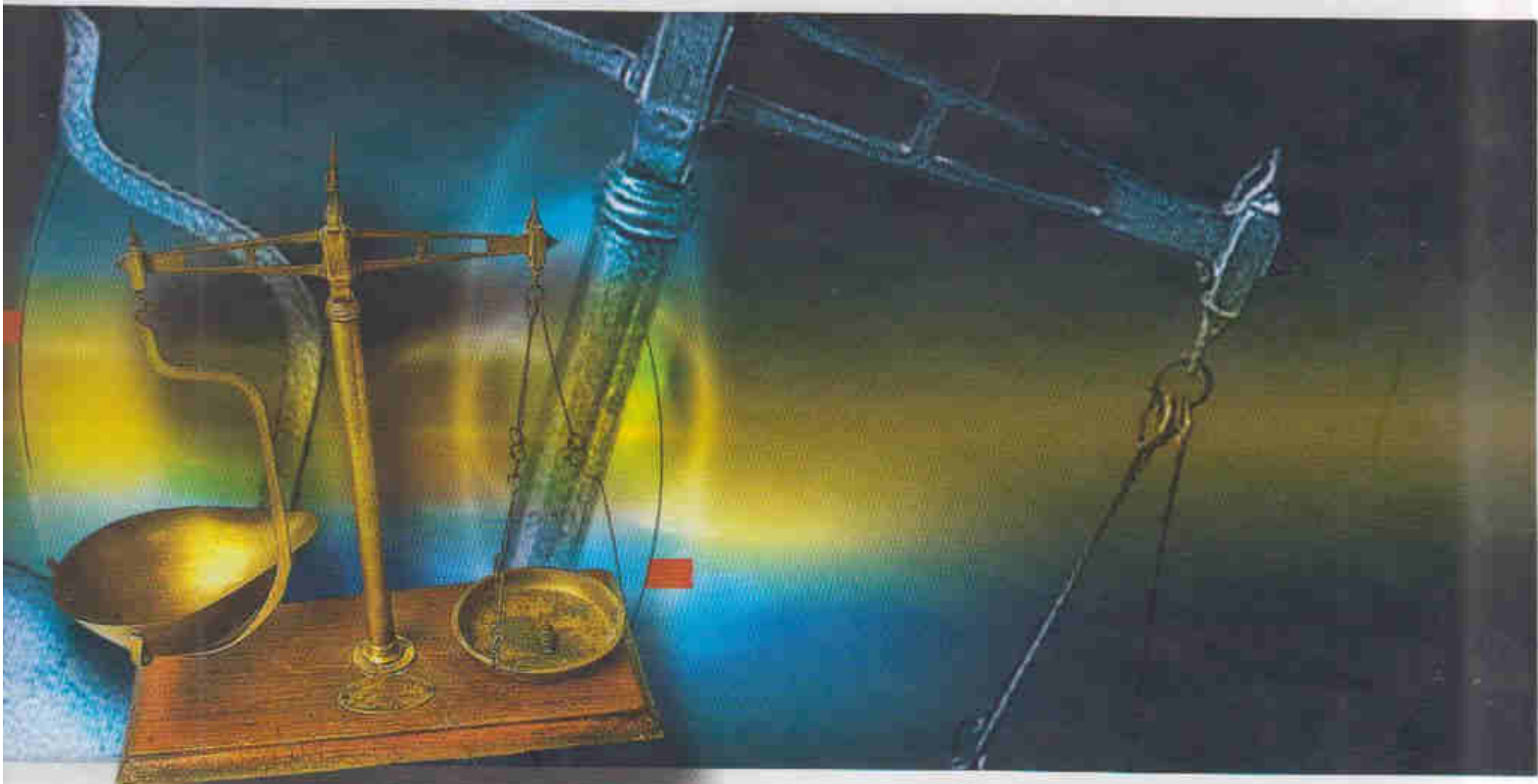


الدكتور عبد المجيد الزرقوني

أحكام الفلأط

دراسة في المنهجية الشرعية



حكم الغلط

مؤلف: د. محمد بن عبد الوهاب
مترجم: د. محمد بن عبد الوهاب
مراجعة: د. محمد بن عبد الوهاب
تأليف: د. محمد بن عبد الوهاب
مراجعة: د. محمد بن عبد الوهاب
تأليف: د. محمد بن عبد الوهاب
مراجعة: د. محمد بن عبد الوهاب

مقدمة المؤلف



أحكام الغلط
دراسة في المنهجية الشرعية

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 العلمية - بيروت
عدد الصفحات : 512
قياس الصفحات : 17*24
سنة الطباعة : 2010
بلد الطباعة : لبنان
الطبعة : الأولى

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

جميع الحقوق محفوظة
2010

ISBN 978-2-7451-6761-3

ISBN 2-7451-6761-8



لِحْكَامِ الْعُلَاطِ

دراسة في المنهجية الشرعية

الدكتور عبد المجيد الزروق



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kolob Al-Ilmiyah

DKI

أسستها مكتبة كولوب بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

مواضيعات

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

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 العام

الجزء الأول: الأحكام في الأصلية للغلط

العنوان الأول: الأحكام في الأصلية للغلط التلقائي
الفصل الأول: الأحكام في الأصلية المتمثلة في صور الغلط
التلقائي
الفصل الثاني: الأحكام في الأصلية المتمثلة في شروط الغلط
التلقائي

العنوان الثاني: الأحكام في الأصلية للغلط المُحدَث
الفصل الأول: الأحكام في الأصلية للغلط المُحدَث الوارد
بالفصلين 56 و57
الفصل الثاني: الأحكام في الأصلية للغلط المُحدَث الوارد
بالفصل 60

الجزء الثاني: الأحكام في التأيدية للغلط

العنوان الأول: الأحكام في الأحكام المذكورة تصريحاً: مراتب المؤيدات
الفصل الأول: الأحكام في مرتبة غير الصحيح
الفصل الثاني: الأحكام في مرتبة الصحيح

العنوان الثاني: الأحكام في المطوي ذكرها: آثار مراتب
المؤيدات
الفصل الأول: الأحكام في آثار مراتب المؤيدات غير المتعلقة بالزمن
الفصل الثاني: الأحكام في أثر مراتب المؤيدات المتعلقة بالزمن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

1. — تندرج أحكام الغلط ضمن الأحكام المتعلقة بالإرادة⁽¹⁾.

(1) الإرادة كلمة "موضوعة لغة واصطلاحاً لصفة خاصة من صفات النفس تتعلق بإيجاد فعل أو تركه، وتكون علّة تامّة لتحقيق ذلك في الخارج. وهذه الصفة مقدّمات تحصل في النفس قبل حصولها، كما أنّ لها معلولاً ومسبّباً يوجد في الخارج بعد وجودها. أمّا المقدّمات، فمنها: تصوّر فعل شيء أو تركه؛ ومنها: الميل إليه المسمّى بهيجان الرّغبة؛ ومنها: التصديق بحسنه وعدم البأس في صدوره بالتفكّر في مصلحة الصّدور ودفع مفسدته؛ ومنها: الحزم به والعزم عليه وهي الحالة الشّبيهة بالإرادة المتّصلة بها. وبعد كمال تلك المقدّمات يتكوّن في النفس شوق مؤكّد يقتضي تحريك المرید نحو المراد أو مقدّمته ويكون موجبا لحركة العضلات إليه، ويسمّى ذلك الشّوق بالإرادة [...] وأما معلولها فقد علم أنّه حركة عضلات المرید نحو المراد أو نحو مقدّماته فيما كان فعلياً". علي المشكيني، اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، قم، دفتر نشر المهادي، ط 5، 1413 هجري قمری / 1371 هجري شمسي، ص 28.

انظر أيضاً حول الإرادة: اليزدي (محمد تقي مصباح)، المنهج الجديد في تعليم الفلسفة. ترجمة محمد عبد المنعم الخاقاني، بيروت، دار التعارف للمطبوعات، 1998، ج 2، ص 428: "إنّ الأفعال الاختيارية للإنسان تتمّ عادة بهذه الصّورة، حيث يظهر أولاً تصوّر للفعل ونتيجته، ويتمّ التصديق بمقدّمة الفعل لحصول النتيجة والفائدة المترتبة عليه، ثمّ يحصل الشّوق في النفس إلى الخير والكمال والفائدة المترتبة على الفعل، وفي ظلّ ذلك ينبع الشّوق إلى الفعل نفسه. وفيما إذا كانت الشّروط متوقّرة والموانع مفقودة فإنّ الشّخص يتخذ القرار للقيام بالفعل، وفي الحقيقة فإنّ العامل الأصلي والمحرّك الواقعي لإنجاز الفعل هو الشّوق إلى فائدته، ولهذا لا بدّ من عدّ العلّة الغائيّة هي الشّوق، ويسمّى متعلّقه بالعلّة الغائيّة مجازاً وبالعرض. لكنّه لا ينبغي أن يُتصوّر أنّ كون هذه المراحل ضرورية في كلّ فعل اختياري، بحيث إذا كان الفاعل فاقدا للعلم الحسولي والشّوق التّفسائي فإنّ فعله لا يكون اختياريّاً أو ليس له علّة غائيّة، وإنّما

والإرادة قسمان⁽²⁾:

إرادة التعبير⁽³⁾ وإرادة الأثر⁽⁴⁾.

الضروري في كل فعل اختياري هو مطلق العلم والحب، سواء أكان علما حضورياً أم حصولياً، وسواء أكان شوقاً زائداً على الذات أم كان حباً هو عين الذات".
انظر كذلك من يقول: "الإرادة [...] يمكن أن تعرف بأنها القدرة على اتخاذ قرار بإتيان فعل. فالفعل الإرادي هو قبل كل شيء فعل عمدي، أي فعل يسبقه ويحكمه مشروع واع. وطبقاً لهذا التعريف يفرق عموماً داخل كل فعل إرادي تام بين أربع مراحل متتالية: تصوّر الهدف المزمع بلوغه، التفكّر، العزم أو القرار، التنفيذ. وتصور الهدف [...] (هو) تمثل مسبق لما نشتهي تحقيقه [...] والتفكّر (هو) فحص الأسباب التي تدفعنا للتصرف بهذه الطريقة أو تلك".

"فاغارو" (فرنس)، 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: «حالما تتمثل صورة شيء، أيّاً كان الشئ، ويظهر كونه حسناً، فالطبيعة نفسها تدفعنا لأن نجرب بلوغه. وحين يكون هذا التوجّه متأثراً من ثبات وحكمة [...] فنحن نسمّيه إرادة» [...] (والزواقيون يرون أنّ الإرادة) لا توجد إلّا لدى العقلاء، ويعطونها التعريف التالي: الإرادة هي رغبة مصحوبة بالعقل".
انظر أيضاً حول الإرادة:

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

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

"سالنتال" ("فيليب") (تحت إدارة)، الإرادة، باريس، إيليس، 2002.

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

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

⁽³⁾ أي "أنّ الشخص الذي تصدر منه عبارة معينة، أو فعل معين، أو يتخذ موقفاً معيناً من شأنه أن ينتج أثراً شرعياً، يجب أن يفعل ذلك، وهو يريد هذا المظهر المادّي الذي يقوم به". سوار (محمد وحيد الدين)، م س، ص 444.

وهذا القسم يساوي حسب هذا المؤلف (ص 444) قسماً موجوداً في فقه الأحناف هو الاختيار. والاختيار في العقود هو القصد إلى السبب (ص 443) أو هو قصد التطق بالعبارات التي تنشأ بها. أبو زهرة (محمد)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مصر، دار الفكر العربي، ص 199.

⁽⁴⁾ "ويقصد بإرادة الأثر نتيجة إحداهن الأثر الشرعي". سوار (محمد وحيد الدين)، م س، ص 444. وهذا

أو إن شئنا قلنا: الإرادة الاستعمالية والإرادة الجدوية⁽⁵⁾.

القسم يطابق حسب هذا المؤلف قسما موجودا عند الأحناف وهو الرضا. "ويلاحظ هنا أنّ إرادة الأثر هي أكثر عموما من إرادة التعبير [...] فكلّ إرادة للأثر هي إرادة للتعبير في نفس الوقت، وليست كلّ إرادة للتعبير إرادة للأثر. فقد تتوافر الأولى وتتخلف الثانية كما في الصورية. ويقول الأستاذ علي الخفيف في هذا المعنى: «ومن هذا يظهر أنّ الرغبة في حكم العقد [إرادة الأثر] تستلزم الرغبة في سببه، والقصد إليه [إرادة السبب]، لأنّ من يرغب في الزواج مثلا يقصد إنشاءه بالعبارات الدالة عليه، ويرغب في ذلك، وإنّ القصد إلى سبب العقد، وهو العبارة [إرادة التعبير] لا يستلزم الرضا بحكمه [إرادة الأثر]، وإن شئت قلت لا يستلزم الرغبة فيه، إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذى كما في المكروه، أو هو كما في الهزل، ولذا قال الفقهاء: وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه، وفي سببه، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرضا، لأنّ مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه» (ص 445).

وهكذا تمّ إرادة التعبير أو الاختيار من جهة، وتمّ إرادة الأثر أو الرضا من جهة أخرى.
(5) الإرادة الاستعمالية هي "إرادة المتكلم استعمال اللفظ في المعنى، والثانية إرادته المعنى المستعمل فيه اللفظ. واعلم أنّه ربّما يعلم أنّ المتكلم استعمال اللفظ في معنى من المعاني ويشكّ في أنّه هل أراد المعنى المستعمل فيه حقيقة أم ربّ عليه الحكم في الكلام ظاهرا فقط، فيقال حينئذ إنّ الإرادة الاستعمالية محققة موجودة والإرادة الجدوية مشكوكة بمعنى أنّ استعمال اللفظ في المعنى ثابت وقصد المعنى مشكوك، فالمراد من الإرادة الاستعمالية نفس استعمال اللفظ في معناه [...] ثمّ إنّ للعقلاء في هذه الموارد أصلا كليّا يعملون به، وهو بناؤهم على تحقّق الإرادة الجدوية في مورد الشكّ وتطابقها مع الاستعمالية، ويسمّيه الأصوليون بأصالة التّطابق بين الإرادتين" (علي المشكيني، م س: اصطلاحات الأصول ومعظم أمجائها، ص 30). بعبارة أخرى: "للمتكلم إرادتان: الأولى الإرادة الاستعمالية التي تُعدّ مقومة للاستعمال، وهو إطلاق اللفظ وإرادة معناه، ويشترك فيه كلّ من يتكلم عن شعور وإرادة (سنشير بعد قليل إلى أنّ المقصود المميّز) من غير فرق بين الهازل والممتحن وذوي الجدّ. ثمّ إنّ له وراء تلك الإرادة إرادة أخرى، وهي ما يعبر عنها بالإرادة الجدوية. فتارة لا تتعلّق الإرادة الجدوية بنفس ما تعلّقت به الإرادة الاستعمالية، كما في الهازل [...] وأخرى تتعلّق الأولى بنفس ما تعلّقت به الثانية". جعفر السبحاني، الموجز في أصول الفقه / الجزء الأول والثاني، مؤسسة الإمام الصادق عليه السّلام، 1420 هـ. ق، ط. 2، ص 189 و190.

وقد تغيب إرادة التعبير (أو الإرادة الاستعمالية) بصفة مطلقة⁽⁶⁾، وقد تغيب بصفة نسبية⁽⁷⁾.

ومن حضرت عنده إرادة التعبير⁽⁸⁾، قد تغيب عنده إرادة الأثر (أو الإرادة الجدوية). فإذا كان صاحب إرادة الأثر عالما بغياها، كُنّا أمام تعبير حكائي⁽⁹⁾، أو تحفظ

انظر أيضا حول تقسيم الإرادة إلى استعمالية وجدوية: الزّروقي (عبد المجيد)، أصول الفقه. مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، بيروت/ دار الكتب العلمية- تونس/ مجمع الأعرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص. ط 1، 1438 هـ/ 2017 م، ص 595 وما بعدها.

⁽⁶⁾ هنا نجد الصّبي غير المميّز، إلخ.

⁽⁷⁾ هنا نجد الصّبي المميّز، إلخ.

انظر حول التّمييز وعدم التّمييز وحول عموم الأهلية:

في القانون التونسي، وعلى سبيل المثال: الرّين (محمد)، النّظرية العامة للالتزامات. العقد، تونس، مطبعة الوفاء، ط 2، 1997، ص 85 وما بعدها؛ شرف الدّين (محمد كمال)، قانون مدني. النّظرية العامة - الأشخاص - إثبات الحقوق، تونس، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ط 1، 2002، ص 210 وما بعدها.

في القانون الإسلامي، وعلى سبيل المثال: الزّروقي (عبد المجيد)، م س (أصول الفقه)، ص 331 وما بعدها.

في القانون الفرنسي، وعلى سبيل المثال:

"بوفلان-لانور" (إيفان) و"لاريو-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, 18^e éd., 2013, p. 467 s.

⁽⁸⁾ حضورا كاملا (هنا نجد الشّخص الذي بلغ سنّ الرّشد ولم يكن في عقله اختلال، أي نجد من له

أهلية أداء كاملة).

⁽⁹⁾ نجد هذا التّعبير في حالات التّلقين (مثلا: تلقين أجنبي كلمات عربية لا يفقه معناها) وحالات

التّعليم والتّعلّم (أستاذ القانون التجاري الذي يحرّر بغرض التّعليم "شيكًا" لفائدة أحد طلبته) وحالات التّمثيل (بأنواعه من مسرح وسينما وغير ذلك).

ذهني⁽¹⁰⁾، أو صورية⁽¹¹⁾، أو هزل، أو سمعة وفخر (إلخ)⁽¹²⁾، أو إكراه، أو مضغوط ومضطر⁽¹³⁾. أمّا إذا لم يعلم، فنكون أمام غلط⁽¹⁴⁾.

والغلط هو محلّ هذا البحث. والحديث عن نقطة داخل هذا المحلّ يوحى بما يمكن أن يمثّل فرضية بحث. وفرضية البحث تفرض من جهة المقاربة التي ينبغي أن تُعتمد، ومن جهة أخرى المخطّط⁽¹⁵⁾.

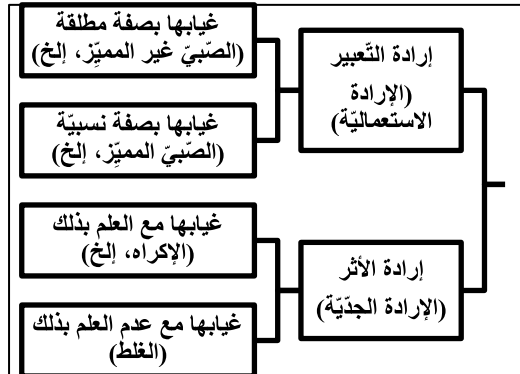
(10) انظره في الفصل 25 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(11) انظرها في الفصل 26 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(12) انظر الفصل 18 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(13) هنالك صورتان: أولاً صورة المعاهد الذي يوجد ظروفًا وهذه تضغط على معاقده، ويمكن هنا القول إنّنا لم نغادر الإكراه، أي إنّ ذلك المعاهد مكرها (بالكسر) وهذا المعاهد مكرها (بالتفتح). ثانياً صورة المعاهد الذي لا يوجد ظروفًا ضاغطة على معاقده ولكن هذه الظروف موجودة. فإذا علم بوجودها، يكون مستغلاً لها (إذن نحن أمام استغلال لا أمام إكراه)؛ أمّا إذا لم يعلم بها، فلا يعتبر مستغلاً (ولا مكرها).

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



(15) بعبارة مختلفة:

سيتمّ التعرّض إلى المادّة التي سيعمل عليها.

ثمّ ستوضع قنطرة تنقل من المادّة التي سيعمل عليها إلى المنهجية التي سيعمل بها.

وفي إطار المنهجية سيتعرّض إلى:

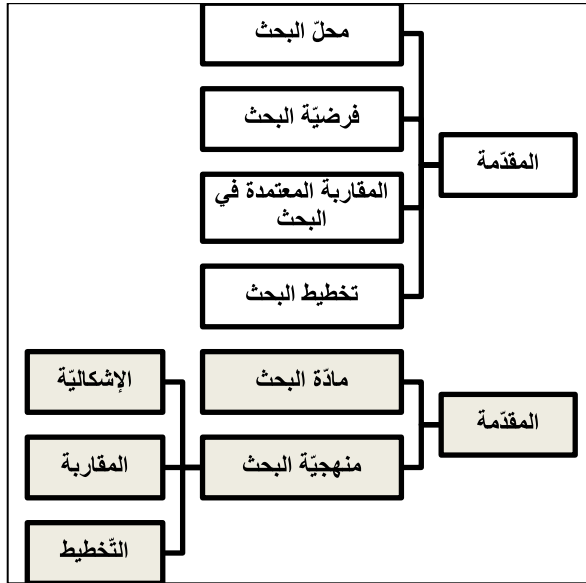
الإشكالية، أو إلى ما سيحتجّ عليه (وإلى فائدته).

محلّ البحث

2. — فإذا بدأنا بمحلّ البحث، قلنا إنّه "أحكام"، وبالتحديد "أحكام الغلط"، وبالتدقيق "أحكام الغلط التي جاءت في مكان معيّن هو مجلّة الالتزامات والعقود":
3. — أولاً محلّ البحث "أحكام". والأحكام هي مدلول خطاب المشرّع المتعلّق بأفعال من توجّه إليهم ذلك الخطاب⁽¹⁶⁾. والخطاب يأتي: إمّا بما هو ناظم للأفعال،

وإلى تمثي الحجاج (أو المقاربة).

وإلى القطبين الذين سيّدور عليهما الحجاج (أو المخطّط).



⁽¹⁶⁾ انظر تعريف الحكم أو القاعدة القانونية على أنّها تمّ الفعل الإنساني:

"تيبيارج" (كاترين)، القانون المرن. دراسة في أنسجة القانون. المجلة الفصلية للقانون المدني 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)، التّظرية العامة للقانون. باريس، دالوز، ط 5، 2012، عدد 278.

BERGEL (Jean-Louis), Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 5^e éd, 2012, n° 267.

وقرّب ما جاء عند "كاترين تيبيارج" و"جان لويس بارجال" ممّا جاء من تعريف للحكم في علم أصول

وإمّا بما يجعل النظام الموضوع للأفعال متبعا ومطاعا، أي بما يؤيد أصل الخطاب الناظم؛ ومن هنا قيل إنّ الأحكام إمّا أصلية وإمّا تأييدية⁽¹⁷⁾. والأحكام الأصلية محمية؛ أمّا الأحكام التأييدية فحامية. والحماية أنواع منها: المدني. والمدني ضروب منه: الإبطال⁽¹⁸⁾.

4. — ثانيا محلّ البحث "الغلط". والغلط لفظ أصله غير عربي⁽¹⁹⁾. ومعناه المعجمي العامّ عدم معرفة وجه الصواب⁽²⁰⁾. وليس للفظ الغلط معنى عربي، أي أنّ

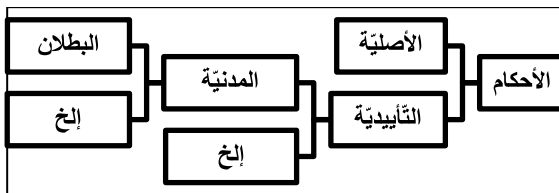
الفقه الإسلامي: الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، المستصفي من علم الأصول، بيروت، دار الفكر، ج 1، ص 55. وانظر إلى: الرّازي (فخر الدّين محمد بن عمر بن الحسين)، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فياض العلواني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1412 هـ - 1992 م، ج 1، ص 89. الأمدي (علي بن محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيّد الجميلي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط 2، 1406 هـ - 1986 م، ج 1، ص 135 وما بعدها. الصّدر (محمد باقر)، دروس في علم الأصول (الحلقة الأولى والثّانية) ط 1، قم، مركز الأبحاث والدراسات التّخصّصية للشّهيد الصّدر، 1421 هـ ق، ص 63 - 64. السّيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامّة، المجمع العلمي لأهل البيت، 1418 هـ، ص 51.

انظر أيضا محاولة للمقارنة بين ما ورد عن الحكم في الفكر القانوني الإسلامي وما ورد عن القاعدة القانونية في الفكر القانوني الغربي: الرّزوقي (عبد المجيد)، م س (أصول الفقه. مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته)، ص 82 وما بعدها.

⁽¹⁷⁾ انظر: الرّزقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ - 1998 م، ج 2، ص 663 وما بعدها.

وكلام الرّزقا ينطبق على كلّ القواعد القانونية.

(18)



⁽¹⁹⁾ السّيوطي (جلال الدّين عبد الرّحمان ابن أبي بكر)، المزهر في علوم اللغة وأنواعها، تحقيق فؤاد علي

الوسط القانوني التونسي⁽²¹⁾ (وغير التونسي⁽²²⁾) يستعمله في المعنى المعجمي العام الذي هو عدم العلم بالحقيقة أو بالواقع.

منصور، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1998، ص 95.
⁽²⁰⁾ ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط 3، 1414 هـ، المجلد 9، ص 363: "غلط. الغلط: أن تعيا بالشئ فلا تعرف وجه الصواب فيه [...] والغلط في الحساب وكل شيء، والغلط لا يكون إلا في الحساب". انظر أيضا حول الغلط: الجوزي (ابو الفرج جمال الدين بن علي بن محمد بن جعفر)، المدهش، تحقيق مروان قباني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 2، 1985، ص 47: "تقول العرب في الحساب غلت وفي غيره غلط".
⁽²¹⁾ انظر مثلا: الزين (محمد)، النظرية العامة للالتزامات. العقد، تونس، مطبعة الوفا، ط 2، 1997، عدد 58: "الغلط حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع".
⁽²²⁾ انظر مثلا:

"فارجا" (جيرار)، القانون الاقتصادي الخاص، ج 2، نظرية الالتزامات باريس، المنشورات الجامعية لفرنسا، 1975، ص 141. حيث يقول إن الغلط هو تمثّل خاطئ للحقيقة العقدية.
 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.

"كابريك" (ريمي)، قانون الالتزامات، باريس، دالوز، ط 11، 2014، ص 54.
 CABRILLAC (Rémy), Droit des obligations, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2014, p. 50.

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

LEGIER (Gérard), TRANCHANT (Lætitia) et EGEA (Vincent), Droit civil. Les obligations, Paris, Dalloz, 21^e 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 المعاصر للعقد، لندن ونيويورك، روتلج، ط 11، 2015، ص 312 وما بعدها.

فإذا ذهبنا إلى الأعمال التحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود⁽²³⁾، وجدناها تبدأ بتعريف للعلم والليقين وللظن، ثم تمرّ إلى تعريف الغلط وتربطه بالجهل: والعلم هو "تطابق المثال الذي في أذهاننا مع ما عليه الأشياء في ذاتها"⁽²⁴⁾. أما اليقين فهو "حالة ذهنٍ تأكّد من حقيقة شيء"⁽²⁵⁾. و"حالما لا يكون ثمّ هذا اليقين لا يكون ثمّ إلاّ ظنّ [...] والظنّ ضرب من الشك لأنّ مؤداه عدم التيقّن من وجود أو عدم وجود شيء"⁽²⁶⁾. و"ما بعد الظنّ يوجد الغلط، فمن يغلط يتصوّر الأشياء خلافا لما هي عليه في الواقع؛ فهو يجهلها إذن. والغلط هو إذن دوماً شكل من الجهل"⁽²⁷⁾. وما جاء للتوّ من كلام للأعمال التحضيرية، وما جاء قبله من معنى معجمي، يحتاج توضيحاً. وينبغي بدء هذا التوضيح بالقول إنّ هنالك اليقين بالمعنى الوارد منذ قليل،

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

⁽²³⁾ وبالتحديد إلى ما سنسمّيه بعد قليل المشروع المراجع (انظر حاشية المادة 50 من هذا المشروع).

⁽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 بالنسبة إلى هذا التعريف على الفقيه الحنفي ابن نُجَيْم الذي له كتاب البحر الرائق [وهو حاشية على كتاب كنز الدقائق للفقيه الحنفي حافظ الدين النَّسفي (8 أجزاء، والجزء الثامن ليس لابن نجيم بل للثوري)] وكتاب الأشباه والنظائر، وهذا هو المحال عليه في المشروع المراجع (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".

⁽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".

وحاصله رسوخ ذهن فيما لديه من علم. بعبارة أدق، اليقين هو الإذعان للحقيقة؛ وهو عين العلم بما⁽²⁸⁾.

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

أما الشكّ وعدم اليقين فعدم يقين في الإثبات؛ أي عدم علم بما في الأمر. وهو أيضا عدم يقين في النفي؛ أي عدم علم بما ليس في الأمر.

فتمّ إذن يقين مطلق وعلم مطلق؛ وهو يتكوّن من شيئين في الوقت نفسه: علمٌ أوّلٌ مقيدٌ، هو العلم بما في الأمر؛ وعلمٌ ثانٍ مقيدٌ، هو العلم بما ليس في الأمر.

إلى جانب ما سبق، تمّ عدم يقين مطلق وعدم علم مطلق؛ وهو يتكوّن من شيئين في الوقت نفسه: عدم علم أوّلٍ مقيدٍ، هو عدم العلم بما في الأمر؛ وعدم علم ثانٍ مقيدٍ، هو عدم العلم بما ليس في الأمر.

وفي اللغة المستعملة، حين يُتحدّث عن العلم (حين نقول مثلا نحن عالمون بلون القلم الذي في يد كلّ واحد 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 بقية الألوان).

وينبغي قول الكلام نفسه بالنسبة إلى عدم العلم. فما يُقصد، حين يُتكلّم عنه، هو عدم العلم بما في الشّيء (حين نقول لا نعلم، نقصد عدم علمنا بأنّ القلم الذي في يد كلّ واحد منّا هو أحمر). وإنّ المعاجم لترجم ما سبق حين تقول إنّ الغلط هو عدم معرفة وجه الصّواب، أي هو عدم العلم بما في الشّيء حقًا (لونه الأحمر). لكنّ

⁽²⁸⁾ اليقين عند الفلاسفة مرتبط بالحقيقة. لكن يمكن أخذ اليقين من وجهة ذاتية والقول إنّه التأكّد من

أنّ الذي في أذهاننا مطابق للحقيقة أو هو مخالفها. انظر هذين المعنيين لليقين في أطروحة:

"بروشار" (فيكتور)، الغلط. باريس، ليفرول وبايير، 1876، ص 95 و 98.

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

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 تبقى من الألوان)⁽²⁹⁾.
 بعبارة أخرى: يُقصد العلم الإيجابي ويُغيب العلم السلبي؛ ويُقصد عدم العلم الإيجابي ويُغيب عدم العلم السلبي.

وهنا يكمن الخطر من استعمال اللغة العاديّة. فالعلم وعدم العلم - خلافا لما نجده في الاستعمال - يتركبان من جانب إيجابي ومعه وفي الوقت نفسه جانب سلبي. فالعلم إذن - وكذلك عدم العلم - ليس له مكوّن واحد، أي ليس بسيطا؛ بل له مكوّنان، أي هو مركّب⁽³⁰⁾.

وينبغي⁽³¹⁾ - استجابة لمقتضى الدقّة - أن نعمل إلى ما يلي: ننطلق من العلم بما في الأمر. ثمّ ندور في اتجاه عقارب الساعة ونضع نفيًا بعد هذا العلم (أي نضع: العلم بما ليس في الأمر)؛ ثمّ نواصل الدوران في الاتجاه نفسه ونضع هذه المرّة نفيًا قبل العلم الذي انطلقنا منه (أي نضع: عدم العلم بما في الأمر). هذا يعطينا نقطة ثالثة نتوقّف عندها في عمليّة الدوران. فإذا أخذنا هذه النّقطة، وواصلنا الدوران في الاتجاه السّابق، ووضعنا نفيًا 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

⁽²⁹⁾ قارن مع:

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

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

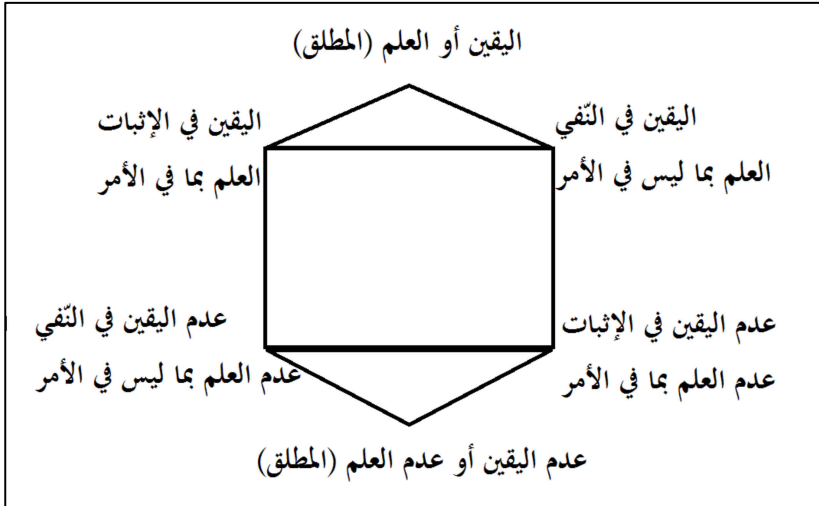
⁽³⁰⁾ جاءت فيما قلنا إنّنا سنسمّيه بعد قليل المشروع المراجع إشارة إلى ابن نجيم في مكان (ج 2، ص 136 من كتاب الأشباه والنظائر، الدار العامرة، 1920) قال فيه: "وأما الجهل فحقيقته عدم العلم عمّا من شأنه العلم. فإن قارن اعتقاد التّفويض فهو مركّب، وهو المراد بالشّعور بالشّيء على خلاف ما هو به، وإلاّ فبسيط وهو المراد بعدم الشّعور".

⁽³¹⁾ تأسيا بـ: "بلانشي" (روبار)، م س، ص 90.

واحدة هي لجهل بسيط. فإذا جمعنا التَّقَطُّتَيْنِ الأُولَيَيْنِ أعطى ذلك: العلم المطلق أو المركَّب. وإذا جمعنا التَّقَطُّتَيْنِ الثَّانِيَتَيْنِ أعطى ذلك: عدم العلم المطلق أو المركَّب، أي الجهل المركَّب⁽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 أمراً، لا يصدر حكماً حوله، بل يضع افتراضاً؛ والافتراض كافتراض لا يمكن أن يوسم بالغلط. ويمكن أن يُزاد ويقال إنّ العلم قد يترك مكانه للتّسيان. والتّسيان يعادل عدم العلم⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ ويمكن رسم ما جاء في المتن على التّحو التالي:



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

⁽³³⁾ "ف. زفاجيلسكي لياسين"، تحت عبارة: "الغلط (فلسفة عامّة). الموسوعة الفلسفيّة الكليّة. II. المصطلحات الفلسفيّة.

F. Svagelski-Liassine, Erreur (philo.géné), Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1990.

⁽³⁴⁾ يبدأ الانسان وهو لا يعلم. ثمّ قد يعلم. فإذا نسي، عاد لا يعلم.

وموضوع العلم شيءٌ يكون خارجاً ومنفصلاً عن العقل، لكن يمكن أن يكون شيئاً عقلياً⁽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 للتوّ إنّه قد يكون شيئاً خارجياً ومنفصلاً عن عقلنا وقد يكون شيئاً عقلياً. بعبارة أخرى، ثمّ تأليف عقلي؛ أي ثمّ أمران (أ) و (ب) أخذنا على التّحو التّالي: الأوّل كمحكوم عليه والثاني كحكم (أ هو ب). فإذا قيل هذا الحكم للنفس أو للغير⁽³⁷⁾ (إذن نحن أمام الجملة التّالية: أ هو ب)، وإذا أُلِيس الحكم ثوب الضّرورة وثوب الكلّيّة (أ هو ب): العلاقة بينهما حُدِدت على أنّها واجبة، أي على أنّها ليست افتراضاً أو نتاج نسج من الخيال/ العلاقة اعتُبرت أنّها واجبة عند كلّ النَّاس، 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 الحكم - الذي أُلِيس ثوب الضّرورة والكلّيّة - الواقع، فنحن أمام الخطأ⁽³⁹⁾ (لو لم نعتبر الأمر من زاوية نفسية⁽⁴⁰⁾) أو الغلط (لو اعتبرنا الأمر من زاوية نفسية⁽⁴¹⁾)⁽⁴²⁾.

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

Platon, Théétète, Traduction, notices et notes par Émile Chambry, Paris, GF Flammarion. Garnier 1967, p. 131 (Théétète/187 d-188 b).

⁽³⁵⁾ "بروشار (فيكتور)"، م س، ص 73.

⁽³⁶⁾ "سولاز" (أنتونيا) تحت كلمة: الحقيقة (الفلسفة)، الموسوعة الكلّيّة 2009.

SOULEZ (Antonia), sous le mot: 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). قَرَب من الجاحظ في هذا الكلام الذي ينسبه له الأسنوي: "الخبر هو الكلام الذي يَحتمل التصديق والتّكذيب كقولنا قام زيد ولم يَقم بخلاف قولنا زيد أُضربه (ص 444) [...] الجمهور على أنّ الخبر إمّا صدق أو كذب. فالصّدق هو المطابق للواقع، والكذب غير المطابق. وجعل الجاحظ بينهما واسطة فقال الصّدق هو المطابق مع اعتقاد كونه

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 المطابقة.

كما ينبغي ملاحظة أنّ الحقيقة لها طابع الضّرورة العقلية لا الفعلية. ولأنّ الضّرورة عقلية، أي مستقلة عنّا وعمّا يمكن أن نقرّه كأفراد، ثمّ حقيقة؛ ولأنّ الضّرورة ليست فعلية، أي لأنّ الحقيقة لا توجد بالنّسبة إلى الإنسان إلّا متى خضع لها بإرادته، أي لأنّ الإنسان حرّ، ثمّ غلط⁽⁴⁴⁾.

أخيراً، ينبغي ملاحظة أنّ الغلط يكون في الحكم. لكنّ ثمّ من يزيد ويقول: لا غلط إلّا في الحكم⁽⁴⁵⁾.

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

— أمر سلبى:

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

مطابقاً، والكذب هو الذي لا يكون مطابقاً مع اعتقاد عدم المطابقة، فأما 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 هبتو، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1400 هـ، ط 1، ص 443.

⁽⁴⁰⁾ "بلانشي" ("روبار")، تحت كلمة: الحقيقة (المنطق)، الموسوعة الكليّة، 2009.

BLANCHÉ (Robert), Vérité (Logique), Encyclopædia Universalis, 2009.

⁽⁴¹⁾ "بلانشي" ("روبار")، م س: الحقيقة (المنطق).

⁽⁴²⁾ الخطأ لغة له معنيان: ما هو ضدّ العمد وما هو ضدّ الصّواب (المعجم العربي الحديث). وفي هذا المعنى الثّاني يلتقي الخطأ بالغلط. لكن انظر موقفاً مختلفاً عند أبي هلال العسكري: معجم الفروق اللغوية الحاوي لكتاب أبي هلال العسكري وجزء من كتاب السيّد نور الدّين الجزائري، قم، مؤسّسة النّشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين، ط 1، 1412 هـ، ص 390.

⁽⁴³⁾ انظر الفقرة عدد 4.

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

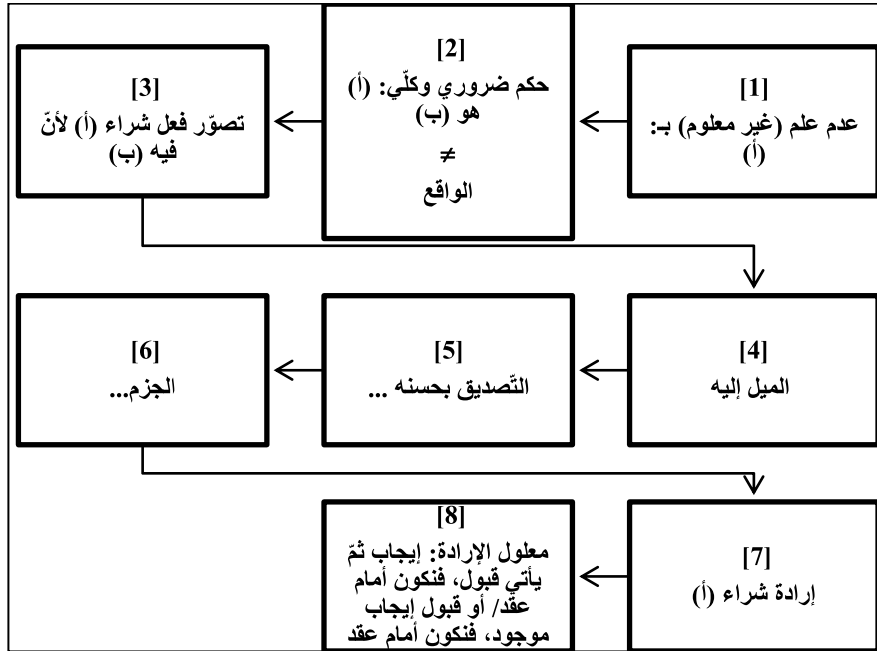
⁽⁴⁵⁾ "بروشار (فيكتور)"، م س، ص 22 و 140 و 141 إلخ.

— أمر إيجابي:

عدم العلم (غير المعلوم) ولّد حكماً ضروريًا وكلّيًا لا يطابق الواقع؛ أي أنّه حُكِمَ على ما ليس كائنا بأنّه كائن، وحُكِمَ على ما هو كائن بأنّه ليس كائنا. هذا هو معنى الغلط⁽⁴⁶⁾. والإتيان به على النحو المعقّد الوارد للتوّ ليس ترفاً فكرياً، إذ لا ينبغي الاكتفاء بالقول مع المعاجم إنّ الغلط عدم معرفة الصّواب (لأنّ الغلط

⁽⁴⁶⁾ وينبغي أن نربط هذا المعنى 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.

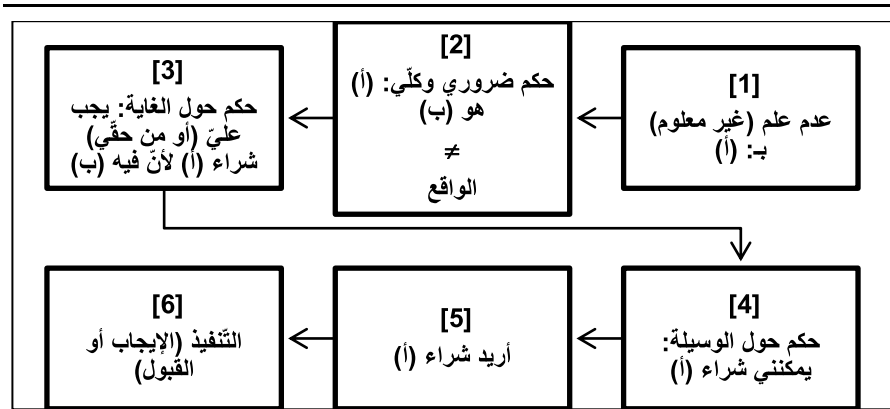
بعبارة أخرى تبدأ من التّهاية: معلول الإرادة (العقد: أي الإيجاب أو القبول) مختلف، لأنّ الإرادة مختلفة؛ والإرادة مختلفة، لأنّ مقدّماتها مختلفة؛ والمقدّمات مختلفة، لأنّ الحكم مختلف؛ والحكم مختلف، لأنّ هنالك خلافاً في العلم.

وإنّ ما سبق بُني على ما جاء عند علي المشكيني. لكن لو أخذنا أطروحة "لاي" (م س) لما تعيّر الأمر على مستوى الجوهر:

ليس مجرد أمر سلبى⁽⁴⁷⁾. فضلا على أنّ عدم المعرفة مركّب ومطلق)، بل ينبغي مع ما سبق تبني قول الأعمال التحضيرية بأنّ الغلط أمر إيجابي (لكن مع إدخال توضيحات وتعديلات عليه: نعم نحن أمام تصوّر وبالتحديد أمام حكم لا يطابق الواقع. إلا أنّ هذا الحكم له مواصفات معيّنة، ثمّ إنّ الغلط ليس شكلا من الجهل بل هو نتاج الجهل).

بعبارة أدقّ: الغلط ليس أمرا سلبيا فحسب كما تقول المعاجم، ولا هو أمر إيجابي كما تقول الأعمال التحضيرية، بل الغلط - إن نظرنا إليه برمته - اجتماع الأمرين معا.

والغلط يُحدّث عنه في الفلسفة وفي حقول أخرى⁽⁴⁸⁾، لكن سنكتفي بالغلط في الحقل القانوني.



وينبغي أن نختتم بالربط بما جاء سابقا وأن نقول إنّ الغلط هو عدم كفاية عارض (inaptitude accidentelle) (انظر: "ف. زفاجيلسكي لياسين"، تحت عبارة: "الغلط، م س: فلسفة عامة). وهذا هو الذي يفرّق بينه وبين حالات الانعدام التّسبي للإرادة حيث عدم الكفاية ليس عارضا. بعبارة أخرى: إذا وجدت أهلية أداء كاملة (عقل كامل، ومن ثمّ إمكان أن تنجّر 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 المسألة العلميّة ("ف. زفاجيلسكي لياسين"، م س).

والغلط في الحقل القانوني جماعي وفردى⁽⁴⁹⁾، لكن سنكتفي بالفردى. ثم إنَّ الغلط يُحدّث عنه في القانون العام⁽⁵⁰⁾ والخاصّ، ويتحدّث عنه في الواقعة القانونيّة⁽⁵¹⁾ وفي العمل القانوني. لكن سنكتفي بالغلط في القانون المدني، وبالتحديد بالغلط في النظريّة العامّة لنشأة العمل القانوني؛ أي سنكتفي بالغلط التلقائي والمحدّث الذين يتحقّقان وقت إبرام العمل القانوني⁽⁵²⁾.

5. — ثالثاً محلّ البحث ما ورد "في مجلّة الالتزامات والعقود"، وبالتدقيق محلّ البحث أحكام الغلط التي جاءت بالأساس في الفصل 43 وما بعده (الغلط التلقائي جاء بالأساس في الفصول من 44 إلى 49 مجلّة الالتزامات والعقود، والغلط المحدّث جاء بالأساس في الفصول 56 و 57 و 60⁽⁵³⁾).

(49) انظر تقسيم الغلط إلى جماعي وفردى عند:

"غاسان" ("ريمون")، منهجيّة أطروحة الدكتوراه في القانون. مجلّة البحث القانوني 1996، عدد 4، ص 1171 و 1172.

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 لاحقاً إلى الغلط في إطار واقعة قانونيّة.

(52) هذا القصر لمحلّ البحث على حقل لا يعني أنّ بعض ما سيحويه لا يمكن أن يُستغلّ خارج الحقل المذكور.

(53) قولنا بالأساس يعني أنّ الغلط التلقائي والمحدّث الذين يردان في إطار عمل قانوني قد جاء 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 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل بعض العبارات الموجودة في النصوص التي تدخل في موضوعنا. لكنّ الفصل الثّاني من القانون المذكور قال إنّ مضمون المجلّة لم ينفح. والمقاربة المعتمدة في بحثنا هذا (انظرها في الفقرة عدد 10 و 11) تقتضي العمل على نصوص المجلّة وقت صدورها. هذا يعني أنّ التّغييرات اللاحقة - حتّى ما كان منها أصلياً - لا ينبغي أن تُبنى عليها التّحليل والاستدلالات (طبعا هذا لا يمنع من الإشارة إلى تلك التّغييرات).

ومجلة الالتزامات والعقود منتج لعمل لجنة تسمى لجنة تدوين القوانين التونسية⁽⁵⁴⁾. ويتحدث مقرر هذه اللجنة - دافيد سانتيلانا David SANTILLANA⁽⁵⁵⁾ - عن

⁽⁵⁴⁾ وهي لجنة أسسها المقيم العام للجمهورية الفرنسية بتونس "ريني ميلي" René MILLET وتكونت في 6 سبتمبر 1896. وقد ترأسها "روا" ROY، وهو قنصل فرنسا من الدرجة الأولى والكاتب العام للحكومة التونسية. وضمت اللجنة كأعضاء: "بادو" PADOUX، وهو قنصل فرنسا الثاني، ومساعد الكاتب العام للحكومة التونسية؛ و"بارج" BERGE، وهو رئيس محكمة من الدرجة الأولى، ومدير المصالح العدلية بالحكومة التونسية؛ و"أنتريو" ANTERRIEU، وهو قاض بمحكمة تونس، ورئيس المحكمة العقارية المختلطة. أما مقرر اللجنة فهو "سانتيلانا" SANTILLANA، ولقد وضع هذا "المشروع الأولي للمجلة المدنية والتجارية التونسية" (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 »

(ملاحظة: ما كتب باللغة الفرنسية موجود بصفحة غلاف الكتاب الذي حوى المشروع).

ثم خضع المشروع لفحص من قبل فرع من اللجنة sous-commission على مدى أكثر من ثلاثين جلسة وذلك خلال ربيع وصيف 1898. ولقد عهد هذا الفرع لـ: "سانتيلانا" بوضع نص مشروع قبلي أو تمهيدي يكون أساسا لمناقشات لجنة متخصصة وموسعة. فحرر "سانتيلانا" هذا المشروع نصًا وحواشي:

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

انظر حول تاريخ مجلة الالتزامات والعقود:

ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود: بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، المغرب، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 1996؛

ادريوش (أحمد)، الثقافة والقانون. الجزء الثاني: قانون الالتزامات والعقود. مائة سنة من الصمود، المغرب، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 2016؛

ابن عاشور (سناء)، منابع القانون التونسي الحديث. التشريع التونسي في فترة الاستعمار. أطروحة دكتوراه دولة، تونس، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، 1996.

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

سكراني (رجاء)، المصادر الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود التونسية. دراسة للنظرية العامة للقانون. أطروحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 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.

وإننا، وبسبب تشابه العناوين (مشروع أولي - مشروع قبلي أو تمهيدي)، فضلنا أن نصف الأول بالمشروع والثاني بالمشروع المراجع تاركين بذلك تلك العناوين وتاركين أيضا إمكانات أخرى (كأن نصف مثلا ما ورد أولا بتاريخ طبعته وما ورد ثانيا بنفس الطريقة). وسبب التفضيل أن المختار فيه إشارة إلى علاقته بمجلة الالتزامات والعقود وفيه في الوقت نفسه إشارة إلى علاقة جزأيه ببعضهما البعض (الثاني مراجعة للأول).

وينبغي هنا، وخدمة لما سيأتي، أن نشير إلى أن ليس ثم - على حد علمنا - ترجمة للمشروع، ولكن بالنسبة إلى المشروع المراجع ثم ترجمتان:

واحدة جاء بصيغة غلافها ما يلي: "الحكومة التونسية. قانون مدني وتجاري. طبعة جديدة. طبع بمطبعة الدولة التونسية الرسمية سنة 1316 هـ - 1899 م"، وجاء كعنوان لها (ص 2): "لائحة ابتدائية لقانون مدني وتجاري".

وثانية جاء بغلافها: "الحكومة التونسية، قانون مدني وتجاري، طبع بمطبعة الدولة التونسية الرسمية سنة 1316 هـ - 1899 م"، وجاء كاسم لها (ص 2): "لائحة ابتدائية في تنظيم قانون مدني وتجاري للمملكة التونسية".

وعلينا أن نلاحظ أن هنالك اختلافا على صعيد محتوى نصوص الترجمتين. كما علينا أن نلاحظ أن الترجمة التي ذكرناها في المرتبة الأولى فيها الجزء الأول والثاني من المشروع المراجع. لذا سنسبها في عملنا: الترجمة الكاملة. أما الترجمة الثانية فليس فيها إلا الجزء الأول، ولذلك سنسبها: الترجمة الناقصة.

(55) هو دافيد سانتيلانا David SANTILLANA (9/ 1855/5 - 1931/3/12). ولد في تونس في 9 ماي 1855 من أسرة يهودية ذات أصل إسباني قديم لجأت إلى تونس واستقرت بها. لكنّها كانت تحمل الجنسية الإنجليزية [...] عُيّن وهو في السادسة عشر من عمره في 1871 سكرتيرا للجنة الدولية لشؤون تونس المالية. بيد أنه استقال من هذا المنصب [...] وانتقل من ثم إلى لندن ليستعدّ لدخول المسابقة الخاصة بالخدمة المدنية أو السلك الدبلوماسي. لكنّ ظروفًا [...] دعت إلى العودة إلى تونس ليتولّى تدبير شؤون الأسرة ورعاية إخوته [...] وحوالي 1880 التحق بكلية الحقوق بجامعة روما، ومنها حصل على ليسانس الحقوق [...] استدعي - وهو لا يزال طالبا [...] - ليكون مستشارا لهيئة الدفاع عن أحمد عرابي باشا [...] ولا شك أنّ السبب في استعانة هيئة الدفاع به - وكانت من محامين إنجلترا - أنه كان يتقن العربية، ويعرف جيّدا الشريعة الإسلامية، وفي الوقت نفسه كان بريطاني الجنسية [...] وأثناء إقامته في روما طالبا [...] حصل على الجنسية الإيطالية، وهو كان يتقن الإيطالية إتقانًا تامًا منذ صغره

وهو في تونس [...] وبعد حصوله على الليسانس في القانون [...] في 1883 مارس مهنة المحاماة في روما وفي فيرنتسه حتى 1896، حين دعاه المقيم الفرنسي - وكانت تونس قد احتلتها فرنسا منذ 1881 - ليكون عضواً في اللجنة المكلفة بتقنين القوانين التونسية، وكانت مؤلفة من خمسة أعضاء، كان هو من بينهم العضو الوحيد المختص في الشريعة الإسلامية [...] (وكانت النتيجة مشروعاً قام سانتالانا بصياغة مواده ولقد المح) دون برهان صريح إلى إمكان أن تكون بعض قواعد الفقه الإسلامي مستمدة من القانون الروماني [...] وقد ظلّ سانتالانا مخلصاً لهذا الرأي طول حياته [...] وعاد سانتالانا، بعد أن أتمّ مهمته [...] (في تونس) إلى روما في 1899، لكن لا ليستأنف عمله في المحاماة، بل ليتفرّغ للبحث في الشريعة الإسلامية، معتزلاً بالحياة العامة. ولم يقطع عليه عزله إلا دعوة جاءته من الجامعة المصرية (الأهلية) القديمة في 1910 [...] فلبّى الدعوة بالراح من الحكومة الإيطالية وحثّ من أصدقائه، فجاء إلى مصر وقام بإلقاء محاضرات في تاريخ الفلسفة الإسلامية طوال العام الجامعي 1910. لكنّه لم ينشر هذه المحاضرات. وقد ألقاها باللغة العربية [...] وتوجد منها نسخة (مخطوطة) في مكتبة جامعة القاهرة [...] وفي هذه المحاضرات [...] اهتمّ سانتالانا بمقارنة الفلسفة الإسلامية بأصولها اليونانية وبما سبقها عند السريان [...] وعلى الرغم من أنّ الجامعة المصرية طلبت منه الاستمرار [...] فإنه آثر العودة إلى روما [...] فشغل [...] كرسيّ الشريعة الإسلامية في كليّة الحقوق بجامعة روما من 1913 إلى 1923. وكان طبيعياً أيضاً أن تلجأ إليه الحكومة الإيطالية في التشريعات الخاصة بليبيا. فكلّفته وزارة المستعمرات، هو و«اجنتسيو جويدي»، بترجمة وشرح "مختصر خليل" [...] وهو المختصر المعتمد في سائر بلاد المغرب والمشرق لدراسة الفقه المالكي، ومن هنا ترجم إلى الفرنسية [...] لكنّ أعظم إنتاج لسانتالانا هو كتابه [...] «نظم الشريعة الإسلامية بحسب مذهب مالك مع مراعاة أيضاً لمذهب الشافعي» [...] وقد ظهر الجزء الأول (في) 1926 ويشمل (1) الجماعة الإسلامية ورئيسها؛ (2) مصادر الشريعة وتفسيرها؛ (3) التشريع في الزمان والمكان، (4) الأشخاص؛ (5) الأسرة؛ (6) الحقوق العينية [...] وظهر الجزء الثاني بعد وفاته بمدة طويلة في 1943 ويشمل: (7) النظرية العامة في الالتزامات؛ (8) الالتزامات الجزئية؛ (9) قانون الموارث؛ (10) قانون التقاضي؛ فهارس [...] وقد ورد في آخره أنّه طبع في 1938 تلافياً لما يقضي به الأمر الصادر في نهاية 1938 بمنع نشر مؤلفات [...] اليهود [...] وهذا الكتاب [...] لخصّ فيه سانتالانا محاضراته [...] التي ألقاها [...] في جامعة روما [...] ويقول في مقدمته إنّ ضعف حالته الصحيّة حالت بينه وبين عرض التطوّر التاريخي للشريعة الإسلامية. وهو في عرضه للشريعة [...] لم يلتزم الترتيب المتّبع في كتب الفقه [...] وهذا ما أخذه عليه برجشتريسر [...] إذ أخذ عليه أنّه أوّل الفقه الإسلامي تأويلاً رومانياً [...] لكن كان هذا موقف سانتالانا في فهمه للشريعة الإسلامية منذ بداية أبحاثه فيها، كما أشرنا إلى هذا من قبل. وإلى جانب الفقه

مهمتها، ويقول إنّ هذه المهمة تحدت بالاستناد إلى ما كانت عليه ملامح القانون الإسلامي آنذاك⁽⁵⁶⁾. وبعد حديثه عن هذه الملامح، قال "سانتيلانا" عن صاحبها إنّهُ افتقر إلى ما افتقر إليه وفي كلّ شيء الشرق: منهجية أكثر صرامة وفكراً تأليفياً. "فهذا الميل إلى الفوضى، وهذا العجز المتأصل على النظام وعلى الانضباط أدّى ومبكرًا إلى العجز السياسي للعرب، كما كان في الميدان الفكري سببا ليس أقلّ حسما للضعف. وهو الذي منع أكثر من غيره القانون الإسلامي من أن يتطور كنظام علمي"⁽⁵⁷⁾.

الإسلامي، كان سانتيلانا مولعا بدراسة التصوّف الإسلامي وعلاقته بالتصوّف الأفلوطيني والتصوّف المسيحي. وقد جمع في هذا المجال الكثير من المواد [...] لكنّه لم ينشر [...] منها شيئا، ولم ينشر ابنه شيئا منها، رغم أنّ ابنه هذا من المتخصّصين في الفلسفة، ويقول عن أبيه إنّ مذهبه كان «نزعة عقلية صوفية تنشدها مذهبها الميتافيزيقي» [...] كذلك يروي هذا الابن أنّ أباه قد خطّط وأعدّ جزئياً مؤلفات أخرى: في تاريخ الكنيسة المسيحية، وتاريخ القانون الروماني، وقاموسا عربيًا. لكن دلافيدا يقول إنّهُ لم يوجد في أوراق سانتيلانا وتعليقاته ما وصل إلى درجة التحرير تسمح بنشره". عبد الرحمان بدوي، موسوعة المستشرقين، بيروت، دار العلم للملايين، ط 3، 1993، ص 341-344. انظر أيضا: يحيى مراد، معجم أسماء المستشرقين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 2004، ص 434: "آثاره: ملخص ابن الإنسان للشّيخ طنطاوي جوهرى (مجلة الدراسات الشرقية)، والقوانين المدنية والتجارية وهو مصنف كبير يؤلّف بحثا جامعا لفقهاء الحقوق الإسلامية (1898) [ملاحظة: هنالك خطأ على مستوى هذه المعلومة]، وترجمة الجزء الثاني من مختصر خليل بن إسحاق إلى الإيطالية مع تعليق عليه وهو مجموعة الأحكام المالكية الأكثر شيوعا في الحقوق المدنية والجزائية والقضائية في المغرب (ميلانو 1919)، وقد ترجم الجزء الأول إغناطيوس جويدي، وزيد بن علي ونظام الرّيدية (مجلة الدراسات الشرقية 8، 1919 - 20)، والخلافة والسّلطان في الشرع الإسلامي (الشرق الحديث 4، 1924)، وكتاب الفقه الإسلامي المالكي ومقارنته بالمذهب الشافعي".

⁽⁵⁶⁾ انظر المقدمة المرفقة بالمشروع المراجع.

⁽⁵⁷⁾ "سانتيلانا": المقدمة، 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" قائلاً إنّ هنالك سببا آخر لعدم نجاح القانون الإسلامي هو مغالاته في فكرة العدالة، هذه المغالاة التي أدت إلى تعطيل المعاملات⁽⁵⁸⁾.

وما سبق يبيّن، حسب "سانتيلانا"، بما سيكون عليه عمل اللجنة وهو تنظيم الفقه غير المتسق وتنويره وتوحيده، وإزالة أجزائه التي عفا عنها الدهر، وإتمام ناقصها⁽⁵⁹⁾ (إذن عمل اللجنة يتمثل في تهذيب البنية الموجودة).

لكنّ هذا الكلام لـ "سانتيلانا" لا يتلاءم كثيرا مع كلام آخر قاله في البدء⁽⁶⁰⁾، ومفاده أنّ مهمّة اللجنة تتمثل أولا في الإتيان بالمادّة التي ستصلح في عمليّة التدوين من القانون الفرنسي، ومن القانون الأوروبي لو أنّ المصدر الأوّل مطالب بتركه في فرنسا نفسها⁽⁶¹⁾. وثانيا في الإتيان بكلّ مادّة يمكن أن تستعمل - من منظور مبادئ القانون المعاصر من جهة، والوضع الحالي للمجتمع التونسي من جهة أخرى - وذلك من الفقه الإسلامي ومن القانون التونسي (إذن عمل اللجنة يتمثل في وضع بناية جديدة مع استعمالٍ عرضيٍّ لأحجار من البناية القديمة، إذا استجابت لمواصفات محدّدة). وعلى هذا فالمأثريّ به ثانيا يجب أن يلائم:

(58) "سانتيلانا"، المقدمة، ص XI.

(59) "سانتيلانا"، المقدمة، ص XII.

(60) "سانتيلانا"، المقدمة، ص I.

(61) قال إنّ مهمّة اللجنة الإتيان بالقانون الفرنسي، لكنّ اللجنة الفرعيّة رأّت أن تتوسّع بأن تكتمل هذا القانون أو تعيّرّه بقانون أوروبي (المانيا - إيطاليا - سويسرا - إنجلترا) كلّما كان هذا التّعير أو هذا التّكميل مطالبا به في فرنسا.

انظر حول هذه النقطة المتعلقة بالتوسيع: شرف الدّين (محمد كمال)، نبذة حول منهجيّة وضع الأحكام المتبنّاة في إعداد المجلّة التّونسيّة للتّزامات والعقود. المجلّة الدوليّة للقانون المقارن، 1996، عدد 2، ص 425 و426.

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

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

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

⁽⁶²⁾ لم يقل العكس أي وجوب أن يكون القانون الغربي الموضوع ملائماً لروح الفقه الإسلامي.

⁽⁶³⁾ ولعلّ ما سبق يفسّر نقل فرنسا هذا القانون إلى المغرب لينطبق على الفرنسيين وعلى الأوروبيين. ويمكن القول إنّ عمل اللجنة أعطى مجلّة الالتزامات والعقود. وهذه لها أصول وفصول: فأما أصولها فالقانون الفرنسي (للتدقيق ينبغي القول: نصوص + فقه + قضاء) بالأساس والقانون الأوروبي ومن ورائهما القانون الرّوماني (بالإضافة إلى القانون الإسلامي).

ملاحظة: ينبغي أن نشير هنا إلى أنّ "سانتيلانا" من المستشرقين الذين يقولون إنّ الفقه الإسلامي هو تقليد للقانون الرّوماني (المقدّمة، 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 الردود على هذا الرّأي: المؤلف نفسه والمرجع نفسه، ص 97 وما بعدها. ثمّ انظر نقد بعض المستشرقين لـ: "سانتيلانا" عند رجاء السّكراني في أطروحتها المذكورة سابقاً وذلك في الفقرات عدد 66 و67 و450 وما بعدها وخاصة 472 وما بعدها. وهذا النّقد يهّم المنهج المعتمد من "سانتيلانا" والمتمثّل في التّأويل الرّوماني للقانون الإسلامي (عدد 67). فبعض المستشرقين المشار إليهم منذ قليل يرى أنّ اعتبار الفقه الإسلامي نسخة أو تقليداً للقانون الرّوماني "سذاجة علميّة" (عدد 473). انظر أيضاً حول دعوى تأثر 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.

وأما فصولها:

- فظهير الالتزامات والعقود المغربي الصادر في 12 أوت سنة 1913 لينطبق أمام المحاكم الفرنسيّة التي ستنشأ في 15 أكتوبر 1913 على المتقاضين أمامها وهم الفرنسيون والأجانب والمغاربة الذين لهم

ويمكن القول، بناءً على ما سبق من كلام "سانتيلانا"، إن عمله - والذي صار جزءه الأكبر مجلة الالتزامات والعقود - هو بالأساس قانون فرنسي مادة أو على الأقل روحاً.

ولقد قال عنه إنه: "عمل حضاري بادرت به فرنسا وستتشرّف به أمام التاريخ حين توارى في ثرى التسيان انتصارات أخرى أكثر دويّاً، وهو مصير تخصّصه الأيام لكل ما أتى بالقوّة لوحدها"⁽⁶⁴⁾.

هذه التنبؤة لـ "سانتيلانا" قد صدقت، فما زال عمله حيّاً إلى اليوم⁽⁶⁵⁾.

جنسيّتان والمغاربة المحميّون بواسطة نظام الامتيازات الأجنبية. "مونيغي" (ج)، ترجمة حياة ظهير الالتزامات والعقود. من تلقّي إلى تمثّل مجلة أجنبية في النظام القانوني المغربي، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، 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.

- ومجلة تطوان الصادرة سنة 1914.

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

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

- ومجلة طنجة الصادرة سنة 1924 (مقال "ديكرو" ومقال "مونيغي" السابقين، المكان نفسه).

- ومجلة موريطانيا الصادرة سنة 1989. انظر: ادريوش (أحمد)، م س (أصول قانون الالتزامات والعقود)، ص 18، الهامش عدد 29.

⁽⁶⁴⁾ "سانتيلانا"، المقدمة، 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".

⁽⁶⁵⁾ بل أكثر من هذا، فقد فتح دخول هذا العضو إلى الجسد القانوني التونسي الباب إلى دخول أعضاء أخرى حتّى أنّه لم يبق الآن الكثير من الأعضاء القديمة. ويقول "مونيغي"، وهو يتحدّث عن المغرب، إنّ الحماية كانت تشعر بأنّها نظام مؤقت، ولذلك اتّخذت سبيل الحكمة بأن لم تحاول نقض المجتمع الإسلامي بل عمدت إلى تبديله من الدّاخل وذلك بصفة تدريجية ("مونيغي"، م س، ص 28). ومن هنا كان هدف واضعي قانون الالتزامات والعقود جعل القانون المغربي ككلّ يستدبر الشّرق ويستقبل

فرضية البحث

6. — ومن يقرأ الكلام السابق ل: "سانتيلانا" حول القانون الإسلامي وحول مهمة اللجنة التي هو مقرّرها، يجده يصبّ في اتجاه القول بأنّ عملهم مثل إتيانا بحسن وتركها لغير حسن.

والإتيان بحسن وترك غير الحسن قولٌ يوحي بما يمكن أن يمثّل فرضية بحث، أي بما يمكن أن يمثّل فكرة أساسية 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 بحثاً عن وجود أو عدم وجود إتقان.

وقد يُبحث أيضاً عن حسن الأحكام أو عدم حسنها بالنظر إلى ما أخذت مكانه. هذا البحث يمكن نعته بكونه بحثاً عن وجود أو عدم وجود إصلاح، وذلك بحسب ما إذا كان المأثريّ به أعلى من المتخلّي عنه أو هو ذاته.

بعبارة واحدة، قد يُفكّر في إشكالية تتعلّق ب: الحُسن (أو عدم الحُسن)، أي ب: الإتقان (أو عدم الإتقان)، ومعه الإصلاح (أو ما هو ضدّ الإصلاح)، أي قد يُفكّر في عمل يكون السّؤال فيه متعلّقاً ب: الإحكام، إذ الإحكام في اللغة الإتقان والإصلاح⁽⁶⁶⁾.

الغرب. ولقد حدّثنا المؤلّف عن ضرب تدريجي بالأشعة للقانون المغربي ("مونيغي"، م س، ص 26)، وعموماً لمؤسّسات المجتمع ("مونيغي"، م س، ص 46 و 47) بواسطة قوانين الأجانب.

ويمكن أن نجد تأييداً لكلام "مونيغي" في وثائق تاريخية تمّم تونس: انظر (206) و (207) (حيث توجد فكرة التدرّج) و (211) (حيث توجد الفكرة نفسها ولكنها هذه المرّة تمّم القانون المدني وإدخاله ليمهّد السبيل لإدخال القانون الجزائري) و (218 و 219) (حيث يُحدّث عن الشّروط المرتبطة بفكرة التدرّج)، وكلّ ذلك ب:

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

⁽⁶⁶⁾ جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، المجلّد 12، ص 143): "[...] أحكم الأمر أتقنه [...]".

7. — وينبغي هنا أن تساق ملاحظتان، ثم يُعمد من بعد ذلك إلى تدقيق السؤال: فأما الملاحظتان، فتتمثل أولاهما في الإشارة إلى أنّ ترك الفقه الإسلامي والأخذ بالقانون الغربي لا يعني دائماً ترك متقن لفائدة غير متقن ومن ثمّ إتيانا بما هو ضدّ للإصلاح. فالأحكام الحسنة، أي التي فيها إحكام، هي التي تركت تقليد السيّئ وإن كان السيّئ "محلّيّاً" وأخذت بما هو الأفضل وإن كان الأفضل "مستورداً". هذا عن الملاحظة الأولى، أمّا الثّانية فتتمثّل في الإشارة إلى أنّ هنالك موازين متعدّدة للحكم على أحكام معيّنة (في ذاتها أو بالنّظر إلى ما أخذت مكانه) بأنّها حسنة أو غير حسنة. ولقد اختير في هذا العمل ميزان المنهجية التشريعية⁽⁶⁷⁾، أي اختير الميزان الذي يحدّد لنا بالأساس: هل فهم المشرّع (أم لا) وهل أصاب (أم لا) في

حكم الشّيء وأحكامه، كلاهما: منعه من الفساد. قال الأزهرى: وروينا عن إبراهيم النّخعي أنّه قال: حكم اليتيم كما تحكّم ولدك، أي امنعه من الفساد، وأصلحه كما تصلح ولدك [...]".
(67) تنقسم المنهجية القانونية إلى ثلاثة فروع: المنهجية الفقهية والمنهجية القضائية والمنهجية التشريعية.

حول علم المنهجية القانونية انظر مثلاً:

"بارجال" (جون لويس)، المنهجية القانونية، باريس، المنشورات الجامعية لفرنسا، ط 1، 2001.
Bergel (Jean-Louis), *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., 1^{re} éd., 2001.

"ماتيو-إيزورك" (ماري لور)، التّفكير القانوني، باريس، المنشورات الجامعية لفرنسا، 2001.
Mathieu-Isorche (Marie-Laure), *Le raisonnement juridique*, Paris, P.U.F., Paris, 2001.

"ديلنوا" (بول)، عناصر في المنهجية القانونية، بروكسال لارسييه. 2006.
Delnoy (Paul), *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2006.
الرّزوقي (عبد المجيد)، المنهجية أو البلاغة القانونية. التّعبير عن التّفكير، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013.

وتنقسم المنهجية التشريعية (أو علم التشريع) إلى فرعين: فرع للسياسة التشريعية *politique législative* (وهو الفرع الأصلي، وموضوعه تصوّر أهداف وسائل التّدخل التشريعي)، وفرع للتقنية التشريعية *technique législative* (وهو الفرع الشّكلي، وموضوعه تجسيد السياسة التشريعية في قالب نصوص).
"بارجال" (جون لويس)، م س (المنهجية القانونية)، ص 276.

تصوّر المحتوى الذي عمد إلى تشكيله وصبّه في قالب أحكام قانونيّة هي أحكام الغلط (هل جمع النّقاط المتماثلة وفصل المتخالفة، إلخ)⁽⁶⁸⁾.

8. — بناءً على الملاحظة الأولى وخاصّة الثّانية يكون سؤالنا هو: هل ثمّ، من منظور المنهجية التشريعيّة، إحكام في أحكام مجلّة الالتزامات والعقود المتعلّقة بالغلط؟ أي هل وافقت أحكام الغلط الإتقان ومعه الإصلاح على هذا المستوى؟

9. — إنّ الفرضيّة التي سننطلق منها والقضيّة⁽⁶⁹⁾ التي سنحاول إثباتها تتمثّل فيما يلي: أحكام الغلط (هي) مجانية للإحكام.

ولتثبت هذه القضيّة عدّة تداعيات. بعبارة أخرى: لطرح إشكاليّة الإحكام عدّة فوائده. فنحن أمام فكرة من المفيد البحث فيها أولاً في ذاتها، وثانياً في إطار مجلّة الالتزامات والعقود، وثالثاً داخل نموذج هو أحكام الغلط.

من المفيد أولاً البحث في فكرة الإحكام في ذاتها لأنّ مردوديّة القانون (القبول به — سهولة تطبيقه — إلخ) على الصّعيد الاقتصادي، أو الاجتماعي، أو الفئّي (إلخ) أثر

(68) قُرب من: "برجال" (جان لويس)، م س (المنهجية القانونية)، ص 308.

(69) القضيّة هي تنصيب قابل لأن يقال عنه إنّه صحيح أو إنّه خاطئ.

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

مثال ذلك: الأرض كروية الشكل.

وتتركّب القضيّة من موضوع (sujet) (الأرض) ومحمول (prédicat) (كروية الشكل). انظر:

لاند (أندرى)، معجم تقني ونقدي للفلسفة، باريس، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 3، 1993، تحت

الكلمات: Proposition, Sujet, Prédicat

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

وانظر الغزالي (معيّار العلم في المنطق، 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 مفردتين: أحدهما خبر

والآخر مخبر عنه، كقولك زيدٌ قائمٌ. فإنّ زيدا مخبر عنه، وقائم خبر [...] وقد جرت عادة المنطقيّين

بتسمية الخبر محمولاً، والمخبر عنه موضوعاً. فلننزل على اصطلاحاتهم، فلا مشاحة في الألفاظ".

لوجود الفكرة والعكس بالعكس. في هذا المعنى يقول أحدهم: "إنَّ الفعل التشريعي ينبغي أن تؤطره ضوابط منهجية صارمة، وينبغي أن يُسار به وفق طرق تصوّر وتعبير معيّنة [...] فلا شكَّ أنَّ القوانين ذات التّوايا الحسنة والتي شكّلت بطريقة سيّئة [...] ضرّها أكبر من نفعها"⁽⁷⁰⁾.

من المفيد ثانياً البحث في فكرة الإحكام في إطار مجلّة الالتزامات والعقود لأنّ هذه المجلّة منتوج له علاقة، وفق قول "سانتيلانا" الذي سبق معنا، بالفقه الإسلامي من جهة وبالقانون الغربي من جهة أخرى، أي هي منتوج يسمح بالمقارنة بين نتاج عقليين تشريعيين: العقل التشريعي الإسلامي والعقل التشريعي الغربي.

من المفيد ثالثاً البحث في فكرة الإحكام في إطار نموذج (من يقول نموذجاً، يقول دراسة جزئية، أي يقول بما يوفر فرصاً أكبر للدقّة) من أحكام مجلّة الالتزامات والعقود هو نموذج أحكام الغلط. والسبب أنّ لهذه الأحكام إشعاعاً إذ تشمل، كما سيُبيّن ذلك، زيادة على الرضا، الموضوع والسبب. ثمّ إنّ نوعاً من أحكام الغلط (الأحكام التأبديّة) يغطّي كلّ شروط نشأة التصرف القانوني.

المقارنة المعتمدة في البحث

10. — وعليه فالقضية التي سنعمل عليها لها شيء من الأهمية. وهذه القضية تفرض تمثيلاً معيّناً في العمل، أي تفرض المقارنة التي يجب أن تعتمد فيه. فينبغي أولاً أن يؤتى بالنصوص وبالتحديد بما أراده صاحبها منها. والإتيان بالمراد يستدعي إعطاء النصّ معناه الموجود في النظام اللغوي العامّ (المعنى الوضعي والمعنى العرفي). والسبب أن تمّ افتراضاً مفاده أنّ من يستعمل لفظاً أو تركيب ألفاظ يريد به معناه اللغوي. لكن هناك احتمال آخر حاصله أنّ صاحب الكلام قد يريد

⁽⁷⁰⁾ "رجال" (جان لويس)، م س (المنهجية القانونية)، ص 271.

معنى مخالفا. وللتثبت من تحقق أو عدم تحقق هذا الاحتمال ينبغي استخراج نية صاحب الكلام.

والنية أمر باطني، أي أمر لا يمكن إدراكه إلا من خلال عبارة عنه. وهذه العبارة قد نصل إليها بصفة مباشرة (الأعمال التحضيرية، إلخ) وقد نصل إليها عن طريق التخمين وبصفة غير مباشرة (المتكلم عاقل، والعاقل يقصد هذا الأمر لا أمرا آخر، إلخ)⁽⁷¹⁾.

والمعنى اللغوي، وكذلك العبارة عن النية التي تأتي من الطريق المباشر، هما اللذان ينبغي أن يحكما تناول كل نقطة من نقاط هذا البحث. على هذا فالمقارنة التي ستعتمد يجب أن تكون مقارنة بسلوكية⁽⁷²⁾ أو تاريخية⁽⁷³⁾، أي مقارنة تدخل ضمن صنف المقارنة السلوكية⁽⁷⁴⁾.

لكن الضرورة تقتضي - حين لا يوجد مجال لاستخراج النية من الطريق المباشر - أن يتم اللجوء إلى استخراجها بواسطة التخمين؛ وهنا تكون المقارنة غائية

(71) انظر:

"كاربونيي" (جون)، القانون المدني. المقدمة، باريس، المنشورات الجامعية لفرنسا، ط 25، 1997، عدد 154.

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

(72) انظر إلى:

"بيرلمان" (حايم)، المنطق القانوني. علم البيان الجديد، باريس، دالوز، ط 2. 1979، ص 58. PERELMAN (Chaïm), Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 58.

انظر أيضا: "برجال" (جان لويس)، م س (المنهجية القانونية)، ص 240. انظره أيضا في ص 262 حيث يتحدث عن جدوى هذه الطريقة.

(73) "برجال" (جان لويس)، م س (المنهجية القانونية)، ص 240.

(74) "بيرلمان" (حايم)، م س (المنطق القانوني)، ص 59.

téléologique (البحث عن روح وهدف القانون)⁽⁷⁵⁾ أو اتساقية أو غير ذلك مما يدخل أغلبه تحت عنوان المقاربة الديناميكية⁽⁷⁶⁾.
والحاصل أنّ المقاربة في هذا العمل ينبغي أن تكون سكونية بالأساس، لكنّها قد تصبح بصفة احتياطية مقاربة ديناميكية.

11. — والمقاربة ستعطي مراد المشرّع من كلّ نقطة من نقاط الغلط. فإذا استحضرنّا كلام "سانتياغونا" المتمثّل في كون مصادر الأحكام هي إمّا الغرب (قانون - فقه - قضاء) وإمّا الفقه الإسلامي⁽⁷⁷⁾، تطلّب الأمر الإتيان بهذه المصادر.

فإذا حُدّد المراد وأُتي بالمصادر، أمكن الوصول لمعرفة كون حكم مجلّة الالتزامات والعقود في هذه النقطة أو تلك من نقاط الغلط:
إمّا مصدره الفقه، وهنا لا يمكن المرور للإحكام على مستوى المنهجية التشريعية⁽⁷⁸⁾.

وإمّا مصدره ليس الفقه، وهنا يكون الحكم مستورداً.
فإذا كان المستورد مثل الفقه، لم يمكن المرور إلى الإحكام⁽⁷⁹⁾.

(75) "بيرلمان" (حايم)، م س (المنطق القانوني)، ص 58.

(76) انظر مثلاً:

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

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

(77) انظر الفقرة عدد 5.

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

(79) هنا أيضاً، إن أمكن البحث في الإلتقان، فإنّه لا يمكن الخوض في الإصلاح لأنّ ما أتى به مثلاً للذي

أما إذا كان المستورد مختلفا عن الفقه، فهناك فرضيتان: أولتهما أنّ حكم مجلّة الالتزامات والعقود هو دون الفقه جودة على مستوى المنهجية التشريعية. هنا يكون الحكم ممثّلا لعدم الإحكام (عدم إتقان في الحكم ذاته، ومعه قيام بما هو ضدّ للإصلاح). وثانيتها 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 تمرّ في إطارها بمراحل ثلاث:

أولاً: تحديد مراد صاحب مجلة الالتزامات والعقود بواسطة اللغة وبواسطة العبارة المباشرة وبصفة احتياطية بواسطة العبارة غير المباشرة.

ثانياً: الإتيان بالقانون الغربي والقانون الإسلامي الموجودين في وقت وضع مجلة الالتزامات والعقود.

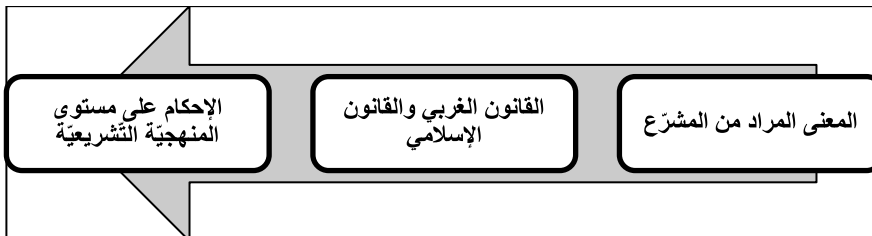
ثالثاً: الحكم على مجلة الالتزامات والعقود من زاوية الإتقان والإصلاح معاً، أي من زاوية الإحكام، وبالتحديد من زاوية الإحكام على مستوى المنهجية التشريعية⁽⁸⁰⁾.
وكما يُرى، فالمقاربة ومن ثمّ المرور بهذه المراحل، فرضته القضية واستوجبه فرضية البحث. والقضية والفرضية تفرض زيادة على ما سبق تخطيط البحث.

تخطيط البحث

12. — للتدليل على هذا ينبغي استحضار ما يلي:

— أنّ محلّ البحث الغلط الوارد أساساً بالفصل 43 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود. هذا الغلط تلقائي ومُحدَث. وإنّ حصر العمل في الغلط التلقائي يبقي جوانب منه غير واضحة⁽⁸¹⁾. ونفس الشيء لو حُصر البحث في الغلط المحدَث⁽⁸²⁾. لذا ينبغي دراسة الغلطين معاً لينير الواحد منهما ميدان الآخر.

(80)



⁽⁸¹⁾ سنرى مثلاً أنّ الغلط التلقائي الذي محلّه الباعث لا ييطل. وسنرى أنّ الغلط المحدَث بواسطة كتمان والذي محلّه الباعث ييطل. وسنرى الغلط المستغلّ بواسطة كتمان والذي محلّه الباعث. وسنرى أنّ الانزلاق من الغلط المستغلّ إلى المحدَث ممكن. وعلى هذا يكون الانزلاق من التلقائي إلى المحدَث ممكناً بدوره. وكلّ هذا يجعل الغلط المحدَث يسهم في فهم الغلط التلقائي.

⁽⁸²⁾ الغلط المحدَث هو غلط وزيادة. وإذا كان الواجب فهم الزيادة، فالواجب قبل ذلك فهم الغلط.

— أنّ عبارة الغلط في الفصل 43 وما بعده عُني بها الغلط التلقائي لوحده. لكنّ الباحث في الفصول 56 و57 و60 يجد أنّ نيّة صاحب هذه النصوص تمثّلت في تنظيم الغلط المحدث وإن لم يستعمل هذه العبارة في هذه النصوص.

— أنّ نصوص الغلط التلقائي والمحدث مشحونة بمعنى قانوني يتمثّل في نوعين من الأحكام: أحكام أصليّة، وأحكام تأييديّة. ولضرب مثال من هذه النصوص سنأخذ الفصل 45 الذي قال إنّ "الغلط في نفس الشّيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد". 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 طالما لم تُصَف إليه مسألة الإحكام في الأحكام التأييديّة. فالأصل يعمل وسط المؤيّد، وثمّ تفاعل بينهما لا يمكن الوصول إليه إلاّ بدراستهما معا⁽⁸³⁾.

13. — فإذا استُحضِر جميع ما سبق، أمكن الاستدلال على أنّ القضيّة فرضت التخطيط. وفعلاً، من ضمن ما يثبت صحّة أو عدم صحّة القول بوجود إحكام على مستوى المنهجية التشريعيّة، أن يؤتّى بالتقسيم الذي جاء به المشرّع للأحكام الأصليّة⁽⁸⁴⁾. هذا يعني أن يؤتّى بهذه الأحكام الأصليّة لوحدها. فإذا فُعِل ذلك، بقيت الأحكام التأييديّة بدورها لوحدها وقابلت من ثمّ الأحكام الأصليّة.

⁽⁸³⁾ انظر ما سيأتي في الجزء الثّاني من هذا العمل حول تفاوت محالّ الغلط وارتباط هذا التّفاوت بالمؤيّدات.

⁽⁸⁴⁾ ويتمثّل هذا التقسيم، كما سنرى ذلك، في:

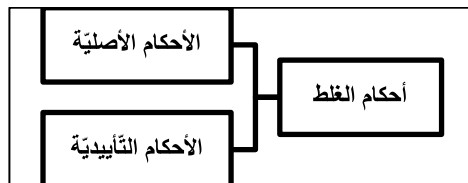
غلط تلقائي ومحدث.

وداخل التلقائي صور وشروط.

وداخل المحدث: الفصلاّن 56 و57 من جهة والفصل 60 من جهة أخرى.

14. — وما جاء للتوّ يعني أنّ تخطيط البحث ينبغي أن يتركّب من جانبين:
 أولهما: الإحكام في الأحكام الأصلية للغلط (الجزء الأول)؛
 ثانيهما: الإحكام في الأحكام التأييدية للغلط (الجزء الثاني)⁽⁸⁵⁾.

(85)



الجزء الأول:
الإحكام في الأحكام الأصلية للغلط

15. — من يقرأ نصوص مجلة الالتزامات والعقود المتمثلة في الفصل 43 وما يليه، يمكنه أن يجد نوعين من أحكام الغلط: أحكام للغلط التلقائي (وهي موجودة بالأساس في الفصول 43 إلى 49)⁽⁸⁶⁾، وأحكام للغلط المحدث⁽⁸⁷⁾ (وهي موجودة بالأساس في الفصول 56 و57 و60)⁽⁸⁸⁾.

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

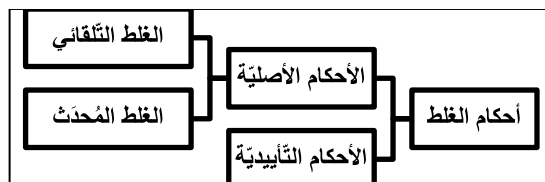
أولهما للإحكام في أحكام الغلط التلقائي (العنوان الأول)؛
وثانيهما للإحكام في أحكام الغلط المحدث (العنوان الثاني)⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ تسهيلات لقراءة هذا العمل، سنورد محتوى هذه النصوص وقت صدورها. لكن سنضيف: أولاً، ما جاء في المشروع المراجع في صيغته الأصلية وفي ترجمته الكاملة (والسبب، كما سيتبين لاحقاً، أنّ مجلة الالتزامات والعقود نقلت في أغلب الأحيان ما جاء في هذين المصدرين). ثانياً، محتوى نصوص مجلة الالتزامات والعقود بعد تنقيحها بمقتضى القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 (انظر الملحق 1).

⁽⁸⁷⁾ إنّ البحث في نية المشرع، والذي سنعرضه لاحقاً، هو الذي جعلنا نقول إنّ هذه النصوص هي للغلط وللغلط المحدث بالرغم من أنّ هذين اللفظين لم يظهر في صيغة تلك الفصول.

⁽⁸⁸⁾ تسهيلات لقراءة هذا العمل، سنورد محتوى هذه النصوص وقت صدورها. لكن سنضيف: أولاً، ما جاء في المشروع المراجع في صيغته الأصلية وفي ترجمته الكاملة. ثانياً، محتوى نصوص مجلة الالتزامات والعقود بعد تنقيحها بمقتضى القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005. ثالثاً: الفصل 61 لارتباطه بالفصل 60 (انظر الملحق عدد 2).

(89)



العنوان الأول

الإحكام في الأحكام الأصلية للغلط التلقائي

17. — جاءت بالفصول 43 إلى 49 لفظتان هما الغلط والجهل. ومن ينظر إلى الصياغة العربية ويقرب الفصل 48 (حين تحدّث عن جهل في المتعاقد عليه) من الفصل 45 (الذي كان قد سمى بعد هذه الصّورة باسم الغلط)، سيقول إنّه وبالتّسببة إلى مجلّة الالتزامات والعقود نحن أمام مترادفين. هذا القول نفسه يخرج به قارئ الفصول 44 و45 و48⁽⁹⁰⁾ من الصياغة الفرنسيّة، وكذلك قارئ "المشروع المراجع". فلقد جاء بهذا المشروع، وبالتّحديد بالحاوية الجانبية لفصله الخمسين، أنّ: "الغلط هو [...] دوما شكّل من الجهل. والفقهاء العرب والرّومان يستعملون ألفاظ الجهل والغلط على أنّها مترادفة"⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ 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"

⁽⁹¹⁾ والذي سيصبح جزءه الأوّل هو الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود.

"L'erreur est [...] toujours une forme d'ignorance, et les juristes 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 المعرفة، والغلط هو اعتقاد المعرفة عن خطأ".

وانظر أيضا الذي قال إنّ الجهل هو الذي يوجد الغلط وذلك عند: "لوران" (فرانسوا): مبادئ القانون المدني الفرنسي. باريس، مكتبة مارسكو الأكبر شفالبي - مارسكو وشركاؤه - ورثة، بروكسال، برويلون

18. — كما جاء بالفصول 43 إلى 49 أمر آخر، هو تقسيم الغلط. فلقد بدأ المشرع بنصوص تهم صور الغلط (44 - 45 - 46 - 47)، ثم تتي بنص يهّم شرطا له (48)، ثم ختم بنص يعيدنا مرة أخرى إلى ما سبق من صور (49). ويمكن، بسبب ما سبق، أن نجزي المادة إلى هذين الجزأين: فبدأ بالصّور ثم مرّ إلى الشرط. لكن يبدو أنّ الصيغة الشرطية في الفصل 44 - زيادة على كونها تؤكد ما وصلنا إليه من كون ما جاء بالفصل 48 هو شرط - تمكّن (هذه المرة ليس بمفردها بل بمعية نفس نوع الصيغة في الفصلين 45 و46) من الحديث عن شرط آخر ليصير المفرد جمعا؛ أي ليصير الشرط شروطا⁽⁹²⁾.

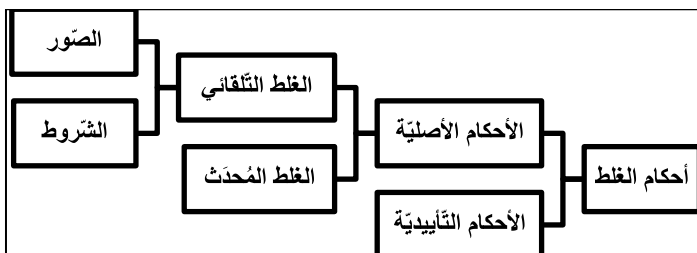
19. — وكلّ ما سبق (الأحكام الأصلية المتمثلة في صور وشروط الغلط التلقائي)، إن جُمع بمسألة الإحكام (وجوده أو عدم وجوده)، أعطى: عنوانا أولا هو الإحكام في الأحكام الأصلية المتمثلة في صور الغلط التلقائي (الفصل الأول)؛
وعنوانا ثانيا هو الإحكام في الأحكام الأصلية المتمثلة في شروط الغلط التلقائي (الفصل الثاني)⁽⁹³⁾.

وشركاؤه للنشر، وارثه إيميل برونلون، 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, 5^e édition, 1893, T. 15, n° 486.

وقارن جميع ما سبق مع جاء في الفقرة عدد 4.

⁽⁹²⁾ من يرى أنّ أقلّ الجمع ثلاثة، سيقول إنّ المفرد لم يصّر جمعا بل مثقّى.

⁽⁹³⁾



الفصل الأول

الإحكام في الأحكام الأصلية المتمثلة في صور الغلط التلقائي

20. — وصف الفصل 37 من المشروع والفصل 50 من المشروع المراجع والفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسية الغلط في الشيء بكونه غلطا في الواقع. لكنّ الفصل 38 من المشروع والفصل 51 من المشروع المراجع والفصل 46 من مجلة الالتزامات والعقود في نفس الصياغة السابقة لم يطلقوا هذا الوصف على الغلط في الشخص. والسؤال: هل تخصيص الفصول الأولى الغلط الأول بذلك الوصف يفيد اختصاصه به وأنه لا يهّم الغلط الثاني؟

21. — تنبغي الإجابة على هذا السؤال بالاستناد إلى نية المشرع الواردة في تعبير مباشر هو الفصول 40 من المشروع و53 من المشروع المراجع (وأتبعتهما في ذلك الصياغة الفرنسية للفصل 48 من مجلة الالتزامات والعقود). فهذه النية اتّجهت إلى وضع شرط يهّم كلّ الصّور بما فيها الشخص، واستعملت لذلك لفظ الواقع (فهو إذن للشخص أيضا) ولفظ القانون⁽⁹⁴⁾، ممّا يدلّ على أنّ عدم استعمال الفصول الواردة أعلاه في مرتبة ثانية وصف الواقع للشخص لم يكن يراد منه أن لا ينعت به.

⁽⁹⁴⁾ يقول "لوران" (م س، ج 15، عدد 486) إنّ التّصوص الرّومانية وصفت الغلط بكونه جهلا في الواقع أو في القانون.

وإنّنا وحين نذهب إلى «الدّيجاست» Digeste أو «البونداكت» Pandectes (المختار أو المنصّد أو المستصفي أو المهذّب حسب: فهمي (عبد العزيز)، مدوّنة "جوستينيان" في الفقه الرّوماني Institutes، بيروت، عالم الكتب، صفحة: م) نجد في الكتاب 22، العنوان 6 — وهو مكان مشار إليه في الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع— أنّ:
"الجهل هو إمّا في الواقع وإمّا في القانون".

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

الخمسون كتابا من مستصفي الإمبراطور "جوستينيان، ترجمه إلى الفرنسية م. هولو" و"م. برتولو" عن النسخة الفلورانسية، 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 الناقصة للمشروع المراجع، فهاتان أتيتا إلى النصّ الذي وضع شرطا يهّم كلّ الصّور وتحديثا فيه عن الشّيء دون الشّخص. ولقد تسرّب هذا الخطأ إلى الصياغة العربيّة للفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ انظر إلى الفصل 44 من قانون الالتزامات والعقود المغربي (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 للثاني.

انظر هذا التأكيد عند:

"ديكرو" (بول)، مصدر وخصوصيات الظّهير الذي يمثل مجلّة الالتزامات والعقود (ظ.ا.ع)، جريدة المحاكم المغربية، 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 بالرباط في 12 أوت 1913 والذي دخل حيز التّطبيق في 15 أكتوبر 1915، قد أتبع — كما يقول ذلك "بارج" في مقدّمته (اعترضنا "بارج" سابقا في تونس كعضو للجنة التي أعدت المشروع والمشروع المراجع: الفقرة عدد 5) — في مخطّطه العامّ وفي أحكامه التفصيليّة مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة.

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

أولهما أنّ مجلّة الالتزامات والعقود صدرت لتتطبق فقط أمام محاكم البايات (Tribunaux beylicaux) وعلى الرّعايا التّونسيّين. أمّا ظهير الالتزامات والعقود، فقد صدر لينطبق فقط أمام المحاكم الفرنسيّة وعلى المتقاضين أمامها، أي على الأجنبيّين بالأساس.

وثانيهما أنّ ظهير الالتزامات والعقود (ومن ثمّ مجلّة الالتزامات والعقود) قد مثّل نموذجا لمجلّة الالتزامات الصّادرة بتطوان سنة 1914 ومجلّة 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:

المذكوري (مُجدّ شعبي)، دراسة انتقاديّة لظهير الالتزامات والعقود، ص 33.

"مونيبي" (جوال)، م س، ص 15 وما بعدها.

الكّثاني (عزالدين)، الغبن في القانون المغربي، ص 209.

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

وهذه المقالات منشورة بالمجلّة المغربية لقانون واقتصاد التّسمية، العدد 7، 1984 (القسم العربي والفرنسي). وهو عدد خاص نشر أعمال "الأيام الدّراسيّة حول قانون الالتزامات والعقود والمجتمع بعد مضيّ 70 عاما".

المبحث الأول: الإحكام في صور الغلط في الواقع

24. — سبق منّا أنّ المشرّع أراد من كلمة "الواقع" الشّيء والشّخص. وهي صور "مبطلّة". لكنّ الكلمة قابلة لأن تشمل حالات أخرى "غير مبطلّة". لذا سننظر أولاً في الإحكام في الغلط في الواقع "المبطل" (الفقرة 1) وثانياً في الإحكام في الغلط في الواقع "غير المبطل" (الفقرة 2).

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

25. — إنّ الحديث عن الغلط في الواقع ينطوي على الحديث عن الغلط في القانون⁽⁹⁶⁾. وإنّ الحديث عن الغلط في الواقع "المبطل" يتضمّن الحديث عن الغلط في الواقع غير المبطل⁽⁹⁷⁾. كما أنّ الحديث عن الغلط في الواقع "المبطل" في جانبه الخاصّ بالشّيء يحتوي على الحديث عن الغلط في الواقع "المبطل" في جانبه الخاصّ بالشّخص⁽⁹⁸⁾. 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

⁽⁹⁶⁾ انظر الفقرة عدد 123 وما بعدها. لذلك فإنّ الحديث عن الأوّل هو بعد حديث عن الثّاني.
⁽⁹⁷⁾ سنرى أنّ الأوّل والثّاني هما بالأساس للسّبب. لذلك، إذا سبق الحديث عن أحدهما (وخاصّة عن الأوّل منهما)، أغنى ذلك عن الإطالة في الآخر.
⁽⁹⁸⁾ سنرى أنّ الأوّل للذّات (إلخ) وكذلك الثّاني. فإذا سبق الحديث عن الأوّل، أغنى ذلك عن الإطالة في الثّاني.

26. — من يدرس مجلّة الالتزامات والعقود يمكنه القول إنّها نظّمت الغلط في الشّيء مرتين: مرّة بهذا الاسم (أي: اسم الغلط في الشّيء)، ومرّة بغير هذا الاسم. وسنحاول البحث في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم الغلط، ثمّ في الإحكام في صورة الغلط في الشّيء المنظّم تحت اسم غير اسم الغلط.

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

"الغلط"

27. — تحدّث الصّياعة العربيّة للفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود عن "نفس الشّيء":

والمعنى الوضعي ل: "النفس" هو جملة الشّيء وحقيقته⁽⁹⁹⁾ ووجوده في ذاته⁽¹⁰⁰⁾.
 أمّا المعنى الوضعي ل: "الشّيء" فهو "كلّ موجود من الدّوات والمعاني"⁽¹⁰¹⁾.
 وينبغي أن نضيف هنا — لكونه يسير في اتجاه المعنى 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 الموجود، وهو معنى متصوّر في النفس سواء كان خارج النفس كذلك أو لم يكن، كقرايل وعنقاء مغرب، وبذلك يصحّ قولنا هذا الشّيء إمّا موجود وإمّا معدوم"⁽¹⁰²⁾.
 وقال الثّاني إنّ للشّيء ثلاثة معاني: واحدٌ ضيق، ومفاده ما يكون في تناول يدنا (حجر — زهرة — إلخ)؛ وآخرٌ واسع، وحاصله ما جاء سابقاً بالإضافة إلى

⁽⁹⁹⁾ جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، المجلّد 6، ص 233) أنّ النفس في كلام العرب على ضربين من بينهما جملة الشّيء وحقيقته.

⁽¹⁰⁰⁾ جاء في المعجم العربي الحديث أنّ معنى "نفس الأمر" حقيقته ووجوده في ذاته.

⁽¹⁰¹⁾ المعجم العربي الحديث.

⁽¹⁰²⁾ 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.

المخططات والقرارات والأفكار والأفعال (إلخ)؛ والمعنى الثالث أوسع، وفيه نجد ما تقدّم ومعه كلّ ما هو بطريقة أو بأخرى شيء وليس لا شيء⁽¹⁰³⁾.

يخلص ممّا تقدّم أنّ مدلول "نفس الشيء" هو "جملة أو حقيقة الموجود من الذوات والمعاني" أو هو "وجود ذلك الموجود في ذاته".

فإذا قُرِبَ المدلول من الدال لم يكن المدلول بأوضح من الدال⁽¹⁰⁴⁾. لذا سي طرح السؤال: ما جملة وما حقيقة وما وجود الموجود في ذاته؟ (أي سيجعل المدلول دالاً بدوره وسيطلب مدلوله)⁽¹⁰⁵⁾.

وينبغي - قبل تقديم جواب الفصل 45 نفسه عن هذا السؤال - أن نورد صياغته الفرنسيّة والمعنى اللغوي لما جاء فيها. فلقد تحدّثت هذه الصياغة عن "الواقع". وهو في الوضع "كلّ ما يحصل وما يقع"⁽¹⁰⁶⁾.

هذا المعنى أضيق من ذلك الذي وجدناه للعبارة الواردة في صياغة مجلّة الالتزامات والعقود العربيّة. مع ذلك ردّ الفصل 45 (وهنا نقدّم بالمناسبة نفسها جواب السؤال

(103) "هايدغر" (مارتان)، ما الشيء، ترجمه من الالمانية: "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.

(104) انظر إلى هذه المسألة عند:

"ديلباك" (نيكول)، الألسنيّة العرفانيّة. فهم كفيّة 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.

(105) معنى "نفس الشيء" الوضعي: ما ورد أعلاه/ معناها العرفي: ليس لها معنى عرفي/ في الأعمال التحضيرية: نجد لها كمعنى ما سيأتي لاحقاً.

(106) "Toute chose qui arrive, qui a lieu".

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

السابق) كلاً من عبارته العربية والفرنسية إلى ثلاثة أقسام هي: ذات الشيء، ونوعه، ووصفه⁽¹⁰⁷⁾.

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

(107) ينبغي هنا أن تقدّم ملاحظتين:

— أولاً أنّ الفصل 45 تحدّث لا عن ذات الشيء (إلخ)، بل عن ذات المعقود عليه (إلخ). لكن لأنّه ردّ الشيء ونفسه إلى معقود عليه وذاته (إلخ) استعملنا أعلاه — وبدل لفظة المعقود عليه — ما جيء به على أنّه مرادفها (تؤيّد الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع هذا الفهم).

— ثانيهما أنّنا بدأنا بالمعنى اللغوي ل: "نفس الشيء" خارج سياقها. لكن ولأنّ هذا المعنى (جملة كلّ موجود...) ليس بأوضح من الدّال (نفس الشيء)، حوّلنا وجهتنا دون أن نغادر اللغة نحو معنى "نفس الشيء" كما يستخرج من الجوّ التعبيري الذي وردت فيه.

I عرض أقسام الغلط في الشيء

29. — أقسام الغلط في الشيء ثلاثة. وقد نفكر في عرضها تباعا وفق الترتيب المعطى لها في الفصل 45. لكن ينبغي أن نعلم إلى ترتيب آخر، فنبداً بالذات، ثم نجمع النوع بالوصف (لأنّ الأول وصف كالثاني). كل هذا سيعطي عنوانين: الغلط في ذات الشيء (الفرع الأول)؛ والغلط في نوع الشيء وفي وصفه أو الغلط في وصفه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغلط في ذات الشيء

30. — من ينظر إلى المشروعين يجد أنّ هناك فقهاء اعتمدوا كثيرا كمراجع للفصل 43 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود. ومن ينظر إلى هؤلاء الفقهاء يجدهم يقربون الغلط في ذات الشيء من صورة أولى⁽¹⁰⁸⁾ ثمّ من صورة ثانية⁽¹⁰⁹⁾. واستناسا بهم، ينبغي أن يُقسّم العنوان الذي نحن بصدده إلى باين: باب لـ"الغلط في ذات الشيء" نفسه؛ وباب لما قرّب منه، أي لما هو "مثل" لهذا الغلط.

⁽¹⁰⁸⁾ هي صورة الغلط في طبيعة العقد. وهذه لم تكن موجودة في نص المشروع الذي يقابل الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود، ثمّ وجدت في نص المشروع المراجع والذي يقابل أيضا الفصل 45، ثمّ اختلفت مرّة أخرى في ثنايا مجلّة الالتزامات والعقود لأننا لا نجد لها في الفصل 45. ولقد جاء التقريب المذكور أعلاه عند:

"أوبري" و"رو"، دروس في القانون المدني الفرنسي حسب منهجية زكاري، باريس، المطبعة والمكتبة العائمة لفقهاء 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, 4^e éd., 1878, T. 4, § 343.

⁽¹⁰⁹⁾ "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرر.

31. — ■ فإذا دخلنا باب "الغلط في ذات الشيء" نفسه، وجدنا أمرين: الشيء "العادي" والثمن وهو شيء "خاص" (110).

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

فأمّا العربيّة — وهي الذات — فتعني في اللغة الخاصّة، والحقيقة (111)، والنفس، والعين، والجوهر (112). ويمكن أن نضيف إلى ما سبق: الماهية (113). لكن — لأنّ المعنى هنا أيضا ليس أوضح من المبني — سنضطرّ لأن نواصل بأن نسأل: ما خاصّة الشيء أو حقيقته؟ ما نفسه أو عينه أو جوهره؟ وإذا عمدنا إلى الإضافة الواردة للتوّ، ما ماهيته؟ ولن يقف الأمر عند هذا السّؤال، بل ينبغي أيضا أن نزيد: الم نجد بعد أنّ الغلط في نفس الشيء هو في اللغة غلط في الحقيقة؟ ألا نجد الآن أنّ الغلط في ذات الشيء هو أيضا غلط في الحقيقة؟ فكيف يكون للغلط في الذات — وهو القسم — المعنى نفسه الذي للمقسّم؟ وأكثر من ذلك الم نجد أنّ الذات هي النفس؟ فكيف تكون النفس هي المقسّم وفي الوقت نفسه بعض المقسّم؟

(110) قرّب هذا مع ما جاء عند:

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

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

(111) لسان العرب لابن منظور (م س).

(112) المعجم العربي الحديث.

(113) هذا معنى جاء عند ابن رشد (م س، ص 42 و 43) الذي، وبعد أن عدّد معاني هذه اللفظة التي قال إنّها مطلقة، تكلم بما يلي: "وأما ذات الشيء إذا استعملت هكذا مضافة: إنّما نعني به ماهيته أو جزء ماهيته". ولقد أضفنا هذا الذي قاله ابن رشد لأنّ الماهية مرادفة للجوهر كما سنرى.

قد ينبغي ترك لفظة الذات وترك أسئلتها. وقد ينبغي - هروبا من هذا التعقيد - التوجّه إلى الكلمة التي تقابلها في الصياغة الفرنسيّة⁽¹¹⁴⁾. فإذا فعلنا، وجدنا هذه الكلمة تفيد بحسب وضعها في اللغة النفس والعين⁽¹¹⁵⁾. وعلى هذا فمعناها مساو لمعنى اللفظة العربيّة. هذا يؤدّي إلى أن نجد أنفسنا مرّة أخرى أمام بعض من الأسئلة التي حاولنا استدبارها وأمام بعض من التعقيد الذي أردنا تجنّبه. وقد ينبغي أن لا نخوض في هذه الأسئلة هنا؛ أي قد ينبغي أن لا نقتحم غمار هذا التعقيد في هذه المرحلة المبكّرة من العمل. فالأسئلة والتعقيد سيعترضانا مرّة أخرى في نطاق عبارة النوع وعبارة الوصف. عندها نكون في مرحلة متقدّمة أكثر، وعندها يكون الوقت أنسب لمواجهة تلك الأسئلة وذلك التعقيد.

33. — إذن لتجنّب الأسئلة والتعقيد الآن، بأن نترك الألفاظ ومعانيها الوضعيّة، وبأن نوليّ الوجهة نحو التعبير المباشر عن نيّة المشرّع من تلكم الألفاظ: فإذا فعلنا، وجدنا أنّ هذا التعبير - متمثلاً في الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع - يُسَلِّم أنّ واضعي المجلّة يرون أنّ الغلط قسمان: واحد يؤثّر على الالتزام، والآخر لا.

فأمّا المؤثّر، فيُرجّعه واضعو المجلّة إلى جزأين⁽¹¹⁶⁾. وأوّل جزء أشير إليه بواسطة العدد واحد، وأعطى العنوان التالي:
"الغلط في الماهية"⁽¹¹⁷⁾ (في الذات) أو في الهوية⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁴⁾ هي كلمة *Identité*.

⁽¹¹⁵⁾ انظر مثلاً: معجم لبتري (م س، ج 3، ص 5)، تحت كلمة: *Identité*

⁽¹¹⁶⁾ سنرى فيما سيأتي أنّ في كلّ جزء ثمّ صورة. لكن هنالك صورة موجودة بالقسم غير المؤثّر، إلّا أنّها حسب واضعي المجلّة، وحين يتوفّر فيها شرط، تصعد درجة وتصبح هي الصّورة الثالثة عددا داخل قسم المؤثّر.

⁽¹¹⁷⁾ *Substance* (هذه العبارة هي سبب من الأسباب التي جعلتنا نأتي منذ قليل وفي المتن بما قال ابن رشد). وإنّ ترجمتنا لها في المتن بالماهية مأخوذة من قاموس يترجمها أيضا بالجواهر (وبالمادة: سنرى

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

ومن يقرأ هذا العنوان سيقول - آخذاً في الحسبان وظيفة القوسين⁽¹¹⁹⁾ - إنَّ الماهية مرادفة للذات. لكنّه لا يستطيع أن يقول الشّيء نفسه عن الهوية⁽¹²⁰⁾.

إلاّ أنّه، ومباشرة بعد العنوان، استعمل ضمير الغائب المفرد؛ والغائب هنا ما ورد في العنوان، وهو واحد، وهذا يدلّ على أمرين: أوّلهما أنّ ما جاء بالعنوان صورة واحدة، وثانيهما أنّ الهوية مرادفة للاسمين الآخرين⁽¹²¹⁾. فإذا استُحضر الآن أنّ الفصل 45 تحدّث في صياغته العربيّة عن ذات وفي صياغته الفرنسيّة عن هويّة، أمكن القول إنّ

لاحقاً السبب). المنهل، قاموس فرنسي عربي، بيروت، دار الآداب، ط 27، 2000.

(118) Identité: هوية، ذاتيّة (قاموس المنهل).

(119) القوسان هما جملة (أو لجزء من جملة أو مجموعة جمل) مستقلة تماماً من التّاحية التّحوية عن الجملة الأساسيّة، توضع وسطها أو في نهايتها لكي تدقّق أو تعدّل أو تنقص من معناها.

انظر: لاروس الكبير للغة الفرنسيّة، باريس، مكتبة لاروس، 1989، ج 5، ص 4371.

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

وطبعاً نحن أمام مرجع كتب حول اللغة الفرنسيّة. لكنّ الرّوابط الضّمينيّة (ومنها القوسان) واستعمالها في معاني محدّدة يهّم أيضاً اللغة العربيّة.

حول هذه الرّوابط انظر: الرّزوقي (عبد المجيد)، المنهجية أو البلاغة القانونيّة: التّعبير عن التّفكير، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، ط 2، 2013، الفقرة عدد 68.

انظر أيضاً وتحت عبارة قوس Parenthèse: "باتريك شارودو" و"دومينيك منغو" (بإشراف)، معجم تحليل الخطاب، ترجمه عن الفرنسيّة عبد القادر المهيري وحمّادي صمّود، المركز الوطني للترجمة، تونس، 2008، ص 410 وما بعدها.

(120) لأنّ الكلمة الفرنسيّة "ou" لها عدّة معان، وليس التّبادل بين شكلين (لفظتين) لهما نفس المعنى

إلاّ واحداً منها. انظر: معجم ليتري، م س، ج 3، ص 874.

(121) ولعلّ هذا يثير صعوبة على مستوى فهم الفصل 50 من المشروع المراجع. فصورته الأولى أسماها

هويّة (identité). وإنّا نعلم من الحاشية الجانبيّة أنّ مرادف هويّة هو ماهية (substance). وإنّا وحين نتقدّم في قراءة الفصل 50 نجده قد أسمى صورته الثّانية ماهية. وعلى هذا فصورنا هذا النّص لهما اسم واحد. وإنّا لن نخوض في هذا الأمر الآن، لأنّنا سنجد له لاحقاً تفسيراً.

ما سنجدّه تحت العنوان الوارد أعلاه هو معنى لما تحدّث عنه هذا النّص (الذّات في الصّياعة العربيّة والهويّة في الصّياعة الفرنسيّة). وما نجدّه يبدأ بإشارة إلى فقيه مالكي⁽¹²²⁾ في مكان تحدّث فيه عن جهل يكون محلّه المثمون⁽¹²³⁾. ومثاله شخصان يشتريان سلعتين "على أنّ كلّ واحد يأخذ واحدة بما ينوبها من الثّمّن"⁽¹²⁴⁾. لكن، ولكي نجد مثالا يهّمنا، علينا أن نواصل قراءة ما جاء في الحاشية عن ابن عاصم⁽¹²⁵⁾ وعن التّسولي والتّاودي⁽¹²⁶⁾، بل علينا أن نرجع بأنفسنا إلى هؤلاء لنفهم منهم أنّ هنالك أوّلا غلطا في الذّات لا يُصدّق من يزعم أنّه وقع فيه، وصورته تتمثّل في الذي يقف على بائع ويشير إلى شيء أمامه قائلا: بعني هذا الحجر، ثمّ يأتي ويقول ظننت المبيع ياقوتا وهو غير ذلك⁽¹²⁷⁾. كما نفهم من الفقهاء أنفسهم أنّ هنالك ثانيا غلطا في الذّات يؤخذ به، وصورته تتمثّل في الذي

(122) الزّرقاني (سيدي عبد الباقي)، شرح الزّرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشّيخ محمّد البّناي، بيروت، دار الفكر، المجلّد 3، ج 5، ص 24 (ملاحظة: هذا هو العنوان المعتمد في المشروع المراجع سواء للزّرقاني أو للبّناي وما صدر عن دار الفكر هو نقل للطبعة المستعملة من "سانتيلانا"، وإنّ المشروع حين يستعمل أرقاما رومانية فهو يشير إلى الأجزاء، وحين يستعمل أرقاما عربيّة فهو يريد الصّفحات).

(123) حدّثنا أيضا عن الثّمّن. ولكنّ الثّمّن سنحدّث عنه بعد قليل ضمن ما أسميناه "الشيء الخاص".

(124) الزّرقاني (سيدي عبد الباقي)، م س، المجلّد 3، ج 5، ص 24

(125) ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو بكر محمّد بن محمّد)، متن العاصميّة المسمّى بتحفّة الحكّام في نكت العقود والأحكام، ويليه متن لامية الزّقاق في فقه المالكيّة، مصر، ملتزم الطّبع والنّشر عبد الحميد أحمد حنفي، ص 48.

(126) التّسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، البهجة في شرح التّحفّة على الأرجوزة المسمّاة بتحفّة الحكّام لابن عاصم الأندلسي، وبحاشيته: التّاودي (أبو عبد الله محمّد)، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، ط 2، دار الفكر، 1370 هـ - 1951 م.

(127) قال التّسولي عن هذه الصّورة إنّ التّسمية بالاسم العامّ (الحجر) مظنّة لمعرفة المشتري بالمشتري. "فلا يقبل دعواه خلافا، لأنّه خلاف الغالب، وكان عليه أن يتثبت بنفسه". التّسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، م س، ج 2، ص 24.

الأحكام الأصلية للغلط اللقائي

يقف على بائع ويشير إلى شيء أمامه قائلاً: "بيني هذه الياقوتة وهي غير ذلك"⁽¹²⁸⁾. وقد قيل إنّ هذا الجهل تعلق بحقيقة المشتركة⁽¹²⁹⁾.

34. — ويخلص ممّا جاء للتوّ — بعد أن يُضاف له ما تناولناه في المقدمة حول معنى الغلط — أنّ الغلط في ذات شيء⁽¹³⁰⁾، 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 — دائماً انطلاقاً من الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع — القول إنّ الغلط في ذات الشيء فُصد به أيضاً صورة الشيء "الخاص" وهو الثمن. فلقد أشارت تلك الحاشية إلى الزرقاني⁽¹³¹⁾ في مكان تحدّث فيه عن

⁽¹²⁸⁾ يقول التسولي إنّ تسمية الشيء بغير اسمه مظنة الجهل به (م س، ج 2، ص 24).

⁽¹²⁹⁾ التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، م س، ج 2، ص 24.

⁽¹³⁰⁾ أطلقت الترجمة الكاملة على الصورة الأولى اسمين: الغلط في ذات المعقود عليه والغلط في تعيينه. ولعلّه بالإمكان أن نعطي مثلاً معاصراً عن هذه الصورة، ومفاده شخص يريد أن يشتري سيارة "مرسيدس" قديمة موجودة في قاعة عرض شركة للتجارة بالسّيارات. فيهدف إلى المتصرّف في المعازة مصرّحاً بأنّه اشترى "المرسيدس" المعروضة، جاهلاً أنّه وقبل أن يقوم بالمكالمة الهاتفية هنالك "مرسيدس" أقدم من الأولى قد أخذت مكان التي رآها. انظر هذا المثال عند: "فيتز" (كلود)، القانون الخاص الألماني. الأعمال القانونية. الحقوق الشخصية، باريس، ليتاك، 1992، عدد 323.

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

⁽¹³¹⁾ الزرقاني (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) وتنفيذ بحسب نية المشرّع المعبر عنها مباشرة الإطلاق (الموجود الذي يقع المتعاقدان في غلط حوله هو الثمن والمثمن).

— ولو أسميناها، كما جاء بالنص نفسه، "معقودا (عليه)"، ف: "معقود" لفظة مطلقة (فيها المثمنون

الجهل الذي محلّه - حسب تسمية الفقه الغربي المعاصر⁽¹³²⁾ - تعيين الثمن أو تعيين السكّة.

36. - ممّا سبق يمكن القول إنّ التعبير المباشر يسلم أنّ الصّورة الأولى للفصل 45 هي صورة حكم يجانب الواقع سببه عدم علم بأنّ ما عيّناه هو شيء "عادي" ما، وفي الوقت نفسه عدم علم بأن ما عيّناه هو ليس الشّيء "العادي" الذي أردناه. كما أنّ التعبير المباشر يمكن من القول إنّ تلك الصّورة لذلك الفصل هي أيضا لحكم يجانب

والثمن)، وهي تفيد بحسب نية المشرّع المعبر عنها مباشرة الإطلاق. - إنّ مسألة الإطلاق تمّ لا فقط صورة الفصل 45 الأولى بل ونظريًا الثانية والثالثة. لكن - ولأنّ الثمن لا يتحدّث عنه إلّا مع الدّات (انظر ما سيرد في المتن حول الإشارة إلى الرّقابي) - لن نثير هذه المسألة إلّا هنا. ويمكن أن نزيد فنقول إنّ نقود اليوم لا يتحدّث في إطارها الفقه (مثلا الفرنسيّ منه) إلّا عن الدّات. فإذا كان هذا الحديث يعني أنّه لا وجود لنوع أو لوصف للنقود، فإنّ النتيجة ستكون متمثلة فيما يلي: عبارة الفصل 45 الواردة في مرتبة أولى (ذات المعقود عليه) تمّ المثلثون والثمن/ العبارة نفسها، وحين وردت في مرتبة ثانية وثالثة (نوعه - وصفه)، تمّ المثلثون دون الثمن. (132) انظر إلى من يوردون صورتين: صورة الذي يظنّ أنّ الثمن هو 1450 فرنك، والحال أنّه 14500 فرنك؛ وصورة الذي يظنّ أنّ الثمن هو 5000 فرنك قديم، والحال أنّه 5000 فرنك جديد. "تيري" (فرانسوا) و"سيملر" (فيليب) و"لوكتيت" (إيف)، القانون المدني. الالتزامات، باريس، دالوز، ط 11، 2013، الفقرة عدد 212.

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

انظر أيضا إلى:

"فيستان" (جاك)، مؤلف في القانون المدني. تكوين العقد، باريس، المكتبة 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., 3^e éd, 1993, n° 495.

ملاحظة: وضع الفرنك الجديد بمقتضى مرسوم 27 ديسمبر 1958 ليعمل به بداية من 1 جانفي 1960، وقيمته تساوي 100 فرنك قديم: "تيري" (فرانسوا) و"سيملر" (فيليب) و"لوكتيت" (إيف)، م س، الفقرة عدد 1233.

الواقع سببه عدم علم بأن ما عيّنهُ ثمن أو سكّة ما وفي نفس الوقت عدم علم بأن ما عيّنهُ ليس الثمن أو السكّة التي أردناها⁽¹³³⁾.

37. — لكن ما سبق من تعبير مباشر لا يسلم الصنف الذي يندرج فيه الغلط في ذات الشّيء "العادي" أو "غير العادي": هل هو الذي اتفقت فيه نيّتا الطرفين أم هو الذي اختلفتا فيه؟

فأمّا الصنف الأول — وسنأخذ هنا مثال الثمن، وهو يغني عن غيره — فمن صوره أن نستخرج تعبيراً اقتنعنا بأنّه يحمل نيّتي الطرفين معا على أنّ الثمن دينار⁽¹³⁴⁾، لكننا نجد كتب العقد نصّ على ثمن آخر (هنا وقع الطرفان في الغلط).
 وأمّا الصنف الثاني — وسنبقى مع تعيين الثمن — فمثاله أن نستخرج تعبيراً اقتنعنا بأنّه يحمل إرادة الطرفين: [أ] و [ب]. ومفاد هذا التعبير، أنّ [أ] أراد دينارا و [ب] دينارين. فهنا ينقسم الأمر إلى حالتين: أولاها أنّ كتب العقد نصّ على دينار (هنا وقع [ب] في الغلط) أو نصّ على دينارين (هنا وقع [أ] في الغلط)⁽¹³⁵⁾؛ وثانيتها أنّ كتب العقد نصّ على ثمن ليس الدينار ولا الدينارين (هنا وقع [أ] و [ب] في الغلط).

⁽¹³³⁾ ينبغي أن ننبّه هنا إلى أنّ هنالك اختلافا بين "الغلط في الثمن" و"الغلط في القيمة". ففي هذا اتفق الأطراف على الثمن، لكنّ أحدهم ينازع فيما بعد هذا الثمن بحجّة أنّه لا يتناسب والقيمة الاقتصادية الحقيقية للشّيء أو للخدمة المسداة. انظر حول الغلط في القيمة ما سيأتي في الفقرة عدد 243 وما بعدها.

وينبغي التنبية أيضا إلى أنّ "الغلط في الثمن" مختلف عن "الغلط في الحساب". انظر: "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت" م س، عدد 212. وانظر حول الغلط في الحساب ما سيأتي في الفقرة عدد 111 وما بعدها.
⁽¹³⁴⁾ مثلا بين الطرفين معاملات سابقة بدينار.

⁽¹³⁵⁾ تحدث "فيستان" عن الصنف الأول وقال إنّهُ غلط يرتكبه الطرفان وذلك حين تلتقي إرادتهما على عقار (هو أخذ مثال الشّيء "العادي") لكنهما يعيّنان آخر. كما تحدّث عن الحالة الأولى من الصنف الثاني وقال عنها إنّها لغلط يرتكبه طرف فقط، وذلك حين تذهب كلّ إرادة إلى عقار مختلف عن ذلك الذي ذهبت إليه الأخرى (م س، عدد 495).

ولعلّه بالإمكان - استناداً إلى التعبير غير المباشر المتمثّل في حمل كلام العاقل على ما لا يؤدّي إلى نتائج ضارّة - القول إنّ المشرّع لم يرد أن تكون صورة الفصل 45 الأولى للصنف الأوّل، إذ جاء في هذا النصّ جزاء الفسخ، ومن المضّر أن يأتي تشريع ويقول بهذا الجزاء في هذه الحالة التي التقت فيها نيتا الطرفين.

بل لعلّه يمكن الاستغناء عن التعبير غير المباشر بالتعبير المباشر. وفعلاً جاء، بآخر الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع، حديثٌ عن غلط في اسم الشيء ونيات الأطراف قد اتفقت. كما جاء حديث عن غلط في أوصاف الشيء والأطراف متفقون على الشيء. وقد يقال إنّ هذه الصورة (وربّما أيضاً سابقتها) لا علاقة لها بما جاء في مرتبة أولى بالفصل 45 أو بما جاء في بداية الحاشية الجانبية للفصل 50 المذكور. ويمكن أن نردّ بالنسبة إلى صورة الاسم أنه أشير فيما يخصّها إلى الزرقاني⁽¹³⁶⁾ في مكان تحدّث فيه عن الحالتين اللتين وجدناهما عند قراءة ابن عاصم والتسولي والتاودي⁽¹³⁷⁾، هذه القراءة التي تمّت في إطار التعبير المباشر عن قصد المشرّع ممّا جاء في المرتبة الأولى بالفصل 45 أو ببداية الحاشية الجانبية⁽¹³⁸⁾.

(136) وبالتحديد إلى: ج 5، ص 153.

(137) انظر الفقرة عدد 33.

(138) ينبغي أن نضيف للمتن أنّ عبارة الفصل 45 مطلقة وتشمل الصنفين، لكن هنالك قرينة تصرف هذا المطلق إلى الخصوص وهي نية المشرّع المتوصّل إليها بواسطة التخمين ونيته المتوصّل إليها من الوجه المباشر.

بعبارة أخرى: هنالك أصل العملية، أي ما سنعتبره وبواسطة التأويل أنّه قصد حقّاً من الأطراف (طبعاً تحمله عبارة لأنّ القصد يخفى ولا يعرف إلاّ بغيره وهو العبارة عنه)، وهنالك عبارة عن العملية (مخالفة للعبارة السابقة) (للتبسيط سنسمّي الأصل أصلاً والعبارة المخالفة عبارة):

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

من المعلوم أنّ الإبطال يهّم الأصل، وهنا الأصل ليس مختلفاً (تطابق الإيجاب مع القبول). أمّا العبارة فنعمل عليها الفصل 515 من مجلّة الالتزامات والعقود (لا نأخذ بما هو موجود بما لأنّه ظاهر لفظ).

وما ورد للتوّ له تأثير على فهم الفصل 47 من مجلّة الالتزامات والعقود. فهذا اعتبر النصّ - كما سنرى ذلك لاحقاً (الفقرة عدد 111 وما بعدها) - أنّ الأصل غير مختلّ وبالتحديد اعتبر أنّ هنالك التقاء للإرادات حول النتيجة الصحيحة (إذن قرينة، والقرينة قد تطابق الواقع وقد تخالفه: انظر ما سيأتي حول القانون الألماني إبان تناول الغلط في الحساب في الفقرة عدد 111 وما بعدها). ثمّ إنّ النصّ أخذ بعد ذلك بمجلّ الفصل 515: العبرة بالمقصود (والمقصود افترضه الفصل 47)، لا بظاهر اللفظ (ظاهر اللفظ سيكون بدوره مفترضا، أي أنّ الافتراض الأوّل يتبعه افتراض ثان وهو أنّ ما لم يرد أي ما هو ظاهر لفظ هو المحصّلة الخاطئة).

الصورة الثانية: لنفرض أنّ الأصل نجد به: إيجاب (أراد البيع بدينارين) \neq قبول (1 د) / العبارة نجد بما: إمّا: 1 د أو 2 د، وإمّا: ما ليس 1 د ولا 2 د. فهنا وبعد أن تمّ تحديد ما الذي يمثّل أصلاً (أي بعد أن عددنا العبارة التي معناها "إيجاب (أراد البيع بدينارين) / قبول (1 د)" هي التي تحمل القصد)، ينجز عن هذا التحديد أن يقال بعدم التقاء الإرادات، أي ينجز إبطال للأصل.

وإنّ الفصل 45 لمطلق ولكن تمّ قرينة مقيدة (نتية غير مباشرة ومباشرة) تصرفه إلى الصورة الثانية. ويمكن نقل جميع ما سبق حول الصورتين وتطبيقه على الغلط في طبيعة العقد وغيره من صور الغلط. وتنبغي العودة إلى الصورة الأولى (وإلى مثيلاتها ممّا سيأتي من صور تطابق الإيجاب مع القبول حول أمر رئيّ أنّه هو المقصود ومجىء العبارة بما يخالف ذلك الأمر. وينبغي أن نضيف الغلط في الحساب حين نحلّله كما سيأتي لاحقاً على أنّ ما قُصد وما تمّ التفكير فيه هو المحصّلة الصحيحة. لكن العبارة جاءت فيها المحصّلة خاطئة) للقول:

- هنا تمّ حكم؛ أي تمّ تفكير.

- لكن حصل خلل، إذ العبارة لم تحمل ذلك التفكير (حملت تفكيراً آخر).

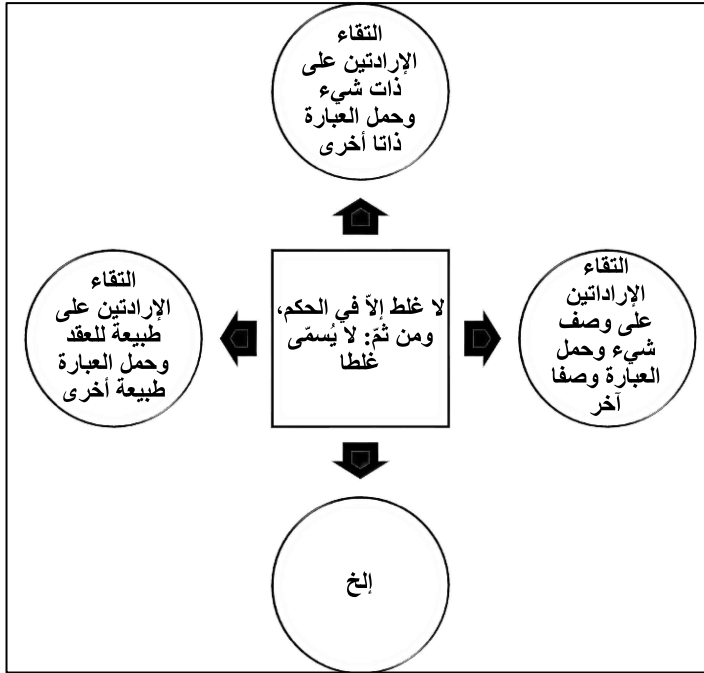
وعليه فالخلل والغلط هم العبارة ولم يهتمّ الحكم. لذا من يقول أن لا غلط إلاّ في الحكم (انظر الفقرة عدد 4) لن يُسمّى الصّور السابقة (صور التقاء الإرادات على أمر ومجىء العبارة بغير ذلك الأمر) صور غلط. بعبارة مختلفة، تمّ أربع فروض:

الصيغة (الجملة الخبرية / القضية الخبرية)	الحكم	الواقع
(أ) هو (ب)	(أ) هو (ب)	(أ) هو (ب)
(أ) هو (ج)	(أ) هو (ب)	(أ) هو (ب)
(أ) هو (ج)	(أ) هو (ج)	(أ) هو (ب)
(أ) هو (ب)	(أ) هو (ج)	(أ) هو (ب)

<p>• الحكم مطابق للواقع (لا مشكل في الحكم، أي في الإرادة، إذن لا غلط) • الصيغة مطابقة للحكم، أي للمراد</p>	الفرض 1
<p>• الحكم مطابق للواقع (لا مشكل في الحكم، أي في الإرادة، إذن لا غلط) • الصيغة غير مطابقة للحكم (مشكل في التعبير لا في الإرادة، هذا لا يسمى غلطاً)</p>	الفرض 2
<p>• الحكم غير مطابق للواقع (مشكل في الحكم، أي في الإرادة، إذن غلط)</p>	الفرض 3
<p>• الحكم غير مطابق للواقع (مشكل في الحكم، أي في الإرادة، إذن غلط)</p>	الفرض 4

الأحكام الأصلية للغلط التقائي

وإنّ هذا الرّدّ سيعيننا على الآخر الذي يهّم صورة الوصف. فهنا حصلت إشارة إلى المادّة 65 من المجلّة العثمانيّة⁽¹³⁹⁾. وفي شرح هذه جاء مثال⁽¹⁴⁰⁾ لا يختلف في شيء عن ذلك الذي اعترضنا في إطار التّعبير المباشر المرتبط بصورة الذات سوى أنّنا وفي هذا الإطار كنّا أمام مثال الياقوتة - وهو أمر لا يدرك بالمشاهدة، ولذلك يؤخذ بهذا الغلط - وفي صورة الوصف نحن أمام لون وهو يدرك بالمشاهدة، ولذا عدّ الواصف قد لغا، وأخذ بإشارته، ممّا يؤدّي إلى التّقاء 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،



⁽¹³⁹⁾ التي تقول: "الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر". حيدر (علي)، درر الحكماء شرح مجلّة

الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الجيل، ط 1، 1411 هـ/1991 م.

⁽¹⁴⁰⁾ "لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه بعث هذا الفرس الأدهم وأشار

إليه وقبل البائع صحّ البيع ولغا وصف الأدهم": حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 64.

خلافًا للصورة الأولى لهذه الحاشية ومن ثمّ خلافًا للفصل 50 من المشروع المراجع وللـفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود، لا يوجب الغلط فيهما فسخًا.

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

39. — ▲ فأما الغلط في طبيعة العقد، فلم يكن موجودًا في نصّ المشروع الذي يقابل الفصل 45⁽¹⁴¹⁾. ثمّ وجد في نصّ المشروع المراجع وذلك مع الذات والتّوّع والوصف⁽¹⁴²⁾. ثمّ عاد إلى عدم الوجود في الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود⁽¹⁴³⁾. ويمكن، انطلاقًا من المراجع المستعملة في المشروع المراجع مع الفصل 3 ومع فصول البطلان، القول إنّ أصحاب اللجنة يرون التّقاء الارادات ركنا

⁽¹⁴¹⁾ وهو الفصل 37.

⁽¹⁴²⁾ الفصل 50 من المشروع المراجع.

⁽¹⁴³⁾ ملاحظة 1: قد يختلف نصّ المشروع (مثلا الفصل 37 لم يحو طبيعة العقد) عن نصّ المشروع المراجع (الفصل 50 هو الفصل 37 السابق ومعه طبيعة العقد). ويمكن القول انطلاقًا من المقدّمة التي كتبها "سانتياغونا" أنّ التّغيير سببه ملاحظات فرع اللجنة (sous-commission) الذي فحص المشروع).

وقد يختلف نصّ المشروع المراجع (الفصل 50 مثلاً) عن نصّ مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 45 ليس فيه طبيعة العقد).

وسنحاول أن نشير إلى هذه الاختلافات لكي يتبيّن أنّ تغيير المشروع وخاصّة تغيير المشروع المراجع لم يكن دائماً من أجل وضع حلّ من الفقه الإسلامي.

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

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

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

الأحكام الأصلية للغلط التلقائي

أساسيًا من أركان العقد. فإذا استحضرتنا أن بالإمكان تحليل صور الغلط في الذات والغلط في طبيعة العقد على أنهما نوعان داخل جنس هو عدم التقاء الإرادات⁽¹⁴⁴⁾، أمكن القول إنّه وفي المشروع أخرجت من الجنس الذي يحكمه نصّ الأركان صورة الذات ووضعت في الفصل 37 ليكون لها حكم مختلف عن مجانساتها؛ ثمّ في المشروع المراجع، زيد على ذلك بأنّ الحقّ الغلط في طبيعة العقد بالغلط في الذات؛ أخيرا، وفي مجلّة الالتزامات والعقود، تمّت العودة إلى الحلّ الموجود بالمشروع⁽¹⁴⁵⁾.

40. — ولعلّ ما سبق، يمكّن من القول إنّ وضع الغلط في وجود السبب كان مختلفا. فهذا الغلط ظلّ دائما في نفس المكان (سواء في المشروع أو في المشروع المراجع أو في مجلّة الالتزامات والعقود) وهو من جهة النصّ الذي يعدّد الأركان ومن جهة أخرى النصّ الذي يتحدّث عن وجود السبب⁽¹⁴⁶⁾.

41. — وينبغي، ونحن نتحدّث عن الغلط في وجود السبب⁽¹⁴⁷⁾، أن نشير إلى صورة قريبة منه هي الغلط في وصف السبب. هذه الصّورة غير منطوق بها في مجلّة

⁽¹⁴⁴⁾ 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.

⁽¹⁴⁵⁾ انظر ما سيرد في هامش من الفقرة عدد 283.

⁽¹⁴⁶⁾ تحدّث المشروع والمشروع المراجع عن غياب السبب فقط، ولم يتحدّثا عن "السبب الخاطئ" — وهذا ما فعلته الصّياغة العربيّة والفرنسيّة لمجلّة الالتزامات والعقود. لكننا نعلم أنّ "الالتزام على سبب خاطئ هو أيضا التزام بدون سبب، لكن مرثيا من خلال نفسيّة المدّين" ("كاربونيي"، م س، عدد 58). لذا يمكن القول إنّ إضافة "السبب الخاطئ" ليس فيها زيادة معنى جديد (فقط سيصير الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود مساويا للفصل 1131 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة مبنى ومعنى، والحال أنّه ودون هذه الإضافة لكلمة "سبب خاطئ" مساو له في المعنى فحسب).

⁽¹⁴⁷⁾ علينا أن نشير هنا إلى أنّ تسمية هذه الصّورة بالغلط في وجود السبب 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 المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. وأخيرا علينا أن نشير إلى أنّه يقدر في إطاره مثالين هما:

الالتزامات والعقود⁽¹⁴⁸⁾، وهي مثل سابقتها مادة⁽¹⁴⁹⁾، لكنّها مختلفة عن هذه السّابقة جزاءً.

مثال الوارث الذي يلتزم بتنفيذ وصيّة كان الموصي قد ألغاه 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 المجلّة المدنية الفرنسية في فقرته الثّانية).

وإنّ الإشارات السّابقة لواجبة الإتمام بوحدة أخرى مفادها أنّ الغلط في وجود السّبب قد يرد في إطار عمل قانوني (يمكن أن نضيف للمثاليين السّابقيين 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، مُكّر 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 المشروع المراجع. 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 يوُلّد:

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، المجلّة الفصلية للقانون المدني، 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.

"فيسستان" (ج)، غلط القائم بالدّفع شرط لاسترداد غير المستحقّ، دالوز 1972، ص 277.

GHESTIN (J), L'erreur du *solvem*, condition de la répétition de l'indu, Dalloz, 1972, chronique, p. 277.

⁽¹⁴⁸⁾ أخذ الاسم هنا أيضا من "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343 مكرر). ولقد قالوا إنّ هذا

الغلط محكوم بالفصول 1109 و1117 و1304 و1338 من المجلة المدنية الفرنسية. كما قدّم له مثال من يعد، عن طريق تجديد الالتزام، بدفع دين طبيعي كان يظنّ خطأ أنّه نافذ مدنيًا. وعلينا أن نلاحظ أنّ الغلط السابق جاء في إطار عمل قانوني. لكن يمكن أن يرد في إطار واقعة (دفع الدين). فأما الصورة الأولى فيمكن أن نصل إلى حكمها بعد القياس على الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود. ولعله يمكن الوصول إليه من خلال نية المشرع المستخلصة من وجه مباشر. فكما تقدّم جاءت هذه الصورة عند فقه استعمل تحت الفصل 50 من المشروع المراجع. والحكم المتحدّث عنه يتمثّل في البطلان التسيي.

وأما الصورة الثانية، فحكمها موجود بالفصل 78 من مجلة الالتزامات والعقود (لكن في الصورة الثانية الدافع يظنّ دافعا لأنّه لا يستردّ، أما في الصورة الأولى فالواعد سيظل الوعد وإذن لن يكون دافعا. ولعلّ هذا قد يدعو البعض إلى محاولة الوصول إلى حلّ آخر بالنسبة إلى الصورة الأولى. لكن الواجب هنا أن يعتمد على قواعد تأويلية أخرى مثل تلك التي تطلب اتّباع مقتضى الاتساق).

وهكذا فالغلط في وصف السبب قد يولّد:

واقعة قانونيّة (ظنّ أنّه مدين مدنيًا فدفع).

أو عملا قانونيًا (ظنّ أنّه مدين مدنيًا فوعد بالدفع أو أقرّ بالدين).

انظر إلى المراجع الفقهية المستعملة تحت الفصل 78 من المشروع المراجع لتجد أنّ الصورة التي أسميناها الثانية 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 "تولبي"، القانون المدني الفرنسي وفق ترتيب المجلة، باريس، مكتبة المحكمة الملكية، ط 3، 1821-1834، ج 6، عدد 75.

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

وكلام "تولبي" جاء في إطار العمل القانوني، إلّا أنّه بمثابة ذكر الشيء بالشيء. وفعلا قال "تولبي" إنّ الغلط في القانون مقبول في العمل القانوني، تمّ أضاف - وهنا نصل إلى الفقرة عدد 75 المشار 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 بالمقاصّة دون العلم بذلك وعن مسألة الاسترداد. انظر أيضا إلى المراجع الأخرى، وانظر إلى الحاشية الجانبية لتجد فيها أمثلة من الفقه الإسلامي تمّ الصورة الثانية.

(149) إنّ نُظِر إلى السبب، ففي الصورتين السبب قريب. انظر حول السبب القريب: الفقرة عدد 149

وما بعدها.

42. — بعبارة أخرى — إذا جعلنا الحديث يشمل كل ما سبق من صور — وضعت مجلّة الالتزامات والعقود وفق معيار الجزاء "الطبيعة" و"وجود السبب" في صنف⁽¹⁵⁰⁾، و"الذات" و"وصف السبب" في صنف آخر⁽¹⁵¹⁾. بهذا ابتعدت عن الفقه الفرنسي الذي نجده مشارا إليه في أعمالها التحضيرية. فهذا الفقه يضع وفق معيار الجزاء "الذات" و"الطبيعة" في صنف (ويسميهما، لكونه يدخلهما في باب عدم تطابق الإيجاب مع القبول، صور "سوء التفاهم"⁽¹⁵²⁾) ويلحق بهما "وجود السبب". لكنّه يضع "وصف السبب" في صنف آخر⁽¹⁵³⁾.

في هذا الصنف الآخر نجد — ضمن ما نجد — الغلط في وصف الشيء:

⁽¹⁵⁰⁾ صنف البطلان المطلق كما سنرى ذلك في الجزء الثاني.

⁽¹⁵¹⁾ هو صنف البطلان النسبي لأننا سنرى في الجزء الثاني أنّ هذا هو معنى عبارة "الفسخ" الواردة

بالفصل 45.

⁽¹⁵²⁾ والعبارة لـ"أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343).

⁽¹⁵³⁾ انظر إلى "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، الفقرة 343 مكرر).

الفرع الثاني: الغلط في نوع الشيء وفي وصفه/ أو الغلط في وصف الشيء

43. — تحدّث الفصل 45 عن النوع وعن الوصف، وسنحاول البحث في المعنى اللغوي لكلّ من هذين اللفظين وفي إرادة المشرّع منهما:
44. — فإذا بدأنا بالمعنى اللغوي وجب علينا أن ننظر في كلّ لفظ على حدة:
45. — وأوّل لفظ هو النوع. وإنّ المعجم وما هو راجح أنّه إرادة المشرّع ليحيلان فيما يخصّه على مادّة. وهذا ما سيجعلنا وبعد إيراد المحيل، نذهب إلى المحال عليه:
46. — فإذا بدأنا بلفظة النوع، وجدنا في معجم أوّل أنّها الضرب من الشيء وأنّ لها معنى خاصّاً في علم المنطق⁽¹⁵⁴⁾. كما وجدنا في معجم آخر أنّها "الصنّف من كلّ شيء [...] وفي اصطلاح المناطق كلّ مقول على واحد أو على كثيرين متّفقين في الحقائق"⁽¹⁵⁵⁾. والسؤال: ما الضرب وما الصنّف؟ ثمّ وعلى مستوى الاصطلاح المنطقي ما الكلّي وما الواحد وما الكثيرون وما الحقائق التي يتّفقون عليها؟ فإذا مررنا إلى اللفظة المقابلة للنوع في الصياغة الفرنسيّة، وجدناها تفيد: "الطبيّعة الخاصّة بمجموعة من الأشخاص أو الأشياء والتي تسمح باعتبارهم منتمين إلى صنف مميّز"⁽¹⁵⁶⁾. وهنا أيضا يطرح السؤال: ما الطبيّعة الخاصّة وما الصنّف المميّز؟ إنّ سبب طرح هذا السؤال وسبب طرح سابقه شبيهه بسبب طرح الأسئلة التي تركنا الإجابة عنها في إطار صورة الغلط في الذات.

(154) ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 364.

(155) مجمع اللغة العربيّة، المعجم الوسيط، مصر، مكتبة الشروق الدوليّة، ط 4، 1425 هـ/ 2004 م،

ص 964.

(156) "معجم روبار الصّغير 1"، تحت عبارة: Espèce.

فهنا أيضا لدينا عملية 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). ثم هنا أيضا ما وصلنا إليه ليس أوضح من الذي انطلقنا منه. فإذا تأملنا هذا الذي وصلنا إليه، أمكن تبين سبب كونه ليس أوضح من المبنى المنطلق منه. فالتنوع في معناه اللغوي العام كما سبق هو الضرب والصنف. والضرب في معناه اللغوي هو النوع. كما أن الصنف في معناه اللغوي هو النوع⁽¹⁵⁷⁾. وهكذا فنقطة الوصول هي نقطة الانطلاق، مما يعني أنه لم يحصل تقدّم في عملية الفهم والتفسير. لكن جاء في المعاجم العربية معنى قيل إنه منطقي. وإنه سيظهر لنا لاحقا تأثير المشرع وأخذه بالمنطق في الفصل 45. وعلى هذا ينبغي الوقوف عند هذا المعنى المنطقي لأنّ الراجح أنّه هو المراد للفظ النوع. لكنّ هذا الوقوف يجعلنا نقول إنّ المعنى المتوصّل إليه ليس أوضح من المنطلق منه. والسبب أنّنا أمام معنى عرفي خاص، وبالتدقيق أمام معنى ليس مردّه العرف عند أهل القانون بل عند المناطق. لذا ينبغي (من أجل إنجاح عملية التفسير بجعل المتوصّل إليه أوضح من المنطلق منه) أن نذهب إلى مادة المنطق لنستخرج ما جاء فيها حول النوع.

47. — كما ينبغي أن نأخذ نماذج، وأن تكون هذه النماذج من كتابات منطقيّة عربيّة إسلاميّة وغربيّة. فأما النّمودج العربي الإسلامي فاخترناه من الغزالي⁽¹⁵⁸⁾، ومن ابن تيمية⁽¹⁵⁹⁾. وأما الغربي فاخترناه من "لالاند"⁽¹⁶⁰⁾، ومن "هايدغر"⁽¹⁶¹⁾.

(157) المعجم العربي الحديث.

(158) لأنّه كتب في هذا الأمر في مؤلّف خاص بالمنطق (معيّار العلم في المنطق، شرح أحمد شمس الدّين، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1990 م) وكذلك في مؤلّف له ارتباط بالقانون (المستصفي من علم الأصول، بيروت، دار الفكر، د ت).

(159) وسبب اختيار ابن تيمية أنّ كتابه مؤلّف نقدي للمنطق (الرّد على المنطقيّين، 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 المنطق والمدخل إليه

48. — فإذا بدأنا بالكتابات العربية الإسلامية، وجدناها تتحدّث عن الماهية: وهي ما دلّ عليه اللفظ بالمطابقة (كقولك: الإنسان)؛ وتحدّث عن جزئها الدّاخل فيها: وهي ما دلّ عليه اللفظ بالتّضمّن (كقولك فيما يخصّ الإنسان: حيوان فقط أو ناطق فقط)؛ وتحدّث عن اللازم الخارج عنها: وهو ما دلّ عليه اللفظ بالالتزام، وهذا ينقسم إلى قسمين: لازم وجود الماهية دون حقيقتها (الظّلّ والحدوث للأدمي) ولازم الماهية (الرّوجيّة للسنّة والفردية للثلاثة)؛ أخيرا تتحدّث الكتابات العربيّة الإسلاميّة — إلى جانب ما ورد للتوّ وهو العرضي اللازم — عن عرضي عارض⁽¹⁶²⁾.

بالألفاظ العاميّة والأمثلة الفقهيّة، بيروت، منشورات مكتبة الحياة) قسم المفكرين المسلمين إلى فريقين (انظر صفحة: ل): فريق انتصر للمنطق الأرسطوطاليسي (ابن حزم، الرّازي، الغزالي)، وفريق حاول الاستقلال عنه (التّاشي، التّوحي، الباقلاني، ابن تيمية). ويقول إحسان عبّاس: "ومن الطّريف أن يقارن المرء بين اثنين متقاربين في المذهب العقائدي تقاربا شديدا مثل ابن حزم وابن تيمية وهما يقفان على طرفين متباعدين في النّظر إلى المنطق".⁽¹⁶⁰⁾ لأنّه معجم في اصطلاحات الفلسفة والمنطق.

"لالاند" (أندري)، معجم تقني ونقدي للفلسفة، باريس، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 3، 1993. LALANDE (André), Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, P.U.F., 3^e éd, 1993.

⁽¹⁶¹⁾ لأنّ له كتابا خاصّا بالشّيء:

"هايدغر" (مارتان)، ما الشّيء؟، ترجمه من الالمايّة 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 المستوى التّقدي للمنطق سنستعمل من الغرب ما سنجده داخل "لالاند"، ولكننا سنذهب أيضا إلى أحد أهمّ ناقدَي المنطق في الفكر الغربي وهو "نيتشه".

