليّ الواقعي الذي ليس له أيّ سند عيّنه]).

عدم الأهليّة.

عدم الحقّ: وهنا يحدّثنا الفقيهان عن "الوارث الظّاهر" الذي أوجد لنفسه وصيّة (إذن مدلّسة)، ثمّ ورث، ثمّ باع ما ورثه. فهنا لن يؤثّر قيام الوارث الحقيقي على الـمشتري طالـما كان غلطه مشتركا بينه وبين غيره وطالـما كان ذلك الـمشتري حسن النّيّة.

121. — فإذا تركنا ما لم يُنقل واهتممنا بالـمحتوى الذي وُجد في الـمشروع ثمّ في الـمشروع الـمرَاجَع ثمّ في مجلّة الالتزامات والعقود، أمكننا القول إنّ هذا

وإنّ هذه الأمثلة تؤكّد ما قاله "مازو" من أنّنا هنا بعيدون عن عيوب الرّضا، وتجعل ما عمدت إليه مجلّة الالتزامات والعقود من ترك للفصل 36 و49 الـمذكورين أعلاه أمرا مستحسنا.

ملاحظة1: إن الاستحسان يهمّ الشّكل (وضع الفصل 36 ووضع الفصل 49 اللذان يهمّان إبقاء العقد مع نصوص تهمّ إبطاله) أمّا الأصل (عدم نقل الفصل 36 أو الفصل 49 إلى مجلّة الالتزامات والعقود هو عدم نقل لحكم عامّ يهم الظّاهر ؟... إذن هو قطع للطّريق أمام التّوسّع بواسطة القياس في أحكام خاصّة في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصول 252 (يقرّب منه الفصل 208) – 1163 – 116 – 1488 – 1510 ؟ يمكن أن يضاف لهذه القائمة الفصل 476 من مجلّة الشّركات التّجاريّة) فلن نخوض فيه. على كلّ انظر حول عموم مسألة الظاهر: قزارة (إيمان)، نظريّة الظّاهر في القانون الخاص، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2002– 2003.

وانظر أيضا: محفوظ (محمّد)، إسهام في دراسة الظّاهر في القانون التّونسي. حول قرار الدّوائر الـمجتمعة عدد 27632 الـمؤرّخ في 4 أفريل 1997، الـمجلّة القانونيّة التّونسيّة 2001، ص 375 وما بعدها.

Mahfoudh (Mohamed), « Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien. À propos de l'arrêt des chambres réunies n° 27632 du 4 avril 1997 », R.T.D., 2001, p. 375 et s.

وانظر في القانون الـمقارن:

"ديروسين" (دافيد)، الواقع الـمعيش، الواقع القانوني والحقيقة القضائيّة في روما وفي القانون الفرنسي القديم. مساهمة تاريخيّة لدراسة نظريّة الظّاهر، الـمجلّة الفرنسيّة لنظريّة وفلسفة وثقافة القانون، 2003، ص 191.

DEROSSIN (David), « Réalité vécue, réalité juridique et réalité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence », *Revue française de philosophie et de culture juridiques*, 2003, p. 191.

"بومبيالش – جونو" (دينيس)، العنصر النّفسي في نظريّة الظّاهر على ضوء فقه قضاء محكمة التّعقيب، مجلّة البحث القانوني 2004 – 3، ص 1547.

POMBIEILCH – JEAUNEAU (Denise), « L'élément psychologique de la théorie de l'apparence à la lumière de la jurisprudence de la cour de cassation », R.R.J. 2004 – 3, p. 1547.

ملاحظة 2: هنا أيضا اختلف الـمشروع الـمرَاجع من جهة ومجلّة الالتزامات والعقود من جهة أخرى. قارن مع ما لاحظناه في موطنين سابقين.

الـمحتوى وفي الـموقع الأوّل تعلّق بالغلط في القانون كصور[416]. أمّا في الـموقع الثّاني والثّالث فإنّه – زيادة على ما سبق – تعلّق بقبول هذا الغلط[417].

والصّور تدخل في العنوان الذي نحن بصدده، أمّا القبول ففي عنوان سيأتي. لذا إن وجب الخوض في الصّور هنا، فينبغي عدم فعل ذلك مع القبول. لكن سنخرق هذا الواجب. والسّبب أنّ الأفضل أن يكون الحديث الآتي عن القبول عامّا يشمل كلّ صور الغلط سواء نتجت عن غلط في القانون أو لم تنتج عنه. ولن يتحقّق ذلك إلاّ متى جئنا هنا وتكلّمنا في القبول من الزّاوية الخاصّة بالغلط في القانون.

بناءً على ما تقدّم، ستتمّ تجزئة ما سيأتي إلى فقرتين واحدة لصور الغلط في القانون (الفقرة 1) وأخرى لقبول الغلط في القانون (الفقرة 2).

الفقرة 1. صور الغلط في القانون

122. — أرادت مجلّة الالتزامات والعقود أن تتعرّض إلى الغلط في القانون ومن هنالك إلى صوره، ثمّ هي جاءت بنصّ خاصّ ينطق بما أرادته. لذا يمكن تقسيم ما أتت به إلى جزأين: واحد للصّور في نفسها وآخر للكلام عن الصّور في نصّ مستقلّ بنفسه. فإذا ركّبنا على هذين الجزأين العلاقة بالـمسألة أو الفكرة التي نعمل عليها (الإحكام: وجوده/ انعدامه) أعطى ذلك عنوانا أوّلا للإحكام في صور الغلط

---

[416] قال الفصل 35 من الـمشروع إنّ "الغلط في القانون يمكن أن يؤدّي إلى البطلان النّسبي للعقد إذا كان هو السّبب الوحيد أو الأساسي للاتّفاق".

"L'erreur de droit peut donner lieu à la rescision du contrat lorsqu'elle est la cause unique ou principale de la convention".

ونلاحظ هنا أنّ النّص تحدّث عن الصّورة وعن شرط. لكنّنا سنرى لاحقا أنّ الشّرط لا يخرجنا عن الصّور. انظر الفقرة عدد 147 وما بعدها.

[417] تجنبا لكلمة "جهل الحق" سنترك ترجمتي الـمشروع الـمرَاجع وسنقوم بالتّرجمة بأنفسنا لنقول إنّ الفصل 48 نصّ على أنّ:

"الغلط في القانون يؤدي إلى البطلان النّسبي للالتزام:

1– إذا كان هو سببه الوحيد أو الأساسي.

2– إذا كان مغتفرا".

"L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation:

1–lorsqu'elle en est la cause unique ou principale ;

2–lorsqu'elle est excusable".

وإنّ 1 من هذا النّص قد سبق الكلام عنه أعلاه.

في القانون في نفسها (أ) وعنوانا ثانيا للإحكام في صور الغلط في القانون منطوقا بها في نصّ مستقلّ بنفسه (ب).

(أ) الإحكام على مستوى الصّور في نفسها

123. — ◄ إذا استثنيت صورة الغلط في الحساب، أمكن القول إنّ صور الغلط في القانون هي نفسها صور الغلط في الواقع[418]:

فقد نجد أنفسنا أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وصف الشّيء بالـمعنى الضّيّق[419]، أو بالـمعنى الواسع[420]؛

وقد نجدها أمام غلط في القانون يحدث غلطا في الشّخص[421]؛

---

[418] لقد صار الفقه الحديث يتعرّض إلى كلّ هذه الصور ويقسّمها تقسيمات متعدّدة بعد أن كان الفقه القديم ونعني به الـمستعمل في مجلّة الالتزامات والعقود ("أوبري" و"رو"، و"لوران"، و"توليي") يكتفي بالتّعرّض على وجه الـمثال إلى البعض منها. ويمكن أن نعطي كأنموذج عن الفقه الحديث: "ڤيستان "، م س (مفهوم الغلط)، عدد 52 وما بعده؛ "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 505 وما بعده؛ "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 224؛

"ديكوتنييس" (روجي)، الغلط في القانون، الـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1951، ص 309 وما بعدها.

DECOTTIGNIES (Roger), « L'erreur de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1951, p. 309 et s.

[419] ومثاله من يبيع ما ورث ظنّا منه أنّ القانون يقول إنّه يرث النّصف والحال أنّ القانون يقول إنّه يرث أكثر من ذلك. فهنا ثمّ غلط في القانون أحدث غلطا في وصف للشّيء وهو كمّه (انظر هذا الـمثال عند: "ڤيستان"، م س: مفهوم الغلط، عدد55. وقد استخرجه من قضيّة نظرت فيها محكمة "ڤرونوبل" في 24 جويلية 1830). كما يمكن أن يعطى مثال من يظنّ أنّ القوانين تسمح ببناء مدرسة على أرض معيّنة فيشتريها، فهنا الغلط في القانون أحدث غلطا في وصف الأرض وهو الصّلوحيّة لاستعمال معيّن (انظر هذا الـمثال عند الـمؤلف السّابق نفسه وفي الـمكان نفسه وقد استخرجه من قضيّة نظرت فيها محكمة "أورليون" في 18 جانفي 1895).

[420] نقصد بالشّيء في معنى واسع الحقّ الـمنصبّ على الشّيء في معنى ضيّق. ومثاله الأبوان اللذان باعا حقّهما في إرث ابنتهما وهما يجهلان التّنقيح الذي أدخل على الفصل 1904 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة بواسطة قانون 14 فيفري 1900، هذا التّنقيح الذي جعل لهما ملكيّة تامّة على ما يرثاه وهو النّصف بعد أن كانا لا يتمتّعان قبل التّنقيح إلاّ بحقّ رقبة يهمّ الكمّ نفسه من الـمخلّف الإيجابي (جاء هذا الـمثال عند "ڤيستان"، م س: مفهوم الغلط، عدد 55 – م س: تكوين العقد، عدد 505. وقد استخرجه من قرار نظرت فيه محكمة التّعقيب الفرنسيّة في 17 نوفمبر 1930).

أو أمام "غلط قانوني في الطّبيعة القانونيّة للاتّفاق"[422]؛
أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وجود السّبب[423]؛

---

[421] وهب رجل مطلّقته مالا وهو يعتقد أنّه استردّها لعصمته جاهلا أنّ الطّلاق الرّجعي ينقلب بائنا بانقضاء العدّة. وهذا مثال نجده عند السّنهوري (م س، ج 2، ص 142 و143) بدون تسميته غلطا في القانون يحدث غلطا في وصف الشّخص (ظنّ أنّ لها وصف الزّوجة). ويلاحظ أنّ هذا الاسم موجود عند بعضهم ("تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 224) ولكن دون مثال. انظر أيضاً: الـموسوي (محمّد صادق)، نظريّة الجهل والغلط بين الفقه والقانون، بيروت، دار الهادي ، الطّبعة الأولى، 1423 هـ / 2002 م، ص 88، حيث يقول: "لو ارتكب أحد ما عملاً أو حقّق عقداً أو إيقاعاً دون أن يكون لديه تصوّر ذهني بالنّسبة إلى الحكم الشّرعي أو القانون، أو كان لديه شبهة وشكّ في حكم الشّرع والقانون، أو كان يتصوّر عمله مطابقاً لهما إلاّ أنّه مخالف لهما في حقيقة الأمر، يقال للجهل في مثل هذه الصّور بـ «الجهل بحكم القانون». وتصدق هذه الصّورة على من يتزوّج بامرأة في عدّة عقد النّكاح تصوّراً منه أنّ مثل هذا العقد جائز شرعاً وقانوناً، أو اللجوء إلى مثل هذا العقد بدون أن يعلم هل الزّواج بالـمرأة أثناء العدّة جائز أم لا".

[422] والكلام لـ:"ڤيستان":

« Erreur de droit sur la nature juridique de la convention »

(م س: تكوين العقد، عدد 506) الذي قدّم هنا وكمثال صورة نظرت فيها محكمة التّعقيب الفرنسيّة في 18 مارس 1980 وهي لمن ظنّ إبّان التّوقيع على عملين قانونيين أنّ الأمر هو معاوضة بين أراض والحال أنّهما عقدا بيع. فجهل تكييف القانون لما قام به، أي جهل القانون أحدث غلطا في موضوع الالتزامات (إذن الغلط في طبيعة العقد هو كغيره غلط في القانون أحدث غلطا في الواقع).

[423] أعطى "توليي"، وهو مشار إليه بحاشية الفصل 48 من الـمشروع الـمرَاجع (ولكن في رقم خاطئ هو 58 والحال أنّ الصّحيح هو 62 وما بعده)، مثال من غلط في القانون، وغلطه هذا جعله يعتقد أنّ شخصا آخر يرث معه فاقتسم معه الـميراث (لاحظ هنا أنّه كان يمكن أن نقول إنّا أمام غلط في القانون أحدث غلطا في وصف الشّخص). فـ:"توليي" يقول هنا إنّ "القسمة التي رضيت بها عن جهل بالقانون لا يمكن أن تكون بالنّسبة إلى ابن أخي أو ابن أختي سندا ووسيلة للتّملّك ولا بالنّسبة إليّ سببا لفقدان الـملكيّة [...] فمن الـمستحيل التّمسّك بأنّ غلطي لوحده بدون أيّ سبب آخر يمثّل سندا مشروعا وطريقا عادلة لكي يتملّك، وإلاّ يجب التّمسّك ضدّ العقل، وضدّ النّص الدّقيق للفصل 1131 أنّ التزاما يقوم على غير سبب أو على سبب خاطئ يمكن أن يكون صحيحا وينتج أثره ".

"Le partage que j'ai consenti par erreur de droit, n'a pu être pour mon neveu un titre et un moyen d'acquérir, ni pour moi un moyen de perdre ma propriété [...] il est impossible de soutenir que mon erreur soit par elle-même, et destituée de toute autre cause, un titre légitime pour un autre, et une juste voie pour acquérir. Autrement il faut soutenir, contre la raison et contre le texte précis de l'article 1131, qu'une obligation sans cause, ou sur cause fausse, peut être valable et produire son effet".

"توليي" (شارل بونافنتور ماري)، القانون الـمدني الفرنسي وفق ترتيب الـمجلّة، باريس، مكتبة الـمحكمة الـملكيّة، ط 3، 1821 – 1834، ج 6.

TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), *Le droit civil français, suivant l'ordre du*

أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وصف السّبب[424]؛
أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في الباعث[425].

code , Paris, Librairie de la cour royale, 3e éd., 1821–1834, T. 6.

ويلاحظ هنا أنّ "توليي" حدّثنا عن غلط في القانون، ثمّ حدّثنا عن الفصل 1131 أي عن وجود السّبب. وكلّ هذا يعني أنّه يقول بغلط في القانون يحدث غلطا في وجود السّبب.

وقد يمكن هنا أن نعطي مثالا من تفسير الـمجلّة العثمانيّة مفاده أنّ شخصا ادّعى "على آخر بألف قرش فقال الـمدّعى عليه للمدّعي إذا حلفت بأنّ هذا الـمبلغ الذي تدّعيه يلزم ذمّتي لك أدفعه لك، فحلف وظنّ الـمطالب أنّه مجبر على أداء الـمبلغ بموجب الشّرط الذي اشترطه على نفسه فدفع الـمبلغ لكن بعد ذلك إذا تبيّن له أنّ اليمين بمقتضى الـمادّة 76 لا يتوجّه على الـمدّعي بل على الـمدّعى عليه الـمنكِر يحقّ له استرداد ما دفعه". حيدر (علي)، درر الحكّام، م س، ج 1، ص 72.

كما يمكن أن نعطي مثال من سأل رجلا عن الطّريق فقال له هذا الرّجل "اسلكه فإنّه آمن، فهو لا يضمن إذا سلك الرّجل الطّريق وأخذته اللصوص. وهذا حكم فيه خفاء. فلو ظنّ أنّه يضمن فدفع له، كان له أن يستردّ ما دفع" (السّنهوري، م س، ج 2، ص 144).

وهذان الـمثالان – لو أريد جعلهما يهمّان عملا قانونيّا – لوجب الحديث لا عن دفع بل عن وعد بالدّفع.

وأخيرا يمكن أن نعطي مثال شركة نقل البضائع التي تعرّضت لحادث سرقة لأشياء حريف كانت موجودة بمخازنها. وقد وعدت هذه الشّركة بأن تدفع لصاحب الأشياء قيمتها جاهلة حكم القانون الذي يقول إنّ السّرقة صورة للقوّة القاهرة ومن ثمّ فالشّركة معفاة من الـمسؤوليّة (تعقيبي فرنسي، 20 نوفمبر 1990، النّشرة الـمدنيّة I، عدد 250 – الـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1992، ص 100، ملاحظات "ماستر".

Civ, 1ère, 20 Novembre1990, *Bull civ I*, n ° 250 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 100, Obs.: MESTRE.

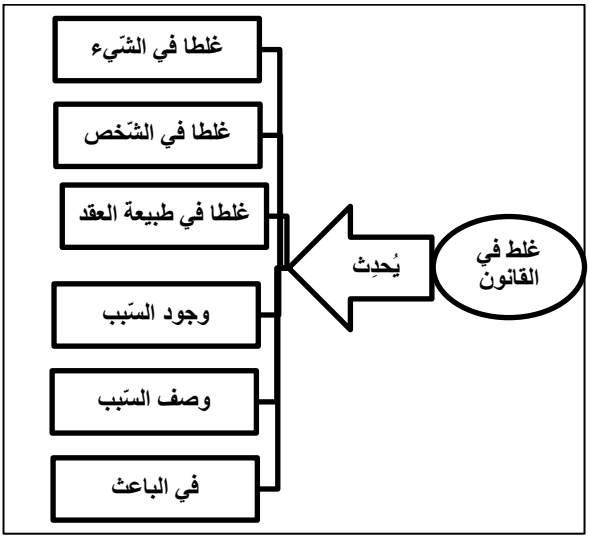
انظر أيضا: "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 505؛ "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") و"شاباس"، م س، عدد 172؛ "ديكوتنييس"، م س، ص 321 وما بعدها.

[424] ظنّ أنّ القانون يقول إنّ الدّعاوى لا تسقط بمضيّ الزّمن، وهذا الظّنّ جعله يعتقد أنّه مدين مدنيّا، والحال أنّه بقي مدينا ولكنّ دينه صار طبيعيّا. فإذا وعد هذا الشّخص بالدّفع، صرنا أمام غلط في القانون أوجد غلطا في وصف السّبب.

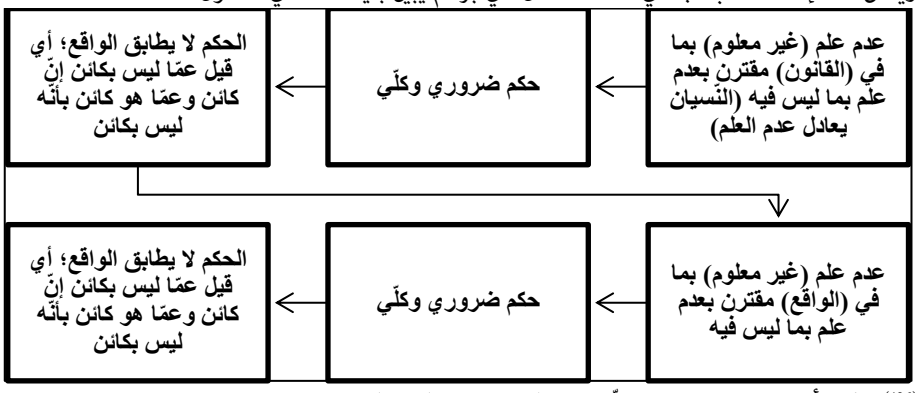
[425] أجّر شخصا ليصلّي أو ليصوم بدلا عنه ظنّا منه أنّ الصّلاة والصّيام ليسا بفرضي عين (انظر هذا الـمثال بالفصل 834 من مجلّة الالتزامات والعقود حيث قيل بجزاء البطلان. وعلى هذا ينبغي استثناؤها من الأحاديث التي ستأتي عن تقييد الـمطلق. ملاحظة: هذا الـمثال خاصّ جدّا لأنّ الغلط همّ القانون الإسلامي، ولهذا قد يُرفض عن حقّ اتّخاذه مثالا). أو ظنّ أنّ القانون لا يضرب ضرائب على عمليّة شراء الـمنازل فدعاه ذلك إلى الشّراء (انظر الأمثلة الواردة بالفقرة عدد 116 وزد عليها الغلط في القانون).

124. — والفصل 44 مطلق، لكن ثمّ قرينتان تصرفانه إلى ضربين مختلفين من الخصوص:

فأمّا القرينة الأولى فنيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة، إذ جاءت، تحت الفصل 48 من الـمشروع الـمرَاجع، إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان ذكرا فيه الغلط في الباعث[426] وقالا إنّه لا يدخل في أحكام الغلط، أو إنّه لا يبطل. ثمّ جاءا بعد ذلك ليقولا إنّ الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في واقع غير الذي سبق يمكن أن يؤدّي إلى الإبطال[427]. كما جاءت تحت نفس النّصّ إشارة إلى "لوران" وهو يقول:



ويمكن هنا، إذا استعنّا بما جاء في الـمقدّمة، أن نأتي برسم يبيّن بنية الغلط في القانون:



[426] ولكن أيضا في الوصف غير الذّاتي إذا لم يجعلا شرطا. انظر إلى موقفهما بالفقرة عدد 115 وما بعدها.

[427] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، عدد 343 مكرّر.

"يجب أن ينصبّ الغلط في القانون على الـماهية، وحالـما ينصبّ على الـماهية فهو يعيب الرّضا"[428]. ويبدو أنّه يقصد أنّ الغلط في الواقع إذا كان مبطلا، كان الغلط في القانون الذي يولِّده مبطلا بدوره. وإذا لم يكن الأوّل مبطلا، لم يكن الثّاني بدوره مبطلا. هذه الـمراجع، إذا عدّت تعبيرا مباشرا عن نيّة الـمشرّع، تجعلنا نقول إنّ الـمطلق في الفصل 44 ثَمّ ما يصرفه إلى الخصوص، وبالتّحديد إلى خصوص معيّن هو كلّ الصّور الواردة إلى حدّ الآن باستثناء الباعث (والحساب لأنّنا أخرجناه من الدّائرة التي نعمل عليها في هذه اللحظة[429]).

وأمّا القرينة الثّانية فنيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها بطريقة غير مباشرة، وبالتّحديد قاعدة وجوب صون كلام العاقل عن التّناقض ما أمكن. فلقد رأينا الغلط في طبيعة العقد يرقد في ثنايا الفصل 2 الذي يعدِّد الأركان. كما رأينا نفس الشّيء بالنّسبة إلى الغلط في وجود السّبب (زيادة على كونه موجودا بالفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود)[430]. فإذا أدخلنا صورة الغلط في طبيعة العقد في الفصل 44 من مجلّة الالتزامات والعقود، صار كلام الـمشرّع غير متّسق. وكذلك الأمر مع الغلط في وجود السّبب. وفعلا فهذا الغلط لوحده خطير. ومن غير الـمعقول، إذا زيد عليه الغلط في القانون، أن ينقلب مع الزّيادة أقلّ خطورة. هذا الغياب للاتّساق يجعلنا نقول: نعم الفصل 44 مطلق، لكن هنالك قرينة تصرفه إلى الخصوص وبالتّحديد إلى خصوص معيّن هو الشّيء والشّخص (بالنّسبة إلى وصف السّبب: إمّا أن يفهم من النّيّة الـمباشرة أنّه يبطل بطلانا نسبيّا، وعندها ينبغي استجابة للاتّساق أن يقال نفس الشّيء عن الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في وصف السّبب. وإمّا أن يقاس على الفصل 45، وعندها ينبغي أن يفعل نفس الشّيء مع الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في وصف السّبب فيقاس هذا على الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الشّيء).

---

[428] "لوران"، م س، ج 15، عدد 508.

"Il faut que l'erreur de droit tombe sur la substance de la chose, et dès qu'elle tombe sur la substance, elle vicie le consentement".

[429] وباستثناء القيمة التي سنتناولها لاحقا في العنوان الثّاني من هذا الجزء الأوّل.

[430] انظر الفقرة عدد 39 وما بعدها.

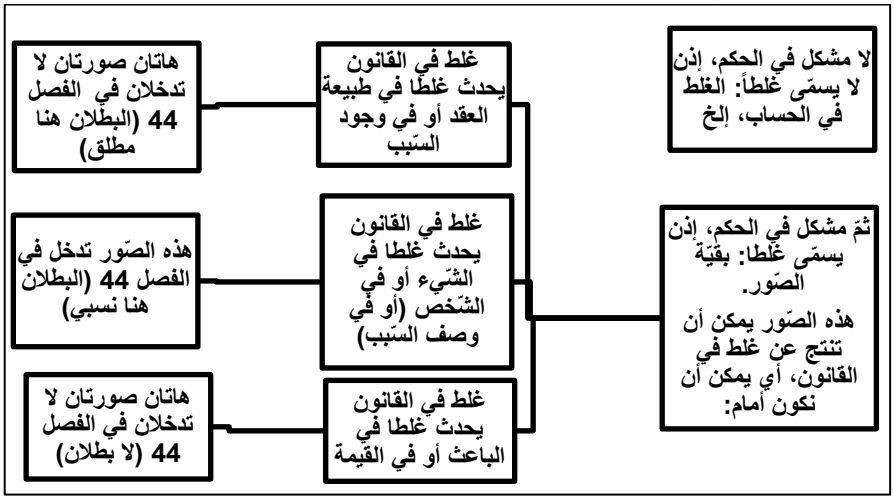
والحاصل ممّا سبق أنّ الـمطلق لم يُفِد هنا الإطلاق لأنّه ينبغي أن يخرج منه – لكون "مطلَقِنا" مؤثّر في العقد – الباعث الذي سيسقط في دائرة غير الـمؤثّر[431]، وأن يخرج منه طبيعة العقد ووجود السّبب اللذان سيصعدان إلى درجة الـمؤثّر جدّا[432].

125. — فإذا انتهينا إلى ما سبق من تحديد لمحتوى الفصل 44، أمكن الـمرور إلى مرحلة الإتيان بالشّرق وبالغرب. وإنّا سنكتفي بالغرب الذي يقبل مبدأ أن يؤثّر الغلط في القانون في العقد. ولقد اعترضنا منه بعدُ "أوبري" و"رو" من جهة و"لوران" من جهة أخرى. أمّا بالنّسبة إلى الشّرق فيمكن القول إنّه يعرف خيار الوصف وخيار العيب، وهذا مطلق فيشمل ما يحدثه وما لا يحدثه غلط في القانون. كما يمكن أن يضاف أنّا لم نجد في الفقه قرينة تدلّ على أنّه لم يرد الإطلاق (ينبغي أن نقول أكثر ممّا سبق وأن نخرج من حقل الفقه الذي لا نعثر فيه وبوضوح على الـمادّة التي نحن بصددها ونمرّ إلى حقل الأصول أو إلى حقل القواعد العامّة حيث نجد هذه الـمادّة[433]).

---

[431] مع الاحتراز ممّا ورد في هامش سابق لو قبل الـمثال أو لو وجد مثال آخر.

[432] ينبغي إتيان ما سبق في رسم بياني مع استباق حديث سيأتي عن الغلط في القيمة مفاده أنّ هذا الغلط لا يبطل حسب مجلّة الالتزامات والعقود.



[433] انظر مثلا: الشّيخ محمّد رضا الـمظفّر، م س (أصول الفقه)، ج 2، ص 29 وما بعدها في عنوان اشتراك الأحكام بين العالـم والجاهل. انظر كذلك الـمادّة 72 من الـمجلّة العثمانيّة وهي مادّة جاءت تحت عنوان القواعد الكلّيّة.

فإذا استحضرنا الآن أنّ الغلط في القانون ليس "صنفا خاصّا من الغلط إذ هو لا يهمّ إلاّ الـمصدر النّفساني للتّمثّل الخاطئ للموضوع (ينبغي أن نضيف: أو للتّمثّل الخاطئ للشّخص، إلخ) وأنّ هذا هو الذي يبرّر في نهاية الأمر بطلان العقد"[434]،

[434] "ڤيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 56.

"L'erreur de droit ne se présente pas comme une catégorie spéciale d'erreur. Elle ne concerne que l'origine psychologique de la représentation erronée de l'objet qui, finalement justifie l'annulation du contrat".

ويواصل "ڤيستان" في الـمكان نفسه قائلا إنّ ما تقدّم لا يعني أنّ وجود الغلط في القانون غير ذي فائدة، "فالـمدّعي له دائما مصلحة من إثارة جهله أو الخطأ الذي وقع فيه في تأويل القانون لكي يجعل تمثّله الخاطئ للعناصر الأساسيّة للعقد أمرا محتمل التّصديق. وهذا التّمثل الخاطئ هو الذي يبرّر في نهاية الأمر إبطال ذلك العقد. ففائدة الغلط في القانون الذي يتمسّك به الـمدّعي تهمّ ميدان الإثبات. والغلط في القانون – بوصفه يسمح بتفسير التّمثّل الخاطئ الذي يشتكي منه الطّالب – بإمكانه أن يجعل هذا الغلط مغتفرا بشرط أن يكون ذلك الجهل للقانون مغتفرا بدوره".

"Le demandeur aura toujours intérêt à faire état de son ignorance ou de sa fausse interprétation de la loi, afin de rendre vraisemblable la représentation inexacte des éléments essentiels du contrat qui, finalement justifiera l'annulation de celui-ci. C'est donc sur le terrain de la preuve que se situe l'intérêt de l'erreur de droit alléguée par le demandeur. Dans la mesure, d'ailleurs où l'erreur de droit permettra d'expliquer la représentation inexacte dont se plaint le demandeur, elle pourra rendre celle–ci excusable, à la condition évidemment que l'ignorance de la disposition légale incriminée soit elle–même excusable".

وإنّ الكلام الأوّل والثّاني لـ: "ڤيستان" لجدّ هامّ، فهو يعني أنّ الغلط في القانون يدخل: من جهة في " الغلط في الواقع " (هذا هو حاصل كلامه الأوّل)، ومن جهة أخرى في" شرط مغتفر" (هذا هو حاصل كلامه الثّاني).

الغلط في القانون = غلط في القانون يحدث غلطا في الواقع

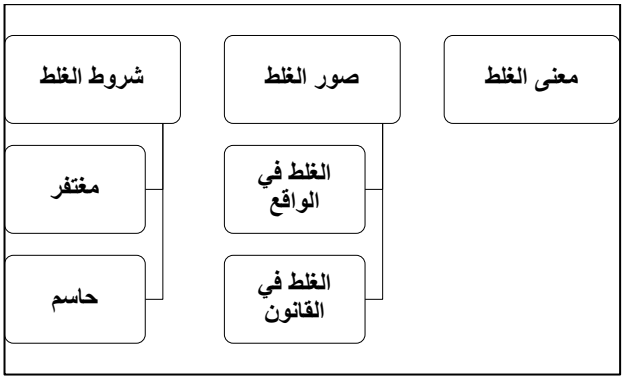
الغلط في القانون = غلط في القانون (= شرط مغتفر، وإذن يدخل في الشّرط.) + غلط في الواقع (هذا غلط في الواقع، وإذن يدخل في هذا الغلط.).

وإنّ كلّ هذا ليعني أنّه ينبغي أن نغيّر نظرتنا للمادّة:

– تُعرَض الـمادّة على هذا النّحو أو على نحو قريب من هذا النّحو: معنى الغلط / صور الغلط = الواقع + القانون/ شروط الغلط = حاسم + مغتفر.

إذا استحضرنا ما سبق أمكننا أن نقول (ونحن نقارن بين الشّرق والغرب في إطار الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الشّيء أو في الشّخص أو في طبيعة العقد أو في وجود السّبب أو في وصفه) نفس ما قلناه ونحن نقارن بين ذلك الشّرق وهذا الغرب على مستوى الغلط في الشّيء لا غير أو في الشّخص لا غير أو في طبيعة العقد لا غير أو في وجود السّبب لا غير أو في وصفه لا غير.

كما يمكننا أن نقول (ونحن نقارن بين الشّرق والغرب في إطار الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الباعث) نفس ما قلناه ونحن نقارن بين ذلك الشّرق وهذا الغرب في إطار الغلط في الباعث لا غير.



انظر مثلا في القانون التّونسي إلى: الزّين (محمّد)، م س، عدد 158 وما بعده.

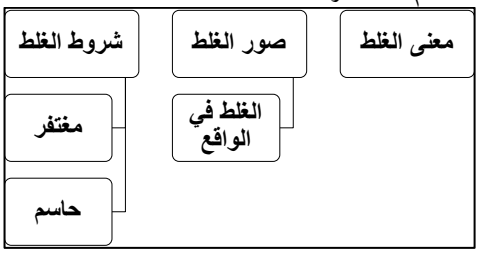
وانظر في القانون الفرنسي إلى: "مازو" ("هنري"و"ليون"و"جون")، م س، عدد 161 وما بعده.

"ستارك"و"رولون"و"بوايي"، القانون الـمدني. الالتزامات. 2 العقد، باريس، ليتاك، ط 6، 1998، عدد 455 وما بعده.

STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER, *Droit civil. Les obligations. 2 Contrat*, Paris, LITEC, 6e éd, 1998, n° 455 et s.

ثمّ انظر خاصّة إلى بنية الفصل 44 (خاصّة صياغته الفرنسيّة)، وانظر إلى بنية الفصل 45 (خاصّة صياغته الفرنسيّة) والفصل 46 والفصل 48.

– والواجب، بعد هذا الكلام لـ: "ڤيستان"، أن تُعرض الـمادّة كما يلي: معنى الغلط/ صور الغلط = الواقع/ شروط الغلط = حاسم + مغتفر.



126. — ثمّ إنّه، بعد ذلك، يمكننا القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود - في مادّة الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الواقع أيّا كان نوعه - مستوردة، وإنّ علاقتها بمسألة الإحكام التي نعمل عليها لا تختلف في شيء عمّا وجدناه في إطار تلك الأنواع للغلط في الواقع. بعبارة أخرى، كان كلامنا عن الواقع لا غير كلاما عن الغلط في القانون، ومن ثمّ فذاك أغنى بعد أن أُتِي به عن هذا.
لكنّ الغلط في القانون يمكن أن يراد ولا يُنطق به في كلام خاصّ. وهذا وجه آخر يمكن أن يمثّل موضوع مقارنة بين مجلّة الالتزامات والعقود والشّرق والغرب، أي موضوع بحث عن الإحكام.

(ب) الإحكام على مستوى الصّور منطوقا بها في نصّ مستقلّ بنفسه

127. — لن تحتاج منّا مرحلة التّحليل هذه الـمرّة تحليلا، إذ يكفي أن نقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود وضعت نصّا خاصّا للغلط في القانون.

128. — فإذا مررنا إلى مرحلة الإتيان بالفقه الإسلامي وبالقانون الغربي وبدأناها بالأوّل، قلنا إنّه - على حدّ ما أمكن الاطّلاع عليه - لم يفرد الغلط في القانون في إطار مادّة العمل القانوني بحديث خاصّ (قيل سابقا إنّ هذه الـمادّة موجودة لا في الحقل الفقهي بل في الحقل الأصولي أو في حقل القواعد الفقهيّة العامّة). وينبغي لمن يريد أن يجد أمثلة عن هذا الغلط، أن يستخرجها من ضمن حالات لا علاقة لها أحيانا بالقانون الـمدني بل لا علاقة لها حتّى بالـمعاملات. وينبغي هنا أن نقدّم نموذجا يدلّ على ما سبق. فلقد جاء عند أحدهم ما يلي: "ومن هذا القبيل حربيّ دخل دارنا فأسلم، فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحدّ، بخلاف ما إذا زنى، لأنّ جهله بحرمة الزّنى لا يكون شبهة، لأنّ الزّنى حرام في جميع الأديان، فلا يكون جهله عذرا بخلاف الخمر، فما في الـمحيط وغيره: شرط الحدّ ألاّ يظنّ الزّنى حلالا [...] بخلاف الذّمي إذا أسلم فشرب، يحدّ لظهور الحكم في دار الإسلام، فجهله بتقصيره. والثّالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنّه (أي جهله بالشّرائع) يكون عذرا. فلو ترك صلوات جاهلا لزومها في الإسلام لا قضاء. وكذا كلّ

خطاب تركه ولم يشتهر فجهله عذر لقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا﴾ [الـمائدة: 93] نزلت في الذين شربوا الخمر بعد تحريمها غير عالـمين بخلافه بعد الانتشار [...] وملحق به (أي بهذا الجهل) جهل الشّفيع بالبيع، فلو باع الدّار الـمشفوع بها بعد بيع دار بجوارها غير عالـم لا يكون تسليما للشّفعة. وجهل الأمة الـمنكوحة بالإعتاق فلم تفسخ، وكذا لو علمته وجهلت ثبوت الخيار لها شرعا لا يبطل خيارها وعذرت [...] بخلاف الحرّة زوّجها غير الأب أو الجدّ صغيرة، فبلغت جاهلة بثبوت حقّ الفسخ لها لا تعذر لأنّ الدّار دار علم وليس للحرّة ما يشغلها عن التّعلّم، فكان جهلها لتقصيرها بخلاف الأمة"[435].

في كلّ ما سبق، لا نجد فيما يهمّنا إلاّ مثال الشّفعة. في هذا الـمثال نحن أمام من يجهل القانون الذي يمكّن من الشّفعة في دار الجار فيقوم بتنازل. ويمكن توصيف الـمثال بالقول إنّنا أمام غلط في القانون أحدث غلطا في وجود السّبب القريب أو البعيد من إتيان ذلك التّنازل.

ويمكن تقديم مثال أوضح، وهو لمن سئل عن طريق فقال: هو آمن. فسلكه السّائل، فأخذته اللصوص، فعاد للمسؤول وطالب بالتّعويض، فظنّ هذا الذي سئل أنّ القانون يوجب عليه دفع التّعويض فوعد بالدّفع[436].

129. — فإذا انتقلنا الآن إلى الغرب الـمشار إليه كمرجع تحت الفصل 48 من الـمشروع الـمرَاجع، وجدنا مثلا "لوران"[437] يقول إنّ مسألة الغلط في القانون كانت محلّ خلاف في القانون الفرنسي القديم وبقيت كذلك تحت حكم الـمجلّة الـمدنيّة:

---

[435] فتح الفنار بشرح الـمنار لابن نجيم، عن: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 143 و144. وانظر نماذج أخرى جاءت عنده بالصّفحات الـموالية.

[436] لقد غيّرنا الـمثال لأنّه وفي الأصل لمن دفع لا لمن وعد بالدّفع. انظر: ابن عابدين، العقود الدّريّة، ج 1، ص 285، وذلك حسب: القرداحي (شكري)، القانون والأخلاق. القانون الحديث والتّشريع الإسلامي من منظور الأخلاق، بيروت، الـمطبعة الكاثوليكيّة، 1954، ج 2، ص 37 و38.

CARDAHI (Choukri), *Droit et moral. Le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale*, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1954, T. 2, p. 37 et 38.

[437] "لوران"، م س، ج 15، عدد 505 وما بعده.

فالبعض يقول إنّه لا يؤثّر. وحجّته أنّ الـمجلّة سكتت في النّصوص العامّة وهي الفصل 1109 وما بعده، ونطقت برفض هذا الغلط في نصّين هما الفصل 1356[438] والفصل 2052[439]. ويُعدّ هذان النّصّان، حسب هذا البعض، مجرّد تطبيق للقاعدة العامّة (التي لم تجئ في نصّ) الرّافضة لهذا الغلط. وهنا يردّ القائلون بأنّ الغلط في القانون يؤثّر قائلين: إن كانت القاعدة العامّة هي الرّفض، فما الجدوى من وضع نصّين خاصّين يقولان هما أيضا بالرّفض؟ ثمّ يضيفون إنّ النّصوص العامّة لم تسكت فالفصل 1109 قال إنّ كلّ غلط يؤثّر. وكذلك الفصل 1377[440]. لذا، ولوجود أسباب خاصّة توجب رفض الغلط في القانون في الإقرار وفي الصّلح، اضطرّ الـمشرّع لوضع الفصل 1356 والفصل 2052.

130. — وعلى كلٍّ، وأيّاً كانت قوّة حجج الطّرفين، فقد هيمن في فرنسا الـموقف الثّاني، هذا الـموقف هو الذي أخذت به مجلّة الالتزامات والعقود. وقد يُقال: لم لا تقولون إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أخذت بالفقه الإسلامي فهو أيضا يقبل بالغلط في القانون؟ الجواب: إنّ وضع الـمجلّة لنصّ خاصّ يقبل بهذا الغلط ينبئ بالـمنبع الذي نهلت منه.

والـمورد لم يكن الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. وقد يكون الـمجلّة الـمدنيّة الإيطاليّة[441]. ويبدو أنّ الهاجس الذي حكم واضعي مجلّة الالتزامات والعقود أن لا يقال في إطارها ما قاله البعض في إطار الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة من أنّ القاعدة العامّة هي رفض الغلط في القانون. لذا، قطعاً للطّريق على هذا القول،

---

[438] يقابله الفصل 438 من مجلّة الالتزامات والعقود، ولكنّ هذا قبل هذا الغلط.

[439] يقابله الفصل 1473 من مجلّة الالتزامات والعقود، وقد رفض هذا وذاك هذا الغلط.

[440] يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 73.

[441] أشير في الحاشية التّحتيّة للفصل 48 من الـمشروع الـمرَاجع إلى الفصل 1109 من الـمجلّة الـمدنيّة الإيطاليّة الصّادرة في 25 جوان 1865 والدّاخلة حيّز التّطبيق في غرّة جانفي 1866 والذي يقول إنّ "الغلط في القانون لا ينتج بطلان العقد إلاّ في الحالات التي يعدّ فيها الغلط السّبب الوحيد أو الأساسي للعقد".

"L'erreur de droit ne produit la nullité du contrat que dans le cas seulement ou elle en est la cause unique ou principale" (*Code civil italien*, Traduit, annoté et procédé d'une introduction par Henri PRUDHOMME, Paris, PEDONE, 1896).

جيء بقبول هذا الغلط منطوقا به. وقد يُسمح هنا بالـمجاز وبالقول: إذا رأيتَ مجلّة الالتزامات والعقود فاتحة مطريّتها وليس ثمّ مطر في تونس فانظر لعلّ السّبب أنّها أمطرت في فرنسا [...] في القرن التّاسع عشر!

ولعلّ مسألة النّطق بصور الغلط في القانون في نصّ مستقلّ – خلافا لمسألة صور هذا الغلط في نفسها – لا تكفي في نظر البعض لإدراج مجلّة الالتزامات والعقود في فكرة عدم الإحكام[442]. لكن بالإمكان القول، حتّى لو اتّبعنا هؤلاء، إنّ الـمجلّة، وفي العنوان الذي يضمّ الـمسألتين، نصف محكمة أو نصف غير محكمة.

فإذا تركنا الآن الحكم، قلنا إنّ الـمجلّة "قبِلت" الغلط في القانون. وقد أردنا من هذا اللفظ فيما سبق قولها بصور لهذا الغلط تؤثّر على العقد. لكنّنا سنريد منه فيما سيأتي معنى آخر هو متى تكون هذه الصّور الـمؤثّرة "مؤثّرة"، أي متى تقبل هذه الصّور "الـمقبولة"[443]:

الفقرة 2. قبول الغلط في القانون

131. — قلنا سابقا[444] إنّ هذه الـمسألة خارجة عن الفصل الذي نحن بصدده وتابعة للّذي يليه. وقد نجد عذرا في كون الغلط في القانون آخر نقطة في تراب الفصل الأوّل وأن الرِّجْل التي تخطو هنا لا يُضمن أن لا تقع في تراب الفصل الثّاني. لكنّ عذرنا ليس ما سبق، بل هو إرادة ترك الفصل الثّاني خالصا لما هو مشترك بين كلّ أنواع الغلط. بعبارة أخرى، نريد أن نتمّ في الفصل الأوّل ما هو خاصّ بالغلط في القانون (أي بالتّحديد، نريد تناول علاقة الفصل 44 بالفصل 545 من مجلّة الالتزامات والعقود) ليخلو للمشترك وجهُ الفصل الثّاني.

وما ينبغي هنا هو البدء بمسألة أوّليّة وهي أنّ الـمشروع حوى نصّا يقول إنّ "القانون لا يحمي الأطراف من تبِعات طيشهم وانعدام عنايتهم"[445]. وقد انتقلت

---

[442] لقد جاء سابقا ما يعدّ النّقاش الأهمّ لهذه النّقطة. لكنّ بقيّة هذا النّقاش سترد لاحقا. ولذلك ترك هنا.

[443] سيأتي في فصل الشّروط ما يبرّر هذا الكلام عن صور مؤثّرة "مؤثّرة" ومقبولة "مقبولة".

[444] انظر الفقرة عدد 121.

[445] الفصل 510:

"La loi ne protège pas les parties contre les suites de leur imprudence et de leur défaut de diligence".

هذه القاعدة إلى الـمشروع الـمرَاجَع مع تغيير طفيف في الـمبنى لا يبدّل شيئا من الـمعنى[446]. ثمّ اختفت في مجلّة الالتزامات والعقود كمبنى وبقيت كمعنى باعتبار أنّ هنالك مبنى آخر كان موجودا منذ الـمشروع ويؤدّي مع القاعدة الـمذكورة نفس الـمعنى (بقيت القاعدة كمعنى ببقاء مُساويها). ونقصد بالـمبنى الآخر ما أصبح في مجلّة الالتزامات والعقود الفصلين 545 و44.

132. — وإنّ النّصّ الأوّل قابل لفهمين ومن ثمّ تابعه وهو النّصّ الثّاني[447]:

133. — وحاصل الفهم الأوّل أنّ الصّياغة العربيّة للفصل 545 قالت إنّ "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتّى على العوامّ [...]". وقد يقال إنّ الـمعنى الوضعي لحرف "أو" هو أنّه لأحد الشّيئين. فيكون النّصّ قد وضع تأكيدين: أوّلهما "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب (فعل) ممنوع"؛

---

[446] الفصل 630:

"La loi ne protège pas les parties contre les suites de leur imprudence ou de leur incurie".

ونلاحظ أنّ الكلمة الأخيرة تبدّلت ولكن معناها هو نفسه الذي للكلمة الأخيرة من الـمشروع.

وإنّ ما جاء في الفصل 510 من الـمشروع وفي الفصل 630 من الـمشروع الـمرَاجَع هو مضمون القاعدة الرّومانية: *de non vigilantibus non curat praetor* والتي جرت العادة على ترجمتها بـ: La loi ne protège pas les imbéciles (القانون لا يحمي الـمغفّلين) (انظر هذه التّرجمة عند: "مالوري" و"أيناس"، م س، عدد 411). ولكن ترجمتها الدّقيقة هي: Des insouciants le préteur n'a cure (لا يبالي الحاكم بمن ليس مباليا) (انظر هذه التّرجمة عند: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 223. قارن مع "بيرلمان"، م س (الـمنطق)، ص 59.

[447] ينبغي أن نلاحظ هنا أنّ الفصل 44 من مجلّة الالتزامات والعقود (بالتّحديد النّص الذي يساويه في الـمشروع الـمرَاجع وهو الفصل 48) أرسلنا فيما يخصّ مراجعه إلى الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود (بالتّحديد النّص الذي يقابله في الـمشروع الـمرَاجَع وهو الفصل 53). ومراجع الفصل 48 مساوية في جزء هامّ منها لمراجع الفصل 545 من مجلّة الالتزامات والعقود (بالتّحديد النّص الذي يقابله في الـمشروع الـمرَاجَع وهو الفصل 531). وعلى كلّ قارن ما سيجيء مع: "جاردي" (جون لويس)، بحث في الأسس القبلية لعقلانيّة الأخلاق والقانون. باريس، الـمكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، 1972، ص 218 وما بعدها، حيث يفرّق بين جهل الـمنع عينه وجهل الظّروف الـمادّيّة لانطباق الـمنع.

GARDIES (Jean-louis), *Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 218 et s.

وثانيهما "جهل القانون لا يكون عذرا فيما لا يخفى حتّى على العوامّ". لكن علينا أن نقدّر، بالنّسبة إلى التّأكيد الثّاني، وجود حذف وأن نقول إنّه عنى: "جهل القانون لا يكون عذرا (في ارتكاب فعل منْعُه) لا يخفى حتّى على العوامّ". فإذا أعدنا الـمحذوف، انكشف لنا معنى للنّصّ تكون فيه "أو" قد صُرِفَتْ عن معناها الوضعي إلى معنى الواو[448]، أي بالتّدقيق انكشف لنا أنّها في الفصل 545 لجمع تفسير بالـمفسَّر، أي في النّهاية انكشف لنا أنّ النّصّ يحوي تأكيدا وحيدا.

134. — فإذا استُحضِر أنّ منع فعل هو وجوب لضدّه ووجوب فعل هو منع لضدّه[449]، قيل إنّ الفصل 545 هو لجهل قانون محتواه منع أو وجوب، وهذا القانون لا يخفى على العوامّ.

135. — ومعلوم أنّ القانون يحوي - إلى جانب الـمنع والوجوب - ما يسمّى بالحقّ ذي الجانبين أو بالحرّيّة ذات الجانبين[450]. والجهل قد يتعلّق بمثل هذا القانون الذي له مثل هذا الـمحتوى.

ومعلوم أيضا أنّ الحقّ أو الحرّيّة ليسا تكليفا بالنّسبة إلى صاحبهما. لذا يمكن لصاحب الحقّ أن يجهل الحقّ وأن يجهل القانون الذي يكرّس الحقّ. لكنّ الأمر مختلف بالنّسبة إلى الغير. فإذا كنّا أمام حرّيّة منصوص عليها بقانون، فهذا القانون - لكي ينطبق - لا بدّ أن يمنع الغير من إلغائها، ومعلوم أنّ القانون يريد أن ينطبق[451]، فإذن القانون يمنع الآخر من إتيان فعل إلغاء تلك الحرّيّة (ما هو حقّ لك هو واجب عند غيرك). أمّا إذا كنّا أمام حرّيّة غير منصوص عليها، فهذه الحرّيّة

---

[448] و"أصل وضعها أن تكون لأحد الشّيئين أين كانت وكيف تصرّفت" ابن جنّي (أبو الفتح عثمان)، الخصائص، تحقيق محمّد علي النّجار، بيروت، عالـم الكتب، ج 2، ص 457. "وذهب قطرب إلى أنّ أو قد تكون بمعنى الواو" (م س، ج 2، ص 460).

[449] انظر إلى: الغزالي، م س (الـمستصفى)، ج 1، ص 81 وما بعدها؛ الرّازي، م س (الـمحصول)، ج 2، ص 199 وما بعدها؛ الآمدي (الإمام علي بن محمّد)، م س، ج 2، ص 191 وما بعدها؛ الـمظفّر (محمّد رضا)، م س (أصول الفقه)، ج 1، ص 257 وما بعدها.

[450] مثالها حقّ الـمالك في التّفويت (إلخ) وغير ذلك من الحقوق التي تهمّ القانون الـمدني أو غيره. انظر حول الحقّ ذي الجانبين والحرّية ذات الجانبين: "جاردي" (جون لويس)، م س، ص 53 وما بعدها وخاصّة ص 70 وما بعدها.

[451] هذه إرادة يحملها تعبير غير مباشر.

مقبولة ضمنا من القانون[452]، والقبول حكم للقانون[453]، وحكم القانون يريد أن يكون فعليّا، فإذن لا بدّ من أنّ هذا الحكم الذي قبِل الحرّيّة قد منع الآخر من إلغائها.

136. — وما سبق ينبّه إلى أمرين: أوّلهما أنّ الفصل 545 يعني من زاوية ما الحرّيّة ذات الجانبين، وثانيهما أنّه لجهل قانون حكم الـمنع فيه أو الوجوب صريح أو ضمني.

بعبارة تحوصل ما جاء أعلاه: نصّ الفصل 545 على أنّ جهل قانونٍ، يعرفه العوامّ وحكَم صراحة أو ضمنا بمنع أو بوجوب فعل، لا يُغفر؛ أي إنّ القانون الذي أُفتُرِض أنّ العوامّ تعرفه نافذ في جميع الأحوال طابق الافتراض الحقيقة أم خالفها.

137. — فإذا أخذنا الآن الصّياغة الفرنسيّة للفصل 545 وجدناها تقول (بعد أن نقوم بترجمتها ترجمة شخصيّة): "[...] جهل [...] القانون لا يُغفر إذا تعلّق الأمر بفعل ممنوع أو إذا تعلّق الأمر بما هو معروف عند أكثر الأمّيّين أمّيّة"[454]. ومن ينظر داخل هذا النّص إلى حرف "أو"، يجد له أربعة معان[455] منها اثنان (هما الأوّل والأخير) قابلان لأن يُعطيا للفصل 545. فإذا بدأنا بالـمعنى الأخير، أي إذا قلنا إنّ حرف "أو" هو للمراوحة، وجدنا أنّ هذا الـمعنى لا يستقيم. وفعلا إذا أخذنا الجزء الثّاني وهو: "جهل القانون لا يُغفر إذا تعلّق الأمر بما هو معروف عند أكثر الأمّيّين أمّيّة"، وأحضرنا معه كون القانون يحوي منعا (وهذا وجوب لضدّه)

---

[452] ما لا يلغى من الحرّيّات بقانون هو مقبول لأنّ الحرّيّة هي الأصل. انظر على سبيل الـمثال: "جاردي"، م س، ص 128 وما بعدها.

[453] قد لا يقبل هذا الكلام، ويقال إنّ الحقّ الأصلي ليس حكما قانونيّا. عندها ينبغي أن لا نبقي في الـمتن إلاّ الحديث عن الحقّ الـمكرّس قانونا.

[454] "[...] L'ignorance de la [...] loi n'excuse pas lorsqu'il s'agit d'un fait illicite ou de ce qui est notoire aux plus illettrés".

[455] هو حرف ou ومعانيه في اللغة الفرنسية (حسب الـمعجم: روبار الصّغير 1) هي:

1 – تعادل أشكال تفيد الشّيء نفسه. Equivalence de formes désignant une même chose.

2 – عدم الـمبالاة أمام احتمالين متعارضين. Indifférence entre deux éventualités opposées.

3 – تقييم تقريبي بواسطة عددين. Evaluation approximative par deux numéros.

4 – الـمراوحة: Alternative

أو يحوي حقّا (والحقّ إن نُظر إليه من زاوية "الآخر" وُجد أنّه منع أو وجوب للضّدّ)، إذا قمنا بجميع ما سبق ... كانت النّتيجة أنّ الجزء الثّاني ليس مختلفا عن الأوّل بل هو توضيح له باعتبار أنّه جاء بإضافة هي معرفة القانون الـمتمثّل في الـمنع من قبل الأمّيّين. بعبارة أخرى يدعو محتوى أجزاء النّص الـمؤوّلَ إلى القول إنّ "أو" لا تفيد الـمراوحة بل التّعادل بين هذه الأجزاء (وهذا هو معنى "أو" الأوّل).

على هذا، تكون الصّياغة الفرنسيّة للفصل 545 مساوية للصّياغة العربيّة، أي يكون كلاهما قد قال إنّ جهل قانون معروف عند العوامّ لا يُغفر.

138. — فإذا جئنا الآن بالفصلين 44 و48 معا، قلنا إنّهما يفيدان أنّه وفي مادّة العمل القانوني جهل قانون معروف عند العوامّ لا يُغفر. وعلى هذا فهما تطبيق للفصل 545، أي أنّ هذا عامّ وذانك خاصّ[456].

ومن يأخذ العامّ – أي من يأخذ الفصل 545 وهو يقول: "جهل قانون معروف عند العوامّ لا يُغفر" – سيسأل: "وجهل قانون غير معروف عند العوامّ، هل يُغفر؟".

هنا نحن أمام تخصيص بالوصف (قانون موصوف، وقيّده وصف: معروف عند العوامّ)، والجملة الوصفيّة لا مفهوم لها. هذا يعني، إذا لم نعثر على قصد الـمشرّع من الصّورة التي نجد فيها الوصف النّقيض (قانون غير معروف ...) أن يكون حكم هذه الصّورة هو نقيض حكم الصّورة الـمنطوق بها (يُغفر) أو هو حكم الأصل (هما ينبغي أن نبحث ما الذي يعدّ الأصل: جهل القانون يإفر أم لا يغفر)[457].

ثمّ إنّ من يريد أن يكمِل الإجابة سيقول إنّ هذه الـمسألة في خصوصها، أي في مادّة العمل القانوني، منطوق بها. وسيضيف أنّ جوابها هو بالإيجاب (نعم يُغفر) وهو موجود بالفصلين 44 و48.

---

[456] وقد يحتاج للخاص إلى جانب العامّ لكي لا يُخرج الخاص لسبب من الأسباب التي تقدح في ذهن الـمؤوّل من حكم العامّ. انظر الغزالي، م س (الـمستصفى)، ج 2، ص 202.

[457] انظر حول التّخصيص بالوصف:

الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، التّأويل العكسي. دراسة في الـمنهجيّة القانونيّة الـمقارنة، مجلّة القانون الدّولي والقانون الـمقارن، 2012، العدد 4، ص 555 وما بعدها.

Abdelmagid Zarrouki, « Le raisonnement *a contrario*. Étude de méthodologie juridique comparée », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2012, n° 4, p. 555 et s.

بهذا الكلام وبكلام سابق له يكون الفصل 44 (و48): من جهة تطبيقا للفصل 545؛ ومن جهة أخرى ناطقا بأمر سكت عنه هذا النّصّ.

139. — هذا عن الفهم الأوّل للفصل 545، فإذا مررنا الآن إلى الفهم الثّاني وهو:

فهم يقرّ، من جهة، بوجود جزأين في كلّ من الصّياغة العربيّة والفرنسيّة:

واحد يقول إنّ: جهل قانون جاء بمنع لا يغفر[458].

وثان يقول إنّ: جهل قانون (وما القانون سوى منع[459]) معروف عند العوامّ لا يغفر.

ثمّ هو (أي الفهم) يقرّ – من جهة أخرى وعلى أساس التّعبير غير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع – أنّ الجزء الثّاني يخصّص الأوّل ويجعله متعلّقا بما يعرفه العوامّ.

... إذا مررنا إذن للفهم الثّاني، يكون الحاصل أنّ الفصل 545 قال شيئا واحدا وهو أنّ جهل قانون يعرفه العوامّ لا يغفر.

على هذا، يؤدّي الفهم الثّاني إلى نفس ما يؤدّي إليه الفهم الأوّل. لكنّنا نريد أن نجعله فهما ثانيا حقّا، أي مؤدّيا إلى غير ما أدّى إليه الفهم الأوّل. لأجل ذلك يجب أن نقول إنّ الجزء الأوّل مطلق ويفيد الإطلاق أي أنّه قال بشيئين معا، هما: من ناحية جهل قانون جاء بمنع يعرفه العوامّ لا يغفر، ومن ناحية أخرى: جهل قانون جاء بمنع ولا يعرفه العوامّ لا يغفر.

كما يجب أن نقول – خلافا لما ورد أعلاه – إنّ الجزء الثّاني من الفصل 545 ليس مقيّدا للأوّل، أي ليس ماحيا لجهته الثّانية، بل مجرّد مؤكّد على الأولى، إذن ومبق على ناحيته الثّانية[460].

على هذا يكون الفصل 545 قد قال شيئا أوّلا ثمّ أكّد عليه وهو أنّ جهل قانون معروف عند العوامّ لا يغفر. وقال شيئا ثانيا وهو أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ لا يغفر[461].

---

[458] مع إدخال ما ورد سابقا عن الوجوب وعن الحرّيّة ذات الجانبين.

[459] مع إضافة ما ورد سابقا حول الوجوب وحول الحرّيّة ذات الجانبين.

[460] انظر حول التّأكيد ما جاء في الفقرة عدد 62.

140. — فإذا أحضرنا الفصل 44 (و48) قلنا إنّه تطبيق للشّيء الأوّل[462]، لكن فيه (فيهما في الحقيقة) حكم مفاده أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ يغفر[463]، بهذا الحكم يكون استثناءً للفصل 545.

141. — وإذا أحضرنا الآن وفي إطار هذا الفهم الثّاني الفقه الإسلامي قلنا إنّ فيه حكما عامّا مفاده أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ يغفر[464]،
وإذا قلنا إنّ هذا الحكم أفضل من ذاك القائل إنّ هذا الجهل لا يغفر،
وإذا صحّ أنّ ما سمّيناه بالفهم الثّاني هو ما أراده صاحب الفصل 545،
... إذا تحقّق ما تقدّم، أمكن القول إنّ هذا النّصّ يُجسِّد عدم الإحكام، وأمكن من ثمّ القول عن الفصل 44 إنّه (وبوصفه متّخذا وضع الاستثناء على هذا الـمستوى) ممثّلٌ بدوره لنفس الفكرة[465].

142. — ومن ينظر إلى ما سبق، يجدنا قد أشرنا إلى الفصل 48. هذا يعني أنّ أقدامنا غادرت بعدُ الفصل الأوّل، فصل الصّور؛ وانتقلت إلى الفصل الثّاني، فصل الشّروط.

---

[461] هذا هو الجديد مقارنة بالفهم الأوّل ولقد قلنا في إطاره إن مسألة جهل غير الـمعروف مسكوت عنها، وهنا وفي الفهم الثّاني هي منطوق بها.

[462] لنأخذ مثال أب يُتوفّى ويترك ابنا وبنتا مسلمين، ويبيع الابن ما ورثه، ثمّ يأتي ويقول إنّي ظننت أنّي أرث الثُّمْن فإذا به الثّلثان، ولذا فغلطي في القانون أحدث غلطي في كمّ الـمبيع لأنّي كنت أعتقد أنّي بعت ما يساوي ثُمْن ما تركه أبي. فهنا الحكم الذي مفاده أنّ للذّكر مثل حظّ الأنثيين (﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾. [النّساء: 11] معروف عند العوامّ والغلط فيه لا يغفر (بالتّحديد وكما سنرى ذلك لاحقا الغلط لا يصدّق).

[463] شخص يتوفّى ويترك أخا شقيقا (عاصب بالنّفس حسب الفصل 114 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة) وبنتا (صاحبـة فرض النّصف حسب الفصل 93 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة)، وتبيع البنت ما ورثته، ثمّ تأتي وتقول إنّي وحين بعت كنت أجهـل أحكـام الفصل 143 مكرّر. ف 2 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، وغلطي في القانون جعلني أقع في غلط في كمّ الـمبيع الذي ظننته نصف الـمخلّف الإيجابي لأبي، فإذا به كلّ الـمخلّف. فهنا الحكم الذي مفاده أنّ "البنت تعدّدت أو انفردت وبنت الابن وإن نزلت يُردّ عليهما الباقي ولو مع وجود العصبة بالنّفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدّولة" ... هذا الحكم غير معروف عند العوامّ، وغلط البنت – إن كانت من العوامّ – مغتفر. (بقي أن نحلّ مشكل: من هم العوامّ هنا ؟).

[464] انظر إلى ما جاء عند السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 143 وما بعدها.

[465] إلاّ إذا كان ثمّ داع يوجب أن تترك مجلّة الالتزامات والعقود موقف الفقه في عمومه ولا تأخذ منه إلاّ جزءًا يهمّ العمل القانوني.

لكن السّؤال أليست الصّور هي بعدُ الشروط ؟

مثل هذا السّؤال لم يعد يفاجئنا:

الـم نجد الشّيء هو بعدُ الشّخص؟

الـم نجد الشّيء والشّخص (وعموما الواقع) هما بعدُ القانون (ومسألة الإحكام لأنّها هناك فهي أيضا هنا)؟

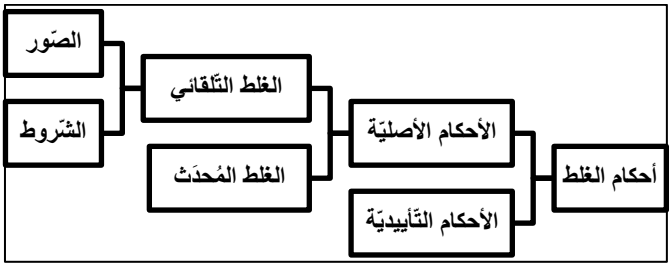
الـم يُغْنِ الحديث عن الشّيء عن الحديث في بقيّة الواقع (الشّخص)، ومن ثمّ عن الكلام في القانون؟

الـم نجد أن ليس ثمّ إلاّ الشّيء؟

لم لا تكون الشّروط كذلك؟

... لننظر[466].

(466)



الفصل الثّاني:

الإحكام في الأحكام الأصليّة الـمتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي

143. — يمكن لمن يقرأ الفصل 43 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود أن يقول إنّ العلّة شرط للغلط في نفسه وللغلط في محلّه. كما يمكنه أن يقول إنّ للغلط شرطا آخر هو وجوب أن يكون مغتفرا (هذه هي عبارة الفصل 44 في صياغته الفرنسيّة، وعبارة الحاشية الجانبيّة لنصّ الـمشروع الـمرَاجع والذي صار في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 48). على هذا يوجد شرطان للغلط: "العلّة" و"مغتفر". وسنحاول البحث في علاقة كلّ واحد منهما بالإحكام (وجوده/ انعدامه) الذي نعمل عليه. هذا سيعطي عنوانا للإحكام في شرط العلّة **(**الـمبحث الأوّل**)** وعنوانا للإحكام في شرط "مغتفر" **(**الـمبحث الثّاني**)**.

الـمبحث الأوّل: الإحكام في شرط العلّة

144. — يستوجب البحث في العلّة - وفق تمشّي هذا العمل، ومن أجل إثبات (صحّة أو خطأ) القضيّة الـمنطلق منها داخله - النّظر في محتوى تلك العلّة (الفقرة 1) وفي وضعها (الفقرة 2).

الفقرة 1. محتوى العلّة

145. — يمكن القول إنّ للعلّة محتوى "نظريّا" (أ) ومحتوى "تطبيقيّا" (ب) إن صحّ الوصفان.

(أ) محتوى العلّة "النّظري"

146. — من يعود إلى تاريخ العلّة[467] يمكنه أن يستخرج أربعة مدلولات: أوّلها العلّة الـمادّيّة[468] (تسمّى أيضا: العنصر، وعلّة القابليّة[469]، إلخ). وهي ما قد لا يجب عن وجودها وجود الـمعلول بالفعل[470]، لكن لا بدّ من وجودها لوجود الشّيء[471]، كالخشب للطّاولة[472].

---

[467] انظر هذا التّاريخ عند أرسطو، الـميتافيزيقا، ترجمة وتعليق: تريكو. باريس، الـمكتبة الفلسفيّة فران، 1991، الكتاب (أ)، ص 1 إلى ص 106.

ARISTOTE, *La métaphysique*, traduction et commentaire de J TRICOT, Librairie philosophique J.VRIN, 1991, livre A, p. 1 à p. 106.

[468] انظر هذا الاسم في الـموسوعة الكلّيّة الفلسفيّة، م س، تحت كلمة: علّة cause حيث ستجد كلمة: matière ولكن ستجد اسما آخر هو الـموضوع: substrat

[469] انظر هذين الاسمين عند الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 319 وما بعدها.

[470] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، 319

[471] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 247.

[472] انظر هذا الـمثال في الـموسوعة الكلّيّة الفلسفيّة، م س. وانظره أيضا عند: الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 319. (بدل الطّاولة ستجد السّرير). لكنّ الإمام وفي مكان آخر (ص 248) أعطى أمثلة أخرى فقال: "وأمّا الـمادّة فمثالها من الـمعقول أن يقال: لم يموت الإنسان؟ فنقول لأنه مركّب من أمور متنافرة من الحرارة والرّطوبة والبرودة واليبوسة الـمتنازعة الـمتنافرة. ومثاله من الفقه أن يقال لم انفسخ القراض (أو الـمضاربة وهي دفع الـمال للاتّجار ويكون الرّبح بين الدّافع

وثانيها العلّة الصّوريّة (تسمّى أيضا: الصّورة[473]، والـماهية الصّوريّة[474]). وهي تمام كلّ شيء[475]. و"قد يجب عن وجود(ها) لا محالة وجود الـمعلول بالفعل"[476] "كصورة السّرير من السّرير وصورة البيت للبيت"[477]. والصّورة "فيها قِوام الشّيء، إذ السّرير سرير بصورته لا بخشبه، والإنسان إنسان بصورته لا بجسمه، والأشياء تختلف هيئاتها بالصّور لا بالـمواد[478]، فلا يخفى كون القِوام بها، فإنّه إذا قيل: لِمَ صارت هذه النّطفة إنسانا وهذا الخشب سريرا؟ فيقال بحصول صورة الإنسانيّة وحصول صورة السّريريّة"[479].

ويرى الغزالي أنّ العنصر والصّورة "كالجزء من الـمعلول"[480]. أمّا ابن رشد فيقول إنّهما في الشّيء[481].

وثالثها العلّة الفاعلة[482]، أو "الـمبدأ الذي تنطلق منه الحركة"[483]، وهي: "ما منـ(ها) الوجود وليس الوجود لأجلـ(ها)"[484]، أي "ما منـ(ها) بذاتـ(ها) الحركة، و(هي) السّبب في وجود الشّيء كالنّجّار للكرسيّ والأب للصّبي"[485].

والـمدفوع إليه) والوكالة بالـموت والإغماء، فنقول: لأنّه عقد ضعيف جائز لا لزوم له، وهذه علّة مادّيّة إذ يرد الفسخ على العقد ورود الـموت على الإنسان عند جريان سبب هو مبدأ الأمر في الـموت والفسخ جميعا".

[473] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 247.

[474] substance formelle أو علّة صوريّة cause formelle

[475] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 247.

[476] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 319 وما بعدها.

[477] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 247

[478] قرّب من الفقرة عدد 73 وما بعدها.

[479] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 248.

[480] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 319.

[481] ابن رشد، م س (رسالة ما بعد الطّبيعة)، ص 55.

[482] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 320. وتسّميها الـموسوعة الكلّيّة الفلسفيّة (م س): cause efficiente.

[483] principe d'où part le mouvement

الـموسوعة الكلّيّة الفلسفيّة (م س)

[484] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 320.

[485] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 247. ويعطي الغزالي بعد ذلك في الصّفحة نفسها وفي الصّفحة التي تليها أمثلة من الـمعقولات ومن الفقه، فيقول: "أمّا مبدأ الحركة فمثاله من الـمعقولات أن يقال لم حارب الأمير فلانا ؟ فيقال لأنّه نهب ولايته، فالنّهب مبدأ الحركة. ويقال لم

ورابعها العلّة الغائيّة[486]، وهي "ما لأجلـ(ها) وجود الـمعلول [...] كالصّلوح للجلوس للكرسيّ"[487].

ويرى الغزالي أنّ "العلّة الأولى هي الغاية، ولولاها لما صار النّجّار نجّارا. وكونها علّة، سابقة سائر العلل، إذ بها صارت العلل عللا. ووجودها متأخّر عن وجود الكلّ، وإنّما الـمتقدّم علّيتها"[488]، أي أنّ "الغاية تتأخّر في حصول الوجود عن الـمعلول وتتقدّم سائر العلل في الشّيئيّة. ومن البيّن أنّ الشّيئيّة غير الوجود في الأعيان فإنّ الـمعنى له وجود في الأعيان ووجود في النّفس وأمر مشترك، فذلك الـمشترك هو الشّيئيّة. والغاية بما هي شيء، فإنّها تتقدّم سائر العلل وهي علّة العلل في أنّها علل، وبما هي موجودة في الأعيان قد تتأخّر. وإذا لم تكن العلّة الفاعلة هي بعينها العلّة الغائيّة كان الفاعل متأخّرا في الشّيئيّة عن الغاية وذلك لأنّ سائر العلل إنّما تصير عللا بالفعل لأجل الغاية وليست هي لأجل شيء آخر، وهي توجد أوّلا نوعا من الوجود فتصير العلل عللا بالفعل. ويشبه أن يكون الحاصل عند التّمييز هو أنّ الفاعل الأوّل والـمحرّك الأوّل في كلّ شيء هو الغاية، فإنّ الطّبيب يفعل لأجل البُرء، وصورة البرء هي الصّناعة الطّبّيّة التي في النّفس وهي الـمحرّك لإرادته إلى العمل، وإذا كان الفاعل أعلى من الإرادة كان نفس ما هو فاعل هو محرّك من غير توسّط من الإرادة التي تَحْدُثُ عن تحريك

قتل فلان فلانا؟ فيقال لأنّه أكرهه السّلطان عليه. مثاله من الفقه أن يقال: لم قتِل هذا الشّخص؟ فيقال لأنّه زنى، أو ارتدّ. فيكون الزّنى مبدأ هذا الأمر، وهو الذي تسمّيه الفقهاء في الأكثر سببا".

[486] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 320. وتسمّيها الـموسوعة الكلّيّة الفلسفيّة (م س): cause finale.

[487] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 320. ويقول في ص 248: "وأمّا الغاية التي لأجلها الشّيء، فمثالها من الـمعقول أن يقال: لم عرضت الأضراس؟ فيقال: لأنّها يراد بها الطّحن. ولم قاتلوا الطّبقة الفلانيّة؟ فيقال: ليسترقّوهم. وفي الفقه يقال: لم قتل الزّاني والـمرتدّ والقاتل؟ فيقال: للزّجر عن الفواحش ".

[488] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 320.

الغاية"[489]. وما سبق هو الذي جعل الغزالي يقول إنّ الغاية، باعثة أوّلا مطلوب وجودها آخرا[490].

وعلى كلٍّ جمع الغزالي الغاية مع الفاعل تحت عنوان ما ليس كالجزء من الـمعلول[491]. وهو نفس ما قاله ابن رشد حين تكلّم عن الفاعل والغاية وذكر أنّهما خارجان عن الشّيء[492].

147. — على هذا، ثمّ الـمادّة وثمّ الصّورة من جهة[493]، وثمّ الفاعل وثمّ الغاية من جهة أخرى[494]. "وهذه العلل الأربعة تجتمع في كلّ ما له علّة "[495]. وهذا لا يعني أنّها دائمة الاجتماع. فـ: "قد تجتمع في الشّيء علل فوق الواحدة، وحتّى الأربعة كلّها، وقد يكون لبعض الأشياء بعض العلل دون بعض، فلذلك لا يدخل في حدود التّعليمات ولا براهينها علّة مادّيّة "[496].

---

[489] ابن سينا: النّجاة، ص 211، حسب أحمد شمس الدين في شرحه لكتاب الـمعيار للغزالي (ص 247).

[490] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 247.

[491] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 320.

[492] ابن رشد، م س (رسالة ما بعد الطّبيعة)، ص 55.

[493] وهما في الشّيء كما ذكرنا ذلك سابقا على لسان ابن رشد (الفقرة عدد 146).

[494] وهذا التّقسيم الرّباعي يناسب الـمرحلة الأولى من التّفكير الأرسطي. لكنّ "أرسطو" وفي وقت لاحق جعل الأربعة اثنتين، وقسّم الأمر إلى مادّة matière وصورة forme. فأمّا "الـمادّة فهي تهمّ الـموضوع غير الـمحدّد والاعتباري لكلّ التّحديدات وتغطّي إذن العلّة الـمادّيّة. وأمّا الصّورة فهي السّبب الوحيد الذي يحقّق هذه التّحديدات. وستجد (هذه العلّة) نفسها تعرّف العلّة الفاعلة والعلّة الغائيّة" (الـموسوعة الكلية الفلسفية، م س).

"La matière concerne le sujet indéterminé et virtuel de toutes les déterminations et recouvre donc la cause matérielle. La forme, elle, est la seule raison qui réalise ces déterminations, mais elle va se trouver définir aussi la cause Efficiente et la cause Finale".

فليس النجّار – لو أخذنا مثالا سابقا – هو الذي سيكون في ذاته الفاعل بل الصّورة الحاضرة بالقوّة في ذهنه والتي بفضلها سيشكّل الـمادّة. ثمّ ما العلّة الغائية سوى أنّها الهدف أي الصّورة ولمّا تتحقّق بعدُ والتي تريد العلّة الفاعلة أن تقحمها في الـمادّة لكي تجعلها شيئا بالفعل (الـمرجع السّابق نفسه).

[495] الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 248.

[496] ابن سينا، النّجاة، ص 84، عن أحمد شمس الدين شارح "معيار العلم في الـمنطق"، ص 248.

ولقد جاء في كتاب الفلسفة لعبد الجبّار الرّفاعي (م س)، وفي الجزء الأوّل والثّاني (ملاحظة: نقلنا سيكون حرفيّا في أغلب الأحيان)، ما يلي:

وهذه العلل نقلت إلى الفقه الإسلامي من جهة، وإلى القانون الحديث ومنه مجلّة الالتزامات والعقود من جهة أخرى. لكنّ هذا الأمر يدخل فيما أسميناه الـمحتوى "التّطبيقي" للعلّة.

(ب) محتوى العلّة "التّطبيقي"

148. — إذا بدأنا بالفقهاء الـمسلمين وجدناهم يتحدّثون في إطار العقد عن "الـمحلّ" كمقابل لـ: «مادّة» الفلاسفة، وعن "الأهل" أو "السّبب" كمقابل لـ: «فاعل» الفلاسفة، وعن "الحكم" كمقابل لـ: «غاية» الفلاسفة، وعن "الصّيغة" كمقابل لـ: «صورة» الفلاسفة. فإذا أخذنا الزّواج، وجدنا البُضْع محلاّ، والزّوج أهلا أو سببا، والحِلّ غاية، وصيغة العقد كأنّها الصّورة[497]. وما لم تجتمع هذه الأمور لا

هنالك الـمادّة (الجوهر الذي يحمل استعداد الأشياء) وهنالك الصّورة (الصّورة قسمان: صورة جسميّة، وهي التي تعطي الفعليّة للمادّة من حيث الطّول والعرض والعمق؛ وصورة عنصريّة. فلكي تكون مادّةٌ مَا ماءً تحتاج بالإضافة إلى الصّورة الجسميّة إلى الصّورة العنصريّة أو إلى الصّورة الـمائيّة).
والـمادّة والصّورة العلميّتين اللتين تحكيان الـمادّة والصّورة الخارجيّتين هما الجنس والفصل. بتعبير آخر: إذا لاحظ العقل مفهوم الـمادّة (الحيوان) والصّورة (النّاطق) بنحو لا يحمل أحدهما على الآخر ولا يحملان على الكلّ (الإنسان)، يسمّيان مادّة وصورة. وإذا لاحظهما العقل بنحو يحمل أحدهما على الآخر أو يحملان على الكلّ، يسمّيان جنسا وفصلا.
فإذا لوحظ الجنس (حيوان) بالنّسبة إلى الكلّ أو الـمجموع (الإنسان)، أسمي علّة مادّيّة. وإذا لوحظ الفصل (ناطق) بالنّسبة إلى الكلّ، أسمي علّة صوريّة.
وتُعَدّ العلّة الـمادّيّة والصّوريّة علل قِوام. أمّا العلّة الفاعليّة والعلّة الغائيّة، فتُعَدّ علل وجود.
وعلل القِوام تكون في الأجسام فقط. أمّا علل الوجود، فتكون في كلّ موجود في عالـم الإمكان جسما كان أو ليس بجسم.
وهكذا فالفرق بين الـمادّة والجنس والعلّة الـمادّية هو فرق اعتباري بنحو اللحاظ. كذا الشّأن فيما يخصّ الفرق بين الصّورة والفصل والعلّة الصّوريّة.
ويمكن القول إنّ الذّهن حين يحلّل ماهية البياض مثلا، يرى أنّها مركّبة ممّا به الاشتراك مع الألوان الأخرى وممّا به الامتياز عن بقيّة الألوان.
فيعتبر الذّهن ما به الاشتراك جنسا، وما به الامتياز فصلا.
ثمّ يلاحظ ما به الاشتراك بشرط لا (من الحمل)، فيكون مادّة.
ويلاحظ ما به الامتياز بشرط لا (من الحمل)، فيكون صورة.

[497] فالزّواج إذن صيغة (صورة) يحلّ بها (الغاية) محلّ هو البضع (جاء في لسان العرب: م س، ج 8، ص 14: "اختلف النّاس في البضع فقال قوم هو الفرج وقال قوم هو الجماع وقد قيل هو عقد

يكون للزّواج وجود. فالزّواج الذي لا يفيد الحِلّ لا وجود له، وكذا البيع الذي لا يفيد الـملك. فإنّ وجود الغاية لا بدّ منه وكونها معقولا باعثا شرط قبل الوجود، وكونها موجودة بالفعل واجب بعد الوجود.

ومهما قُدِّر الفاعل والـمادّة موجودين، لم يلزم وجود الشّيء في كلّ حال، كالبائع والـمبيع.

ومهما وجِدت الصّورة، لزم وجود الشّيء، كصيغة العقد.

ومهما وجِدت الغاية بالفعل، لزم وجود الشّيء، كالحِلّ في الزّواج[498].

149. — فإذا مررنا الآن إلى ما يهمّ القانون الحديث، ومنه مجلّة الالتزامات والعقود في جانبها الذي نحن بصدده، وجب أن نبدأ بالقول إنّ الـمناطقة يقسّمون العلّة إلى علّة قريبة وعلّة بعيدة[499]، وعلّة بالقوّة وعلّة بالفعل[500]، وعلّة خاصّة وعلّة عامّة[501]، وعلّة بالذّات وعلةّ بالعرض[502].

150. — فإذا توقّفنا الآن قبل هذا التّقسيم أمكن القول:

النّكاح"). لذا لا يمكن أن نحمل على الفقهاء ونقول إنّهم يهملون الجانب العاطفي في الزّواج، فتعريفهم الـمتقدّم مردّه أنّنا بصدد حديث محدّد هو الصّيغة والحلّ والـمحلّ معا، فلا يصحّ عندها أن نقول إنّ الزّواج صيغة تحلّ بها العواطف أو الـمودّة أو غيرهما لأنّنا نتناول لا الـمحلّ لوحده (لأنّه قد يقال إنّ محلّ الزواج هو هذه الأمور العاطفيّة وغيرها كإنشاء أسرة، وتربية أبناء، إلخ)، بل حلّيّة الـمحلّ، أي الحكم ومعه الـمحلّ. بعبارة أخرى: علينا ألاّ نعزل – كما يفعل البعض – ذلك التعريف الفقهي للزّواج عن الجوّ التعبيري وعن السّياق الذي جاء فيه (ينبغي أن نزيد هنا أنّنا سنجد لاحقا أنّ الفقه الإسلامي ذهب إلى حدّ عدّ الزّواج قربة إلى الله تعالى وإلحاقه بالعبادات).

[498] لم نفعل فيما ورد أعلاه منذ بداية العنوان إلاّ أن نقلنا – وأحيانا نقلا حرفيّا – ما جاء عند الغزالي في كتابه معيار العلم في الـمنطق (م س، ص 249).

[499] أعطى الغزالي كمثال للعلّة (لم يحدّد نوعها) القريبة: الصّداق لتسليم الزّوجة للزّوج، وكمثال للعلّة البعيدة ملك الزّوج نصف الصّداق لتسليم الزّوجة للزّوج (م س: معيار العلم، ص 249).

[500] أعطى الغزالي كمثال للقوّة الإسكار للخمر قبل الشّرب (م س: معيار العلم، ص249) وكمثال للفعل الإسكار للخمر حال الشّرب (م س: معيار العلم، ص 249).

[501] أعطى الغزالي للخاصّة مثال الزّنى للرّجم، وللعامّة الجناية للرّجم وللعقوبة (م س: معيار العلم، ص 249).

[502] ومثال الذّات الزّنى للرّجم، ومثال العرض الإحصان للرّجم، "وهو الذي يسمّى شرطا، فإنّ الرّجم لا يجب إلاّ بالإحصان، وهي خصال ولكن تعمل عمل العلّة عنده، كما لو أرسلت الدّعامة من تحت السّقف فنزل، فيقال: نزوله بعلّة الثّقل ولكن عند إشالة الدّعامة، فإنّ للهويّ شرطا وهو فراغ جهة الأسفل". الغزالي، م س: معيار العلم، ص250. وانظر أمثلة أخرى عند شارح الغزالي: ص 321.

أوّلا إنّ الغلط في نفسه[503] علّة فاعلة لوجود العقد[504].
وثانيا إنّ ذات الشّيء أو أوصافه الذّاتيّة وغير الذّاتيّة، أو ذات الشّخص أو أوصافه، كلّ ذلك علل غائيّة.

151. — لكن ما يلاحظ أنّه بقي لنا الغلط في طبيعة العقد، وفي وجود السّبب، وفي وصف السّبب، وفي الباعث (بالإضافة إلى الغلط في الحساب والغلط في القيمة).
وإنّ صورة الغلط في طبيعة العقد يمكن إدراجها ضمن الغاية وذلك إذا استحضرنا ما جاء أعلاه عند الفقهاء الـمسلمين من أنّ الحكم لديهم هو الغاية عند الـمناطقة. فمن أراد بيعا، أراد حكما معيّنا هو الـملكيّة، لا الانتفاع لوحده.

152. — فإذا مررنا إلى صورة وجود السّبب ووصفه وإلى صورة الباعث، وأردنا الخروج بالـمعاني من الألفاظ لم نخرج بشيء: وفعلا من الـمعروف أن ثمّ اختلافا بين السّبب من جهة والباعث من جهة أخرى، فالأوّل مؤثّر والثّاني غير مؤثّر[505]. فإذا طلبنا الفرق بين الصّورتين من معاني اللفظتين نكون قد تركنا وراء ظهورنا هذا الفرق ثمّ سرنا إلى الأمام باحثين عنه ... لذلك لن نجده (... مهما حثثنا السّير. وفي مثل هذا يقول الغزالي: "من طلب الـمعاني من الألفاظ ضاع وهلك وكان كمن استدبر الـمغرب وهو يطلبه"[506]). والسّبب الذي لأجله لن نعثر على ما نبحث عنه من فرق: أنّ السّبب في اللغة باعثٌ، والباعث في اللغة سببٌ، أي أنّ اللفظتين

---

[503] وكذا التغرير والإكراه.

[504] انظر حول العلّة الفاعلة:
"راني" (ف)، مفهوم العلّة الفاعلة للعقد في القانون الفرنسي الخاص، أطروحة، باريس II، 1993.
REIGNE (Ph), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, Th, Paris II, 1993.

[505] فأمّا الـمعرفة الأولى فمن الفصول 2 و67، وأمّا الـمعرفة الثّانية فمن التّعبير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع (انظر حول هذا التّعبير الفقرة عدد 115).

[506] الغزالي، م س (الـمستصفى)، ج 1، ص 21.

مترادفتان[507]، ومن ثمّ ليس ثمّ فرق (ببساطة: لن نعثر على فرق لأنّه ليس ثمّ فرق).

لكن لو تركنا اللغة وذهبنا إلى الـمنطق، لقلنا إنّ الصّورتين لعلّة غائيّة. إذن، وإلى هذا الحدّ، ليس ثمّ فرق. فإذا واصلنا مع الـمنطق، أمكن القول إنّ "سبب" رجال القانون هو علّة الـمناطقة القريبة، و"باعث" رجال القانون هو علّة الـمناطقة البعيدة. بعبارة أخرى لم يفعل رجال القانون هنا – وعموما في مادّة السّبب – إلاّ أن نقلوا ما جاء عند الـمناطقة؛ لكن العلّة الغائيّة القريبة عند هؤلاء صار اسمها عند أهل القانون سببا مجرّدا (cause abstraite) وسببا موضوعيّا (cause objective) وسبب التزام (cause de l'obligation) ؛ أمّا العلّة الغائيّة البعيدة في الـمنطق، فصار اسمها في القانون سببا واقعيّا (cause concrète) وسببا ذاتيّا (cause subjective) وسبب عقد (cause du contrat).

ويمكن أن نضيف أنّ علّة الـمناطقة الغائيّة القريبة صارت أيضا سببا مباشرا (cause immédiate) ، وعلّتهم الغائيّة البعيدة باعثا (mobile).

153. — فإذا رجعنا إلى الذّاتيّات، أمكن القول إنّنا أمام سبب قريب. ونفس الشّيء لو رجعنا إلى غير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش. أمّا غير الذّاتيّات مع تفاوت غير فاحش وكذلك الشّخص (لكن البعض سيأتي إلى ذات الشّخص ويدخلها في السّبب القريب) والقيمة والحساب[508]، فيمكن القول إنّها للسّبب البعيد.

154. — والحاصل:

أنّ الغلط في نفسه علّة فاعلة.

وأنّ الغلط في محلّه، أي فيما ينصبّ عليه، علّة غائيّة.

ثمّ إنّ هذه العلّة الغائيّة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأوّل: علّة غائيّة قريبة. وفي هذه نجد: طبيعة العقد، ووجود السّبب (وجود السّبب هو العلّة الغائيّة القريبة)، وذات الشّيء وذات الشّخص، والذّاتيّات

---

[507] انظر إلى الـمعجم العربي الحديث، وبالتّحديد تحت كلمة باعث وكلمة سبب. وانظر إلى الـمعجم الفرنسي، روبار 1 الصّغير تحت كلمة cause وكلمة motif.

[508] انظر إلى فقه القانون الالـماني الذي استعمل كلمة باعث mobile فيما يخصّ الحساب، وذلك عند: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 339.

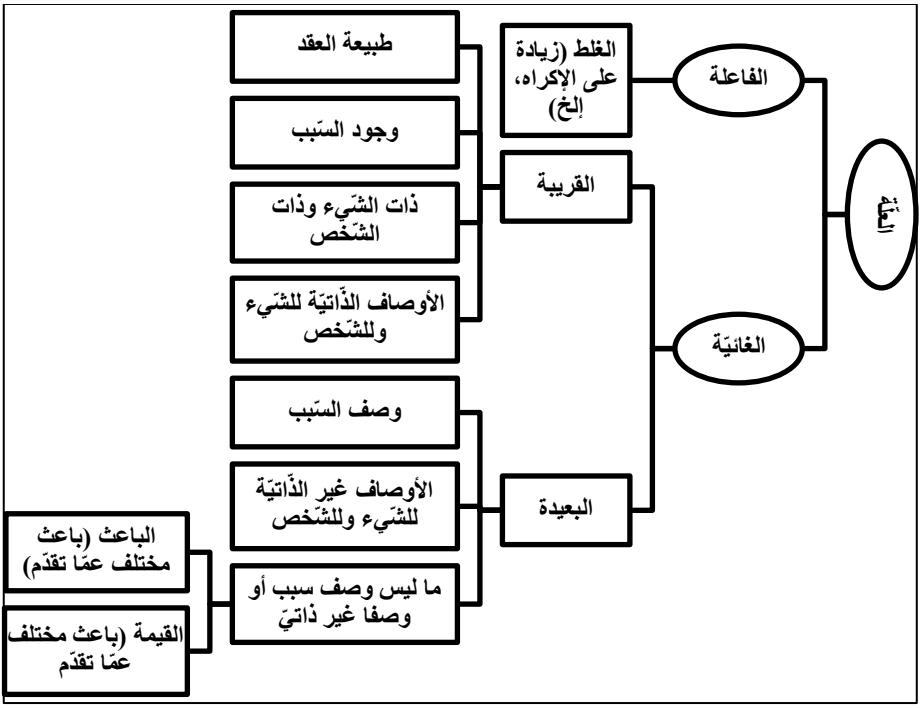
(بالنّسبة إلى الشّيء. لكن أيضا بالنّسبة إلى الشّخص إذا أخذنا بعين الاعتبار أنّ الشّخص يكون طبيعيّا ويكون معنويّا).

القسم الثّاني: علّة غائيّة بعيدة. وفي هذه نجد: وصف السّبب (السّبب هو القريب أمّا وصف السّبب فعلّة غائيّة بعيدة)، والوصف غير الذّاتي للشّيء[509]، والوصف غير الذّاتي للشّخص، وما ليس شيئا ولا شخصا: أي ما يسمى "باعثا"[510]، ومعه القيمة (وهي باعث)، والحساب (وهو باعث حسب الفقه الالـماني. لكن ينبغي إخراج هذه الصّورة لاختلافها عن سابقاتها كما تقدّم: إذ ليس فيها مشكل حكم)[511].

[509] قارن مع: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 88 حيث يقول إنّ الوصف غير الذّاتي يختلط بالباعث أي بما نسمّيه نحن هنا علّة بعيدة.

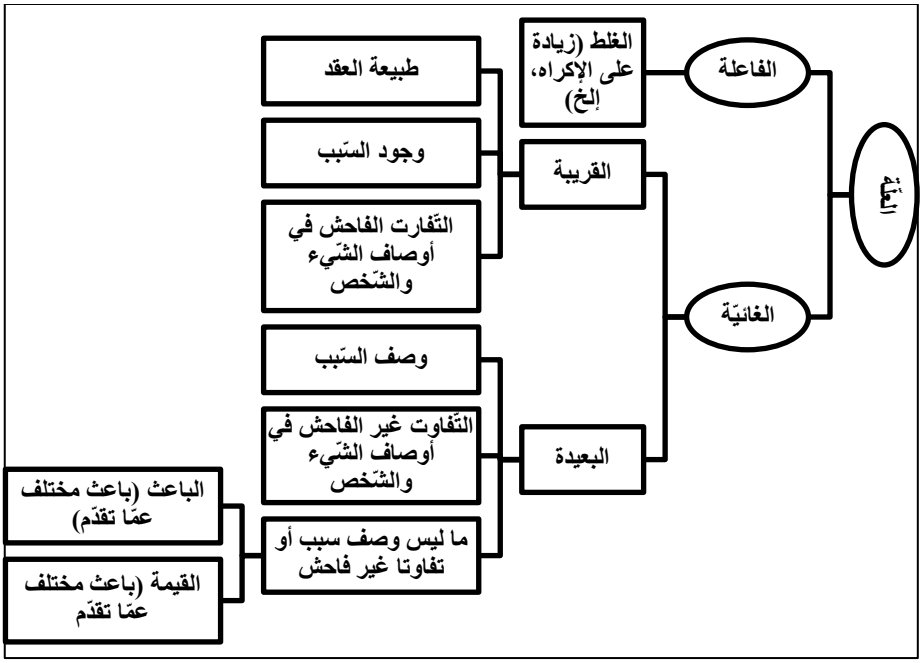
[510] وباللغة الفرنسيّة: mobile – motif

[511]



ويمكن، إذا اتّبعنا كلاما آخر ورد في هذا العمل، أن نأتي برسم آخر:

وما جاء للتّوّ من محتوى للعلّة الغائيّة وللغلط في العلّة الغائيّة، يسمح بالانتقال إلى وضع هذه العلّة في الأحكام التي تمثّل موضوع هذا العمل.



الفقرة 2. وضع العلّة

155. — إن كنّا قصدنا بالعلّة في عنوان الفقرة الأولى العلّة الفاعلة وبالأساس العلّة الغائيّة، فإنّا نقصد في هذا العنوان نفس الشّيء وبنفس درجة الأهمّيّة. وهاتان العلّتان جاءتا في صياغات معيّنة، ثمّ إنّه قيل إنّهما شرط. على هذا يكون للعلّة وضعا على صعيد الشّكل [الصّياغات] (أ)، ووضعا على صعيد الـمضمون [الشّرط] (ب).

(أ) وضع العلّة شكلا

156. — قلنا إنّ العلّة الفاعلة والعلّة الغائيّة جاءتا في صياغات معيّنة:
فإذا بدأنا بالأولى، وجدنا أنّ الفصل 43 تحدّث عنها حين قال إنّ الرّضا صدر عن غلط، أي أنّ هذا الغلط علّة فاعلة لذلك الرّضا. لكنّ الفصل 44 جاء ليقول إنّ الغلط في القانون يجب أن يكون علّة فاعلة "وحيدة" "أو" علّة فاعلة "أصليّة" للتّعاقد. والسّؤال لِمَ هذه الصّياغة؟
رأينا سابقا أنّ وجود الفصل 44 نفسه سببه أنّها "أمطرت في فرنسا"[512]. ويمكن القول إنّ صياغته للعلّة الفاعلة على النّحو الـمذكور منذ قليل لها نفس العلّة.
فمن يعود إلى مرجعين استعملا في الـمشروع الـمرَاجع[513]، سيجد أنّه قيل في فرنسا بموقفين:
واحدٌ مفاده أنّ الغلط في القانون لا يبطل إلاّ إذا كان السّبب الوحيد. وهو موقف القضاء الفرنسي في القرن التّاسع عشر، وقبل ذلك موقف "دوما"[514]. وقد كان هذان متشدّدين مع الغلط في القانون، وذلك على خلاف الغلط في الواقع. فإذا كان ثمّ احتمال لكون العلّة الفاعلة للعقد ليست الغلط في القانون لوحده لم يبطل العقد. مثال ذلك: أبٌ يوصي بنصف أمواله إلى الغير أمام موثّق عقودٍ

---

[512] انظر الفقرة عدد 129.
[513] "توليي"، م س، ج 6، عدد 67 إلى 69؛ "لوران"، م س، ج 15، عدد 508.
[514] "لوران"، م س، ج 15، عدد 508.

(notaire) واحدٍ وشاهدين بَدَلَ أربعة، أي خلافا لما يشترطه القانون. فإذا ظنّ الابن أنّ الوصيّة صحيحة وسلّم الـموصى به إلى الـموصى له، لا يمكنه الرّجوع في ذلك التّسليم وإبطال القسمة لأجل غلطه في القانون. فالابن، إن أمكنه إثبات غلطه في القانون، لن يمكنه أبدا إثبات أنّ غلطه ذاك كان العلّة الفاعلة الوحيدة، إذ العلّة هنا هي أيضا تنفيذ وصيّة والده[515]. بعبارة أخرى: إذا كان ثمّ احتمال وجود سبب آخر للعقد متمثّلا في تنفيذ التزام طبيعي أو ناقص، فإنّه لا يمكن إبطال العقد لأنّه صار من الـمستحيل إثبات أنّ العقد له علّة فاعلة وحيدة هي الغلط في القانون[516].

ولقد حمل على هذا الرّأي بعض الفقهاء وقالوا (وهنا نصل إلى الـموقف الثّاني في فرنسا في القرن التّاسع عشر) إنّ شروط الغلط في الواقع هي نفسها شروط الغلط في القانون، لأنّ الفصل 1110 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة لم يفرّق بين الاثنين. كما قالوا عن الـموقف الأوّل إنّه يفضي إلى أن يصبح الغلط في القانون غير مؤثّر أبدا[517].

ومن ينظر إلى هذين الـموقفين، سيقول إنّ الثّاني أصلح.

ثمّ إنّ من يُحضِر الفقه الإسلامي سيجده بعيدا عن الـموقف الأوّل ومساويا للثّاني.

أمّا من يأتي بمجلّة الالتزامات والعقود، فسيرجّح أنّها بمثابة الرّدّ على الـموقف الأوّل. وفعلا تبدو صياغتها كمن جاء ليقطع عليه طريق الوجود في إطارها (أمطرت مرّة أخرى في فرنسا ... ففتحت مجلّة الالتزامات والعقود مرّة أخرى مطريّتها). والدّليل أنّ الفصل 44 قال بعلّة فاعلة "وحيدة"، ثمّ زاد "أو" (ou في الصّياغة الفرنسيّة)، وبعد "أو" قال بعلّة فاعلة "أساسيّة"، أي بعلّة معها غيرها (الفصل 44: "إذا كان هو السّبب الوحيد أو السّبب الأصلي /lorsqu'elle en est la cause unique ou principale")[518].

---

[515] انظر هذا الـمثال عند: "توليي"، م س، ج 6، عدد 69.

[516] "توليي"، م س، ج 6، عدد 68. ويعطي "لوران" (ج 15، عدد 508) مثال الـمورّث الذي يوصي للغير بأكثر ممّا يسمح به القانون. فإذا دفع الوارث إلى الـموصى له أو وعد بأن يدفع له كلّ موضوع الوصيّة فهذا لن يكون باطلا، وذلك لأنّه يجوز أن يكون الوارث قد أراد تنفيذ وصيّة الـمورّث.

[517] انظر إلى: "لوران"، م س، ج 15، عدد 508.

[518] هذا نخرج به من خلال النّيّة الـمباشرة للمشرّع حين أشار إلى "لوران" بالـمشروع الـمرَاجَع.

وإنّ مجلّة الالتزامات والعقود مستوردة هنا. إلاّ أنّه لا يمكن الـمرور إلى الإحكام (مسألة الإصلاح) لأنّ الـمستورد مثل الـمحلّي.

بعد العلّة الفاعلة، ينبغي الانتقال إلى العلّة الغائيّة:

هنا، وإذا بدأنا بالفصل 45، وجدناه يتحدّث عن: "غلط في ذات الـمعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الـموجب للتّعاقد". وقد نذهب إلى اللغة لنقول إنّ "الـموجب للتّعاقد" قد تعود على الوصف والنّوع والذّات وذلك لأنّنا أمام "أو" عاطفة، وفائدة العطف تحصيل مشاركة أطرافه في شيء ما[519] لعلّه هنا – إلى جانب كون الصّور أجزاء من نفس الشّيء – انسحاب ذلك الشّرط على هذه الصّور جميعا.

لكن علينا أن نعود في هذا الكلام، لأنّ نيّة الـمشرّع تنبئ بأنّه أراد أن يقول إنّ الوصف غير الذّاتي هو غير مؤثّر إلاّ إذا اشترط[520]. وهو قول للفقه الفرنسي[521].

---

[519] الزّركشي (بدر الدّين محمّد بن عبد الله)، البرهان في علوم القرآن، بيروت، دار الجيل، 1408 هـ/ 1988 م، ج 4، ص 102، حيث يقول: "فأمّا عطف الـمفرد ففائدته تحصيل مشاركة الثّاني للأوّل في الإعراب، ليعلم أنّه مثل الأوّل في فاعليّته أو مفعوليّته". بتعبير مختلف: من الـمعلوم أنّه يقال عن واو العَطْف التي هي أصلُ حروفِ العطف أنّ مَعْناها: إشراكُ الثّاني فيمَا دَخَل فيه الأوّل (عبد الغنيّ الدّقر، معجم القواعد العربيّة في النّحو والتّصريف وذيّل بالإملاء، دمشق، دار القلم، ط 1، 1406 هـ/ 1986 م، ص 542).

[520] انظر إلى الفقرة عدد 85، وقبلها إلى الفقرة عدد 64. وانظر أيضا وخاصة الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع التي قسّمت الغلط إلى مؤثّر على الالتزام وغير مؤثّر. فأمّا الـمؤثّر ففيه الـماهية الأولى والـماهية الثّانية (أسميت هذه أوصافا أساسيّة). وأمّا غير الـمؤثّر ففيه صورة أولى هي الأوصاف غير الذاتيّة (أسميت الأوصاف غير الأساسيّة). ولقد قيل إنّه ورغم كون الأوصاف ثانويّة، فإنّ الغلط فيها يؤثّر على الالتزام لو أنّ تلك الأوصاف عدّت من الأطراف أساسيّة. بعبارة أخرى تحدّثت الحاشية الجانبيّة عن شرط إن توفّر في الأوصاف غير الأساسيّة يجعلها مبطلة، وهو أن تكون قد جعلت أساسيّة من الأطراف، أي تكون قد أوجبت الرّضا. وإنّ ما سبق ينبّهنا إلى أمرين:

أوّلهما أنّ "الـموجب للتّعاقد" في الفصل 45 أريد أن ترجع على "الوصف" لا غير.

ثانيهما أنّ "وصفه" في الفصل 45 لفظة عامّة، ولكن ثمّ في الأعمال التّحضيريّة ما يعدّ قرينة تصرف العامّ إلى خصوص هو "الوصف غير الذّاتي".

انظر ما سيأتي بالجزء الثّاني حول علاقة الشّرط الفاسخ بالبطلان النّسبي وبخيار العيب والوصف.

ولعلّه يمكن أن نحوصل ما جاء وأن نضيف إليه لنقول (في قالب رؤوس أقلام):

- الفصل 23 من مجلّة الالتزامات والعقود: تطابق الإيجاب مع القبول على مستوى العناصر الأساسيّة.
- الفصل 2: صور عدم التّطابق ومنها بعض صور الغلط الـمانع.
- الفصل 23: تطابق على العناصر الأساسيّة + تطابق على العناصر الثّانويّة (= بهذا الاتّفاق تكون قد جعلت أساسيّة حسب الفصل 23 ⟵ لهذا قال الفصل 45 بالنّسبة إلى الوصف غير الذّاتي "موجب للتّعاقد" ولم يقل ذلك بالنّسبة إلى النّوع مثلا لأنّنا بعد أمام عنصر أساسي) = تمّ العقد.
- سكوت الفصل 23 عن الصّورة التّالية: تطابق على العناصر الأساسيّة + سكوت الأطراف وعدم تفكيرهم في العناصر الثّانويّة ⟸ صيغة النّص: استثناء ⟸ إذن الـمسكوت عنه حكمه: لم يتمّ العقد ⟸ هذا هو "الـمفهوم" من الفصل ⟸ لكن "صريح" نصوص أخرى (243 + 516 + نصوص خاصّة) تقول بإتمام ما وقع السّكوت عليه بواسطة العرف أو القوانين الـمكمّلة ⟸ إذن: تناقض بين "الصّريح" و"الـمفهوم" ⟸ يؤخذ بالصّريح.
- سكوت الفصل 23 عن الصّورة التّالية: تطابق على العناصر الأساسيّة + اختلاف الأطراف اختلافا ظاهرا بالنّسبة إليهم وذلك حول العناصر الثّانويّة ⟸ صيغة النّص: استثناء ⟸ إذن الـمسكوت عنه حكمه: لم يتمّ العقد ⟸ هذا هو "الـمفهوم" من الفصل ⟸ هنا لا "صريح" يعارض "الـمفهوم" ⟸ يبقى "الـمفهوم" قائما.
- من صور الغلط: اختلاف الأطراف اختلافا ليس ظاهرا بالنّسبة إليهما أو بالنّسبة إلى أحدهما وذلك حول العناصر الأساسيّة (غلط في طبيعة العقد، إلخ).
- من صور الغلط أيضا: تطابق على العناصر الأساسيّة + اختلاف الأطراف اختلافا ليس ظاهرا بالنّسبة إليهما أو بالنّسبة إلى أحدهما وذلك حول العناصر الثّانويّة:

□ تمهيد:
الفصل 116: "الشّرط [...] بموجبه يعلّق وجود الالتزام (هذا هو الشّرط التّعليقي) أو انقضاؤه (هذا هو الشّرط الفاسخ) بأمر مستقبل غير متحقّق الوجود".

□ لنفرض أنّ العنصر الثّانوي الـمختلف فيه هو وصف غير ذاتي:
هنا نحن أمام صورة تساوي صورة الشّرط الفاسخ من جانب (العقد لازم من جهة وغير لازم من الأخرى، أي بلغة مجلّة الالتزامات والعقود: العقد يمكن إبطاله من ضحيّة الغلط فقط) وتختلف عنها من آخر (الوصف لم ينظر إليه في العقد على أنّه مستقبل وغير متحقّق الوجود بل على أنّه حالّ وموجود وقت النّشأة ⟵ لذلك نحن أمام مشكل غلط ونشأة لا أمام مشكل شرط وتنفيذ).

□ هذا التّحليل يصحّ على كلّ عنصر ثانوي قرّر الـمشرّع فيه البطلان.

□ هذا التّحليل يصحّ أيضا على العناصر الأساسيّة (تبقى مسألة من يقوم بالبطلان إن كان مطلقا).

□ لكن هل يصحّ على العناصر الثّانوية التي قرّر الـمشرّع فيها الصّحّة؟
لنأخذ صورة الباعث:

♦ قد نكون أمام شرط فاسخ: اشترى بمدينة سوسة منزلا بشرط تعيينه في العمل في تلك الـمدينة (الشّرط مستقبل وغير متحقّق الوجود).

♦ قد نكون أمام غلط في الباعث: اشترى بمدينة سوسة منزلا ظانّا أنّه نقل إليها أو أنّه سينقل إليها قريبا. هنا لم يجعل الـمشتري من النّقلة شرطا للشّراء. أي لم يعلّق على أمر مستقبل وغير متحقّق

وهكذا ومرّة أخرى لا يمكن تفسير صياغة في مجلّة الالتزامات والعقود إلاّ بالرّجوع إلى فرنسا. على هذا فقولها بالوصف غير الذّاتي، وإن كان ثمّ مثله في الفقه الإسلامي، فهي لم تأت به من عنده بل من عند الفرنسيّين. لذا لا يمكن أن تربط الـمجلّة بفكرة الإحكام (مسألة الإصلاح) لأنّ الـمستورد مثل الـمحلّي.

فإذا انتقلنا الآن إلى الفصل 46، وجدناه يستعمل "من" التبعيضيّة (الفصل 46:"من الأسباب / l'une des causes"). ومعنى النّص هو أنّنا أمام علّة غائيّة ومعها غيرها. وقد نفكّر في تبنّي هذا الـمدلول لأنّه اللغوي[522]. لكنّنا سنعود فيما فكّرنا فيه حين ننظر في الـمشروع الـمرَاجع. فلقد أشار هذا الـمشروع إلى "لوران" في مكان[523] حدّثنا فيه عن كون "دوما" (Domat) قال إنّ الغلط في الشّخص يجب أن يكون علّة أصليّة (إذن فاعلة). ثمّ جاء "بوتيي" – وأراد أن يقول نفس الشّيء –

الوجود وجود الالتزام (شرط تعليقي) أو انقضاءه (شرط فاسخ). لذلك لن تنطبق هنا أحكام الفصل 116 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود (لأنّه لا شرط فيما يخصّ النّقلة طبعا) ⟸ إذن الصّورة مختلفة عن الشّرط الفاسخ وهذا ما وجدناه أعلاه مع الوصف ⟸ لكن ثمّ اختلاف مع الوصف: في الباعث قرّر الـمشرّع الصّحّة أي قرّر أنّ العقد لازم من الجهتين ⟸ لذلك ومن هذه الزّاوية أيضا لن تساوي صورة الباعث الشّرط الفاسخ).

بعبارة أخرى لن يبطل العقد لأنّ الغلط في الباعث لا يبطل. ولن يفسخ العقد على معنى الفصل 116 وما بعده لأنّه لا شرط (فيما يخصّ النّقلة).

[521] انظر الفقرة عدد 62.

ملاحظة: في فرنسا اليوم يقال إنّ شرط "حاسم" يهمّ الشّيء والشّخص ولا يهمّ الغلط الـمانع: "بيتي" (برونو)، العقد والالتزامات – الغلط، حافظة القانون الـمدني، كرّاسة وحيدة، الفصل 1110، عدد 25.

PETIT (Bruno), « Contrats et obligtions – Erreur », J.–cl. civ, Fasc unique, art. 111O.

بعبارة أخرى: كلّ علّة قريبة حاسمة. أمّا العلل البعيدة فبعضها حاسم وبعضها لا. وعليه فالتّقسيم الثّلاثي للشّيء وللشّخص مرتبط بشرط "حاسم". فحين نكون أمام الـماهية الأولى والثّانية نكون أمام ما هو حاسم (ما دخل مجال العقد لأنّ الأمر يتعلّق بأركان العقد). أمّا إذا كنّا أمام العرضي (ما لم يدخل الـمجال) فنحن أمام ما ليس حاسما وينبغي جعله كذلك ليؤثّر (إدخاله واطلاع الآخر عليه). وكنتيجة أخرى: يتبع جميع ما سبق شرطا آخر سنورده في عنوان "مغتفر" (ما يسمّى خطأ وجوب أن يكون الغلط مشتركا).

[522] انظر معاني "من" في اللغة ومنها التّبعيض عند: الرّازي، م س (الـمحصول)، م س، ج 1، ص 377.

[523] انظر: ج 15، عدد 497.

لكنّه لم يكن دقيقا في التّعبير فقال إنّ وصف الشّيء دخل بصفةٍ مَا في العقد[524].
والدّليل على أنّ هذا التّعبير (دخل بصفة ما) غير دقيق، أي لا يحمل ما قصده "بوتيي"، أنّ هذا – في نفس الـمكان وبعد الذي تقدّم – قال: "إنّنا رأينا (إذن يتحدّث عمّا سبق) أنّ الغلط في الشّخص يبطل كلّما كان اعتبار الشّخص داخلا في العقد"[525] (إذن "دخل بصفة ما" السّابقة أراد بها "بوتيي": "دخل"). على هذا يكون "بوتيي" قد أراد شيئا، لكنّه قال شيئا آخر، ثمّ عاد ليقول ما أراده.
أمّا مجلّة الالتزامات والعقود فأرادت شيئا (وهذا نصل إليه بواسطة التّعبير الـمباشر إذ كلّ الذين أشارت إليهم لا يقولون بعلّة غائيّة ومعها غيرها، والوحيد الذي قال بذلك لم يكن يقصد ما قاله)، وقالت شيئا آخر، وانتهى عند هذا الحدّ كلامها (لم تعد كما عاد "بوتيي").
هكذا ومرّة أخرى نجد مجلّة الالتزامات والعقود "تفتح مطريّتها"، لكنّها هنا لم تتفطّن إلى أنّ من قلّدته رجع "فأغلق مطريّته".
وقد يقال إنّ هذه زلّة لسان، وزلّة اللسان لا توجب إدخالا في مسألة الإحكام. وقد يقال مع ما سبق إنّ الـمهمّ كونها نوت أمرا مقبولا. وعلى كلٍّ ما تقدّم يجعلنا ندرك أنّ الأمر الـمتحدّث عنه مستورد. لكن، لأنّ الـمستورد مثل الـمحلّي، لا يمكن الـمرور (لمرّة أخرى) إلى الإحكام.
هذا القول يمكن أن يتغيّر إذا تمّ تناول الفصل 46 وسابقه الفصل 45 من زاوية أخرى هي زاوية تعرّضهما لمضمون العلّة.

---

[524] جاء عند "بوتيي" ما يلي: "كلّما كان اعتبار الشّخص الذي أريد أن أتعاقد معه داخلا بصفة ما في العقد الذي أريد أن آتيه، فالغلط في الشّخص يلغي رضاي."
"Toutes les fois que la considération de la personne avec qui je veux contracter, entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement".
"بوتيي"، كتاب الالتزامات، نشره "ماسون"، باريس، مكتبة عمل سان بول، 1883، عدد 19.
POTHIER, *Traité des obligations*, publié par MASSON membre de la société de législation comparée, Paris, Librairie de l'œuvre de Saint Paul, 1883, n° 19.

[525] "بوتيي"، م س، عدد 19.
"Nous avons vu que l'erreur sur la personne annule la convention, toutes les fois que la considération de la personne entre dans la convention".

(ب) وضع العلّة مضمونا

157. — سننظر في العلّة الغائيّة، ثمّ في العلّة الفاعلة، ثمّ فيهما معا، ثمّ نختم بالتّعرّض إلى صورة قد تُقدَّم في إطار احتجاج على ما سيتوصّل إليه من نتيجة[526]: فإذا بدأنا بالعلّة الغائيّة، قلنا إنّنا نجدها في الفصل 45 لأنّ فيه "الـموجب للتّعاقد"، وفي الفصل 46 لأنّ فيه "الأسباب الـموجبة للرّضا". فوَصْفُ الشّيء في

[526] ينبغي أن يشار إلى أنّ ما سيأتي سيكون مختلفا عمّا يوجد في الكتابات الفرنسيّة، وإليك نموذجان من هذه الكتابات:

النّموذج الأوّل: "بيتي" (برونو)، م س (العقد والالتزامات- الغلط).

يقسّم الـمادّة إلى:

القسم الأوّل: محلّ يسبّب الغلط Objet déterminant de l'erreur والـمقصود الـماهية Substance أو الأوصاف الأساسيّة (ثمّ الـمشكل: عند الـمتعاقد النّموذجي/ عند الـمتعاقد الواقعي) (الأمر هنا لا يهمّ طبيعة العقد: لا يبحث عنها بالنّظر إلى متعاقد نموذجي أو واقعي/ الأمر لا يهمّ الذّات ولا وجود السّبب: هما واحد عند الـمتعاقد النّموذجي والواقعي).

القسم الثّاني: غلط مسبِّب Erreur déterminante أي غلط تعلّق بالأوصاف الأساسيّة:

عند الـمتعاقد الواقعي: هنا لو حصل غلط حول مساحة الأرض مثلا وكان النّقص يسيرا فالغلط غير حاسم (ينبغي أن يلاحظ هنا أنّه وللقول بأنّ الغلط غير حاسم تمّ تبديل الـمعيار ليصبح الـمتعاقد النّموذجي/ لو تمّ البقاء مع الـمتعاقد الواقعي لقيل هو حاسم).

عند الـمتعاقد النّموذجي: هنالك ما هو حاسم عنده وما ليس حاسما (كما رأينا ما ليس حاسما عند النّموذجي قد يكون حاسما عند الواقعي).

بعبارة واحدة - وهذا سنراه لاحقا من خلال تناول مختلف لهذه الـمسائل - حين ننظر من زاوية الـمتعاقد الواقعي ليس ثمّ غلط حاسم وغير حاسم بل غلط إن ثبت وإن وقع التّمسّك به يبطل أو لا يبطل بحسب الـمحلّ الذي ينصبّ عليه.

النّموذج الثّاني: "فيفيان" (جورج)، في الغلط الحاسم والأساسي، الـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1992، ص 305 وما بعدها.

VIVIEN (Georges), « De l'erreur déterminante et substantielle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 305 et s.

ويقسّم الـمادّة إلى قسمين:

القسم الأوّل: الغلط الـمسبِّب Erreur déterminante أي غلط سبّب الرّضا (هنا نحن أمام مفعول الغلط).

القسم الثّاني (يهمّ موضوع الغلط): الغلط الـمسبِّب إن همّ أوصافا أساسيّة عند الـمتعاقد النّموذجي أو إذا همّ وصفا غير أساسي أقحم في العقد فهو يبطل وهو لا يبطل إن انصبّ على بواعث أخرى.

وهذه النّتيجة لن تختلف كثيرا عمّا سنصل إليه على مستوى الجوهر، لكنّنا سنقول بها في شكل نقدّر أنّه الأفضل.

الفصل 45، أو ذات ووصف الشّخص في الفصل 46 أضيف إليها كلام يفيد أنّها علل غائيّة.

هذه الإضافة يمكن إتيانها بالنّسبة إلى بقيّة صور الفصل 45: فالذّات والنّوع باعثين أوّلا مطلوب وجودهما آخرا[527].

بل إنّ هذه الإضافة يمكن إتيانها بالنّسبة إلى كلّ صور الغلط الـمؤثّر على الالتزام.

أكثر من هذا، يمكن إتيان هذه الإضافة بالنّسبة إلى صور الغلط غير الـمؤثّر.

... وجميع ما سبق يعني أنّ الإضافة لا تضيف شيئا.

فإذا قيل إنّ العلّة الغائيّة هي لصور في الفصلين 45 و46 بقرار تشريعي، قيل إنّ هذا اصطلاح ويمكن أن يعارض باصطلاح آخر، ومن ثمّ لا فائدة فيه.

فإذا وجد قانون يتحدّث عن علّة غائيّة بالنّسبة إلى صور غلط أخرى ويقول إنّها مؤثّرة، سيقال إنّ ما جاء به اصطلاح ولا منفعة منه.

على هذا – وإذا أريد الإتيان بحقيقة ما جاء في مجلّة الالتزامات والعقود (وفي غيرها من القوانين التي تشبهها) – قيل إنّ الفصلين 45 و46 فيهما غلط. هذا الغلط ينصبّ على محلّ (ذات / نوع / وصف). فإذا قيل هذا الكلام وجب بعده السكوت، أي وجب أن لا يضاف إلى الحديث عن الـمحلّ حديث عن العلّة الغائيّة لأنّ الـمحلّ هو نفسه العلّة الغائيّة[528].

فإذا قيل إنّ أوصاف الشّيء تتعدّد فوجب الاحتراز بالقول إنّ الذي يؤثّر هو الذي كان علّة غائيّة، قيل إنّ هذا اصطلاح، وكلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره. هكذا ومرّة أخرى ينبغي القول بوجوب التّحدّث عن غلط في الأوصاف فحسب.

بعبارة أخرى، هنالك في التّشريع التّونسي (إلخ) غلط إن انصبّ على محالّ معيّنة أبطل (ذات، إلخ)، وإن انصبّ على محالّ أخرى (باعث، إلخ) لم يبطل:

---

[527] كنّا وجدنا في السّابق (الفقرة عدد 143) أنّه وفي اللغة يمكن سحب شرط الفصل 45 على الذّات والنّوع أيضا. ويمكن أن نضيف هنا أنّه وفي اللغة يمكن أن يسحب على الوصف لا غير. لكنّنا وفي السّابق وجدنا أنّ إرادة الـمشرع ذهبت لوضع الشّرط على الصّورة الثّالثة لا غير (يمكن أن نلاحظ هنا أنّ الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود الـمغربي الـمنقول عن الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود كان واضحا في ترجمة هذه الإرادة حين قال: "يخوّل الغلط الإبطال إذا وقع في ذات الشّيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السّبب الدّافع إلى التّعاقد". بل يمكن أن نلاحظ أنّ الفصل 45 نفسه في صياغته الفرنسيّة كان واضحا في ترجمة تلك الإرادة.

[528] قد يقال إنّ الذّات والنّوع علل غائيّة بطبعها ولذلك لم يضف النّص إليها وجوب أن تكون عللا. لكن لنتذكّر ما وصلنا إليه في الفصل السّابق من أنّنا أمام صورة واحدة.

والـمحالّ الأولى علل غائيّة (أسباب غائيّة). فإذا قيل هنا الغلط حاسم، يكون قد قيل إنّ الغلط الذي محلّه سبب هو حاسم، أي هو سبب ! وإذا قيل إنّ الـمقصود هو كون الغلط محلّه سبب هامّ في نظر الـمتعاقد (أو في نظر الـمشرّع)، قيل إنّ وصف السّبب بكونه حاسما لا يضيف شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه ذلك السّبب مبطل.

أمّا الـمحالّ الثّانية فهي بدورها علل غائيّة. فإذا قيل هنا الغلط غير حاسم، يكون قد قيل إنّ الغلط الذي محلّه سبب هو ليس حاسما، أي هو ليس سببا ! وإذا قيل إنّ الـمقصود هو كون الغلط محلّه سبب غير هامّ في نظر الـمتعاقد (أو في نظر الـمشرّع)، قيل إنّ وصف السّبب بكونه غير حاسم لا يضيف شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه ذلك السّبب غير مبطل.

فإذا انتقلنا إلى العلّة الفاعلة، أمكن الانطلاق من الفصلين 43 و44. والنّص الأوّل يهمّ صور الغلط التي توجب بطلانا (بالتّحديد: البطلان النّسبي كما سيتبيّن ذلك في الجزء الثّاني من هذا العمل). ونفس القول يحقّ في شأن النّص الثّاني[529]. ويفهم من هذا أنّ الغلط مشروط وأنّ العلّة الفاعلة شرط[530].

والسّؤال هل قصد الـمشرّع أن يكون الشّرط للغلط في القانون الوارد بالفصل 44، أم للغلط في القانون الـمؤثّر، أم لكلّ غلط في القانون، أم للغلط في الواقع الـمؤثّر، أم لكلّ غلط في الواقع؟

فإذا قيل إنّه قصد الصّورة الأولى، قيل إنّ الغلط في بقيّة الصّور علّة فاعلة بدوره.

فإذا قيل إنّه وفي الصّورة الأولى (أو في غيرها) ثمّ اصطلاح على أنّنا أمام علّة فاعلة، قيل إنّ كلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره ومن ثمّ لا فائدة منه.

يخلص من كلّ ما سبق أن بالإمكان أن نتحدّث عن الغلط ونشير إلى محلّه ثمّ نقول إنّه مؤثّر أو غير مؤثّر ثمّ لا نزيد على هذا لا حديثا عن علّة فاعلة ولا عن

---

[529] انظر الفقرة عدد 124.

[530] قد نفكّر في أننا أمام تفسير. لكنّ الواجب أن نعود في هذا حين نلاحظ أنّ "مغتفر" ورد في تركيبة مماثلة في الفصل 44، وفي أنّه – أي "مغتفر"– ينظر إليه كشرط (الحاشية الجانبيّة للفصل 53 من الـمشروع الـمرَاجع [يقابله الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود]).

علّة غائيّة. بعبارة أخرى، يمكن القول إنّه ليس ثمّ صور ومعها علّة بل ثمّ صور لا غير.

على هذا، تكون طريقة تناول الغلط في مجلّة الالتزامات والعقود معيبة (عدم إتقان). ويمكن القول على مستوى العلّة الفاعلة[531] وعلى مستوى العلّة الغائيّة[532] إنّنا أمام مستورد[533].

فإذا أخذنا الفقه، قلنا إنّنا لا نعلم فيه من تناول صورة للغلط وبجانبها العلّة الفاعلة بوصفها شرطا. هكذا تكون مجلّة الالتزامات والعقود قد تركت الفقه وهو الأكثر إتقانا، وجاءت بما هو ضدّ للإصلاح.

أي هكذا، ومرّة أخرى، يجتمع في مجلّة الالتزامات والعقود عدم الإتقان وعدم الإصلاح لتكون الـمحصّلة عدم الإحكام.

وإذا واصلنا مع الفقه، وجدنا فيه خيار الوصف الذي يثبت بشرط[534]. ونحن بعيدون هنا عن تناول الـمادّة على أنّها صورة وشرط. فالفقه إذن متقن على مستوى الـمنهجيّة أو الصّناعة التّشريعيّة ومجلّة الالتزامات والعقود تركته لغير متقن. بفعلها هذا تكون مجسّدة لعدم الإحكام (وضع غير متقن ومعه ترك متقن). والـمجلّة تجسّد نفس الفكرة على مستوى آخر. ففي الفصل 45 ثمّ صورة ومعها شرط. أمّا في الفصل 647 (الفقرة 2) فثمّ ما يبدو أنّ معناه هو ما جاء

---

[531] كلّ الجملة الواردة بالفصل 44 والتي فيها العلّة الفاعلة جيء بها لأمر وجد في القانون الفرنسي (انظر الفقرة عدد 130). فإذا أخذنا الفصل 43 أمكننا القول إنّه نقل للفصل 1109 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة (انظر إلى الحاشية التّحتيّة للفصل 47 من الـمشروع الـمرَاجع).

[532] انظر إلى الفصل 1110 وهو يتحدّث عن الشّخص (صورة وعلة). لكن انظره أيضا وهو يتحدّث عن ماهية (صورة). وانظر أيضا ما سيجيئ بالهامش الـموالي من كون أصحاب الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة كانوا يتحدّثون عن غلط يجب أن يكون محله علّة غائيّة.

[533] انظر إلى فقه فرنسي معاصر يعرض الغلط بالطريقة التّالية: ميدان (إذن صور) – شروط (من ضمنها: علّة. وحين نقرأ نجد أنّ الحديث هو عن العلّة الفاعلة [الغلط سبب العمل القانوني] وعن العلّة الغائيّة [غلط محلّه السّبب]، كما نجد أنّ هذا الـمعنى مأخوذ من الأعمال التّحضيريّة للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة). وينبغي أن نلاحظ أنّ الـمؤلّفين يعطون تلك الـمعاني للجملة التّالية: الغلط الحاسم erreur déterminante. "مازو" ("هنري" و"ليون" و "جون") وشاباس، م س، عدد 170 وما بعده.

[534] خيار الوصف قسمان: ما يثبت بشرط (وصف لم يتوفّر مند البدء) وما يثبت بغير شرط (وصف توفّر وقت الإبرام ثمّ زال وقت التّسليم) انظر: حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 305 إلى 308.

بالفقه الإسلامي (خيار وصف يثبت بشرط). بهذا تكون الـمجلّة قد تناولت نفس الـمادّة بطريقتين مختلفتين.

ويمكن أن نضيف إلى ما سبق أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تربط بين العلّة الغائيّة والعلّة الفاعلة. للتّدليل على هذا يتّجه استحضار أمرين:

أوّلهما أنّ الفصل 43 قال إنّ:" الرّضا الصّادر عن غلط [...] يقبل الإبطال". هذا القول يعني أنّ "الغلط هو علّة فاعلة وهو يبطل".

وثانيهما أنّ الفصل 43 – منظورا إليه في سياقه أي مع الفصول 45 و46 (و44) – يقول إنّ: "الرّضا الصّادر عن غلط في الشّيء أو في الشّخص يمكن أن يبطل". هذا القول يعني أنّ "الغلط الذي محلّه علل غائيّة بعينها هو علّة فاعلة وهو يبطل". والـمعنى هنا سياقي وسنأخذ به لأنّه لا وجود لنيّة على خلافه.

والسّؤال، حين نقف أمام هذا الـمعنى الـمستخرج من الجوّ التّعبيري، هل أنّ عكس هذا الغلط هو بخلافه، أي هل أنّ الغلط الذي محلّه علل غائيّة أخرى هو ليس علّة فاعلة وليس مبطلا ؟

إذا نظرنا إلى مادّة التّغرير وجدنا فيها حديثا عن نوعين: تغرير ما كان ليُتعاقد بدونه، أي هو علّة فاعلة؛ وتغرير كان سيُتعاقد بدونه ولكن بشروط أخرى، أي هو ليس علّة فاعلة لأصل التّعاقد. والتّغرير الأوّل يُقصد به ما أحدث غلطا محلّه علل معيّنة، أمّا التّغرير الثّاني فيُقصد به ما أحدث غلطا محلّه علل أخرى[535]. على هذا يكون ثمّ ربط بين علل غائيّة وكون الغلط علّة فاعلة (وهذا وجدناه أعلاه في مادّة الغلط) وثمّ أيضا ربط بين علل غائيّة أخرى وكون الغلط ليس علّة فاعلة (وهذا ما تساءلنا عنه أعلاه في مادّة الغلط).

فإذا تذكّرنا أنّ الغلط جاء مع التّغرير في الفصل 43 في نفس الجملة، وأنّ سياق ذاك هو مثل سياق هذا، أمكن القول إنّ في الغلط التّلقائي أيضا ربطا بين علل غائيّة معيّنة وكون الغلط ليس علّة فاعلة[536].

---

[535] انظر الفقرة عدد 220 وما بعدها.

[536] علينا أن نضيف مسألة البطلان هنا، فالغلط أو التّغرير الذي هو علّة فاعلة مبطل. والغلط هنا محلّه علل غائيّة جاءت في السّياق (رأينا في مادّة الغلط الشّيء والشّخص وسنرى لاحقا ما تفرزه مادّة

والحاصل ممّا جاء أعلاه أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تعدّ الغلط الذي محلّه علل معيّنة غلطا توفّر فيه شرط وهو كونه علّة فاعلة، والغلط الذي محلّه علل أخرى لم يتوفّر فيه هذا الشّرط.

وكما رأينا يمكن نقاش هذا بالقول إنّه اصطلاح، وكلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره.

وقد يحتجّ على النّتيجة الـمتوصّل إليها أعلاه بالانطلاق من الصّورة التّالية: ظنّ أنّه يشتري من (أ) فاشترى من (ب)، وظنّ أنّ الشّيء الـمشتَرى له الوصف (1) فإذا به له الوصف (2). وإنّ الذي همّه وصف الشّيء لا ذات الشّخص. وعلى هذا فغلطه في الشّخص لم يكن حاسما، أمّا في الشّيء فنعم. وينجرّ عمّا جاء للتّوّ أنّ هناك غلط في الشّخص حاسم، وغلط في الشّخص غير حاسم (وقس على هذا الغلط في الشّيء، إلخ). ومن يتمعّن في هذا الكلام يجده غير مقبول. وفعلاً، فالغلط في الشّخص في صورتنا لن يبطل لا لأنّه غير حاسم بل لأنّ الواقع فيه لن يتمسّك به لقبوله إيّاه (نحن أمام إمضاء على معنى الفصلين 337 و338 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ ولو فعل، لوجدت الـمحكمة نفسها أمام حلّين: إمّا الإبطال لأنّ الغلط ثبت لا لأنّه حاسم، وإمّا عدم الإبطال لأنّ الغلط لم يثبت لا لأنّه غير حاسم. ويترتّب عن هذا التّحليل أنّ صور الغلط التي قرّر الـمشرّع فيها الإبطال (صورة الفصل 45 – إلخ) ليس فيها ما هو حاسم وما هو غير حاسم. والسّبب أنّه ليس ثمّ من الأصل "شرط حاسم".

والحاصل:

– ممّا جاء الآن أنّ الغلط الـمبطل لا يمكن أن نقول داخله إن ثمّ منه ما هو علّة للرّضا وثمّ منه ما ليس كذلك (مثلا اشترى سيّارة وارتكب غلطا في سلامة محرّكها وهذا علّة أو هذا حاسم + ارتكب غلطا في لونها أو في وصف من أوصاف صاحبها وهذا ليس حاسما). والسّبب أنّ الذي ليس علّة لا يُتمسّك به (مثلا في صورتنا: لون السّيّارة أو وصف صاحبها). فإذا تُمُسِّك بغلط (ظُنّ أنّ السّيّارة حمراء، أو ظُنّ أنّ صاحبها متزوّج، إلخ)، فلا نستطيع أن نقول إنّ هذا الغلط ليس علّة، بل فقط إنّه ثابت أو ليس بثابت.

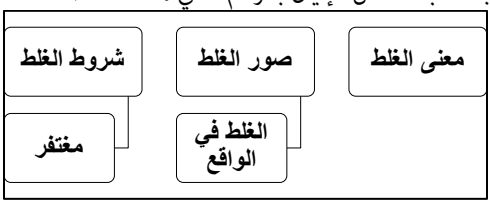
التّغرير). لكن هنالك علل غائيّة أخرى (صورة الغلط في طبيعة العقد، إلخ)، وهذه ومن باب أولى مرتبطة بالعلّة الفاعلة.

- ممّا جاء قبل الآن أنّ جميع صور الغلط محلّها علل غائيّة؛ وأنّ كلّ صورة من هذا الجميع (أيّا كانت العلّة الغائيّة التي هي محلّ له) قد تكون علّة فاعلة لأصل وجود العقد. وفعلا فإنّ الواقع ينبئ أنّ من أراد منزلا فاشترى آخر كان غلطه (محلّه علّة غائيّة هي: ذات الشّيء) علّة فاعلة لأصل وجود عقد شراء هذا الـمنزل الآخر. كما أنّ الواقع ينبئ أنّ من ظنّ أنّه نقل من عمله إلى مدينة أخرى فاشترى بها منزلا كان غلطه (محلّه علّة غائيّة هي: الباعث) علّة فاعلة لأصل وجود عقد شراء هذا الـمنزل. وعلى هذا، فالقول عن غلط ينصبّ على محالّ معيّنة إنّه هو العلّة الفاعلة لأصل وجود العقد والقول عن غيره الذي ينصبّ على محالّ أخرى إنّه ليس العلّة هو قول يجافي الواقع. فإذا جيء بهذا القول لا على أنّه واقع بل على أنّه اصطلاح، قيل إنّ كلّ اصطلاح يمكن أن يعارض باصطلاح يخالفه ومن ثمّ لا منفعة من ورائه.

158. — يخلص ممّا سبق هذه الـمحصّلة أنّ الحديث في الشّيء وفي الشّخص وعموما في كلّ صور الغلط في الواقع (أحدثه أم لم يحدثه غلط في القانون) هو بعدُ حديث عن العلّة، أي أنّ ذاك يغني عن هذا[537].

لكن يخلص من هذه الـمحصّلة أنّ الحديث عن العلّة يحيل إلى الحديث عن شرط مغتفر. بل لعلّنا وقبل العلّة تحدّثنا بعدُ عن هذا الشّرط، أي لعلّ السّابق للعلّة قد أغنى بعدُ عن اللاّحق لها.

[537] فإذا استحضر ما جاء سابقا، أمكن الإتيان بالرّسم التّالي لمادّة الغلط:



الـمبحث الثّاني: الإحكام في شرط "مغتفر"

159. — يعرف الفقه الإسلامي ما يسمّى بخيار الرّؤية، وهو إطار يمكن الحديث فيه عمّا هو مغتفر. لكنّ هذا الحديث يمكن أن يؤتى في إطار أعمّ. لذا سننظر في علاقة الإحكام (وجوده/ انعدامه) بشرط "مغتفر" في هذا الإطار العامّ، ثمّ في علاقته به في ذلك الإطار الخاص، أي سننظر إلى الإحكام في الإطار الأوّل (الفقرة الأولى) ثمّ في الإطار الثّاني (الفقرة الثّانية).

الفقرة 1. الإحكام في الشّرط في إطار عامّ

160. — ينبغي البحث في الشّرط بصفة نظريّة وتحليله، فإذا انتهي ممّا سبق أمكن النّظر إلى الـمواقف الـمتّخذة منه. لذا سنبحث أوّلا في الشّرط نفسه (أ)، وبعد ذلك في الـمواقف من الشّرط (ب).

(أ) الشّرط نفسه

161. — يمكن الفصل بين وصف الشّيء والشّخص من جهة، وبقيّة الصّور من جهة أخرى:

فإذا بدأنا بالشّيء - والشّخص يلحق به، لكنّنا لن نصرّح بذكره لكي تبقى التّحاليل بسيطة - أمكن، بوحي من الفقه الإسلامي[538]، أن نفرّق بين تعاقد عليه وهو حاضر، وتعاقد عليه وهو غائب:

والحاضر قد يكون وصفه ممّا يُدرك بالـمشاهدة، وقد يكون ممّا لا يدرك بذلك:

ومثال الأوّل، بعد أن يوجّه نحو الغاية التي نريد أن نبلغها، أن يقف شخص أمام قلم أحمر، ويقول أريد هذا القلم الأحمر، وهو يقصد أن يشتري قلما أبيض. فهنا نحن أمام تعبير (أريد هذا القلم الأحمر: في اصطلاح الفقهاء هذه هي التّسمية)، ونيّة تخالف التّعبير (أراد شراء الأبيض: الإشارة في الـمثال حصلت للقلم الأحمر.

---

[538] انظر إلى: الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ/1998 م، ج 1، ص 476 وما بعدها. وانظر إلى سيجيء في الفقرة عدد 175.

لكن عند الفقهاء الإشارة فيما يخصّ الوصف الذي يُدرك تعبير صريح عن النّيّة)، وواقع (القلم الحاضر هو أحمر) يوافق التّعبير ويخالف النّيّة.
ومثال الثّاني، بعد أن نفعل به ما فعلنا بالأوّل، أن يقف شخص أمام زجاج، ويقول أريد هذه الياقوتة، وهو يقصد فعلا ياقوتة. فهنا نحن أمام: تعبير (أريد ياقوتا: هذه هي التّسمية)، ونيّة موافقة للتّعبير (نوى شراء ياقوتة: الإشارة في الـمثال حصلت للزّجاج، لكن لأنّ الوصف لا يُدرَك فالتّسمية عند الفقهاء هنا هي التّعبير الصّريح عن النّيّة)، وواقع (زجاج) مخالف لهما.
أمّا الغائب فهو مثل الحاضر الذي لا يدرك.

162. — فإذا مررنا إلى طبيعة العقد، وإلى وجود ووصف السّبب، وإلى الباعث، وإلى القيمة (ينبغي استثناء الحساب هنا)، أمكن القول إنّها مثل الغائب، ومن ثمّ مثل الحاضر مع وصف لا يدرك.

163. — والـمحصّلة التي نريدها ممّا تقدّم أن ثمّ ما يلي: واقع (قلم أحمر مثلا)، ومعه نيّة مخالفة (قلم أبيض).
لكن ما نوع هذا الاختلاف؟
يمكن القول إنّه التّضادّ[539].

164. — بعبارة أخرى أريد أثر ما (الأبيض)، لكن الواقع يمثّل إلغاء لهذه الإرادة.
فإذا كان هذا الواقع معلوما من الضّحيّة فنحن أمام إكراه (إلخ)، وإذا كان غير معلوم فنحن أمام غلط[540]، أي أنّ الواقع له أثر، ولكنّ هذا الأثر لم يُرَد بل الذي أريد أثرٌ مضادّ.

---

[539] نقول عن شيئين إنّهما متضادّين متى لا يمكن أن يكونا صحيحين معا (لا نكون أمام أبيض وأحمر في الوقت نفسه)، ولكن يمكن أن يكونا خاطئين معا (نحن أمام أخضر، إذن ليس ثمّ لا أبيض ولا أحمر). ومن هنا تأتي قاعدة الاستدلال أنّه ومتى وجدنا أحدهما صحيحا، فيمكن أن نستنتج من ذلك أنّ الآخر خاطئ. انظر: هادي فضل الله، مقدّمات في علم الـمنطق، بيروت، دار الهادي، ط 2، 1423 هـ/ 2003 م، ص 72؛ "بلانشي" (روبار)، م س ، ص 22 وما بعدها؛ "جاردي" (جان-لويس)، م س، ص53 وما بعدها.

[540] انظر الفقرة عدد 1.

وهكذا فنحن أمام: واقع له أثر، ومعه نيّة على أثر مضادّ.

165. — انطلاقا ممّا جاء للتّوّ يمكن القول إنّ الـمدّعي في قضيّة إبطال لأجل غلط يأتي ليقول: ثمّ واقع له أثر ما وأنا لا أعلم به، أو ليقول ثمّ واقع ليس له أثر ما وأنا لا أعلمه. وإنّي أردت أثرا هو ضدّ لذلك الواقع، أي أنّ لي نيّة مضادّة.

ومعلوم أنّ عدم العلم – تماما كالعلم – يخفى فلا يعرف إلاّ بغيره وهو العبارة عنه.

ومعلوم أيضا أنّ النّيّة تخفى فلا تعرف إلاّ بغيرها وهو العبارة عنها. وهذه العبارة قد تكون لفظا (شفويّا) وقد تكون غير لفظ، وغير اللفظ قد يكون كتابة، وقد يكون إشارة، وقد يكون أيّ أمر غير ما سبق كالأفعال والتّعاطي والسّكوت[541].

وينبغي تدقيق الـمقصود بالعبارة عن النّيّة. وينبغي لأجل ذلك الرّجوع إلى ما قاله "ريناخ" Reinach. فإذا حصل هذا الرّجوع، أمكن الخروج من أقواله، التي لم تهمّ مباشرة ما نحن بصدده، أنّ العبارة ليست تجربة داخليّة خالصة ولا هي عمل خارجي خالص. وهذه الواقعة الاجتماعيّة (العبارة) لا يمكن عدّها أيضا تمظهرا لتجربة داخليّة يمكن أن توجد بمعزل عن ذلك التّمظهر. فالنّيّة مرتبطة بالتّمظهر باعتبار أنّ التّجارب البسيكولوجيّة للآخر لا يمكن إدراكها إلاّ على أساس فيزيائي[542].

يخلص ممّا سبق أنّ النّيّة لا يكون لها أثر إلاّ متى وصلت بطريقة أو بأخرى إلى إدراك الآخر. وهذا الآخر (في الـمادّة التي نحن بصددها) هو القاضي لأنّه هو الذي يقول أمامه الـمدّعي إنّي لم أعلم بالواقع (لم أعلم بأنّ له أثرا ما أو لم أعلم بأن ليس له أثرا ما)، وإنّ ما نويته ضدّ لذلك الواقع. فالقاضي إذن هو من "سيتلمّس" عبارة تنبئ عن عدم علم الـمدّعي، وعن نيّته الـمضادّة. وهذه العبارة قد تكون حالا أو مقالا. فقد يقول أعمى إنّي لم أعلم أنّ القلم الذي اشتريته أحمر. فحاله الـمتمثّلة في كونه غير ذي بصر قد تعدّ عبارة عن عدم علمه. وقد يأتي من لا يفهم في الأحجار النّفيسة، ويقول لم أعلم أنّ ما اشتريته زجاج ويقول إنّ نيّتي انصرفت

---

[541] انظر: سوار (محمّد وحيد الدّين)، م س، ص 206 وما بعدها.

[542] إنّ عمل "ريناخ" همّ العمل القانوني. انظره عند: "جاردي"، م س، ص 174 وما بعدها.

إلى غير الزّجاج. فحاله الـمتمثّلة في كونه غير ذي بصيرة (مع الثّمن الـمرتفع، إلخ) قد تؤخذ على أنّها عبارة عن وجود عدم العلم بالزّجاج، وعن وجود نيّة على شراء الياقوت. وقد نكون أمام شخص يفهم في تلك الأحجار، ويأتي ليقول ما سبق، وقد نجد في حاله الـمتمثّلة في كونه لم تعرف له كذبة، أو الـمتمثّلة في تديّنه ما قد نعدّه عبارة على وجود ما ادّعاه. وقد لا يعرف عنه ما سبق ولكنّه يأتي ويقسم على أنّه لم يعلم، وأنّه نوى غير ما وجد في الواقع. وقد نعتبر يمينه، أي مقاله عبارة عن عدم العلم وعن النّيّة.

166. — وما جاء للتّوّ يوضّح أكثر ما نحن بصدده:

فهنالك واقع له أثر ما، وهنالك ادّعاء عدم العلم، مع ادّعاء وجود نيّة هي ضدّ للأثر.

وهذان الادّعاءان قد لا توجد عبارة عنهما، وقد توجد.

فإذا لم توجد، فهذا يعني أن ليس ثمّ حتّى ذلكما الادّعاءين.

أمّا إذا وجدت العبارة، فقد تتمثّل في مقال (مجرّد الادّعاء مقال – اليمين مقال – إلخ)، أو في حال.

بعبارة أخرى لدينا: واقع له أثر ما ومعه عدم علم به، مع نيّة مضادّة له ومعها حال أو مقال قد يؤخذ وقد لا يؤخذ على أنّه قرينة على عدم العلم والنّيّة الـمضادّة.

167. — والحال هو ما جاء في الفصل 48 (الـمقصود بالحال هنا = ظروف الأحوال وسنّ القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى). ولقد طلب النّصّ من القاضي أن يراعي الحال، أي أن يصغي ويستمع إليه[543]، وذلك لكي يأخذه أو لا

[543] من معاني راعى في اللغة أصغى واستمع إليه (انظر إلى الـمعجم العربي الحديث). بعبارة أخرى نحن أمام لفظة لها عدّة معاني (النّجوم: راقبها – الأمر: حفظه – والأمر: نظر إلى ماذا يصير – الرّجل: لاحظه محسنا إليه [...] سمعه: أصغى إليه واستمع إلى أقواله)، ولكن هنالك نيّة نستخلصها من الـمشروع الـمرَاجع على هذا الـمعنى الأخير.

يأخذه (هذا لم يقله النّص، لكن يجب تقدير كونه محذوفا) كقرينة على عدم العلم والنّيّة الـمضادّة.

بعبارة أخرى (ولنستحضر الآن معنى الغلط[544]): هنالك واقع، وهنالك ادّعاء عدم العلم به؛ أي هنالك مع عدم العلم ذاك، عدم علم بما ليس في الواقع[545]؛ أي هنالك عدم علم أو جهل مركّب سبّب حكما مخالفا للواقع. فإذن ثمّ غلط. وما جاء بالفصل 48 سينظر فيه القاضي ليعدّه أو لا يعدّه قرينة على وجود عدم العلم (إلخ) ومن ثمّ الغلط.

وعلى هذا، فالأمور الواردة في الفصل 48 (ظروف الأحوال، وسنّ القائم بالغلط، وحاله، وكونه ذكرا أو أنثى) ستجعلنا نقول بوجود أو بانتفاء الغلط، وإذن لن تجعلنا (كما يفهم من الحاشية الجانبيّة للفصل 53 من الـمشروع الـمرَاجع، والذي أصبح فيما بعد الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود) – وأمام غلط وُجِد – نغفره أو لا نغفره.

أي أنّنا لسنا أمام غلط تحقّقنا من وجوده، ثمّ بعد ذلك نأخذ أمور الفصل 48 وننظر فيها علّها تجعلنا نعذر صاحبه. بل نحن قبل ذلك، أي قبل التّيقّن من وجود جهل مركّب، وأمور الفصل 48 ستوجد هذا اليقين، أو ستوجد عدمه.

إذن ليس ثمّ غلط "مغتفر"، بل ثمّ غلط "عددناه موجودا". وليس ثمّ غلط "غير مغتفر"، بل ثمّ غلط "عددناه غير موجود"، أي في النّهاية ليس ثمّ شرط "مغتفر"[546].

كما أنّ اللفظة الواردة في الصّياغة الفرنسيّة (avoir égard à) تعني فعل الاعتناء بشخص أو بشيء اعتناء خاصا (انظر الـمعجم الفرنسي: روبار الصّغير 1). ونيّة الـمشرّع الـمشار إليها منذ قليل مطابقة لهذا الـمعنى اللغوي.

[544] انظر هذا التّعريف في الفقرة عدد 4.

[545] لأنّنا رأينا أنّ عدم العلم بما في الأمر، يقترن بعدم العلم بما ليس فيه. انظر الفقرة عدد 4.

[546] ملاحظة أولى: حين نعود إلى الفقه الفرنسي نجد أنّ شرط مغتفر يهمّ الشّيء والشّخص ولا يهمّ الغلط الـمانع الذي يُرى أنّه يبطل ولو كان غير مغتفر (انظر: "بيتي"، م س، عدد 70). لكن حين نحلّل الأمر على أنّه مسألة تهمّ الإثبات كما فعلنا، فإنّ الـمعنيّ يصير كلّ صور الغلط.

ملاحظة ثانية: يقول الفقه الفرنسي إنّه لا يطلب من مدّعي الغلط أن يثبت أنّ غلطه مغتفر. بل على الـمدّعى عليه – إن أراد تجنّب الإبطال – أن يثبت أنّ الغلط غير مغتفر (انظر: "بيتي"، م س، عدد 84).

ملاحظة ثالثة: حين نعود إلى الفقه الفرنسي الغالب (انظر نموذجا عليه من خلال مقالي "فيفيان" و "بيتي" السّابقي الذّكر) وحين نستقرأ القضايا التي يتمّ إيرادها في فرنسا على أنّها تهمّ الغلط الـمغتفر وغير الـمغتفر نجد ما يلي:

الصّورة الأولى: من وقع في الغلط ملزم بالاستعلام عمّا يريده أو له القدرة على أن يستعلم.

فإذا لم يستعلم، كان مهملا، أي مرتكبا لخطأ.

وإذا لم يستعلم، لم يعلم.

عدم العلم هذا أدّى إلى غلط.

إذن نحن أمام غلط نتج عن خطأ الواقع فيه، أي نحن أمام غلط غير مغتفر.

الصّورة الثّانية: من وقع في الغلط ليس ملزما بالاستعلام عمّا يريده وليست له القدرة على أن يستعلم.

فإذا لم يستعلم، لم يكن مهملا، أي لم يكن مرتكبا لخطأ.

وإذا لم يستعلم، لم يعلم.

عدم العلم هذا أدّى إلى غلط.

إذن نحن أمام غلط لم ينتج عن خطأ الواقع فيه، أي نحن أمام غلط مغتفر.

فإذا نظرنا إلى الأحكام التي قالت بأنّ الغلط مغتفر، وجدنا فيها ما يلي: هنالك حديث عن انعدام الخطأ وإثباته. لكن لا نجد فيها حديثا عمّا يثبت عدم العلم، أي حديثا عن العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن الغلط. ويبدو أنّ ما ثبت من انعدام الخطأ يمكن النّظر إليه على أنّه يمثّل العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن وجود الغلط.

وإذا نظرنا إلى الأحكام التي قالت بأنّ الغلط غير مغتفر، وجدنا فيها ما يلي: هنالك حديث عن ثبوت الخطأ. لكن لا نجد فيها حديثا عمّا يثبت عدم العلم، أي حديثا عن العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن الغلط. ويبدو أنّ ما ثبت من خطأ يمكن النّظر إليه على أنّه يمثّل العبارة عن وجود العلم ومن ثمّ عن عدم وجود الغلط.

بعبارة أخرى:

لا يمكن إنكار أنّنا أحيانا مسؤولون عن أغلاطنا، وأنّها قد تكون نتاج تهاون منّا، أي نتاج خطأ.

ولا يمكن إنكار أنّ هنالك وضعيّتين: وضعيّة أولى قابلة لأن تُقرأ على أنّها لغلط مغتفر. ووضعيّة ثانية قابلة لأن تُقرأ على أنّها لغلط غير مغتفر.

لكنّ القائلين بشرط مغتفر ينبغي أن يقرّوا بدورهم أنّ الوضعيّة الأولى قابلة لأن تُقرأ على أنّها لغلط ثبت وجوده، والوضعيّة الثّانية على أنّها لغلط لم يثبت وجوده.

فأيّ القراءتين أولى بالاعتماد؟

في الوضعيّة الأولى: لو قلنا بأنّ الغلط مغتفر، قد توهم هذه القراءة بأنّ هنالك إثباتين مختلفين: إثبات للغلط، وآخر لكونه مغتفرا؛ والحقيقة كما رأينا أنّ ما يُثبت انعدام الخطأ (أي ما يثبت: "مغتفر") هو نفسه ما يُثبت عدم العلم، وما يثبت عدم العلم هو نفسه ما يثبت وجود الغلط.

في الوضعيّة الثّانية: لو قلنا بأنّ الغلط غير مغتفر، قد توهم هذه القراءة بأنّ الغلط ثبت ولكن ينقصه شرط مغتفر؛ والحقيقة كما رأينا أنّ ما يُثبت الخطأ (أي ما يثبت: "غير مغتفر") هو نفسه ما يُثبت العلم، وما يثبت العلم هو نفسه ما يثبت عدم وجود الغلط.

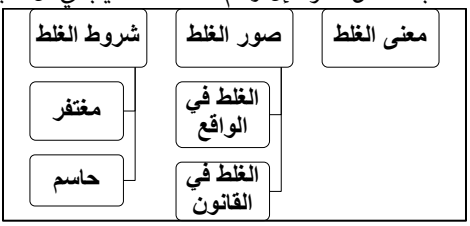
انظر حول ما جاء أعلاه عن القانون الفرنسي:

ولعلّ الـمشرّع نفسه قد قال بشيء قريب من هذا في مادّة الغلط في الشّيء التي نظّمت تحت اسم غير الغلط. فلقد جاء بالفصل 668 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ البائع "لا يضمن [...] العيوب الظّاهرة ولا التي علمها الـمشتري أو

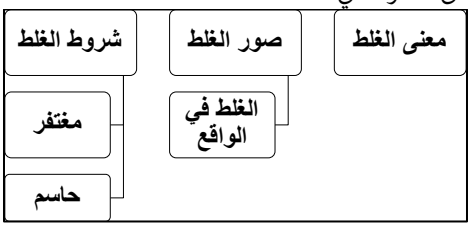
الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، الغلط: طريقة الاستعمال، أو الغلط بدون تعب، مجلّة البحث القانوني، 2008، العدد 4، ص 1885 وما بعدها.

Zarrouki (Abdelmagid), « L'erreur, mode d'emploi ou l'erreur sans peine », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2008-4, p. 1885 et s.

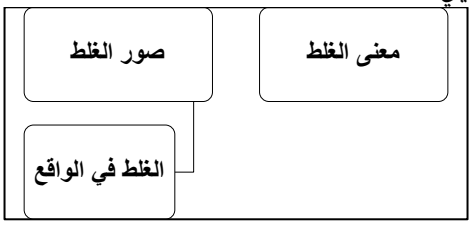
فإذا استحضر الآن ما جاء سابقا أمكن القول إنّ رسم مادّة الغلط ينبغي أن لا يكون على النّحو التّالي:



كما ينبغي أن لا يكون على النّحو التّالي:



بل ينبغي أن يكون كما يلي:



والسّبب أنّ:

- "القانون" يدخل في "مغتفر" وفي "الواقع" (إذن صارت الـمجموعة 2 فيها "الواقع" فقط).
- "حاسم" يدخل في "الواقع" (إذن صارت الـمجموعة 3 فيها "مغتفر" فقط).
- "مغتفر" يدخل في "عدم العلم..." (إذن صارت الـمجموعة 3 فارغة ووجب من ثمّ محوها).

بالنّسبة إلى الغلط في القانون، قلنا سابقا ما يلي: الغلط في القانون يحدث غلطا في الواقع. فإذا ادّعى شخص أنّه غلط في القانون، فإنّه وفي الحقيقة ادّعى أنّه غلط في القانون وغلطه هذا جعله يغلط في الواقع. فإذا أتى بأمر تقبله الـمحكمة على أنّه عبارة عن عدم علمه بالقانون (إلخ)، فإنّه وفي نفس الوقت يكون قد أتى بأمر تقبله الـمحكمة على أنّه عبارة عن عدم علمه بالواقع (إلخ). وإنّ هذا الكلام لهو الذي ينبغي أن يفسّر به ما جاء على لسان "ڤيستان" سابقا في إطار عنوان الغلط في القانون.

كان يمكنه أن يعلمها بسهولة"؛ أي أنّه لا يضمن: في صورة عدم وجود الغلط حقيقة (الصّورة الثّانية) أو في صورة عدم وجود الغلط حكما (الصّورة الأولى والثّالثة)[547]. هذا القول، كما نرى، لا يوجد فيه فهم للمادّة على أنّها لغلط وجِد ثمّ نحن لا نغفره لأنّه ظاهر أو لأنّ الـمشتري كان يمكن أن يعلمه بسهولة، بل نجد فيه تناولا للمادّة بطريقة مختلفة. على هذا يمكن القول إنّه ثمّ في الـمجلّة نفسها موقفان من شرط "مغتفر"، واحد يعتبره شرطا، والآخر لا. بعبارة أخرى: بالإمكان أن يتّخذ من "أمور" الفصل 48 موقفان: واحد يأخذها على أنّها تمكّن من القول بأنّنا أمام غلط، أو بأنّنا لسنا أمام غلط. وثان يتناولها على أنّها تمكّن من القول إنّ الغلط الذي أمامنا مغتفر، أو أنّه ليس بمغتفر. هذان الـموقفان هما ما سنتناوله الآن.

(ب) الـمواقف من الشّرط

168. — سننظر في الـمواقف في ذاتها، ثمّ في الحكم عليها.

(1) الـمواقف في ذاتها

169. — هنالك مواقف من الشّرط، وهنالك مواقف من مسألة تتفرّع منه:

170. — ◀ فإذا بدأنا بالـمواقف من الشّرط، أمكن القول إنّا لا نحتاج على مستوى الرّبط بفكرة عدم الإحكام إلاّ إلى أن نشير إلى أنّ الغرب قال بالغلط الـمغتفر[548].

---

[547] إن من يتتبّع الـمراجع الـمستعملة في الفصل 53 من الـمشروع الـمرَاجع (والذي سيصبح الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود) أو في الفصل 781 من نفس الـمشروع (والذي سيصبح الفصل 668 من مجلّة الالتزامات والعقود) لن يجد لا في الغربي ولا في الشّرقي منها ولو مرجعا واحدا ذكر هنالك ثم أعيد فذكر هنا في نفس الصّفحة.

[548] يلاحظ أنّ حواشي الفصل 53 من الـمشروع الـمرَاجع لم تشر على الصّعيد الغربي إلاّ إلى القانون الرّوماني.

لكنّ رسم كامل الـمشهد الغربيّ يستدعي أن يُذكر مؤلِّف "أنكر مفهوم الغلط غير الـمغتفر ولم ير في القضاء إلاّ رفضا للأخذ بعين الاعتبار لأغلاط غير راجحة الوجود. لكنّ القضاء، في مادّة الغلط والعيوب، يعامل بالطّريقة نفسها من علم ومن كان من الواجب أن يعلم، أي من كان خاطئا حين لم يعلم، مع التّركيز مرّة على الطّابع غير الرّاجح للغلط، ومرّة على صبغة الخطأ في الغلط، أي على كونه غير مغتفر. وإنّ الـمؤلِّف نفسه قد ذكر أن ثمّ انحلالا معاصرا لمفهوم الغلط الـمغتفر، لكنّه لم يأخذ بعين الاعتبار قرارات حديثة تأسّست وبطريقة صريحة على هذا الـمفهوم. وفي الحقيقة، وإن كان ثمّ [...] رابط طبيعي بين إثبات وجود الغلط وطابعه الـمغتفر، إلاّ أنّ هذا الـمفهوم له جدوى خاصّة لأنّه يسمح بأن يؤخذ بعين الاعتبار تصرّف الـمدّعي"[549]. هذا الكلام هو للفقيه الفرنسي "ڤيستان"[550]. والفقيه الذي يذكره هو "شوفال"[551]. فإذا ذهبنا بأنفسنا إلى هذا، وجدناه يقول: إنّ "الفكرة الـمتمثّلة في أنّ الغلط يجب أن يكون مغتفرا لكي يسمح بنقدٍ مُجْدٍ للعمل القانوني لا يمكن الإبقاء عليها [...] فليس ثمّ في الحقيقة (ويتحدّث هنا عن

---

[549] "Un auteur nie la notion d'erreur inexcusable et ne voit dans la jurisprudence que le refus de prendre en considération des erreurs improbables. Mais la jurisprudence, tant en matière d'erreur que de vices cachés, traite de la même façon celui qui savait et celui qui devait savoir, qui est en faute d'ignorer, tout en mettant l'accent tantôt sur le caractère improbable de l'erreur, tantôt sur son caractère fautif, inexcusable. Le même auteur fait état d'une «dégénérescence contemporaine» de la notion d'erreur inexcusable, mais il ne tient pas compte des arrêts récents fondés d'une façon expresse sur cette notion. En réalité, s'il existe […] «un lien naturel entre la preuve de l'erreur et son caractère excusable», cette dernière notion présente cependant un intérêt propre car elle permet de tenir compte du comportement du demandeur".

[550] "ڤيستان" (جاك)، م س (تكوين العقد)، عدد 523 (ص 486 و487).

[551] "شوفال" (باتريك)، عيب الرّضا، أطروحة دكتوراه دولة، باريس، كلّية الحقوق والاقتصاد وعلوم الاجتماع بباريس (باريس II)، 1981.

CHAUVEL (Patrick), *Le vice du consentement*, Th, Doctorat d'Etat, Paris, Faculté de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1981.

الغلط الذي لا يتوفّر فيه الشّرط) إلاّ غلط غير ثابت الوجود بالنّظر إلى الوقائع وإلى وضعيّة الواقع فيه"[552].

على هذا فالغرب منقسم بين قائل بشرط "مغتفر"، وقائل بانحلاله.

171. — فإذا مررنا إلى الفقه الإسلامي، وجدناه يأخذ التّفرقة بين الوصف الذّاتي وغير الذّاتي، وداخل غير الذّاتي بين التّفاوت الفاحش وغير الفاحش، ويركّب عليها تفرقتين أخريين: أولاهما بين الشّيء الحاضر والشّيء الغائب، وثانيتهما بين الوصف الذي يدرك والوصف الذي لا يدرك. وكلّ هذا يعطي فصلا بين:

- شيء حاضر ووصف يدرك، فإذا اختلفت التّسمية مع الإشارة أخذ بالإشارة لأنّها هي التي توافق النّيّة.
- وشيء حاضر أيضا لكن مع وصف لا يدرك.
- وشيء غائب[553].

وينبغي - لكي نقدّم عرضا أوضح للفقه - أن نضيف إلى ما تقدّم ما جاء عند التّسولي والتّاودي:

فلقد قسّم الأوّل العيب إلى ظاهر وخفيّ:

وقسّم الظّاهر إلى الذي لا يخفى على كلّ من له نظر إلى الـمبيع، وهذا لا قيام به.

وإلى الذي لا يخفى على من تأمّل وقلّب الـمبيع.

وهنا إن ثبت التّقليب وكان الـمشتري ذا بصيرة، فلا ردّ.

أمّا إذا كان غير ذي بصيرة، فثمّ ردّ.

فإذا لم يثبت التّقليب، فالحكم بالرّدّ لذي البصيرة ولغير ذي البصيرة.

---

(552) "L'idée que l'erreur doive être excusable pour autoriser utilement la critique de l'acte ne peut être retenue [...] il n'existe en fait que des erreurs improbables compte tenu de faits et de la condition de l'errans".

"شوفال" (باتريك)، م س، ج 1، عدد 504.

(553) انظر إلى: الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 476 وما بعدها.

ويبدو أنّه، وبالنّسبة إلى كلّ هذه الصّور الثّلاثة التي قيل فيها بالرّدّ، لا بدّ من اليمين على الكلّ لمن يقول بها مطلقا، وعلى البعض لمن يقول إنّ يمين التّهمة تتوجّه على أهل التّهم[554].

وإنّ التّاودي يقسّم العيب إلى ثلاثة أقسام:

أوّلها ذو التعلّق والاتّصال كالشّلل والقطع، وهذا ظاهر وخفيّ.

فإذا كان ظاهرا وكنّا أمام عارف فلا ردّ، أما الجاهل فيردّ.

وإذا كان خفيّا فالجاهل يردّ، أمّا العارف فلا يردّ حسب الإمام مالك، لكنّ ابن القاسم خالفه وقال يردّ بعد أن يحلف ما رآه. ويضيف ابن الـموّاز: إلاّ أن يكون الـمبتاع مع بصيرته بالعيب غير متّهم لصدقه فيردّ دون يمين[555].

وثانيها ذو التعلّق والاتّصال ولكنّه يفارق في بعض الأوقات، فهنا يقال بالرّدّ مطلقا[556].

وثالثها الذي ليس ذو اتّصال حسّي، بل معنوي، وله الحكم السّابق نفسه[557].

هذا العرض للفقه الإسلامي ينبئ بكونه يتناول الـمادّة التي نحن بصددها من زاوية تقرير وجود أو عدم وجود غلط، وعلى هذا فهو مثل بعض من الغرب ومختلف عن بعض آخر من هذا الغرب نفسه.

172. — ◄ والفقه مثل الغرب على مستوى آخر يتفرّع عن الذي نحن بصدده[558]. ولتناول هذا الفرع يتّجه استحضار ما سبق معنا، ومفاده أنّ لدينا: واقع، ومعه نيّة مضادّة.

---

[554] التّسولي، م س، ج 2، ص 38 وما بعدها، ويقول في ص 40 إنّ يمين التّهمة لا تنقلب.

[555] قد يتورّع البعض ولا يحلف حتّى وإن كان صادقا. من أجل ذلك جاء ما ورد أعلاه عن أهل التّديّن وعن إعفائهم من اليمين. قارن مع الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 129 وما بعدها، وذلك حول مسألة مشابهة.

[556] مثاله في بيع الرّقيق: الجنون والسّرقة وغيرهما.

[557] مثاله في بيع الرّقيق: الزّواج والسّرقة وغيرهما.

التّاودي، م س، ج 2، ص 38 وما بعدها.

[558] ما نحن بصدده هو العبارة عن العلّة الغائيّة، ويتفرّع عنه الحديث عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة/ ملاحظة 1: كان يمكن الاتيان بعلم الآخر كفرع للعلّة الغائية، أي داخل عنوان "شرط حاسم". لكنّ إتياننا به الآن سببه أنّ الأفضل لفهم "العلم" استنفاد جميع الحديث عن العلّة بتناولها في نفسها وبتناولها في العبارة عنها/ ملاحظة 2: الحديث عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة يهمّ فقط ما يبطل منها/ ملاحظة 3: إنّ حديثنا هنا عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة قابل لأن ينقل إلى مادّة السّبب (انظر حديث

كما يتّجه أن نضيف إليه تفرقة جاءت في فقه القانون الالـماني بين تصريح الإرادة القابل للتّلقّي والذي له مفعول حين يتلقّاه الآخر وفق السّير الطّبيعي للأشياء[559]، وبين تصريح الإرادة غير القابل للتّلقي والذي له فاعليّة منذ صدوره أي منذ أن تنتهي عمليّة التّصريح[560].

فإذا أخذنا النّوع الأوّل، قلنا إنّ تلقّي الآخر للتّصريح لا يعني علمه حقيقة بكلّ تفاصيل ما أراده الـمصرِّح وانتباهه إلى تلكم التّفاصيل. أمّا إذا مررنا إلى النّوع الثّاني، قلنا إنّ له – في القانون التّونسي، وكحكم عامّ يمكن أن تكون له استثناءات – فاعليّة منذ أن يعلمه الآخر[561]، وهو قول لا يعني أن يتّصل الآخر ويعلم حقيقة بجميع تفاصيل ما نواه الـمصرِّح وأن يتنبّه إليه.

"تيري" و"سيملر" و"لوكيت" عن علم الآخر في مادّة السّبب: م س، عدد 367). بل إنّ كلّ حديثنا عن العلّة (أي كلّ الفصل الثّاني الخاصّ بشروط الغلط) قابل لأن يستغلّ في مادّة "السّبب".

[559] فإذا كنّا أمام تصريح شفاهي صدر أمام "غير" ونقله هذا إلى الـمتلقّي دون أن يكلّفه الـمصرّح بذلك، فلا فاعليّة للتّصريح هنا لأنّنا أمام تلقّ لم يتمّ وفق السّير الطّبيعي للأشياء.

أمّا إذا كنّا أمام تصريح كتابي، فلا نعدّ أنفسنا أمام تلقّ وفق السّير الطّبيعي لو أنّ شخصا كتب تصريحا ثمّ بقي متردّدا في شأنه فتركه على مكتبه، فأتت زوجته ورأت على الـمكتب الورقة فظنّت أنّ زوجها نسي إرسالها ففعلت ذلك بدلا عنه.

[560] مثل الوعد بالجُعْل وإنشاء الوقف وإنهاؤه والإمضاء والإقرار بالأبوّة والوصيّة. انظر حول كلّ ما سبق عن الفقه الالـماني: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 87 وما بعده.

[561] جاء الحكم العامّ في الفصل 22 من مجلّة الالتزامات والعقود.

ويثير هذا النّص سؤالين أساسيّين:

أوّلهما هل هو للالتزام الصّادر عن إرادة واحدة؟ فإذا أخذنا اللغة وبدأنا بالصّياغة العربيّة، وجدنا فيها حرف "من". وهو حرف جرّ يأتي على عدّة وجوه منها أن يكون مرادفا لـ: عن. وإذا مررنا إلى الصّياغة الفرنسيّة، وجدنا كلمة (unilatéral) تفيد: "ما يتمّ عمله من جهة واحدة فقط". ولعلّ اللغة تسلم لنا معنيين: أوّلهما قيام التّصرّف يؤتى به من جهة فقط، أي أنّنا أمام التزام صادر عن إرادة واحدة. وثانيهما مؤونة التّصرّف يؤتى بها من جهة فقط: وهنا إمّا أن نكون أمام التزام صادر عن إرادة واحدة والـمؤونة على صاحبها، وإمّا أن نكون أمام إرادتين والـمؤونة على أحدهما فقط (هنا نكون أمام عقد).

وإنّ نيّة الـمشرّع الـمستخلصة من وجه مباشر (انظر إلى حاشية الفصل 23 من الـمشروع الـمرَاجع التي حدّثتنا عن تنازل وقالت إنّه لا يحتاج إلى قبول الآخر، وانظر أيضا إلى تقسيم هذا الـمشروع للالتزام إلى اتّفاقات وإلى غير اتّفاقات، فإذا كان العقد داخلا في كلمة الاتّفاقات فغير الاتّفاقات هي أيضا غير العقد) تدلّ على أنّه أراد في الفصل 22 من مجلّة الالتزامات والعقود الالتزام الذي تنشئه إرادة بمفردها.

والـمحصّلة أنّه قد نكون أمام واقع، ومعه نيّة مضادّة يعلمها أو لا يعلمها الـمدّعى عليه في قضيّة إبطال من أجل الغلط.

173. — وهنا، وفي الفقه الفرنسي للقرن التّاسع عشر، وُجد موقفان: واحد يقول لو لم تعلم نيّة الـمدّعي، فلا إبطال ضدّ الـمدّعى عليه[562]؛ وثان يقول بالإبطال، وحجّته أنّ الفصل 1108 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة (يقابله الفصل 2 من

وهنا يثور سؤال مفاده هل أراد الـمشرّع في الفصل 22 كلّ التزام تنشئه إرادة بمفردها أم أنّ هذا النّص تابع لما سبقه (أي للفصول: 19 و20 و21) أي هو لضرب من هذا الالتزام (الوعد بالجُعْل)؟ ولعلّ الجواب قد أتينا به بعد: فقد قلنا إنّ الحاشية الجانبيّة للمشروع الـمرَاجع تحدّثت عن تنازل، وهذا يعني أنّ الفصل 23 من الـمشروع، ومن ثمّ الفصل 22 من مجلّة الالتزامات والعقود لم يرد الـمشرّع منهما الوعد بالجعل فقط، وإذن فهما لعموم الالتزام الذي تنشئه إرادة لوحدها. (من يبحث في نيّة الـمشرّع من الفصل 18 وما بعده سيقول إنّها للالتزام الذي تولّده إرادة منفردة، وسيقول إنّ الفصل 18 عامّ ويهمّ ما لا يلزم منها/ الفصول من 19 إلى 21: خاص ويهمّ نوعا ملزما/ الفصل 22: عامّ ويهمّ ما يلزم. وهو عرض معيب يبرّر خاصّة وجود السّؤال الثّاني الـمذكور أعلاه.

انظر حول الالتزام والإرادة الـمنفردة في القانون التّونسي:

راشد راشد، الإرادة الـمنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، أطروحة دكتوراه دولة، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1984.

بولعابي (كريم)، الوعد بالبيع، مذكرة شهادة دراسات معمّقة، تونس، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1991.

بقْبق (محمّد)، التّصريح بالإرادة مصدر من مصادر الالتزام في مجلّة الالتزامات والعقود (محاولة وضع نظريّة عامّة)، أطروحة دكتوراه دولة، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1993– 1994.

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

يوسف باباي (سعاد)، العمل الأحادي الجانب مصدر مستقلّ للالتزام في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه دولة، تونس، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، 2000–2001.

YOUSSEF née BABAÏ (Souad), *L'acte unilatéral source autonome d'obligation en droit privé*, Thèse, Doctorat d'Etat, Tunis, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 2000–2001.

[562] مثال: شخص دخل معرضا به لوحة ظنّها لـ: "روبان" RUBENS (هذا بالنّسبة إلى: "دومولومب"، أمّا بالنّسبة إلى "لارومبيار" LAROMBIERE وهو أحد القائلين بالـموقف الوارد أعلاه فيتحدّث عن لوحة لـ: "كوريج" CORREGE)، وحامل شمع ظنّه من فضّة خالصة فإذا هو من نحاس مطليّ بالفضّة. فإذا لم يعلم صاحب الـمعرض بما نواه ذلك الشّخص، فليس ثمّ كتمان. ثمّ لا يمكن إبطال العقد على أساس الغلط، لأنّه وبالنّسبة إلى الـمدّعى عليه اجتمعت شروط العقد بالنّظر إلى ما علمه.

مجلّة الالتزامات والعقود) قال إنّ شرط الرّضا يهمّ الطّرفين، والفصل 1109 (يقابله الفصل 43 من مجلّة الالتزامات والعقود) قال أن لا رضا إذا وجد غلط أو تغرير أو إكراه. وأصحاب الـموقف الأوّل – كما يقول عنهم خصومهم – يجعلون للغلط هنا وضعا مختلفا عن بقيّة العيوب رغم أنّ الحديث عنها جميعا جاء في العبارات نفسه. ثمّ إنّ الفصل 1110 في الفقرة 1 (يقابله الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود) لم يشترط علم الـمدّعى عليه. أمّا الفصل 1110 في الفقرة 2 (يقابله الفصل 46 من مجلّة الالتزامات والعقود) فيهمّ الشّخص وهي مادّة لا يمكن إلاّ في صور جدّ استثنائيّة أن نتصوّر علما من الـمدّعى عليه بأنّ الـمدّعي أراده لوصف معيّن، مع ذلك يقال بالإبطال في كلّ الحالات[563]. وإذا كان الأمر على هذا النّحو في مادّة الغلط في الشّخص، فينبغي أن يكون كذلك في مادّة الغلط في الشّيء[564]. ويمكن أن نضيف إلى هذه الحجج[565] صورة الغلط الذي يرتكبه الواسطة[566]، فهنا نجد الواقع في الغلط نفسه لا علم له بما أريد. كما يمكن أن نضيف صورة الوصيّة وصورة الوعد بالجُعْل (أجرة العامل على عمله) حيث الـمدّعى عليه قد لا يعلم وقت إنشاء هذين العملين القانونيين بوجودهما، فضلا عن العلم بما أريد في إطارهما.

والـموقف الثّاني هو الذي ساد في فرنسا. ونجده الآن تحت صيغ مختلفة: وصف دخل مجال العقد/ وصف اتّفق عليه/ إلخ[567]. وقد يظنّ الذي يلقي نظرة سريعة

---

[563] مثال شخص يتقدّم إلى رسّام ظنّه فلانا الـمشهور لكي يرسم له صورة، لكنّ الـمتقدّم إليه مغمور وعديم الـموهبة. فالعقد هنا باطل. وقد يقول الرّسّام إنّ العقد اجتمعت فيه شروط نشأته بالنّظر إلى ما علمه، وأنّه ليس مغرِّرا، وأنّه كان على الآخر أن يبيّن ماذا كان يريد، وأنّه يجب ألاّ يذهب هو ضحيّة خطأ الـمدّعي، وأنّه لو فرض أنّ الثّمن فاحش فالغبن ليس سبب بطلان. وإنّ كلّ هذا الذي قاله الرّسّام لا يمنع من الإبطال على أساس الغلط في الوصف.

[564] حين لا يعلم الـمدّعى عليه بما أراده الـمدّعي، فعادة ما يكون إثبات هذا لما نواه صعبا. ثمّ إنّه يمكن للأوّل إن تضرّر من الإبطال (إضاعة فرصة تعاقد أخرى، إلخ) طلب تعويض (هذا قاله "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر. واشترط هذان أن يكون الـمدّعى عليه حسن النيّة، وهذا نجده في الفقه الالـماني الآن: انظر إلى "فيتز" (كلود)، م س، عدد 354 وما بعده).

[565] كل ما جاء أعلاه عن الـموقفين مأخوذ من: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 97 وما بعده.

[566] في مجلّة الالتزامات والعقود هي صورة الفصل 49.

[567] انظر إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 217.

على بعض هذه الصّيغ أنّه أمام الـموقف الأوّل لا الثّاني، لكن الذي يتمعّن في الـمقصود من الصّيغ يجد أنّه هذا الـموقف الثّاني[568] لا ذاك الـموقف الأوّل[569].

174. — فإذا مررنا الآن إلى الـمسألة نفسها في الفقه الإسلامي، أمكن القول إنّه يأخذ بنيّة مضادّة قد لا يعلمها الـمدّعى عليه علما حقيقيّا وينتبه إلى وجودها. للتّدليل على هذا ينبغي استحضار الحديث الوارد في إطار الفقه عن الكشف الصّريح عن الإرادة، وعن الكشف دلالة عن هذه الإرادة.

ففي الكشف الصّريح نجد التّسمية والإشارة من جهة، والبيع على البرنامج من جهة أخرى:

ولقد سبق معنا الحديث عن التّسمية والإشارة[570]، فإذا كنّا أمام وصف يدرك بالـمشاهدة، وجاءت تسمية وإشارة واختلفتا عن بعضهما، فالإشارة تعبير صريح عن النّيّة. أمّا إذا كنّا أمام وصف لا يدرك، فالتّسمية هي التي ستمثّل التّعبير الصّريح عن النّيّة[571]. وينبغي أن نزيد على ما سبق مقتطفا من الزّيلعي قال فيه:

ينبغي التّنبيه إلى أنّنا نقول: لم يعلمه الآخر ودخل الـمجال العقدي. وعلى هذا فالـمقصود بالعلم هنا هو العلم الحقيقي والفعلي. وإلاّ فإنّ ما دخل الـمجال معلوم من الآخر افتراضا.

فإذا تحدّثنا عن هذا العلم الافتراضي وجب التّنبيه إلى أنّ الـمدّعى عليه في قضيّة غلط ينبغي أن يحصل لديه هذا العلم فيما يخصّ العلّة الغائيّة لمعاقده لا فيما يخصّ عدم توفّرها لأنّه وفي هذه الصّورة يكون كاتما أي مغرِّرا. انظر "بيتي"، م س، عدد 82.

[569] ليسمح لنا هنا بأن نأخذ مثالا من الفقه القانوني الالـماني لأنّه مثال أقصى فيستدلّ به على الأدنى. ويتعلّق الـمثال بوصف شخص هو القدرة على الحصول على قروض. فإذا كنّا داخل عمليّة بقرض، دخل هذا الوصف مجال العقد؛ وإذا كنا داخل عمليّة بالحاضر، لم يدخل.

لكن قد نكون أمام العمليّة، ومع ذلك يكون هذا الشّخص غافلا عن كونه أريد لذلك الوصف (أخذ هذا الـمثال من عند: "فيتز"، م س، عدد 334).

[570] انظر الفقرة عدد 162 وما بعدها.

[571] لو أردنا أن نحلّل الأمر بطريقة أخرى لقلنا:

* عن صورة الوصف الذي يدرك:

– إمّا أنّ اللفظ تعبير له معنى وحيد لغة، ولكن هنالك نيّة مخالفة دلّت عليها قرينة هي الإشارة.

– وإمّا أنّ الإشارة تعبير له معنى وحيد، وثمّ نيّة تؤيّده وهي أنّ الوصف يدرك بالـمشاهدة.

* وعن صورة الوصف الذي لا يدرك:

– إمّا أنّ الإشارة تعبير له معنى وحيد، ولكن هنالك نيّة مخالفة دلّت عليها قرينة وهي التّسمية وكون الوصف لا يدرك.

– وإمّا أنّ اللفظ تعبير له معنى وحيد لغة، وثمّ نيّة على هذا الـمعنى وتدلّ عليها قرينة هي كون الوصف لا يدرك.

"ثمّ في مختلفي الجنس يتعلّق العقد بالـمسمّى إذا اختلف فيه الـمسمّى والـمشار إليه، لأنّ التّسمية أبلغ في التّعريف من الإشارة، لأنّ الإشارة لتعريف الذّات، فإنّه إذا قال هذا صار الذّات معيّنا ولا يشاركه فيه غيره، والتّسمية لأعلام الـماهية، وهو أمر زائد على أصل الذّات، فكان أبلغ في التّعريف، ويحتاج في مقام التّعريف إلى ما هو أبلغ فيه. فكانت الإشارة أوْلى بالاعتبار في متّحدي الجنس لأنّ الـمسمّى موجود في الـمشار إليه ذاتا والوصف يتبعه، فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتّعريف والتّسمية للتّرغيب، فيثبت له الخيار عند فوات الوصف الـمرغوب فيه. بخلاف مختلفي الجنس، لأنّ الـمسمّى فيه مثل الـمشار إليه وليس بتابع له، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعا للآخر، فيعتبر الأعرف عند تعذّر الجمع بينهما"[572].

فإذا مررنا إلى البيع على البرنامج أو على الوصف في مذهب مالك، وجدنا حاصله أن تُكتب أوصاف في دفتر، ويشترى الشّيء على هذه الأوصاف، فإن وجدت لا خيار، وإن انعدمت ثمّ خيار. فهنا تعدّ الأوصاف الـمكتوبة كاشفة كشفا صريحا عن الإرادة[573].

ويمكن القول إنّنا وفيما سبق أمام نيّة علمها الـمدّعى عليه.

لكنّ الأمر قد لا يكون كذلك لو كنّا أمام ما أسمي أعلاه كشف بطريق الدّلالة عن الإرادة. فهنا ثمّ أمر، وهو الذي يدلّ على أنّ النّيّة قد ذهبت في اتّجاه معيّن. كمن يشتري جارية اشتهرت بالطّبخ، فهنا تدلّ الشّهرة على نيّة الـمبتاع[574]، وكمن يشتري إبلا: فإذا كان بدويّا يقتات باللبن فالظّروف تدلّ على أنّه أراد ناقة، وإذا

---

[572] الزّيلعي (فخر الدّين عثمان بن علي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدّقائق، مصر، دار الكتاب الإسلامي، الـمجلّد 4، ص 53. وانظر مراجع أخرى غير الزّيلعي عند: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 117 وما بعدها.

ملاحظة: تحدّث الزّيلعي أعلاه عن الذّات لا كصنف مستقلّ، بل كأمر داخل الجنس وغير الجنس. وهذا يؤيّد ما جاء في الفقرة عدد 82.

[573] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 118 وما بعدها.

[574] انظر هذا الـمثال من البحر الرّائق، ج 6، ص 26، وذلك عند: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 120 و121.

كان صاحب أسفار فالظّروف تدلّ على أنّه أراد بعيرا لأنّه أصلح في الأسفار[575]، هنا أيضا تدلّ الحال على نيّة الـمشتري. ويمكن أن نضيف إلى ما تقدّم مثال العيب. فلقد جاء في بدائع الصّنائع للكاساني: "السّلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالـمشروطة نصّا، فإذا فاتت الـمساواة كان له الخيار [...] لأنّ العقد عقد معاوضة، والـمعاوضات مبناها على الـمساواة عادة وحقيقة [...] ولأنّ السّلامة لمّا كانت مرغوب الـمشتري ولم يحصل فقد اختلّ رضاه. وهذا يوجب الخيار لأنّ الرّضا شرط صحّة البيع. قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النّساء: 29]. فانعدام الرّضا يمنع صحّة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه، إثباتا للحكم على قدر الدّليل"[576]. وهنا يمكن القول إنّ العادة أو طبائع الأشياء[577] تدلّ على وجود نيّة للمشتري هي ضدّ للواقع.

وإنّ هذا الذي وجدناه هنا، عثرنا عليه أيضا في الأمثلة السّابقة، ويمكن القول خاصّة في إطار الـمثالين الأوّلين إنّ وجود النّيّة الـمضادّة للواقع، قد لا يعلمه من سيقام عليه بالخيار.

على هذا يكون الفقه الإسلامي مثل جزء من الغرب الـمتحدّث عنه سابقا.

والوصول إلى تقريب الفقه من الغرب يعني أنّنا وصلنا إلى مرحلة الحكم.

(2) الحكم على الـمواقف

175. — في إطار العنوان السّابق بدأنا بعرض الـمواقف من الشّرط، ثمّ مررنا إلى عرض مسألة متفرّعة عن الشّرط. وهنا، في مادّة محاولة الحكم، سنعكس التّرتيب لكي نستغلّ كون هذه الـمسألة الفرعيّة حديثة عهد بنا:

176. — ◀ ويمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أريد فيها قبول للنّيّة الـمضادّة للواقع حتّى إذا لم يكن الـمدّعى عليه على علم بها.

---

[575] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 121.

[576] الكاساني، بدائع الصّنائع، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1996، ص 406.

[577] والكلمة للسّنهوري: م س، ج 2، ص 121.

ويمكن أن نستعير من "دومولومب" حججه، وأن نطبّقها على مجلّة الالتزامات والعقود[578]. لكن الواجب البقاء مع التّمشّي الـمعتمد في هذا العمل، والقول إنّ الفصل 48 جاء به حديث عن أمور سينظر فيها ليقال إنّها قرينة أو ليست قرينة على وجود النّيّة الـمضادّة. وإنّ النّصّ لم يقل هل يجب أم لا أن يعلم الآخر بهذه النّيّة. وعلى هذا فهو مطلق. والسّؤال هل يفيد الإطلاق؟ ويمكن ترجيح الجواب بالإيجاب لأنّ الـمشروع الـمرَاجع لم يستعمل وعلى طول نصوص الغلط الفقه القائل بوجوب علم الآخر[579]، بل استعمل "دومولومب"، و"أوبري" و"رو"، وكلّهم مع قبول عدم علم الآخر بالنّيّة، ومن باب أولى مع قبول علمه[580]. وقد لا نقبل ما سبق على أنّه يفيد على وجه اليقين بأنّ نيّة الـمشرّع قد ذهبت إلى الإطلاق. وهذا صحيح. لكنّا لم نقل سوى أنّه يرجّح سيرها نحو وجهة الإطلاق. وإنّ هذا الرّجحان ليكفي. بعبارة أخرى لا توجد نيّة على أنّه لم يُرد الإطلاق ولذلك ينبغي أن يُقال بالإطلاق. والدّليل على عدم وجود نيّة على التّقييد أنّ الذي لا يقبل إلاّ علم الـمدّعى عليه بنيّة الـمدّعي أشير إليه في نصّ بعيد عمّا نحن بصدده. وأكثر من هذا لم يُنقل هذا النّصّ إلى مجلّة الالتزامات والعقود[581].

فإذا انتهينا إلى أنّ ما جاء للتّوّ هو موقف مجلّة الالتزامات والعقود، أمكن الـمرور إلى القول إنّا لا نستطيع التّأكيد على أنّ هذا الـموقف محلّي أو مستورد وذلك لأنّه ثمّ مثله في الشّرق وفي الغرب. وإذا لم يمكن القول بما سبق، لم يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

---

[578] انظر هذه الحجج في الفقرة عدد 174.

[579] الـمقصود هنا هو "لارومبيار"، وقد وجدناه عند "دومولومب" يقول بهذا الـموقف. انظر الفقرة عدد 174. وإنّ هذا الفقيه لم يستعمل كمرجع في الـمشروع الـمرَاجع إلاّ تحت الفصل 49 (قاعدة الغلط يصنع القانون)، وهذا لم تنقله مجلّة الالتزامات والعقود.

[580] بالنّسبة إلى "دومولومب" جاء موقفه بـ: ج 24، عدد 97 وما بعده. أمّا "أوبري" و"رو" فقد قالا بهذا الـموقف حين تحدّثا عن الـمدّعى عليه الذي يمكنه الـمطالبة بالتّعويض لو لم يعلم بما نواه الـمدّعي (ج 4، الفقرة 343 مكرّر). وهذان الفقيهان قد تكرّر ذكرهما كثيرا في نصوص الغلط في هذا الـمكان (الفقرة 343 مكرّر).

[581] قارن مع العامّ ومعانيه وما يعطى أو لا يعطى ابتداء: الرّازي، م س (الـمحصول)، ج 3، ص 21.

177. — ◀ فإذا رجعنا الآن إلى الحكم على الـمواقف من الشّرط، استوجب ذلك، لأنّ العهد قد قَدُم، أن نأتي أوّلا بما وصلنا إليه[582]. وما وصلنا إليه أنّه ليس ثمّ غلط عددناه انطلاقا من أمور الفصل 48 "مغتفرا"، بل ثمّ غلط عددناه، انطلاقا من تلك الأمور نفسها، "موجودا". وليس ثمّ غلط عددناه على أساس ما جاء بالفصل 48 غلطا "غير مغتفر"، بل ثمّ غلط عددناه على الأساس نفسه "غير موجود". بعبارة أخرى: نحن أمام مسألة تأتي "قبل" القول بوجود الغلط أو بانعدامه، لا أمام مسألة تأتي "بعد" القول بوجود الغلط.

وإنّ من قال إنّنا أمام ما يأتي بعد القول بوجود الغلط جزء من الغرب كما تقدّم[583].

على هذا يمكن القول إنّ ما جاء عند هذا الجزء غير محكم (لم يجمع الـمتماثلات). كما يمكن القول إنّ ما جاء عند جزء الغرب الـمتبقّي[584]، وكذا الذي جاء عند الفقه الإسلامي[585] هو الأصلح.

فإذا أردنا أن نحكم على مجلّة الالتزامات والعقود، استوجب الأمر تحديد موقفها. وموقفها يُتوصّل إليه من قراءة صياغة الفصل 44 التي تحدّثت عن جهل (إذن قالت بوجوده)، ثمّ قالت إنّه يبطل في حالتين: ثانيتهما حين يكون ممّا يعذر. ومثل هذا الحديث يدلّ على أنّ الـمجلّة تنظر إلى الأمر على أنّه شرط. ويتأيّد هذا الفهم بما جاء في الحاشية الجانبيّة للفصل 53 من الـمشروع الـمرَاجع (الذي أصبح الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود) ومفاده أنّ الغلط (إذن وُجد) يجب أن يكون مغتفرا (إذن شرط)[586]. وهذا صريح في الدّلالة على أنّ موقف الـمجلّة هو أنّنا أمام غلط وُجد ثمّ نرى من بعد ذلك هل توفّر أم لم يتوفّر فيه الشّرط.

ويُستفاد ممّا جاء أعلاه أنّ هذا الـموقف لمجلّة الالتزامات والعقود مستورد، وليس محليّا[587]. كما يُستفاد أنّ الفقه الإسلامي وضع الحلّ الـمتقن. وهذه الـمعطيات

---

[582] انظر الفقرة عدد 160 وما بعدها.

[583] انظر الفقرة عدد 171.

[584] انظر الفقرة عدد 171.

[585] انظر الفقرة عدد 172.

[586] بدأت الحاشية بالسّؤال التّالي: هل يجب أن يكون الغلط قابلا لأن يغفر؟

[587] لا نجد بالفصل 647 وما بعده ذكرا لشرط "مغتفر". وكلّ ما نجده هو الفصل 668 الذي يقول: "لا يضمن البائع العيوب الظّاهرة ولا التي علمها الـمشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة". وهذا

تدعو للقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أنحت على حسن كان قبلها فتخلّت عنه وأتت بما ليس حسنا؛ أي تدعو للقول إنّ الـمجلّة جسّدت فكرة عدم الإحكام.
وتجسيدها للفكرة كما يُرى حصل مع "شرط مغتفر في إطاره العامّ". فكيف الحال مع الشّرط نفسه في الإطار الخاصّ.

النّص هو خليفة الفصل 781 من الـمشروع الـمرَاجع والذي لا نجد في حاشيته (كما هو الحال بالنّسبة إلى الفصل 53 الوارد أعلاه) لا كلمة "مغتفر" ولا كون "مغتفر" شرطا قد يتحقّق أو لا يتحقّق في غلط موجود.

الفقرة 2. الإحكام في الشّرط في إطار خاصّ (خيار الرّؤية)

178. — يعرف الفقه الإسلامي خيار الرّؤية، وهو أمر كما سنرى مرتبط بوجود النّيّة الـمضادّة للواقع، أي بالشّرط الذين نعمل عليه. وسنحاول أن نعرض هذا الفقه، قبل أن نبحث عن هذا الخيار في مجلّة الالتزامات والعقود، وكلّ ذلك من أجل إثبات (صحّة أو خطأ) القضيّة التي نحن بصددها. لذا سنرى أوّلا خيار الرّؤية والفقه الإسلامي (أ)، وثانيا ذلك الخيار و مجلّة الالتزامات والعقود (ب).

(أ) خيار الرّؤية والفقه الإسلامي

179. — سنحاول هنا - لأنّ هذا سيصلح في عملية الرّبط بمسألة الإحكام - أن نعرض مختلف الـمواقف داخل الفقه الإسلامي من خيار الرّؤية. ولوضوح العرض سنبدأ بالحنفيّة، ثم نمرّ إلى الـمالكيّة، فالشّافعيّة، ثمّ الحنبليّة[588]:

180. — فإذا بدأنا بالحنفيّة، بدأنا بالحديث النّبوي الشّريف: "من اشترى ما لم ير، فله الخيار إذا رأى"[589]. وقد أخذ الأحناف بهذا الحديث وطبّقوه على العقود

---

[588] بالنّسبة إلى الفقه الإمامي انظر: الشّيخ الصّدوق، من لا يحضره الفقيه، قم، جامعة الـمدرّسين ، 1413هـ ج3. ص 270؛ الشّيخ الطّوسي، التّهذيب، طهران، دار الكتب الإسلاميّة، 1365 هـ شمسي، ج 7، ص 26؛ الشّيخ حرّ العاملي، وسائل الشّيعة، قم، مؤسّسة آل البيت، 1409هـ ج 18، ص 28؛ راوندي (قطب الدّين)، فقه القرآن، قم، مكتبة آية الله مرعشي، 1405 هـ ج 2، ص 50؛ الطّوسي (ابن حمزة)، الوسيلة، قم، مكتبة آية الله مرعشي، 1408 هـ ص 240؛ معروف الحسني (هاشم)، نظريّة العقد في الفقه الجعفري. عرض واستدلال ومقارنات، بيروت، دار التّعارف للمطبوعات، 1416 هـ/ 1996 م، ص 412؛ السّيد مصطفى الخميني، كتاب الخيارات، تحقيق ونشر: مؤسّسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، مطبعة مؤسّسة العروج، ط 1، آبان 1376 - جمادى الثّاني 1418.
أمّا بالنّسبة إلى الفقه الزّيدي فانظر: الإمام أحمد الـمرتضى، شرح الأزهار، ج 3، ص 104 (كتاب الـمنتزع الـمختار من الغيث الـمدرار الـمفتّح لكمائم الأزهار في فقه الأئمّة الأطهار. انتزعه من هو لكلّ مبهم مفتاح العلّامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح رحمه الله. طبع هذا الكتاب على نسخة مصحّحة نسخت بحواشيها على نسخة شيخ الإسلام القاضي العلّامة محمّد بن علي الشّوكاني سنة 1207 وقرئت عليه وذلك بخطّ القاضي علي بن عبد الله سهيل. مكتبة يعسوب الدّين الإلكترونيّة).

[589] جاء هذا الحديث عند الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل، م س، ج 1، ص 482، وقد قال: "رواه البيهقي، ج 5، ص 268- ومن قبله ابن أبي شيبة 6: 7 (18) - عن مكحول مرسلا، وفيه أبو بكر بن أبي مريم، وهو ضعيف، قال ابن الهمام في "فتح القدير"، 5، 531 "عمل به - أي بالحديث - مالك وأحمد وهو ممّن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدلّ قبول العلماء على ثبوته [...] وقد روي الحديث أيضا مرفوعا. رواه أبو حنيفة". ويراجع لزاما: "إعلاء السّنن".14. 49 فما بعد، وفي 51 نقل

التي تقع على الأعيان الـمعيّنة بالذّات، وهي أربعة: "عقد البيع إذا كان الـمبيع عينا معيّنة بالذّات، وإجارة الأعيان، وقسمة غير الـمثليّات، والصّلح على مال هو عين بالذّات"[590]. ويثبت خيار الرّؤية شرعا لا شرطا[591] وذلك خاصّة لمن اشترى شيئا لم يره. فهي حالة اعتبرت مظنّة لغلط العاقد، فتمّ منحه لأجل ذلك حقّ الإبطال إن شاء لاحتمال غلطه[592].

181. — ويثبت هذا الخيار للمشتري. "ويعلّل الفقهاء مشروعيّة هذا الخيار بأنّه لدفع الضّرر عن الـمشتري إذ قد يجد أنّ الشّيء الذي اشتراه لاحتياجه إليه هو غير ملائم لحاجته"[593]. بعبارة أخرى يقوم هذا الخيار على أساس "غلط الـمشتري في شيء لم تسبق له رؤيته، وممّا يقطع في أنّ هذا الخيار متّصل بالرّضا وأنّ السّبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابها من الغلط ما جاء في البدائع (جزء 5، ص 292): «أنّ شراء ما لم يره الـمشتري غير لازم [...] لأنّ جهالة الوصف تؤثّر في الرّضا فتوجب خللا فيه. واختلال الرّضا في البيع يوجب الخيار. ولأنّ من الجائز اعتراض النّدم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التّدارك، فيثبت الخيار لإمكان التّدارك عند النّدم نظرا له»"[594]. وهنا - وإذا أردنا أن نستعمل عبارات وردت في تحاليل سابقة - يأتي الـمشتري ويقول لم أعلم، وإنّ لي نيّة هي ضدٌّ لما توفّر في الواقع، أي إنّي وقعت في غلط، فيصدَّق دون أن يلزم بإقامة البيّنة[595]، أي أنّ أمور الفصل 48 لن تدخل هنا كقرينة على وجود عدم العلم والنّيّة الـمضادّة أو على انعدامهما. "ويلاحظ هنا في خيار الرّؤية أنّ الشّارع الإسلامي يقدّر احتمال الغلط

الإمام محمّد بن الحسن قوله في "الحجّة" ص 236 "الحديث الـمعروف الذي لا يشكّ فيه عن النّبي ﷺ وعليه أمور الـمسلمين إلى يومهم هذا في الآفاق، أنّ رسول الله ﷺ قال: «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»".

[590] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 228.

[591] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 228.

[592] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 481.

[593] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 482.

[594] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 123 و124.

[595] قرّب من السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 124.

بالنّسبة إلى حاجة الـمشتري تقديرا عامّا، فيثبت الخيار لكلّ من اشترى شيئا معيّنا لم يره، ولا يجعل هذا الخيار متوقّفا على إثبات وقوع الغلط فعلا من الـمشتري، فقد اعتبر الشّارع شراء ما لم ير مظنّة عامّة للغلط"[596].

182. — ولا يثبت خيار الرّؤية للبائع. ويقول الكاساني: "روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنّه كان يقول أوّلاً لا يلزم ويثبت له الخيار ثمّ رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار"[597]. ولرجوع أبي حنيفة سببان ذكرهما صاحب فتح القدير[598]: أوّلهما قوله بالـمفهوم بالـمخالفة، فالـمنطوق به في الحديث النّبوي الشّريف هو الـمشتري، والـمسكوت عنه هو البائع، ويجب أن يكون حكم الـمسكوت عنه نقيض حكم الـمنطوق به. وثانيهما أنّ هنالك إجماعا سكوتيّا على منح خيار الرّؤية للمشتري ومنعه عن البائع[599]. ويفسّر أحدهم رفض إعطاء الخيار للبائع بما لو استعملنا الصّيغ التي خرجنا بها من التّحاليل السّابقة، لقلنا إنّ البائع، حين يقول لا أعلم ولي نيّة مضادّة لأنّي لم أر[600] لا يصدّق ويُرى أنّه يعلم، وأنّ له نيّة مؤيِّدة، أي في النّهاية يُرى أنّه لم يقع في غلط لأنّ الشّيء كان في يده أو يستطيع أن يحصل عليه في يده، ومن ثمّ أن يراه[601].

---

[596] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 483.

[597] الكاساني، بدائع الصّنائع، ج 5، ص 292، عن: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 126.

[598] فتح القدير، ج 5، ص 140– 141، عن: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 229.

[599] أخرج "الطّحاوي ثمّ البيهقي عن علقمة بن أبي وقّاص أنّ طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفّان رضي الله عنه مالا، فقيل لعثمان إنّك قد غبنت، فقال عثمان لي الخيار لأنّي بعت ما لم أره. وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لأنّي اشتريت ما لم أره. فحكّما بينهما جبيرا بن مطعم رضي الله عنهم، فقضى أنّ الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان. والظّاهر أنّ مثل هذا يكون بمحضر من الصّحابة رضي الله عنهم، لأنّ قضيّة يجري فيها التّخالف بين رجلين كبيرين ثمّ إنّهما حكّما فيها غيرهما، فالغالب على الظنّ شهرتها وانتشار خبرها، فحين حكّم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعا سكوتيّا". فتح القدير، ج 5، ص 140 و141، عن: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 229.

[600] الـمراد بالرّؤية في خيار الرّؤية ليس بالضّرورة الـمشاهدة بالعين، بل الاطّلاع على الشّيء بحسب طبيعته، فالاطّلاع (الرّؤية) على العطور يكون بشمّها (عدم الرّؤية = عدم الشّمّ)، ورؤية الـمطعومات بتذوّقها، إلخ. الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 482 و483.

[601] قارن مع: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 125. وهنالك أسباب أخرى لمنع خيار الرّؤية عن البائع فانظرها في الـمكان نفسه، وانظرها في ج 4، ص 229، وانظرها أيضا عند: الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 482.

183. — وتبدو الـمالكيّة مختلفة عن الحنفيّة. فلقد جاء في "بداية الـمجتهد ونهاية الـمقتصد" لابن رشد أنّ: "الـمبيعات على نوعين: مبيع حاضر مرئيّ، فهذا لا خلاف في بيعه. ومبيع غائب أو متعذّر الرّؤية، فهنا اختلف العلماء [...] وقال مالك [...] يجوز بيع الغائب على الصّفة إذا كانت غيبته ممّا يؤمن أن تتغيّر فيه قبل القبض [...] (فـ) إذا جاء على الصّفة فهو لازم [...] وقد قيل في الـمذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرّؤية، وقع ذلك في الـمدوّنة، وأنكره عبد الوهّاب وقال هو مخالف لأصولنا"[602].

وعلى هذا يكون جواز بيع الغائب من غير صفة على شرط خيار الرّؤية مختلفا فيه داخل الـمذهب. والقائلون به ومن ثمّ بخيار الرّؤية يجعلون ثبوت هذا الخيار اتّفاقيّا لا شرعيّا كما هو الحال عند الأحناف[603].

184. — هذا عن الـمالكيّة، والشّافعيّة تبدو مختلفة. ولقد قال صاحب الـمذهب بموقفين في خيار الرّؤية:

أوّلهما قديم ويقترب من الحنفيّة، ومفاده أنّ "صحّة البيع لا تفتقر إلى ذكر شيء من الصّفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأنّ الاعتماد على الرّؤية وقد ثبت للمشتري خيارها"[604].

وثانيهما جديد، ولنترك ابن رشد الـمالكي يتحدّث عنه لأنّ كتابه هو للفقه الـمقارن: "قال قوم: بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وصف ولا ما لم يوصف، وهذا أشهر قولي الشّافعي، وهو الـمنصوص عند أصحابه [...] وعند الشّافعي لا ينعقد البيع أصلا في الـموضعين [...] (والسّؤال) [...] هل نقصان العلم الـمتعلّق بالصّفة (أو انعدامه) عن العلم الـمتعلّق بالحسّ هو جهل مؤثّر في بيع الشّيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثّر، وأنّه من الغرر اليسير الـمعفوّ عنه؟ فالشّافعي رآه من الغرر الكثير"[605].

---

[602] ابن رشد، م س (بداية الـمجتهد ونهاية الـمقتصد)، ج 2، ص 116 و117.

[603] انظر الفقرة عدد 181.

[604] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 240.

[605] ابن رشد، م س (بداية الـمجتهد ونهاية الـمقتصد)، ج 2، ص 116 و117.

على هذا لم يعد ثمّ موضع لكي يوجد خيار الرّؤية، فبيع "العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها"[606] لا يجوز. بل أكثر من ذلك "إن علم الجنس والنّوع، بأن قال بعتك الثّوب الـمروي الذي في كمّي أو العبد الزّنجي الذي في داري أو الفرس الأدهم الذي في اصطبلي (إذن عين غائبة وصفت) [...] قال في الجديد لا يصحّ لحديث أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وفي هذا البيع غرر"[607].

185. — فإذا انتهينا إلى الحنبليّة، وجدنا رواية عن مذهب أحمد: "أنّ البيع على الصّفة لا يجوز، وأنّ البيع على رؤية سابقة لا يجوز، فيشترط إذن في صحّة البيع رؤية الـمبيع حال العقد، لأنّ الصّفة لا تحصل بها معرفة الـمبيع فلم يصحّ البيع بها، ولأنّ ما كان شرطا في صحّة العقد وهو الرّؤية يجب أن يكون موجودا حال العقد"[608]. وإنّ قولاً لا يقبل بيعاً على الصّفة، لا يترك لخيار الرّؤية تُربة كي ينبت فيها لأنّ هذا الخيار يأتي في إطار ما هو أشدّ من البيع على الصّفة، أي في إطار بيع على غير الصّفة.

لكنّه رويت عن مذهب أحمد رواية ثانية حاصلها أنّ الـمبيع الذي لم تسبق رؤيته ولم يوصف يثبت فيه خيار رؤية للمشتري. وهنا يلتقي الحنابلة مع الأحناف. لكنّ أولئك يزيدون على هؤلاء ويقولون بخيار رؤية للبائع، وإن كانوا أنقص منهم على مستوى وصف الـمبيع ومجيء الـمبيع على الصّفة. فالأحناف، ولانعدام رؤية مسبّقة، يبقون رغم ما سبق على خيار الرّؤية. أمّا الحنابلة، ورغم انعدام رؤية مسبّقة ولكن بسبب ما سبق أي بسبب مجيء الـمبيع على الصّفة، لا يقولون بخيار الرّؤية[609].

والظّاهر في مذهب أحمد عدم القول بهذا الخيار، أي عدم قبول بيع عين غائبة لم توصف. فإذا وصفت، وكانت على خلاف الوصف، كان للمشتري خيار الوصف[610]. ولعلّ هذا الوصف السّريع للمذهب الحنبلي، ومن قبله لبقيّة الـمذاهب السّنّيّة ينبئ بعد بما سيقال عن مجلّة الالتزامات والعقود وعن علاقتها بمسألة الإحكام.

---

[606] الـمهذّب، ج 1، ص 263 و264، عن: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 241 و242.

[607] الـمهذّب، ج 1، ص 263 و264، عن: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 241.

[608] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 243.

[609] انظر إلى السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 242.

[610] انظر إلى السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 242.

(ب) خيار الرّؤية و مجلّة الالتزامات والعقود

186. — يشترط في الـمحلّ أن يكون موجودا أو ممكنا (مقدور التّسليم) من جهة، ومعيّنا أو قابلا للتّعيين:

وقد يغيب الشّرط الأوّل كأن يكون الـمحلّ دينا حصلت في شأنه وبعدُ مقاصّة[611]، أو يغيب متمّمه وهو خلوّ الوجود من الغرر كأن نكون أمام مضامين أو ملاقيح[612].

---

[611] والجزاء في القانون الفرنسي هنا (لو وجدنا أنفسنا أمام عمل قانوني: وعد بدفع ذلك الدّين) هو البطلان الـمطلق حسب البعض والنّسبي حسب البعض الآخر (" تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 271)، أمّا في الفقه الإسلامي فالبطلان (أبو زهرة، م س، ص 369 وما بعدها؛ السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها).

[612] الـمضامين ما في البطون (حمل في بطن أمّه) والـملاقيح ما في الظّهور (ابن رشد، م س: بداية الـمجتهد، ج 2، ص 111). ويمكن أن يعطى هنا أيضا مثال السّمك في البحر إلخ. والوجود في هذه الصّور فيه غرر، لكن عن هذا الغرر ينجرّ غرر آخر يهمّ الأوصاف والـمقادير وهو ما يدخلنا في الشّرط الثّاني الذي سنتحدّث فيه بعد قليل.

والجزاء في الفقه الحنفي مثلا هو البطلان [الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س: الـمدخل، ج 2، ص 744] أو الفساد (السّنهوري، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها). أمّا في القانون الفرنسي فالـمبدأ وجوب وجود الشّيء وإلاّ فالبطلان، لكن هذا الـمبدأ يعرف "تلطيفا" يهمّ أوّلا الأشياء الـمستقبليّة (شيء سيصنع – يقرب منها شيء الغير) وثانيا عقود الغرر (شيء لا يعلم إن كان ما زال موجودا أو أنّه هلك – شيء لا يعلم إن كان سيوجد ذات يوم: مثال السّمك في البحر). وفي هذه العقود إمّا أن يتحدّث عن الصّحّة وإمّا أن يتحدّث عن أحكام الشّرط (انظر: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 272).

ويمكن القول عن الصّور السّابقة إنّها لانعدام سبب قريب أو لغرر فيه. وهذا القول يدعونا إلى الإشارة إلى أنّه يعترضنا في الفقه الفرنسي حديث في مادّة الغلط عن انعدام السّبب البعيد أو عن غرر فيه: أب يشتري لابنته ثوب زفاف، ثمّ إنّ البنت لا تتزوج ("ڤيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 509) – حجز أماكن في حفل في الهواء الطّلق على أمل (لن يتحقّق فيما بعد) أن يكون الطّقس يوم الحفل جميلا ("كاربونيي"، م س: الالتزامات، عدد 41) – إلخ.

ويلاحظ هنا أنّ شرط وجود الـمحلّ إذا لم يتوفّر فقد نكون أمام غلط. ثمّ إنّ عدم وجود محلّ التزام طرف هو من زاوية الطّرف الآخر غلط منه في وجود السّبب القريب. فإذا وجد في هذه الحالات غرر انطبقت أحكام الغرر. وإنّ صورة ثوب الزّفاف (إلخ) لا تدخل في الشّرط (لأنّ هنالك محلاّ وهو ثوب الزّفاف، إلخ) ومن ثمّ في مادّة الغلط، بل إنّ حلّها يتبع مادّة الغرر ومادّة الشّرط.

وينبغي أن نختم بالإشارة إلى ما جاء عند ابن رشد (م س: بداية الـمجتهد، ج 2، ص 247.) من "جواز هبة الـمجهول والـمعدوم الـمتوقّع الوجود وبالجملة ما لا يصحّ بيعه في الشّرع من جهة الغرر.

كما قد يغيب الشّرط الثّاني – بأن نكون إمّا أمام عين معيّنة لم تقع تسميتها، أو الإشارة إليها، إلخ؛ أو أمام شيء مثلي لم يحدّد نوعه أو كمّه[613] – أو يغيب متمّمه وهو خلوّ النّوع والكمّ من الغرر[614].

فإذا أخذنا الشّرط الثّاني في جانبه الخاصّ بالعين الـمعيّنة التي لم توصف، والتي لم تتقدّم رؤيتها، أمكننا القول بوجود فرضيّتين:

فإمّا أن نكون أمام قانون لا يقبل بيع عين غائبة لم توصف ولم تتقدّم رؤيتها. وهنا لا يمكن أن يأتي من يقول ما لم أذكره من وصف صراحة أو دلالة ليس موجودا، وأنّه هو الذي أردته، وإن انعدم في الواقع فهذا يعني أنّي وقعت في غلط، لأنّ الجزاء سيكون عاملا لمجرّد عدم ذكر الوصف.

وإمّا أن نكون أمام قانون يقبل التّعاقد على عين غائبة لم توصف، وفي هذا يمكن أن يقال بما سبق، أي في هذا يمكن أن يوجد خيار الرّؤية.

وتبدو مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 63 منها) من جنس القانون الأوّل، لذا فهي رَحِمٌ لا يلد مثل هذا الخيار، وهي في هذا مثل جزء من الفقه الإسلامي. لذا لا يمكن الـمرور لمسألة الإحكام.

---

[613] انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 270. الذين حدّثونا أوّلا عن عين معيّنة (corps certain) أي عمّا لا يباع بالوزن والعدّ والكيل وأعطوا مثال بيع عقار أو عمل فنّي دون تعيينه. وثانيا عن الشّيء الـمثلي (chose fongible) وهو الذي يباع بالوزن والعدّ والكيل (وينقسم إلى النّقد objet monétaire وغير النّقد objet en nature : "كاربونيي"، م س: الالتزامات، عدد 55) والذي لا يحدّد نوعه (بيع طعام دون تحديد نوعه: أرز أو قمح أو... – سيارة دون تحديد نوعها – إلخ) أو كمّه (انظر الفصل 577 من مجلّة الالتزامات والعقود). وجزاء تخلّف هذا الشّرط في الفقه الإسلامي البطلان (انظر السّنهوري، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها. ولكن انظر ما سيرد في الـمتن). وينبغي أن نشير هنا إلى أنّ صورة الفصل 261 من مجلّة الالتزامات والعقود تدخل في هذا الإطار؛ وإلى أن نشير أيضا إلى أنّه وبعد أن يتوفّر التّعيين أو قابليّة التّعيين يمكن أن يتحدّث عن غلط أمّا قبل ذلك فلا.

[614] بيع بقرة على أنّها تحلب كذا، أو شاة على أنّها حامل، إلخ (انظر: ابن رشد، م س: بداية الـمجتهد، ج 2، ص111 و114؛ وانظر: حيدر (علي)، م س: درر الحكّام، ج 1، ص 306 تحت عنوان خيار الوصف). وهذه جهالة مفسدة للعقد لأنّها تؤدّي إلى نزاع مشكل [الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س: الـمدخل، ج 2، ص 741 وما بعدها].

187. — ممّا تقدّم يخلص أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لا تجسّد عدم الإحكام في الإطار الخاصّ. لكن الأمر مختلف على مستوى الإطار العامّ، فهنا ليس ثمّ إلاّ غلط وُجد، أي ليس ثمّ "شرط مغتفر".

ولقد سبق أن رأينا أن ليس ثمّ صور غلط، وثمّ معها علّة غائيّة أو فاعلة، أي في النّهاية ليس ثمّ شرط هنا أيضا ...

خلاصة العنوان الأوّل

188. — ... فإذا كان ليس ثمّ شرط "العلّة"، وليس ثمّ شرط "مغتفر"، فهذا يعني أنّ الحديث الذي سبقهما عن الصّور قد تضمّن الكلام عن الشّروط.

ولعلّ هذه الـمحصّلة تدعو إلى أن نربطها بنتيجة سبقتها ولأن نقول بعد ذلك:

- إنّ الحديث عن الشّيء هو حديث عن الشّخص، والحديث عنهما حديث عن القانون، ثمّ الحديث عن كلّ ما تقدّم هو حديث عن الشّرطين.

- وإنّ عدم الإحكام في الأحكام الـمتعلّقة بالشّيء لا بدّ لأجل ما سبق من أن يوجد في الأحكام الـمتعلّقة بالقانون[615].

وعلى هذا لم يبق تقريبا إلاّ أحكام الشّيء[616] وإلاّ عدم الإحكام الـمرتبط بها. وعليهما دار كلّ الحديث عن الغلط التّلقائي.

فإذا جئنا بما سيجيء وهو أنّ التّغرير غلط مُحْدَث، أمكننا القول إنّ الحديث عن الغلط التّلقائي هو بعدُ حديث عن الغلط الـمحدث، وإنّ عدم الإحكام في ذاك سنجده في هذا.

---

[615] علينا أن نذكّر هنا أنّ ما جاء أعلاه نتاج مقارنات جزئيّة، وأنّ ننبّه إلى ما أوردناه سابقا والذي مفاده أنّ تلك الـمقارنات الجزئيّة يجب أن تحضر معها الـمقارنة ذات الطّابع العامّ.

[616] ينبغي هنا (لكوننا في خلاصة) الإحالة على ما ورد سابقا من رسوم.

وينبغي أن نقول إنّ صور الغلط أهمّها الشّيء:

- فإذا نظر إلى عموم الصّور حسُن القول، من وجهة الصّناعة والـمنهجيّة التشريعيّة، بالتّفرقة بين صور الغلط الذي ينصبّ على سبب قريب وصور الغلط الذي ينصبّ على سبب بعيد.

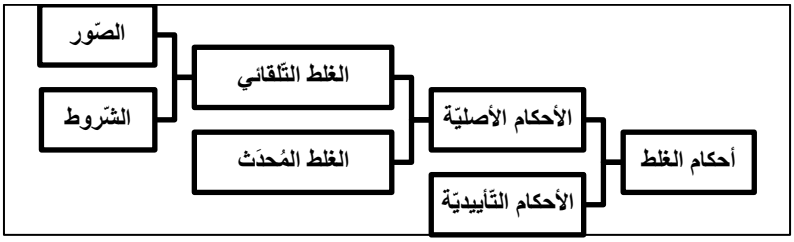
لكن (ولصعوبة التّفرقة أحيانا) ينبغي للتّشريع (حين يقرّر أن يعاقب هذه الصّور أو بعضها) أن يعاقبها عقابا واحدا (انظر في الجزء الثّاني ما عسى أن يكون هذا الجزاء الواحد وما عسى أن يكون أفضله) (ملاحظة: هذا السّبب يجعل دراسة الأحكام الأصليّة للغلط غير قابلة للفصل عن دراسة الأحكام التّأييديّة).

- وإذا نظر إلى أهمّ الصّور (وهي الشّيء)، حسُن من زاوية الـمنهجيّة التشريعيّة القول بالتّفرقة بين التّفاوت الفاحش والتّفاوت غير الفاحش.

لكن (ولصعوبة التّفرقة أحيانا) ينبغي للتّشريع (حين يقرّر أن يعاقب) أن يعاقب الصّورتين وأن يعاقبهما عقابا واحدا (انظر في الجزء الثّاني ما عسى أن يكون هذا الجزاء الواحد وما عسى أن يكون أفضله) (ملاحظة: هذا السّبب يجعل بدوره دراسة الأحكام الأصليّة للغلط غير قابلة للفصل عن دراسة الأحكام التّأييديّة).

لكن، لأنّ هذه النّتيجة متحقّقة بعدُ بواسطة ما تقدّم من محتوى، فإنّنا لن نبحث في إطار ما سيأتي من مادّة عن مسألة الإحكام في جانب هذه الـمادّة الذي تشترك فيه مع سابقتها، بل سنحاول أن نستكشف في هذه الـمادّة القادمة وجها آخر يدخل في علاقة مع نفس الـمسألة[617].

(617)



العنوان الثّاني:
الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدَث

189. — من ينظر إلى عنوان في مجلّة الالتزامات والعقود هو "في العيوب الـمبطلة للرّضا"[618]، يجد داخله خمسة فصول تتحدّث عن التّغرير. فإذا ترك الفصل 43 لأنّه نصّ للإعلان، وإذا ترك الفصل 61 باعتباره يهمّ غياب إرادة التّعبير الإيجابيّة والسّلبيّة، وإذا اكتفي بالفصول 56 و57 و60 لتعلّقها بغياب إرادة أثر ما أو إرادة عدم ذلك الأثر[619] ... إذا فُعِل ما سبق، أمكن القول عن الفصل 60 إنّه للقيمة[620]، وعن الفصل 56 إنّه لها ولغيرها[621]. لكنّ هذا الرّأي قابل للنّقاش إذ سيُرى أنّ مطلق النّص لا يفيد الإطلاق (وهو ما يقتضيه ذلك الرّأي) بل هو يفيد الخصوص: أي يفيد ما ليس قيمة. ويخلص ممّا تقدّم أنّ هنالك نصّا موضوعه ما ليس قيمة[622] وآخر محتواه القيمة. أمّا النّص الـمتبقّي وهو الفصل 57، فتابع – كما سنرى ذلك – للنّص الثّاني.

---

[618] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارات: "في العيوب الـمبطلة للرّضا" بعبارات أخرى: "في عيوب الرّضا". لكنّ القانون لم يستبدل معنى بمعنى. والسّبب أنّ فصله الثّاني قال إنّ مضمون الـمجلّة لم ينقّح. وهذا الكلام يعني أنّ تأويل الـمجلّة الذي يستند إلى العبارات القديمة يبقى صالحا بعد 2005.

[619] انظر حول إرادة التّعبير وإرادة الأثر: الفقرة عدد 1.

[620] فرّق أحدهم بين: أوّلا: القيمة وهي ما يساويه الـمبيع بين النّاس، وثانيا: الثّمن وهو ما يتراضى عليه الـمتبايعان وقد يكون أكثر أو أقلّ أو مساويا للقيمة، وثالثا: السّعر وهو "قيمة أو ثمن الواحد القياسي من الشّيء، مكيلا كان أو موزونا، أو مذروعا، أو معدودا. فإذا قيل اشترى فلان مائة متر من هذا النّسيج بسعر دينار، فمعناه أنّ كلّ متر بدينار، فمجموع الثّمن مائة دينار". الزّرقا (مصطفى أحمد)، العقود الـمسمّاة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دمشق دار القلم، ط 1، 1420 هـ/ 1999 م، ص 76 و77.

[621] انظر: الكناني (يوسف)، هل الغبن وحدة قانونية مستقلة ؟، الـمجلّة القانونيّة التّونسيّة، 1978، السّداسي الأوّل، ص 46.

KNANI (Youssef), La lésion est-elle une entité juridique autonome ? Revue tunisienne de Droit, 1978, premier semestre, p. 46.

[622] سيكتفى هنا بتحديد سلبي لموضوع الفصل 56 وذلك لأنّ التّحديد الإيجابي (هل هو لوصف الشّيء، ولوصف الشّخص، ولوصف السّبب، إلخ؟) لا يمكن الخوض فيه إلّا في مرحلة متقدّمة من هذا البحث.

190. — وعلى هذا يمكن تقسيم مادّة التّغرير الـمرتبطة بغياب إرادة الأثر إلى قسمين: واحد للتّغرير الـمنصبّ على غير القيمة (وهو تغرير الفصل 56) والثّاني للتّغرير الـمنصبّ على القيمة (وهو تغرير الفصلين 60 و57)[623]. لكن سنترك هذا التّقسيم، وسنعمد إلى آخر يبدو أكثر استجابة لمقتضى العرض الواضح. هذا التّقسيم الآخر يستند إلى ما قرّبته مجلّة الالتزامات والعقود على صعيد الـمكان من بعضه البعض وإلى ما أبعدته[624].

فما قرّبته هو تغرير الفصلين 56 و57 وما أبعدته هو تغرير الفصل 60.

وإنّا سنرى أنّ التّغرير هنا أو هناك غلط مُحْدَث. وهذا يعني أن بالإمكان تقسيم ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود (بعد أن نطرح منه الأحكام التّأييديّة) إلى أحكام أصليّة متعلّقة بالغلط الـمحدث هي للفصلين 56 و57 من جهة؛ وإلى أحكام أصليّة متعلّقة بالغلط الـمحدث هي للفصل 60 من جهة أخرى.

فإذا ركّبنا على هذا التّقسيم العلاقة بالإشكاليّة التي نعمل عليها، أعطى ذلك حديثا عن مسألة الإحكام في أحكام الفصلين 56 و57 من جهة، وحديثا عن مسألة الإحكام في أحكام الفصل 60 من جهة ثانية.

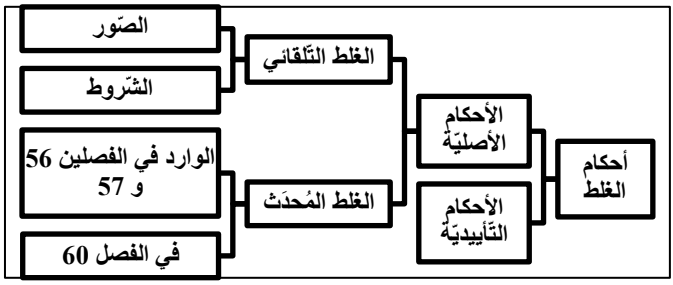
لذا سننظر في الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدث الوارد بالفصلين 56 و57 (الفصل الأوّل)، ثمّ في الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدث الوارد بالفصل 60 (الفصل الثّاني)[625].

---

[623] نظر مصطفى أحمد الزّرقا إلى الغاية من التّغرير وقسّمه من ثمّ إلى تغرير في الوصف وتغرير في السّعر. هذا التّقسيم يمكن أن يُسحب على مجلّة الالتزامات والعقود بشرط أن يتبيّن أنّ الفصل 56 هو فقط للوصف، وهو أمر ـ كما قيل أعلاه ـ سيخاض فيه لاحقا. ولقد قال الـمؤلّف نفسه عن الفقهاء الـمسلمين إنّهم نظروا إلى الوسيلة الـمستعملة وقسّموا من هنالك التّغرير إلى فعلي وقولي، كما قال إنّ الأوّل عنده هو عينه الأوّل عندهم، والثّاني لديه هو نفسه الثّاني لديهم. الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، ج1، 1418 هـ – 1998 م، ص 463 وما بعدها.

[624] إنّ ما سيعطيه هذا التّقسيم من أقسام يمكن الوصول إليه بواسطة أداة أخرى هي تركيبة الفصلين 56 و57 من جهة وتركيبة الفصل 60 من جهة أخرى: ففي الأوّلين جاء التّغرير كمبتدأ أو كمخبر عنه، وفي الثّاني (وكذلك في الفصل 61 ولكن هذا لن يدخل في عملنا) جاء داخل الجملة التي تمثّل الخبر (هو شرط للغبن في الفصل 60 ويمكن أن نضيف أنّه حال له، أي للغبن، في الفصل 61).

[625]


أحكام الغلط
الأحكام الأصليّة
الأحكام التّأييديّة
الغلط التّلقائي
الغلط المُحدَث
الصّور
الشّروط
الوارد في الفصلين 56 و 57
في الفصل 60

الفصل الأوّل :

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدَث الوارد بالفصلين 56 و 57

191. — من يقرأ الفصل 56، يمكنه أن يفصل داخله بين أربعة أحكام: أوّلها لما يؤتى به، أي للعمل[626]؛ وثانيها لمن يأتي بالعمل أي للعامل؛ وثالثها لتأثير العمل؛ ورابعها لجزاء العمل.

أمّا من يقرأ الفصل 57، فيمكنه أن يميّز فيه بين ثلاث طبقات: أوّلها للعمل[627]؛ وثانيها لأثره[628]؛ وثالثها لجزائه. كما يمكن أن يضيف طبقة أخرى تتعلّق بالعامل[629].

فإذا تُرِكت جهة الجزاء لكونها تتمثّل في حكم تأييدي، وتمّ الاهتمام فقط بالأحكام الأصليّة الـموجودة في الفصلين 56 و57، أمكن التّمييز بين: حكم يهمّ العمل، وآخر يهمّ العامل[630]، وأخير يهمّ أثر العمل.

فأمّا "أثر العمل"، فمرتبط بالـمتعاقد الـمغرَّرِ به، أي بالـمتعاقد الواقع في غلط محدث؛ وأمّا "العمل" و"العامل" فمرتبطين بمعاقِد الـمغرَّر به أي بالـمتعاقد مع الواقع في غلط محدث. وعلى هذا فإنّ ما ورد بالفصلين 56 و57 يمكن أن ينظر إليه من جهة هذا الشّخص أو من جهة ذاك. وانطلاقا ممّا تقدّم يمكن البحث في علاقة تلك الجهة ثمّ في علاقة هذه بمسألة الإحكام. بعبارة أخرى يمكن النّظر:

---

[626] عمل الشّيء لغة فعله عن قصد (انظر الـمعجم العربي الأساسي، الـمنظّمة العربيّة للتّربية والثقافة والعلوم، 1989. وانظر الـمعجم العربي الحديث).

وفعل: عمل، والفعل العمل والحركة والحدث (انظر الـمعجم العربي الأساسي).

وعلى هذا يمكن القول إنّ الفعل قد يكون مقصودا (هو عمل كما في الـمعجم، والعمل ما قصد)، وقد يكون غير مقصود (هو حركة وحدث، وهذان قد يكونان مقصودين أو غير مقصودين).

وبما أنّ الـمتحّدث عنه في الـمتن فعل مقصود – كما سيجيء تبيان ذلك لاحقا في الفقرة عدد 196 وما بعدها – اختير لفظ العمل لأنّه خاص بالـمتعمّد وترك لفظ الفعل لأنّه عامّ أي هو للمتعمّد وغير الـمتعمّد.

[627] انظر إن كان ثمّ فرق مع ما جاء في الفصل 56: الفقرة عدد 227 وما بعدها.

[628] انظر أين يلتقي جانب الفصل 57 هذا وأين يفترق مع الجانب الـمقابل له في إطار الفصل 56: الفقرة عدد 220 وما بعدها.

[629] انظر الفقرة عدد 210.

[630] انظر الفقرة عدد 210.

في الإحكام على مستوى جهة الـمتعاقد مع الواقع في غلط محدث (الـمبحث الأوّل).
وفي الإحكام على مستوى جهة الـمتعاقد الواقع في غلط محدث (الـمبحث الثّاني).

الـمبحث الأوّل: الإحكام على مستوى جهة الـمتعاقد مع الواقع في غلط مُحْدَث

192. — قيل منذ قليل إنّ هذه الجهة فيها العمل والعامل. فإذا ركّبنا على هذين الفكرةَ التي نعمل عليها أعطى ذلك عنوانا للإحكام والعمل (الفقرة 1) وآخر للإحكام والعامل (الفقرة 2).

الفقرة 1. الإحكام والعمل

193. — تحدّث الفصلان 56 و57 عن التّغرير[631]. ويمكن القول:
أوّلا إنّ هذه اللفظة لها في اللغة معنى الخداع.
ثانيا إنّ هنالك نيّة من صاحب اللفظ تفيد بأنّه قصد هذا الـمعنى[632].

194. — وينبغي هنا أن ننبّه إلى أنّ هذا الـمعنى حملته لفظة أخرى وردت بالفصل 43 (وقت وضعه) وهي لفظة التّدليس[633].
كما ينبغي أن يشار إلى أنّ الصّياغة الفرنسيّة لمجلّة الالتزامات والعقود استعملت في كلّ الفصول التي تمثّل موضوع هذا العمل لفظا واحدا يفيد لغة الخداع (dol)[634].

195. — والنّاظر إلى هذه الصّياغة الفرنسيّة - تماما كالـمتأمّل في الصّياغة العربيّة - يجدهما قد بيّنتا في الفصل 56 الـمقصود من التّغرير[635]، وهو أمر لم تأتياه في الفصل 57.

---

[631] جاءت اللفظة أيضا في الفصل 60 (وجاءت كذلك في الفصل 61، ولكنّ هذا لا يدخل في عملنا. ثمّ إنّها ومنذ قانون 2005 أدخلت إلى الفصل: 43).
[632] انظر ما سيأتي عن إرادة الـمشرع في إطار الفصل 56.
[633] انظر الـمعجم العربي الحديث.
[634] انظر معجم اللغة الفرنسيّة: "روبار الصّغير 1".

ويمكن القول (بصفة نظريّة، وبقطع النّظر عن البيان الـموجود بالفصل 56 والـمنعدم بالفصل 57) إنّ التّغرير لا تخرج وسائله عن اثنتين: فإمّا أن تكون وسيلة إيجابيّة، وإمّا أن تكون سلبيّة. بعبارة أخرى: يمكن التّغرير بالغير وخداعه: إمّا بالقيام عمل، وإمّا بعدم القيام بعمل.

196. — فإذا ربط ما جاء للتّوّ بالـمسألة التي نعمل عليها أدّى ذلك إلى حديث عن الإحكام وإتيان العمل (أ) وإلى حديث عن الإحكام وترك العمل (ب).

(أ) الإحكام وإتيان العمل

197. — يؤتى بالعمل إمّا بالقول وإمّا بما ليس قولا. لذا سينظر في علاقة هذا ثمّ في علاقة ذاك بمسألة الإحكام.

(1) الإحكام وإتيان العمل بما ليس قولا

198. — إنّ الحديث عن عمل إيجابي ليس قولا يختلف بحسب ما إذا جيء به في إطار الفصل 56 أو في إطار الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود

199. — ففي الإطار الأوّل، يمكن القول إنّ عبارة الفصل العربيّة (مخاتلات) والفرنسيّة (manœuvre) تعني لغة الخداع بواسطة أمر إيجابيّ لا يتمثّل في قول[636].

---

[635] فقالت الصّياغة العربيّة إنّه مخاتلات وكنايات، وقالت الفرنسيّة إنّه Manœuvres و Réticences.

[636] جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، ج 11، ص 199) تحت كلمة ختل ما يدلّ على أنّها تفيد الخداع ("خدعه عن غفلة [...] والتّخاتل: التّخادع [...] وفي الحديث [...] تختل الدّنيا بالدّين [...] من ختله إذا خدعه [...] وفي حديث الحسن في طلّاب العلم: وصنف تعلّموه للاستطالة والختل أي الخداع [...] الختل الذي هو الخديعة")،

كما جاءت في لسان العرب (م س، ج 11، ص 199) أمثلة للختل، وجميعها لعمل إيجابيّ ليس قولا ("يقال للصّائد إذا استتر بشيء ليرمي الصّيد [...] ختل الصّيد [...] والـمخاتلة: مشي الصّيّاد [...] في خفية [...] ثمّ جعل مثلا لكلّ شيء وُرّي بغيره وستر عن صاحبه [...] كأنّي أنظر إليه يختتل الرّجل

ولا نجد في الأعمال التّحضيريّة ما ينفي إرادة الـمشرّع لهذا الـمعنى من العبارة التي استعملها.

200. — وفي إطار الفصل 57، تنبغي ملاحظة أنّه لم تجئ فيه سوى لفظة التّغرير، وهذه مطلقة. ولأنّنا لا نجد قرينة مقيّدة، فينبغي إجراء الـمطلق على إطلاقه، والقول إنّه يعني ضمن ما يعني الخداع الذي تحدّثنا عنه أعلاه في إطار الفصل 56.

201. — فإذا قرّبنا هذه النّتيجة من القول إنّ هذا الخداع يعرفه كلّ من الفقه الإسلامي[637] والفقه والقضاء والقانون الغربي[638]، كانت الخلاصة أنّ هذه الـمادّة للفصلين 56 و57 – وبسبب وجود ما هو مثلها في الشّرق والغرب – لا يمكن القطع بأنّها محلّيّة أو مستوردة، وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل الـمحلّي، ومن ثمّ لا يمكن وفي الصّورتين الـمرور إلى مسألة الإحكام.

فهل الأمر على هذا النّحو بالنّسبة إلى مادّة النّصّين الـمتمثّلة في الخداع بواسطة القول؟

ليطعنه، أي يداوره ويطلبه من حيث لا يشعر، وختل الذّئبُ الصّيد: تخفّى له [...] ويقال للرّجل إذا تسمّع لسرّ قوم: قد ختلهم").

وفيما يخص كلمة: manœuvre فالـمعاجم تقول إنّها مركّبة من عمل œuvre ومن اليد main، ثمّ بعد ذلك تتحدّث هذه الـمعاجم عن الخداع (انظر إلى معجمي اللغة الفرنسيّة: روبار الصّغير 1 وليتري)

[637] يكفي هنا أن تؤخذ أحد الـمراجع الـمشار إليها في الحاشية الجانبيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع. انظر أيضا إلى: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 150 وما بعدها وخاصّة ص 153.

[638] يكفي هنا أيضا أن ينظر إلى أحد الـمراجع الـمشار إليها في الحاشية التّحتيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع.

(2) الإحكام وإتيان العمل بواسطة القول

202. — قد يجيء على اللسان ما يجانب الحقيقة، فإذا كان مقصودا، أي إذا كان عملا، ومقصودا به الخداع سمّي كذبا[639]، وإذا لم يتعمّد به الخداع سمّي خطأ[640].

203. — وإنّ محاولة العثور على الكذب بالفصل 57 ممكنة الإتيان بواسطة نفس الطّريقة التي اكتشف بها فيه وجود الخداع بواسطة ما ليس قولا.

أمّا محاولة العثور على خداع اللسان داخل الفصل 56، فينبغي أن تبدأ بملاحظة أنّ الـمشرّع لم يأت في هذا النّص بلفظ يفيد في اللّغة خصوص هذا الأمر. والسّؤال الذي يطرح هل جاء بهذا العمل من وجه آخر. وإنّ الجواب يمرّ عبر لفظة الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 التي تقابل كلمة الـمخاتلات: فبالإمكان القول – بناء على النّيّة الـمعبّر عنها مباشرة – إنّها منقولة من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة[641]. ويبدو أنّ واضعي هذه، قد نقلوا اللفظة من الـمعنى اللغوي الـمشار إليه سابقا، إلى معنى يفيد عموم الخداع[642]. على هذا تكون لفظة الفصل 56 قد أريد بها هذا الـمدلول العامّ. لكنّ هذا القول قد لا يقبل. والسّبب أنّ من يأتي بالعامّ لا يحتاج بعد ذلك إلى الإتيان بالخاص. وهذه هي حال الفصل 56، إذ بعد اللفظة

---

[639] قد يقع الكاذب في خطأ، وعندها يمكن أن يقول الحقيقة. وهذه صورة لا تهمّنا لأنّ الكذب لن يحدث غلطا.

[640] جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، ج 1، ص 709) أنّ الكذب والخطأ يتشابهان في كونهما ضدّ الصّواب، لكنّهما يفترقان: "من حيث النّيّة والقصد، لأنّ الكاذب يعلم أنّ ما يقوله كذب، والـمخطئ لا يعلم".

[641] أشير إلى الفصل 1116 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة في الحاشية التّحتيّة لكلّ من الفصل 47 من الـمشروع والفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجَع.

[642] انظر إلى هذا القول الذي جيء به من الأعمال التّحضيريّة للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة: "مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس"، م س، عدد 193. لكنّنا سنرى أنّه، ولئن أعطيت لفظة الفصل 1116 الـمعنى الـمتمثّل في الكذب دون أن يحصل اختلاف (وهذا يكفينا في إطار ما نحن بصدده الآن)، فإنّه رفض وإلى وقت قريب إعطاءها معنى الكتمان على الأقلّ في بعض الصور.

الـمعتنى بها هنا جاء الـمشرّع بلفظة أخرى[643]. ويمكن أن يُرَدَّ على هذا بأنّ من يأتي بالعامّ قد يخشى أن يؤتى إليه ويُخرَج منه – لسبب أو لآخر بواسطة عمليّة التّأويل – أمرا معيّنا. فإذا أراد ألاّ يُفعل ذلك جاء بالخاصّ دون العامّ[644]، أو – وهذا ممكن بدوره – جاء بالخاصّ إلى جانب العامّ.

ويمكن أن يضاف إلى ما تقدّم، ودائما في إطار النّيّة الـمعبّر عنها مباشرة، أنّ هنالك مرجعا استعمل في الـمشروع الـمرَاجع وجاءت فيه اللفظة الـمتحدّث عنها هنا للتّعبير عن وقائع فيها خداع بأمر إيجابيّ ليس قولا، وفيها أيضا – وهذا ما يجب أن يُسَطّر – خداع بأمر إيجابيّ يتمثّل في قول [645].

وعلى هذا وعلى ما سبقه، يمكن القول إنّ لفظ الفصل 56 أريد به أيضا الكذب. وهو قول يضاف إلى ما تمّ التّأكيد عليه بعدُ في إطار الفصل 57.

204. — فالنّصان إذن تعرّضا للكذب. والأمر ليس مختلفاً بالنّسبة إلى الفقه الإسلامي وإلى الغرب[646]. وعلى هذا فمادّة مجلّة الالتزامات والعقود الـمتمثّلة في

---

[643] لفظة Réticence وتقابلها في الصّياغة العربيّة لفظة الكنايات.

[644] وهنا سيقال إنّ الخاصّ يفيد العموم.

[645] انظر إلى الحاشية التّحتيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع حيث تمّ إيراد قرار تعقيبي فرنسي جاءت في وقائعه أعمال يد، وأعمال لسان واستعملت للتّدليل عليها اللفظة الفرنسيّة: "manœuvre":

تعقيبي، 21 جويلية 1886، سيراي 1887، 1، 316.

Cass, 21 juillet 1886, Sirey 1887, 1, 316.

ويمكن أن يشار هنا إلى أنّ الحاشية الجانبيّة جاء فيها حديث عن الخداع القولي، لكن – وبسبب انعدام ربط مباشر مع اللفظة الـمعتنى بها هنا – لم يستعمل هذا الحديث كحجّة.

[646] انظر بالنّسبة إلى الفقه الإسلامي:

الـمراجع الواردة بالحاشية الجانبيّة للفصلين 47 و48 من الـمشروع، وقد جاءت فيها مثلا الـمادّة 658 من الـمجلّة العثمانيّة التي احتوت على الغرور القولي.

الـمراجع الواردة بالحاشية الجانبيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع وفيها ما ورد داخله حديث عن الكذب:

ابن نجيم، م س، I، 334: "الغرور [...] لو أخبره رجل أنّها حرّة [...] فظهرت مملوكة".

التّسولي، م س، II، 286.

الزّرقاني، م س، V، 133: "التّغرير الفعلي [...] له الرّدّ بذلك لأنّه غرور فعلي بخلاف القولي كمن قال لشخص بع سلعتك من فلان أو عامله فإنّه ثقة مليء وهو يعلم خلاف ذلك [...] أو أعار شخص إناء مخروقا وهو يعلم به وقال إنّه صحيح فتلف ما وضع فيه بسبب الخرق فلا ضمان في جميع ذلك على الـمشهور [...] وهذا ما لم ينضمّ للغرور القولي عقد فيما يمكن فيه ذلك".

الكذب ثمّ مثلها في الشّرق والغرب. لذا لا يمكن القول عنها إنّها محلّيّة أو مستوردة. وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل الـمحلّي. من أجل ذلك لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

والسّؤال الذي يظلّ يلحّ – بعد كلّ ما ورد حول الفصل 56 وحول معرفته للكذب – هو: لماذا لم يفرد للكذب لفظ خاص كما فعل مع الخداع بأمر إيجابي ليس قولا وكما فعل مع الخداع بأمر سلبيّ؟ إنّ الجواب لا يمكن أن يُقدّم إلاّ بعد التّعرّض إلى هذا النّوع من الخداع، وهو ما سيؤتى به الآن من خلال العنوان الخاص بالإحكام وترك العمل.

(ب) الإحكام وترك العمل

205. — تمّ في السّابق تحديد مادّة الفصل 57[647] على نحو مطلق يجعلها قادرة على أن تحوي الخداع بواسطة أمر سلبي. لذا ينبغي الـمرور دون تأخّر إلى تحديد مادّة الفصل 56 على مستوى هذه النّقطة. هذا التّحديد يستوجب التّوقّف عند لفظة النّص وهي الكنايات. وهذه اللفظة لها معنى وحيد في اللغة هو: التّكلّم

وانظر أيضا:

شحاتة (شفيق)، النّظريّة العامّة للالتزام في القانون الإسلامي الحنفي، باريس، سيراي، 1969, ص 121.

CHEHATA (Chefiq), *Théorie générale de l'obligation en droit musulman Hanefite, Le sujet de l'obligation*, Paris, Sirey, 1969, p. 121.

السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 155 وما بعدها، حيث تعرّض للفقه الحنفي (مبسوط السّرخسي) وللفقه الـمالكي (مدوّنة مالك وقوانين ابن جزي) وللفقه الشّافعي (مهذب الشّيرازي) وللفقه الحنبلي (الشّرح الكبير على متن الـمقنع).

وانظر بالنسبة إلى الغرب:

الـمراجع الـمستعملة بالحاشية التّحتية للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع، وقد جاءت الإشارة إلى الكذب في:

"أوبري" و"رو"، م س، ج 4،الفقرة 343 مكرّر، حيث تحدّثا عن نسبة وصف للشّيء هو ليس فيه، وهذا هو الكذب.

"لوران"، م س، ج 24، عدد 528، حيث يوجد ما ورد أعلاه عند "أوبري" و"رو"، إلخ.

[647] انظر الفقرة عدد 202.

بشيء وإرادة غيره[648]. وينبغي هنا – بعد إعطاء هذا اللفظ ذلك الـمعنى ابتداءً – البحث عن نيّة صاحبه. فإمّا أن نواصل بعد هذا البحث القول بذلك الـمعنى، وإمّا أن نهجره لنقول بغيره.

206. — وتطبيقا لما جاء للتّوّ وحين نذهب إلى الـمشروع نجده قد تحدّث عن التّغرير (dol). ثمّ جاء بلفظة manœuvre (ترجمت فيما بعد بالـمخاتلات) في معرض بيان. وكلّ ذلك بالفصل 47[649]. ثمّ إنّه جاء بالفصل 48 وفيه بيّن (إذن للمرّة الثّانية) معنى التّغرير وقال إنّه الإيهام بوجود معدوم أو بانعدام موجود، ممّا يدلّ على أنّ لفظة manœuvre الـمترجمة إلى الـمخاتلات تفيد هذا الإيهام.
أمّا الـمشروع الـمرَاجع فقد جاء فصله الواحد والسّتون بلفظة dol (ترجمت في ما أسميناه التّرجمة الكاملة بـ: التّغرير). وبيّنها تبيانا أوّلا بلفظة manœuvre (ترجمت بـ: الـمخاتلات). ثمّ بيّنها تبيانا ثانيا بلفظة réticence (التي ترجمت إلى الكنايات)[650]. وجاءت الحاشية الجانبيّة لذلك الـمشروع بتفسير أوّل للتّغرير مفاده أنّه الإيهام بوجود معدوم، والإيهام بانعدام موجود (ومن يأتي بالـمشروع سيقول إنّ الأمر يتعلّق دائما باللفظ الذي ترجم إلى الـمخاتلات). كما جاءت تلك الحاشية بتفسير ثان للتّغرير حاصله أنّه الامتناع عن تنبيه الآخر إلى أمر له مصلحة في معرفته. وهذا التّفسير الثّاني لا يمكن أن يكون إلاّ تفسيرا للّفظ الذي تُرجم بـ: الكنايات. وعلى هذا فنيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة تفضي إلى القول بأنّه أراد من هذا اللفظ (الذي ترجم بالكنايات) "عدم تنبيه الآخر ..."، أي أراد الكتمان. وإنّ لفظا يُراد منه الكتمان لواجب التّرجمة لا بلفظ الكناية (كما فُعِل ذلك في

---

[648] انظر لسان العرب لابن منظور (م س، ج 15، ص 233):" والكناية أن تتكلّم بشيء وتريد غيره. وكنّى على الأمر بغيره يكنّي كناية: يعني إذا تكلّم بغيره ممّا يستدلّ به عليه نحو الرّفث والغائط".

[649] Article 47 : "Le dol est une cause de rescision de l'obligation lorsque les manœvres […]".

[650] Réticence
وهي اللفظة التي جاءت بالصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 وتعني لغة السّكوت الـمتعمّد (انظر الـمعجم الفرنسي: "روبار الصّغير 1": "omission volontaire d'une chose qu'on devrait dire" ويترجم قاموس الـمنهل هذه الكلمة بـ: "كتم، تكتّم، إكنان، طيّ، إخفاء، صمت أو سكوت عن تقديم بيانات".

التّرجمة الكاملة للمشروع الـمرَاجع)، بل بلفظ الإكنان أو الكنّ أو الكنون[651] (ملاحظة: ورثت مجلّة الالتزامات والعقود هذا الخلل، لأنّ لفظة réticence في صياغتها الفرنسيّة تقابلها في الصّياغة العربيّة لا لفظة الإكنان أو الكنّ أو الكنون، بل لفظة الكنايات. وإنّ هذا لموطن كان ينبغي فيه للقانون عدد 87 الـمؤرخ في 15 أوت 2005 أن يتدخّل. لكنّه لم يفعل. بل اهتمّ بـ:"الجانبين" واستبدلها بـ: "الطرفين". واهتمّ بـ: "متواطيا" واستبدلها بـ: "متواطئا". واعتنى بـ: "الجانب" وغيّرها بـ: "الطرف").

وبالإمكان القول على ضوء ما سبق إنّ الإخفاء معنى لغوي في الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56، ولكنّه معنى تشريعي في الصّياغة العربيّة، أي بالإمكان القول – وهذا هو الـمنشود– بأنّ النّص يعرف الخداع بواسطة أمر سلبي، أي الكتمان.

207. — فإذا استحضرنا أن من الجائز قول نفس الشّيء عن الفصل 57، تبيّن أنّ الـمرحلة الـموالية ستتمثّل في التّساؤل: هل أنّ هذا النّوع من الخداع معروف من الفقه ومن الغرب؟

الجواب بالإيجاب[652].

---

[651] في اللغة هنالك:

كنّى كناية: وتعني تكلّم بشيء وأراد غيره.

أكنّ إكنانا: وتفيد ستر.

كنّ كنّا وكنونا: وتدلّ على ستر وغطّى وأخفى.

انظر: الـمعجم العربي الحديث.

[652] بالنسبة إلى الفقه انظر:

الـمراجع الواردة بالحاشية الجانبيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع، وعلى وجه الـمثال:

الزّرقاني، م س، ج 5، ص 136: "فيظهر من العيوب ما ليس فيه ويكتم ما فيه". وقد تحدّث الزّرقاني عن الكتمان أيضا في ص 134 و135 ولكنّ الحاشية لم تشر إلى هذا الـمكان.

التّسولي، م س، ج 2، ص 286.

ولقد ذهب الفقه بعيدا، فأوجب على البائع مثلا أن يبيّن: "ما علمه من عيب سلعته قلّ أو كثر [...] وعليه تفصيله أو إراءته [...] إن كان يرى [...] ولا يجمله، أي لا يجوز له إجمال العيب، أي يجمل في الجنس الصّادق على أفراده ولم يعيّن الغرر القائم به، كهو معيب ولم يعيّن العيب [...] ومن الإجمال أن يذكر العيب الذي هو به وغيره ممّا ليس فيه [...] لأنّ الـمشتري ربّما علم سلامته ممّا ليس فيه فيظنّ سلامته من الآخر".

هذا الضّرب من الجواب يوجّه محتوى الـمرحلة الـموالية نحو منحى معيّن هو عدم إمكان الجزم فيما يخصّ هذه النّقطة من الفصلين 56 و57 بأنّها محلّيّة أو مستوردة.

208. — وهذه الـمرحلة، بدورها وبهذا الـمحتوى، تسير بمضمون تاليتها إلى اتّجاه حاصله عدم إمكان الـمرور إلى الإحكام وإلى علاقته بالنّصّين في جانبهما الخاصّ بالتّعرّض للكتمان.

209. — لكنّ هذا التّعرّض للكتمان، من قِبل الفصل 56 على الأقلّ، وإن لم يقدّم أو يؤخّر هنا، فهو يفيد على صعيد آخر إذ يسمح بتبرير عدم إفراد هذا النّص الكذب بلفظة خاصّة. هذا التّبرير يتمثّل في "دقيقة" حاصلها أنّ الكذب قول والكتمان صمت. وإنّ من قال كاذبا بوجود أمر، يكون قد كتم وصمت بخصوص عدم وجوده. ومن قال كاذبا بعدم وجود أمر، يكون قد ستر وسكت عن وجوده. فالكاذب قائل وساكت. لكنّ محلّ القول مختلف عن محلّ السكوت. لذا فإنّ من يضع معنى الكذب، يمكنه ألاّ يضع له اللفظ الخاصّ به: أي يمكنه أن يكتفي بوضع لفظ يفيد الكتمان. لكنّ العكس ليس ممكنا. فمن يضع معنى الصّمت مضطرّ لأن يضع له اللفظ الخاصّ به إذ الصّامت قد لا يكون كاذبا، أي قائلا.
وما سبق يبرّر عدم كلام الفصل 56 عن الكلام، ويفسّر كلامه عن عدم الكلام[653].