⁽¹⁶²⁾ انظر ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82 و83. قارن مع ما جاء في كتاب المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلّمين لسيف الدّين الأدمي: "وأما دلالة المطابقة فعبارة عن دلالة اللفظ على ما وضع له؛ كدلالة الإنسان على الحيوان النّاطق، ونحوه. وأما دلالة التّضمّن فعبارة عن دلالة اللفظ على جزء موضوعه؛ كدلالة الإنسان على الحيوان وحده أو على النّاطق وحده. وأما دلالة الالتزام فعبارة عن دلالة اللفظ على ما هو خارج عن معناه بواسطة انتقال الدّهن من مدلول اللفظ إلى الأمر الخارج؛ كدلالة لفظ

على هذا، هنالك الماهية، وهنالك الوصف الذاتي، وهنالك الوصف العرضي، وهذا لازم وعارض⁽¹⁶³⁾.

49. — فأما الوصف الذاتي فهو: "كلّ داخل في ماهية الشيء وحقيقته دخولا لا يُتصوّر فهم (الماهية) دون فهمه، وذلك كاللونية للسواد، والجسمية للفرس والشجر. فإنّ من فهم الشجر، فقد فهم جسما مخصوصا. فتكون الجسميّة داخله في ذات الشجرية دخولا به قوامها في الوجود والعقل، لو قدّر عدمها لبطل وجود الشجرية وكذا [...] لو قدّر خروجها عن الذهن لبطل فهم الشجر"⁽¹⁶⁴⁾. وهكذا فالذاتي هو

الإنسان على الكاتب أو الضاحك أو نحوه". انظره عند: الأعمس (عبد الأمير)، المصطلح الفلسفي عند العرب، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1989، ص 314 وما بعدها.
⁽¹⁶³⁾ سنصل إلى الكتابات المنطقية الغربية 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, Specie*، *differentia* والقسم الثاني 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 يسمى *differentia* (عاقلة تفصل الانسان عنّ يوجدون معه في الجنس نفسه). والقسم الثاني لا ينتمي لجوهر الموضوع. وقد قلنا إنّّه يوجد فيه *proprium* وهو وصف لا ينتمي للجوهر ولكن ينتج ضرورة عن الجوهر ولا يفارقه (ناطق بالنسبة إلى الإنسان). كما يوجد في القسم الثاني *accidens* وهو كلّ وصف لا ينتمي إلى القسم الأوّل ولا ينجّر عنه. ويقسمه "ميل" إلى ما ينفصل وإلى ما لا ينفصل.
"ميل" (جون ستيوارت)، نظام منطق الاستدلال والاستقراء. عرض لمبادئ الحجّة ومناهج البحث العلمي، ترجمه من الإنجليزية إلى الفرنسية: "لويس بيس"، باريس، فيليكس ألكان، ط 3، 1889، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا، الفصل السابع، الفقرات: 2 و 5 و 7 و 8.

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, 3^e éd., 1889, Livre I, Chap. 7, § 2, 5, 7 et 8.

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

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

⁽¹⁶⁴⁾ الغزالي، م س (المستصفي)، ج 1، ص 13.

الذي "لا يرتفع في الوجود والوهم جميعاً"⁽¹⁶⁵⁾، و"هو الذي تتوقف الحقيقة عليه"⁽¹⁶⁶⁾.

50. — وأما العرضي، فلازم وعارض:

واللازم، لازم الماهية، وهو الذي "لا يمكن أن تعقل (الماهية) موجودة دونه"⁽¹⁶⁷⁾؛ ولازم وجود الماهية، وهو الذي "يمكن أن تعقل الماهية موجودة دونه"⁽¹⁶⁸⁾. والقسم الثاني من اللازم هو الذي عناه الغزالي حين قال إنّه: "لا يفارق الذات البتّة ولكن فهم الحقيقة والماهية غير موقوف عليه كوقوع الظلّ لشخص الفرس والنبات والشجر عند طلوع الشمس فإنّ هذا أمر لازم لا يتصوّر أن يفارق عند من يعبر عن مجاري العادات باللزوم ويعتقده ولكنّه من توابع الذات ولوازمه وليس بذاتي له وأعني به أنّ فهم حقيقته غير موقوف على فهم ذلك [...] إذ الغافل عن وقوع الظلّ يفهم الفرس والنبات [...] وإن لم يخطر بباله ذلك"⁽¹⁶⁹⁾. على ما تقدّم، يكون لازم الماهية هو ما لا يرتفع في الوجود ويمكن أن تبقى الماهية مفهومة لو رفع في الوهم والتقدير⁽¹⁷⁰⁾.

أخيراً يأتي العرضي العارض، وهو الذي يرتفع في الوجود والدّهن معاً⁽¹⁷¹⁾.

51. — ويمكن أن نحصل ما سبق بالقول:

⁽¹⁶⁵⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم)، ص 66.

⁽¹⁶⁶⁾ ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82.

⁽¹⁶⁷⁾ ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82.

⁽¹⁶⁸⁾ ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82.

⁽¹⁶⁹⁾ الغزالي، م س (المستصفي)، ج 1، ص 13.

⁽¹⁷⁰⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم)، ص 66. وفي ص 68 نجد حديثاً عن لازم ضروري وعن لازم وجودي.

⁽¹⁷¹⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم)، ص 67. انظر المرجع نفسه بالنسبة إلى تفاصيل أكثر وبالنسبة إلى

صعوبات يثيرها هذا التقسيم وكيفية حلّها وغير ذلك من المسائل: ص 64 وما بعدها.

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

— إنّ الوصف اللازم للماهية لا يفارقها في العقل. ويمكن أن يُلاحظ هنا أنّ الذي لا يفارق في العقل لا يفارق في الوجود. وعليه يمكن القول إنّ الوصف اللازم للماهية لا يفارق الماهية في الوجود أيضا. والمثال الذي يعطى الزّوجيّة للعدد الزّوج والفرديّة للعدد الفرد⁽¹⁷²⁾.

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

— إنّ الوصف العارض للماهية يفارقها في العقل وفي الوجود جميعا. ومثاله السّواد أو البياض (وصف) للإنسان (ماهية)⁽¹⁷³⁾.

52. — فإذا رجعنا الآن إلى الوصف الدّاتي قلنا إنّهُ ينقسم — عند المناطقة — إلى عامّ وخاصّ:

فأمّا الوصف الدّاتي العامّ، فيسمّى الجنس، ويجزأ إلى جزأين: أوّلها 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.

وأما الوصف الدّاتي الخاصّ، فيسمى النوع — هنا أيضا نحن أمام لفظة الفصل 45 —، ويتفرّع بدوره إلى فرعين: يهّم الفرع الأوّل الخاصّ الذي ثمّ ما أخصّ منه، وهو نوع بالإضافة إلى من هو أخصّ منهم، وجنس بالإضافة إلى من هم أخصّ منه؛ ويهّم الفرع الثّاني الخاصّ الذي لا يوجد ما هو أخصّ منه، ويطلق عليه اسم نوع الأنواع أو

(172) انظر هذا المثال عند: ابن تيمية، م س، ج 1، ص 88.

(173) انظر بالنسبة إلى مثال البياض: الغزالي، م س (معيار العلم)، ص 66.

النوع الأخير، وهو الذي لا ينقسم بعد ذلك إلا بالشخص أو بالعدد أو بالأوصاف غير الذاتية⁽¹⁷⁴⁾.

ويقول المناطقة إنّ الحدّ التام المفيد لتصوّر الحقيقة والماهية هو الجنس القريب⁽¹⁷⁵⁾، ومعه الفصل⁽¹⁷⁶⁾. كما يقولون إنّ "الجنس" و "الفصل" عبارة عن الحقيقة نفسها تفصيلاً، كقولك: شراب مسكر، وحيوان ناطق. و "النوع" عبارة عنها إجمالاً كقولك: إنسان⁽¹⁷⁷⁾ و فرس وجمال⁽¹⁷⁸⁾.

يخلص من كلّ ما سبق أنّ لفظة النوع في الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود تفيد الأوصاف الذاتية، وهي عبارة عن الحقيقة والماهية على وجه الإجمال. بل يمكن

⁽¹⁷⁴⁾ الوصف الذاتي إن اشترك فيه عدّة موصوفين سمي بالإضافة إليهم جنساً، وإن تميّز به الموصوف عن غيره ممّن يشاركه في الجنس سمي فصلاً (انظر: ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82 و 83). فالحيوانية مثلاً يشترك فيها الإنسان والفرس (إلخ) فهي بالإضافة إليهم جنساً، ولو أريد الحديث عن الإنسان لدعت الحاجة إلى زيادة فيقال هو عاقل أو ناطق ليحترز بما عمّا ليس بعاقل أو عمّا ليس بناطق، وهذا الاحتراز يسمّى فصلاً لأنّه - وبواسطته - تمّ فصل الموصوف عن غيره ممّا يشاركه في الجنس.

⁽¹⁷⁵⁾ إنّ الإنسان مثلاً هو حيوان، وجسم، إلخ. ورغم أنّ "الجسم" جنس للإنسان فإنّه لا يؤتى به في الحدّ لأنّه تمّ ما هو أقرب منه وهو "الحيوان"، وهذا الأقرب هو الذي يستعمل في الحدّ، فيقال الإنسان حيوان.

⁽¹⁷⁶⁾ انظر: ابن تيمية، م س، ج 1، ص 82 و 83 و ص 91 و 92. انظر أيضاً: السيستاني (السّيّد علي الحسيني)، الرّافد في علم أصول الفقه، بقلم منير السّيّد عدنان القطيفي، مكتب آية الله العظمى السّيّد السيستاني، قم، 1414 هـ، ص 99: "وأما الدّاتيّ فله أربعة معاني: 1. ذاتي باب الإيساغوجي وهو النوع والجنس والفصل".

⁽¹⁷⁷⁾ وجدنا في مرحلة أولى الإنسان ماهية. ووجدنا بعد ذلك الوصف الذاتي نوعاً. وها أنّنا نجد الآن الإنسان نوعاً.

⁽¹⁷⁸⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم)، ص 73. انظر أيضاً: الغزالي، م س (المستصفى)، ج 1، ص 12 وما بعدها؛ الرّازي (فخر الدّين محمّد بن عمر بن الحسين)، المحصول في علم أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الرّسالة، ط 2، 1412 هـ/1996 م، ج 1، ص 222 وما بعدها؛ السّيّد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 275.

أن نضيف: من جهة أولى أنّ النوع هو الجنس لأنّ نفس الأمر هو من زاوية نوع ومن أخرى جنس؛ ومن جهة ثانية أنّ النوع هو الماهية وذلك حين ننظر إلى المثال المعطى في إطار الماهية وهو الإنسان.

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

54. — • فأما الأول (وخالفا لما فعلناه مع الكتابات الإسلاميّة التي دخلناها من باب الماهية فوجدناه أيضا بابا للنوع) فسنلججه من باب النوع، ثمّ من باب الماهية (لنكتشف هنا أيضا أنّ الباب واحد):

ولقد جاء في باب النوع أنّه: "القسم (أ) بوصفه معتبرا كـمكوّن لامتداد قسم آخر (ب). — (ب) هو إذن الجنس الذي (أ) نوعه"⁽¹⁷⁹⁾.

أما باب الماهية⁽¹⁸⁰⁾، فقد جاءت به عدّة معانٍ سنهتمّ بأولها لأنّه الباب الآخر للنوع. لكننا سنتعرّض أيضا للمعنى الرابع لكونه مساويا للأول. وحاصل المعنى الأول أنّ الماهية: "ما هو دائم في الأشياء التي تتحوّل، بوصف هذا الدائم كالموصوف [...] الذي يتغيّر بواسطة التعديل ويبقى هو نفسه، والذي يؤدّي وظيفة الرّكيزة المشتركة لأوصافه المتعاقبة [...] (و) الماهية الأولى (هي) الكائن الفردي باعتباره بلا واسطة وبغاية الدقّة الموصوف الذي ثبت له أو ننفي عنه أوصافا، والذي هو ليس بوصف لأيّ موصوف [...] (أما الماهية الثّانية) فهي ما يمكن أن يكون بصفة ثانويّة موصوفا داخل قضية مثل المصطلحات العامّة: الإنسان، الفرس. لكن لا يمكن تسميتها ماهية إلاّ قياسا على (الماهية الأولى) [...] (فهي) تقتبس هذا

⁽¹⁷⁹⁾ "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".

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

⁽¹⁸⁰⁾ Substance

الأحكام الأصلية للفظ الثنائي

الدور من الماهية الأولى وتجسدها بطريقة منقوصة [...] (ويمكن أن نضيف أنه و) من بين الماهيات الثانية، يُعدّ النوع «أكثر ماهويّة» من الجنس⁽¹⁸¹⁾.
 أمّا معنى الماهية الوارد في مرتبة رابعة فهو: "المادّة معرّفة كيميائيًا، أو على الأقلّ معتبرة من منظور الخصائص الفيزيائية الكيميائية التي تميّزها عن أجسام أخرى. «الماهية التي يعرفها الكيميائيون الحديثون باسم الكربون والتي تظهر لنا في وضعين جدّ مختلفين، وضع الماس ووضع الفحم»⁽¹⁸²⁾. ويبدو - وهذا سنجد آثاره فيما بعد في القانون الغربي - أنّ معنى الماهية هنا مرتبط بما ورد أعلاه في إطار الماهية الثانية. فمادّة الشيء ينظر إليها لا في نفسها فحسب أي كخصائص بل على أنّها ما يميّزه عن أجسام أخرى، أي على أنّها - ولنستحضر هنا بالخصوص المعنى اللغوي الوارد سابقا لكلمة espèce (النوع) - تدخله في صنف مميّز وبالتدقيق على أنّها

⁽¹⁸¹⁾ "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 المعنى للماهية: "تراپوز" ("إدوارد")، الماهية في المجلّة المدنيّة، مجلّة البحث القانوني، 2006، العدد 3، ص 1275 وما بعدها.

TREPOZ (Edouard), La substance dans le code civil, R. R. J., 2006-3, p. 1275 et s.

⁽¹⁸²⁾ "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

صنف⁽¹⁸³⁾. ويؤيد ما سبق ما جاء في "لالاند" من أنّ "غموض هذه العبارة (الماهية) كان بعدُ هامًا عند أرسطو، ويظهر بجلاء في الصيغة، المذكورة مرارا كثيرة، والتي يقول فيها إنّ (الماهية) هي المادّة [...] والشكل [...] وخليطهما"⁽¹⁸⁴⁾.

55. — والحاصل من "لالاند" ثلاثة أمور:

أولها أنّ الماهية — ووصفت بالأولى — هي الكائن الفردي. وهذا المعنى يهّم الصّورة الأولى من صور الفصل 45. ولقد رأينا الحاشية الجانبية للمشروع المراجع تسمّيها أيضا ماهية⁽¹⁸⁵⁾، كما رأيناها تتمثل في أن يكون أمامنا شيء (كائن فردي على حدّ عبارة "لالاند") ونحن نعتبره شيئا آخر.

ثانيها أنّ باب الماهية الثانية هو باب النوع، بل النوع 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، والنوع عبارة عنها إجمالا. وإنّه سيمكن لاحقا القول إنّ الماهية التي وجدناها في السابق عند المناطقة العرب والمسلمين هي الماهية الثانية التي نجدها الآن عند المناطقة الغربيين. كما سيمكن أن نضيف لما تقدّم أن بالإمكان إطلاق الاسم الأوّل⁽¹⁸⁶⁾ أو الثاني على الصّورة الثانية من الفصل 45.

(183) انظر إلى الفقرة عدد 146.

(184) "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 والمادّة والفصل والصّورة عند: السيّد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 277 وما بعدها.

(185) جاء فيها ما يلي: "غلط في ماهية (ذات) أو هويّة الموضوع المتعاقد عليه".

"Erreur sur la substance (dhât) ou identité de l'objet sur lequel on contracte".

(186) أسمى الصّورة الثانية في الفصل 50 من المشروع المراجع: الماهية substance

وأسمى الصّورة الأولى للفصل 50 في حاشيته الجانبية: ماهية substance

الأحكام الأصلية للفظ اللقائي

ثالثها أنّ المادة قد نظر إليها من زاوية تجعلها معادلة للماهية الثانية وللنوع؛ أي أنه نظر إليها كصنف (من هنا سيحصل انزلاق إلى أوصاف أخرى لتعدّد بدورها صنفاً).

56. — فإذا قرّنا ما ورد أعلاه ممّا ورد قبله حول المعنى اللغوي لكلمة الفصل 45 الفرنسية الواردة في مرتبة ثانية (espèce)، قلنا إنّ هذه الكلمة تفيد: الطّبيعة الخاصّة التي تدرج في صنف مميّز، والماهية الثّانية، والنّوع، والجنس، إلخ. كما تفيد المادة منظورا إليها لا في نفسها فحسب بل من زاوية كونها ما يميّز، أي من زاوية ما يُصنّف.

57. — فإذا مررنا الآن إلى "هايدغر"⁽¹⁸⁷⁾، وجدناه ينطلق من سؤال: ما الشّيء؟ ويقول إن بالإمكان أن يطرح بالنّظر إلى إطار الشّيء وهو الزّمان والمكان⁽¹⁸⁸⁾. لكنّه يضيف أن بالإمكان أن يوجّه العمل حول السّؤال نحو اتّجاه آخر هو نسيج الشّيء أو الهيئة التي بُنيت عليها الأشياء⁽¹⁸⁹⁾. وينبغي هنا أن نترك الكلمة لـ"هايدغر"⁽¹⁹⁰⁾، وأن نكتفي بنقل ما قاله، ومفاده أنّه نظر إلى الأشياء وأراد أن يتقيّد بما رآه⁽¹⁹¹⁾ فوجد أنّ ما تشترك فيه كلّها أمّا "دائما شيء له هذه الميزات وتلك،

ولقد صار بإمكاننا القول إنّ الصّورتين مختلفتين. ومن يريد أن يتعدّد عن الاسم الواحد يستعمل للصّورة الأولى اسم الماهية الأولى وللصّورة الثّانية اسم الماهية الثّانية أو يستعمل اسمين مختلفين غير هذين.

⁽¹⁸⁷⁾ هايدغر، م س (ما الشّيء؟).

⁽¹⁸⁸⁾ هايدغر، م س، ص 26.

⁽¹⁸⁹⁾ هايدغر، م س، ص 42 وما بعدها.

⁽¹⁹⁰⁾ هايدغر، م س، ص 42 إلى 45.

⁽¹⁹¹⁾ أخذ حجرا فوجده صلبا وله لون رمادي وسطحه ليس ناعما، أمّا شكله فغير متّسق، وهو ثقيل، ويترّكب من هذه المادّة 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).

ودائما شيء مكوّن بهذه الكيفيّة وتلك، هذا الشّيء يسكن [...] في هيئات وجود. وهو الدائم الذي نرجع له دوما في عمليّة تثبيت الميزات كما نرجع إلى ما هو نفسه. هكذا إذن هي الأشياء بعينها. ما الشّيء إذن؟ نواة يوجد حولها الكثير من الميزات المتحوّلة، شيء له شيء آخر، شيء فوقه شيء آخر⁽¹⁹²⁾. ويورد "هايدغر" ما قاله "كانط" من أنّ "كلّ الظواهر [أي كلّ الأشياء بالتّسبة إلينا] تحوي شيئا دائما (الماهية) بوصفه الشّيء نفسه وشيئا متحوّلا بوصفه مجرد تحديد لذلك الشّيء أي كفيّة وجود له"⁽¹⁹³⁾. ثمّ، وفي مكان بعيد وحين يتحدّث عن الزّمن في موضوع التجربة (الطّبيعة)، يقول "هايدغر" إنّ هنالك دائما تحوّلا أي كفيّة وجود تخلفها وتعقبها كفيّة وجود أخرى لنفس الشّيء. كما يقول إنّ تحديد التّحوّلات، أي تحديد ما يحدث في الطّبيعة يفترض الدّوام لأنّ الدائم فقط هو الذي يتحوّل (change)، أمّا المتحوّل فلا يخضع للتّحوّل بل للتّعديل (modification)⁽¹⁹⁴⁾. ويخلص "هايدغر"

⁽¹⁹²⁾ 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".

⁽¹⁹³⁾ 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".

⁽¹⁹⁴⁾ 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 «تتشأن» بعدة شؤون وتتلون بعدة ألوان. والأعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهري المتطوّر".

الأحكام الأصلية للفظ اللقائي

إلى أنه يمكن وضع التّحديد الأساسي لـ: "شيئية الشيء"⁽¹⁹⁵⁾ تحت عنوانين موروثين شائعين معروفين جدًا:

1- ما يرقد (أو يسكن) في التّحت ce qui gît dessous	ما هو دائما متّصل به (مضموم له) بعدّ، ويظهر معه ce qui toujours y est joint est s'est présenté avec lui
2- الماهية substance	العرض accident
3- الرّكيزة support	المميزات propriétés
4- الموضوع sujet	المحمول. prédicat ⁽¹⁹⁶⁾

"ما الشيء إذن؟ الجواب: الشيء هو ركيزة دائمة لكثير من المميزات الباقية فيه والمتحوّلة فيه. وهذه الإجابة هي جدّ طبيعيّة حتّى أنّها تحكّم الفكر العلمي. وهي لا تحكّم الفكر «التّظري» فقط، بل كلّ تعامل مع الأشياء وكلّ حساب وتقييم لها"⁽¹⁹⁷⁾.

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

⁽¹⁹⁵⁾ Choséité de la chose

⁽¹⁹⁶⁾ هايدغر، م س، ص 45. قارن مع ما جاء عند: السيّد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 95 وما بعدها، ص 150، ص 280. انظر أيضا حول الماهية وأحكامها: الرّفاعي (عبد الجبار)، مبادئ الفلسفة الإسلاميّة، بيروت، دار الهادي، ط 1، 1422 هـ/ 2001 م، ج 1، ص 373 وما بعدها.

⁽¹⁹⁷⁾ هايدغر، م س، ص 45.

"Qu'est-ce donc qu'une chose ? Réponse: une chose est le support subsistant de beaucoup de propriétés subsistant en elle et s'y transformant. Cette réponse est si «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".

والمكوّن الأوّل دائّم، وهو الشّيء نفسه؛ أمّا المكوّن الثّاني فمتحوّل لأنّه مجرد تحديد للشّيء أيّ كلفيّة وجود له. والمكوّن الأوّل الذي جاء عند "هايدغر" هو الذي اعترضنا في السّابق عند "لالاند" وعند المناطقة المسلمين تحت اسم مدلول المطابقة، إلخ.

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

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

ثانياً: إنّنا، وبمناسبة البحث في الصّورة الثّانية، وجدنا معنى لسابقتها وهو الماهية الأولى. ولعلّنا أيضاً وبنفس المناسبة قد مررنا كذلك بمعنى الصّورة الثّالثة. لكنّ لتثبّت من ذلك من خلال البحث في معناها اللغوي.

60. — في هذا الإطار تقول معاجم اللغة عن لفظة الصّيّاعة العربيّة (وصف) إنّها لعت الشّيء بما فيه⁽¹⁹⁸⁾، ولإعطائه حلّة⁽¹⁹⁹⁾، ولإظهار حاله، وبيان هيئته⁽²⁰⁰⁾. كما تقول عن اللفظة المقابلة لها في الصّيّاعة الفرنسيّة (qualité) إنّ معناها هو: "كلفيّة وجود ممّيّزة"⁽²⁰¹⁾.

ويمكن القول هنا إنّنا أمام لفظة عامّة (وصفه)، إذ الوصف — حسبما نعلم ممّا تقدّم — ذاتي وغير ذاتي، والسؤال هل تفيد العموم؟

(198) المعجم العربي الحديث لاروس (م س، تحت عبارة: وصف).

(199) حلّاه حسب لسان العرب لابن منظور (م س، ج 9، ص 356).

(200) المعجم الوسيط (م س، تحت عبارة: وصف).

(201) معجم "روبار الصّغير 1" (Petit Robert 1): "Manière d'être plus ou moins caractéristique."

سيترك جواب هذا السؤال إلى وقت لاحق، لكن يمكن القول - من وجهة الاحتمالات الممكنة التي يضعها من يستند إلى التّية غير المباشرة⁽²⁰²⁾ - إنّ هذا الجواب لن يخرج عن أمرين: فإمّا أنّ لفظة "وصفه" تفيد العموم (الدّاتي / غير الدّاتي)، وإمّا أنّها تدلّ على خصوص معيّن (غير الدّاتي)⁽²⁰³⁾. وعلى هذا، وفي كلتا الحالتين، ستكون لفظة الفصل 45 للوصف غير الدّاتي: أي لما وجدناه في السّابق تحت اسم العرضي اللازم والعرضي العارض في الكتابات المنطقيّة الإسلاميّة، وما وجدناه تحت اسم الميزات والعرض في إحدى الكتابات الغربيّة.

وهكذا، يمكن الخروج ممّا سبق بثلاثة أمور:

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

ثانيها أنّ صورة الفصل 45 الثّانية هي لما أسماه المنطقة المسلمون مدلول التّضمّن والأوصاف الدّاتيّة وغير ذلك، ولما يسمّيه المنطقة الغربيّون ماهية ثانية وغير ذلك.

ثالثها أنّ صورة الفصل 45 الثّالثة هي لما يصفه المنطقة المسلمون بالوصف العرضي والذي يقسمونه إلى لازم (وهذا يقسمونه إلى لازم الماهية ولازم وجود الماهية)⁽²⁰⁴⁾ وعارض، كما أنّها لما نعته "هايدغر" منذ قليل بالعرض.

وهذا الأمر الثّالث سنفصّل فيه لاحقاً من خلال البحث في العبارة غير المباشرة عن نيّة المشرّع، وبالتّحديد من خلال قاعدة التّأويل القائلة إنّ الإفادة أولى من الإعادة والتّأسيس أولى من التّأكيد⁽²⁰⁵⁾.

(202) سنصل بعد قليل إلى التّية المباشرة لذلك لم يمكن استعمالها الآن.

(203) انظر حول كلّ هذا الفقرة عدد 85.

(204) صورة الفصل 45 الثّالثة هي فقط للازم وجود الماهية كما سيتوضّح ذلك من خلال الأعمال التّحضيرية.

(205) 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)،

لكن لننظر الآن في العبارة المباشرة عن النية من هذه الصورة ومن سابقتها.

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

"بيرلمان" (ح)، المنطق القانوني. البلاغة الجديدة. باريس، دالوز، ط 2، 1979، ص 59.
PERELMAN (C), Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 59.

"بيرلمان" (ح) و"أولبراشت تيتيكا" (لوسي)، مؤلف الحجاج. البلاغة الجديدة. بروكسال، منشورات جامعة بروكسال، ط 5، 1992، ص 194 وما بعدها و ص 236 وما بعدها و ص 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 التعبير غير المباشر عموماً:

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

"كاربونيي" (جون)، علم الاجتماع القانوني، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، 1994، ص 136.
CARBONNIER (Jean), Sociologie juridique, Paris, P.U.F., 1994, p. 136.

"إيكو" (امبرتو)، حدود التأويل، ترجمته إلى الفرنسية مريم بوزهار، باريس، شركة النشر فراسي 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.

الموسوعة الفلسفية الكليّة، المصطلحات الفلسفية، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، 1990.
كلمة: "تناقض".

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

61. — فإذا بدأنا بالعبارة المباشرة عن النية من الصورة الثانية من الفصل 45، بدأنا بالقول إن هذه الصورة أسميت من قبل الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع بالغلط في الأوصاف الأساسية للشيء⁽²⁰⁶⁾.

62. — ولقد قالت الحاشية إنهما تعادل صورة الذات⁽²⁰⁷⁾، وإنهما تعيب الرضا، وإن سبب البطلان فيها حسب ابن نجيم هو غياب الموضوع لأن الإرادة ذهبت إلى شيء مختلف⁽²⁰⁸⁾، ثم أعطت مثال الثوب المصنوع من قماش عادي والثوب المصنوع من قماش رفيع، كما أعطت مثال الزجاج والياقوت⁽²⁰⁹⁾. فإذا تركنا الحاشية وذهبنا إلى المتون، وجدنا الفصل 37 من المشروع يسمي الصورة الثانية ماهية⁽²¹⁰⁾، وكذلك الحال بالنسبة إلى الفصل 50 من المشروع المراجع. أما الترجمة، فالكامل منها نجد به اسم الوصف⁽²¹¹⁾، والناقص اسم الجوهر⁽²¹²⁾. ولو قرّنا هذا مما سبق لقلنا:

⁽²⁰⁶⁾ "Erreur sur les qualités essentielles de la chose"

⁽²⁰⁷⁾ "Elle équivaut à l'erreur sur l'identité ou la substance"

⁽²⁰⁸⁾ "وإذا سمّي شيئاً وأشار إلى خلاف جنسه، كما إذا سمّي ياقوتا وأشار إلى زجاج، فالبيع باطل

لكونه بيع المعدوم". ابن نجيم، م س، ج 2، ص 276، عدد 55. وهذه الطبعة لم يستعملها أصحاب المشروع، ولكن ما جاء هنا يقابل ما جاء في ج 1 من ص 326 من الطبعة التي استعملت.

⁽²⁰⁹⁾ جاء المثال الأول عند ابن نجيم في المرجع والمكان الواردين أعلاه: ثوب هروي وثوب مروى.

وجاء المثال الثاني عند المؤلف نفسه، كما جاء في مرجع آخر أشير إليه بالحاشية وهو المادة 208 من المجلة العثمانية التي تقول: "إذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس، بطل البيع. فلو باع زجاجاً على أنه الماس، بطل البيع".

⁽²¹⁰⁾ Substance

⁽²¹¹⁾ جاء فيها ما يلي: "في ذات المعقود عليه أو في تعيينه أو في وصفه". والذي يبدو هو أنّ الاسمين

الأولين مترادفين ومن ثمّ فهما معا لصورة واحدة. أما الاسم الثالث فيحتوي على الصورتين المتبقيتين.⁽²¹²⁾ علينا أن نلاحظ هنا أنّه وحين تمّ المرور من المشروعين إلى مجلة الالتزامات والعقود، سواء في

صياغتها العربية أو الفرنسية، صرنا أمام اسمين جديدين (نوع - espèce).

والمعلوم أنّه أخذ رأي لجنة تسمى لجنة توجيه النظر الشرعي.

انظر كتاب أحمد ادريوش (أصول قانون الالتزامات والعقود)، ص 183 وما بعدها).

لكن ليس لدينا الآن أدنى أثر لأعمالها.

ملاحظة: قال محمود شتّام (بعض ما دوّن من تشريع مرجعه أحكام الشريعة الإسلامية، ق ت، 1985، عدد 6، ص 47): "هنالك ملفّ موجود بخزينة الدّولة تحت رقمي 14-142 (وفيه) ملاحظات شيخ الإسلام رئيس اللجنة على لائحة المجلس الأمر الذي يدلّ على مشاركة فعليّة عميقة من الفقهاء في صنع هذه المدوّنة المديّنة العصرية".
وقال أحمد ادريوش (ص 180 من كتابه: أصول قانون الالتزامات والعقود) بعد أن ذكر قول محمود شتّام: "لقد تبين لنا من خلال بحثنا بقسم الوثائق التونسية 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 الملف وهو 14 الذي تحدّث عنه محمود شتّام هو رقم خاطئ. أمّا الملف 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 الملاحظتين، قلنا إنّّه إذا وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود مختلفة عن المشروع المراجع، فإنّنا لا نستطيع أن نقطع بأنّ التّغيير كان بتأثير لجنة التّوجيه (يقول أحمد ادريوش في كتابه الجديد المذكور للتوّ، وفي ص 21 و 30 إنّ لجنة توجيه النّظر الشرعي فحصت وعدّلت المشروع الذي عرض عليها)، أو أنّه كان بأيدي أخرى أو بتأثيرها (لو كان الحلّ في المشروع المراجع غربي، تمّ نجده في مجلّة الالتزامات والعقود إسلاميًا، فيمكن أن نرجح أنّ التّغيير كان بتأثير لجنة توجيه النّظر الشرعي. ولو كان غربيًا، تمّ نجده غربيًا آخر، فيمكن أن نرجح عكس ما سبق. لكن وفي الحالتين ينبغي أن لا نقطع لغياب الوثائق التاريخيّة التي تمكّن من ذلك).

إنّ الماهية في المشروعين ماهية ثانية⁽²¹³⁾.

وإنّ الوصف في الترجمة الكاملة للمشروع المراجع هو الدّاتي وغير الدّاتي.

وإنّ الجوهر في الترجمة الناقصة لهذا المشروع هو الجوهر الكلّي⁽²¹⁴⁾.

63. — فإذا أخذنا الآن من كلّ هذه الأسماء — وقد باتت الآن كثيرة، بل ويرقد تحت الواحد منها أكثر من معنى⁽²¹⁵⁾ — اسم الماهية، وأخذناه في الغرب، وجدنا له تاريخاً مضطرباً في الفكر الفلسفي والمنطقي⁽²¹⁶⁾. ولعلّ هذا قد انعكس على

⁽²¹³⁾ سمّي متن المشروع المراجع الصّورة الثّانية ماهية، أمّا الحاشية الجانبية فقالت عنها إنّها معادلة للذّات وللماهية. وعلى هذا فالماهية معادلة للماهية. والمقصود أنّ الماهية الثّانية معادلة للماهية الأولى.

⁽²¹⁴⁾ قسّم الغزالي (معيّار العلم، م س، ص 306) الجواهر إلى قسمين:

القسم الأوّل: الجوهر الشّخص كزيد وعمرو. وقال إنّّه لا يمكن أن يكون محمولاً (وهذا ما وجدناه عند "لالاند" وهو يتحدّث عن الماهية الأولى [الفقرة عدد 54]). ولهذا يمكن أن نضيف اسماً آخر لصورة الفصل 45 الأولى).

القسم الثّاني: الجواهر الكلّية، كالإنسان والجسم والحيوان. وهذه يمكن حملها على موضوع، كأن نشير مثلاً إلى زيد ونحمل هذه الجواهر عليه، فنقول: زيد إنسان وحيوان وجسم (وهذا أيضاً وجدناه عند "لالاند" وهو يتحدّث عن الماهية الثّانية: الفقرة عدد 54). ولقد تحدّث الفصل 50 في الترجمة الناقصة عن ثلاثة صور هي: الذّات (إذن الجوهر الشّخص)، والجوهر (إذن الجوهر الكلّي)، بالإضافة إلى صورة أسمائها "صفة مرغوبة من أجلها وقع التعاقد".

⁽²¹⁵⁾ حدّر الغزالي من مسألة تكثّر العبارات حين قال: "من طلب المعاني من الألفاظ، ضاع وهلك، وكان كمن استدبر المغرب وهو يطلبه". وأعطى الغزالي ما يجتنبنا الوقوع في أخطاء في هذه الحالة حين قال إنّّه يجب فهم المعنى أولاً 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: المستصفي، ج 1، ص 21).

⁽²¹⁶⁾ انظر حول معنى هذه اللفظة منذ "أرسطو"، وحتى قبله، ومرورا بـ"ديكارت" و"لايبنتز" و"كانط" و"هيجل" و"نيتشه" و"هايدغر" وغيرهم: الموسوعة الفلسفية الكلّية، م س: المقالة الخاصّة بـ: "الماهية" (substance).

القانون، وإِنَّا قد المحنا إلى ذلك سابقا حين تحدّثنا عن المادّة⁽²¹⁷⁾، ولكننا سنضيف هنا ما جاء عند "لوران" - الذي أشير إليه في الحاشية التّحتيّة للفصل 50 من المشروع المراجع⁽²¹⁸⁾ - والذي يقول إنّ الفقه الفرنسي منقسم فيما يخصّ الماهية فبعضه يعطيها معنى التّوع أو الأوصاف الدّاتية ومعنى المادّة ويعطيها هذا المعنى فقط⁽²¹⁹⁾، وبعضه الآخر يعطيها معنى الوصف غير الدّاتي لا غير⁽²²⁰⁾. ويبدو

⁽²¹⁷⁾ انظر الفقرة عدد 54 وما بعدها.

⁽²¹⁸⁾ "لوران"، م س، ولقد أشارت الحاشية إلى ج 15، الفقرة عدد 487 وما بعدها. وإن ما سيأتي أعلاه موجود بالتّحديد بالفقرة عدد 489.

⁽²¹⁹⁾ 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. كما يذكر لنا "كولمي دي سانتار" الذي يقول إنّ: "الأوصاف التي تكوّن الماهية هي التي غيابها يغيّر الشّيء ويبدّله إلى درجة يصبح فيها شيئا آخر، كائنا آخر غير الذي كان يجب أن يمثّل موضوع الاتفاق".

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

ويلاحظ هنا أمران:

أوّلا أنّنا أمام تحليل للصّورة على أنّها لغياب الموضوع (وسبب "لوران" بعد المقتطف 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 المطابقة ومدلول التّضمّن عند المناطقة المسلمين (انظر الفقرة عدد 48).

وعلى كلّ انظر إلى "دومولومب" (م س، ج 24، عدد 86) الذي يقول إنّ الصّعوبات مرّدها أنّ مصطلح الماهية هو مصطلح ميتافيزيقي.

⁽²²⁰⁾ هذا هو موقف "لوران"، ويقول إنّ رأي "بوتيني" و"دوما". وقبل ذلك قال إنّ هذين هما المؤلفان الحقيقيّان للمجلّة المدنيّة الفرنسيّة (ج 15، عدد 488)، ممّا يعني أنّ هذا هو ما أرادته الفصل 1110 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة من لفظة الماهية الواردة به، وذلك حسب "لوران" طبعا.

وينبغي أن نشير إلى أنّ "لوران" لا يستعمل كلمة "وصف غير ذاتي"، ولكنّا فهمنا أنّه يقصدها (إلى جانب الدّاتي) لأنّه يقول إنّ الماهية هي ما اعتبره الأطراف ماهية.

أن أصحاب المشروعات في تونس - حين استعملوا في الفصل 37 ومن بعده في الفصل 50 لفظة الماهية - قد اتبعوا البعض الأوّل. هذا الرأى نصل إليه بعد البحث في التعبير المباشر عن النية. فلنواصل إذن مع هذا التعبير، لكن هذه المرّة في إطار الصّورة الثالثة.

64. — على هذا المستوى، وإذا بحثنا في الحاشية الجانبية للمشروع المراجع، وجدنا أنّ هذه الصّورة لم ترد مع الغلط في الدّات وفي النّوع. لتوضيح ما سبق علينا أن نعرض بنية هذه الحاشية الجانبية والتي تنقسم إلى قسمين: قسم الغلط الذي يعيب الالتزام وفيه نجد الدّات والوصف الأساسي، وقسم الغلط الذي لا يعيب الالتزام وفيه ثلاث حالات: فأما الثانية والثالثة فتهمّان صورة الغلط في اسم أو في وصف الشّيء حين يكون الأطراف متّفقين على الشّيء. وأما الأولى (وهي التي ستهمّنا هنا) فقد أسمتها الحاشية بالغلط "الذي ينصبّ على وصف غير أساسي"⁽²²¹⁾ (لتعارض باسمها اسم الصّورة الثانية من القسم الأوّل: "غلط في أوصاف أساسية للشّيء"⁽²²²⁾). وأعطت الحاشية الجانبية لهذا "الغير أساسي" أمثلة من القانون الروماني هي: أخذ ذهب ليس خالصا على أنّه ذهب خالص؛ وياقوتة خضراء على أنّها حمراء؛ وخلّ على أنّه خمّر⁽²²³⁾. وتقول الحاشية عن هذه الأمثلة إنّ النّوع فيها هو نفسه لم يتبدّل

(221) "L'erreur" porte sur une qualité non essentielle

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

(223) انظر إلى هذه الأمثلة عند معاصرين لنا يشيرون إلى المرجع نفسه وإلى المكان نفسه الذي نجده بحاشية المشروع المراجع والذي هو قانون روماني:

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

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

"مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس" (فرانسوا)، دروس في القانون المدني. الالتزامات. النّظرية العامة، 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, 8^e éd, Par François CHABAS, 1991, n° 163.

انظر تفصيل هذا الامر في "الدّيجاست" وذلك في المكان الذي أشير إليه في الحاشية التّحتية وفي الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع (الفقرة 2. 9. 1. XVIII):

"وهذا أوجد فرصة للتساؤل إن كان تمّ بيع في الصّورة التي يتّفق فيها الأطراف على الشّيء لكنهم يخطئون في الماهية. ومثال ذلك أن يباع خلّ على أنّه خمّر، ونحاس على أنّه ذهب وقصدير، أو أيّ شيء

(لم نخرج عن الذهب، أو عن الياقوت، إلخ)⁽²²⁴⁾، لذلك لا يمكن القول إن الرضا غير موجود. لكن (هنا سنترك الكلام للحاشية لأن ما فيها يفسر لماذا قال الفصل 45 "وصف موجب للتعاقد") "إذا كانت هذه الأوصاف، مع أنّها ثانوية (قبل ذلك نُعتت بأنّها غير أساسية)، قد عُدّت أساسية من قِبَل الأطراف، فالغلط يعيب العقد"⁽²²⁵⁾. ثمّ تحيل الحاشية على المادة 310 من المجلة العثمانية التي تهمّ خيار الوصف والتي تورد بدورها مثال الياقوت (الألوان هنا ليست كما الحاشية الأحمر والأخضر، بل هي الأحمر والأصفر)⁽²²⁶⁾.

آخر يشبه الفضة (مثل حديد أبيض) على أنّه فضة. لقد كتب «مارسيلوس» في الكتاب السادس من «الديجاست» أنّ البيع موجود بما أنّ الأطراف اتفقوا على الجسم المبيع وإن كانوا لم يتفقوا على المادة. وإني أتبيّن رأيه في ما يخصّ الخمر والخلّ لأنّ الماهية تقريبا واحدة، لكن مع افتراض أنّ الخمر نفسه الذي يبيع هو الذي صار خلّا. فاذا كان الخمر لم يصبح خلّا لكن وفي وقت البيع لم يكن يوجد بالبرميل إلاّ خلّ، فإننا نقرّر أنّ شيئا يبيع بدلا عن شيء آخر. وفيما يخصّ الحالات الأخرى الواردة أعلاه، أعتقد أنّ البيع باطل كلّما كان هنالك غلط في المادة".

"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 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".

(224) لكن انظر التفصيل الوارد ب: "الديجاست".

(225) "Si ces qualités, quoique secondaires, avaient été considérées comme essentielles par les parties, l'erreur vicierait le contrat".

(226) "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف، كان المشتري مخيرا: إن شاء فسوخ البيع، وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمّى. ويسمى هذا خيار الوصف. مثلا لو باع بقرة على أنّها حلوب، فظهرت غير حلوب، يكون المشتري مخيرا؛ وكذا لو باع فصا ليلا على أنّه ياقوت أحمر، فظهر أنّه أصفر، يخير المشتري".

من كلّ ما سبق، يمكن أن نأتي باستنتاج، وأن نقوم بحوصلة:
فأمّا الاستنتاج فهو أنّ لفظة الذات والتّوع والوصف لها معان في اللغة، وهذه المعاني
توجد معها نية مؤيّدّة تدلّ عليها قرينة هي العبارة المباشرة.
وأما الحوصلة فتتقسم إلى قسمين: قسم نلخص فيه ما جاء في المنطق وقسم نلخص
ما جاء إلى حدّ الآن في إطار مجلّة الالتزامات والعقود.

وينبغي، للوضوح، الإتيان بالقسم الأوّل في تعابير مختلفة عمّا سبق والقول:
إنّ هنالك تنوعاً في الأشياء: فبعضها طبيعي (شجرة، إلخ) وبعضها غير طبيعي
(سيّارة، إلخ). وثمّ تنوع 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 اهتمنا بالأشياء التي ندركها بحواسنا، قلنا إنّ بعضها ثابت (السيّارة مثلاً لا
تزيدها الأيام حجماً) وبعضها ديناميكيّ (التبنة مثلاً تتطوّر على مستوى الأوصاف
بمرور الأيام).

ومن يأخذ شيئاً حسّيّاً (لنسمّه: "أ") من الأشياء التي تعترضنا في الكون، سيجد أنّ
(أ) مصدر لمجموعة من الأحاسيس⁽²²⁷⁾.

وتوجد طريقة أخرى ممكنة لرؤية الأمور: (أ) له أوصاف حسّيّة: وصف₁، وصف₂،
وصف₃، ... (مثلاً: لونه أبيض، إلخ).

ويمكن أن يكون (أ) مصدراً لا لأحاسيس بل لأفكار وعواطف ("أ" جميل). لكنّ
الجمال ليس مكوّناً ل (أ) ومن ثمّ لا يعدّ وصفاً (طبعاً الجمال مصدره أوصاف).

ويمكن القول إنّ لفظة "وصفه" في الفصل 45 عامّة لكنّها وحسب النية غير المباشرة والنية المباشرة
(انظر الفقرة عدد 74) تفيد الخصوص.

⁽²²⁷⁾ سننقل هنا تحاليل وردت عند: "ميل" (جون ستوارت)، م س، الكتاب الأوّل: الأسماء والقضايا،
الفصل الثالث وما يليه.

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

أولا: ما هي الأوصاف الأساسية أو الذاتيّة ل: (أ)؟

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

ثانيا: ما هي الأوصاف غير الأساسية أو غير الذاتيّة (العرضيّة) ل: (أ)؟

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

وثمّ طريقة أخرى لعرض الأمور:

أولا: لدينا (أ) و (ب)، واختلافهما لا يمكن استنفاده وليس له سبب واحد. في هذه

الصّورة، وبالتّسبة إلى المناطق، (أ) و (ب) نوعان مختلفان، أي هما شيئان.

هذا يعني أنّ الأوصاف الذاتيّة ل: (أ) لا توجد في (ب) والعكس صحيح.

ثانيا: لدينا (أ) و (ب)، واختلافهما يمكن إرجاعه إلى بعض الأسباب (اللون، إلخ).

في هذه الصّورة، وبالتّسبة إلى المناطق، (أ) و (ب) ليسا بنوعين مختلفين، أي ليسا بشيئين.

هذا يعني أنّ الأوصاف الذاتيّة ل: (أ) توجد في (ب) والعكس صحيح.

كما يعني أنّ بعض الأوصاف غير الذاتيّة ل: (أ) لا توجد في (ب).

بعبارة أخرى: إذا كنّا أمام شيء، كنّا أمام الشّيء وأوصافه الذاتيّة وغير الذاتيّة. وما

يتفق معه في الأوصاف الذاتيّة، لا يعدّ في المنطق شيئا آخر. أمّا الذي يختلف معه

على مستوى هذه الأوصاف، فيعتبر عند المناطق شيئا آخر. فإذا استقرّ في الأذهان

ما سبق، أمكن أن يُزاد: إذا حصل اتّفاق في الأوصاف الذاتيّة، قد يوجد معه: إمّا

اختلاف في الأوصاف العرضيّة (كوننا هنا أمام شيئين لا يثير الشك. فقط المناطق

يقولون إنّ الشّيئين ليسا نوعين أي ليسا شيئين)، وإمّا اتّفاق في هذه الأوصاف (هنا تتساءل: هل نحن أمام شيئين⁽²²⁸⁾).

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 تمّ صور الفصل 45.

الغلط المنصوص عليه بالفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود			الغلط غير المنصوص عليه بالفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود		
الصورة الثالثة	الصورة الثانية	الصورة الأولى	ما لا يدخل في الفصل 2	ما يدخل في الفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود	
الوصف الموجب للتعاقد	النّوع	الذّات		ما يدخل في الفصل 2 و67	ما يدخل في الفصل 2 لوحده
			وصف السّبب	وجود السّبب	الطبيعة

الوصف	النّوع	الذّات	
وصف غير ذاتي - وصف غير أساسي جعله الأطراف أساسياً (الحاشية الجانبية والحاشية التّحتية بإشارتها إلى: "لوران"، م س، ج 15، عدد 489)	1- الماهية: مدلول مطابقة - ماهية (حاو) تتضمّن أوصافا (المحتوى). 2- ماهية ثانية - أوصاف ذاتية - مدلول التّضمّن - ركيزة - ما هو في التّحت - جوهر كلي 3- المادّة منظور إليها كصنف.	ماهية أولى - الكائن الفردي - جوهر شخص - تعيين - (الخ)	الأسماء
ياقوتة خضراء (عند الرّومان) أو صفراء (عند العثمانيين والأحناف) على أنّها حمراء.	1- ياقوتة فإذا هي زجاج (إذن: غير ياقوتة)، الخ. 2- أشارت الحاشية الجانبية إلى الرّزقاني، م س، ج 5، 153.	1- ياقوتة فإذا هي غير ذلك (الخ) 2- أشارت الحاشية الجانبية إلى: الرّزقاني، م س، ج 5، 153.	الأمثلة

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

⁽²²⁸⁾ سنرى هذه الصّورة لاحقاً: عدد 75.

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

(II) الحكم على تقسيم الغلط في الشيء

65. — إنّ محاولة الحكم على تقسيم صور الغلط في الشيء هي محاولة حكم على تقسيم الشيء، أي هي محاولة حكم على المنطق. فإذا أتت بمحاولة الحكم على المنطق، أمكن المرور إلى محاولة الحكم على القانون انطلاقاً من الحكم على المنطق.

الفرع الأول: الحكم على المنطق

66. — سنحاول هنا أن نعرض ما جاء من نقد للمنطق. وسنختار كأنموذج للنّاقدين في الفضاء الفكري العربي الإسلامي ابن تيمية خاصّة، كما سنختار كأنموذج للنّاقدين في الفضاء الغربي "نيتشه" خاصّة. ولعلّه يمكن انطلاقاً من هذين التّموذجين — وإذا أردنا أولاً وأخيراً الوضوح — أن نقسّم حديثنا إلى أربع مسائل.

67. — المسألة الأولى: الماهية الأولى والذاتيات: سنتكلّم هنا عن الفرق بين الماهية الأولى والأوصاف الذاتيّة.

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

69. — فإذا بدأنا بكلام ابن تيمية وجدنا حاصله قولاً: «إنّ صفات الموصوف قائمة به يمتنع أن تكون متقدّمة عليه في الخارج. وأمّا تسمية الصّفة جزءاً فسبب ذلك أنّها أجزاء في التّصوّر الذهني وفي اللفظ»⁽²²⁹⁾. ويواصل ابن تيمية قائلاً لقد: «جعلوا صفة الموصوف متقدّمة عليه في الخارج. وهذا ما يعلم بصريح العقل بطلانه. وسبب غلطهم أنّ ذلك الوصف إذا تكلمّ به كان جزءاً من الكلام متقدّماً على سائر تمام

(229) ابن تيمية، م، س، ج 1، ص 90.

الجملة في التّصوّر والتّعبير. وهو في الذّهن واللسان جزء من الجملة [...] فاشتبه عليهم ما في الأذهان بما في الأعيان»⁽²³⁰⁾.
انطلاقاً من ابن تيمية⁽²³¹⁾، يمكن نقد المنطقيين بالقول إنّ صفات الموصوف موجودة به ولا يمكن فصلها عنه بالقول هنالك الشّيء وهنالك أوصافه⁽²³²⁾. فالشّيء وأوصافه أمر واحد، والماهية الأولى هي الأوصاف (الذّاتيّة لأنّها هي التي تتحدّث عنها الآن)⁽²³³⁾.

70. — فإذا تمّ المرور 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)"⁽²³⁴⁾.

⁽²³⁰⁾ ابن تيمية، م س، ج 1، ص 91.

⁽²³¹⁾ قُرب أيضاً ممّا قاله في: ج 1، ص 94 و95.

⁽²³²⁾ انظر أيضاً: المظفر (محمد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الأعلمي، ط 2، 1990، ج 2، ص 22 حين يقول متحدّثاً عن الذّات وعن الذّاتيّات (يتحدّث أيضاً عن اللوازم وإذن هو يستبق حديثاً سنأتي به) "قد عرفتم في مباحث الفلسفة أنّ الذّات والذّاتيّ يستحيل جعله بالجعل التّألفي لأنّ جعل شيء لشيء إنّما يصحّ فيما يمكن فيه التّفكيك بين المجعول والمجعول له. وواضح أنّه يستحيل التّفكيك بين الشّيء وذاته أي بين الشّيء ونفسه، ولا بينه وبين ذاتيّاته [...] ولوازم الذّات كالذّات يستحيل أيضاً جعلها بالجعل التّألفي على ما هو الحقّ، وإنّما يكون جعلها بنفس جعل الذّات لا بجعل آخر وراء جعل الذّات [...] إنّما نعرف استحالة جعل الذّات والذّاتيّ ولوازم الذّات بالجعل التّألفي لأنّ نعرف أولاً امتناع انفكاك الذّات عن نفسها وامتناع انفكاك لوازمها عنها".

⁽²³³⁾ انظر إلى ما جاء عند السيّد علي الحسيني السيستاني (م س، ص 93): "التقسيم الثالث: في نسبة الواسطة لذّيها، تنقسم الواسطة في العروض بلحاظ نسبتها لذّيها إلى أربعة أقسام: [...] 3 - نسبة التّساوي كالأجزاء بالأسر مع الكلّ فإنّهما شيء واحد والاختلاف مفهومي".

⁽²³⁴⁾ "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 واضحاً:

فأما الأمر الأول فحديثه عن "وصف شيء" «qualité de chose» والذي حذفنا منه في المتن كلمة وصف وأبقينا كلمة شيء لوحدها، وذلك لأنه وفيما سبق كنّا نفرص بين الماهية (وتساوي ما عناه «نيتشه» بـ"وصف شيء") والأوصاف. فرأينا لكي لا تختلط الأمور أن لا نتحدث عمّا له وصف شيء والذي له أوصاف، بل عن شيء له أوصاف.

وأما الأمر الثاني فحديثه عن علاقات وأفعال الشيء إلى جانب الأوصاف (إذا محوت [...] كلّ علاقات وكلّ أوصاف وكلّ أفعال الشيء). ولقد محونا العلاقات والأفعال لأننا أدرجناها ضمن كلمة الأوصاف التي أخذناها في معنى واسع هو ما يتم إثباته أو نفيه عن الذات. بعبارة أخرى هنالك موصوف أو مخبر عنه وقلنا إنّ علاقاته وأفعاله وغير ذلك، أي كلّ ما ينسب إليه أو ينفي عنه، أوصاف أو خبر له. وبهذا نكون قد أخذنا كلمة الوصف وكلمة الخبر في معنى واسع، متبعين في ذلك أحد المناطق (ماري-لويز رور)، والتي تقول: إنّ المعنى الواسع للخبر *prédicat* (ونحن استعملنا هذا بالنسبة إلى الأوصاف) هو ما يتم إثباته أو نفيه عن موضوع *sujet* (ما أسمى في نص "نيتشه": الشيء، وما أسمىه منذ قليل: موصوفا ومخبرا عنه). وعلى هذا فهي تفرّق بين خمسة أنواع من القضايا:

1- القضية الإسنادية *Proposition attributive* ومثالها سقراط فان (وهذا يقابل ما أسماه "نيتشه" بـ: أوصاف الشيء).

2- القضية الفعلية *proposition verbale* ومثالها سقراط يتجول (وهذا يقابل ما أسماه "نيتشه" بـ: أفعال الشيء).

3- التّصيص غير الشّخصي *énoncé impersonnel* ومثاله: أمطرت *Il pleut = la pluie est tombante* (وهذا يقابل ما أسماه "نيتشه" بـ: أفعال الشيء).

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

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

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

"رور" (ماري-لويز)، مبادئ المنطق المعاصر، باريس، المنشورات الجامعية الفرنسية، 1967، ص 79. ROURE (Marie-Louise), *Éléments de logique contemporaine*, Paris, P.U.F., 1967,

71. — وعلى هذا ليس ثمّ أمران: موصوف (بالنسبة إلينا الآن: ماهية أولى) وأوصاف (بالنسبة إلينا الآن: أوصاف ذاتية)، بل أمر واحد⁽²³⁵⁾.

p. 79.

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

وإنّ "نيتشه" قد أكّد في عديد المواضيع 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، وص 85 عدد 154، وص 86 و 87 عدد 159، وص 90 عدد 169، وص 99 و 100 عدد 202، وص 100 عدد 203، وص 255 عدد 177، وص 290 عدد 298، وص 290 عدد 299، وص 290 و 291 عدد 300، وص 291 عدد 301، وص 304 عدد 344، وص 310 و 311 عدد 373، وص 311 و 312 عدد 374، وص 312 عدد 375.

وإلى كتابه:

المعرفة المرححة، باريس، المكتبة العامّة الفرنسيّة، 1993، ص 213 وما بعدها.

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

وإلى كتابه:

الإنساني. المفرد 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"، العالم كإرادة وكتمتل، 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, 7^e éd, T. I, § 7, p. 27 et s.

⁽²³⁵⁾ انظر من يقول إنّنا نخرج عن الحقيقة إن كان باستطاعتنا أن نجد شيئا لا يسمّى محمولا وهو ماهية.

بعبارة أخرى ليس ثمّ ماهية بمعنى شيء يختلف عن الأوصاف الذاتيّة ويجوي هذه الأوصاف:

"بان" (ألكسندر)، المنطق الاستدلالي والاستقرائي (مترجم إلى اللغة الفرنسيّة)، باريس، مكتبة جيرمير—

باليير، 1875، ص 382.

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

قرب من هامش سيرد في الفقرة عدد 74 حيث ستجد حديثا عن الأعراض مفاده أنّ "ليس لها وجود محمولي خاص بها وإتّما الوجود الجوهرية يعيش في صميمه حركة تطوّريّة تنشأ بعدة شؤون وتتلوّن بعدة

72. — يخلص مما سبق أن لا فرق بين "الماهية الأولى" و"الذاتيات". و"الذاتيات" هي التي وجدناها سابقا عند "اللاندا" تحت اسم الماهية الثانية، أي كجزء من المعنى الأول للماهية عند هذا المنطقي. عبارة أخرى لا وجود للماهية الأولى. لكن لتتفق: لا وجود للماهية الأولى مستقلة عن الماهية الثانية (أو عن الأوصاف الذاتية. وسنرى لاحقا أن لا وجود للماهية الأولى مستقلة عن جميع الأوصاف). فهنا ثم اسمان لكن المسمى واحد⁽²³⁶⁾. وواحد من الاسمين هو الماهية الثانية.

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

وما جاء في سابقتها الماهية الثانية. وسنحاول أن نأتي بما قاله ابن تيمية، ثم بما قاله "نيتشه"، قبل أن نحصل:

وما قاله الشيخ هو أنّ هذه الماهية: "مجرد وضع واختراع، إذ يقدر كلّ إنسان أن يبتدع ماهية في نفسه غير ما اخترعها الآخر. وإذا ادّعى هذا أنّ الماهية هي «الحيوان الناطق»، أمكن الآخر أن يقول بل هي «الحيوان الضاحك». وإذا قال هذا إنّ الحيوانية ذاتية للإنسان بخلاف العددية للزوج والفرد، أمكن للآخر أن يعارضه ويقول: بل العدد ذاتي للزوج والفرد واللون ذاتي للسواد بخلاف الحيوان فليس ذاتيا للإنسان. إذ مضمون هذا كله أن يأتي شخص إلى صفات متماثلة في الخارج، فيدعي أنّ الماهية التي يبتدعها في نفسه هي هذه الصفة دون هذه. فإنّه إن جعل هذا مطابقا

ألوان، والأعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهرى المتطور، فحينئذ ليس عندنا وجودان في الخارج بل وجود واحد، والأعراض نابعة من صميم هذا الوجود الواحد من دون أن توجب تعدداً وجودياً له".⁽²³⁶⁾ يقول "ميل" (م س ، الكتاب الأول. الفصل الثالث. الفقرة 6) لا توجد ماهية (أولى) دون أوصاف ولا أوصاف دون ماهية أولى.

للأمر في نفسه - وهو قولهم - كان مبطلاً، وإن قال: هذا اصطلاح اصطلاحته،
قوبل باصطلاح آخر، وكان هذا ممّا لا فائدة فيه⁽²³⁷⁾.

في نفس السّياق، يقول "نيتشه": "في عالم الصّيرورة [...] (لا يمكن أن تكون)
[...] فرضيّة [...] الماهية [...] إلّا خطأ"⁽²³⁸⁾. وفي مكان آخر يضيف: "التّوع
[...] خطأ ترتكبه في كلّ مكان [...] (و) يجب أن لا نؤوّل هذه الضّرورة التي
نحن فيها والتي تجربنا على خلق [...] أنواع [...] على أنّها ستجعلنا قادرين على
تحديد ما هو العالم الحقيقي، بل يجب أن نرى فيها ضرورة تدبّرنا بما لأنفسنا عالماً
يجعل وجودنا ممكناً. إنّنا نخلق بهذا عالماً يبدو لنا قابلاً للتّوقّع ومبسّطاً ومفهوماً
[...] إنّ الضّرورة الدّاتيّة التي نجد أنفسنا فيها والتي تجربنا على الاعتقاد في المنطق
تعبّر عن هذه الواقعة البسيطة: إنّنا وقبل أن نعي بالمنطق، لم نفعل شيئاً إلّا أنّنا
أدخلنا مسلّماته في الصّيرورة، وها نحن الآن نجدها في الصّيرورة، ولم يعد بإمكاننا صنع
شيء آخر، وإذن صرنا نعتقد أنّ هذه الضّرورة تضمن لنا الحقيقة. نحن الذين خلقنا
[...] الماهية [...] (والتي) بواسطتها عملنا طويلاً على أن نسوّي بين الأشياء،
على أن نكبّر صورها ونبسّطها. إنّ العالم يبدو لنا منطقيّاً لأنّنا بدأنا بجعله
منطقيّاً"⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁷⁾ ابن تيمية، م س، ج 1، ص 87.

⁽²³⁸⁾ "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".

⁽²³⁹⁾ "نيتشه"، م س (إرادة الاقتدار)، ج 1، ص 76 و 77، 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

الأحكام الأصلية للفظ اللقائي

ويقول "نيتشه"، في نفس هذا الاتجاه ولكن في كتاب ثان⁽²⁴⁰⁾، إن المنطق "يرتكز على مسلّمات لا يوجد ما يقابلها في عالم الواقع"⁽²⁴¹⁾.
ويضيف، في كتاب ثالث⁽²⁴²⁾: إن المنطق ضروري لبقاء البشريّة وإنّ "الإنسان لا يمكنه أن يحيا دون أن ينضمّ إلى اختلاقات المنطق"⁽²⁴³⁾.
والحاصل ممّا سبق أنّ الماهية أو الماهية الثّانية (إلخ) اختراع (والعبارة لابن تيمية) أو خطأ (والعبارة ل: "نيتشه") أو شيء موجود في الأذهان لا في الأعيان⁽²⁴⁴⁾.
فإذا مررنا إلى المعنى الرّابع للماهية كما جاء عند "لالاند"، أي إذا مررنا إلى المادّة، وجدنا في الوسط القانوني من يعتبرها كذلك، أي من يعتبرها ماهية، ووجدنا أيضا

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

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

⁽²⁴⁰⁾ "نيتشه"، م س (الإنساني المفرط في الإنساني) ج 1، ص 26، عدد 11.

⁽²⁴¹⁾ "La logique [...] repose sur des postulats auxquels rien ne répond dans le monde réel (par exemple sur le postulat de l'égalité des choses)".

⁽²⁴²⁾ "نيتشه"، خارج الخير والشّر، باريس، غاليمار، 1971، ص 24، عدد 4.

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

⁽²⁴³⁾ "L'homme ne pourrait pas vivre sans se rallier aux fictions de la logique".

⁽²⁴⁴⁾ انظر أيضا الفكرة نفسها عند:

"كونديلياك"، فنّ التفكير، 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 إلّا أسماء، فلا نتصوّر افتراض أن تمّ في الطّبيعة أجناس وأنواع، ولا نرى في هذه الكلمات - أجناس/ أنواع - إلّا طريقة لتقسيم الأشياء على أساس علاقاتها بنا وعلاقتها 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".

من يتخذ موقفا مخالفا. والأمر نفسه نجده مع أوصاف أخرى مثل مصدر الشّيء. ف:
"أوبري" و"رو" لا يريان أننا أمام ماهية أمّا غيرهما فنعم.
ويبدو، لمن يتأمل ما سبق، أنّ الخوض في الماهية وفي الأوصاف الذاتية (إلخ) قد
أفضى بعد إلى الخوض في الأوصاف العرضية. وسنحاول الآن البحث عن الفرق بين
هذه الأوصاف وغيرها من جهة والذات من جهة أخرى.

74. — المسألة الثالثة: الذات (الماهية الأولى) والأوصاف. جاء عند "لاند" (245) في حديث عن الماهية الأولى (أو "الكائن الواقعي، مثل هذا الرجل المفرد" (246) "أما تعني "حقيقة تتعلق بشخص واحد [...] وهنا فالذي لا ينفصل عنه ليس فقط الأوصاف الأساسية (هذا اصطلاح حاشية المشروع المراجع، ولكننا هنا في هذه الصفحات استعملنا اصطلاحاً آخر هو الأوصاف الذاتية) مثل الامتداد والعقل، بل وأيضا كل الأوصاف (إذن غير الذاتية لأنه ليس بعد الذاتي إلا غير الذاتي) بدون استثناء والتي يمكن إثباتها له عن حق، (فالماهية الأولى أو الكائن الواقعي) ليس إلا مجموعة هذه الأوصاف التي هي الوحيدة القابلة لأن تعرف حقاً" (247).

(245) "لاند"، م س، ص 1052 .

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

(247) "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: السيستاني (السيد علي الحسيني)، م س، حين قال: " أن النظرية المشهورة في الفلسفة التقليدية هي تعدد الموجود لجوهر وعرض، وأن الوجود الجوهرى ما كان موجوداً لا في موضوع، والوجود العرضي ما كان وجوده في الموضوع، واختلف أصحاب هذه النظرية في كون التركيب بينهما إذا اجتماعاً هل هو تركيب اتحادي أم تركيب انضمامي كأنضمام الحجر للحديد في بناء الدار مثلاً، ولكننا نختار ما طرحه بعض فلاسفة الغرب كالفيلسوف الفرنسي . روسو . وبعض فلاسفة الشرق وهو آقا علي مدرسي من اتحاد هذين المفهومين وهما الجوهر والعرض وجوداً، وذلك لأن الموجود شيء واحد في الخارج إلا أنه يعيش حركة تطورية تكاملية والأعراض ما هي إلا أنحاء وجوده التطوري وألوان حركته التكاملية المتجددة لا أنها وجودات ممولية أخرى ترتبط بوجوده وتنضم إليه، وقد رتبنا على هذه النظرية كثيراً من البحوث الفلسفية" (ص 20). ويضيف "السيستاني" في مكان لاحق: "لقد قال علماء الاجتماع والتاريخ بأن اللغة دليل حضارة المجتمع، فاللغة المتكاملة تعكس تكامل المجتمع، فسعة آفاقها واشتمالها على المفردات القانونية والصناعية والفنية كاشف عن حضارة المجتمع وتطوره، كما أن اللغة لسان معبر عن نوع التفكير الاجتماعي، فمثلاً الجملة الإسنادية في اللغة العربية نحو زيد قائم لا تشمل إلا على

طرفين موضوع ومحمول مما يدل على كون النسبة الإسنادية بالمفهوم العربي تعني اتحاد الطرفين وجوداً والهوية (كلمة مركبة من « هو هو » معناها أنّ المحمول عين الموضوع) المصدقية بينهما، بينما هذه الجملة في اللغة الفارسية واليونانية تحتاج لرابط وهي كلمة - است . أو - استين . مضافاً لوجود الموضوع والمحمول، مما يدل على كون مفهومها في الفكر الفارسي عبارة عن ثبوت شيء لشيء . أي ثبوت القيام لزيد . وهذا المفهوم يحتفظ بالغيرية والاثنيية بين طرفي القضية بخلاف المفهوم العربي الذي يعكس الوحدة والاندماج، فاللغة إذن دليل على نوع التفكير الاجتماعي " (ص 38). ويقول السيستاني كذلك: "حينما دخل علم الفلسفة أوساط المجتمع العربي احتاج علماء العرب لترجمة الأفكار الفلسفية وانتخاب ألفاظ عربية للتعبير عنها، سواءً على مستوى المركبات أم على مستوى المفردات، فمثلاً بالنسبة إلى المركبات نرى أنّ الجملة الإسنادية نحو زيد قائم يختلف تصوّرها في الارتكاز العربي عن تصوّرها في الارتكاز الفارسي أو اليوناني، فالجملة في العرف العربي تعبر عن هوية واتحاد بين وجودين، وجود زيد ووجود القيام من دون أن تشتم رائحة الغيرية والاثنيية بينهما، بينما مفهوم هذه الجملة في العرف الفارسي واليوناني يعني ثبوت شيء لشيء آخر فهو يحافظ على الغيرية والاثنيية بين الطرفين، ولذلك يحتاج لوجود الرابط بينهما كلفظ - است - في الفارسية و - استين - في اليونانية، وحيث إنّ الفكر المنطقي بدأ على يد اليونانيين، لذلك أصبح التصوّر المنطقي للقضية وهي الجملة الخبرية موافقاً للعرف اليوناني، وحينما ترجم علم المنطق إلى العربية ترجم هذا التصوّر أيضاً، لكن لما لم يوجد في اللغة العربية ثلاثة أطراف - موضوع ومحمول ورابط - لأنّ العرف العربي لا يرى القضية بمعنى ثبوت شيء لشيء بل بمعنى اتحاد الوجودين فلا تحتاج لوجود رابط بحسب ارتكازه، استعار العلماء لفظ - هو - للتعبير عن الرابط محافظة على التصوّر المنطقي المتأثر بالعرف اليوناني، فقالوا: القضية ثلاثية الأطراف نحو زيد هو قائم" (ص 60). انظره أيضاً في ص 155 و156: "لقد ذكر علماء النفس أنّ طريقة التفكير ترتبط ارتباطاً وثيقاً باللغة المستخدمة عند التفكير، فإنّ اللغات العالمية لا تختلف اختلافاً لفظياً فقط بل إنّ كلّ لغة تتضمن بين ثناياها طريقة معينة للتفكير والتحليل، فمثلاً كثير من اللغات تختلف عن اللغة العربية في تقديم المسند على المسند إليه بعكس اللغة العربية، وهذا له تأثير كبير في طريقة التفكير والتحليل الذهني. كما أنّ اللغة الفارسية واليونانية تستلزم تصوّر القضايا الحملية على أنّها من باب ثبوت شيء لشيء، لذلك يذكر فيها الرابط بين الموضوع والمحمول وهو (است أو استين)، بينما اللغة العربية تصوّر للذهن أنّ القضية الحملية من باب الهوية بين الموضوع والمحمول نحو زيد قائم، ولذلك عندما يعبرون عن نسبة الربط فيها يذكرون ضمير الشأن وهو - لفظ هو - . ومما لا شك فيه أنّ تصوّر القضية على النحو الأول يختلف عن تصوّرها على النحو الثاني، فلو كان ارتباط اللفظ بالمعنى ارتباط السبب بالمسبب لم نجد تلازماً بين طبيعة اللغة وطريقة التفكير، إذ شأن اللفظ حينئذٍ إخطار المعنى فقط

هذا الكلام ل: "اللاندا" يدعّمه ما ورد سابقا على لسان "نيتشه" والذي مفاده أنك إن محوت الأوصاف اضمحلّ الموصوف (248). فليس هنالك إذن إلاّ الأوصاف (249).

كإخطاره بأيّ لفظ من لغة أخرى، فلا يتغيّر نوع تصوّر المعنى لتغيّر طريقة اللفظ، بينما تأثر أسلوب التفكير باللغة المستخدمة كاشف عن علاقة الاندماج والهوية بين اللفظ والمعنى وانعكاس المعنى في اللفظ نفسه.

انظر حول المسألة نفسها كتابا في الألسنية العرفانية:

"ديلباك" (نيكول)، الألسنية العرفانية. فهم كيفية عمل اللغة، بروكسال، دوكلو، 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 العربية بين التركيب والدلالة. دراسة نحوية تداولية، تونس، جامعة متونة/ المؤسسة العربية للتوزيع، 1421 هـ/ 2001 م، ط 1، ص 366 و 487.

(248) انظر الفقرة عدد 70.

(249) قارن مع السيد علي الحسيني السيستاني (م س، ص 280 وما بعدها):

"للحمل نوعان: 1 - الحمل الذاتي الأولي، وهو ما كان متقوماً بالاتحاد المفهومي بين الموضوع والمحمول والتغاير الاعتباري، ولو بالإجمال والتفصيل نحو الإنسان حيوان ناطق أو بإيهام سلب الشيء عن نفسه ثم إثباته له نحو الناطق ناطق. 2 - الحمل الشائع الصناعي، وهو ما كان متقوماً بالتغاير المفهومي بين الموضوع والمحمول والاتحاد الوجودي في أيّ وعاء من أوعية الوجود ذهنياً أو خارجاً، نحو الإنسان ناطق والإنسان كليّ.

ج - أقسام حمل المشتق: تارة يدخل حمل المشتق في الحمل الذاتي الأولي نحو الناطق ناطق ولا ريب في صحته كما سبق، وتارة يدخل في الحمل الشائع، وهذا على أقسام: 1 - ما كان من الانتزاعات نحو الإنسان ممكن ولا ريب في صحته حمله، للتغاير المفهومي بين الطرفين والاتحاد الوجودي الذهني لو كان المراد بالإمكان الإمكان الماهوي، أو الاتحاد الوجودي في الخارج لو كان المراد بالإمكان الإمكان الوجودي بمعنى الفقر الذاتي. 2 - ما كان من الاعتبارات نحو الخمر محرّم والصلاة واجبة ولا ريب في صحته الحمل فيه، للتغاير المفهومي والاتحاد في وعاء الاعتبار، فإنّ المعروض للحمة الاعتبارية هو طبيعيّ الصلاة الموجود في وعاء الاعتبار، لاشتراط وحدة الوعاء في حمل شيء على آخر. 3 - ما كان من الأعراض المقولية المتأصلة نحو الإنسان قائم وقاعد، وهذا القسم قد يورد عليه بإيراد مبني على

القول ببساطة المشتق، وبيانه: أننا إذا قلنا زيد قائم فالحمل المذكور حمل شائع صناعي متقوم بالتغاير المفهومي والاتحاد الوجودي، فأما التغاير المفهومي فهو حاصل بلا ريب ولكن الكلام في الاتحاد الوجودي، فإننا إن اخترنا القول بالتركيب في المشتق فلا ريب حينئذ في وحدة الموضوع والمحمول وجوداً لأن المراد بالمحمول الذات الواجدة للقيام وهذا المفهوم متحد وجوداً مع زيد الخارجي، ولكننا إذا اخترنا القول ببساطة المشتق وأن لفظ قائم معناه نفس معنى القيام وإنما الفرق اعتباري وهو لحاظ اللابشرط عن الحمل والبشرط لا عنه فحينئذ لا يوجد اتحاد وجودي بين زيد والقيام، فإن زيدا يعني الوجود الجوهرى القائم بنفسه والقيام يعني وجوداً محمولياً آخر وهو الوجود العرضي القائم بالموضوع فمع تحقق الوجودين كيف يحصل الاتحاد الوجودي المقوم للحمل الشائع؟! والجواب: إن هنالك مسلكين في وجود الأعراض: 1 - مسلك الآفا علي المدرس وهو المختار عندنا، ومحصله: أن الأعراض ليس لها وجود محمولي خاص بها وإنما الوجود الجوهرى يعيش في صميمه حركة تطورية تتشأن بعدة شؤون وتتلون بعدة ألوان والأعراض هي ألوان ذلك الوجود الجوهرى المتطور، فحينئذ ليس عندنا وجودان في الخارج بل وجود واحد والأعراض تابعة من صميم هذا الوجود الواحد من دون أن توجب تعدداً وجودياً له، نظير المادة الهولائية المتصورة بعدة صور نوعية من دون أن يكون للمادة وجود آخر غير وجود الصورة المحددة لها، وعلى هذا المسلك فالاتحاد الوجودي المقوم للحمل حاصل.

2 - مسلك المشهور من تعدد الوجود لموجود جوهرى قائم بنفسه وموجود عرض قائم بموضوعه، والاتحاد الوجودي المعتبر في الحمل حاصل حتى بناءً على هذا المسلك. بيان ذلك: إن الفلاسفة قسموا الحمل الشائع لقسمين: 1- حمل حقيقي ذاتي. 2- حمل مجازي عرفي. والمراد بالقسم الأول ما كان المحمول فيه منتزعاً من ذات الموضوع من دون وجود واسطة بينهما، لا واسطة في الثبوت ولا واسطة في العروض، نحو الوجود موجود والضوء مضيء والبياض أبيض، ولا إشكال في صحة هذا الحمل للتغاير المفهومي بين الطرفين بلحاظ دخالة حيثية اللابشرط في مفهوم المحمول ودخالة حيثية البشرط لا في مفهوم الموضوع وللاتحاد الوجودي بينهما. والمراد بالقسم الثاني ما كان المحمول فيه أجنبياً عن الموضوع، وهو نوعان: 1 - الحمل المجازي الأدبي، أي ما يعدّ بنظر العرف تجوّزاً لا حقيقة نحو الميزاب جارى، فإن الحمل هنا حمل مجازي حتى بنظر العرف لعدم الاتحاد الوجودي بين الموضوع والمحمول وإنما حمل عليه لواسطة جلّية في العروض وهي جريان الماء فيه، وهذا النوع من الحمل خارج عن محالّ كلامنا. 2 - الحمل المجازي العقلي، أي ما يعدّ بنظر العرف حملاً حقيقياً وإن كان بنظر العقل حملاً مجازياً، لأن هذا الحمل مستند لواسطة في العروض ولكن خلفاء هذه الواسطة عند العرف عدّه العرف حقيقياً وجلالها عند العقل المتأمل كان الحمل مجازياً عنده، ومثال ذلك الإنسان موجود، فإن الموجود في الحقيقة هو الوجود لا الإنسان ولكن لأجل وجود واسطة خفية وهي كون الماهية حدّاً

بعبارة أخرى: تمّ بين الموصوف والأوصاف تغيّر مفهوميّ ليس إلّا، أمّا في الوجود فنّم اتّحاد⁽²⁵⁰⁾. فالقول مثلاً إنّ (موصوفاً ما) له (الوصف₁) و (الوصف₂) و... لا يُراد به "أنّ ل (الوصف₁) وجوداً ول (الوصف₂) وجوداً آخر وقد صاراً موجودين معا في (الموصوف)، إنّما المراد بمعنيّة (الوصف₁) و (الوصف₂) أنّ الدّهّن عند تحليل (الموصوف) وملاحظة حدّه اعتبر معنيين أحدهما مبهم والآخر معيّن محصّل له، فهما موجودان بوجود واحد، فالوجود واحد والمعنى اثنان"⁽²⁵¹⁾.

ويخلص من "لالاند" - إذا استعملنا اصطلاح مجلّة الالتزامات والعقود: الذات⁽²⁵²⁾، وأضفنا إليه الاصطلاح الذي تعوّدنا عليه في هذه الصّفحات (الأوصاف الذاتيّة أو الذاتيات⁽²⁵³⁾)، والأوصاف غير الذاتيّة أو غير الذاتيات⁽²⁵⁴⁾ -:-
أنّ الذات (هذا القلم الذي أكتب به/ هذا الشّخص الجالس أمامي/ إلخ) هي الذاتيات ومعها غير الذاتيات.

كما يخلص من "لالاند"، ولكن هذه المرّة مع "نيتشه" (إلخ) أن ليس ثمّ إلّا الأوصاف: الذاتيات ومعها غير الذاتيات.
ومن يقول إنّ الذاتيات اختراع، لا يبقى لديه إلّا: غير الذاتيات.

للوجود صحّ حمل الموجود على الإنسان، فهو حمل حقيقي عرفاً لخفاء الوسطة وحمل مجازي عقلاً لمعرفة الوسطة 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 التقوّم بالتركيب الانضمامي كما هو رأي بعض الفلاسفة أم فسّرناه بالتركيب الاتّحادي كما هو رأي البعض الآخر منهم فهذا الحمل حقيقي عرفاً لخفاء الوسطة مجازي عقلاً للعلم بما عند العقل". انظر أيضا ص 294 وما بعدها.
⁽²⁵⁰⁾ انظر الفقرة عدد 72.

⁽²⁵¹⁾ الحيدري (السّيّد كمال)، المذهب الدّاتي في نظريّة المعرفة، دار فراق، إيران. قم، 2005، ص 24، الهامش 1.

⁽²⁵²⁾ كما تقدّم وردت هذه العبارة كاسم للصورة الأولى الواردة بالفصل 45.

⁽²⁵³⁾ استعملت مجلّة الالتزامات والعقود عبارة النوع.

⁽²⁵⁴⁾ استعملت مجلّة الالتزامات والعقود عبارة الوصف.

لكن لتتفق مرة أخرى: ليس هنالك ماهية أولى مستقلة عن الأوصاف غير الذاتية. فهنا ثمّ تغاير مفهومي. لكن هنالك وحدة في الوجود. ولا يمكن تصوّر ماهية أولى دون أوصاف كما لا يمكن تصوّر أوصاف دون ماهية⁽²⁵⁵⁾.

انطلاقاً ممّا تقدّم، يمكن القول إنّ الفارق بين شيئين هو فارق بين غير ذاتيات وغير ذاتيات أخرى⁽²⁵⁶⁾. وهذا الفارق قد يكون عظيماً أو دقيقاً بحسب الحالات. بعبارة

(255) "ميل" ("جون ستيوارت")، م س، الكتاب الأول: الأسماء والقضايا، الفصل الثالث، الفقرة 6.
 (256) يقول السيّد علي الحسيني السيستاني (م س، ص 214 وما بعدها): "لا ريب أن شيئية الشيء - التي بها يمتاز عن غيره ويكون حقيقة منفصلة عن الحقائق الأخرى - بصورته لا بمادته، ولكن ما هو المعيار في الصورة الفاصلة للحقيقة: هل هو النظر العرفي أم النظر الفلسفي؟ المعيار الفلسفي: ويرى الفلاسفة أنّ الصورة المقومة للحقيقة هي الصورة النوعية المعبر عنها بالفصل. فالإنسان مثلاً بناطقيته لا يجسمه، فلو تحوّل الجسم إلى تراب فالإنسان باق باعتبار عدم تعيّر صورته الإنسانية وهي روحه الناطقة. المعيار العرفي: وهو الذي يرى تمايز الأشياء بالصورة الشكلية والآثار الملموسة عند العرف. وبينهما عموم من وجه، فالجسد البشري - مثلاً - بعد فقدانه للحياة يراه العرف بأنّه هو الإنسان وأتّه مات، والموت والحياة حالات طارئة لا حقائق مختلفة، بينما الفلاسفة لا يعتبرون الجسد الميت إنساناً بل يعتبرونه جماداً والإنسان غيره فيختلفان حقيقة بالموت والحياة. كما أنّ الحليب واللبن المصنوع منه حقيقتان عرفاً وذات واحدة فلسفة، لأنّ اتحاد الصورة النوعية فيهما. وبعد البيان المذكور نقول: بأنّ المعيار في الصورة الفاصلة للحقيقة هو النظر العرفي لا النظر الفلسفي لعدّة أسباب: أولاً: أنّ الرؤية الفلسفية لا دليل على واقعيتها وصحتها، فربّما يكون المعيار الواقعي في الفصل بين الأشياء هو الفصل بالعوارض والآثار [...] ولا دليل على لزوم كون الفاصل بالصورة النوعية والفصول، ولعلّ الاتجاه الفلسفي في جعل معيار التمييز مبنياً على الصور النوعية والفصول تعبير عن عرف خاص في المجتمع اليوناني الذي نشأت فيه بذرة الفلسفة، ومن الواضح أنّ الأعراف والمجتمعات تختلف في معيار التمييز كما نلاحظ اختلاف المجتمعات في جعل بعض الفواكه أو الحيوانات تحت عنوان واحد أو عناوين متعدّدة. فمن المحتمل جداً كون الفلسفة اليونانية في اعتمادها على الصور النوعية كمعيار للتمييز بين الحقائق تعبر عن عرف خاص ورؤية إنسانية معيّنة لا أنّ ذلك هو المعيار الواقعي المعتمد. ثانياً: قد ذكر الفلاسفة أنفسهم أنّ الاطلاع على الحقائق الواقعية غير متيسّر والفصول التي يطرحونها ما هي إلا فصول مشهورة لا فصول حقيقية، فالناطق - مثلاً - الذي جعل فصلاً للإنسان إن أريد به النطق فهو كيف مسموع وإن أريد به الفكر فهو كيف نفساني أو فعل ذهني، ومن المعلوم عندهم عدم تقوّم الجوهر بالأعراض من الكيف

أخرى يعدّ الفارق بين ذاتين (كائنين واقعيين) فارقا بين أوصاف (نوع معين من الأوصاف) وأخرى يتدرّج من العظيم إلى الدقيق تدرّجا لا يمكن ضبطه مسبقا إذ هو يتبع الذاتين أو الكائنين اللذين نحن بصدد البحث عن الفارق والمائز بينهما. بعد كلّ الذي جاء أعلاه، ينبغي الإتيان بمسألة أخيرة تكون بمثابة المحصلة.

75. — المسألة الرابعة: المحصلة. سنضع نقطة أولى، ثمّ نقطة ثانية، ثمّ نستخرج منهما محصلة.

وسنبداً النقطة الأولى بمثال نأخذه عن الياقوت لأنّ ذكره تكرر في المشروع المراجع. فلقد ورد في إطار حديث عن الذات⁽²⁵⁷⁾، وفي إطار حديث عن الذاتيات⁽²⁵⁸⁾، وفي إطار حديث عن غير الذاتيات⁽²⁵⁹⁾.

وحاصل ما ورد في الحديثين الأولين:

ياقوت وغير ياقوت، أي ذات لنسمّها (أ) وذات أخرى مختلفة عنها لنسمّها (ب).

ياقوت وزجاج، أي ذاتيات لنسمّها (أ) وذاتيات أخرى مختلفة عنها لنسمّها (ب).

والفعل، إذن فالناطق فصل مشهوري لا فصل حقيقي. ونتيجة ذلك: أنّه كيف يمكن لنا أن نعتبر المعيار في تمييز الحقائق هو النّظر الفلسفي مع قصوره — كما صرّح الفلاسفة أنفسهم — في الوصول لفرز الواقعيّات وتحديدّها". انظر أيضا: ص 314: "إنّ [...] التّفكير الفلسفي التقليدي [...] 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: 1. عدم وجود برهان قاطع على صحّته. 2. كونه عقيماً في الإيصال لمعرفة واضحة السّمات والملامح. وقد اعترف بذلك المنطقة أنفسهم، فقالوا بعدم إمكان الوصول للواقعيّات وكنه حقائقها، لذلك فالطريقة المثمرة في الوصول لمعرفة الحقائق هي الطريقة التي طرحتها الفلسفة الحديثة، وهي معرفة الأشياء من خلال آثارها الحسيّة وعوارضها الفعلية والانفعاليّة".

(257) انظر الفقرة عدد 74.

(258) انظر الفقرة عدد 74.

(259) انظر الفقرة عدد 74.

فإذا وقفنا الآن ونظرنا إلى (أ)، لم نجدّه مختلفاً عن (أ)!. وكذلك الشأن بالنسبة إلى (ب) في علاقته بـ: (ب)⁽²⁶⁰⁾.

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

أمّا إذا أخذنا (أ) ووضعنا بجانبه (ب)، فإنّنا لن نجد شيئاً مختلفاً عمّا سبق. كلّ هذا يدلّ على أنّ اختلاف ذات عن ذات أخرى، واختلاف نوع عن نوع آخر هو اختلاف بين غير ذاتيات وغير ذاتيات أخرى.

هذه النتيجة بيّنة فيما يخصّ محلّ الحديث الثالث. فالاختلاف بين الياقوتتين (الحمرّاء من جهة والخضرّاء من جهة أخرى) هو اختلاف بين لون ولون آخر، أي ومرة أخرى بين غير ذاتيات وغير ذاتيات أخرى.

فالكلّ إذن سواء. وعلى هذا لا معنى للتفرقة التي وضعها المناطقة بين الذات والذاتيات وغير الذاتيات⁽²⁶¹⁾.

والاستنتاج الذي يمكن الخروج به هو أنّ شيعين (ياقوت وغير ياقوت، ياقوت وزجاج، ياقوت أحمر وياقوت أخضر، قلم وورقة، أرض وأرض أخرى، إلخ.) - ليسمياً كما يُشاء (ذاتين، نوعين، إلخ.) - يختلفان متى وُجدت تفاوت بين أوصاف غير ذاتية وأوصاف غير ذاتية أخرى. فإذا كان التّفاوت فاحشاً، كان الاختلاف بين الشّيعين كبيراً؛ وإن لا، فلا.

⁽²⁶⁰⁾ وهذا يدلّ - كما سنؤكّد على ذلك بعد قليل - أن لا فرق بين الغلط في الذات والغلط في الذاتيات. طبعاً 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 دوماً أمام صنف مغلق: ظنّ أنّه ياقوت فإذا به غير ياقوت (= فإذا به شيء آخر محدد).

⁽²⁶¹⁾ ونقلها عنهم الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود.

لكن ألا نعود بهذا الكلام إلى المنطق وإلى ما قاله "ميل"⁽²⁶²⁾ عن المناطق من أتهم إن رأوا الاختلاف بين شيئين لا يمكن حصره ولا يرجع إلى سبب واحد قالوا ثم نوعان وشم شيئين، وإن رأوا أنّ الاختلاف يمكن حصره قالوا النوع واحد والشّيء واحد ومن هنالك الاختلاف هو فقط في العوارض؟ الجواب بالنفي: فالشيئين المختلفان اختلافا فاحشا في الأوصاف العرضية قد يكونا شيئا واحدا عند المناطقة. ويمكن أن نزيد على ما تقدّم - هنا نصل إلى النقطة الثانية - ونقول إنّه قد تتفق الأوصاف جميعها ومع ذلك لا نكون أمام شيء واحد بل أمام شيئين. وفعلا قد يعترضنا: شيء أوّل له أوصاف (هذا القلم الذي أكتب به) وشيء ثان له نفس الأوصاف (قلم آخر له نفس الشكل، واللون، والوزن، و... إلى أن تأتي على جميع الأوصاف). وإتينا نعلم أنّ الزّمان والمكان يجعلان هذين الشيئين مختلفين عن بعضهما البعض (إذا كان الشيء الأوّل في الزّمان¹ يملا المكان¹ فإنّ الشيء الثاني في نفس الزّمان سيملا مكانا آخر). لكننا نعلم أيضا أنّ الزّمان والمكان إطار، أي أمور خارجة عن الشيء⁽²⁶³⁾، أي تحديدات لا تنتمي إليه⁽²⁶⁴⁾، أي أنّها ليست أوصافا له⁽²⁶⁵⁾. فإذا افترضنا الآن أنّنا وضعنا اليوم الشيء الأوّل في المكان¹ والشيء الثاني في المكان²، وجاء أحدهم ليلا ووضع الشيء الأوّل في المكان² والشيء الثاني

(262) انظر الفقرة عدد 64.

(263) "هايدغر"، م س، ص 29.

انظر إلى آثار هذه النقطة في مادّة الحوز والملكيّة:

"جاردي" (جون لويس)، بحث في الأسس القبلية لعقلانيّة الأخلاق والقانون، باريس، المكتبة 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.

(264) "هايدغر"، م س، ص 38.

(265) "هايدغر"، م س، ص 27 وما بعدها.

في المكان¹، لم نستطع نحن الذين سنعود في الغد ونقف أمام المكان¹ أن نقول إننا لم نعد أمام الشيء (وهو الأول) الذي تركناه بالأمس وإننا صرنا أمام شيء آخر. على هذا يمكن القول إن غير الشيء قد نأخذه - نحن البشر - على أنه الشيء، والسبب عدم وجود تفاوت بين أوصاف الشيء وأوصاف غيره. بعبارة أخرى نحن البشر، لكي نأخذ وعلى الدوام الشيء على أنه الشيء وغيره على أنه غيره، أي لكي نقول وعلى الدوام عن شيئين إنهما مختلفان، أي لكي نقول وعلى الدوام عن شيئين إنهما شيان، لا بد من أن نكون أمام تفاوت بين أوصاف غير ذاتية وأوصاف غير ذاتية أخرى (قبل "على الدوام" لكي ينبه إلى أنه لم يقصد أنه وحين تتحد الأوصاف لا نكون أمام شيئين. فلقد قلنا إنه قد نكون أمام شيء أول له أوصاف معينة وشيء ثان له نفس الأوصاف ولكنه ليس الشيء الأول. في هذه الفرضية لا يمكن إعمال أحكام الغلط ما دامت جميع الأوصاف التي أريدت موجودة).

انطلاقاً من كل ما سبق، يمكن الخروج بقول مفاده أن لا فرق بين هذه الأمور الثلاثة الذات، والنوع، وغير الذاتيات.

هذا القول يعدّ محاولة حكم على المنطق، ممّا يعني أنه قد صار بالإمكان محاولة الحكم على القانون انطلاقاً من هذه المحاولة للحكم على المنطق.

الفرع الثاني: الحكم على القانون انطلاقاً من الحكم على المنطق

76. — سنبدأ هنا بمحاولة الحكم على القانون الغربي، ثم نمرّ إلى محاولة الحكم على القانون الإسلامي، ونختتم بمحاولة الحكم على القانون التونسي:
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 الروماني، فسنبدأ بهذا، ثمّ نختتم بذلك.
78. — وفي البدء لم يقبل القانون الروماني، وإلى حدّ القرن الثاني للميلاد، إلّا بالغلط في طبيعة العقد وبالغلط في ذات الشيء وفي ذات الشخص. لكن، وفي مرحلة لاحقة أي في بداية القرن الثالث، أخذ بالغلط في المادّة منظورا إليها من زاوية كونها ماهية (المعنى الرابع)⁽²⁶⁶⁾. ولإعطاء صورة كاملة عن القانون الروماني⁽²⁶⁷⁾، ينبغي أن يُضاف أنّه — وفي حقل بيع الحيوان والرقيق — قبل ببعض العيوب التي تمنع الاستعمال. بعبارة أخرى، في هذا الميدان الخاصّ، قبل بغير الداتيات.
79. — على هذا، فالقانون الروماني قال بالذات، وقال في نطاق خاصّ بغير الداتيات. ومن يُقلّ ما سبق، يكون قد قال بالداتيات. لذا يمكن القول إنّ نظرة "التثليث" التي وجدت في المنطق قد مرّت إلى القانون الروماني. هذا يعني أنّ بالإمكان سحب ما قيل عن المنطق وتطبيقه على القانون الروماني. ويمكن أن ندقّق هذا الكلام بالقول إنّ الرومان قبلوا في البدء الذات ورفضوا غيرها. لكننا نعلم ممّا

⁽²⁶⁶⁾ "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 الثانون أنّه معدم للرّضا.

⁽²⁶⁷⁾ جاءت هذه الصّورة عند: "مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس"، م س، عدد 163.

سبق أن لا فرق بين تلك الذات وهذا "الغير". هذا يعني أنّ القانون الروماني قبل "الغير" في نفس اللحظة التي ظنّ فيها أنّه قد رفضه. ثمّ إنّ هذا القانون أدخل بعض غير الذاتيات وأوصد الباب في وجه المتبقيّ منها. لكننا نعلم أنّ الذات مقبولة، وهذه لا فرق بينها وبين غير الذاتيات. وعلى هذا فما تُرك في الخارج وعُلِّقت الأبواب كي لا يدخل البيت هو بعدُ متربّع فيه.

80. — ويبدو أنّ نظرة "التثليث" هذه قد مرّت من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي. فلقد احتوى هذا القانون على الذات (إلى جانب الطّبيعة ووجود السّبب) وعلى كلمة الماهية.

وجاءت الذات (لا كلفظ طبعا) بالفصل 1108 من المجلّة المدنيّة (ومعها بنفس الفصل الطّبيعة والسّبب⁽²⁶⁸⁾)، والسّبب جاء أيضا بالفصل 1131 كما تقدّم معنا حسب "أوبري" و"رو"⁽²⁶⁹⁾. أمّا لفظة الماهية فجاءت بالفصل 1110 (يلاحظ هنا أنّه لم تفهم الماهية في هذا الفصل على أنّها تشمل الماهية الأولى). ولقد اختلف في معناها: فبعضهم جعلها للذاتيات وللمادّة رافضا مدّها للقَدَم وللمصدر⁽²⁷⁰⁾، وبعضهم الآخر جعلها لكلّ ما رآه الأطراف أساسيا أي بالتحديد لغير الذات⁽²⁷¹⁾.

81. — وعلى هذا، فالمجلّة الفرنسيّة إمّا أنّها تقول بالذات وبالذاتيات فقط⁽²⁷²⁾، وإمّا أنّها تقول بهما وتزيد غير الذاتيات⁽²⁷³⁾:

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

(269) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

(270) 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.

(271) "لوران"، م س، ج 15، عدد 490 وما بعدها. ويقول "لوران" إن موقفه هو موقف "بوتبي" و"دوما" وإنّ هذين هما اللذان اتبعتهما المجلّة المدنيّة الفرنسيّة (عدد 488).

(272) في كلّ هذه التّحاليل تركنا مسألة العيوب الخفيفة لأننا سنعود إليها لاحقا.

فإذا قالت بالذات وبالذاتيات فقط، صحّ في حقّها ما سبق من أنّها تقول أيضا بغير الذاتيات. ولعلّه يجب أن نشير هنا إلى أنّ الذين ينسبون إلى المجلّة المدنيّة الفرنسيّة هذا الموقف يضيفون بأنّ غير الدّاتيّ يُقبل لو أنّه جعل صراحة⁽²⁷⁴⁾ أو ضمنا⁽²⁷⁵⁾ شرطا⁽²⁷⁶⁾.

أمّا إذا كانت تقول بهذه الأشياء جميعا (الذات / الذاتيات / غير الذاتيات)، فستكون كالمنطق من أصحاب "التثليث"، وسيصحّ في حقّها ما صحّ في حقّه⁽²⁷⁷⁾. ولعلّ السّؤال الآن: هل كان الفقه الإسلامي بدوره "منطقيا" (كما قالت لنا الحاشية الجانبية من المشروع المراجع الخاصّة بالفصل 50)؟

82. — لو سُمح بالمجاز مرّة أخرى، لقلنا إنّ الفقه الإسلامي ليس "تثليثيا"، بل "ثنويا". ولعلّه يسمح لنا لاحقا وحين ننظر من زاوية معيّنة أن نقول إنّ "توحيد" هو ليس "تثليثيا"، لأنّه لا يعرف الذات كصنف مستقلّ، فلقد وجدنا ابن عاصم يستعمل اسم الذات في مثال الياقوت الذي يظهر غير ياقوت⁽²⁷⁸⁾. نفس هذا المثال سُمي عند آخرين جنسا. ممّا يعني أنّنا أمام اسمين نعم، لكن أمام صنف واحد لا صنفين⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷³⁾ ولقد رأينا "لوران" ينسب هذا القول إلى المجلّة المدنيّة. وينبغي أن ندقق هنا وأن نقول: إنّ لفظة الفصل 1110 اعتبرت لغير الدّاتيّ. لكنّ قانونا يقبل غير الدّاتيّ يقبل من باب أولى الدّاتيّ. وإنّ هذا هو الذي يبرّر ما جاء في المتن.

⁽²⁷⁴⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 97.

⁽²⁷⁵⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 98.

⁽²⁷⁶⁾ انظر إلى "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

⁽²⁷⁷⁾ ينبغي أن نشير هنا إلى أنّ الذين يرون أنّ الفصل 1110 هو للذاتيات فقط يرون هذه الصّورة غير خطيرة. أمّا "لوران" الذي يراها للذاتيات ولغير الذاتيات (م س، ج 15، عدد 490) فيصف الذاتيات بالخطيرة، بل لعلّه يمكن القول إنّّه لا يدخلها أصلا في الفصل 1110.

⁽²⁷⁸⁾ انظر الفقرة عدد 33.

⁽²⁷⁹⁾ انظر إلى هذا الصّنف عند: السنهوري (عبد الرزّاق)، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي. دراسة

وهو "ثنوي"، لأنّه يفرّق بين الدّاتيّات وغير الدّاتيّات⁽²⁸⁰⁾. ولا يخرجّه من "التّثويّة" إلى التّثليث فصله داخل غير الدّاتيّات بين التّفاوت الفاحش وغير الفاحش، لأنّ غاية هذا الفصل أن يجمع الفاحش مع الدّاتيّات، ومن ثمّ أن يتعدّد هذان عن غير الفاحش.

فالفقه الإسلاميّ يقسّم الغلط إلى قسمين: غلط في الجنس، وغلط في غير الجنس. ومثال الأوّل عدم العلم بأننا أمام زجاج وعدم العلم بأننا لسنا أمام ياقوت⁽²⁸¹⁾. أمّا مثال الثّاني فعدم العلم بأننا أمام ياقوت أصفر وعدم العلم بأننا لسنا أمام ياقوت أحمر⁽²⁸²⁾.

مقارنة بالفقه الغربيّ، بيروت، مؤسسة التّاريخ العربيّ/ دار إحياء التراث العربيّ، ج 2، ص 106 وما بعدها.

⁽²⁸⁰⁾ انظر: أبو زهرة (محمّد)، الملكيّة ونظرية العقد في الشّريعة الإسلاميّة، القاهرة، دار الفكر العربيّ، ص 417 وما بعدها؛ سلامة (محمّد)، نظريّة العقد في الفقه الإسلاميّ من خلال عقد البيع، المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، 1414 هـ / 1994 م، ص 236 وما بعدها؛ محمصاني (صبحي)، النظريّة العامّة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلاميّة. بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972، ج 2 ص 420 وما بعدها؛ رستم باز اللبناني (سليم)، شرح المجلّة، بيروت، دار إحياء التراث العربيّ، 1406 هـ / 1986 م: التعليق تحت المادّة 65؛ حيدر (علي)، م س، التعليق تحت المادّة 65.

⁽²⁸¹⁾ جاء في الميسوط للسرخسي (ج 13، ص 12 و13): "وإذا اشتري فضا على أنّه ياقوت [...] إن كان المشار إليه زجاجا فالبيع فاسد لانعدام المجانسة [...] وكذلك إذا اشتري ثوبا على أنّه هروي فإذا هو من صنف آخر فهو فاسد، لأنّ الثياب أجناس مختلفة".

وجاء في الفتاوى الخانيّة (ج 2، ص 134): "ولو باع شيئا معينا وسمّاه باسم آخر، بأن قال بعثك هذا الثوب على أنّه هروي فإذا هو هروي، لا يجوز البيع، لأنّ الهروي مع المروي جنسان مختلفان لاختلاف الصّفة".

وجاء في البدائع (ج 5، ص 139 و140): "وعلى هذا يخرج إذا قال بعثك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال بعثك هذا الثوب الهروي بكذا فإذا هو مروي، أو قال بعثك هذا الثوب على أنّه مروي فإذا هو هروي" (أخذ كلّ هذا عن: السنهوري، م س، ج 2، ص 106 وما بعدها).

⁽²⁸²⁾ جاء في فتح القدير (ج 5، ص 201): "ومن المختلفين جنسا ما إذا باع فضا على أنّه ياقوت

ثمَّ إنّ هذا الفقه، وداخل ما ليس جنسا أو ما ليس أوصافا ذاتية، يفصل بين أمرين: التّفاوت الفاحش في المنفعة بين ما طلبه المشتري وحقيقة المبيع، والتّفاوت غير الفاحش. ومثال الأوّل عدم العلم بأنّ الدّار بناؤها لبن وعدم العلم بأنّ ليس بناءها الآجر. أمّا الثّاني فمثاله عدم العلم بما في الدّار وهو انعدام بناء ما وعدم العلم بما ليس فيها وهو ذلك البناء⁽²⁸³⁾.

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 "التثليث" (حتى إن كان هذا "التثليث" 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 الدّائيات وغير الدّائيات مع تفاوت فاحش، ومن جهة أخرى غير الدّائيات مع تفاوت غير فاحش.

ولعلّه بالإمكان القول - رغم ما ورد للتوّ - إنّ الفقه ليس "ثنويًا"، بل هو "توحيدي"، وذلك لأنّ "الجنس" عنده له معنى مختلف عن المناطقة. للتدليل على هذا، يتّجه تتبّع هذا النصّ لصاحب "فتح القدير": "وإن كانا من جنس واحد إلا أنّ اختلافهما بالصفة فاحش، كان كاختلاف الجنس (إذن الفاحش هو مثل الجنس وليس هو الجنس) [...] بل ليس الجنس في الفقه إلاّ المقول على كثيرين لا

فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلا على أنّه ياقوت أحمر فظهر أصفر صحّ ويخبر". وجاء في الفتاوى الهندية (ج 3، ص 140 و141): "وكذا لو اشترى كتابا على أنّه كتاب التّكاح من تأليف محمّد رحمه الله فإذا هو كتاب الطّلاق أو كتاب الطّب أو كتاب التّكاح لا من تأليف محمّد رحمه الله" (كلّ هذا أخذ من: السنهوري، م س، ج 2، ص 110 وما بعدها).⁽²⁸³⁾ جاء في بدائع الصّنائع (ج 5، ص 140): "ولو قال بعتك هذه الدّار على أنّ فيها بناء فإذا لا بناء فيها، فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثّمن وإن شاء ترك، فرّق بين هذا وبين ما إذا قال بعتك هذه الدّار على أنّ بناءها آجر فإذا هو لبن أنّه لا ينعقد، ووجه الفرق أنّ الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتًا فاحشا فالتحقا بمختلفي الجنس على ما بيّنا فيما تقدّم" (أخذ عن: السنهوري، م س، ج 2، ص 111).

يتفاوت الغرض منهما تفاوتاً فاحشاً (إذن نحن أمام معنى جديد للجنس ليس هو الذي وجدناه عند المناطقة، لكن لتأكيد من هذا بمواصلة تتبع ما جاء في "فتح القدير")، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي (إذن معنى للجنس أو للذاتي لا يُنظر فيه إلى الجنس أو الذاتي، بعبارة أخرى يقول لنا صاحب "فتح القدير" إنَّ الفقه اعتبر الجنس جملة أشياء تستعمل لغرض ما، فإذا كنّا أمام شيئين يتفاوت الغرض منهما تفاوتاً فاحشاً وضعنا كلّ واحد منهما في جنس، دون أن نلتفت إلى أننا أمام شيئين لهما نفس الأوصاف الذاتية - أي وعند المناطقة أمام شيئين من جنس واحد - أو أمام شيئين مختلفين على مستوى هذه الأوصاف - أي وعند المناطقة أمام شيئين من جنسين - . لكن لنواصل قراءة النصّ الفقهي لمزيد التأكيد ممّا سبق) [...] والمعتبر في أحدهما جنسان أو جنس واحد (إذن سيعطينا معيار تقسيم الفقهاء الشيء إلى جنس وغير جنس) تفاوت الأغراض (إذن هذا هو المعيار) تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس (إذن المعيار يعطينا ما هو جنس)، أو قريباً فيكون من الجنس الواحد (إذن المعيار يعطينا ما ليس جنساً)، دون اختلاف الأصل يعني الذاتي (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 المنطق، وكان هذان الشيئان متفاوتين تفاوتاً فاحشاً على مستوى الغرض منهما، فنحن ومن منظورهم، أي ومن منظور الفقه، أمام جنسين لا أمام جنس واحد. ويمضي النصّ الفقهي الذي نحن بصدده في هذا الاتجاه ويعطينا مثلاً فيقول:) ولذا قالوا الخلّ مع الدّبس جنسان مع اتحاد أصلهما (ولعلّه ينبغي أن نهتمّ بهذا المثال وأن نقول إنّ الدّبس هو عصير العنب المعلّى المكثّف، فالخلّ إذن وعصير العنب جنس واحد عند الفقه، ولقد سبق أن رأينا⁽²⁸⁴⁾ كيف أنّ الرومان، وأمام مثال الخلّ والخمر عدّوا الأمر جنسين. وعلى هذا لم يخرج الرومان من تصنيف

(284) انظر الفقرة عدد 64.

المناطقة. ويبدو - كما سنرى ذلك لاحقا - أنّ مجلّة الالتزامات والعقود كانت مثلهم⁽²⁸⁵⁾.

وقد يقال انطلاقاً مما سبق: نعم الفقه ليس "تثليثياً" "تثليثية" المنطق، نعم لم يأت داخل المنطق ويمحو صنفاً ليدخله ضمن آخر ويقول بثنوية هي في النهاية داخلية في فضاء المنطق، لكنّ هذا الفقه قال بصنفين، ومن ثمّ فهو "ثنوي"، وإن كانت هذه "الثنوية" ذات معنى جديد⁽²⁸⁶⁾.

وقد يُقبل ما سبق، لكن وإلى جانبه يمكن أن يُنظر إلى الأمر من زاوية أخرى فيقال إنّ الفقه "توحيدي" لأنّه عدّ "الشّيء" مفهوماً واحداً. لكن، لأنّ هذا الواحد يتركّب من طبقات أو درجات متفاوتة، عمد الفقه المذكور إلى الفصل بينها.

83. — والحاصل ممّا سبق أنّ المناطقة جاؤوا بـ"التثليث" وقالوا: الذّات والذّاتيّات وغير الذّاتيّات. ولقد اتّبعتهم الرّومان ومن بعدهم الفرنسيّون. لكن الفقه الإسلاميّ ابتعد عن المنطق وجاء بتصنيف خاصّ به⁽²⁸⁷⁾.

والسؤال الآن: هل اتّبع مجلّة الالتزامات والعقود الفرنسيّين ومن قبلهم الرّومان وكانت من ثمّ مع المنطق، أم أنّها اتّبع الفقه وخرجت من هنالك عن فضاء المعنى الذي أوجده المناطقة؟

⁽²⁸⁵⁾ انظر إلى "فتح القدير"، ج 5، ص 206 (عن: السنهوري، م س، ج 2، ص 108).

⁽²⁸⁶⁾ يؤكد قولنا إنّنا أمام معنى جديد ما جاء عند الزيلعي من "أنّ الذّكر والأنثى من بني آدم مختلفان لتفاحش التّفاوت في المقاصد. فإنّ المقصود من العبد الاستخدام خارج الدّار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار [...] فصارت جنسا آخر غير الذّكورة ومن غيره (يقصد الكباش والتّعجة وغيرهما) جنس واحد لتقارب المقصود فإنّ المقصود منه اللحم والحمل والرّكوب ونحو ذلك، فالذّكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد". الزيلعي (فخر الدّين عثمان بن علي)، تبين الحقائق شرح كنز الدّفائق، مصر، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، ص 53.

⁽²⁸⁷⁾ سنجد لاحقا (الفقرة عدد 293) المالكية 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 التّقاش الوارد أعلاه.

84. — ينبغي لمن ينظر إلى القانون التونسي أن يبدأ بالإشارة إلى أنه جاء بالحاوية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع أنّ الفقه الإسلامي⁽²⁸⁸⁾ في مادة الغلط كان محكوما بالمنطق⁽²⁸⁹⁾. لكنّ ما سبق من تحاليل يفيد أنّ القول بوجود نقل عن المنطق صحيح لو كان المعنيّ به لا القانون الإسلامي بل القانون الروماني ومن بعده القانون الفرنسي.

85. — ويبدو أن بالإمكان نقل القول بالنقل عن المنطق إلى مجلّة الالتزامات والعقود. لكن قبل ذلك ينبغي تحليل ما جاء فيها. فلقد تحدّث فصلها الخامس والأربعون عن الذات (وهذا موجود في المنطق وفي القانون لدى الرومان والفرنسيين) ثمّ عن النوع (وهذا أيضا موجود في نفس المكانين) ثمّ عن الوصف الموجب للتعاقد. وينبغي الوقوف عند هذه الصّورة مرتين:

مرّة للقول إنّ عبارة "وصفه" عامّة (مفرد معرّف بالإضافة: أضفنا له الضمير المتصل المفرد المذكّر الغائب: "ه") لأنّها تحوي الذاتي وغير الذاتي. ومؤوّل العامّ مدعوّ للبحث عن قصد صاحب العامّ من عامّه. فإذا فعل: إمّا أن لا يجد هذا القصد، عندها يُجري العامّ على عمومته؛ وإمّا أن يجده، حينئذ يُجري العامّ على ما يوافق ما وجده. هذا الكلام واجب التّدقيق بحسب ما إذا وجد الباحث قصدا مباشرا أو لم يجد:

فإذا لم يجد القصد المباشر، عندها سنكون — بالنسبة إلى الحالة التي تخصّنا — أمام عبارة لنسمّها (أ) لها معنى لنسمّه 1، وأمام عبارة لنسمّها (ب) لها المعنى 1 ولكن لها

⁽²⁸⁸⁾ وخاصة منه الفقه الحنفي.

⁽²⁸⁹⁾ قالت الحاشية بالتّحديد إنّه محكوم بالفكر الإغريقي: "إنّ الفقه الإسلامي المتعلّق بالغلط، وخاصة المدرسة الحنفيّة، محكوم بالأفكار الإغريقيّة".

"La doctrine musulmane de l'erreur, notamment celle de l'Ecole hanéfite, est dominée par les idées helléniques".

معنى آخر لنسّمه 2. هنا تفتح ثلاث إمكانيات تأويلية (طبعاً إذا كان معنى (أ) لا يحتمل النزاع).

الإمكانية التأويلية الأولى، أن تُعطى العبارة (ب) المعنى 1 لا غير. مثل هذا التأويل يفرضي إلى جعل القانون محتويًا على تكرار وعلى إعادة، أي يفرضي إلى جعل القانون غير مقتصد. ومعلوم أنّ المراد المفترض للعاقل أن لا يكرّر وأن لا يعيد أي أن يقتصد (حين لا يكون للتكرار 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 المعنى الأول. ويعبّر في مادّة التأويل عمّا جاء للتوّ ب: "الحجّة الاقتصادية"، أو "مبدأ عدم التكرار"، أو "قاعدة الإفادة أولى من الإعادة والتأسيس خير من التأكيد"⁽²⁹⁰⁾. وبناءً على هذه الحجّة أو المبدأ أو القاعدة، أي بناءً على مراد العاقل (وهو هنا المشرّع) المتوصّل إليه بواسطة التخمين، سيقال إنّ الإمكانية التأويلية الأولى مقبولة أو غير مقبولة بحسب ما إذا وجد المؤؤل أو لم يجد فائدة من إعادة صاحب النصّ للمعنى 1 مرّتين. لكنّ هذه

⁽²⁹⁰⁾ إنّ لعدم الاقتصاد أو للتكرار أو للإعادة فوائد منها الإصرار والتأكيد (انظر "بيرلمان" و"تيتيكا"، م س، ص 194 وما بعدها، وص 236 وما بعدها، وص 633 وما بعدها). وإنّ المؤؤل مدعوّ — في غياب تعبير مباشر عن النية — وأمام فهم للقانون على أنّه تعرّض بصورة واحدة مرّتين، أو فهمه (لو كان ذلك ممكناً طبعاً) على أنّه تحدّث في المرّتين عن صورتين، أن يعتمد إلى هذا الفهم الثاني لأنّ المصلحة في وجود حكم يتناول صورة ما راجحة على المصلحة في التأكيد على صورة سبق تعرّض إليها. وفي هذا الاتجاه يقول أحدهم إنّّه وحتى بالنسبة إلى جمل 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 المعادتين دلالة مختلفة عن الأخرى ("بيرلمان"، م س: الأخلاق في نيكوماك، ص 806).

أنظر أيضاً القول إنّ الإفادة أولى من الإعادة والتأسيس خير من التأكيد عند: ابن نجيم، م س، ج 1، ص 391 وما بعدها؛ حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 59 و60.

الإمكانية تظلّ في كلتا الحالتين غير مقبولة لأنّ فيها إقصاء للمعنى 2. وفعلاً ثمّ هنا رفض لمدّ العامّ إلى أحد مصاديقه دون دليل من نيّة. فإذا مررنا إلى الإمكانية التأويلية الثانية وهي إعطاء العبارة (ب) المعنى 2، قلنا إنّ هذه الإمكانية مقبولة بالرجوع إلى ما جاء منذ قليل. لكنّها - ومن نفس المنظور - تصبح غير مقبولة لو وجدت فائدة من إعادة المعنى 1 مرّتين. فإذا انتهينا إلى الإمكانية التأويلية الثالثة وهي إعطاء العبارة (ب) المعنى 1 و2 معاً، 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) المعنى 2. أمّا المعنى 1 فيعطى ل: (ب) أو لا يعطى له بحسب ما إذا تُوصّل بواسطة التّخمين أو لم يُتوصّل إلى وجود فائدة من الإعادة.

فإذا طبّق ما سبق على عبارات الفصل 45 ("نوعه" = الوصف الدّاتي / "وصفه": عبارة عامّة، إذن تساوي: الوصف الدّاتي + الوصف غير الدّاتي)، أدّى ذلك إلى القول إنّ عبارة "وصفه" ينبغي أن تعطى معنى الوصف غير الدّاتي. ثمّ بعد ذلك، وبحسب ما إذا وجدنا أو لم نجد فائدة من تكرار الحديث عن الوصف الدّاتي، سنضيف أو لا نضيف كمعنى ل: "وصفه" الوصف الدّاتي. بعبارة أخرى: ينبغي البحث هنا هل ثمّ أم لا فائدة من التّكرار، أي هل ثمّ أم لا فائدة من الإتيان بخاصّ (هو النوع) ثمّ الإتيان بعده بعامّ (هو "وصفه"). وقد نفكّر في فائدة فنقول إنّ العامّ لو أتى به وحده لكان ثمّ احتمال أن يعتمد مؤوّل إلى صرفه عن خصوص ما، فإذا أراد المتكلّم ألاّ يفعل هذا مع خصوص معيّن جاء به مع العامّ⁽²⁹¹⁾.

لكن قد يعارض هذا الكلام - على الأقلّ بالنسبة إلى العامّ الذي لدينا (لأنّ فيه

⁽²⁹¹⁾ انظر إلى الغزالي: م س (المستصفي)، 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.

معنيين فقط) - بالقول: لماذا لم يجئ بخاصّ (وصف ذاتي) وبعده بخاصّ آخر (وصف غير ذاتي)؟ الجواب: أنّ صاحب النص، وفي الإتيان بالخاصّ وبعده بالعامّ، أي في الإتيان بالخاصّ مرّتين، قد يسعى إلى تحقيق فائدة.

على هذا نعود مرّة أخرى لمسألة البحث عن الفائدة. لكننا لن نحتاج لإتيانه. والسبب أنّ لدينا القصد المباشر وهو مغن عن القصد غير المباشر. وفعلا حين ننظر في الأعمال التحضيرية نجد ما يعدّ قرينة مخصّصة لعبارة "وصفه". ويتمثّل ما نجده في حديث عمّا سيصبح الصّورة الثالثة من الفصل 45 (الجنس هو نفسه - الرضا موجود - وصف غير أساسي / ثانوي / *qualité non essentielle/ secondaire* جعل من قبل الأطراف أساسيا: إذن تبدّل للوصف غير الأساسي ليس تبدّلا للجنس / الجنس اسم آخر للوصف الذاتي / إذن تبدّل للوصف غير الأساسي ليس تبدّلا للوصف الذاتي / إذن الوصف غير الأساسي ليس الوصف الذاتي / ليس ثمّ بعد الوصف الذاتي إلّا الوصف غير الذاتي / إذن الوصف غير الأساسي هو الوصف غير الذاتي). ويمكن أن يضاف من الأعمال التحضيرية الأمثلة (أخذ ياقوت أخضر على أنّه أحمر، إلخ)، وهي كلّها لأوصاف غير ذاتية⁽²⁹²⁾.

يخلص ممّا سبق أنّ لفظة الوصف - بحسب التعبير المباشر - تفيد غير الذاتي. فإذا انتقلنا الآن إلى المرّة الثانية، قلنا إنّ جاء في آخر الفصل 45 شرط ولا نعرف هل أنّه خاصّ بالصّورة الثالثة أو أنّه يمتدّ إلى الثانية والأولى⁽²⁹³⁾. والحديث عن شروط الغلط سنأتيه لاحقا. لكن لنأخذ من اللاحق القدر الذي يصلح لنا هنا. يتمثّل اللاحق في أنّه أشير في المشروع المراجع إلى "أوبري" و"رو" في مكان قالا فيه إنّ الغلط في الوصف الذاتي يبطل، وذلك على خلاف الوصف غير الذاتي. لكنهما

⁽²⁹²⁾ انظر حول محتوى الأعمال التحضيرية الفقرة عدد 64.

⁽²⁹³⁾ انظر إلى الفقرة عدد 156.

أضافا أنّ هذا ينقلب مبطلا لو أنّ الوصف جعل شرطا⁽²⁹⁴⁾. وإنّ الذي يهّمنا هنا أنّ الشّرط التصق بصورة غير الدّاتي. فإذا علمنا أنّ في مجلّة الالتزامات والعقود الالتصاق نفسه، أمكننا القول إنّها عنت بالوصف ما ليس ذاتيا، أي أنّ المجلّة لم ترد بعبارتها (وصفه) عموما (الوصف الدّاتي والوصف غير الدّاتي) وإنّما خصوصا، وخصوصا معينا (الوصف غير الدّاتي)⁽²⁹⁵⁾.

86. — وما سبق يمكّن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود من أهل "التثليث"، أي أنّها "ابن" للقانون الفرنسي الذي هو "ابن" للقانون الرّوماني الذي هو "ابن" (أو على الأقلّ هو "مثل") للمنطق. ولقد رأينا "التثليث" قابلا في ذاته للتّقاش. فليس فيه دقّة التّظر التي توجد تقسيما صحيحا للمادّة المتناولة.

وإنّ هذا ليجعلنا نضع الغرب في مرتبة دون الفقه الإسلامي⁽²⁹⁶⁾.

(294) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

(295) انظر ما يؤيد هذا وذلك بهامش سيرد في الفقرة عدد 120.

وانظر أيضا إلى الفقرة عدد 55.

وانظر علاقة الشّرط الفاسخ بالبطلان التّسي 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 محله مادّة الشّيء ونقول إنّ مسكوت عنه: فمادّة الشّيء ليست ذات الشّيء، ومادّة الشّيء ليست نوع الشّيء، ومادّة الشّيء ليست وصفا غير ذاتي من منظور من أخذ منهم الفصل 45 وهم المناطقة والفلاسفة (المادّة ماهية عندهم). وعلى هذا قد نقيس المادّة على الذات أو النوع قائلين إنّنا وفي جميع هذه الصّور أمام ماهية. وقد نقول بالمادّة من باب أولى لأنّها ماهية والفصل 45 قبل ما دون ذلك وهو الأوصاف غير الدّاتية.

(296) ينبغي هنا ونحن نقارن لأوّل مرّة القانون الغربي بالقانون الإسلامي (ونقارن بالمناسبة نفسها أحدهما

أو كليهما بمجلّة الالتزامات والعقود) في مادّة الغلط التّلقائي أن تأتي بثلاث ملاحظات:

الأحكام الأصلية للغلط الثلقاني

فإذا قرّينا من هذه النتيجة كون مجلّة الالتزامات والعقود أخذت من ذلك الغرب وكانت من ثمّ مستوردة وتاركة للمحلّي، أمكننا القول إنّ ما هجرته كان هو المتقن. هذا السبب كافٍ للقول إنّ أحكام مجلّة الالتزامات والعقود التي تناولناها مجانية 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 لتسهيل هذه المقارنة:

مجلّة الالتزامات والعقود	الفقه	الغرب
-----------------------------	-------	-------

أولاهها: أنّ مقارناتنا ستكون بين نقاط جزئية (مثال ذلك ما جاء أعلاه حول تقسيم الشّيء، فهذه نقطة من ضمن نقاط عديدة تمثّل جملتها مادّة الغلط).

ثانيها: أنّ هذه المقارنات الجزئية يجب أن يؤتى بكلّ واحدة منها، لكن مع استحضار ما قاله السنهوري حين أكّد على أنّ مزية القانون الغربي والتي تجعله متفوّقا على القانون الإسلامي من زاوية المنهجية التشريعية تتمثّل في كون ذلك وضع عيوب الإرادة مع بعضها البعض أمّا هذا فالعيوب فيه مشتتة وأكثرها تشتتًا الغلط "ولا تستطيع أن تجمع أطرافه [...] إلّا إذا ضمنت إلى خيار الوصف أو الخلف في الوصف خيار الرؤية ثمّ خيار العيب، وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط. وعليك أن تجمع هذه الأحجار المتناثرة، وترصّها جميعا جنبا إلى جنب، لتشيّد منها بناءً متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظرية عامّة للغلط في الفقه الإسلامي" (السنهوري، مرجع سابق، ج 4، ص 265. وانظر الفقرة 353 حيث سترد مزية أخرى ذات طابع عام يتفوّق بها القانون الغربي على الفقه الإسلامي باستثناء المالكية).

ثالثها: أنّنا لن نستطيع أن نأتي بهذه المقارنة ذات الطابع العامّ في كلّ نقطة نتناول فيها مقارنة جزئية. وعلى القارئ أن يستحضر دوما المقارنة العامة إلى جانب المقارنة الجزئية لكي يكون حكمه على القانون الغربي وعلى القانون الإسلامي دقيقا.

الفصل 2. إذن غلط خطير.	يدخل في صور عدم تطابق الإيجاب مع القبول.	غلط خطير (الفصل 1108 من المجلة المدنية الفرنسية حسب "أوبري" و"رو" مثلا: الفقرة 343).	1- الطبيعة
الفصل 2 والفصل 67. إذن غلط خطير.	تتبع هذه الصورة قاعدة "لا عبرة بالظنّ البين خطوه". انظر المادة 72 من المجلة العثمانية، وابن نجيم والحموي: م س، ج 1، ص 461 و 462. *مثال وفاء كفيل دين بعد أن أوفى الأصيل (تحت مادة المجلة العثمانية). *مثال: "لو أعطى شخصاً شخصا آخر مبلغاً ظاناً بأنه مدين له به، ثم تبين له أنه غير مدين، يحق له استرداد ما دفع" (تحت مادة المجلة العثمانية المذكورة أعلاه). وكما يلاحظ، نحن هنا أمام غلط في إطار واقعة قانونية.	غلط خطير (الفصل 1108 والفصل 1131 من المجلة المدنية الفرنسية حسب "أوبري" و"رو" مثلا، الفقرة 343 مكرّر). * مثال: الوعد بتنفيذ وصية ألغيت.	2- وجود السبب
غلط غير خطير.	تتبع هذه الصورة قاعدة "لا عبرة بالظنّ البين خطوه".	غلط غير خطير (الفصول 1109 و1117 و1304 و1338 من المجلة المدنية الفرنسية حسب "أوبري" و"رو"، الفقرة 343 مكرّر). * مثال: من يعد عن طريق تجديد الالتزام بدفع دين طبيعي كان يظن خطأ أنه نافذ مدنياً.	3- وصف السبب
الفصل 45: غلط غير خطير.	لا وجود له كصنف مستقل.	غلط خطير (الفصل 1108: عدم تلاقى الإرادات. "أوبري" و"رو"، الفقرة 343).	4- الذات
الفصل 45: غلط غير خطير.	معنى آخر للجنس ولغير الجنس. ثم داخل غير الجنس هنالك التفاوت الفاحش والتفاوت غير	*البعض ← غلط خطير ("الوران"، ج 15، عدد 489: لا عقد لأنه لا رضا) ← أيضا الرّومان حسب الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع.	5- النوع أو الجنس، إلخ.

	الفاحش.	*البعض الآخر ← الفصل 1110 من المجلة المدنية الفرنسية ← مخالفو "الوران"، أي مثلاً "أوبري" و"رو".	
*هو 4 أو 5 لو نظر إليه من زاوية أخرى	*يلحق التفاوت الفاحش بالجنس.	*هو 4 أو 5 لو نظر إليه من زاوية أخرى.	6- الوصف غير الذاتي أو ما ليس جنسا.
* لو نظر إليه من غير تلك الزاوية، فلا بد لكي يمكن أن يوصل إلى حل العقد من أن يشترط صراحة أو ضمناً: "أوبري" و"رو"، الفقرة 343 مكرّر؛ "دومولومب"، ج 24، عدد 97 و98.	*يمكن القول إنّ حاصل الأمر تفاوت فاحش، وغير فاحش.		

فإذا رجعنا مرّة أخرى إلى الفصل 45 وإلى الغلط في الشيء، وجدنا سببا آخر يربطه بمسألة الإحكام. هذا السبب هو الذي سنبحث فيه الآن.

(2) الإحكام في صورة الغلط في الشيء المنظم تحت اسم

غير اسم "الغلط"

88. — هنالك الغرب، ونقصد هنا القانون الروماني والقانون الفرنسي؛ وهنالك الشرق، ونعني الفقه الإسلامي؛ وهنالك ما قد يكون غريباً أو شرقياً، ونريد بهذا مجلة الالتزامات والعقود.

(I) الغرب

89. — قلنا إنّنا نعني بالغرب القانون الروماني، والقانون الفرنسي:

الفرع الأول: القانون الروماني

90. — سبق أن وجدنا القانون الروماني يقبل:

أولاً: الذات [سنسمّيها: (أ)].

ثانياً: الذاتيات [سنسمّيها: (ب)].

كما سبق أن وجدناه يرفض غير الذاتيات [نسبياً: (ج)].
 لكن عثرنا أيضاً على ما يفيد قبوله، في مادة بيع الحيوان والرقيق، بعض العيوب التي
 تمنع الاستعمال، أي قبوله في ميدان خاصّ ببعض غير الذاتيات⁽²⁹⁷⁾ (بعض ج).

91. — ومن ينظر إلى هذا القانون يجده متسقاً، لكن من يعن النظر يكتشف أنه
 على خلاف ذلك. ولقد سبق منا ما يمكن من ملاحظة هذا.
 على هذا يكون ثمّ نظامان: واحد في شكل قانون عامّ لأنه يهّم كلّ الصّور، وآخر في
 شكل قانون خاصّ لأنه أراد أن يهّم بعض الصّور. لكن المشكل أنّ المنظمّ في
 النظامين واحد.

هذا "الخلل" سيرثه الفرنسيون. وللتأكّد من هذا سنمرّ دون تأخير إلى قانون هؤلاء.

⁽²⁹⁷⁾ انظر الفقرة عدد 78.

الفرع الثاني: القانون الفرنسي

92. — انقسم القانون الفرنسي إلى قسمين: واحد ورث عن "الرومان" "خللهم"، وآخر ورث الخلل وزاد عليه خلافاً.

93. — فإذا بدأنا بالموقف الأول، بدأنا بـ "أوبري" و"رو". فقد جاء عندهما قبول للذات، وقبول للذاتيات، ورفض لغير الذاتيات⁽²⁹⁸⁾. ويستند هذان الفقيهان في ما يخصّ هاتين الصورتين إلى عبارة الفصل 1110 من المجلة المدنية التي مفادها قبول للذاتي نفسه⁽²⁹⁹⁾، والتي يريها دالة على روح التضييق. فالنصّ لم يستعمل لفظة الذاتي ويقيدها بكلمة "نفسه" إلا ليقصي غير الذاتي. ويحيلنا هذان المؤلفان على الأعمال التحضيرية للمجلة المدنية الفرنسية، ممّا يعني أنّهما يريان أنّ ما استخرجاه من معنى للفصل 1110 مردّه تعبير مباشر عن نية واضعي مجلة "نابليون". ويعطي "أوبري" و"رو" مثال لوحة ظنّ أنّها لفنان بارع، وقطع نقدية ظنّ أنّها قديمة. فهذه الأوصاف التي رأوها غير ذاتية لا تؤثر على العقد إلا إذا اشترطت⁽³⁰⁰⁾. وإننا سنترك مسألة الاشتراط هذه إلى وقت لاحق⁽³⁰¹⁾، لكننا سنضيف إلى ما جاء عند "أوبري" و"رو" عن المجلة المدنية الفرنسية في إطار الفصل 1110، حديث هذه المجلة في الفصل 1641 وما بعده عمّا أسمته بالعيوب الخفية في إطار البيع والتي تمسّ الاستعمال كلياً أو جزئياً.

(298) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

(299) قال الفصل 1110 إنّ: "الغلط ليس سبباً لبطلان الاتفاق إلا إذا انصبّ على ماهية الشيء نفسها

[...]."

"L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose [...]."

(300) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

(301) انظر الفقرة عدد 156.

94. — وإنَّ المجلَّةَ المدنيَّةَ الفرنسيَّةَ بكلِّ ما سبق تكون نسخة منقولة عن القانون الرُّوماني: ففيها الدَّات والذَّاتيات مقبولين، وفيها غير الدَّاتيات مرفوض على وجه العموم ومقبول على وجه الخصوص، بل على وجه خصوص مساو تقريبا لذلك الذي اعترضنا عند الرُّومان⁽³⁰²⁾.

ولعلَّ هذا الشَّبه بين المورث والوارث يمكِّن من سحب ما قيل عن ذلك⁽³⁰³⁾ إلى هذا.

95. — لكننا نعلم أنَّ بعضهم رأى أنَّ الوارث مختلف. وهنا نصل إلى الموقف الثَّاني. ولقد قال "لوران"⁽³⁰⁴⁾ إنَّ "بوتيني" و"دوما" هما المؤلفان الحقيقيان للمجلَّة المدنيَّة الفرنسيَّة، وهذا يعني أنَّ "لوران" يرى أنَّ ما رآه "بوتيني" و"دوما" هو عبارة مباشرة عن نيَّة المشرِّع. وإنَّ هذين قد رأيا أن يُرجَّع إلى "إرادة الأطراف المتعاقدة. فالوصف الأساسي (الدَّاتي) هو ما رآه هؤلاء أساسيا. والغلط الذي ينصبَّ على هذا الوصف يعيب الرضا، حتَّى وإن لم تتغيَّر الكينونة بسبب انعدام هذا الوصف"⁽³⁰⁵⁾.

ثمَّ يشير "لوران" إلى مثال المصدر والقدم الذين اعترضنا سابقا عند "أوبري" و"رو" — لأنَّه هنا في معرض ردِّ عليهما — قائلا إنَّ "الشَّيء لا يتغيَّر جوهره وإنَّ الكينونة تبقى هي نفسها أيَّا كان مصدر الشَّيء ومهما كان قدومه. نعم هذا صحيح ماديا. لكن هل هو كذلك لو عدنا إلى إرادة الأطراف كما قال بذلك «بوتيني»؟ ألا يجب

⁽³⁰²⁾ كلاهما همَّ البيع وكلاهما همَّ الاستعمال. لكنهما افترقا على مستوى الموضوع فكان الرقيق والحيوان عند الرُّومان، لكنَّ هذا التَّحديد غير موجود بالفصل 1641 وما بعده من المجلَّة المدنيَّة (ورد بهذه المجلَّة أيضا نصّ موضوعه العيوب في عقد الكراء: 1721).

⁽³⁰³⁾ انظر الفقرة 90 وما بعدها.

⁽³⁰⁴⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 488.

⁽³⁰⁵⁾ "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".

أن نقول مع «دوما»: إنّ من يشتري تمثالا يظنّه إغريقيًا لم يكن بمشتره لو علم أنّه حديث؛ إذن فرضاه معيب⁽³⁰⁶⁾.

يخلص ممّا سبق أنّ "لوران" يرى أنّ عبارة "ماهية"، الواردة بالفصل 1110 من المجلّة المدنيّة، أراد بها واضعوها ما ليس ذاتيًا لا غير.

96. — وهكذا يكون القانون الفرنسي قد قرئ على أنّه يقبل الذات، ويقبل الذاتيات — بل إنّ "لوران" يرى أنّنا هنا أمام غياب رضا ومن ثمّ غياب عقد⁽³⁰⁷⁾ — ويقبل في الفصل 1110 غير الذاتيات. فإذا قرّنا ممّا سبق الفصل 1641 وما بعده، وجدنا أنفسنا مرّة أخرى أمام غير الذاتيات. ولعلّه ينبغي أن نترك الفقه الفرنسي نفسه يقول ما سبق. فلقد جاء عند "دومولومب" — وهو من أصحاب الموقف الأوّل لا اللقائي، لكننا سنعرض هنا كلّ موقفه لمزيد من الوضوح — أنّ عبارة الفصل 1110 للذاتيات وأنّ "الغلط في مجرّد عيوب أو نقائص الشّيء وإن كانت خفيّة ليس سببا لبطلان العقد. هذه هي القاعدة. لكن، وخلافاً لذلك وكاستثناء، تصبح هذه العيوب أو النقائص وفي بعض الاتّفاقات سبب بطلان إذا كانت كما يقال فاسخة (الفصل 1641 إلى 1649) [...] وفي الخلاصة (وإنّ الذي يعيننا نحن هو هذه الخلاصة) فإنّ نظريّة العيوب الموجبة للفسخ، في الفصل 1641 وما بعده، تتأسّس فلسفيًا على نفس دعامة نظريّة الغلط في الماهية في الفصل 1110 باعتبار أنّها ترتبط باستعمال الشّيء لما أعدّ له. لكنّ نظريّة العيوب تلك توسيع لنظريّة الغلط هذه باعتبار أنّها

⁽³⁰⁶⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 490:

"La chose ne change pas d'essence, l'être reste le même, quelle que soit son origine ou son ancienneté. Matériellement cela est vrai. Mais en est-il de même si l'on consulte l'intention des parties, comme le veut POTHIER? Ne doit-on pas dire avec DOMAT: Celui qui achète une statue qu'il croit grecque ne l'aurait pas achetée s'il avait su qu'elle fut moderne ; donc son consentement est vicié".

⁽³⁰⁷⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 489.

تقبل إبطال العقد من أجل مجرد عيوب لا تغيّر ماهية الشّيء نفسها، والتي هي (وهنا نصل إلى ما أردناه) أوصاف عرضيّة" (308)

والحاصل من "دومولومب" أنّ الفصل 1110 للذاتيات وأنّ الفصل 1641 توسيع له ولكن في عقود معيّنة، ومدّ إلى غير الذاتيات.

97. — فإذا أخذنا أصحاب الموقف الثّاني - لأنّهم هم الذين يهتمّوننا في هذا المكان - قلنا إنّّه وبالنسبة إليهم تشمل نظريّة الغلط الذاتيات وغير الذاتيات. فإذا كان الفصل 1641، وكما قال "دومولومب" توسيعاً، فإنّه يكون قد وسّع واسعاً (أو حصّل حاصلًا).

بعبارة أخرى يحتوي القانون وتحت اسم الغلط على غير الذاتيات، لكنّه نظم غير الذاتيات مرّة ثانية تحت اسم غير الغلط وذلك بالفصل 1641. فإذا استند إلى ما تمّ التّوصّل إليه للتّوّ، أمكن القول إنّ الوارث قد انتقل إليه خلل المورث.

بل إنّ الوارث زاد على "الخلل" "خللاً" آخر، فقبل غير الذاتيات تحت اسم الغلط، ثمّ قبلها ثانية تحت اسم آخر هو العيوب.

98. — هذا الفهم للمجلّة المدنيّة (على أنّها وتحت اسم الغلط نظّمت الذّات والذاتيات وغير الذاتيات، وتحت اسم العيوب نظّمت غير الذاتيات) هو الذي ساد في فرنسا.

(308) "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, réhibitoires (art 1641 et 1649...) [...] En résumé donc, la théorie des vices réhibitoires, dans les articles 1641 et s, repose philosophiquement sur la même base que la théorie de l'erreur sur la substance, dans l'article 1110, en tant qu'elle s'attache à l'usage auquel la chose est destinée. Mais elle est une extension de cette théorie en tant qu'elle admet la rescision du contrat pour de simples vices qui ne dénaturent pas la substance même de la chose, et qui n'en sont que des qualités accidentelles".

وإنه، أي الفهم، هو الذي أدخل فقهاها في "تية". وسنحاول - لضرورة ستأتي إبان حديثنا عن القانون التونسي - عرض هذا "التية" من خلال ثلاثة كتب أخذناها كنموذج (309).

فبعد أن قال هذا الفقه بما ذكر أعلاه، حاول (وهنا نصل إلى "التية") أن يجد فرقا بين الغلط والعيوب:

فقال إنّ الغلط للإبرام والعيوب لما بعد الإبرام (310).

لكن هذا لم يقنع، فقال إنّ العيوب لما يؤدي لعدم الصلوح للاستعمال والغلط لغير ذلك (311).

وهذا بدوره لم يقنع، فقال إنّ العيوب للاستعمال الاقتصادي والغلط للضرّوب الأخرى من الاستعمال (312).

وبعد كلّ ما سبق سقّط في يده فلم يجد بدّا من القول إنّ التّصين لنفس المادّة. لكنّه حاول الفصل على أسس أخرى:

فقال إنّ الغلط للعامّ أي لكلّ العقود والعيوب للخاصّ أي للبيع (313).

(309) *الكتاب الأوّل هو:

"فيستان" (جاك)، مفهوم الغلط في القانون الوضعي الحالي، باريس، المكتبة 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:

"فيستان" و"ديشي"، كتاب العقود. البيع، باريس، المكتبة العامّة للقانون ولفقه القضاء، 1990. GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), Traité des contrats. La vente, Paris, L.G.D.J., 1990.

الكتاب الثّالث هو: "فيستان"، م س (تكوين العقد)

(310) "فيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(311) "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 545.

(312) "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 545.

(313) "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 547.

فلما لم يقنع، قال إنّ الغلط للقانون العامّ في البيع والعيوب "تطبيق" يختلف في بعض النواحي⁽³¹⁴⁾. وهذا "التطبيق" ذو طابع هجين فحالاته حالات غلط وآثاره آثار فسخ من أجل عدم التنفيذ⁽³¹⁵⁾. بعبارة أخرى، اعتبر الفقه أنّ العيوب لبيع شيء غائب. وعلى هذا فالرضا لا يُعاب لحظة النشأة بل لحظة تسلّم الشيء. ثمّ فصلّ فقال بدعوى الفسخ من أجل عدم التنفيذ قبل التسلّم. أمّا بعده فتبقى دعوى الفسخ إذا وجد غلط في الشيء. والسبب أنّ الغلط يوقف مفعول التسلّم، وعلى المشتري بمجرد علمه بالعيوب إمّا إمضاء هذا التسلّم أو المطالبة بالفسخ. ويفسّر هذا الاختلاف بين فترة ما قبل التسلّم وما بعدها بأنّه، وحين يتسلّم المشتري البضاعة، يقوم اتفاق ضمني على انتهاء الالتزام بالتنفيذ، ولذلك لا يمكن للمشتري القيام بالفسخ، لكنّه يسترجع هذه الإمكانية إن كان تسلّمه، ونظرا لحفاء العيب، قد عابه غلط في أوصاف الشيء. هذا ما يفسّر كون حالات دعوى الضمان هي حالات بطلان لغلط في الشيء وكون نظامها نظام فسخ. وإنّ الغلط الذي همّ تسلّم الشيء له أثر يتمثّل في إرجاء تاريخ اعتبار العقد قد نُفِذ وفي إعادة فتح إمكانية الفسخ والتعويض وذلك لفترة قصيرة. كلّ هذا إذا لم يكن المبيع حاضرا. فإذا كان حاضرا، فالغلط يهّم النشأة⁽³¹⁶⁾.

⁽³¹⁴⁾"فِيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 547.

⁽³¹⁵⁾"فِيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 277 وما بعدها؛ "فِيستان" و"ديشي"، م س (البيع)، عدد

.763

⁽³¹⁶⁾ من الناحية النظرية يمكن القول إن لا فرق بين الحاضر والغائب: بمعنى أنّه وفي كلتا الحالتين لو كان العيب موجودا وقت النشأة فنحن أمام مسألة بطلان. نعم في الغائب يُكتشف العيب بداية من التسلّم. لكن هنا - كما في الحاضر - يمكن نظريًا أن يُفترق بين عيب موجود قبل النشأة وآخر وُجد بعدها. فتوضع الصورة الأولى ضمن مسائل النشأة والثانية ضمن التنفيذ (طبعًا في التطبيق الحدود بين ما هو نشأة وما هو تنفيذ ليست دائما واضحة المعالم). انظر الفقرة عدد 161 حيث نجد الفقه الإسلامي يسوّي بين الحاضر والغائب (الحاضر قسما: ما يدرك وصفه بالمشاهدة وما لا ما يدرك وصفه بالمشاهدة)/ الغائب: مثل الحاضر الذي لا يدرك وصفه بالمشاهدة). انظر أيضا حول الغائب خيار

... ويبدو أنّ هذه "الرحلة الطويلة الشاقّة" للفقّه مردها أنّه "نسي" أنّ هنالك الفصل 1110 وهنالك الفصل 1641، وأنّ هذا مأخوذ من الرومان الذين قبلوا بعض غير الداتيات 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)، استحالَت مادّة الفصل 1641 تكرارا لمادّة الغلط. بعبارة أخرى (هي عبارة العنوان الذي جاء فوق كلّ هذا المحتوى): نحن أمام مادّة نُظِّمَت مرّة أولى بالفصل 1110 تحت اسم الغلط، ثمّ نُظِّمَت مرّة ثانية بالفصل 1641 تحت اسم آخر. ويبدو الشّرق بعيدا عن الغرب على هذا المستوى.

(II) الشّرق

99. — يعرف الفقّه الإسلامي خيار الوصف وخيار العيب⁽³¹⁷⁾. وسنحاول الخوض في هذين الواحد منهما تلو الآخر انطلاقا من مراجع فقهية معيّنة هي التي

الرّؤية: الفقرة عدد 179 وما بعدها.

⁽³¹⁷⁾ بالإضافة إلى خيار الرّؤية، وهو خيار يثبت في العقد الصّحيح وذلك على وجوه: أن يشتري شخص سلعة لم يرّها — 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:

الفقّه الحنبلي: المقدسي (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)، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ج 4، ص 85؛ ابن يوسف الحنبلي (مرعي)، دليل الطالب على مذهب الإمام المبيجل أحمد بن حنبل، بيروت، المكتب 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.

استعملت في المشروع المراجع (وبالتحديد بجانب الفصل 754 وما بعده والذي سيصبح في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 647 وما بعده). وسبب اختيار هذه المراجع دون غيرها⁽³¹⁸⁾ هي أنّها ستصلح أيضا في العنوان الموالي للذي نحن بصدده.

الفرع الأوّل: خيار الوصف

الفقه الشافعي: الأنصاري (زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا أبو يحيى)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 1، 1418 هـ، ج 1، ص 292؛ الشّريبي (محمّد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الفكر، ج 2، ص 19.

الفقه الحنفي: ابن نجيم الحنفي (زين الدّين)، البحر الرائق شرح كنز الدّقائق، بيروت، دار المعرفة، ط 2، ج 6، ص 38 وما بعدها؛ السّرخسي (شمس الدّين)، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ج 13، ص 5 وما بعدها؛ المرغيباني (أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرّشداني)، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلاميّة، ج 3، ص 30 وما بعدها؛ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النّعمان، 1411 هـ - 1991 م، بيروت، دار الفكر، ج 4، ص 308 وما بعدها.

الفقه المالكي: الدّردير (سيدي أحمد أبو البركات)، الشّرح الكبير، تحقيق محمّد عليش، بيروت، دار الفكر، ج 3، ص 105؛ خليل (خليل بن إسحاق بن موسى المالكي)، 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 التعارف للمطبوعات، 1416 هـ / 1996 م، ص 417 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: مؤسسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، آبان 1376 - جمادى الثاني 1418.

⁽³¹⁸⁾ انظر إلى بعض هذا الغير عند السنهوري مثلا: م س، ج 1، ص 106 وما بعدها.

100. — يعرف الفقه، كما قيل منذ قليل، خيار الوصف. وهو على ضربين: ما يثبت بغير شرط (وصورته أن يزول الوصف قبل التسليم)، وما يثبت بشرط. وما يثبت بشرط هو الذي يهمننا، وهو قسمان: ما يشترط فيه تصريحاً أتصافه بوصف مرغوب فيه كشرء ياقوت على أن له لونا محدداً فإذا له لون آخر؛ وما يشترط أتصافه بوصف مرغوب عرفاً كشرء بقرة غير حلوب والحال أن المتعارف عليه شراء تلك البقرة لكونها حلوباً⁽³¹⁹⁾.

والواجب أن يكون الوصف خالياً من الغرر فلا يجوز بيع بقرة على أنها حامل أو على أنها تحلب مقدار كذا⁽³²⁰⁾. كما أن الواجب أن يكون الوصف مرغوباً فيه: فإذا بيع مال على أن فيه عيباً⁽³²¹⁾ فظهر سليماً منه فلا خيار، أمّا إذا بيع على وصف فظهر المبيع أعلى من الوصف المشتراط "فإن كان ليس ثم تفاوت بين الوصفين بالنظر إلى غرض المشتري من المبيع، فلا يثبت للمشتري خيار، وإلا يثبت"⁽³²²⁾.

⁽³¹⁹⁾ انظر إلى حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 305 وما بعدها، وستجد أمثلة أخرى لخيار الوصف: كلب معلّم/ ليس معلّمًا؛ بعير/ ناقّة؛ 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.

⁽³²⁰⁾ يعدّ هذا الشرط فاسداً لأنه لا يعلم ما في بطن البقرة أو ضرعها أحمل أم لبن، أم ليس ما سبق أي أن يكون انتفاخاً. انظر إلى: حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 306.

⁽³²¹⁾ اشترى حصاناً على أن يكون أعرج فظهر غير أعرج. انظر: حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 306.

⁽³²²⁾ حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 307. قارن مع ما جاء عند السيّد علي الحسيني السيستاني (م س، ص 328 و329): "أ. إن التوصيف على نوعين: 1. تقييدي. 2. إخباري. فإن الموصوف إمّا أن يكون كلياً أو جزئياً، فإن كان الموصوف كلياً وكان الوصف أحصّ منه مطلقاً أو من وجه فمرجع التوصيف حينئذٍ للتقييد، وتضييق دائرة الموصوف بحيث يعدّ المؤلّف من المقيد والقيد مفهوماً واحداً، وماهية خاصّة مغايرة لماهية المقيد وحده وماهية القيد وحده. نعم لو كان الوصف مساوياً للموصوف الكلي، فلا يتصور التقييد والتضييق حينئذٍ، بل يكون هذا الوصف إخباراً توضيحياً لا قيداً احترازياً. وإن كان الموصوف جزئياً، فلا يتصور فيه التقييد والتضييق لعدم سعته وتعدّد حصصه، بل يرجع وصفه للإخبار بأنه 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

وإنّ هذه النقطة لتبيّن مدى التّرابط بين خيار الوصف وخيار العيب لأنّنا سنجد أنّ هذا يقوم متى فات الغرض المقصود من البيع⁽³²³⁾.