ملاحظة: هذا الكلام هو لابن جزي، وقد ورد عند السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 170 و172. انظر أيضا حول عدم جواز الإجمال: التّسولي، الـمرجع الـمعتمد في الحاشية، ج 2، ص 36 وما بعدها.
وإنّ العيب ليس بالضّرورة نقصا "طبيعيّا"، بل هو كلّ أمر في الـمعقود عليه يكرهه الـمتعاقد معه ويقلّل من رغبته فيه. انظر: ابن جزي، القوانين الفقهيّة، بيروت، الـمكتبة الثقافيّة، ص 174. وانظر حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 377، عدد 25.
بعبارة أخرى: العيب هو كلّ ما تحقّق أو ظنّ أو شكّ أن يترك العقد لأجله. انظر عليش (محمّد)، شرح منح الجليل على مختصر العلّامة خليل وبهامشه حاشيته الـمسمّاة تسهيل منح الجليل، بيروت، دار صادر، ج 2، ص 716.
وانظر عموما وحول مختلف الـمذاهب: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 169 وما بعدها.
وبالنّسبة إلى الغرب انظر: الـمراجع الواردة بالحاشية الجانبيّة للمشروع الـمرَاجع. وعلى وجه الـمثال: "لوران"، م س ، ج 15، عدد 528.

[653] بعبارة أخرى هنالك نوعان من الكتمان: كتمان للحقّ لا يصحبه تغيير للحقّ (كتمان مجرّد) وكتمان للحقّ يصحبه تغيير للحق (باليد أو باللسان). ولفظ الكتمان يمكن أن يحمل النّوعين. أما

فالنّص إذن قد احتوى الخداع بواسطة أمر سلبيّ هو عدم الكلام. كما تضمّن أيضا الخداع بواسطة أمر إيجابي هو الكلام. كلّ ذلك مع تعرّضه إلى الخداع بواسطة أمر إيجابيّ آخر لكنّه ليس كلاما.

وهذا القول نفسه أمكن الخروج به من الفصل 57.

كما أمكن أن يُلاحَظ أنّ مادّة العمل – وبمثل هذه الجوانب الثّلاثة – موجودة في الفقه وفي الغرب. وهذا وقف دون إمكان القطع بأنّ ما جاء بالنّصّين محلّي أو

اللفظ الذي يفيد تغيير الحقّ باليد أو باللسان (مثلا لفظ الكذب)، وإن كان ينطوي على كتمان للحقّ، فإنّ هذا الكتمان ليس مجرّدا، أي أنّ هذا اللفظ لا يحمل النّوع الأوّل من الكتمان.

ويمكن أن نجد في القرآن الكريم أثرا لنوعي الكتمان، بل أثرا لكون النّوع الأوّل أقلّ خطورة من الثّاني، لأنّ هذا الثّاني فيه زيادة:

جاء في البقرة (الآية 174): ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنَ الْكِتَابِ وَيَشْتَرُونَ بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ مَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا النَّارَ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.

وجاء في آل عمران (الآية 77): ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.

فالأوائل عقوبتهم: لاَ يُكَلّمُهمُ الله + لاَ يُزكّيهم + لَهُم عَذابٌ أليمٌ.

والثّانين عقوبتهم: لاَ يُكَلّمُهمُ الله + لاَ يُزكّيهم + لَهُم عَذابٌ أليمٌ + لاَ يُنظَر إليهم.

والسّبب أنّ الأوائل كتموا "ما أنزل الله [...] (أمّا الثّانين فإنّهم) لم يكتموا الحقّ فقط بل غيّروه وأقسموا على ذلك [...] فهم لم يكتفوا بالكتمان بل تجاوزوه [...] فلمّا زادوا في الذّنب زاد الله لهم في العقوبة فقال: (وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ)". السامرّائي (فاضل صالح)، التّعبير القرآني، الأردن، دار عمار، ط 1، 1418 هـ/ 1998 م، ص 123.

وإنّ ما سبق ينبّه إلى أنّ عرض التّغرير ينبغي أن لا يكون على النّحو التّالي: عناصر التّغرير= عنصر مادّي (فعل/ قول/ صمت) + عنصر معنوي (انظر مثلا: الزّين (محمّد)، م س، عدد 176 وما بعده). فهذا العرض قد يوحي بأنّ للفعل عنصرا معنويّا وللقول عنصرا معنويّا وللصّمت عنصرا معنويّا، وبأنّ كلّ واحد لا علاقة له بالآخر. والحقيقة: أوّلا أنّ العنصرين غير منفصلين (قد نفصلهما لضرورات بيداغوجيّة ولكن ينبغي أن لا يُنسى هذا فيما بعد وأن لا يعدّ الأمر وكأنّه ما يعبّر عن الحقيقة). وثانيا أنّ الفعل مرتبط بالصّمت والقول مرتبط بالصّمت. وعلى هذا ينبغي عرض هذا الجانب من مادّة التّغرير بالبدء بالحديث عن كتمان الحقيقة أو الواقع، ثمّ يُشار بعد ذلك إلى أنّ هذا الكتمان قد يأتي وحده، وقد يرافقه تغيير للحقيقة بواسطة اليد أو بواسطة اللسان (ثمّ يُتحدّث داخل هذه النّقاط عن إثبات الكتمان الذي يأتي وحده وعن إثبات الكتمان الذي يرافقه تغيير للحق بواسطة اليد أو بواسطة اللسان).

ثمّ إنّ ما سبق يُرى منه أنّ النّص القرآني ولتنوّع الصّور نوّع في الجزاء وشدّده حيث ثمّ زيادة. أمّا مجلّة الالتزامات والعقود فلم تفعل. وهذه الـمسألة وسابقتها لهما علاقة بالإحكام وبالصّناعة والـمنهجيّة التّشريعيّة.

مستورد. وعلى تقدير أنّه مستورد فهو مثل الـمحلّي. وكلّ هذا حال دون الـمرور إلى مسألة الإحكام.

والسّؤال الذي يطرح هل ستكون النّتيجة على مستوى العلاقة بمسألة الإحكام هي نفسها مع مادّة أخرى في النّصين، أي مادّة العامل.

الفقرة 2. الإحكام والعامل

210. — لم يأت الفصل 57 بما جاء به الفصل 56 على صعيد تعداد الأشخاص الذين يقع منهم التّغرير. لكن من يبحث في نيّة الـمشرّع، يجد أنّها اتّجهت إلى أن يفترق ذاك عن هذا على مستوى جزء من مادّة أثر العمل[654]، وإلى أن يلتقيا على مستوى غيرها ومن ضمنها مادّة العامل. لذا فإنّ معرفة هذه الـمادّة في إطار الفصل 56 هي معرفة لها في إطار الفصل 57. فإذا تحقّقت هذه الـمعرفة، أمكن الـمرور إلى الـمرحلة الـموالية وهي مرحلة التّعرّف على نفس الـمادّة في الفقه وفي الغرب. وكلّ ذلك سيسمح بإتيان الـمرحلة الثّالثة، وهي مرحلة محاولة الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود وتحديد هل ثمّ إحكام في أحكامها:

211. — وينبغي بدء الـمرحلة الأولى بالتّعرض إلى تفرقة جاءت في فقه القانون الالـماني بين التّغرير في إطار تصريح بالإرادة غير قابل للتّلقي أو للموْرِد، والخداع في إطار تصريح قابل للتّلقي أو للموْرِد[655]. ففي الأوّل لا يُلتفت إلى وصف العامل، وفي الثّاني يعتنى بهذا الأمر بأن يقصى الغير ابتداءً ويقبل استثناءً[656]. وتنبّه هذه الإشارة السّريعة إلى فقه القانون الالـماني إلى أمرين:

---

[654] انظر ما سيأتي بالفقرة عدد 227 وما بعدها.

[655] جاء عند أحدهم أنّ الـمبدأ هو كون التّصريح يوجّه من شخص (الـمصدر) إلى شخص آخر (الـموْرد)، وهذا يوصف بالتّصريح القابل للتّلقّي أو للموْرد، ولا يكون نافذا إلّا متى تلقّاه الـموجّه إليه أي ورد عليه. لكن هنالك تمظهرات إرادة لا يشترط لنفاذها ما سبق، وهي تصاريح الإرادة غير القابلة للتّلقّي أو للمورد. وهذه عددها محدود، وهي بالأساس الوصيّة، وإنشاء الوقف أو إنهاؤه، والوعد بجائزة، وإمضاء عمل قانوني يقبل الـمنازعة، والإقرار بالأبوّة. وتكون نافذة بمجرد إصدارها. "فيتز" (كلود)، م س، عدد 87.

[656] انظر: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 362 وما بعدها حيث جاء أنّه وفي التّصريح القابل للتّلقّي أو للمورد وكمبدأ يقصى الغير (والـمقصود بالغير، ليس ممثّل متلقّي التّصريح، ولا هو من أسهم في الإبرام لمصلحة هذا الـمتلقّي، مثل بائع السّيّارات الذي يسهم في إنشاء عقد القرض الذي يجمع

فأمّا الأوّل فهو أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تتناول إلاّ النّوع الثّاني من التّصاريح. وأمّا الثّاني فهو أنّها قريبة من تمشّي فقه القانون الـمذكور إذ أنّها بدأت بأحد الجانبين وبنائبه وبالـمتواطئ معه، ثمّ وفي جملة مستقلّة تعرّضت إلى الغير.

212. — وإن تغرير أحد الجانبين[657] لا يحتاج إلى مزيد حديث هنا[658]، وإن كان سيرجع إليه لاحقا. أمّا تغرير النّائب، فيحتاج إلى ملاحظة أنّه جاء عامّا، وذلك من وجهين:

فمن الوجه الأوّل يشمل النّائب الاتّفاقي والنّائب القانوني.

ومن الوجه الثّاني يحوي صورة وجود علم من الـمنوّب بعمل النّائب وصورة غياب هذا العلم.

والسّؤال ماذا يفيد العامّ في هذين الوجهين؟

ينبغي للجواب الرّجوع إلى نيّة الـمشرّع[659]: فبالنّسبة إلى مسألة النّائب يمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أرادت الاتّفاقي والقانوني[660]؛ أمّا بالنّسبة إلى علم الـمنوّب فيمكن القول إنّ الـمجلّة أرادت هنا أيضا العموم[661].

213. — وإنّ تغرير الـمتواطئ، هو مثل تغرير أحد الجانبين، لا يستوجب مزيد إيضاح.

الـمشتري بالبنك)، لكن وكاستثناء أوّل يؤخذ بعمل الغير لو أنّ الـمتلقّي يعلم أو من الـمفروض أن يعلم بالتّغرير، كما أنّه – وكاستثناء ثان – يعتمد التّمشّي نفسه لو أنّ الحاصل على حقّ مباشر في العقود لفائدة الغير تحقّق فيه الشّرط نفسه (شرط العلم الحقيقي أو التّقديري).

[657] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "أحد الجانبين" بعبارة أخرى: "أحد الطّرفين".

[658] إلّا أن يبحث مثلا في إمكان أن يقاس عليه الـمنتفع في اشتراط لمصلحة الغير.

[659] انظر الفقرة عدد 177 و202.

[660] جاء عند "دومولومب" (م س، ج 24، عدد 187) حديث عن النّائب الاتّفاقي والقانوني. وإنّ الحاشية التّحتيّة للفصل 61 من الـمشروع، حين أشارت إلى هذا الـمؤلّف في هذا الجزء الرّابع والعشرين، يمكن أن يفهم منها تعرّض لهذه الفقرة عدد 187. ما قالته الحاشية هو بالضبط: sq187 .

[661] جاء عند "دومولومب"، وفي الـمكان الـمشار إليه بالحاشية التّحتيّة للفصل 61 من الـمشروع أي بالجزء 24 وبعدد 186، قبول للتغرير الذي يأتيه النّائب والذي لا يبلغ مسامع الـمنوّب.

214. — أمّا تغرير الغير فقد جاء كما سبق في جملة مستقلّة. والسّبب أنّه لم يكن موجودا في الفصل 47 من الـمشروع. ثمّ رئي أن يُضاف فأُضيف. لكن اختير أن لا يصاغ نصّ الفصل 47 من جديد بحيث يعاد تركيب محتواه من بدايته، وبالتّحديد اختير أن يؤتى إلى ذيل النّصّ وأن تزاد بعده جملة. وكلّ هذا أعطى الفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجَع في صياغة تتركّب من جملة أولى ثمّ من جملة ثانية هي للتّدارك والاستدراك. وإنّ هذه الصّياغة هي التي صارت فيما بعد الفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود. وجميع هذه الـمعطيات يمكّن من الوصول إلى تأكيدين:

فأمّا التّأكيد الأوّل فيهمّ مسألة وصف علم الـمتعاقد بتغرير الغير هل هو الحقيقي فقط أم أنّه التّقديري أيضا. ولعلّ الإجابة تستقى من التّنبّه إلى أنّ زيادة الجملة في الـمتن، قد صحبتها زيادة مرجع في الحاشية التّحتيّة يتمثّل في الفصل 123 من الـمجلّة الـمدنيّة الالـمانيّة[662]، ولعلّ هذا يرجّح[663] قولا مفاده أنّ نيّة الـمشرّع قد اتّجهت إلى الأخذ بهذا النّصّ على مستوى قوله بتغرير الغير إذا علمه الـمتعاقد أو كان من الواجب أن يعلمه[664].

وأمّا التّأكيد الثّاني فمفاده أنّه لا يمكن، من خلال تاريخ جملتي الفصل 56، لا إثبات ولا نفي أنّه أريد إقصاء الغير على وجه الـمبدأ في الجملة الأولى، وقبوله بوصف الاستثناء في الجملة الثّانية.

---

[662] لم يجئ في الحاشية التّحتيّة للفصل 47 من الـمشروع إلّا الفصل 1116 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. أمّا في الحاشية التّحتيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجَع فقد أضيفت مراجع فقهيّة وقضائيّة، كما أضيف – وهذا ما أشير إليه أعلاه – الفصل 123 من الـمجلّة الـمدنيّة الالـمانيّة.

[663] إنّ مردّ الشّك في مسألة الرّجحان أنّه أضيفت أيضا إلى حاشية الـمشروع الـمرَاجع مراجع لا علاقة لها بالـمعنى الذي سنتحدّث عنه.

[664] انظر الفقرة الثّانية من الفصل 123 من الـمجلّة الـمدنيّة الالـمانيّة التي جاء فيها: "إذا كان الغير هو صاحب عمل اليد الذي هدف به إلى الخداع، وكان التّصريح واجب الإصدار باتّجاه الآخر، فالتّصريح لا يقبل الإبطال إلّا إذا كان هذا (الآخر) يعلم أو من الواجب أن يعلم بهذا العمل".

"Lors qu'un tiers est l'auteur de la manœuvre destinée à tromper, et que la déclaration devait être émise envers un autre, cette déclaration n'est annulable que si celui–ci connaissait ou aurait dû nécessairement connaître cette manœuvre".

الـمجلّة الـمدنيّة الالـمانيّة الصّادرة في 18 أوت 1896 والدّاخلة حيز التّطبيق في غرّة جانفي 1900، باريس، الـمكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، 1929.

Code civil Allemand, Paris, L.G.D.J., 1929.

215. — لكنّ تاريخ الفصل 56 يمكّن من ختم هذه الـمرحلة الأولى الـمتعلّقة بتحليل مادّة العامل كما وردت بهذا النّصّ بخلاصة مفادها: أنّ الـمتعاقد في الجانب الأوّل من الـمادّة فاعل لوحده؛ وأنّه في الجانب الثّاني (أي جانب النّائب) إمّا شريك بالعلم[665]، وإمّا بريء[666]؛ وأنّه في الجانب الثّالث (جانب الـمتواطئ) شريك بالفعل؛ وأنّه في الجانب الأخير شريك بالعلم[667]. وكلّ هذا يعطي ثلاثة أقسام: قسم للمتعاقد الفاعل، وقسم للمتعاقد الشّريك، وقسم للمتعاقد البريء[668].

216. — وما ورد في الـمرحلة الأولى يسهّل دخول الـمرحلة الثّانية من بابها الغربي. فلقد جاء في تلك ما يسمح بالتّأكيد على أنّ الغرب يعرف هذه الأقسام

---

[665] إن كان الـمنوّب عالـما.

[666] إن لم يكن الـمنوّب عالـما.

[667] انظر إلى "دومولومب" في الـمرجع والـمكان الـمشار إليهما بالحاشية التّحتيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع حيث يقول إنّ: "الطّرف الذي علم بالتّغرير الذي أتاه الغير لكي يؤدّي بالطّرف الآخر إلى التّعاقد دون أن ينبّهه، يجب أن يعدّ مشاركا فيه. فكيف يخدعك الغير بحضوري وبواسطة تأكيدات كاذبة حول موضوع العقد الذي سنقوم به معا، ومع ذلك أبرم معك هذا العقد، بدون أن أقول لك شيئا، مستغلّا الخداع الذي رأيت أنّك مثّلت محلّا له. فمن يدّعي أنّي لم أتحوّل إلى شريك بواسطة كتماني" ("دومولومب"، م س، ج 24، عدد 186)

"[…] la partie qui, ayant eu connaissance du dol pratiqué par un tiers pour déterminer l'autre à contracter, n'en aurait pas averti celle-ci, devrait être considérée comme ayant participé elle-même. Comment un tiers vous trompe, en ma présence, par des affirmations mensongères sur l'objet du contrat, que nous allons faire ensemble et néanmoins, je conclu avec vous ce contrat, sans vous en rien dire, profitant ainsi des manœuvres frauduleuses dont je vois que vous êtes l'objet. Qui voudrait prétendre que je ne m'en suis pas rendu complice par ma frauduleuse réticence".

وعلينا أن نلاحظ أنّ الذي يميّز الجانب الرّابع عن الجانب الثّالث أن ثمّ في هذا اتّفاق مسبّق بين الـمغرِّر والـمتعاقد، أمّا في ذلك الجانب الرّابع فليس ثمّ إلاّ مجرّد علم من الـمتعاقد.

[668] وإنّه وبسبب هذا القسم الثّالث يكون الـمتعاقد مع الواقع في غلط محدث ليس هو محدث الغلط.

الثّلاثة[669]. ونفس النّتيجة يمكن الوصول إليها لو تمّ ولوج هذه الـمرحلة الثّانية من بابها الشّرقي، أي من باب الفقه[670].

217. — وعلى هذا فمادّة مجلّة الالتزامات والعقود - هنا تكون الأرجل قد بلغت الـمرحلة الثّالثة - ثمّ مثلها في الغرب وفي الشّرق الذي اعتمد كمرجع. لذا لا يمكن القطع أنّها محلّيّة أو مستوردة. وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل الـمحلّي. وفي كلّ الأحوال لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

218. — وإنّ هذه النّتيجة الـمتوصّل إليها في الفقرة الثّانية هي نفسها التي تمّ الوصول إليها في الفقرة الأولى. وإنّ الإتيان بنتيجة فقرتين يعني أنّه فُرِغ من قسم وقُرِع باب الذي يليه. لكن قبل فتح هذا الباب يتّجه الوفاء بعهد قُطِع منذ حين وهو أنّه سيُرجَع إلى تغرير الـمتعاقد. فقد يأتي من هذا كتمان محلّه لا الأداء الذي يقدّمه بل الأداء الـمقدّم إليه. ولقد مثّلت هذه الـمسألة موضوع نقاش في الغرب[671]. وإنّ موقف الفقه من مادّة أثر الخداع وما يتبعها، أي مادّة خيار الوصف والعيب، ليغني عن الخوض في هذا النّقاش[672]. وهذه الـمادّة - مادّة الأثر - هي التي سيفتح الآن، لأجل لقائها، باب الـمبحث الثّاني.

---

[669] انظر ما جاء سابقا: في "دومولومب" وفي الفصل 123 من القانون الـمدني الالـماني.

[670] جاء في "ردّ الـمحتار على الدّر الـمختار" (الـمعروف بحاشية ابن عابدين، بيروت، دار إحياء التّراث العـربي، ط 2، ج 4، 1407 هـ/ 1987 م، ص 160 و161) حديث عن تغرير الوليّ والوكيل وعن تغرير الغير.

كما جاء في "البهجة في شرح التّحفة" للتّسولي (م س، ج 2، ص 105) حديث عن اتّفاق البائع مع السّمسار على التّدليس، وهذه صورة عن التّواطؤ.

لكن ما سبق، وإن مثّل مراجع وردت في الحاشية الجانبيّة للفصل 61 من الـمشروع، إلّا أنّه لا يسمح بالتّأكيد على أنّها اعتمدت وذلك لأنّ الأمر يفتقر إلى التّطابق على مستوى الـمكان.

إلّا أنّه بالإمكان أن يتحدّث عن شرح الزّرقاني على مختصر سيدي خليل (بيروت، دار الفكر) وذلك في الـمكان الـمشار إليه في الـمشروع (ج 5، ص 133) وخاصّة عن الـمادّة 658 من الـمجلّة العثمانيّة حيث هنالك تعرّض لتغرير الغير. ومن يقول بهذا يكون قد قبل الأقسام الثّلاثة الـمتحدّث عنها أعلاه إذ أنّها إمّا دونه وإمّا مثله.

[671] انظر مثلا إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 237.

[672] يقول فقه فرنسي (انظر حوله ما ورد في: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 237) إنّه لا إبطال إن كنا أمام شخص يعمد إلى الكتمان فيما يخص الأداء الـمقدّم إليه لأنّه ليس ثمّ التزام بأن يعلم الـمرء معاقدَه حول أداء هذا الـمعاقد. لكنّنا رأينا أنّ الفقه الإسلامي وسّع في دائرة الغلط

الـمبحث الثّاني: الإحكام على مستوى جهة الـمتعاقد الواقع في غلط مُحْدَث (أثر العمل)

219. — يفهم من الفصلين 56 و57 أنّ أثر التّغرير يجب أن يتمثّل في حدوث غلط، وهذا أمر جامع بين النّصّين. لكن يفهم منهما أنّ محلّ الغلط في النّصّ الأوّل مختلف عن محلّه في النّصّ الثّاني، وهذا فارق ومائز بين الفصلين. وعلى هذا فمادّة أثر العمل قابلة لأن تردّ إلى الجامع وإلى الفارق. فإذا أضيفت الـمسألة التي نعمل عليها، أعطى ذلك حديثا عنها وعن الجامع والفارق. وهذا الحديث يؤدّي إلى تحديد وجود أو عدم وجود الإحكام على صعيد الأحكام التي تمثّل جامعا (الفقرة 1) وعلى صعيد الأحكام التي تمثّل فارقا (الفقرة 2).

الفقرة 1. الإحكام على صعيد الجامع

220. — سنحاول هنا، على غرار كلّ ما سبق وما سيأتي، قطع الـمراحل الثّلاث التي باتت الآن مألوفة: مرحلة التّحليل وتهمّ هنا نقطة إحداث الغلط كما وردت في مجلّة الالتزامات والعقود، ثمّ مرحلة البحث عن الغرب والشّرق، ثمّ مرحلة محاولة الحكم على الـمجلّة أي تحديد وجود الإحكام من عدمه:

221. — وفي إطار الـمرحلة الأولى يتّجه البدء بالفصل 56 الذي جاء فيه أنّ أثر العمل يجب أن يتمثّل في حمل: "[...] الجانب[673] الآخر على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ (به) [...]"[674]. والسّؤال الذي يطرح يهمّ معنى هذه الجملة. وإنّ هذا الـمعنى سنطلبه من نيّة الـمشرّع. والواجب أن نبدأ بتلك الـمعبّر عنها مباشرة. وإنّ الجملة الـمتناولة هنا وليدة الـمشروع والـمشروع الـمرَاجع. ففي الـمشروع

(خيار الوصف وخيار العيب) ممّا يجعل هذه الصّورة موجبة للخيار على أساس الغلط ومن ثمّ على أساس الكتمان الذي يحدث غلطا.

[673] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة "الجانب" بعبارة أخرى "الطّرف".

[674] ولقد جاءت الصّياغة الفرنسيّة بعبارات تؤدّي ذلك الـمعنى نفسه.

تحدّث الفصل 47 عن عمل بدونه ما كان الضّحيّة ليتعاقد أو بدونه كان سيتعاقد لكن بشروط بيّنة الاختلاف[675]. وفي الـمشروع الـمرَاجَع تحدّث الفصل 61 (وهذا هو الذي نقل فيما بعد إلى الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود) عن تغرير بانعدامه ما كان الآخر ليدخل في العقد[676]. ويلاحظ هنا مرور من صياغة إلى أخرى، والسّؤال هل صحب ذلك انتقال من معنى إلى آخر؟ إنّ الجواب يستدعي تحديد معنى الصّياغة الأولى ومن بعده معنى الصّياغة الثّانية:

وتحديد معنى الصّياغة الأولى يتمّ بواسطة الفصل 49 من الـمشروع الذي جاء بالضّدّ، والأشياء قد تعرّف بأضدادها (هنا نكون أمام ما يصطلح على تسميته بالتّعريف السّلبي). فقد تحدّث هذا الفصل عن تغرير لم يحمل على العقد، أي به كان الضّحيّة سيتعاقد[677]. وفسّره بأنّه ذاك الذي محلّه التّوابع[678]، وبأنّه العرضي. وعلى هذا فالـمراد بتغرير الفصل 47 الذي بدونه ما كان ليتعاقد، أو كان سيتعاقد بشروط بيّنة الاختلاف، هو التّغرير الذي ليس محلّه التّوابع والذي ليس بالعرضي.

ونفس التمشّي يمكن اعتماده بالنّسبة إلى الصّياغة الثّانية، صياغة الفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع. ففي الفصل 62 – الذي يعدّ ضدّا لها – جاء حديث عن تغرير محلّه توابع الالتزام. وفُسِّر على أنّه ذاك الذي لم يحمل على قبوله، أي على

---

[675] انظر إلى الفصل 47 من الـمشروع الذي تحدّث عن تغرير: "[...] بدونه لم يكن (الآخر) ليتعاقد، أو كان سيتعاقد بشروط مختلفة اختلافا بيّنا".

"[...] sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, ou aurait contracté dans des conditions notablement différentes".

[676] انظر إلى الفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع والذي تكلم عن تغرير "[...] بدونه لم يكن (الآخر) ليتعاقد [...]".

"[...] sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté".

[677] قال الفصل 49 من الـمشروع: "التّغرير الذي محلّه توابع العقد، والذي لم يحمل عليه (الضّمير يعود على العقد) لا يفتح الـمجال إلّا للتّعويض: وعلى القضاة أن يحدّدوا الحالات التي لا يكون فيها التّغرير إلّا عرضيّا".

"Le dol qui porte sur les accessoires du contrat et qui ne l'a pas déterminé, ne peut donner lieu qu'a des dommages-intérêts: il appartient aux juges de déterminer les cas dans lesquels le dol n'est qu'incident".

[678] إنّ العطف الوارد بالفصل 49 هو عطف للتّفسير: "[...] توابع العقد، والذي لم يحمل [...]". انظر ما سيأتي حول الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع و57 من مجلّة الالتزامات والعقود والذي يصحّ حول هذا الفصل 49 من الـمشروع.

قبول الالتزام[679]. وعلى هذا فمعنى تلك الصّياغة لذلك الفصل 61، والـمتمثّلة في التّغرير الذي بدونه ما كان ليتعاقد، الخداع الذي ليس محلّه توابع الالتزام والذي حمل على قبول الالتزام.

ويمكن أن يستنتج ممّا سبق، أنّ الـمرور من صياغة الـمشروع إلى صياغة مختلفة في الـمشروع الـمرَاجَع لم يرد منه تبديل على مستوى الـمعنى. هذا يؤدّي إلى القول إنّه أريد في النّصّ الأوّل للمشروع وللمشروع الـمرَاجع (ومن ثمّ لمجلّة الالتزامات والعقود) التّعرّض إلى التّغرير الأساسي، لأنّه أريد في النّص الثّاني للمشروع وللمشروع الـمرَاجع (ومن هنالك لمجلّة الالتزامات والعقود) إيراد التّغرير العرضي.

222. — هذه النّتيجة الـمتوصَّل إليها من متون الـمشروعين يمكن بلوغها من طريق أخرى هي الحاشية التّحتيّة للفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع:

فقد ورد هنا ذكـر لـ: "توليي" في مكـان تحدّث فيه من جهـة عن تغرير الفصل 1116 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة وهو الذي بدونه ما كان "الآخر ليتعاقد" (يلاحظ أنّ هذه هي نفسها عبارات الفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع ومن بعده عبارات الصّياغة الفرنسيّة للفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود) ومن جهة أخرى عن "التّغرير العارض (و) هو الذي بواسطته نجد شخصا، قرّر بعدُ التّعاقد، قد خدع في بعض توابع (هذه هي العبارة التي استعملها الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجَع والفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود في صياغته الفرنسيّة) وأعراض العقد [...]"[680].

---

[679] قال الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع: "التّغرير الذي محلّه توابع الالتزام والذي لم يحمل عليه لا يمكن أن يفتح الباب إلّا للتّعويض".

"Le dol qui porte sur les accessoires de l' obligation et qui ne l' a pas déterminé ne peut donner lieu qu' a des dommages intérêts".

[680] توليي، القانون الـمدني الفرنسي وفق ترتيب الـمجلّة، باريس، مكتبة الـمحكمة الـملكيّة ط 3، 1821/ 1834.

Toullier (Charles– Bonaventure– Marie), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, Paris, Librairie de la Cour Royale, 1821/ 1834.

كما وردت إشارة إلى "أوبري" و"رو" في فقرة فرّقا فيها بين ضربي التّغرير الواردين أعلاه[681].

وجاء أيضا تعرّض لـ: "لوران" الذي فصل بدوره بين التّغرير الأصلي وهو الذي حمل الآخر على التّعاقد، والتّغرير العرضي وهو الذي انصبّ على توابع (وهذه الكلمة هي التي استعملت في الـمشروع وفي مجلّة الالتزامات والعقود كما قيل أعلاه) الشّيء[682].

كما أشير أيضا إلى "دومولومب" في فقرة تحدّث فيها عن التّفرقة الـمذكورة[683].

وأُورد كذلك قضاء أوّل يهمّ نوعي التّغرير الـمتحدّث عنهما هنا[684]، وقضاء ثان تمّ الحديث في التّعليق عليه عن تفرقة قديمة بين التّغرير الأصلي[685] والعرضي[686] وقيل عن هذا العرضي (وهنا تتكرّر مرّة أخرى عبارة الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع والفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود) إنّه تعلّق "بشرط من شروط العقد التّابعة" [687].

223. — من كلّ ما سبق يخلص أنّ إرادة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة تفيد:

والـمقتطف الوارد أعلاه هو من الجزء 6، وهو مشار إليه تحت الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع تحت عدد خاطئ هو 9 والحال أنّ العدد الصّحيح هو 90. كما جاءت في الحاشية التّحتيّة إشارة أخرى إلى الـمؤلّف نفسه في الجزء 3، وفي العدد 91، وهذا خطأ آخر إذ أنّ هذا الجزء خاص بالأموال (ملاحظة: جاءت في الـمشروع الـمرَاجَع قائمة بالأخطاء الـمطبعيّة، وإنّ ما استخرج للتّوّ لم يرد بها).

"Le dol incident ou accidentel, est celui par lequel une personne, déterminée d'ailleurs à contracter, est trompée sur quelques accessoires ou accidents du contrat".

[681] "أوبري" و"رو"، م س، فقرة 343 مكرّر.

[682] " لوران"، م س، ج 15،عدد 522 وما بعدها (الـمقصود هنا بالضّبط هو العدد 523).

[683] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 175.

[684] تعقيبي (فرنسي)، 25 ماي 1880، سيراي، 1881، 1، 455.

Cass, 25 Mai 1880, Sirey 1881, 1, 455

[685] *Dolus dans causam in contractui*

[686] *Dolus incidens in contractum*

[687] أميان، 14 فيفري 1876، تحت: تعقيبي، 29 نوفمبر 1876، سيراي 1877، 1، 49 (أشير في الحاشية إلى قضاء ثالث لكنّ الـمرجع خاطئ، ولم يرد إصلاح له في القائمة الـمخصّصة لذلك).

Amien, 14 Février 1876, sous Cass 29 Novembre 1876, Sirey 1877, 1, 49.

من جهة بأنّ عبارة الفصل 56 (التّغرير حمل "الجانب[688] الآخر على العقد بحيث أنه لم يتمّ إلاّ به") تعني التّغرير الأصلي، أو الذي لم يكن محلّه توابع الالتزام، أو الذي حمل على قبول العقد، أو الذي ما كان بدونه ليُتعاقد أو كان بدونه سيُتعاقد لكن بشروط بيّنة الاختلاف.

ومن جهة أخرى بأنّ عبارة الفصل 57 ("التّغرير [...] في توابع العقد [أي الذي لم يكن هو السّبب الأصلي في التّعاقد[689]]) قصد بها التّغرير العرضي، أو الذي كان

---

[688] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "الجانب" بعبارة أخرى: "الطّرف".

[689] جاءت في الصّياغة الفرنسيّة للفصل 57 أداة العطف: واو (et) وتعبّر في تلك اللغة – ضمن ما تعبّر عنه – عن الارتباط، والارتباط هنا – وهذا يفهم من نيّة الـمشرّع – هو بين الأمر (توابع العقد) ومرادفه (ما ليس سببا أصليّا في التّعاقد)، ولذلك كان يجب أن يترجم الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع – بعد أن نقل وأصبح الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود – على النّحو التّالي: "التّغرير الواقع في توابع الالتزام (أو العقد) والذي لم يكن علّة فاعلة (أو أيّ عبارات تؤدّي هذا الـمعنى: والذي لم يولّد – والذي لم يحمل على ... – إلخ) للالتزام [...]". وهنا اختيرت "الواو" لأنّها تفيد ضمن ما تفيد عطف الشّيء على مرادفه (انظر الـمعجم العربي الأساسي: حرف الواو).

ولأنّ ما جاء بالفصل 57 هما أمران مترادفان، ولأنّ التّرادف يصلح للتّفسير، اختير مباشرة في الـمتن حرف التّفسير "أي"، وترك حرف العطف "واو" لأنّه لمطلق الجمع. وقد نفكّر في أنّ ترجمة ما ورد بالـمشروع بحرف "إن" في التّرجمة النّاقصة وبحرف "إذا" في التّرجمة الكاملة (وهي التي نقلت فصارت الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وكلاهما حرفا شرط، لم يكن موفّقا لأنّه يجعل الصّيغة وبحسب معناها اللغوي لا تساوي الـمقصود. بعبارة أخرى قد نفكّر في القول إنّ جملة الفصل 57 لها معنى لغوي ("التّغرير في التّوابع": مشروط/ "أن لا يكون السّبب الأصلي": شرط)، لكن هنالك نيّة من الـمشرّع على أنّه جاء بها في معنى مخالف (التّغرير في التّوابع هو التّغرير الذي ليس سببا أصليّا).

لكن – وإن كان يمكن أن نبقي بعض ما سبق (معنى لغوي ومعه معنى تشريعي مخالف) – إلاّ أنه لا يمكن الاحتفاظ بالبعض الآخر (كون التّرجمة لم تكن موفّقة). فنحن نعلم من الزّركشي مثلا أنّ "إذا" قد تجرّد عن الشَّرطيّة (البرهان في علوم القرآن، بيروت، دار الجيل، 1408 هـ/ 1988 م، ج 4، ص 193). كما نعلم أنّه أورد "إذا" في باب التّفسير (م س، ج 3، ص 36) وأنّه أعطى لهذه الـ "إذا" مثالا من القرآن الكريم: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا (19) إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا (20) وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا (21)﴾ [الـمعارج: 19. 20 .21]. وهلِع جزع (وجزع منه لم يصبر عليه). فإذا استُعملت صيغة الـمبالغة "فعول" صرنا أمام شديد الجزع. فتكون ﴿إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا﴾ بمثابة تفسير لـ: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾، كما أنّ هلِع تفيد حرص. فإذا استُعملت صيغة الـمبالغة صرنا أمام شديد الحرص، وشديد الحرص هو شديد الـمنع، أي هو "منوع". وعلى هذا تكون ﴿إِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا﴾ هي الـمعنى الثّاني لـ: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾ أي تكون تلك تفسيرا لهذه. ويمكن أن نبقى مع

محلّه التّوابع، أو الذي لم يحمل على قبول العقد، أو الذي بدونه كان سيتعاقد أو كان سيتعاقد لكن بشروط ليست بيّنة الاختلاف.

هلِع بمعنى جزع وتكون مع ذلك ﴿إِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا﴾ بمثابة تفسير لـ: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾. فمنع الخير بل والـمبالغة في ذلك (منوع) تدلّ على جزع لا من الخير بل ممّا قد يرد عليه من نقصان أو زوال بسبب إنفاقه (بسبب عدم منعه أو عدم الـمبالغة في منعه).

انظر أيضا حول القول بالتّفسير في نطاق نفس الـمثال: السّيوطي (جلال الدّين عبد الرّحمان)، الإتقان في علوم القرآن، لبنان، دار الفكر، ط 1، 1416 هـ / 1996 م، تحقيق سعيد الـمندوب، ج 2، ص 194).

224. — وإنّ من يتبنّى التّفرقة السّابقة يكون قد تبنّى ما تتضمّنه. وما تتضمّنه هو أنّ التّغرير سواء منه الأوّل أو الثّاني هو ما أحدث غلطا في ذهن الضّحيّة[690]. فعلى سبيل الـمثال تحدّث "توليي"[691] عن انخداع الآخر. وهو نفسه الذي تكلّم عنه "دومولومب"[692] و"لوران"[693]. وعلى هذا فكلّ ما ورد بالفصل الخاصّ بالغلط حول الفصل 48[694] ينطبق هاهنا. فالخداع (ولتحقّق أمور ذلك النّصّ) يصدّق كونه أحدث انخداعا. أمّا إذا لم تتحقّق تلك الأمور، فلا يصدّق توليده لغلط[695]. ولقد اصطلح (ومنذ وقت ليس بالبعيد[696]) على تسمية الصّورة الأولى تغريرا غير محمود[697] وتسمية الصّورة الثّانية تغريرا محمودا[698].

---

[690] انظر الفرق على الـمستوى الحِجاجي بين وصف الشّخص بكونه كاذبا ووصفه بكونه أوقع غيره في غلط: "بيرلمان" و"تيتيكا"، م س (مؤلَّف الحِجاج) ص 243.

[691] "توليي"، م س، ج 6، عدد 90.

[692] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 176 (أي بعد الـمكان الـمشار إليه بحاشية الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع).

[693] "لوران"، م س، ج 15، عدد 522.

[694] انظر الفقرة عدد 160 وما بعدها وخاصّة الفقرة 168.

[695] وعلى هذا فإنّ ما قيل بفصل الغلط حول هذه الـمادّة لمجلّة الالتزامات والعقود وحول علاقتها بمسألة الإحكام يصحّ نقله إلى هذا الـمكان. انظر الفقرة عدد 178.

[696] إنّ هذه التّفرقة رومانيّة الأصل، ولكن محتواها الوارد أعلاه لم يؤت به إلّا منذ وقت قريب. فالرّومان يعدّون تغريرا محمودا وغير محمود ما أحدث غلطا (الآن صار الـمحمود هو الذي لا يحدث غلطا)، لكنّ الأوّل يؤتى به "للدّفاع عن مصالح مشروعة خاصّة ضد عدوّ أو لصّ" ("دومولومب"، م س، ج 24، عدد 167. انظر أيضا: "كاربونيي"، م س: الالتزامات، عدد 103).

وإنّ هذا التّغرير الـمقبول (التّغرير الـمحمود عند الرّومان) معروف في الفقه. فلقد جاء عند ابن نجيم (م س، ج 1، ص 331) ما يلي: "الغشّ حرام إلّا في مسألتين [...] اشترى الـمسلم الأسير من دار الحرب ودفع الثّمن دراهم زيوفا أو عروضا مغشوشة جاز إن كان حرّا وإن كان الأسير عبدا لم يجز – يجوز إعطاء الزّيوف والنّاقص في الجبايات" (في الحاشية يفسّر الحموي الصّورة الثّانية بالقول: ممّا يجبى من النّاس ظلما).

كما أنّ هذا التّغرير الـمقبول لم يغب في القوانين الـمعاصرة: ويمكن أن يقدّم هنا كمثال القانون الالـماني الذي يعطي الحقّ في الكذب حول الـماضي الجزائي الذي تمّ محوه من السّجلّات أو الذي من الواجب محوه، كما يقبل بالكذب من قبل ممضي عقد الشّغل الذي من حقّه أن يأتي ذلك حين تطرح عليه أسئلة غير مشروعة مثل انتمائه إلى نقابة أو حزب، والحلّ نفسه قد وضع للمرأة التي من حقّها أن تكذب فيما يخص مسألة وجودها في حالة حمل (انظر إلى "فيتز"، م س، عدد 358). وإنّ هذه

وما ينبغي الاحتفاظ به ممّا سبق هو أنّ نيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة قد اتّجهت إلى تبنّي التّفرقة بين التّغرير الأصلي والعرضي[699]. كما ينبغي الاحتفاظ بأنّ قصد القول بالتّغرير الذي يحدث غلطا هو جزء من النّيّة الـمحتفظ بها للتّوّ.

225. — ومعلوم أنّ الغرب يعرف هذا القول بالخداع الذي يحدث انخداعا[700]، ونفس التّأكيد يمكن وضعه في إطار الشّرق[701]. ويمكن القول إنّ الأوّل قد أشير إليه في الحواشي[702]، ونفس القول يصحّ في حقّ الثّاني[703].

الحالة الأخيرة ليعرفها أيضا قانون الشّغل الفرنسي (انظر "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 225).

ويلاحظ "دومولومب" (عدد 168) أنّه قد أبقي على الكلمات الرّومانية، ولكن صار لها معنى جديدا. فالتّغرير الـمحمود لم يعد يعني الخداع (الذي يحدث انخداعا) للدّفاع عن مصالح مشروعة، بل صار يدلّ على هذه "القدرة وهذا الذّكاء أو الدّهاء الذي ليس ممنوعا في الاتّفاقات"، أي على الخداع الذي لا يحدث انخداعا. أمّا التّغرير غير الـمحمود فلم يعد يفيد الخداع للدّفاع عن مصالح غير مشروعة والذي يحدث انخداعا، بل صار يدلّ على الخداع الذي يحدث غلطا. لكن وكما سبق بقيت ثمّ حالات لخداع يحدث انخداعا ومع ذلك هو مقبول، ولكنّ هذا الخداع لم يعط له اسم اصطلاحي.

ملاحظة: تحدّث "فيتز" عن تغرير ليس ممنوعا. أمّا "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" فلم يهتمّوا بالتّسمية بل بالحلّ الواجب اعتماده في صورة غياب النّص (م س، عدد 233).

[697] إنّ ضحيّة هذا التّغرير هو ضحيّة غلط. ويمكن القول إنّ معاقد الواقع في غلط يمكنه الـمطالبة بتعويض. ويسمى هذا التّعويض في القانون الالـماني تعويضا سلبيّا (انظر إلى: "فيتز"، م س، عدد 354 وما بعده) عن الضّرر الذي يلحقه من إبطال العقد (مصاريف العقد الذي تعلّق به غلط – فوات فرصة إبرام عقد آخر – إلخ)، لكن هذا غير ممكن هنا، لأنّ معاقد الواقع في غلط مغرّر (أو على الأقلّ له علاقة بالـمغرّر) ومن ثمّ فإنّه إذا لحق به ضرر من جرّاء الإبطال فهذا الضّرر – وإن كان نتاج خطأ الواقع في غلط (خطؤه إذ انخدع) – فهو أوّلا وقبل ذلك نتاج عمد ذلك الـمعاقد إذ أنّ خديعته هي التي ولّدت الانخداع (أو هو نتاج عمد من له علاقة بذلك الـمعاقد).

[698] تحدّث "القشيري" تحت عنوان الخلق عن واقعة نجد بها التّغرير الذي لا يحدث غلطا فقال: "كان لعبد الله الخيّاط حريف (حريفك: معاملك في حرفتك) مجوسي يخيط له ثيابا، ويدفع له دراهم زيوفا (زافت الدّراهم زيوفا: صارت مردودة عليه لغشّ فيها)، وكان عبد الله يأخذها، فاتّفق أن قام من حانوته يوما لشغل فجاء الـمجوسي بالدّراهم الزّيوف فدفعها إلى تلميذه، فلم يقبلها، فدفع إليه الصّحاح، فلما رجع عبد الله قال لتلميذه: أين قميص الـمجوسي؟ فذكر له القصّة، فقال: بئس ما عملت، إنّه منذ مدّة يعاملني بمثلها، وأنا أصبر عليه، وألقيها في بئر، لئلا يضرّ بها غيري". القشيري (عبد الكريم)، الرّسالة القشيريّة في علم التّصوّف، تحقيق وإعداد معروف زريق وعلى عبد الحميد بلطجي، بيروت، دار الجيل، ص 246 و247

[699] قارن مع: "دوبلا"، م س، ج 1، ص 41؛ الزّين (محمّد)، م س، عدد 181.

[700] تعرّضنا سابقا إلى ما استعمل من قبل اللجنة.

[701] انظر من الـمراجع الـمشار إليها بالحاشية الجانبيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع:

226. — فإذا جمع الآن كلّ ما سبق، كانت الـمحصّلة:

أوّلا أنّه لا يمكن الجزم بكون جزء مادّة مجلّة الالتزامات والعقود الـمتناول هنا مستورد أو محلّي.

ثانيا أنّه وعلى تقدير أنّ هذا الجزء مستورد فهو مثل الـمحلّي.

ثالثا أنّه لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

وإنّ هذه الـمحصّلة لهي نفسها التي وجدت في مادّة العمل والعامل. فإذا عثر عليها بعد البحث فيما تبقّى من مادّة أثر العمل، سيمكن القول عندها إنّ الغرب مثل الشّرق في كلّ جوانب التّغرير. لكن لينظر أوّلا إلى ما تبقّى، وليترك التّخمين حول ما قد يستنتج منه إلى مرحلة موالية، أي ليبحث في مسألة الإحكام في إطار الجزء الثّاني من مادّة أثر العمل، والأخير من مادة الفصلين 56 و57.

الزّرقاني، م س، ج،5 ص 133الذي يقول: "التّغرير [...] أن يفعل البائع في الـمبيع فعلا يظنّ به الـمشتري كمالا ولا كمال به".

البنّاني، م س، ج 5، ص 134 الذي يقول: "إن اشتراها وهو عالـم أنّها مصرّاة لم يكن له ردّ".

وانظر صاحب الشّرح الكبير على متن الـمقنع، هامش الـمغني لابن قدامة، ج 4، ص 80 – 81 (أورده السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 153: "إنّما يثبت الخيار إذا لم يعلم الـمشتري بالتّصرية، فإن كان عالـما لم يثبت له خيار".

(702) انظر إلى الفقرة عدد 222.

(703) استعمل في الحاشية الجانبيّة الزّرقاني والبنّاني في مكان أشارا فيه إلى الانخداع. لكن جاء أيضا في هذه الحاشية الجانبيّة كلام أرجعته للدّر الـمختار (ج 4، ص 306) لصاحبه الحصكفي ومفاده أن: "ليس ثمّ تغرير [...] من قبل من باع منتوجا مغشوشا أو مخلّطا، إذا صرّح بذلك أو إذا كان الخلط من الوضوح بحيث إنّه لا يمكن أن ينخدع فيه".

ملاحظة: تمّت التّرجمة إلى العربيّة لما نسب إلى الحصكفي في الحاشية الجانبيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع:

"Il n'y aurait pas dol [...] dans le fait de celui qui vend un produit adultéré ou mélangé, s'il le déclare, ou si le mélange est tellement apparent qu'on ne puisse s'y tromper". Eddor el-Mokhtar, IV, 306.

الفقرة 2. الإحكام على صعيد الفارق

227. — ينبغي تقسيم الحديث إلى تحليل لمحتوى هذه الجهة وإلى محاولة الحكم عليها وربطها بالإحكام:

228. — فأمّا تحليل محتوى هذه الجهة: فيتفرّع إلى تحليل لجانبها الخاصّ بوضع التّفرقة بين التّغرير الأساسي والتّغرير العرضي، وإلى تحليل لجانبها الـمتعلّق بما يحويه ذاك الأساسي وهذا العرضي[704]:

229. — وإنّ أمر تحليل الجانب الخاصّ بوضع التّفرقة قد بات الآن هيّنا، إذ سبق القول إنّ نيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة قد ذهبت إلى أن تضع في الفصلين 56 و57 التّغرير الذي يحدث غلطا (وهذا هو الجامع بين النّصّين). كما سبق القول إنّ هذه النّيّة جزء من قصد أكبر هو جعل الفصل 57 للتّغرير الذي يحدث غلطا في التّوابع، أي للتّغرير الذي ليس سببا أصليّا[705] أو التّغرير العرضي[706]، وجعل الفصل 56 للتّغرير الذي يحدث غلطا محلّه ما ليس توابع، أي للتّغرير الذي حمل على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ به[707]، أو التّغرير الأساسي (وهذا هو الفارق أو الـمائز بين النّصّين).

---

[704] يجب أن يُلاحظ هنا أمران:
أوّلهما أنّ الأساسي الـمتحّدث عنه يهمّ الفصل 56 لا الفصل 60.
وثانيهما أنّه لا يمكن أن نتحدّث حديثا كاملا عمّا يحويه العرضي لأنّ مسألة كهذه تتطّلب أن يخاض أيضا في الفصل 60، وهو ما لن يؤتى به إلاّ لاحقا.

[705] عبارة "التّوابع" وعبارة "ما ليس أصليّا" هما للفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود ومن قبله للفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع ومن قبلهما للفصل 49 من الـمشروع.

[706] هذه عبارة انفرد بها الفصل 49 من الـمشروع. لكن وبما أنّها استعملت فيه كمرادفة لعبارتي "التّوابع" و"ما ليس أصليّا"، فإنّه يمكن استعمالها أيضا إبّان الحديث عن الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود والفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجَع.

[707] إنّ هذه العبارة للفصل 56 هي نقيض عبارة الفصل 57 (التّغرير الذي ليس سببا أصليّا). ويتوضّح هذا حين ننظر إلى الصّياغة الفرنسيّة للفصلين. وبما أنّ مرادف هذه العبارة للفصل 57 هو التّغرير الذي محلّه التّوابع والتّغرير العرضي، يكون ما هو نقيض لهاتين العبارتين (أي التّغرير الذي محلّه ما هو أساسي أو التّغرير الأساسي) هو مرادف لعبارة الفصل 56، أي هو ما جاء بهذا النّص.

230. — أمّا أمر تحليل الجانب الـمتعلّق بما يحويه التّغرير الأساسي وبما يتضمّنه العرضي فيتطلّب البحث في التّعبير الـمباشر عن إرادة الـمشرّع، كما يتطلّب أيضا البحث في التّعبير غير الـمباشر عن هذه الإرادة:

231. — فإذا بدأنا بالتّعبير الـمباشر، وجب علينا الذّهاب إلى الحاشية التّحتيّة للفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع. ذلك أنّ ما يفـرزه البحث في هذه من معنى أريد للتّوابع ولغيـر الأصلي وللعرضي، سيكون هو الـمحتوى الـمقصود للفصل62 ومن ثمّ للفصل57 من مجلّة الالتزامات والعقود[708]. ثمّ إنّ ما لا يسقط في الفصل 62 ومن ثمّ في الفصل 57 سيكون هو الـمحتوى الـمقصود للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجَع ومن هنالك للفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود[709].

وإنّ الحاشية التّحتيّة للفصل 62 الـمذكور أعلاه قد بدأت، على مستوى الإشارات إلى الفقه الفرنسي، بـ:"توليي" في مكان عرّف فيه التّغرير العرضي بأنّه ذلك الذي "بواسطته ينخدع شخص، قرّر بعدُ التّعاقد، في توابع وأعراض العقد، مثلا في وصف الشّيء أو في الثّمن الذي يكون مرتفعا شيئا ما، أي على نحو يكون فيه قد تعاقد بشروط مجحفة"[710].

وتلي ذلك إشارة إلى "أوبري" و"رو" في فقرة قالا فيها إنّ العرضي هو الذي "أتي به أثناء مفاوضات انطلقت بعدُ (والذي) لم ينشئ عند الآخر نيّة التّعاقد (والذي) لم

---

[708] لأنّ محتوى الفصل 62 نقل بحذافيره إلى مجلّة الالتزامات والعقود ووضع فيها تحت اسم "الفصل 57".

[709] والسّبب أنّ التّغرير، بهذا الـمنظور، إمّا أساسي وإمّا غير أساسي. فما لم يندرج في القسم الأوّل اندرج في الثّاني.

[710] "توليي"، م س، ج 6، عدد 90 (قالت حاشية الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع إنّ الأمر يتعلّق بعدد 9 وهذا خطأ مطبعي).

"Le dol incident ou accidentel, est celui par lequel une personne, déterminée d'ailleurs à contracter, est trompée sur quelques accessoires ou accidents du contrat, par exemple sur la qualité de la chose, sur le prix plus ou moins fort, en sorte qu' elle a contracté d' une manière désavantageuse".

تكن له من نتيجة سوى جرّ هذا الآخر إلى قبول شروط مجحفة"[711]. كما قالا في نفس الفقرة إنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي أو في الباعث يعدّ مبطلا، وهذا يعني أنّهما لم يعدّاه عرضيّا.

ثمّ جاءت إشارة إلى "لوران" في مكان أورد فيه ما يقصده غيره من العرضي، والذي لا يخرج عمّا أتى للتّوّ عند "أوبري" و"رو" والذي كنّا قد وضعناه بين علامتي تنصيص[712].

وأخيرا أتت إشارة إلى "دومولومب" في فقرة يمكن تلخيص محتواها ومحتوى الفقرة التي جاءت بعدها[713] بأنّه يتمثّل في تعريف العرضي بأنّه الذي "لم يحمل على العقد [...] (والذي) "على إثره [...] (تمّ التّعاقد) بشروط أكثر إجحافا [...] (أما التّغرير الأساسي فهو الذي بدونه) [...] ما كان الآخر ليتعاقد، وهذا لا يعني: ما كان ليتعاقد بنفس الشّروط بل [...] (يعني) [...] ما كان ليتعاقد البتّة [...] (وهو الذي) [...] ولّد فكرة ونيّة التّعاقد عند شخص لم يكن يزمع ذلك [...] (لكن هذا لا يعني) [...] أنّه لا يمكن أن يوجد تغرير أساسي إلاّ متى جاءت مبادرة اقتراح [...] (التّعاقد من الـمغرّر به، لكن هذا مؤشّر ومؤشّر خطير على ذلك. أمّا التّغرير العرضي فهو) على العكس [...] ذلك الذي مورس من أجل التّبديل، على نحو مجحف، لشروط العقد ضدّ طرف [...] قرّر بعدُ التّعاقد لأنّ الشّيء، مثلا [...] هو ضروري أو مناسب له. ففي هذا الاتّجاه لا يمثّل عموما إلاّ تغريرا عرضيّا تغرير

---

[711] "أوبري"و"رو"، م س، ج 4، عدد 343 مكرّر:

"Le dol […] incident […] (est) celui qui, pratiqué dans le cours d'une négociation déjà entamée, n'a pas fait naître chez l'une des parties l'intention de contracter, et n'a pas pour résultat que de l'amener à accepter des conditions plus désavantageuses".

وقد ينبغي أن يلاحظ هنا أنّ هذين الفقيهين قد أشارا في حاشية تحت هذا الكلام إلى "توليي" في مكان يوجد فيه حديثه الذي ذكر أعلاه، وإلى "دومولومب" في مكان نجد فيه حديثه الذي سيرد بعد قليل (وهذا يدلّ على أنّ كلّ هؤلاء يتبنّون القول نفسه)، وذلك بالإضافة إلى فقهاء آخرين ("دورنتون" DURANTON و"لارومبيار" LAROMBIERE و"كولمي دي سنتار" COLMET DE SANTERRE)، ولكن هؤلاء لم تشر إليهم الحاشية التّحتيّة للفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع. ولذلك لن نتعرّض إليهم.

[712] "لوران"، م س، ج 15، عدد 522 وما بعده.

[713] هي الفقرة عدد 176 ولقد أتي بها رغم أنّ الحاشية التّحتيّة لم تشر إليها – لأنّها توضّح عدد 175 وهذه مشار إليها.

البائع للمشتري للحصول على ثمن أكثر ارتفاعا في عقد بيع (حُزِم الرّأي على إتيانه)"[714].

232. — ممّا سبق يمكن استخلاص:

أنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة هو تغرير عرضي[715].

أنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث يعدّ مبطلا [716]، مما يدلّ على أنّه ليس عرضيّا.

---

[714] " دومولومب"، م س، ج 24، عدد 175 و176:

"Le dol incident est celui […] qui n' a pas déterminé le contrat, mais par suite duquel la partie a été amenée à le consentir sous des conditions plus désavantageuses […] (le dol principal est celui sans lequel) […] l' autre partie n'aurait pas contracté, ce qui ne veut pas dire n' aurait pas contracté aux mêmes conditions, mais bien n' aurait pas contracté du tout […] le dol principal […] est celui qui fait naître l'idée et l'intention de contracter chez une personne qui n' y songeait pas […] ce n' est pas qu'il ne puisse y avoir dol principal qu'autant que l'initiative de la proposition du contrat est venue de celui qui l'a pratiqué, mais du moins cette circonstance en sera-t-elle souvent l'un des plus graves indices […] tandis que le dol incident au contraire […] est celui qui s' exerce, afin de modifier, d'une manière désavantageuse, les conditions du contrat, au préjudice d'une partie, qui avait […] déjà décidé à faire le contrat, parce que la chose, par exemple, […] lui était nécessaire ou se trouvait à sa convenance. C'est en ce sens que les manœuvres pratiquées envers un acheteur par un vendeur, afin d'obtenir un prix plus élevé dans un contrat de vente déjà arrêté […] ne constituerait généralement qu'un dol incident".

[715] وهذا ما وجدناه بصفة واضحة عند "توليي" و"دومولومب".

[716] وهذا ما وجدناه عند "أوبري" و"رو". وينبغي هنا أن نشير إلى أنّ "دومولومب" عدّ هذا التّغرير مبطلا (الجزء نفسه، عدد 181). لكنّه وحين تعرّض إلى مثال تاجر "روديس" عدّ هذا التّغرير – خلافا لـ"سيسرون" ولكن مثل "بوتيي" – غير مبطل (الجزء نفسه، عدد 179). ولحلّ هذا التّناقض يتّجه القول إنّ "دومولومب"، وهو يتناول هذا الـمثال، رأى فيه لا تغريرا أحدث غلطا في الباعث بل تغريرا أحدث غلطا في القيمة. وعلى كلّ لا يمكن اعتماد هذا الفقيه كحجّة هنا لأنّ الـمكانين اللذين نجد فيهما كلّ ما سبق لم يشر إليهما بالحاشية التّحتيّة. ملاحظة: حاصل قصّة تاجر "روديس" هو أنّ الـمدينة عرفت مجاعة، فتوجّه لها تاجر بقمح رديء وباعه للأهالي بثمن مرتفع مخفيا عنهم أنّه وفي الطّريق سبق مراكب محمّلة بقمح جيّد متّجهة إلى الـمدينة.

أنّ التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي قد اتّخذ منه الفقه الـمعتمد في الأعمال التّحضيريّة لمجلّة الالتزامات والعقود موقفين:

فأمّا "أوبري" و"رو"، فيريانه مبطلا[717].

وأمّا "توليي"، فيراه عرضيّا.

على هذا لا يمكن القول إنّ الـموقف الأوّل أو الـموقف الثّاني[718] هو الذي يعدّ تعبيرا مباشرا عن النّيّة. وقد نفكّر في أنّ ما رآه "توليي" هو الذي اعتمد لأنّنا نجده قد استعمل عبارة هي نفسها التي سيستعملها الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع ومن بعده الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود (عبارة توابع العقد) معطيا (أي "توليي") لها مثالين أحدهما الوصف غير الذّاتي. لكن علينا أن نرجع فيما فكّرنا فيه وذلك لأنّه لا يمكن القطع به[719].

وما تقدّم يمكّن أوّلا من أن يقال عن الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود إنّه (واستنادا إلى التّعبير الـمباشر عن النّيّة) آنية يملؤها التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة. لكن حين نتقدّم في قراءة الـمجلّة نجد الفصل 60، وهذا الفصل يدعونا لإخراج هذا التّغرير من ذلك الإناء لأنّه موجود بوعاء هذا النّص[720].

كما أنّ ما سبق يمكّن ثانيا من صبّ التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث في آنية الفصل 56[721].

---

[717] وهو نفسه ما يراه "دومولومب". لكن هذا لا يمكن اعتماده كحجّة هنا لأنّ الـمكانين اللذين قال فيهما ما سبق (ج 24، عدد 99 وعدد 181) لم تشر إليهما الحاشية التّحتيّة للفصل 61 (أشارت إلى عدد 186) ولا الحاشية التّحتيّة للفصل 62 (أشارت إلى العدد 175).

[718] لأنّ التّغرير إمّا أساسي وإمّا عرضي، فلا يمكن أن يتبنّى منه هذين الـموقفين معا.

[719] ورد محتوى ما قاله "توليي" بالفقرة عدد 231. ومن يقرأ ذلك الـمحتوى، يجده تحدّث عن وصف الشّيء، لكن وبما أنّه لا أحد يقول إنّ الوصف الذّاتي لا يبطل، نسبنا أعلاه إلى هذا الفقيه – لكونه تحدّث عمّا لا يبطل – أنّه قصد بالوصف ما ليس ذاتيّا. وإنّ السّبب في عدم إمكان القطع الـمتحدّث عنه في الـمتن أنّ "توليي" قال بعدم الإبطال في صورة الوصف غير الذّاتي وفي صورة القيمة. ويحتمل أن يقصد تبنّي موقفه من الصّورتين أو من صورة واحدة. ثمّ إنّه إذا قصد تبنّي موقفه من صورة واحدة فيحتمل أن تكون صورة الوصف غير الذّاتي أو صورة القيمة. وإلى جانب ما تقدّم يمكن أن نضيف سببا آخر لعدم القطع. ومفاد هذا السّبب أنّه يجوز أن يكون لم يؤخذ من "توليي" إلّا عبارته، أمّا مضمون هذه العبارة فمن غيره الذين أشير إليهم معه.

[720] إنّ هذا القول قابل لأن يتغيّر في جزء منه (انظر إلى الفقرة عدد 247 وما بعدها).

[721] لو أنّنا وجدنا أنّ هذا التّغرير لا يبطل، لأمكن أن نستنتج أنّه يجب أن يكون الغلط في الباعث لوحده غير مبطل. أمّا وقد وجدنا ما سبق، فإنّ هذا يؤدّي إلى أنّ مقتضى الاتّساق يبقي الأمر مفتوحا لهذا الغلط إن تجرّد أن يتّخذ منه موقفان: إمّا الإبطال وإمّا عدم الإبطال.

لكنّ الذي تقدّم لا يمكّن إلاّ من التّوقّف، وعدم إصدار حكم في شأن التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي. وإنّ هذه النّتيجة لا يمكن الاكتفاء بها، بل يجب أن نواصل البحث لعلّنا نجد ما من شأنه أن يجعلنا نضع هذا التّغرير إمّا في الفصل 56 وإمّا في الفصل 57.

233. — ومواصلة البحث هنا تعني مغادرة التّعبير الـمباشر عن النّيّة إلى التّعبير غير الـمباشر. ولقد مرّ بنا أنّ الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود يجعل الغلط في وصف غير ذاتي مبطلا[722]. وعلى هذا فمقتضى الاتّساق يستوجب (إن جاءت مع هذا الغلط زيادة هي هنا التّغرير) أن لا نصير إلى عدم الإبطال وأن نبقى نقول بالإبطال[723].

وإنّنا وحين نبحث في التّعبير الـمباشر عن النّيّة نجد أنّ الفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع (وهو الذي أعطى الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود) قد أشار إلى "أوبري" و"رو" في مكان (ج 4، الفقرة 343 مكرّر) قالا فيه إنّ هذا الغلط لوحده لا يبطل (علما وأنّهما يقولان إنّ هذا الغلط، وكذلك الغلط في الوصف غير الذّاتي، يبطلان لو أنّ نيّة الأطراف الـمشتركة جعلت من الباعث أو الوصف شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد). وعلى هذا قد يمكن لنا – استنادا إلى هذه الإشارة – القول إنّ الغلط في الباعث – حسب ما بدا لنا أنّه أريد من قبل صاحب الفصل 45 – لا يبطل.

انظر حول ما سبق الفقرة عدد 115.

[722] انظر إلى الفقرة عدد 43 وما بعدها وخاصّة إلى الفقرة عدد 60 و64. وينبغي هنا أن نشير إلى أنّ الفصل 45 لم يتّبع "أوبري" و"رو" اللذين قالا في الـمكان الذي أشارت إليه الحاشية التّحتيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع (ج 4، الفقرة 343 مكرّر) إنّ هذا الغلط لا يبطل (لكنّهما قالا إنّه يبطل لو أنّ نيّة الأطراف الـمشتركة جعلته شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد). كما ينبغي أن نشير إلى أنّ "دومولومب" (ج 24، عدد 88) قد عدّ هذا الغلط غير مبطل. لكنّنا نجده يضع أوصافا غير ذاتيّة في صنف الأوصاف الذّاتيّة (ج 24، عدد 92 و93) ويقول من ثمّ بالبطلان فيما يخصّها. أمّا "لوران" فقد قال إنّ كلّ وصف عدّه الأطراف أساسيّا فهو أساسي (ج 15، عدد 488) ومن ثمّ فهو مبطل.

[723] إذ لا يعقل أن يكون الـمشرّع قد أراد أن يكون الغلط لوحده مبطلا وأراد إلى جانب ذلك أن يكون هذا الغلط ومعه زيادة غير مبطل.

وإنّ هذا الحلّ ليهمّ كلّ صور الغلط. لكن علينا ان نفرّق ونقول إنّ صور الغلط الـمبطلة بطلانا مطلقا إذا أحدثها تغرير تكون مبطلة بطلانا مطلقا أيضا، وهذا القول مردّه أيضا مقتضى الاتّساق.

234. — ولعلّه صار بالإمكان الآن (وقد انتهت مرحلة تحليل الجانب الأوّل والثّاني[724]) الـمرور إلى مرحلة محاولة الحكم والرّبط بمسألة الإحكام:

235. — فإذا بدأنا بالجانب الأوّل، جانب وضع التّفرقة بين الأساسي والعرضي، وجدنا أنّ الغرب أنشأها[725]. أمّا الشّرق فلا يعرفها[726]. وعلى هذا فمادّة مجلّة

---

[724] لعلّ الانتهاء من هذه الـمرحلة الـمتعلّقة بالجزء الثّاني من مادّة أثر العمل يمكّننا من القول:
أوّلا: الفصل 56 مطلق ولكنّه يفيد – لوجود الفصل 60 – الخصوص، وهو ما ليس قيمة.
ثانيا: الفصل 56 ليس متعلّقا حصريّا بوصف الشّيء.
ثالثا: الفصل 57 يمكن، باعتباره قد يهمّ جزءًا من القيمة، أن يحوي الكذب وربّما أيضا الكتمان الذي يأتي وحده. كما يمكن أن يحوي النّوع الثّالث من العمل وهو الذي يكون بوسيلة إيجابيّة ليست قولا.
رابعا: الفصل 56 هو مثل الفصل 57 على مستوى حدوث الغلط، ومختلف عنه على مستوى محلّ الغلط. وهاتان ناحيتان متعلّقتان بأثر العمل.
خامسا: الفصل 56 لا يحتاج لإيراد لفظة خاصّة بالكذب لأنّ من قال كاذبا بوجود سبب قريب أو بعيد (أو بطبيعة معيّنة لعقد) يكون قد كتم عدم وجود ذلك السّبب أو (تلك الطّبيعة). ومن قال كاذبا بعدم وجود ما سبق هو كاتم لوجوده.

[725] انظر إلى الفقه الغربي الوارد بالحاشية التّحتيّة للفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع.
وانظر أيضا إلى التّعليق الوارد تحت قضاء استعمل في الحاشية، وهو القرار التّعقيبي الـمؤرّخ في 29 نوفمبر 1876 (منشور بـ: سيراي 1877، 1، 49/ Sirey, 1877, 1, 49) ثمّ انظر إلى "رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران) اللذان قالا إنّ القانون "الفقهي" (droit savant) قرّب التّغرير من السّبب لينشأ نظريّة التّغرير التّعاقدي، والتي ستنتقل بواسطة فقهاء القانون الرّوماني وفقهاء القانون الكنسي و"بوتيي" Pothier إلى الفصل 1116 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة.
"رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران)، الصّيغ اللاتينيّة للقانون الفرنسي، باريس، ليتاك، ط 4، 1998، ص 119 و120.

Roland (Henri) et Boyer (Laurent), *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4e éd., 1998, p. 119 et s.

ويمكن أن نضيف هنا أنّ رحلة تلك النّظريّة لم تنته عند هذا الحدّ، بل إنّها تواصلت لتحطّ رحالها أيضا بمجلّة الالتزامات والعقود.

[726] وهذا ما يفسّر عدم وجود حاشية جانبيّة للفصل 49 من الـمشروع أو للفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجَع (نجد في الحواشي الجانبيّة الفقه الإسلامي بالأساس). وقد ينبغي أن يلاحظ هنا أنّ هذا الفقه الإسلامي يعرف تفرقة أخرى هي التي تكون بين التّدليس بالعيب (مثلا: عمل يدٍ يستر عيبا) والتّدليس بغير العيب (عمل يستر انعدام الكمال، ومثال ذلك طول بقاء السّلعة عند البائع [هذا الـمثال مأخوذ من ابن جزي، م س، ص174] وعموما أيّ أمر يكرهه الـمشتري ويقلّل من رغبته في الشّيء على حدّ عبارة ابن جزي). ولقد جاء عند السّنهوري (م س ج 2، ص 152 وما بعدها) حديث لصاحب الشّرح الكبير على متن الـمقنع (هامش الـمغني، ج 4، ص 80 وما بعدها) مفاده أنّ كلّ الفقهاء قالوا بالخيار بالنّسبة إلى ضربي التّدليس الواردين أعلاه إلاّ أبو حنيفة ومحمّد فإنّهما – ولكونهما لا يقولان بالخيار بالنّسبة إلى ما ليس عيبا – لا يقولان بالخيار في التّدليس بما ليس عيبا.

الالتزامات والعقود الـمتمثّلة في هذه التّفرقة مستوردة وليست محلّيّة. وإنّ هذه النّتيجة لتظهِر بعدُ ملامح ما سيأتي:

فإمّا أن يكون الـمستورد دون الـمحلّي صلاحا، وعندها تكون مادّة مجلّة الالتزامات والعقود مجسّدة عدم الإحكام.

وإمّا أن يكون الـمستورد أعلى من الـمحلّي صلاحا، وهنا لا تكون تلك الـمادّة ممثّلة لما سبق.

فالـميزان إذن صلوح التّفرقة أو صلوح عدم التّفرقة. ووحدة الوزن هنا ستكون ما قاله الغرب نفسه.

ويمكن أن يؤخذ كأنموذج داخل الغرب "لوران"[727] الذي قال عن تفرقة غيره (بين التّغرير الأساسي الذي هو عندهم ما حمل طرفا على عقد لم يحزم أمره عليه، والتّغرير العرضي الذي يقولون إنّه أتي به أثناء مفاوضات انطلقت بعدُ، ومن ثمّ فهو لم ينجب نيّة التّعاقد، ولم تكن له من نتيجة سوى حمل الضّحيّة على شروط أكثر إجحافا) إنّها خاطئة. والسّبب أنّه يمكن أن تعقد النّيّة على التّعاقد ثمّ لا يحصل هذا التّعاقد بسبب إجحاف الشّروط، فهنا (وعلى حدّ عبارة "لوران") صار التّغرير العرضي الذي لم يولّد قصد التّعاقد، تغريرا أساسيّا لأنّ وجوده سبّب عدم التّعاقد، ممّا يدلّ (والعبارة لـ"لوران") أنّ التّفرقة لا تصلح في شيء، وأنّها موجودة فقط بين الـمباني لا بين الـمعاني التي تحملها تلك الـمباني.

هذا النّقد يمكن أن يُسحب على كلّ التّعابير التي أتي بها لتحمل هذه التّفرقة:

فلقد جاء مثلا عند "دومولومب" (وفي الـمكان الـمشار إليه بحاشية الفصل 62 من الـمشروع الـمرَاجع[728]) أنّ العرضي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد بنفس الشّروط، والأساسي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد البتّة. لكن ألا يمكن الرّدّ بالقول إنّ الذي لا يتعاقد بنفس الشّروط لا يتعاقد البتّة ... بتلك الشّروط.

وأكثر ممّا سبق وأوضح منه الرّدّ الـممكن تقديمه على ما جاء بالفصل 1116 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة (والذي منه أخذ الفصل 56 من مجلّة الالتزامات

---

[727] "لوران"، م س، ج 15، عدد 523.

[728] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 175.

والعقود). فقد أتى الأوّل (ومن ثمّ الثّاني) ليقول إنّ الأساسي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد. وعلى هذا يكون النّقيض، أي غير الأساسي أو العرضي، هو الذي مع وجوده كان سيتعاقد[729]. ولقد أوردت مجلّة الالتزامات والعقود بالفصل 57 تفسيرا لهذا "الغير أساسي" أو العرضي[730] وقالت إنّه ما انصبّ على التّوابع. لكن الذي انصبّ على التّوابع قد يسبّب – لو كشف أمره – عدم التّعاقد. ومن ثمّ تصحّ في حقّه العبارة الـمستعملة للأساسي وهي أنّه بدونه ما كان ليتعاقد. وعلى هذا يصير النّقيض ليس نقيضا، بل هو الشّيء نفسه[731].

ممّا تقدّم يمكن القول إنّ توحيد التّغرير (ومن ثمّ توحيد عقابه) أصلح من تجزئته إلى أساسي وعرضي. وينبني على هذا أنّ الذي استوردته مجلّة الالتزامات والعقود دون الـمحلّي إتقانا[732]. وهذا بدوره تتأسّس عليه إمكانيّة عدّ هذه الـمجلّة (على مستوى هذا الجزء الثّاني من مادّة أثر العمل) مجسّدة لعدم الإحكام.

236. — هذا الحكم يمكّن من الـمرور إلى آخر يتعلّق بالجانب الثّاني للجزء الثّاني من الـمادّة الـمذكورة للتّوّ، وهو ذاك الـمتعلّق بما يحويه الأساسي[733].

وإنّ هذا الآخر ليمكن بناؤه على ثلاثة أمور:

أوّلها (وهذا أمر سبق أن وقع التّعرّض إليه) أنّ الفصل 56 وعاء يحوي ضمن ما يحويه التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث[734] وفي الوصف غير الذّاتي[735].

وثانيها (وهو أمر سبق بدوره) أنّ الغرب يقول نفس الشّيء[736].

---

[729] يلاحظ هنا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود أوجدت فصلا هو 57 ليحمل هذا النّقيض. وهو ما لم تفعله الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. ولعلّ السّبب يكمن في موقف الأولى من التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة (انظر إلى الفقرة عدد 259).

[730] انظر ما يبرّر قولنا إنّ الأمر يتعلّق بتفسير، وذلك بالفقرة عدد 233، الهامش.

[731] ليستحضر ما جاء من نقد للمنطق وللقانون في عنوان الغلط التّلقائي، وسيدرك عندها أنّ كلّ تمييز بين تغرير احدث غلطا في أمر أساسي وتغرير احدث غلطا في أمر غير أساسي لا يمكن أن يصمد أمام عمليّة التّقييم.

[732] خلا الـمستورد منه ومن بعده الـمستورد من دقّة النّظر التي توجب جمع الـمتماثلات.

[733] انظر الفقرة عدد 238، الهامش.

[734] انظر الفقرة عدد 232.

[735] انظر الفقرة عدد 233.

[736] انظر الفقرة عدد 232 وما بعدها. وإنّك ستجد – بالنّسبة إلى الوصف غير الذّاتي – أنّ جزءًا من الغرب فقط هو الذي يقول بالإبطال.

وثالثها (وهذا أمر لم يسبق) أنّ الفقه الإسلامي يعرف التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث ويعدّه موجبا لخيار الفسخ[737].

كما يعرف الفقه الإسلامي التّغرير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي، ويجعله مؤدّيا لنفس الـمصير[738].

---

[737] يمكن أن يعطى هنا مثال الـمرابحة والتّولية والشّركة والوضيعة حين لا يصحبهم غبن. انظر: الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل الفقهي العامّ، م س، ج 1، ص 468. وإنّنا سنعود فيما بعد إلى هذه البيوع وذلك بمناسبة الحديث عن التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة.

وربّما يمكن أن يقدّم هنا مثال لغلط في الباعث عدّ موجبا لخيار الفسخ، وإنّ قانونا يقبل الغلط لوحده ليقول من باب أولى بالحلّ نفسه لو أحدث ذلك الغلط تغريرٌ (هذا الـمثال لغلط في الباعث جاء في: "درر الحكّام لعلي حيدر، م س، ج 1، ص 344 تحت الـمادّة 338: "إذا اشترى عَرَصَةً – بفتح العين والرّاء والصّاد: والعرصة هي ساحة الدّار أو بقعة لا بناء عليها – على أنّ ضريبة الأملاك التي تأخذها الحكومة عنها مائة قرش فظهر أنّ ضريبتها أكثر من ذلك، فإذا عدّ ذلك عيبا عند التّجار فللمشتري ردّها بخيار العيب [...] إذا اشترى عقّارا على كونه لا ضريبة عليه فظهر بعد الشّراء أنّ عليه ضريبة فللمشتري الخيار بين أن يأخذه مع ضريبته بجميع الثّمن الـمسمّى وبين أن يردّه". ويمكن أن نصف هذه الصّورة بكونها غلط في الآثار القانونيّة للعقد، ومن ثمّ غلط في الباعث. انظر إلى وصف الغلط في الآثار القانونيّة على أنّه غلط في الباعث الفقرة عدد 116.

وربّما يمكن أن يعطى أيضا مثال من يأتي إلى شريك ويبتاع منه ليمكّن الشّريك الآخر من ممارسة الشّفعة انظر إلى: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 173.

وينبغي أن يلاحظ هنا أنّه ثمّ مثال قد يجسّد قولا للفقه مفاده أنّ هذا التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث لا يوجب فسخا. وحاصل الـمثال أنّ شخصا كذب على آخر وقال له إنّ منزلي يساوي الـمبلغ (أ) وإنّ فلانا قد طلب شراءه، ثمّ اتّضح أنّ الـمنزل يساوي ذلك الـمبلغ ولكنّ فلانا لم يطلب شراءه. ففي هذه الصّورة ليس ثمّ فسخ. انظر: حيدر (علي)، درر الحكّام، م س، ج 1، ص 369 و370، تحت الـمادّة 357 من الـمجلّة العثمانية.

ولعلّه بالإمكان أن نقول إنّ علي حيدر قد أراد أن يؤكّد من خلال هذا الـمثال أنّ التغرير الذي لم يحدث غلطا أحدث غبنا لا يوجب خيارا بسبب انعدام الغبن. وإنّ هذا السّبب يحصر ذلك التّأكيد. بعبارة أخرى يمكن القول إنّ هذا الفقيه سكت عن هذا الـمثال بوصفه يجسّد أيضا صورة تغرير أحدث غلطا في الباعث ومن ثمّ فقوله عن عدم وجود خيار لم يهمّ الـمثال من جانبه الـمذكور للتوّ. ويبدو أنّه بالإمكان وبناءً على ما تقدّم مواصلة التّمسّك بما قيل في الـمتن حول موقف الفقه الإسلامي. انظر الفقرة عدد 116.

[738] انظر مثلا إلى: الزّرقاني، م س، ج 5 (الـمجلّد الثّالث)، ص 136؛ البنّاني، الـمرجع السّابق نفسه والجزء والـمجلّد نفسيهما، ص 134. وكلاهما مشار إليه في الحاشية الجانبيّة للفصل 61 من الـمشروع الـمرَاجع.

وإنّ هذه الأسس الثّلاثة لتمكّن من تشييد قول مفاده أنّ الجانب الثّاني للجزء الثّاني من مادّة أثر العمل ثمّ مثله في الغرب وفي الشّرق[739]. وإنّه – وعلى التّقدير الأقصى الـمتمثّل في كون هذا الجانب قد تمّ استيراده – فإنّ الـمجلوب مثل الـمتروك وليس هذا الـمتروك بالأفضل. ويبدو أنّ هذه الـمحصّلة لا تسمح بربط هذه النّقطة من مجلّة الالتزامات والعقود بمسألة الإحكام[740].

237. — وينبغي الآن أن يُختم هذا الحديث الخاصّ بتحليل جهة أثر العمل وبالحكم عليها بخلاصة مفادها أنّ النّاظر إلى الفصلين 56 و57 يجد أمامه قسما أوّلا[741]، فثانيا[742]، فثالثا[743]. وهذا القسم الثّالث له جزء أوّل[744]، وثان[745]. وهذا

---

[739] قد يمكن القول إنّ الباعث أخذ من الغرب (انظر الفقرة عدد 231) لأنّه لم يثبت لنا أنّه أشير إلى الشّرق كمرجع حين تحدّث عن هذه النّقطة.
كما يمكن القول إنّ الوصف غير الذّاتي أخذ من الشّرق لأنّه أشير إليه كمرجع (انظر الهامش السّابق)، وربّما يمكن القول إنّه أخذ من الغرب لأنّنا رأينا أنّه أشير إلى هذا كمرجع (الفقرة عدد 232) وإن لم يمكن لنا أن نأخذ موقفا عندها – لذلك مررنا إلى النّيّة غير الـمباشرة (الفقرة عدد 233) – لأنّ هذا الغرب منقسم إلى قائل بكونه مبطلا وقائل بنقيض ذلك.
وإنّ كلّ ما سبق لم يمكّنّا ونحن نتحدّث عن الباعث والوصف غير الذّاتي معا، من أن نقول عنهما إنّ الغرب والشّرق مشار إليه بالنّسبة إليهما جميعا كمرجع.

[740] إنّ ما ورد أعلاه لواجب الـمراجعة حين لا نكتفي كما فعلنا الآن بعموم التّغرير، أي حين سنحاول الدّخول إلى أقسام التّغرير الثّلاثة: التّغرير بوسيلة إيجابيّة ليست قولا، والكذب، والكتمان.
فهذا الدخول سيسمح بالتفرقة:
بين التّغرير بوسيلة إيجابيّة ليست قولا أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو مبطل على مستوى مادّة الغلط لوحدها (ذات الشّيء مثلا).
وبين التّغرير بوسيلة إيجابيّة ليست قولا أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو ليس مبطلا على مستوى مادّة الغلط لوحدها (القيمة مثلا).
كما أنّه سيسمح بالتّفرقة نفسها في إطار الكتمان.
وكلّ ذلك سيمكّن من الفصل: بين التّغرير بوسيلة إيجابيّة ليست قولا أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو ليس مبطلا على مستوى مادّة الغلط لوحدها وبين الكتمان في هذا الإطار نفسه.
وإنّ تأجيل محاولة الدّخول الـمتحدّث عنها أعلاه والاكتفاء هنا بتحاليل قد يُرجَع فيها سببه أنّ الذي لم يُخض فيه يستوجب – لكي يُنظر فيه نظرة شاملة – أن يُتعرّض أوّلا إلى الغلط في القيمة وإلى التّغرير الذي يحدثه، وهو أمر لم يؤت به إلى الآن.

[741] قسم العمل.

[742] قسم العامل.

[743] قسم أثر العمل.

[744] جزء إحداث الغلط.

[745] جزء محلّ الغلط.

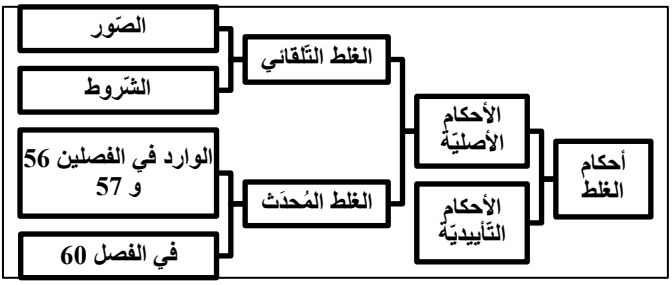
الجزء الثّاني له جانبان سنعتني بأوّلهما[746] ونترك الثّاني[747]. فأمّا القسم الأوّل فثمّ مثله في الشّرق وفي الغرب. وكذا الثّاني، وأيضا الجزء الأوّل من القسم الثّالث. لكنّ الجانب الأوّل من الجزء الثّاني من هذا القسم الثّالث غربي. ويبدو أنّ واضعي الفصلين 56 و57 قد عمدوا إلى الاستيراد. لكن اتّفق وأنّ الـمستورد له شَبَه كبير بالـمحلّي الـموجود والقائم وقتها. وعليك أن تنظر مليّا لتكتشف جزئيّة في ملامح الفصلين 56 و57 تجعلهما غربيّين لا شرقيّين.

ولعلّه ينبغي – للتثبّت من صحّة هذه الخلاصة – النّظر أيضا في الفصل 60 وفي علاقته بمسألة الإحكام التي نعمل عليها[748].

[746] الجانب الخاص بالتّفرقة بين الأساسي والعرضي.

[747] الجانب الـمتعلّق بما يحويه الأساسي، وإنّه سيترك لكونه وكما قيل سيستهدف إلى الـمراجعة.

[748]



الفصل الثّاني:

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدَث الوارد بالفصل 60

238. — إنّ الـمنطوق به في الفصل 60 هو: "الغبن لا يفسخ العقد إلاّ إذا تسبّب عن تغرير [...]"[749].

أمّا الـمقصود فهو: "الغبن (الـموضوعي)[750] لا يفسخ العقد إلاّ إذا تسبّب عن (غلط تسبّب عن) تغرير [...]"[751].

---

[749] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة "تسبّب" بعبارة أخرى: "نتج"، ومحى "من" من أمام "نائبه"، وعوّض "ممّن" بـ: "من"، وغيّر "عدى" بـ: "عدا"، وجاء بـ: "استثني" مكان "استثنى".

[750] إنّنا سنبرّر لاحقا وصفنا هنا الغبن بالـموضوعي. لكن بالإمكان أن نقول منذ الآن إنّ لفظة الغبن جاءت بالفصل 60 وجاءت بالفصل 61. والحديث عن الإرادة في ذاك مختلف عن الحديث عن الإرادة في هذا. وإنّ تبدّل الأطر (نوع الإرادة – حضورها وغيابها) مع ثبات اللفظ (الغبن) يدلّ على أنّ الغبن غير مرتبط بالإرادة، أي على أنّه موضوعي.

ولتوضيح ما سبق ينبغي الخروج إلى الإطار العامّ والقول إنّ الغبن "الـموضوعي" يمكن أن يتحقّق والإرادة حاضرة، كما يمكن أن يتحقّق وهي غائبة:

◀ فقد تحضر إرادة التّعبير (أو الإرادة الاستعماليّة) وتحضر معها إرادة الأثر (أو الإرادة الجدّية) ويكون ثمّ غبن "موضوعي". وإنّ أسباب ذلك لمتعدّدة. فقد تحدّث "ابن جزي" عن الذي يشتري بالأزيد لغرض الـمشاكلة (م س، ص 177)، وتحدّث "لوران" عن الأذواق والأهواء (م س، ج 15، عدد 485، وهذا الـمكان مشار إليه في الحاشية التّحتيّة للفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع وهو الفصل الذي أعطى الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود. لكن هنالك خطأ مطبعي، فعوض أن نجد العدد 485 الـمذكور لأنّ هذه هي الفقرة الخاصّة بالغبن، نجد الحاشية تذكر الفقرة 185 الـمتعلقة بمسألة من مسائل التّبرّع لا ارتباط لها بالغبن)، كما تحدّث "السّنهوري" عن الـمجازفة والـمزاحمة (م س، ج 2، ص 133). ولعلّه بالإمكان أن نضيف سببا آخر قابلا لأن يستخرج من قصّة علي بن الفضيل ومفادها أنّه كان: "يشتري من باعة الـمحلّة، فقيل له لو دخلت السّوق فاسترخصت، فقال هؤلاء نزلوا بقربنا رجاء منفعتنا". القشيري (عبد الكريم)، م س، ص 249.

◀ وقد تغيب الإرادة ويكون ثمّ غبن "موضوعي":

♦ وإن الغياب يمكن أن يهمّ إرادة التّعبير (صورة الفصل 61).

♦ كما يمكن أن يهمّ إرادة الأثر:

◙ وإن إرادة الأثر قد تغيب في جانبها الخاص بالعلم (وهنا نجد الـمضغوط والـمضطرّ).

◙ وقد تغيب في جانبها الـمتعلق بعدم العلم (وهنا نجد جزأي الفصل 60 اللذين سنتحدث عنهما لاحقا).

وينبغي هنا أن نورد ملاحظتين:

هذا يعني:

من جهة أولى أنّ الغبن "الـموضوعي" لا يفسخ العقد في صورة حضور إرادة التّعبير وإرادة الأثر وفي صورة ما إذا تسبّب الغبن عن غلط لوحده أي عن غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم.

من جهة ثانية أنّ الغبن "الـموضوعي" يفسخ العقد إذا تسبّب عن غلط تسبّب عن تغرير.

الـملاحظة الأولى، وهي مرتبطة بما سبق، ومفادها أنّ الحاشية التّحتيّة للفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع أشارت إلى مراجع قد لا تهمّ محتوى النّص على مستوى الإرادة (مثلا الفصل 1118 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة وفي ما يخصّ الـمنطوق به فيه: غياب إرادة التّعبير وغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم/ الفصل 1113: الـمحتوى نفسه الذي للفصل 1118/ الفصلان 1674 و1675: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم/ الفصل 138 من الـمجلّة الـمدنيّة الالـمانيّة: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم (صورة استغلال الحاجة) وغياب إرادة التّعبير (صورة استغلال ضعف العقـل légèreté d'esprit) [لكنّ الصّورة الثّالثة الواردة بالفصل 138 قد تهمّ إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم: صورة استغلال غياب التّجربة. وعلى كلّ انظر ما سيأتي لاحقا]/ حكم الـمحكمة الابتدائيّة بتونس الذي طرق الـمسألة من ناحية النّفع وغياب السّبب [علما وأنّ حاشية الفصل 3 من الـمشروع الـمرَاجع والخاصّ بأركان العقد قد تحدّثت عن النّفع]، وقال إنّ العقد يبطل لغياب السّبب إذا افتقدت علاقة النّفع الواجبة الوجود بين الأداءين.

Tribunal de 1ère Instance de Tunis, 1ère Ch., 30 Janvier1888, Journal des tribunaux français en Tunisie. Revue pratique de législation et de Jurisprudence, 1895, p. 501 et s.).

الـملاحظة الثّانية أنّ هنالك تقنيات في القانون التّونسي أو الإسلامي أو الغربي غايتها الوقاية من الغبن "الـموضوعي" الـمرتبط بغياب الإرادة. ويمكن أن نذكر على وجه الـمثال منع الاحتكار وتحديد الأسعار وتحريم الرّبا (انظر: محمصاني [صبحي]، النّظريّة العامّة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلاميّة. بحث مقارن في الـمذاهب الـمختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972، ج 2، ص 433 وما بعدها. وانظر أيضا: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 306)، كما يمكن أن نذكر – على وجه الـمثال دائما ولكن على صعيد بعد آخر مختلف عن السّابق – خيار الشّرط (الفصل 121 و700 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود)، وربّما أيضا خيار التّعيين (الفصل 65 و151 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود).

(751) سيثبت لنا لاحقا أنّ الفصل 60 هو لغبن سبّبه غلط سبّبه تغرير. وإنّ هذه الصّورة لموجودة بالقانون الفرنسي تحت اسم آخر هو التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة. كما أنّها موجودة بالفقه الإسلامي.

ويمكن عدّ الجهة الأولى حكما أصليّا يتمثّل في إقصاء الغبن والثّانية حكما أصليّا يتمثّل في قبوله. وإنّا سنربط هذه الجهة الثّانية بالإحكام وأيضا تلك الجهة الأولى لكن بعد أن نسقط من عنوان الجهة الأولى[752] مسألة حضور الإرادة لكوننا لن نركّز عليها في الـمعنون.

على هذا سيكون الحديث:

أوّلا عن الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده (الـمبحث الأوّل)؛

وثانيا عن الإحكام على مستوى قبول الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير (الـمبحث الثّاني).

الـمبحث الأوّل: الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده

239. — للمسألة التي نعمل عليها علاقة بالفصل 60 في جانبه الـمتعلّق بالإقصاء وعلاقة أخرى به في جانبه الـمتعلّق بالقول بالإقصاء على وجه الإطلاق. لذا سننظر في الإحكام على مستوى الإقصاء (الفقرة 1) وعلى مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق (الفقرة 2).

الفقرة 1. الإحكام على مستوى الإقصاء

240. — سنحاول هنا قطع مرحلة التّحليل ومرحلة استحضار قول الغرب والشّرق وأخيرا مرحلة الحكم:

241. — والدّاخل إلى الـمرحلة الأولى مدعوّ للتّوقف عند صيغة "لا ... إلاّ" التي جاءت في الفصل 60، والتي هي للشّرط؛ وتفيد انتفاء الحكم عند انتفاء الشّرط. على هذا يكون النّصّ الـمذكور قد نفى الفسخ إذا كنّا أمام غبن لم يسبّبه تغرير. لكنّ الغبن الذي لم يسبّبه تغرير قد يتمثّل في عدّة وجوه هي:

---

[752] هذا الإسقاط سيجعل العنوان الأوّل شبيها بالعنوان الثاني وهذا من شأنه (ربّما) أن يجعل عرض الـمادّة واضحا.

أوّلا الغبن مع حضور الإرادة (إرادة التّعبير وإرادة الأثر = الإرادة الاستعماليّة والإرادة الجدّيّة)؛
ثانيا الغبن مع غياب إرادة التّعبير (غيابا نسبيّا)؛
ثالثا الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم (الـمضغوط والـمضطرّ لا الـمكرَه)؛
رابعا الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والـمتعلّق بغلط لوحده.
فهل أنّ الفصل 60 قصد كلّ هذا، أي هل أنّ مطلقه أريد به الإطلاق ؟

242. — إنّ من يريد فهم الفصل 60 مدعوٌّ للبحث عن القرينة الـمخصِّصة. وإنّ هذه القرينة واجبة الاستقصاء في التّعبير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع. هذا التّعبير يتمثّل في حاشيتي الفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع:
فإذا بدأنا بالحاشية التّحتيّة، وجدنا أنّ جزءًا منها[753] يدلّ على أنّ الـمشرّع أراد في النّصّ أن يتحدّث عن الصّورة الثّانية (الغبن مع غياب إرادة التّعبير غيابا نسبيّا) والثّالثة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم) والرّابعة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والـمتعلّق بغلط لوحده). وإنّ الذي يقبل هذه الصّورة الرّابعة على أنّها لا توجب فسخا، يقبل من باب أولى الصّورة الأولى (الغبن مع حضور إرادة التّعبير والأثر). وعلى هذا فمطلق نصّ الـمشروع الـمراجع (ومن ثمّ مطلق الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود) يفيد الإطلاق. لكن علينا أن نخرج (لوجود الفصل 66 في الـمشروع الـمرَاجع والفصل 61 من مجلّة الالتزامات والعقود) الصّورة الثّانية (الغبن مع غياب إرادة التّعبير غيابا نسبيّا) لأنّه ثمّ حالة لها في هذين النّصّين قيل عنها إنّها توجب الفسخ[754]. ثمّ إنّ جزءًا من الحاشية التّحتيّة[755]، بالإضافة إلى الحاشية الجانبيّة،

[753] هو النّصوص الـمشار إليها من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة ومن الـمجلّة الـمدنيّة الالـمانيّة.
[754] أمّا بقيّة حالات الصّورة الثّانية فيمكن إخراجها بواسطة القياس على الحالة الـمنصوص عليها، إذا كان القياس مقبولا هنا. وينبغي أن نشير إلى أنّه يجب أن يلاحظ في مسألة الإخراج أمر النّسبة

يجعلنا نقول إنّه أريدت الصّورة الرّابعة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والـمتعلّق بغلط لوحده) ومن باب أولى الصّورة الأولى (الغبن مع حضور إرادة التّعبير والأثر)[756]. هكذا نكون قد عثرنا على القرينة الـمخصّصة وهي التّعبير الـمباشر بالنّسبة إلى الصّورة الرّابعة والتّعبير غير الـمباشر بالنّسبة إلى الصّورة الأولى.

243. — وإنّ إثباتنا لكون الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود يهمّ هاتين الصّورتين لإثبات أيضا لكون الغبن فيه "موضوعيّا"[757]. لكنّنا سنترك (كما سبق وأن أعلنّا ذلك[758]) الصّورة الأولى لنهتمّ بالرّابعة، والتي يمكن (انطلاقا ممّا تقدّم) أن نصفها بكونها لغبن "موضوعي" أحدثه غلط لوحده[759].

الواردة بالفصل 61 (ما يزيد على الثّلث). لذا فإنّ غبن الثّلث فما دونه والـمصاحب للغياب النّسبي لإرادة التّعبير (بالنّسبة إلى الغياب الـمطلق ولغيرها: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم وبالتّحديد صورة الإكراه – غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بعدم العلم كصورة الغلط في الوصف إلخ، فإنّ وجود أو عدم وجود الغبن لا يؤثّر على الجزاء ولذلك فهي لا تدخل أصلا في إطلاق الفصل 60) يبقى داخلا في إطلاق 60.

[755] الجزء الخاص بالإشارة إلى: "لوران"، ج 15، عدد 485 (لا 185).

[756] هكذا نكون قد أتينا بما يثبت أنّ الفصل 60 فيه الجهة الأولى الـمتحدّث عنها بالفقرة عدد 238 أي هو لصورة حضور إرادة التّعبير والأثر ولصورة غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بعدم العلم.

[757] نحن هنا بالتّحديد أمام إثبات آخر (جاء الإثبات الأوّل سابقا)، ويتمثّل هذا الإثبات الآخر في أنّه لا يمكن لغبن مرتبط بحضور إرادة التّعبير والأثر أن يكون قد عاب الإرادة وهذا هو الـمقصود بكونه موضوعيّا.

[758] الفقرة عدد 238.

[759] أتي بهذه اللفظة للاحتراز من جهة عن الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط في وصف الشّيء، ومن جهة أخرى عن الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط أحدثه تغرير.

ولقد حاولنا في هذا العمل الخاص بالفصل 60 أن نبتعد عن اسم اصطلاحي (رغم مزيّته في كونه اصطلاحيّا) هو الغلط في القيمة وذلك لأنّه لا يعبّر بدقّة عن الـمادّة التي نحن بصددها. نعم هي مادّة غلط في القيمة، ونعم هي مادّة غلط في قيمة السّوق، ولكنّها مادّة لا لغلط يفرز مفاجأة سارّة للواقع في غلط حين يفيق من غلطه (كان البائع يظنّ أنّ الشّيء الذي يمتلكه يساوي في السّوق دينارا فباعه بدينار وثلاثمائة ملّيم ثمّ ظهر أنّ قيمته في السّوق دينار ومائة مثلا – كان الـمشتري يظنّ أنّ القيمة في السّوق دينارا واشترى بسبعمائة ملّيم ثمّ اكتشف أنّ قيمته في السّوق هي ثمانمائة ملّيم مثلا)، بل لغلط يفرز مفاجأة غير سارّة لأنّها تعني أنّ ضررا قد لحق به (كان البائع يظنّ أنّ قيمة السّوق دينارا فباع بدينار ثمّ ظهر أنّها أزيد من ذلك – كان الـمشتري يظنّ أنّ قيمة السّوق دينارا فاشترى بدينار ثمّ ظهر أنّها دون ذلك). قارن مع: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 133، ومع

244. — وإنّ تحديدنا لموضوع اهتمامنا على النّحو السّابق هو في نفس الوقت انتهاء من الـمرحلة الأولى. والواجب بعدها أن ندخل الـمرحلة الثّانية وأن نبدأها بالإتيان بالغرب، وبالغرب الـمستعمل من قِبل اللجنة. وإنّنا لمدعوّون (بعد تحديدنا للفصل 60 على أنّه يهمّ غبنا "موضوعيّا" أحدثه غلط لوحده) أن نترك الغرب الـمستعمل الذي يهمّ غبنا "موضوعيّا" آخر. فإذا فعلنا، بقي لدينا من الغرب "لوران"[760] مثلا والذي بدأ حديثه بالفصل 1118 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة ثمّ مرّ للحديث عن الغلط لوحده (على هذا يكون قد تناول الـمسكوت عنه في هذا النّص) والذي ينتج عنه غبن، وأسماه غلطا محلّه قيمة الشّيء الذي هو موضوع للعقد. ثمّ قدّم لنا السّبب الذي من أجله لم تقبل الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة أن يوجب هذا الغلط إبطالا، فقال إنّه يتمثّل في أنّه: "لا يمكن أن نقول على وجه اليقين إنّ الأطراف ما كانوا ليتعاقدوا لو أنّهم علموا بالغبن أثناء التّعاقد"[761]. وفسّر ما سبق منطلقا من سؤال مفاده هل أنّ الـمساواة هي جوهر العقود التّبادليّة، فإذا ما اختلّ التّعادل بين الأداء الـمقدّم والأداء الـمتلقّى و"حصل

"لوران"، م س، ج 15، عدد 485. وعلينا أن نلاحظ أنّه – وفي التّحاليل السّابقة – استعملنا الاسم الاصطلاحي، وذلك لأنّ التّدقيق لم يكن ممكنا إلّا في هذه اللحظة.

ولعلّه ينبغي أن نختم بالإشارة إلى أنّ القيمة ليست وصفا للشّيء (وفيما مضى وحين كان ثمّ رِقّ وصفا للشّخص) بل هي مرآة عاكسة لنوع من أوصاف الشّيء هي تلك الـمؤثّرة في القيمة (انظر إلى هذا القول وإلى أمثلة للأوصاف الـمؤثّرة في الثّمن: مصدر لوحة فنّيّة – امتلاكها من قبل شخص مشهور – ندرة طابع بريدي – إلخ. "فيتز"، م س، عدد 332). وعلى هذا فإنّ هنالك أوصافا لا تؤثّر في القيمة (امتلاك الشّيء من قبل شخص مغمور). وإنّ ما سبق هو الذي دعانا سابقا – وقد يدعونا لاحقا – إلى وضع الغلط في القيمة في صنف مستقلّ عن صنف الغلط في الوصف.

والحاصل ممّا سبق أنّ الغلط في القيمة هو غلط محلّه الثّمن (وليس محلّه أوصافا سواء كانت مؤثّرة أو غير مؤثّرة في الثّمن) ونتيجته أن يوجد الغالط في وضع من يعطي (ثمنا) أكثر ممّا يتلقّى، أي في وضع مغبون. لذلك أسمينا الغلط في القيمة غلطا (في الثّمن) يحدث غبنا (وعلى هذا فهو مختلف عن الغلط في تعيين الثّمن وفي تعيين السّكّة. ففي الغلط في القيمة ليس ثمّ غلط في تعيين الثّمن أو السّكّة. ثمّ هو مختلف عن الغلط في الحساب، إذ في الغلط في القيمة ليس ثمّ غلط في الحساب).

[760] "لوران"، م س، ج 15، عدد 485 (لا 185 كما ورد خطأ بالحاشية التّحتيّة كما أشرنا إلى ذلك سابقا).

[761] "On ne peut pas dire avec certitude que les parties n'auraient pas contracté si elles avaient connu la lésion lors du contrat".

عدم مساواة ناتج عن القيمة"[762]، مثّل ذلك عيبا يجعل العقد قابلا للإبطال؟ وأجاب بالقول إنّه لو كانت: "قيمة الأشياء مطلقة لأمكن التّمسّك بأنّ عدم الـمساواة يعيب الرّضا وأنّ الأطراف لا يتعاقدون إلاّ بروح الـمساواة، لكنّه ليس ثمّ شيء أكثر تحوّلا من قيمة الأشياء، وهذه القيمة لا تتبع فقط ظروف الزّمان والـمكان، بل أيضا وقبل كلّ شيء حاجات وأذواق وشهوات الذين يتعاقدون"[763].

وخدمة لتحاليل ستأتي، ينبغي أن نتوقّف عند ما قاله "لوران" وأن نحاول إدخاله في القالب اللفظي والدّلالي الذي نعمل به. يخرج من هذا القالب محتوى مفاده أنّه إذا كان ثمّ غبن "موضوعي" وإذا حضرت إرادة التّعبير ولم نكن أمام عقد مضطرّ أو مضغوط[764]، فإنّه (وحسب "لوران" ومن ورائه الغرب الـمستعمل في الـمشروع الـمرَاجع) لا يترجّح أحد الاحتمالين الـممكنين، واللذين هما أنّ ذلك الغبن صحبه حضور إرادة الأثر[765] أو أنّه حدث نتيجة غياب هذه الإرادة في

---

[762] والكلام لـ: "لوران".

[763] "Si la valeur des choses était absolue, on pourrait soutenir que l'inégalité vicie le consentement, les parties ne contractant que dans un esprit d'égalité. Mais rien n'est plus variable que les valeurs des choses, et cette variation ne dépend pas seulement des circonstances de temps et de lieu, elle dépend, avant tout, des besoins, des goûts, des passions de ceux qui contractent".

[764] ينبغي أن نعيد تناول بعض ما سبق ولكن في شكل آخر وأن نشير إلى أنّه يمكن أن نجد غبنا في حـالتين:

◀ حالة عدم العلم وهذه فيها:

♦ صورة الغلط

♦ صورة استغلال الغلط

♦ صورة إحداث الغلط

◀ حالة العلم وهذه فيها:

♦ صورة الإكراه

♦ صورة من يوجد ظروفا وهذه تضغط على معاقده (هل نحن أمام عقد الـمضغوط الـمرتبط تقليديّا بالإكراه كما يقول "ڤيستان" [م س، عدد 557]، أم نحن أمام تغرير كما يقول "لوسوارن" [تعليق على قرار كولمار وذلك بالـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1970، ص 755 / Revue trimestrielle de droit civil, 1970, p. 755])

♦ صورة من يستغل ظروفا ضغطت على معاقده.

(ملاحظة: صورة الغلط في وصف الشّيء إلخ وصورة الإكراه لا يهتمّ فيها بوجود أو بعدم وجود غبن).

[765] أي ثمّ علم، أي ليس ثمّ غلط بالإضافة إلى أنّه ليس ثمّ ضغط واضطراركما افترض ذلك من قبل.

جانبها الخاصّ بعدم العلم، أي نتيجة غلط. بعبارة أخرى لا يترجّح احتمال البطلان على احتمال الصّحّة. لذلك يقال بالصّحّة.

245. — ويبدو أنّ هذه الفكرة موجودة في الشّرق الذي استعمل في الـمشروع الـمرَاجع وبالتّحديد في جزء منه. فالـمعلوم (وهذا ما ذكرته الحاشية الجانبيّة للفصل 65) أن هنالك موقفين[766]:

246. — موقفٌ لا يقبل أن يوجب خيارَ فسخٍ، الغبنُ "الـموضوعي" إذا حضرت إرادة التّعبير ولم نكن أمام عقد مضطرّ[767]. ويمكن أن نجد من ضمن تعليلات[768] هذا الـموقف ما يصبّ في النّهاية في القول الذي استخرجناه منذ قليل انطلاقا من "لوران"[769].

وموقفٌ يقبل أحيانا أن يوجب خيارَ فسخٍ، الغبنُ "الـموضوعي" إذا حضرت إرادة التّعبير ولم نكن أمام عقد مضطرّ[770]. وحجّته (وهي بمثابة الرّدّ على تعليل

---

[766] انظر حول هذين الـموقفين للمالكيّة وحول أحدهما عند الحنفيّة (وهما الـمذهبان اللذان ذكرتهما الحاشية الجانبيّة) وعند الشّافعيّة والحنبليّة: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 134 وما بعدها.

[767] وهذا هو موقف الـمالكيّة غير البغداديّة (انظر ما قالته الحاشية الجانبيّة للفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع وانظر الـمراجع الواردة بها ثمّ انظر: السّنهوري [عبد الرّزّاق]، م س، ج 2، ص 140) وهو ظاهر مذهب الأحناف (انظر الـمراجع الواردة بالحاشية الجانبيّة وانظر السّنهوري في الـمكان نفسه وانظر خاصّة: ابن عابدين [مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت، دار إحياء التراث العرب، ج 2، ص 66 وما بعدها] في رسالته "تحبير التّحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير" والتي اشتهرت لكونها احتجّت للموقف الوارد أعلاه) وظاهر مذهب الشّافعي ومذهب أحمد (انظر إلى السّنهوري في الـمكان نفسه).

[768] هنالك تعليل نجده عند ابن عابدين في رسالته (ص 78) ومفاده أنّ القول بخيار الفسخ هنا يجافي مقتضى الرّفق بالنّاس.

[769] جاء عند السّنهوري (م س، ج 2، ص 164) عن الشّرح الكبير على متن الـمقنع (ج 4، ص 79) تبرير للموقف الوارد أعلاه يستند إلى التّقصير وإلى التّفريط، وهذا يصبّ في مسألة عدم تصديق الغلط، ومن ثمّ في مسألة عدم الرّجحان التي تحدّثنا عنها في الـمتن (ملاحظة: حديث الشّرح الكبير همّ عقد غير الـمسترسل، وإنّنا سنعود إلى هذا الأمر لاحقا وذلك في الفقرة عدد 251).

[770] وهذا هو موقف الـمالكيّة البغداديّة كما قالت الحاشية الجانبيّة للفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع، وكما قال صاحب الـمقتطف الذي أورده السّنهوري (م س، ج 2، ص 138). وهو أيضا

الـموقف الأوّل) أن بالإمكان، في بعض الصّور، أن نرجّح احتمال أنّ ذلك الغبن حدث نتيجة غياب إرادة الأثر، أي بالتّحديد نتيجة غلط، وذلك حين تكون ثمّ أمور من شأنها أن تجعلنا نصدّق هذا الغياب لتلك الإرادة، أي نصدّق زعم وجود غلط[771].

ويبدو أنّ أصحاب هذا الـموقف الثّاني (ودائما في إطار خطّ الحجّة التي استندوا إليها لكي يقبلوا بالخيار أحيانا) يشترطون أن يكون الغبن "الـموضوعي" مساويا للثّلث أو يزيد عليه[772]، وذلك لأنّ الذي يكون دون هذه النّسبة معتاد[773] فلا

موقف ابن حزم. انظر: بوصبع (نبيل)، نظريّة العقد عند الإمام ابن حزم الأندلسي. أصولها ومقوّماتها، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1431 هـ/ 2010 م، ص 484 وما بعدها.

[771] جاء في التّاج والإكليل للموّاق (هامش الحطاب، ج 4، ص 468 وما بعدها) وذلك حسب السّنهوري (م س، ج 2، ص 138): "والأصل في هذا أن ينظر إلى مدّعي الجهل، فإن كان معروفا بذلك اجتهد له الحاكم [...] ونزل مثل هذا بزوجة شيخنا [...] فأفتى ابن عرفة بنقض بيعها لأوصاف ذكرها وعذرها من أجلها".

وجاء عند محمّد العلوي العابد (الأموال في الفقه الـمالكي، الدّار البيضاء، إفريقيا الشّرق، ط 2، 1994) عن بعض الـمالكيّة ما يلي: "جرى عمل فاس على القيام بالغبن [...] بشرط أن يكون الـمشتري ممّن يجهل قيمة الأشياء لكونه أجنبيّا عن البلد أو لكونه لا يخالط أهل تلك الحرفة ولو كان ماهرا في غيرها" (عدد 288). كما جاء عنده: "ولا يشترط أن يكون الغابن قد استعمل وسائل التّدليس والخداع والاحتيال بل يجوز القيام ولو استعمل الـمغبون كلّ ما لديه من مكايسة ولم يصدر من الغابن أيّ خداع" (عدد 297).

ومن الواجب أن نلاحظ هنا أنّ الفارق بين هذه الصّورة التي نصدّق فيها وجود غياب إرادة أثر وصورة الغبن "الـموضوعي" الذي يصحبه غياب نسبي لإرادة التّعبير (صورة حبّان بن منقذ في الحديث النّبوي الشّريف وعموما صورة ضعيف العقل – انظر مثالا لها عند "لوران"، م س، ج 15، عدد 524) هو أنّنا وفي الصّورة الأولى أمام ضعف مؤقّت يهمّ بعض الأمور صاحبه قادر لو كشفت له الأمور أن يكتشف ضعفه وأن يستعيد قوّته أمّا في الصّورة الثّانية فالضّعف مستمرّ ويهمّ عموم الأمور (مثلا عموم أمور الشراء وصاحبه وإن كشفت له أمرا يكشف ضعفه فإنّه وأمام أمر مماثل سيعود إلى الضّعف نفسه.

لكن يبدو أنّ ما سبق من قول بالفرق غير مقنع إلّا في حالات نستطيع أن نقرّر فيها وبصفة مسبّقة أنّه وحين تتوفّر أوصاف معيّنة (عُمُرٌ بين 13 و18 سنة – إلخ) نحن أمام غياب نسبي لإرادة التّعبير (إذن الفرق هو نتيجة قرار وليس نتيجة لما عليه الأشياء في الواقع – هل نجد الشّيء نفسه بالنّسبة إلى الفرق بين الغياب الـمطلق لإرادة التّعبير وغياب إرادة الأثر؟).

انظر الفقرة عدد 1 وما بعدها وكذلك الفقرة عدد 336.

[772] انظر محمّد العلوي العابدي، م س، عدد 288، ولكنّه لم يتحدّث عمّا تجاوز الثّلث.

وانظر ابن عاصم الأندلسي (أبو بكر محمّد بن محمّد)، متن العاصميّة الـمسمّى بتحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام، مصر، ص 61، والتي تضمّنت ذكرا لهذا الـموقف الثّاني وتحديدا لكلّ الشّروط التي قال بها:

يترجّح (ولو مع توفّر الأمور الـمتحدّث عنها سابقا في الـمغبون) احتمال أنّه نتج عن غياب إرادة الأثر.

247. — ويمكن لمن انتهى من استعراض محتوى كلّ هذه الـمواقف أن يقف وأن يقيِّمها. ويبدو الـموقف الثّاني للفقه الإسلامي (مقارنة بالـموقف الأوّل لنفس هذا الفقه وبالـموقف الغربي) أمتن حجّة، إذ يمكن (استنادا إلى معايير الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود، وربّما أيضا وإلى جانبها استنادا إلى مسألة النّسبة) القول (أمام صورة حضر فيها غبن "موضوعي" وإرادة تعبير وغاب الاضطرار) برجحان أحد الاحتمالين الـمتحدّث عنهما أعلاه[774].

248. — وما سبق يمكّن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد أخذت بحلّ ليس هو الأمتن. وقد يبنى على هذا حكم يتمثّل في ربط الـمجلّة بعدم الإحكام وذلك لأنّ الـمأخوذ به، وإن كان مماثلا للمحلّي، فإنّه ليس الأصلح. وقد يُرى في هذا الحكم تهافتٌ إذ عدم الإحكام يقتضي ترك ما غزلته اليد ومجلّة الالتزامات والعقود – وأمام غزلين مختلفين لنفس اليد لا يمكن اعتمادهما جميعا – أخذت بما هو مماثل لأحدهما. ولعلّ الذي يتّبع هذا الاتّجاه سيقول (أوّلا لتماثل حلّ مجلّة الالتزامات والعقود مع أحد غزلي اليد من جهة ومع الغرب من جهة أخرى، وثانيا لكون هاتين الجهتين مشار إليهما في الـمشروع الـمرَاجع) إنّه لا يمكن القطع بأنّ ما وضعته هذه الـمجلّة محلّي أو مستورد. وعلى تقدير أنّه مستورد، فهو مثل الـمحلّي. من هنا لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

ومن بغبن في مبيع قامـا فشرطه ألاّ يجوز العامـا
وأن يكون جاهلا بما صنع والغبن بالثّلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام وليس للعارف من قيـام

[773] جاء عند الزّرقاني (شرح الزّرقاني على موطّأ الإمام مالك، بيروت، دار الـمعرفة، 1407 هـ 1987 م، الـمجلّد الثّالث، ص 342): "وقد استدلّ أحمد والبغداديّون من الـمالكيّة على القيام بالغبن غير الـمعتاد وحدّوه بالثّلث لا أقلّ لأنّه غبن يسير انتصب له التّجار".

[774] هكذا تجعل الصّورة مثل غيرها من صور الغلط وهكذا تكون قد جمعت الـمتماثلات.

هذه النّتيجة تقبل الـمراجعة لو أنّنا وجدنا جديدا في موقف الشّرق الذي قلنا إنّ حلّ مجلّة الالتزامات والعقود يماثله. وهو ما سنحاول التثبّت منه من خلال البحث في جانب الفصل 60 الـمتعلّق بالقول بالإقصاء على وجه الإطلاق.

الفقرة 2. الإحكام على مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق

249. — إنّ التّحليل السّابق للفصل 60 يمكّن من القول إنّه رفض وفي كلّ الحالات أن يوجب فسخاً الغبنُ "الـموضوعي" الذي أحدثه غلط لوحده.
وإنّ هذا هو نفس الحلّ الذي نجده في الغرب الـمشار إليه في الـمشروع الـمرَاجع.

250. — لكنّ الشّرق - وبالتّحديد الفقه الـمالكي والحنبلي - أوجد "بيع الـمسترسل أو الـمستأمن"[775]. ومن يقرأ هذا الفقه يتبيّن أنّ الأمر يتعلّق بغبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغرير[776]. لكن يبدو أنّ الفقه الحنبلي عنى أيضا صورة الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده وذلك بالنّسبة إلى طائفة من الأشخاص هم الـمسترسلون[777]. وقد يمكّن هذا من القول عن مجلّة الالتزامات والعقود إنّها لم تتّبع الشّرق، ومن ثمّ فالحلّ الذي جاءت به مستورد. فإن كان الشّرق - الذي ورد للتّوّ - هو الأصلح، ارتبطت الـمجلّة بعدم الإحكام؛ وإن لا، فلا[778]. وقد يقال إنّه لم يصحّ أنّ كلّ القائلين بالـموقف الرّافض للفسخ قد قالوا بالاسترسال في هذا الـمعنى إذ لا يخرج ما تمّ إيراده عن كونه مستخرج من بعض

---

[775] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 162 وما بعدها.

[776] يأتي الـمشتري مثلا إلى البائع ويقول له بعني كما تبيع النّاس فإنّي لا أعرف القيمة (إذن استأمنه واسترسل إليه) فيكذب عليه البائع ويذكر له ثمنا أعلى من قيمة السّوق ويبيعه به.

[777] جاء عند السّنهوري (م س، ج 2، ص 164) عن الشّرح الكبير على متن الـمقنع (ج 4، ص 79) أنّ الـمسترسل "هو الجاهل بقيمة السّلعة ولا يحسن الـمبايعة، قال أحمد: الـمسترسل الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ الذي لا يماكس". وانظر: الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 470 و471 الذي تحدّث عن الفقه الحنبلي فقال: "على أنّ الاجتهاد الحنبلي يستثني أيضا حالتين اثنتين يعتبر فيهما الغبن الـمجرّد عن الخلابة عيبا في رضا الـمغبون يسوّغه إبطال العقد وهما: حالة الشّخص الـمسترسل، وتلقّي الرّكبان".

[778] هذا يرجعنا إلى ما قيل سابقا حول وجود جمع للمتماثلات بالفقه. فإذا ابتعدت عنه مجلّة الالتزامات والعقود، فستكون قد فصلت حيث يجب الوصل ومن هنا سترتبط بعدم الإحكام.

أصحاب هذا الـموقف الرّافض. هذا الاعتراض وجيه. ويمكن لمن يتمسّك به أن يقول بعدم إمكان الـمرور إلى مسألة الإحكام لأنّ الـمجلّة مثل جزء من الفقه. ولعلّ وصولنا إلى الاسترسال له فائدة حتى لو كنّا من أصحاب هذا الاعتراض، إذ أنّه يفتح الباب للحديث عن الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغـرير[779].

الـمبحث الثّاني: الإحكام على مستوى قبول الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير

251. — سنرى من خلال تحليل الفصل 60 أنّه قبِل هذا الغبن، لكنّه فصّل فيه. وسنحاول أن نبحث عن الإحكام على هذين الـمستويين.

الفقرة 1. الإحكام على مستوى قبول الغبن

252. — تعرّضنا سابقا لمعنى أوّل لصيغة "... لا ... إلاّ ..."، هو أنّها تفيد نفي الحكم عند انتفاء الشّرط[780]. ونمرّ الآن إلى مسألة إفادتها ثبوت الحكم عند ثبوت الشّرط، أي إفادتها ثبوت الفسخ عند ثبوت الغبن "الـموضوعي" الذي أحدثه غلط أحدثه تغرير.

ويمكن القول، استنادا إلى السّياق الذي ورد فيه الفصل 60، أنّ صيغته تفيد ذلك الـمعنى[781].

هذا الكلام يتأيّد بواسطة ما يفرزه التّعبير الـمباشر عن النّيّة. فلقد أشارت الحاشية التّحتيّة للفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع إلى "أوبري" و"رو" في مكان تحدّثا فيه

---

[779] وذلك لأنّ الاسترسال يتحدّث عنه عادة في هذا الإطار.

[780] انظر الفقرة عدد 241.

[781] لأنّنا لا نعلم من بقية مجلّة الالتزامات والعقود ومن القانون عموما أنّه وضع شرطا آخر وقال إنّه يجب أن يقترن مع شرط الفصل 60 لكي يكون ثمّ فسخ. كما لا نعلم أنّ القانون وضع شرطا بديلا وقال بمراوحة بينه وبين شرط الفصل 60.

عن هذا التّغرير[782]. وهذا ما فعلته الحاشية الجانبيّة التي أشارت إلى هذا التّغرير نفسه حين أوردت "عمليّات" السّجلماسي[783] و"مرشد" قدري باشا[784] و"أشباه" ابن نجيم[785]، و"غمز" الحموي[786].

253. — والسّؤال الآن – بعد تحديد محتوى الفصل 60[787] – ما موقف الغرب والشّرق من هذا الغبن ؟

---

[782] انظر: "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر، وإن كان هذان يقولان إنّ هذا التّغرير عرضي وإنّه لا يوجب بطلانا.

[783] السّجلماسي (الشّيخ عبد الجليل الفلالي)، كتاب فتح الجليل الصّمد في شرح التّكميل والـمعتمد الـمشتهر باسم كتاب العمليّات العامّة، تونس، مطبعة الدّولة التّونسيّة الـمحروسة، 1290 هـ ص 154.

ولقد تحدّث السّجلماسي عن الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده، وتحدّث عن الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، وعن الذي يوجد مع حضور لإرادة التّعبير والأثر.

[784] قدري باشا (محمّد)، م س، الـمادّة 269 وهي مادّة لها نحو ارتباط بمحتوى الفصلين 60 و61 من مجلّة الالتزامات والعقود، وعلينا أن نلاحظ أن هنالك خطأ مطبعيّا في الحاشية إذ أنّها أشارت إلى الـمادّة 300 عوضا عن الـمادّة 269، كما أشارت إلى الـمادّة 546 و هذه تهمّ محتوى لا علاقة له بالتّغرير.

[785] ابن نجيم (زين العابدين إبراهيم)، م س (الأشباه والنّظائر)، ج 1، ص 111 وص 334.

[786] الحموي (أحمد بن محمّد)، م س (غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنّظائر)، ج 2، ص 195، عدد 3. وقد يجب علينا أن نختم سلسلة هذه الـمراجع بملاحظة أنّ الحاشية الجانبيّة أشارت أيضا إلى الـمادّة 356 من الـمجلّة العثمانيّة وهي لإقصاء الفسخ لو كنّا أمام غبن "موضوعي" أحدثه غلط لوحده (وهو الـمحتوى الأوّل للفصل 60 الذي بدأنا به) ولم تشر إلى الـمادّة 357 وهي للقول بالفسخ لو كنّا أمام غبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغرير.

[787] إن للفصل 60 محتويين آخرين:

أوّلهما حديثه عن التّغرير. ويمكن أن يتمثّل هذا في عمل إيجابي ليس قولا وخاصة في كذب (حتّى أنّ الفقهاء حين يتحدّثون عن هذا الأمر يستعملون كلمة الغرور القولي. انظر مثلا إلى الحموي، م س، ج 2، ص 195، عدد 5. وانظر إلى ما قلناه عن الزّرقا) وربّما في كتمان، ولكن هذا سينظر فيه لاحقا.

وثانيهما حديثه عن آتي التّغرير وهو الـمتعاقد ونائبه ومن ناب الـمتعاقد (نائب الـمتعاقد هو من ناب الـمتعاقد وهذا هو ذاك، وعلى هذا يكون النّص قد تحدّث مرّتين عن معنى واحد ولكن في تركيبين مختلفين، وعلينا لكي نفهم أنه أريد معنيان أن نعود إلى الصّياغة الفرنسيّة التي نجدها تتكلّم عن ممثّل الـمتعاقد وعمّن تعاقد لفائدة الـمتعاقد [الفضولي، إلخ] [ملاحظة: لم يكن هذا الأخير موجودا بالـمشروع الـمرَاجَع]).

ولقد فضّلنا ذكر الـمحتوى الأوّل هنا لا في الـمتن لأنّه سبق وأن خضنا في علاقته بمسألة الإحكام في إطار آخر.

أمّا بالنّسبة إلى الـمحتوى الثّاني فربطه بمسألة الإحكام غير ذي أهمّيّة (على كلّ انظر: ابن نجيم، م س، ج 1، ص 334 وهو يتحدّث عن الدّلاّل. وانظر الحموي، م س، ج 1، ص 195 وهو يتحدّث عن

الجواب أنّ الغرب منقسم إلى قسمين: فبعضه يرى هذا الغبن لا يوجب فسخا لأنّه يرى التّغرير الذي يُحدث غلطا يُحدث غبنا تغريرا عرضيّا[788]. وبعضه يحمل – كما رأينا – على التّفرقة بين الأساسي والعرضي ويعتبرها خاطئة[789].

أمّا الشّرق فقريب من هذا الجزء الأخير من الغرب إذ هو يرى أنّ الغبن "الـموضوعي" الذي أحدثه غلط أحدثه تغرير موجب للخيار[790].

254. — ويمكن أن نقول عن الحلّ الذي جاء بالفصل 60 إن ثمّ مثله في الشّرق الـمعتمد في الحواشي، وثمّ مثله في الغرب الذي يمكن أن نقول أيضا إنّه اعتمد في الحواشي[791]. لذا لا يمكن أن نقول عمّا أتى في مجلّة الالتزامات والعقود إنّه محلّي أو مستورد، وعلى تقدير أنّه مستورد فهو مثل الـمحلّي، وفي كلتا الحالتين لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

255. — وينبغي (ونحن ننهي هذا الحكم على محتوى مجلّة الالتزامات والعقود الـمتمثّل في قبولها الـمبدئي للغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، لنمرّ إلى الحكم على ما جاء فيها من تفصيل) أن نعود إلى مسألة الاحتمالين، وإلى إمكان ترجيح أحدهما[792]، وأن نربطها بالـمادّة التي نحن على وشك مغادرتها.

الوكيل والوصيّ. وانظر أيضا جملة كتب الفقه حين تتحدّث عن النّجش)، ثم إنّنا قد خضنا فيه في إطار آخر.

[788] انظر على سبيل الـمثال: "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر وهو مكان مشار إليه بالحاشية التّحتيّة للفصل 65.

[789] انظر الفقرة عدد 235 حيث تجد "لوران"، ولكنّ الـمكان الذي قال فيه بهذا لم يشر إليه بالحاشية التّحتيّة الخاصّة بالفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع بل بتلك الخاصّة بالفصل 61 من ذلك الـمشروع، وانظر إلى الفقهاء الفرنسيّين الـمعاصرين الذين يحملون خاصّة على تصنيف التّغرير الذي نحن بصدده ضمن قسم العرضي (مثلا: "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 576).

[790] انظر إلى الـمراجع الواردة بالحاشية الجانبيّة للفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع، ولقد تعرّضنا منذ قليل إلى أهمّها (العمليّات – مرشد الحيران – إلخ).

[791] رغم أنّ هذا الغرب قد ذكر فيما يخصّ نصّا آخر هو الفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود (انظر ما ورد أعلاه).

[792] انظر الفقرة عدد 244.

فإذا حضرت إرادة التّعبير ولم يكن ثمّ ضغط وكان ثمّ تغرير فإنّ أمور الفصل 48 هي التي ستجعلنا نرجّح إمّا احتمال حضور إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم، وإمّا احتمال غيابها[793]. ولعلّ الذي يصل إلى هذه النّتيجة سيقف ليقول إنّ من تمسّك بعدم رجحان أحد الاحتمالين في مادّة الغلط لوحده[794] من الـمفروض (استجابة لمقتضى الاتّساق) أن يتمسّك بنفس الشّيء في مادّة التّغرير، أي أن يتمسّك بعدم الإبطال إلاّ إذا كان – ومن خلال قوله بالإبطال هنا – قد أراد معاقبة التّغرير في ذاته[795]. فإذا كان يعاقب بالإبطال لأنّ التّغرير أحدث غلطا، فهذا يعني أنّه قبل مسألة التّرجيح استنادا إلى معايير الفصل 48 مثلا، وعلى هذا لم يعد ثمّ ما يفسّر عدم قبوله لهذا التّرجيح في مادّة الغلط لوحده. ولعلّه بالإمكان – على مستوى هذه النّقطة – أن نأتي بالحكم الذي بدا لنا سابقا[796]. فإن فعلنا، لن يبقى إلاّ الـمرور إلى تقييم تفصيل مجلّة الالتزامات والعقود في الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير.

الفقرة 2. الإحكام على مستوى التّفصيل في الغبن

256. — إذا قُبِل ما وصلنا إليه سابقا من أنّ الفصل 56 وعاء يملؤه – ضمن ما يملؤه – التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث وفي الوصف غير الذّاتي[797]،
وإذا أضيف إليه أنّ الفصل 60 آنية تحوي التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة[798]،
وإذا استحضرنا أنّ الـمشرّع أراد أن يكون الفصل 57 سلّة للتّغرير العرضي[799]،

---

[793] إن حضرت، فنحن أمام تغرير لم يحدث غلطا؛ وإن غابت، فنحن أمام تغرير أحدث غلطا.

[794] هذا يعني أنّه وفي مادّة الغلط ليس ثمّ إبطال بسبب عدم رجحان أحد الاحتمالين لا بسبب آخر ككون محلّ الغلط وهو القيمة هو سبب بعيد مثلا.

[795] أحدث أم لم يحدث غلطا لأنّ صاحب هذا الـموقف كان قد قال سابقا بعدم رجحان احتمال وجود غلط على احتمال عدم وجوده.

[796] حين تناولنا مسألة التّرجيح (الفقرة عدد 249).

[797] انظر الفقرة عدد 232 وما بعدها.

[798] والذي أسميناه في هذا العمل – ولأسباب تعرّضنا إليها – الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير.

[799] انظر الفقرة عدد 229.

وإذا زدنا إلى كلّ ما سبق أنّ العرضي لا يمكن أن يقال به إلاّ في إطار الغلط الذي يقول البعض على الأقلّ إنّه لا يبطل، أي في إطار الباعث والوصف غير الذّاتي والقيمة،

... إذا تحقّق جميع ما سبق، كانت النّتيجة أنّ الفصل 57 سلّة يملؤها الفراغ[800].

257. — وإنّ التّعبير غير الـمباشر عن النّيّة - وبالتّحديد جانبه الـمتمثّل في صون كلام العاقل ما أمكن عن عدم الإفادة - يدعو للبحث عمّا يمكن أن يملأ سلّة الفصل 57:

فإذا حاولنا مع التّغرير الذي يحدث غلطا في الوصف غير الذّاتي، وجدنا أنفسنا مضطرّين لأن نعود الأدراج: ذلك أنّ وضع هذا التّغرير في الفصل 57، يجعل هذا النّص متعارضا مع الفصل 45 (هنا هذا الغلط يبطل وهناك في الفصل 57 هذا الغلط ومعه زيادة هي التّغرير لا يبطل). والواجب (الآخر) صون كلام العاقل عن التّضارب ما أمكن. لذا لا يمكن أن نجعل كلام مجلّة الالتزامات والعقود مفيدا ونجعله من جانب آخر متضاربا ... أي في النّهاية غير مفيد.

وأمّا إذا حاولنا مع التّغرير الذي يحدث غلطا في الباعث، فالواجب أيضا أن نعود الأدراج. والسّبب أنّ هذا التّغرير - لو قُبِل منّا ما بلغناه سابقا[801] - موجود في الفصل 56 بمقتضى ما وصلنا إليه على أنّه إرادة للمشرّع يحملها تعبير مباشر. فإذا وضعنا - رغم ما تبيّن لنا أنّه نيّة للمجلّة - هذا التّغرير في الفصل 57 نكون قد صنّا ... نعم ... كلام عاقل عن عدم الإفادة ... لكن خارج ما هو مسموح به.

---

[800] قد نفكّر في أن نملأ الفصل 57 بالتّغرير الذي يحدث غلطا في الحساب. لكنّنا نعلم من التّحاليل التي جاءت بعنوان الغلط التّلقائي في الحساب أنّ الحلّ هنا خاص، أي أنّ هذا الغلط التّلقائي لا يبطل لأسباب خاصّة. فإذا كان يجب أن نقول إنّه - وحين يحدثه تغرير- هو لا يبطل أيضا، فلن يكون ذلك بسبب كون هذا التّغرير عرضيّا، أي بسبب كونه داخلا في الفصل 57، بل بسبب تلك الخصوصيّة الـمرتبطة بالغلط (هي مرتبطة به وهي التي تؤدّي إلى عدم الإبطال سواء أحدثه أو لم يحدثه تغرير).

[801] انظر الفقرة عدد 232.

فإذا انتهينا إلى الغبن الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، وجدناه بالفصل 60. وهذا يمنع محاولة التّفكير في جعله هو الذي يملأ سلّة الفصل 57.

لكن بالإمكان أن نحاول مرّة رابعة بأن نتوقّف عند الغبن في الفصل 60. فإذا فعلنا، وجدناه مطلقا غير مقيّد بنسبة. والسّؤال الذي ينبغي أن يطرحه كلّ من يقف أمام مطلق: هل يفيد الإطلاق؟ فإذا أجبنا بنعم[802] ملأنا الفصل 60 وتركنا الفصل 57 فارغا. لكن لو قلنا إنّ الـمطلق يفيد مقيّدا – أي لو قلنا إنّ الفصل 60 يهمّ غبنا معيّنا، أي غبنا له نسبة معيّنة – لتركنا شيئا يمكن أن يصعد من الفصل 60 ويستقرّ في الفصل 57. هذا التمشّي يوافق التّعبير غير الـمباشر عن النّيّة في جانبه الـمتحدّث عنه منذ قليل (صون كلام العاقل عن عدم الإفادة).

فإذا قُبِل ما جاء للتّوّ، يكون الواجب عندها الـمرور إلى تحديد الغبن الذي سنبقيه في الفصل 60 والغبن الذي سنخرجه إلى الفصل 57. وهنا سيعترضنا التّعبير غير الـمباشر عن النّيّة – لكن هذه الـمرّة في جانبه الخاصّ بالاتّساق وبعدم التّضارب

---

[802] وهي إجابة:

الكناني (يوسف)، هل الغبن وحدة قانونية مستقلة ؟، الـمجلّة التّونسيّة القانونيّة، 1978، السّداسي الأوّل (القسم الفرنسي)، ص 45، حين قال: "إنّ الغبن التّغريري اليسير (والذي يعارضه الغبن الفاحش) كاف […] لتأسيس دعوى فسخ العقد، وهكذا فإنّه لا مجال للبحث عن نسبة ما هو فاحش".

KANANI (Youssef), « La lésion est–elle une entité juridique autonome ? », *Revue tunisienne de droit*, 1978, premier semestre, p. 45 : "La lésion dolosive simple (par opposition à la lésion excessive) suffit […] pour fonder une action en rescision du contrat, il n'y a pas lieu de rechercher ainsi le seuil de l'excès".

الكتّاني (عز الدّين)، الغبن في ظهير الالتزامات والعقود، الـمجلّة الـمغربية لقانون واقتصاد التنمية، 1984، عدد 7 (القسم الفرنسي)، ص 210 حين قال (وهو يتحدّث عن الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود الـمغربي الذي ينص على أنّ: "الغبن لا يخوّل الإبطال إلّا إذا نتج عن تدليس الطّرف الآخر أو نائبه أو الشّخص الذي تعامل من أجله [إذن لم يقل لنا مثل مجلّة الالتزامات والعقود: منوّبه] وذلك فيما عدا الاستثناء الـوارد بعد". قانون الالتـزامات والعقود الـمغربي، الدّار البيضاء، نشر دار الكتـاب. توزيع مكتبـة الوحدة العربيّة، ط 1، 1966، ص 23): "التغرير مطلوب […] كشرط لجعل الغبن بين الرّشّد فاعلا، وهو شرط كاف بل نقول إنّه وحيد بحيث أنّه لا وجود لتحديد لا لنسبة الغبن ولا للأشخاص الذين يمكنهم التّمسّك به".

KETTANI (Azzedine), « La lésion dans le DOC », *Revue Marocaine de droit et d'économie du développement*, n° 7, 1984, p. 210: "La dol est […] exigé comme condition d'efficacité de la lésion entre majeurs. Une condition suffisante et dirions-nous unique de sorte que ni le taux de la lésion, ni les personnes pouvant s'en prévaloir ne sont limités".

– ليفرض علينا ترك الغبن الهامّ في سلّة الفصل 60 وإخراج ما دونه أهمّيّة ووضعه في سلّة الفصل 57. وسبب الفرض أنّ الفصل 60 يقول بعقاب هامّ[803] أمّا الفصل 57 فيقول بجزاء دونه أهمّيّة. وإتماماً لتلبية نداء الاتّساق وعموما نداء العقل وعدم التّحكّم، ينبغي القول مع أحدهم بوضع (ما سنضعه يستند إلى الفصل 61 [804]، وسبب الإسناد إلى هذا النّصّ أنّه لو لم نفعل سنسقط في التحكّم ومن ثمّ في الاختلاف على مستوى تحديد النّسبة) الغبن الذي تجاوز الثّلث في الفصل 60 ليترك للفصل57 غبن الثّلث فما دونه[805].

258. — هذا التّحليل يمكّن من القول إنّ الفصل 56 هو لتغرير أساسي، والفصل 57 لتغرير عرضي، أمّا الفصل 60 فلتغرير أساسي آخر مختلف عن الأوّل. والسّؤال الذي يطرح هنا: هل كلّ هذه النّصوص ضروري الوجود خاصّة حين نستحضر أنّ الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة (والتي منها أخذت مجلّة الالتزامات والعقود التّفرقة

[803] قد نستغلّ هنا فرصة الحديث عن الجزاء الوارد بالفصل 60 لنقول إنّ "دوبلا" (م س، ج 2، ص 98 و99) والـمالقي (م س، ص 56 وقد استعمل قاعدة الفصل 537) قد قالا إنّه يمكن الخيار بين الفسخ والإنقاص، وأما الكتّاني، وفي خصوص النّص الـمغربي الذي يماثل الفصل 60، فإنّه قال إنّ الفسخ فقط هو الـممكن (م س، ص 211 و212).

[804] حدّد هذا الفصل نسبة غبن وحصرها في الـمادّة التي تحدّث عنها (غياب إرادة التّعبير) وذلك حين قال: "[...] والغبن في هذه الصّورة [...]". ولكن يمكن القول إنّ التّخصيص لا يفيد الاختصاص، ومن ثمّ أن نمدّ ما جاء في الفصل 61 إلى الفصل 60.

[805] إنّ هذا القول هو لـ"دوبلا"، م س، ج 1، ص 42. لكنّ هذا الفقيه قال بالتّحديد إنّ الفصل 57 لغبن لم يبلغ الثّلث، والواجب أن يقول ما ذكرناه في الـمتن لأنّه من الـمفروض أنّه نقل تعريف الفصل 61 للغبن. وعلينا أن نلاحظ هنا أنّه كان يمكن أن نصل إلى الـمعنى الوارد أعلاه للفصل 60 (باستثناء درجة النّسبة واختلافها من صورة إلى أخرى) باعتماد النّيّة الـمباشرة للمشرّع وذلك لو أنّ حاشية الفصل 65 من الـمشروع الـمرَاجع قد أشارت إلى الـمادّة 357 من الـمجلّة العثمانية. فهذه الـمادّة قالت إنّ التّغرير مع غبن فاحش يفسخ. وقبلها قالت الـمادّة 165 إنّ الغبن الفاحش هو نصف العشر في العروض والعشر في الحيوان والخمس أو ما يزيد عليه في العقار (ملاحظة: أشارت حاشية الـمشروع الـمرَاجَع إلى الـمادّة 356 فقط التي يفهم منها أنّ الغلط مع الغبن الفاحش لا يوجب فسخا).

بين الأساسي والعرضي) اكتفت بنصّ واحد[806] للأساسي ولم تحتج لنصّ للعرضي (إذ أنّ ما لن يسقط في الأساسي سيسقط في العرضي[807]. ثمّ إنّه ومن خلال نصّ آخر[808] لن يتمّ إدخال الغبن الذي نحن بصدده في إطار الأساسي).

لقد أجيب عن هذا السّؤال بالقول إنّ وجود الفصل 60 غير ذي فائدة[809]، لكن أجيب عنه أيضا بما يخالف ما سبق[810]. وحجّة الإجابة الثّانية أنّه لو اكتفت مجلّة الالتزامات والعقود بالفصل 56 – وربّما معه بالفصل 57 – لجاء الـمؤوّل – وبعد بحث في نيّة الـمشرّع[811] – ولأمكنه أن يضع في العرضي هذا الغبن[812].

وقد يكون ما سبق منّا من فهم للفصول 56 و57 و60 يرجّح الجواب الثّاني. وفعلا لو كان الفصل 60 لكلّ غبن، لاحتيج إليه وإلى الفصل 56، ولكان الفصل 57 غير ضروري الوجود[813].

أمّا وأنّ الفصل 60 لِجُزءٍ من الغبن، فالحاجة ماسّة لوجوده مع الفصل 56 ومع الفصل 57 أيضا[814].

---

[806] هو الفصل 1116. وإنّ عدم إدخال الغبن "الـموضوعي" فيه مردّه أنّ الفصل 1118 لم يقبل أن يوجب هذا الغبن إبطالا إلّا إذا نتج عن غياب إرادة التّعبير أو غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم (انظر حول هذا الـمعنى الأخير وكيف هو راجح على القول بأنّ الأمر يتعلّق بغياب إرادة أثر في جانبها الخاص بعدم العلم: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 202). ولعلّه ينبغي أن نلاحظ هنا أنّ الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة ومن خلال الفصل 1118 – في جانبه الخاص بالحديث عن العقود – قابل لأن يتوسّع فيها لكي يتمّ إدخال عقود الـمضطرّين، أمّا مجلّة الالتزامات والعقود فلعلّها تقبل ذلك انطلاقا من الفصل 1103 وإن كان الأفضل لو أنّها أخذت من الفقه موقفه من هذه العقود.

[807] قد يقال لِمَ لم تفعل العكس فتضع نصّا للعرضي وتترك الأساسي، والجواب أنّ الأصل هو الصّحّة فلذا لا بدّ من أن يوجد النّص الذي يورد صور البطلان لا النّص الذي يورد صور الصّحة.

[808] هو الفصل 1118 كما تقدّم تحليله بالهامش أعلاه على أنّه لا يهمّ إرادة الأثر، أي على أنّه يرفض الإبطال هنا.

[809] الكناني (يوسف)، م س، ص 48.

[810] "دوبلا"، م س، ج 1، ص 45.

[811] هذه زيادة منّا لحجّة الجواب الثّاني.

[812] لأنّه سيرى أنّ مجلّة الالتزامات والعقود أخذت التّفرقة من فرنسا، ومن يقول بهذه التّفرقة يضع الغبن في العرضي (انظر مثلا ما ورد بالفقرة عدد 232 وما جاء بالفقرة عدد 253 حول "أوبري" و"رو").

[813] يحتاج للفصل 56 (لا للفصل 57) لأنّه يقول بالإبطال، ويحتاج معه إلى الفصل 60 لكي لا يدخل مؤوّل محتوى هذا النّص في إطار العرضي. ولكن علينا أن نجد هنا ما نضعه في العرضي (الوصف غير الذّاتي أو الباعث). إلاّ أنّه لو لم نجد شيئا كما حصل معنا سابقا ووجدنا ما يدلّ على أن الـمشرع يتبنّى التّفرقة، فسنقول إنّ العرضي وضع ولكن لم يوضع فيه شيء.

259. — ولعلّنا، ونحن نأتي بما تقدّم، لم نترك إلاّ رِجْلا واحدة في منطقة التّحليل أمّا الرِّجْل الأخرى فقد خطت بعدُ ودخلت منطقة الإتيان على الأقلّ بما هو غربي. فإذا دخلت الرِّجْلان معا قلنا إنّ الغرب لا يعرف هذا التّفصيل داخل الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير، فهو يصنّفه داخل العرضي[815]، وإن كان أحدهم وهو يرفض أصل التّفرقة يرفض أيضا وبصفة ضمنيّة عدّ هذا الغبن من قبيل العرضي[816].

260. — أمّا الشّرق فالتّفاصيل فيه كثيرة: ويمكن أن نذكر - بصفة سريعة وعلى قدر ما يمكّن من التّدليل على تلك الكثرة - أنّ هنالك:

أوّلا بيوع الـمساومة، وفي هذه فرّق البعض في البدء بين الغبن الفاحش والغبن اليسير[817]. وعلينا أن نقول هنا إنّه - حين نتحدّث عن غبن بالنّظر إلى قيمة السّوق - فلن نسمّي الغبن اليسير غبنا[818]، أي علينا أن نقول (حين نتحدّث بالطّريقة الواردة للتّوّ) إنّ الغبن الحقيقي، أي الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق، أي

---

[814] كلّ هذا صحيح لو أبقينا على الصّياغة نفسها للنّصوص، لكن لو غيّرنا هذه الصّياغة لأمكن مثلا أن نضع نصّا واحدا ينظّم كلّ هذا الـمحتوى ويقول لنا ما هي صور الأساسي صورة صورة ثمّ يذكر لنا صورة العرضي.

[815] انظر على سبيل الـمثال الفقرة عدد 232 والفقرة عدد 253.

[816] انظر هذا الرّفض عند "لوران" كما تقدّم في الفقرة عدد 235 وانظر رفض تصنيف التّغرير الذي يحدث غلطا في القيمة في صنف العرضي من قبل الفقه الـمعاصر وعلى وجه الـمثال: "ڤيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 576.

[817] "فالغبن اليسير هو ما لا يتجاوز حدود التّفاوت الـمعتاد بين النّاس في الأسعار، كما لو بيع شيء بعشرة دنانير مثلا، ولو عرض على أهل الخبرة يقدّره بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة. فالواحد الـمختلف فيه يعتبر غبنا يسيرا لأنّه - كما يقول الفقهاء- يدخل تحت تقويم الـمقوّمين، أي يتناوله تقدير بعضهم للقيمة. وأمّا الغبن الفاحش: فهو ما يتجاوز حدود التّفاوت الـمعتاد في الأسعار، كما لو كان الـمبيع بعشرة يقدّره بعض الخبراء بثمانية وبعضهم بتسعة أو سبعة بحيث لا تدخل العشرة في تقدير أحد من الخبراء، فالفرق بين العشرة وبين أعلى تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش". الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 462، الهامش 1. انظر أيضا إلى: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 134، حيث يورد حديثا عن التّغرير ومعه غبن فاحش.

[818] انظر الهامش السّابق.

الغبن الفاحش، أي الغبن وكفى الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير يوجب خيار الفسخ.

لكن حصل تطوّر تمثّل في وضع البعض نسبة وذلك ضبطا للمقاييس القضائيّة وتجنّبا لاختلاف الأقضية[819]. ومن يتّبع هذا البعض، يجد نفسه لا يخرج عن الاستنتاج الوارد للتّوّ والذي مفاده أنّ الغبن وكفى يفسخ وذلك لأنّ ما يكون دون النّسبة الـمحدّدة قد عُدّ حكما غبنا يسيرا، أي عُدّ حكما ليس غبنا بالنّظر إلى قيمة السّوق[820]، أي عُدّ حكما ليس غبنا. ويتبع ما سبق أنّ ما كان مساويا أو زائدا على النّسبة قد عُدّ حكما غبنا فاحشا[821]، أي عُدّ حكما غبنا.

ثانيا بيوع الأمانة، وهي الـمرابحة والتّولية والإشراك والوضيعة[822]. فإذا وجد فيها "غبن" موضوعي بالنّظر إلى قيمة السّوق، فالجزاء حسب أغلب الفقهاء هو وجوب خيار الفسخ[823].

---

[819] فرّق البلخي بين العروض والحيوان والعقّار: فوضع للأوّل نسبة نصف العشر: $^{1}/_{20}$ (لأنّه كثير التّداول بين النّاس) وللثّاني العشر: $^{2}/_{20}$ (لأنّه متوسّط التّداول بين النّاس) وللثّالث الخمس: $^{4}/_{20}$ (لأنّه قليل التّداول). ويبدو أنّ هذا الفقه حسن. فالنّسبة $^{1}/_{20}$ القليلة للمعاملات الكبيرة (على مستوى كمّ وقوعها) والـمتوسّطة $^{2}/_{20}$ للمتوسّطة والكبيرة $^{4}/_{20}$ للقليلة. انظر موقف البلخي عند: محمصاني (صبحي)، م س، ج 2، ص 436؛ وعند: شحاتة (شفيق)، م س، ص 123. وإنّ موقف البلخي هو الذي اعتمدته الـمجلّة العثمانيّة. وعلى كلّ فالذي قال بحصول التّطوّر الـمذكور في هذ الهامش هو: الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 462.

[820] لنفرض أنّ قيمة السّوق عشرة دنانير، ونسبة الغبن الـمحدّدة هي الرّبع مثلا. فلو حصل البيع بأحد عشر دينارا، فإنّ هذه الدّنانير الأحد عشر قد عدّت حكما قيمة للسّوق.

[821] ودليل ما سبق الـمادّة 165 من الـمجلّة العثمانيّة: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة".

[822] هي بيوع تتأسّس على ما يقوله البائع من ثمن اشترى به هو الشّيء (أي رأس الـمال):
فإذا اتّفق فيما بعد مع حريفه وقال له زدني كذا على رأس مالي، كان مرابحة. وإن قال له أبيعك وأنقص لك عن رأس مالي كذا، كان وضيعة. وإن قال له أبيعك برأس الـمال، فهو تولية إذا أخذ الـمشتري كلّ الشّيء، وإشراك إن أخذ جزءًا منه بما يقابله من ثمن. انظر السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 154 وما بعدها وخاصّة ص 155. وانظر كذلك حول هذه البيوع: ابن رشد، م س (بداية الـمجتهد)، ج 2، ص 161؛ وكذلك ابن عابدين، م س (ردّ الـمحتار)، ج 4، ص 152 وما بعدها.

[823] قد لا يوجد بهذه البيوع هذا الغبن ومع ذلك توجب الفسخ: فلو كانت قيمة السّوق عشرة دنانير، وقال البائع إنّ راس مالي عشرة دنانير، وباع من ثمّ بهذا الثّمن (إذن ليس هنالك غبن بالنّظر إلى قيمة السّوق)، لكنّ رأس ماله هو ثمانية دنانير، فالفقه يقول بخيار الفسخ. انظر الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 468. ولقد قال ابن جزي إنّ الـمساومة، التي يتفاوض فيها الـمشتري مع البائع حول الثّمن حتّى يتفقا عليه من غير تعريف بكم اشتراها، أحبّ إلى العلماء من الـمرابحة (م س، ص 174)، وذلك أنّه لا يأمن البائع من هوى نفسه في هذه البيوع فتجنّبها أسلم له.

ثالثا بيوع الاسترسال[824]، وهي أيضا لغبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغرير[825]، كما هي أيضا موجبة لخيار الفسخ.

261. — وإنّه – بإتياننا لما بدا لنا أنّه محتوى للفصول 56 و57 و60، ثمّ بإتياننا بالغرب، وأخيرا بعرضنا للشّرق كما فهمناه – يمكن أن نقول:

أوّلا إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أتت بتفصيل داخل الـمادّة التي نحن بصددها:

فمن جهة هنالك غبن "موضوعي" يساوي ثلث أو أقلّ من ثلث الفرق بين "القيمة الحقيقيّة والقيمة الـمذكورة بالعقد"[826]. هذا الغبن يحدثه غلط. والغلط يحدثه تغرير. والجميع لا يوجب فسخا[827].

ومن جهة أخرى هنالك غبن "موضوعي" (أحدثه غلط أحدثه تغرير) فاق الثّلث. هذا الغبن يمكن[828] أن يوجب فسخا[829].

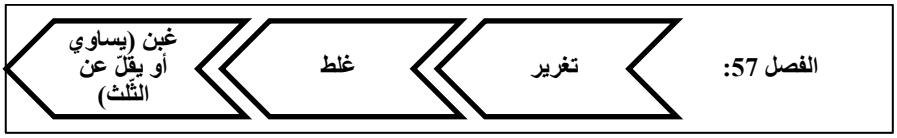
انظر الشّرح الكبير على متن الـمقنع، ج 4، ص 108، وذلك حسب السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 162. ولعلّه من الواجب أن نشير إلى أنّ هنالك من يقول بالحطّ من الثّمن كجزاء في الـمرابحة والتّولية (انظر الـمرجع الوارد للتّوّ، ص 158).

[824] انظر الفقرة عدد 251.

[825] وربّما أيضا وكما تقدّم – وعلى الأقلّ عند الفقه الحنبلي – هي صورة غبن موضوعي أحدثه غلط لوحده (إلى جانب صورة تلقّي الرّكبان). انظر الفقرة عدد 251.

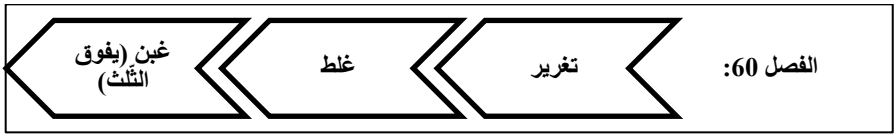
[826] وهذه هي عبارات الفصل 61 من مجلّة الالتزامات والعقود.

[827]



[828] انظر ما قلناه عن "دوبلا" و"الـمالقي" والذي يفسّر استعمالنا لصيغة تفيد الاحتمال.

[829]

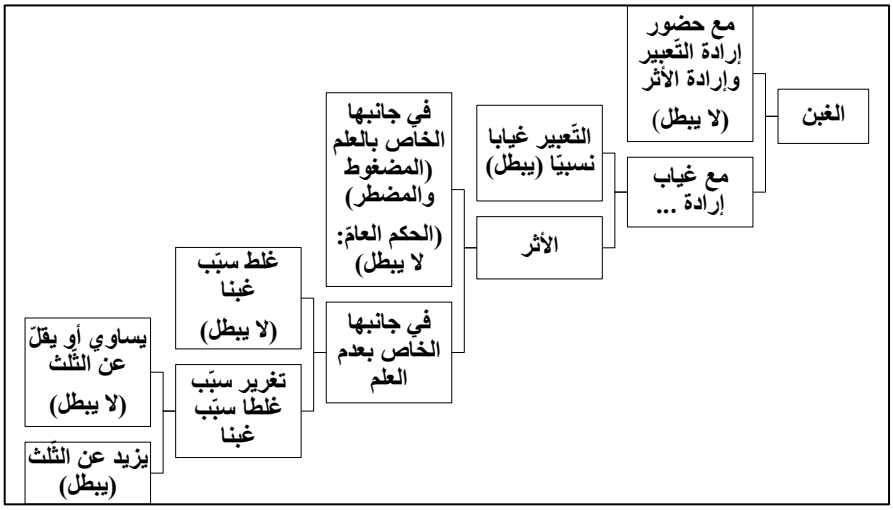


وينبغي الإتيان بجدول يلخّص كلّ ما سبق من موقف للقانون التّونسي من الغبن سواء منه ما دخل في عملنا أو ما خرج عنه:

ثانيا إنّ الغرب لا يعرف هذا التّفصيل، فما غلب منه ولا يزال يقول إنّ كلّ هذا الغبن لا يوجب إبطالا، وما لم يغلب يقول إنّه يوجب إبطالا.

أمّا الشّرق فإنّه يحتوي على جانبين:

جانب للمساومة، ولقد بدا لنا فيها أنّ كلّ "غبن" موضوعي أيّاً كانت نسبة ابتعاده عن قيمة السّوق الفعليّة عند البعض والحكميّة عند الآخرين، أحدثه، أي ذلك الغبن، غلط أحدثه تغرير موجب لخيار الفسخ[830].



وينبغي أن نضيف أنّ غياب إرادة التّعبير غيابا مطلقا سواء وجد معه غبن أو لم يوجد يبطل، وكذلك الإكراه (كصورة لغياب إرادة الأثر وصاحبها يعلم بغيابها)، إلخ. فهنا لا تأثير للغبن في الجزاء، ولذلك لم يتمّ إيراد هذه الصّور في الجدول.

[830] إن ما سيرد بعد الآن من مواقف (داخل الجداول، إلخ) يستند إلى فهمنا الـمتعرّض له أعلاه للفقه الإسلامي الذي يضع نسبة.

لكن علينا أن نشير إلى أنّه يمكن فهم هذا الفقه بطريقة مختلفة. وينبغي قبل ذكر هذه الطّريقة أن نورد ما جاءت به الـمجلّة العثمانية:

الـمادّة 165: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة".

الـمادّة 356: "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع. إلّا أنّه إذا وجد الغبن لوحده في مال اليتيم لا يصحّ البيع. ومال الوقف وبيت الـمال حكمه حكم مال اليتيم". ويفهم من هذه الـمادّة أنّ الغلط في القيمة لوحده لا يوجب فسخا.

الـمادّة 357: "إذا غرّ أحد الـمتبايعين الآخر وتحقّق أنّ في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ حينئذ". ولقد قال الشّارح تحت هذه الـمادّة [حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 1، ص 369] إنّ "الغبن الفاحش هو الغبن الـمبيّن بالـمادّة 165".

وجانب توجد فيه منطقة خاصّة لبيوع خاصّة هي الأمانة والاسترسال:
أمّا في الأمانة، فأغلب الفقهاء يقولون إنّ الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق يوجب فسخا. كما يقول الفقهاء إنّ عدم الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق يوجب بدوره فسخا (هو غبن موضوعي بالنّظر إلى رأس الـمال الـمكذوب فيه).
وأمّا في الاسترسال فالغبن حسب الفقه الإسلامي يوجب خيار الفسخ.

262. — وما ورد أعلاه يمكّن من القول إنّ حلول مجلّة الالتزامات والعقود ليست غربيّة ولا شرقيّة[831]. هذا يوجّه مرحلة الحكم عليها نحو الـمقارنة بين ما جاءت به وما تركته من محلّي: على مستوى جانب الـمساومة أوّلا، وعلى مستوى جانب إيجاد منطقة خاصّة لبيوع خاصّة ثانيا. فإن كان الـمتروك أصلح، كانت الـمجلّة مجسّدة لعدم الإحكام؛ وإن لا، فلا[832].
ولعلّ الذي قيل عن الشّرق فيما يخص الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير (سواء في إطار الـمساومة أو غيرها) واجب التّقريب من كون هذا الشّرق لا يفرّق بين عمل إيجابي ليس قولا وعمل إيجابي هو قول (الكذب) وعمل سلبي (الكتمان) إذ أنّ كلّ هذه تدخل في إطار لفظة التّغرير. هذا يعني أنّه –

ويمكن – خلافا لفهمنا الوارد في الـمتن – أن يقال إنّ الفقه الإسلامي (نحن بصدد ذلك الذي وضع نسبة) يرى أنّ:
بعض الغبن (مع تغرير) لا يفسخ (ما دون النّسب الـمذكورة في الـمادّة 165).
والبعض الآخر من الغبن (مع تغرير) يفسخ (ما ساوى أو زاد على النّسب الـمذكورة في الـمادّة 165).
وإنّ هذا الفهم للفقه الإسلامي ليجعل صاحبه يقول إن ما جاء في مجلّة الالتزامات والعقود هو مثل الفقه، وأنّها لم تبتعد عنه إلّا على مستوى مقدار النّسبة وعلى مستوى عدم التّفرقة بين العروض والحيوان والعقار.

[831] هي شرقيّة مع اختلاف طفيف عنه لو أنّنا اتّبعنا الفهم الوارد بالهامش السّابق للفقه الإسلامي. بل يمكن القول إن لا اختلاف. فمن الـمالكيّة من يقول بخيار الغبن إذا زاد على الثّلث. العلي (صالح حميد)، نظريّة العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها، دمشق – بيروت، اليمامة، ط 1، 1428 هـ/ 2008 م، ص 391.

[832] هنا ومن زاوية الـمنهجيّة التّشريعيّة قد لا يمكن تقييم الحكم في ذاته، إلاّ أنه يمكن تقييم هذا الحكم في سياقه/ يدخل في السّياق الغبن في إطار إرادة التّعبير وفي إطار إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، لكن هذين الإطارين لا يدخلان في عملنا.

وحتّى الذين لم يقبلوا منه بما يسمّى الآن بالغلط في القيمة لوحده[833] – قريبون من قبوله. وينبغي أن نضيف هنا أنّ كلّ هذا الشّرق يقبل بكلّ صور الغلط الأخرى.

هذا هو الفارق الكبير بين الفقه الإسلامي وبين الغرب، بل بين الفقه الإسلامي وبين مجلّة الالتزامات والعقود. لكنّ مسألة كهذه تتطلّب – لكي يخاض فيها – النّظر في "جدول" الغلط والتّغرير داخل كلّ هذه القوانين وهو أمر سيؤتى به بعد قليل.

---

[833] وهم المالكيّة غير البغداديّة. انظر الفقرة عدد 246. انظر أيضا من يقول إنّ هذا هو كذلك موقف الحنفيّة والشّافعيّة والحنبليّة. قريسة (هشام)، نظريّة العقد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1429 هـ/ 2008 م، ص 69 وما بعدها.

خلاصة العنوان الثّاني

263. — يبدو ممّا سبق أنّ مجلّة الالتزامات والعقود:

قسّمت التّغرير إلى أساسي (الفصلان 56 و60) وعرضي (الفصل 57)، وهذا التّقسيم مستورد.

قالت إنّ الغلط في القيمة وفي كلّ الصّور لا يبطل (الفصل 60)، وهذا رأي ثمّ مثله في الغرب وفي بعض الشّرق.

جزّأت التغرير الذي يحدث غلطا في القيمة إلى مبطل (الفصل 60: تغرير ← غلط ← غبن = أكثر من ⅓) وغير مبطل (الفصل 57: تغرير ← غلط ← غبن = ⅓ أو أقلّ من ⅓)، وهذا حلّ بعيد عن الغرب وعن الشّرق[834].

كما يبدو أن بالإمكان الرّبط بمسألة الإحكام وذلك بالنّسبة إلى ما ورد في مرتبة أولى وثانية وثالثة.

ويبدو أيضا أنّ الحكم على ما جاء في مرتبة أولى يمكن الاكتفاء به. أمّا الحكم على ما أتى في درجة ثانية وثالثة فينبغي إعادة النّظر فيه مرّة أخرى وذلك على ضوء الفصل بين الكتمان وغيره، هذا الفصل الذي ينبغي الإتيان به وأمامنا جدول كامل للغلط والتّغرير.

---

[834] مع الاحتراز ممّا جاء منذ قليل، ومفاده أنّ من الـمالكيّة من يقول بخيار الغبن إذا زاد على الثّلث. العلي (صالح حميد)، م س، ص 391.

خلاصة الجزء الأوّل

264. — يبدو أنّ ما جاء بالجزء الأوّل يمكّن من رسم جدول للغلط والتّغرير معا في إطار مجلّة الالتزامات والعقود وفي إطار الغرب الذي استعملته، وكذلك في إطار الشّرق:

جدول الغلط في مجلّة الالتزامات والعقود		
يبطل		لا يبطل
نوع أوّل من البطلان سنحدّده في الجزء الثّاني من هذا العمل.	نوع ثان من البطلان سنحدّده في الجزء الثّاني من هذا العمل.	
1. طبيعة العقد (الفصل 2) 2. وجود السّبب القريب (الفصل 67)	*الذّات (الفصل 45) 3. الذّاتي (الفصل 45) 4.غير الذّاتي مع تفاوت فاحش (الفصل 45) 5. غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش (الفصل 45) 6. وصف السّبب 7. الشّخص (الفصل 46)	8. الباعث 9. القيمة (الفصل 60). 10. الحساب (الفصل 47). والغلط في الحساب صورة مختلفة عن جميع ما ورد في الجدول لذلك لن ندخلها في بقيّة العمل.

جدول التّغرير الذي يحدث غلطا في مجلّة الالتزامات والعقود		
التّغرير الأصلي (يبطل)		التّغرير العرضي (لا يبطل): الفصل 57
ما يجب أن يُصنّف في	ما هو مصنّف في الأصلي لأنّه موجود بالفصل 56	

الأصلي ويوجب النّوع الأوّل من البطلان الذي سنحدّده في ج 2	أو 60		
	الفصل 56	الفصل 60	9. القيمة (الثّلث فما دونه)
1. طبيعة العقد 2- وجود السّبب القريب (لأنّه موجب للنّوع الأوّل من البطلان لو كان وحده، فمن باب أولى لو وجدت معه زيادة)	* الذّات 3. الذّاتي 4. غير الذّاتي مع تفاوت فاحش 5. غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش 6. وصف السّبب 7. الشّخص 8. الباعث	9. القيمة (أكثر من الثّلث)	

جدول الغلط في فرنسا حسب الفقه المستعمل من قبل أصحاب مجلّة الالتزامات والعقود خاصّة باستثناء "لواران" (سنشير أسفله إلى موقف "لواران" من الذّاتيّات لا غير أي لن نشير إلى موقفه من غير الذّاتيّات التي نعلم أنّه يضعها في الفصل 1110)		
يبطل		لا يبطل
بطلان مطلق	بطلان نسبي	

* الذّات (الشّيء والشّخص) 1. طبيعة العقد 2. وجود السّبب القريب (الفصل 1108 و1131 حسب "أوبري" و"رو" بالنّسبة إلى 2. ج 4، الفقرة 343 مكرّر. وانظر حول كلّ هذه الصّور: "دولومب"، ج 24، عدد 48). حسب لوران (ج 15، 489) النّوع: أي الذّاتي (عدد 3 من العمود الـموالي) يوجب بطلانا مطلقا.	3. الذّاتي 4. غير الذّاتي مع تفاوت فاحش 5. غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش 6. وصف السّبب ("أوبري" و"رو"، ج 4، عدد 343 مكرّر) 7. الشّخص	8. الباعث ("اوبري" و "رو"، ج 24، الفقرة 343 مكرّر) 9. القيمة (من باب أولى أن لا يبطل لأنّنا سنرى في جدول التّغرير أنّه مع زيادة لا يبطل). 4⟵ و5 يتحدّث عنهما هنا (مثلا: "دولومب"، ج 24،عدد 88). لكنّهما انزلقا بعدُ إلى عمود البطلان في إطار نفس الأحاديث (خاصّة 5) (مثلا: "دومولوب"، ج 24، عدد 92 و93)

جدول التّغرير الذي يحدث غلطا في فرنسا حسب الفقه الـمستعمل من قبل أصحاب مجلّة الالتزامات والعقود خاصّة		
التّغرير الأصلي يبطل		التّغرير العرضي لا يبطل
بطلان مطلق	بطلان نسبي	
* الذّات. 1. طبيعة العقد. 2. وجود السّبب القريب. (ملاحظة: لا يخاض عادة في مسألة إيجاب هذا التّغرير لبطلان مطلق على حدّ ما اطّلعنا عليه من كتابات). 3. الذّاتي، لو تمّ تبنّي موقف "لوران".	3. الذّاتي. 4. غير الذّاتي مع تفاوت فاحش. 5. غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش. 6. وصف السّبب. 7. الشّخص.	9.القيمة → 4 و5: هنالك اختلاف فيما يخصّهما، فبعضهم يضعهما هنا وبعضهم يضعهما هناك

	8. الباعث	

جدول الغلط في الفقه الإسلامي	
غير القيمة	القيمة
كلّها توجب بطلانا أو خيارا (انظر: السّنهوري، م س، ج 2، ص 104 وما بعدها).	– موقف 1: لا توجب خيارا. – موقف2: توجب خيارا (الثّلث فما أكثر. أمّا ما دون الثّلث فلم يعدّ غبنا)

جدول التّغرير في الفقه الإسلامي		
غير القيمة	القيـمة	
	الـمساومة	الأمانة والاسترسـال
كلّها توجب بطلانا أو خيارا (انظر مثلا: السّنهوري، م س، ج 2، ص 149 وما بعدها).	كلّ الصّور توجب خيارا	كلّ الصّور توجب خيارا

ومن ينظر إلى هذه الجداول يجد ملامح مجلّة الالتزامات والعقود قريبة من الـملامح الغربيّة وبعيدة عن الـملامح الشّرقيّة. فإذا كان الشّرق هو الأصلح في كلّ النّقاط، كانت كلّ مادّة الـمجلّة مجسّدة لعدم الإحكام. أمّا إذا كان الشّرق هو الأفضل في بعض جوانب الجدول، كانت هذه الجوانب في إطار مجلّة الالتزامات والعقود هي وحدها الـممثّلة لغياب الإحكام.

وعلينا أن نشير – ونحن نغادر الأحكام الأصليّة الواردة في نصوص الغلط إلى الأحكام التّأييديّة التي جاءت بنفس هذه النّصوص – إلى أنّ هنالك استحقاقات تخلّدت بذمّتنا ولم نحصّل ما يسمح بالوفاء بها إلاّ بعد تحصيل هذه الخلاصة، وبالتّحديد بعد تحصيل جانبها الذي نجد فيه حلول الفقه الإسلامي وحلول القانون الفرنسي وحلول القانون التّونسي.

ويبدو أنّ الأفضل أن نتعرّض إلى هذه الاستحقاقات (والتي سيضطرّنا واجب الوفاء بها أن لا نكتفي في الخلاصة بالخلاصة) في قالب جداول وأن نبدأ بالغرب لأنّ الـمشكل أثير عنده، ثمّ نمرّ إلى مجلّة الالتزامات والعقود لأنّها قريبة منه، ثمّ نختم بالشّرق لأنّه الأبعد:

جدول الغرب:

الغلـط الـمبطـل	التّغريـر	
كلّ صور الغلط باستثناء الباعث والقيمة والوصف غير الذّاتي (لكن سننظر إلى الوصف غير الذّاتي هنا بعد أن انزلق نحو الـمبطل) (بالنّسبة إلى "لوران": يراه من الأصل مبطلا).	بمعنـى عمـل إيجابي	بمعـنى عمل سلبي (كتمـان)
	لا يختفي الاتّساق لو أنّها تبطل (وهي تبطل).	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل (يمكن القول إنّها تبطل).
الغلـط غيـر الـمبطـل		

الباعث والقيمة	لا يختفي الاتّساق لو أنّهما يبطلان أو لا يبطلان. (الباعث يبطل والقيمة حسب الغالبيّة لا يبطل).	- بالنّسبة إلى الباعث: يبدو أنّه لا يمكن التّمييز بين كتمان يحدث غلطا وكتمانا يستغلّ غلطا ("ڤيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 700). فإذا قبلنا الكتمان، لا نضمن أنّنا لم ننزلق بعد إلى قبول الغلط في الباعث لوحده، ولعلّ هذا السّبب هو الذي كان يجعل القضاء الفرنسي قبل 1958 لا يقبل الكتمان. لكن حين قبله بدءًا من 1958 ("ڤيستان"، م س: تكوين العقد، عدد567)، لم يعد ثمّ داع بيّن ليرفض الغلط في الباعث لوحده. - بالنّسبة إلى القيمة (لو أخذ برأي الأغلبيّة): نقل ما ورد أعلاه في إطار الباعث ووضعه هنا (انظر حول قبول القضاء للكتمان بعد 1958: "ڤيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 568).
- لو وضعنا الوصف غير الذّاتي هنا	لا يختفي الاتساق لو أنّه يبطل أو لا يبطل	- بالنّسبة إلى الوصف غير الذّاتي: نفس ما قيل أعلاه حول ما هو قبل 1958 وما بعدها ("ڤيستان"، عدد566 وما بعده).

ويمكن أن نلاحظ هنا كيف أنّ التّضييق في حالات الغلط الـمبطل:

يولّد مشاكل على صعيد الكتمان عموما.

ينتج صعوبات على مستوى الكتمان الذي يأتيه شخص حول الأداء الـمقدّم له.

يجعلنا نواجه في مادّة التّغرير ودوما مشكل إثبات العنصر القصدي.

جدول مجلّة الالتزامات والعقود:

الغلط الـمبطـل	التّغـريـر	
	بمعنـى عمـل إيجابي	بمعنـى كتمـان
كلّ الصّور باستثناء الباعث والقيمة	لا يختفي الاتّساق لو أنّ هذا الكلّ يبطل (وهو يبطل)	لا يختفي الاتّساق لو أنّ هذا الكلّ يبطل (وهو يبطل)
الغلط غير الـمبطل		

الباعث والقيمة	لا يختفي الاتّساق لو أنّهما يبطلان أو لا يبطلان (الباعث: يبطل القيمة: أكثر من الثّلث يبطل – الثّلث فما دونه لا يبطل)	– بالنّسبة إلى الباعث: نفس ما اعترضنا في السّابق في إطار الغرب. – بالنّسبة إلى القيمة (أكثر من الثّلث): نفس ما اعترضنا في السّابق في إطار الغرب. – بالنّسبة إلى القيمة (الثّلث فما دونه): لن يعترضنا ما سبق لأنّه لا بطلان هنا وهو نفس الحلّ في إطار الغلط.

ويمكن أن نلاحظ هنا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تشكو ممّا يشكو منه الغرب بسبب تشبّهها به.

جدول الشّرق:

الغلط المبطل والموجب خيارا	التّغرير	
	بمعنى عمل إيجابي	بمعنى كتمان
غير القيمة حسب الكلّ ←	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل أو توجب خيارا (هي تبطل أو توجب خيارا) ←	لا يختفي الاتساق لو أنّها توجب خيارا (هي توجب خيارا)
القيمة حسب البعض (الثّلث فما أكثر) ←	لا يختفي الاتساق لو أنّها توجب خيارا (هي توجب خيارا) ←	
الغلط غير الموجب للخيار		
القيمة حسب البعض	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل أو لا تبطل (هي تبطل).	هنا سيعترضنا ما اعترضنا في إطار الغرب (قلنا سابقا إنّ هذا الفقه قريب من قبول الغلط في القيمة لوحده وذلك لأنّنا لم نعثر داخله على رفض للكتمان. فعلى تقدير أنّه يقبله – وهو الرّاجح لدينا – فالانزلاق بعد ذلك إلى الغلط في القيمة لوحده ممكن).

ويمكن أن نلاحظ أنّ جزء الفقه الذي وسّع في حالات الغلط المبطل أو الموجب للخيار لم يعترضه شيء من المشاكل التي أشرنا إليها. كما يمكن أن نلاحظ أنّ الجزء الآخر تجنّب هذه الصّعوبات حين وسّع في الغلط المبطل أو الموجب للخيار ليشمل الباعث فلم تعترضه، أمّا حين ضيّق ليُخرِج القيمة فإنّه معرّض لأن يلقى تلك الصّعوبات أمامه.

ولعلّه بالإمكان، ونحن نختم هذه الجداول، أن نقول إنّ حلّ الفقه حتّى في جزئه الذي يضيّق أفضل من حلّ الغرب ومن حلّ مجلّة الالتزامات والعقود، إذ الأوّل

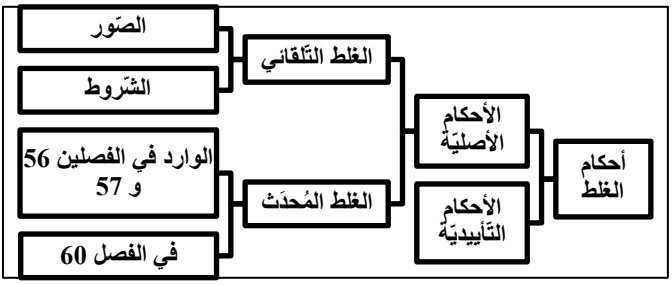
يجنّبنا – كلّيّا في قسم منه وجزئيّا في قسمه الآخر – الصّعوبات التي تعترضنا في إطار الثّاني والثّالث.

ويبدو أنّ هذا سبب آخر يسمح بربط مجلّة الالتزامات والعقود بعدم الإحكام.

265. — لكن لنقدّر أنّ هذا السّبب وغيره لم يوجد، أي لنقدّر أنّ فصول مجلّة الالتزامات والعقود (2 و43 إلى 49 و56 و57 و60 و67) في جانبها الأوّل الذي تناولناه بعدُ قد أتت بما هو محكم. بعبارة أخرى، لنقدّر أنّ الأحكام الأصليّة في تلك النّصوص فيها إتقان وجاءت بإصلاح، فهل هذا كاف أم أنّه، لو فرضنا أنّنا سنجد الأحكام التّأييديّة الواردة بهذه الفصول غير محكمة، ارتدّ ذلك وانعكس حتّى على الأحكام الأولى لتأخذ هذه لون عدم الإحكام ؟

إنّ هذا السّؤال – وإن لن يبحث عن إجابة عليه لأنّه يستند إلى تقدير تفنّده التّحاليل السّابقة – ينبّه إلى أنّ الوقت قد حان للنّظر في الـمسألة التي نعمل عليها وذلك في إطار الأحكام التّأييديّة الـموجودة في نصوص مجلّة الالتزامات والعقود الـمتعلّقة بالغلط، أي أنّ الوقت قد حان للبحث عن الإحكام في هذه الأحكام[835].

(835)



الجزء الثّاني:
الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط

266. — وجدنا في الجزء الأوّل صور غلط تلقائي لا توجب بطلانا، وهي: الحساب[836]، والباعث[837]، والقيمة[838]. كما وجدنا صورة غلط مُحْدَث لا تؤدّي إلى هذا الجزاء، وهي: القيمة إذا تمثّلت في الثّلث فما دونه[839]. وإنّ هذه الصّورة مثلا – وعلى حدّ عبارة الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود – نتيجتها "تعويض الخسارة". وقد يمكن تسمية هذه النّتيجة جزاء ومؤيِّدا[840]. لكنّ هذا الجزاء أو الـمؤيِّد لم يغلب في نصوص الغلط، وإنّما الذي غلب حديث الـمجلّة عن الفسخ وغيره. هذا السّبب يجعلنا نقصي "تعويض الخسارة".

فإذا تناولنا الحكم التّأييدي الذي غلب، وجدناه متمثّلا في "الفسخ" (هذه عبارة الفصل 45 مثلا) وغيره من جهة، وفي "لا عمل عليه" (هذه عبارة الفصل 67) وغيره من جهة أخرى. ويمكن تسمية ما جاء للتّوّ مراتب للجزاء ومراتب للمؤيِّدات.

لكن سنرى أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تبنّت ما يسمّى بالنّظريّة التّقليديّة للبطلان. وعلى هذا يكون كلامها عن مراتب الـمؤيِّدات متضمّنا حديثا عن أربعة مسائل هي: مدى ضرورة القيام أمام الـمحاكم، ومن يثير البطلان، والإمضاء، والتّقادم. ومعلوم أنّ هذه الـمسائل أسميت في إطار تلك النّظريّة بآثار مراتب الـمؤيِّدات[841].

---

[836] انظر الفقرة عدد 111 وما بعدها. بل يمكن القول، كما تقدّم، إنّ الغلط في الحساب ليس غلطا.

[837] انظر الفقرة عدد 115.

[838] انظر الفقرة عدد 239 وما بعدها.

[839] انظر الفقرة عدد 258.

[840] يمكن تسمية ردّ الثّلث فما دونه جزاء وعقابا للمغرِّر. كما يمكن عدّه مؤيّدا وحاميا للحكم الأصلي الذي حاصله منع التّغرير الذي له هذه النّتيجة (غبن الثّلث فما دونه). ووجه الحماية أو التّأييد للحكم الأصلي محو نتيجة العمل الذي خالفه.

[841] تحدّث "ڤودمي" عن النّظرية الكلاسيكيّة، وقسّم حديثه إلى فرعين هما: التّقسيم الثّنائي للبطلان (مطلق – نسبي) وآثار التّقسيم الثّنائي (هل يجب القيام بالدعوى؟ من يمكنه أن يتمسّك بالبطلان؟ هل يزول البطلان بالإمضاء والتقادم؟).

"ڤودمي" (أوجين)، النّظريّة العامّة للالتزامات، نشر: "ديبوا" (هـ) و"ڤودمي" (ج)، باريس، سيراي، 1965، إعادة للطّبعة الـمنشورة سنة 1937، ص 141 وما بعدها.

GAUDEMET (Eugène), *Théorie générale des obligations*, publiée par DESBOIS (H) et GAUDEMET (J), Paris, Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937, p. 141 et s.

يخلص ممّا تقدّم أنّ نصوص الغلط فيها أمران: ما دلّ عليه حديثها بالـمطابقة، وهو مراتب الـمؤيِّدات؛ وما دلّ عليه حديثها بالتّضمّن والالتزام، وهو آثار مراتب الـمؤيِّدات[842]. بعبارة أخرى، يمكن الحديث داخل نصوص الغلط عن أحكام تأييديّة وعن مدلول لها بالـمطابقة متمثّلا في مراتب الـمؤيِّدات. كما يمكن الحديث داخل تلك النّصوص عن أحكام تأييديّة وعن مدلول لها بالتّضمّن (أو بالالتزام لو لم نفرّق بين دلالة التّضمّن ودلالة الالتزام واستعملنا العبارتين في غير معناهما في الاصطلاح) متمثّلا في آثار مراتب الـمؤيِّدات.

وينبغي أن نشير إلى أنّ هذين الأمرين، أي في النّهاية هذا الجزء الثّاني من عملنا، سيكون فرصة لرؤية أصل مادّة الغلط وهي عاملة وسط الـمؤيِّدات. ولهذه الرّؤية جدوى تتمثّل في أنّه إذا أخذ الحكم الأصلي من "عين" والحكم التّأييدي من "منبع" مختلف، صرنا أمام خلطة. وفي هذه قد لا يغلب أحد مكوّنيها، وقد يغلب حتّى يضحي مؤثّرا في عمل الآخر. بعبارة أخرى – وإذا تحدّثنا عمّا سبق بواسطة مثال – قلنا إنّه يجوز أن تؤخذ الأحكام الأصليّة الـمتعلّقة بالغلط وبكلّيتها من الفقه الإسلامي مثلا، كما يجوز أن تؤخذ الأحكام التّأييديّة الـمتعلّقة بنفس الـمادّة وبجملة تفصيلاتها من الغرب، أي يجوز أن توجد خلطة. لكن من الـمفيد عندها أن ننظر إلى أجزاء هذه الخلطة هل كلّ واحد منها عازل فلا يسمح بأن يخترقه الآخر، أم أنّ الأمر بخلاف ذلك. وإن وجد هذا "الخلاف ذلك"، من الـمفيد أن ننظر هل الجزء الـمخترِق هو من نوع الذي يصبغ الـمخترَق حتّى أنّك لن تعود تعرف بعد الخلطة الوجه الأوّل لهذا الـمخترَق؟ وإذا وصلنا إلى جواب بالإيجاب، من الـمجدي أن نسأل بعده لِمَ يؤخذ شيء من مصدر معيّن، وآخر من آخر إذا كانت النّتيجة أن لا نجد أحدهما بعد ذلك؟ أي لِمَ لا يؤخذ ومنذ البدء من مصدر واحد هو ذاك الذي نجد فيه الجزء الـمخترِق؟

---

[842] تسهيلا لقراءة الجزء الثّاني، نورد أهمّ نصوص الـمراتب وآثارها وذلك في الـمشروع الـمراجَع ثمّ في مجلّة الالتزامات والعقود وقت صدورها. كما سنضيف ما جاء في الـمجلّة بعد تنقيحها سنة 2005 (انظر الـملحق 3).

زيادة على ما سبق ينبغي أن نشير إلى أنّ الأحكام الأصليّة، الـموجودة داخل نصوص الغلط، خاصّة بهذه النّصوص. أمّا الأحكام التّأييديّة، الـموجودة داخل نفس النّصوص، فموجودة بنصوص أخرى. على هذا تكون النّصوص التي نعمل عليها أنموذجا، أي أنّ تأويلها فرصة لتناول مادّة عامّة. هذا يعني أنّنا أمام فرصة للتّوسيع في نطاق الحديث عن مسألة الإحكام في مجلّة الالتزامات والعقود دون زيادة نصوص أخرى تتعلّق بمواد غير مادّة الغلط. هكذا إذن يكون للجزء الثّاني جدوى مضاعفة مقارنة بالجزء الأوّل.

وإنّ ذاك الجزء الثّاني وكما تقدّم فيه أمران: دلالة الـمطابقة أي مراتب الـمؤيِّدات، ودلالة الالتزام أو التّضمّن أي آثار مراتب الـمؤيِّدات. والواجب أن يمثّل هذان الأمران في علاقتهما بمسألة الإحكام محتوى عنواني هذا الجزء، أي الواجب أن نرى:

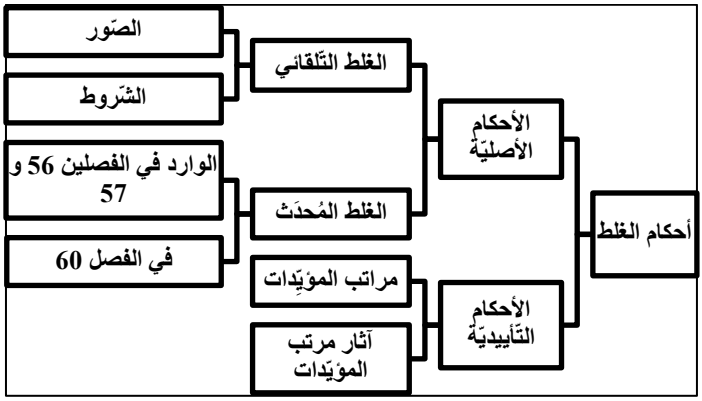
أوّلا: الإحكام في الأحكام التّأييديّة على مستوى مدلولها بالـمطابقة (على مستوى الـمذكور تصريحا) الـمتمثّل في مراتب الـمؤيِّدات.

ثانيا: الإحكام في الأحكام التّأييديّة على مستوى مدلولها بالتّضمّن (أو مدلولها بالالتزام أو مدلولها الـمطويّ ذكره) الـمتمثّل في آثار مراتب الـمؤيِّدات.

بعبارة أخرى سنرى في العنوان الأوّل: الإحكام على مستوى الـمذكور تصريحا من الأحكام، والـمتمثّل في مراتب الـمؤيِّدات.

وسنرى في العنوان الثّاني: الإحكام على مستوى الـمطويّ ذكره من الأحكام، والـمتمثّل في آثار مراتب الـمؤيِّدات[843].

(843)


أحكام الغلط
الأحكام الأصليّة
الأحكام التّأييديّة
الغلط التّلقائي
الغلط المُحدَث
مراتب المؤيِّدات
آثار مرتب المؤيِّدات
الصّور
الشّروط
الوارد في الفصلين 56 و 57
في الفصل 60

العنوان الأوّل:
الإحكام في الأحكام الـمذكورة تصريحا: مراتب الـمؤيّدات

267. — إذا أخذنا من النّصوص التي نعمل عليها أنموذجا يمثّل كلّ حديثها عن مراتب الـمؤيِّدات، أخذنا مثلا الفصل 67 (أو غيره) والفصل 45 (أو غيره). فأمّا الأوّل فقد نطق بـ: "الالتزام [...] (الذي) لا عمل عليه". وأمّا الثّاني فبذاك الذي يكون عرضة لـ: "الفسخ". وإنّنا سنرى أنّ الـمقصود بما ورد للتّوّ في مرتبة أولى هو البطلان الـمطلق، كما سنرى أنّ الـمراد بما جاء في مرتبة ثانية البطلان النّسبي. ومعلوم أنّ هذا البطلان يسمّى عند الذين تبنّت منهم مجلّة الالتزامات والعقود نظريّتهم صحّة مؤقّتة[844]. وعلى هذا يمكن تسمية مراتب الـمؤيِّدات الواردة بالـمجلّة باسم مرتبة البطلان، وباسم مرتبة الصّحّة. فإذا أردنا أسماء متقابلة، قلنا عن الـمرتبة الأولى إنّها مرتبة غير الصحيح، وعن الـمرتبة الثّانية إنّها مرتبة الصّحيح. وهذه الأسماء واجبة الاعتماد، لا لأنّه يتوصّل إليها بعد بحث في نيّة الـمشرّع، إذ أنّ هذا البحث يمكّن من الإتيان بأسماء أخرى، بل لأنّ عملنا يتمثّل في الرّبط بمسألة الإحكام (وفيها مسألة الإصلاح) وهذا يتطلّب دوام مقارنة ما جاء في مجلّة الالتزامات والعقود، بما أتى في الفقه الإسلامي. ومعلوم أنّ هذا قال بمرتبتين هما عدم الصّحّة والصّحّة[845]. فإذا أخذنا الأسماء الـمذكورة أعلاه دون غيرها سهُلت علينا عمليّة الـمقارنة لأنّ نفس الأسماء كما نرى موجودة بالفقه.

يخلص ممّا تقدّم أنّ مراتب الـمؤيِّدات حسب النّصوص التي نعمل عليها اثنتان[846]. وينبغي أن تمثّل هاتان الـمرتبتان في علاقتهما بمسألة الإحكام مضمون فصلي هذا العنوان، أي ينبغي أن نرى:

أوّلا: الإحكام [على مستوى الـمذكور تصريحا من الأحكام والـمتمثّل] في مرتبة غير

---

[844] انظر إلى "ڤودمي"، م س، ص 143. ولو رجعنا في التّاريخ إلى ما قبل ذلك (القانون الفرنسي القديم والقانون الرّوماني) لأسميناه أيضا صحّة. انظر مثلا الفقرة عدد 327.

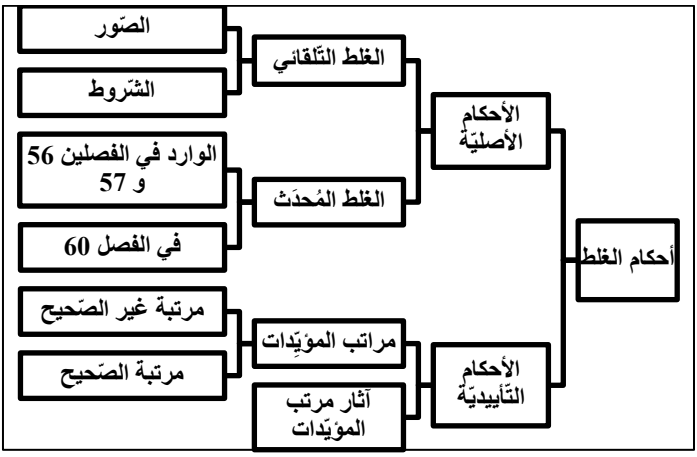
[845] انظر مثلا إلى: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 124.

[846] احتوت مجلّة الالتزامات والعقود على غلط منظّم تحت اسم خاص، ولهذا جزاؤه. لكن وكما أنّ هذا الغلط عرضي بالنّظر إلى الإشكاليّة فكذلك جزاؤه. لذا لم يؤخذ هذا الجزاء بعين الاعتبار في تقسيم هذا العنوان. لكن لو اقتضت الإشكالية التّعرّض إليه فسنفعل، ولكن في حيز عرضي معاملة له على قدر رتبته بالنّظر الى هذه الإشكاليّة نفسها.

الصّحيح (الفصل الأوّل).

وثانيا: الإحكام [على مستوى الـمذكور تصريحا من الأحكام والـمتمثّل] في مرتبة الصّحيح (الفصل الثّاني) [847].

(847)



الفصل الأوّل:
الإحكام في مرتبة غير الصّحيح

268. — إنّ مرتبة غير الصّحيح في مجلّة الالتزامات والعقود هي مرتبة لما ليس له وصف الصّحّة ولو مؤقّتا، أي هي مرتبة لما له وعلى الدّوام وصف الباطل. على هذا يكون عملنا في هذا الفصل عملاً حول الباطل، وإن أردنا تدقيقاً، عملاً حول الباطل مطلقا.

لكنّنا نعلم أنّ الفقه الإسلامي يعرف داخل مرتبة عدم الصّحّة مرتبتين: مرتبة الباطل (وهي قريبة من الباطل مطلقا) ومرتبة قريبة منه هي مرتبة الفاسد (قريب القريب قريب)[848]. وبيِّنٌ أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تضع هذه الـمرتبة. ويمكن أن يمثّل رفضُها مادّةً يُبحث بداخلها عن مسألة الإحكام. لكنّ هذا البحث ينبغي الإتيان به بعد البحث عن الإحكام في إطار ما وضعته هذه الـمجلّة، وهو الباطل، وبالتّحديد – ولكي لا يخلط بباطل الفقه – الباطل مطلقا.

كلّ ما سبق يعطي عنوانين: عنوانا أوّلا للإحكام على مستوى الـمذكور تصريحا من الأحكام والـمتمثّل في مرتبة الباطل "مطلقا"؛ وعنوانا ثانيا للإحكام على مستوى "ما هو قريب" من الـمذكور تصريحا من الأحكام والـمتمثّل في مرتبة الفاسد.

بعبارة مختصرة: ينبغي النّظر في مرتبة الباطل مطلقا (الـمبحث الأول)، ثمّ في مرتبة الفاسد (الـمبحث الثاني).

الـمبحث الأوّل: مرتبة الباطل "مطلقاً"

269. — اعتدنا في الـمحتويات السّابقة أن نمرّ بمرحلة تحليل ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود، ثمّ بمرحلة الإتيان بالقانون الغربي وبالفقه الإسلامي، ثمّ بمرحلة محاولة الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود. لكنّنا هنا، وبسبب وضع الـمجلّة لذلك القانون وعدم وضعها لهذا الفقه، سنأتي إلى الجزء الأوّل من الـمرحلة الثّانية ونلحقه بالـمرحلة الأولى، وإلى الجزء الثّاني ونلحقه بالـمرحلة

---

[848] انظر مثلا إلى: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 124؛ الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 2، ص 701 وما بعدها.

الثّالثة؛ وذلك لأنّه، إذا كان القانون الغربي هو مجلّة الالتزامات والعقود، فإنّ الفقه الإسلامي كمحتوى يدخل في عمليّة تقييم هذه الـمجلّة. لذا سنرى أوّلا عرضا لحكم مجلّة الالتزامات والعقود (الفقرة 1) وثانيا تقييما لهذا الحكم (الفقرة 2).

الفقرة 1. عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

270. — سنحاول هنا عرض الحكم نفسه (أ). لكن، ولِتكون الصّورة كاملة، سنحاول أيضا عرض مصدر الحكم[849] (ب).

(أ) عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود نفسه

271. — ◀ قلنا سابقا إنّ الغلط التّلقائي في طبيعة العقد والغلط التّلقائي في وجود السّبب موجودان في مجلّة الالتزامات والعقود[850]. فأمّا الأوّل فبالفصلين 2 و325، وأمّا الثّاني فبالفصل 67، ومن ثمّ بالفصلين 2 و325.

وإنّ هذا القول يتضمّن قولا آخر مفاده أنّه - انطلاقا من مقتضى الاتّساق، أي انطلاقا من التّعبير غير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع - ينبغي أن يكون الغلط الـمحدث الذي له نفس الـمحلّ موجودا على مستوى الجزاء بهذه النّصوص. وفعلاً، إذا علمنا أنّ الجزاء الأشدّ في مجلّة الالتزامات والعقود هو الذي ورد في الفصلين 67 و325، وإذا قلنا كما جاء منذ حين إنّ الغلط التّلقائي في طبيعة العقد وفي وجود السّبب موجودان بالفصلين 2 و325، أدّى كلّ ذلك إلى أن يكون الجزاء الـمستوجب للتّغرير الذي يحدث غلطا في طبيعة العقد أو في وجود السّبب هو الجزاء الوارد بالفصلين 67 و325.

---

[849] إنّ مصدر الـموقف سابق للموقف. لكن قد نقدّم الـمتأخّر ونؤخّر الـمتقدّم أحيانا إذا اقتضى ذلك موجب العرض الواضح للنّقطة التي نحن بصددها.

[850] انظر الفقرة عدد 38 وما بعدها.

272. — ◄ ولقد أسمي هذا الجزاء في الصّياغة العربيّة للفصل67: عدم العمل على الالتزام[851]. كما أسمي في الصّياغة الفرنسيّة: عدم حدوث الالتزام[852] وانعدامه[853].

وإنّ التّمشّي الـمعتمد في هذا العمل يستوجب الشّروع باللغة والانتهاء بالنّيّة:

◄◄ فإذا بدأنا باللغة، قلنا - باعتبار أنّ معنى العمل الفعل ومعنى العدم الفقر وفقدان الوجود[854] - إنّ الجزاء في النّص العربي هو جعل الالتزام مفتقرا وفاقدا للفاعليّة. وإذا واصلنا مع اللغة، لكن هذه الـمرّة مع كلمة الصّياغة الفرنسيّة، قلنا إنّ الجزاء يتمثّل في الانعدام[855].

◄◄ فإذا مررنا إلى التّعبير الـمباشر عن النّيّة، وجب أن نبدأ بالألفاظ الواردة في النّصوص، ثمّ نحاول بعد ذلك الإجابة عن سؤال يطرحه البحث في تلك النّصوص ومفاده هل أنّ الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود كمادّة موجود بالفصل 325 من هذه الـمجلّة؟

---

[851] قال الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود: "الالتزام الـمبني على غير سبب [...] لا عمل عليه".

[852] قال الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود: "الالتزام الذي خلا من السّبب [...] هو أمر لم يحدث" "l'obligation sans cause [...] est non avenue"

ملاحظة: استعملنا القاموس الفرنسي العربي "الـمنهل" لترجمة الكلمة الفرنسيّة non-avenue إلى العربية.

[853] انظر ما سيأتي بعد قليل حول الـمعنى اللغوي للفظة الفصل 67.

[854] انظر حول الـمعنى اللغوي للعمل ما أوردناه حين تناولنا التّغرير. وانظر حول الـمعنى اللغوي للعدم الـمعجم العربي الحديث، حيث تجد أنّ: "العدم: الفقر [...] فقدان الوجود".

[855] انظر إلى معجم اللغة الفرنسيّة "روبار الصّغير 1" حيث ستجد أنّ الكلمة الفرنسيّة non-avenu هي نعت أو وصف (adjectif) معناه عدم الحدوث (ne sont pas arrivées) والانعدام (inexistant).

"Choses [...] non avenues [...] qui ne sont pas arrivées [...] Nul et non avenu [...] inexistant".

◄◄◄ ومن يبدأ بالألفاظ يجد الفصل 60 من الـمشروع يتحدّث عن عدم إعطاء الالتزام أيّ مفعول[856]، وهنا يلتقي بالصّياغة العربيّة لمجلّة الالتزامات والعقود؛ ويجد الفصل 72 من الـمشروع الـمرَاجَع يستعمل نفس الكلمة التي وجدت منذ قليل في الصّياغة الفرنسيّة لمجلّة الالتزامات والعقود، أي كلمة الانعدام[857]. أمّا التّرجمة الكاملة[858] والنّاقصة[859] فكلتاهما مساوية للصّياغة العربيّة للمجلّة.

والـمحصّلة من هذا التّعبير الـمباشر أنّ اللجنة وضعت عبارة "عدم الـمفعول"، ثمّ استبدلتها بلفظة الانعدام. أمّا التّرجمتان، واللتان من الـمفروض أنّهما لكلمة الانعدام، فقد أعادتانا إلى العبارة الـمتروكة، ممّا يفيد بأنّ الـمترجمين لم يروا في البديل شيئا مختلفا عن الـمبدَّل. والسّؤال: هل الـمرور من مبنى إلى مبنى أريد به انتقال من معنى إلى معنى، أم أنّ الأمر على خلاف ذلك؟ أي، وهذا هو الـمقصود بـ"الخلاف"، إمّا أن التّرجمتين – على تقدير أنّهما ليستا من مسؤوليّة اللجنة نفسها – قد ترجمتا حقّا ما أرادته اللجنة وهو البقاء مع نفس الـمعنى، وإمّا أنّ التّرجمتين – على تقدير أنّ اللجنة مسؤولة عنهما – قد عبّرت بهما اللجنة عمّا تريد وهو نفس ما سبق أي البقاء مع نفس الـمعنى[860].

---

[856] يقول الفصل 60 من الـمشروع إنّ "الالتزام الذي خلا عن السّبب [...] لا يمكن أن يكون له أيّ مفعول".

"l'obligation sans cause [...] ne peut avoir aucun effet".

[857] يقول الفصل 72 من الـمشروع الـمرَاجع: "الالتزام الذي خلا عن السّبب [...] هو منعدم".

"l'obligation sans cause [...] est non avenue".

[858] يقول الفصل 72 في التّرجمة الكاملة للمشروع الـمرَاجع: "الالتزام الـمبني على غير سبب [...] لا عمل عليه".

[859] يقول الفصل 72 في التّرجمة النّاقصة للمشروع الـمرَاجع: "التّعهّد الـمبني [...] على غير سبب لا عمل عليه".

[860] هنا أيضا نفتقر إلى معلومات تاريخيّة دقيقة تقول لنا من ترجم الـمشروع الـمرَاجع، ثمّ على تقدير أنّ التّرجمة أتي بها من خارج اللجنة، فهل روجعت من قبلها ليمكن القول إنّها مسؤولة عنها. انظر إلى تخمينات حول من ترجم الـمشروع الـمراجَع: ادريوش (أحمد)، م س (قانون الالتزامات والعقود. مائة سنة من الصّمود)، ص 20 وما بعدها.

273. — يبدو أنّ الإجابة عن هذا السّؤال تستدعي الرّجوع إلى مصطلحات مجلّة الالتزامات والعقود ومصطلحات الـمشروع والـمشروع الـمرَاجَع:

274. — فإذا بدأنا بمجلّة الالتزامات والعقود، وجب أن نفرّق بين صياغتها العربيّة وصياغتها الفرنسيّة:

فأمّا الأولى، وكما تقدّم، فقد جاءت في فصلها الذي نحن بصدده، أي الفصل 67، كلمة "لا عمل عليه". ومن يبحث في الـمجلّة سيجد الفصل 325 الذي يقول "ليس للالتزام الباطل من أصله عمل". وعلى هذا ثمّ اسمان مترادفان: "الالتزام الذي لا عمل عليه"، و"الالتزام الباطل من أصله". فإذا كان ما جاء في الفصل 67 هو كلمة "لا عمل عليه"، وإذا كانت كلمة "لا عمل عليه" مرادفة في الفصل 325 لكلمة "باطل من أصله"، فالنّتيجة أنّ الفصل 67 تحدّث عن "التزام باطل من أصله".

ومن يواصل البحث في الصّياغة العربيّة يجد الفصل 1452 – وهو نصّ له نفس موضوع الفصل 67[861] – يستعمل اسمين مترادفين: "لا عمل عليه" و"باطل قانونا". وهذا يؤدّي إلى جواز إطلاق اسم آخر على ما جاء بالفصل 67[862] وهو "الباطل قانونا"[863].

فاذا رجعنا الآن إلى الفصل 567 وجدناه يستعمل "باطلا" و"لا عمل عليه" كمترادفين. وهذا يؤدّي إلى جواز إطلاق اسم رابع على ما أتى بالفصل 67 هو اسم "باطل".

والـمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 67 هو: لما لا عمل عليه، وللباطل من أصله، وللباطل قانونا، وللباطل.

---

[861] تحدّث الفصل 67 عن عدم جواز السّبب، وصورة الفصل 1452 هي للموضوع نفسه إذ يقول هذا النّص: "كلّ من التزم بدين من جهة مقامرة أو مراهنة، كان التزامه باطلا قانونا لا عمل عليه".

[862] وأيضا على ما جاء بالفصل 325.

[863] يمكن أن نضيف نصوصا أخرى، ولكن هذه الإضافة لا يمكن أن يعمد إليها في الـمتن لأنّها تستوجب تحديدا على مستوى الـمادّة لما جاء في الفصل 67 (نوع البطلان) وهو أمر لم يؤت به بعد. وهذه النّصوص هي: 329 (باطل من أصله) و566 (باطل) و575 (لا يصحّ) و1095 وهو نصّ ألغي في 7 نوفمبر 1959 وكان يمنع القرض بالفائض بين الـمسلمين (باطل).

ومن ينتقل إلى الصّياغة الفرنسيّة، يمكنه أن يخرج أيضا بالعديد من الأسماء الجائز إطلاقها على ما جاء في الفصل 67. في هذا الفصل 67 نجد عبارة "عدم الحدوث" أو "الانعدام" (non avenue). فإذا ذهبنا إلى الفصل 1452 – والذي له نفس محتوى الفصل 67 – وجدناه يتحدّث عن "بطلان بقوّة القانون"[864] (nulle de plein droit). أمّا إذا انتقلنا إلى الفصل 325 فسنجد فيه وكمترادفين "الباطل بقوّة القانون" (nulle de plein droit) و"عدم الفاعلية" (ne peut produire aucun effet)[865]. فإذا مـررنا إلى الفصل 566 وجدنا "الباطل بقوّة القانون" (nulle de plein droit) و"البطلان الذي يثيره كلّ معنيّ" (nullité [...] prononcée à la requête de tout intéressé)، والذي يسمّى لهذا السّبب بطلانا مطلقا[866]. وهذا الاسم نجده بالفصل 567.

والـمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 67 هو: "عدم حدوث"، و"انعدام"، و"بطلان بقوّة القانون"، و"عدم فاعليّة"، و"بطلان مطلق"[867].

275. — فإذا مررنا إلى الـمشروع، وجدنا فصله الستّين يتحدّث عن "عدم الـمفعول". أمّا فصله الأربعمائة وستّة وعشرون بعد الألف – والذي له محتوى النّص السّابق نفسه – فيتكلّم عن "بطلان بقوّة القانون" (nulle de plein droit). وهذه العبارة نجدها بالفصل 203[868] وأيضا بالفصل 543. لكن هذا الفصل 543 يستعمل كلمة أخرى هي "البطلان الذي يثيره كلّ معنيٍّ"، أي وكما تقدّم البطلان الـمطلق. وهذه العبارة نجدها بنصّ آخر هو الفصل 544[869].

---

[864] اعتمد قاموس الـمنهل في عمليّة التّرجمة.

[865] قد يقال هنا إنّ هذا أثر وليس اسما. لكن ليستحضر ما ورد أعلاه حول "لا عمل عليه".

[866] انظر إلى: "ڤودمي"، م س، ص 166.

[867] يمكن أن نضيف اسما آخر من الفصل 575، ومن الفصل 1095: باطل (nulle).

[868] يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 325.

[869] يمكن أن نضيف أسماء أخرى من الفصل 550 ومن الفصل 1064 باطل (nulle)، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار لما ورد سابقا.

والـمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 60 من الـمشروع – والذي أصبح فيما بعد الفقرة الأولى من الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود – هو: "عدم الـمفعول"، و"البطلان بقوّة القانون"، و"البطلان الـمطلق".

270. — ومن يذهب إلى الـمشروع الـمرَاجع، يجد الفصل 72 يتحدّث عن "الانعدام" أو "عدم الحدوث". أمّا الفصل 1681 والذي له نفس الـمحتوى فيتكلّم عن "بطلان بقوّة القانون". هذه العبارة نجدها بالفصل 372 ومعها أخرى وهي "عدم الـمفعول". كما نجد عبارة "بقوّة القانون" في الفصل 376 وفي الفصل 662. لكن وفي هذا الفصل 662 ترافق لفظة "بقوّة القانون" لفظة "البطلان الذي يثيره كلّ معنيٍّ"، أي "البطلان الـمطلق". وهذه نجدها بالفصل 663[870].

والـمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 72 من الـمشروع الـمراجَع – والذي أصبح فيما بعد الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود – هو: "الانعدام" أو "عدم الحدوث"، و"البطلان بقوّة القانون"، و"عدم الـمفعول"، و"البطلان الـمطلق".

ومن يتّجه إلى التّرجمة الكاملة للمشروع الـمراجَع، يجد الفصل 72 يتكلّم عن "عدم العمل". أمّا الفصل 1681 فيستعمل كلمة "عدم العمل" ومعها "الباطل قانونا". ويستعمل الفصل 372 لفظة "عدم العمل" ومعها لفظة "الباطل من أصله". وهذه نجدها بالفصل 376. ثمّ إنّنا نجد بالفصل 663 لفظة "لا عمل عليه" ومعها "باطل". وهذه نجدها بالفصل 662 ومعها "البطلان الذي يثيره كلّ معنيٍّ"، أي "البطلان الـمطلق". ثمّ إنّ الفصل 1236 فيه: "لا عمل عليه" وفيه "مبطل".

والـمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 72 من التّرجمة الكاملة للمشروع الـمراجَع – والذي أصبح فيما بعد الفصل 67 – هو: "عدم العمل"، و"البطلان القانوني"، و"البطلان من الأصل"، و"البطلان الـمطلق"[871].

---

[870] ويمكن أن نضيف اسما آخر هو باطل ونجده بالفصلين: 672 و1236. لكن هذه الإضافة لا يمكن أن نأتي بها في الـمتن لأنّها تستوجب تحديدا على صعيد الـمادّة لما جاء في الفصل 72.

[871] ويمكن أن نضيف اسم "عدم الصّحّة" (وهذا يبرّر العنوان الـمختار لهذا الفصل) من الفصل 672، لكن مع أخذ ما ورد بالهامش السّابق بعين الاعتبار.

فإذا انتهينا إلى التّرجمة النّاقصة، وجدنا في الفصل 72 "عدم العمل". أمّا الفصل 372 ففيه لفظة "الباطل من الأصل"، و"ما لا يفيد حكما". وجاءت بالفصل 376 لفظة الباطل. لكن لا يمكن إعطاء الأسماء الـموجودة بهذين النّصّين لما جاء في الفصل 72 إلاّ بعد البحث في سقوط هذا النّص داخل الفصل 372[872].

[872] ينبغي هنا الإتيان بجدول فيه محتوى مجلّة الالتزامات والعقود وبجانبه الـمشاريع لكي تسهل عملية تتبّع ما ورد أعلاه. وسنبدأ في هذا الجدول بالفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود أو ما يقابله، ثم نمرّ إلى النّص الذي له الـمحتوى نفسه (1452) أو ما يقابله، ثمّ نذهب – لتسهيل تحاليل ستأتي – إلى الفصل 325 أو ما يقابله، ثمّ إلى نصوص أخرى:

مجلّة الالتزامات والعقود			الـمشروع		الـمشروع الـمرَاجع		
النّص	العربي	الفرنسي	النّص		النّص	الصياغة الأصليّة	التّرجمة الكاملة
67	لا عمل عليه.	non avenue	60	ne peut avoir aucun effet	72	non avenue	لا عمل عليه.
1452	– باطل قانونا – لا عمل عليه	nulle de plein droit	1426	nulle de plein droit	1681	nulle de plein droit	– باطل قانونا – لا عمل عليه
325	– باطل من أصله – لا عمل عليه	- nulle de plein droit - ne produit aucun effet	203	nulle de plein droit	372	- nulle de plein droit - ne produit aucun effet	– باطل من أصله – لا عمل عليه
329	الباطل من أصله	nulle de plein droit	–		376	nulle de plein droit	باطل من أصله

277. — ويستنتج من كلّ ما سبق أنّ عبارات الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود (أو النّصوص الـمقابلة له) موجودة أيضا بالفصل 1452 (أو النّصوص الـمقابلة له). ثمّ إنّ عبارات الفصل 1452 موجودة بالفصل 325 (أو النّصوص الـمقابلة له)، وهذا يمكّن من القول بأنّ عبارات الفصل 67 موجودة بالفصل 325.

278. — ◀ ◀ ◀ لكنّ السّؤال هل الفصل 67 كمادّة موجود بالفصل 325، أي هل أنّ الجزاء في الفصل 67 داخل في الجزاء العامّ الذي جاء به الفصل 325 ؟ إنّ الجواب يستدعي تحليل الفصل 325 وهذا التّحليل سيمكّن أيضا من تحديد نوع الجزاء الوارد بهذا النّص.

279. — وينبغي أن نبدأ التّحليل بالإشارة إلى أنّ الـمشروع لم يورد الفصل 203 (أي ما يقابل الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود) تحت عنوان خاصّ

566	– باطل – طلب ممّن له مصلحة أو بغير طلب	- nulle de plein droit - tout intéressé d’office	543	- nulle de plein droit - tout intéressé d’office	662	- nulle de plein droit - tout intéressé d'office	– باطل – طلب ممّن له مصلحة أو بغير طلب
567	– باطل. – لا عمل عليه.	nullité absolue	544	nullité absolue	663	nullité absolue	– باطل – لا عمل عليه
575	لا يصحّ.	nulle	550	nulle	672	nulle	لا يصحّ.
1095 (ألغي)	باطل	nulle	1064	nulle	1236	nulle	– لا عمل عليه – مبطل
إلخ			إلخ		إلخ		

بالجزاء، بل جاء به مع نصوص الآثار ومنها نصّ القوّة الـملزمة وغيره. ثمّ جاء الـمشروع الـمرَاجَع وأضاف ثلاثة أمور: أوّلها جملة استثناء، وهذه زادها إلى محتوى الفصل 203، فصارت مع الـمستثنى منه الفقرة الأولى من الفصل 372 (ومن بعد ذلك الفقرة الأولى للفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ وثانيها فقرة جديدة هي الفقرة الثّانية من الفصل 372 (ومن بعد ذلك الفقرة الثّانية من الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ وثالثها جعل الفصل 325 مع نصوص أخرى تحت عنوان خاصّ بالجزاء.

280. — فإذا بدأنا بالفصل 203 من الـمشروع وجدناه يتحدّث عن التزام باطل بقوّة القانون ووجدناه يشير في حاشيته الجانبيّة إلى الـمادّة 52[873] و110[874] و370[875] من الـمجلّة العثمانيّة، وإلى الـمادّة 312[876] و431[877] من مرشد الحيران[878]، وكلّها للعقد الباطل في الفقه الإسلامي. وقد نفكّر في أنّ نيّة أصحاب الفصل 203 من الـمشروع هي وضع ما جاء بالفقه الإسلاميّ. لكن ثمّ إضافة في الحاشية تجعلنا نعود فيما فكّرنا به. فلقد أعيدت الإشارة إلى مرشد الحيران

---

[873] "إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه".

[874] "البيع الباطل ما لا يصحّ أصلا يعني أن لا يكون مشروعا أصلا".

[875] "البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلا. فإذا قبض الـمشتري الـمبيع بإذن البائع في البيع الباطل، كان الـمبيع أمانة عند الـمشتري فلو هلك بلا تعدّ يضمنه".

[876] أشارت الحاشية إلى الـمادّة 313 التي قالت: "العبرة في العقود للمقاصد والـمعاني لا للألفاظ والـمباني". لكنّ الـمادّة 312 التي سبقتها تقول: "العقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا، أي ما كان في ركنه أو في محلّه خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممّن ليس أهلا للعقد أو كان الـمحلّ غير قابل لحكم العقد. وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الـملك في الأعيان الـماليّة ولو بالقبض". وواضح بعد عرض محتوى الـمادّتين 313 و312 أنّ هنالك خطأ مطبعيّا وأنّ الـمشروع أراد أن يشير إلى هذه لا إلى تلك.

[877] هنا نجد ما سبق عينه، فالـمشار إليها هي الـمادّة 432، وهذه تقول: "التّسليم في الـمبيع هو أن يخلّي البائع بين الـمبيع وبين الـمشتري على وجه يتمكّن الـمشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع". أمّا سابقتها فتقول: "البيع الباطل هو ما أورث خللا في ركن البيع أو في محلّه. والبيع الفاسد هو ما أورث خللا في غير الرّكن والـمحلّ. (وبعبارة أخرى) البيع الباطل ما لا يكون مشروعا أصلا ولا وصفا والبيع الفاسد ما كان مشروعا أصلا لا وصفا".

[878] قدري باشا (محمّد)، كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان على مذهب الإمام أبي حنيفة النّعمان رضي الله عنه، دمشق، لجنة إحياء الكتاب الإسلامي في مسجد السّروجيّة، د ت.

وبالتّحديد إلى مادّته 310[879] وإلى مادّته 428[880] وإلى مادّته 431[881] وكلّها للصّحيح والباطل في الفقه الإسلامي، وقيل إنّها تفرقة واضحة بين القابل للإبطال والباطل. وهذا يعني أنّ النّيّة اتّجهت إلى هذا التّصنيف (القابل للإبطال/ الباطل) الـموجود في فرنسا، ولكن رئي أن ثمّ ما يقابله في الفقه. ويدعّم ما سبق أنّ الاسم الـمستعمل في متن الفصل 203 من الـمشروع ليس ذاك الذي نجده عند الفقهاء الـمسلمين، بل هو الذي يعترضنا في القانون الفرنسي، أي البطلان بقوّة القانون.

281. — ولقد نقل الفصل 203 إلى الـمشروع الـمرَاجع وصار هو الفصل 372 بعد أن زيدت له بعض الـمحتويات كما تقدّم، وبعد أن أضيفت لحاشيته الجانبيّة مراجع أخرى[882] ووضعت له حاشية تحتيّة. فإذا نظرنا إلى هذه، وجدناها تشير إلى الفصل 310 من الـمجلّة الـمدنيّة الإيطاليّة الذي استعمل صراحة لفظة البطلان الـمطلق[883]، كما تشير إلى "أوبري" و"رو" من جهة[884] وإلى "لوران" من جهة أخرى[885]:

---

[879] "العقد الصّحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد الـمشروع ذاتا ووصفا. والـمراد بمشروعيّة ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرا من أهله مضافا إلى محلّ قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالـمة من الخلل، وألاّ يكون مقرونا بشرط من الشّروط الـمفسدة للعقد".

[880] "إذا انعقد البيع نافذا غير لازم بأن كان فيه خيار شرط للبائع وحده، فلا يخرج الـمبيع عن ملكه إلى ملك الـمشتري إلاّ إذا أجاز البائع البيع في مدّة الخيار قولا أو فعلا، صراحة أو دلالة أو مضت الـمدّة بدون فسخ أو مات في أثناء الـمدّة".

[881] سبق وأن عرضنا محتوى هذه الـمادّة. وعلينا أن نلاحظ أنّه ثمّ هنا أيضا خطأ مطبعيّا. فالـمشار إليها هي الـمادّة 433 التي تقول: "التّخلية قبض حكما. وهي تختلف بحسب حال الـمبيع. فإن كان الـمبيع عقّارا كدار أو حانوت أو نحوه ممّا له قفل، فتسليمه يكون بدفع الـمفتاح إلى الـمشتري مع الإذن له بقبضه كما يكون بالتّخلية بين الـمبيع والـمشتري والإذن باستلامه إن كان الـمبيع قريبا منه". وواضح أنّ هذه الـمادّة لا علاقة لها بمحتوى الفصل 203 من الـمشروع وأقرب مادّةٍ (في الـمكان) للمادّة 433 والتي لها علاقة بالـمشروع هي الـمادّة 431.

[882] هي الأشباه والنظائر لابن نجيم وحاشيتها غمز عيون البصائر للحموي، والدّر الـمختار للحصكفي وحاشيته ردّ الـمحتار لابن عابدين.

[883] يقول الفصل 310: "لا يمكن الإصلاح بواسطة الإمضاء لعيبِ عملٍ قانوني باطلٍ بصفة مطلقة لغياب احترام الشّكليّات".

"On ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'un acte nul d'une manière absolue pour défaut d'observation des formalités".

وإذا بدأنا بالأوّلين[886]، وجدناهما يفرّقان بين الانعدام (acte inexistant – non avenue) والبطلان (nullité) والفسخ (rescision):

فأمّا الصّنف الأوّل فنجد فيه عدم التقاء الإرادات، وانعدام الـمحلّ[887]، وغياب السّبب، والسّبب الـمغلوط، وبعض السّبب غير الجائز (ربا/ بيع وظيفة، أي حالات خاصّة لأنّنا سنجدهما وفي الصّنف الثّاني يتحدّثان عن النّظام العامّ والأخلاق الحميدة ممّا يعني أنّ السّبب غير الجائز دائر بين الصّنفين بالنّسبة إلى هذين الفقيهين)[888].

وأمّا الصّنف الثّاني فنجد فيه حالات مخالفة وجوب أو منع قانوني، أي: حالات عدم توفّر شروط الصّحّة، ومن ضمنها عدم احترام النّظام العامّ والأخلاق الحميدة، وعدم احترام النّصوص الحامية للأطراف وللغير[889]، وانعدام الأهليّة (الـمحجور عليه قضائيّا/ الزّوجة/ من له مجلس قضائي)، وعدم اتّباع شكليّة وضعت لحماية قاصر، وعيوب الرّضا، وعدم احترام نصّ أوجب كتبا رسميّا (الهبة)، أو نصّا منع على بعض الأشخاص (القضاة مثلا) التّعاقد. ويلاحظ أنّ هذا الصّنف الثّاني فيه حالات بطلان مطلق وحالات بطلان نسبي.

وأمّا الصّنف الثّالث والأخير فيهمّ حالات الغبن[890].

الـمجلّة الـمدنيّة الإيطاليّة صدرت في 25 جوان 1865 ودخلت حيز التّنفيذ في غرّة جانفي 1866، ترجمة وتعليق مع مقدمة لـ: "هنري برودوم"، باريس، بادون، 1896.

Code civil italien, Promulgué le 25 juin 1865 mis en vigueur le 1er janvier 1866, Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Henri PRUDHOMME, Paris, A. PEDONE, Editeur, 1896.

[884] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 334. ويلاحظ أنّ الحاشية أشارت أيضا إلى الفقرة 248 وهي من الجزء الثّالث ولا علاقة لها بالـمادّة التي نحن بصددها، ممّا يعني أن هنالك خطأ مطبعيّا.

[885]"لوران"، م س، ج 1، عدد 528 وما بعده.

[886] قلنا منذ قليل إنّه أشير إليهما في الجزء الرّابع. لكنّنا سنستعمل أيضا الجزء الأوّل (الفقرة 37 وما بعدها) والجزء الثّامن (الفقرة 771 وما بعدها) فيما هو توضيح للجزء الـمشار إليه.

[887] انظر هذا في الجزء الأوّل، الفقرة 37 وما بعدها.

[888] الجزء الرّابع، الفقرة عدد 526 وما بعدها.

[889] الجزء الأوّل، الفقرة عدد 37 وما بعدها.

[890] انظر إلى الجزء الأوّل، الفقرة عدد 37 وما بعدها، والجزء الرّابع الفقرة عدد 526 وما بعدها.

فإذا مررنا إلى "لوران"، وجدناه يفصل بين البطلان بقوّة القانون – وهذه هي عبارة الفصل 372 من الـمشروع الـمرَاجع – والبطلان الذي ليس بقوّة القانون:

فأمّا القسم الأوّل فيقول إنّه للفصل 1108 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، ويقول إنّ فيه أوّلا: انعدام الأهليّة الطّبيعيّة (تدخل في ثانيا)، وثانيا: انعدام الرّضا (عدم تلاقي الإرادتين)، وثالثا: الـموضوع (انعدامه/ خروجه عن التّجارة)، ورابعا: السّبب (انعدامه/ عدم جوازه)، وخامسا: انعدام الرّسميّة في العقود الرّسميّة (تدخل في ثانيا).

ويطلق "لوران" على هذه الصّور عدّة أسماء هي: البطلان بقوّة القانون، والبطلان الرّاديكالي، والبطلان الـمطلق، والانعدام، والبطلان.

وأمّا القسم الثّاني ففيه: عيوب الرّضا، والصبيّ الـمميّز، والـمرأة الـمتزوّجة، والـمجنون قبل وبعد حكم الحجر، والسّكران[891].

يخلص ممّا سبق أنّ نيّة واضعي الفصل 372 من الـمشروع الـمرَاجع قد اتّجهت إلى الأخذ من فرنسا ومن إيطاليا. لذا لا يجب الالتفات إلى مراجع الفقه الإسلامي إلاّ بوصفها قد وضعت من طرف "سانتيلانا" لكي يُتَبَيَّن أنّ الحلول الـمتبنّاة تشبه ما جاء بذلك الفقه.

فإذا وصلنا إلى هنا، أمكننا القول إنّ نص الـمشروع وضع البطلان، أو البطلان بقوّة القانون، أو البطلان الرّاديكالي، أو الانعدام، أو عدم الحدوث، إلى غيرها من الأسماء التي يطلقها الغرب على صور معيّنة هي تلك التي وجدناها أعلاه عند "لوران" وعند "أوبري" و"رو".

ويبدو لقارئ الفصل 372 أنّ هذا النّص خلاصة أُلِّف فيها بين "لوران" من جهة و"أوبري" و"رو" من جهة أخرى: فلقد أخذ من الأوّل جمعه حالات البطلان بقوّة القانون في صنف واحد، ليقابله من هنالك صنف ثان وأخير. وأخذ من الثّانين:

[891] ما ورد أعلاه هو خلاصة ما قاله "لوران" في الجزء 15 (عدد 450 وما بعدها) وفي الجزء 18 (عدد 528 وما بعدها). ولقد أشارت الحاشية التّحتيّة إلى هذا الجزء، لكنّنا زدنا ذلك الجزء لكي نعرض موقف "لوران" بصورة واضحة.

فصلهم بين حالات انعدام عنصر هو واقعي بالأساس (صنف الانعدام عندهما)[892]، وحالات انعدام عنصر قانوني (جزء من صنف البطلان عندهم). ولعلّ صياغة الفقرة الثّانية من الفصل 372 تكاد أن تنطق بأنّها هذا التّاليف. فلقد قيل فيها إنّ البطلان بقوّة القانون حالتان (هذه بصمة "لوران"): أولاهما غياب أحد الشّروط الأساسيّة، وهي حسب الفصل 3 من الـمشروع الـمرَاجع: الأهليّة ويجب أن نقول الطّبيعيّة، والتّصريح بالإرادة أو بالرّضا [ويجب أن نقول إنّ الشّرط يغيب حين ينعدم التّصريح أو حين تنعدم الإرادة أو الرّضا (= عدم تلاقي الإرادات وانعدام الرّسميّة في العقود الرّسميّة)]، وبالتّحديد التّصريح برضاً بالعناصر الأساسيّة للالتزام [ويجب أن نقول إنّ الشّرط يتمثّل في وجود الـموضوع ووجود السّبب] والـموضوع الـمعيّن الذي يصلح أن يكون موضوع التزام أي الجائز [إذن الشّرط هو الـموضوع الـمعيَّن والجائز]، والسّبب غير الجائز[893]، أي في النّهاية (وهنا نصل

---

[892] قلنا: واقعي أساسا لأنّ بعض السّبب غير الجائز (وهذا عنصر قانوني) ذكره الفقيهان داخل الصّنف الأوّل والبعض الآخر داخل الصّنف الثّاني.

[893] بعبارة أخرى، يبدو أنّ الفصل 3 من الـمشروع الـمرَاجع (حين تقرّب عباراته من الـمراجع الـمستعملة في حواشيه) ومن بعده الفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود قد قالا ما يلي:

أركان العقد هي:

أوّلا: الأهليّة الطبيعيّة (التّمييز، وهذا يدخل في ثانيا لأنّ من ليس له تمييز ليس له تعبير عن الرّضا).

ثانيا:

◀ بداية الجملة: التّعبير عن الرّضا (التّعبير + تلاقي الإرادات والرّسميّة في العقود الرّسميّة) (هذا هو الـمقصود بـ: une déclaration valable de volonté).

◀ بقيّة الجملة: وجود الـموضوع ووجود السّبب (هذا هو الـمقصود بـ: portant sur les éléments essentiels)

ثالثا:

◀ بداية الجملة: موضوع معيّن (هذا هو الـمقصود بـ: un objet certain).

◀ بقيّة الجملة: موضوع جائز (هذا هو الـمقصود بـ: pouvant former objet d'obligation).

رابعا: سبب جائز.

وإنّ ما سبق ليفهم من الـمراجع التي استعملت لوضع نصّ الأركان ونصوص الجزاء. ويمكن أن يشار هنا وبسرعة إلى أنّ ثانيا تفهم على النّحو الوارد أعلاه انطلاقا من عدّة معطيات منها الـمجلّة العثمانيّة على مستوى تطابق الإيجاب والقبول وعلى مستوى وجود الـموضوع (الـمجلّة العثمانيّة مشار إليها في حاشية نصّ الأركان). فإذا بقينا مع وجود الـموضوع، أمكن الإشارة إلى الحاشية الجانبيّة

إلى بصمة "أوبري" و"رو") غياب عنصر واقعي بالأساس. وثانيتهما تنصيص القانون على ذلك البطلان في حالات معيّنة (وهذه أيضا بصمة لـ: "أوبري" و"رو")[894].

282. — والحاصل من كلّ ما سبق - وهنا سنحاول صعود درجات السلّم التي نزلناها من أجل تأويل الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود[895] - أنّ:

♦ الفصل 372 تبنّى صنف جزاء موجود بالقانون الفرنسي والإيطالي. ولهذا الجزاء عدّة أسماء في هذا الـمصدر منها البطلان بقوّة القانون، والبطلان الـمطلق، والانعدام، والبطلان الرّاديكالي، (إلخ). وإنّ هذه الأسماء وغيرها موجودة بالفصل 372 وبغيره من نصوص الـمشروع الـمرَاجع.

♦ الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود هو نقل حرفي لنصّ الـمشروع الـمرَاجع، ومن ثمّ فإنّ ما قيل عن هذا واجب القول عن ذاك. بعبارة أخرى: يسلمنا التّعبير الـمباشر عن نيّة صاحب الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود تبنّيه لصنف الجزاء الغربي وللمصطلحات التي استعملت للتّدليل على هذا الجزاء.

لنص الأركان في الـمشروع الـمرَاجع والتي تتحدّث لا فقط عن الوجود بل عن موضوع فيه مصلحة (التزام موضوعه حبّة قمح لا يقبل/ من باب أولى لو أنّ موضوعه لا شيء).

ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "موجب" بعبارة أخرى: "سبب"، لكنّ القانون لم يستبدل معنى بآخر. والسّبب أنّ الفصل الثاني من قانون 2005 قال إنّ مضمون الـمجلّة لم ينقّح.

[894] انظر إلى: "دوبلا"، م س، ج 2، ص 87 وما بعدها وخاصّة ص 92 والذي وضع في ثانيا من الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود (أي الفصل 372 من الـمشروع الـمرَاجع) والفصل 566 من مجلّة الالتزامات والعقود (أي الفصل 662 من الـمشروع الـمرَاجَع) والفصل 567 من مجلّة الالتزامات والعقود (أي الفصل 663 من الـمشروع الـمرَاجَع) والفصل 575 (أي الفصل 672 من الـمشروع الـمرَاجَع) والفصل 1095 من مجلّة الالتزامات والعقود (أي الفصل 1236 من الـمشروع الـمرَاجَع) وغير ذلك من النّصوص التي أخذها من قانون الـمرافعات ومن القانون الجنائي (ويمكن أن نضيف إلى قائمة "دوبلا" ولكن من مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 66 [أي الفصل 71 من الـمشروع الـمرَاجَع] والفصل 1452 [أي الفصل 1681 من الـمشروع الـمرَاجَع]. وإنّ ما جاء عند "دوبلا" وما أضفناه يسمح بزيادات احترزنا عليها في الفقرة عدد 277 وما بعدها.

[895] الدّرجة التي شرعنا في النّزول منها موجودة في الفقرة عدد 275، وسنحاول الآن ومن هنا الصّعود للعودة إليها.

♦ الفصل 67 كمادّة موجود بالفصل 325.

♦ عبارة "لا عمل عليه" في الصّياغة العربيّة للفصل 67، وعبارة "عدم الحدوث" أو "الانعدام" في الصّياغة الفرنسيّة لنفس النّصّ، مرادفتان لعبارة "البطلان الأصلي" أو لعبارة "ليس له عمل" في الصّياغة العربيّة للفصل 325، ومرادفتان لعبارة "البطلان بقوّة القانون" في الصّياغة الفرنسيّة لنفس هذا النّص. كما أنّ هذه العبارات مرادفة لأخرى كثيرة موجودة بعدّة نصوص من مجلّة الالتزامات والعقود مثل عدم الصّحّة والبطلان وغيرهما. وعلى قارئ الـمجلّة أن ينتبه إلى أنّ التّكثير من الألفاظ لم يُرَد منه تكثير من الـمعاني.

بعبارة أخرى – وهنا نكون قد وصلنا إلى الدّرجة التي انطلقنا منها – ذهبت نيّة واضع مجلّة الالتزامات والعقود إلى جعل الغلط في وجود السّبب موجبا للبطلان الـمطلق.

283. — وإنّنا، وفي رحلتنا هذه، قد مررنا بعدُ بنيّة واضع مجلّة الالتزامات والعقود من الغلط في طبيعة العقد. فإذا كان هذا الغلط وكما قلنا[896] موجودا بطيّات الفصلين 2 و325، فهذا يعني أنّه أريد أن يكون جزاؤه البطلان الـمطلق.

---

[896] انظر الفقرة عدد 39.

ويمكن تفصيل ما جاء في الـمتن والقول إنّا رأينا منذ قليل ما الذي يمكن أن يترجّح من معنى للفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود عند من يقرأ أعماله التّحضيريّة. فالنّص لتلاقي الإرادات (لو غاب إيجاب مثلا، سيغيب التّلاقي مع القبول؛ أي لو غاب رضا، سيغيب التّراضي، لأنّ التّراضي محصّلة جمع لرضاءين)، ولوجود الـموضوع (لو غاب الـموضوع، سيغيب الرّضا، لأنّ الرّضا ينصبّ على موضوع؛ ولو غاب الرّضا، سيغيب التّراضي، لأنّ التّراضي محصّلة جمع لرضاءين)، ولوجود السّبب، إلخ.

وإنّه – وحسب تفكير معيّن – يتوجّه الإيجاب إلى شخص (ذاته)، وينصبّ على شيء (ذات/ نوع)، وعلى طبيعة للعقد، وعلى طرق وأحكام وشروط الاتّفاق (الأوصاف غير الذّاتيّة للشّيء، إلخ). فإذا تبدّلت ذات الشّخص، أو ذات الشّيء، أو نوعه، أو طبيعة العقد (أي إذا تمّ الوقوع في غلط)، غاب الرّضا ومن ثمّ التّراضي (لذلك فإنّ هذا التّفكير يضع كلّ هذه الصّور في حزمة واحدة: الفصل 1108 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة). لكن لو أنّ التبديل اعترى أمورا أخرى كالأوصاف غير الذّاتيّة للشّيء، لم يغب الـموضوع، ومن ثمّ لم يغب الرّضا، ومن ثمّ لم يغب التّراضي (لذلك فإنّ هذا التّفكير لا يضع بقيّة صور الغلط في الحزمة السّابقة).

وعلى هذا فحكم الـمجلّة مأخوذ من الغرب. وقد يمكن الـمرور إلى تقييمه. لكن ينبغي – لكي يكون التّقييم على أسس أصلب – أن نعرض مصدر هذا الحكم.

وإنّ مجلّة الالتزامات والعقود، لو كانت من أهل هذا التّفكير، لكانت قد وضعت هذه الصّور (الغلط في ذات الشّخص، إلخ) في الفصل 2 (أو لوضعتها في نصّ خاصّ هو بمثابة التّفصيل للفصل 2، أي يؤدّي إلى ما يؤدّي إليه الفصل 2)، ولكان الجزاء عندها البطلان الـمطلق على معنى الفصل 325.

لكنّ النّاظر إلى مجلّة الالتزامات والعقود يجد ما يلي:

الفصل 2 وهو لعدم التقاء الإرادات كما تقدّم، وهو عامّ لأنّه لم يحصر نفسه في صورة أو بعض صور لعدم التّراضي. وإنّ العامّ يغلبه الخاصّ إن وجد:

وفعلا ولوجود الفصل 45 سيقال إنّ الغلط في ذات الشّيء موجب للبطلان النّسبي (الصّورة تقع في الفصل 2 وتقع في الفصل 45 وهذا خاصّ فهو مقدّم).

كما أنّه ولوجود الفصل 45 سيقال إنّ الغلط في نوع الشّيء موجب للبطلان النّسبي (الصّورة تقع في الفصل 2 وتقع في الفصل 45 وهذا خاصّ فهو مقدّم) (قد يقال هنا وفي ذات الشّيء إنّ مجلّة الالتزامات والعقود تبنّت تحليلا مختلفا مفاده أنّه إن بدّلتَ النّوع أو الذّات لم يتبدّل الـموضوع ومن هنالك لم يغب هذا الـموضوع ولا من ورائه الرّضا، وأنّها بنت على هذا التّحليل موقفها الـمتمثّل في البطلان النّسبي. لكن لينظر إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع وسيرى فيها تحليلا للذّات وللنّوع يتبع مسألة غياب الـموضوع. وإنّ الاعتراض ومن ثمّ الرّدّ لقابلين لأن ينقلا إلى صورة ذات الشّخص).

ثمّ إنّه ولوجود الفصل 46 سيقال إنّ الغلط في ذات الشّخص موجب للبطلان النّسبي (الصّورة تقع في الفصل 2 وتقع في الفصل 46، وهذا خاصّ فهو مقدّم).

أمّا الغلط في طبيعة العقد فإنّه لم ينقل إلى الفصل 45 (كما نقل في الـمشروع الـمرَاجع إلى الفصل 50)، وعلى هذا فهو باق في نصّ الأركان. وهذا الكلام مؤدّاه أنّه لا يمكن قياس طبيعة العقد على ذات الشّيء مثلا لأنّ الطّبيعة موجودة بالفصل 2. لكن قد يقال إنّها غير موجودة ومسكوت عنها ويعمد من هنالك إلى القياس. وهذا الرّأي مرجوح. والسّبب أنّ الطبيعة وجدت في الـمشروع الـمرَاجَع، ولو أرادت مجلّة الالتزامات والعقود نفس الحلّ لنقلت ذلك الـمشروع. وفعلا يصعب تصوّر أنّ الـمجلّة ذهبت إلى نفس الحلّ ومحت الصّورة لتمكّن الـمؤوّل من القياس. فالرّاجح إذن أنّها حذفتها لتأخذ حكما مختلفا عن ذات الشّيء. وهذا يستوجب أن تكون قد وضعت الطّبيعة في نصّ الأركان.

(ب) عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود

284. — يتمثّل حكم مجلّة الالتزامات والعقود - الـمأتيّ به من الغرب - في أنّ الغلط في وجود السّبب القريب والغلط في طبيعة العقد موجبان للبطلان الـمطلق. هذا الحكم حاصله تصنيف مادّة داخل صنف، لكنّه ينطوي على أخذ بهذا الصّنف. فمصدر الـمجلّة إذن مصنَّف وصنف:

(1) الـمصنَّف

285. — جاء عند "أوبري" و"رو" أنّ كلّ عقد يستوجب التقاء تصريحي إرادة يتمثّلان في إيجاب وفي استجابة (القبول). كما جاء عندهما أنّ التقاء الإرادات لا يتحقّق إلاّ متى طابقت الاستجابة الإيجاب على ثلاث مستويات منها الشّيء الذي يمثّل موضوع الاتّفاق ومنها طبيعة هذا الاتّفاق.

ويضيف الفقيهان بأنّ غياب الاتّفاق على هذه الأمور "يمنع" (والعبارة لهما) نشأة العقد. على هذا ليس ثمّ عقد نشأ إذا وجد "سوء تفاهم" (ومرّة أخرى العبارة لهما) أو غلط محلّه ذات الشّيء، أو إذا كان الإيجاب للبيع والقبول للكراء[897].

يتّضح ممّا سبق أنّه، وفي القرن التّاسع عشر، كان الغلط في ذات الشّيء والغلط في طبيعة العقد يصنّفان ضمن "الغلط الـمانع"، وضمن "سوء التّفاهم"، أي على أنّهما "عدم التقاء إرادات".

وفي مكان بعيد عمّا سبق، نجد الفقيهين "أوبري" و"رو" يتعرّضان إلى الغلط في وجود السّبب القريب ويقولان إنّ الالتزام هنا يجب أن يعدّ - والعبارة لهما - "منعدما ولم يحدث"[898]. فإذا قرّبنا هذا الكلام من سابقه، وبالتّحديد من امتناع نشأة العقد وعدم قيام اتّفاق، أمكن القول إنّ الغلط في وجود السّبب القريب يدخل ضمن نفس الصّنف الذي وجدنا فيه الغلط في طبيعة العقد والغلط في ذات الشّيء.

---

[897] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343.

[898] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

فإذا مررنا إلى "دومولومب" – وأخذناه كأنموذج ثان للفقه الغربي الذي استعمل كثيرا في الـمشروع الـمرَاجع والذي من الـمحتمل أن يكون مصدرا لموقف مجلّة الالتزامات والعقود – وجدناه يتحدّث عن كون التقاء الإيجاب بالقبول هو العقدة التي تكوّن العقد[899]. وقبل ذلك قال إنّ الواجب أن يحصل تطابق تامّ بين العرض والقبول حول الأشخاص – وهنا نعثر على الغلط في ذات الشّخص – وحول الشّيء وحول طبيعة وطرق الاتّفاق[900].

ويمكن القول انطلاقا ممّا سبق أنّ غرب القرن التّاسع عشر[901] عرف أنواعا من الغلط ووضعها في صنف من الجزاء مختلف عن الصّنف الذي وضعه لأنواع أخرى. وذلك الصّنف هو الذي سنحاول الآن تناوله.

(2) الصّنف

286. — يرجع وجود صنف البطلان بقوّة القانون (أو البطلان الـمطلق أو الانعدام إلى غيرها من أسماء الصّنف الذي وضعت فيه بعض صور الغلط) في القانون الغربي إلى أسباب عقليّة وتاريخيّة[902]:

فأمّا العقليّة فمرتبطة بأنواع شروط نشأة العقد وهي اثنتان: شروط وجود وشروط صحّة. فإذا أخذنا الأولى قلنا إنّها: "ما يتضمّنه بالضّرورة مصطلح العقد، كما يُستخرج من طبيعة الأشياء ومن القانون. ومثال ذلك من زاوية طبيعة الأشياء، اتّفاق الإرادات ووجود الـموضوع ووجود السّبب، ومن زاوية القانون جواز الـموضوع والشّكل في العقود الشّكليّة. فإذا غابت هذه الشّروط لم يوجد العقد قانونا، والبطلان مستوجب بقوّة القانون"[903]. فـ: "الاتّفاق الذي نسمّيه باطلا ليس

---

[899] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 62.

[900] "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 48 وما بعده.

[901] بالنّسبة إلى غرب اليوم (بعضه) نجده يصنّف ضمن الغلط الـمانع: صورة ذات الشّيء وذات الشّخص وطبيعة العقد [انظر هذا التّصنيف عند: "ڤيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 495] ووجود السّبب القريب [انظر إلى: "مازو" (هنري وليون وجون) وشاباس، م س، عدد 161].

[902] "ڤودمي"، م س، ص 142.

[903] "ڤودمي"، م س، ص 142.

في الحقيقة اتّفاقا. ففي الغياب التّامّ لأحد الشّروط التي بدونها لا يمكن أن ينشأ، لا يتكوّن الاتّفاق ولا يوجد قانونا. فهو واقع ليس إلاّ. وفيما يخصّه ليس لدينا ردّ على الاعتراض الذي يتمثّل في أنّ الالتزام الباطل لا يمكن إعدامه"[904] (إعدام معدوم هو تحصيل حاصل، وتحصيل الحاصل ممتنع).

وأمّا الأسباب التّاريخيّة فتتمثّل في القانون الرّوماني وفي القانون الفرنسي القديم:

ففي الأوّل هنالك تقريبا نوعان من التّشاريع: القانون الـمدني والقانون الـمتعلّق بالحاكم الشّرعي الرّوماني[905]. وفي ذاك نجد البطلان أو الانعدام لو خلا العقد عن عنصر أساسي[906].

أمّا في القانون الفرنسي القديم، فقد وُجد البطلان القانوني[907] (اعترضتنا هذه العبارة في الفصل 1452 من مجلّة الالتزامات والعقود في صياغته العربيّة)، وهو بطلان الرّومان الـمتحدّث عنه أعلاه. ووُجد إلى جانبه بطلان القانون الفرنسي (الأوامر والعرف). مع ما سبق، وُجد استرداد الرّومان الكلّي[908].

"celles (c'est à dire les conditions d'existence) qui sont impliquées par la notion même du contrat, telle qu'elle résulte de la nature des choses, de l'accord des volontés, de l'existence de l'objet ou de la cause, et, au point de vue de la loi, du caractère licite de l'objet, des formes dans les contrats solennels. A défaut de ces conditions, l'acte n'existe pas juridiquement. La nullité est encourue de plein droit".

[904] "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 22 (ملاحظة ما أسماه "ڤودمي" أسبابا عقليّة يصفها "دومولومب" في الفقرة عدد 3 بالعلميّة).

"La convention que nous appelons nulle n'est pas, en réalité, une convention. En l'absence totale de l'une des conditions, sans lesquelles elle ne pouvait pas se former, elle n'est pas, en effet, formée ; elle n'existe pas légalement ; elle n'est qu'un fait ! Et, pour ce qui la concerne, nous n'avons pas de réponse à l'objection, qui consiste à dire qu'une obligation, qui est nulle, ne peut s'éteindre".

[905] "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 4.

[906] انظر إلى: "ڤودمي"، م س، ص 142؛ "كاربونيي"، م س (الالتزامات)، عدد 108.

[907] "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 10.

[908] "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 4 وما بعدها.

287. — ولقد انتقل الصّنف الذي يعنينا هنا إلى مجلّة نابليون، وذلك بانتقال التّقسيم الذي ينتمي إليه. نعم - وعلى حدّ كلام "دومولومب"[909] - كان يمكن للمشرّع أن يجعل التّقسيم ومن ثمّ الصّنف أكثر بروزا. لكنّ الأكيد أنّ خطباء الحكومة طالبوا صراحة به، أي بالتّقسيم ومن ثمّ بالصّنف. ويمكن أن نتعرّف عليه دون تردّد في العديد من النّصوص وخاصّة في الفصل 1117[910] الذي نجد فيه كلمة "الباطل بقوّة القانون". وهي لفظة الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود، أي لفظة النّصّ الذي نجد فيه جزاء أنواع من الغلط الـمتحدّث عنه في هذه الـمجلّة. هذا عن مصدر حكم الـمجلّة، ويمكن الآن الـمرور إلى التّقييم.

الفقرة 2. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود

288. — سنبدأ هنا من حيث انتهينا أعلاه، أي سننظر في الصّنف (أ)؛ ثمّ سننتهي هنا من حيث ابتدأنا هنالك، أي سننظر في الـمصنَّف (ب).

(أ) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للصّنف

289. — عرفنا في السّابق ما تبنّته الـمجلّة. لكنّ تقييمها يستوجب - بحسب القضيّة التي نبحث عن صحّتها أو خطئها في هذا العمل - استحضار ما تركته وهو الفقه الإسلامي.

ومعلوم أنّ هذا الفقه يفرّق بين أركان العقد وأوصافه:

◀ فأمّا الأركان فيقسّمها الكاساني مثلا إلى أربعة: ما يرجع إلى العاقد، وما يرجع إلى نفس العقد، وما يرجع إلى مكان العقد، وما يرجع إلى الـمعقود عليه:

---

[909] "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 24.

[910] يقول الفصل 1117: "الاتّفاق الـمبرم بسبب غلط أو إكراه أو تغرير ليس باطلا بقوّة القانون".
"La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit".

♦ "أمّا الذي يرجع إلى العاقد فنوعان: أحدهما أن يكون عاقلا، فلا ينعقد بيع الـمجنون والصّبي الذي لا يعقل، لأنّ أهليّة الـمتصرّف شرط انعقاد التّصرّف، والأهليّة لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الانعقاد بدونه"[911]. "والثّاني العدد في العاقد، فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع إلاّ الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصّغير بمثل قيمته أو بما يتغابن النّاس فيه عادة أو يشتري مال الصّغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثّلاثة استحسانا، والقياس أن لا يجوز ذلك أيضا وهو قول زُفَر رحمه الله"[912].

---

[911] الكاساني (الإمام علاء الدّين أبو بكر بن مسعود)، كتاب بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، بيروت، دار الفكر، ط 1 1417 هـ/1996 م، ج 5، ص 201 و202.

ويضيف الكاساني بأنّ البلوغ ليس بشرط انعقاد، فيجوز بيع غير البالغ ويكون موقوفا على إجازة وليّه أو على إجازته هو بعد البلوغ (عند الشّافعي البلوغ شرط انعقاد). "وكذا الحرّيّة ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتّى ينفذ بيع العبد الـمأذون بالإجماع وينعقد بيع العبد الـمحجور إذا باع مال مولاه موقوفا على إجازته عندنا، وكذا الـملك أو الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحّته بالإجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه، وقال الشّافعي: إسلام الـمشتري شرط جواز شراء الرّقيق الـمسلم والـمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر [...] ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد الـمسلم من الـمسلم وبين بيعه من الكافر فهو على العموم إلاّ حيث ما خصّ الدّليل [...] وكذا النّطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشّراء ولا لنفاذهما وصحّتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، لأنّه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته" (ص 202).

ملاحظة: في هذه الصّفحات، حدّدنا ما ينبغي ذكره، ثمّ اقتطعنا من أماكن مختلفة ما يعبّر عن ذلك الذي ينبغي ذكره. ولقد حاولنا ألاّ يكون لنا هنا إلاّ مجهود الاقتطاع، أي حاولنا أن نترك الكلمة لأصحابها.

[912] الكاساني، م س، ج 5، ص 203.

ويوضّح الكاساني ما سبق قائلا إنّ سبب اشتراط التّعدّد أنّ في البيع حقوقا متضادّة مثل التّسليم والتّسلّم وغيرهما، فيكون "الشّخص الواحد في زمان واحد مسلِّما ومتسلِّما طالبا ومطالبا، وهذا محال" (ص 203). وهذا السّبب أدّى أيضا إلى عدم جواز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في البيع. لكن يمكن أن يكون رسولا. كما يمكن أن يتولّى القاضي العقد من الجانبين لأنّ الرّسول والقاضي لا ترجع عليهما حقوق العقد. أمّا في الزّواج فيمكن للوكيل أن يتولّى الأمر عن العاقد لأنّ الحقوق لا ترجع إليه فكان كالرّسول. ولقد جيء بالاستثناء الوارد في الـمتن على وجه الاستحسان. فقد قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152، والإسراء: 34]. فالبيع والشّراء "بمثل قيمته وبما يتغابن النّاس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الأحسن بحكم الحال لكمال شفقته، فكان البيع والشّراء بذلك قربانا على وجه الأحسن [...] وأمّا الوصيّ إذا باع مال نفسه من الصّغير أو اشترى

♦ "وأمّا الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل الـمشتري ما أوجبه البائع، وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق"[913].

♦ "وأمّا الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتّحاد الـمجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف الـمجلس لا ينعقد حتّى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن الـمجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف الـمجلس ثمّ قبِل لا ينعقد، لأنّ القياس ألاّ يتأخّر أحد الشّطرين عن الآخر في الـمجلس لأنّه كما وجد أحدهما انعدم في الثّاني من زمان وجوده فوجد الثّاني والأوّل منعدم فلا ينتظم الرّكن، إلاّ أنّ اعتبار ذلك يؤدّي إلى انسداد باب البيع، فتوقّف أحد الشّطرين على الآخر حكما وجعل الـمجلس جامعا للشّطرين مع تفرّقهما للضّرورة. وحقّ الضّرورة يصير مقضيّا عند اتّحاد الـمجلس. فإذا اختلف لا يتوقّف. وهذا عندنا، وعند الشّافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الرّكن بدونه. وجه قوله ما ذكرنا أنّ القياس ألاّ يتأخّر أحد الشّطرين عن الآخر والتّأخّر لمكان الضّرورة وأنّها تندفع بالفور. ولنا في ترك اعتبار الفور ضرورة لأنّ القابل يحتاج إلى التّأمّل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التّأمّل"[914].