الفرع الثّاني: خيار العيب

101. — جاء في تفسير المادّة 338 من المجلّة العثمانيّة⁽³²⁴⁾ أنّ "العيب في المبيع هو الذي يوجب نقصا في قيمته عند التّجّار الذين يبيعون ويشترّون أمثاله⁽³²⁵⁾، أو الذي تقتضي الخلقة السّليمة أن يكون المبيع عاريا وخاليا منه⁽³²⁶⁾، أو الذي يفوّت الغرض والمقصود منه⁽³²⁷⁾، أو الذي لا يمكن إزالته بلا

كلامنا في تقييد الجزئي وعدم تقييده، وأمّا حال الجزئي فهو كلّ طبيعي يتصوّر فيه التّقييد والتّضييق، إلّا أنّ تقييده لا يعدّ تقييدا للجزئي. وما ذكرناه من الفرق بين عنوان التّوصيف التّقييدي والتّوصيف الإخباري هو المطابق للارتكاز العربي المعوّل عليه عند الفقهاء، ولذلك ذكر الفقهاء بأنّ البائع لو قال: (بعتك الحنطة العراقيّة) ثمّ دفع للمشتري حنطة أخرى فالبيع صحيح، وعلى البائع دفع المصداق الحقيقي للمبيع، فإنّ المبيع — 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 الضّمّني بأنّها عراقية، لا للتّقييد لعدم كون الموصوف كلياّ قابلاً للتّقييد، فالوصف في الحقيقة التزام آخر في ضمن الالتزام بأصل البيع، ومع تخلف الوصف لا يكون البيع باطلاً لبقاء الالتزام الأوّل بأصل البيع، ولكن يكون للمشتري خيار تخلف الوصف الرّاجع لتخلف الشّروط الضّمّني، وهو الالتزام بواجديّة المبيع للوصف الكذائي، فهذا التّفصيل هو المطابق للارتكاز العربي".

⁽³²³⁾ لذلك سنجد أنّ الفصل 754 من المشروع المراجع يتحدّث في فقرته الأولى عن العيب وفي فقرته الثّانية عن الوصف، ثمّ سنجد الحاشية الجانبيّة وهي تشير إلى مراجع فقرة الوصف ترسلنا إلى شرح الرّزقاني وإلى الدّر المختار وإلى ردّ المحتار وهم يتحدّثون عن العيب باعتبار أنّهم لا يفصلونه على ما يبدو عن الوصف. انظر ما سيأتي في الفقرة عدد 333.

⁽³²⁴⁾ وهذه المادّة مشار إليها في إطار فقرة الفصل 754 الخاصّة بالعيب.

⁽³²⁵⁾ التّفصان يهّم قيمة المبيع لا ثمنه المسمّى لأنّ ثمن المبيع قد يكون أقلّ من قيمته.

⁽³²⁶⁾ الحنطة في خلقها الأصليّة رديئة أو متوسّطة أو حسنة، فالرداءة 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

مشقة⁽³²⁸⁾. وكلّ ذلك يوجب نقصانا في المائيّة⁽³²⁹⁾. وينبغي تقسيم العيوب بحسب موضوعها كما فعل المشروع المراجع، كما ينبغي إيراد بعض الفقهاء المشار إليهم من قبل هذا المشروع وذلك في إطار كلّ واحد من تلك الأقسام.

أيضا لو اشترى حصانا على أنّ له خمس سنوات فإذا له عشرة كان هذا عيبا.
⁽³²⁷⁾ إذا كُنّا أمام شاة مقطوعة الأذن واشترت للأضحية كُنّا أمام عيب وإلا فلا. وإن كُنّا أمام بقرة غير حلوب تُشترى للبن فهذا عيب وإن كانت تُشترى للحم فكونها غير حلوب ليس بعيب. وعلينا أن نلاحظ هنا أنّ هذا المثال اعترضنا في إطار خيار الوصف ممّا يدلّ على التداخل بين الخيارين.
⁽³²⁸⁾ نجاسة في ثوب يضرّه الغسل عيب، وفي ثوب لا يضرّه الغسل لا، وزيت في ثياب عيب لأنّه لا يمكن إزالته بغير مشقة.
⁽³²⁹⁾ حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 343. وإنّ ما ورد داخل النص من إحالات للتفسير أدخلناه نحن بعد أن أخذناه من المؤلف نفسه (ص 343 وما بعدها). ولعلّه ينبغي أن نذكر هنا ما ورد به: ص 344 وص 345 من تعداد لما عُدّ من العيوب، ولما عُدّ من غير العيوب:
 ما عُدّ من العيوب:

1- عدم تحقّق الحمار حسب المعتاد - الدّار مشوّومة أو في ضمنها قبر - في الخنطة تراب، سوس، رائحة كريهة، أو حبّاتها ضئيلة - الكرم: نمل فوق العادة - الحائط: خرق كبير - الجمل الذي يبيع على أنّه هجين فظهر أنّه من جنس آخر - الكتاب: نقص جزء أو جزأين - فُرُوّ فيه نَحْتُ - لحم ضأن، لحم ماعز (كُنّا وجدنا هذا المثال في إطار خيار الوصف) [...] الحذاء ضيّق [...] أن تُشترى دار مع مسيل لها في ملك آخر فيتبيّن أنّ المسيل ليس لها.

2- الضّريبة/ ضريبة أرفع.

3- عدم الضّريبة/ وجود ضريبة.

4- حمار الخمس سنوات/ حمار العشر [...]

8- الحذاء: ضيقه غير التاشي عن علّة في رجل المشتري - بقرة غير حلوب تشتري للبن عيب، أمّا إذا كانت تشتري للحم فلا عيب (كُنّا وجدنا هذا المثال في إطار خيار الوصف).
 ما لم يُعدّ عيبا:

مشي الحمار ببطء ما لم يشترط المشتري أن يكون سريعا.

وإنّ ما ورد للتوّ، إذا أضفناه إلى ما لاحظناه سابقا، يبيّن أن لا فرق بين خيار الوصف وخيار العيب.

فإذا بدأنا بالعيب الذي ينصبّ على المنقول⁽³³⁰⁾، وجدنا مثلاً الدّر المختار⁽³³¹⁾. أمّا إذا مررنا إلى عيب الحيوان⁽³³²⁾، وجدنا مثلاً الزّرقاني⁽³³³⁾. فإذا ختمنا بالعمّارات⁽³³⁴⁾، وجدنا مثلاً السّجلماسي⁽³³⁵⁾ وابن فرحون⁽³³⁶⁾ وابن

⁽³³⁰⁾ الفصل 759 من المشروع المراجع.

⁽³³¹⁾ انظره في: ابن عابدين، ردّ المختار على الدّر المختار (الدّر المختار هو للحصكفي)، المعروف بحاشية ابن عابدين، بيروت، دار إحياء الثّراث العربي، ط 2، 1407 هـ/ 1987 م، ج 4، ص 99. وأحد الأمثلة التي نجدها في الدّر المختار: "شري ثمرة كرم ولا يمكن قطافها لغلبة الزّنابير".

⁽³³²⁾ الفصل 760 من المشروع المراجع.

⁽³³³⁾ الزّرقاني، م س. ولقد أشير له هنا في مواضع عديدة منها: ج 5، ص 127 حيث تحدّث عن وصف له فيه غرض فيه مالّية ككونها طبّاحة (هذا يهّم الرّقيق) أو ليس فيه مالّية ككونها ثيب، كما تحدّث عن الإباق والسّرقة والجارية المغنيّة (الرّقيق) وعن الخصاء بالنّسبة إلى الغنم (إلخ).

⁽³³⁴⁾ الفصل 761 من المشروع المراجع.

⁽³³⁵⁾ السّجلماسي (عبد الجليل الفلاحي)، كتاب فتح الجليل الصّمّد في شرح التّكميل المعتمد المشتهر بكتاب العمليّات العامّة، تونس، مطبعة الدّولة التّونسيّة المحروسة، 1290 هـ، ص 142: "وقيل إنّ العروض كاللدّور لا يجب الرّد فيها باليسير وعلى هذا كان ابن رزق يحمل الرّوايات. وقلنا يسير العيب المراد به الذي يحطّ من الثّمّن يسيراً لا الذي لا ينقص به الثّمّن. وقلنا نحو العبد أي من العروض غير الأصول فإنّ لها أعني الأصول حكماً غير هذا. قال ابن رشد في المقدمات بعد أن قسّم العيب على ثلاثة أوجه: فأما ما لا يحطّ من الثّمّن شيئاً ليسارته أو لأنّ المبيع لا ينفكّ منه، فإنّه لا حكم له؛ وأمّا ما يحطّ من الثّمّن يسيراً، فلا يخلو أن يكون في الأصول أو في العروض: فإن كان في الأصول، فإنّه لا يجب به الرّد وإن كان المبيع قائماً وإنّما الواجب فيه الرّجوع بقيمة العيب وذلك كالصدّع في الحائط وما أشبه ذلك؛ وأمّا إن كان في العروض، فظاهر المدوّنّة وغيرها أنّ الرّد يجب به كالكتير سواء، وقيل إنّه كالأصول لا يجب الرّد به وإنّما فيه الرّجوع بقيمته".

⁽³³⁶⁾ ابن فرحون (برهان الدّين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدّين أبي عبد الله)، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، [وبهامشه: ابن سلمون (الكتاني)، كتاب العقد المنظّم للحكّام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام]، بيروت، دار الكتب العلميّة، ج 2، ص 74 (وليست ص 75) و76 كما أشارت حاشية المشروع المراجع) حيث نجد حديثاً عن تشقّق حيطان وعن تمهيؤ للسّقوط وأنها عيوب تحطّ من الثّمّن.

سلمون⁽³³⁷⁾. وإنّ ما أورده هؤلاء عيوباً تنقص القيمة⁽³³⁸⁾ وجاءت مع الفصل 759 من المشروع المراجع. وإنّما أيضاً، في نفس الوقت⁽³³⁹⁾، عيوباً تُصيّر على عدم الصلوح للاستعمال⁽³⁴⁰⁾، وجاءت مع الفصلين 760 و761. بعبارة أخرى: كما أنّ التقسيم إلى خيار وصف وخيار عيب لم يُرد منه حقاً أنّنا أمام قسمين، كذلك الأمر بالنسبة إلى التقسيم داخل خيار العيب بين الذي ينقص القيمة والذي

⁽³³⁷⁾ ابن سلمون (الكناني)، كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، [على هامش كتاب ابن فرحون السابق الذكر]، ج 1، ص 167 و168 (وليس ص 166 كما ذكرت حاشية المشروع المراجع) حيث جاء:

– موقف أول:

* عيوب الدّور ثلاثة أقسام: عيب خطير يستغرق معظم الثّمن (الرّد)، وعيب يسير لا ينقص من الثّمن (لا ردّ)، وعيب ينقص من الثّمن ولا يذهب بمعظمه (يرجع بقيمة المبيع ويتمسك بالمبيع).

* بقيّة المبيعات: الحلّ مختلف.

– موقف ثان: بقيّة المبيعات مثل الدّور (الموقف الأوّل أشهر).

– موقف آخر: الدّور وغيرها وأيضاً الحيوان: عيب ينقص القيمة – خيار الرّد ما لم يفت.

– موقف آخر: عيب العقار اليسير: لا ردّ، لكن رجوع بالقيمة إلا أن يفوت.

– موقف آخر: عيب يسير: حطّ القيمة؛ عيب كثير: الرّد.

– موقف آخر: الثّلت: الرّد؛ أقل من الثّلت: لا ردّ.

ولقد وردت بالحاشية إشارة إلى هذا الكلام لابن سلمون: "في الموازاة 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 فحكّم بردها".

⁽³³⁸⁾ ما وجدناه في الدّر المختار (تابع للفصل 759) وفي ابن فرحون (تحدّثنا عنه وهو تابع للفصل 761 ولكنّه أيضاً مشار إليه مع الفصل 759) وفي ابن سلمون (أشير إليها مع الفصل 759 الخاص بالقيمة ومع الفصل 761 الخاص بالاستعمال).

⁽³³⁹⁾ انظر الهامش السابق.

⁽³⁴⁰⁾ ما وجدناه عند الرّقاني (تابع للفصل 760) وعند السّجلماسي (تابع للفصل 761) وعند ابن سلمون (ذكرناه أعلاه تابعا للفصل 761 أي للعقارات، لكنّه أشير إليه أيضاً مع الحيوان) وعند ابن فرحون (انظر الهامش السابق).

ينقص الانتفاع. أي كما أنّ هنالك تداخلا بين القسمين الكبيرين، هنالك أيضا تداخل بين جزأَي أحد هذين القسمين الكبيرين. وما تقدّم يدلّ على أنّ الفقه الإسلامي - حتّى بأقسامه هذه - لم ينظّم نفس المادّة مرتين، وتحت اسمين مختلفين. ففي الوصف وجدنا حديثا عن الغرض من الشّيء، وفي العيب لقينا نفس الحديث. وفي ذاك عثرنا على أمثلة، وفي هذا اعترضتنا نفس الأمثلة. فالفقه إذن يتحدّث عن وصف وعن عيب، أي عن صنفين، لكن لم يقصد أنّ الصنّفين مختلفان. والدليل أنّا نجد في الفقه إذابة لكلّ فرق بين الخيارين⁽³⁴¹⁾. وكلّ ما سبق يدلّ على أنّا وفي كلّ الأحوال لسنا أمام ما وجدناه في الغرب من مادّة رُفِضت على وجه العموم ثمّ قُبِلت على وجه الخصوص. هذا في موقف، أمّا في موقف آخر للغرب فما قيل للتوّ إنّه قُبِل على وجه الخصوص أُبقي وزيد عليه قبولٌ على وجه العموم. ولعلّ هذه المقارنة تنبئ بعد بما سيقال عن القانون التّونسي.

(III) مجلّة الالتزامات والعقود

102. - سبق أن وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود تتحدّث في الفصل 45 عن الدّات والدّائيات وغير الدّائيات. وإنّا نجدها في الفصل 647 وما بعده تتحدّث عن العيوب في إطار البيع⁽³⁴²⁾. وينبغي تحليل الفصل 647 لمعرفة محتواه، ثمّ ينبغي تقريب الفصل 647 من الفصل 45 لتبيّن هل تمّ فارق أم لا بين هذا النصّ وذاك: فإذا بدأنا بالتحليل وجدنا الفصل 647 ينقسم إلى فقرتين: فقرة ثانية تحدّثت في صياغتها العربيّة عن الوصف وفي الفرنسيّة عن *qualité*. ولقد سبق أن تعرّضنا إلى المعنى اللغوي لهاتين اللفظتين والذي هو واحد⁽³⁴³⁾.

(341) انظر الفقرة عدد 333.

(342) هنالك أيضا حديث عن العيوب في عقد الكراء مثلا: انظر إلى الفصل 758 وما بعده.

(343) انظر إلى الفقرة عدد 60.

وفقرة أولى تتكلم في صياغتها العربية عن العيب وفي الفرنسية عن vice، واللفظ الأول يفيد في اللغة النقيضة⁽³⁴⁴⁾ والثاني يفيد عدم الكمال⁽³⁴⁵⁾، أي يفيد نفس المعنى. وإننا، لكي نستقرّ على هذين المعنيين اللغويين أو نغادرهما، مدعوون للبحث عن نيّة المشرّع.

والتعبير المباشر عن نيّة المشرّع من الوصف يسلمنا بأنّه لغير الذاتي⁽³⁴⁶⁾. أمّا التعبير المباشر عن قصد المشرّع من العيب فيسلمنا أنّ نقيضة القيمة ونقيضة الاستعمال⁽³⁴⁷⁾ هي أيضا لغير الذاتي⁽³⁴⁸⁾.

⁽³⁴⁴⁾ انظر إلى: المعجم العربي الحديث.

⁽³⁴⁵⁾ انظر معجم اللغة الفرنسيّة "روبار 1" تحت كلمة vice.

⁽³⁴⁶⁾ نجد بآخر الفقرة 2 من الفصل 754 من المشروع المراجع (وهي مساوية للفقرة 2 من الفصل 647) رقما محيلا (هو رقم 2) على محتوى بالحاشية له الرّمق نفسه وهنا نجد ابن نجيم (ج 1، ص 328 و329) وهنا يتعلّق الأمر بطبعة مساوية لتلك التي يشار إليها في المشروع المراجع: ابن نجيم الأشباه والتظائر [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 تمّم صورة الفصل 45 الثالثة: انظر مثلا إلى المادة 310 من المجلّة العثمانيّة التي تقول: "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف، كان المشتري مخيرا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمّى، ويسمّى هذا خيار الوصف. مثلا لو باع بقرة على أنّها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيرا، وكذا لو باع فصا لبلا على أنّه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخيّر". ثمّ نجد في تفسيرها حديثا عن فرس هملاج.

كما نجد كمحال عليه ردّ المختار في مكان (5، ص 99) يتحدّث فيه عن السرقة والحريّة والجنون (الرقيق) وعن ثمرة كرم لا يمكن قطافها لغلبة الرّنايبير (الشّيء) وهذه أيضا أوصاف غير ذاتيّة (ملاحظة: تكلم ابن عابدين عمّا سبق تحت اسم العيب لأنّه على ما يبدو لم يعتمد إلى الفصل بين خيار الوصف وخيار العيب).

⁽³⁴⁷⁾ كان ثمّ في المشروع المراجع ثلاثة نصوص (759 و760 و761): قال الأول إنّّه للقيمة وللاستعمال وتحدّث عن المنقولات والأشياء القابلة للاستهلاك، أمّا الثاني فقال إنّّه للاستعمال وتكلم عن الحيوان، وأمّا الثالث فتحدّث عن الاستعمال في إطار العقارات. لكنّ مراجع هذا بما أمثلة الأول نفسها على مستوى مسألة القيمة (عيوب الدّور اليسيرة والكثيرة وعيوب العروض) ممّا يعني أنّه لا يجب

وعلى هذا - وهنا نمرّ إلى التّقريب المتحدّث عنه أعلاه - يكون ما جاء بالفصل 647 من مجلّة الالتزامات والعقود هو نفسه الذي وجدناه من قبل في الفصل 45 من المجلّة 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 المشروع المراجع (أشارت إلى المادّة 310 من المجلّة العثمانيّة)، ثمّ نجده في الفقرة الثّانية من الفصل 647 من مجلّة الالتزامات والعقود المتعلقة بخيار الوصف وذلك حين ننظر إلى ما أشارت إليه الحاشية الجانبيّة الخاصّة بالفقرة الثّانية من الفصل 754 من المشروع المراجع (أشارت إلى ابن نجيم).

فإذا أضفنا الآن ما قلناه سابقاً من أن لا فرق بين خيار الوصف وخيار العيب، كانت النتيجة 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 إنّها 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

الخروج باستنتاجات مفادها أنّ القيمة هي فقط للمنقولات والأشياء القابلة للاستهلاك، أو مفادها أنّه وعن طريق تسميتي: "قيمة/ انتفاع" قيل بحاجز عازل لا ينفذ من هذه المنطقة إلى تلك. ولقد أشير إلى الشّيء نفسه في الهامش السّابق بالنّسبة إلى الوصف والعيب.

(348) انظر الأمثلة التي رأيناها سابقاً في إطار الفصول 759 و760 و761 من المشروع المراجع لأنّها جاءت تحت المادّة 338 من المجلّة العثمانيّة وهذه مشار إليها على أنّها تعني الفقرة 1 من الفصل 754 من المشروع المراجع، أي الفقرة 1 من الفصل 647 من مجلّة الالتزامات والعقود.

الإحكام [أو عدم الإحكام]، لأنَّ الإحكام في عملنا يتكوّن في نفس الوقت من الإتقان والإصلاح).

لكن في المقابل يمكن أن نهمّ بتنظيمها الوصف غير الدّائي مرّة في الفصل 45 تحت اسم الغلط، ومرّة في الفصل 647 تحت اسم العيوب والوصف من جهة وتحت عنوان العيوب من جهة أخرى.

والنّاطر إلى مجلّة الالتزامات والعقود يجدها بعيدة عن الشّرق ومن ثمّ فما أتت به ليس محلياً. ثمّ إنّ المتأمل من نفس الزّاوية يجد مجلّة الالتزامات والعقود مساوية للقانون الفرنسي، بل وللموقف الثّاني داخله والذي وجدناه قد أدخل على موروثه المختلّ خلال آخر⁽³⁴⁹⁾. ولعلّ الفقه الذي تناول أو سيتناول مجلّة الالتزامات والعقود قام أو سيقوم بـ"الرحلة الطّويلة الشّاقّة" نفسها التي وجدنا الفقه الفرنسي قد تجشّم عناءها⁽³⁵⁰⁾. وعلى كلّ، فما استوردته مجلّة الالتزامات والعقود أقلّ إتقاناً من الفقه الإسلامي الذي هجرته. وهذا يربطها مرّة أخرى بمسألة الإحكام (انعدامه هنا) التي نعمل عليها.

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 وبالشرق وقربناهما من حلول تلك المجلّة، وجدناها أخذت من ذاك وتركت هذا. ولقد بدا أنّ الشّرق أكثر إتقاناً هنا من الغرب. فذاك لم يفرّق بين متماثلين، أمّا هذا فنعم. فإذا قُبل الذي بدا، قُبل بنفس المناسبة القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود وضعت غير متقن ولم تأت بإصلاح لما كان موجوداً قبلها (فعلت ما هو ضدّ للإصلاح)، أي قُبل القول إنّ أحكامها لا تجسّد الإحكام.

⁽³⁴⁹⁾ انظر الفقرة عدد 95 وما بعدها.

⁽³⁵⁰⁾ انظر الفقرة عدد 98.

ولعلّ بعض الذي قيل للتوّ عن الغلط في الشيء يصحّ أيضا عن الغلط في الشخص لأنّ نسيج هذا وذاك واحد.

(ب) الإحكام في صورة الغلط في الشخص

105. — غادرنا للتوّ مادّة الشيء حيث ثبت أنّ مجلّة الالتزامات والعقود من أهل "التثليث". وها نحن ندخل في هذه اللحظة مادّة الشخص حيث سيثبت أنّ المجلّة من أصحاب "التنوية". رغم هذا الاختلاف بين المادتين، فإنّ بعض ما قيل في الأولى يصلح لأن يُنقل إلى الثانية، أي أنّ بعض ما سبق من كلام في المادّة الأولى يعني عن الإطالة فيما سيأتي من كلام حول المادّة الثانية.

ويستدعي الخوض في المادّة الثانية — مادّة الشخص — تحليل الفصل 46 من مجلّة الالتزامات والعقود. فإذا جيء بهذا التحليل وجب — من منظور التّمشي المعتمد في كلّ العمل — الإتيان بالغرب وبالشرق، ثمّ وجب من بعد ذلك المرور إلى محاولة الحكم على المجلّة بالنظر إلى مسألة الإحكام (وجوده — انعدامه)، وذلك بحسب ما ستفضي إليه المرحلتان السابقتان:

106. — وإنّ نقطة التحليل ممكنة البدء بملاحظة أنّ الفصل 46 استعمل صيغة "لا... إلّا"، وجاءت فيه "من" التّبعية. لكن لن يُتوقّف عند هذه الجوانب. والسبب أنّنا في إطار عنوان يهّم صور الغلط⁽³⁵¹⁾. هذا العنوان يدعو إلى أن يُوجّه النظر إلى عبارتي: "ذات المتعاقد معه" و"صفته" وإلى ما يقابلهما في الصياغة الفرنسيّة:

⁽³⁵¹⁾ أشارت الحاشية التّحتيّة للفصل 51 من المشروع المراجع إلى "لوران" (ج 15، عدد 497 وما بعده) وإلى "دومولومب" (ج 24، عدد 108 وما بعده). وإنّ الأوّل (عدد 498) قد قسّم حديثه إلى تبرّع وإلى عوض، وداخل العوض إلى التزام بعمل وإلى التزام موضوعه شيء نبيعه أو نسوّغه. وهو عين ما فعله 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.

فإذا بدأنا بـ: "الذات"، نقلنا ما جاء سابقا في إطار الشّيء ونقلنا إنّها الخاصّة، والحقيقة⁽³⁵²⁾، والنّفس، والعين، والجوهر، والماهية⁽³⁵³⁾.

وإذا مررنا إلى ما جاء في الصّيغة الفرنسيّة كمقابل لعبارة "الذات"، وجدنا لفظة *personne*، وتفيد في اللغة "الفرد من النّوع الإنساني"⁽³⁵⁴⁾.

هذا المعنى اللغوي لهذين اللفظين للفصل 46 يحيل إلى ما وجدنا أنفسنا أمامه في إطار الشّيء وهو الماهية الأولى⁽³⁵⁵⁾.

لكن وككلّ معنى لغوي يتّجه، للقول به أو للقول بأنّ اللفظ أريد به خلاف ذلك المعنى، النّظر في التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع. هذا التّعبير لا يسلمنا شيئا يبعدنا عن اللغة. على هذا سنستقرّ على ما أسلمتنا إيّاه اللغة.

ويمكن أن نضيف لما سبق أنّ التّعبير المباشر يسمح بالقول إنّ لفظة الفصل 46 أخذت من عند "دومولومب" مثلا حين تحدّث عن الشّخص وعن الوصف⁽³⁵⁶⁾.

وهذه اللفظة - لفظة الوصف - هي الثّانية ترتيبا في الفصل 46 سواء في صياغته العربيّة أو الفرنسيّة. وتعني في هاتين اللغتين التّعت، وإكساء الحلّة، وإظهار الحال، وبيان الهيئة، وكيفيّة الوجود المميّزة⁽³⁵⁷⁾. ولعلّ هذه اللفظة العامّة: "صفته" (كسابقها التي جاءت بالفصل 45: "وصفه") تفيد الخصوص، أي تفيد ما ليس

⁽³⁵²⁾ ابن منظور، م س (لسان العرب).

⁽³⁵³⁾ المعجم العربي الحديث.

⁽³⁵⁴⁾ معجم روبار الصّغير 1: « individu de l'espèce humaine »

⁽³⁵⁵⁾ انظر الفقرة عدد 54 وما بعدها.

⁽³⁵⁶⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 121. وهو مشار إليه بالحاشية التّحتية للفصل 51 من

المشروع المراجع.

⁽³⁵⁷⁾ انظر الفقرة عدد 60.

ذاتياً⁽³⁵⁸⁾. وعلى كلٍّ ليس ثمَّ في التعبير المباشر عن النِّية ما يصرفها عن المعنى اللغوي الذي ذكرناه.

107. — فإذا أتينا الآن بالغرب، وجدناه يتحدّث عن هاتين الصّورتين. وفعلاً فإنَّ "دومولومب"، كما تقدّم، قال بالشّخص وبالوصف وذلك بالرّغم من أنّ الفصل 1110 (فقرة 2) من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة لم يذكر إلّا الأوّل (جاءت فيه عبارة: *personne*). ونفس الأمر نجده بالفصل 180 (وردت فيه نفس العبارة: *personne*) الذي لم تضيف إليه عبارة الوصف (*qualité*)، وبالتّحديد عبارة الأوصاف الأساسيّة (*qualités essentielles*)، إلّا في 11 جويلية 1975⁽³⁵⁹⁾.

⁽³⁵⁸⁾ انظر الفقرة عدد 60.

⁽³⁵⁹⁾ ولقد فهم النصّ على أنّ التّخصيص فيه يفيد الاختصاص، ثمَّ على أنّه لا يفيد ذلك، إلى أن تدخل المشرّع ليحسم الأمر ويؤيّد التّأويل الثّاني. انظر مثلاً إلى "كاربوني" وإلى تاريخ الفصل 180 في القضاء الفرنسي منذ قرار "برتون" في 24 أبريل 1862، وذلك عند: "كاربوني" (جون)، العائلة. الطّفل. الزوجان، باريس، المنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، ط 20، 1999، ص 415 وما بعدها.

CARBONNIER (J), *La famille. L'enfant. Le couple*, Paris, P.U.F., 20^e 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 النصّ أوّل في البداية على أنّه قصد معنى ثانياً هو الأوصاف التي تتكوّن منها عناصر الحالة المدنيّة. ويبدو أنّاً هنا أمام معنى تشريعي. كما يبدو أنّ قرار "برتون" رفض أن تعدّ بقية الأوصاف معنى تشريعياً ثانياً. ثمَّ جاءت المحاكم في منتصف القرن العشرين تقريبا وقبلت ما رفضته الدوائر المجتمعة. وإنّ مشرّع سنة 1975 وبإضافته لكلمة *qualité* يكون ردّ الفعل على إدخال معنى ثالث لعبارة *personne*، أي يكون مؤيِّدا لفهم قرار "برتون". لكنّه وفي الآن نفسه لم يقص المعنى الثّالث، أي اتّبع التطوّر الذي كرّس، وذلك حين جاء بهذا المعنى الثّالث بواسطة اللفظة التي زادها. فإذا تمَّ المرور إلى الفصل 1110 أمكن التّمسك بأنّ عبارته *personne* عرفت مصيراً مختلفاً. فلقد قيل إنّ الغلط في ذات الشّخص موجب للبطان المطلق، ومن ثمَّ فهو خارج عن الفصل المذكور. وهذا يعني أنّ العبارة فسّرت على أنّ المشرّع لم يرد منها معناها اللغوي بل معنى آخر.

أما الشَّرْق فنجد فيه صورة الشَّفيع الذي يُذكَر له أنَّ المشتري فلانٌ، فيسَلِّم ولا يمارس حقَّ الشَّفعة، فإذا بالمشتري شخص آخر (360).

كما نجد فيه صورة الموكَّل الذي يظنُّ أنَّ الوكيل الذي أقامه صاحب أهلية (ومن ثمَّ سترجع على هذا الوكيل حقوق العقد) والحال أنَّ الوكيل ليس كذلك (ومن ثمَّ فحقوق العقد سترجع عليه هو، أي الموكَّل) (361).

ونجد أيضا بالفقه الإسلامي صورة (362) من تُستأجر لثَّرُضِع ولدا فيتَبَيَّن أن بلبنها أو بخلُّقها فسادا (363).

(360) جاءت هذه الصُّورة في المبسوط (ج 14، ص 105) وفي البحر الرائق (ج 8، ص 144) وفي الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (ج 3، ص 487) وفي الخرشبي (ج 6، ص 173) وفي شرح البهجة للشيخ زكرياء الأنصاري (ج 3، ص 279)، وذلك حسب: السَّنهوري، م س، ج 2، ص 128 و 129.

(361) يفرِّق جزء من الفقه الإسلامي بين حكم العقد والمراد به الأثر المرتب عن العقد (في البيع: ثبوت ملكية المشتري للمبيع واستحقاق البائع للثمن المذكور في العقد) وحقوق العقد والمراد بها "كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد والتَّمكنين لكلا العاقدين ممَّا أعطاه له العقد وضمن سلامة المعقود عليه وأتته وفق الأوصاف التي وصف بها، ولذا يعدُّ من حقوق العقد في البيع تسليم المبيع وقبض الثمن والرَّد بخيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وضمنان ردِّ الثمن إذا تبَيَّن أنَّ المبيع لم يكن ملكا للبائع وقت البيع". (أبو زهرة [محمد]، م س، ص 347). وحكم العقد في العقود التي تضاف للوكيل (البيع، إلخ) يكون للموكَّل، أمَّا حقوقه فتكون للوكيل (المرجع نفسه، ص 349).

وقد جاءت الصُّورة الواردة في المتن في بدائع الصَّنائع (ج 6، ص 34) وفي تكملة فتح القدير (ج 6، ص 15 و 16)، وكل ذلك حسب: السَّنهوري، م س، ج 2، ص 129 و 130 و 131.

(362) جاء هذا المثال في المبسوط (ج 15، ص 119 و 121 و 122) وفي الزَّيلعي (ج 5، ص 128) وفي البحر الرائق (ج 8، ص 22 و 23) وذلك حسب: السَّنهوري، م س، ج 2، ص 131 و 132.

(363) يمكن أن يشار إلى صورة وصف همت عقد الزَّواج وحصلت في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه. فلقد خضَّب رجل شعره بالسواد. فلما دخل بزوجه نصل خضابه وظهرت شبته. فشكاه أهلها إلى أمير المؤمنين فأوجعه ضربا وقال له غررت بالقوم (إذن تغرير أحدث - وهذا هو الذي يهتَمنا - غلطا في الوصف). وفي رواية الغزالي فرَّق عمر بين الزَّوجين. انظر: الغزالي، إحياء علوم الدِّين، بيروت، الدَّار المصريَّة اللبنانيَّة، ج 2، ص 44؛ أبو طالب المكي: قوت القلوب في معاملة المحبوب ووصف طريق المرید إلى مقام التوحيد، بيروت، دار صادر، ط 1، 1995، ج 2، ص 473.

وإنّا لم نجد⁽³⁶⁴⁾ من يجلّل الصّورة الأولى من منظور أنّها للأوصاف الحسيّة أي للذّات أو للشّخص. لكن وجدنا من يجلّلها من زاوية أخرى. وفعلا جاء في البحر الرّائق⁽³⁶⁵⁾: "وإن قيل له إنّ المشتري فلان، فسلم، ثمّ ظهر أنّه غيره، فله الشّفعة، لتفاوت النّاس في الأخلاق". فالصّورة لتفاوت، ولتفاوت في الخلق، والخلق وصف غير حسّي.

فإذا تمّ المرور إلى الصّورة الثّانية، وجدنا من يصرّح بتحليلها على أنّها للوصف. وفعلا قالت "تكملة فتح القدير"⁽³⁶⁶⁾ إنّ: "المشتري دخل في العقد على ظنّ أنّ حقوقه تتعلّق بالعاقده، فإذا ظهر خلافه يتخيّر، لأنّه فات عن وصف مرغوب فيه".
يخلص ممّا سبق أنّه - وخلافا للشّيء⁽³⁶⁷⁾ - 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 ومرة أخرى، في التّفرة الغربيّة بين الذّات والصفّات. وقد نحاول أن نفسرها فنقول: إنّ الشّخص هو ما نراه بأبّ أعيننا أي المظهر الخارجي والحسّي، أمّا الأوصاف فغير ذلك.
بعبارة أخرى:

إذا كان لدينا شخص أول: فلدينا من جهة مظهره الخارجي أو وصفه الحسّي (سنسمّي هذه الجهة: أ) ومن جهة أخرى أوصافه الأخرى (سنسمّي هذه الجهة الأخرى: 1، 2، و3، إلخ).

⁽³⁶⁴⁾ لم نأخذ الفقه الإسلامي المعاصر وبالتحديد الفقه الذي يعرف أصحابه التّصنيف الغربي خشية أن يكون هؤلاء قد سحبوا ذلك التّصنيف على الأمثلة التي وجدوها عند القدامى.

⁽³⁶⁵⁾ البحر الرّائق، ج 8، ص 144، وذلك حسب: السنهوري، م س، ج 2، ص 128 و129.

⁽³⁶⁶⁾ فتح القدير، ج 6، ص 15 و16، وذلك حسب: السنهوري، م س، ج 2، ص 130 و131.

⁽³⁶⁷⁾ انظر الفقرة عدد 82.

فإذا كان لدينا معه شخص ثان: فلدينا من جهة مظهره الخارجي أو وصفه الحسي (سنسمي هذه الجهة: ب) ومن جهة أخرى أوصافه الأخرى (سنسمي هذه الجهة الأخرى: 1 مكرّر، و2 مكرّر، و3 مكرّر، إلخ).

فإذا ارتكّب غلط في ذات (أ) وفي شخصه فهذا يعني أنّه أخذ (ب) مثلاً على أنّه (أ)؛ أي يعني أنّنا لم نجد (أ).

أمّا إذا ارتكّب غلط في وصف (أ) فهذا يعني أنّه أخذ ما ليس 1 على أنّه 1؛ أي يعني أنّنا ما زلنا نجد (أ) [لم نمرّ مثلاً إلى: ب]، لكننا نجد (أ) من دون 1.

على هذا ثمّ فرق بين الصّورتين. لكن لنسأل: هل يبرّر هذا الفرق قولاً بأنّ الصّورة الأولى أعلى وأخطر من الثانية؟

لقد قال بعض الفقهاء الغربيين بذلك⁽³⁶⁸⁾. لكن الذي يبدو أنّ كلامهم قابل للتّقاش:

وفعلاً 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 ل: 1)، والوصف 2 مكرّر (وهو مساو ل: 2)، والوصف 3 مكرّر (وهو مساو ل: 3)⁽³⁶⁹⁾.

ثمّ أخذت الصّورة الثانية على أنّها تتضمّن أنّه أريد (أ) وله الوصف 1 و2 و3، لكنّ الذي وُجد هو (أ) ... نعم، إلاّ أنّه من دون 1 و2 و3⁽³⁷⁰⁾.

⁽³⁶⁸⁾ انظر إلى الحديث منه:

"لوسوارن" (إ.)، ملاحظات تحت حكم محكمة الاستئناف ب: روان، 4 مارس 1969، المجلة الفصلية للقانون المدني، 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؛ "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 495.

⁽³⁶⁹⁾ أراد المرأة فلانة لدينها ولحسبها ومالها فوجد أخرى ذات دين وحسب ومال.

⁽³⁷⁰⁾ أراد المرأة فلانة لدينها ولحسبها ومالها فوجد هذه الفلانة نفسها ولكن بلا دين ولا حسب ولا

... إذا أخذ ما سبق، تبين أنّ الصّورة الثّانية أشدّ من الأولى أو على الأقلّ مثلها شدّة. بعبارة أخرى إذا بُدلت ذات وُبدلت أوصاف فهذا لا يعني بالضرورة أنّ التّبديل الأوّل أهمّ.

فإذا لم توجد هذه الأهميّة، لم تبق جدوى للتّفرقة بين الذات والأوصاف، ويكون الأفضل جمع الكلّ تحت عنوان الأوصاف إذ الذات أوصاف حسيّة أي في الثّهاية أوصاف⁽³⁷¹⁾.

وعلى هذا، فـ "التّوحيد" هنا أيضا خيرٌ من "الثّنويّة". لكننا لا نستطيع أن نقول إنّ الفقه الاسلامي أحسن صناعة تشريعيّة من فقه القانون الفرنسي. هذا الكلام يهّم 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 التّوع. والسبب لا يتمثّل في كونها اكتشفت أنّه "اختراع"، بل يكمن في كون الذين تحاكمهم لم يأتوا بشيء هنا. وإنّه لبالإمكان وعلى المستوى التّظري أن يوجد هذا الكلام عن التّوع وذلك حين ينظر إلى الشّخص الطّبيعي وإلى الشّخص المعنوي.

وبغضّ النّظر (أو مع النّظر) إلى هذه المسألة العرضيّة، يمكن القول عن الفصل 46 إنّّه مستورد وتارك للمحلّي. لكن لا يمكن القول إنّّه مجسّد لعدم الإحكام.

⁽³⁷¹⁾ إنّ مسألة التّساوي أو عدم التّساوي في الأهميّة بين الذات كضرب من الأوصاف وبقية الأوصاف مسألة تختلف من حالة واقعيّة إلى حالة واقعيّة أخرى، ولا يمكن حسمها مسبقا وبصفة مجرّدة. ولعلّه بالإمكان أن يضاف لما سبق ما جاء إبان الحديث عن الشّيء: من كون الذات هي ذاتيات ومعها غير ذاتيات (الذات = ذاتيات + غير ذاتيات)، ومن كون الذات غير موجودة (هكذا لا يبقى إلاّ الذاتيات وغير الذاتيات)، ومن كون الذاتيات غير موجودة، ومن كون غير الذاتيات (وبالتدقيق لازم وجود الماهية والعارض لا لازم الماهية) هي الموجودة، ومن كون هذا الموجود أو هذه الأوصاف لكائنين واقعيين قد تتقارب أو تتباعد بحسب الحالات. انظر الفقرة عدد 75 وما بعدها.

109. — على هذا وعلى الذي سبقه، تكون المحصلة أنّ " الشّيء " جانبَ الإحكام. لكن لا يمكن إثبات نفس القول فيما يتعلّق بـ"الشخص". والملاحظ 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 المبطل"

110. — ينقسم "الغلط في الواقع غير المبطل" إلى قسمين: واحد موجود بنصوص مجلة الالتزامات والعقود⁽³⁷²⁾ وآخر يجب البحث عنه في التعبير المباشر عن نية واضعيها. والأول هو الغلط في الحساب أو الغلت⁽³⁷³⁾، أمّا الثاني فهو ما يسمّى بالغلط في الباعث. وسنحاول البحث في علاقة الأول ثمّ في علاقة الثاني بمسألة الإحكام (وجوده - انعدامه): أي سننظر في الإحكام أولاً في صورة الغلط في الحساب أو في صورة الغلت (أ) وثانياً في صورة الغلط في الباعث (ب).

(أ) الإحكام في صورة الغلط في الحساب/ أو في صورة الغلت

111. — سنحاول هنا قطع مرحلة التحليل، ثمّ مرحلة الإتيان بالغرب وبالشرق، ثمّ مرحلة محاولة الحكم بالتّظر إلى القضية التي نعمل عليها:

112. — فأما التحليل فسنبذّه بالإشارة إلى أنّ الفصل 47 تحدّث: أولاً عن "مجرد الغلط في الحساب" / "simples erreurs de calcul"؛ وثانياً عن كون هذا الغلط يُصلح.

فإذا شرعنا بالحديث الأوّل وجب أن نأتي بالمعنى اللغوي قبل أن نبحت في مسألة التّية:

⁽³⁷²⁾ هنالك أيضاً الغلط في القيمة. ولكنّ هذا سنورده لاحقاً (الفقرة عدد 240 وما بعدها).

⁽³⁷³⁾ جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، ج 7، ص 363) وفي إطار كلمة غلط: "والغلط في الحساب وكلّ شيء، والغلط لا يكون إلاّ في الحساب"، وعلى هذا فكلّمة الغلط مطلقة أمّا كلمة الغلت فخاصّة بالحساب. انظر أيضاً حول الغلت: الجوزي (ابو الفرج جمال الدّين بن علي بن محمّد بن جعفر)، المدهش، تحقيق مروان قباني، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط 2، 1985، ص 47: "وتقول العرب في الحساب غلت وفي غيره غلط".

وإنّ الصياغة الفرنسيّة للفصل 47 تتمثّل في تركيب قدّم فيه وصف معيّن (simple) على الموصوف (erreur). هذا التّركيب يفيد أنّ الكلام هو عن الموصوف وعن الموصوف وحده، أي دون أيّة زيادة⁽³⁷⁴⁾.

أمّا الصياغة العربيّة فتفيد - انطلاقاً من مدلول جرّد⁽³⁷⁵⁾ - أنّ الحديث هو عن غلط في الحساب وعن غلط في الحساب عُري من غيره.

هذا عن اللغة، فإذا مررنا إلى نية المشرّع، استوجب ذلك الإتيان بأمرين: وأوّل الأمرين يتمثّل في أنّ ما جاء بالمشروع (الفصل 39) هو عينه ما جاء بالمشروع المراجع (الفصل 52)، وهو نفسه الذي انتقل إلى مجلّة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسيّة.

والباحث في الأعمال التّحضيرية لا يجد أنّ المبنى - حين استعمل في المرّة الأولى - قد أريد به غير المعنى الوضعي اللغوي. ثمّ إنّ الباحث لا يجد ما يفيد أنّه، حين أُبقي على هذا المبنى، حصل تحويل له نحو معنى مختلف.

أمّا ثاني الأمرين، فينبغي بدوّه بحديث جاء في إطار فقه القانون الالمامي⁽³⁷⁶⁾، ومفاده أن ثمّ صورتين:

أولاهما نجدها مدعّمة بمثال طلاء جدران المنازل الذي يطلب ثمنا جملياً - لنقل ألف دينار - للقيام بأعمال طلاء لشقّة على أساس عمليّة حسابيّة خاطئة لمساحة الجدران.

⁽³⁷⁴⁾ انظر هذا الأمر في اللغة الفرنسيّة حيث ستجد في معجم "روبار الصّغير 1" ما يلي:

"Simple [...] II [...] 3° (devant le nom). Qui est uniquement ce que le substantif implique et rien de plus [...] une simple formalité. V. pur, seul. Tribunal de simple police".

⁽³⁷⁵⁾ جرّد تجريداً [...] ثوبه ومنه: عراه منه (انظر المعجم العربي الحديث).

⁽³⁷⁶⁾ انظر إلى: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 339.

وثانيتها تهم من يقف أمام شيئين مختلفين لكل منهما ثمنه المعلن عنه (لنقل إنَّ الشَّيء الأوَّل وضع عليه 400 د ثمنا والثَّاني 450 د) ويقوم بعملية حسابية خاطئة (مثلا ظنَّ أنَّ محصَّلة عملية الجمع 1000 د) تمثِّل محصَّلتها ما سيعدُّ الثَّمن الجملي. والصَّورة الأولى يمكن أن ينظر إليها من زاوية أخرى فتكون غلطا في وصف الشَّيء هو المساحة أوجد غلطا في قيمة الأداء المقدَّم⁽³⁷⁷⁾.

أما الصَّورة الثَّانية فلا يمكن التَّظر إليها من زاوية ترجعها إلى دائرة الشَّيء، أو إلى دائرة ما سنسمِّيه لاحقا بالسَّبب القريب⁽³⁷⁸⁾، أو (عموما) إلى دائرة الغلط الذي رأيناه في العنوان السَّابق بوصفه مبطلا⁽³⁷⁹⁾.

على أساس ما سبق، يمكن القول: إذا كان الفصل 47 لما لا يبطل، وإذا كانت الصَّورة الأولى قابلة لأن ينظر إليها من زاوية تدرجها في المبطل، فصون كلام

⁽³⁷⁷⁾ يرى القضاء الألماني أنَّه وحين لا يُعلم الطَّلاء في مثالنا صاحب الشَّقة بأساس تحديده للثَّمن فنحن أمام غلط في الباعث غير ذي أثر. أمَّا حين يعلمه فنحن أمام ما يسمَّى في ألمانيا "غلط في محتوى التصريح"، وهو ذو أثر. وإنَّ الفقه الألماني ينقد هذا الموقف ويرى أنَّ مجرَّد الإعلام غير كاف لوضع عبء تحمُّل خطر الخطأ في الحساب على كاهل صاحب الشَّقة في مثالنا.

⁽³⁷⁸⁾ انظر الفقرة عدد 149 وما بعدها.

⁽³⁷⁹⁾ يمكن الإتيان بتحليل قريب من الذي تقدَّم والقول إنَّ حاصل الصَّورة الأولى خلل في المعطيات التي انبنت عليها العملية الحسابية جعل هذه العملية لا تصل إلى ما كان ينبغي أن تصل إليه، أي جعل هذه العملية مختلة. أمَّا حاصل الصَّورة الثَّانية فخلل في العملية الحسابية، وخلل في العملية الحسابية لوحدها. فهنا نحن أمام مجرَّد غلط في الحساب. أمَّا هناك فأمام غلط في المعطيات التي انبني عليها الحساب، أي أمام ما ليس مجرَّد غلط في الحساب.

و"مجرَّد الغلط في الحساب" بهذا المعنى (= محصَّلة خاطئة لخلل يهَم فقط عملية جمع أو طرح أو قسمة أو ضرب) هو الذي يجعل صورة الفصل 47 مختلفة من جهة عن الغلط في تعيين الثَّمن وفي السَّكَّة اللذين تحدَّثنا عنهما سابقا (الفرقة عدد 35) ومن جهة أخرى عن الغلط في القيمة الذي سنتحدَّث عنه لاحقا (الفرقة عدد 243).

المشرّع عن التناقض⁽³⁸⁰⁾ - بأن يقول عن صورة إنّها تبطل ولا تبطل - يقتضي جعل هذا النصّ للصورة الثانية دون الأولى. على هذا، يكون لعبارة الفصل 47 "مجرد الغلط في الحساب" معنى لغوي هو الغلط في الحساب والغلط في الحساب وحده ودون أية زيادة، وتكون هنالك نية على هذا المعنى مردّها قرينة تتمثل 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 المؤثر في صحّة العقد.

⁽³⁸⁰⁾ انظر إلى: "بيرلمان" (ح)، م س (الأخلاق)، ص 806، حيث يورد تطبيقا معروفا لتلك القاعدة على نص ل: "هيراقليط" جاء فيه: "ندخل ولا ندخل التهر مرتين". ف: "ندخل التهر مرتين" فسّرت على أنّها تعني ضقّته، لكي لا تتناقض مع: "لا ندخل التهر مرتين" التي فسّرت على أنّها تعني مياحه الجارية. انظر حول عموم مسألة "تحصيل الحاصل" Tautologie: "بيرلمان" (حاييم) و"أولبريشت-تيتيكا" (لوسي)، مؤلّف الحجاج. البلاغة الجديدة، بروكسال، منشورات جامعة بروكسال، 1992، ص 292 وما بعدها وص 588.

Perelman (Chaim) 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 النصّ المؤلّف. ويقول إنّ معيار الإقصاء يكون هنا أيهما أصلح (قرب هذا القول من الفصول: 541 و 556 و 557 من مجلّة الالتزامات والعقود).

وعلى كلّ انظر حول عدم التناقض 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؛ "كربونني" (جون)، م س (علم الاجتماع القانوني)، ص 136؛ "إيكو" (أمبرتو)، م س، ص 51 وما بعدها؛ الموسوعة الفلسفية الكلية، م س، تحت كلمة: contradiction.

وانظر في الفضاء الفكري الإسلامي، وعلى سبيل المثال منه الفضاء الفقهي: ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ج 1، ص 398 وما بعدها، الطّبعة التي ذكرناها سابقا وقلنا إنّها ليست التي يشير إليها المشروع المراجع).

فإذا انتهى ممّا تقدّم، أمكن الالتفات إلى الحلّ الموضوع وهو الإصلاح. وينبغي هنا - لغاية المقارنة - أن نأتي بما رآه فقه القانون الألماني⁽³⁸¹⁾ من أنّه يمكن: إمّا أن نأخذ بالمحصّلة الصّحيحة لأنّنا نعتقد أن بالإمكان توقّع كون المتلقّي تثبّت في الحساب وأصلح من ثمّ ما اقترح عليه، وهذا الذي أصلحه هو الذي مثل موضوع قبوله. وإمّا أن نأخذ بالمحصّلة الخاطئة لأنّنا نرى أنّ المتلقّي لم يقبل إلاّ ما اقترح عليه. وإمّا أن لا يمكننا بواسطة التّأويل لا القول إنّ المتلقّي أراد قبول ما يمثّل محصّلة صحيحة ولا إنّه أراد ما يمثّل محصّلة خاطئة، وعندها يتعدّر القول بالتقاء الإرادات وبولادة العقد.

بعبارة أخرى هنالك: 1 + 1 (وهذا يحمله تعبير)، أي هنالك: 2 (كأمر ضمني باعتبار أنّ 2 محصّلة لعملية الجمع)؛ ثمّ هنالك: 3 (وهذا يحمله تعبير). على هذا، وفي الجملة، ثمّ معنيان: أوّلها 2؛ وثانيهما 3. فإمّا أن نجد، بواسطة عملية التّأويل، قرينة حاليّة أو مقاليّة على أنّه أريد المعنى 2؛ عندها نأخذ بهذا المعنى.

وإمّا أن نجد نيّة على المعنى 3؛ عندها نأخذ بهذا المعنى. وإمّا أن لا نجد لا هذه النيّة ولا تلك؛ فنصير أمام ما هو كالمشترك، أي أمام ما هو كالذي له عدّة معاني لا يمكن القول بها معاً لكونها معانٍ مختلفة؛ هنا يسقط التّعبير ولا يؤخذ به⁽³⁸²⁾.

وما جاء الآن يمكن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود قطعت الطّريق على المؤرّول وأعطته مباشرة الحلّ، أي أنّها جاءت إلى "صورتنا" وقالت: إمّا إنّ فيها معنيين ويجب عليكم أن تأخذوا بأحدهما ولا تلتفتوا إلى التّوايا، وإمّا - وهذا ممكن بدوره ويصبّ في

(381) انظره عند "فيتز" (كلود)، م س، عدد 339 و340.

(382) قارن هذا مع قاعدة الفصل 531 من مجلّة الالتزامات والعقود المتعلقة بالحقيقة والمجاز.

نهاية الأمر فيما سبق - إنَّ فيها معنى واحداً ويجب عليكم أن تأخذوا به ولا يهّم إن عثرتم على نية مخالفة⁽³⁸³⁾.

ويمكن القول عن هذا الحلِّ لمجّلة الالتزامات والعقود إنّه ليس الأفضل.

113. - لكن ينبغي قبل ذلك - لأنّا أمام حكم على الفصل 47 - أن نأتي بالغرب المعتمد. فلقد أشير مثلاً في المشروع المراجع إلى نصّ في المجّلة المدنيّة الفرنسيّة يقول أيضاً بالإصلاح⁽³⁸⁴⁾. هذا الحلّ نجده أيضاً بالشرق⁽³⁸⁵⁾. وفعلاً، جاء تحت المادّة 72 من المجّلة العثمانيّة⁽³⁸⁶⁾ أنّه "لو كان شخص يشتري من تاجر بضائع ويقيد التاجر ما يشتريه الرّجل بدفتره وأراد المشتري دفع ثمن ما أخذه فطلب من التاجر أن يجمع كلّ ما أخذه منه فغلط التاجر فبدل من ألف طلب ألفين

⁽³⁸³⁾ انظر ما رأيناه سابقاً حول الغلط في ذات الشّيء وحول الغلط في طبيعة العقد، ثم انظر بعد ذلك إلى القرار التعقيبي الذي قرّب فيه الغلط في ذات الشّيء من الغلط في الحساب (تعقيبي، مدني، 11251، 22 أبريل 1985، ن، ج 1، ص 178).

ويمكن أن نورد هنا رسماً سبق معنا (انظر الفقرة عدد 37، الهامش)، والذي يذكّر بالموقف الذي يفرض إلى القول إنّ الغلط في الحساب ليس غلطاً.

وفعلاً إذا كانت العبارة فيها: $11 = 5 + 7$

فالبعض يرى أنّ التفكير كان: $12 = 5 + 7$.

وعليه لا غلط في الحكم هنا، بل حصل الغلط في التعبير. ومن ثمّ لا تسمّى هذه الصّورة غلطاً.

⁽³⁸⁴⁾ لم يشر مباشرة إلى الفصل 2058 باعتبار أنّه سبقت هذا النصّ عبارة "قارن" وبالتحديد اختزالها وهو (cf.). لكن السبب على ما يبدو أنّ الفصل 47 من مجّلة الالتزامات والعقود جاء لكلّ العقود، أمّا الفصل 2058 فيهمّ عقد الصّالح، لذلك لم يمكن أن تحصل الإشارة إليه بصفة مباشرة.

⁽³⁸⁵⁾ لقد أشارت الحاشية الجانبية للمشروع المراجع إلى ردّ المحترار (ج 4، ص 630). لكن هنالك خطأ مطبعي في رقم الصفحة ولم نجد له إصلاحاً في القائمة الموجودة لهذا الغرض في هذا المشروع (الجزء الرابع فيه فقط 523 صفحة) لذا تعدّر علينا الرجوع إلى الشّرق المعتمد كمرجع واستعضنا عنه بما ورد أعلاه.

⁽³⁸⁶⁾ التي تقول: "لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه".

ودفع المشتري الألفين بعد ذلك ثمّ تبين له أنّ المطلوب منه ألف قرش فقط فدفع الألف الثانية للتاجر خطأ لا يمنعه من استردادها"⁽³⁸⁷⁾.

114. — ممّا سبق، يمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود — سواء اتّبعنا ذلك الغرب أو هذا الشّرق — قد أخذت بما ليس الأفضل⁽³⁸⁸⁾. لكن، لأنّها مثل الفقه لا يمكن المرور لفكرة الإحكام (بسبب عدم إمكان الخوض في المكوّن الثّاني للإحكام الذي هو الإصلاح).

ولقد كان على هذه المجلّة أن تهجر في مثل هذه المواطن الفقه⁽³⁸⁹⁾. لكن يبدو أنّها لا تضيّعه إلّا حين يكون هو الأصلح. ولعلّ هذا هو أيضا شأنها في ما يخصّ الغلط في الباعث.

(ب) الإحكام في صورة الغلط في الباعث

115. — لم يرد نصّ في عنوان مجلّة الالتزامات والعقود الخاصّ بعيوب الإرادة يتحدّث عن الغلط في الباعث⁽³⁹⁰⁾ ويقول إنّه مبطل أو غير مبطل. لكننا نجد

⁽³⁸⁷⁾ حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 72.

⁽³⁸⁸⁾ هنالك أصول في مادّة العقد وهي من جهة الفصل 515 الذي يدعو لأن يعطى التّعبر المعنى الموافق للمقصد ومن جهة أخرى الفصل 531 الذي يمكن وانطلاقاً منه أن نقول بإبطال التّعبر لو لم نستطع العثور على تية على أحد معانيه التي لا يمكن القول بها جميعاً. وقد كان يمكن إرجاع المادّة التي نحن بصددنا إلى هذه الأصول فنكون قد جمعناها بما هو مثلها. ويبدو أنّ هذا الجمع لو أتى به لا يعطلّ داعياً آخر (على كلّ قارن ما قلناه عن الفصل 515 وخاصّة عن الفصل 531 بما جاء عند: الجري سامي)، تفسير العقد، تونس، مركز النشر الجامعي، (1999).

⁽³⁸⁹⁾ أو بالتحديد ما هو مثل الفقه لأنّ ما تأخذ به هو هذا ثمّ يتفق أن يكون المأخوذ به مثل الفقه.

⁽³⁹⁰⁾ لن نستطيع الآن أن نعرّف الغلط في الباعث. لكن حين سنصل إلى الفقرة عدد 148 وما بعدها سيصير بإمكاننا تقديم تعريف سلبّي 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 غائبة

بالحاشية التحتية للفصل 50 من المشروع المراجع إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان⁽³⁹¹⁾ تكلمنا فيه عن الباعث والوصف غير الذاتي وقالوا إنهما لا يبطلان. وأضافا إن الأول⁽³⁹²⁾ والثاني⁽³⁹³⁾ يصبحان مؤثرين على العقد لو أنّ نيّة الأطراف المشتركة جعلت منهما شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد. ويبدو أنّ المقصود هنا أنّنا أصبحنا أمام عقد شرطيّ وأنّ التأثير على العقد ليس سببه الغلط بل سببه عدم تحقّق الشرط⁽³⁹⁴⁾.

وإنّنا لن نخوض هنا في علاقة الغلط بالشرط لأنّه أمر سنأتيه لاحقا⁽³⁹⁵⁾، لكن ينبغي أن نشير إلى أمرين:

أولهما أنّ مجلة الالتزامات والعقود "نفضت" عن نفسها ما ذهب إليه الفقهاء المذكوران أعلاه، حين أدخلت الوصف غير الذاتي تحت عنوان الغلط، وإن كان قد "علّق" بها شيء منهما حين قالت: "موجب للتعاقد".

ليست شيئا ولا شخصا ولا طبيعة عقد، إلخ.

⁽³⁹¹⁾ ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

⁽³⁹²⁾ قد ينبغي أن يشار إلى أنّ ما أضافاه ما زال موجودا في الفقه الحديث: انظر إلى:

"كاربونيي" (جون)، م س (الالتزامات)، عدد 42.

"مالوري" (فيليب) و"أيناس" (لوران)، القانون المدني. الالتزامات، باريس، كوجاس، ط 9، 1998 -

1999، عدد 410.

MALAUURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), Droit civil. Obligations, Paris, Cujas, 9^e éd, 1998/ 1999 par AYNES, n° 410.

"تيري" (فرانسوا) و"سيملر" (فيليب) و"لوكت" (إيف)، م س، عدد 220، الذين تحدّثوا عن شرط تعلّقي وفاسخ.

⁽³⁹³⁾ ما أضيف هنا نجده أيضا عند: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 97 و 98.

⁽³⁹⁴⁾ والكلام ل: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 97.

⁽³⁹⁵⁾ انظر الفقرة عدد 156.

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 الشرط⁽³⁹⁶⁾.

116. — فإذا قُبِل ما سبق، أمكن المرور إلى المرحلة الموالية وهي الإتيان بالغرب وبالشرق. فأما المجيء بالأوّل فقد تحقّق بعد لضرورات اقتضتها المرحلة السابقة، أي مرحلة التحليل. وأما المجيء بالشرق فسيحصل هنا. والشرق يعرف في مادّة "العيوب"⁽³⁹⁷⁾ مثال من "اشترى عَرْصَة"⁽³⁹⁸⁾ على أنّ ضريبة الأملاك التي تأخذها الحكومة عنها مائة قرش فظهر أنّ ضريبتها أكثر من ذلك، ويعرف مثال من "اشترى عقّارا على كونه لا ضريبة عليه فظهر بعد الشراء أن عليه ضريبة"⁽³⁹⁹⁾، ويعرف مثال من يشتري دارا ظانّا أنّ الجار ليس من أهل السوء ثمّ يجده منهم⁽⁴⁰⁰⁾، ويعرف مثال من يؤجّر آخر على الصلّاة أو الصيام ليؤدّيها بدلا عنه ظانّا أنّهما ليسا بفرضي عين⁽⁴⁰¹⁾. هذه الأمثلة تدخل ضمن ما يسمّيه الغرب "غلطا في

⁽³⁹⁶⁾ لكن انظر هامشا سيرد في الفقرة عدد 120.

⁽³⁹⁷⁾ لا في مادّة الوصف لأنّ الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع أشارت إلى المادّة 310 من المجلّة العثمانية الخاصّة بخيار الوصف، ولا نجد بها أيّة إشارة إلى المواد التي جاء فيها خيار العيب. لكن وكما رأينا (الفقرة عدد 100 وما بعدها) وكما سنرى (الفقرة عدد 333) ثمّ تداخل بين العيب والوصف.

⁽³⁹⁸⁾ انظر إلى المعجم العربي الحديث حيث ستجد العرصة بفتح العين وسكون الراء هي ساحة الدار أو الفسحة بين الدّور التي ليس فيها بناء.

⁽³⁹⁹⁾ انظر هذين المثالين عند حيدر (علي)، م س (درر الحكماء)، ج 1، ص 344. ولقد سبق وأن رأينا هذين المثالين في هذا العمل.

⁽⁴⁰⁰⁾ انظر إلى: ابن سلمون، م س، ج 1، ص 168. ولقد سبق وأن تعرّضنا إلى هذا المثال.

⁽⁴⁰¹⁾ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر، ج 2، ص 166. انظر هذه الصّورة بالفصل 834 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي يقول: "بيطل كلّ عقد موضوعه ما يأتي: [...] ثالثا: الإجارة على عبادة عينية واجبة على كلّ مسلم كالصلّاة والصّوم".

الباعث⁽⁴⁰²⁾. لذا يمكن القول إنّ الشّرق ليس مثل الغرب باعتبار أنّ ذلك قبل في المادّة التي تعمل عليها⁽⁴⁰³⁾ 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⁽⁴⁰⁴⁾).

117. — ويبدو — وهنا نصل إلى مرحلة الحكم — أن بالإمكان الآن أن نفصل بين ثلاثة أشياء:

أولها، أنّ الذي يرى قبول الباعث أفضل من رفضه يرى بنفس المناسبة الشّرق خيرا من الغرب، ويربط لأجل هذا مجلّة الالتزامات والعقود بمسألة عدم الإحكام (عدم إتقان وعدم إصلاح)⁽⁴⁰⁵⁾.

⁽⁴⁰²⁾ انظر إلى غرب حديث: مثلا "قيستان" (جاك)، م س، عدد 509. وقرب الأمثلة التي جاءت عنده من التي وردت أعلاه. وانظر خاصّة إلى "كاربوني" (جون)، م س (الالتزامات)، عدد 41، حيث تحدّث عن "غلط في الآثار وخاصّة في الآثار القانونيّة للعمل القانوني (مثال: شراء عقار مع جهل التّفقات التي تنجرّ عن الشّراء)".

انظر أيضا إلى وصف لغلط في الآثار القانونيّة على أنّه غلط في الباعث. "فيتز" (كلود)، م س، عدد 341.

⁽⁴⁰³⁾ هي مادّة الغلط، ولكن اسمها في الفقه الوصف والعيب (إلخ).

⁽⁴⁰⁴⁾ مثل الوصيّة. انظر: "قيستان" (جاك)، م س، عدد 510.

⁽⁴⁰⁵⁾ سنجد في ما بعد الباعث مندرجا ضمن صنف بعض أجزائه مبطل والبعض لا. وعلى هذا فمقتضى جمع المتماثلات لا يمكن الحديث عنه هنا. لكننا سنجد بعد ذلك مادّة الكتمان الذي يحدث والذي 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. وعلمنا أن نلاحظ أنّ قبول أو عدم قبول الباعث في ميدان مخصوص (مثلا ذلك الذي وجدناه أعلاه في إطار الغرب الحديث) أمر يتجاوز دائرة هذا العمل.

وثانيها، أنّ الذي أدخل الوصف غير الدّاتي في مادّة الغلط، لا يُفهم كثيرا تركّه "الباعث" في مادّة الشرط إذ أنّنا هنا وهناك أمام ما سنسمّيه لاحقا سببا بعيدا⁽⁴⁰⁶⁾.
ويبدو أنّ جزء الغرب الذي أخرج الكلّ إلى مادّة الشرط أقرب إلى الاتساق⁽⁴⁰⁷⁾.
وثالثها، أنّ مجلّة الالتزامات والعقود - إذا تتبّعنا المراجع التي استعملتها⁽⁴⁰⁸⁾ - قبلت في مادّة العيوب الباعث. على هذا يكون الغلط المنظّم تحت اسم الغلط قد رفض ما قبله الغلط المنظّم تحت غير اسم الغلط.

118. - لكن لنترك الغلط المنظّم تحت اسم غير اسم الغلط، ولنهتمّ بالغلط المنظّم تحت اسم الغلط:

فلقد رأينا منذ قليل (ومن الغلط المنظّم تحت اسم الغلط) الغلط غير المؤثّر، ووجدنا فكرة عدم الإحكام في الباعث ولم نجدّها في الحساب. ورأينا قبل ذلك الغلط المؤثّر، 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 - لم يأت بصنف مستقلّ عن الشّيء والشّخص. ثمّ إنّ هذا النّصّ - هذا لم يقله بنفسه - لم يجرى بصنف مستقلّ عن القانون⁽⁴⁰⁹⁾.

⁽⁴⁰⁶⁾ انظر الفقرة عدد 149 وما بعدها.

⁽⁴⁰⁷⁾ لكن انظر هامشا سيرد بالفقرة عدد 120.

⁽⁴⁰⁸⁾ انظر إلى الأمثلة الواردة بالفقرة عدد 116. وإنّا وجدناها بالمشروع المراجع وإنّما هي التي تحدّثنا عنها في الفقرة عدد 100.

⁽⁴⁰⁹⁾ أشارت حاشية الفصل 54 من المشروع المراجع إلى "الوران" (ج 15، عدد 495) حيث أعطانا مثال الوكيل المكلف ببيع قطن والذي يتلقّى تلغرافا من الموكل يأمره أن يبيع ب: 139 فرنك فيبيع ب: 140. لكن وقيل ذلك ارتكبت إدارة التلغراف خطأ لأنّ الأمر كان بالبيع ب: 165 (انظر إلى هذا المثال نفسه في القانون الألماني عند "فيتز"، م س، عدد 325).

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 السبب السابق). فإذا كان الكلام عن الشّيء والشّخص والقانون كلّهما عن الفصل 49، لم يبق شيء يُقال عن هذا الفصل (على الأقلّ على مستوى الصّور، وهو ما نحن بصددده)⁽⁴¹⁰⁾.

وما سبق أمراً لا يرتبط بكمّ الحديث فقط، بل يرتبط أيضاً بمسألة الإحكام (انعدامه هنا). فإذا وجدنا المسألة على نحو معيّن في الشّيء وجدناها على نفس النّحو في القانون.

المبحث الثاني: الإحكام في صورة الغلط في القانون

119. — جاءت بالصياغة العربيّة لمجّلة الالتزامات والعقود عبارة جهل الحقّ (الفصل 44: "[...] جهل [...] الحقّ [...]"]⁽⁴¹¹⁾). ومن يبحث في التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع⁽⁴¹²⁾، سيقول إنّه قرينة على أنّ المقصود مخالف لما ينبىء به المعنى اللغوي (الوضعي والعرفي)، أي سيقول إنّه أريد حكم بجانب للواقع سببه عدم علم بما في القانون وعدم علم بما ليس فيه.

وجاءت بالصياغة الفرنسيّة عبارة الغلط في القانون (Article 44: "L'erreur de droit [...]"). وقد يقال إنّنا أمام إطلاق، أي أمام الغلط في القانون (droit [...])

⁽⁴¹⁰⁾ لذلك كان الكلام عن الشّيء كبيراً وعن الشّخص أصغر، ولذلك كان الكلام عن الشّيء والشّخص (والباعث) كبيراً وسنجده عن القانون أصغر، ولذلك كاد الكلام عن الفصل 49 ألاّ يكون بمعنى أنّه لم يظفر حتى بعنوان خاص به تحت باب صور الغلط.

⁽⁴¹¹⁾ انظر ما أثارته هذه العبارة من صعوبات: الجلّولي (علي)، تعليق على القرار التّعقيبي المدني عدد

2078 المؤرّخ في 17 أبريل 1980، مجّلة المحاماة 1989، ج 1، ص 198.

⁽⁴¹²⁾ انظر إلى المراجع المشار إليها تحت الفصل 48 من المشروع المراجع.

(objectif)، أو أمام الغلط في الحقوق (droit subjectif). لكن ما سبق حول المعنى اللغوي في الصياغة العربية وبالتحديد ما سبق حول وجود قرينة على ما يخالف هذا المعنى اللغوي، هو أيضا قرينة على أنه وفي الصياغة الفرنسية أريد من المطلق مقيداً أي أريد القانون⁽⁴¹³⁾.

120. — وإنّ تلكما العبارتين قد جاءتا بالتدقيق داخل نصّ هو الفصل 44 وتحت عنوان هو العيوب. لكننا نعلم أنّ هذا العنوان، حين كان مشروعاً ومن بعد ذلك مشروعاً مُراجِعاً، حوى نصّاً يضمّ القاعدة الرّومانيّة التي مفادها أنّ الغلط إذا صار عامّاً استحال قانوناً أو حقّاً. هذه القاعدة لا علاقة لها بالعنوان الذي نحن بصددّه. لذا فعدم نقلها إلى مجلّة الالتزامات والعقود، حين نُقل إليها هذا العنوان، كان الحلالّ الأفضل⁽⁴¹⁴⁾.

⁽⁴¹³⁾ سنرى بعد قليل أنّ الغلط في القانون يحدث أنواعاً 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 ينجّر عن جهل القانون، أو لجهل الحقّ الذي لا ينجّر عن جهل قانون، ثمّ القول إنّ هنالك قرينة تدلّ على أنّ المطلق يفيد الخصوص وهو هنا جهل الحقّ الذي ينجّر عن جهل القانون. لكنّ هذا لا يساوي ما أراده المشرّع من الفصل 44 وهو كلّ جهل بالواقع (لا بالحقّ فقط) كان مصدره جهلاً بالقانون.

⁽⁴¹⁴⁾ قال الفصل 36 من المشروع والفصل 49 من المشروع المراجِع إنّ الغلط في القانون والذي يشترك في الوقوع فيه كلا الطرفين لا يوجب فسخاً. وإننا نعلم من المراجع المستعملة بالمشروع المراجِع أنّ المقصود هو القاعدة الرّومانيّة القائلة إنّ الغلط إذا عمّد قانوناً أو ترتّب عنه الحقوق: *L'erreur commune est créatrice de droit / Error communis facit jus.* وإنّ هذه القاعدة ترجع إلى الإمبراطور "أدريان" ADRIEN الذي عرضت أمامه واقعة العبد الذي اشتهر بين الناس على أنّه حرّ، والذي شهد على وصيّة، ثمّ كشف أمره، فطلب الوارث الشّرعي إبطالها، لكنّ الإمبراطور قال بالصّحّة لأنّ الغلط في حرّيّة الشّاهد كان عامّاً بين الناس.

هذه هي القصّة عند: "لوران"، م س، ج 13، عدد 281. وقد أشير إليه بالمشروع المراجِع، ولكن أنظرها أيضاً عند:

"رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران)، الأقوال المأثورة في القانون الفرنسي، باريس، ليتاك، ط 3، 1992،

ص 229 وما بعدها.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^e éd, 1992, p. 229 et s.

وفي وقت لاحق طرح المشكل نفسه (ونعود هنا إلى قصة "لوران") أمام الإمبراطور "سفير" Séveres والإمبراطور "أنطونين" ANTONIN فقضيا في الاتجاه نفسه. ثم جاء "جوستينيان" Justinien ووضع القاعدة في القوانين التي دوتها، ويقول لنا "لوران" إن الفقهاء والقياسرة تجنّبوا دائما القول إن الغلط يوكد الحقوق. لكن هذا القول المأثور وجد في قانون آخر ليهم مادّة التأويل وبالتحديد ليقضي بأنّ اللفظة إذا كان لها في اللغة معنى، ثمّ شاع لها وعلى وجه الخطأ معنى آخر، فالمعتمد هذا المعنى الآخر. وعلى هذا فالقول المأثور خاص بمادّة معيّنة، لكنّه وفي القانون القديم صار قاعدة عامّة، ثمّ انتقل بهذه الصفة إلى القانون الفرنسي. ولقد حمل "لوران" على هذه القاعدة (وحاشية المشروع المراجع قالت لنا إنّه ضدّها) لكنّه قبل محتواها، أي قبل أن لا يتم إبطال زواج لكون من أشرف على إبرامه لم تكن له الصفة القانونيّة، وأن لا يتمّ إبطال وصيّة لكون شاهدها لا يملك أهليّة، أي قبل بالزواج الطّيّ Mariage putatif وبالأهليّة الطنّية Capacité putative لكون أطراف الزواج أو الوصيّة حسنو النية، 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 الرضا. فهناك نجد أنّ الذي ارتكب غلطا يريد إبقاء العقد، وهنا يريد إبطاله.

"مازو" (هنري)، القولة المأثورة: الغلط المشترك يوكد الحقّ، المجلّة الفصلية للقانون المدني، 1924، ص 929 وما بعدها.

MAZEAUD (Henri), *La maxime error communis facit jus*, Revue trimestrielle de droit civil, 1924, p. 929 et s.

حول المادّة نفسها انظر:

"ماسو" (أوليفي)، الغلط في أصل القانون، المجلّة المتعدّدة الاختصاصات للدراستات القانونيّة، 2006، ص 57، 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.

"دومبي" (باسكال)، الغلط العامّ يخلق القانون؟، منشور في: الغلط، تحت إدارة "فوايي" (جون) و"تيري" (فرانسوا) و"بويغليي" (كاترين)، باريس، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، ط 1، 2007، ص 9 وما بعدها.

DEUMIER (Pascal), *Error communis facit jus ?*, in : *L'erreur, sous la dir. de : FOYER (Jean), TERRÉ (François) et PUIGELIER (Catherine)*, Paris, P.U.F., 1^{ère} éd., 2007, p. 9 et s.

لكن لنترك "مازو" مؤقّتا ولنذهب إلى "رولان" و"بوايي"، فهذان قالا (المرجع الوارد أعلاه: ص 233 و234) إنّ القولة المأثورة تسمح بإصلاح عيوب عديدة منها:

عدم الاختصاص (من ليس له وصف مأمور عمومي).
عدم السلطنة أو الولاية (الوليّ الظنيّ أي الذي عيّن بصفة غير قانونيّة [لا الوليّ الواقعي الذي ليس له أيّ سند عيّنه]).

عدم الأهليّة.

عدم الحقّ: وهنا يحدّثنا الفقيهان عن "الوارث الظاهر" الذي أوجد لنفسه وصيّة (إذن مدلّسة)، ثمّ ورث، ثمّ باع ما ورثه. فهنا لن يؤثّر قيام الوارث الحقيقي على المشتري طالما كان غلطه مشتركاً بينه وبين غيره وطالما كان ذلك المشتري حسن النّيّة.

وإنّ هذه الأمثلة تؤكّد ما قاله "مازو" من أنّنا هنا بعيدون عن عيوب الرضا، وتجعل ما عمدت إليه مجلّة الالتزامات والعقود من ترك للفصل 36 و49 المذكورين أعلاه أمراً مستحسنًا.

ملاحظة 1: إن الاستحسان يهّم الشّكل (وضع الفصل 36 ووضع الفصل 49 اللذان يهتمان إبقاء العقد مع نصوص تمّ إبطاله) أمّا الأصل (عدم نقل الفصل 36 أو الفصل 49 إلى مجلّة الالتزامات والعقود هو عدم نقل لحكم عامّ يهّم الظاهر؟... إذن هو قطع للطريق أمام التوسّع بواسطة القياس في أحكام خاصّة في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصول 252 (يقرب منه الفصل 208) - 1163 - 116 - 1488 - 1510؟ يمكن أن يضاف لهذه القائمة الفصل 476 من مجلّة الشّركات التجاريّة) فلن نخوض فيه. على كلّ انظر حول عموم مسألة الظاهر: قرارة (إيمان)، نظريّة الظاهر في القانون الخاص، مذكرة، كتيّبة العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2002-2003.

وانظر أيضاً: محفوظ (محمد)، إسهام في دراسة الظاهر في القانون التونسي. حول قرار الدوائر المجتمعة عدد 27632 المؤرخ في 4 أفريل 1997، المجلّة القانونية التونسيّة 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 المقارن:

"ديروسين" (دافيد)، الواقع المعيش، الواقع القانوني والحقيقة القضائيّة في روما وفي القانون الفرنسي القديم. مساهمة تاريخيّة لدراسة نظريّة الظاهر، المجلّة الفرنسيّة لنظريّة وفلسفة وثقافة القانون، 2003، ص 191.

DEROSSIN (David), Réalité vécue, réalité juridique et réalité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence, Revue française de philosophie et de culture juridiques, 2003, p. 191.

"بومبالش - جونو" (دينيس)، العنصر النفسي في نظريّة الظاهر على ضوء فقه قضاء محكمة التعقيب، 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,

121. — فإذا تركنا ما لم يُنقل واهتمنا بالمحتوى الذي وُجد في المشروع ثمّ في المشروع المراجع ثمّ في مجلّة الالتزامات والعقود، أمكننا القول إنّ هذا المحتوى وفي الموقع الأوّل تعلّق بالغلط في القانون كصور⁽⁴¹⁵⁾. أمّا في الموقع الثاني والثالث فإنّه — زيادة على ما سبق — تعلّق بقبول هذا الغلط⁽⁴¹⁶⁾.

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. والسبب أنّ الأفضل أن يكون الحديث الآتي عن القبول عامّاً يشمل كلّ صور الغلط سواء نتجت عن غلط في القانون أو لم تنتج عنه. ولن يتحقّق ذلك إلّا متى جئنا هنا وتكلّمنا في القبول من الزاوية الخاصّة بالغلط في القانون.

p. 1547.

ملاحظة 2: هنا أيضا اختلف المشروع المراجع من جهة ومجلّة الالتزامات والعقود من جهة أخرى. قارن مع ما لاحظناه في موطنين سابقين.

⁽⁴¹⁵⁾ قال الفصل 35 من المشروع إنّ "الغلط في القانون يمكن أن يؤدي إلى البطلان النسبي للعقد إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي للاتفاق".

"L'erreur de droit peut donner lieu à la rescision du contrat lorsqu'elle est la cause unique ou principale de la convention".

ونلاحظ هنا أنّ النصّ تحدّث عن الصّورة وعن شرط. لكننا سنرى لاحقا أنّ الشرط لا يخرجنا عن الصّور. انظر الفقرة عدد 147 وما بعدها.

⁽⁴¹⁶⁾ تجنبا لكلمة "جهل الحق" سنترك ترجمتي المشروع المراجع وسنقوم بالترجمة بأنفسنا لنقول إنّ الفصل 48 نصّ على أنّ:

"الغلط في القانون يؤدي إلى البطلان النسبي للالتزام:

1— إذا كان هو سببه الوحيد أو الأساسي.

2— إذا كان مغتفرا".

"L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation:

1—lorsqu'elle en est la cause unique ou principale ;

2—lorsqu'elle est excusable".

وإنّ 1 من هذا النصّ قد سبق الكلام عنه أعلاه.

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 ركّبتنا على هذين الجزأين العلاقة بالمسألة أو الفكرة التي نعمل عليها (الإحكام: وجوده/ انعدامه) أعطى ذلك عنواناً أولاً للإحكام في صور الغلط في القانون في نفسها (أ) وعنواناً ثانياً للإحكام في صور الغلط في القانون منطوقاً بما 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⁽⁴¹⁷⁾؛
فقد نجد أنفسنا أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وصف الشّيء بالمعنى الضيّق⁽⁴¹⁸⁾، أو بالمعنى الواسع⁽⁴¹⁹⁾؛

⁽⁴¹⁷⁾ لقد صار الفقه الحديث يتعرّض إلى كلّ هذه الصور ويقسمها تقسيمات متعدّدة بعد أن كان الفقه القديم ونعني به المستعمل في مجلّة الالتزامات والعقود ("أوبري" و"رو"، و"لوران"، و"توليبي") يكتفي بالتعرّض على وجه المثال إلى البعض منها. ويمكن أن نعطي كأنموذج عن الفقه الحديث: "فيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 52 وما بعده؛ "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 505 وما بعده؛ "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 224؛
"ديكوتينييس" (روجي)، الغلط في القانون، المجلّة الفصليّة للقانون المدني، 1951، ص 309 وما بعدها.

DECOTTIGNIES (Roger), L'erreur de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1951, p. 309 et s.

⁽⁴¹⁸⁾ ومثاله من يبيع ما ورث ظلّاً 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 الشّيء وهو كمّه (انظر هذا

وقد نجدها أمام غلط في القانون يحدث غلطاً في الشخص (420)؛
أو أمام "غلط قانوني في الطبيعة القانونية للاتفاق" (421)؛

المثال عند: "فيستان"، م س: مفهوم الغلط، عدد55. وقد استخرجه من قضية نظرت فيها محكمة "فرونوبل" في 24 جويلية 1830). كما يمكن أن يعطى مثال من يظن أنّ القوانين تسمح ببناء مدرسة على أرض معينة فيشترتها، فهنا الغلط في القانون أحدث غلطاً في وصف الأرض وهو الصلوحية لاستعمال معين (انظر هذا المثال عند المؤلف السابق نفسه وفي المكان نفسه وقد استخرجه من قضية نظرت فيها محكمة "أوليون" في 18 جانفي 1895).

(419) نقصد بالشيء في معنى واسع الحق المنصب على الشيء في معنى ضيق. ومثاله الأبوان اللذان باعا حقهما في إرث ابنتهما وهما يجعلان التنقيح الذي أدخل على الفصل 1904 من المجلة المدنية الفرنسية بواسطة قانون 14 فيفري 1900، هذا التنقيح الذي جعل لهما ملكية تامة على ما يرثاه وهو التصف بعد أن كانا لا يتمتعان قبل التنقيح إلا بحق ربة يهيم الكم نفسه من المخلف الإيجابي (جاء هذا المثال عند "فيستان"، م س: مفهوم الغلط، عدد 55 - م س: تكوين العقد، عدد 505. وقد استخرجه من قرار نظرت فيه محكمة التعقيب الفرنسية في 17 نوفمبر 1930).

(420) وهب رجل مطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردّها لعصمته جاهلاً أنّ الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانقضاء العدة. وهذا مثال نجده عند السنهوري (م س، ج 2، ص 142 و143) بدون تسميته غلطاً في القانون يحدث غلطاً في وصف الشخص (ظن أنّ لها وصف الزوجة). ويلاحظ أنّ هذا الاسم موجود عند بعضهم ("تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 224) ولكن دون مثال. انظر أيضاً: الموسوي (محمد صادق)، نظرية الجهل والغلط بين الفقه والقانون، بيروت، دار الهادي، الطبعة الأولى، 1423 هـ / 2002 م، ص 88، حيث يقول: "لو ارتكب أحد ما عملاً أو حقق عقداً أو إيقاعاً دون أن يكون لديه تصوّر ذهني بالنسبة إلى الحكم الشرعي أو القانون، أو كان لديه شبهة وشك في حكم الشرع والقانون، أو كان يتصوّر عمله مطابقاً لهما إلا أنّه مخالف لهما في حقيقة الأمر، يقال للجهل في مثل هذه الصور بـ «الجهل بحكم القانون». وتصدق هذه الصورة على من يتزوج بامرأة في عدة عقد النكاح تصوّراً منه أنّ مثل هذا العقد جائز شرعاً وقانوناً، أو اللجوء إلى مثل هذا العقد بدون أن يعلم هل الزواج بالمرأة أثناء العدة جائز أم لا".

(421) والكلام ل: "فيستان":

« Erreur de droit sur la nature juridique de la convention »

(م س: تكوين العقد، عدد 506) الذي قدّم هنا وكمثال صورة نظرت فيها محكمة التعقيب الفرنسية في 18 مارس 1980 وهي لمن ظنّ إبان التوقيع على عمليتين قانونيين أنّ الأمر هو معاوضة بين أراض والحال

أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وجود السبب⁽⁴²²⁾؛

أثما 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).

⁽⁴²²⁾ أعطى "توليبي"، وهو مشار إليه بحاشية الفصل 48 من المشروع المراجع (ولكن في رقم خاطئ هو 58 والحال أنّ الصحيح هو 62 وما بعده)، مثال من غلط في القانون، وغلطه هذا جعله يعتقد أنّ شخصا آخر يرث معه فافتسم معه الميراث (لاحظ هنا أنّه كان يمكن أن نقول إنّنا أمام غلط في القانون أحدث غلطا في وصف الشخص). ف: "توليبي" يقول هنا إنّ "القسمة التي رضيت بها عن جهل بالقانون لا يمكن أن تكون بالنسبة إلى ابن أخي أو ابن أختي سندا ووسيلة للتّمكّك ولا بالنسبة إلى سببا لفقدان الملكية [...] فمن المستحيل التّمسك بأنّ غلطي لوحده بدون أيّ سبب آخر يمثّل سندا مشروعاً وطريقاً عادلة لكي يتمكّك، وإلاّ يجب التّمسك ضدّ العقل، وضدّ النصّ الدقيق للفصل 1131 أنّ التزاما يقوم على غير سبب أو على سبب خاطئ يمكن أن يكون صحيحاً 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".

"توليبي" (شارل بونافنتور ماري)، القانون المدني الفرنسي وفق ترتيب المجلّة، باريس، مكتبة المحكمة الملكية، ط 3، 1821 - 1834، ج 6.

TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), Le droit civil français, suivant l'ordre du code (3^e éd, Paris, Librairie de la cour royale, 1821-1834, T. 6).

ويلاحظ هنا أنّ "توليبي" حدّثنا عن غلط في القانون، ثمّ حدّثنا عن الفصل 1131 أي عن وجود السبب. وكلّ هذا يعني أنّه يقول بغلط في القانون يحدث غلطا في وجود السبب.

وقد يمكن هنا أن نعطي مثالا من تفسير المجلّة العثمانية مفاده أنّ شخصا ادّعى "على آخر بألف قرش فقال المدّعى عليه للمدّعي إذا حلفت بأنّ هذا المبلغ الذي تدّعيه يلزم دمتي لك أدفعه لك، فحلف وظنّ المطالب أنّه مجبر على أداء المبلغ بموجب الشرط الذي اشترطه على نفسه فدفع المبلغ لكن بعد ذلك إذا تبين له أنّ اليمين بمقتضى المادة 76 لا يتوجّه على المدّعي بل على المدّعي عليه المنكر 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،

أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في وصف السبب (423)؛
أو أمام غلط في القانون يحدث غلطا في الباعث (424).

كان له أن يستردّ ما دفع" (السّنهوري، م س، ج 2، ص 144).
وهذان المثالان - لو أريد جعلهما يهتمان عملا قانونيًا - لوجب الحديث لا عن دفع بل عن وعد بالدفع.
وأخيرا يمكن أن نعطي مثال شركة نقل البضائع التي تعرّضت لحادث سرقة لأشياء حريف كانت موجودة بمخازنها. وقد وعدت هذه الشركة بأن تدفع لصاحب الأشياء قيمتها جاهلة حكم القانون الذي يقول إنّ السرقة صورة للقوة القاهرة ومن ثمّ فالشركة معفاة من المسؤولية (تعقيبي فرنسي، 20 نوفمبر 1990، النشرة المدنية I، عدد 250 - المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، ص 100، ملاحظات "ماستر").

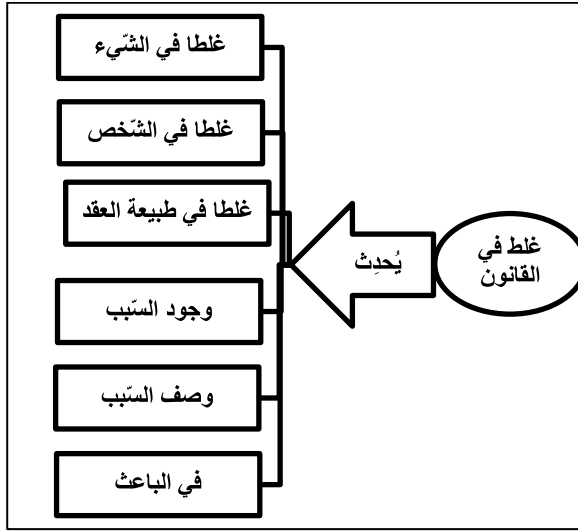
Civ, 1^{ère}, 20 Novembre 1990, Bull civ I, n ° 250 ; Revue trimestrielle de droit civil, 1992, p. 100, Obs.: MESTRE.

انظر أيضا: "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 505؛ "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون") و"شاباس"، م س، عدد 172؛ "ديكوتينيس"، م س، ص 321 وما بعدها.
(423) ظنّ أنّ القانون يقول إنّ الدّعاوى لا تسقط بمضيّ الزمن، وهذا الظنّ جعله يعتقد أنّه مدين مدنيًا، والحال أنّه بقي مدينا ولكنّ دينه صار طبيعيًا. فإذا وعد هذا الشّخص بالدفع، صرنا أمام غلط في القانون أوجد غلطا في وصف السبب.

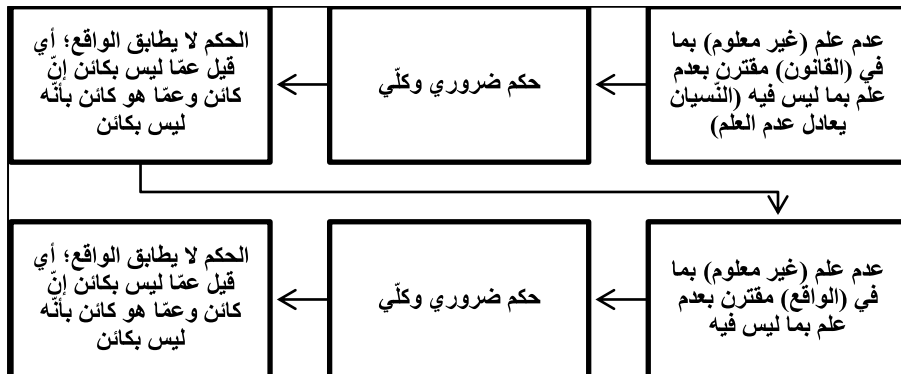
(424) أجر شخصًا ليصلي أو ليصوم بدلا عنه ظنّا منه أنّ الصّلاة والصّيام ليسا بفرضي عين (انظر هذا المثال بالفصل 834 من مجلة الالتزامات والعقود حيث قيل بجزء البطلان. وعلى هذا ينبغي استثنائها من الأحاديث التي ستأتي عن تقييد المطلق. ملاحظة: هذا المثال خاصّ جدّا لأنّ الغلط همّ القانون الإسلامي، ولهذا قد يُرفض عن حقّ اتّخاذة مثلا). أو ظنّ أنّ القانون لا يضرب ضرائب على عمليّة شراء المنازل فدعاه ذلك إلى الشّراء (انظر الأمثلة الواردة بالفقرة عدد 116 وزد عليها الغلط في القانون).

124. — والفصل 44 مطلق، لكن تمّ قرينتان تصرفانه إلى ضربين مختلفين من الخصوص:

فأمّا القرينة الأولى فنيّة المشرّع المعبرّ عنها مباشرة، إذ جاءت، تحت الفصل 48 من المشروع المراجع، إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان ذكرها فيه الغلط في الباعث⁽⁴²⁵⁾ وقالوا إنّه لا يدخل في أحكام الغلط، أو إنّه لا يبطل. ثمّ جاء بعد ذلك ليقولا إنّ الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في واقع غير الذي سبق يمكن أن



ويمكن هنا، إذا استعنا بما جاء في المقدمة، أن نأتي برسم يبيّن بنية الغلط في القانون:



⁽⁴²⁵⁾ ولكن أيضا في الوصف غير الدّاتي إذا لم يجعلها شرطا. انظر إلى موقفهما بالفقرة عدد 115 وما

بعدها.

يؤدّي إلى الإبطال⁽⁴²⁶⁾. كما جاءت تحت نفس النصّ إشارة إلى "لوران" وهو يقول: "يجب أن ينصبّ الغلط في القانون على الماهية، وحالما ينصبّ على الماهية فهو يعيب الرضا"⁽⁴²⁷⁾. ويبدو أنّه يقصد أنّ الغلط في الواقع إذا كان مبطلا، كان الغلط في القانون الذي يولّده مبطلا بدوره. وإذا لم يكن الأوّل مبطلا، لم يكن الثّاني بدوره مبطلا. هذه المراجع، إذا عدّت تعبيراً مباشراً عن نيّة المشرّع، تجعلنا نقول إنّ المطلق في الفصل 44 ثمّ ما يصرفه إلى الخصوص، وبالتّحديد إلى خصوص معيّن هو كلّ الصّور الواردة إلى حدّ الآن باستثناء الباعث (والحساب لأننا أخرجناه من الدّائرة التي نعمل عليها في هذه اللحظة⁽⁴²⁸⁾).

وأما القرينة الثّانية فنيّة المشرّع المعبر 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 يعدّ الأركان. كما رأينا نفس الشّيء بالنّسبة إلى الغلط في وجود السّبب (زيادة على كونه موجوداً بالفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود)⁽⁴²⁹⁾. فإذا أدخلنا صورة الغلط في طبيعة العقد في الفصل 44 من مجلّة الالتزامات والعقود، صار كلام المشرّع غير متّسق. وكذلك الأمر مع الغلط في وجود السّبب. وفعلاً فهذا الغلط لوحده خطير. ومن غير المعقول، إذا زيد عليه الغلط في القانون، أن ينقلب مع الزّيادة أقلّ خطورة. هذا الغياب للاتّساق يجعلنا نقول: نعم الفصل 44 مطلق، لكن هنالك قرينة تصرفه إلى الخصوص وبالتّحديد إلى خصوص معيّن هو الشّيء والشّخص (بالنّسبة إلى وصف السّبب: إمّا أن يفهم من النيّة المباشرة أنّه يبطل بطلاناً نسبياً، وعندها ينبغي استجابة للاتّساق أن يقال نفس

(426) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، عدد 343 مكرّر.

(427) "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".

(428) وباستثناء القيمة التي سنتناولها لاحقاً في العنوان الثّاني من هذا الجزء الأوّل.

(429) انظر الفقرة عدد 39 وما بعدها.

الأحكام الأصلية للغلط اللقائي

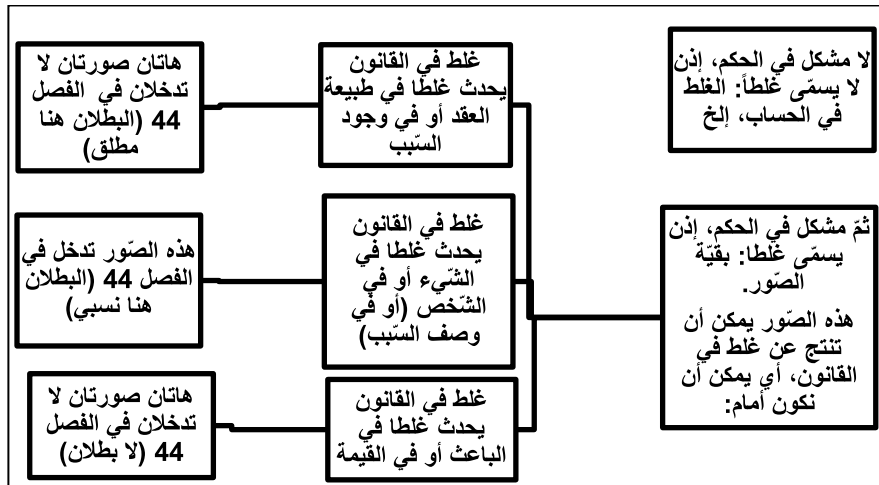
الشيء عن الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في وصف السبب. وإما أن يقاس على الفصل 45، وعندها ينبغي أن يفعل نفس الشيء مع الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في وصف السبب فيقاس هذا على الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الشيء).

والحاصل مما سبق أنّ المطلق لم يُقد هنا الإطلاق لأنه ينبغي أن يخرج منه - لكون "مطلقنا" مؤثّر في العقد - الباعث الذي سيسقط في دائرة غير المؤثّر⁽⁴³⁰⁾، وأن يخرج منه طبيعة العقد ووجود السبب اللذان سيصعدان إلى درجة المؤثّر جدا⁽⁴³¹⁾.

125. - فإذا انتهينا إلى ما سبق من تحديد لمحتوى الفصل 44، أمكن المرور إلى مرحلة الإتيان بالشرق والغرب. وإنا سنكتفي بالغرب الذي يقبل مبدأ أن يؤثّر الغلط في القانون في العقد. ولقد اعترضنا منه بعد "أوبري" و"رو" من جهة و"لوران" من جهة أخرى. أمّا بالنسبة إلى الشرق فيمكن القول إنّه يعرف خيار الوصف وخيار العيب، وهذا مطلق فيشمل ما يحدثه وما لا يحدثه غلط في القانون. كما يمكن أن

⁽⁴³⁰⁾ مع الاحتراز ممّا ورد في هامش سابق لو قبل المثال أو لو وجد مثال آخر.

⁽⁴³¹⁾ ينبغي إتيان ما سبق في رسم بياني مع استباق حديث سيأتي عن الغلط في القيمة مفاده أنّ هذا الغلط لا يبطل حسب مجلة الالتزامات والعقود.



يضاف أنّا لم نجد في الفقه قرينة تدلّ على أنّه لم يرد الإطلاق (ينبغي أن نقول أكثر ممّا سبق وأن نخرج من حقل الفقه الذي لا نعثر فيه وبوضوح على المادّة التي نحن بصددّها ونمّر إلى حقل الأصول أو إلى حقل القواعد العامّة حيث نجد هذه المادّة⁽⁴³²⁾).

فإذا استحضرنّا الآن أنّ الغلط في القانون ليس "صنفا خاصّا من الغلط إذ هو لا يهّم إلّا المصدر التّفسائي للتمثّل الخاطئ للموضوع (ينبغي أن نضيف: أو للتمثّل الخاطئ للشخص، إلخ) وأنّ هذا هو الذي يبرّر في نهاية الأمر بطلان العقد"⁽⁴³³⁾،

⁽⁴³²⁾ انظر مثلا: الشّيخ محمّد رضا المطقّر، م س (أصول الفقه)، ج 2، ص 29 وما بعدها في عنوان اشتراك الأحكام بين العالم والجاهل. انظر كذلك المادّة 72 من المجلّة العثمانيّة وهي مادّة جاءت تحت عنوان القواعد الكليّة.

⁽⁴³³⁾ "فيستان"، 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".

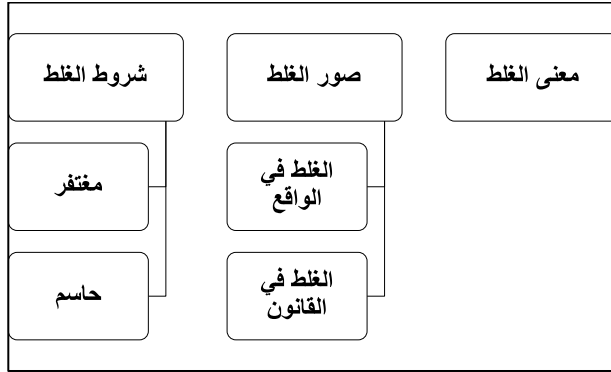
ويواصل "فيستان" في المكان نفسه قائلا إنّ ما تقدّم لا يعني أنّ وجود الغلط في القانون غير ذي فائدة، "فالمدعي له دائما مصلحة من إثارة جهله أو الخطأ الذي وقع فيه في تأويل القانون لكي يجعل تمثله الخاطئ للعناصر الأساسيّة للعقد أمرا محتمل التصديق. وهذا التمثّل الخاطئ هو الذي يبرّر في نهاية الأمر إبطال ذلك العقد. ففائدة الغلط في القانون الذي يتمسك به المدعي تمّ ميدان الإثبات. والغلط في القانون - بوصفه يسمح بتفسير التمثّل الخاطئ الذي يشتكي منه الطالب - بإمكانه أن يجعل هذا الغلط مغتفرا بشرط أن يكون ذلك الجهل للقانون مغتفرا بدوره".

"Le demandeur aura toujours intérêt à faire état de son ignorance ou de sa fausse interprétation de la loi, afin de rendre vraisemblable la représentation inexacte des éléments essentiels du contrat qui, finalement justifiera l'annulation de celui-ci. C'est donc sur le terrain de la preuve que se situe l'intérêt de l'erreur de droit alléguée par le demandeur. Dans la mesure, d'ailleurs où l'erreur de droit permettra d'expliquer la représentation inexacte dont se plaint le demandeur, elle pourra rendre celle-ci excusable, à la condition évidemment que l'ignorance de la disposition légale incriminée soit elle-même excusable".

وإنّ الكلام الأوّل والثاني ل: "فيستان" لجدّ هامّ، فهو يعني أنّ الغلط في القانون يدخل: من جهة في "الغلط في الواقع" (هذا هو حاصل كلامه الأوّل)، ومن جهة أخرى في "شرط مغتفر" (هذا هو حاصل كلامه الثاني).

إذا استحضرتنا ما سبق أمكننا أن نقول (ونحن نقارن بين الشرق والغرب في إطار

الغلط في القانون = غلط في القانون يحدث غلطا في الواقع
الغلط في القانون = غلط في القانون (= شرط مغتفر، وإذن يدخل في الشّروط.) + غلط في الواقع (هذا
غلط في الواقع، وإذن يدخل في هذا الغلط.).
وإنّ كلّ هذا يعني أنّه ينبغي أن نغيّر نظرتنا للمادّة:
- تُعرّض المادّة على هذا التّحو أو على نحو قريب من هذا التّحو: معنى الغلط / صور الغلط = الواقع
+ القانون / شروط الغلط = حاسم + مغتفر.



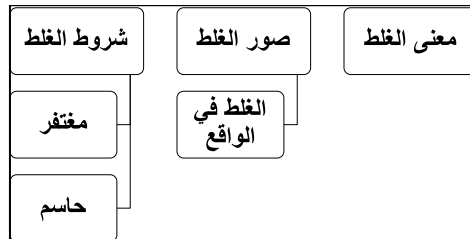
انظر مثلا في القانون التّونسي إلى: الرّين (محمّد)، م س، عدد 158 وما بعده.

وانظر في القانون الفرنسي إلى: "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون")، م س، عدد 161 وما بعده.
"ستارك" و"رولون" و"بواي"، القانون المدني. 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, 6^e 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 ل: "فيسستان"، أن تُعرّض المادّة كما يلي: معنى الغلط / صور الغلط =
الواقع / شروط الغلط = حاسم + مغتفر.



الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الشيء أو في الشخص أو في طبيعة العقد أو في وجود السبب أو في وصفه) نفس ما قلناه ونحن نقارن بين ذلك الشرق وهذا الغرب على مستوى الغلط في الشيء لا غير أو في الشخص لا غير أو في طبيعة العقد لا غير أو في وجود السبب لا غير أو في وصفه لا غير. كما يمكننا أن نقول (ونحن نقارن بين الشرق والغرب في إطار الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الباعث) نفس ما قلناه ونحن نقارن بين ذلك الشرق وهذا الغرب في إطار الغلط في الباعث لا غير.

126. — ثمَّ إنَّه، بعد ذلك، يمكننا القول إنَّ مجلَّة الالتزامات والعقود — في مادَّة الغلط في القانون الذي يحدث غلطا في الواقع أيَّا كان نوعه — مستوردة، وإنَّ علاقتها بمسألة الإحكام التي نعمل عليها لا تختلف في شيء عمَّا وجدناه في إطار تلك الأنواع للغلط في الواقع. بعبارة أخرى، كان كلامنا عن الواقع لا غير كلاما عن الغلط في القانون، ومن ثمَّ فذاك أغنى بعد أن أُتي به عن هذا. لكنَّ الغلط في القانون يمكن أن يراد ولا يُنطق به في كلام خاصّ. وهذا وجه آخر يمكن أن يمثِّل موضوع مقارنة بين مجلَّة الالتزامات والعقود والشرق والغرب، أي موضوع بحث عن الإحكام.

(ب) الإحكام على مستوى الصّور منطوقا بما في نصّ مستقلّ بنفسه

127. — لن تحتاج منّا مرحلة التّحليل هذه المرّة تحليلا، إذ يكفي أن نقول إنَّ مجلَّة الالتزامات والعقود وضعت نصّا خاصّا للغلط في القانون.

128. — فإذا مررنا إلى مرحلة الإتيان بالفقه الإسلامي وبالقانون الغربي وبدأناها بالأوّل، قلنا إنَّه — على حدّ ما أمكن الاطلاع عليه — لم يفرد الغلط في القانون في إطار مادّة العمل القانوني بحديث خاصّ (قيل سابقا إنَّ هذه المادّة موجودة لا في الحقل الفقهي بل في الحقل الأصولي أو في حقل القواعد الفقهيّة العامّة). وينبغي لمن

يريد أن يجد أمثلة عن هذا الغلط، أن يستخرجها من ضمن حالات لا علاقة لها أحيانا بالقانون المدني بل لا علاقة لها حتى بالمعاملات. وينبغي هنا أن نقدم نموذجا يدل على ما سبق. فلقد جاء عند أحدهم ما يلي: "ومن هذا القبيل حربيّ دخل دارنا فأسلم، فشرّب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحدّ، بخلاف ما إذا زني، لأنّ جهله بجرمة الزّنى لا يكون شبهة، لأنّ الزّنى حرام في جميع الأديان، فلا يكون جهله عذرا بخلاف الخمر، فما في المحيط وغيره: شرط الحدّ ألاّ يظنّ الزّنى حلالا [...] بخلاف الذّمي إذا أسلم فشرّب، يحدّ لظهور الحكم في دار الإسلام، فجهله بتقصيره. والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه (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 طَعُمُوا﴾ [المائدة: 93] نزلت في الذين شربوا الخمر بعد تحريمها غير عالمين بخلافه بعد الانتشار [...] وملحق به (أي بهذا الجهل) جهل الشّفيح بالبيع، فلو باع الدّار المشفوع بها بعد بيع دار بجوارها غير عالم لا يكون تسليما للشّفعة. وجهل الأمة المنكوحه 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" (434).

في كلّ ما سبق، لا نجد فيما يهّمنا إلّا مثال الشّفعة. في هذا المثال نحن أمام من يجهل القانون الذي يمكّن من الشّفعة في دار الجار فيقوم بتنازل. ويمكن توصيف المثال بالقول إنّنا أمام غلط في القانون أحدث غلطا في وجود السّبب القريب أو البعيد من إتيان ذلك التنازل.

(434) فتح الفنار بشرح المنار لابن نجيم، عن: السنهوري، م س، ج 2، ص 143 و 144. وانظر نماذج أخرى جاءت عنده بالصفحات الموالية.

ويمكن تقديم مثال أوضح، وهو لمن سئل عن طريق فقال: هو آمن. فسلكه السائل، فأخذته اللصوص، فعاد للمسؤول وطالب بالتعويض، فظنّ هذا الذي سئل أنّ القانون يوجب عليه دفع التعويض فوعد بالدفع⁽⁴³⁵⁾.

129. — فإذا انتقلنا الآن إلى الغرب المشار إليه كمرجع تحت الفصل 48 من المشروع المراجع، وجدنا مثلاً "لوران"⁽⁴³⁶⁾ يقول إنّ مسألة الغلط في القانون كانت محلّ خلاف في القانون الفرنسي القديم وبقيت كذلك تحت حكم المجلّة المدنيّة:

فالبعض يقول إنّّه لا يؤثّر. وحيثه أنّ المجلّة سكنت في التّصوص العامّة وهي الفصل 1109 وما بعده، ونطقت برفض هذا الغلط في نصّين هما الفصل 1356⁽⁴³⁷⁾ والفصل 2052⁽⁴³⁸⁾. ويُعدّ هذان النّصّان، حسب هذا البعض، مجرد تطبيق للقاعدة العامّة (التي لم تجيء في نصّ) الرّافضة لهذا الغلط. وهنا يردّ القائلون بأنّ الغلط في القانون يؤثّر قائلين: إن كانت القاعدة العامّة هي الرّفّض، فما الجدوى من وضع نصّين خاصّين يقولان هما أيضاً بالرّفّض؟ ثمّ يضيفون إنّ النّصوص العامّة لم تسكت فالفصل 1109 قال إنّ كلّ غلط يؤثّر. وكذلك الفصل 1377⁽⁴³⁹⁾. لذا، ولوجود أسباب خاصّة توجب رفض الغلط في القانون في الإقرار وفي الصّحاح، اضطرّ المشرّع لوضع الفصل 1356 والفصل 2052.

⁽⁴³⁵⁾ لقد غيرنا المثال لأنّه وفي الأصل لمن دفع لا لمن وعد بالدفع. انظر: ابن عابدين، العقود الدرّيّة، ج 1، ص 285، وذلك حسب: القرداحي (شكري)، القانون والأخلاق. القانون الحديث والتّشريع الإسلامي من منظور الأخلاق، بيروت، المطبعة 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.

⁽⁴³⁶⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 505 وما بعده.

⁽⁴³⁷⁾ يقابله الفصل 438 من مجلّة الالتزامات والعقود، ولكنّ هذا قبل هذا الغلط.

⁽⁴³⁸⁾ يقابله الفصل 1473 من مجلّة الالتزامات والعقود، وقد رفض هذا وذاك هذا الغلط.

⁽⁴³⁹⁾ يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 73.

130. — وعلى كلِّ، وأياً كانت قوّة حجج الطرفين، فقد هيمن في فرنسا الموقف الثاني، هذا الموقف 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 المجلّة لنصّ خاصّ يقبل بهذا الغلط ينبئ بالمنبع الذي نهلّت منه.

والمورد لم يكن المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. وقد يكون المجلّة المدنيّة الإيطاليّة⁽⁴⁴⁰⁾. ويبدو أنّ الهاجس الذي حكم واضعي مجلّة الالتزامات والعقود أن لا يقال في إطارها ما قاله البعض في إطار المجلّة المدنيّة الفرنسيّة من أنّ القاعدة العامّة هي رفض الغلط في القانون. لذا، قطعاً للطريق على هذا القول، جيء بقبول هذا الغلط منطوقاً به. وقد يُسمح هنا بالمجاز وبالقول: إذا رأيت مجلّة الالتزامات والعقود فاتحة مظلتها وليس ثمّ مطر في تونس فانظر لعلّ السبب أنّها أمطرت في فرنسا [..] في القرن التاسع عشر!

ولعلّ مسألة التّطرق بصور الغلط في القانون في نصّ مستقلّ — خلافاً لمسألة صور هذا الغلط في نفسها — لا تكفي في نظر البعض لإدراج مجلّة الالتزامات والعقود في فكرة عدم الإحكام⁽⁴⁴¹⁾. لكن بالإمكان القول، حتّى لو اتّبعتنا هؤلاء، إنّ المجلّة، وفي العنوان الذي يضمّ المسألتين، نصف محكمة أو نصف غير محكمة.

⁽⁴⁴⁰⁾ أشير في الحاشية التّحتيّة للفصل 48 من المشروع المراجع إلى الفصل 1109 من المجلّة المدنيّة الإيطاليّة الصّادرة في 25 جوان 1865 والذّاخلة حيّز التّطبيق في غرة جانفي 1866 والذي يقول إنّ "الغلط في القانون لا ينتج بطلان العقد إلّا في الحالات التي يعدّ فيها الغلط السبب 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).

⁽⁴⁴¹⁾ لقد جاء سابقاً ما يعدّ التّفاش الأهمّ لهذه النّقطة. لكنّ بقيّة هذا التّفاش سترد لاحقاً. ولذلك ترك هنا.

فإذا تركنا الآن الحكم، قلنا إنّ المجلّة "قبِلت" الغلط في القانون. وقد أردنا من هذا اللفظ فيما سبق قولها بصور لهذا الغلط تؤثّر على العقد. لكننا سنريد منه فيما سيأتي معنى آخر هو متى تكون هذه الصّور المؤثّرة "مؤثّرة"، أي متى تقبل هذه الصّور "المقبولة"⁽⁴⁴²⁾:

الفقرة 2. قبول الغلط في القانون

131. — قلنا سابقاً⁽⁴⁴³⁾ إنّ هذه المسألة خارجة عن الفصل الذي نحن بصدده وتابعة للذي يليه. وقد نجد عذراً في كون الغلط في القانون آخر نقطة في تراب الفصل الأوّل وأن الرّجل التي تخطو هنا لا يُضمن أن لا تقع في تراب الفصل الثّاني. لكنّ عذرنا ليس ما سبق، بل هو إرادة ترك الفصل الثّاني خالصاً لما هو مشترك بين كلّ أنواع الغلط. بعبارة أخرى، نريد أن نتمّ في الفصل الأوّل ما هو خاصّ بالغلط في القانون (أي بالتحديد، نريد تناول علاقة الفصل 44 بالفصل 545 من مجلّة الالتزامات والعقود) ليخلو للمشارك وجّه الفصل الثّاني.

وما ينبغي هنا هو البدء بمسألة أوّليّة وهي أنّ المشروع حوى نصّاً يقول إنّ "القانون لا يحمي الأطراف من تبعات طيشهم وانعدام عنايتهم"⁽⁴⁴⁴⁾. وقد انتقلت هذه القاعدة إلى المشروع المراجع مع تغيير طفيف في المبنى لا يبدّل شيئاً من المعنى⁽⁴⁴⁵⁾. تمّ اختفت في مجلّة الالتزامات والعقود كمبنى وبقيت كمعنى باعتبار أنّ

⁽⁴⁴²⁾ سيأتي في فصل الشّروط ما يبرّر هذا الكلام عن صور مؤثّرة "مؤثّرة" ومقبولة "مقبولة".

⁽⁴⁴³⁾ انظر الفقرة عدد 121.

⁽⁴⁴⁴⁾ الفصل 510:

"La loi ne protège pas les parties contre les suites de leur imprudence et de leur défaut de diligence".

⁽⁴⁴⁵⁾ 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 المشروع.

هنالك مبنى آخر كان موجودا منذ المشروع ويؤدّي مع القاعدة المذكورة نفس المعنى (بقيت القاعدة كمعنى ببقاء مُساويها). ونقصد بالمبنى الآخر ما أصبح في مجلّة الالتزامات والعقود الفصلين 545 و44.

132. — وإنّ النّصّ الأوّل قابل لفهمين ومن ثمّ تابعه وهو النّصّ الثّاني⁽⁴⁴⁶⁾:

133. — وحاصل الفهم الأوّل أنّ الصّيغة العربيّة للفصل 545 قالت إنّ "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتّى على العوامّ [...]". وقد يقال إنّ المعنى الوضعي لحرف "أو" هو أنّه لأحد الشّيئين. فيكون النّصّ قد وضع تأكّيدين: أوّلها "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب (فعل) ممنوع؛ وثانيهما "جهل القانون لا يكون عذرا فيما لا يخفى حتّى على العوامّ". لكن علينا أن نقدّر، بالنّسبة إلى التّأكيد الثّاني، وجود حذف وأن نقول إنّّه عنى: "جهل القانون لا يكون عذرا (في ارتكاب فعل منعه) لا يخفى حتّى على العوامّ". فإذا أعدنا

وإنّ ما جاء في الفصل 510 من المشروع وفي الفصل 630 من المشروع المراجع هو مضمون القاعدة الرومانية: *de non vigilantibus non curat praetor* والتي جرت العادة على ترجمتها بـ: *La loi ne protège pas les imbéciles* (القانون لا يحمي المغفّلين) (انظر هذه التّرجمة عند: "مالوري" و"أيناس"، م س، عدد 411). ولكن ترجمتها الدّقيقة هي: *Des insoucians le préteur n'a cure* (لا يبالى الحاكم بمن ليس مباليا) (انظر هذه التّرجمة عند: "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 223. قارن مع "بيرلمان"، م س (المنطق)، ص 59.

⁽⁴⁴⁶⁾ ينبغي أن نلاحظ هنا أنّ الفصل 44 من مجلّة الالتزامات والعقود (بالتحديد النّصّ الذي يساويه في المشروع المراجع وهو الفصل 48) أرسلنا فيما يخصّ مراجعه إلى الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود (بالتحديد النّصّ الذي يقابله في المشروع المراجع وهو الفصل 53). ومراجع الفصل 48 مساوية في جزء هامّ منها لمراجع الفصل 545 من مجلّة الالتزامات والعقود (بالتحديد النّصّ الذي يقابله في المشروع المراجع وهو الفصل 531). وعلى كلّ قارن ما سيجيء مع: "جاردي" (جون لويس)، بحث في الأسس القبلية لعقلانيّة الأخلاق والقانون. باريس، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، 1972، ص 218 وما بعدها، حيث يفرّق بين جهل المنع عينه وجهل الظروف المادّيّة لانطباق المنع.

GARDIES (Jean-louis), *Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 218 et s.

المحذوف، انكشف لنا معنى للنصّ تكون فيه "أو" قد صُرِّفَتْ عن معناها الوضعي إلى معنى الواو⁽⁴⁴⁷⁾، أي بالتدقيق انكشف لنا أنّها في الفصل 545 لجمع تفسير بالمفسّر، أي في النهاية انكشف لنا أنّ النصّ يحوي تأكيدا وحيدا.

134. — فإذا استُحْضِرَ أنّ منع فعل هو وجوب لضده ووجوب فعل هو منع لضده⁽⁴⁴⁸⁾، قيل إنّ الفصل 545 هو لجهل قانون محتواه منع أو وجوب، وهذا القانون لا يخفى على العوامّ.

135. — ومعلوم أنّ القانون يحوي — إلى جانب المنع والوجوب — ما يسمّى بالحقّ ذي الجانبين أو بالحرّيّة ذات الجانبين⁽⁴⁴⁹⁾. والجهل قد يتعلّق بمثل هذا القانون الذي له مثل هذا المحتوى.

ومعلوم أيضا أنّ الحقّ أو الحرّيّة ليسا تكليفا بالنسبة إلى صاحبهما. لذا يمكن لصاحب الحقّ أن يجهل الحقّ وأن يجهل القانون الذي يكرّس الحقّ. لكنّ الأمر مختلف بالنسبة 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⁽⁴⁵⁰⁾، فإذاً القانون يمنع الآخر من إتيان فعل إلغاء تلك الحرّيّة (ما هو حقّ لك هو واجب

⁽⁴⁴⁷⁾ و"أصل وضعها أن تكون لأحد الشّيعين أين كانت وكيف تصرّفت" ابن جيّ (أبو الفتح عثمان)، الخصائص، تحقيق محمّد عليّ النّجار، بيروت، عالم الكتب، ج 2، ص 457. "وذهب قطرب إلى أنّ أو قد تكون بمعنى الواو" (م س، ج 2، ص 460).

⁽⁴⁴⁸⁾ انظر إلى: الغزالي، م س (المستصفى)، ج 1، ص 81 وما بعدها؛ الرّازي، م س (المحصول)، ج 2، ص 199 وما بعدها؛ الآمدي (الإمام عليّ بن محمّد)، م س، ج 2، ص 191 وما بعدها؛ المظنّر (محمّد رضا)، م س (أصول الفقه)، ج 1، ص 257 وما بعدها.

⁽⁴⁴⁹⁾ مثالها حقّ المالك في التّفويت (إلخ) وغير ذلك من الحقوق التي تهّم القانون المدني أو غيره. انظر حول الحقّ ذي الجانبين والحرّيّة ذات الجانبين: "جاردي" (جون لويس)، م س، ص 53 وما بعدها وخاصة ص 70 وما بعدها.

⁽⁴⁵⁰⁾ هذه إرادة يحملها تعبير غير مباشر.

عند غيرك). أمّا إذا كنّا أمام حرّية غير منصوص عليها، فهذه الحرّية مقبولة ضمنا من القانون⁽⁴⁵¹⁾، والقبول حكم للقانون⁽⁴⁵²⁾، وحكم القانون يريد أن يكون فعليًا، فإذا لا بدّ من أنّ هذا الحكم الذي قبل الحرّية قد منع الآخر من إلغائها.

136. — وما سبق ينبّه إلى أمرين: أولهما أنّ الفصل 545 يعني من زاوية ما الحرّية ذات الجانبين، وثانيهما أنّه لجهل قانون حكم المنع فيه أو الوجوب صريح أو ضمني. بعبارة تحوصل ما جاء أعلاه: نصّ الفصل 545 على أنّ جهل قانون، يعرفه العوامّ وحكم صراحة أو ضمنا بمنع أو بوجوب فعل، لا يُغفر؛ أي إنّ القانون الذي أفترض أنّ العوامّ تعرفه نافذ في جميع الأحوال طابق الافتراض الحقيقة أم خالفها.

137. — فإذا أخذنا الآن الصياغة الفرنسيّة للفصل 545 وجدناها تقول (بعد أن نقوم بترجمتها ترجمة شخصيّة): "[...] جهل [...] القانون لا يُغفر إذا تعلق الأمر بفعل ممنوع أو إذا تعلق الأمر بما هو معروف عند أكثر الأميين أمية"⁽⁴⁵³⁾. ومن ينظر داخل هذا النصّ إلى حرف "أو"، يجد له أربعة معانٍ⁽⁴⁵⁴⁾ منها اثنان (هما الأول والأخير) قابلان لأن يُعطيا للفصل 545. فإذا بدأنا بالمعنى الأخير، أي إذا قلنا إنّ حرف "أو" هو للمراوحة، وجدنا أنّ هذا المعنى لا يستقيم. وفعلا إذا أخذنا

⁽⁴⁵¹⁾ ما لا يلغى من الحرّيات بقانون هو مقبول لأنّ الحرّية هي الأصل. انظر على سبيل المثال:

"جاردى"، م س، ص 128 وما بعدها.

⁽⁴⁵²⁾ قد لا يقبل هذا الكلام، ويقال إنّ الحقّ الأصلي ليس حكما قانونيًا. عندها ينبغي أن لا نبقى في

المتن إلّا الحديث عن الحقّ المكترس قانونًا.

⁽⁴⁵³⁾ "[...] 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".

⁽⁴⁵⁴⁾ هو حرف ou ومعانيه في اللغة الفرنسيّة (حسب المعجم: روبار الصّغير 1) هي:

1 — تعادل أشكال تفيد الشّيء نفسه. Equivalence de formes désignant une même chose.

2 — عدم المبالاة أمام احتمالين متعارضين. Indifférence entre deux éventualités opposées.

3 — تقييم تقريبي بواسطة عددين. Evaluation approximative par deux numéros.

4 — المراوحة: Alternative

الجزء الثاني وهو: "جهل القانون لا يُغفر إذا تعلّق الأمر بما هو معروف عند أكثر الأميين أمية"، وأحضرنا معه كون القانون يحوي معنا (وهذا وجوب لضده) أو يحوي حقًا (والحق إن نُظر إليه من زاوية "الآخر" وُجد أنه منع أو وجوب للضد)، إذا قمنا بجميع ما سبق ... كانت النتيجة أنّ الجزء الثاني ليس مختلفًا عن الأول بل هو توضيح له باعتبار أنّه جاء بإضافة هي معرفة القانون المتمثل في المنع من قبل الأميين. بعبارة أخرى يدعو محتوى أجزاء النص المؤوّل إلى القول إنّ "أو" لا تفيد المراوحة بل التعادل بين هذه الأجزاء (وهذا هو معنى "أو" الأول).

على هذا، تكون الصياغة الفرنسية للفصل 545 مساوية للصياغة العربية، أي يكون كلاهما قد قال إنّ جهل قانون معروف عند العوام لا يُغفر.

138. — فإذا جئنا الآن بالفصلين 44 و48 معاً، قلنا إنّهما يفيدان أنّه وفي مادة العمل القانوني جهل قانون معروف عند العوام لا يُغفر. وعلى هذا فهما تطبيق للفصل 545، أي أنّ هذا عامّ وذاتك خاصّ⁽⁴⁵⁵⁾.

ومن يأخذ العامّ — أي من يأخذ الفصل 545 وهو يقول: "جهل قانون معروف عند العوام لا يُغفر" — سيسأل: "وجهل قانون غير معروف عند العوام، هل يُغفر؟". هنا نحن أمام تخصيص بالوصف (قانون موصوف، وقيدته وصف: معروف عند العوام)، والجملة الوصفية لا مفهوم لها. هذا يعني، إذا لم نعثر على قصد المشرّع من الصّورة التي نجد فيها الوصف النقيض (قانون غير معروف ...) أن يكون حكم هذه الصّورة هو نقيض حكم الصّورة المنطوق بها (يُغفر) أو هو حكم الأصل (هما ينبغي أن نبحت ما الذي يعدّ الأصل: جهل القانون يافر أم لا يغفر)⁽⁴⁵⁶⁾.

⁽⁴⁵⁵⁾ وقد يحتاج للخاص إلى جانب العامّ لكي لا يُخرج الخاص لسبب من الأسباب التي تقدح في ذهن

المؤوّل من حكم العامّ. انظر الغزالي، م س (المستصفي)، ج 2، ص 202.

⁽⁴⁵⁶⁾ انظر حول التخصيص بالوصف:

الرّزوقي (عبد المجيد)، التّأويل العكسي. دراسة في المنهجية القانونية المقارنة، مجلّة القانون الدّولي والقانون المقارن، 2012، العدد 4، ص 555 وما بعدها.

ثمَّ إنّ من يريد أن يكمل الإجابة سيقول إنّ هذه المسألة في خصوصها، أي في مادة العمل القانوني، منطوق بها. وسيضيف أنّ جوابها هو بالإيجاب (نعم يُغفر) وهو موجود بالفصلين 44 و48.

بهذا الكلام وبكلام سابق له يكون الفصل 44 (و48): من جهة تطبيقا للفصل 545؛ ومن جهة أخرى ناطقا بأمر سكت عنه هذا النصّ.

139. — هذا عن الفهم الأوّل للفصل 545، فإذا مررنا الآن إلى الفهم الثّاني وهو:

فهم يقرّ، من جهة، بوجود جزأين في كلّ من الصياغة العربيّة والفرنسيّة:

واحد يقول إنّ: جهل قانون جاء بمنع لا يغفر⁽⁴⁵⁷⁾.

وثان يقول إنّ: جهل قانون (وما القانون سوى منع⁽⁴⁵⁸⁾) معروف عند العوامّ لا يغفر.

ثمّ هو (أي الفهم) يقرّ — من جهة أخرى وعلى أساس التّعبير غير المباشر عن نيّة المشرّع — أنّ الجزء الثّاني يخصّص الأوّل ويجعله متعلّقا بما يعرفه العوامّ.

... إذا مررنا إذن للفهم الثّاني، يكون الحاصل أنّ الفصل 545 قال شيئا واحدا وهو أنّ جهل قانون يعرفه العوامّ لا يغفر.

على هذا، يؤدّي الفهم الثّاني إلى نفس ما يؤدّي إليه الفهم الأوّل. لكننا نريد أن نجعله فهما ثانيا حقا، 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.

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.

⁽⁴⁵⁷⁾ مع إدخال ما ورد سابقا عن الوجوب وعن الحرّية ذات الجانبين.

⁽⁴⁵⁸⁾ مع إضافة ما ورد سابقا حول الوجوب وحول الحرّية ذات الجانبين.

كما يجب أن نقول - خلافا لما ورد أعلاه - إنَّ الجزء الثاني من الفصل 545 ليس مقيّداً للأول، أي ليس ماحيا لجهته الثانية، بل مجرد مؤكّد على الأولى، إذن ومبق على ناحيته الثانية⁽⁴⁵⁹⁾.

على هذا يكون الفصل 545 قد قال شيئا أولاً ثمّ أكّد عليه وهو أنّ جهل قانون معروف عند العوامّ لا يغفر. وقال شيئا ثانياً وهو أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ لا يغفر⁽⁴⁶⁰⁾.

140. - فإذا أحضرنا الفصل 44 (و48) قلنا إنّه تطبيق للشّيء الأول⁽⁴⁶¹⁾، لكن فيه (فيهما في الحقيقة) حكم مفاده أنّ جهل قانون غير معروف عند العوامّ يغفر⁽⁴⁶²⁾، بهذا الحكم يكون استثناءً للفصل 545.

⁽⁴⁵⁹⁾ انظر حول التأكيد ما جاء في الفقرة عدد 62.

⁽⁴⁶⁰⁾ هذا هو الجديد مقارنة بالفهم الأول ولقد قلنا في إطاره إن مسألة جهل غير المعروف مسكوت عنها، وهنا وفي الفهم الثاني هي منطوق بما.

⁽⁴⁶¹⁾ لنأخذ مثال أب يتوقّى ويترك ابنا وبنتا مسلمين، ويبيع الابن ما ورثه، ثم يأتي ويقول إني ظننت أنّي أرت الثمن فإذا به الثلثان، ولذا فغلطي في القانون أحدث غلطي في كمّ المبيع لأنّي كنت أعتقد أنّي بعت ما يساوي ثمن ما تركه أبي. فهنا الحكم الذي مفاده أنّ للذكر مثل حظّ الأنثيين ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾. [النساء: 11] معروف عند العوامّ والغلط فيه لا يغفر (بالتحديد وكما سنرى ذلك لاحقا الغلط لا يصدّق).

⁽⁴⁶²⁾ شخص يتوقّى ويترك أخا شقيقا (عاصب بالنفس حسب الفصل 114 من مجلّة الأحوال الشخصيّة) وبنتا (صاحبة فرض النصف حسب الفصل 93 من مجلّة الأحوال الشخصيّة)، وتبيع البنت ما ورثته، ثم تأتي وتقول إني وحين بعت كنت أجهل أحكام الفصل 143 مكرّر. ف 2 من مجلّة الأحوال الشخصيّة، وغلطي في القانون جعلني أفع في غلط في كمّ المبيع الذي ظننته نصف المخلف الإيجابي لأبي، فإذا به كلّ المخلف. فهنا الحكم الذي مفاده أنّ "البنت تعدّدت أو انفردت وبنّت الابن وإن نزلت يُردّ عليهما الباقي ولو مع وجود العصبية بالنفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدولة" ... هذا الحكم غير معروف عند العوامّ، وغلط البنت - إن كانت من العوامّ - مغتفر. (بقي أن نحلّ مشكل: من هم العوامّ هنا؟).

141. — وإذا أحضرنا الآن وفي إطار هذا الفهم الثاني الفقه الإسلامي قلنا إن فيه حكماً عاماً مفاده أن جهل قانون غير معروف عند العوام يغفر⁽⁴⁶³⁾، وإذا قلنا إن هذا الحكم أفضل من ذلك القائل إن هذا الجهل لا يغفر، وإذا صحح أن ما سمّيناه بالفهم الثاني هو ما أراده صاحب الفصل 545، ... إذا تحقّق ما تقدّم، أمكن القول إن هذا النصّ يُجسّد عدم الإحكام، وأمکن من ثمّ القول عن الفصل 44 إنّه (وبوصفه متّخذاً وضع الاستثناء على هذا المستوى) ممثّلٌ بدوره لنفس الفكرة⁽⁴⁶⁴⁾.

142. — ومن ينظر إلى ما سبق، نجدنا قد أشرنا إلى الفصل 48. هذا يعني أنّ أقدامنا غادرت بعدُ الفصل الأوّل، فصل الصّور؛ وانتقلت إلى الفصل الثاني، فصل الشّروط.

لكن السّؤال أليست الصّور هي بعدُ الشّروط؟

مثل هذا السّؤال لم يعد يفاجئنا:

الم نجد الشّيء هو بعدُ الشّخص؟

الم نجد الشّيء والشّخص (وعموماً الواقع) هما بعدُ القانون (ومسألة الإحكام لأنّها هناك فهي أيضاً هنا)؟

الم يُعْنِ الحديث عن الشّيء عن الحديث في بقيّة الواقع (الشّخص)، ومن ثمّ عن الكلام في القانون؟

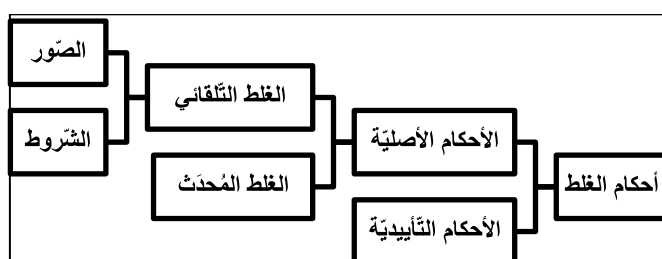
الم نجد أن ليس ثمّ إلّا الشّيء؟

لم لا تكون الشّروط كذلك؟

... لننظر⁽⁴⁶⁵⁾.

⁽⁴⁶³⁾ انظر إلى ما جاء عند السّنهوري، م س، ج 2، ص 143 وما بعدها.

⁽⁴⁶⁴⁾ إلّا إذا كان ثمّ داع يوجب أن تترك مجلّة الالتزامات والعقود موقف الفقه في عمومه ولا تأخذ منه إلّا جزءاً يهّم العمل القانوني.



الفصل الثّاني

الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في شروط الغلط التّلقائي

143. — يمكن لمن يقرأ الفصل 43 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود أن يقول إنّ العلة شرط للغلط في نفسه وللغلط في محله. كما يمكنه أن يقول إنّ للغلط شرطا آخر هو وجوب أن يكون مغتفرا (هذه هي عبارة الفصل 44 في صياغته الفرنسيّة، وعبارة الحاشية الجانيّة لنصّ المشروع المراجع والذي صار في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 48). على هذا يوجد شرطان للغلط: "العلة" و"مغتفر". وسنحاول البحث في علاقة كلّ واحد منهما بالإحكام (وجوده/ انعدامه) الذي نعمل عليه. هذا سيعطي عنوانا للإحكام في شرط العلة (المبحث الأوّل) وعنوانا للإحكام في شرط "مغتفر" (المبحث الثّاني).

المبحث الأول: الإحكام في شرط العلة

144. — يستوجب البحث في العلة — وفق تمثلي هذا العمل، ومن أجل إثبات (صحّة أو خطأ) القضية المنطلق منها داخله — النظر في محتوى تلك العلة (الفقرة 1) وفي وضعها (الفقرة 2).

الفقرة 1. محتوى العلة

145. — يمكن القول إنّ للعلة محتوى "نظرياً" (أ) ومحتوى "تطبيقياً" (ب) إن صحّ الوصفان.

(أ) محتوى العلة "النظري"

146. — من يعود إلى تاريخ العلة⁽⁴⁶⁶⁾ يمكنه أن يستخرج أربعة مدلولات: أولها العلة المادّية⁽⁴⁶⁷⁾ (تسمى أيضاً: العنصر، وعلة القابلية⁽⁴⁶⁸⁾، إلخ). وهي ما قد لا يجب عن وجودها وجود المعلول بالفعل⁽⁴⁶⁹⁾، لكن لا بدّ من وجودها لوجود الشيء⁽⁴⁷⁰⁾، كالحشب للطاولة⁽⁴⁷¹⁾.

⁽⁴⁶⁶⁾ انظر هذا التاريخ عند أرسطو، الميتافيزيقا، ترجمة وتعليق: تريكو. باريس، المكتبة الفلسفية 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.

⁽⁴⁶⁷⁾ انظر هذا الاسم في الموسوعة الكليّة الفلسفيّة، م س، تحت كلمة: علة cause حيث ستجد

كلمة: matière ولكن ستجد اسماً آخر هو الموضوع: substrat

⁽⁴⁶⁸⁾ انظر هذين الاسمين عند الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 319 وما بعدها.

⁽⁴⁶⁹⁾ الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 319

⁽⁴⁷⁰⁾ الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 247.

⁽⁴⁷¹⁾ انظر هذا المثال في الموسوعة الكليّة الفلسفيّة، م س. وانظره أيضاً عند: الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 319. (بدل الطاولة ستجد السّير). لكنّ الإمام وفي مكان آخر (ص 248)

وثانيها العلة الصوريّة (تسمّى أيضا: الصّورة⁽⁴⁷²⁾، والماهية الصّوريّة⁽⁴⁷³⁾). وهي تمام كلّ شيء⁽⁴⁷⁴⁾. و"قد يجب عن وجود(ها) لا محالة وجود المعلول بالفعل"⁽⁴⁷⁵⁾ "كصورة السرير من السرير وصورة البيت للبيت"⁽⁴⁷⁶⁾. والصّورة "فيها قوام الشّيء، إذ السرير سرير بصورته لا بخشبه، والإنسان إنسان بصورته لا بجسمه، والأشياء تختلف هيئاتها بالصّور لا بالمواد"⁽⁴⁷⁷⁾، فلا يخفى كون القوام بها، فإنّه إذا قيل: لمّ صارت هذه التّطفة إنسانا وهذا الخشب سريرا؟ فيقال بحصول صورة الإنسانية وحصول صورة السريريّة"⁽⁴⁷⁸⁾.

ويرى الغزالي أنّ العنصر والصّورة "كالجزء من المعلول"⁽⁴⁷⁹⁾. أمّا ابن رشد فيقول إنّهما في الشّيء⁽⁴⁸⁰⁾.

أعطى أمثلة أخرى فقال: "وأما المادّة فمثالها من المعقول أن يقال: لم يموت الإنسان؟ فنقول لأنه مرّكب من أمور متنافرة من الحرارة والرطوبة والبرودة واليبوسة المتنازعة المتنافرة. ومثاله من الفقه أن يقال لم انفسخ القراض (أو المضاربة وهي دفع المال للتّجار ويكون الرّبح بين الدّافع والمدفوع إليه) والوكالة بالموت والإغماء، فنقول: لأنّه عقد ضعيف جائز لا لزوم له، وهذه علّة مادّيّة إذ يرد الفسخ على العقد ورود الموت على الإنسان عند جريان سبب هو مبدأ الأمر في الموت والفسخ جميعا".

(472) الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 247.

(473) substance formelle أو علّة صوريّة cause formelle

(474) الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 247.

(475) الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 319 وما بعدها.

(476) الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 247

(477) قرّب من الفقرة عدد 73 وما بعدها.

(478) الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 248.

(479) الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 319.

(480) ابن رشد، م س (رسالة ما بعد الطّبيعة)، ص 55.

وثالثها العلة الفاعلة⁽⁴⁸¹⁾، أو "المبدأ الذي تنطلق منه الحركة"⁽⁴⁸²⁾، وهي: "ما من(ها) الوجود وليس الوجود لأجل(ها)"⁽⁴⁸³⁾، أي "ما من(ها) بذات(ها) الحركة، و(هي) السبب في وجود الشيء كالنَّجَار للكرسيّ والأب للصبي"⁽⁴⁸⁴⁾.
ورابعها العلة الغائية⁽⁴⁸⁵⁾، وهي "ما لأجل(ها) وجود المعلول [...] كالصلّوح للجلوس للكرسيّ"⁽⁴⁸⁶⁾.

ويرى الغزالي أنّ "العلّة الأولى هي الغاية، ولولاها لما صار النَّجَار نجّاراً. وكونها علة، سابقة سائر العلل، إذ بما صارت العلل عللاً. ووجودها متأخّر عن وجود الكلّ، وإنّما المتقدّم علّيتها"⁽⁴⁸⁷⁾، أي أنّ "الغاية تتأخّر في حصول الوجود عن المعلول وتتقدّم سائر العلل في الشّيئية. ومن البين أنّ الشّيئية غير الوجود في الأعيان فإنّ المعنى له

⁽⁴⁸¹⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 320. وتسمّيها الموسوعة الكلّية الفلسفيّة (م س):

.cause efficiente

principe d'où part le mouvement⁽⁴⁸²⁾

الموسوعة الكلّية الفلسفيّة (م س)

⁽⁴⁸³⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 320.

⁽⁴⁸⁴⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 247. ويعطي الغزالي بعد ذلك في الصّفحة نفسها وفي الصّفحة التي تليها أمثلة من المعقولات ومن الفقه، فيقول: "أمّا مبدأ الحركة فمثاله من المعقولات أن يقال لم حارب الأمير فلانا؟ فيقال لأنّه نخب ولايته، فالتّهب مبدأ الحركة. ويقال لم قتل فلان فلانا؟ فيقال لأنّه أكرهه السّلطان عليه. مثاله من الفقه أن يقال: لم قتل هذا الشّخص؟ فيقال لأنّه زنى، أو ارتدّ. فيكون الرّزنيّ مبدأ هذا الأمر، وهو الذي تسمّيه الفقهاء في الأكثر سبباً".

⁽⁴⁸⁵⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 320. وتسمّيها الموسوعة الكلّية الفلسفيّة (م س):

.cause finale

⁽⁴⁸⁶⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 320. ويقول في ص 248: "أمّا الغاية التي لأجلها الشّيء، فمثالها من المعقول أن يقال: لم عرضت الأضراس؟ فيقال: لأنّها يراد بها الطّحن. ولم قاتلوا الطبقة الفلانيّة؟ فيقال: ليسترقّوهم. وفي الفقه يقال: لم قتل الرّزنيّ والمرتدّ والقاتل؟ فيقال: للرّزنيّ عن الفواحش".

⁽⁴⁸⁷⁾ الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 320.

وجود في الأعيان ووجود في النفس وأمر مشترك، فذلك المشترك هو الشئئية. والغاية بما هي شيء، فإنها تتقدّم سائر العلل وهي علّة العلة في أنّها علة، وبما هي موجودة في الأعيان قد تتأخّر. وإذا لم تكن العلّة الفاعلة هي بعينها العلّة الغائية كان الفاعل متأخراً في الشئئية عن الغاية وذلك لأنّ سائر العلل إنّما تصير عللاً بالفعل لأجل الغاية وليست هي لأجل شيء آخر، وهي توجد أولاً نوعاً من الوجود فتصير العلة عللاً بالفعل. ويشبه أن يكون الحاصل عند التمييز هو أنّ الفاعل الأوّل والمحرك الأوّل في كلّ شيء هو الغاية، فإنّ الطّبيب يفعل لأجل البرء، وصورة البرء هي الصّناعة الطّبية التي في النفس وهي المحرك لإرادته إلى العمل، وإذا كان الفاعل أعلى من الإرادة كان نفس ما هو فاعل هو محرك من غير توسّط من الإرادة التي تحدّث عن تحريك الغاية⁽⁴⁸⁸⁾. وما سبق هو الذي جعل الغزالي يقول إنّ الغاية، باعثة أولاً مطلوب وجودها آخر⁽⁴⁸⁹⁾.

وعلى كلّ جمع الغزالي الغاية مع الفاعل تحت عنوان ما ليس كالجزم من المعلول⁽⁴⁹⁰⁾. وهو نفس ما قاله ابن رشد حين تكلم عن الفاعل والغاية وذكر أنّهما خارجان عن الشّيء⁽⁴⁹¹⁾.

147. — على هذا، تمّ المادّة وتمّ الصّورة من جهة⁽⁴⁹²⁾، وتمّ الفاعل وتمّ الغاية من جهة أخرى⁽⁴⁹³⁾. "وهذه العلل الأربعة تجتمع في كلّ ما له علّة"⁽⁴⁹⁴⁾. وهذا لا

⁽⁴⁸⁸⁾ ابن سينا: النّجاة، ص 211، حسب أحمد شمس الدين في شرحه لكتاب المعيار للغزالي (ص

247).

⁽⁴⁸⁹⁾ الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 247.

⁽⁴⁹⁰⁾ الغزالي، م س (معيار العلم في المنطق)، ص 320.

⁽⁴⁹¹⁾ ابن رشد، م س (رسالة ما بعد الطّبيعة)، ص 55.

⁽⁴⁹²⁾ وهما في الشّيء كما ذكرنا ذلك سابقاً على لسان ابن رشد (الفقرة عدد 146).

⁽⁴⁹³⁾ وهذا التقسيم الرباعي يناسب المرحلة الأولى من التفكير الأرسطي. لكنّ "أرسطو" وفي وقت لاحق جعل الأربعة اثنتين، وقسم الأمر إلى مادّة *matière* وصورة *forme*. فأما "المادّة فهي تمّ

يعني أنّها دائمة الاجتماع. ف: "قد تجتمع في الشيء علل فوق الواحدة، وحتى الأربعة كلّها، وقد يكون لبعض الأشياء بعض العلل دون بعض، فلذلك لا يدخل في حدود التعليمات ولا يبراهينها علّة مادّية" (495).

الموضوع غير المحدّد والاعتباري لكلّ التّحديدات وتغطّي إذن العلّة المادّية. وأمّا الصّورة فهي السّبب الوحيد الذي يحقّق هذه التّحديدات. وستجد (هذه العلّة) نفسها تعرّف العلّة الفاعلة والعلّة الغائيّة" (الموسوعة 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 النّجّار - لو أخذنا مثالا سابقا - هو الذي سيكون في ذاته الفاعل بل الصّورة الحاضرة بالقوّة في ذهنه والتي بفضلها سيشتكّل المادّة. ثمّ ما العلّة الغائيّة سوى أنّها الهدف أي الصّورة ولما تتحقّق بعدّ والتي تريد العلّة الفاعلة أن تقحمها في المادّة لكي تجعلها شيئا بالفعل (المرجع السابق نفسه). (494) الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 248.

(495) ابن سينا، التّجاة، ص 84، عن أحمد شمس الدين شارح "معيّار العلم في المنطق"، ص 248. ولقد جاء في كتاب الفلسفة لعبد الجبّار الرّفاعي (م س)، وفي الجزء الأوّل والثّاني (ملاحظة: نقلنا سيكون حرقيا في أغلب الأحيان)، ما يلي:

هنالك المادّة (الجوهر الذي يحمل استعداد الأشياء) وهنالك الصّورة (الصّورة قسما: صورة جسميّة، وهي التي تعطي الفعليّة للمادّة من حيث الطّول والعرض والعمق؛ وصورة عنصريّة. فلكي تكون مادّة ما ماءً تحتاج بالإضافة إلى الصّورة الجسميّة إلى الصّورة العنصريّة أو إلى الصّورة المائيّة).

والمادّة والصّورة العلميتين اللتين تحكيان المادّة والصّورة الخارجيتين هما الجنس والفصل. بتعبير آخر: إذا لاحظ العقل مفهوم المادّة (الحيوان) والصّورة (الناطق) بنحو لا يحمل أحدهما على الآخر ولا يحملان على الكلّ (الإنسان)، يسميان مادّة وصورة. وإذا لاحظهما العقل بنحو يحمل أحدهما على الآخر أو يحملان على الكلّ، يسميان جنسا وفصلا.

فإذا لوحظ الجنس (حيوان) بالنّسبة إلى الكلّ أو المجموع (الإنسان)، أسمى علّة مادّية. وإذا لوحظ الفصل (ناطق) بالنّسبة إلى الكلّ، أسمى علّة صورية.

وتعدّ العلّة المادّية والصّورية علل قوام. أمّا العلّة الفاعليّة والعلّة الغائيّة، فتعدّ علل وجود. وعلل القوام تكون في الأجسام فقط. أمّا علل الوجود، فتكون في كلّ موجود في عالم الإمكان جسما كان أو ليس بجسم.

وهذه العلل نقلت إلى الفقه الإسلامي من جهة، وإلى القانون الحديث ومنه مجلّة الالتزامات والعقود من جهة أخرى. لكنّ هذا الأمر يدخل فيما أسميناه المحتوى "التطبيقي" للعلّة.

(ب) محتوى العلة "التطبيقي"

148. — إذا بدأنا بالفقهاء المسلمين وجدناهم يتحدثون في إطار العقد عن "المحلّ" كمقابل لـ: «مادّة» الفلاسفة، وعن "الأهل" أو "السبب" كمقابل لـ: «فاعل» الفلاسفة، وعن "الحكم" كمقابل لـ: «غاية» الفلاسفة، وعن "الصيغة" كمقابل لـ: «صورة» الفلاسفة. فإذا أخذنا الزّواج، وجدنا البُضع محلاً، والزّوج أهلاً أو سبباً، والحلّ غاية، وصيغة العقد كأنّها الصّورة⁽⁴⁹⁶⁾. وما لم تجتمع هذه الأمور لا

وهكذا فالفرق بين المادّة والجنس والعلّة المادّية هو فرق اعتباري بنحو اللحاظ. كذا الشّأن فيما يخصّ الفرق بين الصّورة والفصل والعلّة الصّوريّة.

ويمكن القول إنّ الدّهن حين يحلّل ماهية البياض مثلاً، يرى أنّها مركّبة ممّا به الاشتراك مع الألوان الأخرى وممّا به الامتياز عن بقية الألوان.

فيعتبر الدّهن ما به الاشتراك جنساً، وما به الامتياز فصلاً.

تمّ يلاحظ ما به الاشتراك بشرط لا (من الحمل)، فيكون مادّة.

ويلاحظ ما به الامتياز بشرط لا (من الحمل)، فيكون صورة.

⁽⁴⁹⁶⁾ 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 النّكاح"). لذا لا يمكن أن نحمل على الفقهاء ونقول إنّهم يهتمون الجانب العاطفي في الزّواج، فتعريفهم المتقدّم مرده أنّنا بصدد حديث محدّد هو الصّيغة والحلّ والمحلّ معاً، فلا يصحّ عندها أن نقول إنّ الزّواج صيغة تحلّ بها العواطف أو المودّة أو غيرها لأننا نتناول لا المحلّ لوحده (لأنّه قد يقال إنّ محلّ الزّواج هو هذه الأمور العاطفيّة وغيرها كإنشاء أسرة، وتربية أبناء، إلخ)، بل حلّيّة المحلّ، أي الحكم ومعه المحلّ. 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 لاحقاً أنّ الفقه الإسلامي ذهب إلى حدّ عدّ الزّواج قرينة إلى الله تعالى وإلحاقه بالعبادات).

يكون للزواج وجود. فالزواج الذي لا يفيد الحِلَّ لا وجود له، وكذا البيع الذي لا يفيد الملك. فإنَّ وجود الغاية لا بدَّ منه وكونها معقولا باعثا شرط قبل الوجود، وكونها موجودة بالفعل واجب بعد الوجود.

ومهما قُدِّرَ الفاعل والمادّة موجودين، لم يلزم وجود الشّيء في كلّ حال، كالبائع والمبيع.

ومهما وجدت الصّورة، لزم وجود الشّيء، كصيغة العقد.

ومهما وجدت الغاية بالفعل، لزم وجود الشّيء، كالحلِّ في الزّواج⁽⁴⁹⁷⁾.

149. — فإذا مررنا الآن إلى ما يهّم القانون الحديث، ومنه مجلّة الالتزامات والعقود في جانبها الذي نحن بصدده، وجب أن نبدأ بالقول إنّ المناطقة يقسّمون العلّة إلى علّة قريبة وعلّة بعيدة⁽⁴⁹⁸⁾، وعلّة بالقوّة وعلّة بالفعل⁽⁴⁹⁹⁾، وعلّة خاصّة وعلّة عامّة⁽⁵⁰⁰⁾، وعلّة بالذّات وعلّة بالعرض⁽⁵⁰¹⁾.

150. — فإذا توقّفنا الآن قبل هذا التّقسيم أمكن القول:

⁽⁴⁹⁷⁾ لم نعمل فيما ورد أعلاه منذ بداية العنوان إلّا أن نقلنا — وأحيانا نقلنا حرقيا — ما جاء عند الغزالي

في كتابه معيار العلم في المنطق (م س، ص 249).

⁽⁴⁹⁸⁾ أعطى الغزالي كمثل للعلّة (لم يحدّد نوعها) القريبة: الصّدق لتسليم الزّوجة للزّوج، وكمثل للعلّة

البعيدة ملك الزّوج نصف الصّدق لتسليم الزّوجة للزّوج (م س: معيار العلم، ص 249).

⁽⁴⁹⁹⁾ أعطى الغزالي كمثل للقوّة الإسكار للخمر قبل الشّرب (م س: معيار العلم، ص 249) وكمثل

للفعل الإسكار للخمر حال الشّرب (م س: معيار العلم، ص 249).

⁽⁵⁰⁰⁾ أعطى الغزالي للخاصّة مثال الرّين للرّجم، وللعامّة الجنابة للرّجم وللعقوبة (م س: معيار العلم، ص

249).

⁽⁵⁰¹⁾ ومثال الذّات الرّين للرّجم، ومثال العرض الإحصان للرّجم، "وهو الذي يسمّى شرطا، فإنّ الرّجم لا

يجب إلّا بالإحصان، وهي خصال ولكن تعمل عمل العلّة عنده، كما لو أرسلت الدّعامة من تحت

السّقف فنزل، فيقال: نزوله بعلّة الثّقيل ولكن عند إشالة الدّعامة، فإنّ للهويّ شرطا وهو فراغ جهة

الأسفل". الغزالي، م س: معيار العلم، ص 250. وانظر أمثلة أخرى عند شارح الغزالي: ص 321.

أولاً إنّ الغلط في نفسه⁽⁵⁰²⁾ علّة فاعلة لوجود العقد⁽⁵⁰³⁾.
وثانياً إنّ ذات الشيء أو أوصافه الذاتيّة وغير الذاتيّة، أو ذات الشخص أو أوصافه، كلّ ذلك علل غائيّة.

151. — لكن ما يلاحظ أنّه بقي لنا الغلط في طبيعة العقد، وفي وجود السبب، وفي وصف السبب، وفي الباعث (بالإضافة إلى الغلط في الحساب والغلط في القيمة).
وإنّ صورة الغلط في طبيعة العقد يمكن إدراجها ضمن الغاية وذلك إذا استحضرنّا ما جاء أعلاه عند الفقهاء المسلمين من أنّ الحكم لديهم هو الغاية عند المناطقة. فمن أراد بيعاً، أراد حكماً معيّناً هو الملكيّة، لا الانتفاع لوحده.

152. — فإذا مررنا إلى صورة وجود السبب ووصفه وإلى صورة الباعث، وأردنا الخروج بالمعاني من الألفاظ لم نخرج بشيء: وفعلاً من المعروف أنّ تمّ اختلافاً بين السبب من جهة والباعث من جهة أخرى، فالأول مؤثّر والثاني غير مؤثّر⁽⁵⁰⁴⁾. فإذا طلبنا الفرق بين الصّورتين من معاني اللفظتين نكون قد تركنا وراءنا ظهورنا هذا الفرق ثمّ سرنا إلى الأمام باحثين عنه... لذلك لن نجد (مهما حثنا السّير. وفي مثل هذا يقول الغزالي: "من طلب المعاني من الألفاظ ضاع وهلك وكان كمن استدبر المغرب وهو يطلبه"⁽⁵⁰⁵⁾). والسبب الذي لأجله لن نعثر على ما نبحت عنه من

⁽⁵⁰²⁾ وكذا التغير والإكراه.

⁽⁵⁰³⁾ انظر حول العلة الفاعلة:

"راني" (ف)، مفهوم العلة 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.

⁽⁵⁰⁴⁾ فأما المعرفة الأولى فمن الفصول 2 و67، وأما المعرفة الثانية فمن التّعبير المباشر عن نيّة المشرّع

(انظر حول هذا التّعبير الفقرة عدد 115).

⁽⁵⁰⁵⁾ الغزالي، م س (المستصفي)، ج 1، ص 21.

فرق: أنّ السبب في اللغة باعثٌ، والباعث في اللغة سببٌ، أي أنّ اللفظتين مترادفتان⁽⁵⁰⁶⁾، ومن ثمّ ليس ثمّ فرق (ببساطة: لن نعثر على فرق لأنّه ليس ثمّ فرق). لكن لو تركنا اللغة وذهبنا إلى المنطق، لقلنا إنّ الصّورتين لعلّة غائيّة. إذن، وإلى هذا الحدّ، ليس ثمّ فرق. فإذا واصلنا مع المنطق، أمكن القول إنّ "سبب" رجال القانون هو علّة المناطق القريبة، و"باعث" رجال القانون هو علّة المناطق البعيدة. بعبارة أخرى لم يفعل رجال القانون هنا - وعموماً في مادّة السبب - إلاّ أن نقلوا ما جاء عند المناطق؛ لكن العلّة الغائيّة القريبة عند هؤلاء صار اسمها عند أهل القانون سببا مجرداً (cause abstraite) وسببا موضوعيّاً (cause objective) وسبب التزام (cause de l'obligation)؛ أمّا العلّة الغائيّة البعيدة في المنطق، فصار اسمها في القانون سببا واقعياً (cause concrète) وسببا ذاتيّاً (cause subjective) وسبب عقد (cause du contrat).

ويمكن أن نضيف أنّ علّة المناطق الغائيّة القريبة صارت أيضاً سببا مباشراً (cause immédiate)، وعلّتهم الغائيّة البعيدة باعثاً (mobile).

153. — فإذا رجعنا إلى الدّائيات، أمكن القول إنّنا أمام سبب قريب. ونفس الشّيء لو رجعنا إلى غير الدّائيات مع تفاوت فاحش. أمّا غير الدّائيات مع تفاوت غير فاحش وكذلك الشّخص (لكن البعض سيأتي إلى ذات الشّخص ويدخلها في السبب القريب) والقيمة والحساب⁽⁵⁰⁷⁾، فيمكن القول إنّها للسبب البعيد.

154. — والحاصل:

⁽⁵⁰⁶⁾ انظر إلى المعجم العربي الحديث، وبالتحديد تحت كلمة باعث وكلمة سبب. وانظر إلى المعجم

الفرنسي، روبر 1 الصّغير تحت كلمة cause وكلمة motif.

⁽⁵⁰⁷⁾ انظر إلى فقه القانون الألماني الذي استعمل كلمة باعث mobile فيما يخصّ الحساب، وذلك

عند: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 339.

أنّ الغلط في نفسه علة فاعلة.

وأنّ الغلط في محله، أي فيما ينصبّ عليه، علة غائبة.

ثمّ إنّ هذه العلة الغائبة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: علة غائبة قريبة. وفي هذه نجد: طبيعة العقد، ووجود السبب (وجود السبب هو العلة الغائبة القريبة)، وذات الشيء وذات الشخص، والذاتيات (بالنسبة إلى الشيء). لكن أيضا بالنسبة إلى الشخص إذا أخذنا بعين الاعتبار أنّ الشخص يكون طبيعياً ويكون معنوياً).

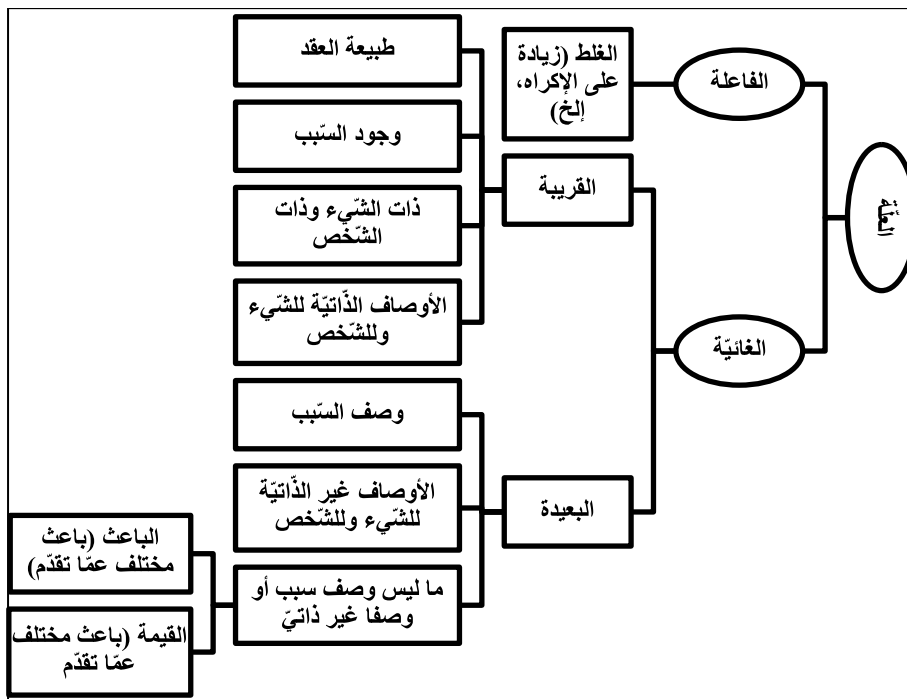
القسم الثاني: علة غائبة بعيدة. وفي هذه نجد: وصف السبب (السبب هو القريب أمّا وصف السبب فعلة غائبة بعيدة)، والوصف غير الذاتي للشيء⁽⁵⁰⁸⁾، والوصف غير الذاتي للشخص، وما ليس شيئاً ولا شخصاً: أي ما يسمى "باعثاً"⁽⁵⁰⁹⁾، ومعه القيمة (وهي باعث)، والحساب (وهو باعث حسب الفقه الألماني. لكن ينبغي إخراج هذه الصورة لاختلافها عن سابقاتها كما تقدّم: إذ ليس فيها مشكل حكم)⁽⁵¹⁰⁾

⁽⁵⁰⁸⁾ قارن مع: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 88 حيث يقول إنّ الوصف غير الذاتي يختلط

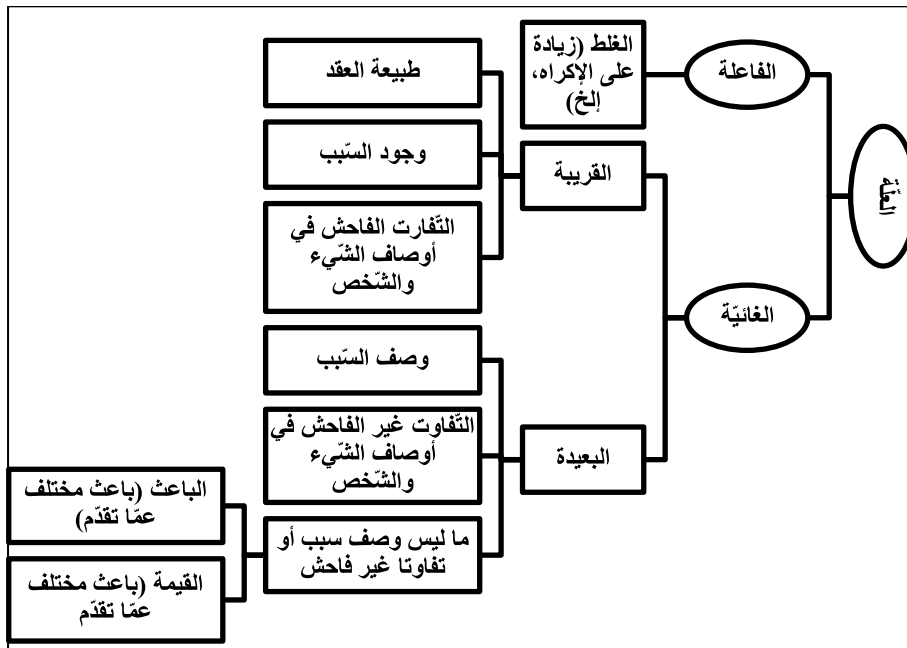
بالباعث أي بما نسميه نحن هنا علة بعيدة.

⁽⁵⁰⁹⁾ وباللغة الفرنسية: mobile – motif

(510)



ويمكن، إذا أتبعنا كلاما آخر ورد في هذا العمل، أن نأتي برسم آخر:



وما جاء للتوّ من محتوى للعلّة الغائيّة وللغلط في العلة الغائيّة، يسمح بالانتقال إلى وضع هذه العلة في الأحكام التي تمثّل موضوع هذا العمل.

الفقرة 2. وضع العلة

155. — إن كُنّا قصدنا بالعلّة في عنوان الفقرة الأولى العلة الفاعلة وبالأساس العلة الغائيّة، فإنّنا نقصد في هذا العنوان نفس الشّيء وبنفس درجة الأهميّة. وهاتان العلتان جاءتا في صياغات معيّنة، ثمّ إنّ قيل إنّهما شرط. على هذا يكون للعلّة وضعاً على صعيد الشّكل [الصّيّغات] (أ)، ووضعاً على صعيد المضمون [الشرط] (ب).

(أ) وضع العلة شكلاً

156. — قلنا إنّ العلة الفاعلة والعلّة الغائيّة جاءتا في صياغات معيّنة: فإذا بدأنا بالأولى، وجدنا أنّ الفصل 43 تحدّث عنها حين قال إنّ الرضا صدر عن غلط، أي أنّ هذا الغلط علة فاعلة لذلك الرضا. لكنّ الفصل 44 جاء ليقول إنّ الغلط في القانون يجب أن يكون علة فاعلة "وحيدة" "أو" علة فاعلة "أصلية" للتعاقد. والسؤال لم هذه الصياغة؟

رأينا سابقاً أنّ وجود الفصل 44 نفسه سببه أنّها "أمطرت في فرنسا" (511). ويمكن القول إنّ صياغته للعلّة الفاعلة على النحو المذكور منذ قليل لها نفس العلة. فمن يعود إلى مرجعين استعمالاً في المشروع المراجع (512)، سيجد أنّه قيل في فرنسا بموقفين:

واحدٌ مفاده أنّ الغلط في القانون لا يبطل إلاّ إذا كان السبب الوحيد. وهو موقف القضاء الفرنسي في القرن التاسع عشر، وقبل ذلك موقف "دوما" (513). وقد كان

(511) انظر الفقرة عدد 129.

(512) "توليبي"، م س، ج 6، عدد 67 إلى 69؛ "لوران"، م س، ج 15، عدد 508.

هذان متشددان مع الغلط في القانون، وذلك على خلاف الغلط في الواقع. فإذا كان تمّ احتمال لكون العلة الفاعلة للعقد ليست الغلط في القانون لوحده لم يبطل العقد. مثال ذلك: أبٌ يوصي بنصف أمواله إلى الغير أمام موثّق عقودٍ (notaire) واحدٍ وشاهدين بدّل أربعة، أي خلافا لما يشترطه القانون. فإذا ظنّ الابن أنّ الوصية صحيحة وسلّم الموصى به إلى الموصى له، لا يمكنه الرجوع في ذلك التسليم وإبطال القسمة لأجل غلظه في القانون. فالابن، إن أمكنه إثبات غلظه في القانون، لن يمكنه أبدا إثبات أنّ غلظه ذاك كان العلة الفاعلة الوحيدة، إذ العلة هنا هي أيضا تنفيذ وصية والده⁽⁵¹⁴⁾. بعبارة أخرى: إذا كان تمّ احتمال وجود سبب آخر للعقد متمثلا في تنفيذ التزام طبيعي أو ناقص، فإنّه لا يمكن إبطال العقد لأنّه صار من المستحيل إثبات أنّ العقد له علة فاعلة وحيدة هي الغلط في القانون⁽⁵¹⁵⁾.

ولقد حمل على هذا الرأي بعض الفقهاء وقالوا (وهنا نصل إلى الموقف الثاني في فرنسا في القرن التاسع عشر) إنّ شروط الغلط في الواقع هي نفسها شروط الغلط في القانون، لأنّ الفصل 1110 من المجلة المدنية الفرنسية لم يفرّق بين الاثنين. كما قالوا عن الموقف الأوّل إنّّه يفضي إلى أن يصبح الغلط في القانون غير مؤثّر أبدا⁽⁵¹⁶⁾.

ومن ينظر إلى هذين الموقفين، سيقول إنّ الثاني أصلح.

ثمّ إنّ من يُحضّر الفقه الإسلامي سيجده بعيدا عن الموقف الأوّل ومساويا للثاني.

(513) "لوران"، م س، ج 15، عدد 508.

(514) انظر هذا المثال عند: "تولبي"، م س، ج 6، عدد 69.

(515) "تولبي"، م س، ج 6، عدد 68. ويعطي "لوران" (ج 15، عدد 508) مثال المورث الذي يوصي للغير بأكثر ممّا يسمح به القانون. فإذا دفع الوارث إلى الموصى له أو وعد بأن يدفع له كلّ موضوع الوصية فهذا لن يكون باطلا، وذلك لأنّه يجوز أن يكون الوارث قد أراد تنفيذ وصية المورث.

(516) انظر إلى: "لوران"، م س، ج 15، عدد 508.

أما من يأتي بمجلة الالتزامات والعقود، فسيرجح أنّها بمثابة الرّد على الموقف الأوّل. وفعلا تبدو صياغتها كمن جاء ليقطع عليه طريق الوجود في إطارها (أمطرت مرّة أخرى في فرنسا... ففتحت مجلة الالتزامات والعقود مرّة أخرى مظلتها). والدليل أنّ الفصل 44 قال بعلة فاعلة "وحيدة"، ثمّ زاد "أو" (ou في الصياغة الفرنسيّة)، وبعد "أو" قال بعلة فاعلة "أساسيّة"، أي بعلة معها غيرها (الفصل 44: "إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي / lorsqu'elle en est la cause unique ou principale")⁽⁵¹⁷⁾.

وإنّ مجلة الالتزامات والعقود مستوردة هنا. إلّا أنّه لا يمكن المرور إلى الإحكام (مسألة الإصلاح) لأنّ المستورد مثل المحليّ. بعد العلة الفاعلة، ينبغي الانتقال إلى العلة الغائيّة:

هنا، وإذا بدأنا بالفصل 45، وجدناه يتحدّث عن: "غلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد". وقد نذهب إلى اللغة لنقول إنّ "الموجب للتعاقد" قد تعود على الوصف والتنوع والذات وذلك لأنّنا أمام "أو" عاطفة، وفائدة العطف تحصيل مشاركة أطرافه في شيء ما⁽⁵¹⁸⁾ لعلّه هنا — إلى جانب كون الصّور أجزاء من نفس الشيء — انسحاب ذلك الشرط على هذه الصّور جميعا.

⁽⁵¹⁷⁾ هذا نخرج به من خلال التّبيّة المباشرة للمشرّع حين أشار إلى "لوران" بالمشروع المرجع.
⁽⁵¹⁸⁾ الزركشي (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 المفرد ففائدته تحصيل مشاركة الثّاني للأوّل في الإعراب، ليعلم أنّه مثل الأوّل في فاعليّته أو مفعوليّته". بتعبير مختلف: من المعلوم أنّه يقال عن واو العطف التي هي أصل حروف العطف أنّ معناها: إشراك الثّاني فيما دخل فيه الأوّل (عبد الغنيّ الدّقر، معجم القواعد العربيّة في النّحو والتّصريف وذيل بالإملاء، دمشق، دار القلم، ط 1، 1406 هـ/ 1986 م، ص 542).

الأحكام الأصلية للغلط اللغوي

لكن علينا أن نعود في هذا الكلام، لأنّ نيّة المشرّع تنبئ بأنّه أراد أن يقول إنّ الوصف غير الدّاتي هو غير مؤثّر إلّا إذا اشترط⁽⁵¹⁹⁾. وهو قول للفقهاء

(519) انظر إلى الفقرة عدد 85، وقبلها إلى الفقرة عدد 64. وانظر أيضا وخاصة الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع التي قسّمت الغلط إلى مؤثّر على الالتزام وغير مؤثّر. فأما المؤثّر ففيه الماهية الأولى والماهية الثانية (أسميت هذه أوصافا أساسية). وأما غير المؤثّر ففيه صورة أولى هي الأوصاف غير الذاتية (أسميت الأوصاف غير الأساسية). ولقد قيل إنّه ورغم كون الأوصاف ثانوية، فإنّ الغلط فيها يؤثّر على الالتزام لو أنّ تلك الأوصاف عدّت من الأطراف أساسية. بعبارة أخرى تحدّثت الحاشية الجانبية عن شرط إن توفّر في الأوصاف غير الأساسية يجعلها مبطلّة، وهو أن تكون قد جعلت أساسية من الأطراف، أي تكون قد أوجبت الرضا. وإنّ ما سبق ينبّهنا إلى أمرين: أولهما أنّ "الموجب للتعاقد" في الفصل 45 أريد أن ترجع على "الوصف" لا غير. ثانيهما أنّ "وصفه" في الفصل 45 لفظة عامّة، ولكن تمّ في الأعمال التحضيرية ما يعدّ قرينة تصرف العامّ إلى خصوص هو "الوصف غير الدّاتي".

انظر ما سيأتي بالجزء الثاني حول علاقة الشرط الفاسخ بالبطلان التّسبي وبخيار العيب والوصف.

ولعلّه يمكن أن نحصل ما جاء وأن نضيف إليه لنقول (في قالب رؤوس أقلام):

- الفصل 23 من مجلّة الالتزامات والعقود: تطابق الإيجاب مع القبول على مستوى العناصر الأساسية.

- الفصل 2: صور عدم التّطابق ومنها بعض صور الغلط المانع.

- الفصل 23: تطابق على العناصر الأساسية + تطابق على العناصر الثانوية (= بهذا الاتّفاق تكون قد جعلت أساسية حسب الفصل 23 ← لهذا قال الفصل 45 بالنسبة إلى الوصف غير الدّاتي "موجب للتعاقد" ولم يقل ذلك بالنسبة إلى النوع مثلا لأننا بعد أمام عنصر أساسي) = تمّ العقد.

- سكوت الفصل 23 عن الصّورة التالية: تطابق على العناصر الأساسية + سكوت الأطراف وعدم تفكيرهم في العناصر الثانوية ← صيغة النّص: استثناء ← إذن المسكوت عنه حكمه: لم يتمّ العقد ← هذا هو "المفهوم" من الفصل ← لكن "صريح" نصوص أخرى (243 + 516 + نصوص خاصة) تقول بإتمام ما وقع السكوت عليه بواسطة العرف أو القوانين المكتملة ← إذن: تناقض بين "الصّريح" و"المفهوم" ← يؤخذ بالصّريح.

- سكوت الفصل 23 عن الصّورة التالية: تطابق على العناصر الأساسية + اختلاف الأطراف اختلافا

ظاهرا بالنسبة إليهم وذلك حول العناصر الثانوية \Leftarrow صيغة النص: استثناء \Leftarrow إذن المسكوت عنه حكمه: لم يتم العقد \Leftarrow هذا هو "المفهوم" من الفصل \Leftarrow هنا لا "صريح" يعارض "المفهوم" \Leftarrow يبقى "المفهوم" قائما.

- من صور الغلط: اختلاف الأطراف اختلافا ليس ظاهرا بالنسبة إليهما أو بالنسبة إلى أحدهما وذلك حول العناصر الأساسية (غلط في طبيعة العقد، إلخ).
- من صور الغلط أيضا: تطابق على العناصر الأساسية + اختلاف الأطراف اختلافا ليس ظاهرا بالنسبة إليهما أو بالنسبة إلى أحدهما وذلك حول العناصر الثانوية:
□ تمهيد:

الفصل 116: "الشّروط [...] بموجبه يعلّق وجود الالتزام (هذا هو الشّروط التّعليقي) أو انقضاءه (هذا هو الشّروط الفاسخ) بأمر مستقبل غير متحقّق الوجود".

□ لنفرض أنّ العنصر الثّانوي المختلف فيه هو وصف غير ذاتي:
هنا نحن أمام صورة تساوي صورة الشّروط 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 التّشأّة \Leftarrow لذلك نحن أمام مشكل غلط ونشأّة لا أمام مشكل شرط وتنفيذ).

- هذا التّحليل يصحّ على كلّ عنصر ثانوي قرّر المشرّع فيه البطلان.
- هذا التّحليل يصحّ أيضا على العناصر الأساسية (تبقى مسألة من يقوم بالبطلان إن كان مطلقا).
- لكن هل يصحّ على العناصر الثّانوية التي قرّر المشرّع فيها الصّحّة؟
لنأخذ صورة الباعث:

◆ قد نكون أمام شرط فاسخ: اشترى بمدينة سوسة منزلا بشرط تعيينه في العمل في تلك المدينة (الشّروط مستقبل وغير متحقّق الوجود).

◆ قد نكون أمام غلط في الباعث: اشترى بمدينة سوسة منزلا طائفاً أنّه نقل إليها أو أنّه سينقل إليها قريبا. هنا لم يجعل المشتري من التّقلّة شرطا للشّراء. أي لم يعلّق على أمر مستقبل وغير متحقّق الوجود وجود الالتزام (شرط تعلّقي) أو انقضاءه (شرط فاسخ). لذلك لن تنطبق هنا أحكام الفصل 116 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود (لأنّه لا شرط فيما يخصّ التّقلّة طبعاً) \Leftarrow إذن الصّورة مختلفة عن الشّروط الفاسخ وهذا ما وجدناه أعلاه مع الوصف \Leftarrow لكن ثمّ اختلاف مع الوصف: في الباعث قرّر المشرّع الصّحّة أي قرّر أنّ العقد لازم من الجهتين \Leftarrow لذلك ومن هذه الزّاوية أيضا لن تساوي صورة الباعث الشّروط الفاسخ).

الفرنسي⁽⁵²⁰⁾. وهكذا ومرة أخرى لا يمكن تفسير صياغة في مجلّة الالتزامات والعقود إلاّ بالرجوع إلى فرنسا. على هذا فقوّلها بالوصف غير الدّاتي، وإن كان تمّ مثله في الفقه الإسلامي، فهي لم تأت به من عنده بل من عند الفرنسيين. لذا لا يمكن أن تربط المجلّة بفكرة الأحكام (مسألة الإصلاح) لأنّ المستورد مثل المحلّي.

فإذا انتقلنا الآن إلى الفصل 46، وجدناه يستعمل "من" التبعية (الفصل 46: "من الأسباب / l'une des causes"). ومعنى النصّ هو أننا أمام علّة غائيّة ومعها غيرها. وقد نفكر في تبني هذا المدلول لأنّه اللغوي⁽⁵²¹⁾. لكننا سنعود فيما فكرنا فيه حين ننظر في المشروع المراجع. فلقد أشار هذا المشروع إلى "لوران" في مكان⁽⁵²²⁾ حدّثنا فيه عن كون "دوما" (Domat) قال إنّ الغلط في الشّخص يجب أن يكون علّة أصلية (إذن فاعلة). ثمّ جاء "بوتيي" - وأراد أن يقول نفس الشّيء - لكنّه لم

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 التّقلة).

⁽⁵²⁰⁾ انظر الفقرة عدد 62.

ملاحظة: في فرنسا اليوم يقال إنّ شرط "حاسم" يهّم الشّيء والشّخص ولا يهّم الغلط المانع: "بيتي" (برونو)، العقد والالتزامات - الغلط، حافظه القانون المدني، كراسة وحيدة، الفصل 1110، عدد 25.

PETIT (Bruno), Contrats et obligations - Erreur, J.-cl. civ, Fasc unique, art. 1110.

بعبارة أخرى: كلّ علّة قريبة حاسمة. أمّا العلل البعيدة فبعضها حاسم وبعضها لا. وعليه فالتقسيم الثلاثي للشّيء وللشّخص مرتبط بشرط "حاسم". فحين نكون أمام الماهية الأولى والثّانية نكون أمام ما هو حاسم (ما دخل مجال العقد لأنّ الأمر يتعلّق بأركان العقد). أمّا إذا كنّا أمام العرضي (ما لم يدخل المجال) فنحن أمام ما ليس حاسماً وينبغي جعله كذلك ليؤثّر (إدخاله وإطلاع الآخر عليه). وكنتيجة أخرى: يتبع جميع ما سبق شرطاً آخر سنورده في عنوان "مغتفر" (ما يسمّى خطأً وجوب أن يكون الغلط مشتركاً).

⁽⁵²¹⁾ انظر معاني "من" في اللغة ومنها التّبويض عند: الرّازي، م س (المحصول)، م س، ج 1، ص

377.

⁽⁵²²⁾ انظر: ج 15، عدد 497.

يكن دقيقاً في التعبير فقال إنّ وصف الشيء دخل بصفة ما في العقد⁽⁵²³⁾. والدليل على أنّ هذا التعبير (دخل بصفة ما) غير دقيق، أي لا يحمل ما قصده "بوتيني"، أنّ هذا - في نفس المكان وبعد الذي تقدّم - قال: "إننا رأينا (إذن يتحدث عمّا سبق) أنّ الغلط في الشخص يبطل كلّما كان اعتبار الشخص داخلاً في العقد"⁽⁵²⁴⁾ (إذن "دخل بصفة ما" السابقة أراد بها "بوتيني": "دخل"). على هذا يكون "بوتيني" قد أراد شيئاً، لكنّه قال شيئاً آخر، ثمّ عاد ليقول ما أراد.

أمّا مجلّة الالتزامات والعقود فأرادت شيئاً (وهذا نصل إليه بواسطة التعبير المباشر إذ كلّ الذين أشارت إليهم لا يقولون بعلة غائبة ومعها غيرها، والوحيد الذي قال بذلك لم يكن يقصد ما قاله)، وقالت شيئاً آخر، وانتهى عند هذا الحدّ كلامها (لم تعد كما عاد "بوتيني").

هكذا ومرة أخرى نجد مجلّة الالتزامات والعقود "تفتح مظلتها"، لكنّها هنا لم تتفطّن إلى أنّ من قلّده رجوع "فأغلق مظلتها".

وقد يقال إنّ هذه زلّة لسان، وزلّة اللسان لا توجب إدخالاً في مسألة الإحكام. وقد يقال مع ما سبق إنّ المهمّ كونها نوت أمراً مقبولاً. وعلى كلّ ما تقدّم يجعلنا ندرك أنّ الأمر المتحدّث عنه مستورد. لكن، لأنّ المستورد مثل المحلّي، لا يمكن المرور (لمرة أخرى) إلى الإحكام.

⁽⁵²³⁾ جاء عند "بوتيني" ما يلي: "كلّما كان اعتبار الشخص الذي أريد أن أتعاقد معه داخلاً بصفة ما في العقد الذي أريد أن آتبه، فالغلط في الشخص 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".

"بوتيني"، 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.

⁽⁵²⁴⁾ "بوتيني"، 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".

هذا القول يمكن أن يتغير إذا تمّ تناول الفصل 46 وسابقه الفصل 45 من زاوية أخرى هي زاوية تعرّضهما لمضمون العلة.

(ب) وضع العلة مضمونا

157. — سننظر في العلة الغائية، ثم في العلة الفاعلة، ثم فيهما معا، ثم نختتم بالتعرض إلى صورة قد تُقدّم في إطار احتجاج على ما سيتوصّل إليه من نتيجة⁽⁵²⁵⁾:

⁽⁵²⁵⁾ ينبغي أن يشار إلى أنّ ما سيأتي سيكون مختلفا عما يوجد في الكتابات الفرنسيّة، وإليك نموذجان من هذه الكتابات:

النموذج الأول: "بيتي" (برونو)، م س (العقد والالتزامات - الغلط).

يقسّم المادّة إلى:

القسم الأول: محلّ يسبّب الغلط *Objet déterminant de l'erreur* والمقصود الماهية *Substance* أو الأوصاف الأساسيّة (تمّ المشكل: عند المتعاقد التّمودجي/ عند المتعاقد الواقعي) (الأمر هنا لا يهتم طبيعة العقد: لا يبحث عنها بالنظر إلى متعاقد نموذجي أو واقعي/ الأمر لا يهتم الذات ولا وجود السبب: هما واحد عند المتعاقد التّمودجي والواقعي).

القسم الثاني: غلط مسبّب *Erreur déterminante* أي غلط تعلق بالأوصاف الأساسيّة: عند المتعاقد الواقعي: هنا لو حصل غلط حول مساحة الأرض مثلا وكان النقص يسيرا فالغلط غير حاسم (ينبغي أن يلاحظ هنا أنّه وللقول بأنّ الغلط غير حاسم تمّ تبديل المعيار ليصبح المتعاقد التّمودجي/ لو تمّ البقاء مع المتعاقد الواقعي لقليل هو حاسم). عند المتعاقد التّمودجي: هنالك ما هو حاسم عنده وما ليس حاسما (كما رأينا ما ليس حاسما عند التّمودجي قد يكون حاسما عند الواقعي).

بعبارة واحدة - وهذا سنراه لاحقا من خلال تناول مختلف لهذه المسائل - حين ننظر من زاوية المتعاقد الواقعي ليس تمّ غلط حاسم وغير حاسم بل غلط إن ثبت وإن وقع التّمسك به يبطل أو لا يبطل بحسب المحلّ الذي ينصبّ عليه.

النموذج الثاني: "فيفيان" (جورج)، في الغلط الحاسم والأساسي، المجلّة الفصلية للقانون المدني، 1992، ص 305 وما بعدها.

VIVIEN (Georges), De l'erreur déterminante et substantielle, Revue trimestrielle de droit civil, 1992, p. 305 et s.

ويقسّم المادّة إلى قسمين:

القسم الأول: الغلط المسبّب *Erreur déterminante* أي غلط سبب الرضا (هنا نحن أمام مفعول الغلط).

فإذا بدأنا بالعلّة الغائبة، قلنا إنّنا نجدّها في الفصل 45 لأنّ فيه "الموجب للتّعاقد"، وفي الفصل 46 لأنّ فيه "الأسباب الموجبة للرّضا". فوصفُ الشّيء في الفصل 45، أو ذات ووصف الشّخص في الفصل 46 أضيف إليها كلام يفيد أنّها علل غائبة. هذه الإضافة يمكن إتيانها بالنّسبة إلى بقيّة صور الفصل 45: فالذّات والنّوع باعثن أولاً مطلوب وجودهما آخراً⁽⁵²⁶⁾.

بل إنّ هذه الإضافة يمكن إتيانها بالنّسبة إلى كلّ صور الغلط المؤثّر على الالتزام. أكثر من هذا، يمكن إتيان هذه الإضافة بالنّسبة إلى صور الغلط غير المؤثّر. ... وجميع ما سبق يعني أنّ الإضافة لا تضيف شيئاً.

فإذا قيل إنّ العلة الغائبة 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 علة غائبة 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

القسم الثّاني (بهمّ موضوع الغلط): الغلط المسبّب إن همّ أوصافاً أساسية عند المتعاقد التّمودجي أو إذا همّ وصفاً غير أساسي أفحم في العقد فهو يبطل وهو لا يبطل إن انصبّ على بواعث أخرى. وهذه التّنتيجة لن تختلف كثيراً عمّا سنصل إليه على مستوى الجوهر، لكننا سنقول بها في شكل نقدّر أنّه الأفضل.

⁽⁵²⁶⁾ كنّا وجدنا في السّابق (الفقرة عدد 143) أنّه وفي اللغة يمكن سحب شرط الفصل 45 على الذّات والنّوع أيضاً. ويمكن أن نضيف هنا أنّه وفي اللغة يمكن أن يسحب على الوصف لا غير. لكننا وفي السّابق وجدنا أنّ إرادة المشرع ذهبت لوضع الشّروط على الصّورة الثّالثة لا غير (يمكن أن نلاحظ هنا أنّ الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المنقول عن الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود كان واضحاً 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 واضحاً في ترجمة تلك الإرادة.

ينصبّ على محلّ (ذات / نوع / وصف). فإذا قيل هذا الكلام وجب بعده السكوت، أي وجب أن لا يضاف إلى الحديث عن المحلّ حديث عن العلة الغائيّة لأنّ المحلّ هو نفسه العلة الغائيّة⁽⁵²⁷⁾.

فإذا قيل إنّ أوصاف الشّيء تتعدّد فوجب الاحتراز بالقول إنّ الذي يؤثّر هو الذي كان علة غائيّة، قيل إنّ هذا اصطلاح، وكلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره. هكذا ومرة أخرى ينبغي القول بوجود التحدّث عن غلط في الأوصاف فحسب.

بعبارة أخرى، هنالك في التشريع التونسي (إلخ) غلط إن انصبّ على محالّ معيّنة أبطل (ذات، إلخ)، وإن انصبّ على محالّ أخرى (باعث، إلخ) لم يبطل:

والمحالّ الأولى علل غائيّة (أسباب غائيّة). فإذا قيل هنا الغلط حاسم، يكون قد قيل إنّ الغلط الذي محله سبب هو حاسم، أي هو سبب ! وإذا قيل إنّ المقصود هو كون الغلط محله سبب هامّ في نظر المتعاقد (أو في نظر المشرّع)، قيل إنّ وصف السبب بكونه حاسماً لا يضيف شيئاً للقول إنّ الغلط الذي محله ذلك السبب مبطل. أمّا المحالّ الثانية فهي بدورها علل غائيّة. فإذا قيل هنا الغلط غير حاسم، يكون قد قيل إنّ الغلط الذي محله سبب هو ليس حاسماً، أي هو ليس سبباً ! وإذا قيل إنّ المقصود هو كون الغلط محله سبب غير هامّ في نظر المتعاقد (أو في نظر المشرّع)، قيل إنّ وصف السبب بكونه غير حاسم لا يضيف شيئاً للقول إنّ الغلط الذي محله ذلك السبب غير مبطل.

فإذا انتقلنا إلى العلة الفاعلة، أمكن الانطلاق من الفصلين 43 و 44. والنّص الأوّل يهّم صور الغلط التي توجب بطلاناً (بالتحديد: البطلان النسبي كما سيتبيّن ذلك في

⁽⁵²⁷⁾ قد يقال إنّ الدّات والنّوع علل غائيّة بطبيعتها ولذلك لم يضاف النّص إليها وجوب أن تكون عللاً.

لكن لتندكّر ما وصلنا إليه في الفصل السابق من أنّنا أمام صورة واحدة.

الجزء الثاني من هذا العمل). ونفس القول يحقّ في شأن النصّ الثاني⁽⁵²⁸⁾. ويفهم من هذا أنّ الغلط مشروط وأنّ العلة الفاعلة شرط⁽⁵²⁹⁾.

والسؤال هل قصد المشرّع أن يكون الشرط للغلط في القانون الوارد بالفصل 44، أم للغلط في القانون المؤثّر، أم لكلّ غلط في القانون، أم للغلط في الواقع المؤثّر، أم لكلّ غلط في الواقع؟

فإذا قيل إنّ قصد الصّورة الأولى، قيل إنّ الغلط في بقيّة الصّور علة فاعلة بدوره. فإذا قيل إنّ وفي الصّورة الأولى (أو في غيرها) ثمّ اصطلاح على أنّنا أمام علة 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 إنّ مؤثّر أو غير مؤثّر ثمّ لا نزيد على هذا لا حديثاً عن علة فاعلة ولا عن علة غائبة. بعبارة أخرى، يمكن القول إنّ ليس ثمّ صور ومعها علة بل ثمّ صور لا غير. على هذا، تكون طريقة تناول الغلط في مجلّة الالتزامات والعقود معيبة (عدم إتقان). ويمكن القول على مستوى العلة الفاعلة⁽⁵³⁰⁾ وعلى مستوى العلة الغائبة⁽⁵³¹⁾ إنّنا أمام مستورد⁽⁵³²⁾.

(528) انظر الفقرة عدد 124.

(529) قد نفكر في أنّنا أمام تفسير. لكنّ الواجب أن نعود في هذا حين نلاحظ أنّ "مغتفر" ورد في تركيبه مماثلة في الفصل 44، وفي أنّه - أي "مغتفر" - ينظر إليه كشرط (الحاشية الجانبية للفصل 53 من المشروع المراجع [يقابله الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود]).

(530) كلّ الجملة الواردة بالفصل 44 والتي فيها العلة الفاعلة جيء بها الأمر وجد في القانون الفرنسي (انظر الفقرة عدد 130). فإذا أخذنا الفصل 43 أمكننا القول إنّ نقل للفصل 1109 من المجلّة المدنية الفرنسية (انظر إلى الحاشية التّحتية للفصل 47 من المشروع المراجع).

(531) انظر إلى الفصل 1110 وهو يتحدّث عن الشّخص (صورة وعلة). لكن انظره أيضاً وهو يتحدّث عن ماهية (صورة). وانظر أيضاً ما سيجيء بالهامش الموالي من كون أصحاب المجلّة المدنية الفرنسية كانوا يتحدّثون عن غلط يجب أن يكون محلّه علة غائبة.

(532) انظر إلى فقهه فرنسي معاصر يعرض الغلط بالطريقة التّالية: ميدان (إذن صور) - شروط (من

فإذا أخذنا الفقه، قلنا إننا لا نعلم فيه من تناول صورة للغلط وبجانبها العلة الفاعلة بوصفها شرطاً. هكذا تكون مجلّة الالتزامات والعقود قد تركت الفقه وهو الأكثر إتقاناً، وجاءت بما هو ضدّ للإصلاح.

أي هكذا، ومرة أخرى، يجتمع في مجلّة الالتزامات والعقود عدم الإتقان وعدم الإصلاح لتكون المحصلة عدم الأحكام.

وإذا واصلنا مع الفقه، وجدنا فيه خيار الوصف الذي يثبت بشرط⁽⁵³³⁾. ونحن بعيدون هنا عن تناول المادّة على أنّها صورة وشرط. فالفقه إذن متقن على مستوى المنهجية أو الصناعة التشريعية ومجلّة الالتزامات والعقود تركته لغير متقن. بفعلها هذا تكون مجسّدة لعدم الأحكام (وضع غير متقن ومعه ترك متقن). والمجلّة 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 بالفقه الإسلامي (خيار وصف يثبت بشرط). بهذا تكون المجلّة قد تناولت نفس المادّة بطريقتين مختلفتين.

ويمكن أن نضيف إلى ما سبق أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تربط بين العلة الغائية والعلة الفاعلة. للتدليل على هذا يتّجه استحضار أمرين:

أولهما أنّ الفصل 43 قال إنّ: "الرّضا الصّادر عن غلط [...] يقبل الإبطال". هذا القول يعني أنّ "الغلط هو علة 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

ضمنها: علة. وحين نقرأ نجد أنّ الحديث هو عن العلة الفاعلة [الغلط سبب العمل القانوني] وعن العلة الغائية [غلط محلّه السبب]، كما نجد أنّ هذا المعنى مأخوذ من الأعمال التحضيرية للمجلّة المدنية الفرنسية. وينبغي أن نلاحظ أنّ المؤلّفين يعطون تلك المعاني للجملة التالية: الغلط الحاسم *erreur déterminante*. "مازو" ("هنري" و"ليون" و"جون" و"شاباس، م س، عدد 170 وما بعده.

⁽⁵³³⁾ خيار الوصف قسماً: ما يثبت بشرط (وصف لم يتوقّف منذ البدء) وما يثبت بغير شرط (وصف توقّف وقت الإبرام ثمّ زال وقت التسليم) انظر: حيدر (علي)، م س، ج 1، ص 305 إلى 308.

القول يعني أنّ "الغلط الذي محله علل غائية بعينها هو علّة فاعلة وهو يبطل". والمعنى هنا سياقى وسنأخذ به لأنّه لا وجود لنيّة على خلافه. والسؤال، حين نقف أمام هذا المعنى المستخرج من الجوّ التعبيري، هل أنّ عكس هذا الغلط هو بخلافه، أي هل أنّ الغلط الذي محله علل غائية أخرى هو ليس علّة فاعلة وليس مبطلاً؟

إذا نظرنا إلى مادّة التّغيير وجدنا فيها حديثاً عن نوعين: تغيير ما كان ليُتعاقد بدونه، أي هو علّة فاعلة؛ وتغيير كان سيُتعاقد بدونه ولكن بشروط أخرى، أي هو ليس علّة فاعلة لأصل التّعاقد. والتّغيير الأوّل يُقصد به ما أحدث غلطا محله علل معيّنة، أمّا التّغيير الثّاني فيُقصد به ما أحدث غلطا محله علل أخرى⁽⁵³⁴⁾. على هذا يكون ثمّ ربط بين علل غائية وكون الغلط علّة فاعلة (وهذا وجدناه أعلاه في مادّة الغلط) وثمّ أيضاً ربط بين علل غائية أخرى وكون الغلط ليس علّة فاعلة (وهذا ما تساءلنا عنه أعلاه في مادّة الغلط).

فإذا تذكّرنا أنّ الغلط جاء مع التّغيير في الفصل 43 في نفس الجملة، وأنّ سياق ذلك هو مثل سياق هذا، أمكن القول إنّ في الغلط التلقائي أيضاً ربطاً بين علل غائية معيّنة وكون الغلط ليس علّة فاعلة⁽⁵³⁵⁾. والحاصل ممّا جاء أعلاه أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تعدّ الغلط الذي محله علل معيّنة غلطا توقّر فيه شرط وهو كونه علّة فاعلة، والغلط الذي محله علل أخرى لم يتوقّر فيه هذا الشرط.

⁽⁵³⁴⁾ انظر الفقرة عدد 220 وما بعدها.

⁽⁵³⁵⁾ علينا أن نضيف مسألة البطلان هنا، فالغلط أو التّغيير الذي هو علّة فاعلة مبطل. والغلط هنا محله علل غائية جاءت في السّياق (رأينا في مادّة الغلط الشّيء والشّخص وسنرى لاحقاً ما تفرزه مادّة التّغيير). لكن هنالك علل غائية أخرى (صورة الغلط في طبيعة العقد، إلخ)، وهذه ومن باب أولى مرتبطة بالعلّة الفاعلة.

وكما رأينا يمكن نقاش هذا بالقول إنه اصطلاح، وكلّ اصطلاح يمكن أن يعارض بغيره.

وقد يحتجّ على النتيجة المتوصل إليها أعلاه بالانطلاق من الصورة التالية: ظنّ أنّه يشتري من (أ) فاشترى من (ب)، وظنّ أنّ الشّيء المشتري له الوصف (1) فإذا به له الوصف (2). وإنّ الذي همّه وصف الشّيء لا ذات الشّخص. وعلى هذا فغلطه في الشّخص لم يكن حاسماً، أمّا في الشّيء فنعم. وينجرّ عمّا جاء للتوّ 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 لأنّه غير حاسم بل لأنّ الواقع فيه لن يتمسك به لقبوله إيّاه (نحن أمام إمضاء على معنى الفصلين 337 و338 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ ولو فعل، لوجدت المحكمة نفسها أمام حلّين: إمّا الإبطال لأنّ الغلط ثبت لا لأنّه حاسم، وإمّا عدم الإبطال لأنّ الغلط لم يثبت لا لأنّه غير حاسم. ويتربّب عن هذا التحليل أنّ صور الغلط التي قرّر المشرّع فيها الإبطال (صورة الفصل 45 - إلخ) ليس فيها ما هو حاسم وما هو غير حاسم. والسبب أنّه ليس ثمّ من الأصل "شرط حاسم".

والحاصل:

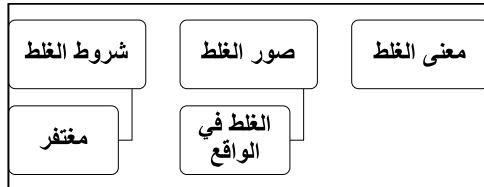
— ممّا جاء الآن أنّ الغلط المبطل لا يمكن أن نقول داخله إنّ ثمّ منه ما هو علّة للرّضا وثمّ منه ما ليس كذلك (مثلاً اشترى سيّارة وارتكب غلطا في سلامة محرّكها وهذا علّة أو هذا حاسم + ارتكب غلطا في لونها أو في وصف من أوصاف صاحبها وهذا ليس حاسماً). والسبب أنّ الذي ليس علّة لا يتمسك به (مثلاً في صورتنا: لون السيّارة أو وصف صاحبها). فإذا تمسّك بغلط (ظنّ أنّ السيّارة حمراء، أو ظنّ أنّ صاحبها متزوّج، إلخ)، فلا نستطيع أن نقول إنّ هذا الغلط ليس علّة، بل فقط إنّّه ثابت أو ليس بثابت.

— ممّا جاء قبل الآن أنّ جميع صور الغلط محلّها علل غائية؛ وأنّ كلّ صورة من هذا الجميع (أيّا كانت العلة الغائية التي هي محلّ له) قد تكون علة فاعلة لأصل وجود العقد. وفعلاً فإنّ الواقع ينبيء أنّ من أراد منزلاً فاشترى آخر كان غلطه (محلّه علة غائية هي: ذات الشيء) علة فاعلة لأصل وجود عقد شراء هذا المنزل الآخر. كما أنّ الواقع ينبيء أنّ من ظنّ أنّه نقل من عمله إلى مدينة أخرى فاشترى بها منزلاً كان غلطه (محلّه علة غائية هي: الباعث) علة فاعلة لأصل وجود عقد شراء هذا المنزل. وعلى هذا، فالقول عن غلط ينصبّ على محالّ معينة إنّه هو العلة الفاعلة لأصل وجود العقد والقول عن غيره الذي ينصبّ على محالّ أخرى إنّه ليس العلة 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 المحصّلة أنّ الحديث في الشيء وفي الشخص وعموماً في كلّ صور الغلط في الواقع (أحدثه أم لم يحدثه غلط في القانون) هو بعدُ حديث عن العلة، أي أنّ ذلك يعني عن هذا⁽⁵³⁶⁾.

لكن يخلص من هذه المحصّلة أنّ الحديث عن العلة يحوّل إلى الحديث عن شرط مغتفر. بل لعلنا وقبل العلة تحدّثنا بعدُ عن هذا الشرط، أي لعلّ السابِق للعلة قد أغنى بعدُ عن اللاحق لها.

⁽⁵³⁶⁾ فإذا استحضر ما جاء سابقاً، أمكن الإتيان بالرسم التّالي لمادّة الغلط:



المبحث الثاني: الإحكام في شرط "مغتفر"

159. — يعرف الفقه الإسلامي ما يسمّى بخيار الرؤية، 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 الشرط في إطار عامّ

160. — ينبغي البحث في الشرط بصفة نظريّة وتحليله، فإذا انتهى ممّا سبق أمكن التّظر إلى المواقف المتّخذة منه. لذا سنبحث أولاً في الشرط نفسه (أ)، وبعد ذلك في المواقف من الشرط (ب).

(أ) الشرط نفسه

161. — يمكن الفصل بين وصف الشّيء والشخص من جهة، وبقية الصّور من جهة أخرى:

فإذا بدأنا بالشّيء — والشخص يلحق به، لكننا لن نصرّح بذكره لكي تبقى التّحليل بسيطة — أمكن، بوحى من الفقه الإسلامي⁽⁵³⁷⁾، أن نفرّق بين تعاقد عليه وهو حاضر، وتعاقد عليه وهو غائب:

والحاضر قد يكون وصفه ممّا يُدرك بالمشاهدة، وقد يكون ممّا لا يدرك بذلك:

⁽⁵³⁷⁾ انظر إلى: الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ/1998 م، ج 1، ص 476 وما بعدها. وانظر إلى سيجي في الفقرة عدد 175.

ومثال الأول، بعد أن يوجّه نحو الغاية التي نريد أن نبلغها، أن يقف شخص أمام قلم أحمر، ويقول أريد هذا القلم الأحمر، وهو يقصد أن يشتري قلماً أبيض. فهنا نحن أمام تعبير (أريد هذا القلم الأحمر: في اصطلاح الفقهاء هذه هي التسمية)، ونية تخالف التعبير (أراد شراء الأبيض: الإشارة في المثال حصلت للقلم الأحمر. لكن عند الفقهاء الإشارة فيما يخص الوصف الذي يدرك تعبير صريح عن النية)، وواقع (القلم الحاضر هو أحمر) يوافق التعبير ويخالف النية.

ومثال الثاني، بعد أن نفعل به ما فعلنا بالأول، أن يقف شخص أمام زجاج، ويقول أريد هذه الياقوتة، وهو يقصد فعلاً ياقوتة. فهنا نحن أمام: تعبير (أريد ياقوتة: هذه هي التسمية)، ونية موافقة للتعبير (نوى شراء ياقوتة: الإشارة في المثال حصلت للزجاج، لكن لأن الوصف لا يدرك فالتسمية عند الفقهاء هنا هي التعبير الصريح عن النية)، وواقع (زجاج) مخالف لهما. أما الغائب فهو مثل الحاضر الذي لا يدرك.

162. — فإذا مررنا إلى طبيعة العقد، وإلى وجود ووصف السبب، وإلى الباعث، وإلى القيمة (ينبغي استثناء الحساب هنا)، أمكن القول إنّها مثل الغائب، ومن ثمّ مثل الحاضر مع وصف لا يدرك.

163. — والمحصلة التي نريدها ممّا تقدّم أن ثمّ ما يلي: واقع (قلم أحمر مثلاً)، ومعه نية مخالفة (قلم أبيض).

لكن ما نوع هذا الاختلاف؟
يمكن القول إنّ التّضادّ⁽⁵³⁸⁾.

⁽⁵³⁸⁾ نقول عن شيئين إنّهما متضادّين متى لا يمكن أن يكونا صحيحين معاً (لا نكون أمام أبيض وأحمر في الوقت نفسه)، ولكن يمكن أن يكونا خاطئين معاً (نحن أمام أخضر، إذن ليس ثمّ لا أبيض ولا أحمر). ومن هنا تأتي قاعدة الاستدلال أنّه ومتى وجدنا أحدهما صحيحاً، فيمكن أن نستنتج من ذلك

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⁽⁵³⁹⁾، أي أنّ الواقع له أثر، ولكنّ هذا الأثر لم يُرد بل الذي أريد أثر مضاف. وهكذا فنحن أمام: واقع له أثر، ومعه نيّة على أثر مضاف.

165. — انطلاقاً ممّا جاء للتوّ يمكن القول إنّ المدّعي في قضية 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. وإيّ أردت أثرا هو ضدّ لذلك الواقع، أي أنّ لي نيّة مضافة. ومعلوم أنّ عدم العلم — تماما كالعلم — يخفى فلا يعرف إلّا بغيره وهو العبارة عنه. ومعلوم أيضا أنّ النيّة تخفى فلا تعرف إلّا 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⁽⁵⁴⁰⁾. وينبغي تدقيق المقصود بالعبارة عن النيّة. وينبغي لأجل ذلك الرّجوع إلى ما قاله "ريناخ" Reinach. فإذا حصل هذا الرّجوع، أمكن الخروج من أقواله، التي لم تهّم مباشرة ما نحن بصدده، أنّ العبارة ليست تجربة داخلية خالصة ولا هي عمل خارجي خالص. وهذه الواقعة الاجتماعيّة (العبارة) لا يمكن عدّها أيضا تمظّها لتجربة داخلية

أنّ الآخر خاطئ. انظر: هادي فضل الله، مقدّمات في علم المنطق، بيروت، دار الهادي، ط 2، 1423 هـ / 2003 م، ص 72؛ "بلانشي" (زويار)، م س، ص 22 وما بعدها؛ "جارد" (جان-لويس)، م س، ص 53 وما بعدها.

⁽⁵³⁹⁾ انظر الفقرة عدد 1.

⁽⁵⁴⁰⁾ انظر: سوار (محمد وحيد الدّين)، م س، ص 206 وما بعدها.

يمكن أن توجد بمعزل عن ذلك التّمظهر. فالنتية مرتبطة بالتّمظهر باعتبار أنّ التجارب البسيكولوجية للآخر لا يمكن إدراكها إلا على أساس فيزيائي⁽⁵⁴¹⁾.
يخلص ممّا سبق أنّ النّية لا يكون لها أثر إلا متى وصلت بطريقة أو بأخرى إلى إدراك الآخر. وهذا الآخر (في المادّة التي نحن بصدددها) هو القاضي لأنّه هو الذي يقول أمامه المدّعي إنّني 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 "سيتملمس" عبارة تنبئ عن عدم علم المدّعي، وعن نيّته المضادّة. وهذه العبارة قد تكون حالا أو مقالا. فقد يقول أعمى إنّني لم أعلم أنّ القلم الذي اشتريته أحمر. فحاله المتمثّلة في كونه غير ذي بصر قد تعدّ عبارة عن عدم علمه. وقد يأتي من لا يفهم في الأحجار النّفيسة، ويقول لم أعلم أنّ ما اشتريته زجاج ويقول إنّ نيّتي انصرفت إلى غير الزجاج. فحاله المتمثّلة في كونه غير ذي بصيرة (مع الثمن المرتفع، إلخ) قد تؤخذ على أنّها عبارة عن وجود عدم العلم بالزجاج، وعن وجود نيّة على شراء الياقوت. وقد نكون أمام شخص يفهم في تلك الأحجار، ويأتي ليقول ما سبق، وقد نجد في حاله المتمثّلة في كونه لم تعرف له كذبة، أو المتمثّلة في تديّنه ما قد نعده عبارة على وجود ما ادّعاها. 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 النّية.

166. — وما جاء للتوّ يوضّح أكثر ما نحن بصددده:

فهناك واقع له أثر ما، وهنالك ادّعاء عدم العلم، مع ادّعاء وجود نيّة هي ضدّ للأثر.

وهذان الادّعاءان قد لا توجد عبارة عنهما، وقد توجد.

(541) إنّ عمل "ريناخ" همّ العمل القانوني. انظره عند: "جاردي"، م س، ص 174 وما بعدها.

فإذا لم توجد، فهذا يعني أن ليس ثمّ حتى ذلكم الادّعاءين.
 أمّا إذا وجدت العبارة، فقد تتمثّل في مقال (مجرد 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 والنيّة المضادّة.

167. - والحال هو ما جاء في الفصل 48 (المقصود بالحال هنا = ظروف الأحوال
 وسنّ القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى). ولقد طلب النصّ من القاضي أن
 يراعي الحال، أي أن يصغي ويستمع إليه⁽⁵⁴²⁾، وذلك لكي يأخذه أو لا يأخذه
 (هذا لم يقله النصّ، لكن يجب تقدير كونه محذوفا) كقرينة على عدم العلم والنيّة
 المضادّة.

بعبارة أخرى (ولنستحضر الآن معنى الغلط⁽⁵⁴³⁾): هنالك واقع، وهنالك ادّعاء عدم
 العلم به؛ أي هنالك مع عدم العلم ذاك، عدم علم بما ليس في الواقع⁽⁵⁴⁴⁾؛ أي
 هنالك عدم علم أو جهل مركّب سبّب حكما مخالفا للواقع. فإذن ثمّ غلط. وما جاء
 بالفصل 48 سينظر فيه القاضي ليعده أو لا يعده قرينة على وجود عدم العلم (إلخ)
 ومن ثمّ الغلط.

⁽⁵⁴²⁾ من معاني راعى في اللغة أصغى واستمع إليه (انظر إلى المعجم العربي الحديث). بعبارة أخرى نحن
 أمام لفظة لها عدّة معاني (النجوم: راقبها - الأمر: حفظه - والأمر: نظر إلى ماذا يصير - الرّجل:
 لاحظته محسنا إليه [...] سمعه: أصغى إليه واستمع إلى أقواله)، ولكن هنالك نيّة نستخلصها من
 المشروع المراجع على هذا المعنى الأخير.

كما أنّ اللفظة الواردة في الصّيغة الفرنسيّة (à avoir égard) تعني فعل الاعتناء بشخص أو بشيء
 اعتناء خاصا (انظر المعجم الفرنسي: روبر الصّغير 1). ونيّة المشرّع المشار إليها منذ قليل مطابقة
 لهذا المعنى اللغوي.

⁽⁵⁴³⁾ انظر هذا التعريف في الفقرة عدد 4.

⁽⁵⁴⁴⁾ لأننا رأينا أنّ عدم العلم بما في الأمر، يقترن بعدم العلم بما ليس فيه. انظر الفقرة عدد 4.

وعلى هذا، فالأمور الواردة في الفصل 48 (ظروف الأحوال، وسنّ القائم بالغلط، وحاله، وكونه ذكراً أو أنثى) ستجعلنا نقول بوجود أو بانتفاء الغلط، وإذن لن تجعلنا (كما يفهم من الحاشية الجانبية للفصل 53 من المشروع المراجع، والذي أصبح فيما بعد الفصل 48 من مجلة الالتزامات والعقود) - وأمام غلط وُجد - نغفره أو لا نغفره.

أي أننا 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 التيقّن من وجود جهل مركّب، وأمر الفصل 48 ستوجد هذا اليقين، أو ستوجد عدمه. إذن ليس ثمّ غلط "مغتفر"، بل ثمّ غلط "عددناه موجوداً". وليس ثمّ غلط "غير مغتفر"، بل ثمّ غلط "عددناه غير موجود"، أي في النهاية ليس ثمّ شرط "مغتفر" (545).

(545) ملاحظة أولى: حين نعود إلى الفقه الفرنسي نجد أنّ شرط مغتفر بهمّ الشيء والشخص ولا بهمّ الغلط المانع الذي يُرى أنّه يبطل ولو كان غير مغتفر (انظر: "بيتي"، م س، عدد 70). لكن حين نحلّل الأمر على أنّه مسألة همّ الإثبات كما فعلنا، فإنّ المعنى يصير كلّ صور الغلط. ملاحظة ثانية: يقول الفقه الفرنسي إنّه لا يطلب من مدّعي الغلط أن يثبت أنّ غلظه مغتفر. بل على المدّعي 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 نموذجاً عليه من خلال مقالي "فيفيان" و "بيتي" السابق الذكر) وحين نستقرأ القضايا التي يتمّ إيرادها في فرنسا على أنّها همّ الغلط المغتفر وغير المغتفر نجد ما يلي:

الصورة الأولى: من وقع في الغلط ملزم بالاستعلام عمّا يريد أو له القدرة على أن يستعلم.

فإذا لم يستعلم، كان مهملًا، أي مرتكباً 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.

الصورة الثانية: من وقع في الغلط ليس ملزماً بالاستعلام عمّا يريده وليست له القدرة على أن يستعلم. فإذا لم يستعلم، لم يكن مهملاً، أي لم يكن مرتكباً لخطأ.

وإذا لم يستعلم، لم يعلم.

عدم العلم هذا أدى 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 حديثاً عمّا يثبت عدم العلم، أي حديثاً عن العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن الغلط. ويبدو أنّ ما ثبت من انعدام الخطأ يمكن النظر 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 حديثاً عمّا يثبت عدم العلم، أي حديثاً عن العبارة عن عدم العلم ومن ثمّ عن الغلط. ويبدو أنّ ما ثبت من خطأ يمكن النظر إليه على أنّه يمثّل العبارة عن وجود العلم ومن ثمّ عن عدم وجود الغلط.

بعبارة أخرى:

لا يمكن إنكار أنّنا أحياناً مسؤولون عن أغلطنا، وأنّها قد تكون نتاج تهاون منّا، أي نتاج خطأ. ولا يمكن إنكار أنّ هنالك وضعيتين: 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 الثانية 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 مغتفراً؛ والحقيقة كما رأينا أنّ ما يثبت انعدام الخطأ (أي ما يثبت: "مغتفر") هو نفسه ما يُثبت عدم العلم، وما يثبت عدم العلم هو نفسه ما يثبت وجود الغلط.

في الوضعيّة الثانية: 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.

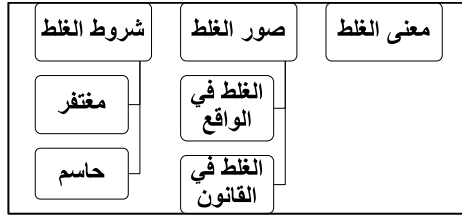
انظر حول ما جاء أعلاه عن القانون الفرنسي:

الرّزوقي (عبد المجيد)، الغلط: طريقة الاستعمال، أو الغلط بدون تعب، مجلّة البحث القانوني، 2008،

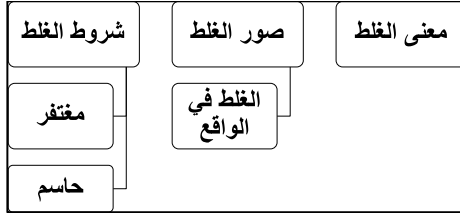
العدد 4، ص 1885 وما بعدها.

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.

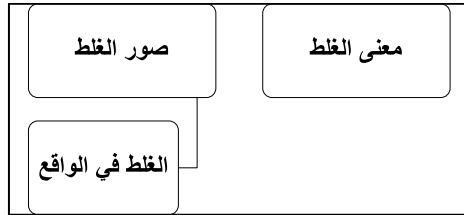
فإذا استحضرت الآن ما جاء سابقاً أمكن القول إنّ رسم مادّة الغلط ينبغي أن لا يكون على النحو التالي:



كما ينبغي أن لا يكون على النحو التالي:



بل ينبغي أن يكون كما يلي:



والسبب أنّ:

- "القانون" يدخل في "مغتفر" وفي "الواقع" (إذن صارت المجموعة 2 فيها "الواقع" فقط).
 - "حاسم" يدخل في "الواقع" (إذن صارت المجموعة 3 فيها "مغتفر" فقط).
 - "مغتفر" يدخل في "عدم العلم..." (إذن صارت المجموعة 3 فارغة ووجب من ثمّ محوها).
- بالنسبة إلى الغلط في القانون، قلنا سابقاً ما يلي: الغلط في القانون يحدث غلطا في الواقع. فإذا ادعى شخص أنّه غلط في القانون، فإنّه وفي الحقيقة ادّعى أنّه غلط في القانون وغلطه هذا جعله يغلط في الواقع. فإذا أتى بأمر تقبله المحكمة على أنّه عبارة عن عدم علمه بالقانون (إلخ)، فإنّه وفي نفس الوقت يكون قد أتى بأمر تقبله المحكمة على أنّه عبارة عن عدم علمه بالواقع (إلخ). وإنّ هذا الكلام هو الذي ينبغي أن يفسّر به ما جاء على لسان "قيستان" سابقاً في إطار عنوان الغلط في القانون.

ولعلّ المشرّع نفسه قد قال بشيء قريب من هذا في مادّة الغلط في الشّيء التي نظّمت تحت اسم غير الغلط. فلقد جاء بالفصل 668 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ البائع "لا يضمن [...] العيوب الظّاهرة ولا التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة"؛ أي أنّه لا يضمن: في صورة عدم وجود الغلط حقيقة (الصّورة الثّانية) أو في صورة عدم وجود الغلط حكما (الصّورة الأولى والثّالثة)⁽⁵⁴⁶⁾. هذا القول، كما نرى، لا يوجد فيه فهم للمادّة على أنّها لغلط وجدّ ثمّ نحن لا نغفره لأنّه ظاهر أو لأنّ المشتري كان يمكن أن يعلمه بسهولة، بل نجد فيه تناولا للمادّة بطريقة مختلفة. على هذا يمكن القول إنّّه ثمّ في المجلّة نفسها موقفان من شرط "مغتفر"، واحد يعتبره شرطا، والآخر لا. بعبارة أخرى: بالإمكان أن يتّخذ من "أمور" الفصل 48 موقفان: واحد يأخذها على أنّها تمكّن من القول بأننا أمام غلط، أو بأننا لسنا أمام غلط. وثان يتناولها على أنّها تمكّن من القول إنّ الغلط الذي أمامنا مغتفر، أو أنّه ليس بمغتفر. هذان الموقفان هما ما سنتناوله الآن.

⁽⁵⁴⁶⁾ إن من يتتبع المراجع المستعملة في الفصل 53 من المشروع المراجع (والذي سيصبح الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود) أو في الفصل 781 من نفس المشروع (والذي سيصبح الفصل 668 من مجلّة الالتزامات والعقود) لن يجد لا في الغربي ولا في الشّرقي منها ولو مرجعا واحدا ذكر هنالك ثمّ أعيد فذكر هنا في نفس الصّفحة.

(ب) المواقف من الشرط

168. — سننظر في المواقف في ذاتها، ثمّ في الحكم عليها.

(1) المواقف في ذاتها

169. — هنالك مواقف من الشرط، وهنالك مواقف من مسألة تنفّر منه:

170. — ◀ فإذا بدأنا بالمواقف من الشرط، أمكن القول إنّنا لا نحتاج على مستوى الرّبط بفكرة عدم الإحكام إلّا إلى أن نشير إلى أنّ الغرب قال بالغلط المغتفر⁽⁵⁴⁷⁾. لكنّ رسم كامل المشهد الغربيّ يستدعي أن يُذكر مؤلّف "أنكر مفهوم الغلط غير المغتفر ولم ير في القضاء إلّا رفضاً للأخذ بعين الاعتبار لأغلاط غير راجحة الوجود. لكنّ القضاء، في مادّة الغلط والعيوب، يعامل بالطريقة نفسها من علم ومن كان من الواجب أن يعلم، أي من كان خاطئاً حين لم يعلم، مع التّركيز مرّة على الطّابع غير الرّاجح للغلط، ومرّة على صبغة الخطأ في الغلط، أي على كونه غير مغتفر. وإنّ المؤلّف نفسه قد ذكر أن تمّ انحلالاً معاصراً لمفهوم الغلط المغتفر، لكنّه لم يأخذ بعين الاعتبار قرارات حديثة تأسّست وبطريقة صريحة على هذا المفهوم. وفي الحقيقة، وإن كان تمّ [...] رابط طبيعي بين إثبات وجود الغلط وطابعه المغتفر، إلّا أنّ هذا المفهوم له جدوى خاصّة لأنّه يسمح بأن يؤخذ بعين الاعتبار تصرّف المدّعي"⁽⁵⁴⁸⁾. هذا الكلام هو للفقيه الفرنسي "قيستان"⁽⁵⁴⁹⁾. والفقيه الذي

⁽⁵⁴⁷⁾ يلاحظ أنّ حواشي الفصل 53 من المشروع المراجع لم تشر على الصّعيد الغربيّ إلّا إلى القانون

الروماني.

⁽⁵⁴⁸⁾ "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

يذكره هو "شوفال" (550). فإذا ذهبنا بأنفسنا إلى هذا، وجدناه يقول: إنّ "الفكرة المتمثلة في أنّ الغلط يجب أن يكون مغتفرا لكي يسمح بنقدٍ مُجدٍ للعمل القانوني لا يمكن الإبقاء عليها [...] فليس ثمّ في الحقيقة (ويتحدّث هنا عن الغلط الذي لا يتوقّر فيه الشرط) إلّا غلط غير ثابت الوجود بالنّظر إلى الوقائع وإلى وضعيّة الواقع فيه" (551).

على هذا فالغرب منقسم بين قائل بشرط "مغتفر"، وقائل بالتحالاه.

171. — فإذا مررنا إلى الفقه الإسلامي، وجدناه يأخذ التّفرة بين الوصف الدّاتي وغير الدّاتي، وداخل غير الدّاتي بين التّفاوت الفاحش وغير الفاحش، ويركّب عليها تفرقتين أخريين: أولاهما بين الشّيء الحاضر والشّيء الغائب، وثانيتها بين الوصف الذي يدرك والوصف الذي لا يدرك. وكلّ هذا يعطي فصلا بين: — شيء حاضر ووصف يدرك، فإذا اختلفت التسمية مع الإشارة أخذ بالإشارة لأتمّها هي التي توافق التّية. — وشيء حاضر أيضا لكن مع وصف لا يدرك.

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".

(549) "فيستان" (جاك)، م س (تكوين العقد)، عدد 523 (ص 486 و 487).

(550) "شوفال" (باتريك)، عيب الرضا، أطروحة دكتوراه دولة، باريس، كلية 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.

(551) "L'idée que l'erreur doit 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.

– وشيء غائب⁽⁵⁵²⁾.

وينبغي – لكي نقدّم عرضاً أوضح للفقهاء – أن نضيف إلى ما تقدّم ما جاء عند التسولي والتاودي:

فلقد قسم الأول العيب إلى ظاهر وخفي:

وقسم الظاهر إلى الذي لا يخفى على كل من له نظر إلى المبيع، وهذا لا قيام به.

وإلى الذي لا يخفى على من تأمل وقلب المبيع.

وهنا إن ثبت التقليل وكان المشتري ذا بصيرة، فلا ردّ.

أما إذا كان غير ذي بصيرة، فتمّ ردّ.

فإذا لم يثبت التقليل، فالحكم بالردّ لذي البصيرة ولغير ذي البصيرة.

ويبدو أنّه، وبالنسبة إلى كلّ هذه الصور الثلاثة التي قيل فيها بالردّ، لا بدّ من اليمين

على الكلّ لمن يقول بها مطلقاً، وعلى البعض لمن يقول إنّ يمين التهمة تتوجّه على

أهل التهم⁽⁵⁵³⁾.

وإنّ التاودي يقسم العيب إلى ثلاثة أقسام:

أولها ذو التعلق والاتصال كالشلل والقطع، وهذا ظاهر وخفي.

فإذا كان ظاهراً وكنا أمام عارف فلا ردّ، أما الجاهل فيردّ.

وإذا كان خفياً فالجاهل يردّ، أما العارف فلا يردّ حسب الإمام مالك، لكنّ ابن

القاسم خالفه وقال يردّ بعد أن يحلف ما رآه. ويضيف ابن الموّاز: إلّا أن يكون

المبتاع مع بصيرته بالعيب غير متهم لصدقه فيردّ دون يمين⁽⁵⁵⁴⁾.

⁽⁵⁵²⁾ انظر إلى: الرزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 476 وما بعدها.

⁽⁵⁵³⁾ التسولي، م س، ج 2، ص 38 وما بعدها، ويقول في ص 40 إنّ يمين التهمة لا تنقلب.

⁽⁵⁵⁴⁾ قد يتورّع البعض ولا يحلف حتّى وإن كان صادقاً. من أجل ذلك جاء ما ورد أعلاه عن أهل

التدين وعن إعفائهم من اليمين. قارن مع الرزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 129 وما

بعدها، وذلك حول مسألة مشابهة.

وثانيها ذو التعلّق والاتّصال ولكنّه يفارق في بعض الأوقات، فهنا يقال بالرّد مطلقاً⁽⁵⁵⁵⁾.

وثالثها الذي ليس ذو اتّصال حسيّ، بل معنوي، وله الحكم السّابق نفسه⁽⁵⁵⁶⁾. هذا العرض للفقّه الإسلاميّ ينبئ بكونه يتناول المادّة التي نحن بصددّها من زاوية تقرير وجود أو عدم وجود غلط، وعلى هذا فهو مثل بعض من الغرب ومختلف عن بعض آخر من هذا الغرب نفسه.

172. — ◀ والفقّه مثل الغرب على مستوى آخر يتفرّع عن الذي نحن بصددّه⁽⁵⁵⁷⁾. ولتناول هذا الفرع يتّجه استحضار ما سبق معنا، ومفاده أنّ لدينا: واقع، ومعه نيّة مضادّة.

كما يتّجه أن نضيف إليه تفرقة جاءت في فقّه القانون الألمانيّ بين تصريح الإرادة القابل للتلقّي والذي له مفعول حين يتلقّاه الآخر وفق السّير الطّبيعيّ للأشياء⁽⁵⁵⁸⁾،

⁽⁵⁵⁵⁾ مثاله في بيع الرقيق: الجنون والسّرقة وغيرهما.

⁽⁵⁵⁶⁾ مثاله في بيع الرقيق: الرّواح والسّرقة وغيرهما.

التّاودي، م س، ج 2، ص 38 وما بعدها.

⁽⁵⁵⁷⁾ ما نحن بصددّه هو العبارة عن العلة الغائيّة، ويتفرّع عنه الحديث عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة/ ملاحظة 1: كان يمكن الاتيان بعلم الآخر كفرع للعلّة الغائيّة، أي داخل عنوان "شرط حاسم". لكنّ إتياننا به الآن سببه أنّ الأفضل لفهم "العلم" استنفاد جميع الحديث عن العلة بتناولها في نفسها وتناولها في العبارة عنها/ ملاحظة 2: الحديث عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة يهّم فقط ما يبطل منها/ ملاحظة 3: إنّ حديثنا هنا عن علم الآخر بالعلّة الغائيّة قابل لأن ينقل إلى مادّة السّبب (انظر حديث "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت" عن علم الآخر في مادّة السّبب: م س، عدد 367). بل إنّ كلّ حديثنا عن العلة (أي كلّ الفصل الثّاني الخاصّ بشروط الغلط) قابل لأن يستغلّ في مادّة "السّبب".

⁽⁵⁵⁸⁾ فإذا كنّا أمام تصريح شفاهي صدر أمام "غير" ونقله هذا إلى المتلقّي دون أن يكلفه المصحّح بذلك، فلا فاعليّة للتّصريح هنا لأنّنا أمام تلقّ لم يتمّ وفق السّير الطّبيعيّ للأشياء.

أمّا إذا كنّا أمام تصريح كتابي، فلا نعدّ أنفسنا أمام تلقّ وفق السّير الطّبيعيّ لو أنّ شخصا كتب تصريحاً ثمّ بقي متردّداً في شأنه فتّركه على مكتبه، فأنت زوجته ورأت على المكتب الورقة فظنّت أنّ زوجها نسي

وبين تصريح الإرادة غير القابل للتلقي والذي له فاعلية منذ صدوره أي منذ أن تنتهي عملية التصريح⁽⁵⁵⁹⁾.

فإذا أخذنا النوع الأول، قلنا إنّ تلقّي الآخر للتصريح لا يعني علمه حقيقة بكلّ تفاصيل ما أراده المصريح وانتباهه إلى تلكم التفاصيل. أمّا إذا مررنا إلى النوع الثاني، قلنا إنّ له - في القانون التونسي، وكحكم عامّ يمكن أن تكون له استثناءات - فاعلية منذ أن يعلمه الآخر⁽⁵⁶⁰⁾، وهو قول لا يعني أن يتصل الآخر ويعلم حقيقة بجميع تفاصيل ما نواه المصريح وأن يتنبّه إليه.

إرسالها ففعلت ذلك بدلا عنه.

⁽⁵⁵⁹⁾ مثل الوعد بالجعل وإنشاء الوقف وإنهاؤه والإمضاء والإقرار بالأبوة والوصية. انظر حول كلّ ما سبق عن الفقه الألماني: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 87 وما بعده.
⁽⁵⁶⁰⁾ جاء الحكم العامّ في الفصل 22 من مجلّة الالتزامات والعقود.

ويثير هذا النصّ سؤالين أساسيين:

أولهما هل هو للالتزام الصادر عن إرادة واحدة؟ فإذا أخذنا اللغة وبدأنا بالصياغة العربية، وجدنا فيها حرف "من". وهو حرف جرّ يأتي على عدّة وجوه منها أن يكون مرادفاً لـ: عن. وإذا مررنا إلى الصياغة الفرنسية، وجدنا كلمة (unilatéral) تفيد: "ما يتمّ عمله من جهة واحدة فقط". ولعلّ اللغة تسلم لنا معنيين: أولهما قيام التصرف يؤتى به من جهة فقط، أي أننا أمام التزام صادر عن إرادة واحدة. وثانيهما مؤونة التصرف يؤتى بها من جهة فقط: وهنا إمّا أن نكون أمام التزام صادر عن إرادة واحدة والمؤونة على صاحبها، وإمّا أن نكون أمام إرادتين والمؤونة على أحدهما فقط (هنا نكون أمام عقد).

وإنّ نيّة المشرّع المستخلصة من وجه مباشر (انظر إلى حاشية الفصل 23 من المشروع المراجع التي حدّثتنا عن تنازل وقالت إنّ لا يحتاج إلى قبول الآخر، وانظر أيضا إلى تقسيم هذا المشروع 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.

وهنا يثور سؤال مفاده هل أراد المشرّع في الفصل 22 كلّ التزام تنشئه إرادة بمفردها أم أنّ هذا النصّ تابع لما سبقه (أي للفصول: 19 و20 و21) أي هو لضرب من هذا الالتزام (الوعد بالجعل)؟ ولعلّ الجواب قد أتينا به بعد: فقد قلنا إنّ الحاشية الجانبية للمشروع المراجع تحدّثت عن تنازل، وهذا يعني أنّ الفصل 23 من المشروع، ومن ثمّ الفصل 22 من مجلّة الالتزامات والعقود لم يرد المشرّع منهما الوعد

والمحصّلة أنّه قد نكون أمام واقع، ومعه نيّة مضادّة يعلمها أو لا يعلمها المدّعي عليه في قضيّة إبطال من أجل الغلط.

173. — وهنا، وفي الفقه الفرنسي للقرن التاسع عشر، وُجد موقفان: واحد يقول لو لم تعلم نيّة المدّعي، فلا إبطال ضدّ المدّعي عليه⁽⁵⁶¹⁾؛ وثان يقول بالإبطال،

بالجعل فقط، وإذن فهما لعموم الالتزام الذي تنشئه إرادة لوحدها. (من يبحث في نيّة المشرّع 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 نوعاً ملزماً/ الفصل 22: عامّ ويهمّ ما يلزم. وهو عرض معيب يبرّر خاصّة وجود السّؤال الثّاني المذكور أعلاه.

انظر حول الالتزام والإرادة المنفردة في القانون التّونسي:

راشد راشد، الإرادة المنفردة 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 معتمّقة، تونس، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1991.

بغف (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، كلية 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.

⁽⁵⁶¹⁾ مثال: شخص دخل معرضاً به لوحة ظلّها ل: "روبان" RUBENS (هذا بالنسبة إلى:

"دومولومب"، أمّا بالنسبة إلى "لارومبيار" LAROMBIERE وهو أحد القائلين بالموقف الوارد أعلاه فيتحدّث عن لوحة ل: "كوريج" CORREGE)، وحامل شمع ظلّه من فضّة خالصة فإذا هو من نحاس مطليّ بالفضّة. فإذا لم يعلم صاحب المعرض بما نواه ذلك الشّخص، فليس ثمّ كتمان. ثمّ لا يمكن إبطال العقد على أساس الغلط، لأنّه وبالنسبة إلى المدّعي عليه اجتمعت شروط العقد بالتّظر إلى ما علمه.

وحجته أنّ الفصل 1108 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة (يقابله الفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود) قال إنّ شرط الرضا يهّم الطرفين، والفصل 1109 (يقابله الفصل 43 من مجلّة الالتزامات والعقود) قال أنّ لا رضا إذا وجد غلط أو تغيير أو إكراه. وأصحاب الموقف الأوّل - كما يقول عنهم خصومهم - يجعلون للغلط هنا وضعاً مختلفاً عن بقيّة العيوب رغم أنّ الحديث عنها جميعاً جاء في العبارات نفسه. ثمّ إنّ الفصل 1110 في الفقرة 1 (يقابله الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود) لم يشترط علم المدعى عليه. أمّا الفصل 1110 في الفقرة 2 (يقابله الفصل 46 من مجلّة الالتزامات والعقود) فيهمّ الشّخص وهي مادّة لا يمكن إلّا في صور جدّ استثنائيّة أن تتصوّر علماً من المدعى عليه بأنّ المدعى أراده لوصف معيّن، مع ذلك يقال بالإبطال في كلّ الحالات⁽⁵⁶²⁾. وإذا كان الأمر على هذا التّحو في مادّة الغلط في الشّخص، فينبغي أن يكون كذلك في مادّة الغلط في الشّيء⁽⁵⁶³⁾. ويمكن أن نضيف إلى هذه الحجج⁽⁵⁶⁴⁾ صورة الغلط الذي يرتكبه الواسطة⁽⁵⁶⁵⁾، فهنا نجد الواقع في الغلط نفسه لا علم له بما أريد. كما يمكن أن نضيف صورة الوصيّة وصورة

(562) مثال شخص يتقدّم إلى رسّام ظنّه فلانا المشهور لكي يرسم له صورة، لكنّ المتقدّم إليه مغمور وعديم الموهبة. فالعقد هنا باطل. وقد يقول الرّسّام إنّ العقد اجتمعت فيه شروط نشأته بالنظر إلى ما علمه، وأنّه ليس مغرّراً، وأنّه كان على الآخر أن يبيّن ماذا كان يريد، وأنّه يجب ألاّ يذهب هو ضحيّة خطأ المدعى، وأنّه لو فرض أنّ الثّمّن فاحش فالغبن ليس سبب بطلان. وإنّ كلّ هذا الذي قاله الرّسّام لا يمنع من الإبطال على أساس الغلط في الوصف.

(563) حين لا يعلم المدعى عليه بما أراده المدعى، فعادة ما يكون إثبات هذا لما نواه صعباً. ثمّ إنّ 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 المدعى عليه حسن النّيّة، وهذا نجده في الفقه الألمانيّ الآن: انظر إلى "فيتز" (كلود)، م س، عدد 354 وما بعده).

(564) كل ما جاء أعلاه عن الموقفين مأخوذ من: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 97 وما بعده.

(565) في مجلّة الالتزامات والعقود هي صورة الفصل 49.

الوعد بالجُعل (أجرة العامل على عمله) حيث المدعى عليه قد لا يعلم وقت إنشاء هذين العاملين القانونيين بوجودهما، فضلا عن العلم بما أريد في إطارهما. والموقف الثاني هو الذي ساد في فرنسا. ونجده الآن تحت صيغ مختلفة: وصف دخل مجال العقد/ وصف اتفق عليه/ إلخ⁽⁵⁶⁶⁾. وقد يظنّ الذي يلقي نظرة سريعة على بعض هذه الصيغ أنّه أمام الموقف الأول لا الثاني، لكن الذي يتمنّ في المقصود من الصيغ يجد أنّه هذا الموقف الثاني⁽⁵⁶⁷⁾ لا ذاك الموقف الأول⁽⁵⁶⁸⁾.

174. — فإذا مررنا الآن إلى المسألة نفسها في الفقه الإسلامي، أمكن القول إنّه يأخذ بنية مضادة قد لا يعلمها المدعى عليه علما حقيقيا ويتنبه إلى وجودها. للتدليل على هذا ينبغي استحضار الحديث الوارد في إطار الفقه عن الكشف الصريح عن الإرادة، وعن الكشف دلالة عن هذه الإرادة. ففي الكشف الصريح نجد التسمية والإشارة من جهة، والبيع على البرنامج من جهة أخرى:

⁽⁵⁶⁶⁾ انظر إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 217.

ينبغي التنبيه إلى أننا نقول: لم يعلمه الآخر ودخل المجال العقدي. وعلى هذا فالمقصود بالعلم هنا هو العلم الحقيقي والفعلي. وإلا فإنّ ما دخل المجال معلوم من الآخر افتراضا. فإذا تحدّثنا عن هذا العلم الافتراضي وجب التنبيه إلى أنّ المدعى عليه في قضية غلط ينبغي أن يحصل لديه هذا العلم فيما يخصّ العلة الغائية لمعاقده لا فيما يخصّ عدم توفرها لأنّه وفي هذه الصورة يكون كاتما أي مغرّرا. انظر "بتي"، م س، عدد 82.

⁽⁵⁶⁸⁾ ليسمح لنا هنا بأن نأخذ مثلا من الفقه القانوني الألماني لأنّه مثال أقصى فيستدلّ به على الأدنى. ويتعلّق المثال بوصف شخص هو القدرة على الحصول على قروض. فإذا كنّا داخل عملية بقرض، دخل هذا الوصف مجال العقد؛ وإذا كنا داخل عملية بالحاضر، لم يدخل. لكن قد نكون أمام العملية، ومع ذلك يكون هذا الشخص غافلا عن كونه أريد لذلك الوصف (أخذ هذا المثال من عند: "فيتز"، م س، عدد 334).

ولقد سبق معنا الحديث عن التسمية والإشارة⁽⁵⁶⁹⁾، فإذا كنّا أمام وصف يدرك بالمشاهدة، وجاءت تسمية وإشارة واختلفتا عن بعضهما، فالإشارة تعبير صريح عن النية. أمّا إذا كنّا أمام وصف لا يدرك، فالتسمية هي التي ستمثل التعبير الصريح عن النية⁽⁵⁷⁰⁾. وينبغي أن نزيد على ما سبق مقتظفاً من الزيلعي قال فيه: "ثمّ في مختلفي الجنس يتعلّق العقد بالمسمّى إذا اختلف فيه المسمّى والمشار إليه، لأنّ التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة، لأنّ الإشارة لتعريف الذات، فإنّه إذا قال هذا صار الذات معيّنا ولا يشاركه فيه غيره، والتسمية لأعلام الماهية، وهو أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ في التعريف، ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه. فكانت الإشارة أولى بالاعتبار في متّحدي الجنس لأنّ المسمّى موجود في المشار إليه ذاتا والوصف يتبعه، فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب، فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه. بخلاف مختلفي الجنس، لأنّ المسمّى فيه مثل المشار إليه وليس بتابع له، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعا للآخر، فيعتبر الأعراف عند تعذّر الجمع بينهما"⁽⁵⁷¹⁾.

⁽⁵⁶⁹⁾ انظر الفقرة عدد 162 وما بعدها.

⁽⁵⁷⁰⁾ لو أردنا أن نحلّل الأمر بطريقة أخرى لقلنا:

* عن صورة الوصف الذي يدرك:

– إمّا أنّ اللفظ تعبير له معنى وحيد لغة، ولكن هنالك نية مخالفة دلّت عليها قرينة هي الإشارة.

– وإمّا أنّ الإشارة تعبير له معنى وحيد، وثمّ نية تؤيّدته وهي أنّ الوصف يدرك بالمشاهدة.

* وعن صورة الوصف الذي لا يدرك:

– إمّا أنّ الإشارة تعبير له معنى وحيد، ولكن هنالك نية مخالفة دلّت عليها قرينة وهي التسمية وكون الوصف لا يدرك.

– وإمّا أنّ اللفظ تعبير له معنى وحيد لغة، وثمّ نية على هذا المعنى وتدلّ عليها قرينة هي كون الوصف لا يدرك.

⁽⁵⁷¹⁾ الزيلعي (فخر الدّين عثمان بن علي)، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، مصر، دار الكتاب الإسلامي، المجلّد 4، ص 53. وانظر مراجع أخرى غير الزيلعي عند: السنهوري، م س، ج 2، ص

فإذا مررنا إلى البيع على البرنامج أو على الوصف في مذهب مالك، وجدنا حاصله أن تُكتب أوصاف في دفتر، ويشترى الشيء على هذه الأوصاف، فإن وجدت لا خيار، وإن انعدمت ثمّ خيار. فهنا تعدّ الأوصاف المكتوبة كاشفة كشفا صريحا عن الإرادة⁽⁵⁷²⁾.

ويمكن القول إنّنا وفيما سبق أمام نيّة علمها المدعى عليه.

لكنّ الأمر قد لا يكون كذلك لو كنّا أمام ما أسمى أعلاه كشف بطريق الدلالة عن الإرادة. فهنا ثمّ أمر، وهو الذي يدلّ على أنّ النيّة قد ذهبت في اتجاه معين. كمن يشتري جارية اشتهرت بالطبخ، فهنا تدلّ الشهرة على نيّة المبتاع⁽⁵⁷³⁾، وكمن يشتري إبلا: فإذا كان بدويًا يقتات باللبن فالظروف تدلّ على أنه أراد ناقة، وإذا كان صاحب أسفار فالظروف تدلّ على أنه أراد بعيرا لأنّه أصلح في الأسفار⁽⁵⁷⁴⁾، هنا أيضا تدلّ الحال على نيّة المشتري. ويمكن أن نضيف إلى ما تقدّم مثال العيب. فلقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني: "السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصًا، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار [...] لأنّ العقد عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة [...] ولأنّ السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل فقد اختلّ رضاه. وهذا يوجب الخيار لأنّ الرضا شرط صحّة البيع. قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29]. فانعدام الرضا يمنع

117 وما بعدها.

ملاحظة: تحدّث الزيلعي أعلاه عن الدّات لا كصنف مستقلّ، بل كأمر داخل الجنس وغير الجنس. وهذا يؤيّد ما جاء في الفقرة عدد 82.

⁽⁵⁷²⁾ السنهوري، م س، ج 2، ص 118 وما بعدها.

⁽⁵⁷³⁾ انظر هذا المثال من البحر الرائق، ج 6، ص 26، وذلك عند: السنهوري، م س، ج 2، ص 120

و121.

⁽⁵⁷⁴⁾ انظر: السنهوري، م س، ج 2، ص 121.

صحّة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه، إثباتا للحكم على قدر الدليل⁽⁵⁷⁵⁾. وهنا يمكن القول إنّ العادة أو طبائع الأشياء⁽⁵⁷⁶⁾ تدلّ على وجود نية للمشتري هي ضدّ للواقع.

وإنّ هذا الذي وجدناه هنا، عثرنا عليه أيضا في الأمثلة السابقة، ويمكن القول خاصّة في إطار المثالين الأوّلين إنّ وجود النية المضادّة للواقع، قد لا يعلمه من سيقام عليه بالخيار.

على هذا يكون الفقه الإسلامي مثل جزء من الغرب المتحدّث عنه سابقا. والوصول إلى تقريب الفقه من الغرب يعني أنّنا وصلنا إلى مرحلة الحكم.

(2) الحكم على المواقف

175. — في إطار العنوان السابق بدأنا بعرض المواقف من الشّروط، ثمّ مررنا إلى عرض مسألة متفرّعة عن الشّروط. وهنا، في مادّة محاولة الحكم، سنعكس التّرتيب لكي نستغلّ كون هذه المسألة الفرعيّة حديثة عهد بنا:

176. — ◀ ويمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أريد فيها قبول للنّية المضادّة للواقع حتّى إذا لم يكن المدّعى عليه على علم بها. ويمكن أن نستعير من "دومولومب" حججه، وأن نطبّقها على مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁵⁷⁷⁾. لكن الواجب البقاء مع التّمسّي المعتمد في هذا العمل، والقول إنّ الفصل 48 جاء به حديث عن أمور سينظر فيها ليقال إنّها قرينة أو ليست قرينة على وجود النّية المضادّة. وإنّ النّصّ لم يقل هل يجب أم لا أن يعلم الآخر بهذه النّية. وعلى هذا فهو مطلق. والسّؤال هل يفيد الإطلاق؟ ويمكن ترجيح الجواب بالإيجاب

⁽⁵⁷⁵⁾ الكاساني، بدائع الصّنائع، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1996، ص 406.

⁽⁵⁷⁶⁾ والكلمة للسّنهوري: م س، ج 2، ص 121.

⁽⁵⁷⁷⁾ انظر هذه الحجج في الفقرة عدد 174.

لأنّ المشروع المراجع لم يستعمل وعلى طول نصوص الغلط الفقه القائل بوجود علم الآخر⁽⁵⁷⁸⁾، بل استعمل "دومولومب"، و"أوبري" و"رو"، وكلّهم مع قبول عدم علم الآخر بالنيّة، ومن باب أولى مع قبول علمه⁽⁵⁷⁹⁾. وقد لا نقبل ما سبق على أنّه يفيد على وجه اليقين بأنّ نيّة المشرّع قد ذهبت إلى الإطلاق. وهذا صحيح. لكنّا لم نقل سوى أنّه يرحّح سيرها نحو وجهة الإطلاق. وإنّ هذا الرّجحان ليكفي. بعبارة أخرى لا توجد نيّة على أنّه لم يُرد الإطلاق ولذلك ينبغي أن يُقال بالإطلاق. والدليل على عدم وجود نيّة على التقييد أنّ الذي لا يقبل إلّا علم المدّعى عليه بنيّة المدّعي أشير إليه في نصّ بعيد عمّا نحن بصدده. وأكثر من هذا لم يُنقل هذا النصّ إلى مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁵⁸⁰⁾.

فإذا انتهينا إلى أنّ ما جاء للتوّ هو موقف مجلّة الالتزامات والعقود، أمكن المرور إلى القول إنّنا لا نستطيع التأكيد على أنّ هذا الموقف محليّ أو مستورد وذلك لأنّه تمّ مثله في الشّرق وفي الغرب. وإذا لم يمكن القول بما سبق، لم يمكن المرور إلى مسألة الأحكام.

177. — ◀ فإذا رجعنا الآن إلى الحكم على المواقف من الشّروط، استوجب ذلك، لأنّ العهد قد قدّم، أن نأتي أوّلاً بما وصلنا إليه⁽⁵⁸¹⁾. وما وصلنا إليه أنّه ليس تمّ

⁽⁵⁷⁸⁾ المقصود هنا هو "لارومبيار"، وقد وجدناه عند "دومولومب" يقول بهذا الموقف. انظر الفقرة عدد 174. وإنّ هذا الفقيه لم يستعمل كمرجع في المشروع المراجع إلّا تحت الفصل 49 (قاعدة الغلط يصنع القانون)، وهذا لم تنقله مجلّة الالتزامات والعقود.

⁽⁵⁷⁹⁾ بالنّسبة إلى "دومولومب" جاء موقفه ب: ج 24، عدد 97 وما بعده. أمّا "أوبري" و"رو" فقد قالوا بهذا الموقف حين تحدّثا عن المدّعى عليه الذي يمكنه المطالبة بالتعويض لو لم يعلم بما نواه المدّعي (ج 4، الفقرة 343 مكرّر). وهذان الفقيهان قد تكرّر ذكرهما كثيرا في نصوص الغلط في هذا المكان (الفقرة 343 مكرّر).

⁽⁵⁸⁰⁾ قارن مع العامّ ومعانيه وما يعطى أو لا يعطى ابتداء: الرّازي، م س (المحصول)، ج 3، ص 21.

⁽⁵⁸¹⁾ انظر الفقرة عدد 160 وما بعدها.

غلط عددناه انطلاقاً من أمور الفصل 48 "مغتفراً"، بل تمّ غلط عددناه، انطلاقاً من تلك الأمور نفسها، "موجوداً". وليس تمّ غلط عددناه على أساس ما جاء بالفصل 48 غلطا "غير مغتفراً"، بل تمّ 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 (582).

على هذا يمكن القول إنّ ما جاء عند هذا الجزء غير محكم (لم يجمع المتماثلات). كما يمكن القول إنّ ما جاء عند جزء الغرب المتبقي (583)، وكذا الذي جاء عند الفقه الإسلامي (584) 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 إنّّه يبطل في حالتين: ثانيتهما حين يكون ممّا يعذر. ومثل هذا الحديث يدلّ على أنّ المجلّة تنظر إلى الأمر على أنّه شرط. ويتأيّد هذا الفهم بما جاء في الحاشية الجانبية للفصل 53 من المشروع المراجع (الذي أصبح الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود) ومفاده أنّ الغلط (إذن وُجد) يجب أن يكون مغتفراً (إذن شرط) (585). وهذا صريح في الدلالة على أنّ موقف المجلّة هو أنّنا أمام غلط وُجد ثمّ نرى من بعد ذلك هل توفّر أم لم يتوفّر فيه الشرط.

(582) انظر الفقرة عدد 171.

(583) انظر الفقرة عدد 171.

(584) انظر الفقرة عدد 172.

(585) بدأت الحاشية بالسؤال التالي: هل يجب أن يكون الغلط قابلاً لأن يغفر؟

ويُستفاد ممّا جاء أعلاه أنّ هذا الموقف لمجّلة الالتزامات والعقود مستورد، وليس محلياً⁽⁵⁸⁶⁾. كما يُستفاد أنّ الفقه الإسلامي وضع الحلّ المتقن. وهذه المعطيات تدعو للقول إنّ مجّلة الالتزامات والعقود أنحت على حسن كان قبلها فتخلّت عنه وأتت بما ليس حسناً؛ أي تدعو للقول إنّ المجّلة جسّدت فكرة عدم الإحكام. وتجسيدها للفكرة كما يُرى حصل مع "شرط مغتفر في إطاره العام". فكيف الحال مع الشرط نفسه في الإطار الخاصّ.

⁽⁵⁸⁶⁾ لا نجد بالفصل 647 وما بعده ذكراً لشرط "مغتفر". وكلّ ما نجده هو الفصل 668 الذي يقول: "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة". وهذا النصّ هو خليفة الفصل 781 من المشروع المراجع والذي لا نجد في حاشيته (كما هو الحال بالنسبة إلى الفصل 53 الوارد أعلاه) لا كلمة "مغتفر" ولا كون "مغتفر" شرطاً قد يتحقّق أو لا يتحقّق في غلط موجود.

الفقرة 2. الإحكام في الشرط في إطار خاص (خيار الرؤية)

178. — يعرف الفقه الإسلامي خيار الرؤية، وهو أمر كما سنرى مرتبط بوجود التّية المضادة للواقع، أي بالشرط 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) القضية التي نحن بصددّها. لذا سنرى أولاً خيار الرؤية والفقه الإسلامي (أ)، وثانياً ذلك الخيار و مجلّة الالتزامات والعقود (ب).

(أ) خيار الرؤية والفقه الإسلامي

179. — سنحاول هنا — لأنّ هذا سيصلح في عملية الرّبط بمسألة الإحكام — أن نعرض مختلف المواقف داخل الفقه الإسلامي من خيار الرؤية. ولوضوح العرض سنبدأ بالحنفيّة، ثمّ نمرّ إلى المالكيّة، فالشافعيّة، ثمّ الحنبليّة⁽⁵⁸⁷⁾:

⁽⁵⁸⁷⁾ بالنسبة إلى الفقه الإمامي انظر: الشّيخ الصّدوق، من لا يحضره الفقيه، قم، جامعة المدرّسين ، 1413هـ، ج3. ص 270؛ الشّيخ الطّوسي، التّهذيب، طهران، دار الكتب الإسلاميّة، 1365 هـ شمسي، ج 7، ص 26؛ الشّيخ حرّ العاملي، وسائل الشّيعه، 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 التعارف للمطبوعات، 1416 هـ / 1996 م، ص 412؛ السيّد مصطفى الخميني، كتاب الخيارات، تحقيق ونشر: مؤسّسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، مطبعة مؤسّسة العروج، ط 1، آبان 1376 — جمادى الثاني 1418.

أمّا بالنسبة إلى الفقه الزّيدي فانظر: الإمام أحمد المرتضى، شرح الأزهار، ج 3، ص 104 (كتاب المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكوائم الأزهار في فقه الأئمّة الأطهار. انتزعه من هو لكلّ مبهم مفتاح العلامه أبو الحسن عبد الله بن مفتاح رحمه الله. طبع هذا الكتاب على نسخة مصحّحة نسخت بحواشيه على نسخة شيخ الإسلام القاضي العلامة محمّد بن علي الشّوكاني سنة 1207 وقرئت عليه وذلك بخطّ القاضي علي بن عبد الله سهيل. مكتبة يعسوب الدّين الإلكترونيّة).

180. — فإذا بدأنا بالحنفية، بدأنا بالحديث النبوي الشريف: "من اشترى ما لم ير، فله الخيار إذا رأى" (588). وقد أخذ الأحناف بهذا الحديث وطبقوه على العقود التي تقع على الأعيان المعيّنة بالذات، وهي أربعة: "عقد البيع إذا كان المبيع عينا معيّنة بالذات، وإجارة الأعيان، وقسمة غير المثليات، والصّح على مال هو عين بالذات" (589). ويثبت خيار الرؤية شرعا لا شرطا (590) وذلك خاصة لمن اشترى شيئا لم يره. فهي حالة اعتبرت مظنة لغلط العاقد، فتمّ منحه لأجل ذلك حقّ الإبطال إن شاء لاحتمال غلطه (591).

181. — ويثبت هذا الخيار للمشتري. "ويعلّل الفقهاء مشروعية هذا الخيار بأنّه لدفع الضرر عن المشتري إذ قد يجد أنّ الشيء الذي اشتراه لاحتياجه إليه هو غير ملائم لحاجته" (592). بعبارة أخرى يقوم هذا الخيار على أساس "غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته، ومّا يقطع في أنّ هذا الخيار متصل بالرّضا وأنّ السبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابها من الغلط ما جاء في البدائع (جزء 5، ص 292): «أنّ شراء

(588) جاء هذا الحديث عند الرّزقا (مصطفى أحمد)، المدخل، 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 مریم، وهو ضعيف، قال ابن الهمام في "فتح القدير"، 5، 531 "عمل به — أي بالحديث — مالك وأحمد وهو ممّن نقل عنه تضعيف ابن أبي مریم فدلّ قبول العلماء على ثبوته [...] وقد روي الحديث أيضا مرفوعا. رواه أبو حنيفة". ويراجع لزاما: "إعلاء السنن" 14. 49 فما بعد، وفي 51 نقل الإمام محمّد بن الحسن قوله في "الحجّة" ص 236 "الحديث المعروف الذي لا يشكّ فيه عن النبي ﷺ وعليه أمور المسلمين إلى يومهم هذا في الآفاق، أنّ رسول الله ﷺ قال: «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»".

(589) السنهوري، م س، ج 4، ص 228.

(590) السنهوري، م س، ج 4، ص 228.

(591) الرّزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 481.

(592) الرّزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 482.

ما لم يره المشتري غير لازم [...] لأنّ جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافاً فيه. واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار. ولأنّ من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له»⁽⁵⁹³⁾. وهنا — وإذا أردنا أن نستعمل عبارات وردت في تحاليل سابقة — يأتي المشتري ويقول لم أعلم، وإنّ لي نيّة هي ضدّ لما توفّر في الواقع، أي إنّ وقعت في غلط، فيصدّق دون أن يلزم بإقامة البينة⁽⁵⁹⁴⁾، أي أنّ أمور الفصل 48 لن تدخل هنا كقرينة على وجود عدم العلم والنيّة المضادة أو على انعدامهما. "ويلاحظ هنا في خيار الرؤية أنّ الشارع الإسلامي يقدر احتمال الغلط بالنسبة إلى حاجة المشتري تقديراً عاماً، فيثبت الخيار لكلّ من اشترى شيئاً معيّناً لم يره، ولا يجعل هذا الخيار متوقّفاً على إثبات وقوع الغلط فعلاً من المشتري، فقد اعتبر الشارع شراء ما لم ير مظنةً عامّة للغلط"⁽⁵⁹⁵⁾.

182. — ولا يثبت خيار الرؤية للبائع. ويقول الكاساني: "روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنّه كان يقول أولاً لا يلزم ويثبت له الخيار ثمّ رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار"⁽⁵⁹⁶⁾. ولرجوع أبي حنيفة سببان ذكرهما صاحب فتح القدير⁽⁵⁹⁷⁾: أوّلهما قوله بالمفهوم بالمخالفة، فالمنطوق به في الحديث النبوي الشريف هو المشتري، والمسكوت عنه هو البائع، ويجب أن يكون حكم المسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به. وثانيهما أنّ هنالك إجماعاً سكوتياً على منح خيار الرؤية للمشتري

⁽⁵⁹³⁾ السنهوري، م س، ج 2، ص 123 و124.

⁽⁵⁹⁴⁾ قَرَّب من السنهوري، م س، ج 2، ص 124.

⁽⁵⁹⁵⁾ الرزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 483.

⁽⁵⁹⁶⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، ص 292، عن: السنهوري، م س، ج 2، ص 126.

⁽⁵⁹⁷⁾ فتح القدير، ج 5، ص 140—141، عن: السنهوري، م س، ج 4، ص 229.

ومنعه عن البائع⁽⁵⁹⁸⁾. 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 لأنيّ لم أر⁽⁵⁹⁹⁾ لا يصدّق ويُرى أنّه يعلم، وأنّ له نيّة مؤيّدّة، أي في التّهاية يُرى أنّه لم يقع في غلط لأنّ الشّيء كان في يده أو يستطيع أن يحصل عليه في يده، ومن ثمّ أن يراه⁽⁶⁰⁰⁾.

183. — وتبدو المالكيّة مختلفة عن الحنفيّة. فلقد جاء في "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد أنّ: "المبيعات 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 [...] (ف) إذا جاء على الصّفة فهو لازم [...] وقد قيل في المذهب يجوز

⁽⁵⁹⁸⁾ أخرج "الطحاويّ ثمّ البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أنّ طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفّان رضي الله عنه مالا، فقيل لعثمان إنّك قد غنبت، فقال عثمان لي الخيار لأنيّ بعته ما لم أره. وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لأنيّ اشتريت ما لم أره. فحكّما بينهما جيبرا بن مطعم رضي الله عنهم، فقضى أنّ الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان. والظاهر أنّ مثل هذا يكون بمحض من الصّحابة رضي الله عنهم، لأنّ قضية 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 سكوّتيّا".

فتح القدير، ج 5، ص 140 و141، عن: السنهوري، م س، ج 4، ص 229.

⁽⁵⁹⁹⁾ المراد بالرّؤية في خيار الرّؤية ليس بالضرورة المشاهدة بالعين، بل الاطلاع على الشّيء بحسب طبيعته، فالاطلاع (الرّؤية) على العطور يكون بشمّها (عدم الرّؤية = عدم الشمّ)، ورؤية المطعومات بتذوّقها، إلخ. الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 482 و483.

⁽⁶⁰⁰⁾ قارن مع: السنهوري، م س، ج 2، ص 125. وهناك أسباب أخرى لمنع خيار الرّؤية عن البائع فانظرها في المكان نفسه، وانظرها في ج 4، ص 229، وانظرها أيضا عند: الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 482.

بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية، وقع ذلك في المدونة، وأنكره عبد الوهّاب وقال هو مخالف لأصولنا⁽⁶⁰¹⁾.

وعلى هذا يكون جواز بيع الغائب من غير صفة على شرط خيار الرؤية مختلفا فيه داخل المذهب. والقائلون به ومن ثمّ بخيار الرؤية يجعلون ثبوت هذا الخيار اتّفاقيا لا شرعيّا كما هو الحال عند الأحناف⁽⁶⁰²⁾.

184. — هذا عن المالكيّة، والشافعيّة تبدو مختلفة. ولقد قال صاحب المذهب بموقفين في خيار الرؤية:

أولهما قديم ويقترّب من الحنفيّة، ومفاده أنّ "صحّة البيع لا تفتقر إلى ذكر شيء من الصّفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأنّ الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها"⁽⁶⁰³⁾.

وثانيهما جديد، ولنترك ابن رشد المالكي يتحدّث عنه لأنّ كتابه هو للفقّه المقارن: "قال قوم: بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وصف ولا ما لم يوصف، وهذا أشهر قولي الشافعي، وهو المنصوص عند أصحابه [...] وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضوعين [...] (والسؤال) [...] هل نقصان العلم المتعلّق بالصّفة (أو انعدامه) عن العلم المتعلّق بالحسّ هو جهل مؤثّر في بيع الشّيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثّر، وأنّه من الغرر اليسير المعفوّ عنه؟ فالشافعي رآه من الغرر الكثير"⁽⁶⁰⁴⁾.

⁽⁶⁰¹⁾ ابن رشد، م س (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، ج 2، ص 116 و117.

⁽⁶⁰²⁾ انظر الفقرة عدد 181.

⁽⁶⁰³⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 240.

⁽⁶⁰⁴⁾ ابن رشد، م س (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، ج 2، ص 116 و117.

على هذا لم يعد ثم موضع لكي يوجد خيار الرؤية، فبيع "العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها"⁽⁶⁰⁵⁾ لا يجوز. بل أكثر من ذلك "إن علم الجنس والنوع، بأن قال بعثك التوب المروي الذي في كمي أو العبد الرنحي الذي في داري أو الفرس الأدهم الذي في اصطلي (إذن عين غائبة وصفت) [...] قال في الجديد لا يصح لحديث أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ نهي عن بيع الغرر وفي هذا البيع غرر"⁽⁶⁰⁶⁾.

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 المبيع حال العقد، لأنّ الصّفة لا تحصل بما معرفة المبيع فلم يصحّ البيع بها، ولأنّ ما كان شرطاً في صحّة العقد وهو الرؤية يجب أن يكون موجوداً حال العقد"⁽⁶⁰⁷⁾. وإنّ قولاً لا يقبل بيعاً على الصّفة، لا يترك لخيار الرؤية تربة كي ينبت فيها لأنّ هذا الخيار يأتي في إطار ما هو أشدّ من البيع على الصّفة، أي في إطار بيع على غير الصّفة.

لكنّه رويت عن مذهب أحمد رواية ثانية حاصلها أنّ المبيع الذي لم تسبق رؤيته ولم يوصف يثبت فيه خيار رؤية للمشتري. وهنا يلتقي الحنابلة مع الأحناف. لكنّ أولئك يزيدون على هؤلاء ويقولون بخيار رؤية للبائع، وإن كانوا أنقص منهم على مستوى وصف المبيع ومجيء المبيع على الصّفة. فالأحناف، ولانعدام رؤية مسبقة، يقولون رغم ما سبق على خيار الرؤية. أمّا الحنابلة، ورغم انعدام رؤية مسبقة ولكن بسبب ما سبق أي بسبب مجيء المبيع على الصّفة، لا يقولون بخيار الرؤية⁽⁶⁰⁸⁾.

⁽⁶⁰⁵⁾ المهذب، ج 1، ص 263 و264، عن: السنهوري، م س، ج 4، ص 241 و242.

⁽⁶⁰⁶⁾ المهذب، ج 1، ص 263 و264، عن: السنهوري، م س، ج 4، ص 241.

⁽⁶⁰⁷⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 243.

⁽⁶⁰⁸⁾ انظر إلى السنهوري، م س، ج 4، ص 242.

والظاهر 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⁽⁶⁰⁹⁾.

ولعلّ هذا الوصف السريع للمذهب الحنبلي، ومن قبله لبقية المذاهب السنّية ينبىء بعد بما سيقال عن مجلّة الالتزامات والعقود وعن علاقتها بمسألة الإحكام.

(ب) خيار الرّؤية و مجلّة الالتزامات والعقود

186. — يشترط في المحلّ أن يكون موجوداً أو ممكناً (مقدور التّسليم) من جهة، ومعيناً أو قابلاً للتّعيين:

وقد يغيب الشّروط الأوّل كأن يكون المحلّ ديناً حصلت في شأنه وبعدّ مقاصّة⁽⁶¹⁰⁾، أو يغيب متممه وهو خلوّ الوجود من الغرر كأن نكون أمام مضامين أو ملاقيح⁽⁶¹¹⁾.

⁽⁶⁰⁹⁾ انظر إلى السنهوري، م س، ج 4، ص 242.

⁽⁶¹⁰⁾ والجزاء في القانون الفرنسي هنا (لو وجدنا أنفسنا أمام عمل قانوني: وعد بدفع ذلك الدّين) هو البطلان المطلق حسب البعض والتّسبي 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؛ السنهوري، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها).

⁽⁶¹¹⁾ المضامين ما في البطون (حمل في بطن أمه) والملاقيح ما في الظهور (ابن رشد، م س: بداية المجتهد، ج 2، ص 111). ويمكن أن يعطى هنا أيضاً مثال السمك في البحر إلخ. والوجود في هذه الصّور فيه غرر، لكن عن هذا الغرر ينجّر غرر آخر يهّم الأوصاف والمقادير وهو ما يدخلنا في الشّروط الثّاني الذي سنتحدّث فيه بعد قليل.

والجزاء في الفقه الحنفي مثلاً هو البطلان [الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س: المدخل، ج 2، ص 744] أو الفساد (السنهوري، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها). أمّا في القانون الفرنسي فالمبدأ وجوب وجود الشّيء وإلاّ فالبطلان، لكن هذا المبدأ يعرف "تلطيفاً" يهّم أولاً الأشياء المستقبلية (شيء سيصنع — يقرب منها شيء الغير) وثانياً عقود الغرر (شيء لا يعلم إن كان ما زال موجوداً أو أنّه هلك — شيء لا

كما قد يغيب الشرط الثاني - بأن نكون إما أمام عين معينة لم تقع تسميتها، أو الإشارة إليها، إلخ؛ أو أمام شيء مثلي لم يحدّد نوعه أو كمّه⁽⁶¹²⁾ - أو يغيب متممه وهو خلوّ النوع والكمّ من الغرر⁽⁶¹³⁾.

يعلم إن كان سيوجد ذات يوم: مثال السمك في البحر). وفي هذه العقود إما أن يتحدّث عن الصّحة وإما أن يتحدّث عن أحكام الشرط (انظر: "تيري" و"سيملر" و"لوكت" ، م س، عدد 272).

ويمكن القول عن الصّور السابقة إنّها لانعدام سبب قريب أو لغير فيه. وهذا القول يدعونا إلى الإشارة إلى أنّه يعترضنا في الفقه الفرنسي حديث في مادّة الغلط عن انعدام السبب البعيد أو عن غرر فيه: أب يشتري لابنته ثوب زفاف، ثمّ إنّ البنت لا تتزوج ("قيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 509) - حجز أماكن في حفل في الهواء الطلق على أمل (لن يتحقّق فيما بعد) أن يكون الطّقس يوم الحفل جميلاً ("كاربوني"، م س: الالتزامات، عدد 41) - إلخ.

ويلاحظ هنا أنّ شرط وجود المحلّ إذا لم يتوفّر فقد نكون أمام غلط. ثمّ إنّ عدم وجود محلّ التزام طرف هو من زاوية الطّرف الآخر غلط منه في وجود السبب القريب. فإذا وجد في هذه الحالات غرر انطبقت أحكام الغرر. وإنّ صورة ثوب الزّفاف (إلخ) لا تدخل في الشرط (لأنّ هنالك محلاً وهو ثوب الزّفاف، إلخ) ومن ثمّ في مادّة الغلط، بل إنّ حلّها يتبع مادّة الغرر ومادّة الشرط.

وينبغي أن نختتم بالإشارة إلى ما جاء عند ابن رشد (م س: بداية المجتهد، ج 2، ص 247). من "جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقّع الوجود وبالجملة ما لا يصحّ بيعه في الشّرع من جهة الغرر.

⁽⁶¹²⁾ انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكت"، م س، عدد 270. الذين حدّثونا أولاً عن عين معينة (corps certain) أي عمّا لا يباع بالوزن والعدّ والكيل وأعطوا مثال بيع عقار أو عمل فنيّ دون تعيينه. وثانياً عن الشّيء المثلي (chose fongible) وهو الذي يباع بالوزن والعدّ والكيل (وينقسم إلى التقد objet monétaire وغير التقد objet en nature : "كاربوني"، 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). وجزء تخلف هذا الشرط في الفقه الإسلاميّ البطلان (انظر السنهوري، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها. ولكن انظر ما سيرد في المتن). وينبغي أن نشير هنا إلى أنّ صورة الفصل 261 من مجلّة الالتزامات والعقود تدخل في هذا الإطار؛ وإلى أن نشير أيضاً إلى أنّه وبعد أن يتوفّر التّعيين أو قابليّة التّعيين يمكن أن يتحدّث عن غلط أمّا قبل ذلك فلا.

⁽⁶¹³⁾ بيع بقرة على أنّها تحلب كذا، أو شاة على أنّها حامل، إلخ (انظر: ابن رشد، م س: بداية المجتهد، ج 2، ص 111 و114؛ وانظر: حيدر (علي)، م س: درر الحكماء، ج 1، ص 306 تحت عنوان

فإذا أخذنا الشرط الثاني في جانبه الخاصّ بالعين المعيّنة التي لم توصف، والتي لم تتقدّم رؤيتها، أمكننا القول بوجود فرضيتين:

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 الجزء سيكون عاملا لمجرّد ذكر الوصف.

وإمّا أن نكون أمام قانون يقبل التعاقد على عين غائبة لم توصف، وفي هذا يمكن أن يقال بما سبق، أي في هذا يمكن أن يوجد خيار الرؤية.

وتبدو مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 63 منها) من جنس القانون الأوّل، لذا فهي رَجْمٌ لا يلد مثل هذا الخيار، وهي في هذا مثل جزء من الفقه الإسلامي. لذا لا يمكن المرور لمسألة الأحكام.

187. — ممّا تقدّم يخلص أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لا تجسّد عدم الأحكام في الإطار الخاصّ. لكن الأمر مختلف على مستوى الإطار العامّ، فهنا ليس ثمّ إلا غلط ووجد، أي ليس ثمّ "شرط مغتفر".

ولقد سبق أن رأينا أن ليس ثمّ صور غلط، وثمّ معها علّة غائبة أو فاعلة، أي في النهاية ليس ثمّ شرط هنا أيضا ...

خيار الوصف). وهذه جهالة مفسدة للعقد لأنّها تؤدّي إلى نزاع مشكل [الزرقا (مصطفى أحمد)، م س: المدخل، ج 2، ص 741 وما بعدها].

خلاصة العنوان الأول

188. — ... فإذا كان ليس ثمّ شرط "العلّة"، وليس ثمّ شرط "مغتفر"، فهذا يعني أنّ الحديث الذي سبقهما عن الصّور قد تضمّن الكلام عن الشّروط. ولعلّ هذه المحصّلة تدعو إلى أن نربطها بنتيجة سبقتها ولأن نقول بعد ذلك: — إنّ الحديث عن الشّيء هو حديث عن الشّخص، والحديث عنهما حديث عن القانون، ثمّ الحديث عن كلّ ما تقدّم هو حديث عن الشّرطين. — وإنّ عدم الأحكام في الأحكام المتعلقة بالشّيء لا بدّ لأجل ما سبق من أن يوجد في الأحكام المتعلقة بالقانون.⁽⁶¹⁴⁾ وعلى هذا لم يبق تقريبا إلّا أحكام الشّيء⁽⁶¹⁵⁾ وإلاّ عدم الأحكام المرتبط بها. وعليهما دار كلّ الحديث عن الغلط التلقائي.

⁽⁶¹⁴⁾ علينا أن نذكر هنا أنّ ما جاء أعلاه نتاج مقارنات جزئية، وأنّ ننبّه إلى ما أوردناه سابقا والذي مفاده أنّ تلك المقارنات الجزئية يجب أن تحضر معها المقارنة ذات الطابع العام.

⁽⁶¹⁵⁾ 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 حسّن القول، من وجهة الصّناعة والمنهجية التشريعية، بالتفرقة بين صور الغلط الذي ينصبّ على سبب قريب وصور الغلط الذي ينصبّ على سبب بعيد.

لكن (ولصعوبة التفرقة أحيانا) ينبغي للتشريع (حين يقرّر أن يعاقب هذه الصّور أو بعضها) أن يعاقبها عقابا واحدا (انظر في الجزء الثّاني ما عسى أن يكون هذا الجزء الواحد وما عسى أن يكون أفضله) (ملاحظة: هذا السبب يجعل دراسة الأحكام الأصلية للغلط غير قابلة للفصل عن دراسة الأحكام التأيديّة).

— وإذا نظر إلى أهمّ الصّور (وهي الشّيء)، حسّن من زاوية المنهجية التشريعية القول بالتفرقة بين التّفاوت الفاحش والتّفاوت غير الفاحش.

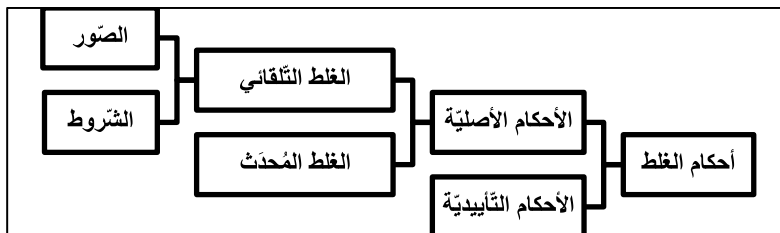
لكن (ولصعوبة التفرقة أحيانا) ينبغي للتشريع (حين يقرّر أن يعاقب) أن يعاقب الصّورتين وأن يعاقبهما عقابا واحدا (انظر في الجزء الثّاني ما عسى أن يكون هذا الجزء الواحد وما عسى أن يكون أفضله)

فإذا جئنا بما سيجيء وهو أنّ التّغيير غلط مُحدّث، أمكننا القول إنّ الحديث عن الغلط التلقائي هو بعدُ حديث عن الغلط المحدّث، وإنّ عدم الإحكام في ذلك سنجدّه في هذا.

لكن، لأنّ هذه النتيجة متحقّقة بعدُ بواسطة ما تقدّم من محتوى، فإنّنا لن نبحث في إطار ما سيأتي من مادّة عن مسألة الإحكام في جانب هذه المادّة الذي تشترك فيه مع سابقتها، بل سنحاول أن نستكشف في هذه المادّة القادمة وجهاً آخر يدخل في علاقة مع نفس المسألة⁽⁶¹⁶⁾.

(ملاحظة: هذا السبب يجعل بدوره دراسة الأحكام الأصليّة للغلط غير قابلة للفصل عن دراسة الأحكام التأيديّة).

(616)



العنوان الثّاني

الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المحدث

189. — من ينظر إلى عنوان في مجلّة الالتزامات والعقود هو "في العيوب المبطلّة للرّضا"⁽⁶¹⁷⁾، يجد داخله خمسة فصول تتحدّث عن التّعريض. فإذا ترك الفصل 43 لأنّه نصّ للإعلان، وإذا ترك الفصل 61 باعتباره يهّم غياب إرادة التّعريض الإيجابيّة والسّلبيّة، وإذا اكتفي بالفصول 56 و57 و60 لتعلّقها بغياب إرادة أثر ما أو إرادة عدم ذلك الأثر⁽⁶¹⁸⁾... إذا فُعل ما سبق، أمكن القول عن الفصل 60 إنّه للقيمة⁽⁶¹⁹⁾، وعن الفصل 56 إنّه لها ولغيرها⁽⁶²⁰⁾. لكنّ هذا الرّأي قابل للنّقاش إذ سيّرى 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 نصّاً موضوعه ما ليس قيمة⁽⁶²¹⁾

⁽⁶¹⁷⁾ ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارات: "في العيوب المبطلّة للرّضا" بعبارات أخرى: "في عيوب الرّضا". لكنّ القانون لم يستبدل معنى بمعنى. والسّبب أنّ فصله الثّاني قال إنّ مضمون المجلّة لم ينقح. وهذا الكلام يعني أنّ تأويل المجلّة الذي يستند إلى العبارات القديمة يبقى صالحا بعد 2005.

⁽⁶¹⁸⁾ انظر حول إرادة التّعريض وإرادة الأثر: الفقرة عدد 1.

⁽⁶¹⁹⁾ فرّق أحدهم بين: أولا: القيمة وهي ما يساويه المبيع بين النّاس، وثانيا: الثّمّن وهو ما يتراضى عليه المتبايعان وقد يكون أكثر أو أقلّ أو مساويا للقيمة، وثالثا: السّعر وهو "قيمة أو ثمن الواحد القياسي من الشّيء، مكيلا كان أو موزونا، أو مذروعا، أو معدودا. فإذا قيل اشترى فلان مائة متر من هذا النّسيج بسعر دينار، فمعناه أنّ كلّ متر بدينار، فمجموع الثّمّن مائة دينار". الرّقا (مصطفى أحمد)، العقود المسّتاة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دمشق دار القلم، ط 1، 1420 هـ/ 1999 م، ص 76 و77.

⁽⁶²⁰⁾ انظر: الكناي (يوسف)، هل الغبن وحدة قانونية مستقلة؟، المجلّة 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.

⁽⁶²¹⁾ سيكتفي هنا بتحديد سلبى 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

وآخر محتواه القيمة. أما النص المتبقي وهو الفصل 57، فتابع — كما سنرى ذلك — للنص الثاني.

190. — وعلى هذا يمكن تقسيم مادة التغيير المرتبطة بغياب إرادة الأثر إلى قسمين: واحد للتغيير المنصب على غير القيمة (وهو تغيير الفصل 56) والثاني للتغيير المنصب على القيمة (وهو تغيير الفصلين 60 و57)⁽⁶²²⁾. لكن سنترك هذا التقسيم، وسنعمد إلى آخر يبدو أكثر استجابة لمقتضى العرض الواضح. هذا التقسيم الآخر يستند إلى ما قرّبته مجلة الالتزامات والعقود على صعيد المكان من بعضه البعض وإلى ما أبعده⁽⁶²³⁾.

فما قرّبته هو تغيير الفصلين 56 و57 وما أبعده هو تغيير الفصل 60. وإنّا سنرى أنّ التغيير هنا أو هناك غلط مُحدّث. وهذا يعني أن بالإمكان تقسيم ما جاء بمجلة الالتزامات والعقود (بعد أن طرح منه الأحكام التأبيدية) إلى أحكام أصلية متعلقة بالفظ المحدث هي للفصلين 56 و57 من جهة؛ وإلى أحكام أصلية متعلقة بالفظ المحدث هي للفصل 60 من جهة أخرى.

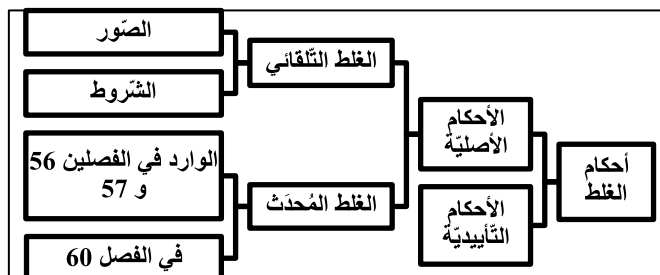
البحث.

⁽⁶²²⁾ نظر مصطفى أحمد الزرقا إلى الغاية من التغيير وقسمه من ثم إلى تغيير في الوصف وتغيير في السعر. هذا التقسيم يمكن أن يُسحب على مجلة الالتزامات والعقود بشرط أن يتبين أنّ الفصل 56 هو فقط للوصف، وهو أمر . كما قيل أعلاه . سيخاض فيه لاحقاً. ولقد قال المؤلف نفسه عن الفقهاء المسلمين إنّهم نظروا إلى الوسيلة المستعملة وقسموا من هنالك التغيير إلى فعلي وقولي، كما قال إنّ الأول عنده هو عينه الأول عندهم، والثاني لديه هو نفسه الثاني لديهم. الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، ط 1، ج1، 1418 هـ — 1998 م، ص 463 وما بعدها.

⁽⁶²³⁾ إنّ ما سيعطيه هذا التقسيم من أقسام يمكن الوصول إليه بواسطة أداة أخرى هي تركيبة الفصلين 56 و57 من جهة وتركيبية الفصل 60 من جهة أخرى: ففي الأولين جاء التغيير كمبتدأ أو كمخبر عنه، وفي الثاني (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).

فإذا ركبنا على هذا التقسيم العلاقة بالإشكالية التي نعمل عليها، أعطى ذلك حديثنا عن مسألة الإحكام في أحكام الفصلين 56 و57 من جهة، وحديثنا عن مسألة الإحكام في أحكام الفصل 60 من جهة ثانية.

لذا سننظر في الإحكام في الأحكام الأصلية للغلط المحدث الوارد بالفصلين 56 و57 (الفصل الأول)، ثمّ في الإحكام في الأحكام الأصلية للغلط المحدث الوارد بالفصل 60 (الفصل الثاني)⁽⁶²⁴⁾.



الفصل الأوّل

الإحكام في الأحكام الأصلية المحدث الوارد بالفصلين 56 و 57

191. — من يقرأ الفصل 56، يمكنه أن يفصل داخله بين أربعة أحكام: أولها لما يؤتى به، أي للعمل⁽⁶²⁵⁾؛ وثانيها لمن يأتي بالعمل أي للعامل؛ وثالثها لتأثير العمل؛ ورابعها لجزاء العمل.

أما من يقرأ الفصل 57، فيمكنه أن يميّز فيه بين ثلاث طبقات: أولها للعمل⁽⁶²⁶⁾؛ وثانيها لأثره⁽⁶²⁷⁾؛ وثالثها لجزائه. كما يمكن أن يضيف طبقة أخرى تتعلق بالعامل⁽⁶²⁸⁾.

فإذا تُركت جهة الجزاء لكونها تتمثل في حكم تأييدي، وتمّ الاهتمام فقط بالأحكام الأصلية الموجودة في الفصلين 56 و 57، أمكن التمييز بين: حكم يهّم العمل، وآخر يهّم العامل⁽⁶²⁹⁾، وأخير يهّم أثر العمل.

فأما "أثر العمل"، فمرتبط بالمتعاقد المغرّر به، أي بالمتعاقد الواقع في غلط محدث؛ وأما "العمل" و"العامل" فمرتبطين بمعاقِد المغرّر به أي بالمتعاقد مع الواقع في غلط

⁽⁶²⁵⁾ عمل الشيء لغة فعله عن قصد (انظر المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1989. وانظر المعجم العربي الحديث).

وفعل: عمل، والفعل العمل والحركة والحدث (انظر المعجم العربي الأساسي).
وعلى هذا يمكن القول إنّ الفعل قد يكون مقصودا (هو عمل كما في المعجم، والعمل ما قصد)، وقد يكون غير مقصود (هو حركة وحدث، وهذان قد يكونان مقصودين أو غير مقصودين).
وبما أنّ المتحدث عنه في المتن فعل مقصود — كما سيجيء تبين ذلك لاحقا في الفقرة عدد 196 وما بعدها — اختير لفظ العمل لأنّه خاص بالمتعمّد وترك لفظ الفعل لأنّه عامّ أي هو للمتعمّد وغير المتعمّد.

⁽⁶²⁶⁾ انظر إن كان ثمّ فرق مع ما جاء في الفصل 56: الفقرة عدد 227 وما بعدها.

⁽⁶²⁷⁾ انظر أين يلتقي جانب الفصل 57 هذا وأين يفتقر مع الجانب المقابل له في إطار الفصل 56:

الفقرة عدد 220 وما بعدها.

⁽⁶²⁸⁾ انظر الفقرة عدد 210.

⁽⁶²⁹⁾ انظر الفقرة عدد 210.

محدث. وعلى هذا فإنّ ما ورد بالفصلين 56 و57 يمكن أن ينظر إليه من جهة هذا الشخص أو من جهة ذلك. وانطلاقاً ممّا تقدّم يمكن البحث في علاقة تلك الجهة ثمّ في علاقة هذه بمسألة الإحكام. بعبارة أخرى يمكن التّظر:

في الإحكام على مستوى جهة المتعاقد مع الواقع في غلط محدث (المبحث الأوّل).
وفي الإحكام على مستوى جهة المتعاقد الواقع في غلط محدث (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد مع الواقع في غلط محدث

192. — قيل منذ قليل إنّ هذه الجهة فيها العمل والعامل. فإذا ركّبتنا على هذين الفكرة التي نعمل عليها أعطى ذلك عنواناً للإحكام والعمل (الفقرة 1) وآخر للإحكام والعامل (الفقرة 2).

الفقرة 1. الإحكام والعمل

193. — تحدّث الفصلان 56 و57 عن التّغير⁽⁶³⁰⁾. ويمكن القول:

أولاً إنّ هذه اللفظة لها في اللغة معنى الخداع.

ثانياً إنّ هنالك نية من صاحب اللفظ تفيد بأنّه قصد هذا المعنى⁽⁶³¹⁾.

194. — وينبغي هنا أن ننبّه إلى أنّ هذا المعنى حملته لفظة أخرى وردت بالفصل 43 (وقت وضعه) وهي لفظة التّدليس⁽⁶³²⁾.

كما ينبغي أن يشار إلى أنّ الصّياغة الفرنسيّة لمجلة الالتزامات والعقود استعملت في كلّ الفصول التي تمثّل موضوع هذا العمل لفظاً واحداً يفيد لغة الخداع (dol)⁽⁶³³⁾.

⁽⁶³⁰⁾ جاءت اللفظة أيضاً في الفصل 60 (وجاءت كذلك في الفصل 61، ولكنّ هذا لا يدخل في عملنا.

تمّ إنّها ومنذ قانون 2005 أدخلت إلى الفصل: 43).

⁽⁶³¹⁾ انظر ما سيأتي عن إرادة المشرع في إطار الفصل 56.

⁽⁶³²⁾ انظر المعجم العربي الحديث.

الأحكام الأصلية للفظ المحدث

195. — والنّاظر إلى هذه الصياغة الفرنسيّة — تماما كالمتمامل في الصياغة العربيّة — يجدهما قد بيّنتا في الفصل 56 المقصود من التّغريب⁽⁶³⁴⁾، وهو أمر لم تأتياه في الفصل 57.

ويمكن القول (بصفة نظريّة، وبقطع النّظر عن البيان الموجود بالفصل 56 والمنعدم بالفصل 57) إنّ التّغريب لا تخرج وسائله عن اثنتين: إمّا أن تكون وسيلة إيجابيّة، وإمّا أن تكون سلبيّة. بعبارة أخرى: يمكن التّغريب بالغير وخذاعه: إمّا بالقيام بعمل، وإمّا بعدم القيام بعمل.

196. — فإذا ربط ما جاء للتّوّ بالمسألة 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 قولاً. لذا سينظر في علاقة هذا ثمّ في علاقة ذلك بمسألة الإحكام.

(1) الإحكام وإتيان العمل بما ليس قولاً

198. — إنّ الحديث عن عمل إيجابي ليس قولاً 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 إيجابي لا يتمثّل في قول⁽⁶³⁵⁾.

⁽⁶³³⁾ انظر معجم اللغة الفرنسيّة: "روبار الصّغير 1".

⁽⁶³⁴⁾ فقالت الصياغة العربيّة إنّ مخاتلات وكنايات، وقالت الفرنسيّة إنّ Réticences و Manœuvres.

⁽⁶³⁵⁾ 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 طلاب العلم: وصنف تعلموه للاستطالة والختل

ولا نجد في الأعمال التحضيرية ما ينفي إرادة المشرع لهذا المعنى من العبارة التي استعملها.

200. — وفي إطار الفصل 57، ينبغي ملاحظة أنه لم تجئ فيه سوى لفظة التّغير، وهذه مطلقة. ولأننا لا نجد قرينة مقيدة، فينبغي إجراء المطلق على إطلاقه، والقول إنّه يعني ضمن ما يعني الخداع الذي تحدّثنا عنه أعلاه في إطار الفصل 56.

201. — فإذا قرّنا هذه النتيجة من القول إنّ هذا الخداع يعرفه كلّ من الفقه الإسلامي⁽⁶³⁶⁾ والفقه والقضاء والقانون الغربي⁽⁶³⁷⁾، كانت الخلاصة أنّ هذه المادة للفصلين 56 و57 — وبسبب وجود ما هو مثلها في الشرق والغرب — لا يمكن القطع بأنّها محلّية أو مستوردة، وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل المحلي، ومن ثمّ لا يمكن وفي الصّورتين المرور إلى مسألة الأحكام. فهل الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى مادة التّصين المتمثلة في الخداع بواسطة القول؟

أي الخداع [...] الختل الذي هو الخديعة"،
كما جاءت في لسان العرب (م س، ج 11، ص 199) أمثلة للختل، وجميعها لعمل إيجابي ليس قولاً ("يقال للصائد إذا استتر بشيء ليرومي الصيد [...] ختل الصّيد [...] والمخاتلة: مشي الصّيّاد [...] في خفية [...] ثمّ جعل مثلاً لكلّ شيء وُزّي بغيره وستر عن صاحبه [...] كأني أنظر إليه بختل الرّجل ليطعنه، أي يداوره ويطلبه من حيث لا يشعر، وختل الدّئب الصّيد: تخفّى له [...] ويقال للرّجل إذا تسمع لسرّ قوم: قد ختلهم").

وفيما يخص كلمة: manœuvre فالمعاجم تقول إنّها مركّبة من عمل œuvre ومن اليد main، ثمّ بعد ذلك تتحدّث هذه المعاجم عن الخداع (انظر إلى معجمي اللغة الفرنسيّة: روبرار الصّغير 1 وليتري)⁽⁶³⁶⁾ يكفي هنا أن تؤخذ أحد المراجع المشار إليها في الحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المراجع. انظر أيضاً إلى: السنهوري، م س، ج 2، ص 150 وما بعدها وخاصّة ص 153.⁽⁶³⁷⁾ يكفي هنا أيضاً أن ينظر إلى أحد المراجع المشار إليها في الحاشية التّحتية للفصل 61 من المشروع المراجع.

(2) الإحكام وإتيان العمل بواسطة القول

202. — قد يجيء على اللسان ما يجانب الحقيقة، فإذا كان مقصوداً، أي إذا كان عملاً، ومقصوداً به الخداع سمي كذباً⁽⁶³⁸⁾، وإذا لم يتعمد به الخداع سمي خطأ⁽⁶³⁹⁾.

203. — وإن محاولة العثور على الكذب بالفصل 57 ممكنة الإتيان بواسطة نفس الطريقة التي اكتشف بها فيه وجود الخداع بواسطة ما ليس قولاً.

أما محاولة العثور على خداع اللسان داخل الفصل 56، فينبغي أن تبدأ بملاحظة أنّ المشرّع لم يأت في هذا النص بلفظ يفيد في اللغة خصوص هذا الأمر. والسؤال الذي يطرح هل جاء بهذا العمل من وجه آخر. وإنّ الجواب يمرّ عبر لفظة الصياغة الفرنسيّة للفصل 56 التي تقابل كلمة المخاتلات: فبالإمكان القول — بناء على النية المعبر عنها مباشرة — إنّها منقولة من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة⁽⁶⁴⁰⁾. ويبدو أنّ واضعي هذه، قد نقلوا اللفظة من المعنى اللغوي المشار إليه سابقاً، إلى معنى يفيد عموم الخداع⁽⁶⁴¹⁾. على هذا تكون لفظة الفصل 56 قد أريد بها هذا المدلول العام. لكنّ هذا القول قد لا يقبل. والسبب أنّ من يأتي بالعام لا يحتاج بعد ذلك إلى الإتيان بالخاص. وهذه هي حال الفصل 56، إذ بعد اللفظة المعنى بها هنا جاء المشرّع

⁽⁶³⁸⁾ قد يقع الكاذب في خطأ، وعندها يمكن أن يقول الحقيقة. وهذه صورة لا تحتمل لأنّ الكذب لن يحدث غلطاً.

⁽⁶³⁹⁾ جاء في لسان العرب لابن منظور (م س، ج 1، ص 709) أنّ الكذب والخطأ يتشابهان في كونهما ضدّ الصواب، لكنهما يفتقان: "من حيث النية والقصد، لأنّ الكاذب يعلم أنّ ما يقوله كذب، والمخطئ لا يعلم".

⁽⁶⁴⁰⁾ أشير إلى الفصل 1116 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة في الحاشية التحتيّة لكلّ من الفصل 47 من المشروع والفصل 61 من المشروع المراجع.

⁽⁶⁴¹⁾ انظر إلى هذا القول الذي جيء به من الأعمال التحضيرية للمجلّة المدنيّة الفرنسيّة: "مازو" (هنري وليون وجون) و"شاباس"، م س، عدد 193. لكننا سنرى أنّه، ولئن أعطيت لفظة الفصل 1116 المعنى المتمثّل 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.

بلفظة أخرى⁽⁶⁴²⁾. ويمكن أن يُردّد على هذا بأنّ من يأتي بالعامّ قد يخشى أن يؤتى إليه ويُخَرَج منه - لسبب أو لآخر بواسطة عمليّة التّأويل - أمراً معيّناً. فإذا أراد ألاّ يُفعل ذلك جاء بالخاصّ دون العامّ⁽⁶⁴³⁾، أو - وهذا ممكن بدوره - جاء بالخاصّ إلى جانب العامّ.

ويمكن أن يضاف إلى ما تقدّم، ودائماً في إطار التّبيّة المعرّ عنها مباشرة، أنّ هنالك مرجعاً استعمل في المشروع المراجع وجاءت فيه اللفظة المتحدّث عنها هنا للتعبير عن وقائع فيها خداع بأمر إيجابيّ ليس قولاً، وفيها أيضاً - وهذا ما يجب أن يُسَطَّر - خداع بأمر إيجابيّ يتمثّل في قول⁽⁶⁴⁴⁾.

وعلى هذا وعلى ما سبقه، يمكن القول إنّ لفظ الفصل 56 أريد به أيضاً الكذب. وهو قول يضاف إلى ما تمّ التأكيد عليه بعدد في إطار الفصل 57.

204. - فالنّصان إذن تعرّضا للكذب. والأمر ليس مختلفاً بالنّسبة إلى الفقه الإسلامي وإلى الغرب⁽⁶⁴⁵⁾. وعلى هذا فمادّة مجلّة الالتزامات والعقود المتمثّلة في

⁽⁶⁴²⁾ لفظة Réticence وتقابلها في الصّياغة العربيّة لفظة الكنايات.

⁽⁶⁴³⁾ وهنا سيقال إنّ الخاصّ يفيد العموم.

⁽⁶⁴⁴⁾ انظر إلى الحاشية التّحتيّة للفصل 61 من المشروع المراجع حيث تمّ إيراد قرار تعقيبي فرنسي جاء في وقائعه أعمال يد، وأعمال لسان واستعملت للتدليل 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 الجانيّة جاء فيها حديث عن الخداع القولي، لكن - وبسبب انعدام ربط مباشر مع اللفظة المعنى بما هنا - لم يستعمل هذا الحديث كحجّة.

⁽⁶⁴⁵⁾ انظر بالنّسبة إلى الفقه الإسلامي:

المراجع الواردة بالحاشية الجانيّة للفصلين 47 و48 من المشروع، وقد جاءت فيها مثلاً المادّة 658 من المجلّة العثمانيّة التي احتوت على الغرور القولي.

المراجع الواردة بالحاشية الجانيّة للفصل 61 من المشروع المراجع وفيها ما ورد داخله حديث عن الكذب:

الأحكام الأصلية للفظ المحدث

الكذب ثمّ مثلها في الشّرق والغرب. لذا لا يمكن القول عنها إنّها محلّية أو مستوردة. وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل المحلي. من أجل ذلك لا يمكن المرور إلى مسألة الأحكام.

والسؤال 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 قولاً وكما فعل مع الخداع بأمر سلبيّ؟ إنّ الجواب لا يمكن أن يُقدّم إلّا بعد التّعرّض إلى هذا النوع من الخداع، وهو ما سيؤتي به الآن من خلال العنوان الخاص بالأحكام وترك العمل.

ابن نجيم، م س، I، 334: "الغرور [...] لو أخبره رجل أنّها حرّة [...] فظهرت مملوكة".
التسولي، م س، II، 286.

الزرقاني، م س، V، 133: "التغريب الفعلي [...] له الرّدّة 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 مخروفاً وهو يعلم به وقال إنّّه صحيح فتلف ما وضع فيه بسبب الخرق فلا ضمان في جميع ذلك على المشهور [...] وهذا ما لم ينضمّ للغرور القولي عقد فيما يمكن فيه ذلك".
وانظر أيضاً:

شحاتة (شفيق)، التّظريّة 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، م س، ج 2، ص 155 وما بعدها، حيث تعرّض للفقّه الحنفي (مبسوط السرخسي) وللفقّه المالكي (مدوّنة مالك وقوانين ابن جزّي) وللفقّه الشّافعي (مهذب الشّيرازي) وللفقّه الحنبلي (الشرح الكبير على متن المقنن).

وانظر بالنسبة إلى الغرب:

المراجع المستعملة بالحاوية التّحتية للفصل 61 من المشروع المراجع، وقد جاءت الإشارة إلى الكذب في:

"أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر، حيث تحدّثنا 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.

(ب) الإحكام وترك العمل

205. — تمّ في السابق تحديد مادّة الفصل 57⁽⁶⁴⁶⁾ على نحو مطلق يجعلها قادرة على أن تحوي الخداع بواسطة أمر سلبي. لذا ينبغي المرور 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: التّكلم بشيء وإرادة غيره⁽⁶⁴⁷⁾. وينبغي هنا — بعد إعطاء هذا اللفظ ذلك المعنى ابتداءً — البحث عن نيّة صاحبه. فإمّا أن نواصل بعد هذا البحث القول بذلك المعنى، وإمّا أن نحجّره لنقول بغيره.

206. — وتطبيقاً لما جاء للتّوّ وحين نذهب إلى المشروع نجده قد تحدّث عن التّغيير (dol). ثمّ جاء بلفظة manoeuvre (ترجمت فيما بعد بالمخاتلات) في معرض بيان. وكلّ ذلك بالفصل 47⁽⁶⁴⁸⁾. ثمّ إنّه جاء بالفصل 48 وفيه بيّن (إذن للمرّة الثانية) معنى التّغيير وقال إنّه الإيهام بوجود معدوم أو بانعدام موجود، ممّا يدلّ على أنّ لفظة manoeuvre المترجمة إلى المخاتلات تفيد هذا الإيهام.