مال الصّغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمّد لا يجوز لأنّ القياس يأبى جوازه أصلا من الأب والوصيّ جميعا لما ذكرنا من الاستحالة. إلاّ أنّ الأب لكمال شفقته جعل شخصه الـمتّحد حقيقة متعدّدا ذاتا ورأيا وعبارة، والوصيّ لا يساويه في الشّفقة فبقي الأمر فيه على أصل القياس. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما أنّ تصرّف الوصيّ إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الأحسن فيملكه بالنّص. قوله لا يمكن إلحاق الوصيّ بالأب لقصور شفقته. قلنا الوصيّ له شبهان: شبه بالأب وشبه بالوكيل. أمّا شبهه بالوكيل فلكونه أجنبيّا. وشبهه بالأب لكونه مرضيّ الأب. فالظّاهر أنّه ما رضي به إلاّ لوفور شفقته على الصّغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور النّفع عملا بشبه الأب، وقطعنا ولايته عند عدمه عملا بشبه الوكيل، عملا بالشّبهين قدر الإمكان" (ص 203).

[913] الكاساني، م س، ج 5، ص 204.

[914] الكاساني، م س، ج 5، ص 204 و205. ويضيف الكاساني إلى ما جاء في الـمتن قائلا: "وعلى هذا إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد بأن قال: بعت عبدي هذا من فلان الغائب

♦ "وأمّا الذي يرجع إلى الـمعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع الـمعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النّتاج"[915]؛ أو ممكنا أي "مقدور التّسليم عند العقد، فإن كان معجوز التّسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له"[916]. ومنها – وهذا ذكره السّنهوري – أن يكون الـمعقود عليه معيّنا أو قابلا للتّعيين[917]. وأيضا أن يكون الـمعقود عليه مالاً، فلا "ينعقد بيع الـميْتة والدّم لأنّه ليس بمال"[918]، وكذلك ما ليس مملوكا "لأنّ البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلأ في أرض مملوكة والـماء الذي في نهره أو في بئره لأنّ الكلأ

بكذا فبلغه فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد، والأصل في هذا أنّ أحد الشّطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقّف على الآخر في الـمجلس ولا يتوقّف على الشّطر الآخر من العاقد فيما وراء الـمجلس بالإجماع إلاّ إذا كان عنه قابل أو كان بالرّسالة أو بالكتابة". ص 205 و206.

[915] الكاساني، م س، ج 5، ص 207.

[916] الكاساني، م س، ج 5، ص 219.

وعلينا أن نشير هنا إلى أنّه وفي السّابق اعترضنا قول للكاساني مفاده أنّ الـملك والولاية ليسا بشرط انعقاد بل شرط نفاذ ولذا يتوقّف بيع الفضولي عنده. وهذا القول يجب تقريبه ممّا قاله هذا الفقيه في إطار الشّرط الرّاجع إلى الـمعقود عليه والذي قال إنّه أنواع من ضمنها الـملك (وهذا لم نورده وحده في الـمتن لأنّه تابع للوجود أو الإمكان وليس قائما بنفسه) "وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند البيع، فإن لم يكن لا ينعقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلاّ السّلم خاصّة وهذا بيع ما ليس عنده، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخّص في السّلم، ولو باع الـمغصوب فضمن الـمالك قيمته نفذ بيعه لأنّ سبب الـملك قد تقدّم فتبيّن أنّه باع ملك نفسه وهاهنا تأخّر سبب الـملك فيكون بائعا ما ليس عنده فدخل تحت النّهي، والـمراد منه بيع ما ليس عنده ملكا لأنّ قصّة الحديث تدلّ عليه، فإنّه روي أنّ حكيم بن حزام كان يبيع النّاس أشياء لا يملكها ويأخذ الثّمن منهم ثمّ يدخل السّوق فيشتري ويسلّم إليهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال لا تبع ما ليس عندك. ولأنّ بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة وأنّه محال وهو الشّرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه، فأمّا ما يبيعه بطريق النّيابة عن غيره ينظر إن كان البائع وكيلا وكفيلا فكون الـمبيع مملوكا للبائع ليس بشرط، وإن كان فضوليّا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرائط النّفاذ فإنّ بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة الـمالك فإن أجاز نفذ وإن ردّ بطل، وعند الشّافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطل عنده" (ج 5، ص 219). ويفسّر ابن عابدين ما جاء في البدائع فيقول إنّ العقد باطل متى باع ملك غيره لنفسه، أمّا إذا باع ملك غيره لغيره فالبيع موقوف. (السّنهوري، م س، ج 4، ص 184).

[917] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 126.

[918] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 5، ص 211.

وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح، وكذلك الـماء ما لم يوجد الإحراز"[919]، أي في النّهاية يجب أن نكون – والقول للسّنهوري – أمام "محلّ صالح للتّعامل فيه أي مال متقوّم مملوك"[920].

يخلص ممّا تقدّم أنّ الأركانَ سبعة هي: 1. العقل/ 2. التّعدّد/ 3. التّوافق بين الإيجاب والقبول (التّراضي)/ 4. اتّحاد مجلس العقد/ 5. الوجود والإمكان/ 6. التّعيين وقابليّة التّعيين/ 7. الصّلوحيّة للتّعامل.

◀ فإذا مررنا الآن إلى الأوصاف وجدناها مكمّلة لبعض الأركان:

فركن العقل يكمّله وصفٌ هو خلوّ الرّضا من الإكراه[921].

وركن الوجود ومقدور التّسليم يتمّم جُزأَه الأوّل وصفُ عدم دخول الغرر، وجزأَه الثّاني وصفُ عدم دخول الضّرر في التّسليم.

وركن التّعيين وقابليّة التّعيين يكمّله وصفٌ هو الخلوّ من الغرر.

أمّا ركن الصّلوحيّة للتّعامل فيتمّمه وصفان هما الخلوّ من الشّرط الفاسد والخلوّ من الرّبا[922].

---

[919] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 5، ص 218.

[920] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 126. ويضيف السّنهوري أن بالإمكان إضافة السّبب الـمشروع إلى هذه الأركان.

انظر أيضا حول ما سبق من أركان: ابن عابدين، م س (ردّ الـمحتار)، ج 4، ص 5 و6؛ الزّيلعي، م س، ج 4، ص 43 وما بعدها؛ الخرشي (أبو عبد الله محمّد بن عبد الله بن علي)، الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشّيخ علي العدوي، دار الفكر، ج 5، ص5 وما بعدها؛ الزّرقا، م س (الـمدخل)، ج 2، ص 709 وما بعدها؛ حسنين (محمّد)، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الجزائر، الـمؤسّسة الوطنيّة للكتاب، 1988، ص 13 وما بعدها؛

*"لينون دي بلفون"، الأعمال القانونية الصّحيحة والباطلة في القانون الإسلامي، الـمجلّة الجزائريّة والتّونسيّة والـمغربيّة للتّشريع والقضاء، السّنة 75، عدد 1، جانفي/ فيفري، 1959، ص 14 و15.

LINANT DE BELLEFONDS (Y.), « Les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman », *Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de législation et de jurisprudence*, 75e année, n° 1, janvier –février 1959, p. 14 et 15.

[921] هذا موقف من الـمواقف الـمتعدّدة في الفقه الإسلامي من الإكراه.

[922] انظر إلى: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 127.

ولقد قال الكاساني إنّ من هذه الأوصاف: أن يكون "الـمبيع معلوما وثمنه معلوما علما يمنع من الـمنازعة" (م س، ج 5، ص 233. ويحدّثنا هنا وفي الصّفحات الـموالية عن مسألتين هما أنّ هذا

وتتّفق الـمذاهب الأربعة على أنّ البطلان مستوجب في صورة اختلال أحد الأركان. أمّا اختلال أحد الأوصاف فيفرد له الأحناف جزاء خاصّا[923] سنعود إليه لاحقا.

290. — فإذا اهتممنا بالأركان واستحضرنا ما جاء سابقا على لسان "دومولومب" من أنّ شروط الوجود قسمان: ما تفرضه طبيعة الأشياء وهنا نجد اتّفاق الإرادات ووجود الـموضوع والسّبب، وما يفرضه القانون وهنا نجد مثلا جواز الـموضوع[924]، وإذا قرّبنا الذي استحضرناه من الذي ذكرناه منذ قليل عن الفقه، أمكننا القول إن ليس ثمّ فرق بين هذا الشّرق وذاك الغرب. ولقد أدّى غياب الفرق بالسّنهوري إلى القول إنّ الغرب يكاد أن "يكون متّفقا مع الفقه الإسلامي في تحديد أركان العقد وشرائطه. ففي الفقه الغربي أركان العقد [...] ثلاثة التّراضي والـمحلّ والسّبب. وللتّراضي شرائط انعقاد هي التّمييز ومطابقة القبول للإيجاب. وللمحلّ شرائط هي أن يكون ممكنا، ومعيّنا أو قابلا للتّعيين، وصالحا للتّعامل فيه، وللسّبب شرط واحد هو الـمشروعيّة. وكذلك الفقه الإسلامي ركن العقد عنده هو الإيجاب والقبول. والإيجاب والقبول يفرضان بداهة وجود الـمحلّ. ويمكن القول إنّ الفقه الإسلامي يعرف في بعض مذاهبه نظريّة السّبب. ثمّ إنّ شرائط الانعقاد في العقد موافقة القبول للإيجاب واتّحاد الـمجلس، وفي العاقد العقل والتّعدّد، وفي

العلم هو شرط صحّة، وكذلك ما يحصل به العلم وهنا نجد مثلا ما مرّ معنا من خيار رؤية). ومنها (أي الأوصاف) "أن يكون مقدور التّسليم من غير ضرر يلحق البائع [...] ولا يلزم بالتزام العاقد إلاّ ضرر تسليم الـمعقود عليه فأمّا ما وراءه فلا، وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعا له في سقف [...] (فهذا) لا يجوز لأنّه لا يمكنه تسليمه إلاّ بالنّزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضّرر غير مستحقّ بالعقد" (ج 5، ص 249 و250). ومنها الخلوّ من الشّروط الفاسدة ومن أمثلتها "شرط في وجوده غرر نحو ما إذا اشترى ناقة على أنّها حامل لأنّ الـمشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لأنّ عظم البطن والتّحرّك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان في وجوده غرر (ج 5، ص 251) [...]... (أو مثال) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري [...] وليس بملائم للعقد [...] نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا" (ج 5، ص 252). ومنها "الرّضا [...] فلا يصحّ بيع الـمكره" (ج 5، ص 262). و"منها الخلوّ من الرّبا" (ج 5، ص 272) إلخ.

انظر أيضا حول الأوصاف: ابن عابدين، م س (ردّ الـمحتار)، ج 4، ص 5 و6.

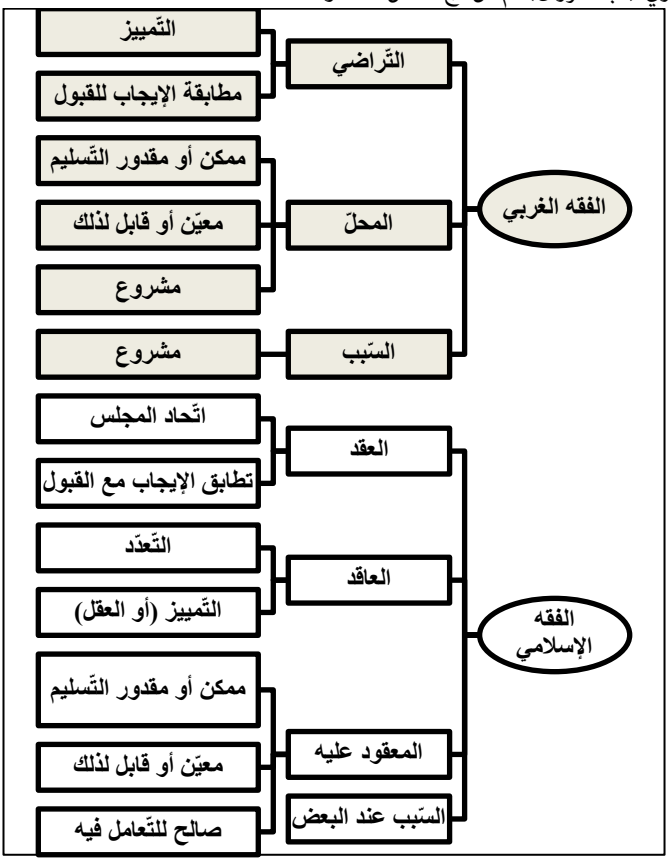
[923] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 369 وما بعدها؛ السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 126 و127.

[924] انظر الفقرة عدد 290.

الـمعقود عليه أن يكون ممكنا ومعيّنا أو قابلا للتّعيين وصالحا للتّعامل فيه. فالأركان والشّرائط في الفقهين واحدة، مع اختلاف يسير في التّعبير لا خطر له. ومن ثمّ تتّحد منطقة العقد الباطل في كلّ من الفقهين الإسلامي والغربي"[925].

291. — فإذا احتفظنا بما جاء للتّوّ على لسان السّنهوري، وأضفنا إليه ما وصلنا إليه سابقا من تبنّي مجلّة الالتزامات والعقود للبطلان بقوّة القانون[926] الذي قال

[925] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 262 و263.



انظر أيضا: الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل، م س، ج 2، ص 771 حيث يقول: "فأمّا البطلان الـمطلق، فنظريّته لديهم متّفقة مع نظريّة البطلان في الفقه الإسلامي بالفكرة والقواعد والأسباب والنّتائج، حتّى لتكاد تكون نسخة طبق الأصل عمّا في الفقه الإسلامي".

[926] انظر الفقرة عدد 182 وما بعدها.

به الغرب، أمكننا القول إنّه لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام على مستوى مجرّد وضع الـمجلّة للصّنف[927]. والسّؤال الآن هل الأمر كذلك على مستوى ما ملأت به هذا الصّنف من أنواع للغلط، أي على مستوى الـمصنَّف.

(ب) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للمصنَّف

292. — مكّنت تحاليل سابقة[928] من الوصول إلى أنّ مجلّة الالتزامات والعقود وضعت في صنف البطلان بقوّة القانون الغلط في طبيعة العقد والغلط في وجود السّبب القريب.

293. — وينبغي على من يريد تقييم هذا العمل التّصنيفي، أن يبحث أوّلا عن مصدره. ويحتمل أن يكون هذا الـمصدر إمّا الغرب وإمّا الشّرق. ولترجيح هذا الاحتمال أو ترجيح غيره ينبغي إحضار ذلك الغرب وهذا الشّرق والنّظر فيما جاءا به:

فإذا بدأنا بالغرب وجدنا أنّ الاتّفاق – على ما بدا لنا في الوقت وعند الذين أخذت منهم مجلّة الالتزامات والعقود[929] – حاصل على أنّ هنالك عدم التقاء إرادات ومن ثمّ امتناع لنشأة العقد في صورتي الغلط في ذات الشّيء والغلط في طبيعة العقد. كما أنّ الاتّفاق حاصل على أنّ الغلط في وجود السّبب القريب صورة غلط مانع[930]. ويبدو أنّ غياب ركني التّراضي والسّبب القريب هما اللذان أدّيا إلى تصنيف هذين النّوعين من الغلط داخل جزاء البطلان الـمطلق.

---

[927] لم نخض في نظام الصّنف لذلك استعملنا أعلاه عبارة: "الوضع لا غير".

[928] انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها.

[929] أمّا اليوم فثمّ نقاشات خاصّة على مستوى الغلط في ذات الشّيء العادي وغير العادي (انظر حول هذين الاسمين الفقرة عدد 31) وعلى مستوى الغلط في ذات الشّخص (انظر مثلا إلى: "ڤيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 495).

[930] انظر الفقرة عدد 301.

ولقد خرج "لوران" عن هذا الإجماع حين جاء إلى الغلط في الوصف الذّاتي وقال إنّه صورة لانعدام الرّضا ومن ثمّ لانعدام العقد[931]، أي أنّه – وهذا ما يدلّ عليه كلامه بالتّضمّن – غلط مانع وداخل في صنف البطلان الـمطلق.

وإذا انتقلنا إلى الشّرق، حَسُنَ أن نأخذ كأنموذجين الـمالكيّة والحنفيّة:

فأمّا الـمالكيّة فيبدو أنّها – وفي خصوص الغلط في النّوع – لا تقول بجزاء البطلان، بل بجزاء عدم اللزوم وتسوّي من ثمّ هذه الصّورة بغيرها. فلو قال "أبيعك هذه الياقوتة فتوجد حجرا [...] أو أبيعك هذه الزّجاجة فتوجد ياقوتة ولم يعلم بها البائع إلاّ بعد البيع لم يلزم الـمشتري شراء في الأوّل لأنّ البائع إمّا مدلّس إن كتمه أو ظهر بالـمبيع عيب ولا يلزم البائع بيع في الثّانية"[932].

وأمّا الأحناف فلقد وجدناهم في السّابق[933] يفرّقون بين الذّاتي وغير الذّاتي، ثمّ داخل الذّاتي بين التّفاوت الفاحش والتّفاوت غير الفاحش.

ثمّ إنّهم يركّبون على ما سبق تفرقة بين مبيع حاضر ومبيع غائب. وداخل الحاضر بين وصف يدرك بالـمشاهدة وهنا يؤخذ بالإشارة ويترك اللفظ لو اختلفا، وبين وصف لا يدرك بالـمشاهدة وهنا يؤخذ بالتّسمية وتترك الإشارة لو تعارضتا[934].

ثمّ هم يضعون فوق كلّ ما تقدّم تفرقة بين صورة انعدام الـمعقود عليه (وهنا نجد الذّاتي وغير الذّاتي مع تفاوت فاحش[935])، وهذه توجب وصف العقد بالباطل[936]؛ وبين صورة وجود الـمعقود عليه (وهنا نجد غير الذّاتي مع تفاوت غير

---

[931] "لوران"، م س، ج 15، عدد 489. ولقد سبق "لوران" إلى هذا القول القانون الرّوماني (انظر الحاشية الجانبيّة للفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع).

[932] الزّرقاني، م س، ج 5، ص 153.

[933] انظر مثلا الفقرة عدد 82.

[934] انظر إلى: الزّرقا، م س، ج 1، ص 476.

وهذا التّركيب نجده أيضا عند الـمالكيّة ممّا يعني أنّه ليس تابعا للتّفرقة في ذاتها ولا لجزائها الذي سنتحدّث عنه بعد قليل، ولكنّنا أتينا به، أي التّركيب، ليكون موقف الأحناف في جانبه الذي يهمّنا هنا واضحا (انظر: الزّرقا، م س، ج 5، ص 153).

[935] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 106 و107.

[936] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 107.

فاحش)، وهذه توجب وصف العقد بكونه غير لازم[937]. فإذا اهتممنا بالصّورة الأولى، لأنّها هي الدّاخلة في العنوان الذي نحن بصدده، وجدنا الكاساني مثلا يؤكّد ما أوردناه أعلاه حين كتب في بدائع الصّنائع: "إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفصّ على أنّه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثّوب الهروي بكذا فإذا هو مروي [...] لا ينعقد البيع في هذه الـمواضع لأنّ الـمبيع معدوم، والأصل في هذا أنّ الإشارة مع التّسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محلّ البيع ينظر إن كان الـمشار إليه من خلاف جنس الـمسمّى فالعبرة بالتّسمية ويتعلّق العقد بالـمسمّى وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصّفة، فإن تفاحش التّفاوت بينهما فالعبرة للتّسمية أيضا عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس وإن قلّ التّفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلّق العقد به، وإذا عرف هذا فنقول: الياقوت مع الزّجاج جنسان مختلفان، وكذا الهروي مع الـمروي فيتعلّق العقد فيه بالـمسمّى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد [...] (وإنّ مختلفي) جنس الـمنفعة الـمطلوبة اختلافا فاحشا [...] (يلتحقون) بمختلفي الجنس حقيقة"[938].

---

[937] سنعود إلى هذه الصّورة لاحقا ولكن أشرنا إليها هنا ليكون الـمشهد ومنذ هذا الوقت كاملا (انظر حول هذه الصّورة وحول جزائها: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 110 وما بعدها).

[938] الكاساني، م س، ج 5، ص 208 و209. ويبدو أنّ الكاساني يفرّق بين الـمجانسة عند الـمناطقة ويسمّيها مجانسة في الذّات والـمجانسة التي تهمّ الاستعمال ويسمّيها الـمجانسة في الـمعنى. ويقول في ما يخصّ الشّيئين الـمختلفين الذين يتجانسان ذاتا ومعنى والذين يؤخذ واحد منهما على أنّه الآخر، إنّ الـمحلّ موجود والبيع جائز (صحيح) "لكنّ الـمشتري بالخيار لأنّه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا في الرّضا فيثبت له الخيار [...] (لكن) لو باع دارا على أنّ بناءها آجر فإذا هو لبِن لا ينعقد لأنّهما يتفاوتان في الـمنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالـمختلفين جنسا، وكذا لو باع ثوبا على أنّه مصبوغ بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لأنّ العصفر مع الزّعفران يختلفان في اللون اختلافا فاحشا، وكذا لو باع حنطة في جولق فإذا هو دقيق أو شرط الدّقيق فإذا هو خبز لا ينعقد لأنّ الحنطة مع الدّقيق جنسان مختلفان، وكذا الدّقيق مع الخبز. ألا ترى أنّ من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حقّ الـملك دلّ أنّها تصير بالطّحن شيئا آخر فكان بيع الـمعدوم فلا ينعقد" (الكاساني، م س، ج 5، ص 209).

294. — ولعلّ هذا العرض للغرب وللشّرق يمكّن من الـمرور إلى محاولة تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود:

فلقد رفضت هذه أن تدخل في صنف الباطل بقوّة القانون الغلط في ذات الشّيء والغلط في ذات الشّخص، بهذا ابتعدت عن الغرب[939]. لكنّها لم تضع فيما يتعلّق بذات الشّيء حلّ الشّرق لأنّ هذا – إن صحّ الذي بدا لنا سابقا[940] – لا يعرف أصلا هذه الحالة قائمة بذاتها، ومن ثمّ لا يعرف لها تصنيفا داخل صنف الباطل أو غيره. أي أنّ الـمجلّة اتّبعت الغرب على مستوى إيجاد الحالة وخالفته على مستوى تصنيفها[941].

فإذا مررنا إلى الغلط في طبيعة العقد، وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود مثل الغرب إذ أنّها عمدت إلى تصنيف هذه الصّورة ضمن صنف الباطل مطلقا. ويبدو أن بالإمكان – إذا تمّ تحليل هذه الحالة على أنّها لعدم التقاء الإيجاب بالقبول[942] – القول داخل الفقه الإسلامي بجزاء البطلان. وهذا الصّنف، كما تقدّم، لا يختلف عن الوارد للتّوّ في إطار الغرب[943].

انظر أيضا: الزّيلعي، م س، ج 4، ص 52 وما بعدها؛ أبو زهرة، م س، ص 417، والذي يقول إن الـمعقود عليه في الصّور التي تحدّثنا عنها أعلاه "غير موجود [...] (و) معدوم وقت العقد، فيكون العقد قد ولد باطلا فلا يلحقه رضا بعد ذلك".

وانظر إلى الفقرة عدد 82 وما بعدها.

[939] انظر الفقرة عدد 87 والفقرة عدد 296 وما بعدها.

[940] انظر الفقرة عدد 87.

[941] لا يمكن الحكم هنا إلاّ على مسألة إيجاد الصّورة وهذا أمر أتينا به في الجزء الأوّل من هذا العمل.

[942] انظر الفقرة عدد 87.

[943] لعدم وجود اختلاف، لا يمكن الـمرور لمسألة الإحكام. وبالإمكان القول إنّ الصّورة "شديدة" ووضعت في صنف جزاء "شديد" وفي هذا اتّساق. لكن بالإمكان القول أيضا إنّ أحكام "الصّنف الشّديد" غير مناسبة (من يقوم بالدعوى – الإمضاء). إلاّ أنّ هذا أمر لا يمكن الخوض فيه هنا.

فإذا انتقلنا إلى صورة وجود السّبب القريب، وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود اتّبعت الغرب[944]؛ وذلك لأنّ الفقه الإسلامي، على ما بدا لنا في السّابق[945]، يتناول الأمر في مكان آخر وبالتّحديد في إطار قاعدة "لا عبرة بالظّنّ البيّن خطؤه"[946].

وما تقدّم – لو أخذناه من زاوية التّصنيف فقط – لا يمكّن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود مجسّدة لعدم الإحكام. فهل الأمر كذلك لو غادرنا الغلط في الذّات وفي طبيعة العقد وفي وجود السّبب القريب إلى الغلط في الوصف الذّاتي؟

نعلم من تحاليل سابقة أنّ بعض الغرب لم يضع الوصف الذّاتي في هذا الصّنف، لكن نعلم أيضا أنّ البعض الآخر وضعه[947].

ونعلم من محتويات متقدّمة أنّ بعض الشّرق، وتحديدا الـمالكيّة، لم يسقطه في الصّنف الـمماثل، لكن نعلم أنّ البعض الآخر، وتحديدا الحنفيّة، أسقطه وجزء من غير الذّاتي وهو التّفاوت الفاحش، في هذا الصّنف الـمماثل.

فهل مجلّة الالتزامات والعقود لم تتّبع الرّومان و"لوران"[948]، أم لم تتّبع الأحناف[949] ؟

---

[944] إن هذا التّأكيد مردّه ما سبق وأن بدا لنا من أنّه ليس ثمّ حديث خاص في الفقه الإسلامي عن هذه الصّورة في إطار العمل القانوني وإنّها قد تندرج في إطار قاعدة لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه (انظر الفقرة عدد 87).

[945] انظر الفقرة عدد 87.

[946] لكي نستطيع أن نعرف هل ثمّ إمكانيّة للحكم هنا يجب أن نحدّد طبيعة الجزاء في الفقه (أي يجب أن نحدّد ماذا تساوي: "لا عبرة").

[947] انظر الفقرة عدد 87 والفقرة عدد 296.

[948] وهذا كما سبق (الفقرة عدد 87 والفقرة عدد 296 وما بعدها) يحلّل الصّورة داخل مادّة الرّضا وانعدامه.

[949] هؤلاء وكما سبق (الفقرة عدد 293) يحلّلون الصّورة داخل مادّة الـمحلّ وانعدامه.

ويبدو أنّه وحين نكتفي بمادّة الرّضا والتّراضي (التقاء الإرادات) لا نستطيع أن نبرّر التّفرقة بين صور الغلط، فجميعها لو حلّلناه يجسّد عدم تطابق الإيجاب مع القبول.

لكن لو أدخلنا الـمحلّ أمكن تلمّس درجات داخل هذه الصّور:

– في صورة الذّات يكون الـمحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا (أو قريبا) عن الـمحلّ الذي انصبّ عليه القبول.

– في صورة الوصف الذّاتي يكون الـمحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا عن الـمحلّ الذي انصبّ عليه القبول.

- في صورة الوصف غير الذّاتي مع تفاوت فاحش يكون الـمحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا عن الـمحلّ الذي انصبّ عليه القبول.
- في صورة الوصف غير الذّاتي مع تفاوت غير فاحش يكون الـمحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيدا (أو قريبا) عن الـمحلّ الذي انصبّ عليه القبول.

وإنّ مسألة القرب والبعد لعسيرة التّحديد في الواقع. وينجرّ عن هذا أن توجد اختلافات على مستوى تصنيف بعض الصّور. والسّؤال: إذا قيل بتصنيف للصّور على نحو يختلف عن الـمنطق، فهل ينبغي أن يصحب ذلك قول بالتّسوية بين الصّور على صعيد الجزاء؟ (إن أجيب بالإيجاب، فستكون للتّصنيف فائدة غير فائدة ربط أصناف الصّور بأصناف الجزاء).

وفي التّصوّر التّشريعيّ (الفصل 23 من مجلّة الالتزامات والعقود) هنالك الأركان في نظر الـمشرّع، وهنالك ما ليس أركانا عنده، فإذا اتّفق عليها الأطراف صارت أركاناً بمقتضى إرادتهم. وهذا يعطي فيما يخصّ الغلط الصّور التّالية:

صورة التقاء الإيجاب بالقبول (نعبّر عنه في الرّسم بـ: ← →) على جميع الـمستويات:

إيجاب		قبول
الأركان عند الـمشرّع		الأركان عند الـمشرّع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	← →	موجّه إلى شخص (ماهية أولى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)	← →	انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	← →	انصبّ على طبيعة للاتّفاق
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشّخص – إلخ	← →	انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشّخص – إلخ

صورة عدم التقاء الإيجاب مع القبول (نعبّر عنه في الرّسم بـ: → ←) على مستوى أو أكثر:

إيجاب		قبول
الأركان عند الـمشرّع		الأركان عند الـمشرّع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	→ ←	قبِله شخص آخر (ماهية أولى أخرى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)	→ ←	انصبّ على شيء آخر (ماهية أولى أخرى – ماهية ثانية أخرى)
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	→ ←	انصبّ على طبيعة أخرى
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشّخص – إلخ	→ ←	انصبّ على شروط أخرى للاتّفاق: وصف آخر للشّيء – وصف آخر للشّخص – إلخ

صورة التقاء الإيجاب والقبول على مستوى ما هو أركان عند الـمشرّع وعدم التقائهما على مستوى ما هو أركان عند الأطراف:

ثمّ هل اتّبعت "أوبري" و"رو" مثلا[950]، أم اتّبعت الـمالكيّة[951] ؟

فعند "أوبري" و"رو" لا يصنّف النّوع ضمن صنف جزاء البطلان الـمطلق، وعند الـمالكيّة لا يدخل ضمن دائرة الجزاء الـمماثل وهو البطلان.

وعند الرّومان و"لوران" يدخل الجنس ضمن جزاء البطلان بقوّة القانون، وعند الأحناف ضمن الجزاء الـمماثل الذي يعرفه الفقه الإسلامي.

إيجاب		قبول
الأركان عند الـمشرّع		الأركان عند الـمشرّع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	← →	موجّه إلى شخص (ماهية أولى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)	← →	انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	← →	انصبّ على طبيعة للاتّفاق
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء حليب مثلاً) – وصف الشّخص – إلخ	→ ←	انصبّ على شروط أخرى للاتّفاق: وصف آخر للشّيء (لبنٌ مثلاً) – وصف آخر للشّخص – إلخ

صورة عدم التقاء الإيجاب والقبول على مستوى الذّات، والتي – إن نظر إليها من زاوية أخرى – هي صورة عدم التقاء على مستوى الأوصاف:

إيجاب		قبول
الأركان عند الـمشرّع		الأركان عند الـمشرّع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	← →	موجّه إلى شخص (ماهية أولى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى: أرضٌ)	→ ←	انصبّ على شيء (ماهية أولى أخرى: أرضٌ أخرى)
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	← →	انصبّ على طبيعة للاتّفاق

ما جاء أعلاه يساوي القول إنّ:

الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء (وقائع قرار محكمة التّعقيب: مدني 11251، 22 أفريل 1985، ن، ج 1، ص 178)	→ ←	انصبّ على شروط أخرى للاتّفاق: وصف آخر للشّيء (وقائع قرار محكمة التّعقيب: مدني 11251، 22 أفريل 1985، ن، ج 1، ص 178)

[950] انظر الفقرة عدد 87.

[951] انظر الفقرة عدد 293.

فهل هذا الحلّ أفضل أم ذاك؟ أي هل جعل صورة الوصف الذّاتي مختلفة في تصنيفها عن غيرها هو الأحسن، أم هل أنّ تسويتها بهذا الغير هو الأصلح؟

فإذا وصلنا إلى أنّ عدم تصنيف النّوع داخل البطلان (بطلان الغرب الـمطلق أو بطلان الفقه الإسلامي) هو الأفضل[952]، لم تكن الـمجلّة مجسّدة لعدم الإحكام.

وكذا الأمر إذا وصلنا إلى العكس أي إلى كون تصنيف النّوع داخل البطلان هو الأصلح[953].

وعلى كلٍّ، سواء تبنّت مجلّة الالتزامات والعقود هذا الحلّ أو ذاك، فكلاهما ثمّ مثله في الفقه، لذا لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

لكن نعلم أنّ هنالك في الفقه الإسلامي من وضع الوصف الذّاتي داخل صنف الفاسد، وهي نقطة يمكن البحث في إطارها عن علاقة مراتب الـمؤيِّدات في النّصوص التي نعمل عليها بفكرة الإحكام.

الـمبحث الثّاني: مرتبة الفاسد

295. — لم تضع النّصوص التي نعمل عليها مرتبة الفساد، والحال أنّا نعلم أنّه قيل به في بعض الفقه الإسلامي بالنّسبة إلى صورة النّوع. وإنّ تقييم حسن أو عدم حسن وضع هذه الـمرتبة في ذاتها يتجاوز نطاق هذا العمل[954]. لكن تقييم صلوحيّة أو عدم صلوحيّة هذه الـمرتبة فيما يخصّ الغلط في الوصف الذّاتي تدخل

---

[952] بمعنى أنّ هنالك اتّساقا بين الصّورة وتصنيفها خارج البطلان.

[953] بمعنى أنّ هنالك اتّساقا بين الصّورة وتصنيفها داخل البطلان.

[954] انظر هذا التّقييم عند: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 126 وما بعدها، وص 146 وما بعدها، وص 271 وما بعدها. وعلينا أن نلاحظ هنا أنّ حديثا سيأتي وستدخل فيه مسألة حسن أو عدم حسن الـمرتبة وإذن وبطريقة غير مباشرة حسن أو عدم حسن وضعها. لكن الـمقصود هو ذلك الحديث أمّا ما دخل فيه بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة فإيراده عرضيّ وليس مرادا في نفسه. كما علينا أن نلاحظ أنّ عملنا في هذا القسم يتمثّل أوّلا في تحديد موقف مجلّة الالتزامات والعقود الـمتمثّل في عدم وضع الفساد، ثمّ النّظر بعد ذلك هل أنّ عدم الوضع هذا فيه عدم إتقان، وهل فيه إفساد بالنّظر إلى ما كان قائما عند الأحناف وعند الـمالكيّة (العقد الباطل والذي فيه لا فقط الـمحرّم بل الـمكروه أيضا).

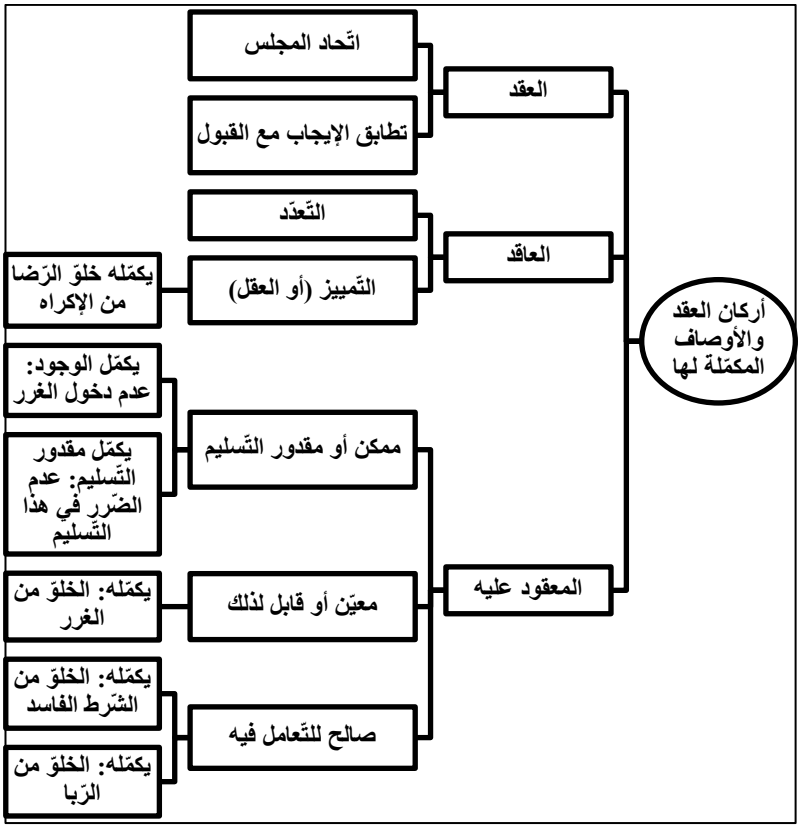
في دراستنا. هذا التّقييم لا يمكن الإتيان به (الفقرة 2) إلاّ بعد عرض هذه الـمرتبة (الفقرة 1).

الفقرة 1. عرض مرتبة الفاسد

296. — قلنا سابقا إنّ للعقد أركانا وأوصافا: فأمّا الأركان فسبعة: وهي العقل، والتّعدّد، والتّوافق بين الإيجاب والقبول، واتّحاد مجلس العقد، ووجود الـمعقود عليه وإمكانه، وتعيينه أو قابليّة تعيينه، وصلوحيّة التّعامل فيه. وأمّا الأوصاف فتكمّل بعض الأركان: فوصف الخلوّ من الإكراه يكمّل ركن العقل، ووصف الخلوّ من الغرر يكمّل الجزء الأوّل من الرّكن الخامس، أي وجود الـمعقود عليه، ووصف عدم دخول الضّرر في التّسليم يتمّم الجزء الثّاني من نفس الرّكن أي إمكان الـمعقود عليه، ووصف الخلوّ من الغرر يكمّل ركنا آخر هو التّعيين وقابليّة التّعيين، ووصفاَ الخلوّ من الشّرط الفاسد والخلوّ من الرّبا يكمّلان الرّكن السّابع، أي ركن الصّلوحية للتّعامل[955].

[955] انظر الفقرة عدد 293.

297. — ولقد وجد خلاف داخل الفقه الإسلامي. فالجمهور لم يقل بمرتبة الفاسد[956]، وقال بها الأحناف. ويقوم قول هؤلاء – حسب الإمام أبي زهرة[957] – على أصلين سنحاول إيرادهما تباعا.



[956] لكنّ السّنهوري يقول (ج 4، ص 273) إنّه "إنصافا للمذهب الـمالكي، وهو أيضا لا يميّز بين العقد الباطل والعقد الفاسد، نقول إنّه يميّز في البيع الباطل أو الفاسد بين الـمحرّم والـمكروه. فالـمحرّم إذا فات مضى بالقيمة، أمّا الـمكروه فإذا فات انقلب صحيحا. وربّما انقلب صحيحا بالقبض لخفّة الكراهة فيه [...] فيكون الـمذهب الـمالكي، بعد أن خلط بين العقد الباطل والعقد الفاسد، رجع إلى هذا التّمييز في صورة أخرى، تحت اسم البيع الـمحرّم والبيع الـمكروه. وهذا التّمييز يسمح بالتّخفّف من بعض أسباب الفساد كالغرر والشّروط الفاسدة، ولعلّنا لو عزلنا الرّبا – وهو محرّم – عن أسباب الفساد الأخرى وألحقناه بأسباب البطلان، لخلص لنا في الـمذهب الـمالكي تمييز بين العقد الـمحرّم والعقد الـمكروه ينوب عن التّمييز الذي يقول به الفقه الحنفي بين العقد الباطل والعقد الفاسد".

[957] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 369 وص 370.

(أ) الأصل الأوّل لمرتبة الفاسد

298. — يقول الإمام أبو زهرة إنّ الجمهور "يرى أنّ الشّارع إذا نهى عن تصرّف شرعي، ومنع إجازته، فوجوده مع ذلك النّهي غير معترف به من الشّارع أي أنّه يكون غير موجود في نظره"[958]. ويقرّر السّنهوري ما سبق حول موقف الجمهور ويقول: "إنّ كلاّ من العقد الباطل والعقد الفاسد منهيّ عنه شرعا. والعقد الـمنهيّ عنه يكون حراما، والحرام لا يصلح سببا لثبوت الـملك أو ترتيب الالتزام. وذلك أنّ إبرام العاقد لعقد منهيّ عنه عصيان لأمر الشّارع، فكيف يترتّب أثر على أمر هو في نظر الشّارع عصيان. وإذا ورد نهي عن تصرّف، فذلك لا يكون إلاّ لبيان أنّ هذا التّصرّف قد خرج عن الشّرعيّة، وإذا أخرج الشّارع تصرّفا عن الشّرعيّة فليس ذلك إلاّ حكما منه ببطلان هذا التّصرّف"[959]. ثمّ إنّ الجمهور يحتجّ بحديث رسول الله ﷺ: "كلّ عمل ليس عليه أمرنا فهو ردّ، ومن أدخل في ديننا ما ليس فيه فهو ردّ". على هذا، إذا جاء وجوب أو منع من الشّارع ثمّ خولف، كان هذا ردّ. "ومعنى ردّه ألاّ يعترف له بوجود وآثار فهو باطل في نظره"[960]، ولا فرق بين أن تكون الـمخالفة لوجوب أو لمنع همّا ركنا أو همّا وصفا.

299. — أمّا الأحناف فموقفهم مختلف. ومفاده أنّ مخالفة النّص الشّرعي الذي جاء بوجوب أو بمنع يهمّان ركناً جزاؤها البطلان. والأمر مختلف مع مخالفة النّص الذي جاء بوجوب أو بمنع انصبّا على وصف، فالعقاب هنا الفساد. وحجج هذا الـموقف حسب الإمام أبو زهرة "أنّ وجود التّصرّف الشّرعي يتمّ بوجود أركانه سالـمة من الخلل، فإذا كان النّهي من الشّارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان، فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالـمة، وعلى هذا يعتبر التّصرّف موجودا بوجودها مع الـمنع، ولا مانع من الجمع بين النّهي والوجود، لأنّ أثر النّهي الإثم، وجواز فسخ التّصرّف، ووجوب التّخلّص منه، ولذلك لا يتعارض مع وجوده، بل إنّ ذلك لا يكون

---

[958] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 370.

[959] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 137.

[960] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 370.

إلاّ مع الوجود، فالحكم بالوجود الـمطلق من الشّارع لا يتنافى إذن مع نهيه بل يتلاقى معه، ولا يعترض بأنّ اعتبار الشّارع له موجوداً حكمٌ بمشروعيّته، لأنّ الـمشروعيّة تقتضي إقرار الشّارع وتثبيته وإعانة العاقدين على تنفيذه، ولا أحد يقول هذا، بل إنّا نقول إنّه موجود وله بعض الأحكام، ولكنّ الشّارع يوجب الفسخ، ويرتّب الإثم، كما أنّ الحكم بوجوده مع النّهي عنه لا يقتضي عدم ردّه، لأنّا نقرّر أنّ الالتزام به مردود، وهو واجب الفسخ، فلا يلزم أحد العاقدين بموجبه، ولا تترتّب الأحكام فيه بذات التّصرّف، بل بأمر آخر اقترن به"[961].

على هذا، فالرّكن شيء ووصفه شيء آخر. والسّؤال: هل مخالفة الـمنع أو الوجوب الذي ينصبّ على هذا تستحيل مخالفة للمنع أو الوجوب الذي همّ ذاك؟ هنا نصل إلى الأصل الثّاني الذي تقوم عليه مرتبة الفساد عند الأحناف.

(ب) الأصل الثّاني لمرتبة الفاسد

300. — يقول الجمهور - اتّباعا لموقفهم الذي أوردناه سابقا، والذي مفاده أنّ مخالفة منع أو وجوب انصبّا على وصف توجب البطلان - إنّ "الـمنع إذا ورد على الوصف فقد ورد على الأصل"[962]. وحجّتهم أنّ العقد إذا اعتبرناه موجودا مع وجود خلل في وصفه، لا يخلو عن ثلاثة حلول: فإمّا ألاّ ترتّب عليه أيّة أحكام، وإمّا أن ترتّب عليه الأحكام التي اتّفق عليها العاقدان، وإمّا أن ترتّب عليه أحكام تتّفق مع غرض الشّارع وتهمل الأحكام التي ارتضاها الـمتعاقدان. فإذا أخذنا بالحلّ الأوّل، كان الفاسد مساويا للباطل وكان الفرق بينهما لفظيّا ليس إلاّ. وإذا أخذنا بالحلّ الثّاني، كان الفاسد مساويا هذه الـمرّة للصّحيح، وكانت النّتيجة أنّ الشّارع

---

[961] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 370. ويضيف الـمؤلّف إنّ "التّوفيق بين الوجود والـمنع ممكن في الـمعاملات فصحّ فيها وجودها مقترنة بالنّهي. أمّا العبادات فلأنّها قربات خالصة، ويقرّها الشّارع موجودة إذا وجدت فيها نيّة القربة، ولا يتصوّر وجود نيّة القربة مجتمعة مع نيّة العصيان" (الصّفحة نفسها). ويقول السّنهوري (م س، ج 4، ص 150.) إنّ الزّواج يلحق بالعبادات "فلا فارق بين فاسد الزّواج وباطله حتّى عند الحنفيّة. ويرجع ذلك لما في الزّواج من الحلّ والحرمة ومعنى التّقرّب به إلى الله تعالى فالتحق بالعبادات".

[962] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص372.

الذي يضع مثل هذا الحلّ مناقض لنفسه لأنّه يبيح ما منعه. أمّا إذا اعتمدنا الحلّ الثّالث، فسنناقض أمرا قرّره الشّارع وهو أنّ أساس العقود الرّضا. فلو وضعنا ما أراده الشّارع بدل ما أراده العاقدان، نكون قد ألزمناهما بما لم يرتضوه وهذا مناف لنصّين أوّلهما قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النّساء: 29] وثانيهما قول رسول الله ﷺ: "لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه"[963]. فإذا "كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدّي حتما إلى واحد من هذه الفروض الثّلاثة التي لا تتّفق مع الـمنطق ولا مع أغراض الشّريعة ومراميها، يكون فرضه باطلا، لأنّه يؤدّي إلى باطل، ويكون الحقّ أن يلحق بالباطل، ويتساويا من كلّ الوجوه"[964].

301. — أمّا الأحناف فيبنون قولهم بمرتبة الفاسد على أصل ثان مفاده أنّ "الـمنع إن ورد على الوصف، فالأصل له وجود شرعي إن أوجده الـمكلّف"[965].

ويعرض مالكي لحجج الأحناف ليقول بعدها إنّ فقههم حَسَنٌ، ونقصد هنا القرافي الذي قال: "احتجّ أبو حنيفة رحمه الله بأنّ النّهي إذا كان في نفس الـماهية كانت الـمفسدة في نفس الـماهية والـمتضمّن للمفسدة فاسد [...] وتحريره أنّ أركان العقد أربعة عوضان وعاقدان. فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالـمة عن النّهي، فقد وجدت الـماهية الـمعتبرة شرعا سالـمة عن النّهي. فيكون النّهي إنّما تعلّق بأمر خارج عنها. ومتى انخرم واحد من الأربعة، فقد عدمت الـماهية لأنّ الـماهية الـمركّبة كما تعدم لعدم كلّ أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها [...] ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر [...] فلو قلنا بالفساد (وحسب

---

[963] لم نفعل في ما يخص حجج الجمهور إلاّ أن نقلنا وبصفة تكاد تكون حرفيّة ما قاله الإمام أبو زهرة (م س، ص 374). ولم يفعل بدوره – وكما قال – إلاّ أن نقل ما جاء عند: القرافي (شهاب الدّين أبي العبّاس أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمان الصّنهاجي)، الفروق. أنوار البروق في أنواء الفروق. ويليه حاشية إدرار الشّروق على أنواء الفروق. وبهامش الكتابين: تهذيب الفروق والقواعد والقواعد السّنيّة في الأسرار الفقهيّة"، بيروت، عالـم الكتب، ج 2، ص 86.

[964] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 374.

[965] أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 372.

التّعبير الذي نحن بصدد استعماله يجب أن يقال: البطلان) مطلقاً، لسوّينا بين الـماهية السّالـمة في ذاتها وصفاتها وبين الـمتضمّنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز. فإنّ التّسوية بين مواطن الفساد وبين السّالـم عن الفساد، خلاف القواعد. فتعيّن حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف، فنقول: أصل الـماهية سالـم عن النّهي، والأصل في تصرّفات الـمسلمين وعقودهم الصّحّة حتى يرد نهي فيثبت لأصل الـماهية الأصل الذي هو الصّحّة ويثبت للوصف الذي هو الزّيادة الـمتضمّنة للمفسدة الوصف العارض وهو النّهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو الـمطلوب وهو فقه حسن"[966].

لكن – كما سبق منّا – لا يدخل حسن أو عدم حسن ما جاء به الأحناف في عملنا، بل الذي يدخل هو حسن أو عدم حسن ما أتوا به وهو منطبقٌ على الغلط في الوصف الذّاتي، وبالتّدقيق حسن أو عدم حسن مجلّة الالتزامات والعقود حين لم تضع هذا الذي ابتدعته الحنفيّة بالنّسبة إلى هذا الضّرب من الغلط.

الفقرة 2. تقييم عدم وضع مجلّة الالتزامات والعقود لمرتبة الفاسد بالنّسبة إلى الغلط في النّوع

302. — رأينا سابقا أنّ الأحناف يقرّرون البطلان كجزاء في صورة الغلط في النّوع[967]، والسّبب انعدام ركن هو الـمعقود عليه. لكنّ الكرخي قال بالفساد لأنّه شبّه حالة الجهل بالوصف الذّاتي ببيع شيء واشتراط تسليم غيره.

ولقد جاء موقف هذا الفقيه عند الزّيلعي حين قال: "إذا كان الـمعتبر هو الـمسمّى عند اختلاف الجنس، يقع البيع باطلا عند بعض الـمشايخ لأنّه معدوم، وبيع الـمعدوم لا يجوز إلاّ في السَّلَم، وقال بعضهم إنّه فاسد، وهو اختيار الكرخي

---

[966] القرافي، م س، ج 2، ص 83 و 84 (لاحظ كيف أنّ احترام مقتضيات الصّناعة التّشريعيّة الحسنة حاضر عند هذا الفقيه، أي كيف أنّ الحكم يجب أن توجد فيه تسوية بين الـمتماثلات وألاّ توجد فيه تسوية بين الـمتخالفات: "أن يُقابَل الأصل بالأصل والوصف بالوصف".

[967] انظر الفقرة عدد 293.

لأنّه باع الـمسمّى وأشار إلى غيره فصار كأنّه باع شيئا بشرط أن يسلّم غيره وذلك فاسد، والإجارة مثل البيع لأنّها تبطل بالشّرط الفاسد"[968].

303. — وإنّ محاولة الحكم على موقف الكرخي تستدعي التّعرّض إلى أحكام العقد الفاسد[969]، وهو أمر يتجاوز العنوان الذي نحن بصدده، بل العمل الذي نحن في إطاره. لكن بالإمكان - لأنّه ينبغي الحكم على موقف مجلّة الالتزامات والعقود - تحويل الوِجهة نحو أمر لا يبعدنا إلاّ للحظات عن عنواننا وهو ما قاله أبو حنيفة وصاحباه عن عقد الـمكرَه[970]: فهو فاسد، وله أحكام مثل الـموقوف[971]، لكن له أيضا أحكام مثل الفاسد وخلافا للموقوف[972]. هذه الأحكام

---

[968] الزّيلعي، م س، ج 5، ص 53. وانظر: أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 417.

[969] انظرها عند: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 146 وما بعدها.

[970] انظر إلى: الكاساني، م س، ج 5، ص 262 وما بعدها. وانظر إلى: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 173 وما بعدها.

[971] أوّلا: البيع الفاسد لا ترد عليه الإجازة، أمّا بيع الـمكره فنعم.

ثانيا: لكلّ من العاقدين فسخ العقد حتّى بعد القبض ولا ينقطع حقّ الفسخ إلاّ بتصرّف الـمشتري أو بتغيير الـمبيع. هذا في الفاسد، أمّا في بيع الـمكره (أي في هذا الفاسد الخاص) فينقطع حقّ العاقد غير الـمكره وهو الـمشتري في الفسخ بعد القبض، لأنّ رضاه لم يفت إذ لم يشبه إكراه، والذي فات هو رضا البائع.

ثالثا: في البيع الفاسد لغير الإكراه إذا تصرّف الـمشتري في الـمبيع، انقطع حقّ البائع في الفسخ. أمّا في البيع الفاسد لوجود إكراه إذا تصرّف الـمشتري في الـمبيع تصرّفا قابلا للفسخ كالبيع، لم ينقطع حق البائع في الفسخ. فإذا ما فسخ، استردّ الـمبيع من أيّ يد مهما تداولته الأيدي.

انظر إلى هذه الفروق عند: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 175.

[972] "أوّلا: يجوز في بيع الـمكره لكلّ من البائع والـمشتري فسخ البيع قبل القبض. أمّا البيع الـموقوف فلا يملك أحد فسخه إلاّ في حالات معيّنة، وإنّما يملك من توقّف البيع لمصلحته أن يجيزه فينفذ، فإن لم تلحقه الإجازة بطل دون فسخ.

ثانيا: في بيع الـمكره إذا تصرّف الـمشتري بعد القبض تصرّفا غير قابل للفسخ، كما لو كان الـمبيع عبدا فأعتقه، فإنّ حق البائع في الفسخ ينقطع، ويرجع على الـمشتري بالقيمة أو الـمثل ولا يرجع بالثّمن الـمسمّى لفساد البيع. أمّا إذا كان الإعتاق قبل القبض، لم ينقطع حقّ البائع في الفسخ، فإن فسخ سقط البيع والإعتاق، وإن أجاز بقي البيع وسقط الإعتاق لأنّ استناد الإجازة هنا مقتصر. وفي البيع الـموقوف لمصلحة البائع إذا تصرّف الـمشتري ولو تصرّفا غير قابل للفسخ، فإنّ حقّ البائع في عدم إجازة هذا البيع لا ينقطع. فإذا لم يجز، سقط البيع والإعتاق معا، ورجع على الـمشتري بالثّمن

جعلت السّنهوري يقول إنّ الأوْلى عدم القول بالفساد[973]. وهو قول يمكن أن يُحسب من الفقه. على هذا تكون مجلّة الالتزامات والعقود بعدم وضعها لمرتبة الفاسد بالنّسبة إلى الجهل بالنّوع ليست قابلة لأن يتحدّث في إطارها عن مسألة الإحكام وذلك لكونها جاءت بما هو مثل الفقه.

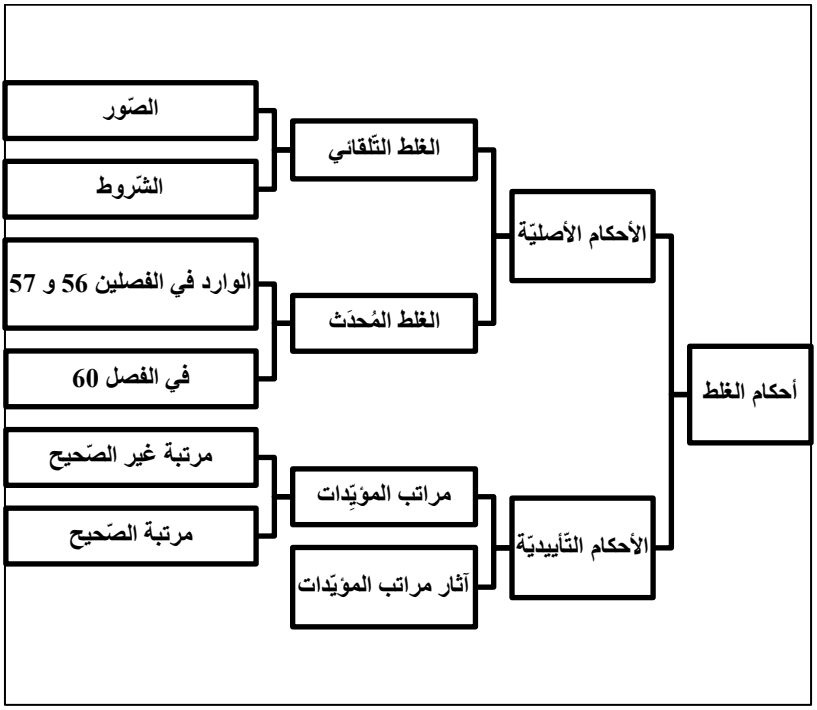
لكنّ السّنهوري قال إنّ الأولى بالإكراه مرتبة الوقف. فهل الأمر كذلك بالنّسبة إلى صورة الغلط الذي كنّا بصددها، وعموما بالنّسبة إلى بقية صور الجهل.

إنّ الجواب عن هذا السّؤال هو بعدُ دخول في مرتبة الصّحيح، وهو ما سنحاول إتيانه الآن[974].

الـمسمّى، لا بالقيمة أو بالـمثل كما كان يرجع في بيع الـمكره على ما مرّ". السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 176.

(973) السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 177.

(974)



الفصل الثّاني:
الإحكام في مرتبة الصّحيح

304. — ما قلناه بشأن مرتبة الباطل يصحّ نقله هنا[975]. فعملنا يقتضي الـمرور بثلاث محطّات متتالية هي: تحليل ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود وفق تمشٍّ محدَّدٍ، والإتيان بالقانون الغربي وبالفقه الإسلامي، ومحاولة تقييم تلك الـمجلّة. لكن، بسبب تبنّي هذه الـمجلّة لما جاء بالقانون الغربي وتركها للفقه، سنلحق الجزء الأوّل من الـمحطّة الثّانية بالـمحطّة الأولى، ونلحق الجزء الثّاني من الـمحطّة الثّانية بالـمحطّة الثّالثة. كلّ هذا سيعطي عنوانين: واحد نعرض فيه حكم مجلّة الالتزامات والعقود (الـمبحث الأوّل)، والثّاني نقيّم فيه هذا الحكم (الـمبحث الثّاني).

الـمبحث الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

305. — هنا أيضا، ولكي تكون الصّورة كاملة، سنعرض الحكم نفسه (الفقرة 1)، ثمّ مصدره (الفقرة 2).

الفقرة 1. عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود نفسه

306. — إنّ حكم مجلّة الالتزامات والعقود يتمثّل في محلّ صُنِّف (أ) داخل صنفين (ب).

(أ) الـمصنَّف

307. — إنّ الـمصنَّف عامّ وخاصّ:
فأمّا العامّ فيتعلّق بالشّيء وبالشّخص وبالسّبب القريب. ثمّ إنّه، وداخل الشّيء، نجد الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات؛ أمّا داخل الشّخص فنجد الذّات والوصف؛ أخيراً، وبالنّسبة إلى السّبب القريب، نجد وصفه.

---

[975] انظر الفقرة عدد 271.

وإنّ هذا التّصنيف يهمّ الغلط التّلقائي والـمحْدَث. بعبارة أخرى جاء الفصل 45 بالنّسبة إلى الغلط التّلقائي في ذات الشّيء أو في نوعه أو في وصفه، وجاء الفصل 46 بالنّسبة إلى الغلط التّلقائي في ذات الشّخص أو في وصفه، وعمدوا كلّهم إلى التّصنيف نفسه (القياس أو نيّة الـمشرّع يوصلان إلى نفس النّتيجة بالنّسبة إلى الغلط في وصف السّبب القريب). أمّا بالنّسبة إلى الغلط الـمحدث فالتّصنيف جاء على يد نصّين هما 56 و60. ففي الأوّل نجد التّغرير الذي يحدث غلطا في ذات الشّيء أو في وصفه الذّاتي أو غير الذّاتي، كما نجد التّغرير الذي ينجرّ عنه غلط في ذات الشّخص أو في وصفه، وكذلك التّغرير الذي ينتج غلطا في وصف السّبب القريب أو في السّبب البعيد الذي ليس شيئا ولا شخصا (إلخ)[976]. أمّا في الثّاني، أي في الفصل 60، فنجد التّغرير الذي يحدث غلطا يحدث بدوره غبنا يتجاوز الثّلث[977].

فإذا مررنا إلى الـمصنَّف الخاصّ، وجدنا الشّيء حين نُظِّم الغلط فيه مرّة ثانية تحت اسم آخر غير الغلط[978]. فهذا الغلط خضع بدوره لتصنيف، لكن داخل صنف مختلف عن ذاك الذي خضع له الشّيء وغيره. هذا ما يبرّر الحديث عن صنفين.

---

[976] انظر الفقرة عدد 227 وما بعدها.

[977] انظر الفقرة عدد 254 وما بعدها.

[978] انظر الفقرة عدد 88 وما بعدها.

(ب) الصّنفان

308. — إنّ هذين الصنفين يهمّان الغلط الـمنظّم مرّة ثانية من جهة، والغلط التّلقائي والـمحدث الذين نجدهما بالفصول 45 و46 و56 و60 من جهة أخرى:

(1) الصّنف الخاصّ بالغلط الـمنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات والعقود

309. — إذا بدأنا من حيث انتهينا منذ قليل، أي من الغلط الـمنظّم مرّة ثانية تحت اسم آخر غير الغلط، وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود قد وضعته في صنف أسمته الفسخ في الصّياغة العربيّة والفرنسيّة[979].

310. — وإنّ التّمشّي الـمعتمد في هذا العمل يقتضي إحضار الـمعنى اللغوي، ثمّ البحث بعد ذلك عن نيّة الـمشرّع:
وفي اللغة الفسخ هو النّقض[980]، والحلّ[981]. وكما يُلاحَظ نحن أمام معنى وحيد. وينبغي البحث عن نيّة صاحب اللفظة لكي نأخذ بهذا الـمعنى بصفة نهائيّة، أو لكي نغادره بصفة نهائيّة.
لكن ينبغي قبل هذا أن نشير إلى رجحان احتمالين: فإمّا أن نجد الـمشرّع قد نوى في الفصل 647 وما بعده الأخذ بجزاء خيار الوصف وخيار العيب كما يعرفه الفقه الإسلامي، وعندها يكون قد وضع الغلط في الوصف غير الذّاتي في صنفين: واحد غربي وهو الذي نجده بالفصل 45 وآخر شرقي. وإمّا أن نجد الـمشرّع قد قصد الأخذ بالـمؤيِّد الـموجود بالـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة التي – وبعد أن وضعت

---

[979] اللفظة الـمستعملة في الصّياغة الفرنسيّة هي résolution، وقد ترجمها قاموس الـمنهل إلى الفسخ.

[980] جاء في الـمعجم العربي الحديث: فسخ، فسخا الشّيء: فرّقه. – الـمفصّل: أزاله عن موضعه. – العقد: نقضه. – رأي فلان: أفسده".

[981] انظر معجم اللغة الفرنسيّة "روبار الصّغير 1"حيث تجد: "Résolution […] dissolution, désagrégation […] action de résoudre".

الفصل 1110 – تأثّرت بـ:"بوتيي" (الذي يلحق الضّمان بالالتزام بالتّسليم) ووضعت أحكام العيوب بعد أحكام التّسليم[982]، أي في إطار مرحلة التّنفيذ[983]. فإذا تحقّق هذا الاحتمال الثّاني، يكون الـمشرّع التّونسي قد وضع الغلط في الوصف غير الذّاتي في صنفين، لكن هذه الـمرّة غربيّين: والـمقصود البطلان النّسبي من جهة، وحلّ العقد الصّحيح بصفة رجعيّة بسبب عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته من جهة أخرى[984].

ولقد قلنا سابقا إنّ نيّة واضع الفصل 647 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود قد اتّجهت نحو الأخذ من فرنسا[985]. وهذا يرجّح كون لفظة الفسخ الواردة بالفصل 655 لا تدخل في منظومة الـمؤيِّدات التي وضعها الفقه الإسلامي، بل في تلك التي نجدها في القانون الفرنسي. ومعلوم أنّ لهذه اللفظة في هذه الـمنظومة معنيين: أوّلهما عامّ وهو إعدام عمل قانوني، وثانيهما خاصّ وهو حلّ رجعي مبدئيّا لعقد ملزم لجانبين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشّيء[986]. ويبدو أنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد أرادت من لفظتها هذا الـمعنى لا ذاك. والحجّة هي موقع هذه الفصول مباشرة بعد أحكام التّسليم، هذا الـموقع الذي اتّبعت فيه الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة التي اتّبعت بدورها "بوتيي"[987].

---

(982) "بوتيي"، البيع، عدد 202، حسب "ڤيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(983) "لوران"، م س، ط 3، ج 24، عدد 277، حسب "ڤيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(984) "ڤيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(985) انظر الفقرة عدد 102 وما بعدها.

(986) "كورنو" (جيرار) (تحت إدارة)، معجم "الـمصطلح القانوني"، باريس، الـمنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، ط 2، 1990.

CORNU (Gérard) (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2e éd, 1990.

(987) هنالك احتمال ضعيف وهو أن تكون مجلّة الالتزامات والعقود قد أخذت بفسخ الفقه الإسلامي. عندها تكون دائما قد وضعت الغلط في وصف غير ذاتي في صنفين. لكن هذا الاحتمال مرجوح. نعم لم نجد بالنّيّة الـمباشرة ما يمكّننا من القول بالـموقف الوارد بالـمتن، ولكن هذا الـموقف أرجح بسبب حجّة موقع النّصوص وحجّة أخذ التّنظيم مرّة ثانية من الفرنسيّين. لكنّ احتمال الأخذ من الفقه وإن كان مرجوحا فهذا لا يعني أن لا يوجد بتاتا والسّبب أنّ الفصل 766 من

فإذا صحّت هذه الحجّة، أمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود وضعت الغلط في وصف غير ذاتي (لأنّ الفصل 647 وما بعده، كما تقدّم، هو للوصف غير الذّاتي[988]) في صنف الجزاء الـمتحدّث عنه للتّوّ.

لكنّ الغلط في وصف غير ذاتي وغيره من صور الفصل 45 والفصل 46 (وأيضا صورة وصف السّبب القريب) وكذلك تغرير الفصل 56 والفصل 60 قد وضعتهم الـمجلّة في صنف آخر.

(2) الصّنف الخاصّ بالغلط التّلقائي والـمحْدَث الـمنظّم بالفصول 45 و46 و56 و60 من مجلّة الالتزامات والعقود

311. — استعمل الفصل 45 والفصل 46 والفصل 56 والفصل 60 في صياغتهم العربيّة نفس العبارة (الفسخ)، لكن وقبلهم استعمل الفصل 43 لفظة أخرى (قابليّة الإبطال).

أمّا في الصّياغة الفرنسيّة فنجد بالفصول 45 و56 و60 نفس العبارة (rescision) وبالفصل 46 عبارة ثانية (résolution)، وقبل كلّ هؤلاء نجد بالفصل 43 عبارة مختلفة هي (annulable). والسّؤال دوما حين تكثر الألفاظ، هل أريد تكثير الـمعنى؟

الـمشروع الـمرَاجع أشار إلى مراجع إسلاميّة. لكن بدا لنا أنّ هذه الإشارة همّت مسألة تدخّل القاضي في الجزاء لا الجزاء في نفسه. لذلك قلنا إنّ احتمال الأخذ من الفقه الإسلامي جزاءه ضعيف ومرجوح. وهنالك احتمال آخر وهو أضعف بكثير من سابقه وحاصله أنّ فسخ (résolution) الفصل 674 هو نفسه فسخ الفصل 45 (والذي يسمّى في الصّياغة الفرنسيّة لهذا النّص rescision، ولكن له اسم ثان موجود بالفصل 49 وهو résolution). وفي فرنسا قال بموقف كهذا "دومولومب" (ج 24، عدد 107). لكنّ هذا الاحتمال بعيد جدّا لأنّ هذا الفقيه لم يستعمل لا في نصوص العيوب ولا أيضا في الفصل 50 من الـمشروع الـمرَاجع (يقابله الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود).

[988] انظر الفقرة عدد 102. ولأنّ الفصل 647 وما بعده للوصف غير الذّاتي لم نتحدّث في الفصل السّابق عن صنفين، لأنّ الذي ورد بذلك الفصل هو الغلط في الوصف الذّاتي، وهذا لا يسقط – أو على الأقلّ لم يرد الـمشرّع أن يسقط (لأنّنا رأينا أنّ الأمر يختلف بحسب اختلاف زاوية النّظر) – في عنوان "ضمان عيوب الـمبيع".

312. — قد ينبغي هنا أن نوسّع دائرة عملنا فنبحث في نماذج من نصوص مجلّة الالتزامات والعقود عن كلمة باطل وبطلان وقابل للإبطال وما يقابلها في الصّياغة الفرنسيّة من جهة، وعن لفظة فسخ وما يقابلها في نفس الصّياغة الفرنسيّة من جهة أخرى:

◀ الفصل 16 (باطل/ n'ont aucun effet)، الفصل 43 (يقبل الإبطال/ annulable)، الفصل 64 (يبطل/ nulle)، الفصل 66 (باطل مطلقا/ nullité absolue)، الفصل 117 (باطل/ nulle)، الفصل 118 (باطل/ nulle)، الفصل 119 (باطل/ nulle)، الفصل 130 (باطل لا عمل عليه/ non avenue)، الفصل 138 (باطل/ nulle)، الفصل 147 (بطلان أو فساد/ nul ou révoqué)، الفصل 201 (باطل/ nulle) الفصل 202 (باطل/ nul)، الفصل 203 (باطلة/ nulle)، الفصل 236 (فسخه أو إبطاله/ nullité ou résolution)، الفصل 325 (باطل من أصله ولا عمل عليه/ nulle de plein droit, ne produit aucun effet)، الفصل 326 (بطل/ nullité)، الفصل 327 (بطلان/ nullité)، الفصل 328 (بطل/ nulle)، الفصل 329 (الباطل من أصله/ nulle de plein droit)، الفصل 335 (بطلان/ nullité)، الفصل 338 (القابل للإبطال/ rescindable)، الفصل 1475 (بطلان أو فسخ/ nullité ou rescision)، إلخ.

◀ الفصل 8 (فسخ/ rescision)، الفصل 10 (فسخ/ peut être attaqué)، الفصل 44 (فسخ/ rescision)، الفصل 45 (فسخ/ rescision)، الفصل 46 (فسخ/ résolution)، الفصل 49 (فسخ/ résolution)، الفصل 121 (فسخه/ le résilier)، الفصل 123 (الفسخ/ résilier)، الفصل 236 (فسخه أو إبطاله/ nullité ou résolution)، الفصل 330 (الفسخ/ rescision)، الفصل 336 (فسخ/ rescision – acte annulé)، الفصل 623 (فسخ/ résilier)، الفصل 640 (فسخ/

résilier – résolution)، الفصل 641 (الفسخ/ résilier – resolution)، الفصل 655 (فسخ/ résolution)، الفصل 701 (فسخه/ s'en départir)، إلخ[989].

313. — وما يلاحظ في هذا الأنموذج أنّ الكلمة العربيّة "باطل" قد استعمِلت، ضمن ما استعمِلت فيه، كترجمة للكلمة الفرنسيّة rescision؛ كما أنّ اللفظة العربيّة "فسخ" قد استعملت كترجمة لعدّة كلمات فرنسيّة منها: rescision، ومنها: résolution، ومنها: résiliation، ومنها: nul، إلخ[990].

314. — وقد يقال بعدم التّضييق على صاحب النّص، وبأن على القارئ الاهتمام بالـمعنى لكي لا يتحيّر أمام تكثّر اللفظ. وقد يقال بالـمضايقة على صاحب النّص، لكي يسهّل على القارئ مهمّته خاصّة إذا كان هذا النّص ذا طبيعة قانونيّة. وعلى كلٍّ فنحن أمام واقع هو كثرة الألفاظ في مجلّة الالتزامات والعقود، والـمطلوب منّا – نظرا للتّمشي الذي يحكم هذا العمل، وسواء كنّا أمام عدّة كلمات أو أمام واحدة – البحث في نيّة الـمشرّع، وذلك بالنّسبة إلى النّصوص التي تمثّل موضوع دراستنا.

ويمكن القول بمجرّد إلقاء نظرة على الفصلين 43 و45 مثلا في صياغتهما العربيّة إنّ لفظتي "قابل للإبطال" و"فسْخ" مترادفتان.

كما يمكن القول – وِفْق نفس الطّريقة، ومن خلال الصّياغة الفرنسيّة للفصلين 45 و46 من جهة وللفصل49 من جهة أخرى، وباعتبار أنّ هذا تضمّن أولئك – إنّ الكلمة الفرنسيّة rescision استعملها الـمشرّع مرادفة للكلمة الفرنسيّة

---

[989] إنّ الذي قدّمناه أنموذج ليس إلاّ، ثمّ إنّه كان بالإمكان الانطلاق من اللفظة الـموجودة في الصّياغة الفرنسيّة لنجد كلمات أخرى عربيّة غير الفسخ والإبطال (مثلا: الفصل 977: résolution judiciaire/ انحلال بحكم الحاكم. الفصل 976: résolution/ فسخ و résiliation consentie par les parties/ إقالة. إلخ) قارن ما سيأتي هنا مع ما سيأتي في الفقرة عدد 327 وما بعدها.

[990] سنجد لاحقا ما يبرّر استعمال الـمشرّع التّونسي لعبارة الفسخ (جاء بها من الفقه) كترجمة للبطلان النّسبي. وسنجد أنّ خيار العيب وبعد القبض يلزم فيه حكم العقد، ومن ثمّ وللتّخلّص من العقد ينبغي فسخه بالتّقاضي (أو بالتّراضي). بل إنّنا سنجد زيادة على هذا الشّبه بين الخيار والبطلان النّسبي، شبها بين ما سبق والشّرط الفاسخ.

résolution. وإذا أضفنا إلى نظرة العين، نظرة في معنى كلمة résolution وهو عامّ ويفيد كلّ ضرب من ضروب حلّ العقد[991] وخاصّ ويفيد حلّ عقد صحيح ملزم لجانبين بسبب عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته[992]، قلنا إنّنا وفي الفصول 45 و46 و49 لسنا أمام لفظتين مترادفتين بل أمام لفظة عامّة هي résolution وأمام لفظة تجسّد أحد الـمعاني الدّاخلة في ذلك العامّ وهي لفظة rescision.

فإذا قبِل ما سبق، تكون الكلمتان العربيّتين "القابل للإبطال" و"الفسخ" مترادفة. وكذلك الأمر بالنّسبة إلى اللفظتين الفرنسيّتين annulable وrescision . ثمّ إنّ الكلمة الفرنسيّة résolution تؤدّي في أحد معانيها نفس ما تؤدّيه الألفاظ السّابقة[993].

315. — والسّؤال الآن هل أنّ الألفاظ السّابقة تفيد البطلان النّسبي ؟

ينبغي، كي نصل إلى الجواب، أن نبحث عمّا أراده الـمشرّع في الفصل 330. وينبغي أن نبدأ من الـمشروع. ومن ينظر في هذا يجده خاليا من عنوان يهمّ البطلان بقوّة القانون. لكن فيه نصوص تساوي تقريبا الفصل 330 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود، وجاءت تحت عنوان هو دعوى البطلان أو الفسخ[994]، وهو نفس العنوان الذي نجده فوق النّص الإيطالي والنّص الفرنسي الـمشار إليهما في الحاشية والذين يهمّان عيوب الرّضا والأهليّة.

ثمّ إنّه بعد ذلك روجع الـمشروع، وجُمِعت نصوص البطلان بقوّة القانون مع بعضها البعض وقُرِّبت من النّصوص التي كانت موجودة بالـمشروع. وهذا ما

---

[991] انظر إلى معجم "الـمصطلح القانوني"، (م س). وانظر أيضا إلى أحد الذين استعملهم الـمشروع الـمرَاجع وهو يورد الكلمة في هذا الـمعنى العامّ: "توليي"، م س، ج 3، عدد 91 وما بعده (ويطلقها حتّى على البطلان بقوّة القانون).

[992] انظر إلى معجم "الـمصطلح القانوني" (م س). وانظر إلى: "توليي"، م س، ج 7، عدد 539.

[993] هنالك لفظة أخرى مرادفة لما سبق وهي الرّد restitution. وقد يقال إنّ الرّدّ نتيجة للمؤيِّد وليس الـمؤيّد نفسه. لكن من يرجع إلى "توليي"، يجده يتحدّث عن عيوب الرّضا ويقول إنّها موجبة لـ: rescision و لـ: restitution، كما يقول إنّ هاتين الكلمتين جاءتا من عند الرّومان: "توليي"، م س، ج 7، عدد 521 و522. انظر أيضا إلى: "لوران"، م س، ج 18،عدد 528.

[994] De l'action en nullité ou en rescision

جعل الـمراجِعين يدخلون تحويرات على صعيد العناوين: فجاؤوا بعنوان كبير هو البطلان والفسخ[995]. ويلاحظ أنّ هذا العنوان مختلف عن الذي كان موجودا بالـمشروع. فقد اختفت منه لفظة الدّعوى وعوّض فيه حرف "أو"[996] بحرف "الواو"[997]. والسّبب أنّه صار عنواناً لمادّتين: أولاهما جديدة (بمعنى أنّها لم تكن ذات عنوان مستقلّ بها في الـمشروع)، وهي البطلان بقوّة القانون، وقد أعطيت عنوانا هو البطلان[998]؛ وثانيتهما قديمة (بمعنى أنّها كانت ذات عنوان مستقلّ بها في الـمشروع، وهو عنوان دعوى البطلان أو الفسخ). لكنّ هذه الـمادّة القديمة أعطيت عنوانا جديدا هو الفسخ[999]. وهكذا اختفى من عنوان الـمادّة القديمة لفظ البطلان الذي كان يصاحب لفظ الفسخ، لأنّ لفظ البطلان صار عنوان الـمادّة التي أسميناها من قبلُ جديدة. هذه الـمادّة الجديدة قلنا سابقا إنّ الـمشرّع أراد بها البطلان الـمطلق[1000].

والسّؤال ماذا أراد بالـمادّة القديمة وجودا الجديدة عنوانا؟ إنّ الباحث في الـمراجع الـمشار إليها بحاشية أوّل نصّ جاء تحت هذا العنوان وهو الفصل 377 يجد إشارة إلى "لوران" في مكان يحدّثنا فيه عن الفصل 1304 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة[1001]. وكان "لوران" قد أسمى وفي مكان آخر ما جاء بهذا النّص بطلانا

---

(995) de la nullité et de la rescision de l'obligation.

(996) Ou. انظر إلى معناه بمعجم "روبار الصّغير 1" والـمتمثّل في التّعادل بين أشكال تفيد الشّيء نفسه:
"Equivalence de formes désignant une même chose".

(997) Et. انظر إلى معناه الـمتمثّل في مطلق الجمع وذلك بمعجم "روبار الصّغير 1".

(998) De la nullité des obligations.

(999) De la rescision des obligations.

(1000) انظر الفقرة عدد 286.

(1001) "لوران"، م س، ج 19، عدد 27.

نسبيّا[1002]. وعلى هذا يمكن القول إنّ نيّة صاحب الفصل 330 من مجلّة الالتزامات والعقود قد ذهبت نحو وضع هذا الجزاء أو الـمؤيِّد.

316. — ومن ينظر إلى هذا الفصل 330، يجده يشير إلى الفصل 43. هذا يعني أنّ الغلط التّلقائي الذي نحن بصدده - والـمقصود ذات الشّيء، والذّاتيّات، وغير الذّاتيّات، وذات الشّخص، ووصفه - موجب للبطلان النّسبي (بالنّسبة إلى وصف السّبب القريب هو موجب للبطلان النّسبي بمقتضى القياس أو نيّة الـمشرّع). كذلك الأمر بالنّسبة إلى الغلط الـمحدث. فصورة الفصل 56 تدخل ضمن الفصل 43 أمّا صورة الفصل 60 فأشير إليها صراحة بالفصل 330.

وينبغي أن نلاحظ أن ثمّ اختلافا بين الصّياغة العربيّة والصّياغة الفرنسيّة للفصل 330. ففي هذه ثمّ حالتان يكون فيها العقد باطلا: أولاهما صور الفصول التي تمّ تعدادها، وثانيتهما "في الصّور الأخرى التي حدّدها القانون"[1003]. هذه الحالة الثّانية غير موجودة بالصّياغة العربيّة. وقد يقال إنّ تخصيصها لا يفيد الاختصاص ومن ثمّ تدخل صور أخرى بهذه الصّياغة العربيّة ومنها صورة الفصل 59 وغيرها. وقد يمكن تدعيم هذا القول من طريق آخر هو نيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة. فلقد جاء بالفصل 377 من الـمشروع الـمرَاجع حديث عن الصّورة الثّانية، ويمكن القول إنّها أريدت لكنّها سقطت في عمليّة التّرجمة، والدّليل أنّ الصّياغة الفرنسيّة للفصل 330 قد حوتها. فلو أريد تركها عن عمد، لجاء ذلك أيضا في هذه الصّياغة الفرنسيّة للفصل 330. هذه الحجّة، مع سابقتها، تتظافران للوصول إلى كون الـمشرّع أراد حالتين في الفصل 330 (التّحليل الوارد للتّوّ ينطبق على الفصل 60. فالصّياغة العربيّة لم تحوه، أمّا الصّياغة الفرنسيّة فتضمّنته). والسّؤال لِمَ الحالتان والحال أنّ الـمشروع ومثله الفصل 1304 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة لم ترِد

[1002] "لوران "، م س، ج 15، عدد 458. ويمكن أن نأخذ كحجّة أخرى إشارة الحاشية التّحتيّة للفصل 372 إلى "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، عدد 334)، وهذان أسميا صورة عيوب الرّضا وغيرها بصورة بطلان نسبي.

[1003] والعبارة للفصل 330 في صياغته الفرنسيّة: "[…] et dans les autres cas déterminés par la loi".

بهما الحالة الأولى؟ جواب هذا السّؤال، كجواب أسئلة أخرى سبقت، ينبغي البحث عنه في ... فرنسا... في القرن التّاسع عشر. وفعلاً يستخلص من الأعمال التّحضيريّة للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة أنّ محكمة التّعقيب اقترحت وضع نصّ فيه ذكر للقاصر، وللغلط، وللتّغرير، وللإكراه، إلخ. وتبنّى مجلس الدّولة هذا النّص الذي أخذ الرّقم 1304، لكنّه محا منه تعداد الحالات لأنّه وجده غير ضروري أو خطيرا إذ يُحتمل أن يؤخذ هذا التّعداد على أنّه للحصر. ويبدو أنّ الـمشروع التّونسي قد وُضِع على أساس ما رآه مجلس الدّولة الفرنسي فلم يجئ به تعداد. أمّا الـمشروع الـمرَاجَع (ومن بعده مجلّة الالتزامات والعقود) فيبدو أنّه – وإن قال بما جاء به مجلس الدّولة حين تكلّم عن حالات حدّدها القانون – فإنّه لم يشأ أن يترك رأي محكمة التّعقيب فجاء أيضا بالتّعداد. بعبارة أخرى: عمد الـمشروع الـمرَاجَع (ومن بعده مجلّة الالتزامات والعقود) إلى إيراد قائمة، وإلى إيراد ما يحول دون أن تؤخذ هذه القائمة على أنّها للحصر. إذن ها نحن نجد – على غرار الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي وجدنا فيه بصمة فرنسيّين[1004] – بالفصل 330 بصمة فرنسي أوّل على مستوى إيراد القائمة، وبصمة فرنسي ثان على مستوى إيراد ما يحول دون أخذ القائمة على أنّها للحصر[1005]. لكنّ الفرق بين ما وجدناه سابقا على مستوى الفصل 325 وما نجده الآن على مستوى الفصل 330 أنّ البصمة الـموجودة في الفصل 325 هي لفقهاء، أمّا هنا في الفصل 330 فالبصمة لمحكمة التّعقيب الفرنسيّة ولمجلس الدّولة الفرنسي.

317. — ممّا سبق يخلص أنّ الفصل 330 يمكن أن يحوي في جزئه الثّاني الفصل 59 وغيره[1006]، زيادة على كونه يحوي في جزئه الأوّل الغلط التّلقائي في الشّيء وفي الشّخص، والغلط الـمحدث فيهما وفي وصف السّبب القريب وفي السّبب البعيد

[1004] انظر الفقرة عدد 285.

[1005] انظر حول الأعمال التّحضيريّة للفصل 1304 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة: "لوران"، م س، ج 15، عدد 461.

[1006] الفصل 568 وغيره. ولقد رأينا أيضا الفصل 325 يحوي صورة أولى هي لما جاء بالفصل 2 وصورة ثانية يمكن أن نضع فيها الفصلان 566 و567 وغيرهما (انظر إلى الفقرة عدد 285).

الذي ليس شيئا ولا شخصا، وكلّ هذا بسبب إشارة ذلك الفصل 330 إلى الفصل 43 الذي تحدّث عن الغلط وعن التّغرير.

كما يخلص ممّا سبق كون هذه الصّور أريد، من خلال إدخالها في الفصل 330، أن توضع في صنف البطلان النّسبي أو صنف الصّحّة الـمؤقّتة[1007]. هذا القول ينبئ بعدُ بالـمصدر الذي أخذت منه مجلّة الالتزامات والعقود موقفها.

الفقرة 2. عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود

318. — لأنّ حكم مجلّة الالتزامات والعقود يتمثّل في مصنَّف داخل صنفين، فمصدر هذا الحكم، وهو سابق في هذا للحكم، يتمثّل بدوره في مصنَّف (أ) داخل صنفين (ب).

(أ) الـمصنَّف

319. — إنّ الـمصنَّف هنا أيضا عامّ وخاصّ:

فأمّا العامّ فسنتتبّعه من خلال "لوران"[1008] الذي جاء بما حدث أثناء ولادة الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. وقد قال - وهذا أشرنا إليه سابقا - إنّ محكمة التّعقيب اقترحت نصّا فيه تصنيف للغلط التّلقائي[1009]، والـمحدث، ولغيرهما. ويقول إنّ "دعوى البطلان بسبب عدم أهليّة الشّخص الـملتزم، أو بسبب عدم إتيان شكليّة اشتُرِطت في التّفويت في أموال القصّر، أو بسبب الغلط والإكراه والتّغرير، مدّتها عشر سنوات"[1010]. ولقد تبنّى مجلس الدّولة هذا التّصنيف على صعيد الأصل لكن رفضه شكلا. بعبارة أخرى قبِل مجلس الدّولة التّصنيف، لكن

[1007] انظر الفقرة عدد 270.

[1008] "لوران"، م س، ج 15، عدد 461 وما بعده.

[1009] إنّنا لا نستطيع القول بأنّ هذا أريد أو لم يرد أن يدخل فيه الغلط في وصف السّبب القريب.

[1010] "L'action en nullité, soit pour cause d'incapacité dans la personne qui s'est obligée, soit pour omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs, soit pour cause d'erreur, de violence ou de dol, dure dix ans".

رفض أن يُذكر الـمصنَّف بالاسم. ورأيه هو الذي صار فيما بعد الفصل 1304 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة.

ونجد عند "لوران" حجّة على ما سبق، هي تقرير "جوبار" في فترة إعداد الـمجلّة. فلقد بدأ "جوبار" بالتّذكير بمحتوى الفصل 1108 الذي وضع أربعة شروط أساسيّة هي: الرّضا والأهليّة والـموضوع والسّبب. لكنّه قال إنّ هنالك شروطا أخرى لا يمنع غيابها العقد من أن ينشأ. في هذا الإطار يذكر "جوبار" الأهليّة وعيوب الرّضا (ما يهمّنا فيما ذكره "جوبار" الغلط والتّغرير أو على الأقلّ بعض الغلط وبعض التّغرير).

زيادة على ما سبق نجد عند "جوبار" ما يفيد بأنّ هذا التّصنيف الذي يضع هذه الأشياء مع بعضها البعض ليس جديدا إذ يقول: "لقد كان من الـمستحيل عدم الاحتفاظ بالتّفرقة القديمة بين الأعمال التي توصف خطأ بالعقد والتي لا تنتج أبدا دعوى، والعقود التي تحوي التزاما وكأثر لهذا مبدأ دعوى. ففي هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن نقول ليس ثمّ التزام، بل علينا الاكتفاء بالتّصريح أنّ الذي أبرم الالتزام يمكنه طلب إبطاله"[1011]. فإذا محونا من قول "جوبار" ما لا يهمّنا على الأقل الآن، أمكن القول إنّ التّصنيف الذي نحن بصدده لم يأت مع الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، بل هو سابق لها.

ونفس القول يصحّ في حقّ التّصنيف الخاصّ. فلقد رأينا الرّومان يوجدونه[1012]، ومن بعدهم الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة تقول به إلى جانب ما وضعته في الفصل 1110[1013].

وإنّ هذا التّصنيف، إلى جانب سابقه، قد أعطى هنا أيضا، بل هنا قبْلا، صنفين.

[1011] "Il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrat et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation, et conséquemment le principe d'une action. Dans ce dernier cas, on ne peut pas dire qu'il n'y avait pas d'obligation, on devait se borner à déclarer que celui qui avait contracté l'engagement en pouvait demander la nullité".

[1012] انظر الفقرة عدد 90.

[1013] انظر الفقرة عدد 92 وما بعدها.

(ب) الصّنفان

320. — إذا بدأنا بالصّنف الخاصّ وجدنا "ڤيستان" يقول إنّه و"اتّباعا لتقليد يرجع إلى [...] (الرّومان) سمح واضعوا الـمجلّة الـمدنيّة للمشتري بأن يطلب إمّا فسخ البيع وإمّا إنقاص الثّمن إذا كان في الـمبيع عيب يجعله غير صالح للاستعمال الـمقصود. ثمّ إنّه وبعد ذلك، ظهر تشريع خاص ينظّم هذا الضّمان في مادّة بيع ومعاوضة الحيوانات الأهليّة. وإنّ محرّري الـمجلّة الـمدنيّة، بوضعهم لأحكام الضّمان بعد نصوص التّسليم، اتّبعوا «بوتيي» الذي يلحق الضّمان بالالتزام بالتّسليم. فقد كتب هذا أنّ من يلتزم بتسليم شيء يلتزم بتسليمه وهو مُجْد، إذ لا فائدة من تسليم الـمشتري شيئا لا يصلح له في أيّ استعمال. وهذه النّظرة الـمشتقّة من مبدأ حسن النّيّة في تنفيذ العقود هي محلّ تأكيد من بعض الـمؤلّفين"[1014]. يخلص من هذا الـمقتطف أنّ الصّنف يتمثّل في الفسخ وتحديدا في الحلّ الرّجعي مبدئيّا لعقد ملزم لجانبين والذي نعفي به أحدهما من تنفيذ

[1014] "ڤيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275:
"Suivant une tradition qui remonte à l'Edit des édiles curules de Rome, les rédacteurs du code civil ont autorisé l'acheteur à demander soit la résolution de la vente, soit une diminution du prix lorsque la chose vendue comportait un défaut caché la rendant impropre à l'usage prévu. Par la suite, une législation spéciale est apparue pour réglementer cette garantie dans les ventes et échanges d'animaux domestiques. Les rédacteurs du Code Civil, en situant les dispositions sur la garantie à la suite des textes sur la délivrance, ont suivi POTHIER qui rattachait la garantie à l'obligation de délivrance. S'obliger à faire avoir une chose, écrivait cet auteur, c'est s'obliger à la faire utilement puisque, en vain, l'acheteur aurait-il la chose si elle ne pouvait lui être d'aucun usage. Cette conception, déduite du principe de la bonne foi qui doit régir l'exécution des contrats, est expressément affirmée par certains auteurs".

التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه[1015].

321. — لكن هنالك في الغرب من يصنّف الشّكل الثّاني للغلط في نفس الصّنف الذي يضع فيه الشّكل الأوّل لهذا الغلط. ونقصد هنا "دومولومب" الذي قال إنّ الغلط في وصف غير ذاتي وعيب الشّيء أمر واحد، بل إنّه تحدّث عن "غلط في مجرّد العيوب"، وذكر أنّ القاعدة ألاّ يوجب بطلانا[1016]. "لكن على العكس، وكاستثناء، تصبح هذه العيوب وفي بعض الاتّفاقات سبب بطلان إذا كانت، كما نقول، خفيّة (الفصل 1641 إلى 1649 [...]) [...] كخلاصة فإنّ نظريّة العيوب الخفيّة في الفصل 1641 وما بعده تتأسّس فلسفيّا على نفس دعامة نظريّة الغلط في الـماهية الواردة بالفصل 1110 باعتبار أنّها تتعلّق بالاستعمال الذي هُيِّئ له الشّيء. لكن تلك (أي نظريّة العيوب) توسيع لهذه (أي نظريّة الغلط في الـماهية)

(1015) انظر إلى الـمعنى الخاص للكلمة الفرنسيّة résolution وذلك في معجم "الـمصطلح القانوني" (م س).

(1016) "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 107. ولقد بدأ هذا الفقيه قوله بأنّ الفصل 1110 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة هو للوصف الذّاتي ومن ثمّ فالوصف غير الذّاتي لا يوجب مبدئيّا بطلانا: "إنّ ما يمثّل [...] غلطا في ماهية الشّيء حسب الفصل 1110 هو أنّ محلّ هذا الغلط وصف إن غاب تبدّلت ماهية الشّيء وصرنا أمام شيء آخر مختلف عن ذلك الذي أراد الأطراف التّعاقد عليه [...] وينتج عن هذا أنّ الأوصاف غير الذّاتيّة، أي مجرّد عيوب الشّيء التي لا تبدّله ولا تمنع من أن تكون له «الشّخصيّة» نفسها والاسم نفسه لا تمثّل غلطا يمكن أن يبطل العقد [...] فالغلط إذن في مجرّد العيوب، حتّى وإن كانت خفيّة، ليس سببا للبطلان، تلك هي القاعدة".

"Ce qui constitue [...] l'erreur sur la substance de la chose, d'après l'article 1110, c'est qu'elle tombe sur une qualité dont l'absence dénature, en effet, la substance même de la chose, et fait qu'elle est une chose autre que celle sur laquelle les parties ont voulu contracter, *aliud pro alio*. D'où il suit que les qualités accidentelles, les simples défauts ou vices de la chose, qui ne la dénaturent pas et qui n'empêchent pas qu'elle ait toujours la même individualité et le même nom substantif, ne constituent pas une erreur susceptible de faire rescinder la convention [...] Donc l'erreur sur les simples vices ou défauts de la chose, fussent-ils même cachés, n'est pas une cause de nullité du contrat. Telle est la règle".

باعتبارها (أي نظريّة العيوب) تقبل ببطلان العقد من أجل مجرّد عيوب لا تبدّل من ماهية الشّيء، والتي (أي العيوب) ليست إلاّ أوصافا غير ذاتيّة"[1017].
والـمتتبّع لنصّ "دومولومب" سيقول إنّ جزاء الشّكل الثّاني (العيوب) هو نفسه جزاء الشّكل الأوّل (الغلط)، بل سيقول إنّنا أمام شكلين بالاستناد إلى معيار النّصوص لا غير لأنّ هذا الفقيه تحدّث عن "غلط في العيوب"، أي سيقول – إذا استعمل ما نستعمل من عبارات – ليس ثمّ صنف خاصّ وعامّ، بل ثمّ صنف واحد هو الذي أسميناه العامّ.

322. — لكن ما هذا الصّنف العامّ ؟ الجواب: البطلان النّسبي. وهو جزاء يمسح عند البعض الغبن أيضا[1018]، أمّا عند البعض الآخر فلا[1019].

323. — و"البطلان النّسبي" هو "ابن" لـ: "قابليّة البطلان" الرّومانيّة[1020]. ولقد رأينا سابقا أنّه وفي روما ثمّ قانونان: القانون الـمدني وفيه نجد البطلان أو الانعدام لو خلا العقد عن ركن أساسي[1021]، والقانون الـمنسوب إلى الحاكم الشّرعي الرّوماني. هذا القانون، وهو الذي يعنينا هنا، أوجد إجراءً لحماية بعض الأشخاص

(1017) "دومولومب"، م س، ج 24،عدد 107.
"[…] Mais au contraire, par exception, ces vices ou défauts deviennent, dans certaines conventions, une cause de nullité, lorsqu'ils sont, comme on dit, rédhibitoires (art 1641 à 1649 […]) […] En résumé donc, la théorie des vices rédhibitoires, dans les art 1641 et s., repose philosophiquement sur la même base que la théorie de l'erreur sur la substance, dans l'art 1110, en tant qu'elle s'attache à l'usage auquel la chose est destinée. Mais elle est une extension de cette théorie en tant qu'elle admet la rescision du contrat, pour de simples vices qui ne dénaturent pas la substance même de la chose, et qui n'en sont que des qualités accidentelles".
(1018) "لوران"، م س، ج 15، عدد 450 وما بعده حيث لا نجد إلاّ قسمين وفي هذا الـموقف تكون الكلمتان الفرنسيّتان (nullité relative) و (rescision) مترادفتين.
(1019) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، عدد 335. وفي هذا الـموقف تكون الكلمتان الفرنسيّتان غير مترادفتين، وتكون كلمة (rescision) خاصّة بالغبن.
(1020) قارن مع: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 77.
(1021) انظر الفقرة عدد 290.

من عقود يعتبرها القانون الـمدني صحيحة. ويسمّى هذا الإجراء "الرّدّ بالكامل"[1022]، ويهمّ حالات عيوب الرّضا والقاصريّة (25 سنة).

وهنا لا يصرّح الحاكم ببطلان العقد لأنّ هذا مخالف للقانون الـمدني، بل يسمح للشّخص بأن يمْثُل أمامه. ثمّ، وبعد فحص قضيّته، وإن رأى أن تقبل، يقرّر – لا بمقتضى سلطته القضائيّة بل بمقتضى سلطة الأمر التي يملكها – الرّدّ لفائدة ذلك الشّخص، أي يقرّر اعتبار العقد غير ذي أثر ضدّه[1023]. فهنا، وكما نرى، العقد صحيح، لكنّه يعدم وبصفة رجعيّة.

324. — هذه "الثّنوية" في القانون الرّوماني وُجِد مثلها في القانون الفرنسي القديم. وفعلاً عرف القانون الفرنسي القديم تقسيمين متداخلين ببعضهما[1024].

فأمّا الأوّل فمعياره مصدر القاعدة التي يتأسّس عليها البطلان. في هذا القسم نجد فرعين:

أوّلهما فرع دعوى البطلان. ونجد فيه بطلان القانون الـمدني الرّوماني، والبطلان الذي قرّرته القوانين والأعراف الفرنسيّة. وهو بطلان يدعى بالقانوني.

وثانيهما فرع دعوى الفسخ (rescision). ونجد فيه صور عقود صحيحة وِفْق منظور القانون الـمدني الرّوماني ووِفْق منظور القوانين والأعراف الفرنسيّة، لكن كان يقرّر في روما وفي شأن هذه الصّور الرّدّ بالكامل. وهنا نجد على سبيل الـمثال التّغرير والإكراه والغلط والغبن[1025].

وأمّا التّقسيم الثّاني – وهو متداخل بالسّابق كما تقدّم – فمعياره الأشخاص الذين يمكنهم القيام. وهنا نجد فرعين:

(1022) *Restitutio in integrum* – restitution en entier

انظر إلى "ڤودمي"، م س، ص 143.

(1023) لم نفعل هنا إلاّ أن جمعنا من جهة: "ڤودمي" (م س، ص 141 وما بعدها) ومن جهة أخرى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" (م س، عدد 77).

(1024) هنا سنتّبع خاصة: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 83.

لكن سندقّق أقوالهم على مستوى "دعوى البطلان" بما جاء عند: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 4 وما بعده.

(1025) "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 83.

أوّلهما فرع البطلان الذي يمكن أن يطالب به كلّ معنيّ. ومن هنا جاءت تسميته بالـمطلق لأنّه يعمّ كلّ معنيّ. هذا الفرع يتداخل بالفرع الأوّل السّابق. ومن هنا صارت أسماء البطلان القانوني، أو البطلان بقوّة القانون، إلخ، مرادفة لاسم البطلان الـمطلق، أي صارت كلّها مندرجة تحت حقيقة واحدة[1026].

وثانيهما فرع البطلان الذي لا يستطيع أن يطالب به إلاّ بعض الأشخاص. ومن هنا جاءت تسميته بالنّسبي لأنّه خاصّ ببعض النّاس. هذا الفرع يتداخل بالفرع الثّاني السّابق. ومن هنا صارت ألفاظ الفسخ rescision والبطلان النّسبي مترادفة، بل ومعها اسم الاسترداد[1027].

325. — ثمّ ورثت الـمجلّة الـمدنيّة ما سبق من مصطلحات[1028]، بل وأيضا ما يرقد تحتها من أقسام. وهنا حصل – نظرا لكون الـمجلّة لم تكن صريحة[1029] – انقسام:

[1026] هنالك من جهة الألفاظ الـمترادفة وهي الأسماء الـمختلفة التي تطلق على مسمّى واحد ويتناوله كلّ واحد منها من حيث يتناوله الآخر (مثال: الليث والأسد)، ومن جهة أخرى الألفاظ الـمتباينة وهي الأسماء الـمختلفة التي تطلق على مسمّيات مختلفة (مثال: الليث والقلم) [بالإضافة إلى الألفاظ الـمتواطئة أو الـمطلقة والألفاظ الـمشتركة]. وينبّهنا الغزالي إلى أننا قد نطلق أسماء مختلفة على شيء واحد باعتبارات مختلفة فيظنّ أنّ تلك الأسماء مترادفة والحال أنها متباينة (مثال: السّيف والـمهنّد والصّارم) [الـمستصفى، م س، ج 1، ص31 وما بعدها]. وهذا التّنبيه من الإمام يجعلنا نقول إنّ اسم البطلان الـمطلق مباين لا مرادف لاسم البطلان القانوني. فمعنى الأوّل البطلان الذي يقوم به كلّ معنيّ. أمّا معنى الثّاني فالبطلان الذي لا يحتاج إلى تقاضي. لكن ورغم ما جاء للتوّ وصفنا أعلاه – ووصفنا سابقا وسنصف لاحقا – تلك الألفاظ وغيرها بالـمترادفة لأنّها وفي الغالب حين تطلق يراد منها صنف البطلان. وهذا الـمعنى الـمراد يتناوله البطلان الـمطلق (إلخ) من حيث يتناوله البطلان القانوني (إلخ). ملاحظة: ما قيل هنا يهمّ أيضا الصّنف الآخر من البطلان وبعض أسمائه.

[1027] انظر الفقرة عدد 323. وقد يقال إنّ الاسترداد هو نتيجة الجزاء وليس عينه. لكن وفي نهاية القرن التّاسع عشر كانت اللفظة تستعمل للتّدليل على الجزاء نفسه. قرّب ما قيل من: "توليي"، م س، ج 7، عدد 522. وانظر إلى: "لوران"، م س، ج 18، عدد 528.

[1028] ومن بعدها مرّت التّركة إلى مجلّة الالتزامات والعقود التي نجد فيها تلك الـمصطلحات (انظر الفقرة عدد 280 والفقرة عدد 315 وما بعدها).

[1029] انظر: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 83. ولقد قال "لوران" (م س، ج 15، عدد 461) إنّ وضع الـمجلّة كان فرصة لوضع مبادئ دقيقة لكنّها لم تنتهز.

فالبعض تحدّث عن الانعدام، وعن البطلان وهذا فيه الـمطلق والنّسبي، وعن الفسخ (rescision) [1030].

والبعض عن الانعدام، والبطلان الـمطلق، والبطلان النّسبي[1031].

والبعض عن الانعدام، والبطلان النّسبي[1032].

والبعض عن البطلان الـمطلق، والبطلان النّسبي[1033].

ويمكن أن نضيف البطلان بقوّة القانون، معارضين به ما تكلّم عنه الفصل 1117 من بطلان ليس بقوّة القانون[1034].

326. — والـمحصّلة من كلِّ ما سبق أنّ الصّنف العامّ هو البطلان النّسبي أو غير ذلك من الأسماء التي تعبّر عن نفس الـمسمّى، وهو بطلان كما نرى لكن – بحسب تاريخه الرّوماني والفرنسي القديم – هو صحّة. بل إنّنا اليوم نتحدّث عن صحّة مؤقّتة[1035].

أمّا الصّنف الخاصّ فإمّا أنّه غير موجود لو اتّبعنا "دومولومب"، وإمّا أنّه قائم لو اتّبعنا غيره. ويتمثّل هذا الصّنف في حلّ العقد من أجل عدم تنفيذ أحد الالتزامات الواردة فيه.

[1030] "أوبري" و"رو"، م س، ج 1، عدد 37 (طبعة 1897) وج 4، عدد 332 وما بعده (طبعة 1878).

[1031] ينسب "ڤودمي" (م س، ص 143) هذا القول لـ:"بلانيول". أمّا اليوم فنجد "كربونيي" مثلا (م س: الالتزامات، عدد 104) يقول بهذا التّقسيم الثّلاثي:

ففي الانعدام يضع: غياب الرّضا (الغياب التّامّ – الغلط في ذات الشّيء وفي طبيعة العقد)، وغياب الـموضوع، وغياب السّبب أو السّبب الخاطئ، وغياب الشّكل في العقود الرّسميّة.

وفي البطلان الـمطلق يضع: الـموضوع غير الـممكن وغير الـمعيّن وغير الجائز وغير الأخلاقي.

وفي البطلان النّسبي يضع: البطلان النّسبي في الـمعنى الضّيّق (اختلال العقل – عيوب الرّضا– انعدام الأهليّة – الغبن) والفسخ rescision.

[1032] "لوران"، م س، ج 15،عدد 450 وما بعده.

[1033] انظر إلى من هاجمهم: "لوران" مثلا في: ج 15، عدد 450 وما بعده. وانظر إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 84.

[1034] جاءت مجلّة الالتزامات والعقود بالعكس فتكلّمت في الفصل 325 عن بطلان بقوّة القانون. ويمكن للمرء أن يأخذ صور الفصل 330 ويسميها – معارضا الاسم الوارد بالفصل 325 – بطلانا بغير قوّة القانون.

[1035] "ڤودمي"، م س، ص 143.

هذا هو مصدر مجلّة الالتزامات والعقود، وهي - وهذا منتظر - مثله. ومن يستقبل الغرب هنا يستدبر الشّرق. وإنّنا سنحاول الآن الإتيان بهذا الشّرق في إطار محاولة الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود وربطها بمسألة الإحكام التي نعمل عليها.

الـمبحث الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود

327. — وضعت مجلّة الالتزامات والعقود، بالنّسبة إلى صورةٍ، صنفين من الجزاء أو الـمؤيِّدات: واحدا خاصّا بها والثّاني يعمّها وغيرها. أمّا بقيّة الصّور فوضعت الـمجلّة في شأنها الجزاء العامّ. لذا سنحاول تقييم حكم الـمجلّة على مستوى وجود صنف عامّ وإلى جانبه صنف خاصّ (الفقرة1)، ثمّ على مستوى اختيار الصّنف العامّ (الفقرة 2).

الفقرة 1. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى وجود صنف عامّ وإلى جانبه صنف خاصّ

328. — يتعلّق الأمر هنا بصورة الوصف غير الذّاتي للشّيء. فالغلط التّلقائي فيه يوجب حسب الفصل 45 فسخاً (rescision حسب الصّياغة الفرنسيّة)، أي بطلاناً نسبيّاً[1036]؛ ويوجب حسب الفصل 655 فسخاً (résolution حسب الصّياغة الفرنسيّة)، أي حلاّ رجعيّاَ مبدئيّاً لعقد ملزم لجانبين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشّيء[1037].

وإنّ الأمر لهو كذلك بالنّسبة إلى الغلط الـمحدث الذي له نفس الـمحلّ: فهو يوجب بطلاناً نسبيّاً حسب الفصل 56، وفسخاً حسب الفصل 655[1038].

[1036] انظر الفقرة عدد 319.

[1037] انظر الفقرة عدد 314.

[1038] تحدّث الفصل 655 عن صورة علم البائع بعيوب الـمبيع وهنا يكون كاتما أي مغرّرا.

على هذا نحن أمام مرتبتين: "فالفسخ مثل البطلان يؤدّي مبدئيّا إلى الإعدام الرّجعي للعقد. لكن لذلك (الفسخ) أساس مختلف عن هذا (البطلان). فالبطلان يعاقب مخالفة حصلت وقت نشأة العقد، أمّا الفسخ فيتسلّط على عقد تكوّن بدون مخالفات وذلك بسبب حوادث حصلت بعد النّشأة: عدم تنفيذ طرف لالتزاماته (أو) تحقّق حدث كان الأطراف قد جعلوه شرطا فاسخا للعقد"[1039].

329. — وللحكم على مجلّة الالتزامات والعقود التي وضعت هاتين الـمرتبتين ينبغي إحضار الفقه الإسلامي. ويبدو أنّ هذا بدوره يضع درجتين: البطلان وعدم اللزوم. وفعلا فإنّ الفقه (بعضه) يقسّم الغلط في الوصف غير الذّاتي إلى قسمين: قسم التّفاوت الفاحش ويلحقه بالجنس ويجعل له البطلانَ جزاءً؛ وقسم التّفاوت غير الفاحش، وهذا جزاؤه عدم اللزوم[1040].

والـمحصّلة أن في مجلّة الالتزامات والعقود مرتبتين، وكذلك الأمر في الفقه الإسلامي.

فأمّا مرتبتا الـمجلّة فمردّ وجودهما عدم إدراك كوننا أمام أمر واحد. وأمّا الـمراتب في الفقه الإسلامي فمردّها إرادة ردّ صورة الوصف غير الذّاتي إلى قسمين بالاعتماد على معيار التّفاوت. وإنّ الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى وجود الـمرتبتين يدخل ضمن الحكم على مسألة وجود تنظيم للغلط في

[1039] "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 82.

"Comme la nullité, la résolution entraîne, en principe, l'anéantissement rétroactif du contrat. Mais elle a un fondement différent. Alors que la nullité sanctionne une irrégularité commise au moment de la formation du contrat, la résolution frappe un contrat, régulièrement conclu, en raison de la survenance postérieurement à sa formation de certains faits: inexécution de ses obligations par une partie, réalisation d'un événement que les parties avaient érigé en condition résolutoire du contrat".

وهذا الفرق بين البطلان والفسخ هو الذي جعل البعض في فرنسا يقول إنّ مادّة العيوب تهمّ الشّيء الغائب، وإنّ الرّضا هنا لا يعاب لحظة النّشأة (أي ليس ثمّ مخالفة لحظة النشأة): انظر الفقرة عدد 98.

[1040] انظر هذا التّقسيم والإلحاق بالفقرة عدد 82. وهذا هو موقف الأحناف، أمّا الـمالكيّة فتقول بعدم اللزوم في كلّ الصّور (انظر الفقرة عدد 297).

الوصف غير الذّاتي مرّتين. وهذا خضنا فيه سابقا[1041]. لكن ما ينبغي إتيانه هنا هو هل أنّ البطلان الذي قال به الفقه للتّفاوت الفاحش أفضل من البطلان النّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56 ومن الفسخ الذي قال به الفصل 655 ؟ وهل أنّ عدم اللزوم الذي قال به الفقه للتّفاوت غير الفاحش أفضل من البطلان النّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56 ومن الفسخ الذي قال به الفصل 655 ؟

فأمّا هذا السّؤال الثّاني فسنجيب عنه في الفقرة الـموالية لأنّه يطرح أيضا خارج دائرة الغلط التّلقائي والـمحدث في الوصف غير الذّاتي.

وأمّا ذاك السّؤال الأوّل (وإذا تركنا مسألة آثار مرتبة الجزاء لأنّها لا تدخل في هذا العنوان) فيمكن فيما يخصّه القول إنّ البطلان أفضل من فسخ الفصل 655 لأنّ الأمر (رغم ما يقوله البعض[1042]) يهمّ خللا في النّشأة[1043]. كما يمكن لمن يربط الأركان بالجزاء ويبحث عن الاتّساق أن يرى البطلان الذي قال به الفقه أفضل من البطلان النّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56[1044]. وقد يرى "الفساد" الذي قال به الفقه أفضل من "البطلان" عند نفس الفقه لأنّ الأوّل تخفيف للثّاني، وصورة التّفاوت الفاحش (وكذلك صورة النّوع التي وجدنا سابقا من يقول في شأنها بالفساد [1045]) تستوجب التّخفيف[1046] (بل يمكن القول: ثمّ في الفقه ما هو أفضل وأجدر بأن يُتّبع. والـمقصود اولئك القائلين بمرتبة الفساد لكن مع تخفيفها بحيث

[1041] انظر الفقرة عدد 88 وما بعدها.

[1042] انظرهم في الفقرة عدد 98.

[1043] نعم بالنّسبة إلى الشّيء الغائب لا يكتشف العيب إلاّ وقت التّسليم، لكنّه موجود منذ وقت نشأة العقد. فإذا كان قد حدث بعد هذه النّشأة، دخلنا في مسائل مختلفة. وعلى كلّ قد يمكن القول إنّ ما تحدّثنا عنه في الـمتن يهمّ النّشأة. والاتّساق يقتضي جمعه بأمثاله وفصله عن الـمختلفين عنه (التّنفيذ).

[1044] جمع الـمتماثلات (صور الخلوّ عن ركن) وفصل الـمتخالفات (صورة الرّكن وصور غير الرّكن).

[1045] انظر الفقرة عدد 306.

[1046] يقول السّنهوري إنّ فكرة العقد الفاسد تخفيف من البطلان فهي تحمي الغير وتحمي الـمتعاقد نفسه وتصحّح العقد بإزالة الـمفسد (م س، ج 4، ص 272 وما بعدها). لكنّ مسألة من يقوم بالدّعوى وغيرها تجعل الفساد – حتّى وإن كان تخفيفا – جزاء غير ملائم. إلاّ أنّ هذه الـمسألة لا يمكن الخوض فيها لأنّها تهمّ آثار الجزاء.

تقترب من مرتبة الصّحيح[1047]. لكن لن نستطيع أن نتوسّع هنا. والسّبب أنّنا وصلنا إلى آثار الجزاء وتجاوزنا عتبة مراتبه).

وما سبق يكفي للقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود – نظرا لكونها أخذت بالغرب وتركت الشّرق – قد جسّدت عدم الإحكام حين وضعت في الفصل 655 مرتبة الفسخ. والسّبب أنّنا أمام نشأة ويجب وضع مرتبة تهمّ هذا الوقت (نحن أمام مسألة نشأة، ومجلّة الالتزامات والعقود بوضعها عقابا يهمّ ما بعد النّشأة تكون غير متقنة، وبتركها الفقه الذي وضع عقابا يهمّ النّشأة تكون مفسدة. وإذا اجتمع عدم الإتقان مع الإفساد كانت الـمحصّلة عدم الإحكام).

هذا الكلام لا يصحّ على مستوى وضع الـمجلّة مرتبة البطلان النّسبي في الفصلين 45 و46 وترك مرتبة الباطل ومرتبة الفاسد الـموجودتين في الفقه. فالـمتبنّى من الـمجلّة كما الـمتروك كلاهما يهمّ النّشأة. لكن هنا، إن وقع تقييم، فينبغي أن يتمّ على مستوى مختلف يستدعي إحضار أحكام مرتبتي البطلان والفساد ومقارنتها بأحكام مرتبة البطلان النّسبي. وهو أمر يتجاوز العنوان الذي نحن بصدده[1048].

وما جاء الآن يصحّ في حقّ ما سيجيئ، أي في حقّ ما أسميناه الصّنف العامّ.

الفقرة 2. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى اختيار الصّنف العامّ

330. — ينبغي هنا أن نذكّر بالـمصنّف وهو الغلط التّلقائي والـمحْدَث:

فأمّا الغلط التّلقائي ففيه الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش وغير فاحش، وفيه الشّخص ووصف السّبب القريب.

وأمّا الغلط الـمحدث ففيه ما سبق بالإضافة إلى السّبب البعيد الذي ليس شيئا ولا شخصا (إلخ) وبالإضافة إلى القيمة التي تتجاوز الثّلث.

وإنّ الصّنف هو البطلان النّسبي كما تقدّم[1049]، وهو غربي كما سبق[1050]، وهو صحّة مؤقّتة كما سلف[1051]. لذا سنقارنه بصنفي الصّحّة الذين يمكن أن يقرّبا منه

[1047] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 274 وما بعدها

[1048] بل ويتجاوز في جانب هامّ منه العنوان الذي سنأتيه لأنّه وإن كان للأحكام فهو لبعضها فقط.

[1049] انظر الفقرة عدد 319.

والذين قال بهما الفقه الإسلامي[1052]، أي سنقارنه بالعقد غير اللازم من جهة والعقد الـموقوف من جهة أخرى. هذا التّقريب سيعطي عنوانين: واحد لمرتبة الباطل نسبيّا ولمرتبة غير اللاّزم (أ)، وآخر لمرتبة الباطل نسبيّا ولمرتبة الـموقوف (ب).

(أ) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة غير اللاّزم

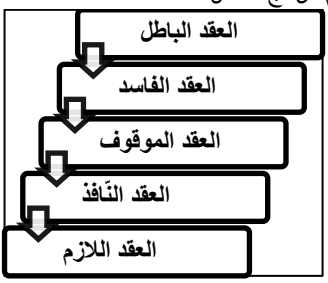
331. — قد كان ينبغي أن نبدأ بمرتبة الـموقوف (ونقارنها بمرتبة الباطل نسبيّا)، وذلك لأنّ الفقه الإسلامي "يتدرّج من البطلان إلى الفساد، ثمّ من الفساد إلى الوقف، ثمّ من الوقف إلى النّفاذ، ثمّ من النّفاذ إلى اللزوم. فهنالك للعقد في الفقه الإسلامي أقسام خمسة. وكلّ من العقد الباطل والعقد الفاسد عقد غير صحيح. وكلّ من العقد الـموقوف والعقد النّافذ والعقد اللاّزم عقد صحيح"[1053]. على هذا،

[1050] انظر الفقرة عدد 327 وما بعدها.

[1051] انظر الفقرة عدد 270.

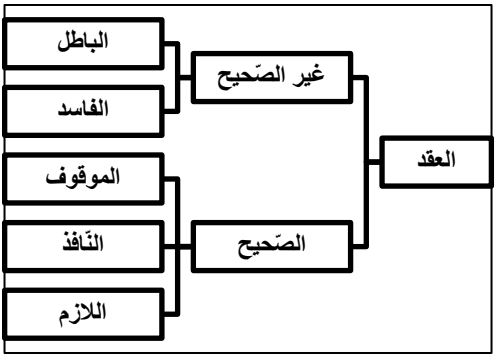
[1052] هنالك صنف ثالث للصّحّة في الفقه وهو صنف النّافذ اللازم ولكن هذا لا يعنينا هنا.

[1053] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 124.



ولأنّ "العقد الـموقوف" غير نافذ وغير لازم[1054]، فهو يسبق "العقد غير اللازم" لأنّ "العقد غير اللاّزم" نافذ ثمّ هو - وكما يدلّ عليه اسمه - غير لازم. لكن قُدِّم الحديث عن "العقد غير اللاّزم" لأنّه يمثّل الجزاء الذي يقول به أغلب الفقه الإسلامي في الـمادّة التي نحن بصددها. بل يبدو أنّ بعض الفقه يقول بهذا الجزاء في كلّ صور الغلط، بل في كلّ صور عيوب الإرادة[1055].

332. — والعقد إن استوفى أركانه وأوصافه وشروط نفاذه كان غير باطل وغير فاسد (بالنّسبة إلى من يقول بهذه الـمرتبة، أو غير باطل بالنّسبة إلى من لا يقول بها)، أي كان صحيحا، وكان غير موقوف[1056]. والأصل أن يكون لازما. إلاّ أنّه من



وانظر أيضا: أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 379 وما بعدها؛ الزّرقا، م س (الـمدخل)، م س، ج 2، ص 701 وما بعدها.

[1054] انظر حول العقد الـموقوف: فرج (عبد الرّزّاق حسن)، نظريّة العقد الـموقوف في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلّيّة الحقوق، 1388 هـ/ 1968 م.

[1055] يقول السّنهوري (م س، ج 4، ص 281): "ولعلّ الـمذهب الـمالكي هو أقرب الـمذاهب إلى الفقه الغربي في توحيد الجزاء الذي يرتّبه على عيوب الإرادة. ففيها جميعا يكون العقد غير لازم، فيه خيار للغلط أو للتّدليس، أو للغبن أو للإكراه. والعقد غير اللازم هو الذي يقابل العقد القابل للإبطال لعيب في الإرادة في الفقه الغربي". انظر أيضا الفقرة عدد 282.

[1056] قال ابن عابدين (ردّ الـمحتار على الدّرّ الـمختار الـمعروف بحاشية ابن عابدين: م س، ج 4، ص5 و6) إنّ "شرائط البيع أربعة أنواع: شرط انعقاد ونفاذ وصحّة ولزوم. فالأوّل أربعة أنواع في العاقد وفي نفس العقد وفي مكانه وفي الـمعقود عليه فشرائط العاقد اثنان [...] وشرط العقد اثنان [...] وشرط مكانه واحد [...] وشرط الـمعقود عليه ستّة [...] فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر. قلت صوابه تسعة. وأمّا الثّاني وهو شرائط النّفاذ فاثنان الـملك أو الولاية وألاّ يكون في البيع حقّ لغير

مصلحة الـمتعاقدين، وللتّحقق من وجود رضاهم، أن يكون هذا العقد وفق الأصل غير لازم "أحيانا سواء من كلا طرفيـ(ـه) أو من أحدهما فقط دون الآخر. فإذا ثبت لأحد الـمتعاقدين، أو لكليهما، حقّ الانفراد بالرّجوع في العقد دون توقّف ذلك على موافقة الطّرف الآخر، كنّا أمام عقد غير لازم حسب تسمية فقهاء الحنفيّة، أو عقد غير جائز حسب تسمية غير الحنفيّة"[1057].

333. — وقد يكون عدم لزوم العقد مردّه طبيعة العقد ومقتضاه[1058]، أو مردّه الاتّفاق أو مردّه النّصّ الشّرعيّ[1059]. فهذه ثلاثة أقسام: فأمّا الأوّل فلا يهمّنا[1060].

البائع [...] وأمّا الثّالث فخمسة وعشرون [...] وأمّا الرّابع وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنّفاذ فخلوّه من الخيارات الأربعة الـمشهورة". انظر الفقرة عدد 293.

[1057] أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، العقد غير اللازم. دراسة مقارنة معمّقة في الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة، الكويت، جامعة الكويت، 1994، ص 20. ويحيلنا الـمؤلّف مثلا على الخرشي، وحين نذهب إليه نجده يقول: "هل لا تلزم الوكالة لأنّها من العقود الجائزة [...] وسواء وقعت بأجرة أو جعل أو لا أو إن وقعت لا على وجه هذا ولا هذا بل وقعت بغير عوض وكانت على وجه الإجارة لزمت الفريقين بمجرّد العقد وإن وقعت على وجه الجعالة فلا تلزم واحدا منهما قبل الشّروع وكذا بعده بالنّسبة إلى الـمجعول له وتلزم الجاعل بالشّروع وإن وقعت لا على وجه هذا ولا هذا بل وقعت بغير عوض لا تلزم" الخُرشي (أبوعبد الله محمّد بن عبد الله بن علي)، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشّيخ علي العدوي، دار الفكر، ج 6، ص 86.

[1058] انظر: سليمان (حوران محمّد)، نظريّة الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، سورية – لبنان – الكويت، دار النّوادر، ط 1، 1433 هـ/ 2012 م، ص 185 وما بعدها.

[1059] يقول أبو الليل: "وعلى الرّغم من خلوّ القوانين الوضعية القديمة والحديثة على السّواء من تنظيم متكامل لنظريّة العقد الجائز غير اللازم بمفهومه في الفقه الإسلامي، إلاّ أنّ الأحكام التي تقرّرها هذه النّظريّة يمكن استنباطها بسهولة من هذه القوانين. فالقوانين الوضعيّة وإن لم تعتنق ولم تنظّم نظريّة محدّدة تحت تسمية العقد غير اللازم، إلاّ أنّها تعرف وتنظّم حالات معيّنة يجوز فيها لأحد الـمتعاقدين الرّجوع في تعاقده بإرادته الـمنفردة، دون توقّف على إرادة الـمتعاقد الآخر. وهذا هو جوهر العقد غير اللازم وفقا لمفهومه في الفقه الإسلامي. بذلك يمكننا القول إنّ نظريّة العقد غير اللازم، ومن ثمّ الرّجوع في التّعاقد بحالاته وتطبيقاته الـمختلفة، نظام عامّ تنظّمه الشّريعة الإسلاميّة تنظيما دقيقا مفصّلا ومباشرا، وتعرفه النّظم الأخرى، وإن لم تصل إلى حدّ تنظيمه في نظريّة متكاملة مستقلّة" (م س، ص 21 و22).

[1060] تتفرّع العقود غير اللازمة بطبيعتها إلى جزأين: ما يكون غير لازم للطّرفين وهنا نجد مثلا الوكالة والشّركة والـمضاربة والوديعة والإعارة والهبة. وما يكون غير لازم لطرف ولازما للآخر كالرّهن بعد القبض الذي لا يلزم الـمرتهن ويلزم الرّاهن، وكالكفالة التي لا تلزم الدّائن وتلزم الكفيل (انظر: أبو الليل، م س، ص 24 وما بعدها).

وأمّا الثّاني فيتحقّق "باتّفاق الـمتعاقدين، باشتراطهما خيار الرّجوع الاتّفاقي وتراضيهما عليه صراحة أو ضمنا، وسواء تمّ التّعبير عنه واشتراطه مباشرة [...] أو عن طريق غير مباشر"[1061]. وما يعنينا منه[1062] هو خيار الوصف. وقد اعترضنا في السّابق وقلنا وقتها إنّه يتفرّع إلى ضربين: ما يشترط فيه تصريحا اتّصافه بوصف

[1061] أبو الليل، م س، ص 39.

[1062] نجد هنا:

عربون الرّجوع (اتّفاق الـمتعاقدين على خيار الرّجوع في التّعاقد لأحدهما أو لكليهما، مقابل دفع مبلغ من الـمال وقت العقد، يفقده دافعه إذا رجع في تعاقده، أو يستردّه ومثله إذا جاء الرّجوع من الطّرف الآخر: أبو الليل، م س، ص 41)؛

وبيع الوفا vente à réméré (هو البيع "الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في استرداد الـمبيع خلال فترة زمنيّة محدّدة إذا رغب في ذلك مقابل أن يردّ للمشتري الثّمن ومصروفات العقد والاسترداد، وكذلك الـمصروفات الأخرى التي أنفقت على الـمبيع". (أبو الليل، م س، ص 51 و52. انظر أيضا حول بيع الوفا: بارودي [محمّد أمين]، بيع الوفاء وتطبيقاته الـمعاصرة، سورية – لبنان – الكويت، دار النّوادر، ط 1، 1433 هـ/ 2012 م)؛

والبيع بشرط التّجربة (أبو الليل، م س، ص 56)؛

والبيع بشرط الـمذاق (أبو الليل، م س، ص 58).

وفي الفقه الإسلامي للخيار الاتّفاقي عدّة تطبيقات أهمّها:

خيار الشّرط أو خيار التروّي (هو خيار "يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما، لنفسه أو لغيره، وبموجبه يكون لمن تقرّر له الخيار الحقّ في نقض العقد خلال مدّة معيّنة، فإذا لم ينقض خلالها نفذ": أبو الليل، م س، ص 63. انظر أيضا: إبراهيم بك [أحمد] و إبراهيم [واصل علاء الدّين أحمد] الالتزامات في الشّرع الإسلامي، القاهرة، الـمكتبة الأزهريّة للتّراث والجزيرة للنّشر والتّوزيع، ط 1، 1434 هـ/ 2013 م، ص 194 وما بعدها)؛

وخيار النّقد ("يتحقّق خيار النّقد في حالة ما إذا تبايع الـمتعاقدان على أن يؤدّي الـمشتري الثّمن في الوقت الـمعيّن، فإن لم يؤدّه فلا بيع بينهما. والخيار هنا يثبت للمشتري لأنّه الـمتمكّن من إمضاء العقد وعدمه، ويشترط لصحّة خيار النّقد أن تكون مدّته معلومة، وإن كان غير مقيّد بثلاثة أيام، كما في خيار الشّرط": أبو الليل، م س، ص 66) ؛

وخيار التّعيين ("يشترطه [...] عادة البائع أو الـمشتري (و) بمقتضاه يكون له تعيين واحد من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها في ما بينها، بعد التّجربة أو بعد التّأمّل والتّروّي، كما يخوّل خيار التّعيين لصاحبه رفض الأشياء جميعها ولا يلزمه أخذ شيء منها، أي يثبت له خيار نقض العقد والرّجوع فيه بإرادته الـمنفردة، لذلك فخيار التّعيين يجعل العقد الذي يلحق به عقدا غير لازم": أبو الليل، م س، ص 67).

انظر أيضا حول الخيارات: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 199 وما بعدها؛ أبو زهرة، م س، ص 384 وما بعدها.

مرغوب فيه، وما يشترط اتّصافه بوصف مرغوب عرفا[1063]. فإذا مررنا الآن إلى القسم الثّالث من العقد غير اللازم، وهو الذي يثبت بنصّ تشريعيّ واهتممنا بما جاء في الفقه الإسلامي[1064] وبالتّحديد[1065] بخيار الرّؤية، وخاصّة بخيار العيب، قلنا إنّ الخيار الأوّل يثبت لمن عقد على شيء معيّن لم يره[1066]، وأنّه يقوم على فكرة الغلط[1067]. أمّا الخيار الثّاني، ويسمّى عند الإمام مالك خيار النّقيصة، فهو يمكّن العاقد من "الرّجوع في التّعاقد بسبب اكتشافه لعيب في الـمعقود عليه [...] طالـما لم يكن يعلم العيب وقت إبرام العقد ولم يرض به بعد اكتشافه. فتحقّق العيب في الـمبيع بشروطه الشّرعيّة (قديم/ مؤثّر في القيمة/ عدم اشتراط البائع البراءة) يجعل العقد [...] غير لازم من جانب الـمشتري ومن في حكمه"[1068]. وهذا الخيار جاء بنصّ الشّرع[1069]. لكنّ البعض تحدّث عن الدّلالة[1070]. وهذا

[1063] انظر الفقرة عدد 100. ومثال الضّرب الأوّل شراء ياقوت على أنّ له لونا فإذا به ذا لون آخر، ومثال الثّاني شراء بقرة غير حلوب والحال أنّ الـمتعارف عليه شراء تلك البقرة لكونها حلوبا.

[1064] حدّثنا أبو الليل عن خيار الرّجوع أو حقّ النّدم في القوانين الغربيّة، وكيف أنّه وجد في القانون السّويسري القديم، ثمّ كيف هوجم وألغي، ثمّ كيف عاد سنة 1956 في البيع بالتّقسيط وفي بعض البيوع الائتمانيّة، وكيف وجد في اللكسمبورغ سنة 1961 في مادّة البيع بالتّقسيط، وفي النّمسا سنة 1961 في مادّة البيع الائتماني إذا تمّ التّعاقد خارج محالّ وأماكن البائع، أي لدى الـمشتري vente à domicile، وفي إنجلترا سنة 1964، واستراليا سنة 1967، والـمانيا سنة 1969، والولايات الـمتّحدة الأمريكيّة سنة 1969، وبلجيكا سنة 1957، والكيباك سنة 1971، والسّويد سنة 1971، والنّرويج سنة 1972، وفرنسا سنة 1972 (أبو الليل، م س، ص 70 إلى ص 90).

[1065] أقصينا خيار الـمجلس. بل إنّ السّنهوري يقول إنّ خيار الـمجلس وخيار القبول لا يتعلّقان بلزوم العقد بل بانعقاده (السّنهوري، م س، ج 4، ص 198).

[1066] انظر الفقرة عدد 182 وما بعدها. انظر أيضا: أبو الليل، م س، ص 102 وما بعدها.

[1067] انظر الفقرة عدد 182 و183. وليسمح لنا هنا بأن نعيد مقتطفا من هنالك لأنّ فيه فكرة النّدم (انظر الفقرة عدد 182) وهو من كلام الكاساني (م س، ج 5، ص 292، عن: السّنهوري، م س، ج 2، ص 123 و124 وعن أبي الليل، م س، ص 103) الذي قال: "إنّ شراء ما لم يره الـمشتري غير لازم [...] لأنّ جهالة الوصف تؤثّر في الرّضا فتوجب خللا فيه. واختلال الرّضا في البيع يوجب الخيار. ولأنّ من الجائز اعتراض النّدم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التّدارك، فيثبت الخيار لإمكان التّدارك عند النّدم نظرا له".

[1068] أبو الليل، م س، ص 104. انظر الفقرة عدد 101.

[1069] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 246.

يؤدّي إلى ذوبان الفرق بينه وبين خيار الوصف خاصّة حين يكون هذا غير صريح بدوره. وعلى كلّ فهذا كذاك يقوم على مسألة الرّضا وعلى فكرة الغلط[1071].

334. — على هذا، فالعقد في خيار الرّؤية وفي خيار الوصف وفي خيار العيب نافذ غير لازم.

ونفس الـمادّة يحكمها في الغرب البطلان النّسبي وهو "[...] بطلان مخفّف. فالعقد موجود وينتج آثارا"[1072]، أي هو (بالعبارة الـمستعملة في إطار الخيارات) نافذ، لكن يمكن (وهذا هو الذي يهمّنا هنا) لمن كان رضاه معيبا أن يبطله، أي هو غير ملزم به. وهذا ما أدّى بأحدهم إلى القول إنّ نظير العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي العقد القابل للإبطال في الغرب[1073].

[1070] جاء عند السّنهوري: "أمّا خيار العيب، فهو إذا لم يكن في حاجة إلى شرط صريح به، إلاّ أنه يثبت بالشّرط دلالة إذ سلامة الـمبيع من العيب شرط ضمني في العقد، ولمّا كانت السّلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالشّرط نصّا" (م س، ج 4، ص246) ثمّ يورد لنا مقتطفا من بدائع الكاساني يقول ما سبق نفسه.

[1071] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 2، ص 122.

[1072] "ڤودمي"، م س، ص 141.

"[...] une [...] nullité atténuée. Le contrat existe ; il produit effet".

ويقول السّنهوري (م س، ج 4، ص 87 و88) إنّ "العقد الباطل بطلانا نسبيّا يمرّ [...] على مرحلتين:

(الـمرحلة الأولى) قبل أن يتعيّن مصيره بالإجازة أو بالإبطال، ويكون له في هذه الـمرحلة وجود قانوني كامل، فينتج كل الآثار القانونيّة التي كانت تترتّب عليه لو نشأ صحيحا.

(والـمرحلة الثّانية) يلقى فيها العقد أحد الـمصيرين:

1- فإمّا أن تلحقه الإجازة أو يتمّ في شأنه التّقادم، فيزول البطلان ويستمرّ العقد صحيحا منشئا لجميع آثاره، فلا يعود هنالك فرق بينه وبين العقد الصّحيح.

2- وإمّا أن يتقرّر بطلانه، فينعدم وجوده القانوني انعداما تامّا وتزول جميع الآثار القانونيّة التي أنشأها ويكون لهذا كلّه أثر رجعي، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا. فالعقد الباطل بطلانا نسبيّا كما نرى لا يعدو في مآله أن يكون عقدا صحيحا إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التّقادم، أو عقدا باطلا بطلانا مطلقا إذا تقرّر بطلانه. فهو إمّا صحيح على الدّوام، وإمّا عقد باطل مطلقا منذ البداية".

[1073] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 266: "وعنده (أي الفقه الإسلامي) العقد غير اللازم، ونظيره في الفقه الغربي العقود غير اللازمة، ثمّ يأتي العقد القابل للإبطال مرّة أخرى ليقابل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي فيما يخص الغلط".

على هذا لا يمكن الـمرور فيما يخصّ هذا الحكم لمجلّة الالتزامات والعقود إلى مسألة الإحكام، لأنّ ما تركته وكان عندها مثل الذي استوردته[1074].

[1074] لكنّ عدم اللزوم يربط مادّتنا بغيرها، فتركه ترك لهذا الرّبط. ومع ما سبق نجد أنّ عدم اللزوم أصلح لوصف صور الغلط (إلخ) من البطلان النّسبي. وهذا رأي الزّرقا الذي قال: "إنّ، البطلان النّسبي في الفقه الأجنبي ليس فيه من معنى البطلان شيء لا كثير ولا قليل. بل ليس لحقيقة البطلان فيه ظلّ. وكلّ ما فيه إنّما هي قابلية الإبطال annulabilité الـممنوحة لأحد الطّرفين [...] فلا يجوز أن يوصف العقد هنا بالبطلان ولو نسبيّا، لأنّ العقد القابل للإبطال صيانة لحقّ خاص هو عقد قائم كامل الوجود، معتبر من كلّ الوجوه، منتج لجميع أحكامه. أمّا قابليّة الإبطال (وهي) حماية لأحد الطّرفين وصيانة لحقّه الخاص فإنّما تسلبه قوّته الإلزاميّة فقط، ولا تسمه بالبطلان قطّ. أفلا يرى أنّ قابليّة الإبطال للعقد الـملزم قد تثبت لأحد الطّرفين أو لكليهما بالشّرط، كما إذا اشترط أحد الـمتبايعين حقّ إلغاء البيع إلى مدّة معيّنة فإنّه يثبت له هذا الحقّ (خيار الشّرط في الفقه الإسلامي، والشّرط الفاسخ في الفقه الأجنبي) ويكون البيع قابلا للإلغاء بإرادة الـمشترط دون توقّف على قضاء القاضي بالإلغاء، ومع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحا من كلّ وجه. وليس مقبولا في الـمنطق الحقوقي وصفه بأيّ لون من ألوان البطلان. ولم يعدّ الفقه الأجنبي هذه الحالة من صور البطلان النّسبي رغم قابليّة الإبطال القائمة في العقد بمقتضى الشّرط. فأيّ فرق بين سلب القوّة الإلزاميّة عن العقد بمقتضى الشّرط، وبين سلبها بحكم القانون لشائبة مفروضة تقديرا في رضا أحد الطّرفين، كي يفسح له الـمجال أن يقرّر رضاه بالعقد أو يرفضه إن شاء.

يتّضح ممّا سلف أنّ البطلان، بالتّعبير الصّحيح، لا يكون إلاّ نوعا واحدا هو البطلان الـمطلق، وأنّ الحالات التي يسمّونها البطلان النّسبي، ليست من معنى البطلان في شيء، وإنّما هي سلب للزوم العقد. فهذه الحالات بعضها، وهو النّاشئ عن نقص الأهليّة يعتبر في نظر فقهائنا من قبيل التّوقّف أو عدم النّفاذ، فيسمّى العقد موقوفا كما في بيع الصّبيّ الـمميّز [...] أمّا باقي الحالات النّاشئة عن سائر عيوب الرّضا فتعتبر من قبيل سلب اللزوم عن العقود اللازمة، أي من قبيل التّخيير الثّابت في حالات عيوب الرّضا للعاقد الذي شيب فيه رضاه. والعقد في هذه الحالات يوصف بأنّه: مسلوب اللزوم، أي قابل للإبطال بإرادة الطّرف الـمتضرّر الذي شيب رضاه. فيصبح هذا الطّرف مخيّرا بين الإبطال والإمضاء [...] وقد قرّر فقهاؤنا قديما في حالات سلب اللزوم جميع الأحكام التي قرّرها الفقه الأجنبي الحديث فيما يسمّيه: البطلان النّسبي. أمّا الفقه الأجنبي فقد خلط في ذلك بين عدم النّفاذ وسلب اللزوم، ثمّ زجّ الحالتين في نظريّة البطلان. فأصبح التّعبير بالبطلان النّسبي عن هذه الحالات يتجلّى في خداع العناوين!! فإذا عرف القارئ ما تحته من حالات يتبيّن فيه سوء التّسمية واختلاط الفكرة. وقد كان فقهاؤنا في هذه التّقاسيم أدقّ نظرا وتمييزا، وأصحّ لغة واصطلاحا". م س (الـمدخل)، ج 2، ص 773 و774 و775.

وإنّ هذا الـمقتطف – لو تبنّينا الـموقف الذي جاء فيه – يجعلنا نغيّر من الرّأي الوارد أعلاه، لأنّه يجعلنا نقول بالاختلاف لا بالـمثليّة بين الغرب والفقه، وعلى هذا يكون الفقه متروكا في الـمجلّة رغم أنّه الأفضل، وتكون الـمجلّة بسبب ذلك مجسّدة لعدم الإحكام.

وينبغي أن نزيد هنا أمرا – محاولين قدر الإمكان عدم الأخذ من الآثار إلاّ القدر الضّروري لأنّها لا تدخل ضمن العنوان الذي نحن بصدده – مفاده أنّ الفقه الإسلامي، على مستوى النّفاذ، فرّق بين خيار الرّؤية وخيار العيب. ففي الأوّل يكون العقد منعقدا في حقّ العلّة، وهي تامّة فيه، وهو منعقد في حقّ الحكم، لكنّه يمنع تمام الحكم حتّى بعد القبض. أمّا في الثّاني فيكون العقد منعقدا في حقّ العلّة، وهي تامّة فيه، وهو منعقد في حقّ الحكم، ولا يمنع تمام الحكم بل يمنع لزوم الحكم قبل القبض. وهذه صناعة رائعة[1075]. "ولعلّ الفقه الغربي لم يصل إلى هذا الحدّ من الدّقة والإحكام"[1076] خاصّة إذا جئنا بما تقدّم وإلى جانبه خيار الشّرط وخيار التّعيين والعقد الـموقوف[1077]. هذا العقد، أي العقد الـموقوف، هو ما سنحاول الآن تناوله ضمن عنوان يحاول الـمقارنة بينه وبين العقد الباطل بطلانا نسبيّا.

(ب) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة الـموقوف

335. — قلنا سابقا[1078] إنّ للعقد أركانا وأوصافا. والأركان (وهنا نبدّل قليلا من التّقسيم الـمتقدّم لنتبنّى ما جاء عند الخُرشي[1079] وعند الكاساني[1080] وعند السّنهوري[1081]، وذلك خدمةً للمحتوى الذي نحن بصدده) هي صيغة العقد، أو التّعبير عن الإرادة (هنا نجد تطابق الإيجاب والقبول أي التّراضي، ونجد اتّحاد مجلس العقد) والعاقدان (هنا نجد العقل أي التّمييز، والتّعدّد) والـمعقود عليه (هنا نجد: ممكن أو مقدور التّسليم، ومعيّن أو قابل للتّعيين، وصالح للتّعامل فيه).

[1075] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 282.

[1076] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 284.

[1077] جاء هذا الجمع بين كلّ هذه الأمور عند: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 282 إلى 285. انظر الفقرة عدد 368.

[1078] انظر الفقرة عدد 293.

[1079] الخرشي، م س، ج 5، ص 5.

[1080] الكاساني، م س، ج 5، ص 199 وما بعدها.

[1081] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها.

والصّيغة والعاقدان والـمعقود عليه عناصر انعقاد. أمّا الأوصاف فعناصر صحّة. وإذا اجتمعت عناصر الانعقاد والصّحّة كان العقد غير باطل، وغير فاسد بالنّسبة إلى من يقول بالفساد، أي كان صحيحا[1082]. لكنّ العقد الصّحيح لكي يكون نافذا لا بدّ أن يرتبط ركنه الثّاني وهو العاقد بركنه الأوّل وهو الصّيغة أو التّعبير عن الإرادة من جهة وبركنه الثّالث وهو الـمعقود عليه من جهة ثانية. بعبارة أخرى، ومن وجه أوّل، يجب أن يكون للعاقد ولاية على نوع التّصرّف[1083]، أي أن تكون إرادته[1084] كاملة. وناقص الإرادة هو الصّبيّ الـمميّز ويندرج تحته الـمعتوه الـمميّز والسّفيه وذو الغفلة[1085]. ومن وجه ثان يجب أن يكون للعاقد ولاية على محلّ العقد[1086]، أي أن يكون الـمحلّ كاملا. والـمحلّ يكون ناقصا في صورتين: أوّلا إذا لم يكن للعاقد حقّ ملك عليه أو لم تكن له نيابة عن الـمالك بولاية شرعيّة أو بوصاية أو بوكالة[1087]، وهنا نجد الفضولي ومن يندرجون تحته[1088]. وثانيا إذا لم يكن للعاقد حقّ ملك خالص من حقوق الغير، وهنا نجد بيع الـمرهون والـمستأجر وتصرّف الـمريض مرض الـموت[1089].

[1082] العقد الصّحيح هو ما صدر من أهله مضافا إلى محلّ صالح لحكمه وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه. أبو زهرة، م س، ص 379.

[1083] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 128.

[1084] إرادة التّعبير. قارن مع: أبو زهرة، م س، ص 281 وما بعدها وص 341.

[1085] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 178. كما يندرج تحته العبد والـمكرَه في قول زُفَر. انظر الـمؤلف والـمكان نفسه.

[1086] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 128.

[1087] أبو زهرة، م س، ص 379.

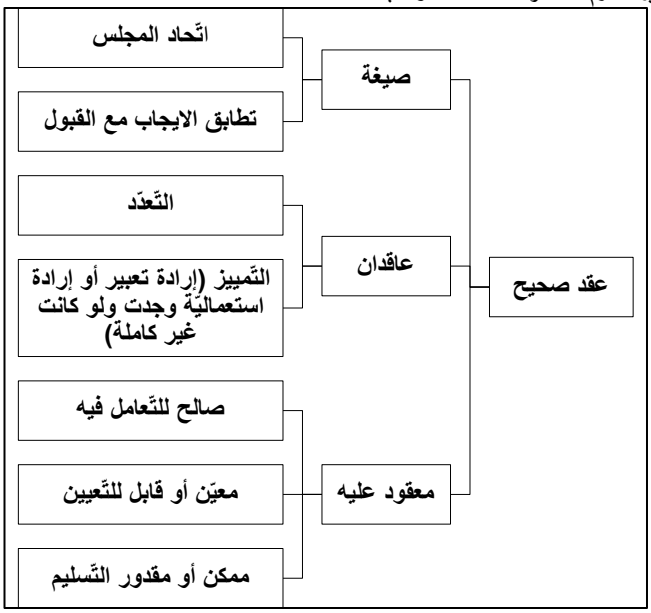
[1088] وهم "البائع إذا باع مرّة أخرى من غير مشتريه، والغاصب، والـمرتدّ، والنّائب ووكيل النّائب إذا جاوز الحدود الـمرسومة للنّيابة، ومالك العين الـمرهونة أو العين الـمؤجّرة أو العين الـمعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل، والـمريض مرض الـموت إذا باع لوارثه، ووصيّ الـميت إذا باع للوارث، والوارث إذا باع لمورّثه الـمريض، والورثة إذا باعوا التّركة الـمستغرقة، أو الـمولى إذا باع عبده الـمأذون. زكي عبد البرّ، العقد الـموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون الـمدني العراقي وما يقابله في القانون الـمصري، مجلّة القانون والاقتصاد، السّنة الخامسة والعشرون، ص 122 إلى 142 عن: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 178.

[1089] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 195 وما بعدها.

والعقد الصّادر ممّن له ولاية يعدّ نافذا[1090]، ثمّ إنّه بعد ذلك قد يكون لازما أو غير لازم[1091].

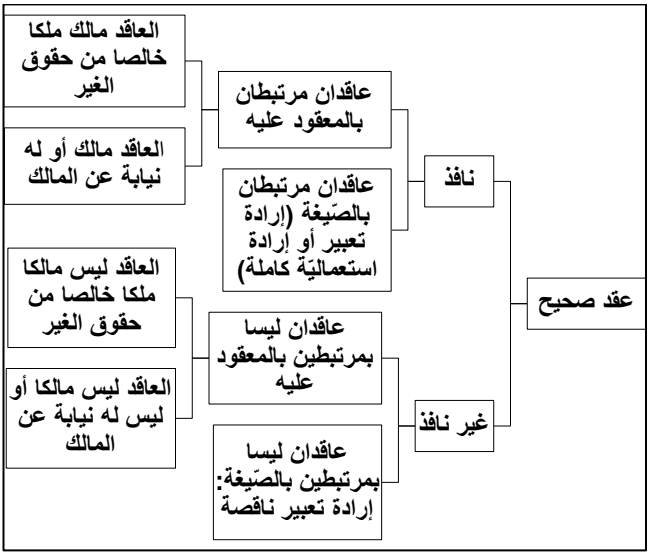
[1090] انظر: أبو زهرة، م س، ص 379.

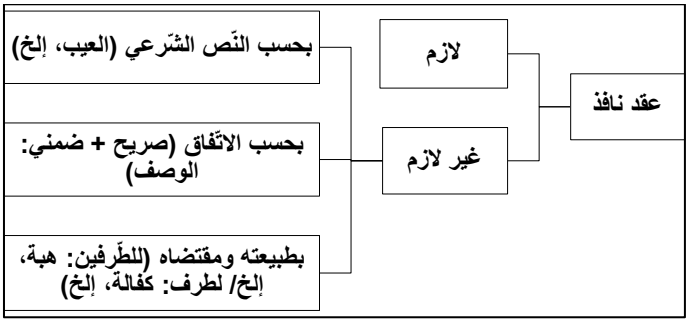
[1091] قال أبو زهرة إنّ هنالك تقسيمان للعقد الصّحيح: النّافذ والـموقوف (غير النّافذ) من جهة واللازم (نافذ) وغير اللازم (نافذ بدوره) من جهة أخرى (م س، ص 379 وما بعدها).
انظر حول غير اللازم: الفقرة عدد 331 وما بعدها.



والعقد غير الصّحيح نقيض ما سبق: لم يتطابق فيه الإيجاب مع القبول، إلخ.

فإذا عدنا الأدراج قليلا إلى الولاية، وجدنا اختلافا. فالشّافعيّة والحنبليّة في إحدى الرّوايات يقولون إنّ العقد باطل، بل إنّ في الحنفيّة من يقول إنّنا أمام عدم صحّة وأمام مرتبة بين الباطل والفاسد[1092]. أمّا الـمالكيّة[1093] وجزء من الأحناف[1094]





[1092] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 128 و129 و179.

وانظر: أبو زهرة، م س، ص 379 و380 حيث يقول: "والشّافعي يخالف في ذلك، ويرى أنّ العقد الـموقوف من أقسام العقد الباطل، وذلك لأنّ ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد، وليست بشرط للنّفاذ فقط. فكلّ عقد صدر عمّن ليست له ولاية العقد، فعبارته ملغاة لا يلتفت إليها. فعقود قاصر الأهليّة باطلة، لأنّه ليس ذا ولاية، وكذلك عقد الفضولي لعدم ولايته على محلّ العقد. وعلى ذلك يقرّر الشّافعي أنّ العقد الـموقوف عقد باطل ولا يعدّ من أقسام الصّحيح".

والحنبليّة في غير الرّواية السّابقة[1095] فيقولون إنّ العقد موقوف. ولعلّه ينبغي الوقوف قليلا عند وصف العقد بالـموقوف. فهذا الوصف يُطلق على العقد الباطل، وعلى العقد الفاسد، وعلى العقد غير اللازم، وطبعا على العقد الـموقوف. لكنّ الوصف يُطلق على هذه العقود بمعاني مختلفة: فالعقد الباطل موقوف الانعقاد، والعقد الفاسد موقوف الصّحّة (ومن لا يقول بالفساد سيقول إنّنا أمام موقوف الانعقاد)، والعقد الـموقوف موقوف النّفاذ[1096]، والعقد غير اللازم

[1093] يتحدّث ابن رشد (م س: بداية الـمجتهد، ج 2، ص 129)، وفي إطار بيع الفضولي، عن موقف الـمالكيّة، ولكن عن موقف غيرها ويقول: "واختلفوا من هذا في بيع الفضولي، هل ينعقد أم لا؟ وصورته أن يبيع الرّجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب الـمال أمضى البيع، وإن لم يرض فسخ، وكذلك في شراء الرّجل للرّجل بغير إذنه، على أنّه إذا رضي الـمشتري صحّ الشّراء وإلّا لم يصحّ. فمنعه الشّافعي في الوجهين جميعا، وأجازه مالك في الوجهين جميعا، وفرّق أبو حنيفة بين البيع والشّراء فقال: يجوز في البيع ولا يجوز في الشّراء". ثمّ إنّ ابن رشد، وبعدما سبق يمرّ إلى إبطال حجّة الشّافعي وحجّة أبي حنيفة (الـمرجع نفسه، ص 130).

[1094] ورد أعلاه وعلى لسان ابن رشد موقف أبي حنيفة. ولكنّنا سنورد هنا ما جاء عند الحنفي ابن عابدين (م س: ردّ الـمحتار الـمعروف بحاشية ابن عابدين، ج 4، ص 100): "ثمّ اعلم أنّ البيع جائز وقد مرّ بأقسامه، وغير جائز وهو ثلاثة باطل وفاسد وموقوف كذا في الفتح. وأراد بالجائز النّافذ وبمقابله غيره لا الحرام إذ لو أريد ذلك لخرج الـموقوف لما قالوه من أنّ بيع مال الغير بلا إذنه بدون تسليم ليس بمعصية على أنّه في الـمستصفى جعله من قسم الصّحيح حيث قال البيع نوعان صحيح والصّحيح نوعان لازم وغير لازم (نهر) وذكر في (البحر) أنّ البيع الـمنهي عنه ثلاثة باطل وفاسد ومكروه تحريما وقد مرّت وما لا نهي فيه ثلاثة أيضا نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف. فالأوّل ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلّق به حقّ الغير ولا خيار فيه. والثّاني ما لم يتعلّق به حقّ الغير وفيه خيار والـموقوف ما تعلّق به حقّ الغير [...] ثمّ قال في (البحر) والصّحيح يشمل الثّلاثة لأنّه ما كان مشروعا بأصله ووصفه والـموقوف كذلك فهو قسم منه وهو الحقّ لصدق التّعريف وحكمه عليه فإنّ حكمه إفادة الـملك بلا توقّف على القبض ولا يضرّ توقّفه على الإجازة".

[1095] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 179.

[1096] لعلّ كلمة الوَقْف هي التي جعلت "لينون دي بلفون" (م س، ص 2، الـمتن والهامش عدد 1) ينسب إلى بعض الأحناف التّذبذب حول طبيعة العقد الـموقوف. ويعطي "دي بلفون" كمثال على هذا ابن عابدين في كتابه ردّ الـمحتار (ج 4، ص 104) وكيف أنّه جمع كلمة الـموقوف بكلمة الفاسد. لكن حين نذهب إلى الـمكان الذي أشار إليه "دي بلفون"، أي إلى الجزء الرّابع وتحديدا إلى الصّفحة 104، نجد ابن عابدين يتحدّث لا عن العقد الـموقوف بل عن عقد الوقف (بيع ما تمّ وقفه) ويقول إنّ البعض يراه باطلا والبعض يراه فاسدا: "صرّح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف وأحسن بذلك إذ جعله في قسم البيع الباطل إذ لا خلاف في بطلان بيع الوقف لأنّه لا يقبل التّمليك وغلط من جعله فاسدا". فعدم فهم "دي بلفون" للمعنى الذي قصد من لفظة "وقف" جعله ينسب

موقوف اللزوم[1097]. فكلّ هذه العقود موقوفة، لكن جهة الوقف هي التي تتبدّل من عقد إلى آخر[1098].

336. — فإذا اهتممنا بالعقد الذي يمكن أن يوصف بالـموقوف دون إضافة[1099]، قلنا إنّه تامّ الانعقاد، وتامّ الصّحّة (بالنّسبة إلى من يقول بمرتبة الفساد)، وإذن له

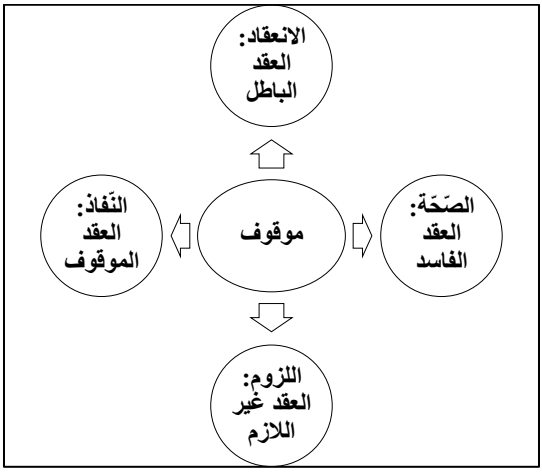
للأحناف التّذبذب. ثمّ إنّه وعلى أساس قوله بهذا التّذبذب نسب للأحناف وإلى الـمالكيّة التّحكّم (ص 2 من الـمقال نفسه)، حتّى أنّه فيما بعد وحين قال إنّ العقد الـموقوف مجاله أوسع من البطلان النّسبي الـموجود في الغرب لأنّ الأوّل ليس له دوما وفي كلّ الحالات هدف حمائي (حماية القاصر – حماية من كان رضاه معيبا هي كلّ هدف البطلان النّسبي)، وإنّه، أي العقد الـموقوف، "نظام مبتكر بفضله تظلّ أعمال قانونيّة عديدة – تعاقب بالبطلان الـمطلق في القانون الفرنسي – قائمة بدون أن تتمّ التّضحية، بواسطة افتراض الصّحّة، بأيّ من الـمصالح الـموجودة لأنّ الافتراض ينتج آثاره بعد الإجازة التي يعطيها الـمعنيون بالأمر أنفسهم".

"Il s'agit d'un système ingénieux, grâce auquel de nombreux actes demeurent debout, qui en droit français seraient frappés de nullité absolue ; sans que pour autant cette fiction de validité entraîne le sacrifice d'aucun des intérêts en présence, puisqu'elle ne développera tous ses effets qu'à la suite de la ratification donnée par les intéressés eux-mêmes".

... حتى أنّه وبعد كلّ ما سبق، لم ينس أن يذكّرنا مرّة أخرى بما قاله في السّابق عن التّذبذب والتّحكّم.

[1097] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 178.

[1098]



وجود قانوني لا مجرّد وجود مادّي، "لكنّ هذا الوجود القانوني لا تترتّب عليه آثاره، فهو من هذه النّاحية يقارب العقد الباطل، ولكنّه يفارقه في أنّ الآثار موقوفة لا منعدمة وهي على خطر النّفاذ أو الزّوال"[1100].

والعقد الـموقوف يهمّ ضمن ما يهمّ الصّبيّ الـمميّز، أي صورة نقصان إرادة التّعبير.

بل إنّه يهمّ أيضا إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، أي يهمّ الإكراه:

ومعلوم أنّ الـمذاهب اختلفت في الإكراه: فجعلته الشّافعيّة وبعض الحنبليّة باطلا. وجعله أبو حنيفة وصاحباه فاسدا. وجعلته الـمالكيّة – أسوة بالغلط والتّدليس والاستغلال – وأيضا بعض الحنبليّة نافذا غير لازم. لكن زُفَر، وهو فقيه حنفي، جعله موقوفا[1101] "على إجازة العاقد الـمكرَه بعد زوال الإكراه"[1102].

[1099] بالنّسبة إلى بقيّة العقود يجب إلى جانب وصف الـموقوف أن نأتي بإضافة فنقول عن الباطل مثلا لا فقط هو موقوف، بل نقول هو موقوف الانعقاد.

[1100] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 181. وبعبارة أخرى وقبل الإجازة، يعدّ العقد موقوف النّفاذ أو الآثار، فلا تنتقل به ملكيّة، ولا يلزم الـمشتري بدفع الثّمن (الـمرجع والصّفحة نفسيهما)، ولو كنّا أمام عقد فضولي فهو قابل للفسخ من الطّرفين قبل الإجازة (الـمرجع نفسه، ص 189)، أمّا إذا كنّا أمام عقد مميّز "فإن أجيز نفذ، وتميّز عن التّصرّف الباطل تميّزا كبيرا إذ أصبح تصرّفا نافذ الأثر. وإن تخلّفت الإجازة انعدم، واختلط بالتّصرّف الباطل فأصبح باطلا مثله. وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التّصرّف مجازا [...] والذي يملك الإجازة هو الوليّ أو ناقص الأهليّة نفسه عندما يستكمل أهليته [...] لكن إذا أعلن الوليّ عدم إجازته للتّصرّف، لم تصحّ الإجازة بعد ذلك من الـمتصرّف نفسه بعـد استكمـال أهليته" (الـمرجع نفسه، ص 181 و182).

[1101] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 172 و173.

[1102] أبو زهرة، م س، ص 415. "وثمرة الخلاف بين زُفَر وبين الإمام وصاحبيه تظهر في صور، منها إذا باع شخص عينا تحت تأثير الإكراه، فقبضها الـمشتري، أتكون في ملكه أم لا تدخل في ملكه؟ قال زُفَر لا تدخل، لأنّ العقد الـموقوف لا يثبت أحكاما قطّ قبل الإجازة، وقال أبو حنيفة وصاحباه يملكه، لأنّ البيع الفاسد يثبت به الـملك إذا حصل معه القبض. وحجّة الأصحاب الثّلاثة أنّ عقود الـمبادلات الـماليّة إذا حصلت مع الإكراه كانت حاصلة مع النّهي عنها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النّساء: 29]. والنّهي هنا لوصف زائد عن ركن العقد، وإذا كان النّهي واقعا على وصف العقد، فالعقد معه فاسد، وركن العقد قائم لا خلل فيه، لأنّ العقد صدر عن أهله مضافا إلى محلّ قابل لحكمه، فانعقد، غير أنّ الذي أوجد الخلل فأفسد العقد هو عدم الرّضا، والرّضا أمر يتعلّق بالعاقد الـمكرَه، فإذا ثبت الرّضا بعد زوال الإكراه، فقد زال سبب النّهي، فسلم العقد من الخلل، وبذا يصير صحيحا. وحجّة زُفَر أنّ العقد مع الإكراه لو

ويرى السّنهوري أنّ "الأوْلى الأخذ بمذهب مالك وبقول في مذهب أحمد بن حنبل، واعتبار بيع الـمكرَه بيعا نافذا غير لازم، حتّى تستوي في الجزاء عيوب الإرادة جميعا: الغلط والتّدليس والإكراه والاستغلال. فهذه العيوب كلّها من طبيعة واحدة والأوْلى أن يتوحّد فيها الجزاء"[1103].

ويرى هذا الفقيه مزيّتين للغرب تقابلهما نقيصتين في الفقه الإسلامي:

فأمّا مزيّة الغرب الأولى، فجمعه لعيوب الإرادة مع بعضها البعض ووضعه لنظريّة عامّة فيما يخصّها. وهنا موطن نقيصة في الفقه. فالعيوب مشتّتة فيه، وأكثرها تشتّتا الغلط "ولا تستطيع أن تجمع أطرافه [...] إلاّ إذا ضممت إلى خيار الوصف أو الخُلْف في الوصف خيار الرّؤية ثمّ خيار العيب، وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط. وعليك أن تجمع هذه الأحجار الـمتناثرة، وترصّها جميعا جنبا إلى جنب، لتشيّد منها بناءً متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظريّة عامّة للغلط في الفقه الإسلامي"[1104].

أمّا مزيّة الغرب الثّانية فهي مواجهة العيوب بجزاء واحد هو البطلان النّسبي[1105]، وهذا موطن نقيصة في الـمذاهب الفقهيّة باستثناء الـمالكيّة.

كما يرى السّنهوري أنّ الحلّ الأفضل ليس الأخذ بما جاء في الغرب، ولا الأخذ بما قالته الـمالكيّة، بل هو مواجهة عيوب الإرادة بفكرة العقد الـموقوف "فهي أكثر ملاءمة [...] (لها) ثمّ هي تبرز الصّلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهليّة. فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون موقوفا لاعتبارات ترجع كلّها إلى وجوب كمال

كان فاسدا ما ارتفع الفساد بالإجازة، لأنّ الفاسد لا تجعله الإجازة صحيحا، إنّما الذي تلحقه الإجازة هو الـموقوف، فكان كعقد الفضولي" (م س، ص 415 و416).

[1103] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 177.

[1104] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 265.

[1105] ومعه البطلان الـمطلق أحيانا.

التّمييز في العاقد حتّى ينتج العقد أثره. وكان زُفَر في رأينا موفّقا حين جعل عقد المكره موقوفا"[1106].

337. — والحاصل من كلّ ما سبق:

أنّ الفقه الإسلامي جاء بالعقد الـموقوف لنقصان إرادة التّعبير[1107].

ثمّ إنّ زُفَر قال به لغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، وبالتّحديد في إطار مادّة الإكراه.

ثمّ جاء السّنهوري ليقترح القول بوقف النّفاذ في صورة أخرى لغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، وهي صورة الاستغلال أو ما يسمّى في الفقه الإسلامي بخيار الغبن. كما جاء ليقترح القول بنفس الحلّ في صورة غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم، أي في صورة ما أسميناه بالغلط التّلقائي والغلط الـمحْدَث. ولقد احتجّ السّنهوري لرأيه بملاحظة أنّ العقد الـموقوف صورة عكسيّة من العقد القابل للإبطال[1108]: فالأوّل غير نافذ حتّى تأتي الإجازة، والثّاني نافذ حتى يأتي عدم الإجازة. ويقول نفس الـمؤلّف إنّ عقدا يتردّد بين مرتبتي البطلان والصّحة يُتصوّر فيه أمران: فإمّا أن يجعل كالباطل، أي غير ذي أثر، وهذا ما اختاره الفقه الإسلامي؛ وإمّا أن يُجعل كالصّحيح، أي ذا أثر، وهذا ما اختاره الغرب[1109]. ويواصل نفس الـمؤلّف قائلا إنّ عقدا "يداخله غلط أو تدليس أو إكراه فيصدر عن إرادة ضالّة

[1106] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 265. وهكذا تصبح عيوب الإرادة (تماما كحالة الصّبي الـمميّز) مسألة ارتباط بين الصّيغة والعاقدين. ولقد أشير سابقا إلى أمر له علاقة بالجمع بين عيب من عيوب الإرادة وإرادة التّعبير غير الكاملة.

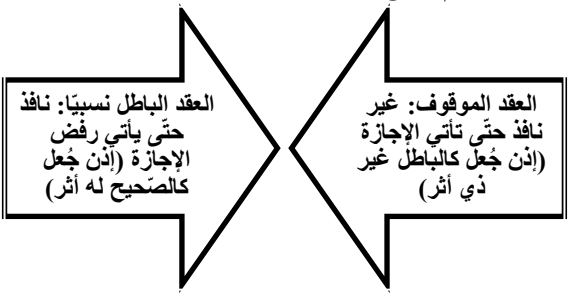
[1107] ولنقصان الـمحلّ كما تقدّم.

[1108] نبّه "لينون دي بلفون" (م س، ص 13) إلى خطأ شائع عند الأوروبّيين الـمختصّين في القانون الإسلامي يتمثّل في خلطهم العقد الـموقوف بالعقد الباطل نسبيّا وذلك لوجود إمكانيّة الإجازة في الحالتين (ثم إنّه نبّه إلى خطأ آخر وهو اعتبار "باطل الفقه" "باطل الغرب الـمطلق"، و"فاسد الفقه" "باطل الغرب النّسبي". وهو يرى أنّ "باطل الفقه" هو "انعدام فرنسا"، و"فاسد الفقه" هو "باطل فرنسا الـمطلق").

[1109] لم نفعل هنا إلاّ أن نقلنا قول السّنهوري بطريقة تكاد أن تكون حرفيّة. لكن أدخلنا بعض التّعديلات (كإدخال كاف التّشبيه في القول "كالباطل" عوض قول "الباطل"، إلخ) وذلك لتجنّب خطر سوء فهم ما قصده السّنهوري (على كلّ انظر قوله في: م س، ج 4، ص 276).

أو مضلّلَة أو غير مختارة، أولى به أن يوقف حتّى يُجاز، من أن ينفذ حتّى يُحكم بإبطاله"[1110].

[1110] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 281.



وقبل ما جاء أعلاه كان السّنهوري قد احتجّ للعقد الـموقوف في إطار عقد ناقص الأهليّة والتّصرّف في ملك الغير: فقال في الإطار الأوّل هل الأولى أن يقف عقد الصّبيّ حتّى يجيزه وليّه أو حتّى يجيزه هو بعد بلوغه سنّ الرّشد، أم الأولى أن ينفذ عقده حتّى يطالب وليّه أو يطالب هو عند بلوغه سنّ الرّشد بإبطاله؟ وأجاب أنّ "الأوْلى – والصّبيّ غير كامل التّمييز ومظنّة الضّرر الـمحتمل لحوقه به مظنّة راجحة – أن يقف عقده حتّى يتبيّن وليّه نفع هذا العقد، أو حتّى يتبيّن هو ذلك بعد بلوغه سنّ الرّشد. فالفقه الإسلامي في صناعته هنا أرقى من الفقه الغربي" (م س، ج 4، ص 276 و277).

وقال في الإطار الثّاني "إذا تصرّف الفضولي في ملك غيره، فهل الأولى (عدم نفاذ) التّصرّف حتّى يجاز كما يفعل الفقه الإسلامي، أو نفاذه حتّى يبطل كما يفعل الفقه الغربي؟ واضح هنا أيضا – والفضولي يتصرّف في مال لا ولاية له عليه – أنّ الأوْلى هو وقف التّصرّف حتّى يُجاز. فالفقه الإسلامي هنا أيضا أرقى في صناعته من الفقه الغربي" (م س، ج 4، ص 277). ويواصل في هذا الإطار نفسه قائلا: "وهناك سبب آخر لرجحان العقد الـموقوف على العقد القابل للإبطال. ففي بيع ملك الغير أو تصرّف الفضولي رأينا أنّ الفقه الغربي يجعل العقد نافذا حتّى يبطل. ولمّا كان جعل العقد نافذا في حقّ الـمالك الذي لم يشترك فيه غير معقول، لذلك اضطرّ الفقه الغربي أن يستعين بفكرة أخرى ضمّها إلى فكرة العقد القابل إلى الإبطال. فجعل العقد، إلى جانب كونه قابلا للإبطال، غير نافذ في حقّ الـمالك الحقيقي، فلجأ إلى فكرة الوقف في حقّ الـمالك. فأمّا الفقه الإسلامي، فعنده العقد الـموقوف: فهو موقوف في حقّ البائع وحقّ الـمشتري وفي حقّ الـمالك جميعا. فلم يكن في حاجة إلى فكرة عدم السّريان التي احتاج إليها الفقه الغربي لمّا جعل العقد نافذا، وبذلك يرجح العقد الـموقوف العقد القابل للإبطال، لشموله واستغنائه بذاته عن أيّ شيء آخر. فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف، فقد قلنا كلّ شيء. أمّا إذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك إنّه أيضا عقد غير سار في حقّ الـمالك الحقيقي فهو عقد قابل للإبطال في حقّ الـمشتري وحده [...] ولا يملك البائع ذلك [...] (و) يملك (الـمشتري) إجازته. وسواء أبطله أو أجازه، فإنّه لا ينفذ في حقّ الـمالك الحقيقي إلاّ إذا أجازه هذا الـمالك. فإذا ما أجازه، فقد سرى في حقّه، وصحّ في حقّ الـمشتري في وقت واحد. وفي هذا خروج عن الصّناعة القانونيّة، فإنّ الـمعهود في العقد القابل للإبطال أنّ الذي يبطل ويجيز هو وحده العاقد الذي تقرّر البطلان لمصلحته، وهنا يملك غير

338. — فإذا تبنّينا رأي السّنهوري وقلنا إنّ العقد الـموقوف أفضل مرتبة جزاء لعيوب الرّضا عموما وللغلط خصوصا (قلنا خصوصا لأنّ الغلط هو الذي نعمل عليه[1111])، أمكننا القول عن مجلّة الالتزامات والعقود التي وضعت البطلان النّسبي، ومن ثمّ مراتب الجزاء الغربيّة، ولم تضع عدم اللزوم مثلا وعموما مراتب

العاقد – الـمالك – إجازة العقد فيصحّ في حقّ الـمشتري نفسه. ومن ثمّ كان حكم بيع ملك الغير – ولا يزال – مشكلة تحيّر الباحثين في الفقه الغربي، ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامي فكرة العقد الـموقوف وواجه بها بيع ملك الغير، لأفاد كثيرا من ذلك. فيكون العقد موقوفا، لا في حقّ الـمشتري وحده، ولا في حقّ البائع وحده، بل أيضا في حقّ الـمالك؛ ولكانت إجازة العقد تقتصر على الـمالك، فلا يملك الـمشتري إجازته" (م س، ج 4، ص 277 و278).

[1111] إنّ السّنهوري لم ير في العقد الـموقوف رقيّا مطلقا، بل قال إنّ تطوّره توقّف في ثلاثة مواضع والواجب أن يستكمل. وهذه الـمواضع هي:

– عدم وضع وقت معيّن إذا انقضى يعتبر الـمالك مجيزا أو غير مجيز. "وعنوان تطوّر الفقه الإسلامي في هذه الـمسألة هو مذهب مالك، فقد رأينا أنّ الفضولي في هذا الـمذهب إذا باع بحضرة الـمالك، وسكت هذا اعتبر سكوته إجازة. وإن باع بغير حضرته، وبلغه، فسكت عاما من وقت علمه، اعتبر سكوته إجازة" (م س، ج 4، ص 278 و279).

– غلبة الصّناعة الفقهيّة عند تحديد شروط الإجازة: "فقد رأينا أنّه يجب لصحّة الإجازة قيام الأطراف الثّلاثة وقيام الـمبيع وقت صدور التّصرّف ووقت صدور الإجازة [...] ولكنّ هذه النّظرة الصّناعيّة الـمحضة نظرة ضيّقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثّلاثة وحلّ ورثته محلّه، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك الـمحلّ [...] وكان الأوْلى أن يجعل للإجازة حكم الإسناد دون حكم الإنشاء، فيكتفى باشتراط قيام الأطراف الثّلاثة وقيام الـمحلّ وقت صدور التّصرّف دون وقت صدور الإجازة" (م س، ج 4، ص 279).

– غلبة قاعدة صناعيّة هي أنّ الـملك الباتّ إذا طرأ على الـملك الـموقوف أبطله. وقد تضيّق هذه القاعدة من باب التّعامل. فالفضولي "إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، فإنّ بيعه يبطل، ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الـملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه، ولا يستطيع ذلك إلاّ بعقد مبتدأ. ذلك أنّ ملك الفضولي قد أصبح باتّا بصيرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، وقد طرأ على ملك الـمشترى منه وهو ملك موقوف، والـملك الباتّ إذا طرأ على الـملك الـموقوف أبطله [...] والـمذهب الـمالكي هنا أيضا قد سار في التّطوّر خطوات أبعد ففيه [...] إذا ملك الفضولي الـمبيع بسبب غير الـميراث صحّ البيع الصّادر منه للمشتري ولا يجوز له نقضه. ولكنّ الفقه الـمالكي لا يزال قاصرا فيما إذا انتقل الـملك للفضولي بالـميراث" (م س، ج 4، ص 279 و280) (انظر: الفقرة عدد 367).

الجزاء الإسلاميّة، أنّها فوّتت على نفسها، أو على الأقلّ عسّرت على نفسها، إمكانيّة التّطوّر نحو الأرقى[1112]. وقد يُرى في هذا سببا آخر يجعلها مجسِّدة لعدم الإحكام.

[1112] عدم وضع مراتب إسلاميّة (ووضع مراتب غربيّة) يحول أو على الأقلّ يُعسّر إمكان الوصول إلى حلّ فيه اتّساق على مستوى الآثار. وإنّ الحائل أو الـمعسّر لكونه كذلك يدخل ضمن هذا العنوان، أمّا كيف هو كذلك فلا.

قارن مع محمّد الزّين حين قال إنّ: "مجلّة الالتزامات والعقود [...] حجبت – وذلك ودون شك عن خطأ منها – النّظريّة الـمفرطة في التّشعب للجزاء الـمدني في القانون الإسلامي".

"le COC [...] a occulté, sans doute à tort, la théorie fort complexe des sanctions civiles en droit musulman".

الزّين (محمّد)، مائويّة التّدوين في تونس. مجلّة الالتزامات والعقود، منشور في: بيرنارد بينيي (تحت إدارة)، التّدوين، ملتقى، معهد الدّراسات القضائيّة. كلّيّة الحقوق بتولوز، باريس، دالوز، 1996، ص 193.

ZINE (Mohamed), « Centenaire de la codification en Tunisie. Le code des obligations et des contrats », in : Bernard Beignier (sous la direction de), *La codification*, Colloque, Institut d'études judiciaires. Faculté de droit de Toulouse, Paris, Dalloz, 1996, p. 193.

وينبغي أن نشير هنا إلى تبنّي القانون الـمدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (وقد ترأّس اللجنة التي وضعته عبد الرّزّاق السّنهوري. انظر: صفحة "الأسباب الـموجبة" من القانون. بغداد، مطبعة العاني) فكرة العقد الـموقوف في مادّة الأهليّة ومادّة عيوب الرّضا، وفي غيرهما. ولقد تحدّثت الـمادّة 134 عن تلك الأهليّة وعيوب الرّضا فقالت:

"1– إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو لتغرير، جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبيّن الغلط أو انكشاف التّغرير كما أنّ له أن يجيزه. فإذا نقضه، كان له أن ينقض تصرّفات من انتقلت له العين وأن يستردّها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي. فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه، ضمن قيمتها.

2– وللعاقد الـمكره أو الـمغرور الخيار إن شاء ضمن العاقد الآخر وإن شاء ضمن الـمجبر أو الغارّ فلهما الرّجوع بما ضمناه على العاقد الآخر. ولا ضمان على العاقد الـمكره أو الـمغرور إن قبض البدل مكرها أو مغرورا وهلك في يده بلا تعدّ منه."

انظر الى: الزّين (محمّد)، الـمرجع السّابق نفسه والصفحة نفسها حيث يقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود لا تعرف إلاّ التّفرقة بين البطلان النّسبي والـمطلق وهي تجهل مصطلح العمل القانوني الـموقوف.

خلاصة العنوان الأوّل

339. — يمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود تعرف مرتبتي مؤيِّدات في عموم النّصوص وفي خصوص تلك التي نعمل عليها.

فأمّا الـمرتبة الأولى فهي لغير الصّحيح، وهنا لم نجد نصوص الـمجلّة، على مستوى الـمذكور فيها تصريحا من الأحكام، مجسّدة لعدم الإحكام.

وأمّا الـمرتبة الثّانية فهي لما أسمي بالصّحيح، وهنا وجدنا النّصوص مجسّدة أحيانا لعدم الإحكام.

ويمكن التّوسّع والحديث خارج ما نعمل عليه والقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود، بتركها مادّة مراتب الـمؤيِّدات في الفقه الإسلامي، قد تركت تدرّجا محكما من البطلان إلى الفساد، ومن الفساد إلى الوقف، ومن الوقف إلى عدم اللزوم، ومن عدم اللزوم إلى اللزوم. ولقد لاحظ أحد الغربيّين أن بين بطلانهم الـمطلق وبطلانهم النّسبي، أي بين الـمصلحة العامّة والـمصلحة الخاصّة، سلّما ذا درجات متعدّدة[1113].

[1113] هو "لابراديل" (جيرو دي)، تنازع القوانين في مادّة البطلان، مكتبة القانون الدّولي الخاص 8، باريس، مكتبة دالوز، 1967، عدد 101.

LA PRADELLE (Geraud de), *Les conflits de lois en matière de nullité*, Bibliothèque de droit international privé VIII, Paris, Librairie Dalloz, 1967, n° 101.

وإنّ هنالك في الغرب من نبذ كلّ تقسيم:

– "دروڤول" (ف)، محاولة للإتيان بنظريّة عامّة للبطلان. دراسة في القانون الـمدني، أطروحة دكتوراه، مرسيليا، جامعة آكس مرسيليا، كلّيّة الحقوق بآكس، نشرت بباريس، الـمكتبة الجديدة للقانون ولفقه القضاء، 1902، ص 209.

DROGOUL (F), *Essai d'une théorie générale des nullités. Etude de droit civil*, Thèse pour le Doctorat, Université d'Aix– Marseille, Faculté de droit d'Aix, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1902, p. 209.

– "شفاليي" (جون)، التّقرير العامّ، أعمال جمعية "هنري كابيتون"، ج 14، ص 513 وما بعدها.

CHEVALLIER (Jean), « Rapport général », *Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, XIV, p. 513 et s.

– "دوري" (جورج)، انعدام وبطلان وقابليّة بطلان الأعمال القانونيّة في القانون الـمدني الفرنسي، أعمال جمعية "هنري كابتون"، ج 24، ص 625 وما بعدها.

لكنّ الحديث عن كلّ تلك الدّرجات[1114]، ومن بعدها عن هذا السلّم خارج كما تقدّم عن دلالة ألفاظ النّصوص التي نعمل عليها.

وإنّ الذي انتهى من الـمدلول الـمذكور تصريحا، ويحاول أن يمرّ إلى الـمدلول الـمطويّ ذكره، هو على وشك الخروج من الدّالّ ... إذن لنذهب إلى ما به سيتمّ الخروج من العمل وإلى ما به ستنتهي الرّحلة[1115].

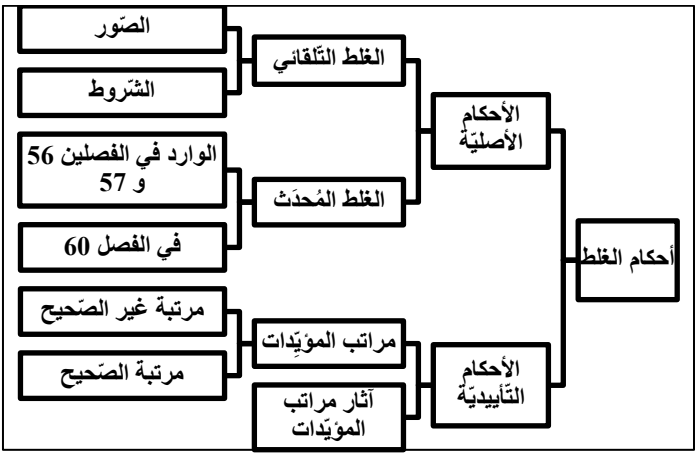
DURRY (George), « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », *Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, T. XIV, p. 625 et s.

وإنّ "تيري" "وسيملر" و"لوكيت" (م س، عدد 89)، وبعد أن ذكروا هذه الـمواقف، تبنّوا موقفا وسطا. وينبغي هنا أن نذكّر بما قاله السّنهوري من أنّ هنالك نوعا واحدا من البطلان هو البطلان الـمطلق. أمّا العقد الباطل نسبيّا فهو يمرّ على مرحلتين: الصّحة (قبل أن يتعيّن مصيره بالإجازة أو الإبطال وبعد أن تلحقه الإجازة ويحصل في شأنه التّقادم)، أو البطلان (حين يتقرّر بطلانه). وهنا لا فرق بين هذا الباطل نسبيّا وذاك الباطل مطلقا: فكلاهما تزول آثاره بصفة رجعيّة (السّنهوري، م س، ج 4، ص87 وما بعدها.).

(1114) قال السّنهوري إنّ نظريّة الجزاء في الفقه الإسلامي ارتقت في التّدرّج الـمحكم في الـمراتب، وفي ابتداع فكرة العقد الفاسد، وفي التّصوير الفنّي للعقد الـموقوف والذي هو أرقى صناعة من العقد القابل للإبطال، كما ارتقت في تدرّجها الدّقيق في الخيارات. لكنّها وقفت في عيوب الإرادة فلم تجمعها مع بعضها لتعطيها جزاء واحدا، ووقفت في بعض جوانب العقد الـموقوف. لكنّه يختم بالقول إنّ نظريّة الجزاء في الفقه الإسلامي، ورغم ما تقدّم، "أرقى في الصّناعة من نظيرتها في الفقه الغربي" (م س، ج 4، ص 285 و286).

انظر أيضا إلى: الزّين (محمّد)، الـمقالة السّابقة، ص 193.

(1115)


أحكام الغلط
الأحكام الأصليّة
الأحكام التّأييديّة
الغلط التّلقائي
الغلط المُحدَث
مراتب المؤيِّدات
آثار مراتب المؤيّدات
الصّور
الشّروط
الوارد في الفصلين 56 و 57
في الفصل 60
مرتبة غير الصّحيح
مرتبة الصّحيح

العنوان الثّاني:
الإحكام في الأحكام الـمطويّ ذكرها: آثار مراتب الـمؤيّدات

340. — مكّن البحث في نيّة الـمشرّع الـمعبّر عنها مباشرة من القول إنّه أراد من ألفاظ الفصلين 67 و325 البطلان الـمطلق[1116] ومن ألفاظ الفصل 43 وما بعده و330 البطلان النّسبي[1117]، أي أنّه أراد تبنّي ما كان موجودا في فرنسا وقتها والذي صار فيما بعد يسمّى بالنّظريّة الكلاسيكيّة معارضة بما جاء في بداية القرن العشرين والذي أسمي بالنّظريّة الحديثة[1118].

341. — والنّظريّة الأولى، وبالتّحديد مرتبتي الـمؤيِّدات اللتين وضعتهما، تمنحنا "مفتاح كلّ الأسئلة الـمتعلّقة بالبطلان. فأمام بطلان محدّد يكفي البحث عن الصّنف الذي ينتمي إليه. ثمّ بعد ذلك تأتي الأجوبة بصفة آليّة عن طريق فكرة العمل القانوني ككائن. والأسئلة التي يثيرها البطلان ثلاثة: هل يجب القيام أمام

[1116] انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها.

[1117] انظر الفقرة عدد 315 وما بعدها.

[1118] انظر إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 89.

وانظر إلى: "ڤودمي"، م س، ص 141 وما بعدها حيث يشير إلى أطروحة "جابيو":

"جابيو" (ريني)، البطلان في مادّة الأعمال القانونيّة. محاولة إتيان بنظريّة جديدة، أطروحة دكتوراه، جامعة ديجون، كلّيّة الحقوق، نشرت بباريس، الـمكتبة الجديدة للقانون وفقه القضاء، 1909.

JAPIOT (René), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie générale*, Thèse. Doctorat, Université de Dijon, Faculté de Droit, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence 1909.

ولقد حاول "جابيو" على ضوء كتابات سبقته إعادة بناء نظريّة بطلان. ولقد تبنّى "ڤودمي" نقطة انطلاقها وما هو أساسي في منهجها وترك بعض استنتاجاتها (الـمرجع نفسه، ص 147).

وانظر إلى:

بسرور (نور الدّين)، جزاء قواعد نشأة العقد والإبقاء على العلاقة التّعاقديّة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، تونس، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2001، عدد 14 وما بعدها.

BESROUR (Noureddine), *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel*, Thèse de doctorat d'Etat en droit, Tunis, Faculté de droit et des sciences Politiques de Tunis, 2001, n° 14 et s.

القضاء؟ ومن يمكنه إثارة البطلان؟ وهل يمكن أن يمّحي البطلان بواسطة الإمضاء أو التّقادم؟ وهي أسئلة مترابطة حسب النّظريّة الكلاسيكيّة"[1119].

بعبارة أخرى: تتضمّن مرتبتا الـمؤيِّدات ثلاثة أجوبة عن ثلاثة أسئلة؛ أي أنّ هذه الأجوبة بمثابة أحكام مطويّ ذكرها، أو هي آثار آليّة (والوصف لـ"ڤودمي") لتلك الـمرتبتين[1120].

فإذا أتينا هذه الآثار أو تلك الأحكام الـمطويّ ذكرها أو تلك الأجوبة، وجدنا جانبا منها لا يهمّ الزّمن والآخر يهمّه. ويبدو أنّ لكلّ جانب علاقة بمسألة الإحكام تختلف عن الآخر. لذا سننظر تباعا في الجانب الأوّل ثمّ في الجانب الثّاني، أي سننظر في:

- الإحكام [على مستوى الـمطويّ ذكره من الأحكام والـمتمثّل] في آثار مراتب الـمؤيِّدات غير الـمتعلّقة بالزّمن (الفصل الأوّل).

[1119] "ڤودمي"، م س، ص 143 و144.

وتسهيلا لعمليّة قراءة ما سيأتي في بقيّة العمل سنستبق ما سيُقال بإيراد رسم لما سنجد أنّه موقف للنّظريّة الكلاسيكيّة وللمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة ولمجلّة الالتزامات والعقود (على مستوى التّقادم لم تقل به النّظريّة الكلاسيكيّة لكن نسب موقفان للمشرّع الفرنسي وكذلك الأمر فيما يخصّ الـمشرّع التّونسي):

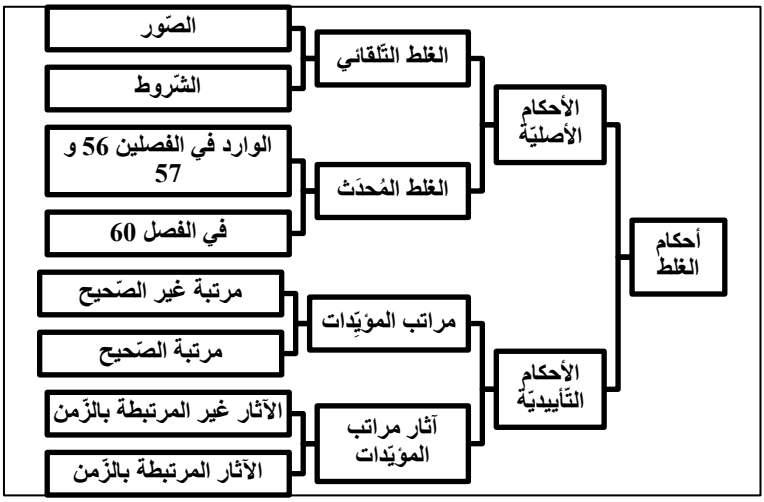
	القيام بدعوى في البطلان	الكلّ يمكنه القيام بالدّعوى	الإمضاء	التّقادم
البطلان المطلق		×		
البطلان النّسبي	×		×	×

ملاحظة: فيما يخصّ البطلان الـمطلق وعدم ضرورة الدّعوى سيُدقّق الرّسم لاحقا.

[1120] نعلم من نيّة الـمشرّع أنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد احتوت على جزاء ثالث خاص بصورة الشّيء (انظر الفقرة عدد 308)، لكنّ هذا الجزاء وآثاره عرضيّان. لذا لم يؤخذ ذاك الجزاء (في إطار العنوان السّابق) ولن تؤخذ هذه الآثار (في إطار العنوان الذي نحن بصدده) بعين الاعتبار في عمليّة التّقسيم. لكن، وكلّما استدعت الإشكاليّة الإشارة إليهما، عمدنا إلى ذلك ولكن في حيّز عرضيّ (ملاحظة: تحقّق هذا بعد مع الجزاء في العنوان السّابق).

- الإحكام [على مستوى الـمطويّ ذكره من الأحكام والـمتمثّل] في أثر مراتب الـمؤيِّدات الـمتعلّق بالزّمن (الفصل الثّاني)[1121].

(1121)



الفصل الأوّل:
الإحكام في آثار مراتب الـمؤيِّدات غير الـمتعلّقة بالزّمن

342. — هنا أيضا من الـمفروض أن نأتي بالـمراحل الثّلاث: مرحلة تحليل ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود، ومرحلة إحضار القانون الغربي والفقه الإسلامي، ومرحلة محاولة التّقييم والرّبط بمسألة الإحكام. لكن هنا كذلك، ولأنّ مجلّة الالتزامات والعقود أخذت بالقانون الغربيّ، سنلحق الجزء الأوّل من الـمرحلة الثّانية بالـمرحلة الأولى والجزء الثّاني من الـمرحلة الثّانية بالـمرحلة الثّالثة. هذا سيعطي حديثا أوّلا نعرض فيه حكم مجلّة الالتزامات والعقود (الـمبحث الأوّل)، وحديثا ثانيا نقيّم فيه هذا الحكم (الـمبحث الثّاني).

الـمبحث الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

343. — إنّ هذا الحكم محلّه آثار مراتب الـمؤيِّدات غير الـمتعلّقة بالزّمن، وهي ثلاثة: مسألة مدى ضرورة الدّعوى (الفقرة 1) ومسألة من يثير البطلان (الفقرة 2) ومسألة الإمضاء (الفقرة 3).

الفقرة1. عرض الحكم الـمتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى

344. — ينبغي هنا عرض مصدر الحكم (أ) قبل عرض الحكم نفسِه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

345. — يتمثّل الـمصدر الـمعنيّ في القانون الفرنسي. لكنّ هذا القانون يمثّل استمرارا لما كان موجودا قبله:

346. — ◀ وهذا "القبل" يتمثّل في القانون الفرنسيّ القديم. ولقد رأيناه يفرّق بين دعوى البطلان، وفيها نجد بطلان القانون الـمدني الرّوماني وبطلان القوانين والأعراف الفرنسيّة؛ ودعوى الفسخ (rescision)، وفيها نلاقي العقود الصّحيحة

من وجهة حكم القانون الرّوماني ومن وجهة حكم القوانين والأعراف الفرنسيّة، لكن ومن وجهة قضاء الحكّام الرّومان كان يقرَّر فيها الرّدّ بالكامل[1122].

و"دعوى البطلان يقام بها مباشرة أمام القضاة الـمختصّين بالنّظر فيها. لكن، وللقيام بدعوى فسخ، يجب الحصول مسبّقا على كتاب فسخ. هذا الكتاب كان يعطى باسم الـملك من قِبَلِ مصالح وزارة العدل الـموجودة في الـمحاكم لكي يوسّع في سلطة القاضي ويسمح له بتنفيذ القانون الرّوماني"[1123] (أي ما جاء عند الحكّام الرّومان).

ومن هنا جاء مبدأ أن "لا مجال لطرق البطلان في فرنسا"[1124]، ومعناه "أن لا مجال لطرق البطلان بالنّسبة إلى دعاوى الفسخ [...] وأن هناك مجال لطرق البطلان بالنّسبة إلى دعاوى البطلان [...] (التي) لا حاجة للحصول فيها من الـملك على خطاب فسخ"[1125].

ثمّ جاء قانون 7/ 11 سبتمبر 1790 وألغى فصله العشرون مصالح وزارة العدل،

[1122] انظر الفقرة عدد 227 وما بعدها. وانظر: "جابيو" (ريني)، م س، ص 51 وما بعدها بالنّسبة إلى القانون الرّوماني، وص 82 وما بعدها بالنّسبة إلى القانون الفرنسي القديم.

[1123] "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 12.

"L'action en nullité se portait directement devant les juges compétents pour en connaître. Tandis que, pour former une action en rescision, il fallait obtenir préalablement des lettres de rescision. Ces lettres étaient délivrées, au nom du roi, par les chancelleries établies près des cours souveraines, afin de proroger le pouvoir du juge et de l'autoriser à appliquer le droit romain".

[1124] Voies de nullité n'ont point lieu en France.

[1125] "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 13.

"Voies de nullité n'ont pas lieu pour les actions en rescision [...] (et) voies de nullité ont lieu pour les actions en nullité [...] (c'est à dire) qu'il n'est pas, pour cette classe d'actions, nécessaire d'obtenir du prince des lettres de rescision".

ويضيف "دومولومب" (الجزء نفسه، عدد 14): إنّ كتاب الفسخ كان يعطى من قبل مصالح وزارة العدل دون النّظر في أسبابه، حتّى أنّه وفي الواقع انتهي إلى قبول كلّ من يطلبه. وعلى هذا ترك للقضاة السّلطة التّقديريّة نفسها التي لهم في مادّة دعاوى البطلان، أي سلطة النّظر في مدى وجاهة الطّلب الـمقدّم لهم ومن ثمّ قبوله أو رفضه. وهكذا لم يعد وجوب الحصول على خطاب فسخ إلاّ شكليّة لا سبب لها سوى أنّها مناسبة لاستخلاص معاليم جبائيّة.

وقال فصله الواحد والعشرون بأنّ الدّعاوى التي كان يُحصل من أجل القيام بها على خطابات مَلَكِيّة تُرفع مباشرة أمام القاضي الـمختصّ[1126]. هذا التّغيير في طريقة القيام بدعوى الفسخ أوقع البعض في خطأ حسب "توليي"، فظنّوا أنّه لم يعد ثمّ فرق بين الالتزام الباطل قانونا (nullité de droit) والالتزام القابل للفسخ. لكن، وحسب "توليي"، هذا الالتزام صحيح في الظّاهر وذاك باطل في الظّاهر. بل "ليس ثمّ ظاهر عقد، فالقانون وبصفة مسبّقة صرّح بالبطلان"[1127].

347. — ◀ هذه الفكرة، الـمتمثّلة في كون القانون هو الـمبطل في صور معيّنة، هي التي أرادها الـمشرّع الفرنسي، وهي التي أصبحت تُعرف فيما بعد بموقف النّظريّة التّقليديّة:

348. — ♦ للتّدليل على هذا يتّجه الانطلاق من ملاحظات محكمة التّعقيب على مشروع الـمجلّة الذي عرض عليها. فلقد قالت إنّ "الاتّفاقات الـمخالفة للأخلاق الحميدة ولمنع القانون ليست ملزمة. ولا ضرورة لمهاجمتها بواسطة دعوى البطلان، ويكفي أن يُتمسّك ببطلانها ضدّ من يطلب تنفيذها وذلك بواسطة الدّفع، والدّفع دائم"[1128].

ويتساءل "لوران" بعد ما أورد هذا القول "متى إذن يقام بالدّعوى في أجل معيّن؟ (ويجيب) عندما نريد الحصول على بطلان اتّفاق باطل أو قابل للإبطال. ولقد اقترحت محكمة التّعقيب نصّا في هذا الاتّجاه يعدّد الحالات الأكثر شيوعا والتي

[1126] انظر إلى هذا القانون وإلى محتوى فصليه الـمذكورين أعلاه، وذلك عند: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 18.

[1127] "توليي"، م س، ج 7، عدد 526.

"Il n'y a pas même l'apparence d'un contrat, la loi en ayant d'avance prononcé la nullité".

[1128] "لوران"، م س، ج 15، عدد 461.

"Les conventions contraires aux bonnes mœurs ou à la prohibition de la loi ne sont point obligatoires, il n'est pas nécessaire de les attaquer par action en nullité, il suffit d'opposer cette nullité à celui qui en demande l'exécution sous forme d'exception, et l'exception est perpétuelle".

يكون فيها الاتّفاق معيبا: «دعوى البطلان من أجل عدم أهليّة الشّخص الـملتزم، أو من أجل غياب شكليّة اشترطت في التّفويت في أموال القصّر، أو بسبب الغلط أو الإكراه أو التّغرير مدّتها عشر سنوات». ولقد تبنّى مجلس الدّولة هذا النّص ولكن أنقص منه التّعداد لعدم ضرورته أو لخطورته، ومن هنا كان الفصل 1304 الذي يضبط بعشر سنوات سقوط دعوى البطلان"[1129].

فإذا احتفظنا بما سبق وزدنا عليه الفصل 1117 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة الذي يقول إنّ: "الاتّفاق الـمبرم عن غلط أو إكراه أو تغرير ليس باطلا بقوّة القانون، بل هو يفتح الباب لدعوى بطلان أو فسخ لا غير [...]"[1130]، ... إذا فعلنا ما سبق، أمكننا القول إنّ الـمشرّع الفرنسيّ أراد التّفرقة بين صورتين: واحدة ضعيفة، والأخرى قويّة. فأمّا الضّعيفة فهي التي يقام فيها بدعوى البطلان لا غير – والعبارة للفصل 1117 – أي التي يتمّ فيها البطلان بواسطة القاضي لا بواسطة القانون لوحده. وأمّا القويّة فهي التي يكون فيها البطلان بقوّة القانون – والعبارة مرّة أخرى للفصل 1117 – أي بواسطة القانون لوحده، فلا تحتاج للقضاء كواسطة. ونجد في "جوبار" – وفي تقريره الذي قدّمه للمجلس الذي أسّسه دستور سنة

(1129) "لوران"، م س، ج 15، عدد 461.

"Quand donc est-il question d'intenter une action en nullité dans un certain délai ? C'est quand on veut obtenir l'annulation d'une convention nulle ou annulable. La cour de cassation propose une disposition en ce sens, en énumérant les cas les plus usuels dans lesquels la convention est viciée: «l'action en nullité, soit pour cause d'incapacité dans la personne qui s'est obligée, soit pour omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs, soit pour cause d'erreur, de violence ou de dol, dure dix ans». Le conseil d'Etat adopte cette disposition en retranchant l'énumération qui était inutile ou dangereuse ; de là l'article 1304 qui fixe à dix ans la prescription de l'action en nullité".

وعلينا أن نلاحظ أنّ الفصل 1304 نقّح بمقتضى القانون 5/68 الـمؤرّخ في 3 جانفي 1968 وأصبح الأجل خمس سنوات.

(1130) Art. 1117 du Code Civil Français: "La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision […]".

VIII والـمكلّف بمناقشة مشاريع القوانين أمام الهيئة التّشريعيّة التي كان دورها ينحصر في التّصـويت – ما يمكن عدّه إلى جانب ما سبق تعبيرا مباشرا عن نيّة واضع الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. فلقد جاء في هذا التّقرير أنّه: "إذا تعلّق الأمر بالتزام أبرم دون موضوع أو سبب أو لأجل سبب غير جائز، فالـملتزم ليس بحاجة للقيام أمام القضاء لفكّ التزامه"[1131]. ويورد "لوران" ما جاء عند "جوبار" حول الأهليّة والغلط والإكراه والتّغرير ومفاده أنّه يجب القيام بدعوى[1132]. ويختم "لوران" بالرّبط الذي أتى عند "جوبار" لما سبق بالـموروث، وذلك حين قال: "لقد كان من غير الـممكن عدم الاحتفاظ بالتّفرقة القديمة بين الأعمال القانونيّة الـموصوفة خطأ بكونها عقودا والتي لا تنتج أبدا دعاوى، وبين العقود التي حوت التزاما، وحوت من ثمّ مبدأ دعوى. ففي هذه الحالة، لا يمكننا القول إنّه ليس ثمّ التزام، ويجب الاكتفاء بالتّصريح بأنّ الذي أبرم الالتزام يمكنه طلب البطلان"[1133].

يخلص ممّا تقدّم أنّ هنالك عقدا ليس في الحقيقة عقدا، أي هنالك عَدَمٌ أو عقد منعدم، وهو لا يتضمّن التزاما. فإذا لم يكن ثمّ التزام، فليس ثمّ حاجة للقيام أمام القضاء. إلى جانب ما سبق، هنالك عقد هو في الحقيقة عقد، وهو يتضمّن التزاما. فإذا كان ثمّ التزام، فلا بدّ من القيام أمام القضاء لفكّه.

كما يخلص ممّا تقدّم أنّ التّعبير الـمباشر عن نيّة الـمشرّع الفرنسي مفاده من جهة

[1131] "جوبار" حسب "لوران"، م س، ج 15، عدد 461.

"Quand il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'a pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager […]".

[1132] "لوران"، م س، ج 15، عدد 461.

[1133] تقرير "جوبار"، عدد 218 ("لوكري"، ج 6، ص 218 و219) حسب "لوران": م س، ج 15، عدد 461.

"Il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrats et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation, et conséquemment le principe d'une action. Dans ce dernier cas, on ne peut pas dire qu'il n'y avait pas d'obligation, on devait se borner à déclarer que celui qui avait contracté l'engagement en pouvait demander la nullité".

قولاً بعدم ضرورة الدّعوى، أي ببطلانٍ بقوّة القانون لا غير، وذلك في صورة غياب الـموضوع وغيرها؛ ومن جهة أخرى قولاً بضرورة الدّعوى، أي ببطلانٍ يمرّ بواسطة القاضي، وذلك في صورة الغلط وغيرها.

349. — ♦ هذا القول للمشرّع الفرنسي هو الذي صار يُعرف فيما بعد بموقف النّظريّة التّقليديّة. ويعرض "ڤودمي" هذا الـموقف في قالب "قياس شَرطيّ متّصل" تتركّب مقدّمته الأولى من مقدّم (الشّرط)، وهو كون العمل القانوني ولد ميتا؛ ومن تالٍ (الـمشروط)، وهو أنّه لا ضرورة لدعوى[1134]. يقول "ڤودمي": "إذا كان العمل القانوني قد ولد ميتا، فلا دعوى لأنّه لا يبطل (يعدم) الـمعدوم. فالبطلان إذن يوجد بصفة آنيّة حتّى وإن لم يصرّح به القضاء. هذا لا يعني أنّنا لا نكون مجبرين دوما على التّوجّه إلى القضاء لكي يعاين وجود بطلان بقوّة القانون. فالعقد باطل (غير موجود) قانونا، لكن من الـممكن أن يوجد في الظّاهر. فقد تنشأ بمناسبة هذا العمل وضعيّة واقعيّة كأن يسجَّل في سند، أو أن يتمّ تنفيذه. لإنهاء هذه الوضعيّة الواقعيّة، يجب إعدام السّند، أو يجب الحصول على استرداد للأشياء التي أعطِيَت. ولبلوغ ذلك، ينبغي القيام أمام القضاء (استحقاق – استرداد ما دفع وهو غير مستحقّ)، وينبغي إثبات البطلان. هذه الدّعوى مختلفة عن دعوى الإبطال. فهدف تلك ليس إعدام العقد بل معاينة بطلان (انعدام) موجود من قبل. والحكم القضائيّ يعاين البطلان ولا ينشئه. وليس ثمّ حقّا دعوى بطلان هنا. وينتج عمّا سبق أنّه إذا كان العمل باطلا بقوّة القانون، يمكن للأطراف وبصفة آنيّة التّصرّف وكأنّه لم يوجد"[1135].

[1134] القياس الشّرطي الـمتّصل "يتركّب من مقدّمتين: إحداهما مركّبة من قضيّتين قرن بهما صيغة الشّرط (إن كان العالـم حادثا، فله صانع)؛ والأخرى حمليّة واحدة هي الـمذكورة في الـمقدّمة الأولى بعينها (ولكنّ العالـم حادث. وهنا نكون أمام حالة ستثبت التّالي في النّتيجة، وهي حالة الوضع *modus ponens*) أو نقيضها (ولكنّ العالـم ليس له صانع. وهنا نكون أمام حالة تنفي الـمقدّم في النّتيجة وتسمّى حالة الرفع *modus tollens*) ويقرن بها كلمة الاستثناء". الغزالي، م س (معيار العلم في الـمنطق)، ص 137. انظر أيضا لالاند، م س، تحت كلمة: Hypothétique.

[1135] "ڤودمي"، م س، ص 144.

يخلص من هذا الـمقتطف من كلام "ڤودمي" أمران:

أوّلهما: إن كان الالتزام منعدما قانونا، وباطلا مطلقا، وباطلا بقوّة القانون لا غير[1136]، فالدّعوى غير ضروريّة.

ثانيهما: إن كان الالتزام الـمنعدم قانونا موجودا واقعا، فالدّعوى ضروريّة. لكنّ هذه الدّعوى، على حدِّ عبارة "ڤودمي"، ليست مثل دعوى البطلان وليست حقّاً دعوى بطلان.

ويعارض ما سبق، الصّورة التي يوجد فيها الالتزام قانونا، وتضمّ الغلط وغيره. وهنا، لأنّ الالتزام موجود، فلا بدّ من دعوى لإزالته.

بعبارة أخرى: هنالك صورة أولى لعقد لا يحوي التزاما قانونا. وهذه تتفرّع إلى فرعين: فرع العقد الذي لا يحوي التزاما لا قانونا ولا واقعا، وهنا لا حاجة للقضاء. وفرع العقد الذي لا يحوي التزاما قانونا لكن يتضمّن التزاما واقعا، وهنا يُحتاج إلى القضاء. ثمّ هنالك صورة ثانية لعقد يحوي التزاما من وجهة نظر القانون. هنا

"Si l'acte est mort-né [...] il n'y a pas d'action en justice, car on n'annule pas le néant. La nullité existe donc immédiatement, même si elle n'est pas prononcée par la justice. Ceci ne signifie pas qu'on ne soit jamais obligé de s'adresser à la justice pour faire constater une nullité de plein droit. Un acte est nul de droit, mais il peut exister en apparence ; il se peut, qu'à l'occasion de cet acte, un certain état de fait ait été créé, par exemple l'acte nul est constaté par un titre ; ou bien encore il a reçu exécution. Pour faire cesser cet état de fait, il faut faire anéantir le titre, obtenir restitution des choses données en exécution. Il faudra pour cela agir en justice (revendication, répétition de l'indu). Et il faudra prouver la nullité.

Mais cette action est toute différente d'une action en annulation, son but n'est pas de faire anéantir le contrat, mais de faire constater une nullité préexistante. La sentence judiciaire constate la nullité, elle ne la crée pas. Il n'y a pas à proprement parler d'action en nullité. En conséquence, quand un acte est nul de plein droit, les parties peuvent immédiatement se comporter comme si l'acte n'est pas intervenu".

[1136] انظر إلى: "ڤودمي"، م س، ص 142 حيث يستعمل عبارة "باطل بمقتضى القانون لا غير"، وعبارة "باطل مطلقا"، وعبارة "انعدام" على أنّها مترادفة. ثمّ انظره في ص 143 حيث يذكر أنّه وجدت محاولة للتّفرقة بين "الانعدام" و"البطلان الـمطلق"، ولكنّ الذي غلب على النّظريّة التّقليديّة هو جمع هاتين الصّورتين مع بعضهما البعض ليصيرا صورة واحدة تطلق عليها تلك الأسماء الـمختلفة.

أيضا، وبسبب الوجود، لا بدّ من الدّعوى؛ وبسبب الوجود القانوني، لا بدّ من دعوى إبطال.

وتسمّى الصّورة الأولى بطلانا بمقتضى القانون لا غير، لأنّه – حتّى في الفرع الثّاني منها –، وإن كان ثمّ دعوى، فهي ليست دعوى بطلان، لأنّ الالتزام ليس موجودا قانونا، أي أنّ هذا الانعدام القانوني قائم قبل تدخّل القاضي.

أمّا الصّورة الثّانية، فتسمّى بطلانا عن طريق القضاء، لأنّ الالتزام موجود قانونا، وإعدامه يأتي بواسطة القاضي.

ويبدو أنّ ما سبق هو الذي أخذت به مجلّة الالتزامات والعقود.

(ب) عرض الحكم نفسه

350. — يتّجه، وفقا للتّمشّي الـمعتمد في هذا العمل، الابتداء باللغة والانتهاء بالنّيّة. لكن، وبالنّسبة إلى الـمسألة التي نحن بصددها، ستكون النّيّة هي البدء والـمنتهى.

وللوصول إلى النّيّة، ينبغي العودة إلى الـمشروع الـمرَاجع في مراجعه ثمّ في نفسه:

◀ فإذا شرعنا بالـمراجع، وجب الذّهاب خاصّة إلى تلك الـموجودة تحت الفصل 372 (يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 325) وتحت الفصل 377 (يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 330)[1137]:

♦ فأمّا ما وجد تحت النّصّ الأوّل فـ: "أوبري" و"رو" و"لوران" مثلا:

♦♦ والأوّلان – وفي الـمكان الـمشار إليه في الـمشروع الـمرَاجع[1138] – تحدّثا عن حالات عيوب الرّضا وغيرها. وقالا إنّ "البطلان لا يوجد بمقتضى القانون لا غير. ويجب عموما التّصريح به من قِبَل القضاء [...] لكن إذا لم تجتمع في الالتزام

[1137] لم نذهب هنا إلى الـمراجع الجانبيّة لأنّه ثبت لدينا بعد أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تتّبع على صعيد الجزاء ما جاء بالفقه الإسلامي (انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها).

[1138] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، عدد 334 (وبالتّحديد ص 249 الـمتـن والهامش عدد 1).

الشّروط الضّروريّة لوجوده، فعدم نفاذه مستقلّ عن أيّ تصريح قضائي"[1139].

♦♦ والثّاني، أي "لوران"، وأيضا في الـمكان الـمشار إليه[1140]، أكّد على: "وجوب عدم الخلط بين الالتزامات القابلة للإبطال والالتزامات الـمنعدمة [...] (فالأولى) فقط تفتح الباب لدعوى البطلان. أمّا الالتزامات الـمنعدمة، فلا يمكن منطقيّا الـمطالبة بإبطالها لأنّه لا يطلب إبطال الـمعدوم. فإذا ووجِهْتُ بعقدٍ لم أرضَ به، فلي الحقّ بلا ريب في دفعه، لكن لا أطلب من القاضي إبطاله، لأنّ هذا العقد غير موجود، إذ لا عقد دون رضا؛ بل أطلب من القاضي أن يصرّح بأنّه لم يوجد أبدا عقدٌ. ويمكن أيضا أن أبادر وأقوم أمام القضاء لكي يقرّر أنّ هذا العقد الذي قد أواجَه به يوما أو يواجَه به ورثتي ليس له وجود قانوني. والقاضي لن يبطله، بل سيصرّح أنّه فاقد لأحد شروط وجوده ومن ثمّ فهو لا ينتج أيّ أثر [...] (لكن) حين نقول إنّ العمل باطل، فهذا يعني أنّه قابل للإبطال، وأنّه يمكن طلب بطلانه، بل يجب طلب بطلانه لو أنّ الذي يمكنه أن يهاجم العمل لا يريد تنفيذه. وحسب الـمجلّة الـمدنيّة، ليس ثمّ بطلان (يقصد قابليّة الإبطال لعيب في الرّضا وغيره) بمقتضى القانون لا غير، أي بطلان يوجد بواسطة القانون بدون أن يستوجب التّصريح به من طرف القاضي. ولا نعرف إلاّ استثناءً وحيدا صرّح فيه القانون بنفسه أنّ عقدا باطلا (يقصد قابل للإبطال لأنّه وبالنّسبة إليه ثمّ الباطل من جهة والـمنعدم من جهة أخرى) بدون حكم قاض. فحسب الفصل 692 من مجلّة الإجراءات «لا يمكن للمعقول عليه من يوم إعلامه بالعقلة بيع العقّارات. والبيع باطل بدون حاجة إلى التّصريح به». فهذا الاستثناء الوحيد يؤكّد قاعدة أن ليس ثمّ بطلان بدون حكم يصرّح به"[1141].

(1139) "La nullité n'existe pas de plein droit ; elle doit en règle générale, être prononcée par jugement [...] Mais lorsque l'obligation ne réunit pas les conditions nécessaires à son existence, son inefficacité est indépendante de toute déclaration judiciaire".

(1140) "لوران"، م س، ج 18، عدد 528 وما بعده. و"البعد" الذي يهمّ مسألتنا هو عدد 531.

(1141) "لوران"، م س، ج 18، عدد 531 و532.

♦ فإذا مررنا الآن إلى ما وُجد تحت النّص الثّاني (أي تحت الفصل 377 من الـمشروع الـمراجَع والذي يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 330)، عثرنا مثلا على الفصل 1304 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. ولقد سبق أن ثبت لدينا(1142) أنّ الـمشرّع الفرنسي أراد التّفرقة بين: من جهة عقد الالتزام فيه غير موجود قانونا، وهذا إمّا أن يكون الالتزام فيه غير موجود واقعا وهنا لا حاجة لدعوى، وإمّا أن يكون الالتزام فيه موجودا واقعا، وهذا يحتاج إلى دعوى ولكنّها ليست دعوى للإبطال، لأنّ هذا الإبطال حاصل بمقتضى القانون لا غير. ومن جهة أخرى عقد الالتزام فيه موجود قانونا وهذا يحتاج إلى دعوى للإبطال لو أنّ من له حقّ مهاجمته يريد أن لا ينفّذه، وهذا الإبطال كما يرى يحصل بمقتضى القانون

"Il ne faut pas confondre les obligations annulables avec les obligations inexistantes […] les actes nuls donnent seuls lieu à une action en nullité. Quant aux actes inexistants, on ne peut logiquement en demander l'annulation, car on ne demande pas la nullité du néant. Si l'on m'oppose un contrat auquel je n'ai pas consenti, j'ai sans doute le droit de le repousser ; mais je ne demanderai pas au juge de l'annuler, car ce contrat n'existe pas, puisqu'il n'y a pas un contrat sans consentement ; je demanderai que le juge déclare qu'il n'y a jamais eu de contrat. Je puis aussi prendre l'initiative, en agissant en justice pour qu'il soit décidé que le contrat que l'on pourrait un jour opposer à moi ou à mes héritiers n'a pas d'existence légale. Le juge ne l'annulera pas, il déclare qu'il manque de l'une des conditions requises pour son existence et que, par suite, il ne peut produire aucun effet […] Quand on dit qu'un acte est nul, cela veut dire qu'il est annulable, que la nullité en peut être demandée ; et elle doit être demandée si celui qui a le droit d'attaquer l'acte ne veut pas l'exécuter. D'après le code civil, il n'y a pas de nullité de plein droit, c'est à dire de nullité qui existe en vertu de la loi et sans qu'elle doive être prononcée par le juge. Nous ne connaissons qu'un seul cas dans lequel la loi elle-même déclare l'acte nul sans qu'il faille une sentence du juge. Aux termes de l'article 692 du code de procédure, «La partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer». Cette unique exception confirme la règle: il n'y a pas de nullité sans jugement qui la déclare".

(1142) انظر الفقرة عدد 346 وما بعدها.

وبدءًا من قضاء الحاكم به.

والـمراجع الواردة أعلاه تعدّ تعبيرا مباشرا عن نيّة أصحاب الفصول 372 و377 من الـمشروع الـمرَاجع. وعليه يمكن القول إنّ نيّة هؤلاء اتّجهت إلى وضع ما هو موجود بالقانون وبفقه القانون الفرنسي.

◀ وإنّ النّصوص (أي الـمشروع في نفسه) جاءت عاكسة لتلك النّيّة. فقد ورد العنوان السّادس "في بطلان (nullité) وفسخ (rescision) الالتزامات" متكوّنا من فصلين (chapitres):

أوّلهما لبطلان الالتزامات. ونجد هنا الـمادّة (article) 372، وقد استعملت عبارة باطل بمقتضى القانون لا غير (nulle de plein droit)، ولم تَرِد فيها قطّ لفظة دعوى. وكذا الشّأن بالنّسبة إلى الـمواد (articles) 373 و374 و375 و376 التي جاءت في إطار نفس الفصل (chapitre)، والتي خلت بدورها من تلك الكلمة.

وثانيهما لفسخ الالتزامات، وفي هذا الفصل (chapitre) نجد الـمادّة (article) 377 و380 و381 و382 و384 وكلّها استعملت لفظة الدّعوى.

يخلص من كلّ ما تقدّم أن بالإمكان القول إنّ نيّة أصحاب الـمشروع الـمرَاجع قد اتّجهت نحو تبنّي الحلول الفرنسيّة على مستوى مسألة مدى ضرورة القيام بالدّعوى.

فإذا علمنا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود نقلت ذلك العنوان السّادس بحذافيره تقريبا (وصار سادسا عندها أيضا)، أمكن نقل ما قيل عن الـمشروع الـمراجَع إلى تلك الـمجلّة.

وما قيل عن هذه الـمسألة ينبئ بعد بما سيقال عن لاحقتها ولاحقة لاحقتها. لكن لنهتمّ باللاحقة أوّلا.

الفقرة 2. عرض الحكم الـمتعلّق بمسألة من يثير البطلان

351. — سنحاول هنا أيضا عرض مصدر الحكم (أ)، فعينه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

352. — رأينا سابقا أنّ قول الـمشرّع الفرنسي هو الذي صار يُعرف فيما بعد بموقف النّظريّة الكلاسيكيّة[1143]. وفي هذه النّظريّة نجد أيضا، في الـمسألة التي نحن بصددها، "قياسا شرطيّا متّصلا". لكن الذي تغيّر مقارنة بالـمسألة الأولى هو "التّالي"[1144]. فلقد تمثّل التّالي في الـمسألة الأولى في عدم ضرورة الدّعوى، أمّا هنا فسيتمثّل في أمر آخر. والقياس ورد على لسان "ڤودمي" وهو يعرض النّظريّة الكلاسيكيّة. ولقد قال: "إن كان العمل القانوني ولد ميتا [...] فكلّ معنيّ يمكنه إثارة البطلان: ليس ثمّ شيء تجاه أيّ شخص"[1145].

ولعلّ قارئ هذه القضيّة سيسأل: من هذا "الـمعنيّ"؟ وجواب هذا السّؤال يتجاوز نطاق عملنا. لكن سنشير- بالقدر الذي تستدعيه الـمقارنة بالفقه الإسلامي - إلى أنّه يُتحدّث عن الـمتعاقدين[1146] ومن هم مثلهم، أي الخلف العامّ والخلف

[1143] انظر الفقرة عدد 348.

[1144] انظر الفقرة عدد 348.

[1145] "ڤودمي"، م س، ص 144.

"Si l'acte est mort-né [...] tout intéressé peut invoquer la nullité: il n'y a rien à l'égard de personne".

[1146] وقاعدة "لا يمكن أن يسمع في القضاء شخصا يثير دناءته" (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) لا تمنع من القيام بالدّعوى، بل تحول دون الاسترداد (انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 396).

وعلى كلّ انظر إثباتا لعدم وجود هذه القاعدة في مجلّة الالتزامات والعقود:

بدري (مالك)، مجلّة الالتزامات والعقود وقاعدة لا يمكن أن يسمع في القضاء شخصا يثير دناءته، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2003 – 2004.

BADRI (Malek), Le Code des obligations et des contrats et la maxime « *Nemo auditur…* », Mémoire, Faculté de Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 2003–2004.

الخاصّ[1147]. ويقول "لوران" إنّ كلّ من يعارض بالعقد يمكنه أن يقول إنّه غير موجود. ويشير الفقيه إلى أنّ هذا أثر منطقيّ للقول بأنّ العقد لا ينتج أثرا[1148].

أمّا إذا كنّا أمام قابليّة بطلان، فالدّعوى – وعلى لسان "لوران" دائما – لا يقوم بها إلاّ الـمتعاقد الذي قضى القانون لصالحه بالبطلان[1149].

وإنّ قائمة الأشخاص غير الـمحدّدة والواسعة في الصّورة الأولى هي التي أوجدت وصف البطلان بالـمطلق، كما أنّ حصر وقصر القائمة على بعض الأشخاص في الصّورة الثّانية هو الذي جعل بطلان هذه الصّورة يوصف بالنّسبي[1150].

ويبدو أنّ هذه الحلول هي التي أرادتها مجلّة الالتزامات والعقود.

(ب) عرض الحكم نفسه

353. — هنا أيضا سنبدأ بالتّعبير الـمباشر عن النّيّة، وبالتّحديد بالحاشية التّحتيّة للفصل 372 من الـمشروع الـمرَاجع. في هذه الحاشية جاءت إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان[1151] قالا فيه:

أوّلا، وهما يتحدّثان عن الـمحجور عليه قضائيّا وعن الزّوجة وغيرهما حين

[1147] يتحدّث أيضا عن الدّائنين العاديّين لأحد الـمتعاقدين الذين يمكنهم القيام لإبطال العقد عن طريق الدّعوى الـمنحرفة (action oblique) لو أنّ هذا العقد يلحق بهم ضررا. ويتحدّث عن إقصاء الغير. لكن يلاحظ أنّ هذا الغير قد يكون معنيّا بالإبطال. نعم العقد لا يلزمه، لكن، وبوصفه واقعة، يعارض به. لذا يمكن للغير، وللتّخلّص من الآثار غير الـمباشرة لهذه الـمعارضة، أن تكون لهم مصلحة من الإبطال. لكن يجب أن تكون مصلحته مرتبطة ارتباطا وثيقا بالبطلان (مثال من يقوم بدعوى استحقاقيّة ويتمسّك ضدّه بالتّقادم الـمكسب بالاستظهار بعقد بيع، فهو "غيرٌ" هنا، ولكن من مصلحته إبطاله). ويتحدّث عن النّيابة العموميّة، ولكن مع حصر تدخّلها في مادّة عدم جواز الـموضوع والسّبب (انظر مثلا: إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 396 و397).

[1148] "لوران"، م س، ج 15، عدد 455.

[1149] "لوران"، م س، ج 15، عدد 455.

ويقول "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" (م س، عدد 395) إنّ من قضي بالبطلان لصالحهم هم: القاصر، ومن كان رضاه معيبا، ومن يتبعونهم: ممثّلهم القانوني/ خلفهم العامّ/ دائنوهم عن طريق الدّعوى الـمنحرفة/ خلفهم الخاص/ الغير الذي يشترط رضاه بالعقد.

[1150] انظ ر: "لوران"، م س، ج 15، عدد 458. انظر كذلك: الفقرة عدد 323.

[1151] "أوبري" و"رو"، م س، عدد 334.

يتعاقدون بدون إِذْن، إنّ "البطلان ليس إلاّ نسبيّا، ولا يمكن أن يقترحه الأشخاص الذين تعاقد معهم القاصر"[1152].

وثانيا، وهما يتحدّثان عن عدم احترام الشّكليّات المقرّرة لمصلحة القصّر والمحجور عليهم، إنّ "البطلان ليس [...] إلاّ نسبيّا، بمعنى أنّه لا يمكن أن يقترحه [...] الطّرف الآخر"[1153].

وثالثا إنّ "الالتزامات الاتّفاقية التي رُضِيَ بها عن غلط أو عن إكراه أو عن تغرير جزاؤها البطلان [...] وهنا أيضا البطلان ليس إلاّ نسبيّا، ولا يمكن اقتراحه إلاّ من الطّرف الذي كان رضاه معطى عن غلط، أو مغتصبا بالإكراه، أو مأخوذا على تغرير"[1154].

ثمّ أضافا إنّ: "دعوى البطلان تنتقل في هذه الفرضيّات الثّلاث التي تمّ تعدادها أعلاه إلى الورثة والخلف العامّ للشّخص الذي فُتحت الدّعوى لمنفعته، بل يمكن أيضا أن يقوم بها دائنو هؤلاء بمقتضى الفصل 1166"[1155].

ويمكن القول إنّ ما استخرج للتّوّ هو نيّة لواضع مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى الأشخاص الذين يمكنهم القيام بدعوى البطلان النّسبي. وهي نيّة أيضا – باعتبار أنّ الحلّ السّابق يندرج في إطار منظومة معيّنة – على مستوى الأشخاص الذين يمكنهم القيام بدعوى البطلان المطلق.

(1152) "La nullité n'est que relative ; et elle ne peut être proposée par les personnes avec lesquelles l'incapable a contracté".

(1153) "La nullité n'est […] que relative, en ce sens qu'elle ne peut être proposée […] par l'autre partie".

(1154) "Les obligations conventionnelles, consenties par suite d'erreur de violence ou de dol, sont frappées de nullité […] Dans ce cas encore, la nullité n'est que relative, et ne peut être proposée que par la partie dont le consentement a été donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol".

(1155) "L'action en nullité passe, dans les trois hypothèses ci-dessus énumérées, aux héritiers et successeurs universels de ceux au profit desquels elle est ouverte. Elle peut même être exercée par les créanciers de ces derniers, en vertu de l'art 1166 ".

354. — والقول بوجود النّيّة الأولى وبداخلها النّيّة الثّانية على حكم عامّ يهمّ مسألة من يثير البطلان يمكن تدعيمه بمجموعة من النّصوص التي حوت هذا الحكم في موادّ خاصّة:

فالفصل 8 من مجلّة الالتزامات والعقود قال إنّ الصبيّ الـمميِّز والسّفيه يمكنهما طلب البطلان النّسبي.

والفصل 10 أعطى هذه الإمكانيّة للوليّ وللمولّى عليه.

والفصل 14 رفض إعطاء حقّ القيام لمن له أهليّة ضدّ من ليست له أهليّة بسبب كون هذا ليست له أهليّة.

والفصل 1475 قال إنّه إذا كان سبب البطلان عدم أهليّة أحد الطّرفين فلا يحتجّ به إلاّ القاصر.

أمّا الفصل 566 فقال، فيما يخصّ البطلان الذي أسمته صياغته الفرنسيّة بذلك الذي يكون بمقتضى القانون لا غير، إنّه يمكن القيام من كلّ من له مصلحة – وفي الصّياغة الفرنسيّة نجد نفس العبارة التي اعترضتنا في السّابق في إطار النّظريّة التّقليديّة وهي عبارة "كلّ معنيّ" (tout intéressé) – ونجد إنّه يمكن للقاضي أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه.

على هذا يمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود، وإن لم تحو نصّا فيه حكم عامّ يهمّ مسألة من يثير البطلان[1156]، إلاّ أنّها أرادت تبنّي ما جاء في النّظريّة الكلاسيكيّة.

وإرادة تبنّي هذه النّظريّة نجدها أيضا على مستوى مسألة الإمضاء.

[1156] قارن مع: الزّين (محمّد)، م س، عدد 273 وما بعده؛ بسرور (نور الدّين)، م س، عدد 153 وما بعده.

الفقرة 3. عرض الحكم الـمتعلّق بمسألة الإمضاء

355. — هنا أيضا سنبدأ بمصدر الحكم (أ)، ثمّ ننتهي بالحكم نفسه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

356. — سنحاول هنا التّعرض إلى ما أرادته الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، ثمّ إلى قول ما يسمّى بالنّظريّة الكلاسيكيّة:

357. — ◀ أمّا ما أرادته الـمجلّة، فيعرف بالتّعبير عنه. وهذا التّعبير يتمثّل في الأعمال التّحضيريّة. ولقد جاء في الـمشروع الذي وضعه مجلس الدّولة أنّ إمضاء عمل باطل جذريّا (radicalement nul) لا يصحّ إلاّ إذا تضمّن محتوى ذلك العمل وسبب البطلان وإرادة جبر هذا البطلان. وعبارة الباطل جذريّا كانت مستعملة من قِبَل الفقهاء القدامى للتّدليل على حالات الانعدام. لذا، وحين وصل الـمشروع إلى الـمجلس الـمكلّف بمناقشة الـمشاريع (Le tribunat) (وخشية من هذا الـمجلس من أن تؤخذ تلك العبارة في ذلك الـمعنى عند القدامى، ومن ثمّ من أن يفهم القانون على أنّه قبِل إمضاء العقود الـمنعدمة)، طلب هذا الـمجلس تغيير الصّياغة قائلا: "يجب وضع النّص بطريقة يكون الفصل فيها واضحا بين البطلان الذي لا يقبل إصلاحا، والبطلان الذي يقبله"[1157]. واقترح القسم التّشريعي من الـمجلس نصّا يقول إنّ "الالتزامات الـمبرمة من قبل غير البالغين أو لسبب غير جائز لا يمكن إمضاؤها لا صراحة ولا ضمنا. وبالنّسبة إلى بقيّة الأعمال التي يمكن أن يلحقها بطلان قال به القانون، فإمضاؤها يؤدّي إلى التّنازل عن الوسائل

[1157] "جوبار"، التّقرير، عدد 218 ("لوكري"، ج 6، ص 218 و219) حسب: "لوران"، م س، ج 15، عدد 462. وإنّنا هنا – وأيضا فيما سبق وحين عرضنا الأعمال التّحضيريّة للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة – لم نفعل إلاّ أن نقلنا بطريقة تكاد تكون حرفيّة ما جاء عند "لوران".

"Il faut […] une disposition conçue de manière que la ligne de démarcation soit bien clairement tracée entre les nullités irréparables et celles qu'on peut réparer".

والاعتراضات التي يمكن القيام بها ضدّها"[1158]. لكنّ هذه الصّياغة لم تقبل. ثمّ حصل اجتماع بين الأقسام التّشريعيّة لمجلس الدّولة وللمجلس الـمكلّف بمناقشة الـمشاريع، وتمخّض عن صياغة للمشروع الأوّل في اتّجاه هو الذي سيصير فيما بعد محتوى الفصل 1338 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، فاختفت عبارة الباطل جذريّا وعوّضتها عبارة ما يقبل القانون إبطاله أو فسخه، وتعني القابل للإبطال لأنّه "حيث ليس ثمّ اتّفاق، لا يمكن الحديث عن دعوى إبطال ومن ثمّ عن إمضاء"[1159].

ولقد عبّر كلّ من "جوبار" – وهو مقرِّرٌ وخطيبٌ في الـمجلس الـمكلّف بمناقشة الـمشاريع – و"موريكو" – وهو خطيبٌ بنفس الـمجلس – عمّا أراده الـمشرّع. فقال الأوّل: "هنالك فكرة صحيحة وبسيطة [...] هي أنّه لا يُمضى إلاّ ما وُجِد حقّاً وإن كانت تنقصه القوّة بسبب عيب ما. وينتج عن هذا أنّه لا يمكن بأيّ حال إمضاء الالتزامات الـموهومة التي لم يعترف القانون أبدا بوجودها. فالقانون صرّح أن ليس ثمّ اتّفاق بدون موضوع أو سبب جائز. في هذه الصّورة لا يمكن أن يكون هنالك إمضاء. أمّا بالنّسبة إلى الأعمال التي لم يقبل القانون ضدّها إلاّ طريقة الفسخ، فإنّها قابلة للإمضاء"[1160]. وقال الثّاني، أي "موريكو"، إنّ: "الإمضاء لا يمكن

[1158] "لوران"، م س، ج 15، عدد 462.

"Les engagements contractés par les impubères ou pour cause illicite ne peuvent être confirmés, soit, tacitement, soit expressément. A l'égard de tous autres actes qui pourraient être frappés de quelqu'une des nullités prononcées par la loi, la confirmation de ces actes emporte la renonciation aux moyens et aux exceptions que l'on pourrait opposer contre eux".

[1159] "لوران"، م س، ج 15، عدد 462.

"Là où il n'y a pas de convention, il ne peut être question d'une action en nullité ni, par conséquent, de confirmation".

[1160] "جوبار"، التّقرير، عدد 24 ("لوكري"، ج 6، ص 231) حسب: "لوران"، م س، ج 15، عدد 462.

"Une idée vraie et simple [...] c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut en aucune manière confirmer de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence. La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir convention sans objet

أن يصحِّح أبدا اتّفاقات لا يعترف القانون بوجودها ومن ثمّ لا تلزم أحدا. هذه حال الاتّفاقات التي موضوعها شيء وُضِع خارج التّجارة، والتي ليس لها سبب، أو التي ليس لها إلاّ سبب خاطئ أو غير جائز. أمّا الأعمال التي لدينا فقط خيار مهاجمتها عن طريق البطلان والتي تلزم على الأقلّ أحد الأطراف، فيمكن بفائدة إمضاؤها"[1161].

ممّا تقدّم يخلص أنّ الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة أرادت صورا لا يمكن فيها الإمضاء، وصورا أخرى يمكن فيها الإمضاء. وهذه جاءت بالفصل 1338 الذي تأثّر محتواه بعمل مجلس الدّولة والـمجلس الـمكلّف بمناقشة الـمشاريع. ومن محتواه أنّ الإمضاء تنازل عن الإبطال. والصّورة هنا لعقد موجود قانونا، ومن ثمّ يمكن إبطاله أو التّنازل عن إبطاله. أمّا الصّورة الأولى فلعقد غير موجود قانونا. وحتّى إن وجد واقعا، فالدّعوى ليست في الحقيقة لإبطاله[1162]. فإذا لم تكن ثمّ دعوى للإبطال، فلن يكون ثمّ تنازل عن هذه الدّعوى.

358. — ◄ هذه الطّريقة في التّفكير هي التي سنجدها فيما بعد تحت اسم النّظريّة الكلاسيكيّة. ولقد عرضها "ڤودمي" – وهذا قلناه سابقا – في قالب "قياسٍ

---

ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à confirmation. Pour ce qui est des actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la rescision, ils sont susceptibles d'être confirmés".

[1161] "موريكو"، الخطاب، عدد 52 ("لوكري"، ج 6، ص 256) حسب: "لوران"، م س، ج 15، عدد 462.

"La confirmation ne peut jamais valider les conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence et qui, en conséquence, ne lient personne: telles sont les conventions qui ont pour objet une chose mise hors du commerce, celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité et qui du moins obligent l'une des parties, ils peuvent être utilement confirmés".

وعلينا أن نلاحظ أنّ الخطب الـمقام بها أمام الهيئة التّشريعيّة تعبّر عن رأي صاحبها ولا تترجم دائما ما أراده الـمشرّع، وذلك خلافا للتّقارير التي تقدّم باسم القسم التّشريعي لا بوصفها عملا فرديّا ("لوران"، م س، ج 15، عدد 463).

[1162] انظر الفقرة عدد 345 وما بعدها وخاصّة الفقرة عدد 349.

شَرْطِيّ متّصل"، فقال: "إن كان العمل وُلِد ميتا [...] فليس ثمّ إمكانيّة للإمضاء. فالعدم لا ينتج شيئا. وما لم يكن حيّا لا يمكن إحياؤه "[1163].

ويبدو أنّ هذه النّظريّة وذلك الذي أراده الـمشرّع الفرنسيّ[1164] هو الذي نقل إلى مجلّة الالتزامات والعقود.

(ب) عرض الحكم نفسه

359. — ◀ لو نظرنا إلى الـمشروع الـمرَاجع، لوجدنا الفصل 376 من جهة، والفصلين 384 و385 من جهة أخرى:

♦ فأمّا الفصل 376 فينصّ على أنّ "إمضاء التزام باطل بمقتضى القانون لا غير لا يساوي إلاّ التزاما جديدا، ومن تاريخ الإمضاء لا غير، وذلك في الحالات التي سمح فيها القانون به"[1165].

ومن ينظر إلى الحاشية التّحتيّة لهذا الفصل 376 من الـمشروع الـمراجَع، يجد

[1163] "ڤودمي"، م س، ص 144.

"Si l'acte est mort-né [...] il n'y a pas possibilité de confirmation: le néant ne peut rien produire. Ce qui ne vit pas ne peut être appelé à la vie".

[1164] انظر إلى تفاصيل الإمضاء وإلى تفاصيل شروطه عند: "لوران"، م س، ج18 ، عدد 558 إلى عدد 667. وإنّ ما ورد هنا (وأيضا في الـمراجع الأخرى الـمستعملة في وضع فصول الـمشاريع الخاصّة بمنع الإمضاء وبقبوله) يوضّح لنا ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود. لكنّ الخوض فيه يتجاوز حدود عملنا، وهو لمرتبة جزاء ولأثرها في ذاته لا لمحتوى هذا الأثر.

[1165] Article 376: "La confirmation d'une obligation nulle de plein droit ne peut valoir que comme obligation nouvelle, et seulement à partir de la date de la confirmation, dans les cas où elle est permise par la loi".

ولقد عمدنا إلى التّرجمة الخاصّة للإبقاء على عبارة "باطل بمقتضى القانون لا غير" وذلك لكي يكون ما هو موجود هنا تابع لما سبق من تعابير، ويمكن هنا أن نقدّم ما جاء في التّرجمة الكاملة وفي التّرجمة النّاقصة:

فأمّا الأولى فقالت: "إمضاء الالتزام الباطل من أصله لا يصحّ إلاّ بمثابة التزام جديد تاريخه تاريخ الإمضاء وذلك في الصّور التي يبيح القانون فيها الإمضاء".

وأمّا الثّانية فنصّت على أنّ "رجوع التّعهّد الباطل إلى الصّحّة بتحريره في رسم آخر على الوجه اللازم لا يجوز إلاّ إن سوّغه القانون ولا يعتبر إلاّ كتعهّد جديد ولا يؤثر إلاّ من تاريخه".

"أوبري" و"رو" مشارا إليهما في مكان فرَّقا فيه بين الإمضاء وعدّة أشياء قريبة منه[1166] من ضمنها التّجديد، فقالا إنّ: "أثر التّجديد هو إنشاء التزام جديد بدلا عن القديم؛ أمّا الإمضاء، وعلى خلاف ذلك، فموضوعه الإصلاح لا غير لعيوب الالتزام الذي همّه ذلك الإمضاء. وهو لا يأتي بشيء جديد"[1167].

♦ وأمّا الفصلين 384 و385 من الـمشروع الـمراجَع فقالا بالإمضاء في إطار ما وجدنا سابقا أنّه البطلان النّسبي. ويستخلص من النّصّ الثّاني أنّ هذا الإمضاء له مفعول رجعيّ. أمّا النّصّ الأوّل فقال مباشرة إنّ من الشّروط نيّة إصلاح العيب.

360. — ◄ بعد ذلك جاءت مجلّة الالتزامات والعقود. وكان وارث الفصل 376 من الـمشروع هو الفصل 329 من الـمجلّة. لكنّ هذا الفصل 329 قال إنّ "إمضاء الالتزام الباطل (بمقتضى القانون لا غير) [...] لا عمل عليه"[1168]. بعبارة أخرى ترك النّصّ مسألة التّجديد[1169]، وتحدّث عن الإمضاء وقال إنّه غير ذي أثر. وهذا موقف وجدنا أنّه أريد في الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، وقالت به النّظريّة الكلاسيكيّة. فإذا مررنا الآن إلى ورثة الفصلين 384 و385 من الـمشروع الـمرَاجَع، وجدنا أنّهما الفصلان 337 و338 من مجلّة الالتزامات والعقود. لكنّ هذين

[1166] هي التّنازل عن حقّ (الإمضاء تنازل وليس كلّ تنازل إمضاءً)، والإقرار بالتزام (الاعتراف بالتزام لا يتضمّن نيّة إصلاح العيب) وإجازة ratification التزام وقع القيام به باسم الغير دون توكيل منه (والـملاحظ أنّ الفصل 1338 فرنسي يستعمل لفظة confirmation وratification على أنّهما مترادفتان، وكذلك الفصلان 337 و338 من مجلّة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسيّة).

[1167] "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، عدد 337، ص 261، الهامش عدد 3.

"L'effet de la novation est de créer une obligation nouvelle en remplacement de l'ancienne ; la confirmation, au contraire, a seulement pour objet de réparer les vices de l'obligation à laquelle elle se rapporte: *confirmatio nil dat novi*".

ولقد ترجمنا الجملة اللاتينيّة الـموجودة بهذا الـمقتطف بالاعتماد على: "رولان" و"بوايي"، م س (الأقوال الـمأثورة في القانون الفرنسي)، ص 107 حيث قالا إنّها تعني: la confirmation n'apporte rien de nouveau

[1168] لاحظنا في مناسبات سابقة أنّ هنالك بعض التّغييرات التي حصلت للمشروع الـمرَاجع والتي نكتشفها حين نقرأ مجلّة الالتزامات والعقود.

[1169] إذن هذه الـمسألة ستستقرّ بالفصل 357 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود.

الوارثين، على خلاف الوارث الـمتحدّث عنه سابقا، قد أخذا تقريبا كلّ ما كان عند الـمورِّث[1170]. هذا الـمورّث هو بدوره وارث للمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. وإنّ القارئ ليتلمّس فيه – ومن ثمّ في مجلّة الالتزامات والعقود – آثار ما قيل في مجلس الدّولة الفرنسي أو في الـمجلس الـمكلّف بمناقشة الـمشاريع[1171]. فعبارة ما يقبل القانون إبطاله موجودة في الفصل 337 كما اقتُرِح أن توجد في الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة. واشتراط أن يكون كتب الإمضاء متضمّنا لمحتوى العمل القانوني ولسبب البطلان ولإرادة جبر هذا البطلان – والذي اقترحه مجلس الدّولة الفرنسي لكي يوجد في الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة – وَجد في الفصل 337 من مجلّة الالتزامات والعقود أيضا أذنا صاغية. وعلى كلٍّ من يقرأ الفصل 337 من مجلّة الالتزامات والعقود، فكأنّه يقرأ الفقرة الأولى من الفصل 1338 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة؛ ومن يقرأ الفصل 338 من مجلّة الالتزامات والعقود يخال نفسه – لولا بعض الاختلافات الطّفيفة – بصدد قراءة الفقرة الثّانية والثّالثة من الفصل 1338 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة.

بعبارة أخرى اتّبع النّصّ التّونسي ما جاء في الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، أي اتّبع ما سيُعرف لاحقا بالنّظريّة الكلاسيكيّة.

بهذا التّحديد لحكم مجلّة الالتزامات والعقود، يمكن الـمرور إلى الـمرحلة الـموالية، مرحلة التّقييم.

الـمبحث الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود

361. — إنّ محاولة التّقييم – وبالنّظر إلى القضيّة التي نبحث عن ثبوت صحّتها أو عن ثبوت خطئها – تستدعي الإتيان بالفقه الإسلامي. وفي الفقه الإسلامي نجد

[1170] باستثناء الجملة الأخيرة من الفصل 385 من الـمشروع التي تقول إنّ الغير حسن النّيّة الذي اكتسب حقوقا قبل الإمضاء لا يتضرّر منه. أمّا آخر جملة من الفصل 338 من مجلّة الالتزامات والعقود فترسلنا إلى الفصل 336، وهذا يرسلنا إلى غيره ليقول لنا هذا الغير الشّيء نفسه (انظر إلى الفصل 488).

[1171] انظر الفقرة عدد 357.

الآثار الثّلاثة التي وجدناها في مجلّة الالتزامات والعقود. وهي آثار لمراتب الـمؤيِّدات. وإنّا حين نجد هذه الآثار في الفقه نجدها في سياق. أمّا في مجلّة الالتزامات والعقود فسياقها مختلف. لذا ينبغي تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود في ذاته (الفقرة 1) ثمّ تقييم حكمها في سياقه (الفقرة 2).

الفقرة 1. تقييم الحكم في ذاته

362. — سنحاول هنا تقييم[1172] حكم مجلّة الالتزامات والعقود الـمتعلّق بكلِّ واحد من آثار مراتب الـمؤيِّدات.

(أ) تقييم الحكم الـمتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى

363. — يستدعي التّقييم - بالنّظر إلى الفكرة التي تحكم هذا العمل - إحضار ما قاله الفقه الإسلامي حول هذه الـمسألة. لكن قبل ذلك ينبغي التّذكير بما قيل عن مراتب الـمؤيِّدات في إطار الغلط، وهنا سنذكر الحنفيّة ثمّ الـمالكيّة ثمّ ما اقترحه فقيه معاصر:

فأمّا الحنفيّة فرأيناها تقول، فيما يخصّ الذّاتيّات وغير الذّاتيّات مع تفاوت فاحش، بأنّ العقد باطل[1173]. لكن وجدنا رأياً داخلها يقول بأنّ العقد فاسد[1174]. وتقول الحنفيّة، فيما يخصّ غير الذّاتيّات مع تفاوت غير فاحش، بعدم اللزوم[1175].

بالنّسبة إلى الـمالكيّة، يقول السّنهوري إنّهم يسوّون بين كلّ العيوب ويضعونها في إطار العقد غير اللازم[1176].

[1172] قرّب هذا التّقييم ممّا يتحدّث عنه اليوم خاصّة في مادّة قانون الاستهلاك (droit de la consommation).

[1173] انظر الفقرة عدد 293. ويمكن أن نلحق هنا الغلط في طبيعة العقد: انظر الفقرة عدد 294.

[1174] انظر الفقرة عدد 296 وما بعدها.

[1175] انظر الفقررة عدد 332 وما بعدها.

[1176] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 281.

لكنّ هذا الفقيه اقترح وضع صور العيوب داخل العقد الـموقوف[1177].

ـ فإذا بدأنا بالباطل، وجدنا حديثا عن كونه ليس له وجود شرعي، وأنّه إن نفّذ وجب الرّدّ وإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وأنّه يمكن أن ينتج أثرا كواقعة مادّيّة مثل انتقال الضّمان إلى الـمشتري[1178]، إلى غيرها من الأحكام[1179] التي سنعود إليها والتي تهمّ الـمسألتين الـمواليتين. لكن لا نجد حديثا مباشرا عن مسألة ضرورة الدّعوى وإن كان يمكن استنتاج كونها ليست وجوبيّة وذلك من عدّة وجوه منها ما جاء حول العقد الفاسد.

ـ فلقد قيل في شأن هذا العقد إنّ الفسخ "لا يحتاج إلى قضاء القاضي. ويكفي أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أيّة عبارة في هذا الـمعنى، فينفسخ العقد. وليس من الضّروري أن يكون الفسخ بالقول، فأيّ فعل يدلّ على نيّة الفسخ يكفي، كما لو استأجر الـمشتري الـمبيع من البائع أو باع البائع الـمبيع من مشتر آخر. وكلّ ما يشترط لصحّة الفسخ – عند أبي حنيفة ومحمّد – أن يكون بمحضر من العاقد الآخر، أمّا عند أبي يوسف فالفسخ جائز حتّى في غيبة العاقد الآخر. والسّبب في أنّ الفسخ يتمّ دون حاجة إلى قضاء به أنّ العقد الفاسد إنّما استحقّ الفسخ حقّا لله عزّ وجلّ لما في الفسخ من رفع الفساد"[1180].

ـ فإذا مررنا إلى العقد الـموقوف، متّبعين موقف السّنهوري من عيوب الإرادة، وجدنا أنّ العقد: "منعقد في حقّ العلّة، ولكن يمنع من نفاذه عدم تمام العلّة، وذلك إلى أن تلحقه الإجازة. ولمّا كان العقد الـموقوف غير تامّ العلّة فالصّفقة إذن لم تتمّ. فلا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض"[1181].

ـ فإذا انتقلنا إلى غير اللازم، وجب: أوّلا أن نعرّف الخيار، وثانيا أن نمرّ إلى ما يهمّنا

[1177] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص281.

[1178] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 137. وفي إطار هذا الحديث نجد "فتح القدير" يحدّثنا عن مثال النّوع.

[1179] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 132 وما بعدها وص 267 وما بعدها.

[1180] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 157.

[1181] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 282. انظر أيضا: أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 245.

منه (وذلك على الـمستوى الذي نحن بصدده)، وثالثا أن نقارن بينه وبين الفسخ الذي وجدناه بالفصل 647 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود:

فأمّا تعريف الخيار، فهو: "أن يكون الإنسان مخيّرا بين تنفيذ العقد وفسخه"[1182].

والخياران اللذان اعتنى بهما الفقه الإسلامي على مستوى الـمادّة التي نحن بصددها هما الرّؤية والعيب:

والأوّل يمنع تمام الحكم[1183] ولا يمنع انعقاد العلّة ولا تمامها ولا انعقاد الحكم (النّفاذ)، وهو "يمنع تمام الحكم حتّى بعد القبض. فالصّفقة إذن لم تتمّ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته الـمنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض"[1184].

والثّاني – ويهمّنا أكثر من سابقه[1185] – لا يمنع انعقاد العلّة ولا تمامها ولا انعقاد الحكم ولا تمامه ولكن يمنع لزومه[1186] "قبل القبض. فالصّفقة إذن لم تتمّ قبل القبض، وتتمّ بعد القبض. فيستطيع من له الخيار، قبل القبض، نقض العقد بإرادته الـمنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. أمّا بعد القبض، وقد تمّت الصّفقة، فلا يستطيع من له الخيار إلاّ فسخ العقد. ولا بدّ للفسخ من التّراضي أو التّقاضي"[1187].

[1182] حيدر (علي)، م (درر الحكّام)، ج 1، ص 110 تحت الـمادّة 116.

[1183] أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 246.

[1184] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 283.

[1185] يلاحظ أنّ الفقهاء لم يهتمّوا بخيار الوصف على الـمستوى الذي نحن بصدده (انظر إلى السّنهوري وأبو الليل مثلا) وإن كانت الـمجلّة العثمانيّة قد أوردت له فصلا يتكوّن من ثلاث مواد (310 و311 و312) اثنتان منهن تهمّان حكم العقد الـمقترن بهذا الخيار ولكن ليس فيهما الـمسألة التي نحن بصددها.

[1186] أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 246.

[1187] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 283 و284. وانظر أيضا: الكاساني، م س، ج 5، ص 416 حيث قال: "ولنا أنّ الصّفقة تمّت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصّفقة بعد تمامها كالإقالة وهذا لأنّ الفسخ يكون على حسب العقد لأنّه يرفع العقد ثمّ العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما بغير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي، بخلاف ما قبل القبض لأنّ الصّفقة قبل القبض ليست بتامّة لأنّ تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كأنّه لم يستردّ بخلاف الرّدّ بخيار الشّرط لأنّ الصّفقة غير منعقدة في حقّ الحكم مع بقاء الخيار، فكان الرّدّ في معنى الدّفع والامتناع من القبول وبخلاف الرّدّ بخيار الرّؤية لأنّ عدم الرّؤية منع تمام الصّفقة لأنّه أوجب خللا في الرّضا فكان الرّدّ كالدّفع، أمّا هاهنا إذ الصّفقة قد تمّت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرّدّ من غير قرينة القضاء أو الرّضا" (انظر أيضا الكتاب والجزء نفسه: ص 424).

وخيار الرّجوع في العقد غير اللازم يختلف عن فسخ العقد الذي هو "جزاء عدم تنفيذه من أحد طرفيه، ويترتّب عليه زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه. وفي هذا الأثر ورجعيّته يشترك الفسخ مع الرّجوع في التّعاقد فكلاهما إزالة وهدم للعقد واعتباره كأن لم يكن ولم يوجد أصلا. إلاّ أنّهما يختلفان بعد ذلك في العديد من الأمور، يهمّنا منها هنا أنّ الفسخ لا يكون إلاّ بحكم قضائي أو باتّفاق الطّرفين [...] أمّا الرّجوع في العقد فيتمّ بالإرادة الـمنفردة لأحد الـمتعاقدين، دون توقّف على إرادة الـمتعاقد الآخر، ودون حاجة إلى حكم قضائي"[1188].

364. — وهكذا تكون مجلّة الالتزامات والعقود - حين تحدّثت عن الغلط مرّة ثانية تحت اسم غير اسم الغلط - مختلفة عمّا جاء في الفقه.