أمّا المشروع المراجع فقد جاء فصله الواحد والسّتون بلفظة dol (ترجمت في ما أسميناه التّرجمة الكاملة ب: التّغيير). وبينّها تبياناً أوّلاً بلفظة manoeuvre (ترجمت ب: المخاتلات). ثمّ بيّنها تبياناً ثانياً بلفظة réticence (التي ترجمت إلى الكنايات)⁽⁶⁴⁹⁾.

(646) انظر الفقرة عدد 202.

(647) انظر لسان العرب لابن منظور (م س، ج 15، ص 233): "والكناية أن تتكلم بشيء وتريد غيره.

وكنتي على الأمر بغيره يكتي كناية: يعني إذا تكلم بغيره ممّا يستدلّ به عليه نحو الرّفث والغايط".

(648) Article 47 : "Le dol est une cause de rescision de l'obligation lorsque les

manœuvres [...]"

Réticence (649)

وهي اللفظة التي جاءت بالصّيغة الفرنسيّة للفصل 56 وتعني لغة السّكوت المتعمّد (انظر المعجم

الفرنسي: "روبار الصّغير 1": "omission volontaire d'une chose qu'on devrait dire"

ويترجم قاموس المنهل هذه الكلمة ب: "كتم، تكتم، إكنان، طي، إخفاء، صمت أو سكوت عن تقديم

الأحكام الأصلية للفظ المحدث

وجاءت الحاشية الجانبية لذلك المشروع بتفسير أوّل للتغريب مفاده أنّه الإيهام بوجود معدوم، والإيهام بانعدام موجود (ومن يأتي بالمشروع سيقول إنّ الأمر يتعلّق دائماً باللفظ الذي ترجم إلى المخاتلات). كما جاءت تلك الحاشية بتفسير ثانٍ للتغريب حاصله أنّه الامتناع عن تنبيه الآخر إلى أمر له مصلحة في معرفته. وهذا التفسير الثاني لا يمكن أن يكون إلاّ تفسيراً للفظ الذي تُرجم به: الكنايات. وعلى هذا فنية المشروع المعرّب عنها مباشرة تفضي إلى القول بأنّه أراد من هذا اللفظ (الذي ترجم بالكنايات) "عدم تنبيه الآخر..."، أي أراد الكتمان. وإنّ لفظاً يُراد منه الكتمان لواجب الترجمة لا بلفظ الكناية (كما فعل ذلك في الترجمة الكاملة للمشروع المراجع)، بل بلفظ الإكتمان أو الكنّ أو الكنون⁽⁶⁵⁰⁾ (ملاحظة: ورثت مجلّة الالتزامات والعقود هذا الخلل، لأنّ لفظة *reticence* في صياغتها الفرنسية تقابلها في الصياغة العربية لا لفظة الإكتمان أو الكنّ أو الكنون، بل لفظة الكنايات. وإنّ هذا لموطن كان ينبغي فيه للقانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 أن يتدخّل. لكنّه لم يفعل. بل اهتمّ به: "الجانبين" واستبدالها به: "الطرفين". واهتمّ به: "متواطياً" واستبدالها به: "متواطئاً". واعتنى به: "الجانب" وغيّرها به: "الطرف").

وبالإمكان القول على ضوء ما سبق إنّ الإخفاء معنى لغوي في الصياغة الفرنسية للفصل 56، ولكنّه معنى تشريعي في الصياغة العربية، أي بالإمكان القول – وهذا هو المنشود – بأنّ النصّ يعرف الخداع بواسطة أمر سلمي، أي الكتمان.

بيانات".

(650) في اللغة هنالك:

كنّى كناية: وتعني تكلم بشيء وأراد غيره.

أكنّ إكتمنا: وتفيد ستر.

كنّ كنّا وكنونا: وتدللّ على ستر وغطّى وأخفى.

انظر: المعجم العربي الحديث.

207. — فإذا استحضرنّا أن من الجائز قول نفس الشّيء عن الفصل 57، تبين أنّ المرحلة الموالية ستمثّل في التّساؤل: هل أنّ هذا النّوع من الخداع معروف من الفقه ومن الغرب؟
الجواب بالإيجاب⁽⁶⁵¹⁾.

هذا الضّرْب من الجواب يوجّه محتوى المرحلة الموالية نحو منحى معيّن هو عدم إمكان الجزم فيما يخصّ هذه النّقطة من الفصلين 56 و57 بأنّها محلّية أو مستوردة.

⁽⁶⁵¹⁾ بالنسبة إلى الفقه انظر:

المراجع الواردة بالحاوية الجانبية للفصل 61 من المشروع المراجع، وعلى وجه المثال: الزّرقاني، م س، ج 5، ص 136: "فيظهر من العيوب ما ليس فيه ويكتّم ما فيه". وقد تحدّث الزّرقاني عن الكتمان أيضا في ص 134 و135 ولكنّ الحاشية لم تشر إلى هذا المكان.
التّسولي، م س، ج 2، ص 286.
ولقد ذهب الفقه بعيدا، فأوجب على البائع مثلا أن يبيّن: "ما علمه من عيب سلّعه قلّ أو كثر [...] وعليه تفصيله أو إراءته [...] إن كان يرى [...] ولا يجمّله، أي لا يجوز له إجمال العيب، أي يجمّل في الجنس الصّادق على أفرادهم ولم يعيّن الغرر القائم به، كهو معيب ولم يعيّن العيب [...] ومن الإجمال أن يذكر العيب الذي هو به وغيره ممّا ليس فيه [...] لأنّ المشتري ربّما علم سلامته ممّا ليس فيه فيظنّ سلامته من الآخر".

ملاحظة: هذا الكلام هو لابن جزّي، وقد ورد عند السّنهوري، م س، ج 2، ص 170 و172. انظر أيضا حول عدم جواز الإجمال: التّسولي، المرجع المعتمد في الحاشية، ج 2، ص 36 وما بعدها.
وإنّ العيب ليس بالضرّورة نقصا "طبيعيّا"، بل هو كلّ أمر في المعقود عليه يكرهه المتعاقد معه ويقلّل من رغبته فيه. انظر: ابن جزّي، القوانين الفقهية، بيروت، المكتبة النّقافية، 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 عيش (محمّد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، بيروت، دار صادر، ج 2، ص 716.

وانظر عموما وحول مختلف المذاهب: السّنهوري، م س، ج 2، ص 169 وما بعدها.
وبالنسبة إلى الغرب انظر: المراجع الواردة بالحاوية الجانبية للمشروع المراجع. وعلى وجه المثال: "لوران"، م س، ج 15، عدد 528.

208. — وهذه المرحلة، بدورها وبهذا المحتوى، تسير بمضمون تاليتها إلى اتجاه حاصله عدم إمكان المرور إلى الأحكام وإلى علاقته بالنصين في جانبهما الخاصّ بالتعرّض للكتمان.

209. — لكنّ هذا التعرّض للكتمان، من قبل الفصل 56 على الأقلّ، وإن لم يقدّم أو يؤخّر هنا، فهو يفيد على صعيد آخر إذ يسمح بتبرير عدم إفراد هذا النصّ الكذب بلفظة خاصّة. هذا التبرير 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 الصمت مضطرّ لأن يضع له اللفظ الخاصّ به إذ الصامت قد لا يكون كاذبا، أي قائلا. وما سبق يبرّر عدم كلام الفصل 56 عن الكلام، ويفسّر كلامه عن عدم الكلام⁽⁶⁵²⁾.

⁽⁶⁵²⁾ بعبارة أخرى هنالك نوعان من الكتمان: كتمان للحقّ لا يصحبه تغيير للحقّ (كتمان مجرّد) وكتمان للحقّ يصحبه تغيير للحقّ (باليد أو باللسان). ولفظ الكتمان يمكن أن يحمل النوعين. أما 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 النوع الأوّل من الكتمان. ويمكن أن نجد في القرآن الكريم أثرا لنوعي الكتمان، بل أثرا لكون النوع الأوّل أقلّ خطورة من الثاني، لأنّ هذا الثاني 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: لَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ + لَا يُزَكِّيهِمْ + لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ.

فالتّص 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 إيجابي آخر لكنّه ليس كلاما.

وهذا القول نفسه أمكن الخروج به من الفصل 57.

كما أمكن أن يُلاحظ أنّ مادّة العمل - ويمثل هذه الجوانب الثلاثة - موجودة في الفقه وفي الغرب. وهذا وقف دون إمكان القطع بأنّ ما جاء بالتّصين محليّ أو مستورد. وعلى تقدير أنّه مستورد فهو مثل المحليّ. وكلّ هذا حال دون المرور إلى مسألة الإحكام.

والثّانين عقوبتهم: لا يُكلّمهم الله + لا يزيّهم + همّ عذاب أليمّ + لا يُنظر إليهم. والسبب أنّ الأوائل كتموا "ما أنزل الله [...] (أما الثّانين فإثم) لم يكنوا الحقّ فقط بل غيروه وأقسموا على ذلك [...] فهم لم يكتفوا بالكتمان بل تجاوزوه [...] فلما زادوا في الذّنب زاد الله لهم في العقوبة فقال: (وَلَا يُنظَرُ إِلَيْهِمْ)". السامرائي (فاضل صالح)، التعبير القرآني، الأردن، دار عمار، ط 1، 1418 هـ/ 1998 م، ص 123.

وإنّ ما سبق بيّنه إلى أنّ عرض التّغيير ينبغي أن لا يكون على النّحو التّالي: عناصر التّغيير = عنصر ماديّ (فعل/ قول/ صمت) + عنصر معنويّ (انظر مثلا: الزين (محمد)، 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 انفصلهما لضرورات بيداغوجيّة ولكن ينبغي أن لا يُنسى هذا فيما بعد وأن لا يعدّ الأمر وكأنّه ما يعبر عن الحقيقة). وثانيا أنّ الفعل مرتبط بالصّمت والقول مرتبط بالصّمت. وعلى هذا ينبغي عرض هذا الجانب من مادّة التّغيير بالبداية 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 يُحدّث داخل هذه التقاطع 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 نوع في الجزاء وشدّده حيث تمّ زيادة. أمّا مجلّة الالتزامات والعقود فلم تفعل. وهذه المسألة وسابقتها لهما علاقة بالإحكام والصّناعة والمنهجية التشريعيّة.

والسؤال الذي يطرح هل ستكون النتيجة على مستوى العلاقة بمسألة الأحكام هي نفسها مع مادة أخرى في النصين، أي مادة العامل.

الفقرة 2. الأحكام والعامل

210. — لم يأت الفصل 57 بما جاء به الفصل 56 على صعيد تعداد الأشخاص الذين يقع منهم التغيرير. لكن من يبحث في نية المشرع، يجد أنّها اتّجهت إلى أن يفترق ذلك عن هذا على مستوى جزء من مادة أثر العمل⁽⁶⁵³⁾، وإلى أن يلتقيا على مستوى غيرها ومن ضمنها مادة العامل. لذا فإنّ معرفة هذه المادة في إطار الفصل 56 هي معرفة لها في إطار الفصل 57. فإذا تحققت هذه المعرفة، أمكن المرور إلى المرحلة الموالية وهي مرحلة التعرّف على نفس المادة في الفقه وفي الغرب. وكلّ ذلك سيسمح بإتيان المرحلة الثالثة، وهي مرحلة محاولة الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود وتحديد هل تمّ إحكام في أحكامها:

211. — وينبغي بدء المرحلة الأولى بالتعرض إلى تفرقة جاءت في فقه القانون الألماني بين التغيرير في إطار تصريح بالإرادة غير قابل للتلقي أو للمورد، والحداع في إطار تصريح قابل للتلقي أو للمورد⁽⁶⁵⁴⁾. ففي الأوّل لا يُلتفت إلى وصف العامل،

⁽⁶⁵³⁾ انظر ما سيأتي بالفقرة عدد 227 وما بعدها.

⁽⁶⁵⁴⁾ جاء عند أحدهم أنّ المبدأ هو كون التصريح يوجّه من شخص (المصدر) إلى شخص آخر (المورد)، وهذا يوصف بالتصريح القابل للتلقي أو للمورد، ولا يكون نافذاً إلا متى تلقاه الموجّه إليه أي ورد عليه. لكن هنالك مظهرات إرادة لا يشترط لنهاها ما سبق، وهي تصاريح الإرادة غير القابلة للتلقي أو للمورد. وهذه عددها محدود، وهي بالأساس الوصية، وإنشاء الوقف أو إتمامه، والوعد بجائزة، وإمضاء عمل قانوني يقبل المنازعة، والإقرار بالأبوة. وتكون نافذة بمجرد إصدارها. "فيتز" (كلود)، م س، عدد

وفي الثاني يعنى بهذا الأمر بأن يقصى الغير ابتداءً ويقبل استثناءً⁽⁶⁵⁵⁾. وتنبه هذه الإشارة السريعة إلى فقه القانون الألماني إلى أمرين:
فأما الأول فهو أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تتناول إلاّ النوع الثاني من التصريح.
وأما الثاني فهو أنّها قريبة من تمثلي فقه القانون المذكور إذ أنّها بدأت بأحد الجانبين
وبناييه وبالمتواطئ معه، ثمّ وفي جملة مستقلة تعرّضت إلى الغير.

212. — وإنّ تغير أحد الجانبين⁽⁶⁵⁶⁾ لا يحتاج إلى مزيد حديث هنا⁽⁶⁵⁷⁾، وإنّ كان سيرجع إليه لاحقاً. أمّا تغير النائب، فيحتاج إلى ملاحظة أنّه جاء عامّاً، وذلك من وجهين:

فمن الوجه الأول يشمل النائب الاتفاقي والنائب القانوني.
ومن الوجه الثاني يحوي صورة وجود علم من المنوّب بعمل النائب وصورة غياب هذا العلم.

والسؤال ماذا يفيد العامّ في هذين الوجهين؟
ينبغي للجواب الرجوع إلى نيّة المشرّع⁽⁶⁵⁸⁾: فبالنسبة إلى مسألة النائب يمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أرادت الاتفاقي والقانوني⁽⁶⁵⁹⁾؛ أمّا بالنسبة إلى علم المنوّب فيمكن القول إنّ المجلّة أرادت هنا أيضاً العموم⁽⁶⁶⁰⁾.

⁽⁶⁵⁵⁾ انظر: "فيتز" (كلود)، م س، عدد 362 وما بعدها حيث جاء أنّه وفي التصريح القابل للتلقّي أو للمورد وكمبدأ يقصى الغير (والمقصود بالغير، ليس ممثّل متلقّي التصريح، ولا هو من أسهم في الإبرام لمصلحة هذا المتلقّي، مثل بائع السيّارات الذي يسهم في إنشاء عقد القرض الذي يجمع المشتري بالبنك)، لكن وكاستثناء أول يؤخذ بعمل الغير لو أنّ المتلقّي يعلم أو من المفروض أن يعلم بالتغير، كما أنّه — وكاستثناء ثان — يعتمد التمثلي نفسه لو أنّ الحاصل على حقّ مباشر في العقود لفائدة الغير تحقّق فيه الشرط نفسه (شرط العلم الحقيقي أو التقديري).

⁽⁶⁵⁶⁾ ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "أحد الجانبين" بعبارة أخرى: "أحد الطّرفين".

⁽⁶⁵⁷⁾ إلّا أن يبحث مثلاً في إمكان أن يقاس عليه المنتفع في اشتراط لمصلحة الغير.

213. — وإنّ تغير المتواطىء، هو مثل تغير أحد الجانبين، لا يستوجب مزيد إيضاح.

214. — أمّا تغير الغير فقد جاء كما سبق في جملة مستقلة. والسبب أنّه لم يكن موجودا في الفصل 47 من المشروع. ثمّ رئي أن يُضاف فأضيف. لكن اختير أن لا يصاغ نصّ الفصل 47 من جديد بحيث يعاد تركيب محتواه من بدايته، وبالتحديد اختير أن يؤتى إلى ذيل النصّ وأن تزداد بعده جملة. وكلّ هذا أعطى الفصل 61 من المشروع المراجع في صياغة تتركّب من جملة أولى ثمّ من جملة ثانية هي للتدراك والاستدراك. وإنّ هذه الصياغة هي التي صارت فيما بعد الفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود. وجميع هذه المعطيات يمكن من الوصول إلى تأكيدات:

فأمّا التأكيد الأوّل فيهمّ مسألة وصف علم المتعاقد بتغير الغير هل هو الحقيقي فقط أم أنّه التقديري أيضا. ولعلّ الإجابة تستقى من التنبّه إلى أنّ زيادة الجملة في المتن، قد صحبتها زيادة مرجع في الحاشية التحتية يتمثّل في الفصل 123 من المجلّة المدنية الألمانية⁽⁶⁶¹⁾، ولعلّ هذا يبرّح⁽⁶⁶²⁾ قولا مفاده أنّ نيّة المشرّع قد انجّهت

⁽⁶⁵⁸⁾ انظر الفقرة عدد 177 و202.

⁽⁶⁵⁹⁾ جاء عند "دومولومب" (م س، ج 24، عدد 187) حديث عن النائب الاتفاقي والقانوني. وإنّ الحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع، حين أشارت إلى هذا المؤلّف في هذا الجزء الرابع والعشرين، يمكن أن يفهم منها تعرّض هذه الفقرة عدد 187. ما قالته الحاشية هو بالضبط: sq187.

⁽⁶⁶⁰⁾ جاء عند "دومولومب"، وفي المكان المشار إليه بالحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع أي بالجزء 24 وبعده 186، قبول للتغير الذي يأتيه النائب والذي لا يبلغ مسامع المنوّب.

⁽⁶⁶¹⁾ لم يبيّ في الحاشية التحتية للفصل 47 من المشروع إلّا الفصل 1116 من المجلّة المدنية الفرنسية. أمّا في الحاشية التحتية للفصل 61 من المشروع المراجع فقد أضيفت مراجع فقهية وقضائية، كما أضيف — وهذا ما أشير إليه أعلاه — الفصل 123 من المجلّة المدنية الألمانية.

⁽⁶⁶²⁾ إنّ مردّ الشكّ في مسألة الرّجحان أنّه أضيفت أيضا إلى حاشية المشروع المراجع مراجع لا علاقة لها بالمعنى الذي سنتحدّث عنه.

إلى الأخذ بهذا النصّ على مستوى قوله بتغيير الغير إذا علمه المتعاقد أو كان من الواجب أن يعلمه⁽⁶⁶³⁾.
 وأمّا التأكيد الثاني فمفاده أنّه لا يمكن، من خلال تاريخ جملي الفصل 56، لا إثبات ولا نفي أنّه أريد إقصاء الغير على وجه المبدأ في الجملة الأولى، وقبوله بوصف الاستثناء في الجملة الثانية.

215. — لكنّ تاريخ الفصل 56 يمكن من ختم هذه المرحلة الأولى المتعلقة بتحليل مادّة العامل كما وردت بهذا النصّ بخلاصة مفادها: أنّ المتعاقد في الجانب الأوّل من المادّة فاعل لوحده؛ وأنّه في الجانب الثاني (أي جانب النائب) إمّا شريك بالعلم⁽⁶⁶⁴⁾، وإمّا بريء⁽⁶⁶⁵⁾؛ وأنّه في الجانب الثالث (جانب المتواطئ) شريك بالفعل؛ وأنّه في الجانب الأخير شريك بالعلم⁽⁶⁶⁶⁾. وكلّ هذا يعطي ثلاثة أقسام: قسم للمتعاقد الفاعل، وقسم للمتعاقد الشريك، وقسم للمتعاقد البريء⁽⁶⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶³⁾ انظر الفقرة الثانية من الفصل 123 من المجلّة المدنيّة اللامانيّة التي جاء فيها: "إذا كان الغير هو صاحب عمل اليد الذي هدف به إلى الخداع، وكان التصريح واجب الإصدار باتجاه الآخر، فالتصريح لا يقبل الإبطال إلا إذا كان هذا (الآخر) يعلم أو من الواجب أن يعلم بهذا العمل".

"Lors qu'un tiers est l'auteur de la manœuvre destinée à tromper, et que la déclaration devait être émise envers un autre, cette déclaration n'est annulable que si celui-ci connaissait ou aurait dû nécessairement connaître cette manœuvre".

المجلّة المدنيّة اللامانيّة الصادرة في 18 أوت 1896 والداخلة حيز التطبيق في غرة جانفي 1900، باريس، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، 1929.

Code civil Allemand, Paris, L.G.D.J., 1929.

⁽⁶⁶⁴⁾ إن كان المنوّب عالماً.

⁽⁶⁶⁵⁾ إن لم يكن المنوّب عالماً.

⁽⁶⁶⁶⁾ انظر إلى "دومولومب" في المرجع والمكان المشار إليهما بالحاشية التّحتيّة للفصل 61 من المشروع المراجع حيث يقول إنّ: "الطرف الذي علم بالتغيير الذي أتاه الغير لكي يؤدّي بالطرف الآخر إلى التعاقد دون أن يتّبهه، يجب أن يعدّ مشاركاً فيه. فكيف يحدّدك الغير بحضوره وبواسطة تأكيدات كاذبة حول موضوع العقد الذي سنقوم به معاً، ومع ذلك أبرم معك هذا العقد، بدون أن

216. — وما ورد في المرحلة الأولى يسهّل دخول المرحلة الثانية من بابها الغربي. فلقد جاء في تلك ما يسمح بالتأكيد على أنّ الغرب يعرف هذه الأقسام الثلاثة⁽⁶⁶⁸⁾. ونفس النتيجة يمكن الوصول إليها لو تمّ ولوج هذه المرحلة الثانية من بابها الشرقي، أي من باب الفقه⁽⁶⁶⁹⁾.

أقول لك شيئاً، مستغلاً الخداع الذي رأيت أنك ممّلت محلاً له. فمن يدّعي أنّي لم أتحوّل إلى شريك بواسطة كتمانني" ("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 conclus 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 الرابع عن الجانب الثالث أن تمّ في هذا اتفاق مسبق بين المعرّ والمتعاقّد، أمّا في ذلك الجانب الرابع فليس تمّ إلّا مجرد علم من المتعاقّد.

⁽⁶⁶⁷⁾ وإنّه وبسبب هذا القسم الثالث يكون المتعاقّد مع الواقع في غلط محدث ليس هو محدث الغلط.

⁽⁶⁶⁸⁾ انظر ما جاء سابقاً: في "دومولومب" وفي الفصل 123 من القانون المدني الألماني.

⁽⁶⁶⁹⁾ جاء في "ردّ المحتار على الدر المختار" (المعروف بحاشية ابن عابدين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2، ج 4، 1407 هـ / 1987 م، ص 160 و 161) حديث عن تغرير الوليّ والوكيل وعن تغرير الغير.

كما جاء في "البهجة في شرح التحفة" للتسولي (م س، ج 2، ص 105) حديث عن اتفاق البائع مع السمسار على التدليس، وهذه صورة عن التواطؤ.

لكن ما سبق، وإن ممّلت مراجع وردت في الحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع، إلّا أنّه لا يسمح بالتأكيد على أنّها اعتمدت وذلك لأنّ الأمر يفتقر إلى التطابق على مستوى المكان.

إلّا أنّه بالإمكان أن يتحدّث عن شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل (بيروت، دار الفكر) وذلك في المكان المشار إليه في المشروع (ج 5، ص 133) وخاصّة عن المادة 658 من المجلّة العثمانية حيث هنالك تعرّض لتغرير الغير. ومن يقول بهذا يكون قد قبل الأقسام الثلاثة المتحدّث عنها أعلاه إذ أنّها إمّا دونه وإمّا مثله.

217. — وعلى هذا فمادّة مجلّة الالتزامات والعقود — هنا تكون الأرجل قد بلغت المرحلة الثالثة — ثمّ مثلها في الغرب وفي الشرق الذي اعتمد كمرجع. لذا لا يمكن القطع أنّها محلّية أو مستوردة. وعلى تقدير أنّها مستوردة فهي مثل المحلي. وفي كلّ الأحوال لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

218. — وإنّ هذه النتيجة المتوصّل إليها في الفقرة الثانية هي نفسها التي تمّ الوصول إليها في الفقرة الأولى. وإنّ الإتيان بنتيجة فقرتين يعني أنّه فُرغ من قسم وفُرغ باب الذي يليه. لكن قبل فتح هذا الباب يتّجه الوفاء بعهد قُطع منذ حين وهو أنّه سيُرَجع إلى تغرير المتعاقد. فقد يأتي من هذا كتمان محلّه لا الأداء الذي يقدمه بل الأداء المقدم إليه. ولقد مثّلت هذه المسألة موضوع نقاش في الغرب⁽⁶⁷⁰⁾. وإنّ موقف الفقه من مادّة أثر الخداع وما يتبعها، أي مادّة خيار الوصف والعيب، ليغني عن الخوض في هذا النقاش⁽⁶⁷¹⁾. وهذه المادّة — مادّة الأثر — هي التي سيفتح الآن، لأجل لقاءها، باب المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد الواقع في غلط مُحْدَث (أثر العمل)

219. — يفهم من الفصلين 56 و57 أنّ أثر التّغريب يجب أن يتمثّل في حدوث غلط، وهذا أمر جامع بين النّصّين. لكن يفهم منهما أنّ محلّ الغلط في النّصّ الأوّل

⁽⁶⁷⁰⁾ انظر مثلاً إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكت"، م س، عدد 237.

⁽⁶⁷¹⁾ يقول فقه فرنسي (انظر حوله ما ورد في: "تيري" و"سيملر" و"لوكت"، م س، عدد 237) إنّّه لا يبطل إن كنا أمام شخص يعمد إلى الكتمان فيما يخص الأداء المقدم إليه لأنّه ليس ثمّ التزام بأن يعلم المرء معاقده حول أداء هذا المعاهد. لكننا رأينا أنّ الفقه الإسلامي وسّع في دائرة الغلط (خيار الوصف وخيار العيب) ممّا يجعل هذه الصّورة موجبة للخيار على أساس الغلط ومن ثمّ على أساس الكتمان الذي يحدث غلطاً.

الأحكام الأصلية للفظ المحدث

مختلف عن محلّه في النصّ الثّاني، وهذا فارق ومائز بين الفصلين. وعلى هذا فمادّة أثر العمل قابلة لأن تردّ إلى الجامع وإلى الفارق. فإذا أضيفت المسألة التي نعمل عليها، أعطى ذلك حديثا عنها وعن الجامع والفارق. وهذا الحديث يؤدّي إلى تحديد وجود أو عدم وجود الإحكام على صعيد الأحكام التي تتمثل جامعا (الفقرة 1) وعلى صعيد الأحكام التي تتمثل فارقا (الفقرة 2).

الفقرة 1. الإحكام على صعيد الجامع

220. — سنحاول هنا، على غرار كلّ ما سبق وما سيأتي، قطع المراحل الثلاث التي باتت الآن مألوفة: مرحلة التّحليل وتهمّ هنا نقطة إحداث الغلط كما وردت في مجلّة الالتزامات والعقود، ثمّ مرحلة البحث عن الغرب والشرق، ثمّ مرحلة محاولة الحكم على المجلّة أي تحديد وجود الإحكام من عدمه:

221. — وفي إطار المرحلة الأولى يتّجه البدء بالفصل 56 الذي جاء فيه أنّ أثر العمل يجب أن يتمثّل في حمل: "[...] الجانب⁽⁶⁷²⁾ الآخر على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ (به) [...]"⁽⁶⁷³⁾. والسؤال الذي يطرح يهّم معنى هذه الجملة. وإنّ هذا المعنى سنطلبه من نيّة المشرّع. والواجب أن نبدأ بتلك المعبر عنها مباشرة. وإنّ الجملة المتناولة هنا وليدة المشروع والمشروع المراجع. ففي المشروع تحدّث الفصل 47 عن عمل بدونه ما كان الضّحيّة ليتعاقد أو بدونه كان سيتعاقد لكن بشروط بيّنة الاختلاف⁽⁶⁷⁴⁾. وفي المشروع المراجع تحدّث الفصل 61 (وهذا هو الذي نقل فيما

⁽⁶⁷²⁾ ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة "الجانب" بعبارة أخرى "الطرف".

⁽⁶⁷³⁾ ولقد جاءت الصياغة الفرنسيّة بعبارات تؤدّي ذلك المعنى نفسه.

⁽⁶⁷⁴⁾ انظر إلى الفصل 47 من المشروع الذي تحدّث عن تغير: "[...] 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".

بعد إلى الصياغة الفرنسية للفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود) عن تغيير بانعدامه ما كان الآخر ليدخل في العقد⁽⁶⁷⁵⁾. ويلاحظ هنا مرور من صياغة إلى أخرى، والسؤال هل صحب ذلك انتقال من معنى إلى آخر؟ إنَّ الجواب يستدعي تحديد معنى الصياغة الأولى ومن بعده معنى الصياغة الثانية:

وتحديد معنى الصياغة الأولى يتم بواسطة الفصل 49 من المشروع الذي جاء بالصدد، والأشياء قد تعرّف بأضدادها (هنا نكون أمام ما يصطلح على تسميته بالتعريف السليبي). فقد تحدّث هذا الفصل عن تغيير لم يحمل على العقد، أي به كان الضحية سيتعاقد⁽⁶⁷⁶⁾. وفسره بأنّه ذاك الذي محله التوابع⁽⁶⁷⁷⁾، وبأنّه العرضي. وعلى هذا فالمراد بتغيير الفصل 47 الذي بدونه ما كان ليتعاقد، أو كان سيتعاقد بشروط بيّنة الاختلاف، هو التّغيير الذي ليس محله التوابع والذي ليس بالعرضي.

ونفس التمشّي يمكن اعتماده بالنسبة إلى الصياغة الثانية، صياغة الفصل 61 من المشروع المراجع. ففي الفصل 62 - الذي يعدّ ضدًا لها - جاء حديث عن تغيير محله توابع الالتزام. وفسّر على أنّه ذاك الذي لم يحمل على قبوله، أي على قبول الالتزام⁽⁶⁷⁸⁾. وعلى هذا فمعنى تلك الصياغة لذلك الفصل 61، والمتمثلة في التّغيير

⁽⁶⁷⁵⁾ انظر إلى الفصل 61 من المشروع المراجع والذي تكلم عن تغيير "[...] بدونه لم يكن (الآخر) ليتعاقد [...]".

"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".

⁽⁶⁷⁶⁾ قال الفصل 49 من المشروع: "التغيير الذي محله توابع العقد، والذي لم يحمل عليه (الضمير يعود على العقد) لا يفتح المجال إلاّ للتعويض: وعلى الفضاة أن يحدّدوا الحالات التي لا يكون فيها التّغيير إلاّ عرضيًا".

"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".

⁽⁶⁷⁷⁾ إنَّ العطف الوارد بالفصل 49 هو عطف للتفسير: "[...] توابع العقد، والذي لم يحمل [...]". انظر ما سيأتي حول الفصل 62 من المشروع المراجع و57 من مجلة الالتزامات والعقود والذي يصحّ حول هذا الفصل 49 من المشروع.

⁽⁶⁷⁸⁾ قال الفصل 62 من المشروع المراجع: "التغيير الذي محله توابع الالتزام والذي لم يحمل عليه لا

الذي بدونه ما كان ليتعاقد، الخداع الذي ليس محلّه توابع الالتزام والذي حمل على قبول الالتزام.

ويمكن أن يستنتج ممّا سبق، أنّ المرور من صياغة المشروع إلى صياغة مختلفة في المشروع المراجع لم يرد منه تبديل على مستوى المعنى. هذا يؤدّي إلى القول إنّه أريد في النصّ الأوّل للمشروع وللمشروع المراجع (ومن ثمّ لمجّلة الالتزامات والعقود) التّعريض إلى التّغيير الأساسي، لأنّه أريد في النصّ الثّاني للمشروع وللمشروع المراجع (ومن هنالك لمجّلة الالتزامات والعقود) إيراد التّغيير العرضي.

222. — هذه النتيجة المتوصّلة إليها من متون المشروعين يمكن بلوغها من طريق أخرى هي الحاشية التّحتيّة للفصل 62 من المشروع المراجع:

فقد ورد هنا ذكر لـ: "توليبي" في مكان تحدّث فيه من جهة عن تغيير الفصل 1116 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة وهو الذي بدونه ما كان "الآخر ليتعاقد" (يلاحظ أنّ هذه هي نفسها عبارات الفصل 61 من المشروع المراجع ومن بعده عبارات الصّيغة الفرنسيّة للفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود) ومن جهة أخرى عن "التّغيير العارض (و) هو الذي بواسطته نجد شخصا، قرّر بعد التّعاقد، قد خدع في بعض توابع (هذه هي العبارة التي استعملها الفصل 62 من المشروع المراجع والفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود في صياغته الفرنسيّة) وأعراض العقد [...]"⁽⁶⁷⁹⁾.

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".

⁽⁶⁷⁹⁾ توليبي، القانون المدني الفرنسي وفق ترتيب المجلّة، باريس، مكتبة المحكمة الملكيّة ط 3،

.1834 /1821

Toullier (Charles- Bonaventure- Marie), Le droit civil français, suivant l'ordre du code, Paris, Librairie de la Cour Royale, 1821/ 1834.

والمقتطف الوارد أعلاه هو من الجزء 6، وهو مشار إليه تحت الفصل 62 من المشروع المراجع تحت عدد خاطئ هو 9 والحال أنّ العدد الصّحيح هو 90. كما جاءت في الحاشية التّحتيّة إشارة أخرى إلى

كما وردت إشارة إلى "أوبري" و"رو" في فقرة فرّقا فيها بين ضربي التّغير الواردين أعلاه⁽⁶⁸⁰⁾.

وجاء أيضا تعرّض لـ: "لوران" الذي فصل بدوره بين التّغير الأصلي وهو الذي حمل الآخر على التّعاقّد، والتّغير العرضي وهو الذي انصبّ على توابع (وهذه الكلمة هي التي استعملت في المشروع وفي مجلّة الالتزامات والعقود كما قيل أعلاه) الشّيء⁽⁶⁸¹⁾.

كما أشير أيضا إلى "دومولومب" في فقرة تحدّث فيها عن التّفرقة المذكورة⁽⁶⁸²⁾. وأورد كذلك قضاء أوّل يهّم نوعي التّغير المتحدّث عنهما هنا⁽⁶⁸³⁾، وقضاء ثان تمّ الحديث في التّعليق عليه عن تفرقة قديمة بين التّغير الأصلي⁽⁶⁸⁴⁾ والعرضي⁽⁶⁸⁵⁾ وقيل عن هذا العرضي (وهنا تتكرّر مرّة أخرى عبارة الفصل 62 من المشروع المراجع والفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود) إنّه تعلق "بشروط من شروط العقد التابعة"⁽⁶⁸⁶⁾.

المؤلف نفسه في الجزء 3، وفي العدد 91، وهذا خطأ آخر إذ أنّ هذا الجزء خاص بالأموال (ملاحظة: جاءت في المشروع المراجع قائمة بالأخطاء المطبعية، وإنّ ما استخرج للتوّ 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".

⁽⁶⁸⁰⁾ "أوبري" و"رو"، م س، فقرة 343 مكرّر.

⁽⁶⁸¹⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 522 وما بعدها (المقصود هنا بالضبط هو العدد 523).

⁽⁶⁸²⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 175.

⁽⁶⁸³⁾ تعقيبي (فرنسي)، 25 ماي 1880، سيراى، 1881، 1، 455.

Cass, 25 Mai 1880, Sirey 1881, 1, 455

⁽⁶⁸⁴⁾ *Dolus dans causam in contractui*

⁽⁶⁸⁵⁾ *Dolus incidens in contractum*

⁽⁶⁸⁶⁾ أميان، 14 فيفري 1876، تحت: تعقيبي، 29 نوفمبر 1876، سيراى 1877، 1، 49 (أشير في

الحاشية إلى قضاء ثالث لكنّ المرجع خاطئ، ولم يرد إصلاح له في القائمة المخصّصة لذلك).

Amien, 14 Février 1876, sous Cass 29 Novembre 1876, Sirey 1877, 1, 49.

223. — من كل ما سبق يخلص أنّ إرادة المشرّع المعبر عنها مباشرة تفيد: من جهة بأنّ عبارة الفصل 56 (التّغيير حمل "الجانب"⁽⁶⁸⁷⁾) الآخر على العقد بحيث أنه لم يتمّ إلّا به") تعني التّغيير 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 ("التّغيير [...] في توابع العقد [أي الذي لم يكن هو السبب الأصلي في التّعاقد]⁽⁶⁸⁸⁾) قصد بها التّغيير العرضي، أو الذي كان

⁽⁶⁸⁷⁾ ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "الجانب" بعبارة أخرى: "الطرف".

⁽⁶⁸⁸⁾ جاءت في الصياغة الفرنسيّة للفصل 57 أداة العطف: واو (et) وتعبّر في تلك اللغة — ضمن ما تعبّر عنه — عن الارتباط، والارتباط هنا — وهذا يفهم من نيّة المشرّع — هو بين الأمر (توابع العقد) ومرادفه (ما ليس سببا أصليًا في التّعاقد)، ولذلك كان يجب أن يترجم الفصل 62 من المشروع المراجع — بعد أن نقل وأصبح الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود — على النحو التالي: "التّغيير الواقع في توابع الالتزام (أو العقد) والذي لم يكن علّة فاعلة (أو أيّ عبارات تؤدّي هذا المعنى) والذي لم يوئد — والذي لم يحمل على ... — إلخ) للالتزام [...]". وهنا اختيرت "الواو" لأنّها تفيد ضمن ما تفيد عطف الشّيء على مرادفه (انظر المعجم العربي الأساسي: حرف الواو).

ولأنّ ما جاء بالفصل 57 هما أمران مترادفان، ولأنّ التّرادف يصلح للتفسير، اختير مباشرة في المتن حرف التفسير "أي"، وترك حرف العطف "واو" لأنّه لمطلق الجمع. وقد نفكر في أنّ ترجمة ما ورد بالمشروع بحرف "إن" في التّرجمة الناقصة وبحرف "إذا" في التّرجمة الكاملة (وهي التي نقلت فصارت الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وكلاهما حرفا شرط، لم يكن موقّفاً لأنّه يجعل الصيغة وبحسب معناها اللغوي لا تساوي المقصود. بعبارة أخرى قد نفكر في القول إنّ جملة الفصل 57 لها معنى لغوي ("التّغيير في التوابع": مشروط/ "أن لا يكون السبب الأصلي": شرط)، لكن هنالك نيّة من المشرّع على أنّه جاء بها في معنى مخالف (التّغيير في التوابع هو التّغيير الذي ليس سببا أصليًا).

لكن — وإن كان يمكن أن نبقى بعض ما سبق (معنى لغوي ومعنى تشريعي مخالف) — إلا أنه لا يمكن الاحتفاظ ببعض الآخر (كون التّرجمة لم تكن موقّفة). فنحن نعلم من الرّكشي مثلا أنّ "إذا" قد تجرّد عن الشّرطيّة (البرهان في علوم القرآن، بيروت، دار الحيل، 1408 هـ/ 1988 م، ج 4، ص 193). كما نعلم أنّه أورد "إذا" في باب التفسير (م س، ج 3، ص 36) وأنّه أعطى لهذه الـ "إذا" مثالا من

محلّه التّوابع، أو الذي لم يحمل على قبول العقد، أو الذي بدونه كان سيتعاقد أو كان سيتعاقد لكن بشروط ليست بيّنة الاختلاف.

224. — وإنّ من يتبيّن التّفرقة السّابقة يكون قد تبني ما تتضمنه. وما تتضمنه هو أنّ التّعريف سواء منه الأوّل أو الثّاني هو ما أحدث غلطا في ذهن الضّحيّة⁽⁶⁸⁹⁾. فعلى سبيل المثال تحدّث "توليبي"⁽⁶⁹⁰⁾ عن انخداع الآخر. وهو نفسه الذي تكلم عنه "دومولومب"⁽⁶⁹¹⁾ و"لوران"⁽⁶⁹²⁾. وعلى هذا فكلّ ما ورد بالفصل الخاصّ بالغلط حول الفصل 48⁽⁶⁹³⁾ ينطبق هاهنا. فالخداع (ولتحقّق أمور ذلك النّص) يصدّق

القرآن الكريم: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا (19) إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا (20) وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا (21)﴾ [المعارج: 19، 20، 21]. وهلع جزع (وجزع منه لم يصر عليه). فإذا استعملت صيغة المبالغة "فعول" صرنا أمام شديد الجزع. فتكون ﴿إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا﴾ بمثابة تفسير ل: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾، كما أنّ هلع تفيد حرص. فإذا استعملت صيغة المبالغة صرنا أمام شديد الحرص، وشديد الحرص هو شديد المنع، أي هو "منوع". وعلى هذا تكون ﴿إِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا﴾ هي المعنى الثّاني ل: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾ أي تكون تلك تفسيرا لهذه. ويمكن أن نبقي مع هلع بمعنى جزع وتكون مع ذلك ﴿إِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا﴾ بمثابة تفسير ل: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾. فمنع الخير بل والمبالغة 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 المبالغة في منعه).

انظر أيضا حول القول بالتفسير في نطاق نفس المثال: السيوطي (جلال الدّين عبد الرّحمان)، الإتيقان في علوم القرآن، لبنان، دار الفكر، ط 1، 1416 هـ / 1996 م، تحقيق سعيد المنذوب، ج 2، ص 194).⁽⁶⁸⁹⁾ انظر الفرق على المستوى الحجاجي بين وصف الشّخص بكونه كاذبا ووصفه بكونه أوقع غيره في غلط: "بيرلمان" و"تيتيكا"، م س (مؤلّف الحجاج) ص 243.

⁽⁶⁹⁰⁾ "توليبي"، م س، ج 6، عدد 90.

⁽⁶⁹¹⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 176 (أي بعد المكان المشار إليه بمباشية الفصل 62 من المشروع المراجع).

⁽⁶⁹²⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 522.

⁽⁶⁹³⁾ انظر الفقرة عدد 160 وما بعدها وخاصة الفقرة 168.

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

كونه أحدث انخداعا. أمّا إذا لم تتحقّق تلك الأمور، فلا يصدّق توليده لغلط⁽⁶⁹⁴⁾.
ولقد اصطُح (ومنذ وقت ليس بالبعيد⁽⁶⁹⁵⁾) على تسمية الصّورة الأولى تغريرا غير محمود⁽⁶⁹⁶⁾ وتسمية الصّورة الثّانية تغريرا محمودا⁽⁶⁹⁷⁾.

⁽⁶⁹⁴⁾ وعلى هذا فإنّ ما قيل بفصل الغلط حول هذه المادّة لمجّلة الالتزامات والعقود وحول علاقتها بمسألة الإحكام يصحّ نقله إلى هذا المكان. انظر الفقرة عدد 178.
⁽⁶⁹⁵⁾ 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 المحمود 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: "كاربوني"، م س: الالتزامات، عدد 103).
وإنّ هذا التّغريير المقبول (التّغريير المحمود عند الرّومان) معروف في الفقه. فلقد جاء عند ابن نجيم (م س، ج 1، ص 331) ما يلي: "الغشّ حرام إلّا في مسألتين [...] اشترى المسلم الأسير من دار الحرب ودفعت الثّمن دراهم زيوفا أو عروضاً مغشوشة جاز إن كان حرّاً وإن كان الأسير عبدا لم يجوز - يجوز إعطاء الرّيف والتّاقص في الجبايات" (في الحاشية يفسّر الحموي الصّورة الثّانية بالقول: ممّا يجبي من الثّاس ظلما).

كما أنّ هذا التّغريير المقبول لم يغيب في القوانين المعاصرة: ويمكن أن يقدم هنا كمنال القانون الالمانى الذي يعطي الحقّ في الكذب حول الماضي الجزائي الذي تمّ محوه من السّجّلات 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 يخصّ مسألة وجودها في حالة حمل (انظر إلى "فيتز"، م س، عدد 358). وإنّ هذه الحالة الأخيرة ليعرفها أيضا قانون الشّغل الفرنسي (انظر "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 225).

ويلاحظ "دومولومب" (عدد 168) أنّه قد أبقى على الكلمات الرّومانية، ولكن صار لها معنى جديدا. فالتّغريير المحمود 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 التّغريير غير المحمود 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 اصطلاحى.

ملاحظة: تحدّث "فيتز" عن تغريير ليس ممنوعا. أمّا "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت" فلم يهتمّوا بالتّسمية بل بالحلّ الواجب اعتماده في صورة غياب النّص (م س، عدد 233).

وما ينبغي الاحتفاظ به مما سبق هو أنّ نية المشرّع المعبر عنها مباشرة قد اتّجهت إلى تبني التفرقة بين التّغير الأصلي والعرضي⁽⁶⁹⁸⁾. كما ينبغي الاحتفاظ بأنّ قصد القول بالتّغير الذي يحدث غلطا هو جزء من النّية المحتفظ بها للتّو.

225. — ومعلوم أنّ الغرب يعرف هذا القول بالخداع الذي يحدث انخداعا⁽⁶⁹⁹⁾، ونفس التّأكيد يمكن وضعه في إطار الشّرق⁽⁷⁰⁰⁾. ويمكن القول إنّ الأوّل قد أشير إليه في الحواشي⁽⁷⁰¹⁾، ونفس القول يصحّ في حقّ الثّاني⁽⁷⁰²⁾.

⁽⁶⁹⁶⁾ إنّ ضحيّة هذا التّغير هو ضحيّة غلط. ويمكن القول إنّ معاهد الواقع في غلط يمكنه المطالبة بتعويض. ويسمى هذا التعويض في القانون الألماني تعويضا سلبيا (انظر إلى: "فيتز"، م س، عدد 354 وما بعده) عن الضّرر الذي يلحقه من إبطال العقد (مصاريف العقد الذي تعلق به غلط - فوات فرصة إبرام عقد آخر - إلخ)، لكن هذا غير ممكن هنا، لأنّ معاهد الواقع في غلط مغرّر (أو على الأقل له علاقة بالمغرّر) ومن ثمّ فإنّه إذا لحق به ضرر من جرّاء الإبطال فهذا الضّرر - وإن كان نتاج خطأ الواقع في غلط (خطؤه إذ انخدع) - فهو أولا وقبل ذلك نتاج عمد ذلك المعاهد إذ أنّ خديعته هي التي ولّدت الانخداع (أو هو نتاج عمد من له علاقة بذلك المعاهد).

⁽⁶⁹⁷⁾ تحدّث "القشيري" تحت عنوان الخلق عن واقعة نجد بها التّغير الذي لا يحدث غلطا فقال: "كان لعبد الله الخياط حريف (حريفك: معاملك في حرفتك) مجوسي يخيظ له ثيابا، ويدفع له دراهم زيوفا (زافت الدرهم زيوفا: صارت مردودة عليه لغشّ فيها)، وكان عبد الله يأخذها، فاتّفق أن قام من حانوته يوما لشغل فجاء المجوسي بالدرهم الزّيوف فدفعها إلى تلميذه، فلم يقبلها، فدفع إليه الصّحاح، فلما رجع عبد الله قال لتلميذه: أين قميص المجوسي؟ فذكر له القصّة، فقال: بئس ما عملت، إنّ منذ مدّة يعاملني بمثلها، وأنا أصبر عليه، وألقيها في بئر، لئلا يضرّ بها غيري". القشيري (عبد الكريم)، الرسالة القشيرية في علم التّصوّف، تحقيق وإعداد معروف زريق وعلي عبد الحميد بلطجي، بيروت، دار الجليل، ص 246 و 247

⁽⁶⁹⁸⁾ قارن مع: "دوبلا"، م س، ج 1، ص 41؛ الزّين (محمّد)، م س، عدد 181.

⁽⁶⁹⁹⁾ تعرّضنا سابقا إلى ما استعمل من قبل اللجنة.

⁽⁷⁰⁰⁾ انظر من المراجع المشار إليها بالحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المراجع:

الزّرقاني، م س، ج 5، ص 133 الذي يقول: "التّغير [...] أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظنّ به المشتري كمالا ولا كمال به".

226. — فإذا جمع الآن كلّ ما سبق، كانت المحصّلة:
 أولاً أنّه لا يمكن الجزم بكون جزء مادّة مجلّة الالتزامات والعقود المتناول هنا مستورد أو محليّ.
 ثانياً أنّه وعلى تقدير أنّ هذا الجزء مستورد فهو مثل المحليّ.
 ثالثاً أنّه لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.
 وإنّ هذه المحصّلة لمي نفسها التي وجدت في مادّة العمل والعامل. فإذا عثر عليها بعد البحث فيما تبقى من مادّة أثر العمل، سيمكن القول عندها إنّ الغرب مثل الشرق في كلّ جوانب التّغيير. لكن لينظر أولاً إلى ما تبقى، وليترك التّخمين حول ما قد يستنتج منه إلى مرحلة موالية، أي لبحث في مسألة الإحكام في إطار الجزء الثّاني من مادّة أثر العمل، والأخير من مادة الفصلين 56 و57.

البّاني، م س، ج 5، ص 134 الذي يقول: "إن اشتراها وهو عالم أنّها مصرّاة لم يكن له ردّ". وانظر صاحب الشّرح الكبير على متن المقنع، هامش المغني لابن قدامة، ج 4، ص 80 - 81 (أورده السنهوري، م س، ج 2، ص 153: "إنّما يثبت الخيار إذا لم يعلم المشتري بالتّصريح، فإن كان عالماً لم يثبت له خيار".

(701) انظر إلى الفقرة عدد 222.

(702) استعمل في الحاشية الجانيّة الرّقابي والبّاني في مكان أشارا فيه إلى الانخداع. لكن جاء أيضاً في هذه الحاشية الجانيّة كلام أرجعته للدّر المختار (ج 4، ص 306) لصاحبه الحصكفي ومفاده أن: "ليس ثمّ تغير [...] من قبل من باع منتوجاً مغشوشاً أو مخلطاً، إذا صرّح بذلك أو إذا كان الخلط من الوضوح بحيث إنّّه لا يمكن أن ينخدع فيه".

ملاحظة: تمّت الترجمة إلى العربيّة لما نسب إلى الحصكفي في الحاشية الجانيّة للفصل 61 من المشروع

المراجع:

"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. الأحكام على صعيد الفارق

227. — ينبغي تقسيم الحديث إلى تحليل لمحتوى هذه الجهة وإلى محاولة الحكم عليها وربطها بالإحكام:

228. — فأما تحليل محتوى هذه الجهة: فيتفرّع إلى تحليل لجانبها الخاصّ بوضع التّفرة بين التّغريّر الأساسي والتّغريّر العرضي، وإلى تحليل لجانبها المتعلّق بما يحويه ذلك الأساسي وهذا العرضي⁽⁷⁰³⁾:

229. — وإنّ أمر تحليل الجانب الخاصّ بوضع التّفرة قد بات الآن هيّنا، إذ سبق القول إنّ نيّة المشرّع المعبرّ عنها مباشرة قد ذهبت إلى أن تضع في الفصلين 56 و57 التّغريّر الذي يحدث غلطا (وهذا هو الجامع بين التّصين). كما سبق القول إنّ هذه التّيّة جزء من قصد أكبر هو جعل الفصل 57 للتّغريّر الذي يحدث غلطا في التّوابع، أي للتّغريّر الذي ليس سببا أصليّا⁽⁷⁰⁴⁾ أو التّغريّر العرضي⁽⁷⁰⁵⁾، وجعل الفصل 56 للتّغريّر الذي يحدث غلطا محله ما ليس توابع، أي للتّغريّر الذي حمل على

(703) يجب أن يُلاحظ هنا أمران:

أولهما أنّ الأساسي المتحدّث عنه يهّم الفصل 56 لا الفصل 60. وثانيهما أنّه لا يمكن أن نتحدّث حديثا كاملا عمّا يحويه العرضي لأنّ مسألة كهذه تتطلّب أن يخاض أيضا في الفصل 60، وهو ما لن يؤتّى به إلّا لاحقا.

(704) عبارة "التّوابع" وعبارة "ما ليس أصليّا" هما للفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود ومن قبله للفصل 62 من المشروع المراجع ومن قبلهما للفصل 49 من المشروع.

(705) هذه عبارة انفرد بها الفصل 49 من المشروع. لكنّ وبما أنّها استعملت فيه كمرادفة لعبارة "التّوابع" و"ما ليس أصليّا"، فإنّه يمكن استعمالها أيضا إبان الحديث عن الفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود والفصل 62 من المشروع المراجع.

الأحكام الأصلية للفظ المحدث

العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ به⁽⁷⁰⁶⁾، أو التّغيير الأساسي (وهذا هو الفارق أو المائز بين النّصين).

230. — أمّا أمر تحليل الجانب المتعلّق بما يحويه التّغيير الأساسي وبما يتضمّنه العرضي فيتطلّب البحث في التّعبير المباشر عن إرادة المشرّع، كما يتطلّب أيضا البحث في التّعبير غير المباشر عن هذه الإرادة:

231. — فإذا بدأنا بالتّعبير المباشر، وجب علينا الدّهاب إلى الحاشية التّحتيّة للفصل 62 من المشروع المراجع. ذلك أنّ ما يفرزه البحث في هذه من معنى أريد للتّوابع ولغير الأصلي وللعرضي، سيكون هو المحتوى المقصود للفصل 62 ومن ثمّ للفصل 57 من مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁷⁰⁷⁾. ثمّ إنّ ما لا يسقط في الفصل 62 ومن ثمّ في الفصل 57 سيكون هو المحتوى المقصود للفصل 61 من المشروع المراجع ومن هنالك للفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁷⁰⁸⁾.

وإنّ الحاشية التّحتيّة للفصل 62 المذكور أعلاه قد بدأت، على مستوى الإشارات إلى الفقه الفرنسي، بـ: "توليبي" في مكان عزّف فيه التّغيير العرضي بأنّه ذلك الذي "بواسطته يندفع شخص، قرّر بعد التّعاقد، في توابع وأعراض العقد، مثلا في وصف

(706) إنّ هذه العبارة للفصل 56 هي نقيض عبارة الفصل 57 (التّغيير الذي ليس سببا أصليًا). ويتوضّح هذا حين ننظر إلى الصّيغة الفرنسيّة للفصلين. وبما أنّ مرادف هذه العبارة للفصل 57 هو التّغيير الذي محله التّوابع والتّغيير العرضي، يكون ما هو نقيض لهاتين العبارتين (أي التّغيير الذي محله ما هو أساسي أو التّغيير الأساسي) هو مرادف لعبارة الفصل 56، أي هو ما جاء بهذا النّص.

(707) لأنّ محتوى الفصل 62 نقل بحدافه إلى مجلّة الالتزامات والعقود ووضع فيها تحت اسم "الفصل 57".

(708) والسبب أنّ التّغيير، بهذا المنظور، إمّا أساسي وإمّا غير أساسي. فما لم يندرج في القسم الأوّل اندرج في الثّاني.

الشّيء أو في الثّمن الذي يكون مرتفعاً شيئاً ما، أي على نحو يكون فيه قد تعاقد بشروط مجحفة"⁽⁷⁰⁹⁾.

وتلي ذلك إشارة إلى "أوبري" و"رو" في فقرة قالوا فيها إنّ العرضي هو الذي "أُتي به أثناء مفاوضات انطلقت بعدُ (والذي) لم ينشئ عند الآخر نيّة التعاقد (والذي) لم تكن له من نتيجة سوى جرّ هذا الآخر إلى قبول شروط مجحفة"⁽⁷¹⁰⁾. كما قالوا في نفس الفقرة إنّ التّغير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي أو في الباعث يعدّ مبطلاً، وهذا يعني أنّهما لم يعدّاه عرضياً.

ثمّ جاءت إشارة إلى "لوران" في مكان أورد فيه ما يقصده غيره من العرضي، والذي لا يخرج عمّا أتى للتوّ عند "أوبري" و"رو" والذي كنّا قد وضعناه بين علامتي تنصيص⁽⁷¹¹⁾.

(709) "توليبي"، م س، ج 6، عدد 90 (قالت حاشية الفصل 62 من المشروع المراجع 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".

(710) "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 "توليبي" 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 يتبنون القول نفسه)، وذلك بالإضافة إلى فقهاء آخرين ("دورنتون" COLMET DE DURANTON و"لارومبيار" LAROMBIERE و"كولمي دي سنترار" COLMET DE SANTERRE)، ولكن هؤلاء لم تشر إليهم الحاشية التّحتية للفصل 62 من المشروع المراجع. ولذلك لن نتعرّض إليهم.

(711) "لوران"، م س، ج 15، عدد 522 وما بعده.

وأخيرا أتت إشارة إلى "دومولومب" في فقرة يمكن تلخيص محتواها ومحتوى الفقرة التي جاءت بعدها⁽⁷¹²⁾ بأنه يتمثل في تعريف العرضي بأنه الذي "لم يحمل على العقد [...] (والذي) "على إثره [...] (تمّ التعاقد) بشروط أكثر إجحافا [...] (أما التغيير الأساسي فهو الذي بدونه) [...] ما كان الآخر ليتعاقد، وهذا لا يعني: ما كان ليتعاقد بنفس الشروط بل [...] (يعني) [...] ما كان ليتعاقد البتة [...] (وهو الذي) [...] ولّد فكرة ونية التعاقد عند شخص لم يكن يزمع ذلك [...] (لكن هذا لا يعني) [...] أنّه لا يمكن أن يوجد تغيير أساسي إلاّ متى جاءت مبادرة اقتراح [...] (التعاقد من المغرّر به، لكن هذا مؤشّر ومؤشّر خطير على ذلك. أمّا التغيير العرضي فهو) على العكس [...] ذلك الذي مورس من أجل التّبديل، على نحو مححف، لشروط العقد ضدّ طرف [...] قرّر بعدّ التعاقد لأنّ الشّيء، مثلا [...] هو ضروري أو مناسب له. ففي هذا الاتجاه لا يتمثل عموما إلاّ تغييرا عرضيا تغيير البائع للمشتري للحصول على ثمن أكثر ارتفاعا في عقد بيع (حُزِم الرّأي على إتيانه)"⁽⁷¹³⁾.

232. — ممّا سبق يمكن استخلاص:

⁽⁷¹²⁾ هي الفقرة عدد 176 ولقد أتت بها رغم أنّ الحاشية التّحتية لم تشر إليها — لأنّها توضّح عدد 175

وهذه مشار إليها.

⁽⁷¹³⁾ "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".

أنّ التّغيير الذي يحدث غلطا في القيمة هو تغيير عرضي⁽⁷¹⁴⁾.
 أنّ التّغيير الذي يحدث غلطا في الباعث يعدّ مبطلا⁽⁷¹⁵⁾، مما يدلّ على أنّه ليس
 عرضيًّا.

أنّ التّغيير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي قد اتّخذ منه الفقه المعتمد في
 الأعمال التّحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود موقفين:
 فأما "أوبري" و"رو"، فيريانه مبطلا⁽⁷¹⁶⁾.
 وأما "توليبي"، فيراه عرضيًّا.

على هذا لا يمكن القول إنّ الموقف الأوّل أو الموقف الثّاني⁽⁷¹⁷⁾ هو الذي يعدّ
 تعبيراً مباشراً عن التّيّة. وقد نفكر في أنّ ما رآه "توليبي" هو الذي اعتمد لأنّنا نجد
 قد استعمل عبارة هي نفسها التي سيستعملها الفصل 62 من المشروع المراجع ومن
 بعده الفصل 57 من مجلة الالتزامات والعقود (عبارة توابع العقد) معطياً (أي "توليبي")

(714) وهذا ما وجدناه بصفة واضحة عند "توليبي" و"دومولومب".

(715) وهذا ما وجدناه عند "أوبري" و"رو". وينبغي هنا أن نشير إلى أنّ "دومولومب" عدّ هذا التّغيير
 مبطلا (الجزء نفسه، عدد 181). لكنّه وحين تعرّض إلى مثال تاجر "روديس" عدّ هذا التّغيير - خلافاً
 لـ "سيسرون" ولكن مثل "بوتيني" - غير مبطل (الجزء نفسه، عدد 179). ولحلّ هذا التناقض يتّجه القول
 إنّ "دومولومب"، وهو يتناول هذا المثال، رأى فيه لا تغييراً أحدث غلطا في الباعث بل تغييراً أحدث
 غلطا في القيمة. وعلى كلّ لا يمكن اعتماد هذا الفقيه كحجّة هنا لأنّ المكانين اللذين نجد فيهما كلّ
 ما سبق لم يشر إليهما بالحاشية التّحتية. ملاحظة: حاصل قصّة تاجر "روديس" هو أنّ المدينة عرفت
 مجاعة، فتوجّه لها تاجر بقمح رديء وباعه للأهالي بثمن مرتفع مخفياً عنهم أنّه وفي الطّريق سبق مراكز
 محمّلة بقمح جيّد متّجهة إلى المدينة.

(716) وهو نفسه ما يراه "دومولومب". لكن هذا لا يمكن اعتماده كحجّة هنا لأنّ المكانين اللذين قال
 فيهما ما سبق (ج 24، عدد 99 وعدد 181) لم تشر إليهما بالحاشية التّحتية للفصل 61 (أشارت إلى
 عدد 186) ولا بالحاشية التّحتية للفصل 62 (أشارت إلى العدد 175).

(717) لأنّ التّغيير إمّا أساسي وإمّا عرضي، فلا يمكن أن يتبنّى منه هذين الموقفين معاً.

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

لها مثالين أحدهما الوصف غير الذاتي. لكن علينا أن نرجع فيما فكرنا فيه وذلك لأنه لا يمكن القطع به⁽⁷¹⁸⁾.

وما تقدّم يمكن أولاً من أن يقال عن الفصل 57 من مجلة الالتزامات والعقود إنه (واستناداً إلى التعبير المباشر عن النية) آنية يملؤها التغيير الذي يحدث غلطا في القيمة. لكن حين نتقدّم في قراءة المجلة نجد الفصل 60، وهذا الفصل يدعونا لإخراج هذا التغيير من ذلك الإناء لأنه موجود بوعاء هذا النص⁽⁷¹⁹⁾.

كما أنّ ما سبق يمكن ثانياً من صبّ التغيير الذي يحدث غلطا في الباعث في آنية الفصل 56⁽⁷²⁰⁾.

⁽⁷¹⁸⁾ ورد محتوى ما قاله "توليبي" بالفقرة عدد 231. ومن يقرأ ذلك المحتوى، يجده تحدّث عن وصف الشيء، لكن وبما أنه لا أحد يقول إنّ الوصف الذاتي لا يبطل، نسبنا أعلاه إلى هذا الفقيه - لكونه تحدّث عمّا لا يبطل - أنه قصد بالوصف ما ليس ذاتياً. وإنّ السبب في عدم إمكان القطع المتحدّث عنه في المتن أنّ "توليبي" قال بعدم الإبطال في صورة الوصف غير الذاتي وفي صورة القيمة. ويحتمل أن يقصد تبني موقفه من الصورتين أو من صورة واحدة. ثمّ إنه إذا قصد تبني موقفه من صورة واحدة فيحتمل أن تكون صورة الوصف غير الذاتي أو صورة القيمة. وإلى جانب ما تقدّم يمكن أن نضيف سببا آخر لعدم القطع. ومفاد هذا السبب أنه يجوز أن يكون لم يؤخذ من "توليبي" إلاّ عبارته، أمّا مضمون هذه العبارة فمن غيره الذين أشير إليهم معه.

⁽⁷¹⁹⁾ إنّ هذا القول قابل لأن يتغيّر في جزء منه (انظر إلى الفقرة عدد 247 وما بعدها).

⁽⁷²⁰⁾ لو أنّنا وجدنا أنّ هذا التغيير لا يبطل، لأمكن أن نستنتج أنه يجب أن يكون الغلط في الباعث لوحده غير مبطل. أمّا وقد وجدنا ما سبق، فإنّ هذا يؤدي إلى أنّ مقتضى الاتساق يبيح الأمر مفتوحاً لهذا الغلط إن تجرّد أن يتخذ منه موقفان: إمّا الإبطال وإمّا عدم الإبطال.

وإنّنا وحين نبحت في التعبير المباشر عن النية نجد أنّ الفصل 50 من المشروع المراجع (وهو الذي أعطى الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود) قد أشار إلى "أوبري" و"رو" في مكان (ج 4، الفقرة 343 مكرّر) قالوا فيه إنّ هذا الغلط لوحده لا يبطل (علماً وأنهما يقولان إنّ هذا الغلط، وكذلك الغلط في الوصف غير الذاتي، يبطلان لو أنّ نية الأطراف المشتركة جعلت من الباعث أو الوصف شرطاً لنشأة أو لتنفيذ العقد). وعلى هذا قد يمكن لنا - استناداً إلى هذه الإشارة - القول إنّ الغلط في الباعث - حسب ما بدا لنا أنه أريد من قبل صاحب الفصل 45 - لا يبطل.

انظر حول ما سبق الفقرة عدد 115.

لكنّ الذي تقدّم لا يمكن إلاّ من التوقّف، وعدم إصدار حكم في شأن التّغيير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي. وإنّ هذه النتيجة لا يمكن الاكتفاء بها، بل يجب أن نواصل البحث لعلنا نجد ما من شأنه أن يجعلنا نضع هذا التّغيير إمّا في الفصل 56 وإمّا في الفصل 57.

233. — ومواصلة البحث هنا تعني مغادرة التّعبير المباشر عن النّيّة إلى التّعبير غير المباشر. ولقد مرّ بنا أنّ الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود يجعل الغلط في وصف غير ذاتي مبطلا⁽⁷²¹⁾. وعلى هذا فمقتضى الاتّساق يستوجب (إن جاءت مع هذا الغلط زيادة هي هنا التّغيير) أن لا نصير إلى عدم الإبطال وأن نبقي نقول بالإبطال⁽⁷²²⁾.

234. — ولعلّه صار بالإمكان الآن (وقد انتهت مرحلة تحليل الجانب الأوّل والثاني⁽⁷²³⁾) المرور إلى مرحلة محاولة الحكم والرّبط بمسألة الإحكام:

⁽⁷²¹⁾ 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 المكان الذي أشارت إليه الحاشية التّحتيّة للفصل 50 من المشروع المراجع (ج 4، الفقرة 343 مكرّر) إنّ هذا الغلط لا يبطل (لكنّهما قالا إنّه يبطل لو أنّ نيّة الأطراف المشتركة جعلته شرطا لنشأة أو لتنفيذ العقد). كما ينبغي أن نشير إلى أنّ "دومولومب" (ج 24، عدد 88) قد عدّ هذا الغلط غير مبطل. لكننا نجده يضع أوصافا غير ذاتيّة في صنف الأوصاف الدّائيّة (ج 24، عدد 92 و93) ويقول من ثمّ بالبطلان فيما يخصّها. أمّا "لوران" فقد قال إنّ كلّ وصف عدّه الأطراف أساسيّة فهو أساسي (ج 15، عدد 488) ومن ثمّ فهو مبطل.

⁽⁷²²⁾ إذ لا يعقل أن يكون المشرّع قد أراد أن يكون الغلط لوحده مبطلا وأراد إلى جانب ذلك أن يكون هذا الغلط ومعه زيادة غير مبطل.

وإنّ هذا الحلّ ليهمّ كلّ صور الغلط. لكن علينا ان نفرّق ونقول إنّ صور الغلط المبطلّة بطلانا مطلقا إذا أحدثها تغيير تكون مبطلّة بطلانا مطلقا أيضا، وهذا القول مردّه أيضا مقتضى الاتّساق.

⁽⁷²³⁾ لعلّ الانتهاء من هذه المرحلة المتعلّقة بالجزء الثّاني من مادّة أثر العمل بمكّننا من القول: أولا: الفصل 56 مطلق ولكنّه يفيد — لوجود الفصل 60 — الخصوص، وهو ما ليس قيمة.

235. — فإذا بدأنا بالجانب الأول، جانب وضع التفرقة بين الأساسي والعرضي، وجدنا أنّ الغرب أنشأها⁽⁷²⁴⁾. أمّا الشرق فلا يعرفها⁽⁷²⁵⁾. وعلى هذا فمادّة مجلّة

ثانيا: الفصل 56 ليس متعلّقا حصريًا بوصف الشّيء.

ثالثا: الفصل 57 يمكن، باعتباره قد يهّم جزءًا من القيمة، أن يحوي الكذب وربّما أيضا الكتمان الذي يأتي وحده. كما يمكن أن يحوي النوع الثالث من العمل وهو الذي يكون بوسيلة إيجابيّة ليست قولًا.

رابعًا: الفصل 56 هو مثل الفصل 57 على مستوى حدوث الغلط، ومختلف عنه على مستوى محلّ الغلط. وهاتان ناحيتان متعلّقتان بأثر العمل.

خامسًا: الفصل 56 لا يحتاج لإيراد لفظة خاصّة بالكذب لأنّ من قال كاذبا بوجود سبب قريب أو بعيد (أو بطبيعة معيّنة لعقد) يكون قد كنّم عدم وجود ذلك السبب أو (تلك الطّبيعة). ومن قال كاذبا بعدم وجود ما سبق هو كاتم لوجوده.

⁽⁷²⁴⁾ انظر إلى الفقه الغربي الوارد بالحاوية التّحتيّة للفصل 62 من المشروع المراجع.

وانظر أيضا إلى التعليق الوارد تحت قضاء استعمال في الحاشية، وهو القرار التّعقيبي المؤرّخ في 29 نوفمبر 1876 (منشور ب: سيراي 1877، 1، 49 / 49، 1، Sirey, 1877, 1, 49) ثمّ انظر إلى "رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران) اللذان قالوا إنّ القانون "الفقهي" (droit savant) قرّب التّعريف من السبب لينشأ نظريّة التّعريف التّعاقدي، والتي سنتنقل بواسطة فقهاء القانون الروماني وفقهاء القانون الكنسي و"بوتبي" Pothier إلى الفصل 1116 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة.

"رولان" (هنري) و"بوايي" (لوران)، الصّبيغ اللاتينيّة للقانون الفرنسي، باريس، ليتاك، ط 4، 1998، ص 119 و120.

Roland (Henri) et Boyer (Laurent), *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4^e éd., 1998, p. 119 et s.

ويمكن أن نضيف هنا أنّ رحلة تلك التّظريّة لم تنته عند هذا الحدّ، بل إنّها تواصلت لتحطّ رحالها أيضا بمجلّة الالتزامات والعقود.

⁽⁷²⁵⁾ وهذا ما يفسر عدم وجود حاشية جانبية للفصل 49 من المشروع أو للفصل 62 من المشروع المراجع (نجد في الحواشي الجانبية الفقه الإسلامي بالأساس). وقد ينبغي أن يلاحظ هنا أنّ هذا الفقه الإسلامي يعرف تفرقة أخرى هي التي تكون بين التّدليس بالعيب (مثلا: عمل يدّ يستر عيبا) والتّدليس بغير العيب (عمل يستر انعدام الكمال، ومثال ذلك طول بقاء السلعة عند البائع [هذا المثال مأخوذ من ابن جزّي، م س، ص 174] وعموما أيّ أمر يكرهه المشتري ويقبل من رغبته في الشّيء على حدّ عبارة ابن جزّي). ولقد جاء عند السنهوري (م س ج 2، ص 152 وما بعدها) حديث لصاحب الشّرح الكبير على متن المقنع (هامش المغني، ج 4، ص 80 وما بعدها) مفاده أنّ كلّ الفقهاء قالوا بالخيار

الالتزامات والعقود المتمثلة في هذه التفرقة مستوردة وليست محلّية. وإنّ هذه النتيجة لتظهر بعد ملامح ما سيأتي:

فإنّما أن يكون المستورد دون المحلّي صلاحاً، وعندها تكون مادّة مجلّة الالتزامات والعقود مجسّدة عدم الإحكام.

وإنّما أن يكون المستورد أعلى من المحلّي صلاحاً، وهنا لا تكون تلك المادّة ممثّلة لما سبق.

فالميزان إذن صلوح التفرقة أو صلوح عدم التفرقة. ووحدة الوزن هنا ستكون ما قاله الغرب نفسه.

ويمكن أن يؤخذ كأتمودج داخل الغرب "لوران"⁽⁷²⁶⁾ الذي قال عن تفرقة غيره (بين التغير الأساسيّ الذي هو عندهم ما حمل طرفاً على عقد لم يحزم أمره عليه، والتغير العرضي الذي يقولون إنّه أتى به أثناء مفاوضات انطلقت بعد، ومن ثمّ فهو لم ينبج نية التعاقد، ولم تكن له من نتيجة سوى حمل الضحيّة على شروط أكثر إجحافاً) إنّها خاطئة. والسبب أنّه يمكن أن تعقد النية على التعاقد ثمّ لا يحصل هذا التعاقد بسبب إجحاف الشروط، فهنا (وعلى حدّ عبارة "لوران") صار التغير العرضي الذي لم يولّد قصد التعاقد، تغيراً أساسياً لأنّ وجوده سبّب عدم التعاقد، ممّا يدلّ (والعبارة لـ"لوران") أنّ التفرقة لا تصلح في شيء، وأنّها موجودة فقط بين المباني لا بين المعاني التي تحملها تلك المباني.

هذا التقدير يمكن أن يُسحب على كلّ التعبيرات التي أتى بها لتحمل هذه التفرقة: فلقد جاء مثلاً عند "دومولومب" (وفي المكان المشار إليه بحاشية الفصل 62 من المشروع المراجع⁽⁷²⁷⁾) أنّ العرضي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد بنفس الشروط،

بالنسبة إلى ضربي التدليس الواردين أعلاه إلاّ أبو حنيفة ومحمد فإنّهما - ولكونهما لا يقولان بالخيار بالنسبة إلى ما ليس عيباً - لا يقولان بالخيار في التدليس بما ليس عيباً.

(726) "لوران"، م س، ج 15، عدد 523.

(727) "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 175.

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

والأساسي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد البتة. لكن ألا يمكن الردّ بالقول إنّ الذي لا يتعاقد بنفس الشروط لا يتعاقد البتة... بتلك الشروط.

وأكثر ممّا سبق وأوضح منه الردّ الممكن تقديمه على ما جاء بالفصل 1116 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة (والذي منه أخذ الفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود). فقد أتى الأوّل (ومن ثمّ الثاني) ليقول إنّ الأساسي هو الذي بدونه ما كان ليتعاقد. وعلى هذا يكون التقيض، أي غير الأساسي أو العرضي، هو الذي مع وجوده كان سيتعاقد⁽⁷²⁸⁾. ولقد أوردت مجلّة الالتزامات والعقود بالفصل 57 تفسيراً لهذا "الغير أساسي" أو العرضي⁽⁷²⁹⁾ وقالت إنّ ما انصبّ على التّوابع. لكن الذي انصبّ على التّوابع قد يسبّب - لو كشف أمره - عدم التّعاقد. ومن ثمّ تصحّ في حقّه العبارة المستعملة للأساسي وهي أنّه بدونه ما كان ليتعاقد. وعلى هذا يصير التقيض ليس نقيضاً، بل هو الشّيء نفسه⁽⁷³⁰⁾.

ممّا تقدّم يمكن القول إنّ توحيد التّغيير (ومن ثمّ توحيد عقابه) أصلح من تجزئته إلى أساسي وعرضي. وينبني على هذا أنّ الذي استوردته مجلّة الالتزامات والعقود دون المحليّ إتقاناً⁽⁷³¹⁾. وهذا بدوره تتأسّس عليه إمكانية عدّ هذه المجلّة (على مستوى هذا الجزء الثاني من مادّة أثر العمل) مجسّدة لعدم الإحكام.

⁽⁷²⁸⁾ يلاحظ هنا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود أوجدت فصلاً هو 57 ليحمل هذا التقيض. وهو ما لم تفعله المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. ولعلّ السبب يكمن في موقف الأولى من التّغيير الذي يحدث غلطاً في القيمة (انظر إلى الفقرة عدد 259).

⁽⁷²⁹⁾ انظر ما يبرّر قولنا إنّ الأمر يتعلّق بتفسير، وذلك بالفقرة عدد 233، الهامش.

⁽⁷³⁰⁾ ليستحضر ما جاء من نقد للمنطق وللقانون في عنوان الغلط التلقائي، وسيدرك عندها أنّ كلّ تمييز بين تغيير يحدث غلطاً في أمر أساسي وتغيير يحدث غلطاً في أمر غير أساسي لا يمكن أن يصمد أمام عملية التّقييم.

⁽⁷³¹⁾ خلا المستورد منه ومن بعده المستورد من دقّة النّظر التي توجب جمع المتمثالات.

236. — هذا الحكم يمكن من المرور إلى آخر يتعلّق بالجانب الثاني للجزء الثاني من المادة المذكورة للتوّ، وهو ذاك المتعلّق بما يحويه الأساسي⁽⁷³²⁾.
 وإنّ هذا الآخر ليتمكن بناؤه على ثلاثة أمور:
 أوّلها (وهذا أمر سبق أن وقع التّعرض إليه) أنّ الفصل 56 وعاء يحوي ضمن ما يحويه التّغير الذي يحدث غلطا في الباعث⁽⁷³³⁾ وفي الوصف غير الدّاتي⁽⁷³⁴⁾.
 وثانيها (وهو أمر سبق بدوره) أنّ الغرب يقول نفس الشّيء⁽⁷³⁵⁾.
 وثالثها (وهذا أمر لم يسبق) أنّ الفقه الإسلامي يعرف التّغير الذي يحدث غلطا في الباعث ويعدّه موجبا لخيار الفسخ⁽⁷³⁶⁾.

⁽⁷³²⁾ انظر الفقرة عدد 238، الهامش.

⁽⁷³³⁾ انظر الفقرة عدد 232.

⁽⁷³⁴⁾ انظر الفقرة عدد 233.

⁽⁷³⁵⁾ انظر الفقرة عدد 232 وما بعدها. وإنك ستجد - بالنسبة إلى الوصف غير الدّاتي - أنّ جزءاً من الغرب فقط هو الذي يقول بالإبطال.

⁽⁷³⁶⁾ يمكن أن يعطى هنا مثال المراجعة والتّولية والشّركة والوضيعة حين لا يصحبهم غبن. انظر: الرّزقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، م س، ج 1، ص 468. وإننا سنعود فيما بعد إلى هذه البيوع وذلك بمناسبة الحديث عن التّغير 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 تغيّر (هذا المثال لغلط في الباعث جاء في: "درر الحكّام لعلي حيدر، م س، ج 1، ص 344 تحت المادة 338: "إذا اشترى عرصة - بفتح العين والرّاء والصّاد: والعرضة 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 ضريبتها بجميع الثّمن المسمّى وبين أن يرده". 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 ويتاع منه ليمنّ الشّريك الآخر من ممارسة الشّفعة انظر إلى: السنهوري (عبد الرّزاق)، م س، ج 2، ص 173.

الأحكام الأصلية للفظ الحدث

كما يعرف الفقه الإسلامي التّغيير الذي يحدث غلطا في وصف غير ذاتي، ويجعله مؤدّيا لنفس المصير⁽⁷³⁷⁾.

وإنّ هذه الأسس الثلاثة لتمكّن من تشييد قول مفاده أنّ الجانب الثّاني للجزء الثّاني من مادّة أثر العمل ثمّ مثله في الغرب وفي الشّرق⁽⁷³⁸⁾. وإنّه - وعلى التّقدير الأقصى المتمثّل في كون هذا الجانب قد تمّ استيراده - فإنّ المجلوب مثل المتروك وليس

وينبغي أن يلاحظ هنا أنّه تمّ مثال قد يجسد قولاً للفقه مفاده أنّ هذا التّغيير الذي يحدث غلطا في الباعث لا يوجب فسحا. وحاصل المثال أنّ شخصا كذب على آخر وقال له إنّ منزلي يساوي المبلغ (أ) وإنّ فلانا قد طلب شراءه، ثمّ اتّضح أنّ المنزل يساوي ذلك المبلغ ولكنّ فلانا لم يطلب شراءه. ففي هذه الصّورة ليس تمّ فسح. انظر: حيدر (علي)، درر الحكّام، م س، ج 1، ص 369 و370، تحت المادّة 357 من المجلّة العثمانية.

ولعلّه بالإمكان أن نقول إنّ علي حيدر قد أراد أن يؤكّد من خلال هذا المثال أنّ التّغيير 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 المثال بوصفه يجسد أيضا صورة تغيّر أحدث غلطا في الباعث ومن ثمّ فقوله عن عدم وجود خيار لم يهّم المثال من جانبه المذكور للتّو. ويبدو أنّه بالإمكان وبناءً على ما تقدّم مواصلة التّمسك بما قيل في المتن حول موقف الفقه الإسلامي. انظر الفقرة عدد 116.

⁽⁷³⁷⁾ انظر مثلا إلى: الزّرقاني، م س، ج 5 (المجلّد الثّالث)، ص 136؛ البّاني، المرجع السّابق نفسه والجزء والمجلّد نفسيهما، ص 134. وكلاهما مشار إليه في الحاشية الجانبية للفصل 61 من المشروع المراجع.

⁽⁷³⁸⁾ 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 الدّاتي أخذ من الشّرق لأنّه أشير إليه كمرجع (انظر الهامش السّابق)، وربّما يمكن القول إنّ أخذ من الغرب لأنّنا رأينا أنّه أشير إلى هذا كمرجع (الفقرة عدد 232) وإن لم يمكن لنا أن نأخذ موقفا عندها - لذلك مررنا إلى التّية غير المباشرة (الفقرة عدد 233) - لأنّ هذا الغرب منقسم إلى قائل بكونه مبطلا وقائل بنقيض ذلك.

وإنّ كلّ ما سبق لم يمكّننا ونحن نتحدّث عن الباعث والوصف غير الدّاتي معا، من أن نقول عنهما إنّ الغرب والشّرق مشار إليه بالنّسبة إليهما جميعا كمرجع.

هذا المتروك بالأفضل. ويبدو أنّ هذه المحصّلة لا تسمح بربط هذه النقطة من مجلّة الالتزامات والعقود بمسألة الإحكام⁽⁷³⁹⁾.

237. — وينبغي الآن أن يُختتم هذا الحديث الخاصّ بتحليل جهة أثر العمل وبالحكم عليها بخلاصة مفادها أنّ التّأظر إلى الفصلين 56 و 57 يجد أمامه قسما أوّلا⁽⁷⁴⁰⁾، فثانيا⁽⁷⁴¹⁾، فثالثا⁽⁷⁴²⁾. وهذا القسم الثّالث له جزء أوّل⁽⁷⁴³⁾، وثان⁽⁷⁴⁴⁾. وهذا الجزء الثّاني له جانبان سنعتني بأولهما⁽⁷⁴⁵⁾ ونترك الثّاني⁽⁷⁴⁶⁾. فأما القسم الأوّل فتمّ مثله في

⁽⁷³⁹⁾ إنّ ما ورد أعلاه لواجب المراجعة حين لا نكتفي كما فعلنا الآن بعموم التّغير، أي حين سنحاول الدّخول إلى أقسام التّغير الثلاثة: التّغير بوسيلة إيجابيّة ليست قولاً، والكذب، والكتمان. فهذا الدخول سيسمح بالتفرقة:

بين التّغير بوسيلة إيجابيّة ليست قولاً أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو مبطل على مستوى مادّة الغلط لوحدها (ذات الشّيء مثلاً).

وبين التّغير بوسيلة إيجابيّة ليست قولاً أو الكذب الذي يحدث غلطا في أمر هو ليس مبطلا على مستوى مادّة الغلط لوحدها (القيمة مثلاً).

كما أنّه سيسمح بالتّفرقة نفسها في إطار الكتمان.

وكلّ ذلك سيمكّن من الفصل: بين التّغير بوسيلة إيجابيّة ليست قولاً 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 المتحدّث عنها أعلاه والاكتفاء هنا بتحليل قد يُرجع فيها سببه أنّ الذي لم يُحض فيه يستوجب — لكي يُنظر فيه نظرة شاملة — أن يُتعرّض أوّلا إلى الغلط في القيمة وإلى التّغير الذي يحدثه، وهو أمر لم يؤت به إلى الآن.

⁽⁷⁴⁰⁾ قسم العمل.

⁽⁷⁴¹⁾ قسم العامل.

⁽⁷⁴²⁾ قسم أثر العمل.

⁽⁷⁴³⁾ جزء إحداث الغلط.

⁽⁷⁴⁴⁾ جزء محلّ الغلط.

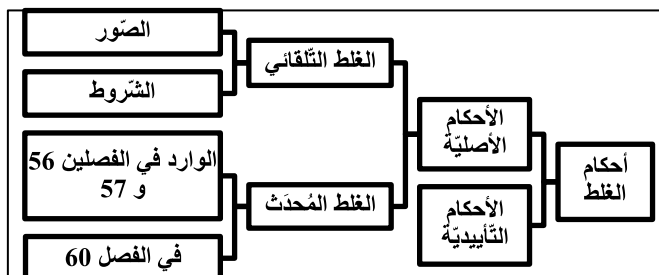
⁽⁷⁴⁵⁾ الجانب الخاص بالتّفرقة بين الأساسى والعرضى.

⁽⁷⁴⁶⁾ الجانب المتعلّق بما يحويه الأساسى، وإنّه سيترك لكونه وكما قيل سيستهدف إلى المراجعة.

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

الشرق وفي الغرب. وكذا الثاني، وأيضا الجزء الأول من القسم الثالث. لكنّ الجانب الأول من الجزء الثاني من هذا القسم الثالث غربي. ويبدو أنّ واضعي الفصلين 56 و57 قد عمدوا إلى الاستيراد. لكن اتّفق وأنّ المستورد له شبه كبير بالمحلّي الموجود والقائم وقتها. وعليك أن تنظر مليّا لتكتشف جزئية في ملامح الفصلين 56 و57 تجعلهما غربيين لا شرقيين. ولعلّه ينبغي - للتثبت من صحّة هذه الخلاصة - النظر أيضا في الفصل 60 وفي علاقته بمسألة الأحكام التي نعمل عليها⁽⁷⁴⁷⁾.

(747)



الفصل الثاني

الإحكام في الأحكام الأصلية للغلط المحدث الوارد بالفصل 60

238. — إنَّ المنطوق به في الفصل 60 هو: "الغبن لا يفسخ العقد إلاَّ إذا تسبَّب عن تغرير [...]""(748).

أما المقصود فهو: "الغبن (الموضوعي)"(749) لا يفسخ العقد إلاَّ إذا تسبَّب عن (غلط تسبَّب عن) تغرير [...]""(750).

(748) ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرَّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة "تسبَّب" بعبارة أخرى: "نتج"، و"محي" من "من أمام" نائبه، و"عوض" بمن "من"، و"غبر" عدى "ب: عدا"، وجاء ب: "استثنى" مكان "استثنى".

(749) إنَّنا سنرر لاحقا وصفنا هنا الغبن بالموضوعي. لكن بالإمكان أن نقول منذ الآن إنَّ لفظه الغبن جاء بالفصل 60 وجاء بالفصل 61. والحديث عن الإرادة في ذلك مختلف عن الحديث عن الإرادة في هذا. وإنَّ تبدل الأطر (نوع الإرادة - حضورها وغياها) مع ثبات اللفظ (الغبن) يدلُّ على أنَّ الغبن غير مرتبط بالإرادة، أي على أنَّه موضوعي.

ولتوضيح ما سبق ينبغي الخروج إلى الإطار العام والقول إنَّ الغبن "الموضوعي" يمكن أن يتحقَّق والإرادة حاضرة، كما يمكن أن يتحقَّق وهي غائبة:

◀ فقد تحضر إرادة التعبير (أو الإرادة الاستعمالية) وتحضر معها إرادة الأثر (أو الإرادة الجدئية) ويكون ثمَّ غبن "موضوعي". وإنَّ أسباب ذلك متعدِّدة. فقد تحدَّث "ابن جزري" عن الذي يشتري بالأزيد لغرض المشاكلة (م س، ص 177)، وتحدَّث "الوران" عن الأذواق والأهواء (م س، ج 15، عدد 485، وهذا المكان مشار إليه في الحاشية التَّحنيَّة للفصل 65 من المشروع المراجع وهو الفصل الذي أعطى الفصل 60 من مجلَّة الالتزامات والعقود. لكن هنالك خطأ مطبعي، فعوض أن نجد العدد 485 المذكور لأنَّ هذه هي الفقرة الخاصَّة بالغبن، نجد الحاشية تذكر الفقرة 185 المتعلقة بمسألة من مسائل التبرُّع لا ارتباط لها بالغبن)، كما تحدَّث "السَّنهوري" عن المجازفة والمزاحمة (م س، ج 2، ص 133). ولعلَّه بالإمكان أن نضيف سببا آخر قابلا لأنَّ يستخرج من قصَّة علي بن الفضيل ومفادها أنَّه كان: "يشتري من باعة المحلَّة، فقبل له لو دخلت السُّوق فاسترخصت، فقال هؤلاء نزلوا بقرينا رجاء منفعتنا".

القشيري (عبد الكريم)، م س، ص 249.

- ◀ وقد تغيب الإرادة ويكون ثمّ غبن "موضوعي":
- ◆ وإن الغياب يمكن أن يهّم إرادة التعبير (صورة الفصل 61).
- ◆ كما يمكن أن يهّم إرادة الأثر:
- وإن إرادة الأثر قد تغيب في جانبها الخاص بالعلم (وهنا نجد المضغوط والمضطر).
- وقد تغيب في جانبها المتعلق بعدم العلم (وهنا نجد جزأي الفصل 60 اللذين سنتحدث عنهما لاحقاً).
- وينبغي هنا أن نورد ملاحظتين:

الملاحظة الأولى، وهي مرتبطة بما سبق، ومفادها أنّ الحاشية التّحتيّة للفصل 65 من المشروع المراجع أشارت إلى مراجع قد لا تهمّ محتوى النصّ على مستوى الإرادة (مثلاً الفصل 1118 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة وفي ما يخصّ المنطوق به فيه: غياب إرادة التعبير وغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم/ الفصل 1113: المحتوى نفسه الذي للفصل 1118/ الفصلان 1674 و1675: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم/ الفصل 138 من المجلّة المدنيّة الألمانيّة: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم (صورة استغلال الحاجة) وغياب إرادة التعبير (صورة استغلال ضعف العقل (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 لاحقاً)/ حكم المحكمة الابتدائيّة بتونس الذي طرق المسألة من ناحية النّفع وغياب السّبب [علماً وأنّ حاشية الفصل 3 من المشروع المراجع 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, 1^{ère} Ch., 30 Janvier 1888, Journal des tribunaux français en Tunisie. Revue pratique de législation et de Jurisprudence, 1895, p. 501 et s.).

الملاحظة الثّانية أنّ هنالك تقنيات في القانون التّونسي أو الإسلامي أو الغربي غايتها الوقاية من الغبن "الموضوعي" المرتبط بغياب الإرادة. ويمكن أن نذكر على وجه المثال منع الاحتكار وتحديد الأسعار وتحريم الرّبا (انظر: محمّصاني [صبحي]، التّظريّة العامّة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلاميّة. بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972، ج 2، ص 433 وما بعدها. وانظر أيضاً: "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 306)، كما يمكن أن نذكر - على وجه المثال دائماً ولكن على صعيد بعد آخر مختلف عن السّابق - خيار الشّروط (الفصل 121 و700 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود)، ورّبما أيضاً خيار التّعيين (الفصل 65 و151 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود).

هذا يعني:

من جهة أولى أنّ الغبن "الموضوعي" لا يفسخ العقد في صورة حضور إرادة التعبير وإرادة الأثر وفي صورة ما إذا تسبّب الغبن عن غلط لوحده أي عن غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم.
من جهة ثانية أنّ الغبن "الموضوعي" يفسخ العقد إذا تسبّب عن غلط تسبّب عن تغرير.

ويمكن عدّ الجهة الأولى حكماً أصلياً يتمثّل في إقصاء الغبن والثانية حكماً أصلياً يتمثّل في قبوله. وإنّنا سنربط هذه الجهة الثانية بالإحكام وأيضاً تلك الجهة الأولى لكن بعد أن نسقط من عنوان الجهة الأولى⁽⁷⁵¹⁾ مسألة حضور الإرادة لكوننا لن نركّز عليها في المعنون.

على هذا سيكون الحديث:

أولاً عن الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده (المبحث الأول)؛

وثانياً عن الإحكام على مستوى قبول الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير (المبحث الثاني).

⁽⁷⁵⁰⁾ سيثبت لنا لاحقاً أنّ الفصل 60 هو لغبن سببه غلط سببه تغرير. وإنّ هذه الصّورة موجودة بالقانون

الفرنسي تحت اسم آخر هو التّغريير الذي يحدث غلطاً في القيمة. كما أنّها موجودة بالفقه الإسلامي.

⁽⁷⁵¹⁾ هذا الإسقاط سيجعل العنوان الأوّل شبيهاً بالعنوان الثاني وهذا من شأنه (ربّما) أن يجعل عرض

المبحث الأوّل: الأحكام على مستوى إقصاء الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده

239. — للمسألة التي نعمل عليها علاقة بالفصل 60 في جانبه المتعلّق بالإقصاء وعلاقة أخرى به في جانبه المتعلّق بالقول بالإقصاء على وجه الإطلاق. لذا سننظر في الأحكام على مستوى الإقصاء (الفقرة 1) وعلى مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق (الفقرة 2).

الفقرة 1. الأحكام على مستوى الإقصاء

240. — سنحاول هنا قطع مرحلة التحليل ومرحلة استحضار قول الغرب والشرق وأخيرا مرحلة الحكم:

241. — والدّاخِل إلى المرحلة الأولى مدعوّ للتّوقف عند صيغة "لا ... إلّا" التي جاءت في الفصل 60، والتي هي للشّروط؛ وتفيد انتفاء الحكم عند انتفاء الشّروط. على هذا يكون النّصّ المذكور قد نفى الفسخ إذا كنّا أمام غبن لم يسببه تغيير.

لكنّ الغبن الذي لم يسببه تغيير قد يتمثّل في عدّة وجوه هي:
أولا الغبن مع حضور الإرادة (إرادة التّعبير وإرادة الأثر = الإرادة الاستعماليّة والإرادة الجدّيّة)؛

ثانيا الغبن مع غياب إرادة التّعبير (غيابا نسبيا)؛

ثالثا الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم (المضغوط والمضطّر لا المكروه)؛

رابعا الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والمتعلّق بغلط لوحده.

فهل أنّ الفصل 60 قصد كلّ هذا، أي هل أنّ مطلقه أريد به الإطلاق؟

242. — إنَّ من يريد فهم الفصل 60 مدعوًّا للبحث عن القرينة المخصَّصة. وإنَّ هذه القرينة واجبة الاستقصاء في التعبير المباشر عن نية المشرِّع. هذا التعبير يتمثَّل في حاشيتي الفصل 65 من المشروع المراجع:

فإذا بدأنا بالحاشية التَّحتيَّة، وجدنا أنَّ جزءًا منها⁽⁷⁵²⁾ يدلُّ على أنَّ المشرِّع أراد في النَّصِّ أن يتحدَّث عن الصُّورة التَّانية (الغبن مع غياب إرادة التعبير غيابا نسبيًّا) والثَّالثة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصِّ بالعلم) والرَّابعة (الغبن مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصِّ بعدم العلم والمتعلِّق بغلط لوحده). وإنَّ الذي يقبل هذه الصُّورة الرَّابعة على أنَّها لا توجب فسخًا، يقبل من باب أولى الصُّورة الأولى (الغبن مع حضور إرادة التعبير والأثر). وعلى هذا فمطلق نصِّ المشروع المراجع (ومن ثمَّ مطلق الفصل 60 من مجلَّة الالتزامات والعقود) يفيد الإطلاق. لكن علينا أن نخرج (لوجود الفصل 66 في المشروع المراجع والفصل 61 من مجلَّة الالتزامات والعقود) الصُّورة التَّانية (الغبن مع غياب إرادة التعبير غيابا نسبيًّا) لأنَّه ثمَّ حالة لها في هذين النَّصِّين قيل عنها إنَّها توجب الفسخ⁽⁷⁵³⁾. ثمَّ إنَّ جزءًا من الحاشية التَّحتيَّة⁽⁷⁵⁴⁾، بالإضافة إلى الحاشية الجانبيَّة، يجعلنا نقول إنَّه أريدت الصُّورة الرَّابعة

(752) هو النَّصوص المشار إليها من المجلَّة المدنيَّة الفرنسيَّة ومن المجلَّة المدنيَّة الألمانيَّة.

(753) أمَّا بقيَّة حالات الصُّورة التَّانية فيمكن إخراجها بواسطة القياس على الحالة المنصوص عليها، إذا كان القياس مقبولًا هنا. وينبغي أن نشير إلى أنَّه يجب أن يلاحظ في مسألة الإخراج أمر التَّسبة الواردة بالفصل 61 (ما يزيد على التَّلت). لذا فإنَّ غبن التَّلت فما دونه والمصاحب للغياب التَّسبي لإرادة التعبير (بالتَّسبة إلى الغياب المطلق ولغيرها: غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصِّ بالعلم وبالتَّحديد صورة الإكراه — غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصِّ بعدم العلم كصورة الغلط في الوصف إلخ، فإنَّ وجود أو عدم وجود الغبن لا يؤثِّر على الجزاء ولذلك فهي لا تدخل أصلا في إطلاق الفصل 60) يبقى داخلا في إطلاق 60.

(754) الجزء الخاص بالإشارة إلى: "لوران"، ج 15، عدد 485 (لا 185).

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

(الغبين مع غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم والمتعلّق بغلط لوحده) ومن باب أولى الصّورة الأولى (الغبين مع حضور إرادة التّعبير والأثر)⁽⁷⁵⁵⁾. هكذا نكون قد عثرنا على القرينة المخصّصة وهي التّعبير المباشر بالنّسبة إلى الصّورة الرّابعة والتّعبير غير المباشر بالنّسبة إلى الصّورة الأولى.

243. — وإنّ إثباتنا لكون الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود يهّم هاتين الصّورتين لإثبات أيضا لكون الغبن فيه "موضوعيا"⁽⁷⁵⁶⁾. لكننا سنترك (كما سبق وأن أعلنّا ذلك⁽⁷⁵⁷⁾) الصّورة الأولى لنهتّم بالرّابعة، والتي يمكن (انطلاقا ممّا تقدّم) أن نصفها بكونها لغبن "موضوعي" أحدثه غلط لوحده⁽⁷⁵⁸⁾.

⁽⁷⁵⁵⁾ هكذا نكون قد أتينا بما يثبت أنّ الفصل 60 فيه الجهة الأولى المتحدّث عنها بالفقرة عدد 238 أي

هو لصورة حضور إرادة التّعبير والأثر ولصورة غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم.

⁽⁷⁵⁶⁾ 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 المقصود بكونه موضوعيا.

⁽⁷⁵⁷⁾ الفقرة عدد 238.

⁽⁷⁵⁸⁾ أتى بهذه اللفظة للاحتراز من جهة عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط في وصف الشّيء،

ومن جهة أخرى عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط أحدثه تغيير.

ولقد حاولنا في هذا العمل الخاصّ بالفصل 60 أن نبتعد عن اسم اصطلاحى (رغم مزيمته في كونه اصطلاحيا) هو الغلط في القيمة وذلك لأنّه لا يعبر بدقّة عن المادّة التي نحن بصددّها. نعم هي مادّة غلط في القيمة، ونعم هي مادّة غلط في قيمة السّوق، ولكنها مادّة لا لغلط يفرز مفاجأة سارة للواقع في غلط حين يفيق من غلظه (كان البائع يظنّ أنّ الشّيء الذي يمتلكه يساوي في السّوق دينارا فباعه بدينار وثلاثمائة مليم ثمّ ظهر أنّ قيمته في السّوق دينار ومائة مثلا — كان المشتري يظنّ أنّ القيمة في السّوق دينار واشترى بسبعمائة مليم ثمّ اكتشف أنّ قيمته في السّوق هي ثمانمائة مليم مثلا)، بل لغلط يفرز مفاجأة غير سارة لأنّها تعني أنّ ضررا قد لحق به (كان البائع يظنّ أنّ قيمة السّوق دينار فباع بدينار ثمّ ظهر أنّها أزيد من ذلك — كان المشتري يظنّ أنّ قيمة السّوق دينار فاشترى بدينار ثمّ ظهر أنّها دون

244. — وإنّ تحديدنا لموضوع اهتمامنا على النحو السابق هو في نفس الوقت انتهاء من المرحلة الأولى. والواجب بعدها أن ندخل المرحلة الثانية وأن نبدأها بالإتيان بالغرب، وبالغرب المستعمل من قبل اللجنة. وإتينا مدعوون (بعد تحديدنا للفصل 60 على أنّه يهّم غبنا "موضوعيًا" أحدثه غلط لوحده) أن نترك الغرب المستعمل الذي يهّم غبنا "موضوعيًا" آخر. فإذا فعلنا، بقي لدينا من الغرب "لوران"⁽⁷⁵⁹⁾ مثلاً والذي بدأ حديثه بالفصل 1118 من المجلة المديّة الفرنسيّة ثمّ مرّ للحديث عن الغلط لوحده (على هذا يكون قد تناول المسكوت عنه في هذا النّص) والذي ينتج عنه غبن، وأسماء غلطا محلّه قيمة الشّيء الذي هو موضوع للعقد. ثمّ قدّم لنا السّبب الذي من أجله لم تقبل المجلة المديّة الفرنسيّة أن يوجب هذا

ذلك). قارن مع: السنهوري، م س، ج 2، ص 133، ومع "لوران"، م س، ج 15، عدد 485. وعلينا أن نلاحظ أنّه — وفي التّحاليل السابقة — استعملنا الاسم الاصطلاحي، وذلك لأنّ التّدقيق لم يكن ممكناً إلا في هذه اللحظة.

ولعلّه ينبغي أن نختتم بالإشارة إلى أنّ القيمة ليست وصفاً للشّيء (وفيما مضى وحين كان تمّ رقّ وصفاً للشخص) بل هي مرآة عاكسة لنوع من أوصاف الشّيء هي تلك المؤثّرة في القيمة (انظر إلى هذا القول وإلى أمثلة للأوصاف المؤثّرة في الثّمّن: مصدر لوحة فنّيّة — امتلاكها من قبل شخص مشهور — ندرة طابع بريدي — إلخ. "فيتز"، م س، عدد 332). وعلى هذا فإنّ هنالك أوصافاً لا تؤثر في القيمة (امتلاك الشّيء من قبل شخص مغمور). وإنّ ما سبق هو الذي دعانا سابقاً — وقد يدعون لاحقاً — إلى وضع الغلط في القيمة في صنف مستقلّ عن صنف الغلط في الوصف.

والحاصل ممّا سبق أنّ الغلط في القيمة هو غلط محلّه الثّمّن (وليس محلّه أوصافاً سواء كانت مؤثّرة أو غير مؤثّرة في الثّمّن) ونتيجته أن يوجد الغلط في وضع من يعطي (ثمناً) أكثر ممّا يتلقّى، أي في وضع مغبون. لذلك أسمينا الغلط في القيمة غلطا (في الثّمّن) يحدث غبنا (وعلى هذا فهو مختلف عن الغلط في تعيين الثّمّن وفي تعيين السكّة. ففي الغلط في القيمة ليس ثمّ غلط في تعيين الثّمّن أو السكّة. ثمّ هو مختلف عن الغلط في الحساب، إذ في الغلط في القيمة ليس ثمّ غلط في الحساب).

(759) "لوران"، م س، ج 15، عدد 485 (لا 185 كما ورد خطأً بالحاشية التّحتيّة كما أشرنا إلى ذلك سابقاً).

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

الغلط إبطالا، فقال إنه يتمثل في أنه: "لا يمكن أن نقول على وجه اليقين إنّ الأطراف ما كانوا ليتعاقدوا لو أنّهم علموا بالغبن أثناء التعاقد"⁽⁷⁶⁰⁾. وفسّر ما سبق منطلقا من سؤال مفاده هل أنّ المساواة هي جوهر العقود التبادلية، فإذا ما اختلّ التعادل بين الأداء المقدم والأداء المتلقّى و"حصل عدم مساواة ناتج عن القيمة"⁽⁷⁶¹⁾، مثل ذلك عيبا يجعل العقد قابلا للإبطال؟ وأجاب بالقول إنه لو كانت: "قيمة الأشياء مطلقة لأمكن التمسك بأنّ عدم المساواة يعيب الرضا وأنّ الأطراف لا يتعاقدون إلاّ بروح المساواة، لكنّه ليس ثمّ شيء أكثر تحوّلًا من قيمة الأشياء، وهذه القيمة لا تتبع فقط ظروف الزمان والمكان، بل أيضا وقبل كلّ شيء حاجات وأذواق وشهوات الذين يتعاقدون"⁽⁷⁶²⁾.

وخدمة لتحليل ستأتي، ينبغي أن نتوقّف عند ما قاله "لوران" وأن نحاول إدخاله في قالب اللفظي والدلالي الذي نعمل به. يخرج من هذا القالب محتوى مفاده أنّه إذا كان ثمّ غبن "موضوعي" وإذا حضرت إرادة التعبير ولم نكن أمام عقد مضطرّ أو مضغوط⁽⁷⁶³⁾، فإنّه (وحسب "لوران" ومن ورائه الغرب المستعمل في المشروع

⁽⁷⁶⁰⁾ "On ne peut pas dire avec certitude que les parties n'auraient pas contracté si elles avaient connu la lésion lors du contrat".

⁽⁷⁶¹⁾ والكلام لـ: "لوران".

⁽⁷⁶²⁾ "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".

⁽⁷⁶³⁾ ينبغي أن نعيد تناول بعض ما سبق ولكن في شكل آخر وأن نشير إلى أنّه يمكن أن نجد غبنا في

حالتين:

◀ حالة عدم العلم وهذه فيها:

◆ صورة الغلط

◆ صورة استغلال الغلط

◆ صورة إحداث الغلط

المراجع) لا يترجّح أحد الاحتمالين الممكنين، واللذين هما أنّ ذلك الغبن صحبه حضور إرادة الأثر⁽⁷⁶⁴⁾ أو أنّه حدث نتيجة غياب هذه الإرادة في جانبها الخاصّ بعدم العلم، أي نتيجة غلط. بعبارة أخرى لا يترجّح احتمال البطلان على احتمال الصّحة. لذلك يقال بالصّحة.

245. — ويبدو أنّ هذه الفكرة موجودة في الشّرق الذي استعمل في المشروع المراجع وبالتّحديد في جزء منه. فالمعلوم (وهذا ما ذكرته الحاشية الجانيّة للفصل 65) أن هنالك موقفين⁽⁷⁶⁵⁾:

246. — موقفٌ لا يقبل أن يوجب خيارَ فسخ، الغبنُ "الموضوعي" إذا حضرت إرادة التّعبير ولم تكن أمام عقد مضطرّ⁽⁷⁶⁶⁾. ويمكن أن نجد من ضمن

◀ حالة العلم وهذه فيها:

◆ صورة الإكراه

◆ صورة من يوجد ظروفًا وهذه تضغط على معاقده (هل نحن أمام عقد المضغوط المرتبط تقليديًا بالإكراه كما يقول "فيستان" [م س، عدد 557]، أم نحن أمام تغيير كما يقول "لوسوران" [تعليق على قرار كولمار وذلك بالمجلّة الفصلية للقانون المدني، 1970، ص 755 / Revue trimestrielle de droit civil, 1970, p. 755])

◆ صورة من يستغل ظروفًا ضغطت على معاقده.

(ملاحظة: صورة الغلط في وصف الشّيء إلخ وصورة الإكراه لا يهتمّ فيها بوجود أو بعدم وجود غبن).

⁽⁷⁶⁴⁾ أي ثمّ علم، أي ليس ثمّ غلط بالإضافة إلى أنّه ليس ثمّ ضغط واضطرار كما افترض ذلك من قبل.

⁽⁷⁶⁵⁾ انظر حول هذين الموقفين للمالكيّة وحول أحدهما عند الحنفيّة (وهما المذهبان اللذان ذكّرهما

الحاشية الجانيّة) وعند الشافعيّة والحنبليّة: السنهوري (عبد الرزّاق)، م س، ج 2، ص 134 وما بعدها.

⁽⁷⁶⁶⁾ وهذا هو موقف المالكيّة غير البغدادية (انظر ما قالته الحاشية الجانيّة للفصل 65 من المشروع

المراجع وانظر المراجع الواردة بها ثمّ انظر: السنهوري [عبد الرزّاق]، م س، ج 2، ص 140) وهو ظاهر

مذهب الأحناف (انظر المراجع الواردة بالحاشية الجانيّة وانظر السنهوري في المكان نفسه وانظر

خاصّة: ابن عابدين [مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت، دار إحياء التراث العرب، ج 2، ص 66 وما

تعليلات⁽⁷⁶⁷⁾ هذا الموقف ما يصبّ في النهاية في القول الذي استخرجناه منذ قليل انطلاقاً من "لوران"⁽⁷⁶⁸⁾.

وموقفٌ يقبل أحياناً أن يوجب خيارَ فسخٍ، الغبنُ "الموضوعي" إذا حضرت إرادة التعبير ولم تكن أمام عقد مضطّر⁽⁷⁶⁹⁾. وحبّته (وهي بمثابة الرّدّ على تعليل الموقف الأول) أن بالإمكان، في بعض الصّور، أن نرجّح احتمال أن ذلك الغبن حدث نتيجة غياب إرادة الأثر، أي بالتحديد نتيجة غلط، وذلك حين تكون ثمّ أمور من شأنها أن تجعلنا نصدّق هذا الغياب لتلك الإرادة، أي نصدّق زعم وجود غلط⁽⁷⁷⁰⁾.

بعدها] في رسالته "تخبر التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغير" والتي اشتهرت لكونها احتجّت للموقف الوارد أعلاه) وظاهر مذهب الشافعي ومذهب أحمد (انظر إلى السنهوري في المكان نفسه).

⁽⁷⁶⁷⁾ هنالك تعليل نجده عند ابن عابدين في رسالته (ص 78) ومفاده أنّ القول بخيار الفسخ هنا يجافي مقتضى الرّفق بالنّاس.

⁽⁷⁶⁸⁾ جاء عند السنهوري (م س، ج 2، ص 164) عن الشّرح الكبير على متن المقنع (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 المتن (ملاحظة: حديث الشّرح الكبير همّ عقد غير المسترسل، وإنّنا سنعود إلى هذا الأمر لاحقاً وذلك في الفقرة عدد 251).

⁽⁷⁶⁹⁾ وهذا هو موقف المالكيّة البغدادية كما قالت الحاشية الجانيّة للفصل 65 من المشروع المراجع، وكما قال صاحب المقطف الذي أورده السنهوري (م س، ج 2، ص 138). وهو أيضاً موقف ابن حزم. انظر: بوصبع (نبيل)، نظريّة العقد عند الإمام ابن حزم الأندلسي. أصولها ومقوماتها، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1431 هـ/ 2010 م، ص 484 وما بعدها.

⁽⁷⁷⁰⁾ جاء في التّاج والإكليل للموّاق (هامش الخطاب، ج 4، ص 468 وما بعدها) وذلك حسب السنهوري (م س، ج 2، ص 138): "والأصل في هذا أن ينظر إلى مدّعي الجهل، فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم [...] ونزل مثل هذا بزوجة شيخنا [...] فأفتى ابن عرفة بنقض بيعها لأوصاف ذكرها وعذرهما من أجلها".

وجاء عند محمّد العلوي العابد (الأموال في الفقه المالكي، الدار البيضاء، إفريقيا الشّرق، ط 2، 1994) عن بعض المالكيّة ما يلي: "جرى عمل فاس على القيام بالغبن [...] بشرط أن يكون المشتري بمنّ

ويبدو أنّ أصحاب هذا الموقف الثّاني (ودائما في إطار خطّ الحجّة التي استندوا إليها لكي يقبلوا بالخيار أحيانا) يشترطون أن يكون الغبن "الموضوعي" مساويا للثّلت أو يزيد عليه⁽⁷⁷¹⁾، وذلك لأنّ الذي يكون دون هذه النسبة معتاد⁽⁷⁷²⁾ فلا يترجّح (ولو

يجهل قيمة الأشياء لكونه أجنبيّا عن البلد أو لكونه لا يخاطب 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 المغبون كلّ ما لديه من مكايسة ولم يصدر من الغابن أيّ خداع" (عدد 297).

ومن الواجب أن نلاحظ هنا أنّ الفارق بين هذه الصّورة التي نصّدق فيها وجود غياب إرادة أثر وصورة الغبن "الموضوعي" الذي يصحبه غياب نسبي لإرادة التّعبير (صورة حَبّان بن منقذ في الحديث التّبوي الشّريف وعموما صورة ضعيف العقل - انظر مثلا لها عند "لوران"، م س، ج 15، عدد 524) هو أنّنا وفي الصّورة الأولى أمام ضعف مؤقت يهّم بعض الأمور صاحبه قادر لو كشفت له الأمور أن يكتشف ضعفه وأن يستعيد قوّته أمّا في الصّورة الثّانية فالضعف مستمرّ ويهّم 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 (عُمُر 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 بالنسبة إلى الفرق بين الغياب المطلق لإرادة التّعبير وغياب إرادة الأثر؟).

انظر الفقرة عدد 1 وما بعدها وكذلك الفقرة عدد 336.

⁽⁷⁷¹⁾ انظر محمّد العلوي العابدي، م س، عدد 288، ولكنّه لم يتحدّث عمّا تجاوز الثّلت.

وانظر ابن عاصم الأندلسي (أبو بكر محمّد بن محمّد)، متن العاصميّة المسمّى بتحفّة الحكّام في نكت العقود والأحكام، مصر، ص 61، والتي تضمّنت ذكرا لهذا الموقف الثّاني وتحديدا لكلّ الشّروط التي قال بها:

وممن يغبن في مبيع قاما	فشرطه ألاّ يجوز العاما
وأن يكون جاهلا بما صنع	والغبن بالثّلت فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام	وليس للعارف من قيام

مع توقُّر الأمور المتحدّث عنها سابقا في المغبون) احتمال أنّه نتج عن غياب إرادة الأثر.

247. — ويمكن لمن انتهى من استعراض محتوى كلّ هذه المواقف أن يقف وأن يقيّمها. ويبدو الموقف الثّاني للفقّه الإسلامي (مقارنة بالموقف الأوّل لنفس هذا الفقّه وبالموقف الغربي) أمتن حجّة، إذ يمكن (استنادا إلى معايير الفصل 48 من مجلّة الالتزامات والعقود، وربّما أيضا وإلى جانبها استنادا إلى مسألة التّسبب) القول (أمام صورة حضر فيها غبن "موضوعي" وإرادة تعبير وغاب الاضطرار) برجحان أحد الاحتمالين المتحدّث عنهما أعلاه⁽⁷⁷³⁾.

248. — وما سبق يمكن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد أخذت بحلّ ليس هو الأمتن. وقد يبني على هذا حكم يتمثّل في ربط المجلّة بعدم الإحكام وذلك لأنّ المأخوذ به، وإن كان مماثلا للمحلّي، فإنّه ليس الأصلح. وقد يُرى في هذا الحكم تهافثٌ إذ عدم الإحكام يقتضي ترك ما غزله اليد ومجلّة الالتزامات والعقود — وأمام غزليّن مختلفين لنفس اليد لا يمكن اعتمادهما جميعا — أخذت بما هو مماثل لأحدهما. ولعلّ الذي يتبع هذا الاتجاه سيقول (أولا لتماثل حلّ مجلّة الالتزامات والعقود مع أحد غزلي اليد من جهة ومع الغرب من جهة أخرى، وثانيا لكون هاتين الجهتين مشار إليهما في المشروع المراجع) إنّ لا يمكن القطع بأنّ ما وضعته هذه المجلّة محلّي أو مستورد. وعلى تقدير أنّه مستورد، فهو مثل المحلّي. من هنا لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

⁽⁷⁷²⁾ جاء عند الزرقاني (شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، بيروت، دار المعرفة، 1407 هـ، 1987 م، المجلد الثالث، ص 342): "وقد استدلل أحمد والبغداديون من المالكية على القيام بالغبن غير المعتاد وحدّوه بالثلث لا أقلّ لأنّه غبن يسير انتصب له التجار".

⁽⁷⁷³⁾ هكذا تجعل الصّورة مثل غيرها من صور الغلط وهكذا تكون قد جمعت التّماتلات.

هذه النتيجة تقبل المراجعة لو أننا وجدنا جديدا في موقف الشُّرق الذي قلنا إنّ حلَّ
مجلة الالتزامات والعقود يمثله. وهو ما سنحاول التثبت منه من خلال البحث في
جانِب الفصل 60 المتعلق بالقول بالإقضاء على وجه الإطلاق.

الفقرة 2. الإحكام على مستوى القول بالإقضاء على وجه الإطلاق

249. — إنّ التحليل السابق للفصل 60 يمكن من القول إنّهُ رفض وفي كلّ الحالات
أن يوجب فسخاً الغبن "الموضوعي" الذي أحدثه غلط لوحده.
وإنّ هذا هو نفس الحلّ الذي نجده في الغرب المشار إليه في المشروع المراجع.

250. — لكنّ الشُّرق — وبالتحديد الفقه المالكي والحنبلي — أوجد "بيع
المسترسل أو المستأمن"⁽⁷⁷⁴⁾. ومن يقرأ هذا الفقه يتبيّن أنّ الأمر يتعلّق بغبن
"موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغير⁽⁷⁷⁵⁾. لكن يبدو أنّ الفقه الحنبلي عنى أيضا
صورة الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده وذلك بالنسبة إلى طائفة من
الأشخاص هم المسترسلون⁽⁷⁷⁶⁾. وقد يمكن هذا من القول عن مجلة الالتزامات
والعقود إنّها لم تتبّع الشُّرق، ومن ثمّ فالحلّ الذي جاءت به مستورد. فإن كان الشُّرق

(774) انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، م س، ج 2، ص 162 وما بعدها.

(775) يأتي المشتري مثلا إلى البائع ويقول له بعني كما تباع الناس فإنّي لا أعرف القيمة (إذن استأمنه
واسترسل إليه) فيكذب عليه البائع ويذكر له ثمنا أعلى من قيمة السوق ويبيعه به.

(776) جاء عند السنهوري (م س، ج 2، ص 164) عن الشُّرح الكبير على متن المقنع (ج 4، ص 79)
أنّ المسترسل "هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة، قال أحمد: المسترسل الذي لا يحسن أن
يماكس، وفي لفظ الذي لا يماكس". وانظر: الرزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 470
و471 الذي تحدّث عن الفقه الحنبلي فقال: "على أنّ الاجتهاد الحنبلي يستثني أيضا حالتين اثنتين يعتبر
فيهما الغبن المجرد عن الخلابة عيبا في رضا المغبون يسوّغه إبطال العقد وهما: حالة الشَّخص
المسترسل، وتلقّي الركبّان".

الأحكام الأصلية للفظ المحدث

– الذي ورد للتوّ – هو الأصلح، ارتبطت المجلّة بعدم الإحكام؛ وإن لا، فلا⁽⁷⁷⁷⁾. وقد يقال إنّه لم يصحّ أنّ كلّ القائلين بالموقف الرافض للفسخ قد قالوا بالاسترسال في هذا المعنى إذ لا يخرج ما تمّ إيراده عن كونه مستخرج من بعض أصحاب هذا الموقف الرافض. هذا الاعتراض وجيه. ويمكن لمن يتمسّك به أن يقول بعدم إمكان المرور إلى مسألة الإحكام لأنّ المجلّة مثل جزء من الفقه. ولعلّ وصولنا إلى الاسترسال له فائدة حتى لو كنّا من أصحاب هذا الاعتراض، إذ أنّه يفتح الباب للحديث عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغيير⁽⁷⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁷⁾ هذا يرجعنا إلى ما قيل سابقاً حول وجود جمع للمتماثلات بالفقه. فإذا ابتعدت عنه مجلّة الالتزامات

والعقود، فستكون قد فصلت حيث يجب الوصل ومن هنا سترتبط بعدم الإحكام.

⁽⁷⁷⁸⁾ وذلك لأنّ الاسترسال يتحدّث عنه عادة في هذا الإطار.

المبحث الثاني: الإحكام على مستوى قبول الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغير

251. — سنرى من خلال تحليل الفصل 60 أنه قبل هذا الغبن، لكنّه فصل فيه. وسنحاول أن نبحت عن الإحكام على هذين المستويين.

الفقرة 1. الإحكام على مستوى قبول الغبن

252. — تعرّضنا سابقا لمعنى أول لصيغة "... لا ... إلا ..."، هو أنّها تفيد نفي الحكم عند انتفاء الشرط⁽⁷⁷⁹⁾. ونمّر الآن إلى مسألة إفادتها ثبوت الحكم عند ثبوت الشرط، أي إفادتها ثبوت الفسخ عند ثبوت الغبن "الموضوعي" الذي أحدثه غلط أحدثه تغير.

ويمكن القول، استنادا إلى السياق الذي ورد فيه الفصل 60، أنّ صيغته تفيد ذلك المعنى⁽⁷⁸⁰⁾.

هذا الكلام يتأيد بواسطة ما يفرزه التعبير المباشر عن النية. فلقد أشارت الحاشية التحتية للفصل 65 من المشروع المراجع إلى "أوبري" و"رو" في مكان تحدّثا فيه عن هذا التّغير⁽⁷⁸¹⁾. وهذا ما فعلته الحاشية الجانبية التي أشارت إلى هذا التّغير نفسه

(779) انظر الفقرة عدد 241.

(780) لأننا 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.

(781) انظر: "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر، وإن كان هذان يقولان إنّ هذا التّغير عرضي وإنّه لا يوجب بطلانا.

الأحكام الأصلية للفظ المحدث

حين أوردت "عمليات" السّجلماسي⁽⁷⁸²⁾ و"مرشد" قدري باشا⁽⁷⁸³⁾ و"أشباه" ابن نجيم⁽⁷⁸⁴⁾، و"غمز" الحموي⁽⁷⁸⁵⁾.

253. — والسؤال الآن — بعد تحديد محتوى الفصل 60⁽⁷⁸⁶⁾ — ما موقف الغرب

والشرق من هذا الغبن؟

⁽⁷⁸²⁾ السّجلماسي (الشيخ عبد الجليل الفلالي)، كتاب فتح الجليل الصّمد في شرح التّكميل والمعتمد المشتهر باسم كتاب العمليّات العامّة، تونس، مطبعة الدّولة التّونسيّة المحروسة، 1290 هـ، ص 154. ولقد تحدّث السّجلماسي عن الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده، وتحدّث عن الذي يحدثه غلط يحدثه تغيير، وعن الذي يوجد مع حضور لإرادة التّعبير والأثر.

⁽⁷⁸³⁾ قدري باشا (محمّد)، م س، المادّة 269 وهي مادّة لها نحو ارتباط بمحتوى الفصلين 60 و 61 من مجلّة الالتزامات والعقود، وعلينا أن نلاحظ أن هنالك خطأ مطبعيًّا في الحاشية إذ أنّها أشارت إلى المادّة 300 عوضا عن المادّة 269، كما أشارت إلى المادّة 546 و هذه تممّ محتوى لا علاقة له بالتّغيير.

⁽⁷⁸⁴⁾ ابن نجيم (زين العابدين إبراهيم)، م س (الأشباه والنّظائر)، ج 1، ص 111 وص 334.

⁽⁷⁸⁵⁾ 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 المراجع بملاحظة أنّ الحاشية الجانيّة أشارت أيضا إلى المادّة 356 من المجلّة العثمانيّة وهي لإقصاء الفسخ لو كنّا أمام غبن "موضوعي" أحدثه غلط لوحده (وهو المحتوى الأوّل للفصل 60 الذي بدأنا به) ولم تشر إلى المادّة 357 وهي للقول بالفسخ لو كنّا أمام غبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغيير.

⁽⁷⁸⁶⁾ إن للفصل 60 محتويين آخرين:

أولهما حديثه عن التّغيير. ويمكن أن يتمثّل هذا في عمل إيجابي ليس قولاً 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 الرّزقا) وربّما في كتمان، ولكن هذا سينظر فيه لاحقا.

وثانيهما حديثه عن آتي التّغيير وهو المتعاقد ونائبه ومن ناب المتعاقد (نائب المتعاقد هو من ناب المتعاقد وهذا هو ذلك، وعلى هذا يكون النّص قد تحدّث مرّتين عن معنى واحد ولكن في تركيبين مختلفين، وعلينا لكي نفهم أنه أريد معنيان أن نعود إلى الصّيغة الفرنسيّة التي نجدها تتكلّم عن ممثّل المتعاقد وعمّن تعاقد لفائدة المتعاقد [الفضولي، إلخ] [ملاحظة: لم يكن هذا الأخير موجودا بالمشروع المراجع]).

الجواب أنّ الغرب منقسم إلى قسمين: فبعضه يرى هذا الغبن لا يوجب فسخا لأنّه يرى التّغيير الذي يُحدث غلطا يُحدث غبنا تغيّرا عرضيًّا⁽⁷⁸⁷⁾. وبعضه يحمل - كما رأينا - على التّفارقة بين الأساسيّ والعرضيّ ويعتبرها خاطئة⁽⁷⁸⁸⁾.
أمّا الشّرق فقريب من هذا الجزء الأخير من الغرب إذ هو يرى أنّ الغبن "الموضوعي" الذي أحدثه غلط أحدثه تغيّرا موجب للخيار⁽⁷⁸⁹⁾.

254. - ويمكن أن نقول عن الحلّ الذي جاء بالفصل 60 إنّ ثمّ مثله في الشّرق المعتمد في الحواشي، وثمّ مثله في الغرب الذي يمكن أن نقول أيضا إنّه اعتمد في الحواشي⁽⁷⁹⁰⁾. لذا لا يمكن أن نقول عمّا أتى في مجلّة الالتزامات والعقود إنّه محليّ أو

ولقد فضّلنا ذكر المحتوى الأوّل هنا لا في المتن لأنّه سبق وأنّ خضنا في علاقته بمسألة الإحكام في إطار آخر.

أمّا بالنّسبة إلى المحتوى الثّاني فربطه بمسألة الإحكام غير ذي أهمّيّة (على كلّ انظر: ابن نجيم، م س، ج 1، ص 334 وهو يتحدّث عن الدّلال. وانظر الحموي، م س، ج 1، ص 195 وهو يتحدّث عن الوكيل والوصيّ. وانظر أيضا جملة كتب الفقه حين تتحدّث عن التّجش)، ثمّ إننا قد خضنا فيه في إطار آخر.

⁽⁷⁸⁷⁾ انظر على سبيل المثال: "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر وهو مكان مشار إليه بالحاشية التّحتيّة للفصل 65.

⁽⁷⁸⁸⁾ انظر الفقرة عدد 235 حيث تجد "لوران"، ولكنّ المكان الذي قال فيه بهذا لم يشر إليه بالحاشية التّحتيّة الخاصّة بالفصل 65 من المشروع المراجع بل بتلك الخاصّة بالفصل 61 من ذلك المشروع، وانظر إلى الفقهاء الفرنسيّين المعاصرين الذين يحملون خاصّة على تصنيف التّغيير الذي نحن بصددّه ضمن قسم العرضيّ (مثلا: "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 576).

⁽⁷⁸⁹⁾ انظر إلى المراجع الواردة بالحاشية الجانيّة للفصل 65 من المشروع المراجع، ولقد تعرّضنا منذ قليل إلى أهمّهما (العمليّات - مرشد الحيران - إلخ).

⁽⁷⁹⁰⁾ رغم أنّ هذا الغرب قد ذكر فيما يخصّ نصّا آخر هو الفصل 56 من مجلّة الالتزامات والعقود (انظر ما ورد أعلاه).

مستورد، وعلى تقدير أنه مستورد فهو مثل المحلي، وفي كلتا الحالتين لا يمكن المرور إلى مسألة الأحكام.

255. — وينبغي (ونحن ننهي هذا الحكم على محتوى مجلّة الالتزامات والعقود المتمثّل في قبولها المبدئي للغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغيير، لنمرّ إلى الحكم على ما جاء فيها من تفصيل) أن نعود إلى مسألة الاحتمالين، وإلى إمكان ترجيح أحدهما⁽⁷⁹¹⁾، وأن نربطها بالمادّة التي نحن على وشك مغادرتها. فإذا حضرت إرادة التعبير ولم يكن ثمّ ضغط وكان ثمّ تغيير فإنّ أمور الفصل 48 هي التي ستجعلنا نرجح إمّا احتمال حضور إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم، وإمّا احتمال غيابها⁽⁷⁹²⁾. ولعلّ الذي يصل إلى هذه النتيجة سيقف ليقول إنّ من تمسك بعدم رجحان أحد الاحتمالين في مادّة الغلط لوحده⁽⁷⁹³⁾ من المفروض (استجابة لمقتضى الاتّساق) أن يتمسك بنفس الشيء في مادّة التغيير، أي أن يتمسك بعدم الإبطال إلّا إذا كان — ومن خلال قوله بالإبطال هنا — قد أراد معاقبة التغيير في ذاته⁽⁷⁹⁴⁾. فإذا كان يعاقب بالإبطال لأنّ التغيير أحدث غلطا، فهذا يعني أنّه قبل مسألة الترجيح استنادا إلى معايير الفصل 48 مثلا، وعلى هذا لم يعد ثمّ ما يفسّر عدم قبوله لهذا الترجيح في مادّة الغلط لوحده. ولعلّه بالإمكان — على مستوى هذه النقطة —

⁽⁷⁹¹⁾ انظر الفقرة عدد 244.

⁽⁷⁹²⁾ إن حضرت، فنحن أمام تغيير لم يحدث غلطا؛ وإن غابت، فنحن أمام تغيير أحدث غلطا.

⁽⁷⁹³⁾ 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.

⁽⁷⁹⁴⁾ أحدث أم لم يحدث غلطا لأنّ صاحب هذا الموقف كان قد قال سابقا بعدم رجحان احتمال وجود غلط على احتمال عدم وجوده.

أن نأتي بالحكم الذي بدا لنا سابقاً⁽⁷⁹⁵⁾. فإن فعلنا، لن يبقى إلا المرور إلى تقييم تفصيل مجلة الالتزامات والعقود في الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغير.

الفقرة 2. الأحكام على مستوى التفصيل في الغبن

256. — إذا قُبِل ما وصلنا إليه سابقاً من أنّ الفصل 56 وعاء يملؤه — ضمن ما يملؤه — التغير الذي يحدث غلطا في الباعث وفي الوصف غير الذاتي⁽⁷⁹⁶⁾، وإذا أضيف إليه أنّ الفصل 60 آنية تحوي التغير الذي يحدث غلطا في القيمة⁽⁷⁹⁷⁾، وإذا استحضرنّا أنّ المشرّع أراد أن يكون الفصل 57 سلّة للتغير العرضي⁽⁷⁹⁸⁾، وإذا زدنا إلى كلّ ما سبق أنّ العرضي لا يمكن أن يقال به إلاّ في إطار الغلط الذي يقول البعض على الأقلّ إنه لا يبطل، أي في إطار الباعث والوصف غير الذاتي والقيمة،

... إذا تحقّق جميع ما سبق، كانت النتيجة أنّ الفصل 57 سلّة يملؤها الفراغ⁽⁷⁹⁹⁾.

⁽⁷⁹⁵⁾ حين تناولنا مسألة التّرجيح (الفقرة عدد 249).

⁽⁷⁹⁶⁾ انظر الفقرة عدد 232 وما بعدها.

⁽⁷⁹⁷⁾ والذي أسميناه في هذا العمل — ولأسباب تعرّضنا إليها — الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغير.

⁽⁷⁹⁸⁾ انظر الفقرة عدد 229.

⁽⁷⁹⁹⁾ قد نفكّر في أن نملاً الفصل 57 بالتّغير الذي يحدث غلطا في الحساب. لكننا نعلم من التّحليل التي جاءت بعنوان الغلط التلقائي في الحساب أنّ الحلّ هنا خاص، أي أنّ هذا الغلط التلقائي لا يبطل لأسباب خاصّة. فإذا كان يجب أن نقول إنه — وحين يحدثه تغير — هو لا يبطل أيضا، فلن يكون ذلك بسبب كون هذا التّغير عرضياً، أي بسبب كونه داخلاً في الفصل 57، بل بسبب تلك الخصويّة المرتبطة بالغلط (هي مرتبطة به وهي التي تؤدّي إلى عدم الإبطال سواء أحدثه أو لم يحدثه تغير).

257. — وإنّ التعبير غير المباشر عن النية — وبالتحديد جانبه المتمثّل في صون كلام العاقل ما أمكن عن عدم الإفادة — يدعو للبحث عمّا يمكن أن يملأ سلّة الفصل 57:

فإذا حاولنا مع التّغيير الذي يحدث غلطا في الوصف غير الدّاتي، وجدنا أنفسنا مضطّرين لأن نعود الأدراج: ذلك أنّ وضع هذا التّغيير في الفصل 57، يجعل هذا النّص متعارضا مع الفصل 45 (هنا هذا الغلط يبطل وهناك في الفصل 57 هذا الغلط ومعه زيادة هي التّغيير 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 التّهاية غير مفيد.

وأما إذا حاولنا مع التّغيير الذي يحدث غلطا في الباعث، فالواجب أيضا أن نعود الأدراج. والسّبب أنّ هذا التّغيير — لو قُبِلَ منّا ما بلغناه سابقا⁽⁸⁰⁰⁾ — موجود في الفصل 56 بمقتضى ما وصلنا إليه على أنّه إرادة للمشرّع يحملها تعبير مباشر. فإذا وضعنا — رغم ما تبين لنا أنّه نية للمجلّة — هذا التّغيير في الفصل 57 نكون قد صنّا ... نعم ... كلام عاقل عن عدم الإفادة ... لكن خارج ما هو مسموح به.

فإذا انتهينا إلى الغبن الذي يحدثه غلط يحدثه تغيير، 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 مقيد بنسبة. والسؤال الذي ينبغي أن يطرحه كلّ من يقف أمام مطلق: هل يفيد الإطلاق؟ فإذا أجبنا بنعم⁽⁸⁰¹⁾ ملأنا الفصل 60 وتركنا الفصل 57

⁽⁸⁰⁰⁾ انظر الفقرة عدد 232.

⁽⁸⁰¹⁾ وهي إجابة:

الكناني (يوسف)، هل الغبن وحدة قانونية مستقلة؟، المجلّة التّونسيّة القانونيّة، 1978، السّداسي الأول (القسم الفرنسي)، ص 45، حين قال: "إنّ الغبن التّغيري اليسير (والذي يعارضه الغبن الفاحش)

فارغا. لكن لو قلنا إنّ المطلق يفيد مقيّداً - أي لو قلنا إنّ الفصل 60 يهّم غبنا معيّنا، أي غبنا له نسبة معيّنة - لتركنا شيئا يمكن أن يصعد من الفصل 60 ويستقرّ في الفصل 57. هذا التمشّي يوافق التعبير غير المباشر عن النّية في جانبه المتحدّث عنه منذ قليل (صون كلام العاقل عن عدم الإفادة).

فإذا قُبل ما جاء للتوّ، يكون الواجب عندها المرور إلى تحديد الغبن الذي سبقه في الفصل 60 والغبن الذي سنخرجه إلى الفصل 57. وهنا سيعترضنا التعبير غير المباشر عن النّية - لكن هذه المرّة في جانبه الخاصّ بالاتّساق وبعدم التّضارب - ليفرض علينا ترك الغبن الهامّ في سلّة الفصل 60 وإخراج ما دونه أهمّيّة ووضعه في سلّة الفصل 57. وسبب الفرض أنّ الفصل 60 يقول بعقاب هامّ⁽⁸⁰²⁾ أمّا الفصل 57 فيقول

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".

الكثاني (عز الدين)، الغبن في ظهير الالتزامات والعقود، المجلّة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، 1984، عدد 7 (القسم الفرنسي)، ص 210 حين قال (وهو يتحدّث عن الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أنّ: "الغبن لا يحوّل 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 الوارد بعد". قانون الالتزامات والعقود المغربي، الدّار البيضاء، نشر دار الكتاب. توزيع مكتبة الوحدة العربيّة، ط 1، 1966، ص 23): "التغريب مطلوب [...] كشرط لجعل الغبن بين الرّشد فاعلا، وهو شرط كاف بل نقول إنّّه وحيد بحيث أنّه لا وجود لتحديد لا لنسبة الغبن ولا للأشخاص الذين يمكنهم التّمسك 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".

⁽⁸⁰²⁾ قد نستغلّ هنا فرصة الحديث عن الجزاء الوارد بالفصل 60 لنقول إنّ "دوبلا" (م، س، ج 2، ص 98

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

بجزء دونه أهميّة. وإتماماً لتلبية نداء الاتّساق وعموماً نداء العقل وعدم التّحكّم، ينبغي القول مع أحدهم بوضع (ما سنضعه يستند إلى الفصل 61⁽⁸⁰³⁾، وسبب الإسناد إلى هذا النّص أنّه لو لم نفعّل سنسقط في التّحكّم ومن ثمّ في الاختلاف على مستوى تحديد النسبة) الغبن الذي تجاوز التّلت في الفصل 60 ليترك للفصل 57 غبن التّلت فما دونه⁽⁸⁰⁴⁾.

258. — هذا التّحليل يمكن من القول إنّ الفصل 56 هو لتغيرير أساسي، والفصل 57 لتغيرير عرضي، أمّا الفصل 60 فلتغيرير أساسي آخر مختلف عن الأوّل. والسؤال الذي يطرح هنا: هل كلّ هذه النصوص ضروري الوجود خاصّة حين نستحضر أنّ المجلّة المدنيّة الفرنسيّة (والتي منها أخذت مجلّة الالتزامات والعقود التّفرقة بين الأساسيّ والعرضيّ) اكتفت بنصّ واحد⁽⁸⁰⁵⁾ للأساسيّ ولم تحتج لنصّ للعرضيّ (إذ

و99) والمالقي (م س، ص 56 وقد استعمل قاعدة الفصل 537) قد قالا إنّّه يمكن الخيار بين الفسخ والإنقاص، وأمّا الكتّاني، وفي خصوص النّص المغربي الذي يماثل الفصل 60، فإنّه قال إنّ الفسخ فقط هو الممكن (م س، ص 211 و212).

⁽⁸⁰³⁾ حدّد هذا الفصل نسبة غبن وحصرها في المادّة التي تحدّث عنها (غياب إرادة التّعبير) وذلك حين قال: "[...] والغبن في هذه الصّورة [...]". ولكن يمكن القول إنّ التّخصيص لا يفيد الاختصاص، ومن ثمّ أنّ نمّد ما جاء في الفصل 61 إلى الفصل 60.

⁽⁸⁰⁴⁾ إنّ هذا القول هو لـ"دوبلا"، م س، ج 1، ص 42. لكنّ هذا الفقيه قال بالتّحديد إنّ الفصل 57 لغبن لم يبلغ التّلت، والواجب أن يقول ما ذكرناه في المتن لأنّه من المفروض أنّه نقل تعريف الفصل 61 للغبن. وعلينا أن نلاحظ هنا أنّه كان يمكن أن نصل إلى المعنى الوارد أعلاه للفصل 60 (باستثناء درجة النسبة واختلافها من صورة إلى أخرى) باعتماد التّبيّة المباشرة للمشرّع وذلك لو أنّ حاشية الفصل 65 من المشروع المراجع قد أشارت إلى المادّة 357 من المجلّة العثمانية. فهذه المادّة قالت إنّ التّغيرير مع غبن فاحش يفسخ. وقبلها قالت المادّة 165 إنّ الغبن الفاحش هو نصف العشر في العروض والعشر في الحيوان والخمس أو ما يزيد عليه في العقار (ملاحظة: أشارت حاشية المشروع المراجع إلى المادّة 356 فقط التي يفهم منها أنّ الغلط مع الغبن الفاحش لا يوجب فسخاً).

⁽⁸⁰⁵⁾ هو الفصل 1116. وإنّ عدم إدخال الغبن "الموضوعي" فيه مردّه أنّ الفصل 1118 لم يقبل أن

أنّ ما لن يسقط في الأساسي سيسقط في العرضي⁽⁸⁰⁶⁾. ثمّ إنّّه ومن خلال نصّ آخر⁽⁸⁰⁷⁾ لن يتمّ إدخال الغبن الذي نحن بصددّه في إطار الأساسي).
 لقد أُجيب عن هذا السؤال بالقول إنّ وجود الفصل 60 غير ذي فائدة⁽⁸⁰⁸⁾، لكنّ أُجيب عنه أيضا بما يخالف ما سبق⁽⁸⁰⁹⁾. وحجّة الإجابة الثانية أنّه لو اكتفت مجلّة الالتزامات والعقود بالفصل 56 - وربّما معه بالفصل 57 - لجاء المؤلّ - وبعد بحث في نيّة المشرّع⁽⁸¹⁰⁾ - ولأمكنه أن يضع في العرضي هذا الغبن⁽⁸¹¹⁾.
 وقد يكون ما سبق ممّا من فهم للفصول 56 و57 و60 يرجّح الجواب الثاني. وفعلا لو كان الفصل 60 لكلّ غبن، لاحتيج إليه وإلى الفصل 56، ولكان الفصل 57 غير ضروري الوجود⁽⁸¹²⁾.

يوجب هذا الغبن إبطالا إلا إذا نتج عن غياب إرادة التعبير أو غياب إرادة الأثر في جانبها الخاص بالعلم (انظر حول هذا المعنى الأخير وكيف هو راجح على القول بأنّ الأمر يتعلّق بغياب إرادة أثر في جانبها الخاص بعدم العلم: "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 202). ولعلّه ينبغي أن نلاحظ هنا أنّ المجلّة المدنية الفرنسية ومن خلال الفصل 1118 - في جانبه الخاص بالحديث عن العقود - قابل لأن يتوسّع فيها لكي يتمّ إدخال عقود المضطّرين، أمّا مجلّة الالتزامات والعقود فلعلّها تقبل ذلك انطلاقا من الفصل 1103 وإن كان الأفضل لو أنّها أخذت من الفقه موقفه من هذه العقود.
⁽⁸⁰⁶⁾ قد يقال لمّ لم تفعل العكس فتضع نصّا للعرضي وتترك الأساسي، والجواب أنّ الأصل هو الصّحة فلذا لا بدّ من أن يوجد النصّ الذي يورد صور البطلان لا النصّ الذي يورد صور الصّحة.
⁽⁸⁰⁷⁾ هو الفصل 1118 كما تقدّم تحليله بالهامش أعلاه على أنّه لا يهّم إرادة الأثر، أي على أنّه يرفض الإبطال هنا.

⁽⁸⁰⁸⁾ الكناي (يوسف)، م س، ص 48.

⁽⁸⁰⁹⁾ "دوبلا"، م س، ج 1، ص 45.

⁽⁸¹⁰⁾ هذه زيادة ممّا لحجّة الجواب الثاني.

⁽⁸¹¹⁾ لأنّه سيرى أنّ مجلّة الالتزامات والعقود أخذت التفرقة من فرنسا، ومن يقول بمذه التفرقة يضع الغبن في العرضي (انظر مثلا ما ورد بالفقرة عدد 232 وما جاء بالفقرة عدد 253 حول "أوبري" و"رو").

⁽⁸¹²⁾ يحتاج للفصل 56 (لا للفصل 57) لأنّه يقول بالإبطال، ويحتاج معه إلى الفصل 60 لكي لا يدخل

أما وأنّ الفصل 60 لجزء من الغبن، فالحاجة ماسة لوجوده مع الفصل 56 ومع الفصل 57 أيضا⁽⁸¹³⁾.

259. — ولعلنا، ونحن نأتي بما تقدّم، لم نترك إلا رجلا واحدة في منطقة التحليل أما الرجل الأخرى فقد خُطت بعدُ ودخلت منطقة الإتيان على الأقل بما هو غربي. فإذا دخلت الرجلان معا قلنا إنّ الغرب لا يعرف هذا التفصيل داخل الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغير، فهو يصنّفه داخل العرضي⁽⁸¹⁴⁾، وإن كان أحدهم وهو يرفض أصل التفرقة يرفض أيضا وبصفة ضمنية عدّ هذا الغبن من قبيل العرضي⁽⁸¹⁵⁾.

260. — أما الشرق فالتفاصيل فيه كثيرة: ويمكن أن نذكر — بصفة سريعة وعلى قدر ما يمكن من التدليل على تلك الكثرة — أنّ هنالك: أولاً بيوع المساومة، وفي هذه فرق البعض في البدء بين الغبن الفاحش والغبن اليسير⁽⁸¹⁶⁾. وعلينا أن نقول هنا إنه — حين نتحدّث عن غبن بالنظر إلى قيمة

مؤوّل محتوى هذا النص في إطار العرضي. ولكن علينا أن نجد هنا ما نضعه في العرضي (الوصف غير الدّاتي أو الباعث). إلا أنّه لو لم نجد شيئا كما حصل معنا سابقا ووجدنا ما يدلّ على أن المشرع يتبنّى التفرقة، فسنقول إنّ العرضي وضع ولكن لم يوضع فيه شيء.

⁽⁸¹³⁾ كلّ هذا صحيح لو أبقينا على الصياغة نفسها للتصووس، لكن لو غيرنا هذه الصياغة لأمكن مثلا أن نضع نصّا واحدا ينظّم كلّ هذا المحتوى ويقول لنا ما هي صور الأساسيّة صورة صورة تمّ يذكر لنا صورة العرضي.

⁽⁸¹⁴⁾ انظر على سبيل المثال الفقرة عدد 232 والفقرة عدد 253.

⁽⁸¹⁵⁾ انظر هذا الرّفض عند "لوران" كما تقدّم في الفقرة عدد 235 وانظر رفض تصنيف التّغير الذي يحدث غلطا في القيمة في صنف العرضي من قبل الفقه المعاصر وعلى وجه المثال: "فيستان"، م س (تكوين العقد)، عدد 576.

⁽⁸¹⁶⁾ "فالغبن اليسير هو ما لا يتجاوز حدود التّفاوت المعتاد بين الناس في الأسعار، كما لو بيع شيء

السُّوق - فلن نسمي الغبن اليسير غبنا⁽⁸¹⁷⁾، أي علينا أن نقول (حين نتحدّث بالطريقة الواردة للتوّ) إنّ الغبن الحقيقي، أي الغبن بالنظر إلى قيمة السوق، أي الغبن الفاحش، أي الغبن وكفى الذي يحدثه غلط يحدثه تغيير يوجب خيار الفسخ. لكن حصل تطوّر تمثّل في وضع البعض نسبة وذلك ضبطا للمقاييس القضائية وتجنّبا لاختلاف الأفضية⁽⁸¹⁸⁾. ومن يتبع هذا البعض، يجد نفسه لا يخرج عن الاستنتاج الوارد للتوّ والذي مفاده أنّ الغبن وكفى يفسخ وذلك لأنّ ما يكون دون النسبة المحدّدة قد عُدّ حكما غبنا يسيرا، أي عُدّ حكما ليس غبنا بالنظر إلى قيمة السوق⁽⁸¹⁹⁾، أي عُدّ حكما ليس غبنا. ويتبع ما سبق أنّ ما كان مساويا أو زائدا على النسبة قد عُدّ حكما غبنا فاحشا⁽⁸²⁰⁾، أي عُدّ حكما غبنا.

بعشرة دنانير مثلا، ولو عرض على أهل الخبرة يقدره بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة. فالواحد المختلف فيه يعتبر غبنا يسيرا لأنّه - كما يقول الفقهاء - يدخل تحت تقويم المقومين، أي يتناوله تقدير بعضهم للقيمة. وأمّا الغبن الفاحش: فهو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار، كما لو كان المبيع بعشرة يقدره بعض الخبراء بثمانية وبعضهم بتسعة أو سبعة بحيث لا تدخل العشرة في تقدير أحد من الخبراء، فالفرق بين العشرة وبين أعلى تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش". الزرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 462، الهامش 1. انظر أيضا إلى: السنهوري (عبد الرزاق)، م س، ج 2، ص 134، حيث يورد حديثا عن التّغيير ومعه غبن فاحش.

⁽⁸¹⁷⁾ انظر الهامش السابق.

⁽⁸¹⁸⁾ فرق البلخي بين العروض والحيوان والعقار: فوضع للأوّل نسبة نصف العشر: $\frac{1}{20}$ (لأنّه كثير التّداول بين الناس) وللثاني العشر: $\frac{2}{20}$ (لأنّه متوسط التّداول بين الناس) وللثالث الخمس: $\frac{4}{20}$ (لأنّه قليل التّداول). ويبدو أنّ هذا الفقه حسن. فالنسبة $\frac{1}{20}$ القليلة للمعاملات الكبيرة (على مستوى كمّ وقوعها) والمتوسطة $\frac{2}{20}$ للمتوسطة والكبيرة $\frac{4}{20}$ 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 المجلة العثمانية. وعلى كلّ فالذي قال بحصول التّطوّر المذكور في هذ الهامش هو: الزرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 462.

⁽⁸¹⁹⁾ لنفرض أنّ قيمة السوق عشرة دنانير، ونسبة الغبن المحدّدة هي الرّبع مثلا. فلو حصل البيع بأحد

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

ثانيا بيوع الأمانة، وهي المراجعة والتولية والإشراك والوضيعة⁽⁸²¹⁾. فإذا وجد فيها "غبن" موضوعي بالنظر إلى قيمة السوق، فالجزء حسب أغلب الفقهاء هو وجوب خيار الفسخ⁽⁸²²⁾.

ثالثا بيوع الاسترسال⁽⁸²³⁾، وهي أيضا لغبن "موضوعي" أحدثه غلط أحدثه تغير⁽⁸²⁴⁾، كما هي أيضا موجبة لخيار الفسخ.

عشر ديناراً، فإنّ هذه الدنانير الأحد عشر قد عدّت حكماً قيمة للسوق.

⁽⁸²⁰⁾ ودليل ما سبق المادة 165 من المجلة العثمانية: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة".

⁽⁸²¹⁾ هي بيوع تتأسس على ما يقوله البائع من ثمن اشترى به هو الشيء (أي رأس المال): فإذا اتفق فيما بعد مع حريفه وقال له زدني كذا على رأس مالي، كان مراجعة. وإن قال له أبيعك وأنقص لك عن رأس مالي كذا، كان وضبيعة. وإن قال له أبيعك برأس المال، فهو تولية إذا أخذ المشتري كل الشيء، وإشراك إن أخذ جزءاً منه بما يقابله من ثمن. انظر السنهوري، م س، ج 2، ص 154 وما بعدها وخاصة ص 155. وانظر كذلك حول هذه البيوع: ابن رشد، م س (بداية المجتهد)، ج 2، ص 161؛ وكذلك ابن عابدين، م س (رد المحتار)، ج 4، ص 152 وما بعدها.

⁽⁸²²⁾ قد لا يوجد بهذه البيوع هذا الغبن ومع ذلك توجب الفسخ: فلو كانت قيمة السوق عشرة دنانير، وقال البائع إنّ رأس مالي عشرة دنانير، وباع من ثمّ بهذا الثمن (إذن ليس هنالك غبن بالنظر إلى قيمة السوق)، لكنّ رأس ماله هو ثمانية دنانير، فالفقه يقول بخيار الفسخ. انظر الزرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 468. ولقد قال ابن جزى إنّ المساومة، التي يتفاوض فيها المشتري مع البائع حول الثمن حتّى يتفقا عليه من غير تعريف بكم اشتراها، أحبّ إلى العلماء من المراجعة (م س، ص 174)، وذلك أنّه لا يأمن البائع من هوى نفسه في هذه البيوع فتجنّبها أسلم له. انظر الشرح الكبير على متن المقنع، ج 4، ص 108، وذلك حسب السنهوري، م س، ج 2، ص 162. ولعلّه من الواجب أن نشير إلى أنّ هنالك من يقول بالخطّ من الثمن كجزاء في المراجعة والتولية (انظر المرجع الوارد للتوّ، ص 158).

⁽⁸²³⁾ انظر الفقرة عدد 251.

⁽⁸²⁴⁾ ورثاً أيضاً وكما تقدّم - وعلى الأقلّ عند الفقه الحنبلي - هي صورة غبن موضوعي أحدثه غلط لوحده (إلى جانب صورة تلقي الركبان). انظر الفقرة عدد 251.

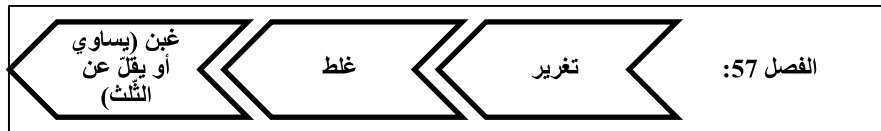
261. — وإِنَّه — بإتياننا لما بدا لنا أَنّه محتوى للفصول 56 و57 و60، ثمّ بإتياننا بالغرب، وأخيرا بعرضنا للشّرق كما فهمناه — يمكن أن نقول:

أولا إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أتت بتفصيل داخل المادّة التي نحن بصددّها: فمن جهة هنالك غبن "موضوعي" يساوي ثلث أو أقلّ من ثلث الفرق بين "القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد"⁽⁸²⁵⁾. هذا الغبن يحدثه غلط. والغلط يحدثه تغيير. والجميع لا يوجب فسخا⁽⁸²⁶⁾.

ومن جهة أخرى هنالك غبن "موضوعي" (أحدثه غلط أحدثه تغيير) فاق الثلث. هذا الغبن يمكن⁽⁸²⁷⁾ أن يوجب فسخا⁽⁸²⁸⁾.

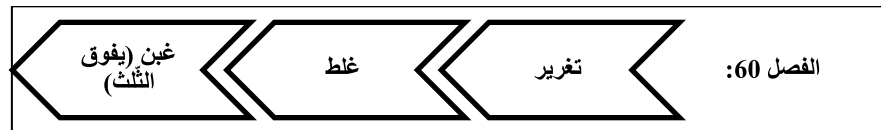
(825) وهذه هي عبارات الفصل 61 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(826)



(827) انظر ما قلناه عن "دوبلا" و"المالقي" والذي يفسّر استعمالنا لصيغة تفيد الاحتمال.

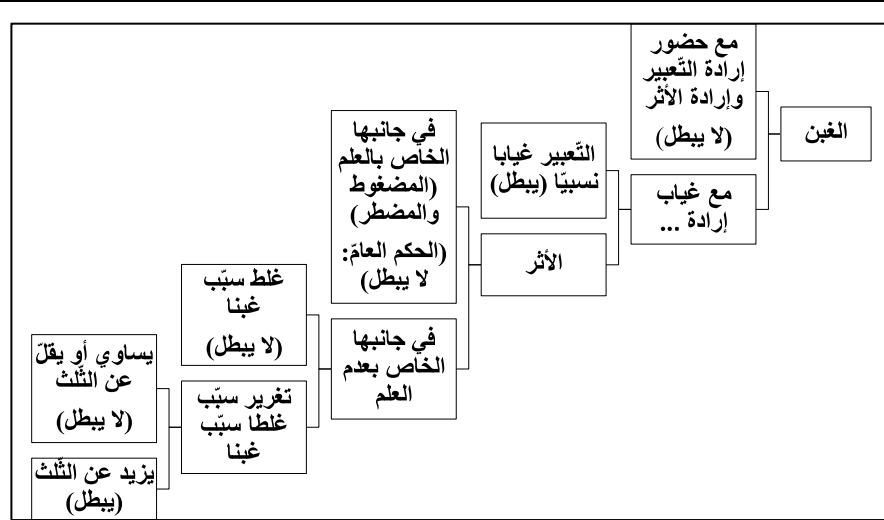
(828)



وينبغي الإتيان بجدول يلخّص كلّ ما سبق من موقف للقانون التونسي من الغبن سواء منه ما دخل في عملنا أو ما خرج عنه:

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

ثانياً إنّ الغرب لا يعرف هذا التفصيل، فما غلب منه ولا يزال يقول إنّ كلّ هذا الغبن لا يوجب إبطالا، وما لم يغلب يقول إنّّه 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 الفعلية عند البعض والحكمية عند الآخرين، أحدثه، أي ذلك الغبن، غلط أحدثه تغيير موجب لخيار الفسخ⁽⁸²⁹⁾.



وينبغي أن نضيف أنّ غياب إرادة التعبير غيباً مطلقاً سواء وجد معه غبن أو لم يوجد يبطل، وكذلك الإكراه (كصورة لغياب إرادة الأثر وصاحبها يعلم بغياهما)، إلخ. فهنا لا تأثير للغبن في الجزاء، ولذلك لم يتم إيراد هذه الصّور في الجدول.

⁽⁸²⁹⁾ إن ما سيرد بعد الآن من مواقف (داخل الجداول، إلخ) يستند إلى فهمنا المتعرّض له أعلاه للفقهاء الإسلامي الذي يضع نسبة.

لكن علينا أن نشير إلى أنّه يمكن فهم هذا الفقه بطريقة مختلفة. وينبغي قبل ذكر هذه الطريقة أن نورد ما جاءت به المجلّة العثمانية:

المادّة 165: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة".

المادّة 356: "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغيير فليس للمغبون أن يفسخ البيع. إلّا أنّه إذا

وجانب توجد فيه منطقة خاصّة لبيع خاصّة هي الأمانة والاسترسال:
 أمّا في الأمانة، فأغلب الفقهاء يقولون إنّ الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق يوجب
 فسخا. كما يقول الفقهاء إنّ عدم الغبن بالنّظر إلى قيمة السّوق يوجب بدوره فسخا
 (هو غبن موضوعي بالنّظر إلى رأس المال المكذوب فيه).
 وأمّا في الاسترسال فالغبن حسب الفقه الإسلامي يوجب خيار الفسخ.

262. — وما ورد أعلاه يمكن من القول إنّ حلول مجلّة الالتزامات والعقود ليست
 غربيّة ولا شرقيّة⁽⁸³⁰⁾. هذا يوجّه مرحلة الحكم عليها نحو المقارنة بين ما جاءت به
 وما تركته من محلي: على مستوى جانب المساومة أولاً، وعلى مستوى جانب إيجاد

وجد الغبن لوحده في مال اليتيم لا يصحّ البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم".
 ويفهم من هذه المادّة أنّ الغلط في القيمة لوحده لا يوجب فسخا.
 المادّة 357: "إذا غرّ أحد المتبايعين الآخر وتحقّق أنّ في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ حينئذ".
 ولقد قال الشّارح تحت هذه المادّة [حيدر (علي)، م س (درر الحكم)، ج 1، ص 369] إنّ "الغبن
 الفاحش هو الغبن المبيّن بالمادّة 165".
 ويمكن — خلافا لفهمنا الوارد في المتن — أن يقال إنّ الفقه الإسلامي (نحن بصدد ذلك الذي وضع
 نسبة) يرى أنّ:

بعض الغبن (مع تغرير) لا يفسخ (ما دون النّسب المذكورة في المادّة 165).
 والبعض الآخر من الغبن (مع تغرير) يفسخ (ما ساوى أو زاد على النّسب المذكورة في المادّة 165).
 وإنّ هذا الفهم للفقه الإسلامي ليجعل صاحبه يقول إن ما جاء في مجلّة الالتزامات والعقود هو مثل
 الفقه، وأنّها لم تتعد عنه إلّا على مستوى مقدار النّسبة وعلى مستوى عدم التّفرقة بين العروض والحيوان
 والعقار.

⁽⁸³⁰⁾ هي شرقيّة مع اختلاف طفيف عنه لو أنّنا اتّبعتنا الفهم الوارد بالهامش السّابق للفقه الإسلامي. بل
 يمكن القول إن لا اختلاف. فمن المالكيّة من يقول بخيار الغبن إذا زاد على الثلث. العلي (صالح
 حميد)، نظريّة العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها، دمشق — بيروت، اليمامة، ط 1، 1428 هـ / 2008
 م، ص 391.

الأحكام الأصلية للغلط المحدث

منطقة خاصّة لببوع خاصّة ثانيا. فإن كان المتروك أصلح، كانت المجلّة مجسّدة لعدم الإحكام؛ وإن لا، فلا⁽⁸³¹⁾.

ولعلّ الذي قيل عن الشّرق فيما يخصّ الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغرير (سواء في إطار المساومة أو غيرها) واجب التّقريب من كون هذا الشّرق لا يفرّق بين عمل إيجابيّ ليس قولاً وعمل إيجابيّ هو قول (الكذب) وعمل سلبيّ (الكتمان) إذ أنّ كلّ هذه تدخل في إطار لفظة التّغرير. هذا يعني أنّه - وحتىّ الذين لم يقبلوا منه بما يسمّى الآن بالغلط في القيمة لوحده⁽⁸³²⁾ - قريبون من قبوله. وينبغي أن نضيف هنا أنّ كلّ هذا الشّرق يقبل بكلّ صور الغلط الأخرى.

هذا هو الفارق الكبير بين الفقه الإسلاميّ وبين الغرب، بل بين الفقه الإسلاميّ وبين مجلّة الالتزامات والعقود. لكنّ مسألة كهذه تتطلّب - لكي يخاض فيها - النّظر في "جدول" الغلط والتّغرير داخل كلّ هذه القوانين وهو أمر سيؤتي به بعد قليل.

⁽⁸³¹⁾ هنا ومن زاوية المنهجية التّشريعية قد لا يمكن تقييم الحكم في ذاته، إلّا 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.

⁽⁸³²⁾ وهم المالكية غير البغدادية. انظر الفقرة عدد 246. انظر أيضا من يقول إنّ هذا هو كذلك موقف الحنفية والشّافعية والحنبلية. قريسة (هشام)، نظرية العقد في الفقه الإسلاميّ، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1429 هـ/ 2008 م، ص 69 وما بعدها.

خلاصة العنوان الثاني

263. — يبدو ممّا سبق أنّ مجلّة الالتزامات والعقود:

قسّمت التّغيير 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 تمّ مثله في الغرب وفي بعض الشّرق.

جزّأت التّغيير الذي يحدث غلطا في القيمة إلى مبطل (الفصل 60: تغيّر ← غلط ← غبن = أكثر من $\frac{1}{3}$) وغير مبطل (الفصل 57: تغيّر ← غلط ← غبن = $\frac{1}{3}$ أو أقلّ من $\frac{1}{3}$)، وهذا حلّ بعيد عن الغرب وعن الشّرق⁽⁸³³⁾.

كما يبدو أنّ بالإمكان الرّبط بمسألة الأحكام 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 والتّغيير.

⁽⁸³³⁾ مع الاحتراز ممّا جاء منذ قليل، ومفاده أنّ من المالكيّة من يقول بخيار الغبن إذا زاد على الثلث.

العلي (صالح حميد)، م س، ص 391.

خلاصة الجزء الأول

264. — يبدو أنّ ما جاء بالجزء الأول يمكن من رسم جدول للغلط والتّغيير معا في إطار مجلّة الالتزامات والعقود وفي إطار الغرب الذي استعملته، وكذلك في إطار الشّرق:

جدول الغلط في مجلّة الالتزامات والعقود	
لا يبطل	يبطل
	نوع أول من البطلان سنحدّه في الجزء الثّاني من هذا العمل.
	نوع ثان من البطلان سنحدّه في الجزء الثّاني من هذا العمل.
8. الباعث	1. طبيعة العقد (الفصل 2)
9. القيمة (الفصل 60).	2. وجود السّبب القريب (الفصل 67)
10. الحساب (الفصل 47).	3. الدّات (الفصل 45)
والغلط في الحساب صورة مختلفة عن جميع ما ورد في الجدول لذلك لن ندخلها في بقية العمل.	4. غير الدّاتي مع تفاوت فاحش (الفصل 45)
	5. غير الدّاتي مع تفاوت غير فاحش (الفصل 45)
	6. وصف السّبب
	7. الشّخص (الفصل 46)

جدول التّغيير الذي يحدث غلطا في مجلّة الالتزامات والعقود	
التّغيير العرضي (لا يبطل): الفصل 57	التّغيير الأصلي (يبطل)
	ما يجب أن يُصنّف في الأصلي ويوجب التّويع الأوّل من البطلان الذي سنحدّه في ج 2
	ما هو مصنّف في الأصلي لأنّه موجود بالفصل 56 أو 60
	الفصل 56
	الفصل 60

9. القيمة (أكثر من الثلاث) دونه	9. القيمة (أكثر من الثلاث) دونه	* الذات 3. الذاتي 4. غير الذاتي مع تفاوت فاحش 5. غير الذاتي مع تفاوت غير فاحش 6. وصف السبب 7. الشخص 8. الباعث	1. طبيعة العقد 2- وجود السبب القريب (لأنه موجب للتنوع الأول من البطلان لو كان وحده، فمن باب أولى لو وجدت معه زيادة)
--	--	---	--

جدول الغلط في فرنسا حسب الفقه المستعمل من قبل أصحاب مجلة الالتزامات والعقود خاصة باستثناء "لواران" (سنشير أسفله إلى موقف "لواران" من الذاتيات لا غير أي لن نشير إلى موقفه من غير الذاتيات التي نعلم أنه يضعها في الفصل 1110)		
لا يبطل	يبطل	
	بطلان نسبي	بطلان مطلق
8. الباعث ("أوبري" و "رو"، ج 24، الفقرة 343 مكرر) 9. القيمة (من باب أولى أن لا يبطل لأننا سنرى في جدول التغير أنه مع زيادة لا يبطل). 4 ← و5 يتحدث عنهما هنا (مثلا: "دولومب"، ج 24، عدد 88). لكنهما انزلقا بعد إلى عمود البطلان في إطار نفس الأحاديث (خاصة 5) (مثلا: "دومولوب"، ج 24، عدد 92 و93)	3. الذاتي 4. غير الذاتي مع تفاوت فاحش 5. غير الذاتي مع تفاوت غير فاحش 6. وصف السبب ("أوبري" و"رو"، ج 4، عدد 343 مكرر) 7. الشخص	* الذات (الشيء والشخص) 1. طبيعة العقد 2. وجود السبب القريب (الفصل 1108 و1131 حسب "أوبري" و"رو" بالنسبة إلى ج 4، الفقرة 343 مكرر. وانظر حول كل هذه الصور: "دولومب"، ج 24، عدد 48). حسب لوران (ج 15، 489) النوع: أي الذاتي (عدد 3 من العمود الموالي) يوجب بطلانا مطلقا.

جدول التغير الذي يحدث غلطا في فرنسا حسب الفقه المستعمل من قبل أصحاب مجلة

الالتزامات والعقود خاصة		
التغيير العرضي لا يبطل	التغيير الأصلي يبطل	
	بطلان نسبي	بطلان مطلق
9. القيمة	3. الدّاتي.	* الدّات.
→ 4 و5: هنالك اختلاف فيما يخصهما، فبعضهم يضعهما هنا وبعضهم يضعهما هناك	4. غير الدّاتي مع تفاوت فاحش.	1. طبيعة العقد.
	5. غير الدّاتي مع تفاوت غير فاحش.	2. وجود السبب القريب. (ملاحظة: لا يخاض عادة في مسألة إيجاب هذا التغيير لبطلان مطلق على حدّ ما أطلعنا عليه من كتابات).
	6. وصف السبب.	3. الدّاتي، لو تمّ تبّي موقف "الوران".
	7. الشّخص.	
	8. الباعث	

جدول الغلط في الفقه الإسلامي	
القيمة	غير القيمة
– موقف 1: لا توجب خيارا.	كلّها توجب بطلانا أو خيارا (انظر: السنهوري، م س، ج 2، ص 104 وما بعدها).
– موقف 2: توجب خيارا (الثلث فما أكثر. أما ما دون الثلث فلم يعدّ غينا)	

جدول التغيير في الفقه الإسلامي		
القيمة		غير القيمة
الأمانة والائتمان	المساومة	كلّها توجب بطلانا أو خيارا (انظر مثلا: السنهوري، م س، ج 2، ص 149 وما بعدها).
كلّ الصّور توجب خيارا	كلّ الصّور توجب خيارا	

خلاصة الجزء الأول

ومن ينظر إلى هذه الجداول يجد ملامح مجلّة الالتزامات والعقود قريبة من الملامح الغربية وبعيدة عن الملامح الشرقيّة. فإذا كان الشّرق هو الأصلح في كلّ النّقاط، كانت كلّ مادّة المجلّة مجسّدة لعدم الإحكام. أمّا إذا كان الشّرق هو الأفضل في بعض جوانب الجدول، كانت هذه الجوانب في إطار مجلّة الالتزامات والعقود هي وحدها الممثلة لغياب الإحكام.

وعلىنا أن نشير - ونحن نغادر الأحكام الأصليّة الواردة في نصوص الغلط إلى الأحكام التأييديّة التي جاءت بنفس هذه التّصوص - إلى أنّ هنالك استحقاقات تخلّدت بدمتنا ولم نحصل ما يسمح بالوفاء بها إلّا 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 المشكل أثير عنده، ثمّ تمرّ إلى مجلّة الالتزامات والعقود لأنّها قريبة منه، ثمّ نختم بالشّرق لأنّه الأبعد:

جدول الغرب:

التّغريب		الغلط المبطل
بمعنى عمل سلبي (كتمان)	بمعنى عمل إيجابي	
لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل (يمكن القول إنّها تبطل).	لا يختفي الاتساق لو أنّها تبطل (وهي تبطل).	كلّ صور الغلط باستثناء الباعث والقيمة والوصف غير الدّاتي (لكن سننظر إلى الوصف غير الدّاتي هنا بعد أن انزلق نحو المبطل) (بالنسبة إلى "لوران": يراه من الأصل مبطلا).
		الغلط غير المبطل

<p>– بالنسبة إلى الباعث: يبدو أنه لا يمكن التمييز بين كتمان يحدث غلطا وكتماناً يستغل غلطا ("قيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 700). فإذا قبلنا الكتمان، لا نضمن أننا لم ننزلق بعد إلى قبول الغلط في الباعث لوحده، ولعلّ هذا السبب هو الذي كان يجعل القضاء الفرنسي قبل 1958 لا يقبل الكتمان. لكن حين قبله بدءاً من 1958 ("قيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 567)، لم يعد ثمّ داع يبيّن ليرفض الغلط في الباعث لوحده.</p> <p>– بالنسبة إلى القيمة (لو أخذ برأي الأغلبية): نقل ما ورد أعلاه في إطار الباعث ووضعها هنا (انظر حول قبول القضاء للكتمان بعد 1958: "قيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 568).</p>	<p>لا يختفي الاتساق لو أنهما يبطلان أو لا يبطلان.</p> <p>(الباعث يبطل والقيمة حسب الغالبية لا يبطل).</p>	<p>الباعث والقيمة</p>
<p>– بالنسبة إلى الوصف غير الذاتي: نفس ما قيل أعلاه حول ما هو قبل 1958 وما بعدها ("قيستان"، عدد 566 وما بعده).</p>	<p>لا يختفي الاتساق لو أنه يبطل أو لا يبطل</p>	<p>– لو وضعنا الوصف غير الذاتي هنا</p>

ويمكن أن نلاحظ هنا كيف أنّ التضييق في حالات الغلط المبطل:

يولّد مشاكل على صعيد الكتمان عموماً.

ينتج صعوبات على مستوى الكتمان الذي يأتيه شخص حول الأداء المقدم له.

يجعلنا نواجه في مادّة التّغير ودوماً مشكل إثبات العنصر القصدي.

جدول مجلّة الالتزامات والعقود:

التّغير		الغلط المبطل
بمعنى كتمان	بمعنى عمل إيجابي	كلّ الصّور باستثناء الباعث والقيمة
لا يختفي الاتساق لو أنّ هذا الكلّ يبطل (وهو يبطل)	لا يختفي الاتساق لو أنّ هذا الكلّ يبطل (وهو يبطل)	
		الغلط غير المبطل
– بالنسبة إلى الباعث: نفس ما اعترضنا في السابق في		الباعث والقيمة

<p>إطار الغرب.</p> <p>– بالنسبة إلى القيمة (أكثر من الثلث): نفس ما اعترضنا في السابق في إطار الغرب.</p> <p>– بالنسبة إلى القيمة (الثلث فما دونه): لن يعترضنا ما سبق لأنه لا بطلان هنا وهو نفس الحل في إطار الغلط.</p>	<p>يبطلان أو لا يبطلان (الباعث: يبطل القيمة: أكثر من الثلث يبطل – الثلث فما دونه لا يبطل)</p>	
---	---	--

ويمكن أن نلاحظ هنا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تشكو ممّا يشكو منه الغرب بسبب تشبّها به.

جدول الشَّرْق:

التَّغْيِير		الغلط المبطل والموجب خياراً
بمعنى كتمان	بمعنى عمل إيجابي	
لا يختفي الاتساق لو أنها توجب خياراً (هي توجب خياراً)	لا يختفي الاتساق لو أنها تبطل أو توجب خياراً (هي تبطل أو توجب خياراً) ←	غير القيمة حسب الكلّ ←
	لا يختفي الاتساق لو أنها توجب خياراً (هي توجب خياراً) ←	القيمة حسب البعض (الثالث فما أكثر) ←
		الغلط غير الموجب للخيار
هنا سيعترضنا ما اعترضنا في إطار الغرب (قلنا سابقاً إنَّ هذا الفقه قريب من قبول الغلط في القيمة لوحده وذلك لأننا لم نعثر داخله على رفض للكتمان. فعلى تقدير أنه يقبله - وهو الرَّاجح لدينا - فالانزلاق بعد ذلك إلى الغلط في القيمة لوحده ممكن).	لا يختفي الاتساق لو أنها تبطل أو لا تبطل (هي تبطل).	القيمة حسب البعض

ويمكن أن نلاحظ أنّ جزء الفقه الذي وسَّع في حالات الغلط المبطل أو الموجب للخيار لم يعترضه شيء من المشاكل التي أشرنا إليها. كما يمكن أن نلاحظ أنّ الجزء الآخر تجنَّب هذه الصَّعوبات حين وسَّع في الغلط المبطل أو الموجب للخيار ليشمل الباعث فلم تعترضه، أمَّا حين ضيَّق ليُخْرِج القيمة فإنَّه معرَّض لأن يلقى تلك الصَّعوبات أمامه.

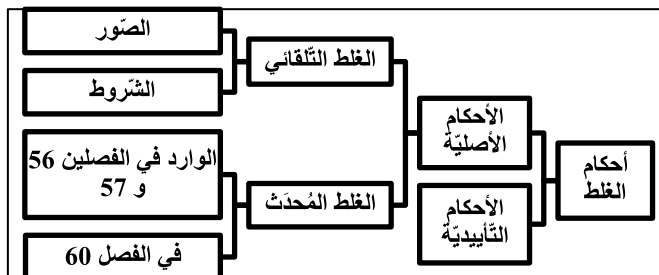
ولعلَّه بالإمكان، ونحن نختم هذه الجداول، أن نقول إنَّ حلَّ الفقه حتَّى في جزئه الذي يضيِّق أفضل من حلَّ الغرب ومن حلَّ مجلَّة الالتزامات والعقود، إذ الأوَّل يجنَّبنا -

كليا في قسم منه وجزئيا في قسمه الآخر - الصعوبات التي تعترضنا في إطار الثاني والثالث.

ويبدو أنّ هذا سبب آخر يسمح بربط مجلّة الالتزامات والعقود بعدم الإحكام.

265. — لكن لنقدّر أنّ هذا السبب وغيره لم يوجد، أي لنقدّر أنّ فصول مجلّة الالتزامات والعقود (2 و 43 إلى 49 و 56 و 57 و 60 و 67) في جانبها الأول الذي تناولناه بعدد قد أتت بما هو محكم. بعبارة أخرى، لنقدّر أنّ الأحكام الأصلية في تلك النصوص فيها إتقان وجاءت بإصلاح، فهل هذا كاف أم أنّه، لو فرضنا أنّنا سنجد الأحكام التأييدية الواردة بهذه الفصول غير محكمة، ارتدّ ذلك وانعكس حتّى على الأحكام الأولى لتأخذ هذه لون عدم الإحكام؟

إنّ هذا السؤال — وإن لن يبحث عن إجابة عليه لأنّه يستند إلى تقدير تفنّده التحاليل السابقة — ينبّه إلى أنّ الوقت قد حان للنظر في المسألة التي نعمل عليها وذلك في إطار الأحكام التأييدية الموجودة في نصوص مجلّة الالتزامات والعقود المتعلقة بالغلط، أي أنّ الوقت قد حان للبحث عن الإحكام في هذه الأحكام⁽⁸³⁴⁾.



الجزء الثاني:
الإحكام في الأحكام التأيديّة للغلط

266. — وجدنا في الجزء الأول صور غلط تلقائي لا توجب بطلانا، وهي: الحساب⁽⁸³⁵⁾، والباعث⁽⁸³⁶⁾، والقيمة⁽⁸³⁷⁾. كما وجدنا صورة غلط مُحَدَّث لا تُؤدِّي إلى هذا الجزاء، وهي: القيمة إذا تَمَثَّلَت في التَّلْت فما دونه⁽⁸³⁸⁾. وإنَّ هذه الصَّورة مثلا - وعلى حدِّ عبارة الفصل 57 من مجلَّة الالتزامات والعقود - نتيجتها "تعويض الخسارة". وقد يمكن تسمية هذه التَّنتيجة جزاء ومؤيِّدا⁽⁸³⁹⁾. لكنَّ هذا الجزاء أو المؤيِّد لم يغلب في نصوص الغلط، وإمَّا الذي غلب حديث المجلَّة عن الفسخ وغيره. هذا السَّبب يجعلنا نقصي "تعويض الخسارة".

فإذا تناولنا الحكم التَّأييدي الذي غلب، وجدناه متمثِّلا 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 للتَّو مراتب للجزاء ومراتب للمؤيِّدات. لكن سنرى أنَّ مجلَّة الالتزامات والعقود تبنَّت ما يسمَّى بالنَّظريَّة التَّقليديَّة للبطلان. وعلى هذا يكون كلامها عن مراتب المؤيِّدات متضمِّنا حديثا عن أربعة مسائل هي: مدى ضرورة القيام أمام المحاكم، ومن يثير البطلان، والإمضاء، والتَّقدم. ومعلوم أنَّ هذه المسائل أسميت في إطار تلك النَّظريَّة بآثار مراتب المؤيِّدات⁽⁸⁴⁰⁾.

(835) انظر الفقرة عدد 111 وما بعدها. بل يمكن القول، كما تقدَّم، إنَّ الغلط في الحساب ليس غلطا.

(836) انظر الفقرة عدد 115.

(837) انظر الفقرة عدد 239 وما بعدها.

(838) انظر الفقرة عدد 258.

(839) يمكن تسمية ردِّ التَّلْت فما دونه جزاء وعقابا للمغرَّر. كما يمكن عدُّه مؤيِّدا وحاميا للحكم الأصلي الذي حاصله منع التَّغْيير الذي له هذه التَّنتيجة (غبن التَّلْت فما دونه). ووجه الحماية أو التَّأييد للحكم الأصلي محو نتيجة العمل الذي خالفه.

(840) تحدَّث "فودمي" عن النَّظريَّة الكلاسيكيَّة، وقسَّم حديثه إلى فرعين هما: التَّقسيم التَّنائي للبطلان (مطلق - نسبي) وآثار التَّقسيم التَّنائي (هل يجب القيام بالدعوى؟ من يمكنه أن يتمسَّك بالبطلان؟ هل يزول البطلان بالإمضاء والتَّقدم؟).

"فودمي" (أوجين)، النَّظريَّة العامَّة للالتزامات، نشر: "ديبوا" (هـ) و"فودمي" (ج)، باريس، سيراي، 1965، إعادة للطَّبعة المنشورة سنة 1937، ص 141 وما بعدها.

يخلص ممّا تقدّم أنّ نصوص الغلط فيها أمران: ما دلّ عليه حديثها بالمطابقة، وهو مراتب المؤيّدات؛ وما دلّ عليه حديثها بالتضمّن والالتزام، وهو آثار مراتب المؤيّدات⁽⁸⁴¹⁾. بعبارة أخرى، يمكن الحديث داخل نصوص الغلط عن أحكام تأييديّة وعن مدلول لها بالمطابقة متمثلاً في مراتب المؤيّدات. كما يمكن الحديث داخل تلك النصوص عن أحكام تأييديّة وعن مدلول لها بالتضمّن متمثلاً في آثار مراتب المؤيّدات.

وينبغي أن نشير إلى أنّ هذين الأمرين، أي في النهاية هذا الجزء الثاني من عملنا، سيكون فرصة لرؤية أصل مادّة الغلط وهي عاملة وسط المؤيّدات. ولهذه الرؤية جدوى تتمثل في أنّه إذا أخذ الحكم الأصلي من "عين" والحكم التأييدي من "منبع" مختلف، صرنا أمام خلطة. وفي هذه قد لا يغلب أحد مكوّنيها، وقد يغلب حتّى يضحى مؤثراً في عمل الآخر. بعبارة أخرى – وإذا تحدّثنا عمّا سبق بواسطة مثال – قلنا إنّّه يجوز أن تؤخذ الأحكام الأصليّة المتعلّقة بالغلط وبكليتها من الفقه الإسلامي مثلاً، كما يجوز أن تؤخذ الأحكام التأييديّة المتعلّقة بنفس المادّة وبجملة تفصيلاتها من الغرب، أي يجوز أن توجد خلطة. لكن من المفيد عندها أن ننظر إلى أجزاء هذه الخلطة هل كلّ واحد منها عازل فلا يسمح بأن يخرقه الآخر، أم أنّ الأمر بخلاف ذلك. وإن وجد هذا "الخلاف ذلك"، من المفيد أن ننظر هل الجزء

(H) et GAUDEMET (J), Paris, Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937, p. 141 et s.

⁽⁸⁴¹⁾ تسهيلاً لقراءة الجزء الثاني، نورد أهمّ نصوص المراتب وآثارها وذلك في المشروع المراجع تمّ في مجلّة الالتزامات والعقود وقت صدورها. كما سنضيف ما جاء في المجلّة بعد تنقيحها سنة 2005 (انظر الملحق 3).

المخترق هو من نوع الذي يصيغ المخترق حتى أنك لن تعود تعرف بعد الخلطة الوجه الأول لهذا المخترق؟ وإذا وصلنا إلى جواب بالإيجاب، من المجدي أن نسأل بعده لم يؤخذ شيء من مصدر معين، وآخر من آخر إذا كانت النتيجة أن لا نجد أحدهما بعد ذلك؟ أي لم لا يؤخذ ومنذ البدء من مصدر واحد هو ذلك الذي نجد فيه الجزء المخترق؟

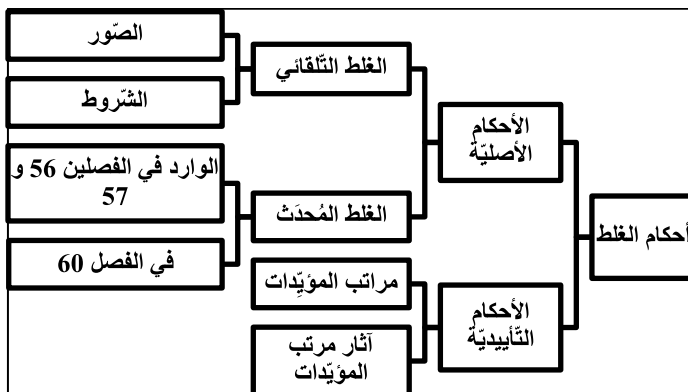
زيادة على ما سبق ينبغي أن نشير إلى أن الأحكام الأصلية، الموجودة داخل نصوص الغلط، خاصة بهذه النصوص. أما الأحكام التأييدية، الموجودة داخل نفس النصوص، فموجودة بنصوص أخرى. على هذا تكون النصوص التي نعمل عليها أمودجا، أي أن تأويلها فرصة لتناول مادة عامة. هذا يعني أننا أمام فرصة للتوسيع في نطاق الحديث عن مسألة الإحكام في مجلة الالتزامات والعقود دون زيادة نصوص أخرى تتعلق بمواد غير مادة الغلط. هكذا إذن يكون للجزء الثاني جدوى مضاعفة مقارنة بالجزء الأول.

وإنّ ذلك الجزء الثاني وكما تقدّم فيه أمران: دلالة المطابقة أي مراتب المؤيّدات، ودلالة الالتزام أو التضمّن أي آثار مراتب المؤيّدات. والواجب أن يمثّل هذان الأمران في علاقتهما بمسألة الإحكام محتوى عنوايي هذا الجزء، أي الواجب أن نرى: أولاً: الإحكام في الأحكام التأييدية على مستوى مدلولها بالمطابقة (على مستوى المذكور تصريحاً) المتمثّل في مراتب المؤيّدات.

ثانياً: الإحكام في الأحكام التأييدية على مستوى مدلولها بالتضمّن (أو مدلولها بالالتزام أو مدلولها المطويّ ذكره) المتمثّل في آثار مراتب المؤيّدات. بعبارة أخرى سنرى في العنوان الأول: الإحكام على مستوى المذكور تصريحاً من الأحكام، والمتمثّل في مراتب المؤيّدات.

وسنرى في العنوان الثاني: الإحكام على مستوى المطوي ذكره من الأحكام،
والمتمثل في آثار مراتب المؤيدات⁽⁸⁴²⁾.

(842)



العنوان الأول

الإحكام في الأحكام المذكورة تصريحاً: مراتب المؤيّدات

267. — إذا أخذنا من النصوص التي نعمل عليها أنموذجاً يمثّل كلّ حديثها عن مراتب المؤيّدات، أخذنا مثلاً الفصل 67 (أو غيره) والفصل 45 (أو غيره). فأما الأول فقد نطق به: "الالتزام [...] (الذي) لا عمل عليه". وأما الثاني فبذاك الذي يكون عرضة لـ: "الفسخ". وإننا سنرى أنّ المقصود بما ورد للتوّ في مرتبة أولى هو البطلان المطلق، كما سنرى أنّ المراد بما جاء في مرتبة ثانية البطلان التّسبي. ومعلوم أنّ هذا البطلان يسمّى عند الذين تبنت منهم مجلّة الالتزامات والعقود نظريتهم صحّة مؤقتة⁽⁸⁴³⁾. وعلى هذا يمكن تسمية مراتب المؤيّدات الواردة بالمجلّة باسم مرتبة البطلان، وباسم مرتبة الصّحّة. فإذا أردنا أسماء متقابلة، قلنا عن المرتبة الأولى إنّها مرتبة غير الصحيح، وعن المرتبة الثانية إنّها مرتبة الصحيح. وهذه الأسماء واجبة الاعتماد، لا لأنّه يتوصّل إليها بعد بحث في نيّة المشرّع، إذ أنّ هذا البحث يمتكّن 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 بمرتين هما عدم الصّحّة والصّحّة⁽⁸⁴⁴⁾. فإذا أخذنا الأسماء المذكورة أعلاه دون غيرها سهّلت علينا عمليّة المقارنة لأنّ نفس الأسماء كما نرى موجودة بالفقه.

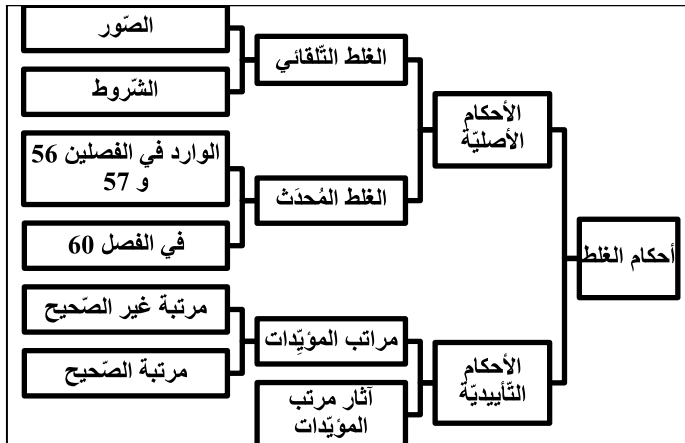
⁽⁸⁴³⁾ انظر إلى "قودمي"، م س، ص 143. ولو رجعنا في التاريخ إلى ما قبل ذلك (القانون الفرنسي

القديم والقانون الروماني) لأسميناه أيضاً صحّة. انظر مثلاً الفقرة عدد 327.

⁽⁸⁴⁴⁾ انظر مثلاً إلى: السنهوري، م س، ج 4، ص 124.

يخلص مما تقدّم أنّ مراتب المؤيّدات حسب النصوص التي نعمل عليها اثنتان⁽⁸⁴⁵⁾.
وينبغي أن تمثّل هاتان المرتبتان في علاقتهما بمسألة الأحكام مضمون فصلي هذا
العنوان، أي ينبغي أن نرى:
أولاً: الأحكام [على مستوى المذكور تصريحاً من الأحكام والمتمثّل] في مرتبة غير
الصّحيح (الفصل الأوّل).
وثانياً: الأحكام [على مستوى المذكور تصريحاً من الأحكام والمتمثّل] في مرتبة
الصّحيح (الفصل الثّاني)⁽⁸⁴⁶⁾.

⁽⁸⁴⁵⁾ احتوت مجلّة الالتزامات والعقود على غلط منظّم تحت اسم خاص، ولهذا جزاؤه. لكن وكما أنّ هذا
الغلط عرضي بالتّظر إلى الإشكاليّة فكذلك جزاؤه. لذا لم يؤخذ هذا الجزء بعين الاعتبار في تقسيم هذا
العنوان. لكن لو اقتضت الإشكالية التّعرّض إليه فسنفعل، ولكن في حيز عرضي معاملة له على قدر رتبته
بالتّظر الى هذه الإشكاليّة نفسها.
⁽⁸⁴⁶⁾



الفصل الأوّل

الإحكام في مرتبة غير الصّحيح

268. — إنّ مرتبة غير الصّحيح في مجلّة الالتزامات والعقود هي مرتبة لما ليس له وصف الصّحّة ولو مؤقتاً، 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 مطلقاً.

لكنّنا نعلم أنّ الفقه الإسلامي يعرف داخل مرتبة عدم الصّحّة مرتبتين: مرتبة الباطل (وهي قريبة من الباطل مطلقاً) ومرتبة قريبة منه هي مرتبة الفاسد (قريب القريب قريب)⁽⁸⁴⁷⁾. وبين أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تضع هذه المرتبة. ويمكن أن يمثّل رفضها مادّة يُبحث بداخلها عن مسألة الإحكام. لكنّ هذا البحث ينبغي الإتيان به بعد البحث عن الإحكام في إطار ما وضعته هذه المجلّة، وهو الباطل، وبالتحديد — ولكي لا يخلط بباطل الفقه — الباطل مطلقاً.

كلّ ما سبق يعطي عنوانين: عنواناً أولاً للإحكام على مستوى المذكور تصرّيحاً من الأحكام والمتمثّل في مرتبة الباطل "مطلقاً"؛ وعنواناً ثانياً للإحكام على مستوى "ما هو قريب" من المذكور تصرّيحاً من الأحكام والمتمثّل في مرتبة الفاسد. بعبارة مختصرة: ينبغي النّظر في مرتبة الباطل مطلقاً (المبحث الأوّل)، ثمّ في مرتبة الفاسد (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل: مرتبة الباطل "مطلقاً"

269. — اعتدنا في المحتويات السابقة أن نمرّ بمرحلة تحليل ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود، ثمّ بمرحلة الإتيان بالقانون الغربي وبالفقه الإسلامي، ثمّ بمرحلة

⁽⁸⁴⁷⁾ انظر مثلاً إلى: الشنهوري، م س، ج 4، ص 124؛ الزرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج

محاولة الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود. لكننا هنا، وبسبب وضع المجلّة لذلك القانون وعدم وضعها لهذا الفقه، سنأتي إلى الجزء الأول من المرحلة الثانية ونلحقه بالمرحلة الأولى، وإلى الجزء الثاني ونلحقه بالمرحلة الثالثة؛ وذلك لأنّه، إذا كان القانون الغربي هو مجلّة الالتزامات والعقود، فإنّ الفقه الإسلامي كمحتوى يدخل في عمليّة تقييم هذه المجلّة. لذا سنرى أولاً عرضاً لحكم مجلّة الالتزامات والعقود (الفقرة 1) وثانياً تقييماً لهذا الحكم (الفقرة 2).

الفقرة 1. عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

270. — سنحاول هنا عرض الحكم نفسه (أ). لكن، ولتكون الصّورة كاملة، سنحاول أيضاً عرض مصدر الحكم⁽⁸⁴⁸⁾ (ب).

(أ) عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود نفسه

271. — ◀ قلنا سابقاً إنّ الغلط التلقائي في طبيعة العقد والغلط التلقائي في وجود السبب موجودان في مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁸⁴⁹⁾. فأما الأول فبالفصلين 2 و325، وأما الثاني فبالفصل 67، ومن ثمّ بالفصلين 2 و325. وإنّ هذا القول يتضمّن قولاً آخر مفاده أنّه — انطلاقاً من مقتضى الاتساق، أي انطلاقاً من التعبير غير المباشر عن نيّة المشرّع — ينبغي أن يكون الغلط المحدث الذي له نفس المحلّ موجوداً على مستوى الجزاء بهذه التّصويف. 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 التلقائي في طبيعة العقد وفي وجود السبب

⁽⁸⁴⁸⁾ إنّ مصدر الموقف سابق للموقف. لكن قد نقدّم المتأخّر ونؤخّر المتقدّم أحياناً إذا اقتضى ذلك موجب العرض الواضح للتّقطة التي نحن بصددّها.

⁽⁸⁴⁹⁾ انظر الفقرة عدد 38 وما بعدها.

موجودان بالفصلين 2 و325، أدى كل ذلك إلى أن يكون الجزاء المستوجب للتغيير الذي يحدث غلطا في طبيعة العقد أو في وجود السبب هو الجزاء الوارد بالفصلين 67 و325.

272. — ◀ ولقد أسمى هذا الجزاء في الصياغة العربية للفصل 67: عدم العمل على الالتزام⁽⁸⁵⁰⁾. كما أسمى في الصياغة الفرنسية: عدم حدوث الالتزام⁽⁸⁵¹⁾ وانعدامه⁽⁸⁵²⁾.

وإن التَّمشِّي المعتمد في هذا العمل يستوجب الشروع باللغة والانتهاؤ بالنِّية: ◀◀ فإذا بدأنا باللغة، قلنا — باعتبار أنّ معنى العمل الفعل ومعنى عدم الفقر وفقدان الوجود⁽⁸⁵³⁾ — إنّ الجزاء في النصّ العربي هو جعل الالتزام مفتقرا وفاقدا للفاعليّة. وإذا واصلنا مع اللغة، لكن هذه المرّة مع كلمة الصياغة الفرنسيّة، قلنا إنّ الجزاء يتمثّل في الانعدام⁽⁸⁵⁴⁾.

◀◀ فإذا مررنا إلى التعبير المباشر عن النِّية، وجب أن نبدأ بالألفاظ الواردة في النصوص، ثمّ نحاول بعد ذلك الإجابة عن سؤال يطرحه البحث في تلك النصوص

⁽⁸⁵⁰⁾ قال الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود: "الالتزام المبني على غير سبب [...] لا عمل عليه".

⁽⁸⁵¹⁾ قال الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود: "الالتزام الذي خلا من السبب [...] هو أمر لم

يحدث" "l'obligation sans cause [...] est non avenue"

ملاحظة: استعملنا القاموس الفرنسي العربي "المنهل" لترجمة الكلمة الفرنسيّة non-avenue إلى العربية.

⁽⁸⁵²⁾ انظر ما سيأتي بعد قليل حول المعنى اللغوي للفظة الفصل 67.

⁽⁸⁵³⁾ انظر حول المعنى اللغوي للعمل ما أوردناه حين تناولنا التغيير. وانظر حول المعنى اللغوي للعدم

المعجم العربي الحديث، حيث تجد أنّ: "العدم: الفقر [...] فقدان الوجود".

⁽⁸⁵⁴⁾ انظر إلى معجم اللغة الفرنسيّة "روبار الصّغير" 1 حيث ستجد أنّ الكلمة الفرنسيّة non-avenue

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 avenue [...] inexistant".

ومفاده هل أنّ الفصل 67 من مجلة الالتزامات والعقود كما دة موجود بالفصل 325 من هذه المجلة؟

◀◀◀ ومن يبدأ بالألفاظ يجد الفصل 60 من المشروع يتحدث عن عدم إعطاء الالتزام أيّ مفعول⁽⁸⁵⁵⁾، وهنا يلتقي بالصياغة العربية لمجلة الالتزامات والعقود؛ ويجد الفصل 72 من المشروع المراجع يستعمل نفس الكلمة التي وجدت منذ قليل في الصياغة الفرنسية لمجلة الالتزامات والعقود، أي كلمة الانعدام⁽⁸⁵⁶⁾. أمّا الترجمة الكاملة⁽⁸⁵⁷⁾ والتاقصة⁽⁸⁵⁸⁾ فكلتاها مساوية للصياغة العربية للمجلة.

والمحصلة من هذا التعبير المباشر أنّ اللجنة وضعت عبارة "عدم المفعول"، ثمّ استبدلتها بلفظة الانعدام. أمّا التّرجمتان، واللّتان من المفروض أنّهما لكلمة الانعدام، فقد أعادتانا إلى العبارة المتروكة، ممّا يفيد بأنّ المترجمين لم يروا في البديل شيئاً مختلفاً عن المبدّل. والسؤال: هل المرور من مبنى إلى مبنى أريد به انتقال من معنى إلى معنى، أم أنّ الأمر على خلاف ذلك؟ أي، وهذا هو المقصود بـ"الخلاف"، أمّا أن التّرجمتين - على تقدير أنّهما ليستا من مسؤوليّة اللجنة نفسها - قد ترجمتا حقاً ما أرادته اللجنة وهو البقاء مع نفس المعنى، وإمّا أنّ التّرجمتين - على تقدير أنّ اللجنة

⁽⁸⁵⁵⁾ يقول الفصل 60 من المشروع إنّ "الالتزام الذي خلا عن السبب [...] لا يمكن أن يكون له أيّ مفعول".

"l'obligation sans cause [...] ne peut avoir aucun effet".

⁽⁸⁵⁶⁾ يقول الفصل 72 من المشروع المراجع: "الالتزام الذي خلا عن السبب [...] هو منعدم".

"l'obligation sans cause [...] est non avenue".

⁽⁸⁵⁷⁾ يقول الفصل 72 في الترجمة الكاملة للمشروع المراجع: "الالتزام المبني على غير سبب [...] لا عمل عليه".

⁽⁸⁵⁸⁾ يقول الفصل 72 في الترجمة التاقصة للمشروع المراجع: "التعهد المبني [...] على غير سبب لا عمل عليه".

مسئولة عنهما - قد عبّرت بهما اللجنة عمّا تريد وهو نفس ما سبق أي البقاء مع نفس المعنى⁽⁸⁵⁹⁾.

273. - يبدو أنّ الإجابة عن هذا السؤال تستدعي الرجوع إلى مصطلحات مجلّة الالتزامات والعقود ومصطلحات المشروع والمشروع المراجع:

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 المجلّة 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"، فالنتيجة أنّ الفصل 67 تحدّث عن "التزام باطل من أصله".

ومن يواصل البحث في الصّيغة العربيّة يجد الفصل 1452 - وهو نصّ له نفس موضوع الفصل 67⁽⁸⁶⁰⁾ - يستعمل اسمين مترادفين: "لا عمل عليه" و"باطل

⁽⁸⁵⁹⁾ هنا أيضا نفتقر إلى معلومات تاريخيّة دقيقة تقول لنا من ترجم المشروع المراجع، ثمّ على تقدير أنّ الترجمة أتي بها من خارج اللجنة، فهل رجعت من قبلها ليتمكن القول إنّها مسؤولة عنها. انظر إلى تخمينات حول من ترجم المشروع المراجع: ادريوش (أحمد)، م س (قانون الالتزامات والعقود. مائة سنة من الصّمود)، ص 20 وما بعدها.

⁽⁸⁶⁰⁾ تحدّث الفصل 67 عن عدم جواز السّبب، وصورة الفصل 1452 هي للموضوع نفسه إذ يقول هذا النصّ: "كلّ من التزم بدين من جهة مقامرة أو مراهنّة، كان التزاه باطلا قانونا لا عمل عليه".

قانوناً". وهذا يؤدي إلى جواز إطلاق اسم آخر على ما جاء بالفصل 67⁽⁸⁶¹⁾ وهو "الباطل قانوناً"⁽⁸⁶²⁾.

فاذا رجعنا الآن إلى الفصل 567 وجدناه يستعمل "باطلاً" و"لا عمل عليه" كمترادفين. وهذا يؤدي إلى جواز إطلاق اسم رابع على ما أتى بالفصل 67 هو اسم "باطل".

والمحصلة أنّ ما جاء بالفصل 67 هو: لما لا عمل عليه، وللباطل من أصله، وللباطل قانوناً، وللباطل.

ومن ينتقل إلى الصياغة الفرنسيّة، يمكنه أن يخرج أيضاً 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 يتحدث عن "بطلان بقوة القانون"⁽⁸⁶³⁾ (nulle de plein droit). أمّا إذا انتقلنا إلى الفصل 325 فسنجد فيه وكمترادفين "الباطل بقوة القانون" (nulle de plein droit) و"عدم الفاعلية" (ne peut produire aucun effet)⁽⁸⁶⁴⁾. فإذا مررنا إلى الفصل 566 وجدنا "الباطل بقوة القانون" (nulle de plein droit) و"البطلان الذي يثيره كلّ معني" (plein droit nullité [...] prononcée à la

⁽⁸⁶¹⁾ وأيضاً على ما جاء بالفصل 325.

⁽⁸⁶²⁾ يمكن أن نضيف نصوصاً أخرى، ولكن هذه الإضافة لا يمكن أن يعمد إليها في المتن لأنّها تستوجب تحديداً على مستوى المادة لما جاء في الفصل 67 (نوع البطلان) وهو أمر لم يؤت به بعد. وهذه النصوص هي: 329 (باطل من أصله) و566 (باطل) و575 (لا يصح) و1095 وهو نصّ ألغي في 7 نوفمبر 1959 وكان يمنع القرض بالفائض بين المسلمين (باطل).

⁽⁸⁶³⁾ اعتمد قاموس المنهل في عمليّة الترجمة.

⁽⁸⁶⁴⁾ قد يقال هنا إنّ هذا أثر وليس اسماً. لكن ليستحضر ما ورد أعلاه حول "لا عمل عليه".

الاسم نجده بالفصل 567. (requête de tout intéressé)، والذي يسمّى لهذا السبب بطلانا مطلقاً⁽⁸⁶⁵⁾. وهذا

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 67 هو: "عدم حدوث"، و"انعدام"، و"بطلان بقوة القانون"، و"عدم فاعليّة"، و"بطلان مطلق"⁽⁸⁶⁶⁾.

275. — فإذا مررنا إلى المشروع، وجدنا فصله السّتين يتحدّث عن "عدم المفعول". أمّا فصله الأربعمئة وستّة وعشرون بعد الألف — والذي له محتوى النصّ السّابق نفسه — فيتكلّم عن "بطلان بقوة القانون" (nulle de plein droit). وهذه العبارة نجدها بالفصل 203⁽⁸⁶⁷⁾ وأيضاً بالفصل 543. لكن هذا الفصل 543 يستعمل كلمة أخرى هي "البطلان الذي يثيره كلّ معنيّ"، أي وكما تقدّم البطلان المطلق. وهذه العبارة نجدها بنصّ آخر هو الفصل 544⁽⁸⁶⁸⁾.

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 60 من المشروع — والذي أصبح فيما بعد الفقرة الأولى من الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود — هو: "عدم المفعول"، و"البطلان بقوة القانون"، و"البطلان المطلق".

270. — ومن يذهب إلى المشروع المراجع، يجد الفصل 72 يتحدّث عن "الانعدام" أو "عدم الحدوث". أمّا الفصل 1681 والذي له نفس المحتوى فيتكلّم عن "بطلان بقوة القانون". هذه العبارة نجدها بالفصل 372 ومعها أخرى وهي "عدم المفعول". كما نجد عبارة "بقوة القانون" في الفصل 376 وفي الفصل 662. لكن

⁽⁸⁶⁵⁾ انظر إلى: "فودمي"، م س، ص 166.

⁽⁸⁶⁶⁾ يمكن أن نضيف اسماً آخر من الفصل 575، ومن الفصل 1095: باطل (nulle).

⁽⁸⁶⁷⁾ يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود الفصل 325.

⁽⁸⁶⁸⁾ يمكن أن نضيف أسماءً أخرى من الفصل 550 ومن الفصل 1064 باطل (nulle)، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار لما ورد سابقاً.

وفي هذا الفصل 662 ترافق لفظة "بقوة القانون" لفظة "البطلان الذي يثيره كلّ معنيّ"، أي "البطلان المطلق". وهذه نجدها بالفصل 663⁽⁸⁶⁹⁾.

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 72 من المشروع المراجع - والذي أصبح فيما بعد الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود - هو: "الانعدام" أو "عدم الحدوث"، و"البطلان بقوة القانون"، و"عدم المفعول"، و"البطلان المطلق".

ومن يتّجه إلى التّرجمة الكاملة للمشروع المراجع، يجد الفصل 72 يتكلّم عن "عدم العمل". أمّا الفصل 1681 فيستعمل كلمة "عدم العمل" ومعها "الباطل قانوناً". 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 معنيّ"، أي "البطلان المطلق". ثمّ إنّ الفصل 1236 فيه: "لا عمل عليه" وفيه "مبطل".

والمحصّلة أنّ ما جاء بالفصل 72 من التّرجمة الكاملة للمشروع المراجع - والذي أصبح فيما بعد الفصل 67 - هو: "عدم العمل"، و"البطلان القانوني"، و"البطلان من الأصل"، و"البطلان المطلق"⁽⁸⁷⁰⁾.

فإذا انتهينا إلى التّرجمة التّاقصة، وجدنا في الفصل 72 "عدم العمل". أمّا الفصل 372 ففيه لفظة "الباطل من الأصل"، و"ما لا يفيد حكماً". وجاءت بالفصل 376 لفظة الباطل. لكن لا يمكن إعطاء الأسماء الموجودة بهذين النّصّين لما جاء في الفصل 72 إلّا بعد البحث في سقوط هذا النّص داخل الفصل 372⁽⁸⁷¹⁾.

⁽⁸⁶⁹⁾ ويمكن أن نضيف اسماً آخر هو باطل ونجده بالفصلين: 672 و1236. لكن هذه الإضافة لا يمكن

أن تأتي بما في المتن لأنّها تستوجب تحديداً على صعيد المادّة لما جاء في الفصل 72.

⁽⁸⁷⁰⁾ ويمكن أن نضيف اسم "عدم الصّحّة" (وهذا يبرّر العنوان المختار لهذا الفصل) من الفصل 672،

لكن مع أخذ ما ورد بالهامش السّابق بعين الاعتبار.

⁽⁸⁷¹⁾ ينبغي هنا الإتيان بجدول فيه محتوى مجلّة الالتزامات والعقود وبجانبه المشاريع لكي تسهل عملية

تتبع ما ورد أعلاه. وسنبداً في هذا الجدول بالفصل 67 من مجلة الالتزامات والعقود أو ما يقابله، ثم نمرّ إلى النص الذي له المحتوى نفسه (1452) أو ما يقابله، ثم نذهب - لتسهيل تحاليل ستأتي - إلى الفصل 325 أو ما يقابله، ثم إلى نصوص أخرى:

المشروع المراجع		المشروع		مجلة الالتزامات والعقود			
الترجمة الكاملة	الصياغة الأصلية	النص	النص	الفرنسي	العربي	النص	
لا عمل عليه.	non avenue	72	ne peut avoir aucun effet	60	non avenue	لا عمل عليه.	67
باطل - قانونا - لا عمل عليه	nulle de plein droit	1681	nulle de plein droit	1426	nulle de plein droit	باطل - قانونا - لا عمل عليه	1452
باطل - من أصله - لا عمل عليه	- nulle de plein droit - ne produit aucun effet	372	nulle de plein droit	203	- nulle de plein droit - ne produit aucun effet	باطل - من أصله - لا عمل عليه	325
باطل من أصله	nulle de plein droit	376		-	nulle de plein droit	الباطل من أصله	329
باطل - طلب ممن له مصلحة أو بغير طلب	- nulle de plein droit - tout intéressé d'office	662	- nulle de plein droit - tout intéressé d'office	543	- nulle de plein droit - tout intéressé d'office	باطل - طلب ممن له مصلحة أو بغير طلب	566
باطل - لا عمل عليه	nullité absolue	663	nullité absolue	544	nullité absolue	باطل - لا عمل عليه.	567
لا يصح.	nulle	672	nulle	550	nulle	لا يصح.	575
لا عمل عليه - مبطل	nulle	1236	nulle	1064	nulle	باطل (الغي)	1095
		إنخ		إنخ			إنخ

277. — ويستنتج من كلّ ما سبق أنّ عبارات الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود (أو النصوص المقابلة له) موجودة أيضا بالفصل 1452 (أو النصوص المقابلة له). ثمّ إنّ عبارات الفصل 1452 موجودة بالفصل 325 (أو النصوص المقابلة له)، وهذا يمكن من القول بأنّ عبارات الفصل 67 موجودة بالفصل 325.

278. — ◀◀◀ لكنّ السؤال هل الفصل 67 كماذّة موجود بالفصل 325، أي هل أنّ الجزء في الفصل 67 داخل في الجزء العامّ الذي جاء به الفصل 325؟ إنّ الجواب يستدعي تحليل الفصل 325 وهذا التحليل سيمكّن أيضا من تحديد نوع الجزء الوارد بهذا النصّ.

279. — وينبغي أن نبدأ التحليل بالإشارة إلى أنّ المشروع لم يورد الفصل 203 (أي ما يقابل الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود) تحت عنوان خاصّ بالجزء، بل جاء به مع نصوص الآثار ومنها نصّ القوّة الملزمة وغيره. ثمّ جاء المشروع المراجع وأضاف ثلاثة أمور: أولها جملة استثناء، وهذه زادها إلى محتوى الفصل 203، فصارت مع المستثنى منه الفقرة الأولى من الفصل 372 (ومن بعد ذلك الفقرة الأولى للفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ وثانيها فقرة جديدة هي الفقرة الثانية من الفصل 372 (ومن بعد ذلك الفقرة الثانية من الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ وثالثها جعل الفصل 325 مع نصوص أخرى تحت عنوان خاصّ بالجزء.

280. — فإذا بدأنا بالفصل 203 من المشروع وجدناه يتحدّث عن التزام باطل بقوّة القانون ووجدناه يشير في حاشيته الجانبية إلى المادّة 52⁽⁸⁷²⁾ و110⁽⁸⁷³⁾ و370⁽⁸⁷⁴⁾ من المجلّة العثمانية، وإلى المادّة 312⁽⁸⁷⁵⁾ و431⁽⁸⁷⁶⁾ من مرشد

⁽⁸⁷²⁾ "إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه".

⁽⁸⁷³⁾ "البيع الباطل ما لا يصحّ أصلا يعني أن لا يكون مشروعاً أصلاً".

⁽⁸⁷⁴⁾ "البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً. فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل، كان

الحيران⁽⁸⁷⁷⁾، وكلّها للعقد الباطل في الفقه الإسلامي. وقد نفكر في أنّ نيّة أصحاب الفصل 203 من المشروع هي وضع ما جاء بالفقه الإسلامي. لكنّ ثمّ إضافة في الحاشية تجعلنا نعود فيما فكرنا به. فلقد أعيدت الإشارة إلى مرشد الحيران وبالتحديد إلى مادّته 310⁽⁸⁷⁸⁾ وإلى مادّته 428⁽⁸⁷⁹⁾ وإلى مادّته 431⁽⁸⁸⁰⁾ وكلّها للصّحيح

المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدّد يضمنه".

⁽⁸⁷⁵⁾ أشارت الحاشية إلى المادّة 313 التي قالت: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". لكنّ المادّة 312 التي سبقتها تقول: "العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً، أي ما كان في ركنه أو في محلّه خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين من غير أهلا للعقد أو كان المحلّ غير قابل لحكم العقد. وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المائيّة ولو بالقبض". وواضح بعد عرض محتوى المادتين 313 و312 أنّ هنالك خطأ مطبعياً وأنّ المشروع أراد أن يشير إلى هذه لا إلى تلك.

⁽⁸⁷⁶⁾ هنا نجد ما سبق عينه، فالمشار إليها هي المادّة 432، وهذه تقول: "التسليم في المبيع هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكّن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع". أمّا سابقتها فتقول: "البيع الباطل هو ما أورث خللاً في ركن البيع أو في محلّه. والبيع الفاسد هو ما أورث خللاً في غير الركن والمحلّ". (وبعبارة أخرى) البيع الباطل ما لا يكون مشروعاً أصلاً ولا وصفاً والبيع الفاسد ما كان مشروعاً أصلاً ولا وصفاً".

⁽⁸⁷⁷⁾ قدرني باشا (محمّد)، كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان رضي الله عنه، دمشق، لجنة إحياء الكتاب الإسلامي في مسجد السروجيّة، د. ت.

⁽⁸⁷⁸⁾ "العقد الصّحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً. والمراد بمشروعيّة ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادراً من أهله مضافاً إلى محلّ قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل، وألاً يكون مقروناً بشرط من الشّروط المفسدة للعقد".

⁽⁸⁷⁹⁾ "إذا انعقد البيع نافذاً غير لازم بأن كان فيه خيار شرط للبائع وحده، فلا يخرج المبيع عن ملكه إلى ملك المشتري إلا إذا أجاز البائع البيع في مدّة الخيار قولاً أو فعلاً، صراحة أو دلالة أو مضت المدّة بدون فسخ أو مات في أثناء المدّة".

⁽⁸⁸⁰⁾ سبق وأن عرضنا محتوى هذه المادّة. وعلينا أن نلاحظ أنّه ثمّ هنا أيضاً خطأ مطبعياً. فالمشار إليها هي المادّة 433 التي تقول: "التخليّة قبض حكماً. وهي تختلف بحسب حال المبيع. فإن كان المبيع عقاراً كدار أو حانوت أو نحوه ممّا له قفل، فتسليمه يكون بدفع المفتاح إلى المشتري مع الإذن له

والباطل في الفقه الإسلامي، وقيل إنّها تفرقة واضحة بين القابل للإبطال والباطل. وهذا يعني أنّ التّية اتّجهت إلى هذا التّصنيف (القابل للإبطال/ الباطل) الموجود في فرنسا، ولكن رأي أن تمّ ما يقابله في الفقه. ويدعم ما سبق أنّ الاسم المستعمل في متن الفصل 203 من المشروع ليس ذلك الذي نجده عند الفقهاء المسلمين، بل هو الذي يعترضنا في القانون الفرنسي، أي البطلان بقوة القانون.

281. — ولقد نقل الفصل 203 إلى المشروع المراجع وصار هو الفصل 372 بعد أن زيدت له بعض المحتويات كما تقدّم، وبعد أن أضيفت لحاشيته الجانبية مراجع أخرى⁽⁸⁸¹⁾ ووضعت له حاشية تحتيّة. فإذا نظرنا إلى هذه، وجدناها تشير إلى الفصل 310 من المجلّة المدنيّة الإيطاليّة الذي استعمل صراحة لفظة البطلان

بقبضه كما يكون بالتّخلية بين المبيع والمشتري والإذن باستلامه إن كان المبيع قريبا منه". وواضح أنّ هذه المادّة لا علاقة لها بمحتوى الفصل 203 من المشروع وأقرب مادّة (في المكان) للمادّة 433 والتي لها علاقة بالمشروع هي المادّة 431.

⁽⁸⁸¹⁾ هي الأشباه والنظائر لابن نجيم وحاشيتها غمز عيون البصائر للحموي، والدّر المختار للحصكفي وحاشيته ردّ المحتار لابن عابدين.

المطلق⁽⁸⁸²⁾، كما تشير إلى "أوبري" و"رو" من جهة⁽⁸⁸³⁾ وإلى "لوران" من جهة أخرى⁽⁸⁸⁴⁾:

وإذا بدأنا بالأوليين⁽⁸⁸⁵⁾، وجدناهما يفرقان بين الانعدام (acte inexistant – non avenue) والبطلان (nullité) والفسخ (rescision):

فأما الصنف الأول فنجد فيه عدم التقاء الإرادات، وانعدام المحل⁽⁸⁸⁶⁾، وغياب السبب، والسبب المغلوط، وبعض السبب غير الجائز (ربا/ بيع وظيفة، أي حالات خاصة لأننا سنجدهما في الصنف الثاني يتحدثان عن النظام العام والأخلاق الحميدة مما يعني أن السبب غير الجائز دائر بين الصنفين بالنسبة إلى هذين الفقيهين)⁽⁸⁸⁷⁾.

وأما الصنف الثاني فنجد فيه حالات مخالفة وجوب أو منع قانوني، أي: حالات عدم توفر شروط الصحة، ومن ضمنها عدم احترام النظام العام والأخلاق الحميدة، وعدم

⁽⁸⁸²⁾ يقول الفصل 310: "لا يمكن الإصلاح بواسطة الإمضاء لعبٍ عملٍ قانوني باطلٍ بصفة مطلقة

لغياب احترام الشكليات".

"On ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'un acte nul d'une manière absolue pour défaut d'observation des formalités".

المجلة المدنية الإيطالية صدرت في 25 جوان 1865 ودخلت حيز التنفيذ في غرة جانفي 1866، ترجمة وتعليق مع مقدمة ل: "هنري برودوم"، باريس، بادون، 1896.

Code civil italien, Promulgué le 25 juin 1865 mis en vigueur le 1^{er} janvier 1866, Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Henri PRUDHOMME, Paris, A. PEDONE, Editeur, 1896.

⁽⁸⁸³⁾ "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 334. ويلاحظ أن الحاشية أشارت أيضا إلى الفقرة 248 وهي من الجزء الثالث ولا علاقة لها بالمادة التي نحن بصددتها، مما يعني أن هنالك خطأ مطبعيا.

⁽⁸⁸⁴⁾ "لوران"، م س، ج 1، عدد 528 وما بعده.

⁽⁸⁸⁵⁾ قلنا منذ قليل إنه أشير إليهما في الجزء الرابع. لكننا سنستعمل أيضا الجزء الأول (الفقرة 37 وما بعدها) والجزء الثامن (الفقرة 771 وما بعدها) فيما هو توضيح للجزء المشار إليه.

⁽⁸⁸⁶⁾ انظر هذا في الجزء الأول، الفقرة 37 وما بعدها.

⁽⁸⁸⁷⁾ الجزء الرابع، الفقرة عدد 526 وما بعدها.

احترام النصوص الحامية للأطراف وللغير⁽⁸⁸⁸⁾، وانعدام الأهلية (المحجور عليه قضائياً/ الزوجة/ من له مجلس قضائي)، وعدم اتباع شكلية وضعت لحماية قاصر، وعيوب الرضا، وعدم احترام نصّ أوجب كتباً رسمياً (الهبة)، أو نصّاً منع على بعض الأشخاص (القضاة مثلاً) التعاقد. ويلاحظ أنّ هذا الصنف الثاني فيه حالات بطلان مطلق وحالات بطلان نسبي.

وأما الصنف الثالث والأخير فيهمّ حالات الغبن⁽⁸⁸⁹⁾.

فإذا مررنا إلى "لوران"، وجدناه يفصل بين البطلان بقوة القانون - وهذه هي عبارة الفصل 372 من المشروع المراجع - والبطلان الذي ليس بقوة القانون: فأما القسم الأول فيقول إنّ للفصل 1108 من المجلّة المدنية الفرنسية، ويقول إنّ فيه أولاً: انعدام الأهلية الطبيعية (تدخل في ثانياً)، وثانياً: انعدام الرضا (عدم تلاقي الإرادتين)، وثالثاً: الموضوع (انعدامه/ خروجه عن التجارة)، ورابعاً: السبب (انعدامه/ عدم جوازه)، وخامساً: انعدام الرسمية في العقود الرسمية (تدخل في ثانياً). ويطلق "لوران" على هذه الصور عدّة أسماء هي: البطلان بقوة القانون، والبطلان التاديكالي، والبطلان المطلق، والانعدام، والبطلان.

وأما القسم الثاني ففيه: عيوب الرضا، والصبي المميز، والمرأة المتزوجة، والمجنون قبل وبعد حكم الحجر، والسكران⁽⁸⁹⁰⁾.

يخلص ممّا سبق أنّ نية واضعي الفصل 372 من المشروع المراجع قد اتّجهت إلى الأخذ من فرنسا ومن إيطاليا. لذا لا يجب الالتفات إلى مراجع الفقه الإسلامي إلاّ

⁽⁸⁸⁸⁾ الجزء الأول، الفقرة عدد 37 وما بعدها.

⁽⁸⁸⁹⁾ انظر إلى الجزء الأول، الفقرة عدد 37 وما بعدها، والجزء الرابع الفقرة عدد 526 وما بعدها.

⁽⁸⁹⁰⁾ 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 التّحتية إلى هذا الجزء، لكننا زدنا ذلك الجزء لكي نعرض موقف "لوران" بصورة واضحة.

بوصفها قد وضعت من طرف "سانتيلانا" لكي يُتَبَيَّن أنَّ الحلول المتبناة تشبه ما جاء بذلك الفقه.

فإذا وصلنا إلى هنا، أمكننا القول إنَّ نص المشروع وضع البطلان، أو البطلان بقوة القانون، أو البطلان الراديكالي، 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 أنَّ هذا النص خلاصة أُلِّفَ فيها بين "لوران" من جهة و"أوبري" و"رو" من جهة أخرى: فلقد أخذ من الأوّل جمعه حالات البطلان بقوة القانون في صنف واحد، ليقابله من هنالك صنف ثانٍ وأخير. وأخذ من الثّانين: فصلهم بين حالات انعدام عنصر هو واقعي بالأساس (صنف الانعدام عندهما)⁽⁸⁹¹⁾، وحالات انعدام عنصر قانوني (جزء من صنف البطلان عندهم). ولعلّ صياغة الفقرة الثّانية من الفصل 372 تكاد أن تنطق بأنّها هذا التّأليف. فلقد قيل فيها إنَّ البطلان بقوة القانون حالتان (هذه بصمة "لوران"): أولاهما غياب أحد الشّروط الأساسيّة، وهي حسب الفصل 3 من المشروع المراجع: الأهليّة ويجب أن نقول الطّبيعيّة، والتّصريح بالإرادة أو بالرّضا [ويجب أن نقول إنَّ الشّروط يغيب حين ينعدم التّصريح أو حين تنعدم الإرادة أو الرّضا (= عدم تلاقي الإرادات وانعدام الرّسميّة في العقود الرّسميّة)]، وبالتّحديد التّصريح برضا بالعناصر الأساسيّة للتّزام [ويجب أن نقول إنَّ الشّروط يتمثّل في وجود الموضوع ووجود السّبب] والموضوع المعيّن الذي يصلح أن يكون موضوع التّزام أي الجائز [إذن الشّروط هو الموضوع المعيّن والجائز]، والسّبب غير الجائز⁽⁸⁹²⁾، أي في النّهاية (وهنا نصل إلى بصمة "أوبري" و"رو") غياب عنصر

⁽⁸⁹¹⁾ قلنا: واقعي أساسا لأنّ بعض السّبب غير الجائز (وهذا عنصر قانوني) ذكره الفقيهان داخل الصّنف الأوّل والبعض الآخر داخل الصّنف الثّاني.

⁽⁸⁹²⁾ بعبارة أخرى، يبدو أنّ الفصل 3 من المشروع المراجع (حين تقرب عباراته من المراجع المستعملة

واقعي بالأساس. وثانيتها تنصيب القانون على ذلك البطلان في حالات معينة (وهذه أيضا بصمة ل: "أوبري" و"رو")⁽⁸⁹³⁾.

في حواشيه) ومن بعده الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود قد قال ما يلي:

أركان العقد هي:

أولاً: الأهلية الطبيعية (التمييز، وهذا يدخل في ثانيا لأن من ليس له تمييز ليس له تعبير عن الرضا).

ثانياً:

◀ بداية الجملة: التعبير عن الرضا (التعبير + تلاقي الإرادات والرسمية في العقود الرسمية) (هذا هو المقصود ب: une déclaration valable de volonté).

◀ بقية الجملة: وجود الموضوع ووجود السبب (هذا هو المقصود ب: portant sur les éléments essentiels)

ثالثاً:

◀ بداية الجملة: موضوع معين (هذا هو المقصود ب: un objet certain).

◀ بقية الجملة: موضوع جائز (هذا هو المقصود ب: pouvant former objet d'obligation).

رابعاً: سبب جائز.

وإنّ ما سبق ليفهم من المراجع التي استعملت لوضع نصّ الأركان ونصوص الجزاء. ويمكن أن يشار هنا وبسرعة إلى أنّ ثانيا تفهم على النحو الوارد أعلاه انطلاقاً من عدّة معطيات منها المجلة العثمانية على مستوى تطابق الإيجاب والقبول وعلى مستوى وجود الموضوع (المجلة العثمانية مشار إليها في حاشية نصّ الأركان). فإذا بقينا مع وجود الموضوع، أمكن الإشارة إلى الحاشية الجانبية لنصّ الأركان في المشروع المراجع والتي تتحدّث لا فقط عن الوجود بل عن موضوع فيه مصلحة (التزام موضوعه حبة قمح لا يقبل/ من باب أولى لو أنّ موضوعه لا شيء).

ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "موجب" بعبارة أخرى: "سبب"، لكنّ القانون لم يستبدل معنى بآخر. والسبب أنّ الفصل الثاني من قانون 2005 قال إنّ مضمون المجلة لم يتّح.

⁽⁸⁹³⁾ انظر إلى: "دوبلا"، م س، ج 2، ص 87 وما بعدها وخاصة ص 92 والذي وضع في ثانيا من الفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود (أي الفصل 372 من المشروع المراجع) والفصل 566 من مجلة الالتزامات والعقود (أي الفصل 662 من المشروع المراجع) والفصل 567 من مجلة الالتزامات والعقود (أي الفصل 663 من المشروع المراجع) والفصل 575 (أي الفصل 672 من المشروع المراجع)

282. — والحاصل من كلّ ما سبق — وهنا سنحاول صعود درجات السلم التي نزلناها من أجل تأويل الفصل 67 من مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁸⁹⁴⁾ — أنّ:

◆ الفصل 372 تبنيّ صنف جزاء موجود بالقانون الفرنسي والإيطالي. ولهذا الجزاء عدّة أسماء في هذا المصدر منها البطلان بقوة القانون، والبطلان المطلق، والانعدام، والبطلان الراديكالي، (إلخ). وإنّ هذه الأسماء وغيرها موجودة بالفصل 372 وبغيره من نصوص المشروع المراجع.

◆ الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود هو نقل حرفي لنصّ المشروع المراجع، ومن ثمّ فإنّ ما قيل عن هذا واجب القول عن ذلك. بعبارة أخرى: يسلمنا التعبير المباشر عن نية صاحب الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود بتبنيّه لصنف الجزاء الغربي وللمصطلحات التي استعملت للتدليل على هذا الجزاء.

◆ الفصل 67 كما دة موجود بالفصل 325.

◆ عبارة "لا عمل عليه" في الصياغة العربية للفصل 67، وعبارة "عدم الحدوث" أو "الانعدام" في الصياغة الفرنسية لنفس النصّ، مرادفتان لعبارة "البطلان الأصلي" أو لعبارة "ليس له عمل" في الصياغة العربية للفصل 325، ومرادفتان لعبارة "البطلان بقوة القانون" في الصياغة الفرنسية لنفس هذا النصّ. كما أنّ هذه العبارات مرادفة لأخرى كثيرة موجودة بعدة نصوص من مجلّة الالتزامات والعقود مثل عدم الصّحة

والفصل 1095 من مجلّة الالتزامات والعقود (أي الفصل 1236 من المشروع المراجع) وغير ذلك من النصوص التي أخذها من قانون المرافعات ومن القانون الجنائي (ويمكن أن نضيف إلى قائمة "دوبلا" ولكن من مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 66 [أي الفصل 71 من المشروع المراجع] والفصل 1452 [أي الفصل 1681 من المشروع المراجع]. وإنّ ما جاء عند "دوبلا" وما أضفناه يسمح بزيادات احترزنا عليها في الفقرة عدد 277 وما بعدها.

⁽⁸⁹⁴⁾ الدّرجة التي شرعنا في التّزول منها موجودة في الفقرة عدد 275، وسنحاول الآن ومن هنا الصّعود للعودة إليها.

والبطلان وغيرهما. وعلى قارئ المجلة أن ينتبه إلى أنّ التكتير من الألفاظ لم يُرد منه تكتير من المعاني.

بعبارة أخرى - وهنا نكون قد وصلنا إلى الدرّجة التي انطلقنا منها - ذهبت نيّة واضع مجلّة الالتزامات والعقود إلى جعل الغلط في وجود السّبب موجبا للبطلان المطلق.

283. - وإنا، وفي رحلتنا هذه، قد مررنا بعدُ بنيّة واضع مجلّة الالتزامات والعقود من الغلط في طبيعة العقد. فإذا كان هذا الغلط وكما قلنا⁽⁸⁹⁵⁾ موجودا بطيّات الفصلين 2 و325، فهذا يعني أنّه أريد أن يكون جزاؤه البطلان المطلق.

(895) انظر الفقرة عدد 39.

ويمكن تفصيل ما جاء في المتن والقول إنّنا رأينا منذ قليل ما الذي يمكن أن يترجّح من معنى للفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود عند من يقرأ أعماله التحضيرية. فالنص لتلاقي الإيرادات (لو غاب إيجاب مثلا، سيغيب التلاقي مع القبول؛ أي لو غاب رضا، سيغيب التراضي، لأنّ التراضي محصلة جمع لرضاءين)، ولوجود الموضوع (لو غاب الموضوع، سيغيب الرضا، لأنّ الرضا ينصبّ على موضوع؛ ولو غاب الرضا، سيغيب التراضي، لأنّ التراضي محصلة 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 الاتفاق (الأوصاف غير الذاتية للشّيء، إلخ). فإذا تبدّلت ذات الشّخص، أو ذات الشّيء، أو نوعه، أو طبيعة العقد (أي إذا تمّ الوقوع في غلط)، غاب الرضا ومن ثمّ التراضي (لذلك فإنّ هذا التّفكير يضع كلّ هذه الصّور في حزمة واحدة: الفصل 1108 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة). لكن لو أنّ التبدل اعترى أمورا أخرى كالأوصاف غير الذاتية للشّيء، لم يغيب الموضوع، ومن ثمّ لم يغيب الرضا، ومن ثمّ لم يغيب التراضي (لذلك فإنّ هذا التّفكير لا يضع بقيّة صور الغلط في الحزمة السّابقة).

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 المطلق على معنى الفصل 325.

لكنّ الناظر إلى مجلّة الالتزامات والعقود يجد ما يلي:

الفصل 2 وهو لعدم التّقاء الإيرادات كما تقدّم، وهو عامّ لأنّه لم يحصر نفسه في صورة أو بعض صور

وعلى هذا فحكم المجلّة مأخوذ من الغرب. وقد يمكن المرور إلى تقييمه. لكن ينبغي - لكي يكون التقييم على أسس أصلب - أن نعرض مصدر هذا الحكم.

لعدم التراضي. وإنّ العامّ يغلبه الخاصّ إن وجد:

وفعلا ولوجود الفصل 45 سيقال إنّ الغلط في ذات الشّيء موجب للبطلان النسبي (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 النسبي (الصّورة تقع في الفصل 2 وتقع في الفصل 45 وهذا خاصّ فهو مقدّم) (قد يقال هنا وفي ذات الشّيء إنّ مجلّة الالتزامات والعقود تبنت تحليلا مختلفا مفاده أنّه إن بدلت النوع أو الدّات لم يتبدّل الموضوع ومن هنالك لم يغيب هذا الموضوع ولا من ورائه الرضا، وأنّها بنت على هذا التحليل موقفها المتمثّل في البطلان النسبي. لكن لينظر إلى الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع وسيرى فيها تحليلا للدّات وللتّوع يتبع مسألة غياب الموضوع. وإنّ الاعتراض ومن ثمّ الرّد لقابليّن لأن ينقلا إلى صورة ذات الشّخص).

ثمّ إنّّه ولوجود الفصل 46 سيقال إنّ الغلط في ذات الشّخص موجب للبطلان النسبي (الصّورة تقع في الفصل 2 وتقع في الفصل 46، وهذا خاصّ فهو مقدّم).

أما الغلط في طبيعة العقد فإنّه لم ينقل إلى الفصل 45 (كما نقل في المشروع المراجع إلى الفصل 50)، وعلى هذا فهو باق في نصّ الأركان. وهذا الكلام مؤداه 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. والسبب أنّ الطّبيعة وجدت في المشروع المراجع، ولو أرادت مجلّة الالتزامات والعقود نفس الحلّ لنقلت ذلك المشروع. وفعلا يصعب تصوّر أنّ المجلّة ذهبت إلى نفس الحلّ ومحت الصّورة لتمكّن المؤوّل من القياس. فالرّاجح إذن أنّها حذفها لتأخذ حكما مختلفا عن ذات الشّيء. وهذا يستوجب أن تكون قد وضعت الطّبيعة في نصّ الأركان.

(ب) عرض مصدر حكم مجلة الالتزامات والعقود

284. — يتمثل حكم مجلة الالتزامات والعقود — المأويّ به من الغرب — في أنّ الغلط في وجود السبب القريب والغلط في طبيعة العقد موجبان للبطلان المطلق. هذا الحكم حاصله تصنيف مادّة داخل صنف، لكنّه ينطوي على أخذ بهذا الصنف. فمصدر المجلة إذن مصنّف وصنف:

(1) المصنّف

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 إلّا متى طابقت الاستجابة الإيجاب على ثلاث مستويات منها الشّيء الذي يمثّل موضوع الاتفاق ومنها طبيعة هذا الاتفاق.

ويضيف الفقيهان بأنّ غياب الاتفاق على هذه الأمور "يمنع" (والعبارة لهما) نشأة العقد. على هذا ليس ثمّ عقد نشأ إذا وجد "سوء تفاهم" (ومرّة أخرى العبارة لهما) أو غلط محله ذات الشّيء، أو إذا كان الإيجاب للبيع والقبول للكراء⁽⁸⁹⁶⁾.

يتّضح ممّا سبق أنّه، وفي القرن التاسع عشر، كان الغلط في ذات الشّيء والغلط في طبيعة العقد يصنّفان ضمن "الغلط المانع"، وضمن "سوء التفاهم"، أي على أنّهما "عدم التقاء إرادات".

وفي مكان بعيد عمّا سبق، نجد الفقيهين "أوبري" و"رو" يتعرّضان إلى الغلط في وجود السبب القريب ويقولان إنّ الالتزام هنا يجب أن يعدّ — والعبارة لهما — "منعدما ولم يحدث"⁽⁸⁹⁷⁾. فإذا قرّنا هذا الكلام من سابقه، وبالتحديد من امتناع نشأة العقد

(896) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343.

(897) "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، الفقرة 343 مكرّر.

وعدم قيام اتفاق، أمكن القول إنّ الغلط في وجود السبب القريب يدخل ضمن نفس الصنف الذي وجدنا فيه الغلط في طبيعة العقد والغلط في ذات الشيء. فإذا مررنا إلى "دومولومب" - وأخذناه كأمّودج ثان للفقهاء الغربي الذي استعمل كثيرا في المشروع المراجع والذي من المحتمل أن يكون مصدرا لموقف مجلّة الالتزامات والعقود - وجدناه يتحدّث عن كون التقاء الإيجاب بالقبول هو العقدة التي تكوّن العقد⁽⁸⁹⁸⁾. وقبل ذلك قال إنّ الواجب أن يحصل تطابق تامّ بين العرض والقبول حول الأشخاص - وهنا نعثر على الغلط في ذات الشخص - وحول الشيء وحول طبيعة وطرق الاتفاق⁽⁸⁹⁹⁾.

ويمكن القول انطلاقا ممّا سبق أنّ غرب القرن التاسع عشر⁽⁹⁰⁰⁾ عرف أنواعا من الغلط ووضعها في صنف من الجزاء مختلف عن الصنف الذي وضعه لأنواع أخرى. وذلك الصنف هو الذي سنحاول الآن تناوله.

(2) الصنف

286. — يرجع وجود صنف البطلان بقوة القانون (أو البطلان المطلق أو الانعدام إلى غيرها من أسماء الصنف الذي وضعت فيه بعض صور الغلط) في القانون الغربي إلى أسباب عقلية وتاريخية⁽⁹⁰¹⁾:

فأمّا العقلية فمرتبطة بأنواع شروط نشأة العقد وهي اثنتان: شروط وجود وشروط صحّة. فإذا أخذنا الأولى قلنا إنّها: "ما يتضمّنه بالضرورة مصطلح العقد، كما

⁽⁸⁹⁸⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 62.

⁽⁸⁹⁹⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 48 وما بعده.

⁽⁹⁰⁰⁾ بالنسبة إلى غرب اليوم (بعضه) نجده يصنّف ضمن الغلط المانع: صورة ذات الشيء وذات الشخص وطبيعة العقد [انظر هذا التصنيف عند: "فيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 495] ووجود السبب القريب [انظر إلى: "مازو" (هنري وليون وجون) وشاباس، م س، عدد 161].

⁽⁹⁰¹⁾ "فودمي"، م س، ص 142.

يُستخرج من طبيعة الأشياء ومن القانون. ومثال ذلك من زاوية طبيعة الأشياء، اتفاق الإرادات ووجود الموضوع ووجود السبب، ومن زاوية القانون جواز الموضوع والشكل في العقود الشكلية. فإذا غابت هذه الشروط لم يوجد العقد قانوناً، والبطان مستوجب بقوة القانون⁽⁹⁰²⁾. ف: "الاتفاق الذي نسميه باطلاً ليس في الحقيقة اتفاقاً. ففي الغياب التام لأحد الشروط التي بدونها لا يمكن أن ينشأ، لا يتكوّن الاتفاق ولا يوجد قانوناً. فهو واقع ليس إلا. وفيما يخصه ليس لدينا ردّ على الاعتراض الذي يتمثل في أنّ الالتزام الباطل لا يمكن إعدامه"⁽⁹⁰³⁾ (إعدام معدوم هو تحصيل حاصل، وتحصيل الحاصل ممتنع).

وأما الأسباب التاريخية فتتمثل في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم: ففي الأول هنالك تقريباً نوعان من التشريعات: القانون المدني والقانون المتعلق بالحاكم الشرعي الروماني⁽⁹⁰⁴⁾. وفي ذاك نجد البطان أو الانعدام لو خلا العقد عن عنصر أساسي⁽⁹⁰⁵⁾.

(902) "فودمي"، م س، ص 142.

"celles (c'est à dire les conditions d'existence) qui sont impliquées par la notion même du contrat, telle qu'elle résulte de la nature des choses, de l'accord des volontés, de l'existence de l'objet ou de la cause, et, au point de vue de la loi, du caractère licite de l'objet, des formes dans les contrats solennels. A défaut de ces conditions, l'acte n'existe pas juridiquement. La nullité est encourue de plein droit".

(903) "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 22 (ملاحظة ما أسماه "فودمي" أسباباً عقلية يصفها "دومولومب" في الفقرة عدد 3 بالعلمية).

"La convention que nous appelons nulle n'est pas, en réalité, une convention. En l'absence totale de l'une des conditions, sans lesquelles elle ne pouvait pas se former, elle n'est pas, en effet, formée ; elle n'existe pas légalement ; elle n'est qu'un fait ! Et, pour ce qui la concerne, nous n'avons pas de réponse à l'objection, qui consiste à dire qu'une obligation, qui est nulle, ne peut s'éteindre".

(904) "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 4.

(905) انظر إلى: "فودمي"، م س، ص 142؛ "كاربوني"، م س (الالتزامات)، عدد 108.

أما في القانون الفرنسي القديم، فقد وُجد البطلان القانوني⁽⁹⁰⁶⁾ (اعتراضنا هذه العبارة في الفصل 1452 من مجلة الالتزامات والعقود في صياغته العربية)، وهو بطلان الرومان المتحدّث عنه أعلاه. وُوجد إلى جانبه بطلان القانون الفرنسي (الأوامر والعرف). مع ما سبق، وُجد استرداد الرومان الكلّي⁽⁹⁰⁷⁾.

287. — ولقد انتقل الصّنف الذي يعنينا هنا إلى مجلة نابليون، وذلك بانتقال التّقسيم الذي ينتمي إليه. نعم — وعلى حدّ كلام "دومولومب"⁽⁹⁰⁸⁾ — كان يمكن للمشرع أن يجعل التّقسيم ومن ثمّ الصّنف أكثر بروزاً. لكنّ الأكيد أنّ خطباء الحكومة طالبوا صراحةً به، أي بالتّقسيم ومن ثمّ بالصّنف. ويمكن أن نتعرّف عليه دون تردّد في العديد من النّصوص وخاصّةً في الفصل 1117⁽⁹⁰⁹⁾ الذي نجد فيه كلمة "الباطل بقوة القانون". وهي لفظة الفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود، أي لفظة النّصّ الذي نجد فيه جزءاً أنواع من الغلط المتحدّث عنه في هذه المجلّة. هذا عن مصدر حكم المجلّة، ويمكن الآن المرور إلى التّقييم.

(906) "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 10.

(907) "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 4 وما بعدها.

(908) "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 24.

(909) يقول الفصل 1117: "الاتفاق المبرم بسبب غلط أو إكراه أو تغيير ليس باطلاً بقوة القانون".

"La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit".

الفقرة 2. تقييم حكم مجلة الالتزامات والعقود

288. — سنبدأ هنا من حيث انتهينا أعلاه، أي سننظر في الصنف (أ)؛ ثم سننتهي هنا من حيث ابتدأنا هنالك، أي سننظر في المصنف (ب).

(أ) تقييم مجلة الالتزامات والعقود على مستوى تبنيها للصنف

289. — عرفنا في السابق ما تبنته المجلة. لكنّ تقييمها يستوجب — بحسب القضية التي نبحث عن صحتها أو خطئها في هذا العمل — استحضار ما تركته وهو الفقه الإسلامي.

ومعلوم أنّ هذا الفقه يفرّق بين أركان العقد وأوصافه:

◀ فأما الأركان فيقسّمها الكاساني مثلاً إلى أربعة: ما يرجع إلى العاقد، وما يرجع إلى نفس العقد، وما يرجع إلى مكان العقد، وما يرجع إلى المعقود عليه:

◆ "أما الذي يرجع إلى العاقد فنوعان: أحدهما أن يكون عاقلاً، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأنّ أهليّة المتصرّف شرط انعقاد التصرف، والأهليّة لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الانعقاد بدون أهليّة"⁽⁹¹⁰⁾. "والثاني العدد في العاقد، فلا

(910) الكاساني (الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط 1 1417 هـ/1996 م، ج 5، ص 201 و202.

ويضيف الكاساني بأنّ البلوغ ليس بشرط انعقاد، فيجوز بيع غير البالغ ويكون موقوفاً على إجازة وليّه أو على إجازته هو بعد البلوغ (عند الشافعي البلوغ شرط انعقاد). "وكذا الحرّيّة ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتّى ينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع وينعقد بيع العبد المحجور إذا باع مال مولاه موقوفاً على إجازته عندنا، وكذا الملك أو الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحّته بالإجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه، وقال الشافعي: إسلام المشتري شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر [...] ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم وبين بيعه من الكافر فهو على العموم إلّا حيث ما خصّ الدليل [...] وكذا التّطوق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحّتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، لأنّه

يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصّغير يمثل قيمته أو بما يتغابن النَّاس فيه عادة أو يشتري مال الصّغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانا، والقياس أن لا يجوز ذلك أيضا وهو قول زُفر رحمه الله⁽⁹¹¹⁾.

إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته" (ص 202).

ملاحظة: في هذه الصفحات، حدّدنا ما ينبغي ذكره، ثم اقتنعنا من أماكن مختلفة ما يعبر عن ذلك الذي ينبغي ذكره. ولقد حاولنا ألا يكون لنا هنا إلا مجهود الاقتطاع، أي حاولنا أن نترك الكلمة لأصحابها.

⁽⁹¹¹⁾ الكاساني، م س، ج 5، ص 203.

ويوضّح الكاساني ما سبق قائلا إنّ سبب اشتراط التّعدد أنّ في البيع حقوقا متضادة مثل التّسليم والتّسلّم وغيرها، فيكون "الشّخص الواحد في زمان واحد مسلّما ومتسلّما طالبا ومطلوبا، وهذا محال" (ص 203). وهذا السّبب أدى أيضا إلى عدم جواز أن يكون الواحد وكيفا 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 الرّواج فيمكن للوكيل أن يتولّى الأمر عن العاقد لأنّ الحقوق لا ترجع إليه فكان كالرّسول. ولقد جيء بالاستثناء الوارد في المتن على وجه الاستحسان. فقد قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تُقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152، والإسراء: 34]. فالبيع والشّراء "بمثل قيمته وبما يتغابن النَّاس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الأحسن بحكم الحال لكمال شفقتة، فكان البيع والشّراء بذلك قربانا على وجه الأحسن [...] وأمّا الوصيّ إذا باع مال نفسه من الصّغير أو اشترى 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. إلا أنّ الأب لكمال شفقتة جعل شخصه المتّحد حقيقة متعدّدا ذاتا ورأيا وعبرة، والوصيّ لا يساويه في الشّفقة فيقي 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 بالتّص. قوله لا يمكن إلحاق الوصيّ بالأب لقصور شفقتة. قلنا الوصيّ له شبهان: شبه بالأب وشبه بالوكيل. أمّا شبهه بالوكيل فلكونه أجنبيّا. وشبهه بالأب لكونه مرضيّ الأب. فالظاهر أنّه ما رضي به إلا لوفور شفقتة على الصّغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور التّفّع عملا بشبه الأب، وقطعنا ولايته عند عدمه عملا بشبه الوكيل، عملا بالشّبهين قدر الإمكان" (ص 203).

♦ "وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، وما 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" (912).

♦ "وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد، لأنّ القياس ألا يتأخّر أحد الشّطرين عن الآخر في المجلس لأنّه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والأوّل منعدم فلا ينتظم الركن، إلا أنّ اعتبار ذلك يؤدّي إلى انسداد باب البيع، فتوقّف أحد الشّطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعا للشّطرين مع تفرّقهما للضرورة. وحقّ الضرورة يصير مقضيّا عند اتحاد المجلس. فإذا اختلف لا يتوقّف. وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه. وجه قوله ما ذكرنا أنّ القياس ألا يتأخّر أحد الشّطرين عن الآخر والتأخّر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور. ولنا في ترك اعتبار الفور ضرورة لأنّ القابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل" (913).

(912) الكاساني، م س، ج 5، ص 204.

(913) الكاساني، م س، ج 5، ص 204 و205. ويضيف الكاساني إلى ما جاء في المتن قائلا: "وعلى هذا إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد بأن قال: بعث عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد، والأصل في هذا أنّ أحد الشّطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقّف على الآخر في المجلس ولا يتوقّف على الشّطر الآخر من العاقد فيما وراء المجلس بالإجماع إلا إذا كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة". ص 205 و206.

♦ "وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج التتاج"⁽⁹¹⁴⁾؛ أو ممكنا أي "مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له"⁽⁹¹⁵⁾. ومنها - وهذا ذكره السنهوري - أن يكون المعقود عليه معينا أو قابلا للتعيين⁽⁹¹⁶⁾. وأيضا أن يكون المعقود عليه مالا، فلا "ينعقد بيع الميتة والدم لأنه ليس بمال"⁽⁹¹⁷⁾،

⁽⁹¹⁴⁾ الكاساني، م س، ج 5، ص 207.

⁽⁹¹⁵⁾ الكاساني، م س، ج 5، ص 219.

وعلينا أن نشير هنا إلى أنه وفي السابق اعترضنا قول للكاساني مفاده أنّ الملك والولاية ليسا بشرط انعقاد بل شرط نفاذ ولذا يتوقف بيع الفضولي عنده. وهذا القول يجب تقريبه مما قاله هذا الفقيه في إطار الشرط الرّاجع إلى المعقود عليه والذي قال إنه أنواع من ضمنها الملك (وهذا لم نوردّه وحده في المتن لأنه تابع للوجود أو الإمكان وليس قائما بنفسه) "وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند البيع، فإن لم يكن لا ينعقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلاّ السلم خاصة وهذا بيع ما ليس عنده، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، ولو باع المغضوب فضمن المالك قيمته نفذ بيعه لأنّ سبب الملك قد تقدّم فتبين أنّه باع ملك نفسه وهاهنا تأخر سبب الملك فيكون بائعا ما ليس عنده فدخل تحت النهي، والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكا لأنّ قصّة الحديث تدلّ عليه، فإنّه روي أنّ حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال لا تبع ما ليس عندك. ولأنّ بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه، فأما ما يبيعه بطريق الثبابة عن غيره ينظر إن كان البائع وكيفا فكيف يكون المبيع مملوكا للبائع ليس بشرط، وإن كان فضوليا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرائط النفاذ فإنّ بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإن ردّ بطل، وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطل عنده" (ج 5، ص 219). ويفسر ابن عابدين ما جاء في البدائع فيقول إنّ العقد باطل متى باع ملك غيره لنفسه، أما إذا باع ملك غيره لغيره فالبيع موقوف. (السنهوري، م س، ج 4، ص 184).

⁽⁹¹⁶⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 126.

⁽⁹¹⁷⁾ السنهوري، م س، ج 5، ص 211.

وكذلك ما ليس مملوكاً "لأنّ البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلاً في أرض مملوكة والماء الذي في نهره أو في بئرته لأنّ الكلاً وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح، وكذلك الماء ما لم يوجد الإحراز"⁽⁹¹⁸⁾، أي في النهاية يجب أن نكون - والقول للسّنهوري - أمام "محلّ صالح للتّعامل فيه أي مال متقوّم مملوك"⁽⁹¹⁹⁾.
يُخلص 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 مكتملة لبعض الأركان:

فركن العقل يكتمله وصفٌ هو خلوّ الرّضا من الإكراه⁽⁹²⁰⁾.

وركن الوجود ومقدور التّسليم يتمّم جزأه الأوّل وصفٌ عدم دخول الغرر، وجزأه الثّاني وصفٌ عدم دخول الضّرر في التّسليم.

وركن التّعيين وقابليّة التّعيين يكتمله وصفٌ هو الخلوّ من الغرر.

⁽⁹¹⁸⁾ السّنهوري، م س، ج 5، ص 218.

⁽⁹¹⁹⁾ السّنهوري، م س، ج 4، ص 126. ويضيف السّنهوري أن بالإمكان إضافة السّبب المشروع إلى هذه الأركان.

انظر أيضاً حول ما سبق من أركان: ابن عابدين، م س (ردّ المحتار)، ج 4، ص 5 و6؛ الزّيلعي، م س، ج 4، ص 43 وما بعدها؛ الخرشبي (أبو عبد الله محمّد بن عبد الله بن علي)، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشّيخ علي العدوي، دار الفكر، ج 5، ص 5 وما بعدها؛ الزّرقا، م س (المدخل)، ج 2، ص 709 وما بعدها؛ حسنين (محمّد)، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الجزائر، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، 1988، ص 13 وما بعدها؛

*"لبنون دي بلفون"، الأعمال القانونيّة الصّحيحة والباطلة في القانون الإسلامي، المجلّة الجزائريّة والتّونسيّة والمغربيّة للتّشريع والقضاء، السّنة 75، عدد 1، جانفي / فيفري، 1959، ص 14 و 15.

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, 75^e année, n° 1, janvier - février 1959, p. 14 et 15.

⁽⁹²⁰⁾ هذا موقف من المواقف المتعدّدة في الفقه الإسلامي من الإكراه.

أما ركن الصلوحية للتعامل فيتممه وصفان هما الخلو من الشرط الفاسد والخلو من الرّيا⁽⁹²¹⁾.

وتتفق المذاهب الأربعة على أنّ البطلان مستوجب في صورة اختلال أحد الأركان. أما اختلال أحد الأوصاف فيفرد له الأحناف جزاء خاصاً⁽⁹²²⁾ سنعود إليه لاحقاً.

290. — فإذا اهتمنا بالأركان واستحضرنا ما جاء سابقاً على لسان "دومولومب" من أنّ شروط الوجود قسمان: ما يفرضه طبيعة الأشياء وهنا نجد اتفاق الإيرادات ووجود الموضوع والسبب، وما يفرضه القانون وهنا نجد مثلاً جواز الموضوع⁽⁹²³⁾، وإذا قرّنا الذي استحضرناه من الذي ذكرناه منذ قليل عن الفقه، أمكننا القول إن ليس ثمّ فرق بين هذا الشرّك وذاك الغرب. ولقد أدّى غياب الفرق بالسّنهوري إلى

⁽⁹²¹⁾ انظر إلى: السّنهوري، م س، ج 4، ص 127.

ولقد قال الكاساني إنّ من هذه الأوصاف: أن يكون "المبيع معلوماً وثمنه معلوماً علماً يمنع من المنازعة" (م س، ج 5، ص 233). ويحدّثنا هنا وفي الصّفحات الموالية عن مسألتين هما أنّ هذا العلم هو شرط صحّة، وكذلك ما يحصل به العلم وهنا نجد مثلاً ما مرّ معنا من خيار رؤية). ومنها (أي الأوصاف) "أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع [...] ولا يلزم بالتزام العاقد إلاّ ضرر تسليم المعقود عليه فأما ما وراءه فلا، وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعاً له في سقف [...] (فهذا) لا يجوز لأنّه لا يمكنه تسليمه إلاّ بالتزّرع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحقّ بالعقد" (ج 5، ص 249 و250). ومنها الخلو من الشّروط الفاسدة ومن أمثلتها "شرط في وجوده غرر نحو ما إذا اشترى ناقة على أنّها حامل لأنّ المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لأنّ عظم البطن والتحرّك 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 داراً على أن يسكنها البائع شهراً" (ج 5، ص 252). ومنها "الرّضا [...] فلا يصحّ بيع المكره" (ج 5، ص 262). و"منها الخلو من الرّيا" (ج 5، ص 272) إلخ.

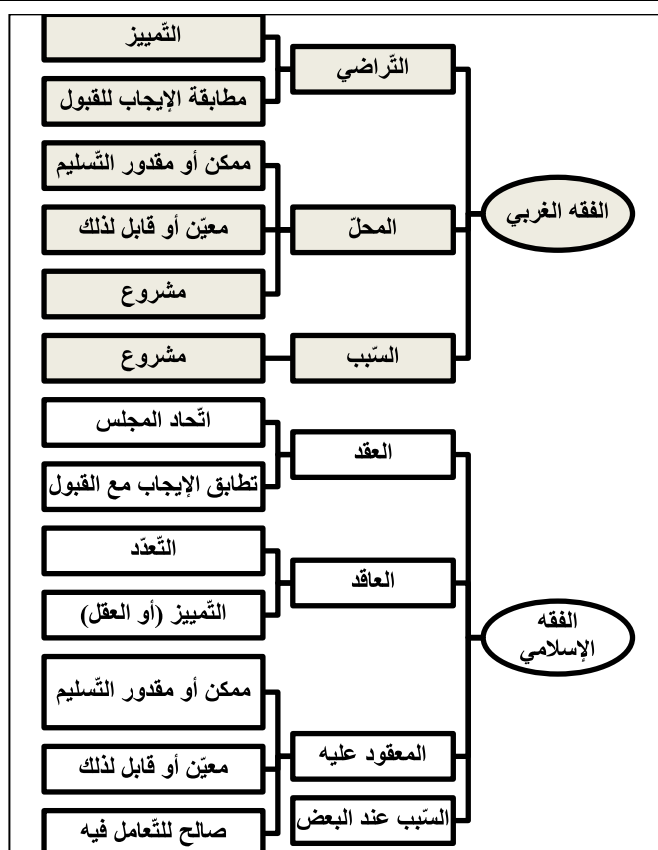
انظر أيضاً حول الأوصاف: ابن عابدين، م س (ردّ المحتار)، ج 4، ص 5 و6.

⁽⁹²²⁾ أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 369 وما بعدها؛ السّنهوري، م س، ج 4، ص 126 و127.

⁽⁹²³⁾ انظر الفقرة عدد 290.

القول إنّ الغرب يكاد أن "يكون متّفقا مع الفقه الإسلامي في تحديد أركان العقد وشرائطه. ففي الفقه الغربي أركان العقد [...] ثلاثة التّراضي والمحلّ والسبب. وللتّراضي شرائط انعقاد هي التّمييز ومطابقة القبول للإيجاب. وللمحلّ شرائط هي أن يكون ممكنا، ومعينا أو قابلا للتّعيين، وصالحا للتّعامل فيه، وللسبب شرط واحد هو المشروعية. وكذلك الفقه الإسلامي ركن العقد عنده هو الإيجاب والقبول. والإيجاب والقبول يفرضان بدهاة وجود المحلّ. ويمكن القول إنّ الفقه الإسلامي يعرف في بعض مذهبه نظرية السبب. ثمّ إنّ شرائط الانعقاد في العقد موافقة القبول للإيجاب واتّحاد المجلس، وفي العاقد العقل والتّعدّد، وفي المعقود عليه أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتّعيين وصالحا للتّعامل فيه. فالأركان والشّرائط في الفقهين واحدة، مع اختلاف يسير في التّعبير لا خطر له. ومن ثمّ تتحد منطقة العقد الباطل في كلّ من الفقهين الإسلامي والغربي" (924).

291. — فإذا احتفظنا بما جاء للتوّ على لسان السّنهوري، وأضفنا إليه ما وصلنا إليه سابقاً من تبنيّ مجلة الالتزامات والعقود للبطلان بقوّة القانون⁽⁹²⁵⁾ الذي قال به الغرب، أمكننا القول إنّه لا يمكن المرور إلى مسألة الأحكام على مستوى مجرد وضع المجلّة للصّنّف⁽⁹²⁶⁾. والسؤال الآن هل الأمر كذلك على مستوى ما ملأت به هذا الصّنّف من أنواع للغلط، أي على مستوى المصنّف.



انظر أيضاً: الزّرقا (مصطفى أحمد)، المدخل، م س، ج 2، ص 771 حيث يقول: "فأمّا البطلان المطلق، فنظريته لديهم متّفقة مع نظريّة البطلان في الفقه الإسلامي بالفكرة والقواعد والأسباب والنتائج، حتّى لتكاد تكون نسخة طبق الأصل عمّا في الفقه الإسلامي".

⁽⁹²⁵⁾ انظر الفقرة عدد 182 وما بعدها.

⁽⁹²⁶⁾ لم نخض في نظام الصّنّف لذلك استعملنا أعلاه عبارة: "الوضع لا غير".

(ب) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنيها للمصنّف

292. — مكّنت تحاليل سابقة⁽⁹²⁷⁾ من الوصول إلى أنّ مجلّة الالتزامات والعقود وضعت في صنف البطلان بقوة القانون الغلط في طبيعة العقد والغلط في وجود السبب القريب.

293. — وينبغي على من يريد تقييم هذا العمل التصنيفي، أن يبحث أولاً عن مصدره. ويحتمل أن يكون هذا المصدر إما الغرب وإما الشرق. ولترجيح هذا الاحتمال أو ترجيح غيره ينبغي إحضار ذلك الغرب وهذا الشرق والنظر فيما جاء به:

فإذا بدأنا بالغرب وجدنا أنّ الاتفاق — على ما بدا لنا في الوقت وعند الذين أخذت منهم مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁹²⁸⁾ — حاصل على أنّ هنالك عدم التقاء إرادات ومن ثمّ امتناع لنشأة العقد في صورتي الغلط في ذات الشيء والغلط في طبيعة العقد. كما أنّ الاتفاق حاصل على أنّ الغلط في وجود السبب القريب صورة غلط مانع⁽⁹²⁹⁾. ويبدو أنّ غياب ركني التراضي والسبب القريب هما اللذان أدّيا إلى تصنيف هذين النوعين من الغلط داخل جزاء البطلان المطلق.

ولقد خرج "لوران" عن هذا الإجماع حين جاء إلى الغلط في الوصف الذاتي وقال إنّه صورة لانعدام الرضا ومن ثمّ لانعدام العقد⁽⁹³⁰⁾، أي أنّه — وهذا ما يدلّ عليه كلامه بالتضمّن — غلط مانع وداخل في صنف البطلان المطلق.

⁽⁹²⁷⁾ انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها.

⁽⁹²⁸⁾ أمّا اليوم فنمّ نقاشات خاصّة على مستوى الغلط في ذات الشيء العادي وغير العادي (انظر حول هذين الاسمين الفقرة عدد 31) وعلى مستوى الغلط في ذات الشخص (انظر مثلاً إلى: "فيستان"، م س: تكوين العقد، عدد 495).

⁽⁹²⁹⁾ انظر الفقرة عدد 301.

⁽⁹³⁰⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 489. ولقد سبق "لوران" إلى هذا القول القانون الروماني (انظر

وإذا انتقلنا إلى الشرقي، حَسُنَ أن نأخذ كأ نموذجين المالكيّة والحنفية: فأما المالكيّة فيبدو أنّها - وفي خصوص الغلط في النوع - لا تقول بجزء البطلان، بل بجزء عدم اللزوم وتسوي من ثمّ هذه الصّورة بغيرها. فلو قال "أبيحك هذه الياقوتة فتوجد حجرا [...] أو أبيحك هذه الرّجاجة فتوجد ياقوتة ولم يعلم بها البائع إلاّ بعد البيع لم يلزم المشتري شراء في الأوّل لأنّ البائع إمّا مدّلس إن كتمه أو ظهر بالمبيع عيب ولا يلزم البائع بيع في الثانية"⁽⁹³¹⁾.

وأما الأحناف فلقد وجدناهم في السّابق⁽⁹³²⁾ يفرّقون بين الدّاتي وغير الدّاتي، ثمّ داخل الدّاتي بين التّفاوت الفاحش والتّفاوت غير الفاحش.

ثمّ إنهم يركّبون على ما سبق تفرقة بين مبيع حاضر ومبيع غائب. وداخل الحاضر بين وصف يدرك بالمشاهدة وهنا يؤخذ بالإشارة ويترك اللفظ لو اختلفا، وبين وصف لا يدرك بالمشاهدة وهنا يؤخذ بالتسمية وتترك الإشارة لو تعارضتا⁽⁹³³⁾.

ثمّ هم يضعون فوق كلّ ما تقدّم تفرقة بين صورة انعدام المعقود عليه (وهنا نجد الدّاتي وغير الدّاتي مع تفاوت فاحش⁽⁹³⁴⁾)، وهذه توجب وصف العقد بالباطل⁽⁹³⁵⁾؛ وبين صورة وجود المعقود عليه (وهنا نجد غير الدّاتي مع تفاوت غير

الحاشية الجانبية للفصل 50 من المشروع المراجع).

⁽⁹³¹⁾ الرّزقاني، م س، ج 5، ص 153.

⁽⁹³²⁾ انظر مثلا الفقرة عدد 82.

⁽⁹³³⁾ انظر إلى: الرّزقا، م س، ج 1، ص 476.

وهذا التّركيب نجده أيضا عند المالكيّة ممّا يعني أنّه ليس تابعا للتّفرة في ذاتها ولا لجزئها الذي سنتحدّث عنه بعد قليل، ولكننا أتينا به، أي التّركيب، ليكون موقف الأحناف في جانبه الذي يهّمنا هنا واضحا (انظر: الرّزقا، م س، ج 5، ص 153).

⁽⁹³⁴⁾ انظر: السنهوري، م س، ج 2، ص 106 و 107.

⁽⁹³⁵⁾ انظر: السنهوري، م س، ج 2، ص 107.

فاحش)، وهذه توجب وصف العقد بكونه غير لازم⁽⁹³⁶⁾. فإذا اهتمنا بالصورة الأولى، لأنّها هي الدّاخلية في العنوان الذي نحن بصدده، وجدنا الكاساني مثلاً يؤكّد ما أوردناه أعلاه حين كتب في بدائع الصّنائع: "إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفصّ على أنّه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثّوب الهروي بكذا فإذا هو مروي [...] لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأنّ المبيع معدوم، والأصل في هذا أنّ الإشارة مع التّسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محلّ البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمّى فالعبرة بالتّسمية ويتعلّق العقد بالمسمّى وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصّفة، فإن تفاحش التّفاوت بينهما فالعبرة للتّسمية أيضاً عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس وإن قلّ التّفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلّق العقد به، وإذا عرف هذا فنقول: الياقوت مع الرّجاج جنسان مختلفان، وكذا الهروي مع المروي فيتعلّق العقد فيه بالمسمّى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد [...] (وإنّ مختلفي) جنس المنفعة المطلوبة اختلافاً فاحشاً [...] (يلتحقون) بمختلفي الجنس حقيقة"⁽⁹³⁷⁾.

⁽⁹³⁶⁾ سنعود إلى هذه الصّورة لاحقاً ولكن أشرنا إليها هنا ليكون المشهد ومنذ هذا الوقت كاملاً (انظر حول هذه الصّورة وحول جزئها: السّنهوري، م س، ج 2، ص 110 وما بعدها).

⁽⁹³⁷⁾ الكاساني، م س، ج 5، ص 208 و209. ويبدو أنّ الكاساني يفرّق بين المجانسة عند المناطقة ويسمّيها مجانسة في الذات والمجانسة التي تمّ الاستعمال ويسمّيها المجانسة في المعنى. ويقول في ما يخصّ الشّيئين المختلفين الذين يتجانسان ذاتاً ومعنى والذين يؤخذ واحد منهما على أنّه الآخر، إنّ المحلّ موجود والبيع جائز (صحيح) "لكنّ المشتري بالخيار لأنّه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خلافاً في الرّضا فيثبت له الخيار [...] (لكن) لو باع داراً على أنّ بناءها آجر فإذا هو لبن لا ينعقد لأنّها يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالمختلفين جنساً، وكذا لو باع ثوباً على أنّه مصبوغ بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لأنّ العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً، وكذا لو باع حنطة في جوق فإذا هو دقيق أو شرط الدقيق فإذا هو خبز لا ينعقد لأنّ الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان، وكذا الدقيق مع الخبز. ألا ترى أنّ من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حقّ الملك دلّ

294. — ولعلّ هذا العرض للغرب وللشرق يمكن من المرور إلى محاولة تقييم حكم مجلة الالتزامات والعقود:

فلقد رفضت هذه أن تدخل في صنف الباطل بقوة القانون الغلط في ذات الشيء والغلط في ذات الشخص، بهذا ابتعدت عن الغرب⁽⁹³⁸⁾. لكنّها لم تضع فيما يتعلّق بذات الشيء حلّ الشرق لأنّ هذا — إن صحّ الذي بدا لنا سابقاً⁽⁹³⁹⁾ — لا يعرف أصلاً هذه الحالة قائمة بذاتها، ومن ثمّ لا يعرف لها تصنيفاً داخل صنف الباطل أو غيره. أي أنّ المجلة أتت عن الغرب على مستوى إيجاد الحالة وخالفته على مستوى تصنيفها⁽⁹⁴⁰⁾.

فإذا مررنا إلى الغلط في طبيعة العقد، وجدنا مجلة الالتزامات والعقود مثل الغرب إذ أنّها عمدت إلى تصنيف هذه الصورة ضمن صنف الباطل مطلقاً. ويبدو أن بالإمكان — إذا تمّ تحليل هذه الحالة على أنّها لعدم التقاء الإيجاب بالقبول⁽⁹⁴¹⁾ — القول داخل الفقه الإسلامي بجزء البطلان. وهذا الصنف، كما تقدّم، لا يختلف عن الوارد للتوّ في إطار الغرب⁽⁹⁴²⁾.

أثما تصير بالطّحن شيئاً آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد" (الكاساني، م س، ج 5، ص 209).
انظر أيضاً: الزبلي، م س، ج 4، ص 52 وما بعدها؛ أبو زهرة، م س، ص 417، والذي يقول إن
المعقود عليه في الصّور التي تحدّثنا عنها أعلاه "غير موجود [...] (و) معدوم وقت العقد، فيكون العقد
قد ولد باطلاً فلا يلحقه رضا بعد ذلك".

وانظر إلى الفقرة عدد 82 وما بعدها.

⁽⁹³⁸⁾ انظر الفقرة عدد 87 والفقرة عدد 296 وما بعدها.

⁽⁹³⁹⁾ انظر الفقرة عدد 87.

⁽⁹⁴⁰⁾ لا يمكن الحكم هنا إلا على مسألة إيجاد الصّورة وهذا أمر أتينا به في الجزء الأوّل من هذا العمل.

⁽⁹⁴¹⁾ انظر الفقرة عدد 87.

⁽⁹⁴²⁾ لعدم وجود اختلاف، لا يمكن المرور لمسألة الأحكام. وبالإمكان القول إنّ الصّورة "شديدة"
ووضعت في صنف جزاء "شديد" وفي هذا اتّساق. لكن بالإمكان القول أيضاً إنّ أحكام "الصّنف
الشّديد" غير مناسبة (من يقوم بالدعوى — الإمضاء). إلا أنّ هذا أمر لا يمكن الخوض فيه هنا.

فإذا انتقلنا إلى صورة وجود السبب القريب، وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود اتّبعَت الغرب⁽⁹⁴³⁾؛ وذلك لأنّ الفقه الإسلامي، على ما بدا لنا في السّابق⁽⁹⁴⁴⁾، يتناول الأمر في مكان آخر وبالتحديد في إطار قاعدة "لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه"⁽⁹⁴⁵⁾. وما تقدّم - لو أخذناه من زاوية التّصنيف فقط - لا يمكن من القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود مجسّدة لعدم الإحكام. فهل الأمر كذلك لو غادرنا الغلط في الدّات وفي طبيعة العقد وفي وجود السبب القريب إلى الغلط في الوصف الدّاتي؟ نعلم من تحاليل سابقة أنّ بعض الغرب لم يضع الوصف الدّاتي في هذا الصّنف، لكن نعلم أيضا أنّ البعض الآخر وضعه⁽⁹⁴⁶⁾.

ونعلم من محتويات متقدّمة أنّ بعض الشّرق، وتحديدًا المالكيّة، لم يسقطه في الصّنف المماثل، لكن نعلم أنّ البعض الآخر، وتحديدًا الحنفيّة، أسقطه وجزء من غير الدّاتي وهو التّفاوت الفاحش، في هذا الصّنف المماثل.

فهل مجلّة الالتزامات والعقود لم تتّبع الرّومان و"الوران"⁽⁹⁴⁷⁾، أم لم تتّبع الأحناف⁽⁹⁴⁸⁾؟

⁽⁹⁴³⁾ إن هذا التّأكيد مرده ما سبق وأن بدا لنا من أنّه ليس تمّ حديث خاص في الفقه الإسلامي عن هذه الصّورة في إطار العمل القانوني وإنّما قد تدرج في إطار قاعدة لا عبرة بالظنّ البيّن خطؤه (انظر الفقرة عدد 87).

⁽⁹⁴⁴⁾ انظر الفقرة عدد 87.

⁽⁹⁴⁵⁾ لكي نستطيع أن نعرف هل تمّ إمكانيّة للحكم هنا يجب أن نحدّد طبيعة الجزء في الفقه (أي يجب أن نحدّد ماذا تساوي: "لا عبرة").

⁽⁹⁴⁶⁾ انظر الفقرة عدد 87 والفقرة عدد 296.

⁽⁹⁴⁷⁾ وهذا كما سبق (الفقرة عدد 87 والفقرة عدد 296 وما بعدها) يحلّل الصّورة داخل مادّة الرضا وانعدامه.

⁽⁹⁴⁸⁾ هؤلاء وكما سبق (الفقرة عدد 293) يحلّلون الصّورة داخل مادّة المحلّ وانعدامه.

ويبدو أنّه وحين نكتفي بمادّة الرضا والرّاضي (التقاء الإرادات) لا نستطيع أن نبرّر التّفارقة بين صور الغلط، فجميعها لو حللناه يجسّد عدم تطابق الإيجاب مع القبول.

- لكن لو أدخلنا المحلّ أمكن تلمّس درجات داخل هذه الصّور:
- في صورة الدّات يكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيداً (أو قريباً) عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.
- في صورة الوصف الدّاتي يكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيداً عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.
- في صورة الوصف غير الدّاتي مع تفاوت فاحش يكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيداً عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.
- في صورة الوصف غير الدّاتي مع تفاوت غير فاحش يكون المحلّ الذي انصبّ عليه الإيجاب بعيداً (أو قريباً) عن المحلّ الذي انصبّ عليه القبول.
- وإنّ مسألة القرب والبعد لعسيرة التّحديد في الواقع. وينجّر عن هذا أن توجد اختلافات على مستوى تصنيف بعض الصّور. والسؤال: إذا قيل بتصنيف للصّور على نحو يختلف عن المنطق، فهل ينبغي أن يصحّب ذلك قول بالتسوية بين الصّور على صعيد الجزاء؟ (إن أجيب بالإيجاب، فستكون للتصنيف فائدة غير فائدة ربط أصناف الصّور بأصناف الجزاء).
- وفي التّصوّر التّشريعيّ (الفصل 23 من مجلّة الالتزامات والعقود) هنالك الأركان في نظر المشرّع، وهنالك ما ليس أركاناً عنده، فإذا اتّفق عليها الأطراف صارت أركاناً بمقتضى إرادتهم. وهذا يعطي فيما يخصّ الغلط الصّور التّالية:

صورة التّقاء الإيجاب بالقبول (نعبّر عنه في الرّسم ب: ← →) على جميع المستويات:

قبول		إيجاب
الأركان عند المشرّع		الأركان عند المشرّع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	← →	موجّه إلى شخص (ماهية أولى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)	← →	انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)
انصبّ على طبيعة للاتّفاق	← →	انصبّ على طبيعة للاتّفاق
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشخص – إلخ	← →	انصبّ على شروط للاتّفاق: وصف الشّيء – وصف الشخص – إلخ

صورة عدم التّقاء الإيجاب مع القبول (نعبّر عنه في الرّسم ب: → ←) على مستوى أو أكثر:

قبول		إيجاب
الأركان عند المشرّع		الأركان عند المشرّع
قبوله شخص آخر (ماهية أولى أخرى)	← →	موجّه إلى شخص (ماهية أولى)
انصبّ على شيء آخر (ماهية أولى أخرى – ماهية ثانية أخرى)	← →	انصبّ على شيء (ماهية أولى – ماهية ثانية)
انصبّ على طبيعة أخرى	← →	انصبّ على طبيعة للاتّفاق
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف

ثم هل أتبع "أوبري" و"رو" مثلاً⁽⁹⁴⁹⁾، أم أتبع المالكية⁽⁹⁵⁰⁾؟
 فعند "أوبري" و"رو" لا يصنّف النوع ضمن صنف جزاء البطلان المطلق، وعند
 المالكية لا يدخل ضمن دائرة الجزاء المماثل وهو البطلان.
 وعند الرومان و"لوران" يدخل الجنس ضمن جزاء البطلان بقوة القانون، وعند
 الأحناف ضمن الجزاء المماثل الذي يعرفه الفقه الإسلامي.

انصبّ على شروط للاتفاق: وصف الشيء - وصف الشخص - إلخ	← →	انصبّ على شروط أخرى للاتفاق: وصف آخر للشيء - وصف آخر للشخص - إلخ
--	-----	---

صورة التقاء الإيجاب والقبول على مستوى ما هو أركان عند المشرع وعدم التقائهما على مستوى ما هو
 أركان عند الأطراف:

قبول		إيجاب
الأركان عند المشرع		الأركان عند المشرع
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 للاتفاق	→ ←	انصبّ على طبيعة للاتفاق
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط أخرى للاتفاق: وصف آخر للشيء (لبنّ مثلاً) - وصف آخر للشخص - إلخ	← →	انصبّ على شروط للاتفاق: وصف الشيء حليب مثلاً) - وصف الشخص - إلخ

صورة عدم التقاء الإيجاب والقبول على مستوى الذات، والتي - إن نظر إليها من زاوية أخرى - هي
 صورة عدم التقاء على مستوى الأوصاف:

قبول		إيجاب
الأركان عند المشرع		الأركان عند المشرع
موجّه إلى شخص (ماهية أولى)	→ ←	موجّه إلى شخص (ماهية أولى)
انصبّ على شيء (ماهية أولى أخرى: أرضٌ أخرى)	← →	انصبّ على شيء (ماهية أولى: أرضٌ)
انصبّ على طبيعة للاتفاق	→ ←	انصبّ على طبيعة للاتفاق
ما جاء أعلاه يساوي القول إن:		
الأركان عند الأطراف		الأركان عند الأطراف
انصبّ على شروط أخرى للاتفاق: وصف آخر للشيء (وقائع قرار محكمة التعقيب: مدني 11251، 22 أبريل 1985، ن، ج 1، ص 178)	← →	انصبّ على شروط للاتفاق: وصف الشيء (وقائع قرار محكمة التعقيب: مدني 11251، 22 أبريل 1985، ن، ج 1، ص 178)

⁽⁹⁴⁹⁾ انظر الفقرة عدد 87.

⁽⁹⁵⁰⁾ انظر الفقرة عدد 293.

فهل هذا الحلّ أفضل أم ذاك؟ أي هل جعل صورة الوصف الذاتي مختلفة في تصنيفها عن غيرها هو الأحسن، أم هل أنّ تسويتها بهذا الغير هو الأصح؟
 فإذا وصلنا إلى أنّ عدم تصنيف النوع داخل البطلان (بطلان الغرب المطلق أو بطلان الفقه الإسلامي) هو الأفضل⁽⁹⁵¹⁾، لم تكن المجلّة مجسّدة لعدم الإحكام.
 وكذا الأمر إذا وصلنا إلى العكس أي إلى كون تصنيف النوع داخل البطلان هو الأصح⁽⁹⁵²⁾.

وعلى كلّ، سواء تبنت مجلّة الالتزامات والعقود هذا الحلّ أو ذاك، فكلاهما ثمّ مثله في الفقه، لذا لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.
 لكن نعلم أنّ هنالك في الفقه الإسلامي من وضع الوصف الذاتي داخل صنف الفاسد، وهي نقطة يمكن البحث في إطارها عن علاقة مراتب المؤيّدات في النصوص التي نعمل عليها بفكرة الإحكام.

المبحث الثاني: مرتبة الفاسد

295. — لم تضع النصوص التي نعمل عليها مرتبة الفاسد، والحال أنّنا نعلم أنّه قيل به في بعض الفقه الإسلامي بالنسبة إلى صورة النوع. وإنّ تقييم حسن أو عدم حسن وضع هذه المرتبة في ذاتها يتجاوز نطاق هذا العمل⁽⁹⁵³⁾. لكن تقييم صلوحية

⁽⁹⁵¹⁾ بمعنى أنّ هنالك اتّساقاً بين الصّورة وتصنيفها خارج البطلان.

⁽⁹⁵²⁾ بمعنى أنّ هنالك اتّساقاً بين الصّورة وتصنيفها داخل البطلان.

⁽⁹⁵³⁾ انظر هذا التقييم عند: السنهوري، م س، ج 4، ص 126 وما بعدها، وص 146 وما بعدها، وص 271 وما بعدها. وعلينا أن نلاحظ هنا أنّ حديثاً سيأتي وستدخل فيه مسألة حسن أو عدم حسن المرتبة وإذن وبطريقة غير مباشرة حسن أو عدم حسن وضعها. لكن المقصود هو ذلك الحديث أمّا ما دخل فيه بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة فإيراده عرضي وليس مراداً في نفسه. كما علينا أن نلاحظ أنّ عملنا في هذا القسم يتمثّل أولاً في تحديد موقف مجلّة الالتزامات والعقود المتمثّل في عدم وضع الفاسد، ثمّ التّظر بعد ذلك هل أنّ عدم الوضع هذا فيه عدم إتقان، وهل فيه إفساد بالتّظر إلى ما كان

أو عدم صلوحية هذه المرتبة فيما يخص الغلط في الوصف الذاتي تدخل في دراستنا. هذا التقييم لا يمكن الإتيان به (الفقرة 2) إلا بعد عرض هذه المرتبة (الفقرة 1).

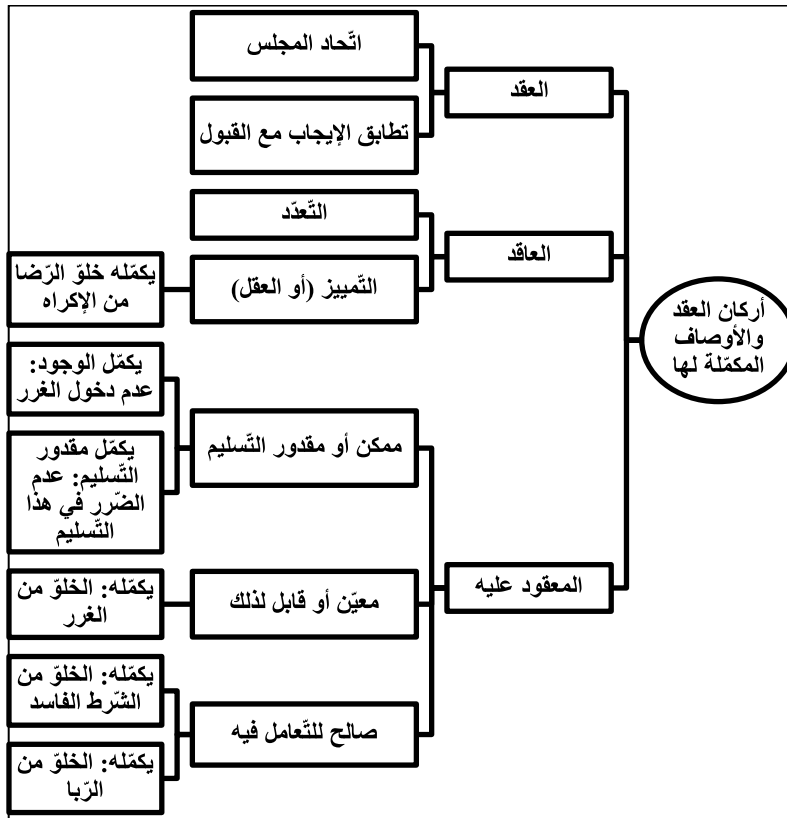
الفقرة 1. عرض مرتبة الفاسد

296. — قلنا سابقا إنّ للعقد أركاناً وأوصافاً: فأما الأركان فسبعة: وهي العقل، والتعدد، والتوافق بين الإيجاب والقبول، واتحاد مجلس العقد، ووجود المعقود عليه وإمكانه، وتعيينه أو قابلية تعيينه، وصلاحية التعامل فيه. وأما الأوصاف فتكتمل بعض الأركان: فوصف الخلو من الإكراه يكتمل ركن العقل، ووصف الخلو من الغرر يكتمل الجزء الأول من الركن الخامس، أي وجود المعقود عليه، ووصف عدم دخول الضرر في التسليم يتمم الجزء الثاني من نفس الركن أي إمكان المعقود عليه، ووصف الخلو من الغرر يكتمل ركن آخر هو التعيين وقابلية التعيين، ووصفاً الخلو من الشرط الفاسد والخلو من الربا يكتملان الركن السابع، أي ركن الصلوحية للتعامل⁽⁹⁵⁴⁾.

قائماً عند الأحناف وعند المالكية (العقد الباطل والذي فيه لا فقط المحرم بل المكروه أيضاً).

⁽⁹⁵⁴⁾ انظر الفقرة عدد 293.

297. — ولقد وجد خلاف داخل الفقه الإسلامي. فالجمهور لم يقل بمرتبة الفاسد⁽⁹⁵⁵⁾، وقال بها الأحناف. ويقوم قول هؤلاء — حسب الإمام أبي زهرة⁽⁹⁵⁶⁾ — على أصلين سنحاول إيرادهما تباعا.



⁽⁹⁵⁵⁾ لكنّ السنهوري يقول (ج 4، ص 273) إنّه "إنصافاً للمذهب المالكي، وهو أيضاً لا يميّز بين العقد الباطل والعقد الفاسد، نقول إنّه يميّز في البيع الباطل أو الفاسد بين المحرّم والمكروه. فالمحرّم إذا فات مضى بالقيمة، أمّا المكروه فإذا فات انقلب صحيحاً. وربما انقلب صحيحاً بالقبض لحقّة الكراهة فيه [...] فيكون المذهب المالكي، بعد أن خلط بين العقد الباطل والعقد الفاسد، رجع إلى هذا التمييز في صورة أخرى، تحت اسم البيع المحرّم والبيع المكروه. وهذا التمييز يسمح بالتخفّف من بعض أسباب الفساد كالغرر والشروط الفاسدة، ولعلنا لو عزلنا الرّبا — وهو محرّم — عن أسباب الفساد الأخرى وألقناه بأسباب البطلان، لخلص لنا في المذهب المالكي تمييز بين العقد المحرّم والعقد المكروه ينوب عن التمييز الذي يقول به الفقه الحنفي بين العقد الباطل والعقد الفاسد".

(أ) الأصل الأوّل لمرتبة الفاسد

298. — يقول الإمام أبو زهرة إنّ الجمهور "يرى أنّ الشّارع إذا نهي عن تصرّف شرعي، ومنع إجازته، فوجوده مع ذلك النهي غير معترف به من الشّارع أي أنّه يكون غير موجود في نظره"⁽⁹⁵⁷⁾. ويقرّر السنهوري ما سبق حول موقف الجمهور ويقول: "إنّ كلاً من العقد الباطل والعقد الفاسد منهيّ عنه شرعاً. والعقد المنهيّ عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك أو ترتيب الالتزام. وذلك أنّ إبرام العاقد لعقد منهيّ عنه عصيان لأمر الشّارع، فكيف يترتّب أثر على أمر هو في نظر الشّارع عصيان. وإذا ورد نهي عن تصرّف، فذلك لا يكون إلّا لبيان أنّ هذا التّصرّف قد خرج عن الشّرعيّة، وإذا أخرج الشّارع تصرّفاً عن الشّرعيّة فليس ذلك إلّا حكماً منه ببطالان هذا التّصرّف"⁽⁹⁵⁸⁾. 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 إلّا يعترف له بوجود وآثار فهو باطل في نظره"⁽⁹⁵⁹⁾، ولا فرق بين أن تكون المخالفة لوجوب أو لمنع همّاً ركناً أو همّاً وصفاً.

299. — أمّا الأحناف فموقفهم مختلف. ومفاده أنّ مخالفة النصّ الشرعي الذي جاء بوجوب أو بمنع يهتّمان ركناً جزأؤها البطلان. والأمر مختلف مع مخالفة النصّ الذي جاء بوجوب أو بمنع انصبّاً على وصف، فالعقاب هنا الفساد. وحجج هذا الموقف حسب الإمام أبو زهرة "أنّ وجود التّصرّف الشرعي يتمّ بوجود أركانه سالمة من

(956) أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 369 وص 370.

(957) أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 370.

(958) السنهوري، م س، ج 4، ص 137.

(959) أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 370.

الخلل، فإذا كان التّهي من الشّارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان، فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالمة، وعلى هذا يعتبر التّصرّف موجوداً بوجودها مع المنع، ولا مانع من الجمع بين التّهي والوجود، لأنّ أثر التّهي الإثم، وجواز فسخ التّصرّف، ووجوب التّخلص منه، ولذلك لا يتعارض مع وجوده، بل إنّ ذلك لا يكون إلّا مع الوجود، فالحكم بالوجود المطلق من الشّارع لا يتنافى إذن مع نهيّه بل يتلاقى معه، ولا يعترض بأنّ اعتبار الشّارع له موجوداً حكماً بمشروعيتّه، لأنّ المشروعية تقتضي إقرار الشّارع وتبنيته وإعانة العاقدين على تنفيذه، ولا أحد يقول هذا، بل إنّنا نقول إنّّه موجود وله بعض الأحكام، ولكنّ الشّارع يوجب الفسخ، ويرتّب الإثم، كما أنّ الحكم بوجوده مع التّهي عنه لا يقتضي عدم ردّه، لأنّنا نقرّر أنّ الالتزام به مردود، وهو واجب الفسخ، فلا يلزم أحد العاقدين بموجبه، ولا تترتب الأحكام فيه بذات التّصرّف، بل بأمر آخر اقترن به⁽⁹⁶⁰⁾.

على هذا، فالركن شيء ووصفه شيء آخر. والسؤال: هل مخالفة المنع أو الوجوب الذي ينصبّ على هذا تستحيل مخالفة للمنع أو الوجوب الذي همّ ذاك؟ هنا نصل إلى الأصل الثّاني الذي تقوم عليه مرتبة الفساد عند الأحناف.

(ب) الأصل الثّاني لمرتبة الفساد

300. — يقول الجمهور — اتّباعاً لموقفهم الذي أوردناه سابقاً، والذي مفاده أنّ مخالفة منع أو وجوب انصبّاً على وصف توجب البطلان — إنّ "المنع إذا ورد على

⁽⁹⁶⁰⁾ أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 370. ويضيف المؤلّف إنّ "التّوفيق بين الوجود والمنع ممكن في المعاملات فصّح فيها وجودها مقترنة بالتّهي. أمّا العبادات فلا تُقام قربات خالصة، ويقرّها الشّارع موجودة إذا وجدت فيها نيّة القرية، ولا يتصوّر وجود نيّة القرية مجتمعة مع نيّة العصيان" (الصّفحة نفسها). ويقول السنهوري (م س، ج 4، ص 150). إنّ الرّواج يلحق بالعبادات "فلا فارق بين فاسد الرّواج وباطله حتّى عند الحنفيّة. ويرجع ذلك لما في الرّواج من الحلّ والحرمة ومعنى التّقرب به إلى الله تعالى فالتحق بالعبادات".

الوصف فقد ورد على الأصل⁽⁹⁶¹⁾. وحجّتهم أنّ العقد إذا اعتبرناه موجودا مع وجود خلل في وصفه، لا يخلو عن ثلاثة حلول: فإمّا ألا ترتّب عليه أية أحكام، وإمّا أن ترتّب عليه الأحكام التي اتفق عليها العاقدان، وإمّا أن ترتّب عليه أحكام تتفق مع غرض الشّارع وتهمّل الأحكام التي ارتضاها المتعاقدان. فإذا أخذنا بالحلّ الأوّل، كان الفاسد مساويا للباطل وكان الفرق بينهما لفظيا ليس إلّا. وإذا أخذنا بالحلّ الثّاني، كان الفاسد مساويا هذه المرّة للصّحيح، وكانت النتيجة أنّ الشّارع الذي يضع مثل هذا الحلّ مناقض لنفسه لأنّه يبيح ما منعه. أمّا إذا اعتمدنا الحلّ الثّالث، فسنناقض أمرا قرّره الشّارع وهو أنّ أساس العقود الرّضا. فلو وضعنا ما أراده الشّارع بدل ما أراده العاقدان، نكون قد ألزّمناهما بما لم يرتضوه وهذا مناف لنصّين أولهما قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29] وثانيهما قول رسول الله ﷺ: "لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه"⁽⁹⁶²⁾. فإذا "كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدّي حتما إلى واحد من هذه الفروض الثلاثة التي لا تتفق مع المنطق ولا مع أغراض الشريعة ومراميها، يكون فرضه باطلا، لأنّه يؤدّي إلى باطل، ويكون الحقّ أن يلحق بالباطل، ويتساويا من كلّ الوجوه"⁽⁹⁶³⁾.

(961) أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 372.

(962) لم نفعل في ما يخص حجج الجمهور إلّا أن نقلنا وبصفة تكاد تكون حرفيّة ما قاله الإمام أبو زهرة (م س، ص 374). ولم يفعل بدوره - وكما قال - إلّا أن نقل ما جاء عند: القرافي (شهاب الدّين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمان الصّنهاجي)، الفروق. أنوار البروق في أنواع الفروق. ويليه حاشية إدراج الشّروق على أنواع الفروق. وبهامش الكتابين: تهذيب الفروق والقواعد والقواعد السنّية في الأسرار الفقهيّة، بيروت، عالم الكتب، ج 2، ص 86.

(963) أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 374.

301. — أمّا الأحناف فينبون قولهم بمرتبة الفاسد على أصل ثان مفاده أنّ "المنع إن ورد على الوصف، فالأصل له وجود شرعي إن أوجده المكلف" (964).

ويعرض مالكي لحجج الأحناف ليقول بعدها إنّ فقهم حسن، ونقصد هنا القرآني الذي قال: "احتجّ أبو حنيفة رحمه الله بأنّ التّهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية والمتضمّن للمفسدة فاسد [...] وتحريره أنّ أركان العقد أربعة عوضان وعاقدان. فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن التّهي، فقد وجدت الماهية المعترية شرعا سالمة عن التّهي. فيكون التّهي إنّما تعلق بأمر خارج عنها. ومتى انخرم واحد من الأربعة، فقد عدت الماهية لأنّ الماهية المركّبة كما تعدم لعدم كلّ أجزائها لعدم بعض أجزائها [...] ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر [...] فلو قلنا بالفساد (وحسب التّعبير الذي نحن بصدد استعماله يجب أن يقال: البطلان) مطلقاً، لسوّينا بين الماهية السّالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمّنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز. فإنّ التّسوية بين مواطن الفساد وبين السّالم عن الفساد، خلاف القواعد. فتعيّن حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف، فنقول: أصل الماهية سالم عن التّهي، والأصل في تصرّفات المسلمين وعقودهم الصّحّة حتى يرد نهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصّحّة ويثبت للوصف الذي هو الزّيادة المتضمّنة للمفسدة الوصف العارض وهو التّهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب وهو فقه حسن" (965).

(964) أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 372.

(965) القرآني، م س، ج 2، ص 83 و 84 (لاحظ كيف أنّ احترام مقتضيات الصّناعة التشريعيّة الحسنة حاضر عند هذا الفقيه، أي كيف أنّ الحكم يجب أن توجد فيه تسوية بين التّماتلات وألاً توجد فيه تسوية بين المتخالفات: "أن يُقَابَل الأَصْل بالأَصْل والوصف بالوصف".

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 الذاتي، وبالتدقيق حسن أو عدم حسن مجلّة الالتزامات والعقود حين لم تضع هذا الذي ابتدعته الحنفية بالنسبة إلى هذا الضرب من الغلط.

الفقرة 2. تقييم عدم وضع مجلّة الالتزامات والعقود لمرتبة الفاسد بالنسبة إلى الغلط في النوع

302. — رأينا سابقاً أنّ الأحناف يقرّون البطلان كجزء في صورة الغلط في النوع⁽⁹⁶⁶⁾، والسبب انعدام ركن هو المعقود عليه. لكنّ الكرخي قال بالفساد لأنّه شبّه حالة الجهل بالوصف الذاتي ببيع شيء واشتراط تسليم غيره. ولقد جاء موقف هذا الفقيه عند الزيلعي حين قال: "إذا كان المعتبر هو المسمّى عند اختلاف الجنس، يقع البيع باطلاً عند بعض المشايخ لأنّه معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز إلّا في السّلم، وقال بعضهم إنّه فاسد، وهو اختيار الكرخي لأنّه باع المسمّى وأشار إلى غيره فصار كأنّه باع شيئاً بشرط أن يسلمّ غيره وذلك فاسد، والإجارة مثل البيع لأنّها تبطل بالشرط الفاسد"⁽⁹⁶⁷⁾.

303. — وإنّ محاولة الحكم على موقف الكرخي تستدعي التّعرّض إلى أحكام العقد الفاسد⁽⁹⁶⁸⁾، وهو أمر يتجاوز العنوان الذي نحن بصدده، بل العمل الذي نحن في إطاره. لكن بالإمكان - لأنّه ينبغي الحكم على موقف مجلّة الالتزامات والعقود - تحويل الوجهة نحو أمر لا يبعدنا إلّا للحظات عن عنواننا وهو ما قاله أبو حنيفة

⁽⁹⁶⁶⁾ انظر الفقرة عدد 293.

⁽⁹⁶⁷⁾ الزيلعي، م س، ج 5، ص 53. وانظر: أبو زهرة (محمّد)، م س، ص 417.

⁽⁹⁶⁸⁾ انظرها عند: السنهوري، م س، ج 4، ص 146 وما بعدها.

وصاحباؤه عن عقد المكروه⁽⁹⁶⁹⁾: فهو فاسد، وله أحكام مثل الموقوف⁽⁹⁷⁰⁾، لكن له أيضا أحكام مثل الفاسد وخلافا للموقوف⁽⁹⁷¹⁾. هذه الأحكام جعلت السنهوري يقول إنّ الأولى عدم القول بالفساد⁽⁹⁷²⁾. وهو قول يمكن أن يُحسب من الفقه. على هذا تكون مجلة الالتزامات والعقود بعدم وضعها لمرتبة الفاسد بالنسبة إلى الجهل

⁽⁹⁶⁹⁾ انظر إلى: الكاساني، م س، ج 5، ص 262 وما بعدها. وانظر إلى: السنهوري، م س، ج 4، ص 173 وما بعدها.

⁽⁹⁷⁰⁾ أولا: البيع الفاسد لا ترد عليه الإجازة، أما بيع المكروه فنعم.

ثانيا: لكل من العاقدين فسخ العقد حتى بعد القبض ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشتري أو بتغيير المبيع. هذا في الفاسد، أما في بيع المكروه (أي في هذا الفاسد الخاص) فينقطع حق العاقد غير المكروه وهو المشتري في الفسخ بعد القبض، لأن رضاه لم يفت إذ لم يشبه إكراه، والذي فات هو رضا البائع.

ثالثا: في البيع الفاسد لغير الإكراه إذا تصرف المشتري في المبيع، انقطع حق البائع في الفسخ. أما في البيع الفاسد لوجود إكراه إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا قابلا للفسخ كالبائع، لم ينقطع حق البائع في الفسخ. فإذا ما فسخ، استرد المبيع من أي يد مهما تداولته الأيدي.

انظر إلى هذه الفروق عند: السنهوري، م س، ج 4، ص 175.

⁽⁹⁷¹⁾ "أولا: يجوز في بيع المكروه لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض. أما البيع الموقوف فلا يملك أحد فسخه إلا في حالات معينة، وإنما يملك من توقف البيع لمصلحته أن يجيزه فينفذ، فإن لم تلحقه الإجازة بطل دون فسخ.

ثانيا: في بيع المكروه إذا تصرف المشتري بعد القبض تصرفا غير قابل للفسخ، كما لو كان المبيع عبدا فأعتقه، فإن حق البائع في الفسخ ينقطع، ويرجع على المشتري بالقيمة أو المثل ولا يرجع بالثمن المستحق لفساد البيع. أما إذا كان الإعتاق قبل القبض، لم ينقطع حق البائع في الفسخ، فإن فسخ سقط البيع والإعتاق، وإن أجاز بقي البيع وسقط الإعتاق لأن استناد الإجازة هنا مقتصر. وفي البيع الموقوف لمصلحة البائع إذا تصرف المشتري ولو تصرفا غير قابل للفسخ، فإن حق البائع في عدم إجازة هذا البيع لا ينقطع. فإذا لم يجز، سقط البيع والإعتاق معا، ورجع على المشتري بالثمن المستحق، لا بالقيمة أو بالمثل كما كان يرجع في بيع المكروه على ما مر". السنهوري، م س، ج 4، ص 176.

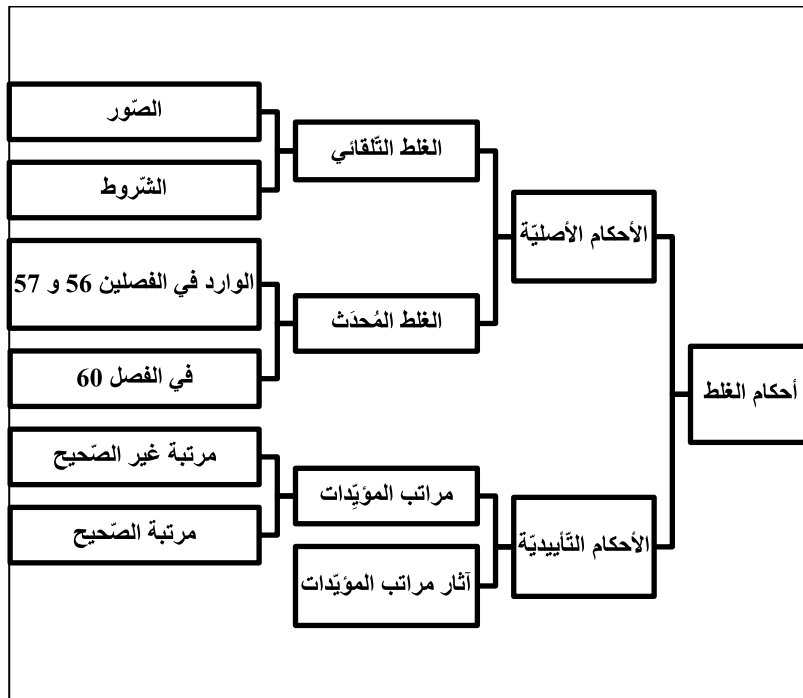
⁽⁹⁷²⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 177.