ثمّ هي مختلفة عنه أيضا على مستوى ما قرّرته من بطلان نسبي لصور معيّنة للغلط الذي تحدّثت عنه في الـمرّة الأولى. ففي الحالتين لا بدّ من التّقاضي لكي يُتخلَّص من العقد، أمّا في الفقه - وفيما يخصّ العيب - فقبل القبض لا تقاضي ولا تراضي وبعده يجب التّقاضي أو التّراضي[1189].

فإذا كنّا أمام صور قرّرت فيها مجلّة الالتزامات والعقود البطلان الـمطلق، وقرّر فيها الفقه الإسلامي البطلان أو الفساد، فهنا لا اختلاف على صعيد مسألة التّقاضي بين تلك الـمجلّة وهذا الفقه.

أمّا إذا اتّبعنا السّنهوري وأخذنا بوقف النّفاذ كجزاء لعيوب الإرادة عموما وللغلط التّلقائي والـمحدث خصوصا، فعندها سيكون الفقه الذي يقول بهذا مختلفا أيضا عن مجلّة الالتزامات والعقود على الأقلّ على مستوى الصّور التي قالت فيها هذه بالبطلان النّسبي، إذ في العقد الـموقوف كما رأينا لم تتمّ الصّفقة، ومن ثمّ لا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض.

فإذا مررنا إلى الرّؤية لم نحتج إلاّ إلى الإشارة إلى أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم

[1188] أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 147.

[1189] لكنّ الشّافعي يرى أنّه وبعد القبض أيضا لا تراضي ولا تقاضي. السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 253؛ أبو زهرة، م س، ص 408 و409 الذي يورد حجج هذا الـموقف وحجج معارضيه.

تنظّم هذا الخيار[1190].

هذه الـمقارنة بين مجلّة الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي هي بعد مقارنة بين القانون الفرنسي وهذا الفقه لأنّ مجلّة الالتزامات والعقود أخذت حلولها من هذا القانون.

365. — فما اختارته الـمجلّة إذن مستورد، وهو مختلف عن الفقه[1191]، ومن ثمّ فنحن أمام مجال يمكن البحث فيه عمّا إذا كانت الـمجلّة مجسِّدة للإحكام أم لا.

ومناط الحكم هو هل أنّ نقض العقد بالتّقاضي أفضل أم نقضه بعدم التّقاضي، وهل الأحسن وضع أحد الحلّين على كلّ الصّور أم التّفرقة ليُقال في بعض الصّور بالتّقاضي وفي البعض الأخر بعدمه؟

ينبغي أن نأتي بالجواب من الغرب نفسه: فهنالك تجديد أحدثه القانون الالـماني[1192] وتمثّل في تبسيط شكل البطلان. فمن له حقّ إثارة هذا البطلان يكفيه أن يوجّه تصريحا إلى الطّرف الآخر. وهذا الطّرف الآخر مطالب، إن نازع التّصريح وأراد الوصول إلى إسقاطه، بالقيام أمام القضاء. ولهذا الحلّ محاسن[1193]،

[1190] لتسهيل الـمقارنة نورد حلول مجلّة الالتزامات والعقود وإلى جانبها حلول الفقه:

مجلّة الالتزامات والعقود	الفقه الإسلامي
– صور البطلان الـمطلق في مجلّة الالتزامات والعقود: لا ضرورة للدّعوى – *صور البطلان النّسبي في مجلّة الالتزامات والعقود: ضرورة الدّعوى *صور الفسخ (647 وما بعده) في مجلّة الالتزامات والعقود: ضرورة الدّعوى	– صور البطلان أو الفساد في الفقه: لا حاجة للتّقاضي. – صور عدم اللزوم (العيب): قبل القبض: لا تقاضي/ بعد القبض: التّقاضي – لو قيل بالنّسبة إلى كلّ الصّور بالعقد الـموقوف: لا تقاضي
خيار الرّؤية: لا تعرفه مجلّة الالتزامات والعقود	خيار الرّؤية: لا تقاضي ولا تراضي.

[1191] لقد تركنا هنا الـمقارنة بين بطلان الغرب الـمطلق، وبطلان أو فساد الفقه لأنّ الحلّ هنا وهناك هو عدم التّقاضي. كما تركنا خيار الرّؤية لكي نتحدّث عنه في عنوان السّياق.

[1192] واتّبعه في ذلك القانون السّويسري، وهو تجديد لأنّ الشّكل القضائي الفرنسي موروث من الرّومان الذين أوجدوا الرّدّ الكامل وهو قضائي ("ڤودمي"، م س، ص 190)

[1193] هي تبسيط العلاقات التّعاقديّة وتجنيبها ثقل الجهاز القضائي (انظر إلى: "كاربونيي"، م س: الالتزامات، عدد 108)، وأيضا تفادي عدم الاستقرار. ولتوضيح هذه الـمزيّة يتّجه التّعرّض إلى الشّكل

ومساوئ[1194]. لكنّ الـمساوئ غلبت الـمحاسن [1195].

وقد نتّبع هذا الرّأي وقد لا نتّبعه:

فإذا لم نتّبعه، وجدنا حلّ الفقه الإسلامي أفضل خاصّة حين فرّق بين حالة عدم القبض، وحالة القبض. وقد يمكن أن نأتي إلى الحالة الأولى ونطوّرها بحيث نتجنّب ما وجد من نقائص في النّظام الالـماني، بدون أن نصل بها إلى النّظام الفرنسي. أمّا الحالة الثّانية، فيبدو أنّ التّقاضي أنسب لها لأنّ القبض قد يوجد مشاكل دقيقة من الأفضل أن ينظر فيها القضاء. وهكذا لا نُرجع هذه الحالة إلى حكم عدم التّقاضي حتّى وإن طوّرناه[1196].

فإذا واصلنا في نفس الاتّجاه وهو عدم اتّباع الرّأي الوارد أعلاه، لكن هذه الـمرّة مع تبنّى نظريّة العقد الـموقوف، فالظّاهر أنّه لن يمكننا التّفرقة بين ما قبل القبض وما بعده، لأنّنا سنمسّ من أشياء أساسيّة في النّظريّة وهي وقف النّفاذ

القضائي: ففي نظام يتبنّى هذا الشّكل يملك صاحب الدّعوى مصير العقد في يده. ويمكنه، عوض أن يقوم بها، الاكتفاء بتهديد معاقده بالقيام بها، وترك وضعيّته متأرجحة إلى حين مجيء التّقادم الـمسقط. أمّا في النّظام الالـماني، فمنذ أن يصرّح من يملك الدّعوى أنّه يريد التّمسّك بها، يتحقّق البطلان بصفة نهائيّة ولا يمكن لصاحب التّصريح الرّجوع في تصريحه (لم نفعل هنا إلاّ أن نقلنا بطريقة تكاد أن تكون حرفيّة ما قاله: "ڤودمي"، م س، ص 190).

[1194] قال "كاربونيي" (م س: الالتزامات، عدد 108) إنّ النّظام الالـماني نظام فرداني. أمّا "ڤودمي" (م س، ص 190 و191) فيعيب عليه أمرين:

أوّلهما أنّه أريد التّبسيط والخشية أن تكون النّتيجة هي التّعقيد وذلك لأنّ هذا النّظام قد يكثر من القضايا. فالنّظام الفرنسي فيه عيب وهو وجوب التّقاضي، لكنّ هذا العيب تأتي قبالته مزيّة وهي أنّه متى أثيرت الدّعوى لم يعد ثمّ مجال للتّردّد حول ما أراده القائم بها، ثمّ إنّ القضاء سينظّم كلّ جوانب الوضعيّة التي قد تكون معقّدة. أمّا في النّظام الالـماني فالتّصريح نصّ وهو قابل لأن تكون به عدّة معان فلا يعرف منه حتما هل أريد الإبطال أم أريد أمر آخر (الدّخول في مفاوضات حول الغلط، إلخ)

وثانيهما أنّ النّظام الالـماني قد يوجد فيه أيضا ما يوجد في النّظام الفرنسي من إمكانيّة أن يعمد صاحب البطلان إلى جعل وضعيّة معاقده متأرجحة. فالـمصرّح قد يكتفي بإعلام الآخر بالعيب، ولا يعبّر عن إرادته في الإبطال. وهنا نصل إلى نفس النّتيجة التي نجدها في النّظام القضائي (لم نفعل هنا أيضا إلاّ أن نقلنا ما جاء عند: "ڤودمي"، م س، ص 191).

[1195] وهذا هو رأي: "ڤودمي"، م س، ص 191.

[1196] قد نقول إنّ الاتّساق يقتضي أنّه وحيث لا مشاكل تقريبا لا قضاء، وحيث ثمّ مشاكل نقرّر تدخّل القضاء.

وعدم تمام العلّة. لكن بالإمكان أن نطوّر في الاتّجاه الـمتحدّث عنه سابقا.
فإذا قُبِل منّا هذا، يكون قد قُبِل منّا كون مجلّة الالتزامات والعقود أنحت على متقن كان عندها فتركته وجاءت بغير متقن.
أمّا إذا اتّبع الرّأي الذي مفاده أنّ الشّكل القضائي أفضل، عندها لن تكون الـمجلّة مجسِّدة لعدم الإحكام[1197].
ولعلّ هذا الثّراء على مستوى الرّبط بمسألة الإحكام لن نجده حين نمرّ إلى النّقطة الـموالية.

(ب) تقييم الحكم الـمتعلّق بمسألة من يثير البطلان

366. — سنحاول هنا أيضا إحضار الفقه الإسلامي قبل الـمرور إلى الرّبط بالـمسألة التي نعمل عليها:

◄ ♦ فإذا بدأنا في الإطار الأوّل بالعقد الباطل، وجدنا أن "لكلّ ذي مصلحة أن يتمسّك بالبطلان. يتمسّك به كلّ من العاقدين [...] (فـ) ـالبائع في البيع الباطل لا يجبر على تسليم الـمبيع ويسترده إذا كان قد سلّمه وهذا عن طريق التّمسّك بالبطلان، و[...] الـمشتري لا يجبر على دفع الثّمن ويستردّه إذا كان قد دفعه وهذا أيضا عن طريق التّمسّك بالبطلان. كذلك الشّفيع لا يملك الأخذ بالشّفعة في بيع باطل، إذ يستطيع البائع أن يتمسّك ببطلان البيع لمنعه من الأخذ بالشّفعة، وهنا الـمتمسّك بالبطلان هو أحد العاقدين ولكن يتمسّك به ضدّ الغير لا ضدّ العاقد الآخر. كذلك يجوز للمرتهن أن يتمسّك ببطلان البيع الصّادر من الرّاهن للعين الـمرهونة، وللمستأجر أن يتمسّك ببطلان البيع الصّادر من الـمؤجّر للعين الـمؤجَّرة، فكلّ من الـمرتهن والـمستأجر له مصلحة في التّمسّك ببطلان البيع الباطل. وإذا مات من صدر منه بيع باطل، دخلت العين الـمبيعة في تركته، وجاز

[1197] قد نقول إنّ القاضي هو الذي يستطيع أن يحكم هل ثمّ حقّا غلط. وعلى هذا فالاتّساق يقتضي تدخّل القاضي حيث يكون تدخّله ضروري، وهو هنا كذلك.

لورثته أن يتمسّكوا ببطلان البيع لأنّ لهم مصلحة في ذلك"[1198].

♦ ولعلّ الحلول لا تختلف عمّا سبق في العقد الفاسد. فيملك "كلّ من العاقدين أن يستقلّ بالفسخ"[1199]. لكن هنالك خصوصيّة يتّجه إبرازها وتهمّ الفساد لأجل الإكراه. فهنا يفرّق بين ما قبل القبض وما بعده: فقبل القبض يمكن للمكرِه والـمكرَه الفسخ؛ أمّا بعد القبض فلا يمكن إلاّ للمكره الفسخ[1200]. ولعلّ هذا الحلّ هو الذي يجب أن يُقال به لو قلنا في صورة النّوع بالفساد لا بغيره من مراتب الـمؤيِّدات لأنّ الغلط كالإكراه من عيوب الإرادة[1201].

♦ فإذا مررنا الآن إلى عدم اللزوم، واهتممنا داخله بخيار الرّؤية وخيار العيب، وجدنا أنّ هذين يجعلان العقد لازما من جهة وغير لازم من جهة أخرى هي جهة صاحب الخيار[1202]. ثمّ إنّ الأوّل لا يورث لأنّه متّصل بالـمشيئة لا بالعين، فإذا

[1198] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 135.

[1199] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 157.

[1200] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 173 و174 و175 و176.

[1201] لعلّ البعض في فرنسا وبالنّسبة إلى ما يسمّى بالغلط الـمانع، وبسبب كون الأمر يهمّ مصالح خاصّة (مع ما يترتّب عن ذلك على مستوى قائمة الذين يتمسّكون بالبطلان فلا تمتدّ إلى معاقد الواقع في غلط [إلخ] وعلى مستوى فتح إمكانية الإمضاء) قال بالبطلان النّسبي (انظر إلى: "ڤيستان"، م س: نشأة العقد، عدد 495).

[1202] انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 198، الهامش. حيث يقول إنّ "كلاّ من خيار الشّرط وخيار التّعيين بمثابة شرط واقف، فيكون العقد لازما من جهة وموقوفا من جهة أخرى. أمّا خيار الرّؤية وخيار العيب فهو بمثابة شرط فاسخ، فيكون العقد لازما من جهة وغير لازم من جهة أخرى. فخيار الشّرط وخيار التّعيين، في حقيقة الأثر الذي يترتّب عليهما يتّصلان بوقف العقد لا بعدم لزومه [...] وعند الشّافعي خيار الشّرط فاسخ كخيار العيب".

وفي الاتّجاه نفسه يقول أبو الليل (م س، ص 251 و252) إنّه: "إذا أردنا تقريب الخيارات التي ينظّمها الفقه الإسلامي من الشّرط الواقف والشّرط الفاسخ في القانون الوضعي لأمكننا القول إنّ كلّا من خيار الشّرط وخيار التّعيين يقتربان من الشّرط الواقف، حيث معهما وإن كان العقد لازما لأحد الـمتعاقدين، إلاّ أنّه يكون موقوفا من جهة الـمتعاقد الآخر. أمّا خيار الرّؤية وخيار العيب فهما أقرب إلى الشّرط الفاسخ، حيث معهما يكون العقد غير لازم وجائز الرّجوع فيه، أي جائز فسخه وفقا لتعبير الفقه الإسلامي، من جهة من تقرّر له الخيار. ولا تفوتنا الإشارة هنا إلى أنّ الفقه الإسلامي مختلف بشأن الأثر الـمترتّب على تعليق العقد نتيجة اقترانه بشرط واقف. فالحنفيّة يرون أنّ العقد الـمعلّق على شرط واقف لا ينعقد ولا وجود له قبل تحقّق الشّرط ومن ثمّ فلا يرتّب آثارا. فالتّعليق لدى

مات من له الخيار لزم العقد. أمّا الثّاني فيورث، لأنّه متّصل بالعين أكثر من اتّصاله بالـمشيئة[1203]. وهذا رأي الإمام أبو حنيفة. أمّا الإمام الشّافعي فيرى أنّ كلّ الخيارات تورث[1204].

♦ فإذا اخترنا مرتبة العقد الـموقوف، وجب أن نقرّب صورتنا من صورة ناقص الأهليّة، وأن نأخذ الأحكام منها[1205]، فنعطي من وقع في الغلط ما نعطيه للصّبي الـمميِّز حين يصبح راشدا: فإذا أجاز نَفَذَ العقد، وإذا لم يجز فُسِخ.

◀ فإذا مررنا إلى الرّبط بمسألة الإحكام، استدعى ذلك مقارنة مجلّة الالتزامات والعقود أو الغرب – لأنّ تلك أخذت بما جاء في هذا – بالفقه الإسلامي. ولقد قال السّنهوري إنّ الغرب والفقه الإسلامي متماثلان على مستوى أحكام العقد الباطل. وما يهمّنا منها هنا مسألة من يثير البطلان[1206].

ويبدو أن بالإمكان قول نفس الشّيء لو تبنّينا الفساد في صورة النّوع[1207].

ولعلّه بالإمكان أن يقال في مرتبة عدم اللزوم والوقف بما يوجد في مرتبة العقد الباطل نسبيّا.

فإذا صحّ ما سبق تكون مجلّة الالتزامات والعقود مستوردة نعم، لكن الذي جاءت به مثل الـمحلّي، لذا لا يمكن الـمرور إلى مسألة الإحكام.

فقهاء الحنفيّة نوع من التّوقّف لا يقتصر على آثار العقد بعد انعقاده، وإنّما يمسّ الانعقاد ذاته. أمّا الإمام الشّافعي، وكذلك الإمام مالك، فيريان أنّ العقد الـمعلّق عقد موجود ولكن حكمه يتأخّر لحين حدوث الواقعة الشّرطيّة الـمعلّق عليها العقد. لذلك ففي حالة خيار الشّرط، يكون العقد موجودا ولكن حكمه يتأخّر لحين إصدار صاحب الاختيار اختياره. أمّا عن أثر العقد الـمعلّق على شرط فاسخ، فلا تثار بشأنه صعوبة حيث أنّه لا خلاف في أنّ هذا الشّرط لا يحول دون ترتيب العقد لآثاره وتنفيذها، ما لم يتحقّق الشّرط فيزول العقد".

[1203] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 235 و283 و284.

[1204] انظر إلى حجج كلّ واحد منهما عند: أبي الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 240.

[1205] انظر إلى هذه الأحكام عند السّنهوري مثلا: م س، ج 4، ص 178 وما بعدها.

[1206] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 267.

[1207] لكن لو قلنا بفساد على شاكلة ما هو موجود في الإكراه. أي لو قلنا إنّ الـمكرِه ينقطع حقّه في الفسخ بعد القبض، فهنا تكون مرتبة الفساد مثل مرتبة العقد الـموقوف (السّنهوري، م س، ج 4، ص 175).

والسؤال الآن هل الأمر كذلك على مستوى مسألة الإمضاء.

(ج) تقييم الحكم الـمتعلّق بمسألة الإمضاء

367. — سنحضر الفقه الإسلامي، لكي نتمكّن بعده من إتيان التّقييم:

◄ ♦ وفي الفقه، "ولمّا كان العقد الباطل غير موجود شرعا، فإنّه لا يتصوّر أن تلحقه الإجازة إذ الإجازة لا تلحق إلاّ عقدا موجودا قابلا لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة. والعقد الباطل، كتصرّف شرعي، معدوم وغير قابل لإنتاج أيّ أثر، ومن ثمّ لا يمكن إجازته"[1208].

♦ نفس هذا الحلّ، ولنفس السّبب، نجده في العقد الفاسد. فهو عقد منهيّ عنه، والأصل فيه أن "لا ينتج أثرا ومن ثمّ لا تلحقه الإجازة"[1209].

فإذا قلنا بفساد في صورة النّوع مثل فساد بيع الـمكرَه، فهنا سنقبل الإجازة. ويقول السّنهوري عن الإكراه إنّه: "ترد على البيع إجازة العاقد الـمكرَه وهو البائع، قبل القبض وبعده، فينقلب البيع صحيحا، لأنّ الفساد فيه لِحَقِّ البائع لا لِحَقِّ الشّرع"[1210].

♦ وتلحق الإجازة أيضا العقد غير اللازم، ونجدها في خيار الرّؤية وخيار العيب:

[1208] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 135.

[1209] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 155. ويقول في ص 158: "ولا يجوز لأيّ من العاقدين النّزول عن حقّ الفسخ لأنّ العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة [...] فإذا أسقط عاقد حقّه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمنا، فإنّه يستطيع بالرّغم من ذلك أن يفسخ العقد، ولا يعتدّ لا بإسقاطه حقّه في الفسخ ولا بإجازته للعقد. ويقول الكاساني في هذا الـمعنى: «الفسخ في العقد الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته، لأنّ وجوب الفسخ ثبت حقّا لله تعالى دفعا للفساد، وما ثبت حقّا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصودا» (البدائع، 5، 301)".

وإنّ هذا الكلام لينبّه إلى أنّ الفصل 329 من مجلّة الالتزامات والعقود يعني أنّ من قبل عقدا باطلا مطلقا وتنازل صراحة أو ضمنا عن حقّ القيام بالإبطال ثمّ قام بعد ذلك بدعوى إبطال لا يمكن أن يقال له لا تقبل دعواك لأنّك أمضيت، فإمضاؤه وبحسب عبارة الفصل الـمذكور "لا عمل عليه".

[1210] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص175. وهنا يكون حكم الفاسد بعيدا عن الحكم العادي للفاسد وموافقا لحكم العقد الـموقوف.

فأمّا الأوّل فهو "من حقّ الشّرع لا من حقّ العبد، فلا يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط، وإنّما يسقط ضمنا بالإجازة"[1211].

وأمّا الثّاني، فنجد به الإجازة من جهة أولى داخل إسقاط الخيار. "ويسقط خيار العيب بإسقاط الـمشتري له إسقاطا مقصودا صريحا أو ما هو في معنى الصّريح نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا الـمجرى لأنّ خيار العيب حقّه فله أن ينزل عنه"[1212]. كما نجد الإجازة من جهة ثانية في الإبراء. فقد "يرضى الـمشتري بالعيب دون أن يعلم به، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيب فقبل منه هذا الشّرط"[1213]. وأخيرا نجد الإجازة في الرّضا بالعقد بعد العلم بالعيب. "وقد يكون صراحة، وقد يكون بالدّلالة لا بصريح العبارة، والصّريح مثل أمضيت العقد، أو رضيت به، أو أوجبته، أو ألزمت نفسي به، والرّضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرّف يدلّ على الرّضا بالعقد، كأن يكون الـمعقود عليه ثوبا فيصبغه، أو أرضا فيبني عليها، أو

[1211] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص283. ويقول الكاساني (حسب السّنهوري: م س، ج 4، ص 234 و235، الهامش): "فأمّا ما ثبت حقا لله تعالى فالعبد لا يملك التّصرّف فيه إسقاطا مقصودا، لأنّه لا يملك التّصرّف في حقّ غيره مقصودا، لكنّه يحتمل السّقوط بطريق الضّرورة بأن يتصرّف في حقّ نفسه ويتضمّن ذلك سقوط حقّ الشّرع، فسقوط حقّ الشّرع في ضمن التّصرّف في حقّ نفسه، كما إذا أجاز الـمشتري البيع ورضي به بعد الرّؤية نصّا أو دلالة بمباشرة تصرّف يدلّ على الرّضا والإجازة. لأنّه وإن ثبت حقًّا للشّرع لكنّ الشّرع أثبته نظرا للعبد، حتّى إذا رآه وصلح له أجازه، وإن لم يصلح له ردّه، إذ الخيار هو التّخيير بين الفسخ والإجازة. فكان الـمشتري بالإجازة والرّضا متصرّفا في حقّ نفسه مقصورا، ثمّ من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار. فكان سقوط الخيار من طريق الضّرورة لا بالإسقاط مقصودا، ويجوز أن يثبت الشّيء بطريق الضّرورة وإن كان لا يثبت مقصودا، كالوكيل بالبيع إذا عزله الـموكّل ولم يعلم به فإنّه لا ينعزل ولو باع الـموكّل بنفسه ينعزل الوكيل، كذا هنا". والإجازة تهمّنا هنا. لأنّ الخيار كما رأينا (الفقرة عدد 181 وما بعدها والفقرة عدد 350) مرتبط بالغلط. ويحتمل أن يوجد فعلا هذا الغلط، ومع ذلك وبعد الرّؤية يقبل بالعقد، أي يتمّ إمضاؤه.

[1212] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 260. لكن رأينا سابقا (الفقرة عدد 333) أنّ هناك من عدّ هذا الخيار شرعيّا. وعلى كلّ وكما قلنا (الفقرة عدد 333) فالفرق بين خيار الوصف وخيار العيب يذوب لو قلنا إنّ هذا يثبت دلالة، ولذلك لم نتحدّث في إطار الـمسائل الثّلاث التي نحن بصددها عن خيار الوصف لأنّ العيب يغني عنه. انظر أيضا حول إسقاط خيار العيب: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 247.

[1213] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 251. انظر أيضا: أبو زهرة، م س، ص 404.

حنطة فيطحنها، أو يبيعه، أو يهبه هبة صحيحة، ونحو ذلك من التّصرّفات التي تدلّ على إقرار البيع والرّضا"[1214].

♦ ونجد الإجازة أيضا في العقد الـموقوف، وما يهمّنا منها – لكونها قريبة من مادّة الغلط – تلك التي ترد من ناقص الأهليّة عندما يستكمل أهليّته[1215].

◀ فإذا مررنا الآن إلى الرّبط بمسألة الإحكام، أمكن نقل ما جاء في النّقطة السّابقة بحذافيره وذلك على مستوى الباطل[1216]، وعلى مستوى الفاسد، وعلى مستوى غير اللازم[1217]، والـموقوف.

[1214] أبو زهرة، م س، ص 407. انظر: السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 261.

[1215] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 182. ولقد نقد السّنهوري الحلول الفقهيّة هنا وذلك لغلبة الصّناعة وتقديمها على الـمقتضيات العمليّة. ولقد همّ هذا النّقد أمرين:
أوّلهما اشتراط قيام الأطراف الثّلاثة وقيام الـمبيع وقت العقد (لأنّ للإجازة حكم الاستناد إلى العقد) ووقت الإجازة (لأنّ للإجازة حكم الإنشاء فمن هذا الوقت بدأ وجودها) لصحّة الإجازة. "لكن هذه النّظرة الصّناعيّة الـمحضة نظرة ضيّقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثّلاثة وحلّ ورثته محلّه، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك الـمحلّ" (السّنهوري، م س، ج 4، ص 279. انظر أيضا ص 191).
ثانيهما وضع قاعدة الـملك الباتّ إذا طرأ على الـموقوف أبطله. وصورتها (لو وضعناها في إطار العيوب عامّة والغلط خاصّة) أن يشتري (أ) من (ب)، وهذا رضاه معيب {العقد موقوف على إجازة (ب)}، ثمّ (أ) يبيع إلى (ج)، ثمّ (ب) يجيز، فهنا ينفذ العقد بين (أ) و (ب)، ويبطل العقد بين (أ) و (ج)، والسّبب أنّ العقد بين (أ) و (ب) صار باتّا بالإجازة، وقد طرأ على العقد الثّاني وهو موقوف فأبطله {العقد الثّاني أيضا موقوف. وتفسير ذلك أنّ العقد الأوّل بين (أ) و (ب) موقوف، والـموقوف غير نافذ فلا تنتقل به الـملكيّة ولا يلزم فيه دفع الثّمن (انظر: السّنهوري، م س، ج 4، ص 181)، وينجرّ عن ذلك أنّ (أ) نقل إلى (ج) ما لا يملكه، فعقدهما إذن موقوف على إجازة الـمالك وهو (ب)}. "وكان الأولى أن يقال إنّ إجازة البيع الأوّل تستند إلى وقت صدور هذا البيع، فيكون ملك الـمشتري الأوّل باتّا من هذا الوقت فلا يبطل الـملك الـموقوف لأنّه لم يطرأ عليه، بل يجعله نافذا، إذ يعتبر الـمشتري الأوّل بفضل استناد الإجازة مالكا للمبيع ملكيّة باتّة وقت أن صدر منه البيع الثّاني". (السّنهوري، م س، ج 4، ص 280. وانظر الفقرة عدد 333).
وعلى هذا – وإذا قرّر جعل مرتبة الـموقوف لعيوب الإرادة – فالواجب تخليصها من هذه الأحكام، لأنّها، أي الأحكام، وحسب السّنهوري، صناعيّة محضة ويضيق بها التّعامل.

[1216] هنا أيضا وحسب السّنهوري لا وجود لفرق (ج 4، ص 267): "ولمّا كان العقد الباطل في الفقهين غير موجود شرعا، فلا يتصوّر أن تلحقه الإجازة").

[1217] علينا أن نلاحظ هنا أنّ الغلط الـمنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات والعقود جاء فيه حديث ضمني عن إسقاط الخيار (الفصل 672 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وحديث صريح عن الإبراء

ولعلّ الإجازة، وهي داخلة في مسألة الإسقاط، تدخلنا بعدُ في أثر مراتب الجزاء الـمتعلّق بالزّمن. لكن، قبل الـمرور إلى الزّمن، ينبغي النّظر في الآثار الـمتعرّض لها بعدُ، وينبغي تقييمها لا في ذاتها هذه الـمرّة، بل في سياقها. من هنا يكون العنوان الـموالي وهو لمحاولة تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود (وتلك الآثار حكم للمجلّة طوت عبارات نصوص الغلط ذكره) في سياقه.

الفقرة 2. تقييم الحكم في سياقه

368. — ينبغي أن نورد السّياق الذي تدخل فيه الـمسائل السّابقة في الغرب الذي تبنّته مجلّة الالتزامات والعقود، والسّياق الذي جاءت فيه نفس هذه الـمسائل في الفقه الإسلامي، لكي نستطيع القيام بالتّقييم:

◀ والسّياق الأوّل يتمثّل في وصف العقد: فإمّا أنّه وُلد ميتا وإمّا أنه وُلد حيّا. والفرضيّة الأولى كما الثّانية تدخلان في "قياس شرطيّ متّصل" وبالتّحديد في "مقدّمته الأولى". ففرضيّة ولادة العمل القانوني ميتا "مقدّمٌ " "تاليه": 1. عدم ضرورة الدّعوى/ 2. إمكانيّة إثارة البطلان من كلّ معنيّ/ 3. عدم السّماح بالإمضاء (بالتّحديد، وكما أشير إلى ذلك سابقا، عدم أخذ الإمضاء بعين الاعتبار لو وُجد). أمّا فرضيّة ولادة ذلك العمل حيًّا فـ: "مقدّم" "تاليه": 1. ضرورة الدّعوى/ 2. إمكانيّة إثارة البطلان في إطار أضيق من السّابق/ 3. السّماح بالإمضاء (بالتّحديد أخذ الإمضاء بعين الاعتبار لو وُجد)[1218].

◀ أمّا السّياق الثّاني، فأكثر تدرّجا من سابقه، ثمّ هو يدخلنا في علاقات لا يدخلنا فيها السّياق الغربي. ولتوضيح هذا السّياق الثّاني ينبغي التّذكير بالـموانع في الفقه الإسلامي وهي خمسة:

(الفصل 670 من مجلّة الالتزامات والعقود) وعن الرّضا بالعيب بعد الاطّلاع عليه (الفصل 671 من مجلّة الالتزامات والعقود)، أي نفس ما وجدناه في الفقه الإسلامي على مستوى خيار العيب.

[1218] يضاف داخل "التّالي" أمر آخر هو التّقادم الـمسقط. ولكنّ هذه الـمسألة تركت لوقت لاحق. انظر حول هذه الكيفيّة لعرض النّظريّة التّقليديّة للبطلان (شكل القياس): "ڤودمي"، م س، ص 144 و145. ولقد أعملها في صورة العقد الذي وُلد ميتا، و لكنّنا مددناها للصّورة الأخرى أيضا.

فقد يمكن أن يوجد مانع يقف دون انعقاد العلّة[1219].

فإذا انعقدت العلّة، قد يمكن أن يقوم مانع يحول دون تمامها[1220].

وإذا انعقدت العلّة وتمّت، قد يمكن أن يقوم مانع يحول دون انعقاد الحكم[1221].

وإذا انعقدت العلّة وتمّت، وانعقد الحكم، قد يمكن أن يقوم حائل دون تمام الحكم[1222].

وإذا انعقدت العلّة وتمّت، وانعقد الحكم وتمّ، قد يمكن أن يوجد مانع يقف دون لزوم الحكم[1223].

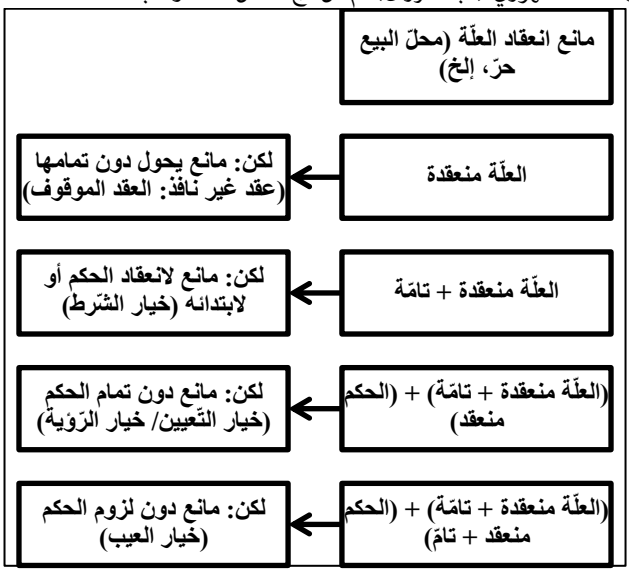
[1219] كأن يكون محلّ البيع شخصا ليس بعبد بل هو حرّ.

[1220] هنا نجد صور العقد الـموقوف، أي صور عدم النّفاذ.

[1221] أو دون ابتدائه، وهنا نجد خيار الشّرط "الذي يمنع ثبوت حكم العقد وهو خروج الـمبيع عن ملك البائع" (أبو الليل [إبراهيم الدّسوقي]، م س، ص 245). وهنا وعلى هذا الـمستوى لا فرق مع ما سبق.

[1222] وهنا نجد خيار التّعيين وخيار الرّؤية.

[1223] وهنا نجد خيار العيب. ولقد نقلنا هذه الـموانع الخمسة عن: أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 245 و246؛ السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 282 وما بعدها.



وإنّا سنترك الـمانع الأوّل[1224]، ونهتمّ بالأربعة الـمتبقّية. هذه الأربعة تهمّ العقد الـموقوف والعقد غير اللازم. ومعهما أو داخل ثانيهما نجد: خيار الشّرط[1225]، وخيار التّعيين، وخيار الرّؤية، وخيار العيب[1226].

وسنحاول الإتيان بهذه الـموانع، مع ما يرتبط بها، وذلك بواسطة جدول[1227] هو التّالي:

[1224] رغم أنّه يهمّنا على مستوى الصّور التي نقول فيها بجزاء البطلان مثلا. وسبب تركنا له أنّنا وفيما سيأتي سنكتفي بما قالته بعض الكتابات حول الـموانع وحول الحكم عليها (وهذا سيكون حكما على مجلّة الالتزامات والعقود)، وهذه لم تتناول ذلك الـمانع.

[1225] هو يمنع انعقاد الحكم، وإذن فهو مثل العقد الـموقوف لا مثل العقد اللازم، لكنّ الشّافعي يرى العقد الـمقترن بخيار شرط، صحيحا نافذا، لذا يمكن الحديث عنه أيضا داخل غير اللازم. انظر أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 247، حيث يتحدّث عن الرّأي الغالب في الفقه وهو للمالكيّة والحنفيّة والحنبليّة في قول ومفاده أنّ خيار الشّرط يمنع انعقاد الحكم، وانظر ص 248 حيث يتحدّث عن رأي الشّافعي وابن حنبل في قول ومفاده أنّ هذا الخيار لا يؤخّر الأحكام، بل إنّ هذه "تثبت فور العقد كما لو كان خاليا من قيام الشّرط، أمّا الأمر الذي يرتّبه هذا الخيار فهو جعل العقد الـمقترن به جائزا غير لازم فقط، ذلك أنّ العقد الـمقترن به خيار الشّرط هو عقد صحيح نافذ، فاقتضى أن تثبت أحكامه بمجرّد انعقاده، فلا يوجد ما يستلزم التّراخي في تنفيذ العقد، وخيار الشّرط ليس بسبب لذلك، ومع هذا القول الثّاني ينتقل الـملك إلى الـمشتري، ثمّ يعود إذا اختار الرّجوع. وبذلك يقترب خيار الشّرط من الشّرط الفاسخ وليس من الشّرط الواقف" – انظر أيضا هامشا سبق أوردنا فيه قول السّنهوري – وإنّنا وفي ما سيأتي سنكتفي بإيراد موقف الغالبيّة من خيار الشّرط.

[1226] بالرّغم من تنبيه السّنهوري إلى وجود موقفين (انظر الهامش السّابق)، وبالرّغم من أنّه تحدّث عن خيار الشّرط على أنّه يمنع انعقاد الحكم فإنّه تحدّث عن الخيارات الأربعة تحت عنوان العقد غير اللازم (قارن مع: "لينون دي بلفون"، م س، ص 5 و6 الذي قال إنّ الأفضل هو ترك نظريّة الخيارات مستقلّة عن غيرها).

[1227] لقد أتى السّنهوري (م س، ج 4، ص 282 إلى 285) ومن بعده أبو الليل (م س، ص 245 وما بعدها) بما سنأتي به. بل إنّنا لن نفعل إلاّ أن ننقل هذين وخاصة الأوّل منهما. لكنّنا رأينا أن شكل الجدول يسهّل أكثر عملية التّتبّع والـمقارنة. ويمكن تتبّع الـمادّة نفسها في الشّكل الآخر بالعودة إلى الفقيهين الذين نقلنا ما جاء عندهما.

	من حيث المانع	من حيث كيفيّة الرّجوع في العقد	من حيث الإسقاط الصّريح	من حيث الانتقال بالـميراث
العقد الـموقوف	- العلّة منعقدة - العلّة غير تامّة عدم تمام العلّة مانع للنّفاذ وذلك إلى أن تلحقه إجازة.	- بما أنّه غير تامّ العلّة فالصّفقة لم تتمّ، فلا يحتاج نقضه إلى تراضي أو تقاضي، ويكفي في نقضه محض إرادة من له حقّ النّقض. - بما أنّه غير تامّ العلّة، يبطل إذا لم تلحقه الإجازة.	لا يرد فيه الإسقاط.	لا ينتقل بالـميراث. فإذا مات من له حقّ إجازة العقد قبل الإجازة بطل العقد.
خيار الشّرط	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم غير منعقد	- بما أنّ الحكم غير منعقد، فالصفقة لم تتمّ، فلا يحتاج صاحب الشّرط في نقضه إلى تراض أو تقاض.	الخيار من حقّ العبد: يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط.	لا ينتقل بالـميراث، لأنّه متّصل بالـمشيئة أكثر من اتّصاله بالعقد. فإذا مات صاحب الخيار، لزم العقد ولم يبطل.
خيار التّعيين	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم منعقد - الحكم غير تامّ هو محتو على خيار شرط، فإذا جرّدناه منه أمكن قول ما	- يتمّ التّعيين بالإرادة الـمنفردة لمن له حقّ التّعيين، الـمشتري أو البائع، دون حاجة إلى تراض أو تقاض. - بما أنّ الحكم غير تامّ، فالصّفقة لم تتمّ، فيستطيع من له الخيار	- لا يتصوّر فيه إسقاط خيار التّعيين لأنّ من له الخيار يجب عليه التّعيين، وإن كان يستطيع	ينتقل بالـميراث لأنّه متّصل بالعين أكثر من اتّصاله بالـمشيئة.

	ورد أعلاه، أي أنّ العقد غير تامّ الحكم إلى أن يتعيّن المحلّ، فهو يفيد الملك في أحد الأشياء غير عين، فلا ينتقل الملك في عين بالذّات إلاّ بعد التّعيين.	نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض.	إسقاط خيار الشّرط الموجود داخل خيار التّعيين. - حقّ العبد	
خيار الرّؤية	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم منعقد - الحكم غير تامّ (حتّى بعد القبض)	- بما أنّ الحكم غير تامّ، فالصّفقة لم تتمّ ويستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض.	- حقّ الشّرع: لا يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط، وإنّما يسقط ضمنا بإجازة العقد.	لا ينتقل بالميراث لأنّه متّصل بالمشيئة لا بالعين. فإذا مات من له الخيار لزم العقد.
خيار العيب	- العلّة منعقدة - العلّة تامّة - الحكم منعقد - الحكم تامّ - الحكم غير لازم قبل القبض - الحكم لازم بعد القبض، وهو لازم بالقبض.	- قبل القبض: الصّفقة لم تتمّ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. - بعد القبض: الصّفقة تمّت، فلا يمكن لصاحب الخيار إلاّ فسخ العقد. ولا بدّ للفسخ من التّراضي أو التّقاضي.	حقّ العبد: يجوز إسقاطه مقصودا بصريح الإسقاط.	ينتقل بالميراث لأنّه متّصل بالعين أكثر من اتّصاله بالمشيئة

ويرى السّنهوري أنّ هذه الصّناعة الفقهيّة رائعة. ويتجلّى ذلك في "التّدرّج المحكم وفي ردّ الأحكام إلى أصول منطقيّة ثابتة [...] ولعلّ الفقه الغربي في هذه

الـمسائل لم يصل إلى هذا الحدّ من الدّقّة والإحكام. ويعرف الفقه الغربي الشّرط الواقف والشّرط الفاسخ[1228]، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى. أمّا الفقه الإسلامي فيعرف هذه الـمرتبة الوسطى، فخيار الرّؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشّرط وخيار العيب ذلك أنّ خيار الشّرط كالشّرط الواقف يمنع انعقاد الحكم(1229)، وخيارالعيب كالشّرط الفاسخ يمنع لزوم الحكم[1230]، أمّا خيار الرّؤية فلا يمنع انعقاد الحكم فهو فوق الشّرط الواقف، ويمنع تمام الحكم فهو دون الشّرط الفاسخ، ومن ثمّ كان مرتبة وسطى بين الشّرط الواقف والشّرط الفاسخ. وكما أنّ العقد الذي فيه خيار الرّؤية هو فوق العقد الـمقترن بخيار الشّرط (أو بالشّرط الواقف)، فإنّ العقد الـموقوف هو دون العقد الـمقترن بهذا الشّرط. ذلك أنّ الوقف يمنع تمام العلّة، أمّا الشّرط فلا يمنع تمامها ولكن يمنع انعقاد الحكم، فهناك إذن، في الفقه الإسلامي، مرتبتان إلى جانب مرتبتي الشّرط الواقف والشّرط الفاسخ: العقد الـموقوف وهو دون الشّرط الواقف، والعقد الذي فيه خيار الرّؤية وهو فوق الشّرط الواقف ودون الشّرط الفاسخ، وليس لهذا التّدرّج نظير في الفقه الغربي"[1231].

[1228] ينبغي أن ندخل وسط السّنهوري، ونورد حواشي لم يأت بها هذا الفقيه. ولقد أردنا هنا أن نعطي موقف الفقه الإسلامي من الشّرط الواقف ومن الشّرط الفاسخ:

فأمّا الشرط الواقف فعند الأحناف يهمّ الانعقاد لا مجرّد النّفاذ. وعند الـمالكيّة والشّافعيّة، يعدّ العقد موجودا، ولكنّ حكمه يتأخّر لحين حدوث الواقعة الشّرطيّة الـمعلّق عليها العقد.

وأمّا الشّرط الفاسخ فلا خلاف في شأنه، إذ هو لا يحول دون ترتيب العقد لآثاره وتنفيذها ما لم يتحقّق الشّرط فيزول العقد. أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص251 و252.

[1229] هنا أيضا سندخل في نصّ السّنهوري لنلاحظ أنّ هذا موقف الأحناف من الشّرط الواقف (انظر الهامش السّابق).

[1230] يتبيّن من الجدول:

خيار العيب (والوصف تابعٌ) = قبل القبض ← عدم لزوم حكم العقد ← رجوع دون تراضي أو تقاضي. = بعد القبض ← لزوم حكم العقد ← فسخ بالتّراضي أو بالتّقاضي.

إذن وبعد القبض يتبيّن أن ثمّ شبه بين الخيار والشّرط الفاسخ والبطلان النّسبي: العقد صحيح (مؤقّتا في البطلان النّسبي حسب النّظريّة الكلاسيكيّة) ← إذن يرتّب حكمه ← إذن للتّخلص فسخ بالتّقاضي.

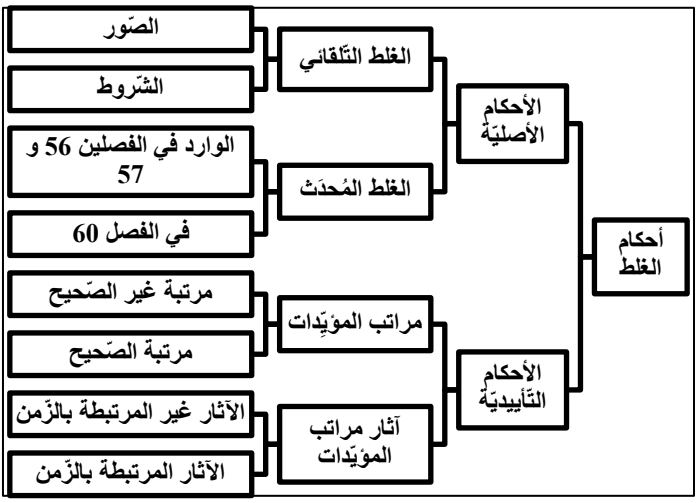
[1231] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 284 و285.

◄ فإذا اتّبعنا السّنهوري[1232]، قلنا إنّ مجلّة الالتزامات والعقود، بأخذها مادّة آثار مراتب البطلان من الغرب وتركها لنفس الـمادّة في الفقه الإسلامي، قد تخلّت عن سياق يمثّل جمع متماثلات وفصل متخالفات وأتت بما هو دونه، وبهذا تكون مجسّدة لعدم الإحكام.

وإنّ مادّة آثار البطلان االمتبنّاة أو الـمتروكة فيها مسألة رابعة تهمّ الزّمن. هذه الـمسألة هي التي سنحاول تناولها الآن[1233].

[1232] أضاف السّنهوري على ما تقدّم بالقول إنّ نظريّة البطلان في الفقه الإسلامي "ارتقت في تدرّجها الدّقيق في الخيارات، من منع انعقاد الحكم، ثمّ من منع تمامه، ثمّ من منع لزومه. وهي في ذلك تلبس كلّ حالة ثوبها الذي يلائمها: فتارة يكون الرّجوع في العقد بإرادة منفردة وطورا يكون بالتّراضي أو بالتّقاضي، وتارة يجوز الإسقاط مقصودا وطورا لا يجوز، وتارة ينتقل الخيار بالـميراث وطورا لا ينتقل" (م س، ج 4، ص 286).

[1233]



الفصل الثّاني:
الإحكام في أثر مراتب الـمؤيِّدات الـمتعلّق بالزّمن

369. — إنّ عملنا يقتضي محاولة الإتيان بتحليل مجلّة الالتزامات والعقود أوّلا، وبحلول القانون الغربي والفقه الإسلامي ثانيا، وبالحكم ثالثا.

لكن هنا أيضا - ولنفس السّبب الـمتمثّل في ظهور تبنّي الـمجلّة مراتب الـمؤيِّدات الغربيّة ومن ثمّ آثارها وظهور تركها مراتب الـمؤيِّدات التي قال بها الفقه ومن ثمّ آثارها - سنضطرّ لتغيير تنظيم مراحل عملنا، فنجعل محاولة الإتيان بحلول القانون الغربي تلتحق بمحاولة تحليل مجلّة الالتزامات والعقود، ومحاولة الإتيان بالفقه الإسلامي تدخل في محاولة الحكم. كلّ هذا سيعطي ما أعطى سابقا: عنوانا لعرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود (الـمبحث الأوّل)، وآخر لتقييم هذا الحكم (الـمبحث الثّاني).

الـمبحث الأوّل: عرض الحكم

370. — هنا أيضا سنفكّك ما ركّبناه منذ قليل، أي سنحيل ما جعلناه واحدا تحت اسم "الحكم" إلى التّعدّد الذي هو مصدر الحكم (الفقرة 1) والحكم نفسه (الفقرة 2).

الفقرة 1. عرض مصدر الحكم

371. — ثبت سابقا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تبنّت مراتب الـمؤيِّدات الفرنسيّة الـمتمثّلة في البطلان[1234] وآثارها الثّلاث[1235]. ومعلوم أنّه وفي فرنسا يقال بأثر رابع لتلك الـمراتب يتعلّق بالزّمن.

لكن ثبت أيضا أنّ الـمجلّة التّونسيّة تبنّت من فرنسا مرتبة جزاء أخرى في مادّة الغلط هي الفسخ[1236]، ولهذه الـمرتبة أثر مختلف يتعلّق بالزّمن.

لذا سنعرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان

[1234] انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها.

[1235] انظر الفقرة عدد 337 وما بعدها.

[1236] انظر الفقرة عدد 209 وما بعدها.

الـمتعلّق بالزّمن (أ)، وسنعرض معه مصدر حكمها الـمتمثّل في أثر مرتبة الفسخ الـمتعلّق بدوره بالزّمن(ب).

(أ) عرض مصدر الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان الـمتعلّق بالزّمن

372. — ينبغي، لكي تكون عندنا صورة عن هذا الـمصدر تصلح في العمل الذي نحن بصدده، أن نتعرّض إلى ما أرادته الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، وإلى ما قالته النّظريّة التّقليديّة، وإلى ما جاء في فقه القضاء، وإلى ما ينجرّ عمّا جاء في فقه القضاء:

373. — ◀ ♦ أمّا ما أرادته الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة، فقد اعترضنا بعدُ تعبيرٌ عنه يتمثّل فيما قالته محكمة التّعقيب في فترة الـمشروع[1237]. فهذه رأت أن هناك: من جهة صورا لا يُحتاج فيها للدّعوى، ويكفي أن يتمسّك من يطلب منه تنفيذ العقد ببطلانه بواسطة الدّفع، وهذا لا يسقط؛ ومن جهة أخرى صورا يُحتاج فيها للدّعوى، واقترحت في شأنها محكمة التّعقيب نصّا - سيصبح فيما بعد الفصل 1304 من الـمجلّة الـمدنيّة - يقول ضمن ما يقول بتقادم مسقط بعد عشر سنوات[1238]. وما سبق يدلّ على أنّ دعوى البطلان النّسبي تقبل التّقادم الـمسقط. لكنّه يصبّ في اتّجاه القول بعدم تقادم في البطلان الـمطلق لأنّه لا دعوى هنا أصلا: وفعلا إذا لم تكن ثمّ دعوى، لن يكون هنالك سقوط لأنّ السّقوط محلّه الدّعوى.

وهنالك تعبير آخر ينبئ بأنّ نيّة واضع الـمجلّة الـمدنيّة قد اتّجهت إلى ما سبق من قول بعدم السّقوط في إطار البطلان الـمطلق. هذا التّعبير يتمثّل في تقرير "جوبار". ومعلوم أنّ "التّقارير أصدق إنباءً عن نيّة الـمشرّع الفرنسي من الخُطَبِ"،

[1237] انظر الفقرة عدد 348.

[1238] سيتبنّى هذا الأجل وسنجده في الـمجلّة الـمدنيّة إبّان صدورها. لكن وبعد أكثر من قرن ونصف (أي في 3 جانفي 1968) سوف ينقّح الفصل 1304 وسوف يتمّ الإنقاص من ذلك الأجل ليصبح خمس سنوات.

لأنّ الخطب تعبّر عن رأي صاحبها أمّا التّقارير فتترجم رأي القسم التّشريعي[1239].
وقد قال "جوبار"، في تقريره المقدّم للمجلس المكلّف بمناقشة القوانين أمام الهيئة التّشريعيّة، "إذا تعلّق الأمر بالتزام أبرم دون موضوع أو سبب، أو لسبب غير جائز [...] فإنّ من أبرم الالتزام لا يحتاج للقيام أمام القضاء ليفكّ التزامه، ففي أيّ وقت تتمّ مطالبته، يقبل منه دوماً أن يجيب ليس ثمّ التزام"[1240].
وقد يقال إنّ ما سبق من قول لمحكمة التّعقيب ولـ: "جوبار" قد ورد سابقا على أنّه حجّة على كون المجلّة المدنيّة الفرنسيّة أرادت عدم ضرورة الدّعوى وأنّه لم يزد – هذا إن زيد[1241] – سوى كون الدّفع بالبطلان المطلق لا يسقط. وهذا ليس حجّة، لأنّ الدّفع بالبطلان النّسبي أيضا لا يسقط. مع ذلك فدعوى البطلان النّسبي تسقط.
هذا القول وجيه. لكن ما أريد من إعادة ما قالته محكمة التّعقيب ومن إعادة ما قاله "جوبار" ليس التّنبيه على أنّ الدّفع لا يسقط، بل التّنبيه على أنّ الدّعوى إذا لم تكن ضروريّة لم يكن هنالك مجال للحديث عن سقوطها. بعبارة أخرى إن أراد مشرّع ألاّ ضرورة للدّعوى، فقد أراد بنفس المناسبة ألاّ سقوط. وهذا ما جاء على لسان أحدهم حين قال إذا كان "العمل باطلا، فلا حاجة لمهاجمته، وإذا لم يكن ثمّ مجال لدعوى البطلان، فلا مجال أيضا للسّقوط"[1242].

[1239] "لوران"، م س، ج 15، عدد 463.

[1240] "جوبار" حسب: "لوران"، م س، ج 15، عدد 461.

"Quand il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager ; à quelque époque qu'il soit poursuivi, il est toujours admis à répondre qu'il n'y a pas d'obligation".

[1241] لم تحصل زيادة على مستوى قول محكمة التّعقيب (قارن مع الفقرة عدد 348) وحصلت على مستوى قول "جوبار" (قارن مع الفقرة عدد 348).

[1242] "بودون"، تعليق على قرار تعقيبي مؤرّخ في 5 ماي 1879، دالوز 1880، 1، 145 وما بعدها.

Cass, 5 Mai 1879, D 1880, 1, 145 et s.

"Dès que l'acte est nul, il est superflu de l'attaquer ; et s'il n'y a pas lieu à l'action en nullité, il n'y a pas lieu non plus à prescription".

374. — ♦ إلاّ أنّ هنالك من قال إنّ نيّة الـمشرّع الفرنسي تتمثّل في جعل حكم السّقوط موحّدا ويهمّ كلّ الدّعاوى، أي أنّ الفصل 2262 أريد منه التّقادم الـمكسب والتّقادم الـمسقط لجميع الدعاوى. ويؤسّس صاحب هذا القول رأيه على الأعمال التّحضيريّة أيضا[1243].

ممّا سبق يخلص أنّه لا يمكن القطع بما أراده الـمشرّع الفرنسي في مسألة سقوط دعوى البطلان الـمطلق بمضيّ الزّمن.

375. — ♦ ◀ فإذا مررنا إلى النّظريّة التّقليديّة، وجدنا أصحابها دوماً مع "قياسهم الشّرطيّ الـمتّصل": "إذا كان العمل القانوني وُلد ميتا [...] فالسّقوط مستحيل"[1244]. و"البطلان لا يمكن أن يستره الزّمن: فالعمل القانوني الذي نقصه شرط وجود، لا يمكن أن يحصل عليه بمرور أجل"[1245]. ويضيفون إنّنا هنا لسنا أمام دعوى بطلان حقيقيّة، إذ "البطلان موجود بغضّ النّظر عن أيّة دعوى قضائيّة"[1246].

376. — ♦ ثمّ هم يقولون إنّ موقفهم لا يهدّد استقرار الـمعاملات، وذلك لأنّ الأمر لا يخلو من وضعيّتين:

فإمّا أنّه لم يحصل تنفيذ، وهنا تمكن الـمعارضة بالبطلان، ولن يؤثّر ذلك على الاستقرار لأنّنا سنبقي بالـمعارضة ما كان على ما كان.

وإمّا أنّه حصل تنفيذ، وهنا "من يتمسّك بالبطلان سيقوم، لاستعادة موضوع أدائه، إمّا بدعوى استرداد ما دُفع وهو غير مستحقّ وإمّا بدعوى استحقاقيّة.

(1243) انظر تقرير الـمدّعي العامّ في إطار القرار الـمذكور سابقا (خاصّة ص 150 و151).

(1244) "ڤودمي"، م س، ص 144 و145.

"Si l'acte est mort-né […] la prescription est impossible".

(1245) "ڤودمي"، م س، ص 145.

"La nullité ne peut se couvrir par le laps de temps: l'acte auquel manque une condition d'existence ne l'acquerra par l'écoulement d'un délai".

(1246) "ڤودمي"، م س، ص 145.

"La nullité existe indépendamment de toute action en justice".

ودعوى استرداد ما دُفع وهو غير مستحقّ تسقط بمضيّ ثلاثين سنة (الفصل 2262). وليس البطلان هو الذي سيُسْتَر بأجل الثّلاثين سنة، ولكن ما سيسقط عمليّا هو دعوى الاسترداد. أمّا الدّعوى الاستحقاقيّة فهي لا تسقط، لأنّ حقّ الـملكيّة لا يَمَّحي بالتّقادم الـمسقط. لكنّ الطّرف الآخر الذي تحوّز، استطاع أن يكسب بالتّقادم، فيعارض إذن بالتّقادم الـمكسب، وهذا لا قاسم مشترك بينه وبين التّقادم الـمسقط لدعوى البطلان"[1247].

377. — لكنّ هذا القول بعدم تأثّر استقرار الـمعاملات ليس صحيحا، فقد يحدث أن نكون أمام من لا يستطيع أن يكسب بالتّقادم لأنّه لا يتمتّع بالشّخصيّة القانونيّة. وهذا إذا وقع القيام ضدّه بدعوى بطلان مطلق بعد ثلاثين سنة، فليس له من وسيلة لاستبقاء الشّيء وترك ما كان على ما كان إلاّ الدّفع بسقوط تلك الدّعوى بمضيّ الزّمن.

378. — ◄ وهنا نصل إلى موقف محكمة التّعقيب الفرنسيّة التي وجدت نفسها أمام هذه الصّورة بالذّات[1248]، فقالت إنّه، و"حسب عبارات الفصل 2262 من الـمجلّة الـمدنيّة، كلّ الدّعاوى سواء كانت عينيّة أو شخصيّة تسقط في ثلاثين

[1247] "قودمي"، م س، ص 145.

"La partie qui se prévaut de la nullité, pour recouvrer l'objet de sa prestation, intentera, soit une action en répétition de l'indu, soit une action en revendication. Or, l'action en répétition de l'indu se prescrit par trente ans (art 2262). Ce n'est pas la nullité qui sera couverte par le délai de trente ans, mais en pratique l'action en remboursement sera prescrite. L'action en revendication, elle, ne se prescrira pas, car le droit de propriété ne s'éteint pas par la prescription extinctive. Mais l'autre partie, qui a été mise en possession, a pu usucaper ; elle opposera alors la prescription acquisitive, ce qui n'a rien de commun avec la prescription extinctive d'une action en nullité".

[1248] تعلّق الأمر بجمعيّة دينيّة غير مرخّص فيها، أي غير موجودة قانونا، أبرم معها عقد بيع (هبة مقنّعة). وهذا العقد باطل وعدّ بطلانه مطلقا. انظر: تعقيبي فرنسي، 5 ماي 1879، دالوز 1880، 1، 145 وما بعدها. تعليق "بودون" – "سيراي"، 1879، 1، 313.

Cass, 5mai 1879, D 1880, 1, 145, Note BEUDANT ; S. 1879, 1, 313.

سنة. وهذا الحكم عامّ وينطبق خاصّة على الحالة التي يكون فيها البطلان راديكاليّا ويهمّ النّظام العامّ. وهذا السّقوط لا يؤدّي إلى إعطاء الاتّفاق الـممنوع وجودا قانونيّا، لكنّه يعدم كلّ الدّعاوى التي تريد أن تصل إلى التّصريح ببطلانه"[1249].

379. — ◄ هذا القول بسقوط دعوى البطلان الـمطلق، تنجرّ عنه نتائج (هي تنجرّ أيضا عن سقوط دعوى البطلان النّسبي، بل عن سقوط كلّ الدّعاوى) سنوردها لأنّها ستصلح في عمليّة الـمقارنة بالفقه الإسلامي، وسنوردها بسرعة لكي لا نبتعد عن عملنا:

هذه النّتائج تتمثّل من جهة أولى في القطع والتّعليق وفي مبدأ لا سقوط ضدّ من لا يستطيع القيام[1250]، ومن جهة ثانية في جعل السّقوط تقنية لحماية الـمدينين[1251]

[1249] "Aux termes de l'article 2262 C.civ. toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans: que cette disposition est générale et s'applique particulièrement au cas où il s'agit de nullité radicale et d'ordre publique, que la prescription ainsi établie n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale, mais qu'elle anéantie toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation".

ولقد قال الـمدّعي العامّ في تقريره لمحكمة التّعقيب إنّها وفي ثلاثة قرارات سـابقة قالت بالسّقوط: تعقيبي، 8 نوفمبر 1842، فقه قضاء عامّ، انظر: التزامات، عدد 2866. ثالثـا – تعقيبي، 11 نوفمبر 1845، دالوز (DP)، 1846، 1، 25 – تعقيبي، 3 جـانفي 1849، دالوز (DP) 1849، 1، 139 (انظـر قول الـمدّعي العامّ بـ:دالوز 1880، 1، ص 150 وكـذلك ص 151).

[1250] تحدث "كاربونيي" عـن مبدأ:

contra non valentem agere non currit praescripti.

"كاربونيي" (جون)، تعليق على التّقادم الـمسقط، الـمجلّة الفصليّة للقانون الـمدني، 1952، ص 171.

Carbonnier (Jean), « Notes sur la prescription extinctive », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1952, p. 171.

ويترجمه "رولان" و"بوايي" في كتابهما الذي تعرّضنا له سابقا (أقوال القانون الفرنسي الـمأثورة، ص 114) بـ:

La prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir.

أي: التّقادم لا يسري ضدّ من مُنع من القيام.

وأمرا إجرائيّا غير ذي أثر إلاّ متى وقع التّمسّك به أمام الـمحكمة. وأكثر من هذا – حتّى إن تمّ التّمسّك بالسّقوط – فالذي يموت عندها هوالالتزام الـمدنيّ. أمّا الالتزام الطّبيعيّ فيبقى حيّا لا يموت[1252].

وقال "كاربونيي" إنّ الـمجلّة الـمدنيّة أقبرت هذا الـمبدأ بواسطة الفصل 2251 الذي نصّ على أنّ السّقوط يسري إلاّ إذا وضع القانون استثناء. لكنّ الـمحاكم أعادت بعثه إلى الوجود، قائلة إنّ أسباب التّعليق هي التي يجب أن ينصّ عليها القانون، والـمبدأ ليس تعليقا (إذن عدّت الـمحاكم النّص العامّ مفيدا للخصوص وهو التّعليق، وهذا مختلف عن الـمبدأ الـمذكور. فالتّعليق يوقف بصفة مؤقّتة جريان الأجل وهو في النّهاية إطالة للأجل القانوني أيّا كان الوقت الذي قام فيه سببه. فالقاصر نزيده سنون صغره ولا نقول إنّه وبمجرّد أن رشد كان عليه القيام بأعمال قاطعة. بعبارة أخرى لا يشترط أن تكون القاصريّة ما زالت قائمة في الوقت الذي من الـمفروض أن تسقط فيه الدّعوى. أمّا الـمبدأ فلا يطيل الأجل إلاّ متى كان سبب إعماله ما زال موجودا في الوقت الذي من الـمفروض أن تسقط فيه الدّعوى [لم نفعل هنا إلاّ أن نقلنا ما جاء عند "رولان" و"بوايي"، م س، ص 117]. إلاّ أن هنالك من يسمّي الـمبدأ تعليقا [مثلا: "دوبلا"، م س، ج 2، ص 128]). وهو أي الـمبدأ يهمّ الاستحالة الواقعيّة لا القانونيّة [مثال للاستحالة القانونيّة: لا يمكن للمكرَه أن يقوم وهو تحت حالة الإكراه، وهذه يحكمها مبدأ آخر هو لا سقوط لدعوى لم تولد بعد]. وتتمثّل الاستحالة الواقعيّة في صورتين: القوّة القاهرة [حرب، إلخ] وجهل وجود الحقّ ["رولان" و"بوايي"، م س، ص 116]. لكنّ "كاربونيي" وفي مقاله الـمذكور أعلاه (ص 174 و175)، يحدّثنا – زيادة على جهل وجود الحق – عن صورة الدّائن الذي دخل في مفاوضات مع مدينه من أجل حلّ رضائي، وعن صورة الـمريض مرضا خطيرا. ويلاحظ "كاربونيي" (م س، ص 180) أنّ الـمشرّع الفرنسي وبوضعه للفصل 2251 أراد نظاما قانونيّا صارما وذلك كردّة فعل ضدّ ما كان موجودا في القانون القديم من صور كثيرة للتّطويل والتّقصير. لكنّ القضاء رجع إلى حلول الإنصاف والتحكّم).

[1251] يقول "كاربونيي" في مقاله الـمذكور أعلاه (ص 175 و176) إنّ أساس السّقوط لا يمكن أن يكون سلطان الإرادة لو قلنا إنّه جعل لحسن سير القضاء بتجنيبه النّظر في ملفّات قديمة. لكنّه يضيف أنّ الفصل 2223 من الـمجلّة الـمدنيّة (يقابله الفصل 385 من مجلّة الالتزامات والعقود) لا يسمح للقاضي بأن يثير السّقوط من تلقاء نفسه وهذا يعني أنّ الأساس الـمذكور للتوّ (حسن سير القضاء) غير صحيح. ثمّ يواصل الفقيه الفرنسي قائلا إنّ السّقوط ينظر إليه عادة على أنّه تقنية لحماية الـمدينين، وهو يهم النّظام العام الـمرتبط والـمقيّد بهذه الحماية. لذلك يمنع التّنازل الـمسبّق عن التّمسّك بالسّقوط (الفصل 2220 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة ويقابله الفصل 386 من مجلّة الالتزامات والعقود)، لكن يسمح بالتّنازل البعدي (في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 386). ويمنع الاتّفاق على إطالة الأجل لأنّه تنازل مسبّق (في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 388)، لكن يسمح بالتّقصير في الأجل لأنّه يقوّي من حماية الـمدين (الـمشكل هنا أنّ هنالك مدينين هم بعد أقوياء وقد يفرضون على الدّائن صاحب الدّعوى آجالا قصيرة).

[1252] انظر إلى "كاربونيي"، م س (تعليق على التّقادم الـمسقط)، ص 176.

ويبدو أنّ أثر مرتبة البطلان الـمتعلّق بالزّمن، والذي عرضناه للتّوّ، مختلف عن أثر مرتبة الفسخ الخاصّ بنفس النّقطة.

(ب) عرض مصدر الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة الفسخ الـمتعلّق بالزّمن

380. — لا نقصد بالفسخ هنا البطلان النّسبي لأنّنا أوردنا هذا البطلان في العنوان السّابق، لكنّنا نقصد "الحلّ الرّجعي مبدئيّا لعقد ملزم لجانبين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشّيء"[1253].

ويكفي هنا أن نورد محتوى الفصل 1648 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة لندرك أن ثمّ اختلافا على مستوى الزّمن بين البطلان حتّى النّسبي منه والفسخ. فلقد قال هذا النّصّ إنّ "الدّعوى النّاجمة عن عيوب خفيّة يجب القيام بها من قبل الـمشتري في أجل قصير وذلك حسب نوع العيوب وعرف الـمكان الذي وقع فيه البيع"[1254]. وهذا يعني أنّ الأجل الذي ينطلق من تاريخ اكتشاف العيب قد يختلف عن ذلك الـمقرّر في الفصل 1304 لبعض أنواع الغلط التّلقائي والـمحدث[1255] والذي هو عشر سنوات من تاريخ اكتشاف هذا الغلط[1256].

وإنّ هذا الاختلاف سنجده أيضا في مجلّة الالتزامات والعقود التي سنحاول الآن عرض حكمها.

بعبارة أخرى ماتت الدّعوى ولم يمت الحقّ. فالحقّ يبدأ طبيعيّا، ثمّ يأتي القانون ويحميه بواسطة دعوى فيصبح حقّا قانونيّا، ثمّ قد يزول عنه وصف القانوني فيعود كما بدأ طبيعيّا (قارن مع "كاربونيي"، الـمقالة السّابقة نفسها، ص 178).

(1253) انظر الفقرة عدد 212.

(1254) "L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée dans un bref délai suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite".

وهذا هو النّص الأصلي للفصل 1648، وقد أضيفت له سنة 1967 فقرة أخرى.

(1255) لم نشر إلى حالات البطلان الـمطلق لأنّنا رأينا أنّ نظريّة العيوب الخفيّة نقلت من القانون الرّوماني، وهذا كان يقول بها في إطار الأوصاف غير الذّاتيّة (انظر الفقرة عدد 90).

(1256) نقّح الفصل 1304 في 3 جانفي 1968 وصار الأجل خمس سنوات.

الفقرة 2. عرض الحكم نفسه

381. إنّ ما جاء في الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة سنجده في مجلّة الالتزامات والعقود، أي سنجد زمنا هو أثر لمرتبة البطلان وآخر هو أثر لمرتبة الفسخ. لذا سنعرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود الـمتمثّل في هذين الأثرين الواحد منهما تلو الآخر.

(أ) عرض الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان الـمتعلّق بالزّمن

382. — يقتضي التّمشّي الـمعتمد في هذا العمل البحث عن نيّة الـمشرّع التّونسي. هذا البحث شبيه بسابقه الذي تعلّق بنيّة الـمشرّع الفرنسيّ. فالسّابق كان سهلا في ما يخصّ البطلان النّسبي وصعبا فيما يخصّ البطلان الـمطلق[1257]. والأمر سيكون كذلك في إطار نيّة الـمشرّع التّونسي[1258].

وإنّ البحث عن نيّة هذا الـمشرّع التّونسي واجب الحصول في إطار الفصلين 372 و449 من الـمشروع الـمرَاجع. والسّبب أنّ هذين نُقِلا وصارا الفصلان 325 و402

[1257] انظر الفقرة 372 وما بعدها.

[1258] ودليل تلك السّهولة وهذه الصّعوبة اتّفاق فقه القانون التّونسي حول موقف الـمشرّع من البطلان النّسبي واختلافه حول موقفه من البطلان الـمطلق. وفعلا انقسم فقه القانون إلى:

قائل بعدم سقوط دعوى البطلان الـمطلق: "دوبلا"، م س، ج 2، ص 94 و95؛ الـمالقي (محمّد)، م س، ص 309؛ الزّين (محمّد)، م س، عدد 293 (يعرض هذا الفقيه الـموقفين، لكن يبدو من خلال العدد الـمذكور منذ قليل، وعرضه في مرتبة ثانية الـموقف القائل بعدم السّقوط أنّه من أصحاب هذا الرّأي).

وقائل بسقوطها: شرف الدّين (محمّد كمال)، تعليق على الحكم الـمدني الصّادر عن محكمة النّاحية بتونس تحت عدد 9132، في 27 مارس 1990، الأحداث القانونيّة التّونسية، عدد 3، السّداسي الأوّل، 1990، ص 97 وما بعدها؛ بسرور (نور الدّين)، م س، عدد 218 (إلخ).

كما نجد الاختلاف نفسه داخل فقه قضاء محكمة التّعقيب (انظر تعليق محمّد كمال شرف الدّين الـمذكور منذ قليل).

لكنّنا – وكما حصل معنا في الـمحتويات السّابقة لهذا العمل – لن نستطيع التّعرّض إلى ذاك الفقه وإلى هذا القضاء نظرا للتّمشّي الـمعتمد، إلاّ إذا وجدنا في ذاك أو في هذا ما يطابق ويساوي هذا التّمشّي.

من مجلّة الالتزامات والعقود:

383. — ◀ ♦ فأمّا الفصل 372 (والذي صار في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 325)، فنجد في حاشيته التّحتيّة إشارة إلى "أوبري" و"رو"، وإلى "لوران". وهؤلاء من القائلين بعدم سقوط دعوى البطلان المطلق. نعم قد لا نجد عندهم – في الأماكن المشار إليها – حديثا مباشرا عن الأثر المتمثّل في عدم السّقوط، لكنّنا نعلم أنّ مجرّد القول بالانعدام يتضمّن أربعة آثار من ضمنها هذا الأثر[1259]. وفعلا إذا أخذنا "أوبري" و"رو"، وجدناهما[1260] يفرّقان بين الانعدام والبطلان والفسخ (rescision)، ويقولان ألّا سقوط في الأوّل. صحيح أنّه لا يمكن القطع بأنّ إشارة الحاشية التّحتيّة إلى هذين الفقيهين هي تبنٍّ من قِبَلِها لموقفهما على مستوى عدم السّقوط. لكن تلك الإشارة هي أيضا إشارة إلى قولهما هذا. والسّبب أنّ رأيهما كلٌّ، فإذا أشير إلى جزء فقد أشير إلى الآخر.

384. — فإذا ذهبنا إلى "لوران"، تقدّمنا خطوة على ما سبق. فهنا أشارت الحاشية إلى مكان[1261]. وحين نذهب إلى هذا المكان نجد مادّة واسعة من ضمنها إمضاء العقد القابل للإبطال. وهنا نُرْسَل إلى مكان آخر. في هذا المكان الآخر نجد حديثا عن الإمضاء أيضاً، لكن عن عدم إمكانه في صورة الانعدام[1262]. ثمّ إنّه، ومباشرة بعد ذلك، يقول لنا "لوران" إنّ مسألة عدم الإمضاء هذه جزء من كلّ. وهذا الكلّ يتضمّن (ضمن ما يتضمّن) عدم ضرورة الدّعوى وعدم السّقوط بمضيّ الزّمن[1263].

[1259] انظر إلى ما قيل حول "الشّرطيّ المتّصل" (الفقرة عدد 341 وما بعدها والفقرة عدد 349).

[1260] ج 4، عدد 337 وما بعدها. وقد يقال إن الحاشية التّحتيّة للفصل 372 من المشروع المرَاجع لم تشر إلى هذه الأماكن، ولكنّنا قلنا إنّ المشار إليه يتضمّن قولا حول الزّمن، لأنّ الموقف كلٌّ وداخله وحدات من ضمنها عدم السّقوط، فإذا أشرت إلى وحدة من هذا الموقف فقد أشرت إلى البقيّة.

[1261] ج 18، عدد 528 وما بعدها.

[1262] يرسلنا ج 18، عدد 566 إلى ج 15، عدد 462.

[1263] ج 15، عدد 462 حيث يقول: "ينصّ الفصل 1131 على أنّ: "«الالتزام بدون سبب، أو على سبب خاطئ أو غير جائز لا يمكن أن يكون له أثر»، وهذا يعني [...] أنّ مثل هذا الالتزام منعدم، فلا يوجِد دعوى بطلان، ولا يمكن إمضاؤه، ولا يمكن أن يصبح صحيحا بواسطة أي تقادم مسقط"

لكنّ قول "لوران" بأنّ الأمر يتعلّق بكلّ ليس حجّة على ما نحن بصدده. فقد يكون صاحب الفصل 372 من الـمشروع الـمرَاجع (ومن ثمّ صاحب الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود) قد أراد من ذاك الكلّ أمرا ليس عدم السّقوط. والسّؤال ما هذا الأمر؟ قد يجاب إنّه ليس عدم إمكان الإمضاء لأنّ هذا سيقال به في نصّ لاحق، وإنّه عدم ضرورة الدّعوى (لا يبقى بعد طرح عدم السّقوط وعدم الإمضاء إلاّ عدم ضرورة الدّعوى). وهنا نصل إلى الـمراد، إذ يمكن أن يقال في تونس ما قيل في فرنسا وهو أنّه – حتّى إن أريد في الفصل 372، ومن خلال الإشارة إلى "لوران"، عدم ضرورة الدّعوى – فإنّ هذا يدلّ على أنّه أريد عدم السّقوط. والسّبب أنّه متى لم يكن ثمّ مجال للدّعوى، لم يكن ثمّ مجال للسّقوط[1264].

385. — وقد يرى فيما جاء للتّوّ خطوة ترجّح الرّأي الذي مفاده أنّ إرادة الـمشرّع ذهبت نحو القول بعدم سقوط دعوى البطلان الـمطلق، وإن كانت تقصر عن بلوغ مرتبة القطع.

386. — ♦ فإذا مررنا إلى الحاشية الجانبيّة، لم نتقدّم أكثر في مسألة القطع بوجود هذه الإرادة، أو حتّى في مسألة القطع بوجود ضدّها[1265].

"L'article 1131 porte: «l'obligation, sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet». C'est à dire […] qu'une obligation pareille n'existe pas, qu'elle ne donne pas lieu à une action en nullité, qu'elle ne peut être confirmée, qu'elle ne peut devenir valable par aucune prescription".

وينبغي أن نشير إلى أنّه وفي مكان لاحق (عدد 465) سيقول لنا إنّ دعوى الاسترداد تسقط بمضيّ ثلاثين سنة.

[1264] انظر الفقرة عدد 278. ثمّ قد نضيف بأنّ هنالك حجّة أخرى على عدم ضرورة الدّعوى وهي أنّ كلّ النّصوص التي جاءت مع الفصل 372 تحت العنوان نفسه لم تحو هذه الكلمة (الدّعوى).

[1265] حين ننظر إلى بعض الـمراجع الـمستعملة (مواد الـمجلّة العثمانيّة أو مرشد الحيران) نجدها تتحدّث عن مرتبة الجزاء نفسها لا عن الأثر الـمتعلّق بالزّمن.

388. — ◄ والواجب بعد ذلك أن تحوّل الوجهة نحو النّصّ الآخر وهو الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (والذي صار الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود). فلعلّ حواشيه تسلم ما لم تسلمه حواشي سابقه:

389. — ♦ وهنا سنبدأ بالحاشية التّحتيّة حيث نجد: إشارة إلى نصّين قانونيّين وإشارة إلى أحكام قضائيّة:

390. — ♦♦ فأمّا النّصان فهما الفصل 917 من الـمجلّة التّجاريّة الإيطاليّة والفصل 195 من الـمجلّة الـمدنيّة الالـمانيّة. وهذا يتحدّث عن الأجل العامّ للسّقوط. ونفس الشّيء بالنّسبة إلى ذاك[1266]. وهنا، وإن أمكن اعتماد هذه الإشارة كحجّة على أنّ الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (ومن بعده الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) أريد منه التّنصيص على الأجل العامّ للسّقوط، فإنّه لا يمكن اعتماد نفس الإشارة كحجّة قاطعة على أنّ واضعي ذلك الـمشروع (وهذه الـمجلّة) قد أدخلوا في الأجل العامّ دعوى البطلان الـمطلق.

[1266] الفصل 195: "الأجل العام للسّقوط هو ثلاثون سنة".

Art 195: "Le délai de droit commun de la prescription est de trente année".

أمّا بالنّسبة إلى النّص الإيطالي، فعلينا أن نلاحظ أوّلا أنّه عامّ ولكن في الـمادّة التّجاريّة. كما علينا أن نلاحظ ثانيا أنّ هنالك خطأ مطبعيّا على مستوى رقمه إذ أنّ آخر نص تنتهي به الـمجلّة هو 916. وإذا رجعنا إلى عنوان السّقوط (من الفصل 905 إلى الفصل 916)، وجدنا أنّ النّص الذي يمكن أن يكون قد أشير إليه هو الفصل 907 الذي يقول إنّ "السّقوط العادي في الـمادّة التّجاريّة يتحقّق بانقضاء عشر سنوات، وذلك في كلّ الحالات التي لن يوضع فيها أجل أقصر".

"La prescription ordinaire en matière commerciale sera acquise à l'expiration de dix années, dans tous les cas pour lesquels ne sera pas établie une prescription plus courte".

الـمجلّة التّجاريّة للمملكة الإيطاليّة، نشرت في 2 أفريل 1882 ودخلت حيز التّطبيق في غرة جانفي 1883، ترجمة وتعليق "هنري مارسي نيس"، "كوفان أمبرور"، جانفي 1883.

Code de commerce du Royaume d'Italie, promulgué le 2 Avril 1882 et mis en vigueur le 1er Janvier 1883, traduit, annoté, commenté par HENRI MARCY NICE S, CAUVIN-Empereur, Janvier 1883.

391. — ♦♦ وأمّا الأحكام القضائيّة فهي:

♦♦♦ حكم الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (7 ديسمبر 1887) وهو لمدّة التّقادم الـمسقط في الدّعاوى الـمتعلّقة بالدّيون العاديّة والتي هي خمس عشرة سنة حسب الأحناف. وبمناسبة هذا الحكم عمدت الحاشية التّحتيّة للفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع إلى إرسالنا إلى أحكام أخرى تقول إنّ الـمدّة هي نفسها حسب الـمالكيّة، أو هي 15 سنة دون تفرقة بين الـمذاهب، أو هي 10 سنوات دون تفرقة أيضا بين الـمذاهب[1267].

♦♦♦ حكم الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (6 فيفري 1888) الذي يقول إنّ "مدّة خمس عشرة سنة للتّقادم الـمسقط في القانون الإسلامي تنطبق على الالتزامات النّاشئة عن عقد أبرم في تونس بين مسلمين ووفق الشّكل الـمراد من القانون الـمحلّي"[1268].

[1267] الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (الدّائرة الأولى – رئاسة "دوبوا") مجلّة محاكم تونس، مجلّة عمليّة للتّشريع والقضاء (Journal des tribunaux de la Tunisie, Revue pratique de législation et de jurisprudence)، 1894، ص 435.

"في كلّ الأحوال التي ينطبق فيها تقادم القانون الإسلامي الـمسقط، يختار الـمدّعى عليه الـمذهب الذي يناسبه" (يشار هنا إلى العديد من الأحكام التي تبنّت القول نفسه) "وفي الـمذهب الحنفي مدّة التّقادم الـمسقط بالنّسبة إلى الدّيون العاديّة هي خمس عشرة سنة" (هنا أيضا يشار إلى أحكام قالت: – إنّ الأجل في الـمذهب الـمالكي 15 سنة – إنّ الأجل دون تفرقة بين الـمذاهب هو 15 سنة – إنّ الأجل دون تفرقة بين الـمذاهب هو 10 سنوات. وهذه الإشارة هي التي أرسلتنا إليها الحاشية التّحتيّة للفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع.)

"Dans tous les cas où la prescription du droit musulman est applicable, le défendeur a le choix du rite qui lui est favorable.

Dans le rite hanafite, la durée de la prescription extinctive, pour les créances ordinaires, est de quinze années".

[1268] الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (الدّائرة الأولى – رئاسة "جيفروا")، مجلّة محاكم تونس، 1894، ص 437.

"La prescription de quinze ans du droit musulman tunisien est applicable, à l'obligation résultant du contrat passé en Tunisie entre musulmans et suivant les formes voulues par la loi locale".

♦♦♦ حكم الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (27 جوان 1894) الذي يقول – ضمن ما يقول – إنّ "تقادم الخمس عشرة سنة الـمسقط الذي قبِله القانون التّونسي للدّيون الشّخصيّة الـمتعلّقة بمنقولات ينطبق على الالتزامات الـمبرمة في تونس من قبِل تونسي"[1269].

♦♦♦ حكم محكمة الاستئناف بالجزائر (1 ماي 1893) الذي تبنّى "أسباب" حكم الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (13 ماي 1890) برمّتها، وهذه "الأسباب" قالت إنّ كلّ الـمذاهب الإسلاميّة تقبل السّقوط في مادّة الالتزامات، وهو في الـمذهب الـمالكي خمس عشرة سنة[1270].

[1269] الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (الدّائرة الثّانية – رئاسة "بارج")، 27 جوان 1894، مجلّة محاكم تونس، 1894، ص 446 و447.

"La prescription extinctive de quinze ans, admise par le droit tunisien pour les dettes personnelles et mobilières, est applicable aux obligations contractées en Tunisie par un indigène".

[1270] محكمة الاستئناف بالجزائر (الدّائرة الأولى– رئاسة "زايس")، 1 ماي 1893. وقد قالت إنّها تتبنّى "أسباب" حكم الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (الدّائرة الأولى – رئاسة "بارج")، 13 جوان 1890. والقرار والحكم منشوران بمجلّة محاكم تونس، 1893، ص 382 وما بعدها. وسننقل – ورغم الطّول – جزءا من هذا الحكم لأنّه صدر برئاسة "بارج"، ولأنّ محتواه زيادة على كونه صالح فيما نحن بصدده الآن، سيصلح أيضا في مرحلة لاحقة:

"فيما يخص السّقوط – حيث أنّه وفي القانون التّونسي قُبل ودون نزاع كون الدّعاوى الـمتعلّقة بالـمنقولات لا يمكن القيام بها بعد زمن معيّن يختلف باختلاف الـمذاهب وأنّه وفق [...] مدرسة مالك خمس عشرة سنة [...] وحيث أنّه وقع التّمسّك خطأ [...] بأنّ القانون الإسلامي لا يعترف بوجود التّقادم الـمسقط في مادّة الالتزامات. فإذا كان القرآن قد أعلن أنّ حقّ الـمسلم لا يبطل وإن قدُم (لم تقل الـمحكمة أين حصل هذا الإعلان من القرآن)، إلاّ أنّ فقهاء كلّ الـمذاهب وكلّ البلاد الإسلاميّة – وتحت تأثير الزّمن، والظّروف وتبدّل الأفكار والعلاقات الاقتصاديّة بين الإسلام والـمسيحيّة – سهّلوا من صعوبة القانون الأصلي وذلك بواسطة تخريجات قانونيّة ملائمة دخلت فيما بعد في التّقاليد. ويمكن أن نذكر عدّة أمثلة [...] (منها) أنّهم، وبكثير من الصّنعة، تجنّبوا الآثار الخطيرة لدوام الحقوق الشّخصيّة، وذلك بالقول، لا بأنّ هذه الحقوق تسقط بمرور الزّمن لأنّ ذلك كان سيعارض النّص الـمقدّس، بل بأنّها لا يمكن أن تثار أمام القضاء بعد زمن معيّن، وتكون لتلك الإثارة جدوى (طبعا هنا نجد الـموقف الاستشراقي الـمعروف والذي مفاده أنّ النّص الـمقدّس قد يصبح غير متماش مع الزّمن وأنّ الفقهاء في هذه الصورة يعمدون إلى "الصّنعة" لتجاوزه. انظر ما سيأتي لاحقا حول تفصيل مسألة التّقادم في الفقه الاسلامي وذلك من أجل تقييم الـموقف الاستشراقي في

392. — ويمكن القول إنّ ما سبق تعبير مباشر على أنّ نيّة صاحب الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (ومن بعده نيّة صاحب الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) هي: أوّلاً وضع نصّ عامّ للسّقوط؛ ثانياً وضع نصّ عامّ لسقوط الدّعاوى

هذه النّقطة). وهكذا، ولأنّهم ممنوعون من تقرير سقوط الحقوق، اكتفوا بتعطيل الدّعوى الـمؤسّسة على هذا الحقّ. وإنّ محاسن هذا الإجراء كانت بيّنة حتّى أنّه، وكما سبق القول، تمّ قبوله في كلّ مكان ومن قبل كلّ الـمدارس. وهذا الإجراء قبل دون نزاع وجرى به العمل دون استثناءات في تونس. ونجد له أثرا في فتوى [...] لمفتين أحناف [...] وفي فتوى لشيخ الإسلام [...] ثمّ إنّ الـمحاكم الفرنسيّة الـمقامة في تونس، وبعد أن تبيّنت وجود واستمرار العرف الـمتمثّل في عدم قبول الدّعاوى التي لم يقم بها طوال مدّة معيّنة، كرّست ذلك العرف بواسطة قضاء مستقرّ".

"En ce qui concerne la prescription ; Attendu qu'en droit tunisien il est admis, sans contestation aucune, que les actions mobilières ne peuvent être poursuivies utilement en justice après un certain laps de temps qui varie suivant les rites et qui, dans […] l'école de Malek, est de quinze année […] Attendu qu'à tort […] il a été soutenu que le droit musulman ne reconnaît pas l'existence de la prescription extinctive en matière d'obligation ; Si le Coran a proclamé que « le droit d'un musulman ne saurait «devenir nul, lors même, qu'il serait ancien», les jurisconsultes de tous les rites et de tous les pays musulman ont, sous l'influence du temps, des circonstances, de la transformation des idées et des relations économiques qui se sont multipliées entre l'Islam et la chrétienté, adouci par des combinaisons juridiques appropriées, qui sont passées dans l'usage, la rigueur du droit primitif ; – on pourrait en citer de nombreux exemples ; – Ainsi […] ils ont, avec beaucoup d'ingéniosité, éludé, les effets dangereux de la perpétuité des droits de créance en disant, non pas que ces droits s'éteindront par le laps de temps, ce qui eut été contraire à la loi sacrée, mais bien qu'ils ne pourraient être utilement produits en justice au bout d'un certain temps ; empêchés de décider l'extinction du droit, ils se sont bornés à paralyser l'action basée sur ce droit, et les bienfaits de cette mesure se sont manifestés d'une façon si éclatante qu'elle a, comme il a été dit, été acceptée partout et par toutes les écoles ; elle est admise sans conteste et d'une pratique sans exception en Tunisie ; on en trouve notamment la trace dans une consultation adressée […] par les muftis hanafis […] ainsi que dans une consultation du cheikh ul Islam".

النّاشئة عن التزام[1271]. كما يمكن القول إنّ الالتزام أريد منه أيضا ذاك الذي ينجرّ عن عقد.

رغم ما جاء للتّوّ، لا نزال بعيدين عن الأمر الذي يهمّنا. نعم وصلنا إلى أنّه أريد في فصل الـمشروع الـمرَاجع (وفي فصل مجلّة الالتزامات والعقود) – وضمن ما أريد – الدّعوى النّاشئة عن التزام ناشئ بدوره عن عقد، لكنّنا لم نصل إلى أنّه أريد الدّعوى الناشئة عن التزام ناشئ عن عقد باطل مطلقا.

393. — ♦ والواجب إذن أن نمرّ إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 449 (قلنا إنّ ما يقابله هو الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود). وإنّ هذه ترسلنا إلى حاشية الفصل 431[1272] (يقابله الفصل 384 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وبالتّحديد إلى الجانبيّة منها[1273]. وهنا قُسِّم الحديث إلى قسمين: واحد للمالكيّة وآخر للحنفيّة:

فأمّا القسم الأوّل فبدأ بحديث نُسِب إلى الرّسول ﷺ ومفاده أنّ حقّ الـمسلم لا يسقط. ثمّ قيل إنّ السّقوط دخل الـمذهب الـمالكي بالتّدريج وذلك على مستوى مسائل خاصّة[1274]. وقيل بعد ذلك إنّ السّقوط دخل على مستوى عموم الـمسائل، وهنا وُضعت ثلاثون سنة كأجل، ووضعت عشرون، والقضاء اليوم على

[1271] قد يقال إنّ هذا قاله النّص نفسه. لكن رغم ذلك هو ذو أهمّيّة لأنّه يقطع كلّ خلاف من شأنه أن يحدث حول معنى الصّياغة العربيّة: "دعوى ناشئة عن تعمير الذّمّة".

[1272] قالت: "انظر الهامش بالفصل 431". "Voir note à l'art 431"

[1273] للفصل 431 حاشية تحتيّة أيضا فيها إشارة إلى القانون الرّوماني وإلى الفصل 2262 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة وإلى "أوبري" و"رو" وإلى "لوران" إلخ. لكن يرجّح أنّها ليست الـمحال عليها. والسّبب أنّ الحواشي الجانبية للمشروع الـمرَاجع هي للفقه الإسلامي بالأساس، ولكنّها ليست للقوانين أو للفقه الغربي. فإذا اعتبرنا الحاشية التّحتيّة للفصل 431 محالا عليه، أدّى ذلك لأن تصبح الحاشية الجانبيّة للفصل 449 محتوية على قانون وفقه غربي، وهو ما لم نعتده من أصحاب الـمشروع على مستوى هذا النّوع من الحواشي. وعلى كلّ يبدو أنّه، وحتّى إذا أخذنا بالاحتمال الضّعيف وذهبنا أيضا إلى الحاشية التّحتية للفصل 431، فلن نخرج بشيء على مستوى ما نحن بصدده.

[1274] عشر سنوات للدّعوى ضدّ ورثة الـمودع عنده – سنة لدعوى الفسخ من أجل الغبن – إلخ.

خمس عشرة سنة. وأشير هنا إلى عدّة أحكام[1275]. بل إنّه أشير حتّى إلى الدّعاوى العينيّة وقيل إنّ أساس سقوطها التّنازل، وأجل سقوطها 10 سنوات[1276].

[1275] منها:

* حكم الـمحكمة الابتدائيّة بتونس (الدّائرة الثّانية – رئاسة "بارج") 20 جويلية 1893، مجلّة محاكم تونس، 1896، ص 589 و590. و"بارج" اعترضنا سابقا تحت الفصل 449 (انظر الفقرة عدد 390).

* حكم محكمة الوزارة (الدائرة الـمدنيّة الثّانية – رئاسة عبد العزيز تاج) 25 فيفري 1896، مجلّة محاكم تونس، 1896، ص 325 والذي جاء فيه: "لا تقبل الدعوى القضائية الـمؤسسة على دين بعد خمس وعشرين سنة إذا لم يثبت الدّائن أنّه قطع الصّمت وعمد إلى الـمطالبة أثناء هذا الوقت".

"L'action en justice fondée sur un titre de créance n'est pas recevable, lorsqu'elle existe depuis vingt-cinq ans et que néanmoins le créancier n'établit pas qu'il a rompu le silence et a réclamé dans cet intervalle de temps".

* حكم محكمة الوزارة (الدّائرة الـمدنيّة – رئاسة الشّاذلي كبادي) 1 جويلية 1897، مجلّة محاكم تونس، 1897، ص 640 والذي جاء فيه: "لا يمكن أن يمثّل أساس دعوى قضائيّة سند الدّين الذي سقط منذ خمس عشرة سنة والحال أنّه لم يحصل أي تتبّع قضائي لاستخلاصه".

"Ne peut servir de base à une action en justice un titre de créance échu depuis quinze années, alors qu'aucune poursuite judiciaire n'a été exercée pour parvenir à son recouvrement".

* حكم محكمة الوزارة (الدّائرة الـمدنيّة – رئاسة الشّاذلي كبادي) 28 جوان 1897، مجلّة محاكم تونس، 1897، ص 664 والذي جاء فيه: "يجب أن يعدّ غير ذي قيمة وغير صالح كأساس لدعوى قضائيّة سند الدّين الذي تجاوز تاريخه 22 سنة"

"Doit être considéré comme sans valeur et impropre à servir de base à une action en justice un titre de créance dont la date dépasse vingt-deux ans".

[1276] أشير على مستوى الأساس إلى كتاب: التّواتي (محمّد البشير) مجموع الإفادة في علم الشهادة (له طبعة باللغة العربيّة: تونس، الـمطبعة التّونسيّة، سوق البلاط، ط 4، 1346 هـ)، ولكن الذي استعملته اللجنة هو الـمترجم إلى الفرنسيّة والـمعلّق عليه من قبل "جول أبريبات": تونس، الـمطبعة الفرنسيّة، بورال، 1896، ص 185.

ETTOUATI (Mohammed el bachir), Recueil de notion de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'actes notariés: judiciaires et extra judiciaires, Traduit et annoté par Jules ABRIBAT, Tunis, Imprimerie française B. BORREL, 1896, p. 185.

(وقد قلنا إنّ الـمستعمل من قبل اللجنة هو الكتاب الـمترجم لأنّه أشير إلى ص 185 والحال أنّ الكتاب في اللغة العربيّة يصل إلى ما يزيد قليلا عن الـمائة صفحة).

وأشير على مستوى الأجل إلى ابن فرحون.

[1276] "L'école hanafite part aussi du principe «le droit ne peut s'éteindre par le laps du temps» […] mais un jurisconsulte […] admet une prescription générale de

وأمّا القسم الثّاني فقد قيل فيه إنّ: "الـمدرسة الحنفيّة تنطلق أيضا من مبدأ أنّ الحقّ لا يسقط بمرور الزّمن. لكنّ فقيها [...] قال بسقوط عامّ مدّته ثلاث وثلاثون سنة مؤسَّس على قرينة تنازل. ثمّ انتهي بقبول سقوط بخمس عشرة سنة وضعته الأوامر السّلطانيّة [...] وقد اعترف به ابن نجيم صراحة [...] لأنّ «ولاية القاضي يمكن تحديدها في الزّمان والـمادّة. فأمر السّلاطين بعدم سماع الدّعاوى بعد خمس عشرة سنة هو تحديد من هذا النّوع ويجب أن يطاع»، وهو سقوط للدّعوى، لكنّ الحقّ لا يسقط"[1277].

394. — والحاصل بعد قراءة الحاشية الجانبيّة هو الحاصل قبلها. وفعلا لم تضف هذه القراءة شيئا لما تمّ الوصول إليه قبل إتيانها. وما تمّ الوصول إليه هو أنّه أريد

---

trente-trois ans fondée sur une présomption de renonciation. On finit par admettre une prescription de quinze ans, établis par les décrets des sultans [...] IBN NADJIM la reconnaît formellement [...] car «la juridiction du juge peut être limitée, quant au temps ou à la matière: l'ordre des sultans, de ne pas juger les affaires après quinze ans, est une limitation de ce genre, il doit être obéi». c'est donc une extinction de l'action [...] mais le droit n'est pas éteint".

وهذا الكلام لـ: "سانتيلانا" يذكرنا بالحكم الذي تعرّضنا له سابقا والذي ترأّس الـمحكمة التي أصدرته "بارج".

وينبغي فيما يخص الأحناف الإشارة إلى ما جاء عند الزّرقا (الشّيخ أحمد بن الشّيخ محمّد الزّرقا، شرح القواعد الفقهيّة، ط 2 بقلم ابن الـمؤلّف: مصطفى أحمد الزّرقا، دمشق، دار القلم، 2001 م، ص 147 – 148). ففي إطار حديث عن الظّاهر والنّص والـمفسّر والـمحكم قال إنّ هذين لا يقبلان تأويلا. "فلا يجوز الاجتهاد في مقابلة الـمفسّر والـمحكم فبطل القول [...] بسقوط الدّين بمضي سنين بلا مطالبة". وينسب الزّرقا هذا الكلام لحنفيّين هما صاحب الدّر الـمختار وصاحب ردّ الـمحتار. ومن يعود إلى الأوّل (الدّرّ الـمختار ج 5، ص 400 وما بعدها) يجد ما يلي: "ولو قال الـموثّق وحكم بمقتضاه لا يصحّ لأنّ الشّيء لا يقتضي بطلان نفسه وبه ظهر أنّ الحكم بالـموجب أعمّ (نهر) إلّا ما عري عن دليل مجمع أو خالف كتابا لم يختلف في تأويله السّلف كمتروك تسمية أو سنّة مشهورة كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة الـمشهور أو إجماعا كحلّ الـمتعة لإجماع الصّحابة على فساده وكبيع أمّ ولد على الأظهر وقيل ينفذ على الأصحّ ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين الـمدّعي لمخالفته للحديث الـمشهور البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر أو بقصاص بتعيين الوليّ واحدا من أهل الـمحلّة بحصّة نكاح الـمتعة أو الـمؤقّت أو بصحّة بيع معتق البعض أو بسقوط الدّين بمضيّ سنين أو بصحّة طلاق الدّور وبقاء النّكاح كما مرّ في بابه وقضاء عبد وصبيّ مطلقا وقضاء كافر على مسلم أبدا ونحو ذلك كالتّفريق بين الزّوجين بشهادة الـمرضعة لا ينفذ في الكلّ وعدّ منها في الأشباه نيّفا وأربع". الحصكفي، الدّرّالـمختار، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1386.

من الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (ومن ثمّ من الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وضمن ما أريد، سقوط الدّعاوى النّاشئة عن التزام ناشئ عن عقد.

ولعلّه ينبغي بعد كلّ ما تقدّم أن نوجّه عملنا نحو منحى آخر:

فنقول إنّ عبارة الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (ومن ثمّ الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) "دعوى ناشئة عن التزام"[1278] مطلقة (نقصد هنا بالتّحديد عبارة "التزام" لأنّها نكرة في سياق إثبات ومن ثمّ فهي مطلقة) إذ هي لدعوى ناشئة عن التزام موجود قانونا، ولدعوى ناشئة عن التزام غير موجود قانونا[1279].

[1278] قلنا سابقا إنّ عبارة "دعوى ناشئة عن تعمير الذّمّة" والتي نجدها بالصّياغة العربيّة للفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود أريد بها دعوى ناشئة عن التزام.

[1279] اعترضنا سابقا من يقول إنّ الالتزام غير الـموجود قانونا قسمان:

قسم يكون فيه الالتزام، وزيادة على ما سبق، غير موجود واقعا. وهنا لا حاجة للقضاء. إلاّ أنّ هذا لا يعني ألاّ حاجة للقضاء مطلقا إذ قد يقام أمامه بالدّعوى على سبيل الوقاية ومن أجل قطع الطّريق أمام دعاوى محتملة في التّنفيذ.

قسم يكون فيه الالتزام موجودا واقعا. وهنا يحتاج للقضاء.

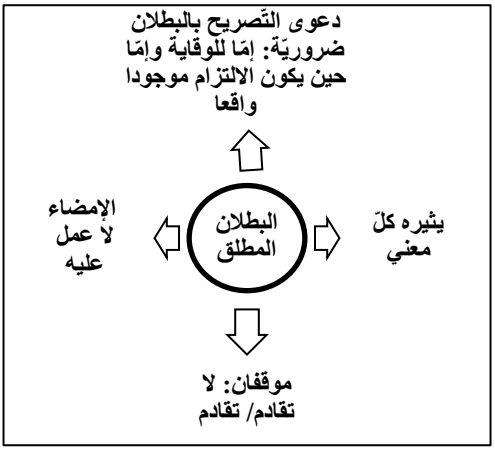
وإنّه وفي القسم الأوّل والثّاني، وبسبب عدم وجود التزام قانونا، فإنّه يقال إنّ الدّعوى ليست حقّا دعوى إبطال، لأنّ عدم الوجود قائم قبل تدخّل القاضي. بعبارة أخرى لا ينشئ القاضي البطلان، لكنّه يصرّح به. فالأمر متعلّق إذن، وهنا أيضا، بدعوى إبطال (بطلان مطلق). لكن، لأنّ ليس فيها إنشاء للبطلان بل مجرّد تصريح به، قيل إنّها ليست حقّا دعوى إبطال (انظر الفقرة عدد 349).

وينبغي أن نعيد هنا رسما سبق معنا من أجل إدخال هذا التّدقيق عليه:

والـمطلق، إذا لم يُعثر على قرينة تقيّده، يفيد الإطلاق [1280].

395. — وقد يتناول الفصل 449 (و من ثمّ الفصل 402) من زاوية أخرى وصلنا إليها بعدُ من خلال بحثنا في نيّة الـمشرّع. فلقد رأينا أنّ هذا النّصّ أريد منه – ضمن ما أريد – سقوط الدّعاوى النّاشئة عن التزام ناشئ عن "عقد". وهذا الذي أريد هو بدوره مطلق، لأنّه يشمل العقد الصّحيح والباطل نسبيّا والباطل مطلقا. والسّؤال هنا أيضا: هل هذا الـمطلق يفيد الإطلاق ؟

396. — وقد نفكّر في مقيِّد (هذا الـمقيِّد يمكن أن نفكِّر فيه أيضا في إطار ما سبق: دعوى ناشئة عن التزام) يتمثّل في عدم وجود نصّ في الـمشروع الـمرَاجع وفي مجلّة الالتزامات والعقود تعرّض إلى الدّفع بالبطلان الـمطلق وقال إنّه لا



(1280)

انظر رأيا مخالفا عند: الزّين (محمّد)، م س، عدد 293.

يسقط، وذلك خلافا للدّفع بالبطلان النّسبي الذي قال ذلك الـمشروع (الفصل 382) وقالت تلك الـمجلّة (الفصل 335[1281]) إنّه لا يسقط.

وقد يقال: لأنّ دعوى البطلان النّسبيّ تسقط، وأريد أن يكون الدّفع لا يسقط، وُضع نصّ لهذا الغرض. وقد يُضاف: لأنّ دعوى البطلان الـمطلق أريد ألاّ تسقط، لم توجد حاجة لوضع نصّ يقول إنّ الدّفع لا يسقط. فالـمدّعى عليه في دعوى التّنفيذ يمكنه وفي كلّ وقت أن يدفع بالبطلان لأنّه يملك وفي كلّ وقت الدّعوى الأصليّة في البطلان. بعبارة أخرى: يعدّ عدم وجود نصّ يقول بعدم سقوط الدّفع بالبطلان الـمطلق حجّة على أنّه أريد عدم سقوط الدّعوى الأصليّة في البطلان الـمطلق. فلو قُرِّر أن تَقبل هذه الدّعوى السّقوط، لوُجدت الحاجة (كما في البطلان النّسبي) لوضع نصّ يقول إنّ الدّفع بالبطلان الـمطلق لا يسقط.

ويمكن أن يردّ على ما سبق (وبعد البحث في مراجع النّصّ الذي قال بعدم سقوط الدّفع[1282]) بالقول إنّه لم يُختلف في فرنسا حول عدم سقوط الدّفع بالبطلان الـمطلق. لكن، بالنّسبة إلى الدّفع بالبطلان النّسبي، وُجد الخلاف. وسبب هذا الخلاف أنّ الدّفع بالبطلان النّسبي في القانون الرّوماني كان لا يسقط[1283]. ثمّ جاء القانون الفرنسيّ القديم وبالتّحديد أمر "فرانسوا الأوّل" وقال إنّه يسقط[1284]. بعد ذلك جاءت الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة وسكتت. ولقد اتّفق الكلّ على أنّ السّكوت

[1281] ملاحظة: صدر القانون عدد 87 الـمؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "[...] بالفصل 330 والفصل 331 [...]" بعبارة أخرى: "[...] بالفصول 330 و331 [...]".

[1282] هذا النّص هو الفصل 382 من الـمشروع الـمرَاجع وتحته نجد ضمن ما نجد إشارة إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 137. في هذه الفقرة يرسلنا إلى غيرها، وإن ما سيأتي هو نتاج الـمرسل والـمرسل إليه.

[1283] قرّر "بول" أن تكون دعوى البطلان من أجل التّغرير مدّتها سنة. كما قرّر (بسبب كون دعوى التّغرير فاضحة للمدّعى عليه) ألاّ تعطى إلاّ كوسيلة أخيرة وحين لا يملك الـمغرّر به غيرها. فإذا لم ينفَّذ العقد، لا يعطى الـمغرّر به حقّ الدّعوى (لا حاجة لفضح الـمغرّر، لأنّ الـمغرّر به لم يتضرّر). لكن ومقابل ذلك قرّر "بول" أن يعطي للمغرّر به دفعا غير مؤقّت لو وقعت مطالبته بالتّنفيذ (هنا سعى الـمغرّر لأن يفضح نفسه). ومن هنا وجدت القاعدة التي مفادها أنّ الدفّع لا يسقط (انظر إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 136).

[1284] نصّ الفصل 134 من أمر "فرانسوا الأوّل" الـمؤرّخ في أوت 1539 على سقوط الدّفع في صورة القاصريّة (انظر إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، ص 17).

عدم نسخ للقانون الـمعمول به قبل الـمجلّة. لكنّهم اختلفوا في تحديد هذا القانون: فقال البعض إنّه القانون القديم، ومن ثمّ فالدّفع بالبطلان النّسبي في ظِلّ الـمجلّة الـمدنيّة يسقط؛ وقال البعض الآخر إنّ أمر "فرانسوا الأوّل" لم ينطبق أبدا وإنّ القانون الرّوماني ظَلّ دوماً معمولا به، ومن ثمّ فالدّفع بالبطلان النّسبي في ظِلّ الـمجلّة الـمدنيّة لايسقط[1285]. وكلّ ما سبق يرجّح التّفسير التّالي لمسألة عدم وجود نصّ في الـمشروع الـمرَاجع يقول إنّ الدّفع بالبطلان الـمطلق لا يسقط، ووجود نصّ في هذا الغرض بالنّسبة إلى الدّفع بالبطلان النّسبي: فتلك الـمسألة لم يُختلف فيها، أمّا في هذه فنعم. لذا، وخشية من تواصل هذا الخلاف في تونس، جيئ بنصّ يحسم الأمر لفائدة أحد الـموقفين. وعلى هذا لا يمكن اعتبار عدم وجود نصّ يقول بعدم سقوط الدّفع بالبطلان الـمطلق، حجّة على أنّه أريد عدم سقوط دعوى البطلان الـمطلق الأصليّة[1286]، أي لا يمكن اعتباره قرينة تصرف

[1285] انظر إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 136 و137.

[1286] قدّمت حجّة على أنّ دعوى البطلان الـمطلق موجودة بالفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود (شرف الدّين [محمّد كمال]، التّعليق السّابق الذّكر، ص 110) ومفادها أنّ هذا النّص أشار إلى إمكانيّة وجود استثناءات "يمنع فيها الـمشرّع تقادم بعض الدّعاوى أصلا لا دفعا".

لكن يبدو أنّ الذي أريد في الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود ومن قبله في الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع أمران:

أوّلهما يهم عبارته "عدا الاستثناءات التي ستجيء" (وهنا ينبغي القول إنّ عبارة الفصل 402 في صياغته العربيّة: "عدى ما استثني بعد" أريد بها "عدا ما سيستثنى بعد هذا"، أي أريد بها الدّعاوى الواردة في الفصل 403 وما بعده، وهي ناشئة عن التزام ولكن وضع لها أجل أقلّ من خمس عشرة سنة.

وثانيهما يهمّ عبارته: "عدا [...] ما قرّره القانون في صور مخصوصة".

فحسب "دوبلا"، حين تستعمل مجلّة الالتزامات والعقود عبارة "هذا القانون" فهي تقصد نفسها. أمّا حين تستعمل عبارة "القانون" دون أية إضافة فهي تقصد القانون الإسلامي. ويبدو قول "دوبلا" وجيها لأنّه وفي ذلك الوقت (وقت الـمشروع ووقت الـمجلّة) لم يكن هنالك إلاّ القانون الإسلامي ليحال عليه في مثل الـمسائل التي استعملت فيها تلك الإحالة ("دوبلا"، م س، ج 1، ص 50: وقد أعطى هنا مثال الفصل 10 من مجلّة الالتزامات والعقود وعبارته "في هذا القانون"، ثم أعطى في ص 52 مثال الفصل 11 وعبارته "حكما" وقال إنّ الـمقصود بها "على مقتضى أحكام الفقه". ويمكن أن نضيف لو تبنّينا رأيه: الفصل 15 و402 وغيرهما).

وإنّ ما قرّره القانون الإسلامي سنورده لاحقا، والصّور الـمخصوصة هي: الوقف والإرث ووجود عذر شرعي.

إطلاق الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجَع (ومن ثمّ إطلاق الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) إلى الخصوص.

ويمكن القول استنادا إلى كلّ ما سبق إنّ مطلق هذا النّص وذاك (ولانتفاء القرينة الـمقيِّدة) أريد به الإطلاق: أي يمكن القول إنّ هذا النّصّ وذاك أريد به – في جانبه الذي تناولناه هنا – سقوط الدّعوى النّاشئة عن التزام ناشئ عن عقد صحيح أو باطل نسبيّا أو مطلقا[1287].

ولقد أمكن القول سابقا إنّ هذا النّصّ وذاك أريد به – وفي جانبه الذي تناولناه قبله – سقوط الدّعوى النّاشئة عن التزام موجود قانونا أو غير موجود قانونا.

فإذا قُبل ما جاء للتّوّ من معنى لعبارة "القانون"، يكون الفصل 402 قد قال بعدم سقوط دعاوى الوقف والإرث ويكون خاصّة قد قال بعدم السّقوط ضدّ من له عذر؛ أي يكون قد قال خاصّة إنّ السّقوط يهمّ من ليس له عذر في عدم القيام بالدّعوى.

(1287)

علينا أن نشير إلى أنّ دعوى البطلان النّسبي تسقط بمضيّ 15 سنة في الصّور التي لا تسقط فيها بمضيّ أجل سنة. وعلى هذا يكون الفصل 334 مجرّد نقل لحكم موجود في الفصل 402. ولعلّ لوجود النّص الأوّل فائدة قد لا تحصل لو اكتفي بالفصل402. ولتبيّنها ينبغي إعطاء الـمثال التّالي:

– عقد ابرم في 1 فيفري 2000 وتعلّق به غلط

– سيكتشف الغلط في 1 جانفي 2015

– ستسقط دعوى البطلان النّسبي في 1 جانفي 2016 (عندها سنتجاوز عتبة الخمس عشرة سنة على تاريخ إبرام العقد)، أم في 1 فيفري 2015 ؟

لقد حصل اختلاف في فرنسا، فقيل إنّ الخاصّ مقدّم (أي في مثالنا ستسقط الدعوى في 1 جانفي 2016)، ولكن قيل أيضا إنّ وضع الأجل القصير لدعوى البطلان النّسبي لم يرد منه سحبها من الأجل الطّويل (وهذا هو رأي "أوبري" و"رو" مثلا ونجده بالعدد 339 وهو مكان مشار إليه تحت الفصل 378 من الـمشروع الـمرَاجع [يقابله الفصل 331 من مجلّة الالتزامات والعقود]، ولكنّ "ڤودمي" وفي الـمرجع الـمستعمل سابقا وبـ: ص6 و7 حمل على هذا الرّأي). ويبدو أنّ وضع الفصل 334 (ومن قبله الفصل 381 من الـمشروع الـمرَاجَع وإن كنّا لا نجد تحته "أوبري" و"رو" وهما يقولان بموقفهما الـمذكور منذ قليل والـموجود تحت الفصل 378) قد جاء لينبّه على أنّه وقع تبنّي الـموقف الثّاني، وقد تكون الحجّة على هذا عبارته: "على كلّ حال".

وكلّ هذا يصبّ في اتّجاه القول إنّ الفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (والفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) أريد به (من ضمن ما أريد) سقوط دعوى البطلان الـمطلق بمضيّ أجل خمس عشرة سنة.

هذا الأجل الطّويل قد نجده أثرا حتّى لمرتبة الفسخ[1288].

(ب) عرض الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة الفسخ الـمتعلّق بالزّمن

397. — يكفي هنا، للعمل الذي نقوم به، أن نورد محتوى الفصل 672 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي يقول: أوّلا إنّ الأجل هو ثلاثمائة وخمسة وستّون يوما بالنّسبة إلى العقّارات، وثلاثون يوما بالنّسبة إلى الـمنقولات والحيوان؛ وثانيا إنّ الأجل يُحتسب من وقت التّسليم[1289].

هذا الـموقف، بالإضافة إلى سابقه، يمكّن من الـمرور إلى مرحلة التّقييم.

[1288] مثال ذلك أن يبرم العقد في 1 فيفري 2000 ويهمّ عقارا، ويحصل التّسليم في 1 جانفي 2015، فهنا سنجد أنفسنا أمام الـمشكل ذاته الوارد أعلاه (ربّما نقيس الحلّ هنا على الفصل 334).

[1289] مع شرط إعلام البائع الـمنصوص عليه بالفصل 652. فمشتري منقول عيبه لا يخفى عند التّقليب ولم يوجد مانع عاقه عن ذلك التّقليب مطالب بإعلام البائع حالًا وإلاّ عدّ سكوته سبعة أيّام من يوم التّسليم رضا بالعيب. فإذا أعلم البائع فله أجل ثلاثون يوما من تاريخ التّسليم للقيام أمام الـمحكمة على أساس العيب.

وعلينا أن نضيف أنّ الفصل 672 قال إنّ الأجل يمكن أن يزاد فيه أو ينقص منه من قبل الأطراف، كما قال إنّ الفصول 384 و385 و386 و387 و388 و389 و390 منطبقة على سقوط القيام بالعيب.

الـمبحث الثّاني: تقييم الحكم

398. — سنحاول هنا تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان (الفقرة 1) وفي أثر مرتبة الفسخ (الفقرة 2) الـمتعلّقين بالزّمن.

الفقرة 1. تقييم الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان الـمتعلّق بالزّمن

399. — إنّ تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود يستدعي - بالنّظر إلى العمل الذي نقوم به - التّعرّض إلى الفقه الإسلامي. لذا سنبدأ بهذا التّعرّض لأنّه ضروريّ للإتيان بذلك التّقييم:

400. — ◄ وسنحاول أن ننظر في الفقه إلى ثلاثة مسائل: قبوله مبدأ السّقوط، وتطبيقه لمبدأ السّقوط على الـمادّة التي نعمل عليها[1290]، وشروط هذا السّقوط:

401. — ♦ والـمسألة الأولى تناولها (وهذا سبق معنا[1291]) أصحاب الـمشروع الـمرَاجع. وينبغي أن نضيف إلى ما جاء عندهم تفصيلا حول أسس قبول الـمبدأ الـمذكور:

402. — ومن الأسس يمكن أن نأتي بالحديث الشّريف "الشّفعة كحلّ العقال"[1292]. فهو "يصلح أساسا لفكرة التّقادم (مرور الزّمان) وتحديد الـمدّة للمطالبة ببعض الحقوق ولاستعمال بعض الخيارات العقديّة كخيار الرّؤية والعيب"[1293].

[1290] سننظر إلى العقد الباطل وإلى العقد غير اللازم، فأمّا الأوّل فلأنّ فيه صورة النّوع وغيرها، وأمّا الثّاني فلأنّ فيه مادّة العيوب.

[1291] انظر الفقرة عدد 390 وما بعدها وخاصّة الفقرة 392.

[1292] "ومعنى الحديث أنّ الأخذ بالشّفعة يجب فيه على الشّريك الشّفيع سرعة الطّلب فور علمه بالبيع كسرعة الإنسان في حلّ عقال البعير بجذب رأس عقدته، وهي في العادة عقدة أنشوطة تحلّ بجذب طرف الحبل الـمعقود [...] وهذا الحديث لم يبلغ سنده رتبة الصّحّة، فقد رواه ابن ماجة، والبيهقي من حديث ابن عمر. وقال الحافظ بن حجر في التّلخيص بعد أن عزاه لابن ماجة والبزّار: إسناده ضعيف جدّا. وقال ابن حبّان: لا أصل له. وقال البيهقي ليس بثابت. وقد احتجّ به الفقهاء

كما يمكن أن نؤسّس فكرة السّقوط على الاستصلاح(1294)، فيمنع "القضاة من سماع الدّعاوى بحقّ قديم أهمل صاحبه الادّعاء به زمنا طويلا معيّنا بلا عذر، وذلك للشّك عندئذ في أصل الحقّ وفي إثباته بعد التّقادم، ولتخليص القضاء من الارتباك في النّبش في الوقائع القديمة، ولحمل النّاس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها. وهذا التّدبير القضائي هو الـمعروف بقضيّة التّقادم، أو مسالة مرور الزّمان التي أقرّها متأخّرو الفقهاء وصدرت بها الأوامر السّلطانيّة في العهد العثماني"[1295]. "والاجتهاد الإسلامي قد أقرّ لوليّ الأمر العامّ من خليفة أو سواه أن يحدّ من شمول بعض الأحكام الشّرعيّة وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت الـمصلحة الزّمنيّة ذلك، فيصبح هو الرّاجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرّح فقهاؤنا، وفقا لقاعدة الـمصالح الـمرسلة [...] ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أنّ السّلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنّصوص القطعيّة في الشّريعة) كان أمره واجب الاحترام والتّنفيذ شرعا"[1296].

على لزوم تحديد مدّة قصيرة لطلب الأخذ بالشّفعة كيلا يتضرّر الـمشتري من الشّريك بطول الانتظار". الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 170).

[1293] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 171.

[1294] الاستصلاح هو بناء الأحكام على مقتضى الـمصالح الـمرسلة. والـمصالح الـمرسلة هي كلّ مصلحة لم يرد في الشّرع نصّ على اعتبارها أو على إلغائها. الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، من ص 100 إلى ص 131. انظر أيضا: الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، م س (أصول الفقه)، ص 815 وما بعدها.

[1295] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 116.

[1296] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 215. انظر أيضا موسوعة الفقه الإسلامي التي يصدرها الـمجلس الأعلى للشّؤون الإسلاميّة، القاهرة، 1391 هـ ج 8، ص 280: "جاء في الدّرّ الـمختار [...] (ج 4، ص 356) في فقه الحنفيّة: القضاء مظهر لا مثبت ويتخصّص بزمان ومكان وخصومة حتّى لو أمر السّلطان بعدم سماع الدّعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ [...] قلت فلا تسمع بعدها إلاّ بأمر إلاّ في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي وبه أفتى الـمفتي أبو السّعود. وجاء في تعليق ابن عابدين في حاشيته ردّ الـمحتار على الدّرّ الـمختار على ذلك ونقل في الحامدية فتاوى من الـمذاهب الأربعة بعدم سماع الدّعوى بعد النّهي الـمذكور [...] ثمّ قال إنّ عدم سماع الدّعوى بعد هذه الـمدّة إنّما هو لنهي السّلطان عن سماعها فيكون القاضي معزولا عن سماعها لأنّ القضاء يتخصّص. وسبب النّهي قطع الحيل والتّزوير فلا ينافي ما في الأشباه من أنّ الحقّ

403. — على هذا - وعلى تقدير وجود نصّ يمنع السّقوط - فبالإمكان القول بالسّقوط على أساس الاستصلاح: فإمّا أن يُقال إنّ النّصّ الـمانع عامّ والعامّ غير قطعيّ الدّلالة، ومن ثمّ لو قامت الـمصلحة على القول بالتّقادم، فهذه الـمصلحة تخصّص ذلك العامّ؛ وإمّا أن يقال إنّ الذي يسقط هو الدّعوى لا الحقّ[1297] وإنّ التّقادم "مانع من سماع الدّعوى بالحقّ الذي مرّ عليه الزّمن الـمعيّن تدبيرا

لا يسقط بتقادم الزّمان. ولذا قالوا إنّه يجب على السّلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدّعوى بعد هذه الـمدّة أن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها لئلاّ يضيع حقّ الـمدّعي".

انظر أيضا: الزّحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلّته، دمشق، دار الفكر، ط 8 (إعادة في 2005)، ج 4، ص 3268 و3269: "لا يعتبر التّقادم [...] في الشّريعة الإسلاميّة سببا صحيحا من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها ديانة إذ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ولأنّ الحقّ أبدي لا يزول إلّا بمسوّغ شرعي مقبول. وإنّما التّقادم مانع فقط للقاضي من سماع الدّعوى بالحقّ القديم الذي أهمل صاحبه الادّعاء به زمنا طويلا معيّنا بلا عذر. وذلك للشّك في أصل الحقّ وفي إثباته بعد هذه الـمدّة الطّويلة، وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقيّة، وتجنّبا لإثارة الـمشكلات في الإثبات ونحوه؛ لأنّ القضاء في الإسلام مظهر للحقّ لا مثبت له، والحقوق الثّابتة لا يؤثّر فيها ديانة مرور الزّمان وتقادم العهد. إلّا أنّ القضاء مع هذا يقبل التّخصيص بالزّمان والـمكان والخصومة، ويقبل التّعليق بالشّرط. وبناء عليه يصحّ للدّولة منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشر سنة مثلا، فيعتبر قضاؤه بعدئذ غير نافذ. ويمكن تسويغ ذلك بنظريّة الـمصالح الـمرسلة [...] وهذا الـمعنى هو أساس الأخذ بفكرة التّقادم قانونا، فإنّ القانونيّين قالوا: إنّ التّقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عامّ [...] ذكر الفقهاء أنّ التّقادم يسري على الحقوق الخاصّة، ومدّته العاديّة خمس عشرة سنة [...] وأمّا الأموال العامّة فلا تسمع فيها الدّعوى بعد مضي (33) سنة في الوقف والإرث، وبعد (36) سنة في أموال بيت الـمال، وبعد عشر سنوات في الأراضي الأميريّة. وأمّا الـمجلّة (العثمانيّة) فأخذت في الـمادّة 1662 بمدّة (15) سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي (36) سنة، والأراضي الأميريّة فهي عشر سنين [...] كما نصّت الـمادّة (379) على حالات وقف التّقادم بقولها: 1- لا يسري التّقادم كلّما وجد مانع يتعذّر معه على الدّائن أن يطالب بحقّه، ولو كان الـمانع أدبيّا".

وانظر: ابن عابدين، م س (ردّ الـمحتار)، ج 4، ص 343.

قرّب من ص 8 من الـمقدمة التي وضعت للمشروع الـمرَاجع، والـمراجع الـمستعملة فيها.

[1297] "موران" (مارسال)، دراسات في القانون الإسلامي، الجزائر، مطبعة "أدولف جوردان"، مكتبة الجامعة، 1910، ص 364.

MORAND (Marcel), *Etudes de droit musulman*, Alger, Adolphe Jourdan imprimeur, Librairie de l'université, 1910, p. 364.

انظر أيضا موسوعة الفقه الإسلامي: م س، ج 8، ص 279 - وانظر حول عدم سقوط حقّ الـملك ص 285.

تنظيميّا للقضاء، واجتنابا لعراقيل الإثبات ومشكلاته بعد التّقادم، وللشّك في الحقّ الذي تقادم عليه الزّمن دون مطالبة به. أمّا أصل الحقّ، إن كان، فباق في ذمّة الإنسان لصاحبه، ويجب وفاؤه في حكم الدّيانة"[1298]. وأكثر من هذا "وبما أنّه لا يسقط الحقّ بمرور الزّمن فلا يكفي أن يكون جواب الـمدّعى عليه على دعوى الـمدّعي بقوله: إنّ في الدّعوى مرور زمن. أمّا لو أجاب الـمدّعى عليه على دعوى الدّيْن بأنّني لست مدينا، وفي دعوى العين إنّ هذه العين لي، وأضاف إلى ذلك الادّعاء بمرور الزّمن فيصحّ دفعه"[1299].

[1298] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 336 (قارن قوله مع ما جاء عند "كربونيي" بالهامش 1244).

انظر أيضا الـموسوعة الفقهيّة الإسلاميّة: م س، ج 8. ص 279: "ويكاد الفقهاء يتّفقون على أنّ التّقادم لا يسقط نفس الحقّ الـمالي ولا يؤثّر فيه ديانة أي فيما بين العبد وربّه".

وانظر كذلك درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام (في إطار الـمادّة 1674 من الـمجلّة العثمانية) التي تقول: "لا يسقط الحقّ بتقادم الزّمن. بناء عليه إذا أقرّ واعترف الـمدّعى عليه صراحة في حضور القاضي بأنّ للمدّعي عنده حقّا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزّمن بالوجه الذي ادّعاه الـمدّعي فلا يعتبر مرور الزّمن ويحكم بموجب إقرار الـمدّعى عليه وأمّا إذا لم يقرّ الـمدّعى عليه في حضور القاضي وادّعى الـمدّعي بكونه أقرّ في محلّ آخر فكما لا تسمع دعواه الأصليّة كذلك لا تسمع دعوى الإقرار. ولكنّ الإقرار الذي ادّعي أنّه كان قد ربط بسند حاو لخطّ الـمدّعى عليه الـمعروف سابقا أو ختمه ولم يوجد مرور الزّمن من تاريخ السّند إلى وقت الدّعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصّورة.