بالتنوع 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 بالنسبة إلى صورة الغلط الذي كتّا بصددها، وعموما بالنسبة إلى بقية صور الجهل.

إنّ الجواب عن هذا السّؤال هو بعدُ دخول في مرتبة الصّحيح، وهو ما سنحاول إتيانه الآن⁽⁹⁷³⁾.

(973)



الفصل الثّاني الإحكام في مرتبة الصّحيح

304. — ما قلناه بشأن مرتبة الباطل يصحّ نقله هنا⁽⁹⁷⁴⁾. فعملنا يقتضي المرور بثلاث محطّات متتالية هي: تحليل ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود وفق تمشّر محدّد، والإتيان بالقانون الغربي وبالفقه الإسلامي، ومحاولة تقييم تلك المجلّة. لكن، بسبب تبني هذه المجلّة لما جاء بالقانون الغربي وتركها للفقه، سنلحق الجزء الأوّل من المحطّة الثّانية بالمحطّة الأولى، ونلحق الجزء الثّاني من المحطّة الثّانية بالمحطّة الثّالثة. كلّ هذا سيعطي عنوانين: واحد نعرض فيه حكم مجلّة الالتزامات والعقود (المبحث الأوّل)، والثّاني نقيّم فيه هذا الحكم (المبحث الثّاني).

⁽⁹⁷⁴⁾ انظر الفقرة عدد 271.

المبحث الأول: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود

305. — هنا أيضاً، 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 صُنّف (أ) داخل صنفين (ب).

(أ) المصنّف

307. — إنّ المصنّف عامّ وخاصّ:

فأمّا العامّ فيتعلّق بالشّيء وبالشّخص وبالسبب القريب. ثمّ إنّّه، وداخل الشّيء، نجد الدّات والدّاتيّات وغير الدّاتيّات؛ أمّا داخل الشّخص فنجد الدّات والوصف؛ أخيراً، وبالنسبة إلى السبب القريب، نجد وصفه.

وإنّ هذا التّصنيف يهّم الغلط التلقائي والمحدّث. بعبارة أخرى جاء الفصل 45 بالنسبة إلى الغلط التلقائي في ذات الشّيء أو في نوعه أو في وصفه، وجاء الفصل 46 بالنسبة إلى الغلط التلقائي في ذات الشّخص أو في وصفه، وعمدوا كلّهم إلى التّصنيف نفسه (القياس أو نيّة المشرّع يوصلان إلى نفس التّيجة بالنسبة إلى الغلط في وصف السبب القريب). أمّا بالنسبة إلى الغلط المحدّث فالتّصنيف جاء على يد نصّين هما 56 و60. ففي الأوّل نجد التّغير الذي يحدث غلطاً في ذات الشّيء أو في وصفه الدّاتيّ أو غير الدّاتيّ، كما نجد التّغير الذي ينجّر عنه غلط في ذات الشّخص أو في وصفه، وكذلك التّغير الذي ينتج غلطاً في وصف السبب القريب أو في

السبب البعيد الذي ليس شيئاً ولا شخصاً (إلخ)⁽⁹⁷⁵⁾. أمّا في الثاني، أي في الفصل 60، فنجد التّغيير الذي يحدث غلطاً يحدث بدوره غبنا يتجاوز التّلت⁽⁹⁷⁶⁾. فإذا مررنا إلى المصنّف الخاصّ، وجدنا الشّيء حين نُظّم الغلط فيه مرّة ثانية تحت اسم آخر غير الغلط⁽⁹⁷⁷⁾. فهذا الغلط خضع بدوره لتصنيف، لكن داخل صنف مختلف عن ذلك الذي خضع له الشّيء وغيره. هذا ما يبرّر الحديث عن صنفين.

(ب) الصنّفان

308. — إنّ هذين الصنفين يهتمان الغلط المنظّم مرّة ثانية من جهة، والغلط التلقائي والمحدث الذين نجدهما بالفصول 45 و46 و56 و60 من جهة أخرى:

(1) الصنّف الخاصّ بالغلط المنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات

والعقود

309. — إذا بدأنا من حيث انتهينا منذ قليل، أي من الغلط المنظّم مرّة ثانية تحت اسم آخر غير الغلط، وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود قد وضعت في صنف أسمته الفسخ في الصياغة العربيّة والفرنسيّة⁽⁹⁷⁸⁾.

310. — وإنّ التّمثلي المعتمد في هذا العمل يقتضي إحضار المعنى اللغوي، ثمّ البحث بعد ذلك عن نيّة المشرّع:

⁽⁹⁷⁵⁾ انظر الفقرة عدد 227 وما بعدها.

⁽⁹⁷⁶⁾ انظر الفقرة عدد 254 وما بعدها.

⁽⁹⁷⁷⁾ انظر الفقرة عدد 88 وما بعدها.

⁽⁹⁷⁸⁾ اللفظة المستعملة في الصياغة الفرنسيّة هي *résolution*، وقد ترجمها قاموس المنهل إلى الفسخ.

وفي اللغة الفسخ هو النقض⁽⁹⁷⁹⁾، والحل⁽⁹⁸⁰⁾. وكما يُلاحظ نحن أمام معنى وحيد. وينبغي البحث عن نية صاحب اللفظة لكي نأخذ بهذا المعنى بصفة نهائية، أو لكي نغادره بصفة نهائية.

لكن ينبغي قبل هذا أن نشير إلى رجحان احتمالين: فإما أن نجد المشرع قد نوى في الفصل 647 وما بعده الأخذ بجزء خيار الوصف وخيار العيب كما يعرفه الفقه الإسلامي، وعندها يكون قد وضع الغلط في الوصف غير الذاتي في صنفين: واحد غربي وهو الذي نجده بالفصل 45 وآخر شرقي. وإما أن نجد المشرع قد قصد الأخذ بالمؤيد الموجود بالمجلة المدنية الفرنسية التي - وبعد أن وضعت الفصل 1110 - تأثرت بـ: "بوتبي" (الذي يلحق الضمان بالالتزام بالتسليم) ووضعت أحكام العيوب بعد أحكام التسليم⁽⁹⁸¹⁾، أي في إطار مرحلة التنفيذ⁽⁹⁸²⁾. فإذا تحقق هذا الاحتمال الثاني، يكون المشرع التونسي قد وضع الغلط في الوصف غير الذاتي في صنفين، لكن هذه المرة غربيين: والمقصود البطلان النسبي من جهة، وحل العقد الصحيح بصفة رجعية بسبب عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته من جهة أخرى⁽⁹⁸³⁾.

ولقد قلنا سابقا إن نية واضع الفصل 647 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود قد اتجهت نحو الأخذ من فرنسا⁽⁹⁸⁴⁾. وهذا يرجح كون لفظة الفسخ الواردة بالفصل

(979) جاء في المعجم العربي الحديث: فسخ، فسحا الشيء: فوّقه. - المفصل: أزاله عن موضعه. - العقد: نقضه. - رأي فلان: أفسده".

(980) انظر معجم اللغة الفرنسية "روبار الصغير" 1 "حيث تجد: "Résolution [...] dissolution, désagrégation [...] action de résoudre".

(981) "بوتبي"، البيع، عدد 202، حسب "فيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(982) "لوران"، م س، ط 3، ج 24، عدد 277، حسب "فيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(983) "فيستان"، م س (مفهوم الغلط)، عدد 275.

(984) انظر الفقرة عدد 102 وما بعدها.

655 لا تدخل في منظومة المؤيّدات التي وضعها الفقه الإسلامي، بل في تلك التي نجدها في القانون الفرنسي. ومعلوم أنّ هذه اللفظة في هذه المنظومة معنيين: أوّلهما عامّ وهو إعدام عمل قانوني، وثانيهما خاصّ وهو حلّ رجعي مبدئيًا لعقد ملزم لجانبيين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشيء⁽⁹⁸⁵⁾. ويبدو أنّ مجلّة الالتزامات والعقود قد أرادت من لفظتها هذا المعنى لا ذاك. والحجّة هي موقع هذه الفصول مباشرة بعد أحكام التسليم، هذا الموقع الذي اتّبعته فيه المجلّة المدنيّة الفرنسيّة التي اتّبعته بدورها "بوتيني"⁽⁹⁸⁶⁾.

(985) "كورنو" (جيرار) (تحت إدارة)، معجم "المصطلح القانوني"، باريس، المنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، ط 2، 1990.

CORNU (Gérard) (sous la direction de), Vocabulaire juridique, Paris, P.U.F., 2^e éd, 1990.

(986) 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 بالتّيّة المباشرة ما يمكننا من القول بالموقف الوارد بالمتن، ولكن هذا الموقف أرجح بسبب حجّة موقع النصوص وحجّة أخذ التنظيم مرّة ثانية من الفرنسيين. لكنّ احتمال الأخذ من الفقه وإن كان مرجوحا فهذا لا يعني أن لا يوجد بتاتا والسبب أنّ الفصل 766 من المشروع المراجع أشار إلى مراجع إسلاميّة. لكن بدا لنا أنّ هذه الإشارة همّت مسألة تدخل 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 الصياغة الفرنسيّة لهذا النصّ 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 المشروع المراجع (يقابله الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود).

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 الذاتي⁽⁹⁸⁷⁾) في صنف الجزاء المتحدّث عنه للتوّ. لكنّ الغلط في وصف غير ذاتي وغيره من صور الفصل 45 والفصل 46 (وأیضا صورة وصف السبب القريب) وكذلك تغيير الفصل 56 والفصل 60 قد وضعتهم المجلّة في صنف آخر.

(2) الصّنف الخاصّ بالغلط التلقائي والمحدّث المنظم بالفصول

45 و 46 و 56 و 60 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 الصياغة الفرنسيّة فنجد بالفصول 45 و 56 و 60 نفس العبارة (rescision) وبالفصل 46 عبارة ثانية (résolution)، وقبل كلّ هؤلاء نجد بالفصل 43 عبارة مختلفة هي (annulable). والسؤال دوما حين تكثر الألفاظ، هل أريد تكثير المعنى؟

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 الصياغة

⁽⁹⁸⁷⁾ انظر الفقرة عدد 102. ولأنّ الفصل 647 وما بعده للوصف غير الذاتي لم نتحدّث في الفصل السابق عن صنفين، لأنّ الذي ورد بذلك الفصل هو الغلط في الوصف الذاتي، وهذا لا يسقط — أو على الأقلّ لم يرد المشترع أن يسقط (لأنّنا رأينا أنّ الأمر يختلف بحسب اختلاف زاوية النظر) — في عنوان "ضمان عيوب المبيع".

الفرنسيّة من جهة، وعن لفظة فسخ وما يقابلها في نفس الصّيغة الفرنسيّة من جهة أخرى:

◀ الفصل 16 (باطل / n'ont aucun effet)، الفصل 43 (يقبل الإبطال / nullité)، الفصل 64 (بيطل / nulle)، الفصل 66 (باطل مطلقاً / 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 / résolution – résilier)، الفصل 655 (فسخ / résolution)، الفصل 701 (فسخه / s'en départir)، إلخ⁽⁹⁸⁸⁾.

313. — وما يلاحظ في هذا النموذج أنّ الكلمة العربيّة "باطل" قد استعملت، ضمن ما استعملت 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⁽⁹⁸⁹⁾.

314. — وقد يقال بعدم التضييق على صاحب النص، وبأن على القارئ الاهتمام بالمعنى لكي لا يتحير أمام تكثر اللفظ. وقد يقال بالمضايقة على صاحب النص، لكي يسهّل على القارئ مهمته خاصّة إذا كان هذا النص ذا طبيعة قانونيّة. وعلى كلّ فنحن أمام واقع هو كثرة الألفاظ في مجلّة الالتزامات والعقود، والمطلوب منّا — نظراً للتمشي الذي يحكم هذا العمل، وسواء كنّا أمام عدّة كلمات أو أمام واحدة — البحث في نية المشرّع، وذلك بالنسبة إلى التّصوص التي تمثّل موضوع دراستنا. ويمكن القول بمجرد إلقاء نظرة على الفصلين 43 و45 مثلاً في صياغتهما العربيّة إنّ لفظي "قابل للإبطال" و"فسخ" مترادفتان.

⁽⁹⁸⁸⁾ إنّ الذي قدّمناه أنموذج ليس إلّا، ثمّ إنّّه كان بالإمكان الانطلاق من اللفظة الموجودة في الصياغة الفرنسيّة لنجد كلمات أخرى عربيّة غير الفسخ والإبطال (مثلاً: 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.

⁽⁹⁸⁹⁾ سنجد لاحقاً ما يبرز استعمال المشرّع التونسي لعبارة الفسخ (جاء بما من الفقه) كترجمة للبطلان التّسبي. وسنجد أنّ خيار العيب وبعد القبض يلزم فيه حكم العقد، ومن ثمّ وللتخلّص من العقد ينبغي فسخه بالتّقاضي (أو بالتّراضي). بل إنّنا سنجد زيادة على هذا الشّبه بين الخيار والبطلان التّسبي، شهما بين ما سبق والشّروط الفاسخ.

كما يمكن القول - وفق نفس الطريقة، ومن خلال الصياغة الفرنسية للفصلين 45 و46 من جهة وللـفصل 49 من جهة أخرى، وباعتبار أنّ هذا تضمّن أولئك - إنّ الكلمة الفرنسية rescision استعملها المشرّع مرادفة للكلمة الفرنسية résolution. وإذا أضفنا إلى نظرة العين، نظرة في معنى كلمة résolution وهو عامّ ويفيد كلّ ضرب من ضروب حلّ العقد⁽⁹⁹⁰⁾ وخاصّ ويفيد حلّ عقد صحيح ملزم لجانبين بسبب عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته⁽⁹⁹¹⁾، قلنا إنّنا وفي الفصول 45 و46 و49 لسنا أمام لفظتين مترادفتين بل أمام لفظة عامّة هي résolution وأمام لفظة تجسّد أحد المعاني الداخلة في ذلك العامّ وهي لفظة rescision. فإذا قيل ما سبق، تكون الكلمتان العربيّتين "القابل للإبطال" و"الفسخ" مترادفة. وكذلك الأمر بالنسبة إلى اللفظتين الفرنسيّتين annulable و rescision. ثمّ إنّ الكلمة الفرنسية résolution تؤدّي في أحد معانيها نفس ما تؤدّيه الألفاظ السّابقة⁽⁹⁹²⁾.

315. - والسؤال الآن هل أنّ الألفاظ السّابقة تفيد البطلان التّسي؟

ينبغي، كي نصل إلى الجواب، أن نبحت عمّا أراده المشرّع في الفصل 330. وينبغي أن نبدأ من المشروع. ومن ينظر في هذا يجده خاليا من عنوان يهّم البطلان بقوة

⁽⁹⁹⁰⁾ انظر إلى معجم "المصطلح القانوني"، (م س). وانظر أيضا إلى أحد الذين استعملهم المشروع المراجع وهو يورد الكلمة في هذا المعنى العامّ: "توليي"، م س، ج 3، عدد 91 وما بعده (ويطلقها حتّى على البطلان بقوة القانون).

⁽⁹⁹¹⁾ انظر إلى معجم "المصطلح القانوني" (م س). وانظر إلى: "توليي"، م س، ج 7، عدد 539.

⁽⁹⁹²⁾ هنالك لفظة أخرى مرادفة لما سبق وهي الردّ restitution. وقد يقال إنّ الردّ نتيجة للمؤيّد وليس المؤيّد نفسه. لكن من يرجع إلى "توليي"، يجده يتحدّث عن عيوب الرضا ويقول إنّها موجبة ل: rescision و ل: restitution، كما يقول إنّ هاتين الكلمتين جاءتا من عند الرومان: "توليي"، م س، ج 7، عدد 521 و522. انظر أيضا إلى: "لوران"، م س، ج 18، عدد 528.

القانون. لكن فيه نصوص تساوي تقريبا الفصل 330 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود، وجاءت تحت عنوان هو دعوى البطلان أو الفسخ⁽⁹⁹³⁾، وهو نفس العنوان الذي نجده فوق النص الإيطالي والنص الفرنسي المشار إليهما في الحاشية والذين يهتمان عيوب الرضا والأهلية.

ثمّ إنّه بعد ذلك روجع المشروع، وجمعت نصوص البطلان بقوة القانون مع بعضها البعض وقُرّبت من النصوص التي كانت موجودة بالمشروع. وهذا ما جعل المراجعين يدخلون تحويرات على صعيد العناوين: فجاؤوا بعنوان كبير هو البطلان والفسخ⁽⁹⁹⁴⁾. ويلاحظ أنّ هذا العنوان مختلف عن الذي كان موجودا بالمشروع. فقد اختفت منه لفظة الدّعوى وعوّض فيه حرف "أو"⁽⁹⁹⁵⁾ بحرف "الواو"⁽⁹⁹⁶⁾. والسبب أنّه صار عنواناً لمادتين: أولاهما جديدة (بمعنى أنّها لم تكن ذات عنوان مستقلّ بها في المشروع)، وهي البطلان بقوة القانون، وقد أعطيت عنوانا هو البطلان⁽⁹⁹⁷⁾؛ وثانيتهما قديمة (بمعنى أنّها كانت ذات عنوان مستقلّ بها في المشروع، وهو عنوان دعوى البطلان أو الفسخ). لكنّ هذه المادة القديمة أعطيت عنوانا جديدا هو الفسخ⁽⁹⁹⁸⁾. وهكذا اختفى من عنوان المادة القديمة لفظ البطلان الذي كان يصاحب لفظ الفسخ، لأنّ لفظ البطلان صار عنوان المادة التي أسميناها من قبل جديدة. هذه المادة الجديدة قلنا سابقا إنّ المشرّع أراد بها البطلان المطلق⁽⁹⁹⁹⁾.

De l'action en nullité ou en rescision⁽⁹⁹³⁾

de la nullité et de la rescision de l'obligation.⁽⁹⁹⁴⁾

Ou⁽⁹⁹⁵⁾. انظر إلى معناه بمعجم "روبار الصّغير 1" والمتمثّل في التعادل بين أشكال تفيد الشيء نفسه:

"Equivalence de formes désignant une même chose".

Et⁽⁹⁹⁶⁾. انظر إلى معناه المتمثّل في مطلق الجمع وذلك بمعجم "روبار الصّغير 1".

De la nullité des obligations.⁽⁹⁹⁷⁾

De la rescision des obligations.⁽⁹⁹⁸⁾

انظر الفقرة عدد 286.⁽⁹⁹⁹⁾

والسؤال ماذا أراد بالمادة القديمة وجودا الجديدة عنوانا؟ إن الباحث في المراجع المشار إليها بحاشية أول نصّ جاء تحت هذا العنوان وهو الفصل 377 يجد إشارة إلى "لوران" في مكان يحدثنا فيه عن الفصل 1304 من المجلة المدنية الفرنسية⁽¹⁰⁰⁰⁾. وكان "لوران" قد أسمى وفي مكان آخر ما جاء بهذا النصّ بطلانا نسبيا⁽¹⁰⁰¹⁾. وعلى هذا يمكن القول إنّ نية صاحب الفصل 330 من مجلة الالتزامات والعقود قد ذهبت نحو وضع هذا الجزاء أو المؤيّد.

316. — ومن ينظر إلى هذا الفصل 330، يجده يشير إلى الفصل 43. هذا يعني أنّ الغلط التلقائي الذي نحن بصدده — والمقصود ذات الشيء، والذاتيات، وغير الذاتيات، وذات الشخص، ووصفه — موجب للبطلان النسبي (بالنسبة إلى وصف السبب القريب هو موجب للبطلان النسبي بمقتضى القياس أو نية المشرّع). كذلك الأمر بالنسبة إلى الغلط المحدث. فصورة الفصل 56 تدخل ضمن الفصل 43 أمّا صورة الفصل 60 فأشير إليها صراحة بالفصل 330. وينبغي أن نلاحظ أن تمّ اختلافا بين الصياغة العربية والصياغة الفرنسية للفصل 330. ففي هذه تمّ حالتان يكون فيها العقد باطلا: أولاها صور الفصول التي تمّ تعدادها، وثانيتها "في الصور الأخرى التي حدّدها القانون"⁽¹⁰⁰²⁾. هذه الحالة الثانية غير موجودة بالصياغة العربية. وقد يقال إنّ تخصيصها لا يفيد الاختصاص ومن ثمّ تدخل صور أخرى بهذه الصياغة العربية ومنها صورة الفصل 59 وغيرها. وقد يمكن تدعيم

(1000) "لوران"، م س، ج 19، عدد 27.

(1001) "لوران"، م س، ج 15، عدد 458. ويمكن أن نأخذ كحجّة أخرى إشارة الحاشية التحتية للفصل 372 إلى "أوبري" و"رو" (م س، ج 4، عدد 334)، وهذان أسما صورة عيوب الرضا وغيرها بصورة بطلان نسبي.

(1002) والعبارة للفصل 330 في صياغته الفرنسية: "[...] et dans les autres cas déterminés par

هذا القول من طريق آخر هو نيّة المشرّع المعبر عنها مباشرة. فلقد جاء بالفصل 377 من المشروع المراجع حديث عن الصّورة الثّانية، ويمكن القول إنّها أريدت لكنّها سقطت في عمليّة التّرجمة، والدّليل أنّ الصّيغة الفرنسيّة للفصل 330 قد حوتها. فلو أريد تركها عن عمد، لجاء ذلك أيضا في هذه الصّيغة الفرنسيّة للفصل 330. هذه الحجّة، مع سابقتها، تتضافران للوصول إلى كون المشرّع أراد حالتين في الفصل 330 (التّحليل الوارد للتّوّ ينطبق على الفصل 60. فالصيغة العربيّة لم تحوّه، أمّا الصّيغة الفرنسيّة فتضمّنته). والسؤال لمّ الحالتان والحال أنّ المشروع ومثله الفصل 1304 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة لم تردّ بهما الحالة الأولى؟ جواب هذا السؤال، كجواب أسئلة أخرى سبقت، ينبغي البحث عنه في ... فرنسا... في القرن التّاسع عشر. وفعلاً يستخلص من الأعمال التّحضيريّة للمجلّة المدنيّة الفرنسيّة أنّ محكمة التّعقيب اقترحت وضع نصّ فيه ذكر للقاصر، وللغلط، وللتغريب، وللإكراه، إلخ. وتبيّن مجلس الدّولة هذا النصّ الذي أخذ الرّقم 1304، لكنّه محا منه تعداد الحالات لأنّه وجده غير ضروري أو خطيرا إذ يُتمثل أن يؤخذ هذا التّعداد على أنّه للحصر. ويبدو أنّ المشروع التّونسي قد وُضع على أساس ما رآه مجلس الدّولة الفرنسي فلم يجيى به تعداد. أمّا المشروع المراجع (ومن بعده مجلّة الالتزامات والعقود) فيبدو أنّه - وإن قال بما جاء به مجلس الدّولة حين تكلم عن حالات حدّدها القانون - فإنّه لم يشأ أن يترك رأي محكمة التّعقيب فجاء أيضا بالتّعداد. بعبارة أخرى: عمد المشروع المراجع (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 فرنسيين⁽¹⁰⁰³⁾ - بالفصل 330 بصمة فرنسي أوّل على مستوى إيراد القائمة، وبصمة فرنسي ثان على مستوى إيراد ما يحول

(1003) انظر الفقرة عدد 285.

دون أخذ القائمة على أنّها للحصر⁽¹⁰⁰⁴⁾. لكنّ الفرق بين ما وجدناه سابقا على مستوى الفصل 325 وما نجده الآن على مستوى الفصل 330 أنّ البصمة الموجودة في الفصل 325 هي لفقهاء، أمّا هنا في الفصل 330 فالبصمة لمحكمة التعقيب الفرنسيّة وللمجلس الدّولة الفرنسي.

317. — ممّا سبق يخلص أنّ الفصل 330 يمكن أن يحوي في جزئه الثّاني الفصل 59 وغيره⁽¹⁰⁰⁵⁾، زيادة على كونه يحوي في جزئه الأوّل الغلط التلقائي في الشّيء وفي الشّخص، والغلط المحدث فيهما وفي وصف السّبب القريب وفي السّبب البعيد الذي ليس شيئا ولا شخصا، وكلّ هذا بسبب إشارة ذلك الفصل 330 إلى الفصل 43 الذي تحدّث عن الغلط وعن التّغيير.

كما يخلص ممّا سبق كون هذه الصّور أريد، من خلال إدخالها في الفصل 330، أن توضع في صنف البطلان النّسبي أو صنف الصّحّة المؤقتة⁽¹⁰⁰⁶⁾. هذا القول ينبئ بعدد بالمصدر الذي أخذت منه مجلّة الالتزامات والعقود موقفها.

(1004) انظر حول الأعمال التّحضيرية للفصل 1304 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة: "الوران"، م س، ج

15، عدد 461.

(1005) 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).

(1006) انظر الفقرة عدد 270.

الفقرة 2. عرض مصدر حكم مجلة الالتزامات والعقود

318. — لأنّ حكم مجلة الالتزامات والعقود يتمثّل في مصنّف داخل صنفين، فمصدر هذا الحكم، وهو سابق في هذا للحكم، يتمثّل بدوره في مصنّف (أ) داخل صنفين (ب).

(أ) المصنّف

319. — إنّ المصنّف هنا أيضا عامّ وخاصّ: فأما العامّ فسنستبّعه من خلال "لوران"⁽¹⁰⁰⁷⁾ الذي جاء بما حدث أثناء ولادة المجلة المدنيّة الفرنسيّة. وقد قال — وهذا أشرنا إليه سابقا — إنّ محكمة التّعقيب اقترحت نصّا فيه تصنيف للغلط التلقائي⁽¹⁰⁰⁸⁾، والمحدث، ولغيرهما. ويقول إنّ "دعوى البطلان بسبب عدم أهليّة الشّخص الملتزم، أو بسبب عدم إتيان شكليّة اشتراطت في التّفويت في أموال القصر، أو بسبب الغلط والإكراه والتّعريض، مدّتها عشر سنوات"⁽¹⁰⁰⁹⁾. ولقد تبّنى مجلس الدّولة هذا التّصنيف على صعيد الأصل لكن رفضه شكلا. بعبارة أخرى قبل مجلس الدّولة التّصنيف، لكن رفض أن يُذكر المصنّف بالاسم. ورأيه هو الذي صار فيما بعد الفصل 1304 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة. ونجد عند "لوران" حجّة على ما سبق، هي تقرير "جوبار" في فترة إعداد المجلة. فلقد بدأ "جوبار" بالتذكير بمحتوى الفصل 1108 الذي وضع أربعة شروط أساسيّة هي: الرضا والأهليّة والموضوع والسّبب. لكنّه قال إنّ هنالك شروطا أخرى لا يمنع

(1007) "لوران"، م س، ج 15، عدد 461 وما بعده.

(1008) إنّنا لا نستطيع القول بأنّ هذا أريد أو لم يرد أن يدخل فيه الغلط في وصف السّبب القريب.

(1009) "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".

غياهما العقد من أن ينشأ. في هذا الإطار يذكر "جوبار" الأهلية وعبوب الرضا (ما يهتّمنا فيما ذكره "جوبار" الغلط والتّغيير أو على الأقلّ بعض الغلط وبعض التّغيير). زيادة على ما سبق نجد عند "جوبار" ما يفيد بأنّ هذا التّصنيف الذي يضع هذه الأشياء مع بعضها البعض ليس جديدا إذ يقول: "لقد كان من المستحيل عدم الاحتفاظ بالتّفرة 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 تمّ التزام، بل علينا الاكتفاء بالتّصريح أنّ الذي أبرم الالتزام يمكنه طلب إبطاله"⁽¹⁰¹⁰⁾. فإذا محونا من قول "جوبار" ما لا يهتّمنا على الأقلّ الآن، أمكن القول إنّ التّصنيف الذي نحن بصددده لم يأت مع المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، بل هو سابق لها.

ونفس القول يصحّ في حقّ التّصنيف الخاصّ. فلقد رأينا الرّومان يوجدونه⁽¹⁰¹¹⁾، ومن بعدهم المجلّة المدنيّة الفرنسيّة تقول به إلى جانب ما وضعته في الفصل 1110⁽¹⁰¹²⁾.

وإنّ هذا التّصنيف، إلى جانب سابقه، قد أعطى هنا أيضا، بل هنا قبلا، صنفين.

(ب) الصّنفان

320. — إذا بدأنا بالصّنف الخاصّ وجدنا "فيستان" يقول إنّّه و"اتباعا لتقليد يرجع إلى [...] (الرّومان) سمح واضعوا المجلّة المدنيّة للمشتري بأن يطلب إمّا فسخ

⁽¹⁰¹⁰⁾ "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".

⁽¹⁰¹¹⁾ انظر الفقرة عدد 90.

⁽¹⁰¹²⁾ انظر الفقرة عدد 92 وما بعدها.

البيع وإما إنقاص الثمن إذا كان في المبيع عيب يجعله غير صالح للاستعمال المقصود. ثم إنه وبعد ذلك، ظهر تشريع خاص ينظم هذا الضمان في مادة بيع ومعاوضة الحيوانات الأهلية. وإن محرري المجلة المدنية، بوضعهم لأحكام الضمان بعد نصوص التسليم، اتبعوا «بوتبي» الذي يلحق الضمان بالالتزام بالتسليم. فقد كتب هذا أن من يلتزم بتسليم شيء يلتزم بتسليمه وهو مجهد، إذ لا فائدة من تسليم المشتري شيئاً لا يصلح له في أي استعمال. وهذه النظرة المشتقة من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود هي محل تأكيد من بعض المؤلفين⁽¹⁰¹³⁾. يخلص من هذا المقتطف أن الصنف يتمثل في الفسخ وتحديدًا في الحل الرجعي مبدئيًا لعقد ملزم لجانين والذي نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأن التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه⁽¹⁰¹⁴⁾.

321. — لكن هنالك في الغرب من يصنف الشكل الثاني للغلط في نفس الصنف الذي يضع فيه الشكل الأول لهذا الغلط. ونقصد هنا "دومولومب" الذي قال إن الغلط في وصف غير ذاتي وعيب الشيء أمر واحد، بل إنه تحدّث عن "غلط في مجرد

⁽¹⁰¹³⁾ "فيستان"، 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 régler 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".

⁽¹⁰¹⁴⁾ انظر إلى المعنى الخاص للكلمة الفرنسية résolution وذلك في معجم "المصطلح القانوني" (م

العيوب"، وذكر أنّ القاعدة ألاّ يوجب بطلاناً⁽¹⁰¹⁵⁾. "لكن على العكس، وكاستثناء، تصبح هذه العيوب وفي بعض الاتفاقات سبب بطلان إذا كانت، كما نقول، خفيّة (الفصل 1641 إلى 1649 [...]) [...] كخلاصة فإنّ نظريّة العيوب الخفيّة في الفصل 1641 وما بعده تتأسّس فلسفيّاً على نفس دعامة نظريّة الغلط في الماهية الواردة بالفصل 1110 باعتبار أنّها تتعلّق بالاستعمال الذي هُيئ له الشّيء. لكن تلك (أي نظريّة العيوب) توسيع لهذه (أي نظريّة الغلط في الماهية) باعتبارها (أي نظريّة العيوب) تقبل ببطلان العقد من أجل مجرّد عيوب لا تبدّل من ماهية الشّيء، والتي (أي العيوب) ليست إلاّ أوصافاً غير ذاتيّة"⁽¹⁰¹⁶⁾.

⁽¹⁰¹⁵⁾ "دومولومب"، م س، ج 24، عدد 107. ولقد بدأ هذا الفقيه قوله بأنّ الفصل 1110 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة هو للوصف الدّاتي ومن ثمّ فالوصف غير الدّاتي لا يوجب مبدئيّاً بطلاناً: "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 التّعاقّد عليه [...] وينتج عن هذا أنّ الأوصاف غير الدّاتيّة، أي مجرّد عيوب الشّيء التي لا تبدّله ولا تمنع من أن تكون له «الشخصيّة» نفسها والاسم نفسه لا تمثّل غلطا يمكن أن يبطل العقد [...] فالغلط إذن في مجرّد العيوب، حتّى وإن كانت خفيّة، ليس سبباً 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".

⁽¹⁰¹⁶⁾ "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, réhibitoires (art 1641 à 1649 [...]) [...] En résumé donc, la théorie des vices réhibitoires, 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".

والمتتبع لنصّ "دومولومب" سيقول إنّ جزء الشّكل الثّاني (العيوب) هو نفسه جزء 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 وعمّ، بل ثمّ صنف واحد هو الذي أسميناه العامّ.

322. — لكن ما هذا الصّنف العامّ؟ الجواب: البطلان النّسبي. وهو جزء يمحس عند البعض الغبن أيضاً⁽¹⁰¹⁷⁾، أمّا عند البعض الآخر فلا⁽¹⁰¹⁸⁾.

323. — و"البطلان النّسبي" هو "ابن" ل: "قابليّة البطلان" الرّومانيّة⁽¹⁰¹⁹⁾. ولقد رأينا سابقاً أنّه وفي روما ثمّ قانونان: القانون المدني وفيه نجد البطلان أو الانعدام لو خلا العقد عن ركن أساسي⁽¹⁰²⁰⁾، والقانون المنسوب إلى الحاكم الشّرعي الرّوماني. هذا القانون، وهو الذي يعيننا هنا، أوجد إجراءً لحماية بعض الأشخاص من عقود يعتبرها القانون المدني صحيحة. ويسمّى هذا الإجراء "الرّدّ بالكامل"⁽¹⁰²¹⁾، ويهمّ حالات عيوب الرضا والقاصريّة (25 سنة).

⁽¹⁰¹⁷⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 450 وما بعده حيث لا نجد إلّا قسمين وفي هذا الموقف تكون الكلمتان الفرنسيّتان (nullité relative) و (rescision) مترادفتين.

⁽¹⁰¹⁸⁾ "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، عدد 335. وفي هذا الموقف تكون الكلمتان الفرنسيّتان غير مترادفتين، وتكون كلمة (rescision) خاصّة بالغبن.

⁽¹⁰¹⁹⁾ قارن مع: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 77.

⁽¹⁰²⁰⁾ انظر الفقرة عدد 290.

⁽¹⁰²¹⁾ Restitutio in integrum – restitution en entier

انظر إلى "فودمي"، م س، ص 143.

وهنا لا يصرح الحاكم ببطلان العقد لأنّ هذا مخالف للقانون المدني، بل يسمح للشخص بأن يمثل أمامه. ثمّ، وبعد فحص قضيتّه، وإن رأى أن تقبل، يقرّر - لا بمقتضى سلطته القضائية بل بمقتضى سلطة الأمر التي يملكها - الرّد لفائدة ذلك الشخص، أي يقرّر اعتبار العقد غير ذي أثر ضده⁽¹⁰²²⁾. فهنا، وكما نرى، العقد صحيح، لكنّه يعدم وبصفة رجعية.

324. - هذه "التنوية" في القانون الروماني وُجد مثلها في القانون الفرنسي القديم. وفعلاً عرف القانون الفرنسي القديم تقسيمين متداخلين ببعضهما⁽¹⁰²³⁾. فأما الأوّل فمعياره مصدر القاعدة التي يتأسّس عليها البطلان. في هذا القسم نجد فرعين:

أولهما فرع دعوى البطلان. ونجد فيه بطلان القانون المدني الروماني، والبطلان الذي قرّرتّه القوانين والأعراف الفرنسيّة. وهو بطلان يدعى بالقانوني. وثانيهما فرع دعوى الفسخ (rescision). ونجد فيه صور عقود صحيحة ووفق منظور القانون المدني الروماني ووفق منظور القوانين والأعراف الفرنسيّة، لكن كان يقرّر في روما وفي شأن هذه الصّور الرّد بالكامل. وهنا نجد على سبيل المثال التّغيير والإكراه والغلط والغبن⁽¹⁰²⁴⁾.

وأما التّقسيم الثّاني - وهو متداخل بالسّابق كما تقدّم - فمعياره الأشخاص الذين يمكنهم القيام. وهنا نجد فرعين:

⁽¹⁰²²⁾ لم نفعل هنا إلا أن جمعنا من جهة: "قودمي" (م س، ص 141 وما بعدها) ومن جهة أخرى: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" (م س، عدد 77).

⁽¹⁰²³⁾ هنا سنتبع خاصة: "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 83.

لكن سندقق أقوالهم على مستوى "دعوى البطلان" بما جاء عند: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 4 وما بعده.

⁽¹⁰²⁴⁾ "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 83.

أولهما فرع البطلان الذي يمكن أن يطالب به كلّ معنيّ. ومن هنا جاءت تسميته بالمطلق لأنّه يعمّ كلّ معنيّ. هذا الفرع يتداخل بالفرع الأوّل السّابق. ومن هنا صارت أسماء البطلان القانوني، أو البطلان بقوّة القانون، إلخ، مرادفة لاسم البطلان المطلق، أي صارت كلّها مندرجة تحت حقيقة واحدة⁽¹⁰²⁵⁾.

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⁽¹⁰²⁶⁾.

⁽¹⁰²⁵⁾ هنالك من جهة الألفاظ المترادفة وهي الأسماء المختلفة التي تطلق على مسمّى واحد ويتناوله كلّ واحد منها من حيث يتناوله الآخر (مثال: الليث والأسد)، ومن جهة أخرى الألفاظ المتباينة وهي الأسماء المختلفة التي تطلق على مسمّيات مختلفة (مثال: الليث والقلم) [بالإضافة إلى الألفاظ المتواطئة أو المطلقة والألفاظ المشتركة]. وبنّينا الغزالي إلى أننا قد نطلق أسماء مختلفة على شيء واحد باعتباريات مختلفة فيظنّ أنّ تلك الأسماء مترادفة والحال أنّها متباينة (مثال: السيف والمهند والصّارم) [المستصفي، م س، ج 1، ص 31 وما بعدها]. وهذا التّنبية من الإمام يجعلنا نقول إنّ اسم البطلان المطلق 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 بالمترادفة لأنّها وفي الغالب حين تطلق يراد منها صنف البطلان. وهذا المعنى المراد يتناوله البطلان المطلق (إلخ) من حيث يتناوله البطلان القانوني (إلخ). ملاحظة: ما قيل هنا يهّم أيضا الصّنف الآخر من البطلان وبعض أسمائه.

⁽¹⁰²⁶⁾ انظر الفقرة عدد 323. وقد يقال إنّ الاسترداد هو نتيجة الجزاء وليس عينه. لكن وفي نهاية القرن الثّاسع عشر كانت اللفظة تستعمل للتّدليل على الجزاء نفسه. قرّب ما قيل من: "توليبي"، م س، ج 7، عدد 522. وانظر إلى: "لوران"، م س، ج 18، عدد 528.

325. — ثم ورثت المجلّة المدنيّة ما سبق من مصطلحات⁽¹⁰²⁷⁾، بل وأيضا ما يرقد تحتها من أقسام. وهنا حصل — نظرا لكون المجلّة لم تكن صريحة⁽¹⁰²⁸⁾ — انقسام:

فالبعض تحدّث عن الانعدام، وعن البطلان وهذا فيه المطلق والتّسبي، وعن الفسخ (rescission)⁽¹⁰²⁹⁾.

والبعض عن الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان التّسبي⁽¹⁰³⁰⁾.

والبعض عن الانعدام، والبطلان التّسبي⁽¹⁰³¹⁾.

والبعض عن البطلان المطلق، والبطلان التّسبي⁽¹⁰³²⁾.

ويمكن أن نضيف البطلان بقوة القانون، معارضين به ما تكلم عنه الفصل 1117 من بطلان ليس بقوة القانون⁽¹⁰³³⁾.

⁽¹⁰²⁷⁾ ومن بعدها مرّت التّركة إلى مجلّة الالتزامات والعقود التي نجد فيها تلك المصطلحات (انظر الفقرة عدد 280 والفقرة عدد 315 وما بعدها).

⁽¹⁰²⁸⁾ انظر: "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 83. ولقد قال "لوران" (م س، ج 15، عدد 461) إنّ وضع المجلّة كان فرصة لوضع مبادئ دقيقة لكنّها لم تنتهز.

⁽¹⁰²⁹⁾ "أوبري" و"رو"، م س، ج 1، عدد 37 (طبعة 1897) وج 4، عدد 332 وما بعده (طبعة 1878).

⁽¹⁰³⁰⁾ ينسب "فودمي" (م س، ص 143) هذا القول لـ: "بلانيول". أمّا اليوم فنجد "كربونيني" مثلا (م س: الالتزامات، عدد 104) يقول بهذا التّقسيم التّلاثي:

ففي الانعدام يضع: غياب الرّضا (الغياب التّام — الغلط في ذات الشّيء وفي طبيعة العقد)، وغياب الموضوع، وغياب السّبب أو السّبب الخاطيء، وغياب الشّكل في العقود الرّسميّة.

وفي البطلان المطلق يضع: الموضوع غير الممكن وغير المعين وغير الجائز وغير الأخلاقي.

وفي البطلان التّسبي يضع: البطلان التّسبي في المعنى الضيّق (اختلال العقل — عيوب الرّضا — انعدام الأهليّة — الغبن) والفسخ rescission.

⁽¹⁰³¹⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 450 وما بعده.

⁽¹⁰³²⁾ انظر إلى من هاجمهم: "لوران" مثلا في: ج 15، عدد 450 وما بعده. وانظر إلى: "تيري"

و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 84.

326. — والمحصلة من كلِّ ما سبق أنّ الصّنف العامّ هو البطلان النّسبي أو غير ذلك من الأسماء التي تعبّر عن نفس المسمّى، وهو بطلان كما نرى لكن — بحسب تاريخه الرّوماني والفرنسي القديم — هو صحّة. بل إنّنا اليوم نتحدّث عن صحّة مؤقّته (1034).

أمّا الصّنف الخاصّ فإمّا أنّه غير موجود لو اتّبعتنا "دومولومب"، وإمّا أنّه قائم لو اتّبعتنا غيره. ويتمثّل هذا الصّنف في حلّ العقد من أجل عدم تنفيذ أحد الالتزامات الواردة فيه.

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.

(1033) جاءت مجلّة الالتزامات والعقود بالعكس فتكلّمت في الفصل 325 عن بطلان بقوة القانون. ويمكن للمرء أن يأخذ صور الفصل 330 ويسميها — معارضا الاسم الوارد بالفصل 325 — بطلانا بغير قوة القانون.

(1034) "فودمي"، م س، ص 143.

المبحث الثاني: تقييم حكم مجلة الالتزامات والعقود

327. — وضعت مجلة الالتزامات والعقود، بالنسبة إلى صورة، صنفين من الجزء أو المؤيّدات: واحدا خاصا بها والثاني يعمّها وغيرها. أما بقية الصور فوضعت المجلة في شأنها الجزء العام. لذا سنحاول تقييم حكم المجلة على مستوى وجود صنف عام وإلى جانبه صنف خاص (الفقرة 1)، ثم على مستوى اختيار الصنف العام (الفقرة 2).

الفقرة 1. تقييم حكم مجلة الالتزامات والعقود على مستوى وجود صنف عام وإلى جانبه صنف خاص

328. — يتعلّق الأمر هنا بصورة الوصف غير الدّائمي للشيء. فالغلط التلقائي فيه يوجب حسب الفصل 45 فسخاً (rescission حسب الصياغة الفرنسيّة)، أي بطلاناً نسبياً⁽¹⁰³⁵⁾؛ ويوجب حسب الفصل 655 فسخاً (résolution حسب الصياغة الفرنسيّة)، أي حلاً رجعيّاً مبدئياً 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 الشيء⁽¹⁰³⁶⁾.

وإنّ الأمر هو كذلك بالنسبة إلى الغلط المحدث الذي له نفس المحلّ: فهو يوجب بطلاناً نسبياً حسب الفصل 56، وفسخاً حسب الفصل 655⁽¹⁰³⁷⁾.

على هذا نحن أمام مرتبتين: "الفسخ مثل البطلان يؤدي مبدئياً إلى الإعدام الرجعي للعقد. لكن لذلك (الفسخ) أساس مختلف عن هذا (البطلان). فالبطلان يعاقب

(1035) انظر الفقرة عدد 319.

(1036) انظر الفقرة عدد 314.

(1037) تحدّث الفصل 655 عن صورة علم البائع بعيوب المبيع وهنا يكون كاتما أي معزّرا.

مخالفة حصلت وقت نشأة العقد، أما الفسخ فيتسلط على عقد تكوّن بدون مخالقات وذلك بسبب حوادث حصلت بعد النشأة: عدم تنفيذ طرف لالتزاماته (أو) تحقق حدث كان الأطراف قد جعلوه شرطاً فاسخاً للعقد⁽¹⁰³⁸⁾.

329. — وللحكم على مجلّة الالتزامات والعقود التي وضعت هاتين المرتبتين ينبغي إحضار الفقه الإسلامي. ويبدو أنّ هذا بدوره يضع درجتين: البطلان وعدم اللزوم. وفعلاً فإنّ الفقه (بعضه) يقسّم الغلط في الوصف غير الذاتي إلى قسمين: قسم التّفاوت الفاحش ويلحقه بالجنس ويجعل له البطلانَ جزاءً؛ وقسم التّفاوت غير الفاحش، وهذا جزاؤه عدم اللزوم⁽¹⁰³⁹⁾.

والمحصّلة أنّ في مجلّة الالتزامات والعقود مرتبتين، وكذلك الأمر في الفقه الإسلامي. فأما مرتبتنا المجلّة فمردّة وجودهما عدم إدراك كوننا أمام أمر واحد. وأما المراتب في الفقه الإسلامي فمردّها إرادة ردّ صورة الوصف غير الذاتي إلى قسمين بالاعتماد على معيار التّفاوت. وإنّ الحكم على مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى وجود المرتبتين يدخل ضمن الحكم على مسألة وجود تنظيم للغلط في الوصف غير الذاتي مرتّتين.

(1038) "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 تمّم الشيء

الغائب، وإنّ الرضا هنا لا يعاب لحظة النشأة (أي ليس ثمّ مخالفة لحظة النشأة): انظر الفقرة عدد 98.

(1039) انظر هذا التقسيم والإلحاق بالفقرة عدد 82. وهذا هو موقف الأحناف، أمّا المالكيّة فتقول بعدم

اللزوم في كلّ الصّور (انظر الفقرة عدد 297).

وهذا خضنا فيه سابقاً⁽¹⁰⁴⁰⁾. لكن ما ينبغي إتيانه هنا هو هل أنّ البطلان الذي قال به الفقه للتفاوت الفاحش أفضل من البطلان التّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56 ومن الفسخ الذي قال به الفصل 655؟ وهل أنّ عدم اللزوم الذي قال به الفقه للتفاوت غير الفاحش أفضل من البطلان التّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56 ومن الفسخ الذي قال به الفصل 655؟

فأمّا هذا السّؤال الثّاني فسنجيب عنه في الفقرة الموالية لأنّه يطرح أيضاً خارج دائرة الغلط التلقائي والمحدث في الوصف غير الدّاتي.

وأما 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⁽¹⁰⁴¹⁾) يهّمّ خلافاً في النّشأة⁽¹⁰⁴²⁾. كما يمكن لمن يربط الأركان بالجزاء ويبحث عن الاتّساق أن يرى البطلان الذي قال به الفقه أفضل من البطلان التّسبي الذي قال به الفصلان 45 و56⁽¹⁰⁴³⁾. وقد يرى "الفساد" الذي قال به الفقه أفضل من "البطلان" عند نفس الفقه لأنّ الأوّل تخفيف للثّاني، وصورة التّفاوت الفاحش (وكذلك صورة التّويع التي وجدنا سابقاً من يقول في شأنها بالفساد⁽¹⁰⁴⁴⁾) تستوجب التّخفيف⁽¹⁰⁴⁵⁾ (بل يمكن القول: ثمّ في الفقه ما هو أفضل

⁽¹⁰⁴⁰⁾ انظر الفقرة عدد 88 وما بعدها.

⁽¹⁰⁴¹⁾ انظرهم في الفقرة عدد 98.

⁽¹⁰⁴²⁾ نعم بالنّسبة إلى الشّيء الغائب لا يكتشف العيب إلّا 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 المتن يهّمّ النّشأة. والاتّساق يقتضي جمعه بأمثاله وفصله عن المختلفين عنه (التنفيذ).

⁽¹⁰⁴³⁾ جمع المتمثّلات (صور الخلوّ عن ركن) وفصل المتخالفات (صورة الرّكن وصور غير الرّكن).

⁽¹⁰⁴⁴⁾ انظر الفقرة عدد 306.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ يقول السنهوري إنّ فكرة العقد الفاسد تخفيف من البطلان فهي تحمي الغير وتحمي المتعاقد نفسه وتصحّح العقد بإزالة المفسد (م، س، ج، 4، ص 272 وما بعدها). لكنّ مسألة من يقوم بالدّعى

وأجدر بأن يُتبع. والمقصود اولئك القائلين بمرتبة الفساد لكن مع تخفيفها بحيث تقترب من مرتبة الصّحيح⁽¹⁰⁴⁶⁾. لكن لن نستطيع أن نتوسّع هنا. والسبب أننا وصلنا إلى آثار الجزاء وتجاوزنا عتبة مراتبه).

وما سبق يكفي للقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود - نظرا لكونها أخذت بالغرب وتركت الشرق - قد جسّدت عدم الإحكام حين وضعت في الفصل 655 مرتبة الفسخ. والسبب أننا أمام نشأة ويجب وضع مرتبة تهمّ هذا الوقت (نحن أمام مسألة نشأة، ومجلّة الالتزامات والعقود بوضعها عقابا يهّم ما بعد النشأة تكون غير متقنة، ويتركها الفقه الذي وضع عقابا يهّم النشأة تكون مفسدة. وإذا اجتمع عدم الإلتقان مع الإفساد كانت المحصّلة عدم الإحكام).

هذا الكلام لا يصحّ على مستوى وضع المجلّة مرتبة البطلان النّسي في الفصلين 45 و46 وترك مرتبة الباطل ومرتبة الفاسد الموجودتين في الفقه. فالمتبّي من المجلّة كما المتروك كلاهما يهّم النشأة. لكن هنا، إن وقع تقييم، فينبغي أن يتمّ على مستوى مختلف يستدعي إحضار أحكام مرتبتي البطلان والفساد ومقارنتها بأحكام مرتبة البطلان النّسي. وهو أمر يتجاوز العنوان الذي نحن بصدد⁽¹⁰⁴⁷⁾.

وما جاء الآن يصحّ في حقّ ما سيجيء، أي في حقّ ما أسميناه الصّنف العامّ.

وغيرها تجعل الفساد - حتى وإن كان تخفيفا - جزاء غير ملائم. إلا أنّ هذه المسألة لا يمكن الخوض فيها لأنّها تهمّ آثار الجزاء.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 274 وما بعدها

⁽¹⁰⁴⁷⁾ بل ويتجاوز في جانب هامّ منه العنوان الذي سنأتيه لأنّه وإن كان للأحكام فهو لبعضها فقط.

الفقرة 2. تقييم حكم مجلة الالتزامات والعقود على مستوى اختيار الصنف العام

330. — ينبغي هنا أن نذكر بالمصنّف وهو الغلط التلقائي والمحدّث: فأما الغلط التلقائي ففيه الذات والذاتيات وغير الذاتيات مع تفاوت فاحش وغير فاحش، وفيه الشّخص ووصف السّبب القريب. وأما الغلط المحدّث ففيه ما سبق بالإضافة إلى السّبب البعيد الذي ليس شيئاً ولا شخصاً (إلخ) وبالإضافة إلى القيمة التي تتجاوز التّلت. وإنّ الصنّف هو البطلان النسبي كما تقدّم⁽¹⁰⁴⁸⁾، وهو غربي كما سبق⁽¹⁰⁴⁹⁾، وهو صحّة مؤقتة كما سلف⁽¹⁰⁵⁰⁾. لذا سنقارنه بصنفي الصّحة الذين يمكن أن يقرباً منه والذين قال بهما الفقه الإسلامي⁽¹⁰⁵¹⁾، أي سنقارنه بالعقد غير اللازم من جهة والعقد الموقوف من جهة أخرى. هذا التّقريب سيعطي عنوانين: واحد لمرتبة الباطل نسبياً ومرتبة غير اللازم (أ)، وآخر لمرتبة الباطل نسبياً ومرتبة الموقوف (ب).

(أ) مرتبة الباطل نسبياً ومرتبة غير اللازم

331. — قد كان ينبغي أن نبدأ بمرتبة الموقوف (ونقارنها بمرتبة الباطل نسبياً)، وذلك لأنّ الفقه الإسلامي "يتدرّج من البطلان إلى الفساد، ثمّ من الفساد إلى الوقف، ثمّ من الوقف إلى النّفاذ، ثمّ من النّفاذ إلى اللزوم. فهناك للعقد في الفقه الإسلامي أقسام خمسة. وكلّ من العقد الباطل والعقد الفاسد عقد غير صحيح. وكلّ من العقد الموقوف والعقد النّافذ والعقد اللازم عقد صحيح"⁽¹⁰⁵²⁾. على هذا، ولأنّ

(1048) انظر الفقرة عدد 319.

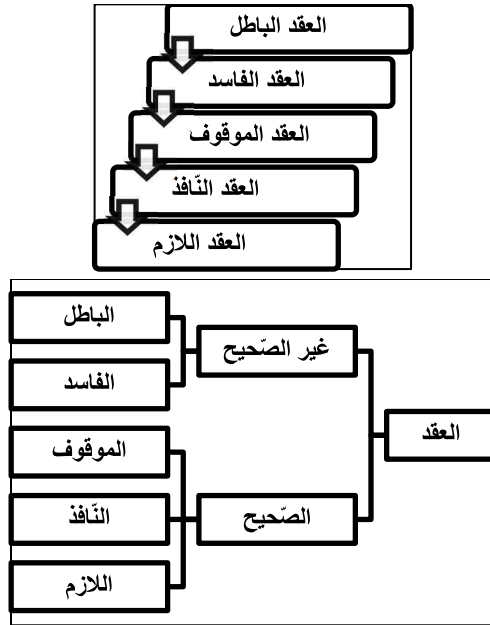
(1049) انظر الفقرة عدد 327 وما بعدها.

(1050) انظر الفقرة عدد 270.

(1051) هنالك صنف ثالث للصّحة في الفقه وهو صنف النّافذ اللازم ولكن هذا لا يعيننا هنا.

(1052) السنهوري، م س، ج 4، ص 124.

"العقد الموقوف" غير نافذ وغير لازم⁽¹⁰⁵³⁾، فهو يسبق "العقد غير اللازم" لأنّ "العقد غير اللازم" نافذ ثمّ هو - وكما يدلّ عليه اسمه - غير لازم. لكن قدّم الحديث عن "العقد غير اللازم" لأنّه يمثّل الجزء الذي يقول به أغلب الفقه الإسلامي في المادّة التي نحن بصددّها. بل يبدو أنّ بعض الفقه يقول بهذا الجزء في كلّ صور الغلط، بل في كلّ صور عيوب الإرادة⁽¹⁰⁵⁴⁾.



وانظر أيضا: أبو زهرة (محمد)، م س، ص 379 وما بعدها؛ الرزقا، م س (المدخل)، م س، ج 2، ص 701 وما بعدها.

⁽¹⁰⁵³⁾ انظر حول العقد الموقوف: فرج (عبد الرزاق حسن)، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1388 هـ / 1968 م.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ يقول السنهوري (م س، ج 4، ص 281): "ولعلّ المذهب المالكي هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربي في توحيد الجزء الذي يرتبه على عيوب الإرادة. ففيها جميعا يكون العقد غير لازم، فيه خيار للغلط أو للتدليس، أو للغبن أو للإكراه. والعقد غير اللازم هو الذي يقابل العقد القابل للإبطال لعب في الإرادة في الفقه الغربي". انظر أيضا الفقرة عدد 282.

332. — والعقد إن استوفى أركانه وأوصافه وشروط نفاذه كان غير باطل وغير فاسد (بالنسبة إلى من يقول بهذه المرتبة، أو غير باطل بالنسبة إلى من لا يقول بها)، أي كان صحيحاً، وكان غير موقوف⁽¹⁰⁵⁵⁾. والأصل أن يكون لازماً. إلا أنه من مصلحة المتعاقدين، وللتحقق من وجود رضاهم، أن يكون هذا العقد وفق الأصل غير لازم "أحياناً سواء من كلا طرفيه" (ه) أو من أحدهما فقط دون الآخر. فإذا ثبت لأحد المتعاقدين، أو لكليهما، حق الانفراد بالرجوع في العقد دون توقف ذلك على موافقة الطرف الآخر، كننا أمام عقد غير لازم حسب تسمية فقهاء الحنفية، أو عقد غير جائز حسب تسمية غير الحنفية⁽¹⁰⁵⁶⁾.

(1055) قال ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين: م س، ج 4، ص 5 و6) إن "شروط البيع أربعة أنواع: شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم. فالأول أربعة أنواع في العاقد وفي نفس العقد وفي مكانه وفي المعقود عليه فشروط العاقد اثنان [...] وشرط العقد اثنان [...] وشرط مكانه واحد [...] وشرط المعقود عليه ستة [...] فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر. قلت صوابه تسعة. وأما الثاني وهو شرائط النفاذ فائتان الملك أو الولاية وألا يكون في البيع حق لغير البائع [...] وأما الثالث فخمسة وعشرون [...] وأما الرابع وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة". انظر الفقرة عدد 293.

(1056) أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، العقد غير اللازم. دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الكويت، جامعة الكويت، 1994، ص 20. ويجعلنا المؤلف مثلاً على الخرشية، وحين نذهب إليه نجد يقول: "هل لا تلزم الوكالة لأنها من العقود الجائزة [...] وسواء وقعت بأجرة أو جعل أو لا أو إن وقعت لا على وجه هذا ولا هذا بل وقعت بغير عوض وكانت على وجه الإجارة لزم الفريقين بمجرد العقد وإن وقعت على وجه الجعالة فلا تلزم واحداً منهما قبل الشروع وكذا بعده بالنسبة إلى المجمعول له وتلزم الجاعل بالشروع وإن وقعت لا على وجه هذا ولا هذا بل وقعت بغير عوض لا تلزم الخرشية (أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي)، الخرشية على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار الفكر، ج 6، ص 86.

333. — وقد يكون عدم لزوم العقد مردّه طبيعة العقد ومقتضاه⁽¹⁰⁵⁷⁾، أو مردّه الاتفاق أو مردّه النصّ الشرعيّ⁽¹⁰⁵⁸⁾. فهذه ثلاثة أقسام: فأما الأول فلا يهمنّا⁽¹⁰⁵⁹⁾. وأما الثاني فيتحقّق "باتّفاق المتعاقدين، باشتراطهما خيار الرجوع الاتّفاقي وتراضيهما عليه صراحة أو ضمنا، وسواء تمّ التعبير عنه واشترطه مباشرة [...] أو عن طريق غير مباشر"⁽¹⁰⁶⁰⁾. وما يعيننا منه⁽¹⁰⁶¹⁾ هو خيار الوصف. وقد

⁽¹⁰⁵⁷⁾ انظر: سليمان (حوران محمّد)، نظريّة الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، سورية - لبنان - الكويت، دار التّوادر، ط 1، 1433 هـ / 2012 م، ص 185 وما بعدها.

⁽¹⁰⁵⁸⁾ يقول أبو الليل: "وعلى الرّغم من خلوّ القوانين الوضعيّة القديمة والحديثة على السّواء من تنظيم متكامل لنظريّة العقد الجائز غير اللازم بمفهومه في الفقه الإسلامي، إلّا أنّ الأحكام التي تقرّها هذه النظريّة يمكن استنباطها بسهولة من هذه القوانين. فالقوانين الوضعيّة وإن لم تعتنق ولم تنظّم نظريّة محدّدة تحت تسمية العقد غير اللازم، إلّا أنّها تعرف وتنظّم حالات معيّنة يجوز فيها لأحد المتعاقدين الرجوع في تعاقدته بإرادته المنفردة، دون توقّف على إرادة المتعاقد الآخر. وهذا هو جوهر العقد غير اللازم وفقا لمفهومه في الفقه الإسلامي. بذلك يمكننا القول إنّ نظريّة العقد غير اللازم، ومن ثمّ الرجوع في التّعاقد بحالاته وتطبيقاته المختلفة، نظام عامّ تنظّمه الشّريعة الإسلاميّة تنظيما دقيقا مفضّلا ومباشرا، وتعرفه النّظم الأخرى، وإن لم تصل إلى حدّ تنظيمه في نظريّة متكاملة مستقلّة" (م س، ص 21 و 22).

⁽¹⁰⁵⁹⁾ تتفرّع العقود غير اللازمة بطبيعتها إلى جزأين: ما يكون غير لازم للطرفين وهنا نجد مثلا الوكالة والشركة والمضاربة والوديعة والإعارة والهبة. وما يكون غير لازم لطرف ولا لآخر كالرهن بعد القبض الذي لا يلزم المرتهن ويلزم الرّاهن، وكالكفالة التي لا تلزم الدّائن وتلزم الكفيل (انظر: أبو الليل، م س، ص 24 وما بعدها).

⁽¹⁰⁶⁰⁾ أبو الليل، م س، ص 39.

⁽¹⁰⁶¹⁾ نجد هنا:

عربون الرجوع (اتّفاق المتعاقدين على خيار الرجوع في التّعاقد لأحدهما أو لكليهما، مقابل دفع مبلغ من المال وقت العقد، يفقده دافعه إذا رجع في تعاقدته، أو يستردّه ومثله إذا جاء الرجوع من الطّرف الآخر: أبو الليل، م س، ص 41)؛

وبيع الوفا vente à réméré (هو البيع "الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في استرداد المبيع خلال فترة زمنيّة

اعترضنا في السابق وقلنا وقتها إنه يتفرّع إلى ضربين: ما يشترط فيه تصريحاً اتّصافه بوصف مرغوب فيه، وما يشترط اتّصافه بوصف مرغوب عرفاً⁽¹⁰⁶²⁾. فإذا مررنا الآن

محدّدة إذا رغب في ذلك مقابل أن يرّد للمشتري الثمن ومصروفات العقد والاسترداد، وكذلك المصروفات الأخرى التي أنفقت على المبيع". (أبو الليل، م س، ص 51 و52. انظر أيضاً حول بيع الوفا: بارودي [محمد أمين]، بيع الوفاء وتطبيقاته المعاصرة، سورية - لبنان - الكويت، دار التّوادر، ط 1، 1433 هـ / 2012 م)؛

والبيع بشرط التجربة (أبو الليل، م س، ص 56)؛

والبيع بشرط المذاق (أبو الليل، م س، ص 58).

وفي الفقه الإسلامي للخيار الاتفاقي عدّة تطبيقات أهمّها:

خيار الشّروط أو خيار التّروي (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 أيضاً: إبراهيم بك [أحمد] و إبراهيم [واصل علاء الدين أحمد] الالتزامات في الشّرع الإسلامي، القاهرة، المكتبة الأزهرية للتّراث والجزيرة للنّشر والتّوزيع، ط 1، 1434 هـ / 2013 م، ص 194 وما بعدها)؛

وخيار التّقد ("يتحقّق خيار التّقد في حالة ما إذا تباع المتعاقدان على أن يؤدّي المشتري الثمن في الوقت المعين، فإن لم يؤدّه فلا بيع بينهما. والخيار هنا يثبت للمشتري لأنّه المتمكّن من إمضاء العقد وعدمه، ويشترط لصحّة خيار التّقد أن تكون مدّته معلومة، وإن كان غير مقيد بثلاثة أيام، كما في خيار الشّروط": أبو الليل، م س، ص 66)؛

وخيار التّعيين ("يشترطه [...] عادة البائع أو المشتري (و) بمقتضاه يكون له تعيين واحد من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها في ما بينها، بعد التجربة أو بعد التأمّل والتّروي، كما يخوّل خيار التّعيين لصاحبه رفض الأشياء جميعها ولا يلزمه أخذ شيء منها، أي يثبت له خيار نقض العقد والرّجوع فيه بإرادته المنفردة، لذلك فخيار التّعيين يجعل العقد الذي يلحق به عقداً غير لازم": أبو الليل، م س، ص 67).

انظر أيضاً حول الخيارات: السنهوري، م س، ج 4، ص 199 وما بعدها؛ أبو زهرة، م س، ص 384 وما بعدها.

⁽¹⁰⁶²⁾ انظر الفقرة عدد 100. ومثال الضرب الأوّل شراء ياقوت على أنّ له لونا فإذا به ذا لون آخر، ومثال الثّاني شراء بقرة غير حلوب والحال أنّ المتعارف عليه شراء تلك البقرة لكونها حلوباً.

إلى القسم الثالث من العقد غير اللازم، وهو الذي يثبت بنص تشريعي واهتمنا بما جاء في الفقه الإسلامي⁽¹⁰⁶³⁾ وبالتحديد⁽¹⁰⁶⁴⁾ بخيار الرؤية، وخاصة بخيار العيب، قلنا إنّ الخيار الأول يثبت لمن عقد على شيء معين لم يره⁽¹⁰⁶⁵⁾، وأنّه يقوم على فكرة الغلط⁽¹⁰⁶⁶⁾. أمّا الخيار الثاني، ويسمى عند الإمام مالك خيار التقيصة، فهو يمكن العاقد من "الرجوع في التعاقد بسبب اكتشافه لعيب في المعقود عليه [...] طالما لم يكن يعلم العيب وقت إبرام العقد ولم يرض به بعد اكتشافه. فتحقق العيب في المبيع بشروطه الشرعية (قديم/ مؤثر في القيمة/ عدم اشتراط البائع البراءة) يجعل العقد [...] غير لازم من جانب المشتري ومن في حكمه"⁽¹⁰⁶⁷⁾. وهذا الخيار جاء

⁽¹⁰⁶³⁾ حدّثنا أبو الليل عن خيار الرجوع أو حقّ الندم في القوانين الغربية، وكيف أنّه وجد في القانون السويسري القديم، ثمّ كيف هوجم وألغي، ثمّ كيف عاد سنة 1956 في البيع بالتقسيط وفي بعض البيوع الائتمانية، وكيف وجد في اللكسمبورغ سنة 1961 في مادّة البيع بالتقسيط، وفي النمسا سنة 1961 في مادّة البيع الائتماني إذا تمّ التعاقد خارج محالّ وأماكن البائع، أي لدى المشتري *vente à domicile*، وفي إنجلترا سنة 1964، وأستراليا سنة 1967، وألمانيا سنة 1969، والولايات المتّحدة الأمريكية سنة 1969، وبلجيكا سنة 1957، والكيبيك سنة 1971، والسويد سنة 1971، والترويج سنة 1972، وفرنسا سنة 1972 (أبو الليل، م س، ص 70 إلى ص 90).

⁽¹⁰⁶⁴⁾ أقصينا خيار المجلس. بل إنّ السنهوري يقول إنّ خيار المجلس وخيار القبول لا يتعلّقان بلزوم العقد بل بانعقاده (السنهوري، م س، ج 4، ص 198).

⁽¹⁰⁶⁵⁾ انظر الفقرة عدد 182 وما بعدها. انظر أيضا: أبو الليل، م س، ص 102 وما بعدها.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ انظر الفقرة عدد 182 و183. وليسمح لنا هنا بأن نعيد مقتنفا من هنالك لأنّ فيه فكرة الندم (انظر الفقرة عدد 182) وهو من كلام الكاساني (م س، ج 5، ص 292، عن: السنهوري، م س، ج 2، ص 123 و124 وعن أبي الليل، م س، ص 103) الذي قال: "إنّ شراء ما لم يره المشتري غير لازم [...] لأنّ جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافا فيه. واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار. ولأنّ من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظرا له".

⁽¹⁰⁶⁷⁾ أبو الليل، م س، ص 104. انظر الفقرة عدد 101.

بنصّ الشّرع⁽¹⁰⁶⁸⁾. لكنّ البعض تحدّث عن الدّلالة⁽¹⁰⁶⁹⁾. وهذا يؤدّي إلى ذوبان الفرق بينه وبين خيار الوصف خاصّة حين يكون هذا غير صريح بدوره. وعلى كلّ فهذا كذاك يقوم على مسألة الرّضا وعلى فكرة الغلط⁽¹⁰⁷⁰⁾.

334. — على هذا، فالعقد في خيار الرّؤية وفي خيار الوصف وفي خيار العيب نافذ غير لازم.

ونفس المادّة يحكمها في الغرب البطلان النّسي وهو "[...] بطلان مخفّف. فالعقد موجود وينتج آثاراً"⁽¹⁰⁷¹⁾، أي هو (بالعبارة المستعملة في إطار الخيارات) نافذ، لكن

⁽¹⁰⁶⁸⁾ السّنهوري، م س، ج 4، ص 246.

⁽¹⁰⁶⁹⁾ جاء عند السّنهوري: "أمّا خيار العيب، فهو إذا لم يكن في حاجة إلى شرط صريح به، إلّا أنه يثبت بالشرط دلالة إذ سلامة المبيع من العيب شرط ضمني في العقد، ولما كانت السّلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالشرط نصّاً" (م س، ج 4، ص 246) تمّ يورد لنا مقتطفاً من بدائع الكاساني يقول ما سبق نفسه.

⁽¹⁰⁷⁰⁾ السّنهوري، م س، ج 2، ص 122.

⁽¹⁰⁷¹⁾ "فودمي"، 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 بطلاناً نسبياً يمرّ [...] على مرحلتين: (المرحلة الأولى) قبل أن يتعيّن مصيره بالإجازة أو بالإبطال، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل، فينتج كل الآثار القانونيّة التي كانت تترتّب عليه لو نشأ صحيحاً. (والمرحلة الثّانية) يلقي فيها العقد أحد المصيرين:

1— فإمّا أن تلحقه الإجازة أو يتمّ في شأنه التّقادم، فيزول البطلان ويستمرّ العقد صحيحاً منشأً لجميع آثاره، فلا يعود هنالك فرق بينه وبين العقد الصّحيح.

2— وإمّا أن يتقرّر بطلانه، فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونيّة التي أنشأها ويكون لهذا كلّ أثر رجعي، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعدو في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التّقادم، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرّر بطلانه. فهو إمّا صحيح على الدّوام، وإمّا عقد باطل مطلقاً منذ البداية".

يمكن (وهذا هو الذي يهمننا هنا) لمن كان رضاه معييا أن يبطله، أي هو غير ملزم به. وهذا ما أدى بأحدهم إلى القول إنّ نظير العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي العقد القابل للإبطال في الغرب⁽¹⁰⁷²⁾.

على هذا لا يمكن المرور فيما يخصّ هذا الحكم لمجلة الالتزامات والعقود إلى مسألة الإحكام، لأنّ ما تركته وكان عندها مثل الذي استوردته⁽¹⁰⁷³⁾.

⁽¹⁰⁷²⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 266: "وعنده (أي الفقه الإسلامي) العقد غير اللازم، ونظيره في الفقه الغربي العقود غير اللازمة، ثم يأتي العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي فيما يخص الغلط".

⁽¹⁰⁷³⁾ لكنّ عدم اللزوم يربط مادّتنا بغيرها، فتركه ترك لهذا الرّبط. ومع ما سبق نجد أنّ عدم اللزوم أصلح لوصف صور الغلط (إلخ) من البطلان التّسبي. وهذا رأي الرّزقا الذي قال: "إنّ، البطلان التّسبي في الفقه الأجنبي ليس فيه من معنى البطلان شيء لا كثير ولا قليل. بل ليس لحقيقة البطلان فيه ظلّ. وكلّ ما فيه إنّما هي قابلية الإبطال annulabilité الممنوحة لأحد الطّرفين [...] فلا يجوز أن يوصف العقد هنا بالبطلان ولو نسبياً، لأنّ العقد القابل للإبطال صيانة لحقّ خاص هو عقد قائم كامل الوجود، معتبر من كلّ الوجوه، منتج لجميع أحكامه. أمّا قابلية الإبطال (وهي) حماية لأحد الطّرفين وصيانة لحقّه الخاص فإنّما تسلبه قوّته الإلزامية فقط، ولا تسمه بالبطلان قطّ. أفلا يرى أنّ قابلية الإبطال للعقد الملمزم قد تثبت لأحد الطّرفين أو لكليهما بالشرط، كما إذا اشترط أحد المتبايعين حقّ إلغاء البيع إلى مدّة معيّنة فإنّه يثبت له هذا الحقّ (خيار الشرط في الفقه الإسلامي، والشرط الفاسخ في الفقه الأجنبي) ويكون البيع قابلاً للإلغاء بإرادة المشتري دون توقّف على قضاء القاضي بالإلغاء، ومع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحاً من كلّ وجه. وليس مقبولاً في المنطق الحقوقي وصفه بأيّ لون من ألوان البطلان. ولم يعدّ الفقه الأجنبي هذه الحالة من صور البطلان التّسبي رغم قابلية الإبطال القائمة في العقد بمقتضى الشرط. فأبى فرق بين سلب القوّة الإلزامية عن العقد بمقتضى الشرط، وبين سلبها بحكم القانون لشائبة مفروضة تقديراً في رضا أحد الطّرفين، كي يفسح له المجال أن يقرّر رضاه بالعقد أو يرفضه إن شاء.

يتضح ممّا سلف أنّ البطلان، بالتعبير الصّحيح، لا يكون إلّا نوعاً واحداً هو البطلان المطلق، وأنّ الحالات التي يسمّونها البطلان التّسبي، ليست من معنى البطلان في شيء، وإنّما هي سلب للزوم العقد. فهذه الحالات بعضها، وهو الناشئ عن نقص الأهلية يعتبر في نظر فقهاءنا من قبيل التوقّف أو عدم

وينبغي أن نزيد هنا أمرا - محاولين قدر الإمكان عدم الأخذ من الآثار إلا القدر الضروري لأنها لا تدخل ضمن العنوان الذي نحن بصده - مفاده أنّ الفقه الإسلامي، على مستوى التّفاد، فرّق بين خيار الرّؤية وخيار العيب. ففي الأوّل يكون العقد منعقدا في حقّ العلة، وهي تامة فيه، وهو منعقد في حقّ الحكم، لكنّه يمنع تمام الحكم حتّى بعد القبض. أمّا في الثّاني فيكون العقد منعقدا في حقّ العلة، وهي تامة فيه، وهو منعقد في حقّ الحكم، ولا يمنع تمام الحكم بل يمنع لزوم الحكم قبل القبض. وهذه صناعة رائعة⁽¹⁰⁷⁴⁾. "ولعلّ الفقه الغربي لم يصل إلى هذا الحدّ من الدّقة والإحكام"⁽¹⁰⁷⁵⁾ خاصّة إذا جئنا بما تقدّم وإلى جانبه خيار الشّروط وخيار التّعيين والعقد الموقوف⁽¹⁰⁷⁶⁾. هذا العقد، أي العقد الموقوف، هو ما سنحاول الآن تناوله ضمن عنوان يحاول المقارنة بينه وبين العقد الباطل بطلانا نسبيا.

التّفاد، فيسمّى العقد موقوفا كما في بيع الصّبيّ المميّز [...] أمّا باقي الحالات الناشئة عن سائر عيوب الرّضا فتعتبر من قبيل سلب اللزوم عن العقود اللازمة، أي من قبيل التّخيير الثّابت في حالات عيوب الرّضا للعاقّد الذي شيب فيه رضاه. والعقد في هذه الحالات يوصف بأنّه: مسلوب اللزوم، أي قابل للإبطال بإرادة الطّرف المتضرّر الذي شيب رضاه. فيصبح هذا الطّرف مخيّرا بين الإبطال والإمضاء [...] وقد قرّر فقهاؤنا قديما في حالات سلب اللزوم جميع الأحكام التي قرّرها الفقه الأجنبي الحديث فيما يسمّيه: البطلان التّسبي. أمّا الفقه الأجنبي فقد خلط في ذلك بين عدم التّفاد وسلب اللزوم، ثمّ زجّ الحالتين في نظريّة البطلان. فأصبح التّعبير بالبطلان التّسبي 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 (المدخل)، ج 2، ص 773 و774 و775.

وإنّ هذا المقتطف - لو تبيّنا الموقف الذي جاء فيه - يجعلنا نغيّر من الرّأي الوارد أعلاه، لأنّه يجعلنا نقول بالاختلاف لا بالمثليّة بين الغرب والفقه، وعلى هذا يكون الفقه متروكا في المجلّة رغم أنّه الأفضل، وتكون المجلّة بسبب ذلك مجسّدة لعدم الإحكام.

(1074) السنهوري، م س، ج 4، ص 282.

(1075) السنهوري، م س، ج 4، ص 284.

(1076) جاء هذا الجمع بين كلّ هذه الأمور عند: السنهوري، م س، ج 4، ص 282 إلى 285. انظر

(ب) مرتبة الباطل نسبيًا ومرتبة الموقوف

335. — قلنا سابقاً⁽¹⁰⁷⁷⁾ إنّ للعقد أركاناً وأوصافاً. والأركان (وهنا نبذل قليلاً من التقسيم المتقدم لتنبئ ما جاء عند الخُرشي⁽¹⁰⁷⁸⁾ وعند الكاساني⁽¹⁰⁷⁹⁾ وعند السَّنهوري⁽¹⁰⁸⁰⁾، وذلك خدمةً للمحتوى الذي نحن بصدده) هي صيغة العقد، أو التعبير عن الإرادة (هنا نجد تطابق الإيجاب والقبول أي التراضي، ونجد اتحاد مجلس العقد) والعاقدان (هنا نجد العقل أي التمييز، والتعدد) والمعقود عليه (هنا نجد: ممكن أو مقدور التسليم، ومعين أو قابل للتعيين، وصالح للتعامل فيه). والصيغة والعاقدان والمعقود عليه عناصر انعقاد. أما الأوصاف فعناصر صحّة. وإذا اجتمعت عناصر الانعقاد والصحّة كان العقد غير باطل، وغير فاسد بالنسبة إلى من يقول بالفساد، أي كان صحيحاً⁽¹⁰⁸¹⁾. لكنّ العقد الصحيح لكي يكون نافذاً لا بدّ أن يرتبط ركنه الثاني وهو العاقد بركنه الأول وهو الصيغة أو التعبير عن الإرادة من جهة وبركنه الثالث وهو المعقود عليه من جهة ثانية. بعبارة أخرى، ومن وجه أول، يجب أن يكون للعاقد ولاية على نوع التصرف⁽¹⁰⁸²⁾، أي أن تكون إرادته⁽¹⁰⁸³⁾ كاملة. وناقص الإرادة هو الصيّب المميّز ويندرج تحته المعنوي المميّز والسفهي وذو الغفلة⁽¹⁰⁸⁴⁾. ومن وجه ثانٍ يجب أن يكون للعاقد ولاية على محلّ العقد⁽¹⁰⁸⁵⁾، أي

(1077) انظر الفقرة عدد 293.

(1078) الخُرشي، م س، ج 5، ص 5.

(1079) الكاساني، م س، ج 5، ص 199 وما بعدها.

(1080) السَّنهوري، م س، ج 4، ص 125 وما بعدها.

(1081) العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافاً إلى محلّ صالح لحكمه وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه. أبو زهرة، م س، ص 379.

(1082) السَّنهوري، م س، ج 4، ص 128.

(1083) إرادة التعبير. قارن مع: أبو زهرة، م س، ص 281 وما بعدها وص 341.

(1084) السَّنهوري، م س، ج 4، ص 178. كما يندرج تحته العبد والمكروه في قول زُفر. انظر المؤلف والمكان نفسه.

أن يكون المحلّ كاملاً. والمحلّ يكون ناقصاً في صورتين: أولاً إذا لم يكن للعاقِد حقّ ملك عليه أو لم تكن له نيابة عن المالك بولاية شرعية أو بوصاية أو بوكالة⁽¹⁰⁸⁶⁾، وهنا نجد الفضولي ومن يندرجون تحته⁽¹⁰⁸⁷⁾. وثانياً إذا لم يكن للعاقِد حقّ ملك خالص من حقوق الغير، وهنا نجد بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت⁽¹⁰⁸⁸⁾.
والعقد الصادر ممّن له ولاية يعدّ نافذاً⁽¹⁰⁸⁹⁾، ثمّ إنّه بعد ذلك قد يكون لازماً أو غير لازم⁽¹⁰⁹⁰⁾.

⁽¹⁰⁸⁵⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 128.

⁽¹⁰⁸⁶⁾ أبو زهرة، م س، ص 379.

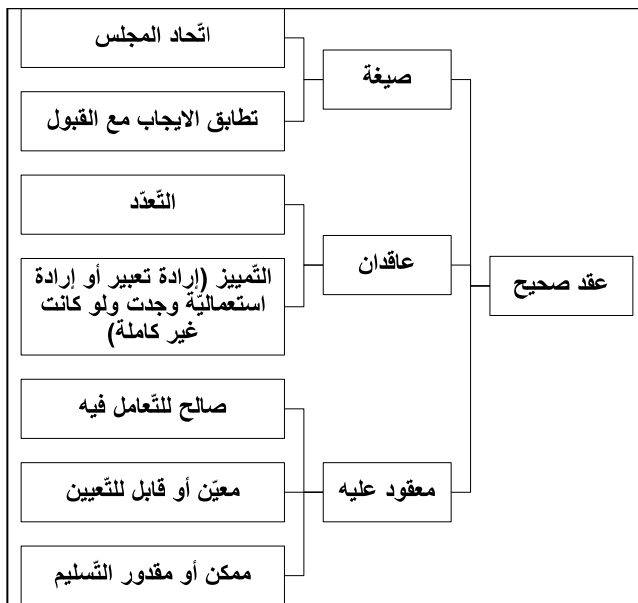
⁽¹⁰⁸⁷⁾ وهم "البائع إذا باع مرّة أخرى من غير مشترطه، والغاصب، والمرتدّ، والتائب ووكيل التائب إذا جاوز الحدود المرسومة للنيابة، ومالك العين المرهونة أو العين المؤجّرة أو العين المعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل، والمريض مرض الموت إذا باع لوارثه، ووصيّ الميت إذا باع للوارث، والوارث إذا باع لمورثه المريض، والورثة إذا باعوا التركة المستغرقة، أو المولى إذا باع عبده المأذون. زكي عبد البرّ، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مجلّة القانون والاقتصاد، السّنة الخامسة والعشرون، ص 122 إلى 142 عن: السنهوري، م س، ج 4، ص 178.

⁽¹⁰⁸⁸⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 195 وما بعدها.

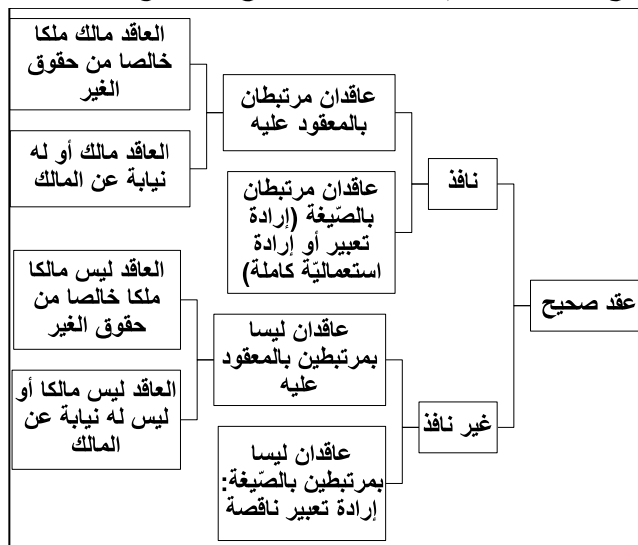
⁽¹⁰⁸⁹⁾ انظر: أبو زهرة، م س، ص 379.

⁽¹⁰⁹⁰⁾ قال أبو زهرة إنّ هنالك تقسيمان للعقد الصّحيح: التّأفد والموقوف (غير التّأفد) من جهة واللازم (نافذ) وغير اللازم (نافذ بدوره) من جهة أخرى (م س، ص 379 وما بعدها).

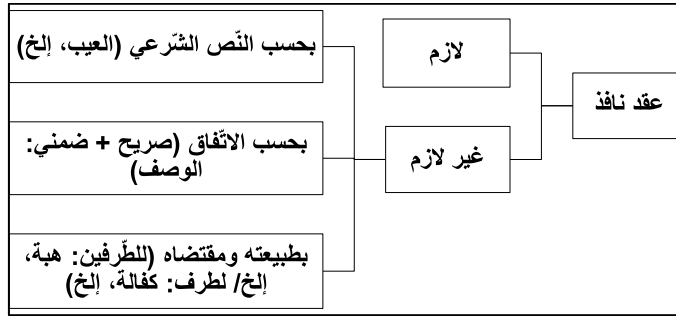
انظر حول غير اللازم: الفقرة عدد 331 وما بعدها.



والعقد غير الصحيح نقبض ما سبق: لم يتطابق فيه الإيجاب مع القبول، إلخ.



فإذا عدنا الأدراج قليلا إلى الولاية، وجدنا اختلافا. فالشافعية والحنبلية في إحدى الروايات يقولون إنَّ العقد باطل، بل إنَّ في الحنفية من يقول إننا أمام عدم صحة وأمام مرتبة بين الباطل والفساد⁽¹⁰⁹¹⁾. أمَّا المالكية⁽¹⁰⁹²⁾ وجزء من الأحناف⁽¹⁰⁹³⁾



⁽¹⁰⁹¹⁾ انظر: السنيهوري، م س، ج 4، ص 128 و 129 و 179.

وانظر: أبو زهرة، م س، ص 379 و 380 حيث يقول: "والشافعي يخالف في ذلك، ويرى أنّ العقد الموقوف من أقسام العقد الباطل، وذلك لأنّ ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد، وليست بشرط للتفاد فقط. فكلّ عقد صدر عن من ليست له ولاية العقد، فعبارة ملغاة لا يلتفت إليها. فعقود قاصر الأهلية باطلة، لأنّه ليس ذا ولاية، وكذلك عقد الفضولي لعدم ولايته على محلّ العقد. وعلى ذلك يقرّر الشافعي أنّ العقد الموقوف عقد باطل ولا يعدّ من أقسام الصحيح".

⁽¹⁰⁹²⁾ يتحدّث ابن رشد (م س: بداية المجتهد، ج 2، ص 129)، وفي إطار بيع الفضولي، عن موقف المالكية، ولكن عن موقف غيرها ويقول: "واختلفوا من هذا في بيع الفضولي، هل ينعقد أم لا؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع، وإن لم يرض فسسخ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه، على أنّه إذا رضي المشتري صحّ الشراء وإلا لم يصحّ. فمنعه الشافعي في الوجهين جميعا، وأجازة مالك في الوجهين جميعا، وفرّق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال: يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء". ثمّ إنّ ابن رشد، وبعدهما سبق يمرّ إلى إبطال حجّة الشافعي وحجّة أبي حنيفة (المرجع نفسه، ص 130).

⁽¹⁰⁹³⁾ ورد أعلاه وعلى لسان ابن رشد موقف أبي حنيفة. ولكننا سنورد هنا ما جاء عند الحنفي ابن عابدين (م س: ردّ المحتار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج 4، ص 100): "ثمّ أعلم أنّ البيع جائز وقد مرّ بأقسامه، وغير جائز وهو ثلاثة باطل وفساد وموقوف كذا في الفتح. وأراد بالجائز التّأفد ومقابلته غيره لا الحرام إذ لو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أنّ بيع مال الغير بلا إذنه بدون تسليم ليس

والحنبلية في غير الرواية السابقة⁽¹⁰⁹⁴⁾ فيقولون إنّ العقد موقوف. ولعلّه ينبغي الوقوف قليلا عند وصف العقد بالموقوف. فهذا الوصف يُطلق على العقد الباطل، وعلى العقد الفاسد، وعلى العقد غير اللازم، وطبعاً على العقد الموقوف. لكنّ الوصف يُطلق على هذه العقود بمعاني مختلفة: فالعقد الباطل موقوف الانعقاد، والعقد الفاسد موقوف الصّحة (ومن لا يقول بالفساد سيقول إنّنا أمام موقوف الانعقاد)، والعقد الموقوف موقوف التّفاد⁽¹⁰⁹⁵⁾، والعقد غير اللازم موقوف اللزوم⁽¹⁰⁹⁶⁾. فكلّ هذه العقود موقوفة، لكن جهة الوقف هي التي تتبدّل من عقد إلى آخر⁽¹⁰⁹⁷⁾.

بمعصية على أنّه في المستصفي جعله من قسم الصّحيح حيث قال البيع نوعان صحيح والصّحيح نوعان لازم وغير لازم (نحر) وذكر في (البحر) أنّ البيع المنهي عنه ثلاثة باطل وفساد ومكروه تحريماً وقد مرّت وما لا نهي فيه ثلاثة أيضاً نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف. فالأول ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلّق به حقّ الغير ولا خيار فيه. والثاني ما لم يتعلّق به حقّ الغير وفيه خيار والموقوف ما تعلّق به حقّ الغير [...] ثمّ قال في (البحر) والصّحيح يشمل الثلاثة لأنّه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه والموقوف كذلك فهو قسم منه وهو الحقّ لصدق التعريف وحكمه عليه فإنّ حكمه إفادة الملك بلا توقّف على القبض ولا يضرّ توقّفه على الإجازة".

⁽¹⁰⁹⁴⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 179.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ لعلّ كلمة الوُقّف هي التي جعلت "لينون دي بلفون" (م س، ص 2، المتن والهامش عدد 1) ينسب إلى بعض الأحناف التّدبذ حول طبيعة العقد الموقوف. ويعطي "دي بلفون" كمثل على هذا ابن عابدين في كتابه ردّ المحتار (ج 4، ص 104) وكيف أنّه جمع كلمة الموقوف بكلمة الفاسد. لكن حين نذهب إلى المكان الذي أشار إليه "دي بلفون"، أي إلى الجزء الرّابع وتحديدًا إلى الصّفحة 104، نجد ابن عابدين يتحدّث لا عن العقد الموقوف بل عن عقد الوقف (بيع ما تمّ وقفه) ويقول إنّ البعض يراه باطلاً والبعض يراه فاسداً: "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 فاسداً". فعدم فهم "دي بلفون" للمعنى الذي قصد من لفظة "وقف" جعله ينسب للأحناف التّدبذ. ثمّ إنّ وعلى أساس قوله بهذا التّدبذ نسب للأحناف وإلى المالكية التّحكّم (ص 2 من المقال نفسه)، حتّى أنّه فيما بعد وحين قال إنّ العقد الموقوف مجاله أوسع من البطلان النسبي الموجود في الغرب لأنّ الأول

336. — فإذا اهتمنا بالعقد الذي يمكن أن يوصف بالموقوف دون إضافة⁽¹⁰⁹⁸⁾، قلنا إنّه تامّ الانعقاد، وتامّ الصّحة (بالنسبة إلى من يقول بمرتبة الفساد)، وإذن له وجود قانوني لا مجرد وجود مادّي، "لكنّ هذا الوجود القانوني لا تترتب عليه آثاره،

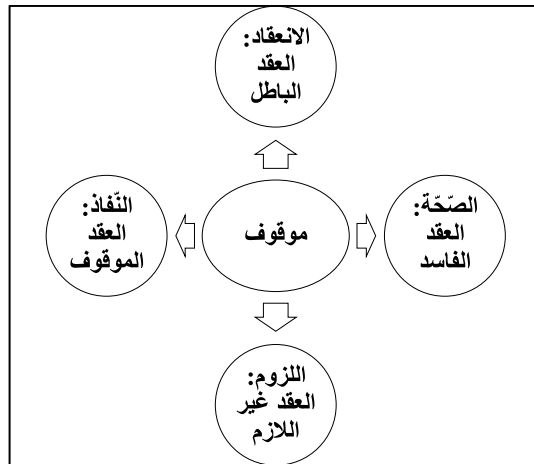
ليس له دوماً وفي كلّ الحالات هدف حمائي (حماية القاصر - حماية من كان رضاه معيباً هي كلّ هدف البطلان التّسبي)، وإنّه، أي العقد الموقوف، "نظام مبتكر بفضل تطلّ أعمال قانونيّة عديدة - تعاقب بالبطلان المطلق في القانون الفرنسي - قائمة بدون أن تتمّ التّضحية، بواسطة افتراض الصّحة، بأيّ من المصالح الموجودة لأنّ الافتراض ينتج آثاره بعد الإجازة التي يعطيها المعنيون بالأمر أنفسهم".

"Il s'agit d'un système ingénieux, grâce auquel de nombreux actes demeurent debout, qui en droit français seraient frappés de nullité absolue ; sans que pour autant cette fiction de validité entraîne le sacrifice d'aucun des intérêts en présence, puisqu'elle ne développera tous ses effets qu'à la suite de la ratification donnée par les intéressés eux-mêmes".

... حتى أنّه وبعد كلّ ما سبق، لم ينس أن يذكّرنا مرّة أخرى بما قاله في السّابق عن التّذبذب والتّحكّم.

⁽¹⁰⁹⁶⁾ انظر: السّنهوري، م س، ج 4، ص 178.

⁽¹⁰⁹⁷⁾



⁽¹⁰⁹⁸⁾ بالنسبة إلى بقية العقود يجب إلى جانب وصف الموقوف أن تأتي بإضافة فنقول عن الباطل مثلاً لا فقط هو موقوف، بل نقول هو موقوف الانعقاد.

فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل، ولكنه يفارقه في أنّ الآثار موقوفة لا منعدمة وهي على خطر النفاذ أو الزوال⁽¹⁰⁹⁹⁾.

والعقد الموقوف يهّم ضمن ما يهّم الصّبيّ المميّز، أي صورة نقصان إرادة التعبير.

بل إنّه يهّم أيضا إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، أي يهّم الإكراه:

ومعلوم أنّ المذاهب اختلفت في الإكراه: فجعلته الشافعيّة وبعض الحنبلية باطلا. وجعله أبو حنيفة وصاحبا فاسدا. وجعلته المالكيّة - أسوة بالغلط والتدليس والاستغلال - وأيضا بعض الحنبلية نافذا غير لازم. لكن زُفر، وهو فقيه حنفي، جعله موقوفا⁽¹¹⁰⁰⁾ "على إجازة العاقد المكره بعد زوال الإكراه"⁽¹¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁹⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 181. وبعبارة أخرى وقبل الإجازة، يعدّ العقد موقوف النفاذ أو الآثار، فلا تنتقل به ملكيّة، ولا يلزم المشتري بدفع الثمن (المرجع والصفحة نفسيهما)، ولو كنّا أمام عقد فضولي فهو قابل للفسخ من الطرفين قبل الإجازة (المرجع نفسه، ص 189)، أمّا إذا كنّا أمام عقد مميّز "فإن أجزى نفذ، وتميّز عن التصرف الباطل تميّزا كبيرا إذ أصبح تصرفا نافذ الأثر. وإن تخلفت الإجازة انعدم، واختلط بالتصرف الباطل فأصبح باطلا مثله. وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التصرف مجازا [...] والذي يملك الإجازة هو الوليّ أو ناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته [...] لكن إذا أعلن الوليّ عدم إجازته للتصرف، لم تصحّ الإجازة بعد ذلك من المتصرف نفسه بعد استكمال أهليته" (المرجع نفسه، ص 181 و182).

⁽¹¹⁰⁰⁾ انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 172 و173.

⁽¹¹⁰¹⁾ أبو زهرة، م س، ص 415. "وثمره الخلاف بين زُفر وبين الإمام وصاحبيه تظهر في صور، منها إذا باع شخص عينا تحت تأثير الإكراه، فقبضها المشتري، أتكون في ملكه أم لا تدخل في ملكه؟ قال زُفر لا تدخل، لأنّ العقد الموقوف لا يثبت أحكاما قطّ قبل الإجازة، وقال أبو حنيفة وصاحبا بملكه، لأنّ البيع الفاسد يثبت به الملك إذا حصل معه القبض. وحجّة الأصحاب الثلاثة أنّ عقود المبادلات الماليّة 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﴾ [النساء: 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 الرضا، والرضا أمر يتعلّق بالعاقد المكره، فإذا ثبت الرضا بعد زوال الإكراه، فقد زال سبب

ويرى السنهوري أنّ "الأولى الأخذ بمذهب مالك وبقول في مذهب أحمد بن حنبل، واعتبار بيع المكره بيعا نافذا غير لازم، حتى تستوي في الجزاء عيوب الإرادة جميعا: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. فهذه العيوب كلّها من طبيعة واحدة والأولى أن يتوحد فيها الجزاء" (1102).

ويرى هذا الفقيه مزيتين للغرب تقابلهما نقيصتين في الفقه الإسلامي: فأما مزية الغرب الأولى، فجمعه لعيوب الإرادة مع بعضها البعض ووضعها لنظرية عامة فيما يخصّها. وهنا موطن نقيصة في الفقه. فالعيوب مشتتة فيه، وأكثرها تشتتًا الغلط "ولا تستطيع أن تجمع أطرافه [...] إلا إذا ضمنت إلى خيار الوصف أو الخلف في الوصف خيار الرؤية ثمّ خيار العيب، وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط. وعليك أن تجمع هذه الأحجار المتناثرة، وترصّها جميعا جنبا إلى جنب، لتشيّد منها بناءً متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظرية عامة للغلط في الفقه الإسلامي" (1103).

أما مزية الغرب الثانية فهي مواجهة العيوب بجزاء واحد هو البطلان النسبي (1104)، وهذا موطن نقيصة في المذاهب الفقهيّة باستثناء المالكيّة.

كما يرى السنهوري أنّ الحلّ الأفضل ليس الأخذ بما جاء في الغرب، ولا الأخذ بما قالته المالكيّة، بل هو مواجهة عيوب الإرادة بفكرة العقد الموقوف "فهي أكثر ملاءمة [...] (لها) ثمّ هي تبرز الصلّة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهليّة.

التهي، فسلم العقد من الخلل، وبذا يصير صحيحا. وحجّة زُر أنّ العقد مع الإكراه لو كان فاسدا ما ارتفع الفساد بالإجازة، لأنّ الفاسد لا يجعله الإجازة صحيحا، إنّما الذي تلحقه الإجازة هو الموقوف، فكان كعقد الفضولي" (م س، ص 415 و416).

(1102) انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 177.

(1103) انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 265.

(1104) ومعه البطلان المطلق أحيانا.

فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون موقوفاً لاعتبارات ترجع كلها إلى وجوب كمال التمييز في العاقد حتى ينتج العقد أثره. وكان زُفر في رأينا موقفاً حين جعل عقد المكره موقوفاً⁽¹¹⁰⁵⁾.

337. — والحاصل من كل ما سبق:

أنّ الفقه الإسلامي جاء بالعقد الموقوف لنقصان إرادة التعبير⁽¹¹⁰⁶⁾. ثمّ إنّ زُفر قال به لغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، وبالتحديد في إطار مادة الإكراه.

ثمّ جاء السنهوري ليقتح القول بوقف النفاذ في صورة أخرى لغياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بالعلم، وهي صورة الاستغلال أو ما يسمّى في الفقه الإسلامي بخيار الغبن. كما جاء ليقتح القول بنفس الحلّ في صورة غياب إرادة الأثر في جانبها الخاصّ بعدم العلم، أي في صورة ما أسميناه بالغلط التلقائي والغلط المحدث. ولقد احتجّ السنهوري لرأيه بملاحظة أنّ العقد الموقوف صورة عكسيّة من العقد القابل للإبطال⁽¹¹⁰⁷⁾: فالأول غير نافذ حتى تأتي الإجازة، والثاني نافذ حتى يأتي عدم الإجازة. ويقول نفس المؤلّف إنّ عقداً يتردّد بين مرتبتي البطلان والصحة يُتصوّر فيه أمران: فإمّا أن يجعل كالباطل، أي غير ذي أثر، وهذا ما اختاره الفقه الإسلامي؛

⁽¹¹⁰⁵⁾ انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 265. وهكذا تصبح عيوب الإرادة (تماماً كحالة الصبي المميّز) مسألة ارتباط بين الصبغة والعاقدين. ولقد أشير سابقاً إلى أمر له علاقة بالجمع بين عيب من عيوب الإرادة وإرادة التعبير غير الكاملة.

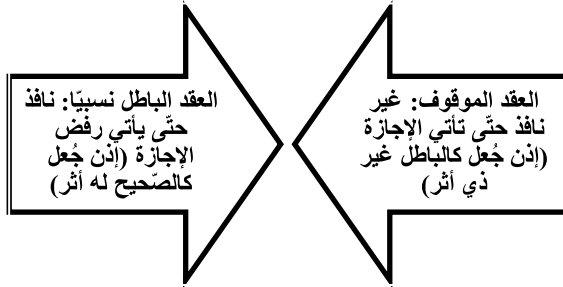
⁽¹¹⁰⁶⁾ ولنقصان المحلّ كما تقدّم.

⁽¹¹⁰⁷⁾ نبّه "لينون دي بلفون" (م س، ص 13) إلى خطأ شائع عند الأوروبيين المختصّين في القانون الإسلامي يتمثّل في خلطهم العقد الموقوف بالعقد الباطل نسبياً وذلك لوجود إمكانية الإجازة في الحالتين (ثمّ إنّّه نبّه إلى خطأ آخر وهو اعتبار "باطل الفقه" "باطل الغرب المطلق"، و"فاسد الفقه" "باطل الغرب النسبي". وهو يرى أنّ "باطل الفقه" هو "انعدام فرنسا"، و"فاسد الفقه" هو "باطل فرنسا المطلق").

وإما أن يُجعل كالصحيح، أي ذا أثر، وهذا ما اختاره الغرب⁽¹¹⁰⁸⁾. ويواصل نفس المؤلف قائلا إنَّ عقدا "يداخله غلط أو تدليس أو إكراه فيصدر عن إرادة ضالّة أو مضلّلة أو غير مختارة، أولى به أن يوقف حتّى يُجأز، من أن ينفذ حتّى يُحكم بإبطاله"⁽¹¹⁰⁹⁾.

⁽¹¹⁰⁸⁾ لم نفعل هنا إلاّ أن نقلنا قول السنهوري بطريقة تكاد أن تكون حرفيّة. لكن أدخلنا بعض التعديلات (كإدخال كاف التشبيه في القول "كالباطل" عوض قول "الباطل"، إلخ) وذلك لتجنّب خطر سوء فهم ما قصده السنهوري (على كلّ انظر قوله في: م س، ج 4، ص 276).

⁽¹¹⁰⁹⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 281.



وقبل ما جاء أعلاه كان السنهوري قد احتجّ للعقد الموقوف في إطار عقد ناقص الأهلية والتصرّف في ملك الغير: فقال في الإطار الأوّل هل الأوّل أن يقف عقد الصبيّ حتّى يجيزه وليّه أو حتّى يجيزه هو بعد بلوغه سنّ الرّشد، أم الأوّل أن ينفذ عقده حتّى يطالب وليّه أو يطالب هو عند بلوغه سنّ الرّشد بإبطاله؟ وأجاب أنّ "الأوّل - والصبيّ غير كامل التمييز ومظنّة الضّرر المحتمل 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 و 277).

وقال في الإطار الثّاني "إذا تصرّف الفضولي في ملك غيره، فهل الأوّل (عدم نفاذ) التصرّف حتّى يجاز كما يفعل الفقه الإسلامي، أو نفاذه حتّى يبطل كما يفعل الفقه الغربي؟ واضح هنا أيضاً - والفضولي يتصرّف في مال لا ولاية له عليه - أنّ الأوّل هو وقف التصرّف حتّى يُجأز. فالفقه الإسلامي هنا أيضاً أرقى في صناعته من الفقه الغربي" (م س، ج 4، ص 277). ويواصل في هذا الإطار نفسه قائلاً: "وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال. ففي بيع ملك الغير أو تصرّف الفضولي رأينا أنّ الفقه الغربي يجعل العقد نافذا حتّى يبطل. ولما كان جعل العقد نافذاً في حقّ المالك الذي لم

338. — فإذا تبيننا رأي السنهوري وقلنا إنَّ العقد الموقوف أفضل مرتبة جزاء لعيوب الرضا عموماً ولغلط خصوصاً (قلنا خصوصاً لأنَّ الغلط هو الذي نعمل عليه⁽¹¹¹⁰⁾)، أمكننا القول عن مجلَّة الالتزامات والعقود التي وضعت البطلان التَّسيي،

يشارك فيه غير معقول، لذلك اضطّرَّ الفقه الغربي أن يستعين بفكرة أخرى ضمَّها إلى فكرة العقد القابل للإبطال. فجعل العقد، إلى جانب كونه قابلاً للإبطال، غير نافذ في حقِّ المالك الحقيقي، فلجأ إلى فكرة الوقف في حقِّ المالك. فأما الفقه الإسلامي، فعنده العقد الموقوف: فهو موقوف في حقِّ البائع وحقِّ المشتري وفي حقِّ المالك جميعاً. فلم يكن في حاجة إلى فكرة عدم السريان التي احتاج إليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذاً، وبذلك يرجح العقد الموقوف القابل للإبطال، لشموله واستغنائه بذاته عن أيِّ شيء آخر. فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف، فقد قلنا كلَّ شيء. أمَّا إذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك إنَّه أيضاً عقد غير سار في حقِّ المالك الحقيقي فهو عقد قابل للإبطال في حقِّ المشتري وحده [...] ولا يملك البائع ذلك [...] (و) يملك (المشتري) إجازته. وسواء أبطله أو أجازته، فإنَّه لا ينفذ في حقِّ المالك الحقيقي إلاَّ إذا أجازته هذا المالك. فإذا ما أجازته، فقد سرى في حقِّه، وصحَّ في حقِّ المشتري في وقت واحد. وفي هذا خروج عن الصنَّاعة القانونيّة، فإنَّ المعهود في العقد القابل للإبطال أنَّ الذي يبطل ويجيز هو وحده العاقد الذي تقرّر البطلان لمصلحته، وهنا يملك غير العاقد - المالك - إجازة العقد فيصحَّ في حقِّ المشتري نفسه. ومن ثمَّ كان حكم بيع ملك الغير - ولا يزال - مشكلة تحيّر الباحثين في الفقه الغربي، ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بما يبيع ملك الغير، لأفاد كثيراً من ذلك. فيكون العقد موقوفاً، لا في حقِّ المشتري وحده، ولا في حقِّ البائع وحده، بل أيضاً في حقِّ المالك؛ ولكانت إجازة العقد تقتصر على المالك، فلا يملك المشتري إجازته" (م س، ج 4، ص 277 و 278).

(1110) إنَّ السنهوري لم ير في العقد الموقوف رقيّاً مطلقاً، بل قال إنَّ تطوُّره توقّف في ثلاثة مواضع والواجب أن يستكمل. وهذه المواضع هي:

— عدم وضع وقت معيّن إذا انقضى يعتبر المالك مجيزاً أو غير مجيز. "وعنوان تطوُّر الفقه الإسلامي في هذه المسألة هو مذهب مالك، فقد رأينا أنَّ الفضولي في هذا المذهب إذا باع بحضرة المالك، وسكت هذا اعتبر سكوته إجازة. وإن باع بغير حضرته، وبلغه، فسكت عاماً من وقت علمه، اعتبر سكوته إجازة" (م س، ج 4، ص 278 و 279).

ومن ثمّ مراتب الجزاء الغربيّة، ولم تضع عدم اللزوم مثلاً وعموماً مراتب الجزاء الإسلاميّة، أمّا فوّتت على نفسها، أو على الأقلّ عسّرت على نفسها، إمكانيّة التطوّر نحو الأرقى⁽¹¹¹¹⁾. وقد يُرى في هذا سبباً آخر يجعلها مجسّدة لعدم الإحكام.

— غلبة الصنّاعة الفقهيّة عند تحديد شروط الإجازة: "فقد رأينا أنّه يجب لصحّة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة [...] ولكنّ هذه النظرة الصنّاعيّة المحضّة نظرة ضيّقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحلّ ورثته محلّه، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحلّ [...] وكان الأولى أن يجعل للإجازة حكم الإسناد دون حكم الإنشاء، فيكتفى باشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحلّ وقت صدور التصرف دون وقت صدور الإجازة" (م س، ج 4، ص 279).

— غلبة قاعدة صنّاعيّة هي أنّ الملك الباتّ إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله. وقد تضيّق هذه القاعدة من باب التعامل. فالفضولي "إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، فإنّ بيعه يبطل، ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه، ولا يستطيع ذلك إلّا بعقد مبتدأ. ذلك أنّ ملك الفضولي قد أصبح باتّاً بصيرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، وقد طرأ على ملك المشتري منه وهو ملك موقوف، والملك الباتّ إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله [...] والمذهب المالكي هنا أيضاً قد سار في التطوّر خطوات أبعد ففيه [...] إذا ملك الفضولي المبيع بسبب غير الميراث صحّ البيع الصّادر منه للمشتري ولا يجوز له نقضه. ولكنّ الفقه المالكي لا يزال قاصراً فيما إذا انتقل الملك للفضولي بالميراث" (م س، ج 4، ص 279 و 280) (انظر: الفقرة عدد 367).

⁽¹¹¹¹⁾ عدم وضع مراتب إسلاميّة (ووضع مراتب غربيّة) يحول أو على الأقلّ يُعسّر إمكان الوصول إلى حلّ فيه اتّساق على مستوى الآثار. وإنّ الحائل أو المعسّر 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 — التّظريّة المفرطة في التّشعب للجزاء المدني 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 بيني (تحت إدارة)، التّدوين، ملتقى، معهد الدّراسات القضائيّة. كليّة 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 تبني القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (وقد ترأس اللجنة التي وضعته عبد الرزاق السنهوري. انظر: صفحة "الأسباب الموجبة" من القانون. بغداد، مطبعة العاني) فكرة العقد الموقوف في مادة الأهلية ومادة عيوب الرضا، وفي غيرها. ولقد تحدّثت المادة 134 عن تلك الأهلية وعيوب الرضا فقالت:

"1- إذا انعقد العقد موقفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو لتغيير، جاز للعاقِد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغيير كما أنّ له أن يجيزه. فإذا نقضه، كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت له العين وأن يستردّها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي. فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه، ضمن قيمتها.

2- وللعاقِد المكره أو المغرور الخيار إن شاء ضمن العاقِد الآخر وإن شاء ضمن المجر أو الغازر فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقِد الآخر. ولا ضمان على العاقِد المكره أو المغرور إن قبض البديل مكرهاً أو مغروراً وهلك في يده بلا تعدّد منه."

انظر إلى: الرّين (محمّد)، المرجع السابق نفسه والصفحة نفسها حيث يقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود لا تعرف إلاّ التفرقة بين البطلان النسبي والمطلق وهي تجهل مصطلح العمل القانوني الموقوف.

خلاصة العنوان الأوّل

339. — يمكن القول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود تعرف مرتبتي مؤيّدات في عموم النصوص وفي خصوص تلك التي نعمل عليها. فأما المرتبة الأولى فهي لغير الصّحيح، وهنا لم نجد نصوص المجلّة، على مستوى المذكور فيها تصريحاً من الأحكام، مجسّدة لعدم الإحكام. وأما المرتبة الثانية فهي لما أسمى بالصّحيح، وهنا وجدنا النصوص مجسّدة أحياناً لعدم الإحكام.

ويمكن التّوسّع والحديث خارج ما نعمل عليه والقول إنّ مجلّة الالتزامات والعقود، بتركها مادّة مراتب المؤيّدات في الفقه الإسلامي، قد تركت تدرّجاً محكماً من البطلان إلى الفساد، ومن الفساد إلى الوقف، ومن الوقف إلى عدم اللزوم، ومن عدم اللزوم إلى اللزوم. ولقد لاحظ أحد الغريبيين أن بين بطلانهم المطلق وبطلانهم النسبي، أي بين المصلحة العامّة والمصلحة الخاصّة، سلّمًا ذا درجات متعدّدة⁽¹¹¹²⁾.

⁽¹¹¹²⁾ هو "لابراديل" (جيرو دي)، تنازع القوانين في مادّة البطلان، مكتبة القانون الدولي 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:

— "دروقول" (ف)، محاولة للإتيان بنظرية عامّة للبطلان. دراسة في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، مرسيليا، جامعة أكس مرسيليا، كليّة الحقوق بأكس، نشرت بباريس، المكتبة الجديدة للقانون وفقه 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.

— "شفالبي" (جون)، التقرير العامّ، أعمال جمعية "هنري كايبتون"، ج 14، ص 513 وما بعدها.

CHEVALLIER (Jean), Rapport général, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, XIV, p. 513 et s.

لكنّ الحديث عن كلّ تلك الدّرجات⁽¹¹¹³⁾، ومن بعدها عن هذا السّلم خارج كما تقدّم عن دلالة ألفاظ النّصوص التي نعمل عليها. وإنّ الذي انتهى من المدلول المذكور تصرّحاً، ويحاول أن يمرّ إلى المدلول المطويّ ذكره، هو على وشك الخروج من الدّالّ... إذن لنذهب إلى دلالة التّضمّن... لنذهب إلى ما به سيتمّ الخروج من العمل وإلى ما به ستنتهي الرّحلة⁽¹¹¹⁴⁾.

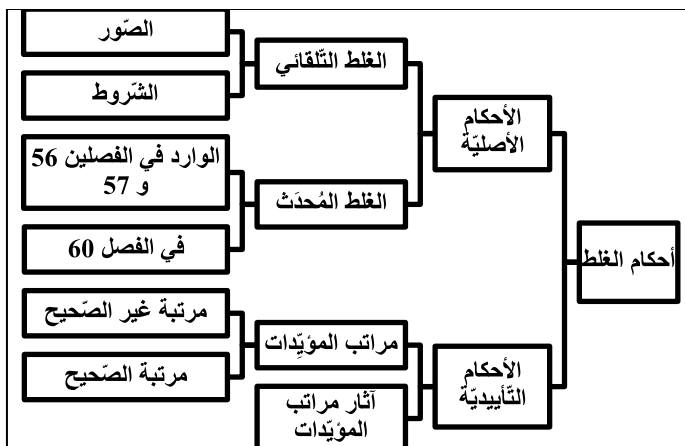
— "دوري" (جورج)، انعدام وبطلان وقابليّة بطلان الأعمال القانونيّة في القانون المدني الفرنسي، أعمال جمعية "هنري كابتون"، ج 24، ص 625 وما بعدها.

DURRY (George), L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XIV, p. 625 et s.

وإنّ "تيري" "وسيملر" و"لوكت" (م س، عدد 89)، وبعد أن ذكروا هذه المواقف، تبنّوا موقفاً وسطاً. وينبغي هنا أن نذكر بما قاله السنهوري من أنّ هنالك نوعاً واحداً من البطلان هو البطلان المطلق. أمّا العقد الباطل نسبياً فهو يمرّ على مرحلتين: الصّحة (قبل أن يتعيّن مصيره بالإجازة أو الإبطال وبعد أن تلحقه الإجازة ويحصل في شأنه التّفاد)، أو البطلان (حين يتقرّر بطلانه). وهنا لا فرق بين هذا الباطل نسبياً وذاك الباطل مطلقاً: فكلاهما تزول آثاره بصفة رجعيّة (السنهوري، م س، ج 4، ص 87 وما بعدها).

⁽¹¹¹³⁾ قال السنهوري إنّ نظريّة الجزاء في الفقه الإسلامي ارتقت في التدرّج المحكم في المراتب، وفي ابتداء فكرة العقد الفاسد، وفي التّصوير الفئّي للعقد الموقوف والذي هو أرقى صناعة من العقد القابل للإبطال، كما ارتقت في تدرّجها الدّقيق في الخيارات. لكنّها وقفت في عيوب الإرادة فلم تجمعها مع بعضها لتعطيتها جزاء واحداً، ووقفت في بعض جوانب العقد الموقوف. لكنّه يحتّم 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 أيضاً إلى: الرّين (محمّد)، المقالة السابقة، ص 193.



العنوان الثاني

الإحكام في الأحكام المطوي ذكرها: آثار مراتب المؤيّدات

340. — مكنّ البحث في نيّة المشرّع المعبر عنها مباشرة من القول إنّه أراد من ألفاظ الفصلين 67 و325 البطلان المطلق⁽¹¹¹⁵⁾ ومن ألفاظ الفصل 43 وما بعده و330 البطلان النسبي⁽¹¹¹⁶⁾، أي أنّه أراد تبني ما كان موجودا في فرنسا وقتها والذي صار فيما بعد يسمّى بالنظرية الكلاسيكية معارضة بما جاء في بداية القرن العشرين والذي أسمى بالنظرية الحديثة⁽¹¹¹⁷⁾.

341. — والنظرية الأولى، وبالتحديد مرتبتي المؤيّدات اللتين وضعتهما، تمنحنا "مفتاح كلّ الأسئلة المتعلقة بالبطلان. فأمام بطلان محدّد يكفي البحث عن الصنف الذي ينتمي إليه. ثمّ بعد ذلك تأتي الأجوبة بصفة آليّة عن طريق فكرة العمل القانوني

⁽¹¹¹⁵⁾ انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها.

⁽¹¹¹⁶⁾ انظر الفقرة عدد 315 وما بعدها.

⁽¹¹¹⁷⁾ انظر إلى: "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، م س، عدد 89.

وانظر إلى: "فودمي"، م س، ص 141 وما بعدها حيث يشير إلى أطروحة "جاييو":

"جاييو" (ريني)، البطلان في مادّة الأعمال القانونيّة. محاولة إتيان بنظرية جديدة، أطروحة دكتوراه، جامعة ديجون، كليّة الحقوق، نشرت بباريس، المكتبة الجديدة للقانون وفقه القضاء، 1909.

JAPIOT (René), Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie générale, Thèse. Doctorat, Université de Dijon, Faculté de Droit, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence 1909.

ولقد حاول "جاييو" على ضوء كتابات سبقت إعادة بناء نظرية بطلان. ولقد تبني "فودمي" نقطة انطلاقها وما هو أساسي في منهجها وترك بعض استنتاجاتها (المرجع نفسه، ص 147).

وانظر إلى:

بسرور (نور الدين)، جزاء قواعد نشأة العقد والإبقاء على العلاقة التعاقدية، أطروحة دكتوراه دولة في

القانون، تونس، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة 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.

الأحكام التأييديّة للغلط. آثار المراتب

ككائن. والأسئلة التي يثيرها البطلان ثلاثة: هل يجب القيام أمام القضاء؟ ومن يمكنه إثارة البطلان؟ وهل يمكن أن يمّحي البطلان بواسطة الإمضاء أو التّقدّم؟ وهي أسئلة مترابطة حسب النّظرية الكلاسيكية⁽¹¹¹⁸⁾.

بعبارة أخرى: تتضمّن مرتبتنا المؤيّدات ثلاثة أجوبة عن ثلاثة أسئلة؛ أي أنّ هذه الأجوبة بمثابة أحكام مطويّ ذكرها، أو هي آثار آليّة (والوصف لـ"فودمي") لتلك المرتبتين⁽¹¹¹⁹⁾.

فإذا أتينا هذه الآثار أو تلك الأحكام المطويّ ذكرها أو تلك الأجوبة، وجدنا جانبا منها لا يهتمّ الزّمن والآخر يهتمّه. ويبدو أنّ لكلّ جانب علاقة بمسألة الإحكام تختلف عن الآخر. لذا سننظر تباعا في الجانب الأوّل ثمّ في الجانب الثّاني، أي سننظر في:

(1118) "فودمي"، م س، ص 143 و 144.

وتسهيلا لعملية قراءة ما سيأتي في بقية العمل سنستبق ما سيُقال بإيراد رسم لما سنجد أنّه موقف للنّظرية الكلاسيكية وللمجلة المدنيّة الفرنسيّة ومجلة الالتزامات والعقود (على مستوى التّقدّم لم تقل به النّظرية الكلاسيكية لكن نسب موقفان للمشرّع الفرنسي وكذلك الأمر فيما يخصّ المشرّع التّونسي):

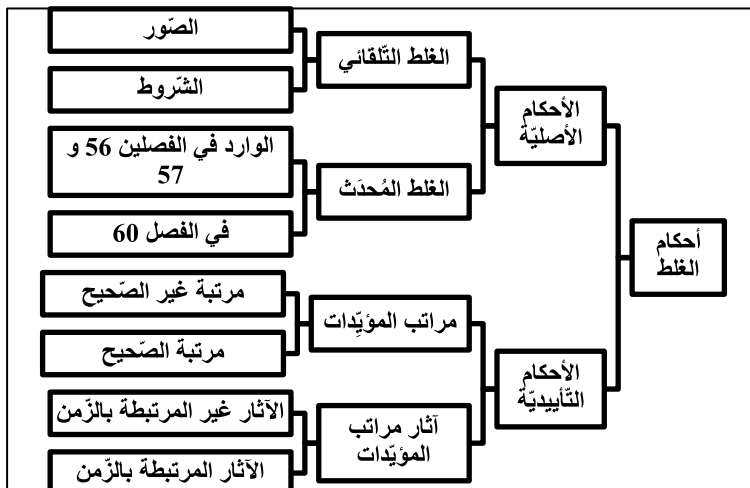
التّقدّم	الإمضاء	الكُلّ يمكنه القيام بالدّعى	القيام بدّعى في البطلان	
		×		البطلان المطلق
×	×		×	البطلان النسبي

ملاحظة: فيما يخصّ البطلان المطلق وعدم ضرورة الدّعى سيُدقّق الرّسم لاحقا.

(1119) نعلم من نية المشرّع أنّ مجلة الالتزامات والعقود قد احتوت على جزء ثالث خاص بصورة الشّيء (انظر الفقرة عدد 308)، لكنّ هذا الجزء وآثاره عرضيّا. لذا لم يؤخذ ذلك الجزء (في إطار العنوان السابق) ولن تؤخذ هذه الآثار (في إطار العنوان الذي نحن بصددّه) بعين الاعتبار في عملية التّقسيم. لكن، وكلّما استدعت الإشكاليّة الإشارة إليهما، عمدنا إلى ذلك ولكن في حيّز عرضي (ملاحظة: تحقّق هذا بعد مع الجزء في العنوان السابق).

- الإحكام [على مستوى المطويّ ذكره من الأحكام والمتمثّل] في آثار مراتب المؤيّدات غير المتعلقة بالزّمن (الفصل الأوّل).
- الإحكام [على مستوى المطويّ ذكره من الأحكام والمتمثّل] في أثر مراتب المؤيّدات المتعلّق بالزّمن (الفصل الثّاني)⁽¹¹²⁰⁾.

(1120)



الفصل الأوّل

الإحكام في آثار مراتب المؤيّدات غير المتعلقة بالزّمن

342. — هنا أيضا من المفروض أن نأتي بالمراحل الثلاث: مرحلة تحليل ما جاء بمجلة الالتزامات والعقود، ومرحلة إحضار القانون الغربي والفقّه الإسلامي، ومرحلة محاولة التّقييم والرّبط بمسألة الإحكام. لكن هنا كذلك، ولأنّ مجلة الالتزامات والعقود أخذت بالقانون الغربيّ، سنلحق الجزء الأوّل من المرحلة الثّانية بالمرحلة الأولى والجزء الثّاني من المرحلة الثّانية بالمرحلة الثالثة. هذا سيعطي حديثنا أولا نعرض فيه حكم مجلة الالتزامات والعقود (المبحث الأوّل)، وحديثنا ثانيا نقيّم فيه هذا الحكم (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل: عرض حكم مجلة الالتزامات والعقود

343. — إنّ هذا الحكم محلّه آثار مراتب المؤيّدات غير المتعلقة بالزّمن، وهي ثلاثة: مسألة مدى ضرورة الدّعوى (الفقرة 1) ومسألة من يثير البطلان (الفقرة 2) ومسألة الإمضاء (الفقرة 3).

الفقرة 1. عرض الحكم المتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعوى

344. — ينبغي هنا عرض مصدر الحكم (أ) قبل عرض الحكم نفسه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

345. — يتمثّل المصدر المعنيّ في القانون الفرنسي. لكنّ هذا القانون يتمثّل استمرارا لما كان موجودا قبله:

346. — ◀ وهذا "القبل" يتمثّل في القانون الفرنسي القديم. ولقد رأيناه يفرّق بين دعوى البطلان، وفيها نجد بطلان القانون المدني الرّوماني وبطلان القوانين والأعراف

الفرنسيّة؛ ودعوى الفسخ (rescision)، وفيها نلاقي العقود الصّحيحة من وجهة حكم القانون الرّوماني ومن وجهة حكم القوانين والأعراف الفرنسيّة، لكن ومن وجهة قضاء الحكّام الرّومان كان يقرّر فيها الرّدّ بالكامل⁽¹¹²¹⁾.

و"دعوى البطلان يقيم بها مباشرة أمام القضاة المختصّين بالنّظر فيها. لكن، وللقيام بدعوى فسخ، يجب الحصول مسبقاً على كتاب فسخ. هذا الكتاب كان يعطى باسم الملك من قِبَلِ مصالح وزارة العدل الموجودة في المحاكم لكي يوسّع في سلطة القاضي ويسمح له بتنفيذ القانون الرّوماني"⁽¹¹²²⁾ (أي ما جاء عند الحكّام الرّومان). ومن هنا جاء مبدأ أن "لا مجال لطرق البطلان في فرنسا"⁽¹¹²³⁾، 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 الملك على خطاب فسخ"⁽¹¹²⁴⁾.

ثمّ جاء قانون 7 / 11 سبتمبر 1790 وألغى فصله العشرون مصالح وزارة العدل، وقال

⁽¹¹²¹⁾ انظر الفقرة عدد 227 وما بعدها. وانظر: "جايبو" (ريني)، م س، ص 51 وما بعدها بالنّسبة إلى القانون الرّوماني، وص 82 وما بعدها بالنّسبة إلى القانون الفرنسي القديم.

⁽¹¹²²⁾ "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".

⁽¹¹²³⁾ Voies de nullité n'ont point lieu en France.

⁽¹¹²⁴⁾ "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 انتهى إلى قبول كلّ من يطلبه. وعلى هذا ترك للقضاة السّلطة التقديرية نفسها التي لهم في مادّة دعاوى البطلان، أي سلطة النّظر في مدى وجاهة الطّلب المقدم لهم ومن ثمّ قبوله أو رفضه. وهكذا لم يعد وجوب الحصول على خطاب فسخ إلّا شكلية لا سبب لها سوى أنّها مناسبة لاستخلاص معالم جباية.

فصله الواحد والعشرون بأنّ الدعاوى التي كان يُحصل من أجل القيام بها على خطابات ملكيّة تُرفع مباشرة أمام القاضي المختصّ⁽¹¹²⁵⁾. هذا التّغيير في طريقة القيام بدعوى الفسخ أوقع البعض في خطأ حسب "توليي"، فظنّوا أنّه لم يعد ثمّ فرق بين الالتزام الباطل قانوناً (nullité de droit) والالتزام القابل للفسخ. لكن، وحسب "توليي"، هذا الالتزام صحيح في الظاهر وذاك باطل في الظاهر. بل "ليس ثمّ ظاهر عقد، فالقانون وبصفة مسبّقة صرّح بالبطلان"⁽¹¹²⁶⁾.

347. — ◀ هذه الفكرة، المتمثلة في كون القانون هو المبطل في صور معيّنة، هي التي أرادها المشرّع الفرنسي، وهي التي أصبحت تُعرف فيما بعد بموقف التّظريّة التقليديّة:

348. — ♦ للتّدليل على هذا يتّجه الانطلاق من ملاحظات محكمة التعقيب على مشروع المجلّة الذي عرض عليها. فلقد قالت إنّ "الاتّفاقات المخالفة للأخلاق الحميدة ولمنع القانون ليست ملزمة. ولا ضرورة لمهاجمتها بواسطة دعوى البطلان، ويكفي أن يُتمسك ببطلانها ضدّ من يطلب تنفيذها وذلك بواسطة الدّفع، والدّفع دائم"⁽¹¹²⁷⁾.

ويتساءل "لوران" بعد ما أورد هذا القول "متى إذن يقام بالدّعوى في أجل معيّن؟

⁽¹¹²⁵⁾ انظر إلى هذا القانون وإلى محتوى فصليه المذكورين أعلاه، وذلك عند: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 18.

⁽¹¹²⁶⁾ "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".

⁽¹¹²⁷⁾ "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".

(ويجيب) عندما نريد الحصول على بطلان اتفاق باطل أو قابل للإبطال. ولقد اقترحت محكمة التعقيب نصًا في هذا الاتجاه يعدّد الحالات الأكثر شيوعًا والتي يكون فيها الاتفاق معيبًا: «دعوى البطلان من أجل عدم أهلية الشخص الملتزم، أو من أجل غياب شكلية اشترطت في التفويت في أموال القصر، أو بسبب الغلط أو الإكراه أو التغيير مدتها عشر سنوات». ولقد تبنت مجلس الدولة هذا النص ولكن أنقص منه التعداد لعدم ضرورته أو لخطورته، ومن هنا كان الفصل 1304 الذي يضبط بعشر سنوات سقوط دعوى البطلان»⁽¹¹²⁸⁾.

فإذا احتفظنا بما سبق وزدنا عليه الفصل 1117 من المجلة المدنية الفرنسية الذي يقول إن: "الاتفاق المبرم عن غلط أو إكراه أو تغيير ليس باطلا بقوة القانون، بل هو يفتح الباب لدعوى بطلان أو فسخ لا غير [...]»⁽¹¹²⁹⁾، ... إذا فعلنا ما سبق، أمكننا القول إنّ المشرع الفرنسي أراد التفرقة بين صورتين: واحدة ضعيفة، والأخرى قوية. فأما الضعيفة فهي التي يقام فيها بدعوى البطلان لا غير - والعبارة للفصل 1117 - أي التي يتم فيها البطلان بواسطة القاضي لا بواسطة القانون لوحده. وأما القوية فهي التي يكون فيها البطلان بقوة القانون - والعبارة مرة أخرى للفصل 1117 - أي بواسطة القانون لوحده، فلا تحتاج للقضاء كواسطة. ونجد في

(1128) "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 نَقَحَ بمقتضى القانون 5/68 المؤرخ في 3 جانفي 1968 وأصبح الأجل خمس سنوات.

Art. 1117 du Code Civil Français: "La convention contractée par erreur, (1129) violence ou dol n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision [...]".

"جوبار" - وفي تقريره الذي قدّمه للمجلس الذي أسّسه دستور سنة VIII والمكلف بمناقشة مشاريع القوانين أمام الهيئة التشريعية التي كان دورها ينحصر في التصويت - ما يمكن عدّه إلى جانب ما سبق تعبيراً مباشراً عن نيّة واضح المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. فلقد جاء في هذا التقرير أنّه: "إذا تعلّق الأمر بالتزام أبرم دون موضوع أو سبب أو لأجل سبب غير جائز، فالملتزم ليس بحاجة للقيام أمام القضاء لفكّ التزامه"⁽¹¹³⁰⁾. ويورد "لوران" ما جاء عند "جوبار" حول الأهليّة والغلط والإكراه والتّغريب ومفاده أنّه يجب القيام بدعوى⁽¹¹³¹⁾. ويختتم "لوران" بالربط الذي أتى عند "جوبار" لما سبق بالموروث، وذلك حين قال: "لقد كان من غير الممكن عدم الاحتفاظ بالتّفرة القديمة بين الأعمال القانونيّة الموصوفة خطأ بكونها عقوداً والتي لا تنتج أبداً دعاوى، وبين العقود التي حوت التزاماً، وحوت من ثمّ مبدأ دعوى. ففي هذه الحالة، لا يمكننا القول إنّّه ليس ثمّ التزام، ويجب الاكتفاء بالتّصريح بأنّ الذي أبرم الالتزام يمكنه طلب البطلان"⁽¹¹³²⁾.

يخلص ممّا تقدّم أنّ هنالك عقداً ليس في الحقيقة عقداً، أي هنالك عدّم أو عقد منعدم، وهو لا يتضمّن التزاماً. فإذا لم يكن ثمّ التزام، فليس ثمّ حاجة للقيام أمام القضاء. إلى جانب ما سبق، هنالك عقد هو في الحقيقة عقد، وهو يتضمّن التزاماً. فإذا كان ثمّ التزام، فلا بدّ من القيام أمام القضاء لفكّهُ.

(1130) "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 [...]".

(1131) "لوران"، م س، ج 15، عدد 461.

(1132) تقرير "جوبار"، عدد 218 ("لوكري"، ج 6، ص 218 و 219) 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".

كما يخلص ممّا تقدّم أنّ التعبير المباشر عن نيّة المشرّع الفرنسي مفاده من جهة قولاً بعدم ضرورة الدّعى، أي بطلانِ بقوّة القانون لا غير، وذلك في صورة غياب الموضوع وغيرها؛ ومن جهة أخرى قولاً بضرورة الدّعى، أي بطلانِ يمرّ بواسطة القاضي، وذلك في صورة الغلط وغيرها.

349. — ♦ هذا القول للمشرّع الفرنسي هو الذي صار يُعرف فيما بعد بموقف النظرية التقليديّة. ويعرض "فودمي" هذا الموقف في قالب "قياس شرطيّ متّصل" تتركّب مقدّمته الأولى من مقدّم (الشرط)، وهو كون العمل القانوني ولد ميتاً؛ ومن تالي (المشروط)، وهو أنّه لا ضرورة لدعى⁽¹¹³³⁾. يقول "فودمي": "إذا كان العمل القانوني قد ولد ميتاً، فلا دعوى لأنّه لا يبطل (يعدم) المعدوم. فالبطلان إذن يوجد بصفة آنيّة حتّى وإن لم يصرّح به القضاء. هذا لا يعني أنّنا لا نكون مجبرين دوماً على التوجّه إلى القضاء لكي يعاين وجود بطلان بقوّة القانون. فالعقد باطل (غير موجود) قانوناً، لكن من الممكن أن يوجد في الظاهر. فقد تنشأ بمناسبة هذا العمل وضعيّة واقعيّة كأن يسجّل في سند، أو أن يتمّ تنفيذه. لإنهاء هذه الوضعيّة الواقعيّة، يجب إعدام السند، أو يجب الحصول على استرداد للأشياء التي أعطيت. ولبلوغ ذلك، ينبغي القيام أمام القضاء (استحقاق - استرداد ما دفع وهو غير مستحقّ)، وينبغي إثبات البطلان. هذه الدّعى مختلفة عن دعوى الإبطال. فههدف تلك ليس إعدام العقد بل معاينة بطلان (انعدام) موجود من قبل. والحكم القضائيّ يعاين البطلان ولا

⁽¹¹³³⁾ القياس الشرطي المتّصل "يتركّب من مقدّمتين: إحداهما مركّبة من قضيتين قرن بهما صيغة الشرط (إن كان العالم حادثاً، فله صانع)؛ والأخرى حملية واحدة هي المذكورة في المقدمة الأولى بعينها (ولكنّ العالم حادث). وهنا نكون أمام حالة ستثبت التّالي في النتيجة، وهي حالة الوضع *modus ponens* أو نقيضها (ولكنّ العالم ليس له صانع. وهنا نكون أمام حالة تنفي المقدّم في النتيجة وتسمّى حالة الرفع *modus tollens*) ويقرن بها كلمة الاستثناء". الغزالي، م س (معيّار العلم في المنطق)، ص 137. انظر أيضاً لالاند، م س، تحت كلمة: Hypothétique.

ينشئه. وليس ثمّ حقاً دعوى بطلان هنا. وينتج عمّا سبق أنّه إذا كان العمل باطلا بقوة القانون، يمكن للأطراف وبصفة آنيّة التصرّف وكأنّه لم يوجد⁽¹¹³⁴⁾.

يخلص من هذا المقتطف من كلام "فودمي" أمران:

أولهما: إن كان الالتزام منعدماً قانوناً، وباطلاً مطلقاً، وباطلاً بقوة القانون لا غير⁽¹¹³⁵⁾، فالدّعى غير ضروريّة.

ثانيهما: إن كان الالتزام المنعدم قانوناً موجوداً واقعاً، فالدّعى ضروريّة. لكنّ هذه الدّعى، على حدّ عبارة "فودمي"، ليست مثل دعوى البطلان وليست حقاً دعوى بطلان.

وبعارض ما سبق، الصّورة التي يوجد فيها الالتزام قانوناً، وتضمّ الغلط وغيره. وهنا، لأنّ الالتزام موجود، فلا بدّ من دعوى لإزالته.

بعبارة أخرى: هنالك صورة أولى لعقد لا يحوي التزاماً قانوناً. وهذه تتفرّع إلى فرعين: فرع العقد الذي لا يحوي التزاماً لا قانوناً ولا واقعاً، وهنا لا حاجة للقضاء. وفرع

(1134) "فودمي"، م س، ص 144.

"Si l'acte est mort-né [...] il n'y a pas d'action en justice, car on n'annule pas le néant. La nullité existe donc immédiatement, même si elle n'est pas prononcée par la justice. Ceci ne signifie pas qu'on ne soit jamais obligé de s'adresser à la justice pour faire constater une nullité de plein droit. Un acte est nul de droit, mais il peut exister en apparence ; il se peut, qu'à l'occasion de cet acte, un certain état de fait ait été créé, par exemple l'acte nul est constaté par un titre ; ou bien encore il a reçu exécution. Pour faire cesser cet état de fait, il faut faire anéantir le titre, obtenir restitution des choses données en exécution. Il faudra pour cela agir en justice (revendication, répétition de l'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".

(1135) انظر إلى: "فودمي"، م س، ص 142 حيث يستعمل عبارة "باطل بمقتضى القانون لا غير"، وعبارة

"باطل مطلقاً"، وعبارة "انعدام" على أنّها مترادفة. تمّ انظره في ص 143 حيث يذكر أنّه وجدت محاولة للتفرقة بين "الانعدام" و"البطلان المطلق"، ولكنّ الذي غلب على النظريّة التقليديّة هو جمع هاتين الصّورتين مع بعضهما البعض لبصيرة صورة واحدة تطلق عليها تلك الأسماء المختلفة.

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 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 تمّ دعوى، فهي ليست دعوى بطلان، لأنّ الالتزام ليس موجودا قانونا، أي أنّ هذا الانعدام القانوني قائم قبل تدخّل القاضي. أما 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 للتّمثلي المعتمد في هذا العمل، الابتداء باللغة والانتهاه بالنيّة. لكن، وبالنسبة إلى المسألة التي نحن بصددّها، ستكون النيّة هي البدء والمنتهى.

وللوصول إلى النيّة، ينبغي العودة إلى المشروع المراجع في مراجعه ثمّ في نفسه: ◀ فإذا شرعنا بالمراجع، وجب الذهاب خاصّة إلى تلك الموجودة تحت الفصل 372 (يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 325) وتحت الفصل 377 (يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 330)⁽¹¹³⁶⁾:

♦ فأما ما وجد تحت النّصّ الأوّل ف: "أوبري" و"رو" و"لوران" مثلا:

♦♦ والأوّلان — وفي المكان المشار إليه في المشروع المراجع⁽¹¹³⁷⁾ — تحدّثا عن حالات عيوب الرّضا وغيرها. وقالوا إنّ "البطلان لا يوجد بمقتضى القانون لا غير.

⁽¹¹³⁶⁾ لم نذهب هنا إلى المراجع الجانبية لأنّه ثبت لدينا بعد أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تتّبع على صعيد الجزاء ما جاء بالفقه الإسلامي (انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها).

⁽¹¹³⁷⁾ "أوبري" و"رو"، م س، ج 4، عدد 334 (وبالتحديد ص 249 المتن والهامش عدد 1).

ويجب عموماً التصريح به من قبل القضاء [...] لكن إذا لم تجتمع في الالتزام الشروط الضرورية لوجوده، فعدم نفاذه مستقل عن أيّ تصريح قضائي⁽¹¹³⁸⁾.

♦♦ والثاني، أي "لوران"، وأيضا في المكان المشار إليه⁽¹¹³⁹⁾، أكد على: "وجوب عدم الخلط بين الالتزامات القابلة للإبطال والالتزامات المنعدمة [...] (فالأولى) فقط تفتح الباب لدعوى البطلان. أما الالتزامات المنعدمة، فلا يمكن منطقياً المطالبة بإبطالها لأنه لا يطلب إبطال المعدوم. فإذا ووجهت بعقد لم أرض به، فلي الحق 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 أبداً عقداً. ويمكن أيضاً أن أبادر وأقوم أمام القضاء لكي يقرّر أنّ هذا العقد الذي قد أواجه به يوماً أو يواجهه به ورثتي ليس له وجود قانوني. والقاضي لن يبطله، بل سيصرّح أنّه فاقد لأحد شروط وجوده ومن ثمّ فهو لا ينتج أيّ أثر [...] (لكن) حين نقول إنّ العمل باطل، فهذا يعني أنّه قابل للإبطال، وأنّه يمكن طلب بطلانه، بل يجب طلب بطلانه لو أنّ الذي يمكنه أن يهاجم العمل لا يريد تنفيذه. وحسب المجلّة المدنيّة، ليس ثمّ بطلان (يقصد قابليّة الإبطال لعب في الرضا وغيره) بمقتضى القانون لا غير، أي بطلان يوجد بواسطة القانون بدون أن يستوجب التصريح به من طرف القاضي. ولا نعرف إلاّ استثناءً وحيداً صرّح فيه القانون بنفسه أنّ عقداً باطلاً (يقصد قابل للإبطال لأنه وبالنسبة إليه ثمّ الباطل من جهة والمنعدم من جهة أخرى) بدون حكم قاض. فحسب الفصل 692 من مجلّة الإجراءات «لا يمكن للمعقول عليه من يوم إعلانه بالعقلة بيع العقارات. والبيع باطل بدون حاجة إلى التصريح به». فهذا الاستثناء الوحيد يؤكّد قاعدة أن ليس ثمّ بطلان بدون حكم

⁽¹¹³⁸⁾ "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".

⁽¹¹³⁹⁾ "لوران"، م س، ج 18، عدد 528 وما بعده. و"البعد" الذي يهّم مسألتنا هو عدد 531.

يصرّح به⁽¹¹⁴⁰⁾.

♦ فإذا مررنا الآن إلى ما وُجد تحت النّص الثّاني (أي تحت الفصل 377 من المشروع المراجع والذي يقابله في مجلّة الالتزامات والعقود: الفصل 330)، عثرنا مثلا على الفصل 1304 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. ولقد سبق أن ثبت لدينا⁽¹¹⁴¹⁾ أنّ المشرّع الفرنسي أراد التّفريق 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 ولكنها 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 وبدءًا من قضاء الحاكم به. والمراجع الواردة أعلاه تعدّ تعبيرا مباشرا عن نيّة أصحاب الفصول 372 و 377 من المشروع المراجع. وعليه يمكن القول إنّ نيّة هؤلاء اتّجهت إلى وضع ما هو موجود

⁽¹¹⁴⁰⁾ "لوران"، م س، ج 18، عدد 531 و 532.

"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 inexistantes, 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".

⁽¹¹⁴¹⁾ انظر الفقرة عدد 346 وما بعدها.

بالقانون وبفقه القانون الفرنسي.

◀ وإنّ النصوص (أي المشروع في نفسه) جاءت عاكسة لتلك النية. فقد ورد العنوان السادس "في بطلان (nullité) وفسخ (rescision) الالتزامات" متكوّنا من فصلين (chapitres):

أولهما لبطلان الالتزامات. ونجد هنا المادة (article) 372، وقد استعملت عبارة باطل بمقتضى القانون لا غير (nulle de plein droit)، ولم ترد فيها قطّ لفظة دعوى. وكذا الشأن بالنسبة إلى المواد (articles) 373 و374 و375 و376 التي جاءت في إطار نفس الفصل (chapitre)، والتي خلت بدورها من تلك الكلمة. وثانيهما لفسخ الالتزامات، وفي هذا الفصل (chapitre) نجد المادة (article) 377 و380 و381 و382 و384 وكلّها استعملت لفظة الدّعى.

يخلص من كلّ ما تقدّم أن بالإمكان القول إنّ نية أصحاب المشروع المراجع قد اتّجهت نحو تبني الحلول الفرنسيّة على مستوى مسألة مدى ضرورة القيام بالدّعى. فإذا علمنا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود نقلت ذلك العنوان السادس بحذافيره تقريبا (وصار سادسا عندها أيضا)، أمكن نقل ما قيل عن المشروع المراجع إلى تلك المجلّة.

وما قيل عن هذه المسألة ينبىء بعد بما سيقال عن لاحقتها ولاحقة لاحقتها. لكن لنتهمّ باللاحقة أولا.

الفقرة 2. عرض الحكم المتعلق بمسألة من يثير البطلان

351. — سنحاول هنا أيضا عرض مصدر الحكم (أ)، فعينه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

352. — رأينا سابقا أنّ قول المشرّع الفرنسي هو الذي صار يُعرف فيما بعد بموقف النظرية الكلاسيكية⁽¹¹⁴²⁾. وفي هذه النظرية نجد أيضا، في المسألة التي نحن بصدددها، "قياسا شرطيا متصلا". لكن الذي تغيّر مقارنة بالمسألة الأولى هو "التالي"⁽¹¹⁴³⁾. فلقد تمثّل التالي في المسألة الأولى في عدم ضرورة الدّعى، أمّا هنا فسيتمثّل في أمر آخر. والقياس ورد على لسان "فودمي" وهو يعرض النظرية الكلاسيكية. ولقد قال: "إن كان العمل القانوني ولد ميتا [...] فكلّ معنيّ يمكنه إثارة البطلان: ليس ثمّ شيء تجاه أيّ شخص"⁽¹¹⁴⁴⁾.

ولعلّ قارئ هذه القضية سيسأل: من هذا "المعنيّ"؟ وجواب هذا السؤال يتجاوز نطاق عملنا. لكن سنشير— بالقدر الذي تستدعيه المقارنة بالفقه الإسلامي — إلى أنّه يُحدّث عن المتعاقدين⁽¹¹⁴⁵⁾ ومن هم مثلهم، أي الخلف العامّ والخلف

(1142) انظر الفقرة عدد 348.

(1143) انظر الفقرة عدد 348.

(1144) "فودمي"، 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".

(1145) وقاعدة "لا يمكن أن يسمع في القضاء شخصا يثير دناؤه" (*nemo auditur propriam*)

(*turpitudinem allegans*) لا تمنع من القيام بالدّعى، بل تحول دون الاسترداد (انظر إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكتيت"، 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 دناؤه، مذكرة، كليّة العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2003 — 2004.

الخاص⁽¹¹⁴⁶⁾. 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 أثراً⁽¹¹⁴⁷⁾.
 أمّا إذا كنّا أمام قابليّة بطلان، فالدّعى - وعلى لسان "لوران" دائماً - لا يقوم بما إلّا المتعاقد الذي قضى القانون لصالحه بالبطلان⁽¹¹⁴⁸⁾.
 وإنّ قائمة الأشخاص غير المحدّدة والواسعة في الصّورة الأولى هي التي أوجدت وصف البطلان بالمطلق، كما أنّ حصر وقصر القائمة على بعض الأشخاص في الصّورة الثّانية هو الذي جعل بطلان هذه الصّورة يوصف بالتّسبي⁽¹¹⁴⁹⁾.
 ويبدو أنّ هذه الحلول هي التي أرادتها مجلّة الالتزامات والعقود.

(ب) عرض الحكم نفسه

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.

⁽¹¹⁴⁶⁾ يتحدّث أيضاً عن الدّائنين العاديين لأحد المتعاقدين الذين يمكنهم القيام بإبطال العقد عن طريق الدّعى المنحرفة (action oblique) لو أنّ هذا العقد يلحق بهم ضرراً. ويتحدّث عن إقصاء الغير. لكن يلاحظ أنّ هذا الغير قد يكون معيّناً بالإبطال. نعم العقد لا يلزمه، لكن، وبوصفه واقعة، يعارض به. لذا يمكن للغير، وللتخلّص من الآثار غير المباشرة لهذه المعارضة، أن تكون لهم مصلحة من الإبطال. لكن يجب أن تكون مصلحته مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالبطلان (مثال من يقوم بدعى استحقاقية ويتمسك ضده بالتّقدم المكسب بالاستظهار بعقد بيع، فهو "غير" هنا، ولكن من مصلحته إبطاله). ويتحدّث عن الثّيابة العموميّة، ولكن مع حصر تدخّلها في مادّة عدم جواز الموضوع والسّبب (انظر مثلاً: إلى "تيري" و"سيملر" و"لوكيت"، م س، عدد 396 و397).

⁽¹¹⁴⁷⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 455.

⁽¹¹⁴⁸⁾ "لوران"، م س، ج 15، عدد 455.

ويقول "تيري" و"سيملر" و"لوكيت" (م س، عدد 395) إنّ من قضى بالبطلان لصالحهم هم: القاصر، ومن كان رضاه معيباً، ومن يتبعوهم: ممثّلهم القانوني/ خلفهم العام/ دائنهم عن طريق الدّعى المنحرفة/ خلفهم الخاص/ الغير الذي يشترط رضاه بالعقد.

⁽¹¹⁴⁹⁾ انظر ر: "لوران"، م س، ج 15، عدد 458. انظر كذلك: الفقرة عدد 323.

353. — هنا أيضا سنبدأ بالتعبير المباشر عن النية، وبالتحديد بالحاوية التحتية للفصل 372 من المشروع المراجع. في هذه الحاوية جاءت إشارة إلى "أوبري" و"رو" في مكان⁽¹¹⁵⁰⁾ قالا فيه:

أولا، وهما يتحدثان عن المحجور عليه قضائيا وعن الزوجة وغيرها حين يتعاقدون بدون إذن، إنَّ "البطلان ليس إلا نسبيًا، ولا يمكن أن يقترحه الأشخاص الذين تعاقد معهم القاصر"⁽¹¹⁵¹⁾.

وثانيا، وهما يتحدثان عن عدم احترام الشكليات المقررة لمصلحة القصر والمحجور عليهم، إنَّ "البطلان ليس [...] إلا نسبيًا، بمعنى أنه لا يمكن أن يقترحه [...] الطرف الآخر"⁽¹¹⁵²⁾.