لا يسقط الحقّ بتقادم الزّمن ولو تقادم الزّمن أحقابا كثيرة، وأنّ عدم استماع الدّعوى بمرور الزّمن الـمبيّن آنفا مبنيّ على الأمر السّلطاني بسبب امتناع الحكّام عن سماع الدّعوى خوف وقوع التّزوير لقطع الحيل والتّزوير والأطماع الفاسدة الفاشية بين النّاس انظر شرح عنوان الباب الثّاني.

فلذلك لو أقام أحد الدّعوى بمطلوبه الذي هو على آخر بعد مرور خمس عشرة سنة وردّ القاضي الدّعوى بسبب مرور الزّمن فيبقى الـمدين مدينا ديانة ولا يخلص من حقّ غرمائه ما لم يؤدّ دينه أو يرضي مدينه.

فلذلك إذا أقرّ واعترف الـمدّعى عليه صراحة في حضور القاضي بأنّ للمدّعي عنده حقّا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزّمن بالوجه الذي ادّعاه الـمدّعي فلا يعتبر مرور الزّمن ويحكم بموجب إقرار الـمدّعى عليه والإقرار إمّا أن يكون شفاهيّا وقد بيّن وإمّا أن يكون بالإقرار بأنّ إمضاء أو ختم السّند الـمبرز هو إمضاؤه أو ختمه ويقال لهذا الإقرار بالكتابة.

مثلا إذا ادّعى أحد دينا من آخر مرّ عليه خمس عشرة سنة استنادا على سند معنون ومرسوم فأقرّ الـمدّعى عليه الإمضاء والختم الذي في السّند وادّعى وجود مرور الزّمن في الدّعوى فيلزمه كما بيّن في الـمادّة (1610) أن يؤدّي الـمبلغ الذي يحتويه السّند (الخانية في كتاب الدّعوى)".

[1299] حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 4، ص 319.

والـمقتطف السّابق فيه حديث عن الدّيْن والعين. وهو ينبّه إلى أنّ "التّشريع الإسلامي لا يقبل التّقادم الـمكسب، وإلى أنّه يقول بالتّقادم الـمسقط للدّعاوى العينيّة والشّخصيّة"[1300]. كما أنّ فيه حديثا عن وجوب إثارة السّقوط، ممّا يجعله

[1300] "موران" (مارسال)، م س، ص 363.

"La législation musulmane, en effet, n'admet pas la prescription acquisitive ; elle s'en tient à la prescription extinctive des actions, tant réelles que personnelle".

انظره أيضا في ص 368. لكنّه يقول في ص 365 إنّه قد يفهم من فقيه مالكي (الخرشي) أنّ الزّمن يجعل الحائز مالكا. وإن كانت الـمالكيّة لا تقبل بذلك (ص 366).

وانظر الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (الـمدخل)، ج 1، ص 335 حيث يقول: "فالفقه الإسلامي قد قبل قاعدة التّقادم. لا على أنّه سبب مكسب للملكيّة، بل على أنّه مانع من سماع الدّعوى بالحقّ الذي مرّ عليه الزّمن". ويقول لنا في الحاشية إنّ التّقادم: "هو انقضاء زمن معيّن (كخمسة عشر عاما أو أكثر أو أقلّ) على حقّ في ذمّة إنسان، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على الـمطالبة. فهذا التّقادم: إمّا أن يعتبر مانعا لسماع الدّعوى بالحقّ أمام الـمحاكم، مع اعتبار الـملكيّة أو الحقّ في الواقع باقيين على حالهما السّابق، وهذا هو التّقادم الـمانع، لأنّه منع الدّعوى، وإمّا أن يعتبر سببا لملكيّة صاحب اليد وانقطاع صاحب الحقّ الـمهمل بتاتا، وهذا هو التّقادم الـمكسب، لأنّه أكسب الإنسان ملكيّة في شيء هو في الأصل لغيره".

انظر أيضا: موسوعة الفقه الإسلامي: م س، ج 8، ص 284 و285 حيث وقع التّكلّم عن الحديث الشّريف: "من حاز شيئا عشر سنين فهو له"، وقيل إنّ الـمعنى عند أهل العلم في قوله ﷺ: هو له – أنّ الحكم يوجبه له بدعواه –". ثمّ وقع التّكلّم عن حيازة الأجنبي غير الشّريك وهي أقوى الحيازات، وعن شروطها، وقيل إنّ تقدير مدّة الحيازة بعشر سنين هو قول الأكثر. ثمّ ختم بالقول: "والـمراد بعدم سماع الدّعوى عدم العمل بها فلا يترتّب عليها أثرها من توجّه اليمين على الـمدّعى عليه، وليس الـمراد أنّها لا تسمع ابتداء إذ قد يقرّ الـمدّعى عليه بملكيّة الـمدّعي لتعود عليه الدّعوى، والـملك نفسه لا يبطل بالحيازة لقوله عليه السّلام لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم".

ملاحظة: حديث "لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم" وجدناه أيضا مذكورا عند:

الدّسوقي (محمّد عرفة)، حاشية الدّسوقي، تحقيق محمّد عليش، بيروت، دار الفكر، ج 4، ص 237.

الصّاوي (أحمد)، بلغة السّالك، ضبطه وصحّحه محمّد عبد السّلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1415 هـ/1995 م، ج 4، ص 159.

عليش (محمّد)، منح الجليل، بيروت، دار الفكر،1419 هـ/1998 م، ج 8، ص 574 و579.

الـمغربي (محمّد بن عبد الرّحمان)، مواهب الجليل، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1398 هـ ج 5، ص 46 و 47 ؛ ج 6، ص 224 و229 و230.

ويبدو أنّ من الـمهمّ أن نورد ما جاء في هذا الـمرجع في ج 6 في ص 229 و230: "وقوله عليه السّلام لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم معلّل بوجود الأسباب الـمانعة من الطّلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطّلب مع الحضور حتّى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطّلب كان طول الـمدّة مع السّكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب الـمطلوب بدليل قوله - صلى الله عليه وسلم - «من حاز

أمرا إجرائيّا[1301]، بل موغلا في "الإجرائيّة" لأنّ الـمتمسّك به يجب أن يضيف بأنّه ليس مدينا أو أنّه هو صاحب العين.

404. — ◙ ♦ فإذا مررنا الآن إلى الـمسألة الثّانية، وبدأنا بالعقد الباطل، وجدنا أنّه لا يرد عليه التّقادم[1302]. وتفصيل ذلك أنّه إذا "كان البيع الباطل قد تمّ تنفيذه بالتّقابض، ومضت مدّة التّقادم، ثمّ رفع البائع الدّعوى بعد خمسة عشر عاما يطلب استرداد الـمبيع بحجّة بطلان البيع، فإنّ للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنّه تلقّاها منه بشراء باطل.

شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحقّ به» فأطلق - عليه السّلام - ذكر الحيازة فهو عامّ في كلّ ما يحاز من ربع ومال معيّن وغيره ومن اجتهد فحدّ في الرّباع العشر سنين وحدّ في الدّين العشرين والثّلاثين رأى أنّ ذلك راجع إلى حال الطّالب مع الـمطلوب فمن غلب على حاله كثرة الـمشاحّة وأنّه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين جعلها حدّا قاطعا ومن جعلها عشرين سنة أو ثلاثين أي أنّها أقصى ما يمكن السّكوت في بيع الـمتحمّل فجعلهما حدّا قاطعا لأعذار الطّالبين لأنّ الغالب من الحال أنّه قضاء وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطّاب وقاله مالك فيمن له شيء ترك غيره يتصرّف فيه ويفعل فيه ما يفعل الـمالك الدّهر الطّويل فإنّ ذلك ممّا يسقط الـملك ويمنع الطّالب من الطّلب قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ وإذا كان طول الـمدّة مع حضور الطّالب وسكوته مانعا له من الطّلب فالطّلب ممنوع في سائر الـمطالب دون وثائق وأحكام ورباع بدليل أنّ السّكوت في ذلك يعدّ كالإقرار الـمنطوق به من الطّالب للمطلوب بأنّه لا حقّ له عليه ولا تباعة ولا طلب (قلت) هذا الجواب يقتضي أنّ ما بعد الثّلاثين مجمع عليه وإذا أجراه على مسائل الحيازة ففيها قريب القرابة والبعيد والـمتوسّط والـمقاطع لقريبه والـمواصل له فيجري عليها وفي بعضها ما يبلغ الخمسين وأكثر مع أنّي أحفظ لابن رشد في شرحه أنّه إذا تقرّر الدّين وثبت لا يبطل وإن طال لعموم الحديث الـمتقدّم واختاره التّونسي إذا كان ذلك بوثيقة مكتوبة وهي في يد الطّالب والطّلب بسببها لأنّ بقاءها بيد ربّها دليل على أنّه لم يقبض دينه إذ العادة إذا قبض دينه أخذ عقده أو مزّقه بخلاف إذا كانت الدّيون بغير عقود ولو وجدت بغير الـمطلوب وإلّا ففيها قولان حكاهما ابن رشد وخرّجهما على القولين في الرّهن إذا وجد بيد الرّاهن هل هو إبراء له أم لا؟ لجواز وقوعه وسقوطه أو التّسوّر عليه ونحو ذلك وقياسه على باب الحيازة فيه نظر لما أصّل ابن رشد أنّ ترجيح الحيازة إنّما هو فيما جهل أصله وأمّا إذا ثبت أصله بكراء أو إعارة أو إعمار أو غير ذلك فلا يزال الحكم كذلك وإن طال الزّمان والدّين إن ثبت أصله أيضا وإن كان في هذا الأصل خلاف في كتاب الولاء من الـمدوّنة لكن مذهب ابن القاسم ما ذكره خلافا لقول الغير وعليه جرى عمل القضاة في هذا الزّمان بتونس ما لم تقترن قرائن تدلّ على دفع الدّين مع طول الزّمان فيعمل عليها في البراءة".

[1301] انظر إلى ما قيل في القانون الغربي من كون التّقادم الـمسقط أمرا إجرائيّا لا أثر له إلاّ متى وقع التّمسّك به أمام الـمحكمة (الفقرة عدد 379).

[1302] السّنهوري (عبد الرّزّاق)، م س، ج 4، ص 267.

وعندئذ يقضى بردّ دعوى الاسترداد، لأنّه إذا كان البيع الباطل لا يحتاج إلى دعوى لإبطاله فإنّ استرداد الـمبيع بعد تنفيذ البيع بالتّسليم يحتاج إلى دعوى [...] فيخضع حقّ الاسترداد للتّقادم، لأنّ ترك الدّعوى فيما يجب فيه من الحقوق الخاصّة مدّة التّقادم يمنع سماعها. فيعتبر حكم التّقادم هنا ساريا على حقّ الاسترداد، لا على بطلان العقد [...] ويظهر الفرق جليّا بين سريان حكم التّقادم على حقّ الاسترداد وعدم سريانه على بطلان العقد، فيما لو تأخّر التّقابض في البدلين عن تاريخ العقد حتّى مضت مدّة التّقادم على العقد الباطل، ولم تمض على التّقابض. ففي هذه الحال يحقّ لكلّ من الـمتبايعين أن يطلب استرداد ما سلّمه بحجّة بطلان العقد، وليس للطّرف الآخر أن يدفع بمرور الزّمان على العقد. ذلك لأنّ البطلان لا يؤثّر فيه التّقادم، وحقّ الاسترداد لم يتقادم"[1303]. والسّؤال هل يمكن أن يحدث هنا ما حدث في فرنسا في القضيّة التي جعلت محكمة التّعقيب تقول بسقوط دعوى البطلان الـمطلق[1304]؟ يبدو الجواب بالنّفي لأنّ الفقه الإسلامي لا يعرف التّقادم الـمكسب. فالـمدّعى عليها (وهي الجمعيّة الدّينيّة غير الـمرخّص فيها) في تلك القضيّة لو طُبّق عليها الفقه لأمكنها أن تتمسّك بتقادم العقّار في يدها (لا باكتسابها له بالتّقادم الـمكسب كما في فرنسا ليقال لها إنّكِ لست ذات شخصيّة قانونيّة ومن ثمّ فإنكِ لا تستطيعين أن تملكي) دون أن تعترف بأنّها تلقّته بعقد باطل.

405. — ◙ فإذا انتقلنا إلى العقد غير اللازم وإلى خيار العيب، وجدنا أنّ هذا يتمثّل في إمكانيّة معطاة إمّا للمُضيِّ في العقد، وإمّا للرّجوع فيه[1305]. فمن علم بالعيب وسكت "يومين فأكثر فلا ردّ" حسب التّسولي[1306]. وهذا تقادم

[1303] الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س، ج 2، ص 726 و727. وقد قال إنّ الحلّ نفسه ينطبق لو أنّ القائم هو الـمشتري وذلك لاسترداد الثّمن. ثمّ إنّ الزّرقا قال قبل كلّ هذا إنّ الدّفع بالبطلان لا يسقط (ج 2، ص 726).

[1304] انظر الفقرة عدد 377 وما بعدها.

[1305] أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 254.

[1306] التّسولي، م س، ج 2، ص 102. وانظر الفصل 652 من مجلّة الالتزامات والعقود.

مسقط[1307].

406. — لكن السّؤال حول الذي لم يعلم: فهل ثمّ مدّة إذا انقضت لم يعد بإمكانه الرّجوع؟ هنا يجيب نفس الفقيه بالقول: "إنّ العمل جرى بعدم الرّدّ في الرّقيق بعد ستّة أشهر، وبعدم الردّ في الرّبع والعقّار بعد سنة كما لا تردّ الدّوابّ بعد شهر [...] وما ذكر هو اللائق بهذه الأزمنة فلا ينبغي أن يعدل عنه إذ تلك الـمدّة مظنّة الاطّلاع والرّضا"[1308]. هكذا، وحسب التّسولي، ثمّ أجل اليومين فأكثر وهو لمن علم بالعيب، وهنالك أجل السّنة والسّتّة أشهر والشّهر والتي لا بدّ من أنّها لمن لم يعلم. لكن يبدو أنّ هنالك من يذهب إلى حدّ اعتبار عدم العلم عذرا. وهذا أمر يدخل ضمن الـمسألة الثّالثة:

407. — ♦ وهذه الـمسألة الثّالثة (مسألة شروط السّقوط) سنتناول داخلها – وعلى حدّ ما يصلح لنا في عملنا – ثلاث نقاط:

408. — ♦♦ أوّلها عدم وجود عذر حال دون القيام. فإذا وجد العذر فلا

[1307] تماما كمن وقع في غلط واكتشفه فهذا له سنة للقيام وإلاّ سقطت دعواه في البطلان النّسبي (الفصل 331 من مجلّة الالتزامات والعقود). وقد يقال لو أنّ صاحب الدّعوى نفّذ العقد فإنّ تركه لها إمضاء ضمنيّ، وقد لا يمكن قول ذلك لو أنّه لم ينفّذ، إذ يحتمل هنا أنّه لم يرد حين لم يقم بدعوى البطلان النّسبي إلاّ عدم تجشّم أعبائها والحال أنّه لم يلحقه بعد ضرر. فإذا طلب منه التّنفيذ وبات الضّرر على الأبواب دفع بالبطلان وردّ ذلك الضّرر بعناء أقلّ من ذلك الذي كان سيتكبّده لو قام هو بالدّعوى.

[1308] التّسولي، م س، ج 2، ص 42. انظر أيضا ص 100. انظر أيضا وحول الغبن: ابن عاصم، م س، ص 61: البيت الذي يقول فيه:

ومن بغبن في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما

وانظر حول صور أخرى تمّ الحديث في إطارها عن أجل السّنة (القاصر – السّفيه): التّسولي، م س، ج 2، ص 107. لكن انظر من قال إنّ "صفة التّوقيت التي يتميّز بها خيار الرّجوع تمثّل قاعدة عامّة وليست قاعدة مطلقة، إذ توجد حالات لا يكون فيها هذا الخيار مؤقّتا [...] وخيار الرّؤية في الفقه الإسلامي ليس له أمد محدود [...] كذلك ليس لخيار العيب أجل معيّن وفقا للرّأي الرّاجح في الفقه الإسلامي". أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 238 و239.

سقوط[1309]. "والأعذار كثيرة لم تحصر"[1310] وأهمّها:

♦♦♦ الغيبة[1311]، فالغائب لا يجري التّقادم ضده، لأنّه يجهل، والجاهل ليس خاطئا حين لم يقم[1312]. والبعيد مسافة معيّنة قد يعدّ حاضرا أو غائبا بحسب طول تلك الـمسافة[1313]. وعلى كلٍّ، من عُدّ حاضراً، جرى السّقوط ضدّه لأنّ هنالك قرينة على أنّه يعلم؛ ومن عُدّ غائباً، لم يَجْرِ السّقوط ضده لأنّ هنالك قرينة على عدم علمه. هذه القرينة قابلة للدّحض[1314]. وكذلك الأولى[1315]. وهنا ننزلق

[1309] انظر إلى الـمقابل في الغرب وهو قاعدة لا سقوط ضدّ من لم يستطع القيام في الفقرة عدد 379.

[1310] موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281.

لذلك نجد التّسولي: م س، ج 2، ص 102 يستعمل صيغة تدلّ على أنّ ما عدّده ليس للحصر فيقول: "كما أنّ له الرّدّ إذا سكت لعذر من خوف ونحوه". وفي صيغة مشابهة نجد الـمجلّة العثمانيّة في الـمادّة 1663 تقول: "والـمعتبر في هذا الباب أي في مرور الزّمن الـمانع لاستماع الدّعوى هو مرور الزّمن الواقع بلا عذر فقط وأمّا مرور الزّمن الحاصل بأحد الأعذار الشّرعيّة ككون الـمدّعي صغيرا". والكاف ليست صيغة حصر. ويقول شارح الـمجلّة (درر الحكّام، م س، ج 4، ص 308: "قيل في الـمجلّة (ككون الـمدّعي صغيرا، إلخ) لأنّه يوجد عذر رابع حيث إذا منع الزّوج زوجته صاحبة الحقّ من إقامة الدّعوى منعا أكيدا ولم تدّع من أجل ذلك فهذا العذر معدود عذرا شرعيّا ولها إقامة الدّعوى بعد زوال الـمنع ولا تعتبر الـمدّة التي مرّت أثناء الـمنع، إلاّ أنّه يجب أن يثبت منع الزّوج لها" (قارن مع الفصل 391 من مجلّة الالتزامات والعقود).

[1311] وتشمل الـمدّعي والـمدّعى عليه: موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281.

[1312] "موران"، م س، ص 369. وهو يتحدّث عن الذي حاز الغير عقاره.

[1313] يقول ابن عاصم إنّ البعيد مسافة يومين أو ثلاثة أيّام يعدّ حاضرا (إلاّ إذا كانت امرأة فهي تعدّ غائبة إن بعدت هذه الـمسافة نفسها)، أمّا البعيد مسافة سبعة أو ثمانية أيّام فيعتبر غائبا، وما بينهما فيه قولان (م س، ص 82):

وقائم ذو غيبـة بعيــدة حجّته باقية مقيّـــدة
والبعد كالسّبع وكالثّمـان وفي التي توسّطت قولان
وكالحضور اليوم واليومان بنسبة الرّجال لا النّسوان

أمّا الـمجلّة العثمانيّة فعدّت مادّتها 1663 وجود الـمدّعي في ديار أخرى بعيدة مدّة السّفر عذرا من الأعذار. وجاءت مادّتها 1664 لتقول إنّ: "مدّة السّفر هي ثلاثة أيّام أي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسّير الـمعتدل".

[1314] "موران"، م س، ص 371.

[1315] "موران"، م س، ص 371.

ليصير عدم العلم هو العذر الذي منع السّقوط[1316].

♦♦♦ القاصريّة، وهو عبارة عن كون صاحب الحقّ صغيرا أو مجنونا أو معتوها. فالـمدّة التي تمرّ أثناء القاصريّة لا تدخل في حساب مرور الزّمن سواء بلغت حدّ مرور الزّمن أو لم تبلغ"[1317].

♦♦♦ الخوف من ذي سطوة، أو ممّن يستند إلى ذي سطوة [1318] هو أيضا

[1316] وهنا نكاد أن نعود للقول بعدم السقوط. والسّلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدّعوى بعد انقضاء مدّة معيّنة مطالب بأن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها لئلاّ يضيع حقّ الـمدّعي وهذه أيضا عودة لعدم السقوط. لكن علينا أن نشير إلى أنّ هنالك من يقف دون هذه العودة. وهنا نجد شارح الـمجلّة العثمانية يقول: "أمّا عدم العلم فليس من الأعذار الشّرعيّة (فتاوى أبي السّعود)". حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 4، ص 308.

[1317]حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 4، ص 306.

انظر أيضا: ابن عابدين، م س (ردّ الـمحتار)، ج 4، ص 344؛ موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281؛ "موران"، م س، ص 371 و372 و373 الذي يلحق بالـمجنون ضعيف العقل والسّفيه (ص 373)؛ وانظر أيضا حول السّفيه: "الزّرقاني"، م س، ج 7، ص 224.

أمّا الـمعسر فإذا كان مدّعى عليه، عُدّ ذلك عذرا للمدّعي (موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281)، أمّا إذا كان مدّعيا، فلا عذر له، وذلك لكي لا يعطى سببا يجعله يخفي على دائنيه حقوقا ودعاوى يملكها، فلا يقوم بها ولا تسقط عليه إلى أن ينتهز وقتا لم يعد يطالبه فيه أحد فيقوم بالدعوى. "موران"، م س، ص 372 وص 376 و377.

انظر أيضا حول الـمعسر: ابن عابدين، ردّ الـمحتار، م س، ج 4، ص 344.

[1318] هذه عبارة الزّرقاني: م س، ج 7، ص 224. ويقترب من هذه الصّورة، الوضع الذي يكون فيه الـمدّعى عليه دائنا يخشى الـمدّعي لو قام عليه أن يطالبه بالدّين. الـمرجع والـمكان نفسه. وانظر الـمثال نفسه في: موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281)

انظر حول ذي السّطوة: التّسولي، م س، ج 2، ص 102؛ ابن عابدين، م س (ردّ الـمحتار)، ج 4، ص 344 حيث يتحدّث عن الأمير الجائر.

انظر أيضا الـمادّة 1663 من الـمجلّة العثمانيّة التي تعدّ عذرا شرعيّا كون الخصم من "الـمتغلّبة". وانظر شرح هذه الـمادّة في حيدر (علي)، م س (درر الحكّام) ، ج 4، ص 307.

انظر كذلك: موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281. التي تتحدّث عن مدّعى عليه ظالـم.

ويقول "مارسيل موران" (م س، ص 373) إنّ هذه "وسيلة جدّ ملائمة وتفرض نفسها في بلدان، مثل البلدان الإسلامية، حيث يغلب نظام الإرادة الـمطلقة، وحيث يكون من غير الـمجدي، بل من الخطر أن يبحث الـمرء عن الحكم له بالعدل ضدّ من يمسكون من قريب بالسّلطة".

"C'est là une mesure des plus solitaires et qui s'impose dans les pays, où, comme ceux de l'Islam, prévaut le régime du bon plaisir, et dans lesquels il est inutile, ou

عذر. فإن لم يتوفّر، لم يتوفّر شرط السّقوط الأوّل.

409. — ♦♦ لكنّ الخوف والقاصريّة والغيبة إن لم تتوفّر، لم يتوفّر شرط السّقوط الثّاني، وهو عدم وجود التّعليق. والفرق بين هذه النّقطة الثّانية وتلك النّقطة الأولى أنّ الأجل في هذه لم يبدأ بالجريان. أمّا في تلك فقد بدأ ثمّ يأتي الخوف وغيره في أثناء الجريان فيعلّقه[1319]. والتّعليق يزيد في الـمدّة فلا يحصل

même dangereux, de chercher à se faire rendre justice contre ceux qui tiennent de près au pouvoir".

ويورد "مارسيل موران" (م س، ص 373 و374) حكما للمحكمة الابتدائيّة بتونس (13 جوان 1890) كان الـمدّعون فيه ورثة "نسيم شمّامة" (بالإضافة إلى "البارون ديرلنجي" والحكومة التّونسيّة) والـمدّعى عليهم ورثة "خزندار". ولقد قال الأوائل إنّ الحقّ لا يسقط حسب القرآن، وأجابت الـمحكمة بأنّ الإسرائيلي يمكنه أن يتمسّك بحكم جاء به الإسلام، لكنّها أضافت أنّ هذا الحكم أدخلت عليه تغييرات جعلت الدّعوى حسب الـمالكيّة تسقط بعد مضيّ خمس عشرة سنة. كما تمسّك ورثة نسيم شمّامة بعدم جريان مدّة السّقوط لأنّ مورّثهم كان غائبا بـ: "ليفورن" التي بقي بها إلى حين وفاته سنة 1873. وأخيرا – وهذا هو الذي يهمّنا هنا – تمسّك الورثة بأنّ مورّثهم لم يستطع القيام ضدّ "خزندار" لأنّه من ذوي السّطوة. وأجابت الـمحكمة أنّه "لا يمكن [...] التّمسّك بأنّ نسيم شمّامة لم يتمكّن حتّى 1873 من ممارسة حقوقه في بلاد غادرها فارّا لينجو من عداوة وزير قويّ، والحال أنّه كان دائم التّمتّع بحماية دبلوماسيّة تجعله بمنأى عن كلّ تعسّف في السّلطة وتسمح له بالقيام بكلّ حرّيّة" (حسب "موران" كان "نسيم شمّامة" يحمل الجنسيّة الفرنسيّة ومن ثمّ فشخصه غير تابع لحكومة البايات وأمواله خاضعة لنظام الامتيازات الأجنبي (capitulation) (ص 374).

"On ne saurait [...] soutenir que Nessim Samama n'a pu, jusqu'en 1873, exercer utilement ses droits dans un pays qu'il avait quitté en fugitif et pour se soustraire à l'inimitié d'un tout puissant Ministre, alors qu'il est constant qu'il jouissait d'une protection diplomatique qui le mettait à l'abri de tout abus de pouvoir et lui permettait d'agir en toute indépendance".

وينبغي لمن يريد فهم ظروف هذه القضيّة أن يعود إلى قصّة "خزندار"، والقائد اليهودي "نسيم شمامة"، وصاحب البنك "البارون ديرلنجي" وهو يهودي بدوره، وغيرهم مع ديون مملكة البايات في النّصف الثّاني من القرن التّاسع عشر، وذلك في كتاب: "ڤانياج" (جون)، أصول الحماية الفرنسيّة في تونس (1861 – 1881)، باريس، الـمنشورات الجامعيّة لفرنسا، 1959.

GANIAGE (Jean), Les origines du protectorat français en Tunisie (1861–1881), Paris, P.U.F., 1959.

[1319] لكن رأينا أنّ "دوبلا" (م س، ج 2، ص 128) يسمّي النّقطة الأولى والثّانية تعليقا، وبالطّبع لا مضايقة أو مشاحة في الألفاظ، لكن الواجب هو التّنبيه على اختلاف معنى الكلمة في النّقطة الأولى عن معناها في النّقطة الثّانية.

سقوط بانقضائها.

410. — ♦♦ وكذلك الشّأن بالنّسبة إلى القطع، فهو أيضا شرط واجب العدم ليحصل السّقوط في الـمدّة الـمحدّدة، لكنّ الفرق بينه وبين التّعليق أنّ احتساب الأجل في القطع يُعاد بدؤه من درجة الصِّفر، أمّا في التّعليق فمن الدّرجة التي تمّ بلوغها حين وُجِد السّبب التّعليقي. ويمكن أن يعطى كمثال للقطع في الفقه الإسلامي الـمادّة 1666 من الـمجلّة العثمانيّة[1320]. ولعلّ القطع يعيدنا إلى النّقطة الأولى وبالتّحديد إلى الغيبة إذ الحاضر يجري السّقوط ضدّه إذا لم ينازع. فعدم الـمنازعة إذن شرط ثالث لتحقّق السّقوط يُضاف إلى شرط عدم وجود عذر تحقّق قبل بداية أو في أثناء احتساب ذلك السّقوط[1321].

411. — بما سبق، نكون قد انتهينا من الشّروط ونكون من ثمّ قد وصلنا إلى الـمرحلة التي يمكن فيها الإتيان بمجلّة الالتزامات والعقود والحكم عليها:

412. — ◄ وينبغي أن نقسّم هذه الـمرحلة وفق نفس تقسيم سابقتها لكي تسهل محاولة الـمقارنة والتّقييم:

♦ فإذا بدأنا بالـمسألة الأولى، وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود تقبل مبدأ التّقادم. على هذا هي مثل الفقه. وسواء أخذت هذا الـمبدأ من هذا الفقه[1322]، أو أخذته من الغرب[1323]، أو أخذته منهما، ففي كلّ الأحوال لا يمكن

[1320] الـمادّة 1666: "إذا ادّعى أحد على آخر خصوصا في حضور القاضي في كلّ بضعة سنوات مرّة ولم تفصل دعواه ومرّ على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مانعا من استماع الدّعوى".

[1321] وحين يزول العذر نبدأ الحساب من الصّفر في الصّورة الأولى أو نواصله بعد أن توقّفنا عنه في الصّورة الثّانية. وعلى هذا فالصّورة الأولى مثل القطع، ولكن هنا يعاد الحساب من الصّفر.
انظر حول التّعليق في الفقه الإسلامي: "موران"، م س، ص 379 و380.

[1322] انظر إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (يقابله الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) التي أحالت على حاشية الفصل 431 (يقابله الفصل 384). وحاشية الفصل 431 جانبيّة وتحتيّة. فأمّا الجانبيّة فقسّمت إلى قسمين: أوّلهما للمالكيّة حيث بدأ بحديث لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم. ثمّ قيل إنّ التّقادم دخل شيئا فشيئا الـمذهب. ودعّم هذا القول بمراجع هي خليل، والتّاودي، وابن عاصم، والتّواتي، والـمازري، والزّرقاني، والعمليّات، والـمجلّة التّونسيّة لـ:1861

الـمرور إلى مسألة الإحكام.

♦ وإذا مررنا إلى الـمسألة الثّانية، وجدنا: اختلافا على مستوى العقد الباطل بين الـمجلّة والفقه، لكن النّتائج واحدة[1324]؛ ووجدنا اتّفاقا على الـمستوى الآخر الذي تناولناه في هذه الـمسألة، مع اختلاف على صعيد الآجال[1325].

فإذا تركنا مسألة الآجال، أمكن نقل اقتراح التّقييم الذي جاء في الـمسألة الأولى.

وإذا أخذنا مسألة الآجال، لم يخل الحال من أمرين: فإمّا أنّ آجال الفقه التي تركتها الـمجلّة هي الأفضل، وإمّا أنّ الـمتروك ليس هو الأفضل:

فإذا كان الـمتروك هو الأفضل، كانت الـمجلّة مجسِّدة لعدم الإحكام.

أمّا إذا كان الـمتروك ليس أفضل، لم تكن الـمجلّة مجسِّدة لما سبق[1326].

♦ فإذا انتهينا إلى الـمسألة الثّالثة، أمكن أن نجد في مجلّة الالتزامات والعقود

(520)، إلخ. وثانيهما للحنفيّة حيث قيل إنّها تنطلق من مبدأ عدم السقوط. ثمّ قيل إنّ فقيها قال بالسّقوط. ثمّ انتهي بقبول السّقوط بناء على أمر السّلطان مع استثناء الـميراث والوقف ووجود عذر شرعي. ولقد أشير هنا إلى الحموي، وإلى ردّ الـمحتار، وابن نجيم، والـمجلّة (1670)، والدّر الـمختار، ومرّة أخرى إلى ردّ الـمحتار.

[1323] انظر إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 449 من الـمشروع الـمرَاجع (يقابله الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) التي أحالت على حاشية الفصل 431 (يقابله 384). وحاشية الفصل 431 جانبيّة وتحتيّة. فأمّا التّحتيّة فأشارت إلى "الدّيجاست" وإلى الفصل 2262 من الـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة وإلى "أوبري" و"رو"، و"فينشايد" و" سافينيي".

[1324] في الفقه دعوى الإبطال لا تسقط، لكنّ دعوى الاسترداد تسقط. ثمّ إنّ الفقه لا يعرف التّقادم الـمكسب، ومن ثمّ ليس هناك خطر يتمثّل في أن نجد أنفسنا أمام الوضعيّة التي وجدت محكمة التّعقيب الفرنسيّة نفسها أمامها (انظر الفقرة عدد 403). أمّا في مجلّة الالتزامات والعقود فدعوى البطلان الـمطلق تسقط، وكذلك دعوى الاسترداد. وعدم تحقّق التّقادم الـمكسب لا يثير مشكلا لأنّ دعوى البطلان تتقادم بمضيّ الزّمن.

[1325] في الفقه وفي صورة العلم الأجل أيّام، أمّا في مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 331) فسنة/ في الفقه وفي صورة العلم الأجل سنة أو ما دونها، وفي مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 334) خمس عشرة سنة.

[1326] تتمثّل الأفضليّة (أو عدم الأفضليّة) على مستوى الـمنهجيّة التّشريعيّة في تماشي (أو عدم تماشي) الأجل الـمختار مع غيره الذي وقع وضعه في موادّ مماثلة. والبحث في هذا الـمماثل في الفقه وفي مجلّة الالتزامات والعقود يبعدنا عن عملنا لذلك تركنا الأمر في قالب افتراضي.

الشّرط الأوّل (الفصل 402 [لو فهم على النّحو الوارد سابقا]، والفصل 391 ويدخل في الفصل 393 خامسا)، والثّاني (نفس النّصوص ويمكن أن نضيف الفصل 392)، والثّالث (الفصل 396 و397 و398)، وأمكن من ثمّ أن نقول إنّ الـمجلّة مثل الفقه، وأن نقول على مستوى ربطها بمسألة الإحكام نفس ما قلناه في الـمسألة الأولى.

لكنّ الـمجلّة ليست مماثلة للفقه تمام الـمماثلة. والسّبب أنّها أعطت لنفس الـمادّة مرتبتي مؤيِّدات مختلفتين، وأجلين متباينين.

الفقرة 2. تقييم الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة الفسخ الـمتعلّق بالزّمن

413. — سبق أن قلنا إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أعطت نفس الـمادّة مرتبتي مؤيِّدات مختلفتين هما: البطلان النّسبي من جهة [1327]، والفسخ من جهة أخرى[1328]. والآجال في الفسخ تتراوح بين ما هو موجود بالفصل 652 وما هو موجود بالفصل 672. أمّا في البطلان النّسبي فتتراوح بين ما هو موجود بالفصل 331 وما هو موجود بالفصل 334[1329]. هذا حلٌّ دون الفقه[1330]. وهو لمن جاء بغير متقن وترك متقنا.

414. — على هذا تكون مجلّة الالتزامات والعقود مجسِّدة لعدم الإحكام.

[1327] انظر الفقرة عدد 315 وما بعدها.

[1328] انظر الفقرة عدد 314.

[1329] وينبغي أن نورد هنا إشارة ما كان يمكننا أن نأتي بها سابقا، وذلك لأنّنا نرى الآن الآجال. وتتمثّل هذه الإشارة في التّنبيه على أنّ تنظيم مجلّة الالتزامات والعقود للغلط مرّتين – وهو اتّباع للقانون الفرنسي – جعلنا نرجّح أنّ الجزاء في الـمرّة الثّانية فرنسي (الفسخ)، لأنّ الـمرّة الثّانية نفسها فرنسيّة (انظر الفقرة عدد 314).

لكن حين ننظر إلى الآجال في الفصل 652 وفي الفصل 655، قد نفكّر في أنّ مرتبة الجزاء في الفصل 647 وما بعده هي فسخ الفقه وبالتّحديد فسخ العقد غير اللازم (انظر ما جاء سابقا من أنّ هذا الاحتمال ضعيف). وحتّى وإن قلنا بهذا، فستظل الـمجلّة واضعة لمرتبتين لمادّة واحدة (بطلان الغرب النّسبي وعدم اللزوم الإسلامي)، وخاصّة لآجال مختلفة (في البطلان النّسبي مثلا سنة وفي العيوب وحسب 652 بضعة أيام، إلخ).

[1330] لأنّ فيه عدم جمع متماثلات.

والسّبب كما لاحظنا – وهو الزّمن، وهو نقطة النّهاية – أن هناك زمنين. ويمكن القول إن ثمّ زمنين لأنّ هنالك مرتبتين. كما يمكن القول إن ثمّ مرتبتين لأنّ هنالك مادّة واحدة نظّمت مرّتين. وهكذا ترجعنا نقطة نهاية هذا العمل إلى نقطة بدايته ...

خلاصة العنوان الثّاني

415. — يمكن القول إنّ الأحكام الـمطويّ ذكرها، سواء منها الـمتعلّقة بالزّمن أو غير الـمتعلّقة به، مأخوذة من فرنسا.

ففي الأحكام غيرالـمتعلّقة بالزّمن نجد مسألة ضرورة الدّعوى، ومسألة من يثير البطلان، ومسألة الإمضاء، وكلّها مستوردة. وفي الأحكام الـمتعلّقة بالزّمن نجد مسألة قبول فكرة السّقوط، ومسألة تطبيقها على الـمادّة التي نعمل عليها، ومسألة شروط السّقوط. وهذه الـمسائل مستوردة بدورها إلاّ مسألة الشّروط وخاصّة شرط انعدام الأعذار.

وعلى كلٍّ، وجدنا الـمأخوذ به في بعض هذه الـمسائل مثل الفقه الإسلامي. وهنا لم يمكن الـمرور لمسألة الإحكام.

لكن وجدنا أيضا الـمأخوذ به، في بعض الـمسائل الأخرى، مختلفا عن الفقه. وهنا تتغيّر علاقة مجلّة الالتزامات والعقود بمسألة الإحكام بحسب ما إذا كان الفقه، أي هذا الـمتروك، أفضل أو أسوأ من الحلّ الـمعتمد. ويمكن – على سبيل الـمثال لا الحصر وفيما يخصّ آثار الـمراتب في سياقها – أن نقول، لو اتّبعنا السّنهوري، إنّ الـمتروك كان أرقى بكثير من الـمعتمد.

خلاصة الجزء الثّاني

416. — رأينا منذ قليل أنّ الأحكام الـمطويّ ذكرها مأخوذة من فرنسا، ورأينا قبل ذلك أنّ الأحكام الـمذكورة تصريحا مأخوذة من نفس الـمصدر.

وعلى هذا فالجزء الثّاني لأحكام نصوص مجلّة الالتزامات والعقود الـمتعلّقة بالغلط، أي جزء الأحكام التّأييديّة، يجسِّد بكلِّيّته تقريبا استدبارا من مجلّة الالتزامات والعقود للفقه الإسلامي. واستدبار الـموروث قد يورث إحكاما، وقد يورث عدم إحكام. ولقد وجدنا هذا الـميراث وذاك. وما يضاعف من أهمّيّة ما وجدناه هو أنّ نفس الأحكام التّأييديّة موجودة في نصوص أخرى تتعلّق بـ"غير" الغلط التّلقائي والـمحدث.... وهكذا يحيل الجزء الثّاني من أحكام الغلط على "الغير"، و"الغير" مقطع "النّفس"، أي مقطع هذا العمل ...

الخلاصة العامّة

417. — إذا قمنا بعمل إحصائي، وجدنا أنّ الفكرة الأساسيّة أو القضيّة (الإحكام) قد تمّ تناولها في حوالي خمسين موضعا من هذا البحث:

ولقد انقسمت هذه الـمواضع إلى قسمين:

قسم أوّل يفوق العشرين نقطة من نقاط أحكام الغلط وفيه ثبتت صحّة القضيّة، أي ثبت أنّ جانِبا من هذه الأحكام جانَبَ الإحكام وترك ما يمثّل خطابا يجمع الـمتماثلات ويفصل الـمختلفات وأتى بخطاب ليس فيه ما سبق.

وجانِبُ الأحكام الذي وجدنا فيه عدم الإحكام أصليّ وتأييديّ:

وفي الأصليّ ثبتت صحّة القضيّة في الغلط التّلقائي صورا وشروطا:

ففي الصّور رأينا عدم إتقان راجع بالأساس إلى أنّ الـمستورد منه اعتمد تصوّرا معيبا لتلك الصّور. أمّا الـمتروك من الـمجلّة، أي الفقه الإسلامي، فالعيوب فيه على هذا الـمستوى أقلّ. ونحن نسمع اليوم الغرب ذاته ينقد قانونه على مستوى خصوص هذه النّقطة وعموم نقاط الغلط[1331].

أمّا في الشّروط فتمثّل عدم الإتقان في وضعها والحال أنّها غير موجودة، وهذا إفساد لو نظرنا إلى الـمسألة مع استحضار القانون الذي كان معمولا به.

ثمّ إنّ القضيّة صحّت كذلك في الغلط الـمحْدَث. وتجسّد عدم الإتقان خاصّة في وضع التّفرقة بين التّغرير الأساسيّ والعرضيّ. وعدم الإتقان هنا صحِبه أيضا إفساد ممّا يعني أنّ الـمحصّلة عدم إحكام.

فإذا جمعنا الغلط التّلقائي والـمحْدَث، وجدنا أنّ التّضييق في ذاك يولِّد صعوبات في هذا. وفي الاتّجاه الـمعاكس قبول الكتمان في هذا يجعل التّضييق في ذاك غير ذي معنى. هنا أيضا نحن أمام عدم إتقان مع إفساد والـمحصّلة عدم إحكام.

[1331] انظر إلى من قال عن القانون الفرنسي الذي أخذت منه مجلّة الالتزامات والعقود إنّه غير دقيق. وانظره أيضا وهو يضع هذا التّأكيد بالنّسبة إلى القانون الإنجليزي ("مالوري" و"ايناس"، م س، عدد 403).

وانظر إلى الفقهاء الالـمان الذين يعيبون على مشرّعهم أنّه لم تكن لديه فكرة واضحة عن الغلط في الأوصاف ("فيتز"، م س، عدد 326).

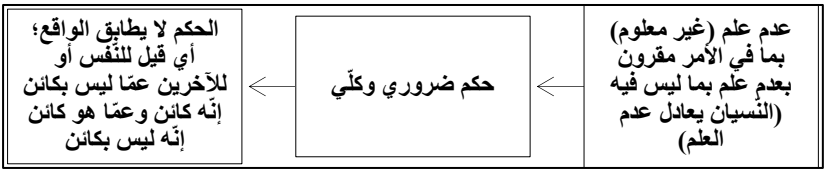
ولو واصلنا جمع الغلط التّلقائي بالـمحْدَث، لقلنا إنّ عدم الإحكام في التّلقائي هو في نفس الوقت عدم إحكام في الـمحْدَث، لأنّ الـمحْدَث في نهاية الأمر غلط وإن كانت معه زيادة.

فإذا انتقلنا إلى الأحكام التّأييديّة الواردة في نصوص مجلّة الالتزامات والعقود الـمتعلّقة بالغلط، وجدنا كذلك (وفي بعض جوانبها) عدم إتقان ومعه إفساد، ممّا يعني أنّ الـمحصّلة عدم إحكام. وتبدو هذه النّتيجة منتظرة. فلقد رأينا أنّ نظريّة الـمؤيِّدات في الفقه الإسلامي تجسِّد صناعة فنّيّة رائعة على حدِّ عبارة أحدهم. كما رأينا من الغربيّين من يبدي إعجابه ببعض جوانبها. لذا فإنّ الابتعاد عنها – لكي لا يمثّل إثباتا لصحّة القضيّة التي عملنا عليها – يجب أن يتمّ في اتّجاهٍ واحدٍ هو الارتقاء بها.

ويمكن الإتيان ببعض ما سبق من نتائج في عبارات أخرى حاصلها أن هنالك علاقة تأدية تحكم الأحكام الأصليّة والتّأييديّة للغلط التّلقائي والـمحْدَث. وتفصيل هذا أن هنالك: علاقة تأدية داخل الغلط التّلقائي من جهة؛ وعلاقة تأدية بين الغلط التّلقائي والغلط الـمحْدَث من جهة أخرى.

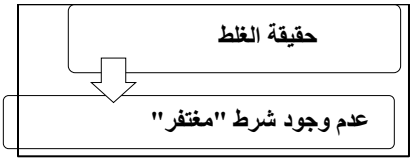
Δ. علاقة تأدية داخل الغلط التّلقائي

– لقد مكّن هذا العمل من تحديد حقيقة الغلط على النّحو التّالي:



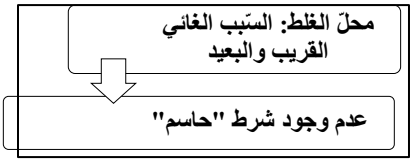
هذه الحقيقة تهمّ كلّ تشريع.

كما رأينا أنّ حقيقة الغلط تتمثّل في أنّه لا وجود لشرط يتمثّل في وجوب أن يكون الغلط مغتفرا.



وقبل ذلك تمّ الوصول إلى أنّ بعض "الغلط في القانون" داخل في "شرط مغتفر"، وبعضه الآخر في "الغلط في الواقع".

- كما مكّن هذا العمل من الوصول إلى نتيجة أخرى مفادها أنّ صور الغلط تختلف باختلاف ما ينصبّ عليه الغلط. وما ينصبّ عليه الغلط قابلٌ لأن يُختزل في أمر واحد هو السّبب الغائي (القريب والبعيد). هذه النّتيجة تؤدّي للقول بعدم وجود شرط يتمثّل في وجوب أن يكون الغلط حاسما.



وإذا أريد تفصيل هذا الكلام قيل إنّ الـمشرّعين أيّاً كان مكانهم أو زمانهم هم أمام ثلاث خيارات:

خيار أوّل يتمثل في جعل كلّ الصّور تبطل (قيل تبطل لأنّه الجزاء الـموجود في مجلّة الالتزامات والعقود، ولكن يمكن تصوّر جزاء مدني آخر). هنا لا معنى للقول بأنّ الغلط هو حاسم أو غير حاسم. نعم قد يتكلّم مشرّع بهذا. لكن كلامه كعدمه. وحين يكون الكلام كعدمه، فعدمه أفضل.

خيار ثان يتمثّل في جعل كلّ الصّور لا تبطل. هنا أيضا لا معنى للقول بأنّ الغلط هو حاسم أو غير حاسم.

خيار ثالث يتمثّل:

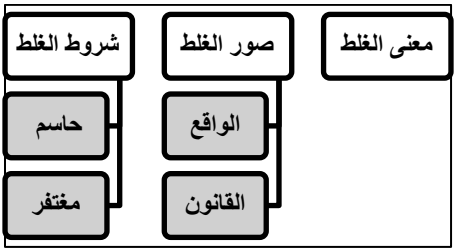
من جهة في جعل بعض الصّور تبطل، وفي الحديث هنا عن غلط حاسم. ومن ينظر إلى هذه الحالة ويعلم أنّ الغلط محلّه السّبب، سيعلم بنفس الـمناسبة أن من العِيِّ القول عن غلط في السّبب إنّه كان حاسما ... أي كان سببا ! فإذا قيل إنّ الـمقصود هو كون الغلط محلّه سبب هامّ في نظر الـمتعاقد أو الـمشرّع، قيل إنّ هذا عِيٌّ آخر، إذ لا يضيف وصف السّبب بكونه حاسما شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه هذا السّبب مبطل.

من جهة أخرى في جعل بقيّة الصّور لا تبطل، وفي الحديث هنا عن غلط غير حاسم. ومن ينظر إلى هذه الحالة ويعلم أنّ الغلط محلّه السّبب، سيعلم بنفس الـمناسبة أن من العِيِّ القول عن غلط في السّبب إنّه لم يكن حاسما... أي لم يكن سببا ! فإذا قيل إنّ الـمقصود هو كون الغلط الذي محلّه هذا السّبب غير هامّ في نظر الـمتعاقد أو الـمشرّع، قيل هذا عِيٌّ آخر، إذ لا يضيف وصف السّبب بكونه غير حاسم شيئا للقول إنّ الغلط الذي محلّه هذا السّبب ليس مبطلا.

والأفضل هنا، من زاوية الـمنهجيّة أو الصّناعة التّشريعيّة، أن يكتفي الـمشرّعون بتحديد صنف الأسباب التي تبطل (مثلا الشّيء، والشّخص، إلخ.) وصنف الأسباب التي لا تبطل (مثلا القيمة، إلخ).

فإذا ذهب مشرّع إلى هذا الخيار الثّالث (غلط محلّه أسباب معيّنة يبطل، وغلط محلّه أسباب أخرى لا يبطل) كانت يداه مقيّدتين بقيد الـمنهجيّة التّشريعيّة وبالتّحديد بقيد الاتّساق. وفعلا لا يستطيع مشرّع أن يجعل من جهة سببا قريبا غير مبطل ومن جهة أخرى سببا بعيدا مبطلا[1332] ... نعم قد يفعل هذا في الواقع، لكن إن فعل تكون جُنوبُه متجافية عن الاتّساق.

ويمكن أن يحوصل ما سبق وأن يضاف إليه القول إنّ التّصوّر التّشريعي الـمعيب لمادّة الغلط قد يكون سببا من الأسباب الأساسيّة في عدم إشعاع الـمادّة في الحياة العمليّة. والتّصوّر الـمعيب الـمشار إليه أن يؤتى بـ: "معنى الغلط"، ثمّ بـ: "صوره" (التي تقسّم إلى: "واقع" و"قانون")، ثمّ بـ: "شروطه" (وهي: "حاسم" و"مغتفر").

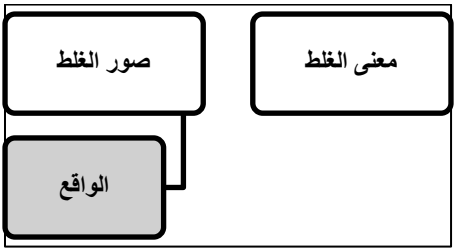


[1332] لكن قد لا يمكن وفي كلّ الحالات القول إنّ السّبب الذي أمامنا قريب أو بعيد. ويبدو أنّ الحلّ الذي يجنّبنا هذه الصّعوبات هو التّسوية بين كلّ الصّور على مستوى الحكم التّأييدي.

وإنّ أدوات التّحليل التي استعملت في هذا العمل قد مكّنت من القول: أوّلا بأنّ "القانون" داخلٌ في "مغتفر" وفي "الواقع"؛ وثانيا بأنّ "حاسم" داخلٌ في "الواقع"؛ وأخيرا بأنّ "مغتفر" داخلٌ في "معنى الغلط". هذا الكلام يعني أنّ تصوّر مادّة الغلط التّلقائي (الأحكام الأصليّة)، ومن ثمّ صبّ هذا التّصوّر في نصوص، ينبغي أن يكون على النّحو التّالي:

"معنى الغلط" (وداخله "مغتفر"، وداخل "مغتفر" "بعض القانون").

"صور الغلط في الواقع" (وداخلها "البعض الـمتبقِّي من القانون" + "حاسم").



وكلّ هذا ينعكس على الغلط الـمحْدَث. وهنا نصل إلى علاقة التّأدية الثّانية:

Δ. علاقة تأدية بين الغلط التّلقائي والغلط الـمحْدَث

مكّن هذا العمل من الوصول إلى تحديد للتّغرير حاصله أنّه فعل أو قول أو صمت مخصوص يحدث غلطا محلّه سبب غائي قريب أو بعيد. هذا التّحديد يعني أنّ التّغرير مرتبط بالغلط. وعليه فإنّ مقتضى الـمنهجيّة التّشريعيّة الـمتمثّل في الاتّساق يقتضي ما يلي:

* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 1 الوارد سابقا، فإنّ يديه ستكونان مقيّدتين تماما في مادّة التّغرير، إذ عليه أن يجعل هنا أيضا كلّ سبب غائي مبطلا.

* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 2 الوارد سابقا، فإنّه سيكون حرّا أحيانا ومقيّد اليدين أحيانا: هو حرّ في أن يجعل التّغرير الذي يحدث غلطا محلّه أيّ سبب جميعه مبطلا أو جميعه غير مبطل. لكن، لو اختار الإبطال في صور وعدم الإبطال في أخريات، عندها يقتضي الاتّساق أن لا يجعل سببا قريبا غير مبطل وسببا بعيدا مبطلا.

* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 3 الوارد سابقا:

هنا الصّور التي جُعِلت مبطلة في الغلط التّلقائي ينبغي جعلها كذلك في الغلط الـمحْدَث، والصّور التي جعلت غير مبطلة في الغلط التّلقائي يمكن جعلها مبطلة أو غير مبطلة في الغلط الـمحْدَث لكن مع احترام مسألة قرب الأسباب وبعدها.

وعلينا أن نلاحظ أنّه لو قُبِل بالكتمان الذي يحدث غلطا محلّه أسبابا معيّنة على أنّه مبطل، فإنّ اتّخاذ قرار بجعل الغلط التّلقائي الذي محلّه نفس الأسباب غير مبطل هو تقريبا قرار عبثي. تفسير ذلك أنّه يصعب في الواقع – لكي لا نقول يستحيل – أن نفرّق بين كتمان يحدث غلطا وكتمانا يستغلّ غلطا.

هذه النّتائج التي تمّ التّوصّل إليها تمثّل في جانب منها معرفة للغلط مختلفة عمّا هو سائد. وقد يقال إنّ هذه الـمعرفة الـمختلفة ليست جديدة. وفعلا هنالك تشاريع كالقانون الإسلامي وهنالك كتابات ككتابات "شوفال"[1333] يشبه تناولها للمادّة أو لجزء منها ما تمّ التوصّل إليه في هذا العمل. هذا الكلام صحيح. لكنّ الصّحيح أيضا (وهنا سنستعير من "هايدغر"[1334]) أنّه أحيانا، وبعد أن يُفهم الجديد، تعاد قراءة القديم من جديد. وبعد أن يُفهم القديم بواسطة الجديد، يُقال عن الجديد إنّه لم يأت بجديد.

وينبغي التّنبيه هنا إلى أنّ الـمعرفة الـمتوصّل إليها ليست أفضل من غيرها الذي هو سائد. كما ينبغي التّنبيه إلى أنّ فضل الوصول إلى تلك الـمعرفة الـمختلفة يرجع إلى أدوات التّحليل التي عُمد إليها. فالفضل إذن للأدوات، والأدوات لا تنتج الأفضل بل الـمختلف.

وإنّ النتائج الـمتوصّل إليها لتفيد على مستوى العشرين نقطة أو أكثر الـمتحدّث عنها أعلاه بأنّ قرار أصحاب مجلّة الالتزامات والعقود ترك القانون الإسلاميّ والأخذ من القانون الغربيّ جسّد عدم الإحكام. لكنّ التخلّي عن الـمحلّي والاستيراد من الأجنبي مثّل الإحكام على الـمستوى التّالي: عدم تشتيت الغلط التّلقائي (على الأقلّ حين ننظر إليه في إطار الفصل 44 إلى الفصل 49).

[1333] انظره داخل هذا العمل.

[1334] "هايدغر"، م س، ص 92.

ولو توسّعنا قليلا، لقلنا نفس ما سبق في ما يخصّ وضع جزاء واحد لعيوب الرّضا. فهنا الغرب أفضل من الفقه. لكن علينا أن لا ننسى الـمالكيّة التي تواجه بمؤيِّد واحد العيوب، ومن ثمّ فهي مشابهة للغرب.

418. — هذا الشّبه يحيلنا إلى القسم الثّاني من الـمواضع التي تناولنا فيها القضيّة. فهذا القسم الذي يتجاوز العشرين نقطة في العمل هو قسم لم يختلف فيه الفكر التّشريعيّ الإسلاميّ عن الفكر التّشريعيّ الغربيّ. لذا، حتّى إن وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود مستورِدة هنا، فلا يمكن أن نصفها بكونها أصلحت أو أفسدت بالنّظر إلى ما كان قائما قبلها لسبب بسيط وهو أنّها أتت بما هو مثلٌ لهذا "القبْل". فإذا لم يمكن الحديث عن الإصلاح، لم يمكن الـمرور إلى الإحكام لأنّ هذا يتكوّن وفي نفس الوقت من الإتقان ومن الإصلاح.

419. — وينبغي القول إنّه يتعيّن أن يكون ضالّة أنّى وُجدت طُلبت. فإن كانت في الغرب طُلبت من الغرب، وإن كانت في الشّرق طُلبت من الشّرق، وإن كانت فيهما معا طُلِبت من أحدهما. لكن الحَسَن قد لا يُعْثَر عليه لا في ذاك ولا في هذا (ولا في غيرهما)، وهنا ينبغي استحداثه. وعلى كلّ فإنّ الحَسَن سواء تمّ استيراده أو تمّ أخذه من الـموروث أو تمّ استحداثه لا يبقى حسنا إلاّ باستئنافه، أي بمواصلة العمل عليه.

420. — فإذا عدنا إلى القضيّة، قلنا إنّ ثبوتها (ثبوت صحّتها أو ثبوت خطئها) تابع من حيث أهمّيته للحكم الذي تعلّق به. فإذا كان الحكم أساسيّا في محيطه الضّيّق (مثل الشّيء بالنّظر إلى بقيّة صور وشروط الغلط التّلقائي وبالنّظر إلى الغلط المحدَث) أو في محيطه الواسع (مثل المؤيِّد في مادّة الغلط بالنّظر إلى المؤيِّد في مادّة شروط نشأة العمل القانوني)، انعكس ذلك على جدوى وصفه بالإحكام أو بعدم الإحكام.

421. — ويمكن القول عن عدم الإحكام – الذي وجدناه في "الـمحاولة" التي نحن

بصدد مغادرتها – إنّه يمثل موقفا "لاعقلانيّا". فإذا كانت بقيّة نصوص مجلّة الالتزامات والعقود أو على الأقلّ أغلبها محتوية على أحكام مثل التي عملنا عليها، أمكن وصفها باللاّعقلانيّة.

ولو فعلنا هذا، لوجب أن ندقّق وأن نقول إنّ الوصف لا يصحّ في شأنها لو نظرنا إليها من زاوية واضعيها. فالسّلطة الفرنسيّة كانت "عقلانيّة" حين جاءت بما يمثّل تركا لموروث الـمجتمع التّونسي وإن كان متقنا واستبدلته بما هو غربيّ وإن لم يكن كذلك لأنّ هذا التّغيير يخدم مصالحها.

لكنّ الوصف يصحّ بالنّظر إلى زاوية الوقت الحاضر. فليس ثمّ عقلانيّة في أن يجسّد مشرّع اليوم ما يمثّل استمرارا لترك الـمتقن لفائدة غير الـمتقن.

... نعم يمكن القول مع "كاربونيي"[1335] – وهو يقارن بين مجلّة الالتزامات والعقود والـمجلّة الـمدنيّة الفرنسيّة – إنّ الأولى استفادت من عمل الزّمن ... نعم يمكن القول إنّها ربحت ما يقارب القرن من عمل ثريّ للفقه وللقضاء الفرنسيّين، وربحت من تجارب أخرى هامّة (الـمانيّة، إلخ). لكنّ هذا لا يمكّن من وصفها بالـمفخرة الوطنيّة:

... لا يمكّن من وصفها بالوطنيّة حين تُستحضر هويّة واضعها (الـمستعمر)[1336] وخاصّة حين يُستحضر سبب وضعها؛

... لا يمكّن من وصفها بالـمفخرة حين يُستحضر محلّ هذا العمل وتُستحضر نقاطه التي لم نجد فيها إحكاما.

وإنّ أوّل شرط لتحقيق الإحكام، من زاوية الصّناعة أو الـمنهجيّة التّشريعيّة أو علم التّشريع، أن يفهم الـمشرّع وأن يصيب في تصوّر الـمحتوى الذي سيعمد إلى تشكيله وصبّه في قالب قانونيّ[1337]. هذا الفهم يسمح (إلى جانب شروط أخرى)

[1335] "كاربونيي" (جون)، درس في القانون الـمدني (غير منشور)، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، ماي 1994.

CARBONNIER (Jean), *Cours de droit civil* (non publié), Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Mai 1994.

[1336] لنقل لمن يفكّر في دور لجنة توجيه النّظر الشّرعي: واضعها الأساسي.

[1337] "برجال" (جان لويس)، م س (الـمنهجيّة القانونيّة)، ص 308.

بالإتيان بقانون عقلانيّ[1338]. والعقلانيّة علامة على الحداثة[1339]. وإنّ مجلّة الالتزامات والعقود (على مستوى جوانب من النّموذج الذي عملنا عليه) لم تفهم الـمحتوى الذي شكّلته، لذلك وجدناها غير عقلانيّة، أي مضيِّعة للحداثة.

وما جاء للتّوّ ينبّه إلى أنّ هذا الوصف أو غيره ينبغي أن يُقيّد بالحقل الذي استُمِدّ منه. وفعلا من التّهافت العلميّ أن يُعمَل على جزء صغير ثمّ تمدّ النّتائج إلى كلّ الـمجلّة. لذا ينبغي انتظار مسح لبقيّة الأحكام الأصليّة والتّأييديّة لمجلّة الالتزامات والعقود، أي ينبغي انتظار أعمال غير الأعمال الـموجودة بعدُ، وينبغي انتظار أعمال غير هذا العمل.

هذه الأعمال، إن وُجدت مستقبلاً، إمّا أن تؤيّد النّتائج التي وصلنا إليها على مستوى النّموذج الذي اشتغلنا عليه وإمّا أن تنفيها. فإذا أيّدتها، تكون مجلّة الالتزامات والعقود قد فعلت ما فعلته الـمرأة التي نزلت فيها الآية: ﴿**وَلَا تَكُونُوا كَالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا**﴾[1340]؛ وإن لا، فلا. بعبارة موجزة: إمّا أن نجد في مجلّة الالتزامات والعقود مفهوم الحمق الذي استخرجه أحدهم انطلاقاً

[1338] "برجال" (جان لويس)، م س (الـمنهجيّة القانونيّة)، ص 271 و274 و 309.

[1339] إنّ للحداثة عدّة علامات مميّزة من ضمنها العقلانيّة. وإنّ البعض ليأخذ علامة ويعدّها هي الـمؤسّس ("كونت": العلم/ "سان سيمون": الصّناعة/ "ماركس": الرّأسماليّة/ "توك فيل": الـمساواة في الأوضاع الاجتماعيّة، والدّيمقراطيّة/ "فيبير": العقلانيّة). معجم علم الاجتماع. مكتبة لاروس 1989. *Dictionnaire de la sociologie*, Paris, Lib Larousse, 1989, mot: modernité

[1340] الآية 92 من سورة النّحل. ولقد جاء في أحد كتب التّفسير: "قوله تعالى ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوّة أنكاثا. النّقض والنّكث واحد والاسم النّكث والنّقض والجمع الأنكاث. فشبّهت هذه الآية الذي يحلف ويعاهد ويبرم عهده ثمّ ينقضه بالـمرأة تغزل غزولها وتفتله محكما ثمّ تحلّه. ويروى أنّ امرأة حمقاء كانت بمكّة [...] (و) كانت تفعل ذلك. فبها وقع التّشبيه". القرطبي (محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي أبو عبد الله)، الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، القاهرة، دار الشّعب، الطّبعة الثّانية، 1372 هـ ج 10، ص 171. انظر أيضا: الواحدي (علي بن أحمد الواحدي أبو الحسن)، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دمشق، بيروت، دار القلم، الدّار الشّاميّة، الطّبعة الأولى، 1415 هـ ج 1، ص، 617؛ البغوي (الحسين بن مسعود الفرّاء البغوي أبو محمّد)، معالـم التّنزيل، تحقيق: خالد العك ومروان سوار، بيروت، دار الـمعرفة، الطّبعة الثّانية، 1407 هـ/ 1987 م ج، 3، ص 82؛ القمّي (عليّ بن إبراهيم بن هاشم)، تفسير القمّي، قم، مؤسّسة دار الكتاب، 1404 هـ ج 1، ص 389.

من الآية الواردة منذ قليل[1341]، وإمّا أن لا نجده. هذا الـمفهوم يمكن البحث عنه لا فقط في هذا الفعل التّشريعي الـمتمثّل في الـمجلّة، بل في أيّ فعل تشريعيّ آخر. وأكثر من هذا، يمكن البحث عنه في أيّ فعل إنسانيّ فرديّا كان أو جماعيّا ...

[1341] بوحديبة (عبد الوهّاب)، درس معمّق في علم الاجتماع (غير منشور)، كلّيّة الآداب والعلوم الإنسانيّة والاجتماعيّة بتونس، 1993 – 1994.

الـملحق

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

Article 49 – Néanmoins, l'erreur de droit commune à toutes les parties ne donne pas ouverture à la rescision.		
الفصل 50 – الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ في صورتين أولا الغلط في ذات الـمعقود عليه او في تعيينه او في وصفه الـموجب للتعاقد ثانيا اذا كان أحد الـمتعاقدين يقصد عقدا غير الذي صرح برضائه به Article 50 – L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision : 1) lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement ; 2) lorsque l'une des parties a eu en vue un contrat différent de celui auquel elle a déclaré consentir.	الفصل 45 – الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات الـمعقود عليه او في نوعه او في وصفه الـموجب للتعاقد Article 45 – L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision lorsqu'elle porte sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement.	الفصل 45 – الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات الـمعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الـموجب للتعاقد. Article 45 – L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision lorsqu'elle porte sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement.
الفصل 51 – الغلط في ذات احد الـمتعاقدين او في صفته لا يكون موجبا للفسخ الا اذا كان	الفصل 46 – الغلط في ذات احد الـمتعاقدين او في صفته لا يكون موجبا	الفصل 46 – الغلط في ذات أحد الـمتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا

ذات الـمتعاقد معه او صفته من لاسباب الـموجبة للرضى بالعقد Article 51 – L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.	للفسخ الا اذا كان ذات الـمتعاقد معه او صفته من لاسباب الـموجبة للرضى بالعقد. Article 46 – L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf, le cas, où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.	للفسخ إلا إذا كانت ذات الـمتعاقد معه أو صفته من الأسباب الـموجبة للرضى بالعقد. Article 46 – L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.
الفصل 52 – مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وانما يصلح الغلط Article 52 – Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.	الفصل 47 – مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وانما يصلح الغلط Article 47 – Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.	الفصل 47 – مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط. Article 47 – Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.
الفصل 53 – اذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق او في الـمتعاقد عليه	الفصل 48 – اذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق او في الـمتعاقد	الفصل 48 – إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في الـمتعاقد

فعلى الحاكم ان يراعي ظروف الاحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا او انثى Article 53 – Dans l'appréciation de l'erreur, soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes, et aux circonstances de la cause.	عليه فعلى الحاكم ان يراعي ظروف الاحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا او انثى Article 48 – Dans l'appréciation de l'erreur et de l'ignorance soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et aux circonstances de la cause.	عليه فعلى القاضي أن يراعي ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى. Article 48 – Dans l'appréciation de l'erreur et de l'ignorance soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et aux circonstances de la cause.
الفصل 54 – اذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها احد الطرفين فله القيام بفسخ العقـد في الصور الـمقررة بالفصل 50 والفصل 51 اعلاه وهذا لا ينافي اجراء حكم القواعد العمومية الـمتعلقة بالتقصير وحكم الفصل فيما يتعلق بالتلغراف خاصة Article 54 – Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la résolution	الفصل 49 – اذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها احد الطرفين فله القيام بفسخ العقـد في الصور الـمقررة بالفصل 45 والفصل 46 اعلاه وهذا لا ينافي اجراء حكم القواعد العمومية الـمتعلقة بالتقصير وحكم الفصل 459 فيما يتعلق بالتلغراف خاصة. Article 49 – Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont l'une des parties s'est servie, cette partie	الفصل 49 – إذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها أحد الطرفين فله القيام بفسخ العقـد في الصور الـمقررة بالفصلين 45 و46 أعلاه وهذا لا ينافي إجراء حكم القواعد العمومية الـمتعلقة بالتقصير وحكم الفصل 457 فيما يتعلق بالتلغراف خاصة. Article 49 – Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont l'une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la

résolution de l'obligation dans le cas des articles 44 – 45 ci–dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute et de l'article 457 dans le cas spécial des télégrammes.	pourra demander la résolution de l'obligation dans le cas des articles 44 – 45 ci–dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute et de l'article 457 dans le cas spécial des télégrammes.	de l'obligation dans le cas des art. 50, 51 ci–dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute et de l'art. dans le cas spécial des télégrammes.

الـملحق 2

مجلّة الالتزامات والعقود (2005)	مجلّة الالتزامات والعقود (1906)	الـمشروع الـمراجع (1899)
الفصل 56 – التغرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه مخاتلات أو كنايات حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير الـمتعاقدين إذا علمه من انتفع به. Article 56 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des	الفصل 56 – التغرير يوجب الفسخ اذا وقع من احد الجانبين او من نائبه او ممن كان متواطيا معه مخاتلات او كنايات حملت الجانب الاخر على العقد بحيث انه لم يتم الا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير الـمتعاقدين اذا علمه من انتفع به Article 56 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la	الفصل 61 – التغرير يوجب الفسخ اذا وقع من احد الجانبين او من نائبه او ممن كان متواطيا معه مخاتلات او كنايات حملت الجانب الاخر على العقد بحيث انه لم يتم الا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير الـمتعاقدين اذا علمه من انتفع به Article 61 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la

parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.	représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.	représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.
الفصل 57 – التغرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة. Article 57 – Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages–intérêts.	الفصل 57 – التغرير الواقع في توابع العقد اذا لم يكن هو السبب الاصلي في التعاقد لا يوجب الا تعويض الخسارة Article 57 – Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages–intérêts.	الفصل 62 – التغرير الواقع في توابع العقد اذا لم يكن هو السبب الاصلي في التعاقد لا يوجب الا تعويض الخسارة Article 57 – Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages–intérêts.
الفصل 60 – الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغرير العاقد الآخر أو نائبه أو مَن نابه في العقد عدا ما استثني بالفصل الآتي. Article 60 – La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol	الفصل 60 – الغبن لا يفسخ العقد الا اذا تسبب عن تغرير العاقد الاخر او من نائبه او ممن نابه في العقد عدى ما استثنى بالفصل الاتي Article 60 – La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de	الفصل 65 – الغبن لا يفسخ العقد الا اذا تسبب عن تغرير العاقد الاخر او من نائبه او كان ممّا يشمله الفصل الاتي Article 60 – La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de

de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle, et sauf l'exception ci-après.	celui qui la représente ou qui a traité pour elle et sauf l'exception ci-après	celui qui la représente ou qui a traité pour elle, et sauf l'exception ci-après.
الفصل 61 - الغبن يفسخ العقد إذا كان الـمغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة الـمرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة الـمذكورة بالعقد أكثر من الثلث. Article 61 – La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou de son conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi et bien qu'il n'y ait pas de dol de l'autre partie. Est réputé lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.	الفصل 61 - الغبن يفسخ العقد اذا كان الـمغبون صغيرا او ليس له اهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه او من هو لنظره على الصورة الـمرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الاخر والغبن في هاته الصورة هو ما اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة الـمذكورة بالعقد اكثر من الثلث Article 61 – La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou de son conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi et bien qu'il n'y ait pas de dol de l'autre partie. Est réputé lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.	الفصل 66 - الغبن يفسخ العقد اذا كان الـمغبون صغيرا او ليس له اهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه او من هو لنظره على الصورة الـمرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الاخر والغبن في هاته الصورة هو ما اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة الـمذكورة بالعقد اكثر من الثلث Article 66 – La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou de son conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi et bien qu'il n'y ait pas de dol de l'autre partie. Est réputé lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.

	الـملحق 3	
الـمشروع الـمراجع (1899)	**مجلّة الالتزامات والعقود (1906)**	**مجلّة الالتزامات والعقود (2005)**
البـــــاب الاول **في بطلان الالتزامــات** الفصل 372 – ليس للالتزام الباطل من اصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام ويبطل الالتزام من اصله في الصورتين الاتيتين اولا اذا خلا عن ركن من اركانه ثانيا اذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة **CHAPITRE PREMIER** **De la nullité des obligations** Article 372 – L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de	**البـــــاب الاول** **في بطلان الالتزامــات** الفصل 325 – ليس للالتزام الباطل من اصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام ويبطل الالتزام من اصله في الصورتين الاتيتين اولا اذا خلا عن ركن من اركانه ثانيا اذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة **CHAPITRE PREMIER** **De la nullité des obligations** Article 325 – L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de	**البـــــاب الأول** **في بطلان الالتزامــات** الفصل 325 – ليس للالتزام الباطل من أصله عمل. ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام. ويبطل الالتزام من أصله في الصورتين الآتيتين: أولا – إذا خلا عن ركن من أركانه. ثانيا– إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة. **CHAPITRE PREMIER** **De la nullité des obligations** Article 325 – L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de

plein droit : 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.	plein droit : 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.	plein droit : 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.
الفصل 329 – إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه. Article 329 – La confirmation ou ratification d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet	الفصل 329 – امضاء الالتزام الباطل من اصله أو التصديق عليه لا عمل عليه Article 329 – La confirmation ou ratification d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet	الفصل 376 – امضاء الالتزام الباطل من أصله لا يصحّ إلاّ بمثابة التزام جديد تاريخه تاريخ الإمضاء وذلك في الصّور التي يبيح القانون فيها الإمضاء Article 376 – L'obligation qui est nulle comme telle, mais qui a les conditions de validité d'une obligation légitime, peut valoir sous cette nouvelle forme, lorsqu'il résulte des circonstances que les parties l'auraient ainsi voulue si elles avaient connu la nullité de l'obligation primitive.
الباب الثاني **في فسخ الالتزام**	**الباب الثاني** **في فسخ الالتزام**	**الباب الثاني** **في فسخ الالتزام**

الفصل 330 – يجوز القيام بالفسخ في الصور الـمبينة بالفصول 8 و43 و58 و61 من هذا القانون ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور الـمدة لا يجري حكمه إلا في حق من انعقد بينهم الالتزام. **CHAPITRE II** **De la rescision des obligations** Article 330 – L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent code, articles 8, 43, 58, 60, 61 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte.	الفصل 330 – يجوز القيام بالفسخ في الصور الـمبينة بالفصل 8 والفصل 43 والفصل 58 والفصل 61 من هذا القانون ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا اذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور الـمدة لا يجري حكمه الا في حق من انعقد بينهم الالتزام **CHAPITRE II** **De la rescision des obligations** Article 330 – L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent code, articles 8, 43, 58, 60, 61 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte.	الفصل 377 – يجوز القيام بالفسخ في الصور الـمبينة في الفصول 9 و47 و63 و65 وفي ما عداها من الصّور التي نص عليها ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا اذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور الـمدة لا يجري حكمه الا في حق من انعقد بينهم الالتزام **CHAPITRE II** **De la rescision des obligations** Article 377 – L'action en rescision a lieu dans les cas prévus aux articles 9, 47, 63, 65, 66 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte.
الفصل 331 – الـمدة	الفصل 331 – الـمدة	الفصل 378 – الـمدة

الـمذكورة لا تحسب في صورة الاكراه الا من يوم زواله وفي صورة الخطا أو التدليس الا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين الا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالـمحجور عليهم وعديمي الأهلية الا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر كما لا تحسب في صورة الغبن إلا من يوم حوز الشيء الـمتعاقد عليه	الـمذكورة لا تحسب في صورة الاكراه الا من يوم زواله وفي صورة الخطا أو التدليس الا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين الا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالـمحجور عليهم وعديمي الأهلية الا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر أما ما يخص ورثة الـمحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والـمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء الـمتعاقد عليه	الـمذكورة لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط أو التغرير إلا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم وفيما يتعلّق بالـمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم خروجهم من قيد الحجر أو من يوم موتهم. أما فيما يخص ورثة الـمحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والـمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء الـمتعاقد عليه.
Article 378 – Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jours où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jours où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès ; en cas de	Article 331 – Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jours où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jours où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès ; en ce qui	Article 331 – Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jours où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jours où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès, en ce qui

concerne leurs héritiers, lorsque l'incapable est mort en état d'incapacité ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.	concerne leurs héritiers, lorsque l'incapable est mort en état d'incapacité ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.	lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.
الفصل 334 – القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد. Article 334 – L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.	الفصل 334 – القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد Article 334 – L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.	الفصل 381 – القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد Article 381 – L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.
الفصل 335 – يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى. ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول 330 و331 و332 و333 و334.	الفصل 335 – يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد ان يحتج ببطلانه في جميع الاحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصل 330 والفصل 331 والفصل 332 والفصل 333 والفصل 334	الفصل 382 – يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد ان يحتج ببطلانه في جميع الاحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول أعلاه من فصل 377 إلى فصل 381

Article 335 – L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui–même exercer l'action en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 330 à 334 ci–dessus.	Article 335 – L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui–même exercer l'action en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 330 à 334 ci–dessus.	Article 382 – L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui–même exercer l'action en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 377 à 381 ci–dessus.
الفصل 336 – إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد الـمذكور أو من جرائه وأما الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا عن حسن نيّة فتجري عليها الأحكام الخاصة الـمتعلقة بالعقود الخاصة. Article 336 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et	الفصل 336 – اذا فسخ الالتزام عاد الطرفان الى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد الـمذكور او من جرائه واما الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بغير تدليس فتجري عليها الاحكام الخاصة الـمتعلقة بالعقود الخاصة Article 336 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et	الفصل 383 – اذا فسخ الالتزام عاد الطرفان الى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد الـمذكور او من جرائه عدى الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بغير تدليس Article 383 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et

semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé ; en ce qui concerne les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, on suivra les dispositions spéciales établies pour les différent contrats particuliers.	semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé ; en ce qui concerne les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, on suivra les dispositions spéciales établies pour les différent contrats particuliers.	semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé, sauf les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi.
الفصل 337 – إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الـموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الـموجب للفسخ. Article 337 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre	الفصل 337 – امضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا او التصديق عليه لا يصح الا اذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الـموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الـموجب للفسخ Article 337 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet	الفصل 384 – امضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا او التصديق عليه لا يصح الا اذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الـموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الـموجب للفسخ Article 384 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet

l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.	l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.	l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.
الفصل 338 – اذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختيارا في الكل او البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح. وإمضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت الـمبين في القانون يقتضى ترك الوسائل والاعتراضات الـممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الحاصلة للغير قانونا وعن حسن نيّة قبل التصديق	الفصل 338 – اذا لم يحصل امضاء الالتزام او التصديق عليه بوجه صريح كفى اجراء العمل به اختيارا في الكل او البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي امكن فيه امضاء العقد او التصديق عليه بوجه صحيح وامضاء الالتزام او الاعتراف به او اجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت الـمبين في القانون تقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الـممكن القيام بها على الالتزام القابل للابطال واما الحقوق الحاصلة للغير قانونا وبغير تدليس قبل التصديق على العقد او	الفصل 385 – اذا لم يحصل امضاء الالتزام او التصديق عليه بوجه صريح كفى اجراء العمل به اختيارا في الكل او البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي امكن فيه امضاء العقد او التصديق عليه بوجه صحيح وامضاء الالتزام او الاعتراف به او اجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت الـمبين في القانون تقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الـممكن القيام بها على الالتزام القابل للابطال عدى الحقوق الحاصلة للغير قانونا وبغير تدليس قبل التصديق على العقد او

اجراء العمل به Article 385 – A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l'obligation rescindable soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connait les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre l'obligation rescindable, sans préjudice des droits régulièrement acquis par les tiers de bonne	اجراء العمل به فتجري عليها القاعدة الـمقررة بالفصل 336 Article 338 – A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l'obligation rescindable soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connait les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre l'obligation rescindable. Quant aux droits régulièrement acquis par les tiers de	على العقد أو إجراء العمل به فتجري عليها القاعدة الـمقررة بالفصل 336. Article 338 – A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l'obligation rescindable soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connait les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions,

que l'on pouvait opposer contre l'obligation rescindable. Quant aux droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou exécution, on suivra la règle établie par l'art. 336 in fine.	bonne foi, avant la ratification ou exécution on suivra la règle établie par l'art. 336 in fine.	foi, avant la ratification ou exécution.
في بيان الـمدة الـمقررة لسقوط حق القيام بالدعوى الفصل 402 – كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثني بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة. Article 402 – Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci–après, et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers.	**في بيان الـمدة الـمقررة لسقوط حق القيام بالدعوى** الفصل 402 – كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدى ما استثني بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة Article 402 – Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci–après, et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers.	**في بيان الـمدة الـمقررة لسقوط حق القيام بالدعوى** الفصل 449 – كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدى ما استثني بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة **Du temps requis pour prescrire** Article 449 – Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci–après, et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers.

فِهرس الـمراجع

1- الكتب

إبراهيم بك (أحمد) و إبراهيم (واصل علاء الدّين أحمد) الالتزامات في الشّرع الإسلامي، القاهرة، الـمكتبة الأزهريّة للتّراث والجزيرة للنّشر والتّوزيع، ط 1، 1434 هـ/ 2013 م.

ابن تيمية (أحمد بن عبد الحليم)، الرّدّ على الـمنطقيين، ط 1، بيروت، دار الفكر اللبناني، 1993.

ابن حزم (محمّد بن أحمد)، التّقريب لحدّ الـمنطق والـمدخل إليه بالألفاظ العامّيّة والأمثلة الفقهية، تحقيق إحسان عبّاس، بيروت، منشورات دار مكتبة الحياة، د ت.

ابن رشد (الحفيد)، بداية الـمجتهد ونهاية الـمقتصد، بيروت، دار الفكر، د ت.

ابن رشد (الحفيد)، رسائل ابن رشد الفلسفيّة، تقديم وضبط وتعليق رفيق العجم وجيرار جهامي، بيروت، دار الفكر اللبناني، ط 1، 1994.

ابن سلمون (الكناني)، كتاب العقد الـمنظّم للحكّام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام (انظر ابن فرحون).

ابن عابدين، ردّ الـمحتار على الدّرّ الـمختار (الدّرّ الـمختار هو للحصكفي) الـمعروف بحاشية ابن عابدين (فقه حنفي)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2، 1407 هـ 1987 م (بيروت، دار الفكر، 1399 هـ 1979 م).

ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت، لبنان، دار إحياء التّراث العربي.

ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو بكر محمّد بن محمّد)، متن العاصميّة الـمسمّى بتحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام. ويليه متن لامية الزّقاق في فقه الـمالكية، مصر، ملتزم الطبع والنّشر عبد الحميد أحمد حنفي.

ابن فرحون (برهان الدّين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدّين أبي عبد الله)، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، [وبهامشه ابن سلمون (الكناني) كتاب العقد الـمنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام]، بيروت، دار الكتب العلميّة، د ت.

ابن نُجَيم (زين الدّين)، الأشباه والنّظائر [وبحاشيته: الحموي غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنّظائر]، دار الطّباعة العامرة، 1920، (بيروت، دار الكتب العلمية ط 1، 1405 هـ 1985 م).

ابن نُجَيم (زين الدّين)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د م، دار الـمعرفة، 1993.

أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، العقد غير اللازم. دراسة مقارنة معمّقة في الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة، الكويت، جامعة الكويت، 1994.

أبو زهرة (محمّد)، الـملكية ونظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة، القاهرة، دار الفكر العربي، د ت.

ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود. بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة الـمعرفة القانونية، الرباط 1996.

ادريوش (أحمد)، الثّقافة والقانون. الجزء الثّاني: قانون الالتزامات والعقود. مائة سنة من الصّمود، الـمغرب، منشورات سلسلة الـمعرفة القانونية، 2016.

الآمدي (الإمام علي بن محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، ط 2، بيروت، دار الكتاب العربي،1406 هـ 1986 م.

بارودي (محمّد أمين)، بيع الوفاء وتطبيقاته الـمعاصرة، سورية – لبنان – الكويت، دار النّوادر، ط 1، 1433 هـ/ 2012 م.

البغوي (أبو محمّد الحسين بن مسعود الفرّاء الشّافعي)، تفسير البغوي الـمسمّى معالـم التنزيل، إعداد وتحقيق خالد عبد الرحمان العك ومروان سوار، بيروت، دار الـمعرفة، د ت.

البنّاني (سيدي الشّيخ محمّد). انظر الزّرقاني.

بوحديبة (عبد الوهّاب)، درس معمق في علم الاجتماع (غير منشور)، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية بتونس، 1993 – 1994.

بوصبع (نبيل)، نظريّة العقد عند الإمام ابن حزم الأندلسي. أصولها ومقوّماتها، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1431 هـ/ 2010 م.

التّسولي (أبو الحسن علي بن عبد السّلام)، البهجة في شرح التّحفة على الأرجوزة الـمسماة بتحفة الحكّام لابن عاصم، وبهامشه شرح التّاودي الـمسمّى بحلى الـمعاصم لبنت فكر ابن عاصم، وهو شرح على الأرجوزة الـمذكورة، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1370 هـ/ 1951 م.

التّواتي (محمّد البشير)، مجموع الإفادة في علم الشّهادة، تونس، الـمطبعة التّونسيّة. سوق البلاط، ط 4، 1346 هـ

الجبوري (ساجر ناصر حمد)، التّشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلاميّة، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1426 هـ/ 2005 م.

الجربي (سامي)، تفسير العقد، تونس، مركز النشر الجامعي، 1999.

الحصكفي (علاء الدّين محمّد بن علي بن محمّد)، الدّرّ الـمختار شرح تنوير الأبصار للتّرتماشي. انظر ابن عابدين. الحاشية.

الحموي (أحمد بن محمّد الحنفي)، انظر ابن نجيم.

حيدر (علي)، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الجيل، ط 1، 1411 هـ 1999 م.

الخرشي (أبو عبد الله محمّد بن عبد الله بن علي)، الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي،، بيروت، دار الفكر، د ت.

الدُّسُوقي (أبو السعّود)، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير ، مصر، دار إحياء الكتب العربيّة، د ت.

دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود. تعريب محمد الـمالقي، تونس، د ن، ط 1، 1367 هـ/ 1948 م.

الرّازي (فخر الدّين محمّد بن عمر بن الحسين)، الـمحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فيّاض العلواني، بيروت، مؤسّسة الرسالة، ط 2، 1412 هـ/ 1992 م.

رستم باز اللبناني (سليم)، شرح الـمجلّة، بيروت، دار إحياء التّراث العربي، 1406 هـ/ 1986م.

الرّفاعي (عبد الجبّار)، مبادئ الفلسفة الإسلاميّة، بيروت، دار الهادي، ط 1، 1422 هـ/ 2001 م.

الرّملي (محمّد بن أحمد الرّملي الـمنوفي الـمصري)، نهاية الـمحتاج إلى شرح الـمنهاج ، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، د ت.

الزّرقا (مصطفى أحمد)، العقود الـمسمّاة في الفقه الإسلامي. عقد البيع، دمشق، دار القلم، ط 1، 1420 هـ/ 1999 م.

الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ/1998 م.

الزّرقا (مصطفى أحمد)، الـمدخل إلى نظريّة الالتزامات العامّة في الفقه الإسلامي، دمشق، دار القلم، ط 1، 1420 هـ/ 1999 م.

الزّرقاني (سيدي عبد الباقي)، شرح الزّرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشّيخ محمّد البنّاني ، بيروت، دار الفكر، د ت.

الزّركشي (بدر الدّين محمّد بن عبد الله)، البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، بيروت، دار الجيل، 1408 هـ / 1988 م.

الزّرّوقي (عبد الـمجيد)، أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلامي (منهجيّة الفقه وفلسفته، بيروت/ دار الكتب العلميّة- تونس/ مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب الـمختص. ط 1، 1438 هـ/ 2017 م.

الزّقّاق، لامية الزّقّاق. انظر ابن عاصم.

الزّيلعي (فخر الدّين عثمان بن علي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدّقائق وبهامشه حاشية الشّيخ شهاب الدّين أحمد الشّلبي ، ط 2، دار الكتاب الإسلامي (على طبعة الـمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1314هـ).

الزّين (محمّد)، النّظريّة العامّة للالتزامات. العقد، تونس، مطبعة الوفا، ط 2، 1997.

السّامرائي (فاضل صالح)، التّعبير القرآني، عمان/ الأردن، دار عمّار، ط 1، 1418 هـ/ 1998 م.

السّجلماسي (الشّيخ عبد الجليل الفلالي)، كتاب فتح الجليل الصّمد في شرح التّكميل والـمعتمد الـمشتهر باسم كتاب العمليّات العامّة، تونس، مطبعة الدّولة التّونسيّة الـمحروسة، 1290هـ

السّرخسي (شمس الدّين)، الـمبسوط، مصر، مطبعة السّعادة، د ت.

سليمان (حوران محمّد)، نظريّة الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، سورية – لبنان – الكويت، دار النّوادر، ط 1، 1433 هـ/ 2012 م.

السّنهوري (عبد الرّزّاق)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، محاضرات ألقيت في 1953 و1954، بيروت، دار إحياء التّراث العربي، د ت.

سوار (محمّد وحيد الدّين)، التّعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الجزائر، الشّركة الوطنيّة للتّوزيع والنّشر، ط 1، 1979 (ط 2، عمان، مكتبة دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، 1998).

السّيستاني (علي الحسيني)، الرّافد في علم أصول الفقه، بقلم منير السيد عدنان القطيفي، مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني، قم، 1414 هـ.

شرف الدّين (محمّد كمال)، قانون مدني. النّظريّة العامّة. الأشخاص. إثبات الحقوق، تونس، المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسية، 2002.

العابدي (محمّد العلوي)، الأموال في الفقه المالكي، المغرب، إفريقيا الشرق، 1994.

العلي (صالح حميد)، نظريّة العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها، دمشق – بيروت، اليمامة، ط 1، 1428 هـ/ 2008 م.

عليش (محمّد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، وبهامشه حاشيته المسمّاة تسهيل منح الجليل، دار صادر، بيروت، د ت.

قدري باشا (محمّد)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشّرعيّة على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دمشق، لجنة إحياء الكتاب الإسلامي في مسجد السّروجيّة.

قريسة (هشام)، نظريّة العقد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1429 هـ/ 2008 م.

القشيري (عبد الكريم)، الرّسالة القشيريّة في علم التّصوّف. تحقيق وإعداد معروف زريق وعلى عبد الحميد بلطجي، بيروت، دار الجيل، د ت.

الكاساني (الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، كتاب بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1417 هـ/ 1996 م.

المالقي (محمّد)، محاضرات في شرح القانون المدني التّونسي، تونس، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، 1400 هـ/ 1980 م.

محمصاني (صبحي)، النّظريّة العامّة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلاميّة. بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972.

الـمظفّر (محمّد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسّسة الأعلمي للمطبوعات، ط 2، 1410 هـ/ 1990 م.

الـموسوي (محمّد صادق)، نظريّة الجهل والغلط بين الفقه والقانون، دار الهادي، بيروت، ط 1، 1423 هـ / 2002 م.

هاشم (معروف الحسني)، نظريّة العقد في الفقه الجعفري، بيروت، دار التّعارف للمطبوعات، 1416 هـ/ 1996 م.

AUBERT (Jean-Luc) et Collart Dutilleul, *Le contrat. Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2010.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français. D'après la méthode de ZACHARIAE*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4ème édition, 1878.

BAIN (Alexander), *Logique déductive et inductive*, Paris, Lib. Germer–Baillière, 1875.

BELLEFONDS (Y. Linant de), *Traité de droit musulman comparé*, Paris, La Haye, Mouton et Co, 1973.

BERGEL (Jean-Louis), *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., 1re éd., 2001.

BERGEL (Jean–Louis), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5ème éd, 2012.

BLANCHÉ (Robert), *Structures intellectuelles. Essai sur l'organisation systématique des concepts*, Paris, Librairie J. Vrin, Seconde édition 1969.

BROCHARD (Victor), *De l'erreur*, Paris, Berger-Levrault et Cie et Germer Baillère et Cie, 1876.

BUFFELAN-LANORE (Yvaine) et LARRIBAU–TERNEYRE (Virginie), *Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille*, Paris, Dalloz, 18e éd., 2013.

CABRILLAC (Rémy), *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 11e éd., 2014.

CARBONNIER (J), *Droit Civil. Introduction*. Paris, P.U.F., 25e éd, 1997.

___ *La famille. L'enfant. Le couple*, Paris, P.U.F., 20e éd, 1999.

___ *Droit civil. Les obligations*, Paris, P.U.F., 21 e éd, 1998.

___ *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1994.

CARDAHI (Choukri), *Droit et moral. Le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale*, Beyrouth, Imprimerie Catholique, 1954.

CHEHATA (Chefiq), *Théorie générale de l'obligation en droit musulman Hanéfite. Le sujet de l'obligation,* Paris, Sirey, 1969.

CORNU (Gérard) (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2e éd, 1990.

___ *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2ème éd, 2000.

DELNOY (Paul), *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2006.

DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon*, Paris Ch. Lahure, 1869 – 1882 (31volumes).

DERRIDA (Jacques), *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967.

DLBECQUE (Nicole) (édition), *Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage* (ouvrage collectif), Éd Duculot, Bruxelles, 2002.

DOMAT, *Œuvres complètes de J. Domat*, Paris Alex Gobelet, 1835 (4 volumes).

DROGOUL (F), *Essai d'une théorie générale de nullité. Étude de droit civil*, Paris A. Rousseau, 1902 (Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1902).

ECO (Umberto), *Les limites de l'interprétation*, Traduit par Myriam BOUZAHER,

Paris, Société des éd. Grasset et Fasquelle, 1992.

ETTOUATI (Mohammed El Bachir), *Recueil de notions de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'actes notariés judiciaires et extra judiciaires*, Traduit et annoté par Jules ABRIBAT, Tunis Imprimerie française B. BORREL, 1896.

GANIAGE (Jean), *Les origines du protectorat français en Tunisie (1861–1881)*, Paris, P.U.F. 1959.

GARDIES (Jean–louis), *Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1972.

GAUDEMET (Eugène), *Théorie générale des obligations*, publiée par DESBOIS (H) et GAUDEMET (J), Paris, Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937.

GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *Traité des contrats. La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990.

___ *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 3e éd, 1993.

GHESTIN, GOUBEAUX avec le concours de FABRE–MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1995.

HEIDEGGER (Martin), *Qu'est-ce qu'une chose*, Traduit de l'allemand par Jean Reboul et Jacques Taminiaux, Paris, Gallimard, 1971.

JAPIOT (René), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, A. Rousseau, 1909.

Khalil (Ibn-Ishak), *Précis de jurisprudence musulmane*, Traduit de l'arabe par : M. Perron, Paris, Imprimerie nationale, M DCCC XLIX.

LA PRADELLE (Géraud de), *Les conflits de lois en matière de nullité*, Bibliothèque de droit international privé VIII, Paris, Librairie Dolloz, 1967.

LALANDE (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 1993.

LAPIE (Paul), *Logique de la volonté*, Paris, Felix Alcan éd., 1902.

LAURENT (François), *Principes de droit civil français*, Paris, Librairie. A MARESCO Ainé, A.CHEVALLIER–MARESCO et Com, successeur, Bruxelles, Bruylant–Christophe et com, Editeurs, successeur Emile Bruylant, 1893.

LEGIER (Gérard), TRANCHANT (Lætitia) et EGEA (Vincent), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 21e éd, 2014.

MACMILLAN (Catharine), *Mistakes in Contract Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2010.

MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), *Droit civil. Obligations*, Paris, Cujas, 9ème éd. par Laurent AYNES, 1998 – 1999.

MARCADÉ (Victor Napoléon), *Explication théorique et pratique du code Napoléon, Contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre par V. MARCADÉ et Paul Pont*, Paris, Cotillon, (Corbeil. Imp. crêté), 1859 (9 volumes).

MATHIEU-ISORCHE (Marie-Laure), *Le raisonnement juridique*, Paris, P.U.F., Paris, 2001.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean). CHABAS (François), *Leçons de droit civil. Obligation. Théorie générale*, Paris, Montchrestien, 8ème éd. par François CHABAS, 1991.

MORAND (Marcel), *Etudes de droit musulman*, Alger, Adolphe Jourdan imprimeur, Librairie de l'université, 1910.

MOREL (André), *Précis de droit civil musulman. Commentaire du code tunisien des obligations et des contrats avec annotations critique*, Tunis, Imp. Rapide, 1911.

NIETZSCHE (F.), *Humain, trop humain*, Paris, Mercure de France, 1910.

___ *La volonté de puissance*, Paris, Gallimard, 1947.

___ *Le gai savoir*, Paris, Librairie générale française, 1993.

___ *Par–delà bien et mal*, Paris, Gallimard, 1971.

PERELMAN (C) et OLBRECHTS–TYTECA (Lucie), *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Ed de l'Université de Bruxelles, 5ème éd, 1992.

PERELMAN (C), *Ethique et droit*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990.

___ *Logique juridique*. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 2e éd., 1979.

PLATON, Théétète, Traduction, notices et notes par Émile Chambry, Paris, GF Flammarion. Garnier, 1967.

POTHIER (Robert joseph), *Traité des obligations, publié par MASSON membre de la société de législation comparée*, Paris, Librairie de l'œuvre de Saint Paul, 1883.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3e éd, 1992.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4e éd, 1998.

ROURE (Marie–Louise), *Eléments de logique contemporaine*, Paris P.U.F., 1967.

SAVIGNY (Friedrich Carl Von), *Le droit des obligations*, Traduit de l'allemand par C. GERARDIN et P. JOSON, Paris A. Durand, 1863.

SCHOPENHAUER (Arthur), *Le monde comme volonté et comme représentation*, Paris, Librairie Felix Alcan, 7e éd, s. d..

STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER, Droit civil. *Les obligations. 2 Contrat*, Paris, LITEC, 6e éd, 1998.

STONE (Richard) and DEVENNEY (James), *The Modern Law of Contract*, New York, Routledge, London and New York, Eleventh Edition, 2015.

TAULIER (M.J. frederic), *Théorie raisonnée du code civil*, Paris, Alph. Del homme, 1840 – 1849 (7 volumes).

TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11ème éd, 2013.

TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, Paris, B. WAREE, oncle, librairie de la cour royale, 3ème édition,1821, 1834.

TOURNEAU (Ph. Le), La règle "*Nemo auditur* …", Paris, L.G.D.J., 1970.

WITZ (Claude), *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales des affaires*, Paris, Litec, 1992.

ZEYS (E), *Traité élémentaire de droit musulman algérien (Ecole Malékite)*, Alger, Adolphe Jourdan, 1885.

2- الـمقالات والتّعاليق

الخمليشي (أحمد)، كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود، الـمجلة الـمغربيّة لقانون واقتصاد التّنمية، عدد 7 ، 1984، ص 3 .

شرف الدّين (محمّد كمال)، تعليق على الحكم الـمدني الصّادر عن محكمة النّاحية بتونس تحت عدد 9132 في 27 مارس 1990، الأحداث القانونيّة التّونسيّة، عدد 3، السّداسي الأوّل، 1990، ص 97.

شمّام (محمود)، الفقه الإسلامي وتأثيره في التّشريع الوضعي، مجلة القضاء والتّشريع، جانفي 1977، ص 13.

شمّام (محمود)، بعض ما دوّن من تشريع مرجعه أحكام الشريعة الاسلامية، مجلة القضاء والتّشريع، 1985، عدد 6، ص 47.

الـمذكوري (محمّد شعيبي)، دراسة انتقادية لظهير الالتزامات والعقود، الـمجلة الـمغربيّة لقانون واقتصاد التّنمية عدد 7، 1984، ص 31.

AZZIMANE (O.), « A propos du champ d'application du DOC. Au-delà d'un conflit de frontières », *Revue Marocaine de droit et d'Economie du développement* n° 7, 1984, p. 67.

CARBONNIER (Jean), « Notes sur la prescription extinctive », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1952, p. 171.

CHARFEDDINE (Mohamed Kamel), «Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code Tunisien des obligations et des contrats», *Revue internationale de droit comparé*, 1996–2, p. 421.

CHEHATA (Chafik), « L'équité en tant que source de droit hanafite », *Studia Islamica* XXV, p. 123.

____ « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, 1963, n° 13, p. 129.

____ « Logique juridique et droit musulman », *Studia Islamica*, XXIII, 1965, p. 5.

CHEVALLIER (Jean), « Rapport général », *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, XIV, p. 513.

DECOTTIGNIES (Roger), « L'erreur de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1951, p. 309.

DECROUX (Paul), « Origine et originalités du Dahir formant Code des

Obligations et des Contrats », *Gazette des tribunaux du Maroc*, 25 Février 1958, n° 1, 225.

DEMOGUE (René), « De la violence comme vice de consentement », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, p. 435.

DEMONTES, « Fonctionnement juridique de la lésion », *Revue Critique*, 1924, p. 37.

DEROSSIN (David), « Réalité vécue, réalité juridique et réalité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence », *Revue française de philosophie et de culture juridiques*, 2003, p. 191.

DURRY (George), « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques », *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, XIV, p. 625 et s.

GHESTIN, « L'erreur du *solvens,* condition de la répétition de l'indu », D., 1972, chron., p. 277.

____ « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D., 1971, chron., p. 247.

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

KARDAHI (Chokri), « Le droit civil des pays sous mandat français dans ses rapports avec la législation religieuse », *Revue de droit international privé*, 1933, p. 443.

KAYSER (M.P), « Les nullités d'ordre public », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, p. 1115.

KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33.

KETTANI (Azzedine), « La lésion en droit Marocain », *Revue Marocaine de droit et d'Economie du développement*, n° 7, 1984, p. 205.

KNANI (Youssef), « La lésion est–elle une entité juridique autonome », *Revue tunisienne de droit*, 1978, 1er semestre, p. 41.

LINANT DE BELLEFONDS (Y), « L'autonomie de la volonté en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, n° 74, 1958, p. 78 à 111.

LINANT DE BELLEFONDS (Y), « Les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, 75ème année, n° 1 janvier –février 1959 p. 1et s.

LOUSSOUARN, « La condition d'erreur du *solvens* dans répétition de l'indu », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, p. 212.

MAGNIN (F), « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques ». L'abus de situation, JCP 1976, 1, 2780.

MAHFOUDH (Mohamed), « Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien. A propos de l'arrêt des chambres réunies n°27632 du 4 avril 1997 », *Revue tunisienne de droit*, 2001, p. 375.

MALINVAUD (Ph.), « De l'erreur sur la substance », D. 1972, chron., p. 215.

MAZEAUD (Henri), « La maxime *error communis facit jus* », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924, p. 929.

MAZEAUD (Léon), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 17.

MONEGER (Joël), « Biographie du code des obligations et des contrats. De la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain », *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, n °7, 1984, p. 15.

REPPOZ (Edouard), « La substance dans le code civil », R.R.J., 2006–3, p. 1275 et s.

Renucci (Florence), « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *Monde(s)* 2005/1 (n° 7), p. 25 à 44 (< https://www.cairn.info/revue-mondes-2015-1-page-25.htm >, dernière date de consultation : 28/7/2023).

ZARROUKI (Abdelmagid), « L'erreur, mode d'emploi ou l'erreur sans peine », R. R. J., 2008–4, p. 1885 et s.

ZINE (Mohamed), « Centenaire de la codification en Tunisie. Le code des obligations et des contrats », in : Institut d'études judiciaires. Faculté de droit de Toulouse, La codification, Colloque sous la direction de Bernard Beignier, Paris, Dalloz, 1996, p.187.

3- الأطروحات والـمذكّرات

ابن حمّودة (سمير)، الغلط في القانون الجزائي، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1997 – 1998.

ابن طالب (أحمد)، التّفويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه دولة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2003 –2004 .

ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهيّة والتّاريخيّة، أطروحة دكتوراه دولة، الرّباط، جامعة محمّد الخامس، كلّيّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، 1991 – 1992.

الأسود (يحيى)، مصادر القواعد العامّة الواردة بمجلّة الالتزامات والعقود، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2016 – 2017.
الجربي (سامي)، تفسير العقد، أطروحة دكتوراه دولة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1996 – 1997.

جلّولي (هدى)، البطلان الجزئي للأعمال القانونيّة، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1995.

حبوبي (فاتن)، خيار التّعيين في القانون التّونسي، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة، 2000.

حرزي (سميرة)، الشّرط في العقد، مذكرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1993.

راشد (راشد)، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، أطروحة دكتوراه دولة، تونس، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة بتونس، 1984.

رجب (علي)، التّغرير في إبرام العقود، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسية بتونس، 1990.

الشّمنقي (فوزي)، دفع غير المستحق، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسية بتونس، 1999.

الشّيخ (شكري)، الغلط كعيب للرّضا، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسية بتونس، 1986.

غرياني (سندة)، التّقادم المسقط في المادّة المدنية، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسية بتونس، 1993.

فرج (عبد الرّزّاق حسن)، نظريّة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلّيّة الحقوق، 1388 هـ/ 1968 م.

قرفي (هشام)، الغبن في القانون التّونسي، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسية بتونس، 1999.

قزارة (إيمان)، نظريّة الظّاهر في القانون الخاص، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2002 – 2003.

قلال (سامي)، إجازة العقد الباطل من خلال مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1993.

الورتاني (فتحي)، العقد الـموقوف في القانون الـمدني، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسية بتونس، 1991.

ABBES (Ridha), *La connaissance de la loi en matière civile*, Mémoire, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1986.

ABDEL MOHINE (Mohamed), *Essai d'une théorie de la sanction dans la législation islamique*, Th., Toulouse I, 1985.

AGASTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion des contrats*, Th., Paris, 1927.

ARNAUD (André), *Les origines doctrinales du code civil français*, Th., Strasbourg, 1964, (L.G.D.J. 1969).

AYOUB (Chafiq), *Le vice rédhibitoire en droit musulman, Rite Hanafite*, Th. 3ème cycle, Paris 1967.

BACCOUCHE (Samia), *L'obligation d'informer dans les contrats*, Mémoire, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1988.

BADRI (Malek), Le Code des obligations et des contrats et la maxime « *Nemo auditur…* », Mémoire, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2003 – 2004.

BAGBAG (Mohammed), *De la déclaration de volonté source d'obligation dans le COC. Essai d'une théorie générale*, Th., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1993–1994.

BANDRAC (M), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Th., Paris II, 1986.

BASSOUMI (El), La *lésion en droit comparé*, Strasbourg, 1942.

BEN ACHOUR (Sana), *Aux sources du droit moderne tunisien. La législation tunisienne en période coloniale*, Th., Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1996.

BESROUR (Noureddine), *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel*, Th. de Doctorat d'Etat, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001.

BOCCARA (Bruno), *Dol civil et dol criminel dans la formation des actes juridiques*, Th., Paris, 1952.

BONASSIES (Pierre), *Le dol dans la conclusion des contrats*, Th., Lille, 1955.

BOUKADIDA M'LAYAH (Donia), *Le COC et la religion*, Mémoire, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1997 – 1998.

BOYER (Ives), *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Th., Aix Marseille III, 1977.

BRETON (André), *La notion de violence en tant que vice du consentement*, Th., Caen, 1925.

CAVALIOTI (Alexandre), *L'origine et l'évolution de la théorie des nullités fondée sur les vices du consentement dans les contrats*, Th., Paris, 1923.

CELICE, *De l'erreur*, Th., Paris, 1922.

CHAUVEL (Patrick), *Le vice du consentement*, Th., Faculté de droit, d'Economie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1981.

CHEVRIER (Georges), *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations (droit savant du moyen âge, ancien droit français)*, Paris, 1929.

COUTURIER (Gérard), *La confirmation des actes nuls*, Th., Paris, 1969.

DIJOL, *Nullité des contrats lésionnaires*, Th., Montpellier, 1919.

FABRE (Ivette), *Essai sur la nature du dol dans la formation des contrats*, Th., Université de Toulouse, Fac de droit, Toulouse 1941 (Paris, Lib du recueil Sirey, 1941).

FEINSTEIN (Movav), *Commentaires des cents premiers articles du « Medjella », code civil ottoman, qui en constituent la base*, Th., Aix, 1964.

FERAH (Yessine), *La consolidation de l'acte nul à travers le droit commun des nullités*, Mémoire, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2001 – 2002.

GOUDEFFROY (Paul), *L'erreur obstacle*, Paris, 1924.

GOUNOT (E), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Th., Dijon, 1912.

GUGGENHEIN (Daniel), *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale*, Th., Paris, 1970 (Paris L.G.D.J. 1970).

GUYARD (Charles), *Etude sur les caractères des nullités des actes juridiques pour vice de forme*, Th., Paris, 1920.

HAYEM, *L'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, Th., Paris, 1899.

IONASCO, *La cause des actes à titre onéreux*, Th., Paris, 1923.

IVANUS (Nifon), *De la réticence dans les contrats*, Paris, Th., 1924

KOTB (Mossaad), *Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit musulman comparé*, Th., Paris II, 1984.

LATRACH (Hatem), *La crainte et la libre volonté dans la théorie générale du contrat*, Mémoire, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1995.

LE TOURNEAN (Ph.), La règle « *nemo auditur* … », Th., Paris, 1969 (Paris, L.G.D.J., 1970).

LITTMANN (Marie José Martin Mme), *Le silence et la formation du contrat*, Th., Strasbourg, 1969.

LONDRAUD (Daniel), *La prescription extinctive et l'ordre publique*, Th., Lyon II, 1971.

LOUIS (Lucas), *Volonté et cause*, Th., Dijon, 1918.

MADJARIAN (Jean Claude), *Le silence et la formation du contrat*, Th., Nice, 1965.

MARIETTE (Dalem), *L'extension de la notion de lésion dans les contrats*, Paris, 1939.

MIMIN, *Les vices du consentement dans les contrats dans notre ancien droit*, Paris, 1926.

MINALLAH (Nabil), *Les restitutions consécutives à l'annulation du contrat*, Mémoire, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1996.

MRABTI (Abdelkader), *Contribution à l'étude critique de la notion de lésion*, Th., Paris II, 1986.

PIEDELIEVRE (P.), *Effets produits par les actes nuls*, Th., Paris, 1911.

POIRIER (Valery), *Les effets juridiques du silence*, Th., Paris, 1920.

PONCEAU (Robert), *La volonté dans les contrats selon le code civil*, Th., Lyon, 1920 – 1921.

PREVOST (Jacques), *Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile. Etude de doctrine, jurisprudence et pratique, du droit médiéval au droit moderne*, Th., Université de Paris, Faculté de droit, 1939 (Paris, Les presses modernes, 1939).

PROCA (Zeno), *Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande*, Th., Université de Paris, Faculté de droit (Paris, Les presses modernes, 1931).

RAWANDOSI (Zozek), *La théorie de la lésion dans les contrats en droit civil comparé: droit français, droit musulman, les droits civils des Etats musulmans modernes*, Th., Paris, 1967.

RIVIERE (Cyrille), *Des vices du consentement en droit anglais*, Th., Paris, 1922.

ROVINSKI (Jean), *La violence dans la formation du contrat*, Th., Aix, Marseille III, 1987.

SAADA (Raoul), *Essai sur l'œuvre de la jurisprudence française en Tunisie*, Th., Lyon, 1926 – 1927.

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

SAFAÏ (Hassein), *La protection des incapables: étude comparative du droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques*, Th., Paris, 1965.

SCHUMACHER (Ives), *La mauvaise foi en droit privé positif*, Th., Aix, 1967.

SIM TOLEDO, *Analyse de la théorie des contrats et obligations en droit civil ottoman*, Th., Paris, 1915.

SIMLER (Philippe), *La nullité partielle des actes juridiques*, Th., Strasbourg, 1968.

SNOUSSI (Mohammed Maher), *Le silence et la formation du contrat*, Mémoire, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1992.

TZARANU, Etude sur la règle: *Nemo auditur*, Th., Paris, 1926.

VALDELIEVRE (François), *La confirmation des actes nuls*, Th., Paris, 1964.

VINCENT (François), *De l'idée de lésion dans les promesses de vente*, Th., Lyon, 1925 – 1926.

WEGAN (Marthe), *La notion d'erreur sur la personne dans la doctrine canonique contemporaine*, Th., Strasbourg, 1975.

YOUSSEF née BABAI (Souad), *L'acte unilatéral source autonome d'obligation en droit privé*, Th., FDSP de Tunis, 2000–2001.

فِهرس الـمصطلحات*

* الإحالات هي على أرقام الفقرات لا الصّفحات.
الفِهرس يهمّ المصطلحات الواردة في المتن لا في الهوامش.

ا– أ – إ

إبراء · 367
إجارة · 116
إجازة · 336، 337، 363، 367، 368
اجتهاد · 5، 7، 402
أجرة · 173
إجماع · 182، 293
إرادة استعماليّة 1،· 241
إرادة الأثر · 1، 164، 190، 238، 241، 242، 244، 246، 255، 336، 337
إرادة التّعبير · 1، 189، 238، 241، 242، 244، 246، 255، 336، 337
إرث · 94، 97
استحسان · 5
استحقاق · 349، 376،
استرداد · 87، 113، 286، 324، 349، 376، 404
استرسال · 250، 260، 261، 264
استصلاح · 5، 402، 403
إقرار · 129
إكراه · 1، 164، 173، 289، 296، 303، 316، 319، 324، 336، 337، 348، 353، 366، 367
التزام طّبيعي · 156
أمانة · 260، 261، 264
إمضاء · 98، 157، 266، 341، 357، 358، 359، 360، 368، 384، 415
أمّي · 137
أهليّة · 107، 281، 289، 315، 319، 336، 348، 354، 366، 367
إيجاب · 42، 87، 285، 289، 290، 294، 296، 335

ب

برنامج (البيع على) · 174
بطلان بقوّة القانون · 274، 275، 280، 281، 282، 286، 287، 291، 292، 294، 315، 324، 325، 348، 349
بطلان راديكالي · 281، 282، 378
بطلان من الأصل · 276

ت

تبرّع · 116
تحفّظ ذهني · 1
تحوّز · 376
تدليس · 193، 336، 337
تعبير حكائي · 1
تعيين الثّمن · 35، 37
تغرير أصلي · 222، 223، 224، 264
تغرير عرضي · 221، 222، 223، 228، 229، 231، 235، 264
تفويت (في أموال القصّر) · 319، 348
تقادم · 266، 341، 373، 374، 376، 377، 391، 402، 403، 404، 405، 408، 412
تولية (بيع) · 261

ث

ثمن · 31، 34، 35، 36، 37، 112، 113، 165، 231، 320، 366

ج

جنون · 281، 289، 408
جهالة · 181

جهل · 4، 17، 33، 35، 119، 128، 133، 134، 135، 136، 137، 138، 139، 140، 141، 167، 177، 184، 302، 303، 408

ح

حسن النّيّة · 320

خ

خداع · 193، 194، 195، 196، 199، 202، 203، 205، 211، 219، 221، 224، 225
خسارة · 266
خوف من ذي سطوة · 408
خيار الرّؤية · 86، 180، 181، 182، 183، 184، 185، 186، 333، 334، 336، 366، 367،368، 402
خيار العيب · 86، 100، 101، 102، 103، 125، 310، 333، 334، 336، 366، 367، 368، 405
خيار الوصف · 64، 86، 100، 102، 103، 125، 157، 185، 218، 310، 333، 334، 336

د

دستور · 348
دعوى استرداد · 376
دعوى العين · 403

ر

ربا · 231، 289، 296

ز

زواج · 148

س

سبب التزام · 152
سبب عقد · 152، 417
سكّة · 35، 36
سكر · 281

ش

شفعة · 107، 128، 366، 402

ص

صبي · 146، 281، 289، 335، 336، 344، 366
صغير · 128، 289، 408
صفقة · 363، 364، 368
صمت · 209، 417
صوري · 1

ض

ضريبة · 116

ط

طبيعة العقد · 38، 39، 78، 124، 125، 151، 154، 162، 264، 271، 283، 284، 285، 292، 293، 294، 333

ظ

ظروف الأحوال · 167

ع

علّة صوريّة · 146
علّة غائيّة · 5، 146، 154، 156، 157
علّة فاعلة · 146، 156، 157
علّة مادّيّة · 146
عيوب خفيّة · 93، 321

غ

غبن · 238، 241، 242، 243، 244، 246، 247، 249، 251، 252، 253، 255، 257، 258، 259، 260، 261، 262، 263، 264، 281، 307، 322، 324، 337
غرر · 100، 184، 186، 191، 289، 296
غلط مانع · 285، 293
غيبة · 363، 408، 409، 410

ف

فضولي · 335

ق

قاصر · 281، 316، 323، 353، 354، 408، 409
قسمة · 156، 180

ك

كتمان · 206، 208، 209، 218، 262، 263، 264، 417
كذب · 165، 202، 203، 204، 209، 262
كراء · 285
كنايات · 205، 206

ل

لجنة · 15، 39، 214، 272، 421

م

مخاتلات · 199، 203، 206
مرابحة · 260
مساومة (عقود) · 260، 261، 262، 264
مستأمن · 250
مسترسل · 250
مستشرق · 5
مصالح مرسلة · 5، 402
مضغوط (عقد الـ)· 1، 241، 244
معاوضة · 174، 320
معتوه · 335، 408
مقاصّة · 186
مقدور التّسليم · 186، 289، 335

مميّز (صبيّ) · 281، 335، 336، 354، 366

ن

نائب · 211، 212، 215
نسيان · 4، 5
نظام عامّ · 281، 378
نيابة · 335

هـ

هزل · 5
هلاك (الشّيء) · 310، 328، 380
هويّة · 33

و

واقعة قانونيّة · 87
وجود السّبب · 38، 40، 41، 42، 64، 80، 87، 123، 124، 125، 128، 151، 152، 154، 264، 271، 281، 282، 284، 285، 286، 292، 293، 294
وصيّة · 87، 156، 173
وضيعة · 260
وكالة · 335
ولاية · 335، 393

ي

يمين · 165، 166، 171

فِهرس العناوين

الـمقدّمة 1
فرضيّة البحث 23
الـمقاربة الـمعتمدة في البحث 26
تخطيط البحث 29

الجزء الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط 32

العنوان الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط التّلقائي 34

الفصل الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة الـمتمثّلة في صور الغلط التّلقائي 36
الـمبحث الأوّل: الإحكام في صور الغلط في الواقع 38
الفقرة 1. الإحكام في صور الغلط في الواقع "الـمبطل" 38
(أ) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء 38
(1) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء الـمنظّم تحت اسم "الغلط" 39
I) عرض أقسام الغلط في الشّيء 42
الفرع الأوّل: الغلط في ذات الشّيء 42
الفرع الثّاني: الغلط في نوع الشّيء وفي وصفه/ أو الغلط في وصف الشّيء 56
II) الحكم على تقسيم الغلط في الشّيء 80
الفرع الأوّل: الحكم على الـمنطق 80
الفرع الثّاني: الحكم على القانون انطلاقا من الحكم على الـمنطق 96
(2) الإحكام في صورة الغلط في الشّيء الـمنظّم تحت اسم غير اسم "الغلط" 110
I) الغرب 110
الفرع الأوّل: القانون الرّوماني 110
الفرع الثّاني: القانون الفرنسي 111
II) الشّرق 116
الفرع الأوّل: خيار الوصف 117
الفرع الثّاني: خيار العيب 119
III) مجلّة الالتزامات والعقود 122
(ب) الإحكام في صورة الغلط في الشّخص 125
الفقرة 2. الإحكام في صور الغلط في الواقع "غير الـمبطل" 132
(أ) الإحكام في صورة الغلط في الحساب/ أو في صورة الغلت 132
(ب) الإحكام في صورة الغلط في الباعث 137
الـمبحث الثاني: الإحكام في صورة الغلط في القانون 141
الفقرة 1. صور الغلط في القانون 145
(أ) الإحكام على مستوى الصّور في نفسها 146
(ب) الإحكام على مستوى الصّور منطوقا بها في نصّ مستقلّ بنفسه 154
الفقرة 2. قبول الغلط في القانون 157

الفصل الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة الـمتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي 165
الـمبحث الأوّل: الإحكام في شرط العلّة 166
الفقرة 1. محتوى العلّة 166
(أ) محتوى العلّة "النّظري" 166
(ب) محتوى العلّة "التّطبيقي" 170
الفقرة 2. وضع العلّة 176
(أ) وضع العلّة شكلا 176
(ب) وضع العلّة مضمونا 182
الـمبحث الثّاني: الإحكام في شرط "مغتفر" 189
الفقرة 1. الإحكام في الشّرط في إطار عامّ 189
(أ) الشّرط نفسه 189
(ب) الـمواقف من الشّرط 196
(1) الـمواقف في ذاتها 196
(2) الحكم على الـمواقف 205
الفقرة 2. الإحكام في الشّرط في إطار خاصّ (خيار الرّؤية) 209
(أ) خيار الرّؤية والفقه الإسلامي 209
(ب) خيار الرّؤية و مجلّة الالتزامات والعقود 214

خلاصة العنوان الأوّل 217

العنوان الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدَث 219

الفصل الأوّل : الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدَث الوارد بالفصلين 56 و 57 222
الـمبحث الأوّل: الإحكام على مستوى جهة الـمتعاقد مع الواقع في غلط مُحْدَث 223
الفقرة 1. الإحكام والعمل 223
(أ) الإحكام وإتيان العمل 224
(1) الإحكام وإتيان العمل بما ليس قولا 224
(2) الإحكام وإتيان العمل بواسطة القول 226
(ب) الإحكام وترك العمل 228
الفقرة 2. الإحكام والعامل 233
الـمبحث الثّاني: الإحكام على مستوى جهة الـمتعاقد الواقع في غلط مُحْدَث (أثر العمل) 238
الفقرة 1. الإحكام على صعيد الجامع 238
الفقرة 2. الإحكام على صعيد الفارق 247

الفصل الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط الـمحدَث الوارد بالفصل 60 259

الـمبحث الأوّل: الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده 261
الفقرة 1. الإحكام على مستوى الإقصاء 261
الفقرة 2. الإحكام على مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق 269
الـمبحث الثّاني: الإحكام على مستوى قبول الغبن "الـموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير 270
الفقرة 1. الإحكام على مستوى قبول الغبن 270
الفقرة 2. الإحكام على مستوى التّفصيل في الغبن 273

خلاصة العنوان الثّاني 284

خلاصة الجزء الأوّل 285

الجزء الثّاني: الإحكام في الأحكام التّأييديّة للغلط 294

العنوان الأوّل: الإحكام في الأحكام الـمذكورة تصريحا: مراتب الـمؤيّدات 299

الفصل الأوّل: الإحكام في مرتبة غير الصّحيح 301
الـمبحث الأوّل: مرتبة الباطل "مطلقاً" 301
الفقرة 1. عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود 302
(أ) عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود نفسه 302
(ب) عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود 318
(1) الـمصنَّف 318
(2) الصّنف 319
الفقرة 2. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود 321
(أ) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للصّنف 321
(ب) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنّيها للمصنَّف 328
الـمبحث الثّاني: مرتبة الفاسد 335
الفقرة 1. عرض مرتبة الفاسد 336
(أ) الأصل الأوّل لمرتبة الفاسد 338
(ب) الأصل الثّاني لمرتبة الفاسد 339
الفقرة 2. تقييم عدم وضع مجلّة الالتزامات والعقود لمرتبة الفاسد بالنّسبة إلى الغلط في النّوع 341

الفصل الثّاني: الإحكام في مرتبة الصّحيح 344
الـمبحث الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود 344
الفقرة 1. عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود نفسه 344
(أ) الـمصنَّف 344
(ب) الصّنفان 346
(1) الصّنف الخاصّ بالغلط الـمنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات والعقود 346

(2) الصّنف الخاصّ بالغلط التّلقائي والـمحْدَث الـمنظّم بالفصول 45 و46 و56 و60 من مجلّة الالتزامات والعقود 348
الفقرة 2. عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود 355
(أ) الـمصنَّف 355
(ب) الصّنفان 357
الـمبحث الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود 363
الفقرة 1. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى وجود صنف عامّ وإلى جانبه صنف خاصّ 363
الفقرة 2. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى اختيار الصّنف العامّ 366
(أ) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة غير اللاّزم 367
(ب) مرتبة الباطل نسبيّا ومرتبة الـموقوف 374
خلاصة العنوان الأوّل 386
العنوان الثّاني: الإحكام في الأحكام الـمطويّ ذكرها: آثار مراتب الـمؤيّدات 389
الفصل الأوّل: الإحكام في آثار مراتب الـمؤيِّدات غير الـمتعلّقة بالزّمن 392
الـمبحث الأوّل: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود 392
الفقرة1. عرض الحكم الـمتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى 392
(أ) عرض مصدر الحكم 392
(ب) عرض الحكم نفسه 399
الفقرة 2. عرض الحكم الـمتعلّق بمسألة من يثير البطلان 403
(أ) عرض مصدر الحكم 403
(ب) عرض الحكم نفسه 404
الفقرة 3. عرض الحكم الـمتعلّق بمسألة الإمضاء 407
(أ) عرض مصدر الحكم 407
(ب) عرض الحكم نفسه 410
الـمبحث الثّاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود 412
الفقرة 1. تقييم الحكم في ذاته 413
(أ) تقييم الحكم الـمتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى 413
(ب) تقييم الحكم الـمتعلّق بمسألة من يثير البطلان 419
(ج) تقييم الحكم الـمتعلّق بمسألة الإمضاء 422
الفقرة 2. تقييم الحكم في سياقه 425
الفصل الثّاني: الإحكام في أثر مراتب الـمؤيِّدات الـمتعلّق بالزّمن 432
الـمبحث الأوّل: عرض الحكم 432

الفقرة 1. عرض مصدر الحكم 432
(أ) عرض مصدر الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان الـمتعلّق بالزّمن 433
(ب) عرض مصدر الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة الفسخ الـمتعلّق بالزّمن 439
الفقرة 2. عرض الحكم نفسه 440
(أ) عرض الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان الـمتعلّق بالزّمن 440
(ب) عرض الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة الفسخ الـمتعلّق بالزّمن 455
الـمبحث الثّاني: تقييم الحكم 456
الفقرة 1. تقييم الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة البطلان الـمتعلّق بالزّمن 456
الفقرة 2. تقييم الحكم الـمتمثّل في أثر مرتبة الفسخ الـمتعلّق بالزّمن 469
خلاصة العنوان الثّاني 471
خلاصة الجزء الثّاني 472
الخلاصة العامّة 473
الـملحق 483
فِهرس الـمراجع 502
فِهرس الـمصطلحات 525
فِهرس العناوين 533