وثالثا إنَّ "الالتزامات الاتفاقية التي رُضي بها عن غلط أو عن إكراه أو عن تغيير جزاؤها البطلان [...] وهنا أيضا البطلان ليس إلا نسبيًا، ولا يمكن اقتراحه إلا من الطرف الذي كان رضاه معطى عن غلط، أو مغتصبا بالإكراه، أو مأخوذا على تغيير"⁽¹¹⁵³⁾.

ثم أضافا إنَّ: "دعوى البطلان تنتقل في هذه الفرضيات الثلاث التي تمّ تعدادها أعلاه إلى الورثة والخلف العام للشخص الذي فُتحت الدعوى لمنفعته، بل يمكن أيضا أن يقوم بها دائنو هؤلاء بمقتضى الفصل 1166"⁽¹¹⁵⁴⁾.

ويمكن القول إنَّ ما استخرج للتوّ هو نية لواضع مجلة الالتزامات والعقود على مستوى

(1150) "أوبري" و"رو"، م س، عدد 334.

(1151) "La nullité n'est que relative ; et elle ne peut être proposée par les personnes avec lesquelles l'incapable a contracté".

(1152) "La nullité n'est [...] que relative, en ce sens qu'elle ne peut être proposée [...] par l'autre partie".

(1153) "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".

(1154) "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".

الأشخاص الذين يمكنهم القيام بدعوى البطلان النسبي. وهي نية أيضا - باعتبار أنّ الحلّ السابق يندرج في إطار منظومة معينة - على مستوى الأشخاص الذين يمكنهم القيام بدعوى البطلان المطلق.

354. - والقول بوجود النية الأولى وبداخلها النية الثانية على حكم عامّ بهمّ مسألة من يثير البطلان يمكن تدعيمه بمجموعة من النصوص التي حوت هذا الحكم في موادّ خاصّة:

فالفصل 8 من مجلة الالتزامات والعقود قال إنّ الصبيّ المميّز والسّفية يمكنهما طلب البطلان النسبي.

والفصل 10 أعطى هذه الإمكانية للوليّ وللمولّى عليه.

والفصل 14 رفض إعطاء حقّ القيام لمن له أهلية ضدّ من ليست له أهلية بسبب كون هذا ليست له أهلية.

والفصل 1475 قال إنّه إذا كان سبب البطلان عدم أهلية أحد الطرفين فلا يحتجّ به إلّا القاصر.

أما الفصل 566 فقال، فيما يخصّ البطلان الذي أسمته صياغته الفرنسية بذلك الذي يكون بمقتضى القانون لا غير، إنّه يمكن القيام من كلّ من له مصلحة - وفي الصياغة الفرنسية نجد نفس العبارة التي اعترضتنا في السابق في إطار النظرية التقليدية وهي عبارة "كلّ معني" (tout intéressé) - ونجد إنّه يمكن للقاضي أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه.

على هذا يمكن القول إنّ مجلة الالتزامات والعقود، وإن لم تحو نصّا فيه حكم عامّ بهمّ مسألة من يثير البطلان⁽¹¹⁵⁵⁾، إلّا أنّها أرادت تبني ما جاء في النظرية الكلاسيكية.

وإرادة تبني هذه النظرية نجدها أيضا على مستوى مسألة الإمضاء.

⁽¹¹⁵⁵⁾ قارن مع: الرّين (محمّد)، م س، عدد 273 وما بعده؛ بسرور (نور الدّين)، م س، عدد 153 وما

الفقرة 3. عرض الحكم المتعلق بمسألة الإمضاء

355. — هنا أيضا سنبدأ بمصدر الحكم (أ)، ثم ننتهي بالحكم نفسه (ب).

(أ) عرض مصدر الحكم

356. — سنحاول هنا التّعرض إلى ما أرادته المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، ثمّ إلى قول ما يسمّى بالنّظرية الكلاسيكيّة:

357. — ◀ أما ما أرادته المجلّة، فيعرف بالتّعبير عنه. وهذا التّعبير يتمثّل في الأعمال التّحضيرية. ولقد جاء في المشروع الذي وضعه مجلس الدّولة أنّ إمضاء عمل باطل جذرياً (radicalement nul) لا يصحّ إلّا إذا تضمّن محتوى ذلك العمل وسبب البطلان وإرادة جبر هذا البطلان. وعبارة الباطل جذرياً كانت مستعملة من قِبَل الفقهاء القدامى للتّدليل على حالات الانعدام. لذا، وحين وصل المشروع إلى المجلس المكّلف بمناقشة المشاريع (Le tribunal) (وخشية من هذا المجلس من أن تؤخذ تلك العبارة في ذلك المعنى عند القدامى، ومن ثمّ من أن يفهم القانون على أنّه قِبَل إمضاء العقود المنعدمة)، طلب هذا المجلس تغيير الصّيغة قائلاً: "يجب وضع النّص بطريقة يكون الفصل فيها واضحاً بين البطلان الذي لا يقبل إصلاحاً، والبطلان الذي يقبله"⁽¹¹⁵⁶⁾. واقترح القسم التّشريعي من المجلس نصّاً يقول إنّ "الالتزامات المبرمة من قبل غير البالغين أو لسبب غير جائز لا يمكن إمضاؤها لا صراحة ولا ضمناً. وبالتّسوية إلى بقيّة الأعمال التي يمكن أن يلحقها بطلان قال به القانون، فإمضاؤها يؤدّي إلى التنازل عن الوسائل والاعتراضات التي يمكن القيام بها

(1156) "جوبار"، التّقرير، عدد 218 ("لوكري"، ج 6، ص 218 و219) حسب: "لوران"، م س، ج 15، عدد 462. وإتّنا هنا — وأيضاً فيما سبق وحين عرضنا الأعمال التّحضيرية للمجلّة المدنيّة الفرنسيّة — لم نفعل إلّا 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".

ضدّها"⁽¹¹⁵⁷⁾. لكنّ هذه الصياغة لم تقبل. ثمّ حصل اجتماع بين الأقسام التشريعية لمجلس الدولة وللمجلس المكلف بمناقشة المشاريع، وتمخّض عن صياغة للمشروع الأول في اتجاه هو الذي سيصير فيما بعد محتوى الفصل 1338 من المجلة المدنية الفرنسية، فاختلفت عبارة الباطل جذرياً وعوّضتها عبارة ما يقبل القانون إبطاله أو فسخه، وتعني القابل للإبطال لأنّه "حيث ليس ثمّ اتفاق، لا يمكن الحديث عن دعوى إبطال ومن ثمّ عن إمضاء"⁽¹¹⁵⁸⁾.

ولقد عبّر كلّ من "جوبار" - وهو مقرّر وخطيب في المجلس المكلف بمناقشة المشاريع - و"موريكو" - وهو خطيب بنفس المجلس - عمّا أراده المشرّع. فقال الأول: "هنالك فكرة صحيحة وبسيطة [...] هي أنّه لا يُمضى إلّا ما وُجد حقاً وإن كانت تنقصه القوّة بسبب عيب ما. وينتج عن هذا أنّه لا يمكن بأيّ حال إمضاء الالتزامات الموهومة التي لم يعترف القانون أبداً بوجودها. فالقانون صرّح أن ليس ثمّ اتفاق بدون موضوع أو سبب جائز. في هذه الصّورة لا يمكن أن يكون هنالك إمضاء. أمّا بالنسبة إلى الأعمال التي لم يقبل القانون ضدّها إلّا بطريقة الفسخ، فإنّها قابلة للإمضاء"⁽¹¹⁵⁹⁾. وقال الثّاني، أي "موريكو"، إنّ: "الإمضاء لا يمكن أن

(1157) "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".

(1158) "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".

(1159) "جوبار"، التّقرير، عدد 24 ("لوكري"، ج 6، ص 231) حسب: "لوران"، م س، ج 15، عدد

"Une idée vraie et simple [...] c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut en aucune manière confirmer de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence. La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à confirmation. Pour ce

يصحح أبدا اتفاقات لا يعترف القانون بوجودها ومن ثم لا تلزم أحدا. هذه حال الاتفاقات التي موضوعها شيء وُضع خارج التجارة، والتي ليس لها سبب، أو التي ليس لها إلا سبب خاطئ أو غير جائز. أمّا الأعمال التي لدينا فقط خيار مهاجمتها عن طريق البطلان والتي تلزم على الأقل أحد الأطراف، فيمكن بفائدة إمضاؤها⁽¹¹⁶⁰⁾.

مما تقدّم يخلص أنّ المجلّة المدنيّة الفرنسيّة أرادت صورا لا يمكن فيها الإمضاء، وصورا أخرى يمكن فيها الإمضاء. وهذه جاءت بالفصل 1338 الذي تأثر محتواه بعمل مجلس الدولة والمجلس المكلف بمناقشة المشاريع. ومن محتواه أنّ الإمضاء تنازل عن الإبطال. والصورة هنا لعقد موجود قانونا، ومن ثمّ يمكن إبطاله أو التنازل عن إبطاله. أمّا الصورة الأولى فللعقد غير موجود قانونا. وحتى إن وجد واقعا، فالدعوى ليست في الحقيقة لإبطاله⁽¹¹⁶¹⁾. فإذا لم تكن ثمّ دعوى للإبطال، فلن يكون ثمّ تنازل عن هذه الدعوى.

358. — ◀ هذه الطريفة في التفكير هي التي سنجدتها فيما بعد تحت اسم النظرية الكلاسيكية. ولقد عرضها "فودمي" — وهذا قلناه سابقا — في قالب "قياس شرطّي"

qui est des actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la rescision, ils sont susceptibles d'être confirmés".

⁽¹¹⁶⁰⁾ "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 الخطاب المقام بما أمام الهيئة التشريعيّة تعبّر عن رأي صاحبها ولا تترجم دائما ما أرادته المشرّع، وذلك خلافا للتقارير التي تقدّم باسم القسم التشريعي لا بوصفها عملا فرديًا ("لوران"، م س، ج 15، عدد 463).

⁽¹¹⁶¹⁾ انظر الفقرة عدد 345 وما بعدها وخاصّة الفقرة عدد 349.

متّصل"، فقال: "إن كان العمل وُلد ميتا [...] فليس ثمّ إمكانيّة للإمضاء. فالعدم لا ينتج شيئاً. وما لم يكن حيّاً لا يمكن إحياءه" (1162).
ويبدو أنّ هذه التّظريّة وذلك الذي أراده المشرّع الفرنسيّ (1163) هو الذي نقل إلى مجلّة الالتزامات والعقود.

(ب) عرض الحكم نفسه

359. — ◀ لو نظرنا إلى المشروع المراجع، لوجدنا الفصل 376 من جهة، والفصلين 384 و385 من جهة أخرى:
♦ فأما الفصل 376 فينصّ على أنّ "إمضاء التزام باطل بمقتضى القانون لا غير لا يساوي إلّا التزاماً جديداً، ومن تاريخ الإمضاء لا غير، وذلك في الحالات التي سمح فيها القانون به" (1164).

(1162) "فودمي"، 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".

(1163) انظر إلى تفاصيل الإمضاء وإلى تفاصيل شروطه عند: "لوران"، م س، ج 18، عدد 558 إلى عدد 667. وإنّ ما ورد هنا (وأيضاً في المراجع الأخرى المستعملة في وضع فصول المشاريع الخاصّة بمنع الإمضاء وبقبوله) يوضّح لنا ما جاء بمجلّة الالتزامات والعقود. لكنّ الخوض فيه يتجاوز حدود عملنا، وهو لمرتبة جزاء ولأثرها في ذاته لا محتوى هذا الأثر.

Article 376: "La confirmation d'une obligation nulle de plein droit ne peut (1164) 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 نقدم ما جاء في التّرجمة الكاملة وفي التّرجمة النّاقصة:

فأما الأولى فقالت: "إمضاء الالتزام الباطل من أصله لا يصحّ إلّا بمثابة التزام جديد تاريخه تاريخ الإمضاء وذلك في الصّور التي يبيح القانون فيها الإمضاء".
وأما الثانية فنصّت على أنّ "رجوع التّعهد الباطل إلى الصّحّة بتحريره في رسم آخر على الوجه اللازم لا

ومن ينظر إلى الحاشية التَّحتِيَّة لهذا الفصل 376 من المشروع المراجع، يجد "أوبري" و"رو" مشاراً إليهما في مكان فرَّقا فيه بين الإمضاء وعدة أشياء قريبة منه⁽¹¹⁶⁵⁾ من ضمنها التَّجديد، فقالا إنَّ: "أثر التَّجديد هو إنشاء التزام جديد بدلا عن القديم؛ أمَّا الإمضاء، وعلى خلاف ذلك، فموضوعه الإصلاح لا غير لعيوب الالتزام الذي همَّه ذلك الإمضاء. وهو لا يأتي بشيء جديد"⁽¹¹⁶⁶⁾.

♦ وأمَّا الفصلين 384 و385 من المشروع المراجع فقالا بالإمضاء في إطار ما وجدنا سابقا أنَّه البطلان النَّسي. ويستخلص من النَّصِّ الثاني أنَّ هذا الإمضاء له مفعول رجعي. أمَّا النَّصُّ الأوَّل فقال مباشرة إنَّ من الشُّروط نية إصلاح العيب.

360. — ◀ بعد ذلك جاءت مجلَّة الالتزامات والعقود. وكان وارث الفصل 376 من المشروع هو الفصل 329 من المجلَّة. لكنَّ هذا الفصل 329 قال إنَّ "إمضاء الالتزام الباطل (بمقتضى القانون لا غير) [...] لا عمل عليه"⁽¹¹⁶⁷⁾. بعبارة أخرى ترك النَّصُّ مسألة التَّجديد⁽¹¹⁶⁸⁾، وتحدَّث عن الإمضاء وقال إنَّه غير ذي أثر. وهذا

يجوز إلَّا إن سَوَّغه القانون ولا يعتبر إلَّا كتعهد جديد ولا يؤثر إلَّا من تاريخه".

⁽¹¹⁶⁵⁾ هي التنازل عن حق (الإمضاء تنازل وليس كل تنازل إمضاء)، والإقرار بالالتزام (الاعتراف بالالتزام لا يتضمن نية إصلاح العيب) وإجازة ratification التزام وقع القيام به باسم الغير دون توكيل منه (والملاحظ أنَّ الفصل 1338 فرنسي يستعمل لفظة confirmation و ratification على أتمها مترادفتان، وكذلك الفصلان 337 و338 من مجلَّة الالتزامات والعقود في صياغتها الفرنسيَّة).

⁽¹¹⁶⁶⁾ "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 اللاتينيَّة الموجودة بهذا المقطف بالاعتماد على: "رولان" و"بواي"، م س (الأقوال المأثورة في القانون الفرنسي)، ص 107 حيث قالوا إنَّها تعني: la confirmation n'apporte rien de nouveau

⁽¹¹⁶⁷⁾ لاحظنا في مناسبات سابقة أنَّ هنالك بعض التَّغييرات التي حصلت للمشروع المراجع والتي نكتشفها حين نقرأ مجلَّة الالتزامات والعقود.

⁽¹¹⁶⁸⁾ إذن هذه المسألة ستستقرَّ بالفصل 357 وما بعده من مجلَّة الالتزامات والعقود.

موقف وجدنا أنه أريد في المجلة المدنية الفرنسية، وقالت به النظرية الكلاسيكية. فإذا مررنا الآن إلى ورثة الفصلين 384 و385 من المشروع المراجع، وجدنا أنهما الفصلان 337 و338 من مجلة الالتزامات والعقود. لكن هذين الوارثين، على خلاف الوارث المتحدّث عنه سابقاً، قد أخذنا تقريباً كلّ ما كان عند المورث⁽¹¹⁶⁹⁾. هذا المورث هو بدوره وارث للمجلة المدنية الفرنسية. وإنّ القارئ ليتلمّس فيه - ومن ثمّ في مجلة الالتزامات والعقود - آثار ما قيل في مجلس الدولة الفرنسي أو في المجلس المكلف بمناقشة المشاريع⁽¹¹⁷⁰⁾. فعبارة ما يقبل القانون إبطاله موجودة في الفصل 337 كما اقترح أن توجد في المجلة المدنية الفرنسية. واشترط أن يكون كتب الإمضاء متضمناً لمحتوى العمل القانوني ولسبب البطلان ولإرادة جبر هذا البطلان - والذي اقترحه مجلس الدولة الفرنسي لكي يوجد في المجلة المدنية الفرنسية - وجد في الفصل 337 من مجلة الالتزامات والعقود أيضاً أدنا صاغية. وعلى كلّ من يقرأ الفصل 337 من مجلة الالتزامات والعقود، فكأنه يقرأ الفقرة الأولى من الفصل 1338 من المجلة المدنية الفرنسية؛ ومن يقرأ الفصل 338 من مجلة الالتزامات والعقود يخال نفسه - لولا بعض الاختلافات الطفيفة - بصدد قراءة الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 1338 من المجلة المدنية الفرنسية.

بعبارة أخرى اتّبع النصّ التونسي ما جاء في المجلة المدنية الفرنسية، أي اتّبع ما سيُعرف لاحقاً بالنظرية الكلاسيكية.

بهذا التّحديد لحكم مجلة الالتزامات والعقود، يمكن المرور إلى المرحلة الموالية، مرحلة التّقييم.

⁽¹¹⁶⁹⁾ باستثناء الجملة الأخيرة من الفصل 385 من المشروع التي تقول إنّ الغير حسن النّيّة الذي اكتسب حقوقاً قبل الإمضاء لا يتضرّر منه. أمّا آخر جملة من الفصل 338 من مجلة الالتزامات والعقود فترسلنا إلى الفصل 336، وهذا يرسلنا إلى غيره ليقول لنا هذا الغير الشّيء نفسه (انظر إلى الفصل 488).

⁽¹¹⁷⁰⁾ انظر الفقرة عدد 357.

المبحث الثاني: تقييم حكم مجلة الالتزامات والعقود

361. — إن محاولة التقييم — وبالتنظر إلى القضية التي نبحت عن ثبوت صحتها أو عن ثبوت خطئها — تستدعي الإتيان بالفقه الإسلامي. وفي الفقه الإسلامي نجد الآثار الثلاثة التي وجدناها في مجلة الالتزامات والعقود. وهي آثار لمراتب المؤيّدات. وإنّا حين نجد هذه الآثار في الفقه نجدها في سياق. أمّا في مجلة الالتزامات والعقود فسياقها مختلف. لذا ينبغي تقييم حكم مجلة الالتزامات والعقود في ذاته (الفقرة 1) ثمّ تقييم حكمها في سياقه (الفقرة 2).

الفقرة 1. تقييم الحكم في ذاته

362. — سنحاول هنا تقييم⁽¹¹⁷¹⁾ حكم مجلة الالتزامات والعقود المتعلّق بكلّ واحد من آثار مراتب المؤيّدات.

(أ) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعى

363. — يستدعي التقييم — بالتنظر إلى الفكرة التي تحكم هذا العمل — إحضار ما قاله الفقه الإسلامي حول هذه المسألة. لكن قبل ذلك ينبغي التذكير بما قيل عن مراتب المؤيّدات في إطار الغلط، وهنا سنذكر الحنفية ثمّ المالكية ثمّ ما اقترحه فقيه معاصر:

فأمّا الحنفية فرأيها تقول، فيما يخصّ الذاتيات وغير الذاتيات مع تفاوت فاحش، بأنّ العقد باطل⁽¹¹⁷²⁾. لكن وجدنا رأياً داخلها يقول بأنّ العقد فاسد⁽¹¹⁷³⁾. وتقول

⁽¹¹⁷¹⁾ قَرَّبَ هذا التقييم ممّا يتحدّث عنه اليوم خاصّة في مادّة قانون الاستهلاك (droit de la consommation).

⁽¹¹⁷²⁾ انظر الفقرة عدد 293. ويمكن أن نلحق هنا الغلط في طبيعة العقد: انظر الفقرة عدد 294.

⁽¹¹⁷³⁾ انظر الفقرة عدد 296 وما بعدها.

الحنفية، فيما يخصّ غير الذاتيات مع تفاوت غير فاحش، بعدم اللزوم⁽¹¹⁷⁴⁾. بالنسبة إلى المالكية، يقول السنهوري إنهم يسوون بين كلّ العيوب ويضعونها في إطار العقد غير اللازم⁽¹¹⁷⁵⁾.

لكنّ هذا الفقيه اقترح وضع صور العيوب داخل العقد الموقوف⁽¹¹⁷⁶⁾. فإذا بدأنا بالباطل، وجدنا حديثاً عن كونه ليس له وجود شرعي، وأنّه إن نفذ وجب الرّد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وأنّه يمكن أن ينتج أثراً كواقعة ماديّة مثل انتقال الضمان إلى المشتري⁽¹¹⁷⁷⁾، إلى غيرها من الأحكام⁽¹¹⁷⁸⁾ التي تعود إليها والتي تمّ المسألتين الموالتين. لكن لا نجد حديثاً مباشراً عن مسألة ضرورة الدّعى وإن كان يمكن استنتاج كونها ليست وجوبية وذلك من عدّة وجوه منها ما جاء حول العقد الفاسد.

فلقد قيل في شأن هذا العقد إنّ الفسخ "لا يحتاج إلى قضاء القاضي. ويكفي أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أية عبارة في هذا المعنى، فيفسخ العقد. وليس من الضّروري أن يكون الفسخ بالقول، فأيّ فعل يدلّ على نيّة الفسخ يكفي، كما لو استأجر المشتري المبيع من البائع أو باع البائع المبيع من مشتري 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. والسبب في أنّ الفسخ يتمّ دون حاجة إلى قضاء به أنّ العقد الفاسد إنّما

⁽¹¹⁷⁴⁾ انظر الفقرة عدد 332 وما بعدها.

⁽¹¹⁷⁵⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 281.

⁽¹¹⁷⁶⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 281.

⁽¹¹⁷⁷⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 137. وفي إطار هذا الحديث نجد "فتح القدير" يحدّثنا عن مثال النوع.

⁽¹¹⁷⁸⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 132 وما بعدها وص 267 وما بعدها.

استحقَّ الفسخ حقًّا لله عزَّ وجلَّ لما في الفسخ من رفع الفساد⁽¹¹⁷⁹⁾.

. فإذا مررنا إلى العقد الموقوف، متبعين موقف السنهوري من عيوب الإرادة، وجدنا أنّ العقد: "منعقد في حقّ العلة، ولكن يمنع من نفاذه عدم تمام العلة، وذلك إلى أن تلحقه الإجازة. ولما كان العقد الموقوف غير تامّ العلة فالصّفقة إذن لم تتمّ. فلا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض"⁽¹¹⁸⁰⁾.

. فإذا انتقلنا إلى غير اللازم، وجب: أولاً أن نعرّف الخيار، وثانياً أن نمرّ إلى ما يهّمنا منه (وذلك على المستوى الذي نحن بصددده)، وثالثاً أن نقارن بينه وبين الفسخ الذي وجدناه بالفصل 647 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود:

فأمّا تعريف الخيار، فهو: "أن يكون الإنسان محيّراً بين تنفيذ العقد وفسخه"⁽¹¹⁸¹⁾.

والخياران اللذان اعتنى بهما الفقه الإسلامي على مستوى المادّة التي نحن بصدددها هما الرّؤية والعيب:

والأوّل يمنع تمام الحكم⁽¹¹⁸²⁾ ولا يمنع انعقاد العلة ولا تمامها ولا انعقاد الحكم (النّفاذ)، وهو "يمنع تمام الحكم حتّى بعد القبض. فالصّفقة إذن لم تتمّ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض"⁽¹¹⁸³⁾.

والثّاني - ويهّمنا أكثر من سابقه⁽¹¹⁸⁴⁾ - لا يمنع انعقاد العلة ولا تمامها ولا انعقاد الحكم ولا تمامه ولكن يمنع لزومه⁽¹¹⁸⁵⁾ "قبل القبض. فالصّفقة إذن لم تتمّ قبل

(1179) السنهوري، م س، ج 4، ص 157.

(1180) السنهوري، م س، ج 4، ص 282. انظر أيضاً: أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، م س، ص 245.

(1181) حيدر (علي)، م (درر الحكّام)، ج 1، ص 110 تحت المادّة 116.

(1182) أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، م س، ص 246.

(1183) السنهوري، م س، ج 4، ص 283.

(1184) يلاحظ أنّ الفقهاء لم يهتمّوا بخيار الوصف على المستوى الذي نحن بصددده (انظر إلى السنهوري وأبو الليل مثلاً) وإن كانت المجلّة العثمانية قد أوردت له فصلاً يتكوّن من ثلاث مواد (310 و311 و312) اثنتان منهن تهمّان حكم العقد المقترن بهذا الخيار ولكن ليس فيهما المسألة التي نحن بصدددها.

(1185) أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، م س، ص 246.

القبض، وتتمّ بعد القبض. فيستطيع من له الخيار، قبل القبض، نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. أمّا بعد القبض، وقد تمتّ الصفقة، فلا يستطيع من له الخيار إلّا فسخ العقد. ولا بدّ للفسخ من التراضي أو التّقاضي⁽¹¹⁸⁶⁾.

وخيار الرجوع في العقد غير اللازم يختلف عن فسخ العقد الذي هو "جزءا عدم تنفيذه من أحد طرفيه، ويترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه. وفي هذا الأثر ورجعيته يشترك الفسخ مع الرجوع في التعاقد فكلاهما إزالة وهدم للعقد واعتباره كأن لم يكن ولم يوجد أصلا. إلّا أنّهما يختلفان بعد ذلك في العديد من الأمور، يهمنّا منها هنا أنّ الفسخ لا يكون إلّا بحكم قضائي أو باتّفاق الطرفين [...] أمّا الرجوع في العقد فيتمّ بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، دون توقّف على إرادة المتعاقد الآخر، ودون حاجة إلى حكم قضائي⁽¹¹⁸⁷⁾.

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 قرّرتّه من بطلان نسبي لصور معيّنة للغلط

(1186) السنهوري، م س، ج 4، ص 283 و 284. وانظر أيضا: الكاساني، م س، ج 5، ص 416 حيث قال: "ولنا أنّ الصفقة تمّت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالأقالة وهذا لأنّ الفسخ يكون على حسب العقد لأنّه يرفع العقد ثمّ العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا يفسخ بأحدهما بغير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي، بخلاف ما قبل القبض لأنّ الصفقة قبل القبض ليست بتامة لأنّ تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كأنّه لم يستردّ بخلاف الرّد بخيار الشرط لأنّ الصفقة غير منعقدة في حقّ الحكم مع بقاء الخيار، فكان الرّد في معنى الدّفع والامتناع من القبول وبخلاف الرّد بخيار الرؤية لأنّ عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنّه أوجب خلا في الرضا فكان الرّد كالدّفع، أمّا هاهنا إذ الصفقة قد تمّت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرّد من غير قرينة القضاء أو الرضا" (انظر أيضا الكتاب والجزء نفسه: ص 424).

(1187) أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، م س، ص 147.

الذي تحدّثت عنه في المرّة الأولى. ففي الحالتين لا بدّ من التّقاضي لكي يُنخلّص من العقد، أمّا في الفقه - وفيما يخصّ العيب - فقبل القبض لا تقاضي ولا تراضي وبعده يجب التّقاضي أو التّراضي (1188).

فإذا كنّا أمام صور قرّرت فيها مجلّة الالتزامات والعقود البطلان المطلق، وقرّر فيها الفقه الإسلامي البطلان أو الفساد، فهنا لا اختلاف على صعيد مسألة التّقاضي بين تلك المجلّة وهذا الفقه.

أمّا إذا اتّبعتنا السنهوري وأخذنا بوقف النّفاد كجزاء لعيوب الإرادة عموماً وللغلط التلقائي والمحدث خصوصاً، فعندها سيكون الفقه الذي يقول بهذا مختلفاً أيضاً عن مجلّة الالتزامات والعقود على الأقلّ على مستوى الصّور التي قالت فيها هذه بالبطلان النسبي، إذ في العقد الموقوف كما رأينا لم تتمّ الصّفقة، ومن ثمّ لا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض.

فإذا مررنا إلى الرّؤية لم نحتاج إلّا إلى الإشارة إلى أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تنظّم هذا الخيار (1189).

هذه المقارنة بين مجلّة الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي هي بعد مقارنة بين القانون الفرنسي وهذا الفقه لأنّ مجلّة الالتزامات والعقود أخذت حلولها من هذا القانون.

(1188) لكنّ الشّافعي يرى أنّه وبعد القبض أيضاً لا تراضي ولا تقاضي. السنهوري، م س، ج 4، ص

253؛ أبو زهرة، م س، ص 408 و409 الذي يورد حجج هذا الموقف وحجج معارضيه.

(1189) لتسهيل المقارنة نورد حلول مجلّة الالتزامات والعقود وإلى جانبها حلول الفقه:

الفقه الإسلامي	مجلّة الالتزامات والعقود
- صور البطلان أو الفساد في الفقه: لا حاجة للتقاضي.	- صور البطلان المطلق في مجلّة الالتزامات والعقود: لا ضرورة للدّعى
- صور عدم اللزوم (العيب): قبل القبض: لا تقاضي/بعد القبض: التّقاضي	- *صور البطلان النسبي في مجلّة الالتزامات والعقود: ضرورة الدّعى
- لو قيل بالنسبة إلى كلّ الصّور بالعقد الموقوف: لا تقاضي	- *صور الفسخ (647 وما بعده) في مجلّة الالتزامات والعقود: ضرورة الدّعى
خيار الرّؤية: لا تقاضي ولا تراضي.	خيار الرّؤية: لا تعرفه مجلّة الالتزامات والعقود

365. — فما اختارته المجلّة إذن مستورد، وهو مختلف عن الفقه⁽¹¹⁹⁰⁾، ومن ثمّ فنحن أمام مجال يمكن البحث فيه عمّا إذا كانت المجلّة مجسّدة للإحكام أم لا. ومناطق الحكم هو هل أنّ نقض العقد بالتقاضي أفضل أم نقضه بعدم التقاضي، وهل الأحسن وضع أحد الحلين على كلّ الصّور أم التفرقة ليُقال في بعض الصّور بالتقاضي وفي البعض الآخر بعدمه؟

ينبغي أن نأتي بالجواب من الغرب نفسه: فهناك تجديد أحدثه القانون الألماني⁽¹¹⁹¹⁾ وتمثّل في تبسيط شكل البطلان. فمن له حقّ إثارة هذا البطلان يكفيه أن يوجّه تصريحاً إلى الطّرف الآخر. وهذا الطّرف الآخر مطالب، إن نازع التّصريح وأراد الوصول إلى إسقاطه، بالقيام أمام القضاء. ولهذا الحلّ محاسن⁽¹¹⁹²⁾، ومساوئ⁽¹¹⁹³⁾. لكنّ المساوئ غلبت المحاسن⁽¹¹⁹⁴⁾.

⁽¹¹⁹⁰⁾ لقد تركنا هنا المقارنة بين بطلان الغرب المطلق، وبطلان أو فساد الفقه لأنّ الحلّ هنا وهناك هو عدم التقاضي. كما تركنا خيار الرّؤية لكي نتحدّث عنه في عنوان السّياق.

⁽¹¹⁹¹⁾ واتّبعه في ذلك القانون السّويسري، وهو تجديد لأنّ الشّكل القضائي الفرنسي موروث من الرّومان الذين أوجدوا الرّدّ الكامل وهو قضائي ("فودمي"، م س، ص 190)

⁽¹¹⁹²⁾ هي تبسيط العلاقات التّعاقديّة وتجنّبها ثقل الجهاز القضائي (انظر إلى: "كاربوني"، م س: الالتزامات، عدد 108)، وأيضاً تبادلي عدم الاستقرار. ولتوضيح هذه المزيّة يتّجه التّعريض إلى الشّكل القضائي: ففي نظام يتبنّى هذا الشّكل يملك صاحب الدّعوى مصير العقد في يده. ويمكنه عوض أن يقوم بما، الاكتفاء بتهديد معاقده بالقيام بما، وترك وضعيّته متأرجحة إلى حين مجيء التّفاد المسقط. أمّا في النّظام الألماني، فمنذ أن يصرّح من يملك الدّعوى أنّه يريد التّمسك بما، يتحقّق البطلان بصفة نهائيّة ولا يمكن لصاحب التّصريح الرّجوع في تصريحه (لم نفعل هنا إلّا أن نقلنا بطريقة تكاد أن تكون حرفيّة ما قاله: "فودمي"، م س، ص 190).

⁽¹¹⁹³⁾ قال "كاربوني" (م س: الالتزامات، عدد 108) إنّ النّظام الألماني نظام فردي. أمّا "فودمي" (م س، ص 190 و 191) فيعيب عليه أمرين:

أولهما أنّه أريد التّبسيط والخشية أن تكون النتيجة هي التّعقيد وذلك لأنّ هذا النّظام قد يكثر من القضايا. فالنّظام الفرنسي فيه عيب وهو وجوب التقاضي، لكنّ هذا العيب تأتي قبالته مزيّة وهي أنّه متى أثبت الدّعوى لم يعد ثمّ مجال للتّرّد حول ما أراده القائم بما، ثمّ إنّ القضاء سينظّم كلّ جوانب الوضعيّة

وقد نتبع هذا الرأي وقد لا نتبعه:

فإذا لم نتبعه، 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 النظام الألماني، بدون أن نصل بها إلى النظام الفرنسي. أمّا الحالة الثانية، 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 (1195).

فإذا واصلنا في نفس الاتجاه وهو عدم اتّباع الرأي الوارد أعلاه، لكن هذه المرّة مع تبني نظريّة العقد الموقوف، فالظاهر أنّه لن يمكننا التّفرقة بين ما قبل القبض وما بعده، لأنّنا سنمسّ من أشياء أساسيّة في النظريّة وهي وقف التّفاد وعدم تمام العلة. لكن بالإمكان أن نطوّر في الاتجاه المتحدّث عنه سابقاً.

فإذا قُبل منّا هذا، يكون قد قُبل منّا كون مجلّة الالتزامات والعقود أُنحت على متقن كان عندها فتركته وجاءت بغير متقن.

أمّا إذا اتّبع الرأي الذي مفاده أنّ الشكّل القضائي أفضل، عندها لن تكون المجلّة مجسّدة لعدم الإحكام (1196).

التي قد تكون معقّدة. أمّا في النظام الألماني فالّتصريح 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 النظام الألماني قد يوجد فيه أيضاً ما يوجد في النظام الفرنسي من إمكانيّة أن يعمد صاحب البطلان إلى جعل وضعيّة معاقده متأرجحة. فالمصرّح قد يكتبني بإعلام الآخر بالعيب، ولا يعبر عن إرادته في الإبطال. وهنا نصل إلى نفس النتيجة التي نجدّها في النظام القضائي (لم نعمل هنا أيضاً إلا أن نقلنا ما جاء عند: "فودمي"، م س، ص 191).

(1194) وهذا هو رأي: "فودمي"، م س، ص 191.

(1195) قد نقول إنّ الاتّساق يقتضي أنّه وحيث لا مشاكل تقريبا لا قضاء، وحيث تمّ مشاكل تقرّر تدخّل القضاء.

(1196) قد نقول إنّ القاضي هو الذي يستطيع أن يحكم هل تمّ حقّاً غلط. وعلى هذا فالّاتّساق يقتضي تدخّل القاضي حيث يكون تدخّله ضروري، وهو هنا كذلك.

ولعلّ هذا التّراء على مستوى الرّبط بمسألة الإحكام لن نجده حين نمرّ إلى النّقطة الموالية.

(ب) تقييم الحكم المتعلّق بمسألة من يثير البطلان

366. — سنحاول هنا أيضا إحضار الفقه الإسلامي قبل المرور إلى الرّبط بالمسألة التي نعمل عليها:

◀ ◆ فإذا بدأنا في الإطار الأوّل بالعقد الباطل، وجدنا أن "كلّ" ذي مصلحة أن يتمسّك بالبطلان. يتمسّك به كلّ من العاقدين [...] (ف) البائع في البيع الباطل لا يجبر على تسليم المبيع ويستردّه إذا كان قد سلّمه وهذا عن طريق التّمسّك بالبطلان، [...] المشتري لا يجبر على دفع الثّمّن ويستردّه إذا كان قد دفعه وهذا أيضا عن طريق التّمسّك بالبطلان. كذلك الشّفيح لا يملك الأخذ بالشّفعة في بيع باطل، إذ يستطيع البائع أن يتمسّك ببطلان البيع لمنعه من الأخذ بالشّفعة، وهنا التّمسّك بالبطلان هو أحد العاقدين ولكن يتمسّك به ضدّ الغير لا ضدّ العاقد الآخر. كذلك يجوز للمرتهن أن يتمسّك ببطلان البيع الصّادر من الرّاهن للعين المرهونة، وللمستأجر أن يتمسّك ببطلان البيع الصّادر من المؤجّر للعين المؤجّرة، فكلّ من المرتهن والمستأجر له مصلحة في التّمسّك ببطلان البيع الباطل. وإذا مات من صدر منه بيع باطل، دخلت العين المبيعة في تركته، وجاز لورثته أن يتمسّكوا ببطلان البيع لأنّ لهم مصلحة في ذلك" (1197).

◆ ولعلّ الحلول لا تختلف عمّا سبق في العقد الفاسد. فيملك "كلّ" من العاقدين أن يستقلّ بالفسخ" (1198). لكن هنالك خصوصيّة يتّجه إبرازها وتهمّ الفساد لأجل الإكراه. فهنا يفرّق بين ما قبل القبض وما بعده: فقبل القبض يمكن للمكروه والمكروه

(1197) السنهوري، م س، ج 4، ص 135.

(1198) السنهوري، م س، ج 4، ص 157.

الفسخ؛ أمّا بعد القبض فلا يمكن إلّا للمكروه الفسخ⁽¹¹⁹⁹⁾. ولعلّ هذا الحلّ هو الذي يجب أن يُقال به لو قلنا في صورة النوع بالفساد لا بغيره من مراتب المؤيّدات لأنّ الغلط كالإكراه من عيوب الإرادة⁽¹²⁰⁰⁾.

♦ فإذا مررنا الآن إلى عدم اللزوم، واهتمنا داخله بخيار الرّؤية وخيار العيب، وجدنا أنّ هذين يجعلان العقد لازماً من جهة وغير لازم من جهة أخرى هي جهة صاحب الخيار⁽¹²⁰¹⁾. ثمّ إنّ الأوّل لا يورث لأنّه متّصل بالمشيئة لا بالعين، فإذا مات من له

(1199) السنهوري، م س، ج 4، ص 173 و 174 و 175 و 176.

(1200) لعلّ البعض في فرنسا وبالنسبة إلى ما يسمّى بالغلط المانع، وبسبب كون الأمر بهمّ مصالح خاصّة (مع ما يترتّب عن ذلك على مستوى قائمة الذين يتمسكون بالبطلان فلا تمتدّ إلى معاهد الواقع في غلط [إلخ] وعلى مستوى فتح إمكانية الإمضاء) قال بالبطلان التّسبي (انظر إلى: "فيسستان"، م س: نشأة العقد، عدد 495).

(1201) انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 198، الهامش. حيث يقول إنّ "كلّاً من خيار الشّروط وخيار التّعيين بمثابة شرط واقف، فيكون العقد لازماً من جهة وموقوفاً من جهة أخرى. أمّا خيار الرّؤية وخيار العيب فهو بمثابة شرط فاسخ، فيكون العقد لازماً من جهة وغير لازم من جهة أخرى. فخيار الشّروط وخيار التّعيين، في حقيقة الأثر الذي يترتّب عليهما يتّصلان بوقف العقد لا بعدم لزومه [...] وعند الشّافعي خيار الشّروط فاسخ كخيار العيب".

وفي الاتجاه نفسه يقول أبو الليل (م س، ص 251 و 252) إنّه: "إذا أردنا تقريب الخيارات التي ينظّمها الفقه الإسلامي من الشّروط الواقف والشّروط الفاسخ في القانون الوضعي لأمكننا القول إنّ كلّاً من خيار الشّروط وخيار التّعيين يقتربان من الشّروط الواقف، حيث معهما وإن كان العقد لازماً لأحد المتعاقدين، إلّا أنّه يكون موقوفاً من جهة المتعاقد الآخر. أمّا خيار الرّؤية وخيار العيب فهما أقرب إلى الشّروط الفاسخ، حيث معهما يكون العقد غير لازم وجائز الرجوع فيه، أي جائز فسخه وفقاً لتعبير الفقه الإسلامي، من جهة من تقرّر له الخيار. ولا تفوتنا الإشارة هنا إلى أنّ الفقه الإسلامي مختلف بشأن الأثر المترتّب على تعليق العقد نتيجة اقتراه بشرط واقف. فالحنفيّة يرون أنّ العقد المعلّق على شرط واقف لا ينعقد ولا وجود له قبل تحقّق الشّروط ومن ثمّ فلا يترتّب آثاراً. فالتعليق لدى فقهاء الحنفيّة نوع من التّوقف لا يقتصر على آثار العقد بعد انعقاده، وإمّا يمسّ الانعقاد ذاته. أمّا الإمام الشّافعي، وكذلك الإمام مالك، فيريان أنّ العقد المعلّق عقد موجود ولكن حكمه يتأخّر لحين حدوث الواقعة الشّروطيّة المعلّق عليها العقد. لذلك ففي حالة خيار الشّروط، يكون العقد موجوداً ولكن حكمه يتأخّر لحين إصدار صاحب الاختيار اختياره. أمّا عن أثر العقد المعلّق على شرط فاسخ، فلا تثار بشأنه صعوبة حيث أنّه

الخيار لزم العقد. أمّا الثّاني فيورث، لأنّه متّصل بالعين أكثر من اتّصاله بالمشيئة⁽¹²⁰²⁾. وهذا رأي الإمام أبو حنيفة. أمّا الإمام الشّافعي فيرى أنّ كلّ الخيارات تورث⁽¹²⁰³⁾.

♦ فإذا اخترنا مرتبة العقد الموقوف، وجب أن نقرّب صورتنا من صورة ناقص الأهلية، وأن نأخذ الأحكام منها⁽¹²⁰⁴⁾، فنعطي من وقع في الغلط ما نعطيه للصّبي المميّز حين يصبح راشداً: فإذا أجاز نَقَدَ العقد، وإذا لم يجز فُسخ.

◀ 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 السنهوي إنّ الغرب والفقه الإسلامي متماثلان على مستوى أحكام العقد الباطل. وما يهّمنا منها هنا مسألة من يثير البطلان⁽¹²⁰⁵⁾.

ويبدو أن بالإمكان قول نفس الشّيء لو تبيننا الفساد في صورة النوع⁽¹²⁰⁶⁾. ولعلّه بالإمكان أن يقال في مرتبة عدم اللزوم والوقف بما يوجد في مرتبة العقد الباطل نسيباً.

فإذا صحّ ما سبق تكون مجلّة الالتزامات والعقود مستوردة نعم، لكن الذي جاءت به مثل المحلّي، لذا لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

لا خلاف في أنّ هذا الشّروط لا يحول دون ترتيب العقد لآثاره وتنفيذها، ما لم يتحقّق الشّروط فيزول العقد".

(1202) السنهوي، م س، ج 4، ص 235 و283 و284.

(1203) انظر إلى حجج كلّ واحد منهما عند: أبي الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س، ص 240.

(1204) انظر إلى هذه الأحكام عند السنهوي مثلاً: م س، ج 4، ص 178 وما بعدها.

(1205) السنهوي، م س، ج 4، ص 267.

(1206) لكن لو قلنا بفساد على شاكلة ما هو موجود في الإكراه. أي لو قلنا إنّ المكروه ينقطع حقّه في الفسخ بعد القبض، فهنا تكون مرتبة الفساد مثل مرتبة العقد الموقوف (السنهوي، م س، ج 4، ص 175).

والسؤال الآن هل الأمر كذلك على مستوى مسألة الإمضاء.

(ج) تقييم الحكم المتعلق بمسألة الإمضاء

367. — سنحضر الفقه الإسلامي، لكي نتمكن بعده من إتيان التقييم:

◀ وفي الفقه، "ولما كان العقد الباطل غير موجود شرعا، فإنه لا يتصور أن تلحقه الإجازة إذ الإجازة لا تلحق إلا عقدا موجودا قابلا لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة. والعقد الباطل، كتصرف شرعي، معدوم وغير قابل لإنتاج أي أثر، ومن ثم لا يمكن إجازته" (1207).

♦ نفس هذا الحل، ولنفس السبب، نجده في العقد الفاسد. فهو عقد منهى عنه، والأصل فيه أن "لا ينتج أثرا ومن ثم لا تلحقه الإجازة" (1208). فإذا قلنا بفساد في صورة النوع مثل فساد بيع المكره، فهنا سنقبل الإجازة. ويقول السنهوري عن الإكراه إنّه: "ترد على البيع إجازة العاقد المكره وهو البائع، قبل القبض وبعده، فينقلب البيع صحيحا، لأنّ الفساد فيه لحقّ البائع لا لحقّ الشرع" (1209).

(1207) السنهوري، م س، ج 4، ص 135.

(1208) السنهوري، م س، ج 4، ص 155. ويقول في ص 158: "ولا يجوز لأيّ من العاقدين النزول عن حقّ الفسخ لأنّ العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة [...] فإذا أسقط عاقد حقه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمنا، فإنه يستطيع بالرغم من ذلك أن يفسخ العقد، ولا يعتدّ لا بإسقاطه حقه في الفسخ ولا بإجازته للعقد. ويقول الكاساني في هذا المعنى: «الفسخ في العقد الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته، لأنّ وجوب الفسخ ثبت حقا لله تعالى دفعا للفساد، وما ثبت حقا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصودا» (البدائع، 5، 301).

وإنّ هذا الكلام لينبّه إلى أنّ الفصل 329 من مجلّة الالتزامات والعقود يعني أنّ من قبل عقدا باطلا مطلقا وتنازل صراحة أو ضمنا عن حقّ القيام بالإبطال تمّ قام بعد ذلك بدعوى إبطال لا يمكن أن يقال له لا تقبل دعواك لأنك أمضيت، فإمضاؤه وبحسب عبارة الفصل المذكور "لا عمل عليه".

(1209) السنهوري، م س، ج 4، ص 175. وهنا يكون حكم الفاسد بعيدا عن الحكم العادي للفساد

♦ وتلحق الإجازة أيضا العقد غير اللازم، ونجدها في خيار الرؤية وخيار العيب: فأما الأول فهو "من حقّ الشّرع لا من حقّ العبد، فلا يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط، وإنما يسقط ضمنا بالإجازة"⁽¹²¹⁰⁾. وأما الثاني، فنجد به الإجازة من جهة أولى داخل إسقاط الخيار. "ويسقط خيار العيب بإسقاط المشتري له إسقاطا مقصودا صريحا أو ما هو في معنى الصّريح نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبتة وما يجري هذا المجرى لأنّ خيار العيب حقّه فله أن ينزل عنه"⁽¹²¹¹⁾. كما نجد الإجازة من جهة ثانية في الإبراء. فقد "يرضى المشتري بالعيب دون أن يعلم به، وذلك إذا اشترط عليه البائع

وموافقا لحكم العقد الموقوف.

⁽¹²¹⁰⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 283. ويقول الكاساني (حسب السنهوري: م س، ج 4، ص 234 و235، الهامش): "فأما ما ثبت حقا لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطا مقصودا، لأنّه لا يملك التصرف في حقّ غيره مقصودا، لكنّه يحتمل السقوط بطريق الضّورة بأن يتصرّف في حقّ نفسه ويتضمّن ذلك سقوط حقّ الشّرع، فسقوط حقّ الشّرع في ضمن التصرف في حقّ نفسه، كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرّؤية نصّا أو دلالة مباشرة تصرّف يدلّ على الرضا والإجازة. لأنّه وإن ثبت حقا للشّرع لكنّ الشّرع أثبتته نظرا للعبد، حتّى إذا رآه وصلاح له أجازته، وإن لم يصلح له رده، إذ الخيار هو التّخيير بين الفسخ والإجازة. فكان المشتري بالإجازة والرّضا متصرّفا في حقّ نفسه مقصودا، ثمّ من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار. فكان سقوط الخيار من طريق الضّورة لا بالإسقاط مقصودا، ويجوز أن يثبت الشّيء بطريق الضّورة وإن كان لا يثبت مقصودا، كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل ولم يعلم به فإنّه لا يعزل ولو باع الموكل بنفسه يعزل 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.

⁽¹²¹¹⁾ السنهوري، م س، ج 4، ص 260. لكن رأينا سابقا (الفقرة عدد 333) أنّ هناك من عدّه هذا الخيار شرعيّا. وعلى كلّ وكما قلنا (الفقرة عدد 333) فالفرق بين خيار الوصف وخيار العيب يدوب لو قلنا إنّ هذا يثبت دلالة، ولذلك لم نتحدّث في إطار المسائل الثلاث التي نحن بصددنا عن خيار الوصف لأنّ العيب يغني عنه. انظر أيضا حول إسقاط خيار العيب: السنهوري، م س، ج 4، ص 247.

البراءة من العيب فقبل منه هذا الشرط⁽¹²¹²⁾. وأخيراً نجد الإجازة في الرضا بالعقد بعد العلم بالعيب. "وقد يكون صراحة، وقد يكون بالدلالة لا بصريح العبارة، والصريح مثل أمضيت العقد، أو رضيت به، أو أوجبت به، أو ألزمت نفسي به، والرضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرف يدل على الرضا بالعقد، كأن يكون المعقود عليه ثوباً فيصبغه، أو أرضاً فيبني عليها، أو حنطة فيطحنها، أو يبيعه، أو يهبه هبة صحيحة، ونحو ذلك من التصرفات التي تدل على إقرار البيع والرضا"⁽¹²¹³⁾.

♦ ونجد الإجازة أيضاً في العقد الموقوف، وما يهمننا منها - لكونها قريبة من مادة الغلط - تلك التي ترد من ناقص الأهلية عندما يستكمل أهليته⁽¹²¹⁴⁾.

(1212) السنهوري، م س، ج 4، ص 251. انظر أيضاً: أبو زهرة، م س، ص 404.

(1213) أبو زهرة، م س، ص 407. انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 261.

(1214) السنهوري، م س، ج 4، ص 182. ولقد نقد السنهوري الحلول الفقهيّة هنا وذلك لغلبة الصنّاعة وتقديمها على المقتضيات العمليّة. ولقد همّ هذا التقدّ أمرين:

أولهما اشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت العقد (لأنّ للإجازة حكم الاستناد إلى العقد) ووقت الإجازة (لأنّ للإجازة حكم الإنشاء فمن هذا الوقت بدأ وجودها) لصحة الإجازة. "لكن هذه النظرة الصنّاعيّة المحضنة نظرة ضيقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحلّ ورثته محلّه، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحلّ" (السنهوري، م س، ج 4، ص 279. انظر أيضاً ص 191).

ثانيهما وضع قاعدة الملك الباتّ إذا طرأ على الموقوف 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) يبيح، فهنا ينفذ العقد بين (أ) و (ب)، ويبطل العقد بين (أ) و (ج)، والسبب أنّ العقد بين (أ) و (ب) صار باتّاً بالإجازة، وقد طرأ على العقد الثاني وهو موقوف فأبطله {العقد الثاني أيضاً موقوف. وتفسير ذلك أنّ العقد الأوّل بين (أ) و (ب) موقوف، والموقوف غير نافذ فلا تنتقل به الملكيّة ولا يلزم فيه دفع الثمن (انظر: السنهوري، م س، ج 4، ص 181)، وينجّر عن ذلك أنّ (أ) نقل إلى (ج) ما لا يملكه، فعقدتها إذن موقوف على إجازة المالك وهو (ب)}. "وكان الأولى أن يقال إنّ إجازة البيع الأوّل تستند إلى وقت صدور هذا البيع، فيكون ملك المشتري الأوّل باتّاً من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف لأنّه لم يطرأ عليه، بل يجعله نافذاً، إذ يعتبر المشتري الأوّل

◀ فإذا مررنا الآن إلى الرّبط بمسألة الإحكام، أمكن نقل ما جاء في النّقطة السّابقة بحذافيره وذلك على مستوى الباطل⁽¹²¹⁵⁾، وعلى مستوى الفاسد، وعلى مستوى غير اللازم⁽¹²¹⁶⁾، والموقوف.

ولعلّ الإجازة، وهي داخلة في مسألة الإسقاط، تدخلنا بعد في أثر مراتب الجزاء المتعلّق بالزّمن. لكن، قبل المرور إلى الزّمن، ينبغي التّظر في الآثار المتعرّض لها بعد، وينبغي تقييمها لا في ذاتها هذه المرّة، بل في سياقها. من هنا يكون العنوان الموالي 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 المسائل السّابقة في الغرب الذي تبنته مجلّة الالتزامات والعقود، والسّياق الذي جاءت فيه نفس هذه المسائل في الفقه الإسلامي، لكي نستطيع القيام بالتّقييم:

◀ والسّياق الأوّل يتمثّل في وصف العقد: فإنّما أنّه وُلد ميتا وإنّما أنّه وُلد حيّا. والفرضيّة الأولى كما الثّانية تدخلان في "قياس شرطيّ متّصل" وبالتّحديد في "مقدّمته

بفضل استناد الإجازة مالكا للمبيع ملكيّة بائّة وقت أن صدر منه البيع الثّاني". (السّنهوري، م س، ج 4، ص 280. وانظر الفقرة عدد 333).

وعلى هذا — وإذا قرّر جعل مرتبة الموقوف لعيوب الإرادة — فالواجب تخليصها من هذه الأحكام، لأنّها، أي الأحكام، وحسب السّنهوري، صناعيّة محضّة ويضيق بما تتعامل.

⁽¹²¹⁵⁾ هنا أيضا وحسب السّنهوري لا وجود لفرق (ج 4، ص 267): "ولما كان العقد الباطل في الفقهين غير موجود شرعا، فلا يتصوّر أن تلحقه الإجازة".

⁽¹²¹⁶⁾ علينا أن نلاحظ هنا أنّ الغلط المنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات والعقود جاء فيه حديث ضمني عن إسقاط الخيار (الفصل 672 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وحديث صريح عن الإبراء (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.

الأولى". ففرضية ولادة العمل القانوني ميتا "مقدم" "تاليه": 1. عدم ضرورة الدّعى/ 2. إمكانية إثارة البطلان من كلّ معني/ 3. عدم السّماح بالإمضاء (بالتّحديد، وكما أشير إلى ذلك سابقا، عدم أخذ الإمضاء بعين الاعتبار لو وُجد). أمّا فرضية ولادة ذلك العمل حيّا ف: "مقدم" "تاليه": 1. ضرورة الدّعى/ 2. إمكانية إثارة البطلان في إطار أضيق من السّابق/ 3. السّماح بالإمضاء (بالتّحديد أخذ الإمضاء بعين الاعتبار لو وُجد)⁽¹²¹⁷⁾.

◀ أمّا السّياق الثّاني، فأكثر تدرّجا من سابقه، ثمّ هو يدخلنا في علاقات لا يدخلنا فيها السّياق الغربي. ولتوضيح هذا السّياق الثّاني ينبغي التّذكير بالموانع في الفقه الإسلامي وهي خمسة:

فقد يمكن أن يوجد مانع يقف دون انعقاد العلة⁽¹²¹⁸⁾.

فإذا انعقدت العلة، قد يمكن أن يقوم مانع يحول دون تمامها⁽¹²¹⁹⁾.

وإذا انعقدت العلة وتمّت، قد يمكن أن يقوم مانع يحول دون انعقاد الحكم⁽¹²²⁰⁾.

وإذا انعقدت العلة وتمّت، وانعقد الحكم، قد يمكن أن يقوم حائل دون تمام الحكم⁽¹²²¹⁾.

وإذا انعقدت العلة وتمّت، وانعقد الحكم وتمّ، قد يمكن أن يوجد مانع يقف دون لزوم الحكم⁽¹²²²⁾.

⁽¹²¹⁷⁾ يضاف داخل "التّالي" أمر آخر هو التّقدم المسقط. ولكنّ هذه المسألة تركت لوقت لاحق.

انظر حول هذه الكيفية لعرض النّظرية التّقليدية للبطلان (شكل القياس): "فودمي"، م س، ص 144 و145. ولقد أعملها في صورة العقد الذي وُلد ميتا، و لكنّنا مددناها للصّورة الأخرى أيضا.

⁽¹²¹⁸⁾ كأن يكون محلّ البيع شخصا ليس بعبد بل هو حرّ.

⁽¹²¹⁹⁾ هنا نجد صور العقد الموقوف، أي صور عدم التّفاد.

⁽¹²²⁰⁾ أو دون ابتدائه، وهنا نجد خيار الشّروط الذي يمنع ثبوت حكم العقد وهو خروج المبيع عن ملك

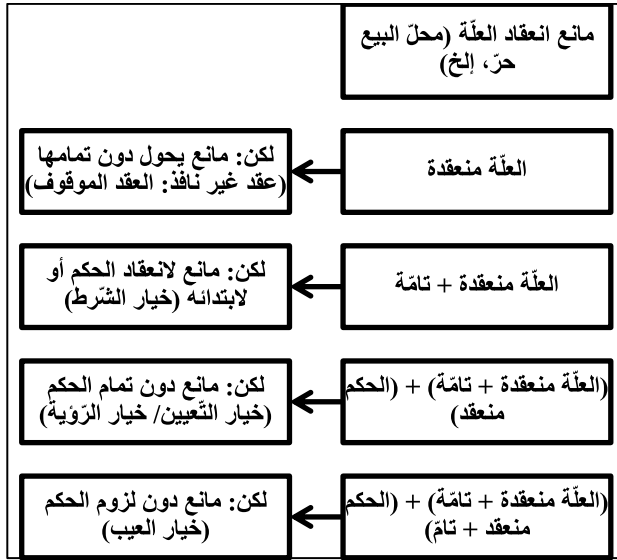
البائع" (أبو الليل [إبراهيم الدّسوقي]، م س، ص 245). وهنا وعلى هذا المستوى لا فرق مع ما سبق.

⁽¹²²¹⁾ وهنا نجد خيار التّعيين وخيار الرّؤية.

⁽¹²²²⁾ وهنا نجد خيار العيب. ولقد نقلنا هذه الموانع الخمسة عن: أبو الليل (إبراهيم الدّسوقي)، م س،

وإنّا سنترك المانع الأول⁽¹²²³⁾، ونهتم بالأربعة المتبقية. هذه الأربعة تهمّ العقد الموقوف والعقد غير اللازم. ومعهما أو داخل ثانيهما نجد: خيار الشرط⁽¹²²⁴⁾،

ص 245 و246؛ السنهوري، م س، ج 4، ص 282 وما بعدها.



⁽¹²²³⁾ رغم أنّه يهتّمنا على مستوى الصّور التي نقول فيها بجزء البطلان مثلا. وسبب تركنا له أنّنا وفيما سيأتي سنكتفي بما قالته بعض الكتابات حول الموانع وحول الحكم عليها (وهذا سيكون حكما على مجلّة الالتزامات والعقود)، وهذه لم تتناول ذلك المانع.

⁽¹²²⁴⁾ هو يمنع انعقاد الحكم، وإذن فهو مثل العقد الموقوف لا مثل العقد اللازم، لكنّ الشافعي يرى العقد المقترن بخيار شرط، صحيحا نافذا، لذا يمكن الحديث عنه أيضا داخل غير اللازم. انظر أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، م س، ص 247، حيث يتحدّث عن الرأى الغالب في الفقه وهو للمالكية والحنفية والحنبلية في قول ومفاده أنّ خيار الشرط يمنع انعقاد الحكم، وانظر ص 248 حيث يتحدّث عن رأى الشافعي وابن حنبل في قول ومفاده أنّ هذا الخيار لا يؤخّر الأحكام، بل إنّ هذه "ثبت فور العقد كما لو كان خاليا من قيام الشرط، أمّا الأمر الذي يرتبه هذا الخيار فهو جعل العقد المقترن به جائزا غير لازم فقط، ذلك أنّ العقد المقترن به خيار الشرط هو عقد صحيح نافذ، فافتضى أن تثبت أحكامه بمجرد انعقاده، فلا يوجد ما يستلزم التراخي في تنفيذ العقد، وخيار الشرط ليس بسبب لذلك، ومع هذا القول الثاني ينتقل الملك إلى المشتري، ثمّ يعود إذا اختار الرجوع. وبذلك يقترب خيار الشرط من الشرط الفاسخ وليس من الشرط الواقف" - انظر أيضا هامشا سبق أوردنا فيه قول السنهوري - وإنّا وفي ما سيأتي سنكتفي بإيراد موقف الغالبية من خيار الشرط.

وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب (1225).
وسنحاول الإتيان بهذه الموانع، مع ما يرتبط بها، وذلك بواسطة جدول (1226) هو التالي:

من حيث الانتقال بالميراث	من حيث الإسقاط الصريح	من حيث كيفية الرجوع في العقد	من حيث المانع	
لا ينتقل بالميراث. فإذا مات من له حق إجازة العقد قبل الإجازة بطل العقد.	لا يرد فيه الإسقاط.	- بما أنه غير تامّ العلة فالصفقة لم تتم، فلا يحتاج نقضه إلى تراضي أو تقاضي، ويكفي في نقضه محض إرادة من له حقّ التّقصّ. - بما أنه غير تامّ العلة، يبطل إذا لم تلحقه الإجازة.	- العلة منعقدة - العلة غير تامّة - عدم تمام العلة مانع للتّفاذ وذلك إلى أن تلحقه إجازة.	العقد الموقوف
لا ينتقل بالميراث، لأنّه متّصل بالمشيئة أكثر من اتّصاله بالعقد. فإذا مات صاحب الخيار، لزم العقد ولم يبطل.	الخيار من حقّ العبد: يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط.	- بما أنّ الحكم غير منعقد، فالصفقة لم تتم، فلا يحتاج صاحب الشرط في نقضه إلى تراض أو تقاض.	- العلة منعقدة - العلة تامّة - الحكم غير منعقد	خيار الشرط
ينتقل بالميراث لأنّه متّصل بالعين أكثر من اتّصاله بالمشيئة.	- لا يتصوّر فيه إسقاط خيار التّعيين لأنّ من له الخيار يجب عليه التّعيين، وإن كان يستطيع إسقاط	- يتمّ التّعيين بالإرادة المنفردة لمن له حقّ التّعيين، المشتري أو البائع، دون حاجة إلى تراض أو تقاض. - بما أنّ الحكم غير تامّ، فالصفقة لم تتمّ، فيستطيع من	- العلة منعقدة - العلة تامّة - الحكم منعقد - الحكم غير تامّ هو محتو على خيار شرط، فإذا جردناه منه أمكن	خيار التّعيين

(1225) بالرغم من تنبيه السنهوري إلى وجود موقفين (انظر الهامش السابق)، وبالرغم من أنّه تحدّث عن خيار الشرط 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 نظرية الخيارات مستقلة عن غيرها).

(1226) لقد أتى السنهوري (م س، ج 4، ص 282 إلى 285) ومن بعده أبو الليل (م س، ص 245 وما بعدها) بما سنأتي به. بل إنّنا لن نفعّل إلاّ أن ننقل هذين وخاصة الأول منهما. لكننا رأينا أن شكل الجدول يسهّل أكثر عملية التّتبّع والمقارنة. ويمكن تتبّع المادّة نفسها في الشّكل الآخر بالعودة إلى الفقيهين الذين نقلنا ما جاء عندهما.

	خيار الشرط الموجود داخل خيار التعيين. - حق العبد	له الخيار نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض.	قول ما ورد أعلاه، أي أنّ العقد غير تامّ الحكم إلى أن يتعين المحلّ، فهو يفيد الملك في أحد الأشياء غير عين، فلا ينتقل الملك في عين بالذات إلا بعد التعيين.	
خيار الرؤية	- حق الشرع: لا يجوز إسقاطه قصدا بصريح الإسقاط، وإنما يسقط ضمنا بإجازة العقد.	- بما أنّ الحكم غير تامّ، فالصّفقة لم تتمّ ويستطيع من له الخيار نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض.	- العلة منعقدة - العلة تامة - الحكم منعقد - الحكم غير تامّ (حتى بعد القبض)	
خيار العيب	حقّ العبد: يجوز إسقاطه مقصودا بصريح الإسقاط.	- قبل القبض: الصّفقة لم تتمّ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض. - بعد القبض: الصّفقة تمت، فلا يمكن لصاحب الخيار إلاّ فسخ العقد. ولا بدّ للفسخ من التراضي أو التقاضي.	- العلة منعقدة - العلة تامة - الحكم منعقد - الحكم تامّ - الحكم غير لازم قبل القبض - الحكم لازم بعد القبض، وهو لازم بالقبض.	

ويرى السنهوري أنّ هذه الصنّاعة الفقهيّة رائعة. ويتجلّى ذلك في "التدرّج المحكم وفي ردّ الأحكام إلى أصول منطقيّة ثابتة [...] ولعلّ الفقه الغربي في هذه المسائل لم يصل إلى هذا الحدّ من الدقّة والإحكام. ويعرف الفقه الغربي الشرط الواقف والشرط الفاسخ⁽¹²²⁷⁾، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى. أمّا الفقه الإسلامي فيعرف هذه

⁽¹²²⁷⁾ ينبغي أن ندخل وسط السنهوري، ونورد حواشي لم يأت بها هذا الفقيه. ولقد أردنا هنا أن نعطي موقف الفقه الإسلامي من الشرط الواقف ومن الشرط الفاسخ:

فأمّا الشرط الواقف فعند الأحناف يهّم الانعقاد لا مجرّد النفاذ. وعند المالكيّة والشافعيّة، يعدّ العقد موجودا، ولكنّ حكمه يتأخّر حين حدوث الواقعة الشرطيّة المعلّق عليها العقد.

وأما الشرط الفاسخ فلا خلاف في شأنه، إذ هو لا يحول دون ترتيب العقد لآثاره وتنفيذها ما لم يتحقّق الشرط فيزول العقد. أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، م س، ص 251 و 252.

المرتبة الوسطى، فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب ذلك أنّ خيار الشرط كالشرط الواقف يمنع انعقاد الحكم⁽¹²²⁸⁾، وخيار العيب كالشرط الفاسخ يمنع لزوم الحكم⁽¹²²⁹⁾، أمّا خيار الرؤية فلا يمنع انعقاد الحكم فهو فوق الشرط الواقف، ويمنع تمام الحكم فهو دون الشرط الفاسخ، ومن ثمّ كان مرتبة وسطى بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ. وكما أنّ العقد الذي فيه خيار الرؤية هو فوق العقد المقترن بخيار الشرط (أو بالشرط الواقف)، فإنّ العقد الموقوف هو دون العقد المقترن بهذا الشرط. ذلك أنّ الوقف يمنع تمام العلة، أمّا الشرط فلا يمنع تمامها ولكن يمنع انعقاد الحكم، فهناك إذن، في الفقه الإسلامي، مرتبتان إلى جانب مرتبتي الشرط الواقف والشرط الفاسخ: العقد الموقوف وهو دون الشرط الواقف، والعقد الذي فيه خيار الرؤية وهو فوق الشرط الواقف ودون الشرط الفاسخ، وليس لهذا التدرج نظير في الفقه الغربي⁽¹²³⁰⁾.

◀ فإذا اتبعنا السنهوري⁽¹²³¹⁾، قلنا إنّ مجلّة الالتزامات والعقود، بأخذها مادّة آثار مراتب البطلان من الغرب وتركها لنفس المادّة في الفقه الإسلامي، قد تخلّت عن

(1228) هنا أيضا سندخل في نصّ السنهوري لنلاحظ أنّ هذا موقف الأحناف من الشرط الواقف (انظر الهامش السابق).

(1229) يتبيّن من الجدول:

خيار العيب (والوصف تابع) = قبل القبض ← عدم لزوم حكم العقد ← رجوع دون تراضي أو تقاضي. = بعد القبض ← لزوم حكم العقد ← فسخ بالتراضي أو بالتقاضي.

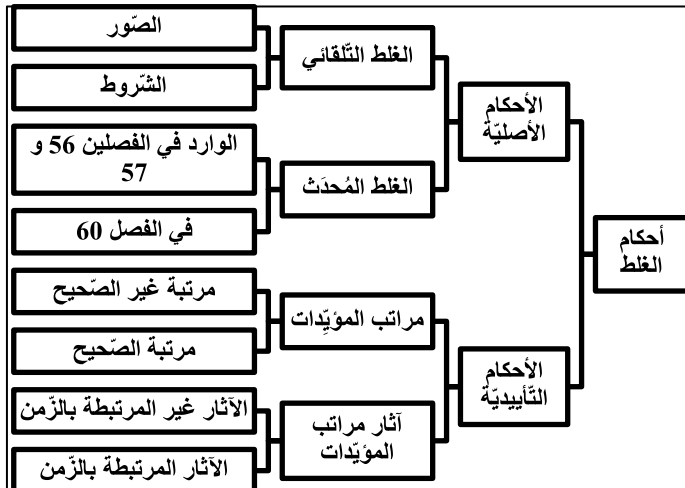
إذن وبعد القبض يتبيّن أن تمّ شبه بين الخيار والشرط الفاسخ والبطلان النسبي: العقد صحيح (مؤقتا في البطلان النسبي حسب النظريّة الكلاسيكيّة) ← إذن يرتّب حكمه ← إذن للتخلص فسخ بالتقاضي.

(1230) السنهوري، م س، ج 4، ص 284 و 285.

(1231) أضاف السنهوري على ما تقدّم بالقول إنّ نظريّة البطلان في الفقه الإسلامي "ارتقت في تدرجها الدقيق في الخيارات، من منع انعقاد الحكم، ثمّ من منع تمامه، ثمّ من منع لزمه. وهي في ذلك تلبس كلّ حالة ثوبها الذي يلائمها: فتارة يكون الرجوع في العقد بإرادة منفردة وطورا يكون بالتراضي أو بالتقاضي، وتارة يجوز الإسقاط مقصودا وطورا لا يجوز، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطورا لا ينتقل" (م س، ج 4، ص 286).

سياق يمثل جمع متماثلات وفصل متخالفات وأتت بما هو دونه، وبهذا تكون مجسّدة لعدم الإحكام. وإنّ مادّة آثار البطلان المتبنّاة أو المتروكة فيها مسألة رابعة تهمّ الزّمن. هذه المسألة هي التي سنحاول تناولها الآن⁽¹²³²⁾.

(1232)



الفصل الثّاني

الإحكام في أثر مراتب المؤيّدات المتعلّق بالرّمن

369. — إنّ عملنا يقتضي محاولة الإتيان بتحليل مجلّة الالتزامات والعقود أوّلاً، وبحلول القانون الغربي والفقّه الإسلاميّ ثانياً، وبالحكم ثالثاً. لكن هنا أيضاً — ولنفس السّبب المتمثّل في ظهور تبنيّ المجلّة مراتب المؤيّدات الغربيّة ومن ثمّ آثارها وظهور تركها مراتب المؤيّدات التي قال بها الفقّه ومن ثمّ آثارها — سنضطرّ لتغيير تنظيم مراحل عملنا، فنجعل محاولة الإتيان بحلول القانون الغربيّ تلتحق بمحاولة تحليل مجلّة الالتزامات والعقود، ومحاولة الإتيان بالفقّه الإسلاميّ تدخل في محاولة الحكم. كلّ هذا سيعطي ما أعطى سابقاً: عنواناً لعرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود (المبحث الأوّل)، وآخر لتقييم هذا الحكم (المبحث الثّاني).

المبحث الأول: عرض الحكم

370. — هنا أيضا سنفكك ما ركّبناه منذ قليل، أي سنحيل ما جعلناه واحدا تحت اسم "الحكم" إلى التعدد الذي هو مصدر الحكم (الفقرة 1) والحكم نفسه (الفقرة 2).

الفقرة 1. عرض مصدر الحكم

371. — ثبت سابقا أنّ مجلّة الالتزامات والعقود تبنت مراتب المؤيّدات الفرنسيّة المتمثّلة في البطلان⁽¹²³³⁾ وآثارها الثلاث⁽¹²³⁴⁾. ومعلوم أنّه وفي فرنسا يقال بأثر رابع لتلك المراتب يتعلّق بالزّمن.

لكن ثبت أيضا أنّ المجلّة التّونسيّة تبنت من فرنسا مرتبة جزاء أخرى في مادّة الغلط هي الفسخ⁽¹²³⁵⁾، ولهذه المرتبة أثر مختلف يتعلّق بالزّمن.

لذا سنعرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن (أ)، وسنعرض معه مصدر حكمها المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بدوره بالزّمن (ب).

⁽¹²³³⁾ انظر الفقرة عدد 274 وما بعدها.

⁽¹²³⁴⁾ انظر الفقرة عدد 337 وما بعدها.

⁽¹²³⁵⁾ انظر الفقرة عدد 209 وما بعدها.

(أ) عرض مصدر الحكم المتمثل في أثر مرتبة البطلان المتعلق بالزمن

372. — ينبغي، لكي تكون عندنا صورة عن هذا المصدر تصلح في العمل الذي نحن بصدده، أن نتعرض إلى ما أرادته المجلة المدنية الفرنسية، وإلى ما قالته النظرية التقليدية، وإلى ما جاء في فقه القضاء، وإلى ما ينجر عما جاء في فقه القضاء:

373. — ◀ أما ما أرادته المجلة المدنية الفرنسية، فقد اعترضنا بعد تعبير عنه يتمثل فيما قالته محكمة التعقيب في فترة المشروع⁽¹²³⁶⁾. فهذه رأيت أن هناك: من جهة صوراً لا يحتاج فيها للدعوى، ويكفي أن يتمسك من يطلب منه تنفيذ العقد ببطلانه بواسطة الدفع، وهذا لا يسقط؛ ومن جهة أخرى صوراً يحتاج فيها للدعوى، واقترحت في شأنها محكمة التعقيب نصاً — سيصبح فيما بعد الفصل 1304 من المجلة المدنية — يقول ضمن ما يقول بتقادم مسقط بعد عشر سنوات⁽¹²³⁷⁾. وما سبق يدل على أن دعوى البطلان النسبي تقبل التقادم المسقط. لكنه يصب في اتجاه القول بعدم تقادم في البطلان المطلق لأنه لا دعوى هنا أصلاً: وفعلاً إذا لم تكن ثم دعوى، لن يكون هنالك سقوط لأن السقوط محلّ الدعوى.

وهنالک تعبير آخر ينبئ بأن نية واضع المجلة المدنية قد أجهت إلى ما سبق من قول بعدم السقوط في إطار البطلان المطلق. هذا التعبير يتمثل في تقرير "جوبار". ومعلوم أن "التقارير أصدق إنباءً عن نية المشرع الفرنسي من الخطب"، لأن الخطب تعبّر عن رأي صاحبها أما التقارير فتترجم رأي القسم التشريعي⁽¹²³⁸⁾. وقد قال "جوبار"، في تقريره المقدم للمجلس المكلف بمناقشة القوانين أمام الهيئة التشريعية،

(1236) انظر الفقرة عدد 348.

(1237) سببتي هذا الأجل وسنجدّه في المجلة المدنية إبان صدورها. لكن وبعد أكثر من قرن ونصف (أي في 3 جانفي 1968) سوف ينقح الفصل 1304 وسوف يتمّ الإنقاص من ذلك الأجل ليصبح خمس سنوات.

(1238) "لوران"، م س، ج 15، عدد 463.

"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"⁽¹²³⁹⁾.

وقد يقال إنّ ما سبق من قول لمحكمة التّعقيب ول: "جوبار" قد ورد سابقاً على أنّه حجّة على كون المجلّة المدنيّة الفرنسيّة أرادت عدم ضرورة الدّعى وأنّه لم يزد - هذا إن زيد⁽¹²⁴⁰⁾ - سوى كون الدّفْع بالبطلان المطلق لا يسقط. وهذا ليس حجّة، لأنّ الدّفْع بالبطلان النسبي أيضاً لا يسقط. مع ذلك فدعوى البطلان النسبي تسقط.

هذا القول وجيه. لكن ما أريد من إعادة ما قالته محكمة التّعقيب ومن إعادة ما قاله "جوبار" ليس التنبه على أنّ الدّفْع لا يسقط، بل التنبه على أنّ الدّعى إذا لم تكن ضروريّة لم يكن هنالك مجال للحديث عن سقوطها. بعبارة أخرى إن أراد مشرّع ألاّ ضرورة للدّعى، فقد أراد بنفس المناسبة ألاّ سقوط. وهذا ما جاء على لسان أحدهم حين قال إذا كان "العمل باطلاً، فلا حاجة لمهاجمته، وإذا لم يكن ثمّ مجال لدعوى البطلان، فلا مجال أيضاً للسّقوط"⁽¹²⁴¹⁾.

(1239) "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".

(1240) لم تحصل زيادة على مستوى قول محكمة التّعقيب (قارن مع الفقرة عدد 348) وحصلت على مستوى قول "جوبار" (قارن مع الفقرة عدد 348).

(1241) "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. — ♦ إلا أن هنالك من قال إن نية المشرع الفرنسي تتمثل في جعل حكم السقوط موحدًا ويهم كل الدعاوى، أي أن الفصل 2262 أريد منه التّقدم المكسب والتّقدم المسقط لجميع الدعاوى. ويؤسّس صاحب هذا القول رأيه على الأعمال التحضيرية أيضًا⁽¹²⁴²⁾.
مما سبق يخلص أنه لا يمكن القطع بما أراده المشرع الفرنسي في مسألة سقوط دعوى البطلان المطلق بمضي الزمن.

375. — ♦ ◀ فإذا مررنا إلى النظرية التقليدية، وجدنا أصحابها دومًا مع "قياسهم الشرطي المتصل": "إذا كان العمل القانوني وُلد ميتا [...] فالسقوط مستحيل"⁽¹²⁴³⁾. و"البطلان لا يمكن أن يستتره الزمن: فالعمل القانوني الذي نقصه شرط وجود، لا يمكن أن يحصل عليه بمرور أجل"⁽¹²⁴⁴⁾. ويضيفون إننا هنا لسنا أمام دعوى بطلان حقيقية، إذ "البطلان موجود بغض النظر عن أية دعوى قضائية"⁽¹²⁴⁵⁾.

376. — ♦ ثمّ هم يقولون إن موقفهم لا يهدّد استقرار المعاملات، وذلك لأنّ الأمر لا يخلو من وضعيتين:
فإنّما أنه لم يحصل تنفيذ، وهنا تمكن المعارضة بالبطلان، ولن يؤثّر ذلك على الاستقرار لأننا سننقي بالمعارضة ما كان على ما كان.

⁽¹²⁴²⁾ انظر تقرير المدعي العام في إطار القرار المذكور سابقا (خاصة ص 150 و 151).

⁽¹²⁴³⁾ "فودمي"، م س، ص 144 و 145.

"Si l'acte est mort-né [...] la prescription est impossible".

⁽¹²⁴⁴⁾ "فودمي"، 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".

⁽¹²⁴⁵⁾ "فودمي"، م س، ص 145.

"La nullité existe indépendamment de toute action en justice".

وإما أنه حصل تنفيذ، وهنا "من يتمسك بالبطلان سيقوم، لاستعادة موضوع أدائه، إما بدعوى استرداد ما دُفع وهو غير مستحق وإما بدعوى استحقاقية. ودعوى استرداد ما دُفع وهو غير مستحق تسقط بمضي ثلاثين سنة (الفصل 2262). وليس البطلان هو الذي سيُسْتَر بأجل الثلاثين سنة، ولكن ما سيسقط عملياً هو دعوى الاسترداد. أما الدعوى الاستحقاقية فهي لا تسقط، لأن حق الملكية لا يمحى بالتقادم المسقط. لكن الطرف الآخر الذي تحوّل، استطاع أن يكسب بالتقادم، فيعارض إذن بالتقادم المكسب، وهذا لا قاسم مشترك بينه وبين التقادم المسقط لدعوى البطلان" (1246).

377. — لكنّ هذا القول بعدم تأثر استقرار المعاملات ليس صحيحاً، فقد يحدث أن نكون أمام من لا يستطيع أن يكسب بالتقادم لأنه لا يتمتع بالشخصية القانونية. وهذا إذا وقع القيام ضده بدعوى بطلان مطلق بعد ثلاثين سنة، فليس له من وسيلة لاستبقاء الشيء وترك ما كان على ما كان إلاّ الدّفع بسقوط تلك الدّعى بمضيّ الزمن.

378. — ◀ وهنا نصل إلى موقف محكمة التعقيب الفرنسية التي وجدت نفسها أمام هذه الصّورة بالذات (1247)، فقالت إنّه، و"حسب عبارات الفصل 2262 من

(1246) "فودمي"، 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".

(1247) تعلق الأمر بجمعية دينية غير مرخص فيها، أي غير موجودة قانوناً، أبرم معها عقد بيع (هبة)

المجلة المدنية، كلّ الدعاوى سواء كانت عينية أو شخصية تسقط في ثلاثين سنة. وهذا الحكم عامّ وينطبق خاصّة على الحالة التي يكون فيها البطلان راديكاليًا وبهمّ النظام العامّ. وهذا السقوط لا يؤدّي إلى إعطاء الاتفاق الممنوع وجودًا قانونيًا، لكنّه يعدم كلّ الدعاوى التي تريد أن تصل إلى التصريح ببطلانه⁽¹²⁴⁸⁾.

379. — ◀ هذا القول بسقوط دعوى البطلان المطلق، تنجّر عنه نتائج (هي) تنجّر أيضا عن سقوط دعوى البطلان النسبي، بل عن سقوط كلّ الدعاوى (سنوردها لأنّها ستصلح في عملية المقارنة بالفقه الإسلامي، وسنوردها بسرعة لكي لا نبتعد عن عملنا:

هذه النتائج تتمثل من جهة أولى في القطع والتعليق وفي مبدأ لا سقوط ضدّ من لا يستطيع القيام⁽¹²⁴⁹⁾، ومن جهة ثانية في جعل السقوط تقنية لحماية المدنيين⁽¹²⁵⁰⁾

مقتنعة). 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.
⁽¹²⁴⁸⁾ "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 public, que la prescription ainsi établie n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale, mais qu'elle anéantit toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation".

ولقد قال المدعي العامّ في تقريره لمحكمة التعقيب إنّها وفي ثلاثة قرارات سابقة قالت بالسقوط: تعقيبي، 8 نوفمبر 1842، فقه قضاء عامّ، انظر: التزامات، عدد 2866. ثالثا — تعقيبي، 11 نوفمبر 1845، دالوز (DP)، 1846، 1، 25 — تعقيبي، 3 جانفي 1849، دالوز (DP) 1849، 1، 139 (انظر قول المدعي العامّ ب: دالوز 1880، 1، ص 150 وكذلك ص 151).

⁽¹²⁴⁹⁾ تحدث "كاربوني" عن مبدأ:

contra non valentem agere non currit praescripti.

"كاربوني" (جون)، تعليق على التّقدم المسقط، المجلة الفصلية للقانون المدني، 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 المأثورة، ص 114) :-

La prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir.

أي: التّقادّم لا يسري ضدّ من مُنِع من القيام.

وقال "كاربونيي" إنّ المجلّة المدنيّة أقرت هذا المبدأ بواسطة الفصل 2251 الذي نصّ على أنّ السّقوط يسري إلّا إذا وضع القانون استثناء. لكنّ المحاكم أعادت بعثه إلى الوجود، قائلة إنّ أسباب التّعليق هي التي يجب أن ينصّ عليها القانون، والمبدأ ليس تعليقا (إذن عدّت المحاكم التّصّ العامّ مفيدا للخصوص وهو التّعليق، وهذا مختلف عن المبدأ المذكور. فالتّعليق يوقف بصفة مؤقتة جريان الأجل وهو في التّنهاية إطالة للأجل القانوني أيّا كان الوقت الذي قام فيه سببه. فالقاصر نزیده 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 المفروض أن تسقط فيه الدّعوى. أمّا المبدأ فلا يطيل الأجل إلّا متى كان سبب إعماله ما زال موجودا في الوقت الذي من المفروض أن تسقط فيه الدّعوى] لم نفعل هنا إلّا أن نقلنا ما جاء عند "رولان" و"بوايي"، م س، ص 117]. إلّا أن هنالك من يسمّي المبدأ تعليقا [مثلا: "دوبلا"، م س، ج 2، ص 128]. وهو أي المبدأ يهّم الاستحالة الواقعيّة لا القانونيّة [مثال للاستحالة القانونيّة: لا يمكن للمكروه أن يقوم وهو تحت حالة الإكراه، وهذه يحكمها مبدأ آخر هو لا سقوط لدعوى لم تولد بعد]. وتمثّل الاستحالة الواقعيّة في صورتين: القوّة القاهرة [حرب، إلخ] وجهل وجود الحقّ ["رولان" و"بوايي"، م س، ص 116]. لكنّ "كاربونيي" وفي مقاله المذكور أعلاه (ص 174 و175)، يحدّثنا - زيادة على جهل وجود الحقّ - عن صورة الدّائن الذي دخل في مفاوضات مع مدينه من أجل حلّ رضائي، وعن صورة المريض مرضا خطيرا. ويلاحظ "كاربونيي" (م س، ص 180) أنّ المشرّع 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).

(1250) يقول "كاربونيي" في مقاله المذكور أعلاه (ص 175 و176) إنّ أساس السّقوط لا يمكن أن يكون سلطان الإرادة لو قلنا إنّه جعل لحسن سير القضاء بتجنيبه النّظر في ملقّات قديمة. لكنّه يضيف أنّ الفصل 2223 من المجلّة المدنيّة (يقابله الفصل 385 من مجلّة الالتزامات والعقود) لا يسمح للقاضي بأن يثير السّقوط من تلقاء نفسه وهذا يعني أنّ الأساس المذكور للتّوّ (حسن سير القضاء) غير صحيح. ثمّ يواصل الفقيه الفرنسي قائلا إنّ السّقوط ينظر إليه عادة على أنّه تقنية لحماية المدينين، وهو يهّم

وأمرًا إجرائيًا غير ذي أثر إلا متى وقع التمسك به أمام المحكمة. وأكثر من هذا - حتى إن تم التمسك بالسقوط - فالذي يموت عندها هو الالتزام المدني. أما الالتزام الطبيعي فيبقى حيًا لا يموت⁽¹²⁵¹⁾.
ويبدو أن أثر مرتبة البطلان المتعلق بالزمن، والذي عرضناه للتوّ، مختلف عن أثر مرتبة الفسخ الخاص بنفس النقطة.

(ب) عرض مصدر الحكم المتمثل في أثر مرتبة الفسخ المتعلق بالزمن

380. - لا نقصد بالفسخ هنا البطلان النسبي لأننا أوردنا هذا البطلان في العنوان السابق، لكننا نقصد "الحلّ الرجعي مبدئيًا لعقد ملزم لجانين نعفي به أحدهما من تنفيذ التزامه لأنّ التزام الآخر لم يعد بالإمكان تنفيذه بسبب خطأ هذا الآخر أو بسبب أمر خارج عنه كهلاك الشيء"⁽¹²⁵²⁾.
ويكفي هنا أن نورد محتوى الفصل 1648 من المجلة المدنية الفرنسية لندرك أن تمّ اختلافًا على مستوى الزمن بين البطلان حتى النسبي منه والفسخ. فلقد قال هذا

النظام العام المرتبط والمقيد بهذه الحماية. لذلك يمنع التنازل المسبق عن التمسك بالسقوط (الفصل 2220 من المجلة المدنية الفرنسية ويقابله الفصل 386 من مجلة الالتزامات والعقود)، لكن يسمح بالتنازل البعدي (في مجلة الالتزامات والعقود: الفصل 386). ويمنع الاتفاق على إطالة الأجل لأنه تنازل مسبق (في مجلة الالتزامات والعقود: الفصل 388)، لكن يسمح بالتقصير في الأجل لأنه يقوي من حماية المدين (المشكل هنا أنّ هنالك مدينين هم بعد أقوى وقد يفرضون على الدائن صاحب الدعوى آجالًا قصيرة).

(1251) انظر إلى "كاربوني"، م س (تعليق على التّقديم المسقط)، ص 176.

بعبارة أخرى ماتت الدعوى ولم يمت الحقّ. فالحقّ يبدأ طبيعيًا، ثمّ يأتي القانون ويحميه بواسطة دعوى فيصبح حقًا قانونيًا، ثمّ قد يزول عنه وصف القانوني فيعود كما بدأ طبيعيًا (قارن مع "كاربوني"، المقالة السابقة نفسها، ص 178).

(1252) انظر الفقرة عدد 212.

النّص إنّ "الدّعى النّاجمة عن عيوب خفيّة يجب القيام بها من قبل المشتري في أجل قصير وذلك حسب نوع العيوب وعرف المكان الذي وقع فيه البيع"⁽¹²⁵³⁾. وهذا يعني أنّ الأجل الذي ينطلق من تاريخ اكتشاف العيب قد يختلف عن ذلك المقرّر في الفصل 1304 لبعض أنواع الغلط التلقائي والمحدث⁽¹²⁵⁴⁾ والذي هو عشر سنوات من تاريخ اكتشاف هذا الغلط⁽¹²⁵⁵⁾. وإنّ هذا الاختلاف سنجده أيضا في مجلّة الالتزامات والعقود التي سنحاول الآن عرض حكمها.

الفقرة 2. عرض الحكم نفسه

381. إنّ ما جاء في المجلّة المدنيّة الفرنسيّة سنجدّه في مجلّة الالتزامات والعقود، أي سنجد زمتنا هو أثر لمرتبة البطلان وآخر هو أثر لمرتبة الفسخ. لذا سنعرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود المتمثّل في هذين الأثرين الواحد منهما تلو الآخر.

(أ) عرض الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق بالزّمن

382. — يقتضي التّمثلي المعتمد في هذا العمل البحث عن نيّة المشرّع التونسي. هذا البحث شبيه بسابقه الذي تعلّق بنية المشرّع الفرنسيّ. فالسّابق كان سهلا في ما

⁽¹²⁵³⁾ "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.

⁽¹²⁵⁴⁾ لم نشر إلى حالات البطلان المطلق لأننا رأينا أنّ نظريّة العيوب الخفيّة نقلت من القانون الروماني،

وهذا كان يقول بها في إطار الأوصاف غير الدّاتيّة (انظر الفقرة عدد 90).

⁽¹²⁵⁵⁾ نفتح الفصل 1304 في 3 جانفي 1968 وصار الأجل خمس سنوات.

يخصّ البطلان النسبي وصعبا فيما يخصّ البطلان المطلق⁽¹²⁵⁶⁾. والأمر سيكون كذلك في إطار نيّة المشرّع التونسي⁽¹²⁵⁷⁾.
 وإنّ البحث عن نيّة هذا المشرّع التونسي واجب الحصول في إطار الفصلين 372 و449 من المشروع المراجع. والسبب أنّ هذين نُقلا وصارا الفصلان 325 و402 من مجلّة الالتزامات والعقود:

383. — ◀ — ♦ فأما 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، لكننا نعلم أنّ مجرد القول بالانعدام يتضمّن أربعة آثار من ضمنها هذا الأثر⁽¹²⁵⁸⁾.

(1256) انظر الفقرة 372 وما بعدها.

(1257) ودليل تلك السّهولة وهذه الصّعوبة اتّفاق فقه القانون التونسي حول موقف المشرّع من البطلان النسبي واختلافه حول موقفه من البطلان المطلق. وفعلا انقسم فقه القانون إلى: قائل بعدم سقوط دعوى البطلان المطلق: "دوبلا"، م س، ج 2، ص 94 و95؛ المالقي (محمّد)، م س، ص 309؛ الرّين (محمّد)، م س، عدد 293 (يعرض هذا الفقيه الموقفين، لكن يبدو من خلال العدد المذكور منذ قليل، وعرضه في مرتبة ثانية الموقف القائل بعدم السّقوط أنّه من أصحاب هذا الرّأي).

وقائل بسقوطها: شرف الدّين (محمّد كمال)، تعليق على الحكم المدني الصّادر عن محكمة التّاحية 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 المذكور منذ قليل).

لكننا — وكما حصل معنا في المحتويات السّابقة لهذا العمل — لن نستطيع التّعرّض إلى ذاك الفقه وإلى هذا القضاء نظرا للتّمسّي المعتمد، إلّا إذا وجدنا في ذاك أو في هذا ما يطابق ويساوي هذا التّمسّي.
 (1258) انظر إلى ما قيل حول "الشّرطي المتّصل" (الفقرة عدد 341 وما بعدها والفقرة عدد 349).

وفعلا إذا أخذنا "أوبري" و"رو"، وجدناهما⁽¹²⁵⁹⁾ يفرقان بين الانعدام والبطلان والفسخ (rescision)، ويقولان ألا سقوط في الأول. صحيح أنه لا يمكن القطع بأن إشارة الحاشية التحتية إلى هذين الفقيهين هي تبرير من قبلها لموقفهما على مستوى عدم السقوط. لكن تلك الإشارة هي أيضا إشارة إلى قولهما هذا. والسبب أن رأيهما كلٌّ، فإذا أُشير إلى جزء فقد أُشير إلى الآخر.

384. — فإذا ذهبنا إلى "لوران"، تقدّمنا خطوة على ما سبق. فهنا أشارت الحاشية إلى مكان⁽¹²⁶⁰⁾. وحين نذهب إلى هذا المكان نجد مادّة واسعة من ضمنها إمضاء العقد القابل للإبطال. وهنا نُرسَل إلى مكان آخر. في هذا المكان الآخر نجد حديثا عن الإمضاء أيضاً، لكن عن عدم إمكانه في صورة الانعدام⁽¹²⁶¹⁾. 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 السقوط بمضيّ الزّمن⁽¹²⁶²⁾.

⁽¹²⁵⁹⁾ ج 4، عدد 337 وما بعدها. وقد يقال إن الحاشية التّحتية للفصل 372 من المشروع المراجع لم تشر إلى هذه الأماكن، ولكننا قلنا إنّ المشار إليه يتضمّن قولاً حول الزّمن، لأنّ الموقف كلٌّ وداخله وحدات من ضمنها عدم السّقوط، فإذا أُشرت إلى وحدة من هذا الموقف فقد أُشرت إلى البقية.

⁽¹²⁶⁰⁾ ج 18، عدد 528 وما بعدها.

⁽¹²⁶¹⁾ يرسلنا ج 18، عدد 566 إلى ج 15، عدد 462.

⁽¹²⁶²⁾ 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 يوجد دعوى بطلان، ولا يمكن إمضاءه، ولا يمكن أن يصبح صحيحاً بواسطة أي تقادم مسقط"

"L'article 1131 porte: «l'obligation, sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet». C'est à dire [...] qu'une obligation pareille n'existe pas, qu'elle ne donne pas lieu à une action en nullité, qu'elle ne peut être confirmée, qu'elle ne peut devenir valable par aucune prescription".

وينبغي أن نشير إلى أنّه وفي مكان لاحق (عدد 465) سيقول لنا إنّ دعوى الاسترداد تسقط بمضيّ

لكنّ قول "لوران" بأنّ الأمر يتعلّق بكلّ ليس حجّة على ما نحن بصدده. فقد يكون صاحب الفصل 372 من المشروع المراجع (ومن ثمّ صاحب الفصل 325 من مجلّة الالتزامات والعقود) قد أراد من ذلك الكلّ أمراً ليس عدم السقوط. والسؤال ما هذا الأمر؟ قد يجاب إنّه ليس عدم إمكان الإمضاء لأنّ هذا سيقال به في نصّ لاحق، وإنّه عدم ضرورة الدّعى (لا يبقى بعد طرح عدم السقوط وعدم الإمضاء إلّا عدم ضرورة الدّعى). وهنا نصل إلى المراد، 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 الدّعى — فإنّ هذا يدلّ على أنّه أريد عدم السقوط. والسبب أنّه متى لم يكن ثمّ مجال للدّعى، لم يكن ثمّ مجال للسقوط⁽¹²⁶³⁾.

385. — وقد يرى فيما جاء للتوّ خطوة ترجّح الرّأي الذي مفاده أنّ إرادة المشرّع ذهبت نحو القول بعدم سقوط دعوى البطلان المطلق، وإن كانت تقصر عن بلوغ مرتبة القطع.

386. — ♦ فإذا مررنا إلى الحاشية الجانبية، لم نتقدّم أكثر في مسألة القطع بوجود هذه الإرادة، أو حتّى في مسألة القطع بوجود ضدها⁽¹²⁶⁴⁾.

388. — ◀ والواجب بعد ذلك أن تحوّل الوجهة نحو النصّ الآخر وهو الفصل 449 من المشروع المراجع (والذي صار الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود). فلعلّ حواشيه تسلم ما لم تسلمه حواشي سابقه:

⁽¹²⁶³⁾ انظر الفقرة عدد 278. ثمّ قد نضيف بأنّ هنالك حجّة أخرى على عدم ضرورة الدّعى وهي أنّ

كلّ التّصوص التي جاءت مع الفصل 372 تحت العنوان نفسه لم تحو هذه الكلمة (الدّعى).

⁽¹²⁶⁴⁾ حين ننظر إلى بعض المراجع المستعملة (مواد المجلّة العثمانية أو مرشد الحيران) نجدتها تتحدّث

عن مرتبة الجزاء نفسها لا عن الأثر المتعلّق بالزّمن.

389. — ♦ وهنا سنبدأ بالحاوية التحتية حيث نجد: إشارة إلى نصين قانونيين وإشارة إلى أحكام قضائية:

390. — ♦♦ فأما النصان فهما الفصل 917 من المجلة التجارية الإيطالية والفصل 195 من المجلة المدنية الألمانية. وهذا يتحدث عن الأجل العام للسقوط. ونفس الشيء بالنسبة إلى ذلك⁽¹²⁶⁵⁾. وهنا، وإن أمكن اعتماد هذه الإشارة كحجة على أن الفصل 449 من المشروع المراجع (ومن بعده الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود) أريد منه التخصيص على الأجل العام للسقوط، فإنه لا يمكن اعتماد نفس الإشارة كحجة قاطعة على أن واضعي ذلك المشروع (وهذه المجلة) قد أدخلوا في الأجل العام دعوى البطلان المطلق.

391. — ♦♦ وأما الأحكام القضائية فهي:

⁽¹²⁶⁵⁾ الفصل 195: "الأجل العام للسقوط هو ثلاثون سنة".

Art 195: "Le délai de droit commun de la prescription est de trente année".
أما بالنسبة إلى النص الإيطالي، فعلى أن نلاحظ أولاً أنه عام ولكن في المادة التجارية. كما علينا أن نلاحظ ثانياً أن هنالك خطأ مطبعياً على مستوى رقمه إذ أن آخر نص تنتهي به المجلة هو 916. وإذا رجعنا إلى عنوان السقوط (من الفصل 905 إلى الفصل 916)، وجدنا أن النص الذي يمكن أن يكون قد أشير إليه هو الفصل 907 الذي يقول إن "السقوط العادي في المادة التجارية يتحقق بانقضاء عشر سنوات، وذلك في كل 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".

المجلة التجارية للمملكة الإيطالية، نشرت في 2 أبريل 1882 ودخلت حيز التطبيق في غرة جانفي

1883، ترجمة وتعليق "هنري مارسي نيس"، "كوفان أمبرور"، جانفي 1883.

Code de commerce du Royaume d'Italie, promulgué le 2 Avril 1882 et mis en vigueur le 1^{er} Janvier 1883, traduit, annoté, commenté par HENRI MARCY NICE S, CAUVIN-Empereur, Janvier 1883.

♦♦♦ حكم المحكمة الابتدائية بتونس (7 ديسمبر 1887) وهو لمدة التقادم المسقط في الدعاوى المتعلقة بالديون العادية والتي هي خمس عشرة سنة حسب الأحناف. وبمناسبة هذا الحكم عمدت الحاشية التحتية للفصل 449 من المشروع المراجع إلى إرسالنا إلى أحكام أخرى تقول إنَّ المدة هي نفسها حسب المالكية، أو هي 15 سنة دون تفرقة بين المذاهب، أو هي 10 سنوات دون تفرقة أيضا بين المذاهب⁽¹²⁶⁶⁾.

♦♦♦ حكم المحكمة الابتدائية بتونس (6 فيفري 1888) الذي يقول إنَّ "مدة خمس عشرة سنة للتقادم المسقط في القانون الإسلامي تنطبق على الالتزامات الناشئة عن عقد أبرم في تونس بين مسلمين ووفق الشكل المراد من القانون المحلي"⁽¹²⁶⁷⁾.

♦♦♦ حكم المحكمة الابتدائية بتونس (27 جوان 1894) الذي يقول — ضمن ما

⁽¹²⁶⁶⁾ المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الأولى — رئاسة "دوبوا") مجلة محاكم تونس، مجلة عملية للتشريع والقضاء (Journal des tribunaux de la Tunisie, Revue pratique de législation et de jurisprudence)، 1894، ص 435.

"في كل الأحوال التي ينطبق فيها تقادم القانون الإسلامي المسقط، يختار المدعى عليه المذهب الذي يناسبه" (يشار هنا إلى العديد من الأحكام التي تبنت القول نفسه) "وفي المذهب الحنفي مدة التقادم المسقط بالنسبة إلى الديون العادية هي خمس عشرة سنة" (هنا أيضا يشار إلى أحكام قالت: — إنَّ الأجل في المذهب المالكي 15 سنة — إنَّ الأجل دون تفرقة بين المذاهب هو 15 سنة — إنَّ الأجل دون تفرقة بين المذاهب هو 10 سنوات. وهذه الإشارة هي التي أرسلتنا إليها الحاشية التحتية للفصل 449 من المشروع المراجع).

"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".

⁽¹²⁶⁷⁾ المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الأولى — رئاسة "جيفروا")، مجلة 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".

يقول - إنّ "تقادم الخمسة عشرة سنة المسقط الذي قبله القانون التونسي للديون الشخصية المتعلقة بمنقولات ينطبق على الالتزامات المبرمة في تونس من قبل تونسي" (1268).

♦♦♦ حكم محكمة الاستئناف بالجزائر (1 ماي 1893) الذي تبني "أسباب" حكم المحكمة الابتدائية بتونس (13 ماي 1890) برمتها، وهذه "الأسباب" قالت إنّ كلّ المذاهب الإسلامية تقبل السقوط في مادّة الالتزامات، وهو في المذهب المالكي خمس عشرة سنة (1269).

(1268) المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الثانية - رئاسة "بارج")، 27 جوان 1894، مجلّة محاكم تونس، 1894، ص 446 و 447.

"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".

(1269) محكمة الاستئناف بالجزائر (الدائرة الأولى - رئاسة "زايس")، 1 ماي 1893. وقد قالت إنّها تبني "أسباب" حكم المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الأولى - رئاسة "بارج")، 13 جوان 1890. والقرار والحكم منشوران بمجلّة محاكم تونس، 1893، ص 382 وما بعدها. وسننقل - ورغم الطول - 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 السقوط - حيث أنّه وفي القانون التونسي قبل ودون نزاع كون الدعاوى المتعلقة بالمنقولات لا يمكن القيام بها بعد زمن معيّن يختلف باختلاف المذاهب وأنّه وفق [...] مدرسة مالك خمس عشرة سنة [...] وحيث أنّه وقع التمسك خطأ [...] بأنّ القانون الإسلامي لا يعترف بوجود التقادم المسقط في مادّة الالتزامات. فإذا كان القرآن قد أعلن أنّ حقّ المسلم لا يبطل وإن قدّم (لم تقل المحكمة أين حصل هذا الإعلان من القرآن)، إلّا أنّ فقهاء كلّ المذاهب وكلّ البلاد الإسلامية - وتحت تأثير الزمن، والظروف وتبدّل الأفكار والعلاقات الاقتصادية بين الإسلام والمسيحية - سهّلوا من صعوبة القانون الأصلي وذلك بواسطة تحريجات قانونية ملائمة دخلت فيما بعد في التقاليد. ويمكن أن نذكر عدّة أمثلة [...] (منها) أنّهم، وبكثير من الصنعة، تجنّبوا الآثار الخطيرة لدوام الحقوق الشخصية، وذلك بالقول، لا بأنّ هذه الحقوق تسقط بمرور الزمن لأنّ ذلك كان سيعارض النصّ

392. — ويمكن القول إنّ ما سبق تعبير مباشر على أنّ نيّة صاحب الفصل 449 من المشروع المراجع (ومن بعده نيّة صاحب الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) هي: أولاً وضع نصّ عامّ للسّقوط؛ ثانياً وضع نصّ عامّ لسقوط الدّعوى

المقدّس، بل بأنّها لا يمكن أن تثار أمام القضاء بعد زمن معيّن، وتكون لتلك الإثارة جدوى (طبعاً هنا نجد الموقف الاستشراقي المعروف والذي مفاده أنّ النصّ المقدّس قد يصبح غير متماش مع الزّمن وأنّ الفقهاء في هذه الصورة يعمدون إلى "الصّنعة" لتجاوزه. انظر ما سيأتي لاحقاً حول تفصيل مسألة التّقادم في الفقه الاسلامي وذلك من أجل تقييم الموقف الاستشراقي في هذه النقطة). وهكذا، ولأنّهم ممنوعون من تقرير سقوط الحقوق، اكتفوا بتعطيل الدّعوى المؤسّسة على هذا الحقّ. وإنّ محاسن هذا الإجراء كانت بيّنة حتّى أنّه، وكما سبق القول، تمّ قبوله في كلّ مكان ومن قبل كلّ المدارس. وهذا الإجراء قبل دون نزاع وجرى به العمل دون استثناءات في تونس. ونجد له أثراً في فتوى [...] ملفتين أحناف [...] وفي فتوى لشيخ الإسلام [...] ثمّ إنّ المحاكم الفرنسيّة المقامة في تونس، وبعد أن تبينّت وجود واستمرار العرف المتمثّل في عدم قبول الدّعوى 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'éteindraient 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".

الناشئة عن التزام⁽¹²⁷⁰⁾. كما يمكن القول إنّ الالتزام أريد منه أيضا ذلك الذي ينجرّ عن عقد.

رغم ما جاء للتوّ، لا نزال بعيدين عن الأمر الذي يهّمنا. نعم وصلنا إلى أنّه أريد في فصل المشروع المراجع (وفي فصل مجلّة الالتزامات والعقود) - وضمن ما أريد - الدّعى الناشئة عن التزام ناشئ بدوره عن عقد، لكننا لم نصل إلى أنّه أريد الدّعى الناشئة عن التزام ناشئ عن عقد باطل مطلقا.

393. - ♦ والواجب إذن أن نمرّ إلى الحاشية الجانبية للفصل 449 (قلنا إنّ ما يقابله هو الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود). وإنّ هذه ترسلنا إلى حاشية الفصل 431⁽¹²⁷¹⁾ (يقابله الفصل 384 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وبالتحديد إلى الجانبية منها⁽¹²⁷²⁾. وهنا قُسم الحديث إلى قسمين: واحد للمالكية وآخر للحنفية: فأما القسم الأوّل فبدأ بحديث نُسب إلى الرسول ﷺ ومفاده أنّ حقّ المسلم لا يسقط. ثمّ قيل إنّ السقوط دخل المذهب المالكي بالتدرّج وذلك على مستوى

⁽¹²⁷⁰⁾ قد يقال إنّ هذا قاله النص نفسه. لكن رغم ذلك هو ذو أهمية لأنّه يقطع كلّ خلاف من شأنه أن يحدث حول معنى الصياغة العربية: "دعوى ناشئة عن تعميم الدّمة".

⁽¹²⁷¹⁾ قالت: "انظر الهامش بالفصل 431". "Voir note à l'art 431".

⁽¹²⁷²⁾ للفصل 431 حاشية تحتية أيضا فيها إشارة إلى القانون الروماني وإلى الفصل 2262 من المجلّة المدنية الفرنسية وإلى "أوبري" و"رو" وإلى "لوران" إلخ. لكن يرجح أنّها ليست المحال عليها. والسبب أنّ الحواشي الجانبية للمشروع المراجع هي للفقهاء الإسلامي الأساس، ولكنها ليست للقوانين أو للفقهاء الغربيين. فإذا اعتبرنا الحاشية التحتية للفصل 431 محالا عليه، أذى ذلك لأن تصبح الحاشية الجانبية للفصل 449 محتوية على قانون وفقه غربي، وهو ما لم نعتده من أصحاب المشروع على مستوى هذا النوع من الحواشي. وعلى كلّ يبدو أنّه، وحتى إذا أخذنا بالاحتمال الضعيف وذهبنا أيضا إلى الحاشية التحتية للفصل 431، فلن نخرج بشيء على مستوى ما نحن بصدده.

مسائل خاصّة⁽¹²⁷³⁾. وقيل بعد ذلك إنّ السقوط دخل على مستوى عموم المسائل، وهنا وُضعت ثلاثون سنة كأجل، ووضعت عشرون، والقضاء اليوم على خمس عشرة سنة. وأشار هنا إلى عدّة أحكام⁽¹²⁷⁴⁾. بل إنه أشار حتى إلى الدّعاوى العينيّة وقيل إنّ أساس سقوطها التنازل، وأجل سقوطها 10 سنوات⁽¹²⁷⁵⁾.

⁽¹²⁷³⁾ عشر سنوات للدّعاوى ضدّ ورثة المودع عنده - سنة لدعاوى الفسخ من أجل الغبن - إلخ.

⁽¹²⁷⁴⁾ منها:

* حكم المحكمة الابتدائية بتونس (الدائرة الثانية - رئاسة "بارج") 20 جويلية 1893، مجلّة محاكم تونس، 1896، ص 589 و590. و"بارج" اعترضنا سابقا تحت الفصل 449 (انظر الفقرة عدد 390).

* حكم محكمة الوزارة (الدائرة المدنية الثانية - رئاسة عبد العزيز تاج) 25 فيفري 1896، مجلّة محاكم تونس، 1896، ص 325 والذي جاء فيه: "لا تقبل الدعوى القضائية المؤسسة على دين بعد خمس وعشرين سنة إذا لم يثبت الدائن أنّه قطع الصّمت وعمد إلى المطالبة أثناء هذا الوقت".

"L'action en justice fondée sur un titre de créance n'est pas recevable, lorsqu'elle existe depuis vingt-cinq ans et que néanmoins le créancier n'établit pas qu'il a rompu le silence et a réclamé dans cet intervalle de temps".

* حكم محكمة الوزارة (الدائرة المدنية - رئاسة الشاذلي كبادي) 1 جويلية 1897، مجلّة محاكم تونس، 1897، ص 640 والذي جاء فيه: "لا يمكن أن يمّثل أساس دعوى قضائية سند الدّين الذي سقط منذ خمس عشرة سنة والحال أنّه لم يحصل أي تنبّع قضائي لاستخلاصه".

"Ne peut servir de base à une action en justice un titre de créance échu depuis quinze années, alors qu'aucune poursuite judiciaire n'a été exercée pour parvenir à son recouvrement".

* حكم محكمة الوزارة (الدائرة المدنية - رئاسة الشاذلي كبادي) 28 جوان 1897، مجلّة محاكم تونس، 1897، ص 664 والذي جاء فيه: "يجب أن يعدّ غير ذي قيمة وغير صالح كأساس لدعوى قضائية 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".

⁽¹²⁷⁵⁾ أشار على مستوى الأساس إلى كتاب: التّواقي (محمّد البشير) مجموع الإفادة في علم الشهادة (له طبعة باللغة العربيّة: تونس، المطبعة التّونسيّة، سوق البلاط، ط 4، 1346 هـ)، ولكن الذي استعملته اللجنة هو المترجم إلى الفرنسيّة والمعلّق عليه من قبل "جول أبرييات": تونس، المطبعة الفرنسيّة، بورال، 1896، ص 185.

وأما القسم الثاني فقد قيل فيه إن: "المدرسة الحنفيّة تنطلق أيضا من مبدأ أنّ الحق لا يسقط بمرور الزمن. لكنّ فقيها [..] قال بسقوط عامّ مدّته ثلاث وثلاثون سنة مؤسّس على قرينة تنازل. ثمّ انتهى بقبول سقوط بخمس عشرة سنة وضعته الأوامر السلطانيّة [..] وقد اعترف به ابن نجيم صراحة [..] لأنّ «ولاية القاضي يمكن تحديدها في الزّمان والمادّة. فأمر السلاطين بعدم سماع الدّعاوى بعد خمس عشرة سنة هو تحديد من هذا النوع ويجب أن يطاع»، وهو سقوط للدّعى، لكنّ الحق لا يسقط»⁽¹²⁷⁶⁾.

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 المستعمل من قبل اللجنة هو الكتاب المترجم لأنّه أشير إلى ص 185 والحال أنّ الكتاب في اللغة العربيّة يصل إلى ما يزيد قليلا عن المائة صفحة).

وأشير على مستوى الأجل إلى ابن فرحون.

"L'école hanafite part aussi du principe «le droit ne peut s'éteindre par le laps⁽¹²⁷⁵⁾ du temps» [...] mais un jurisconsulte [...] admet une prescription générale de trente-trois ans fondée sur une présomption de renonciation. On finit par admettre une prescription de quinze ans, établis par les décrets des sultans [...] IBN NADJIM la reconnaît formellement [...] car «la juridiction du juge peut être limitée, quant au temps ou à la matière: l'ordre des sultans, de ne pas juger les affaires après quinze ans, est une limitation de ce genre, il doit être obéi». c'est donc une extinction de l'action [...] mais le droit n'est pas éteint".

وهذا الكلام ل: "سانتيلانا" يذكّرنا بالحكم الذي تعرّضنا له سابقا والذي ترأس المحكمة التي أصدرته "بارج".

وينبغي فيما يخص الأحناف الإشارة إلى ما جاء عند الرّقا (الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الرّقا، شرح القواعد الفقهيّة، ط 2 بقلم ابن المؤلّف: مصطفى أحمد الرّقا، دمشق، دار القلم، 2001 م، ص 147 - 148). ففي إطار حديث عن الظّاهر والنّص والمفسّر والمحكم قال إنّ هذين لا يقبلان تأويلا. "فلا يجوز الاجتهاد في مقابلة المفسّر والمحكم فبطل القول [..] بسقوط الدّين بمضي سنين بلا مطالبة". وينسب الرّقا هذا الكلام لحنفيّين هما صاحب الدر المختار وصاحب ردّ المحتار. ومن يعود إلى الأوّل (الدّر المختار ج 5، ص 400 وما بعدها) يجد ما يلي: "ولو قال الموتق وحكم بمقتضاه لا يصحّ لأنّ

394. — والحاصل بعد قراءة الحاشية الجانبية هو الحاصل قبلها. وفعلا لم تضيف هذه القراءة شيئا لما تمّ الوصول إليه قبل إتيانها. وما تمّ الوصول إليه هو أنّه أريد من الفصل 449 من المشروع المراجع (ومن ثمّ من الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وضمن ما أريد، سقوط الدعاوى الناشئة عن التزام ناشئ عن عقد.

ولعلّه ينبغي بعد كلّ ما تقدّم أن نوجّه عملنا نحو منحى آخر:

فنقول إنّ عبارة الفصل 449 من المشروع المراجع (ومن ثمّ الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) "دعوى ناشئة عن التزام"⁽¹²⁷⁷⁾ 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⁽¹²⁷⁸⁾.

الشيء لا يقتضي بطلان نفسه وبه ظهر أنّ الحكم بالموجب أعمّ (نحر) إلّا ما عري عن دليل مجمع أو خالف كتابا لم يختلف في تأويله السلف كمتروك تسمية أو سنّة مشهورة كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة المشهور أو إجماعا كحلّ المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أمّ ولد على الأظهر وقيل ينفذ على الأصحّ ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعي لمخالفته للحديث المشهور البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر أو بقصاص بتعيين الوليّ واحدا من أهل المحلّة بخصّة نكاح المتعة أو المؤقت أو بصحّة بيع معتق البعض أو بسقوط الدّين بمضيّ سنين أو بصحّة طلاق الدّور وبقاء النكاح كما مرّ في بابه وقضاء عبد وصبيّ مطلقا وقضاء كافر على مسلم أبدا ونحو ذلك كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة لا ينفذ في الكلّ وعدّها منها في الأشباه تيفا وأربع". الحصكفي، الدّرالمختار، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1386.

⁽¹²⁷⁷⁾ قلنا سابقا إنّ عبارة "دعوى ناشئة عن تعبير الدّمة" والتي نجدها بالصياغة العربية للفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود أريد بها دعوى ناشئة عن التزام.

⁽¹²⁷⁸⁾ اعترضنا سابقا من يقول إنّ الالتزام غير الموجود قانونا قسما:

قسم يكون فيه الالتزام، وزيادة على ما سبق، غير موجود واقعا. وهنا لا حاجة للقضاء. إلّا أنّ هذا لا يعني ألاّ حاجة للقضاء مطلقا إذ قد يقام أمامه بالدعوى على سبيل الوقاية ومن أجل قطع الطريق أمام دعاوى محتملة في التنفيذ.

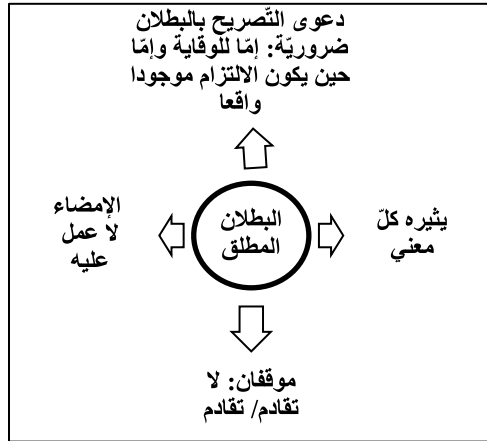
قسم يكون فيه الالتزام موجودا واقعا. وهنا يحتاج للقضاء.

وإنّه وفي القسم الأوّل والثاني، وبسبب عدم وجود التزام قانونا، فإنّه يقال إنّ الدّعى ليست حقّا دعوى

والمطلق، إذا لم يُعثر على قرينة تقيده، يفيد الإطلاق (1279).

395. — وقد يتناول الفصل 449 (و من ثمّ الفصل 402) من زاوية أخرى وصلنا إليها بعد من خلال بحثنا في نية المشرع. فلقد رأينا أنّ هذا النصّ أريد منه — ضمن ما أريد — سقوط الدعاوى الناشئة عن التزام ناشئ عن "عقد". وهذا الذي أريد هو بدوره مطلق، لأنّه يشمل العقد الصحيح والباطل نسبيًا والباطل مطلقًا. والسؤال هنا أيضًا: هل هذا المطلق يفيد الإطلاق؟

إبطال، لأنّ عدم الوجود قائم قبل تدخّل القاضي. بعبارة أخرى لا ينشئ القاضي البطلان، لكنّه يصرح به. فالأمر متعلّق إذن، وهنا أيضًا، بدعوى إبطال (بطلان مطلق). لكن، لأنّ ليس فيها إنشاء للبطلان بل مجرد تصريح به، قيل إنّها ليست حقًا دعوى إبطال (انظر الفقرة عدد 349).
وينبغي أن نعيد هنا ربما سبق معنا من أجل إدخال هذا التدقيق عليه:



(1279)



انظر رأيا مخالفا عند: الزّين (محمد)، م س، عدد 293.

396. — وقد نفكر في مقيد (هذا المقيد يمكن أن نفكر فيه أيضا في إطار ما سبق: دعوى ناشئة عن التزام) يتمثل في عدم وجود نص في المشروع المراجع وفي مجلة الالتزامات والعقود تعرّض إلى الدّفع بالبطان المطلق وقال إنّه لا يسقط، وذلك خلافا للدّفع بالبطان النسبي الذي قال ذلك المشروع (الفصل 382) وقالت تلك المجلة (الفصل 335⁽¹²⁸⁰⁾) إنّه لا يسقط.

وقد يقال: لأنّ دعوى البطان النسبي تسقط، وأريد أن يكون الدّفع لا يسقط، وُضع نصّ لهذا الغرض. وقد يُضاف: لأنّ دعوى البطان المطلق أريد ألاّ تسقط، لم توجد حاجة لوضع نصّ يقول إنّ الدّفع لا يسقط. فالمدعى عليه في دعوى التّنفيذ يمكنه وفي كلّ وقت أن يدفع بالبطان لأنّه يملك وفي كلّ وقت الدّعوى الأصليّة في البطان. بعبارة أخرى: يعدّ عدم وجود نصّ يقول بعدم سقوط الدّفع بالبطان المطلق حجّة على أنّه أريد عدم سقوط الدّعوى الأصليّة في البطان المطلق. فلو قرّر أن تقبل هذه الدّعوى السّقوط، لوجدت الحاجة (كما في البطان النسبي) لوضع نصّ يقول إنّ الدّفع بالبطان المطلق لا يسقط.

ويمكن أن يردّ على ما سبق (وبعد البحث في مراجع النّص الذي قال بعدم سقوط الدّفع⁽¹²⁸¹⁾) بالقول إنّه لم يُختلف في فرنسا حول عدم سقوط الدّفع بالبطان المطلق. لكن، بالنسبة إلى الدّفع بالبطان النسبي، وُجد الخلاف. وسبب هذا الخلاف أنّ الدّفع بالبطان النسبي في القانون الرّوماني كان لا يسقط⁽¹²⁸²⁾. ثمّ جاء

⁽¹²⁸⁰⁾ ملاحظة: صدر القانون عدد 87 المؤرّخ في 15 أوت 2005 واستبدل عبارة: "[...]" بالفصل 330 والفصل 331 "[...]" بعبارة أخرى: "[...] بالفصول 330 و331 [...]".

⁽¹²⁸¹⁾ هذا النّص هو الفصل 382 من المشروع المراجع وتحتّه نجد ضمن ما نجد إشارة إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 137. في هذه الفقرة يرسلنا إلى غيرها، وإن ما سيأتي هو نتاج المرسل والمرسل إليه.

⁽¹²⁸²⁾ قرّر "بول" أن تكون دعوى البطان من أجل التّغيير مدّتها سنة. كما قرّر (بسبب كون دعوى التّغيير فاضحة للمدعى عليه) ألاّ تعطى إلاّ كوسيلة أخيرة وحين لا يملك المعرّر به غيرها. فإذا لم ينفذ

القانون الفرنسي القديم وبالتحديد أمر "فرانسوا الأول" وقال إنه يسقط⁽¹²⁸³⁾. بعد ذلك جاءت المجلة المدنية الفرنسية وسكنت. ولقد اتفق الكل على أنّ السكوت عدم نسخ للقانون المعمول به قبل المجلة. لكنهم اختلفوا في تحديد هذا القانون: فقال البعض إنه القانون القديم، ومن ثمّ فالدفع بالبطلان النسبي في ظلّ المجلة المدنية يسقط؛ وقال البعض الآخر إنّ أمر "فرانسوا الأول" لم ينطبق أبداً وإنّ القانون الروماني ظلّ دوماً معمولاً به، ومن ثمّ فالدفع بالبطلان النسبي في ظلّ المجلة المدنية لا يسقط⁽¹²⁸⁴⁾. وكلّ ما سبق يرحح التفسير التالي لمسألة عدم وجود نصّ في المشروع المراجع يقول إنّ الدفع بالبطلان المطلق لا يسقط، ووجود نصّ في هذا الغرض بالنسبة إلى الدفع بالبطلان النسبي: فتلك المسألة لم يُختلف فيها، أمّا في هذه فنعلم. لذا، وخشية من تواصل هذا الخلاف في تونس، جيئ بنصّ يحسم الأمر لفائدة أحد الموقفين. وعلى هذا لا يمكن اعتبار عدم وجود نصّ يقول بعدم سقوط الدفع بالبطلان المطلق، حجة على أنّه أريد عدم سقوط دعوى البطلان المطلق الأصلية⁽¹²⁸⁵⁾، أي لا يمكن عدّه قرينة تصرف إطلاق الفصل 449 من المشروع

العقد، لا يعطى المغرّر به حقّ الدعوى (لا حاجة لفضح المغرّر، لأنّ المغرّر به لم يتضرر). لكن ومقابل ذلك قرّر "بول" أن يعطى للمغرّر به دفعا غير مؤقّت لو وقعت مطالبته بالتنفيذ (هنا سعى المغرّر لأن يفضح نفسه). ومن هنا وجدت القاعدة التي مفادها أنّ الدفع لا يسقط (انظر إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 136).

⁽¹²⁸³⁾ نصّ الفصل 134 من أمر "فرانسوا الأول" المؤرّخ في أوت 1539 على سقوط الدفع في صورة القاصرة (انظر إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، ص 17).

⁽¹²⁸⁴⁾ انظر إلى: "دومولومب"، م س، ج 29، عدد 136 و137.

⁽¹²⁸⁵⁾ قدّمت حجة على أنّ دعوى البطلان المطلق موجودة بالفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود (شرف الدين [محمد كمال]، التعليق السابق الذّكر، ص 110) ومفادها أنّ هذا النصّ أشار إلى إمكانية وجود استثناءات "يمنع فيها المشرّع تقادم بعض الدعاوى أصلا لا دفعا".

لكن يبدو أنّ الذي أريد في الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود ومن قبله في الفصل 449 من

المراجع (ومن ثمّ إطلاق الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) إلى الخصوص. ويمكن القول استنادا إلى كلّ ما سبق إنّ مطلق هذا النصّ وذاك (ولانتفاء القرينة المقيدة) أريد به الإطلاق: أي يمكن القول إنّ هذا النصّ وذاك أريد به - في جانبه الذي تناولناه هنا - سقوط الدّعى الناشئة عن التزام ناشئ عن عقد صحيح أو باطل نسبيا أو مطلقا⁽¹²⁸⁶⁾.

المشروع المراجع أمران:

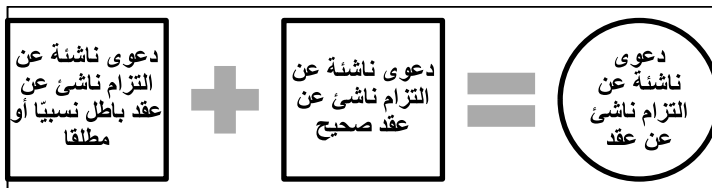
أولهما يهتم عبارته "عدا الاستثناءات التي ستجيء" (وهنا ينبغي القول إنّ عبارة الفصل 402 في صياغته العربيّة: "عدى ما استثنى بعد" أريد بها "عدا ما سيستثنى بعد هذا"، أي أريد بها الدّعاوى الواردة في الفصل 403 وما بعده، وهي ناشئة عن التزام ولكن وضع لها أجل أقلّ من خمس عشرة سنة. وثانيهما يهتم عبارته: "عدا [...] 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 المشروع ووقت المجلّة) لم يكن هنالك إلّا القانون الإسلامي ليحال عليه في مثل المسائل 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 المقصود بها "على مقتضى أحكام الفقه". ويمكن أن نضيف لو تبيننا رأيه: الفصل 15 و402 وغيرها).

وإنّ ما قرّره القانون الإسلامي سنورده لاحقا، والصّور المخصوصة هي: الوقف والإرث ووجود عذر شرعي.

فإذا قبل ما جاء للتوّ من معنى لعبارة "القانون"، يكون الفصل 402 قد قال بعدم سقوط دعاوى الوقف والإرث ويكون خاصّة قد قال بعدم السقوط ضدّ من له عذر؛ أي يكون قد قال خاصّة إنّ السقوط يهّم من ليس له عذر في عدم القيام بالدّعى.

(1286)



ولقد أمكن القول سابقا إنّ هذا النصّ وذاك أريد به — وفي جانبه الذي تناولناه قبله — سقوط الدّعى الناشئة عن التزام موجود قانونا أو غير موجود قانونا. وكلّ هذا يصبّ في اتجاه القول إنّ الفصل 449 من المشروع المراجع (والفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) أريد به (من ضمن ما أريد) سقوط دعوى البطلان المطلق بمضيّ أجل خمس عشرة سنة. هذا الأجل الطويل قد نجده أثرا حتّى لمرتبة الفسخ⁽¹²⁸⁷⁾.

علينا أن نشير إلى أنّ دعوى البطلان التّسي 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 النصّ الأوّل فائدة قد لا تحصل لو اكتفي بالفصل 402. ولتبيّنها ينبغي إعطاء المثال التّالي:

— عقد إبرام في 1 فيفري 2000 وتعلّق به غلط

— سيكتشف الغلط في 1 جانفي 2015

— ستسقط دعوى البطلان التّسي في 1 جانفي 2016 (عندها ستتجاوز 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 التّسي لم يرد منه سحبها من الأجل الطويل (وهذا هو رأي "أوبري" و"رو" مثلا ونجده بالعدد 339 وهو مكان مشار إليه تحت الفصل 378 من المشروع المراجع [يقابله الفصل 331 من مجلّة الالتزامات والعقود]، ولكنّ "فودمي" وفي المرجع المستعمل سابقا و: ص 6 و 7 حمل على هذا الرّأي). ويبدو أنّ وضع الفصل 334 (ومن قبله الفصل 381 من المشروع المراجع وإن كنّا لا نجد تحته "أوبري" و"رو" وهما يقولان بموقفهما المذكور منذ قليل والموجود تحت الفصل 378) قد جاء لينبّه على أنّه وقع تبّي الموقف الثّاني، وقد تكون الحجّة على هذا عبارته: "على كلّ حال".

⁽¹²⁸⁷⁾ مثال ذلك أن يبرم العقد في 1 فيفري 2000 ويهمّ عقارا، ويحصل التّسليم في 1 جانفي 2015، فهنا سنجد أنفسنا أمام المشكل ذاته الوارد أعلاه (ربّما نقيس الحالّ هنا على الفصل 334).

(ب) عرض الحكم المتمثل في أثر مرتبة الفسخ المتعلق بالزمن

397. — يكفي هنا، للعمل الذي نقوم به، أن نورد محتوى الفصل 672 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقول: أولاً إنَّ الأجل هو ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً بالنسبة إلى العقارات، وثلاثون يوماً بالنسبة إلى المنقولات والحيوان؛ وثانياً إنَّ الأجل يُحتسب من وقت التسليم⁽¹²⁸⁸⁾.

هذا الموقف، بالإضافة إلى سابقه، يمكن من المرور إلى مرحلة التقييم.

⁽¹²⁸⁸⁾ مع شرط إعلام البائع المنصوص عليه بالفصل 652. فمشتري منقول عيبه لا يخفى عند التقلب ولم يوجد مانع عاقه عن ذلك التقلب مطالب بإعلام البائع حالاً وإلاَّ عدَّ سكوته سبعة أيام من يوم التسليم رضا بالعيب. فإذا أعلم البائع فله أجل ثلاثون يوماً من تاريخ التسليم للقيام أمام المحكمة على أساس العيب.

وعلينا أن نضيف أنَّ الفصل 672 قال إنَّ الأجل يمكن أن يزداد فيه أو ينقص منه من قبل الأطراف، كما قال إنَّ الفصول 384 و385 و386 و387 و388 و389 و390 منطبقة على سقوط القيام بالعيب.

المبحث الثاني: تقييم الحكم

398. — سنحاول هنا تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود المتمثّل في أثر مرتبة البطلان (الفقرة 1) وفي أثر مرتبة الفسخ (الفقرة 2) المتعلّقين بالزّمن.

الفقرة 1. تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلّق 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 المادّة التي نعمل عليها⁽¹²⁸⁹⁾، وشروط هذا السّقوط:

401. — ♦ والمسألة الأولى تناولها (وهذا سبق معنا⁽¹²⁹⁰⁾) أصحاب المشروع المراجع. وينبغي أن نضيف إلى ما جاء عندهم تفصيلاً حول أسس قبول المبدأ المذكور:

402. — ومن الأسس يمكن أن نأتي بالحديث الشّريف "الشّفعة كحلّ العقال"⁽¹²⁹¹⁾. فهو "يصلح أساساً لفكرة التّقادم (مرور الزّمان) وتحديد المدّة

⁽¹²⁸⁹⁾ سننظر إلى العقد الباطل وإلى العقد غير اللازم، فأما الأوّل فلأنّ فيه صورة التّوع وغيرها، وأما الثاني فلأنّ فيه مادّة العيوب.

⁽¹²⁹⁰⁾ انظر الفقرة عدد 390 وما بعدها وخاصّة الفقرة 392.

⁽¹²⁹¹⁾ "ومعنى الحديث أنّ الأخذ بالشّفعة يجب فيه على الشّريك الشّفيع سرعة الطّلب فور علمه بالبيع كسرعة الإنسان في حلّ عقال البعير بجذب رأس عقده، وهي في العادة عقدة أنشودة تحلّ بجذب طرف

للمطالبة ببعض الحقوق ولاستعمال بعض الخيارات العقدية كخيار الرؤية والعيب⁽¹²⁹²⁾.

كما يمكن أن نؤسس فكرة السقوط على الاستصلاح⁽¹²⁹³⁾، فيمنع "القضاء من سماع الدعاوى بحقّ قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمنا طويلا معينا بلا عذر، وذلك للشك عندئذ في أصل الحقّ وفي إثباته بعد التّقدم، ولتخليص القضاء من الارتباك في النّسب في الوقائع القديمة، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها. وهذا التدبير القضائي هو المعروف بقضية التّقدم، أو مسالة مرور الزّمان التي أقرّها متأخرو الفقهاء وصدرت بها الأوامر السلطانية في العهد العثماني"⁽¹²⁹⁴⁾. "والاجتهاد الإسلامي قد أقرّ لوليّ الأمر العامّ من خليفة أو سواه أن يحدّد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزّمنية ذلك، فيصبح هو الرّاجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرح فقهاؤنا، وفقا لقاعدة المصالح المرسلّة [...] ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أنّ السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي قابل للاجتهاد غير مصادم

الحبل المعقود [...] وهذا الحديث لم يبلغ سنده رتبة الصّحّة، فقد رواه ابن ماجه، والبيهقي من حديث ابن عمر. وقال الحافظ بن حجر في التلخيص بعد أن عزاه لابن ماجه والبزار: إسناده ضعيف جدًا. وقال ابن حبان: لا أصل له. وقال البيهقي ليس بثابت. وقد احتجّ به الفقهاء على لزوم تحديد مدّة قصيرة لطلب الأخذ بالشّفعة كيلا يتضرّر المشتري من الشّريك بطول الانتظار". الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 170).

⁽¹²⁹²⁾ الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 171.

⁽¹²⁹³⁾ الاستصلاح هو بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسلّة. والمصالح المرسلّة هي كلّ مصلحة لم يرد في الشّرع نصّ على اعتبارها أو على إلغائها. الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 100 إلى ص 131. انظر أيضا: الزّرقا (عبد المجيد)، م س (أصول الفقه)، ص 815 وما بعدها.

⁽¹²⁹⁴⁾ الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 116.

للنصوص القطعية في الشريعة) كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعا⁽¹²⁹⁵⁾.

⁽¹²⁹⁵⁾ الزرقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 215. انظر أيضا موسوعة الفقه الإسلامي التي يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1391 هـ، ج 8، ص 280: "جاء في الدر المختار [...] (ج 4، ص 356) في فقه الحنفية: القضاء مظهر لا مثبت ويتخصّص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعتها لم ينفذ [...] قلت فلا تسمع بعدها إلا بأمر إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي وبه أفق المفتي أبو السعود. وجاء في تعليق ابن عابدين في حاشيته رد المحتار على الدر المختار على ذلك ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماع الدعوى بعد النهي المذكور [...] ثم قال إن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو لنهي السلطان عن سماعها فيكون القاضي معزولا عن سماعها لأن القضاء يتخصّص. وسبب النهي قطع الخيل والتزوير فلا ينافي ما في الأشباه من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان. ولذا قالوا إنّه يجب على السلطان الذي نهي قضاة عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها لئلا يضيع حق المدعي".

انظر أيضا: الرّحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ط 8 (إعادة في 2005)، ج 4، ص 3268 و3269: "لا يعتبر التقادم [...] في الشريعة الإسلامية سببا صحيحا من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها ديانة إذ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ولأن الحق أدي لا يزول إلا بمسوغ شرعي مقبول. وإنما التقادم مانع فقط للقاضي من سماع الدعوى بالحق القديم الذي أهمل صاحبه الادعاء به زمنا طويلا معينا بلا عذر. وذلك للشك في أصل الحق وفي إثباته بعد هذه المدة الطويلة، وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه؛ لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمان وتقادم العهد. إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة، ويقبل التعليق بالشرط. وبناء عليه يصح للدولة منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشر سنة مثلا، فيعتبر قضاؤه بعدئذ غير نافذ. ويمكن تسويق ذلك بنظرية المصالح المرسلّة [...] وهذا المعنى هو أساس الأخذ بفكرة التقادم قانونا، فإن القانونيين قالوا: إن التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عام [...] ذكر الفقهاء أن التقادم يسري على الحقوق الخاصة، ومدته العادية خمس عشرة سنة [...] وأما الأموال العامة فلا تسمع فيها الدعوى بعد مضي (33) سنة في الوقف والإرث، وبعد (36) سنة في أموال بيت المال، وبعد عشر سنوات في الأراضي الأميرية. وأما المجلّة (العثمانية) فأخذت في

403. — على هذا — وعلى تقدير وجود نصّ يمنع السقوط — فبالإمكان القول بالسقوط على أساس الاستصلاح: فإما أن يُقال إنّ النصّ المانع عامّ والعامّ غير قطعيّ الدلالة، ومن ثمّ لو قامت المصلحة على القول بالتّقدم، فهذه المصلحة تخصّص ذلك العامّ؛ وإما أن يقال إنّ الذي يسقط هو الدّعى لا الحقّ⁽¹²⁹⁶⁾ وإنّ التّقدم "مانع من سماع الدّعى بالحقّ الذي مرّ عليه الزّمن المعين تديرا تنظيميّا للقضاء، واجتنابا لعراقيل الإثبات ومشكلاته بعد التّقدم، وللشكّ في الحقّ الذي تقدم عليه الزّمن دون مطالبة به. أمّا أصل الحقّ، إن كان، فباق في ذمّة الإنسان لصاحبه، ويجب وفاؤه في حكم الديانة"⁽¹²⁹⁷⁾. وأكثر من هذا "وبما أنّه لا يسقط

المادّة 1662 بمادّة (15) سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي (36) سنة، والأراضي الأميريّة فهي عشر سنين [...] كما نصّت المادّة (379) على حالات وقف التّقدم بقولها: 1- لا يسري التّقدم كلّما وجد مانع يتعدّد معه على الدّائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبيا".

وانظر: ابن عابدين، م س (ردّ المحتار)، ج 4، ص 343.

قرّب من ص 8 من المقدمة التي وضعت للمشروع للمراجع، والمراجع المستعملة فيها.

⁽¹²⁹⁶⁾ "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 الملك ص 285.

⁽¹²⁹⁷⁾ الرّزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، ج 1، ص 336 (قارن قوله مع ما جاء عند "كربونبي" بالهامش 1244).

انظر أيضا الموسوعة الفقهية الإسلامية: م س، ج 8، ص 279: "ويكاد الفقهاء يتفقون على أنّ التّقدم لا يسقط نفس الحقّ المالي ولا يؤثّر فيه ديانة أي فيما بين العبد وربّه".

وانظر كذلك درر الحكمّ شرح مجلّة الأحكام (في إطار المادّة 1674 من المجلّة العثمانية) التي تقول: "لا يسقط الحقّ بتّقدم الزّمن. بناء عليه إذا أقرّ واعترف المدّعى عليه صراحة في حضور القاضي بأنّ المدّعى عنده حقّا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزّمن بالوجه الذي ادّعاه المدّعى فلا يعتبر مرور الزّمن ويحكم بموجب إقرار المدّعى عليه وأمّا إذا لم يقتر المدّعى عليه في حضور القاضي وادّعى المدّعى

الحقّ بمرور الزّمن فلا يكفي أن يكون جواب المدّعى عليه على دعوى المدّعي بقوله: إنّ في الدّعى مرور زمن. أمّا لو أجاب المدّعى عليه على دعوى الدّين بأنّي لست مدينا، وفي دعوى العين إنّ هذه العين لي، وأضاف إلى ذلك الادّعاء بمرور الزّمن فيصحّ دفعه⁽¹²⁹⁸⁾.

والمقتطف السابق فيه حديث عن الدّين والعين. وهو ينبّه إلى أنّ "التّشريع الإسلامي لا يقبل التّقدم المكسب، وإلى أنّه يقول بالتّقدم المسقط للدّعاوى العينية والشخصيّة"⁽¹²⁹⁹⁾. كما أنّ فيه حديثا عن وجوب إثارة السّقوط، ممّا يجعله أمرا

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 المدّعى عليه المعروف سابقا أو ختمه ولم يوجد مرور الزّمن من تاريخ السّند إلى وقت الدّعى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصّورة.

لا يسقط الحقّ بتقدم الزّمن ولو تقدم الزّمن أحقابا كثيرة، وأنّ عدم استماع الدّعى بمرور الزّمن المبيّن أنفا مبنيّ على الأمر السّلطاني بسبب امتناع الحكّام عن سماع الدّعى خوف وقوع التّزوير لقطع الحيل والتّزوير والأطماع الفاسدة الفاشية بين النّاس انظر شرح عنوان الباب الثّاني.

فلذلك لو أقام أحد الدّعى بمطلوبه الذي هو على آخر بعد مرور خمس عشرة سنة وردّ القاضي الدّعى بسبب مرور الزّمن فيبقى المدين مدينا ديانة ولا يخلص من حقّ غرامته ما لم يؤدّ دينه أو يرضي مدينه.

فلذلك إذا أقرّ واعترف المدّعى عليه صراحة في حضور القاضي بأنّ للمدّعي عنده حقّا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزّمن بالوجه الذي ادّعه المدّعي فلا يعتبر مرور الزّمن ويحكم بموجب إقرار المدّعى عليه والإقرار إمّا أن يكون شفاهيا وقد بيّن وإمّا أن يكون بالإقرار بأنّ إمضاء أو ختم السّند المبرز هو إمضاءه أو ختمه ويقال لهذا الإقرار بالكتابة.

مثلا إذا ادّعى أحد دينا من آخر مرّ عليه خمس عشرة سنة استنادا على سند معنون ومرسوم فأقرّ المدّعى عليه الإمضاء والختم الذي في السّند وادّعى وجود مرور الزّمن في الدّعى فيلزمه كما بيّن في المادّة (1610) أن يؤدّي المبلغ الذي يحتويه السّند (الحانية في كتاب الدّعى)".

⁽¹²⁹⁸⁾ حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 4، ص 319.

⁽¹²⁹⁹⁾ "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 إنّّه قد يفهم من فقيه مالكي (الخرشي) أنّ الرّمن يجعل الحائز مالكا. وإن كانت المالكيّة لا تقبل بذلك (ص 366).

وانظر الرّزقا (مصطفى أحمد)، م س (المدخل)، 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 الرّمن". ويقول لنا في الحاشية إنّ التّقادم: "هو انقضاء زمن معيّن (كخمسة عشر عاما أو أكثر أو أقل) على حقّ في ذمّة إنسان، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على المطالبة. فهذا التّقادم: إمّا أن يعتبر مانعا لسماع الدّعوى بالحقّ أمام المحاكم، مع اعتبار الملكيّة أو الحقّ في الواقع باقيين على حالهما السابق، وهذا هو التّقادم المانع، لأنّه منع الدّعوى، وإمّا أن يعتبر سببا للملكيّة صاحب اليد وانقطاع صاحب الحقّ المهمل بتاتا، وهذا هو التّقادم المكسب، لأنّه أكسب الإنسان ملكيّة في شيء هو في الأصل لغيره".

انظر أيضا: موسوعة الفقه الإسلامي: م س، ج 8، ص 284 و285 حيث وقع التّكلم عن الحديث الشّريف: "من حاز شيئا عشر سنين فهو له"، وقيل إنّ المعنى عند أهل العلم في قوله ﷺ: هو له - أنّ الحكم يوجب له بدعواه -". ثمّ وقع التّكلم عن حيازة الأجنبي غير الشّريك وهي أقوى الحيازات، وعن شروطها، وقيل إنّ تقدير مدّة الحيازة بعشر سنين هو قول الأكثر. ثمّ ختم بالقول: "والمراد بعدم سماع الدّعوى عدم العمل بها فلا يترتّب عليها أثرها من توجّه اليمين على المدّعى عليه، وليس المراد أنّها لا تسمع ابتداء إذ قد يقرّ المدّعى عليه بملكيّة المدّعي لتعود عليه الدّعوى، والملك 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 عيش، 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.

عيش (محمّد)، منح الجليل، بيروت، دار الفكر، 1419 هـ/1998 م، ج 8، ص 574 و579.
المغربي (محمّد بن عبد الرّحمان)، مواهب الجليل، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1398 هـ، ج 5، ص 46 و47؛ ج 6، ص 224 و229 و230.

ويبدو أنّ من المهمّ أن نورد ما جاء في هذا المرجع في ج 6 في ص 229 و230: "وقوله عليه السّلام لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم معلّل بوجود الأسباب المانعة من الطّلب بالغيبه البعيدة وعدم القدرة على الطّلب مع الحضور حتّى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطّلب كان طول المدّة مع السّكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب بدليل قوله - ﷺ - «من حاز شيئا على خصمه عشر سنين

إجرائيًا⁽¹³⁰⁰⁾، بل موعلا في "الإجرائية" لأن المتمسك به يجب أن يضيف بأنه ليس مدينا أو أنه هو صاحب العين.

404. — ◻♦ فإذا مررنا الآن إلى المسألة الثانية، وبدأنا بالعقد الباطل، وجدنا أنه

فهو أحقّ به» فأطلق - عليه السلام - ذكر الحيازة فهو عامّ في كلّ ما يحاز من ربح ومال معيّن وغيره ومن اجتهد فحدّد في الرباع العشر سنين وحدّد في الدّين العشرين والثلاثين رأى أنّ ذلك راجع إلى حال الطّالب مع المطلوب فمن غلب على حاله كثرة المشاحة وأنه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين جعلها حدًا قاطعا ومن جعلها عشرين سنة أو ثلاثين أي أنّها أقصى ما يمكن السكوت في بيع المتحمّل فجعلهما حدًا قاطعا لأعدار الطّالبيين 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 المالك الدهر الطّويل فإنّ ذلك ممّا يسقط الملك ويمنع الطّالب من الطّلب قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبع وإذا كان طول المدّة مع حضور الطّالب وسكوته مانعا له من الطّلب فالطّلب ممنوع في سائر المطالب دون وثائق وأحكام ورباع بدليل أنّ السكوت في ذلك يعدّ كالإقرار المنطوق به من الطّالب للمطلوب بأنّه لا حقّ له عليه ولا تباعة ولا طلب (قلت) هذا الجواب يقتضي أنّ ما بعد الثلاثين مجمع عليه وإذا أجراه على مسائل الحيازة ففيها قريب القرابة والبعيد والمتوسّط والمقاطع لقريبه والمواصل له فيجري عليها وفي بعضها ما يبلغ الخمسين وأكثر مع أيّ أحفظ لابن رشد في شرحه أنّه إذا تقرّر الدّين وثبت لا يبطل وإن طال لعموم الحديث المتقدّم واختاره التونسي 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 مرّقه بخلاف إذا كانت الدّيون بغير عقود ولو وجدت بغير المطلوب وإلا ففيها قولان حكاهما ابن رشد وخرّجهما على القولين في الزّمن 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 إمّا 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 المدوّنة لكن مذهب ابن القاسم ما ذكره خلافا لقول الغير وعليه جرى عمل القضاة في هذا الزّمان بتونس ما لم تقتزن قرائن تدلّ على دفع الدّين مع طول الزّمان فيعمل عليها في البراءة".

⁽¹³⁰⁰⁾ انظر إلى ما قيل في القانون الغربي من كون التّقدم المسقط أمرا إجرائيا لا أثر له إلّا متى وقع

التّمسك به أمام المحكمة (الفقرة عدد 379).

لا يرد عليه التّقديم⁽¹³⁰¹⁾. وتفصيل ذلك أنّه إذا "كان البيع الباطل قد تمّ تنفيذه بالتّقباض، ومضت مدّة التّقديم، ثمّ رفع البائع الدّعوى بعد خمسة عشر عاما يطلب استرداد المبيع بحجّة بطلان البيع، فإنّ للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقديم العين في يده دون أن يعترف بأنّه تلقّاها منه بشراء باطل. وعندئذ يقضى برّد دعوى الاسترداد، لأنّه إذا كان البيع الباطل لا يحتاج إلى دعوى لإبطاله فإنّ استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتّسليم يحتاج إلى دعوى [...] فيخضع حقّ الاسترداد للتّقديم، لأنّ ترك الدّعوى فيما يجب فيه من الحقوق الخاصّة مدّة التّقديم يمنع سماعها. فيعتبر حكم التّقديم هنا ساريا على حقّ الاسترداد، لا على بطلان العقد [...] ويظهر الفرق جليّا بين سريان حكم التّقديم على حقّ الاسترداد وعدم سريانه على بطلان العقد، فيما لو تأخّر التّقباض في البدلين عن تاريخ العقد حتّى مضت مدّة التّقديم على العقد الباطل، ولم تمض على التّقباض. ففي هذه الحال يحقّ لكلّ من المتبايعين أن يطلب استرداد ما سلّمه بحجّة بطلان العقد، وليس للطرف الآخر أن يدفع بمرور الزّمان على العقد. ذلك لأنّ البطلان لا يؤثّر فيه التّقديم، وحقّ الاسترداد لم يتقدم"⁽¹³⁰²⁾. والسؤال هل يمكن أن يحدث هنا ما حدث في فرنسا في القضية التي جعلت محكمة التعقيب تقول بسقوط دعوى البطلان المطلق⁽¹³⁰³⁾؟ يبدو الجواب بالنفي لأنّ الفقه الإسلامي لا يعرف التّقديم المكسب. فالمدعى عليها (وهي الجمعيّة الدّينيّة غير المرخص فيها) في تلك القضية لو طبّق عليها الفقه لأمكنها أن تتمسك بتقديم العقار في يدها (لا باكتسابها له بالتّقديم المكسب كما

(1301) السنهوري، م س، ج 4، ص 267.

(1302) الزّرقا (مصطفى أحمد)، م س، ج 2، ص 726 و727. وقد قال إنّ الحلّ نفسه ينطبق لو أنّ القائم هو المشتري وذلك لاسترداد الثمن. ثمّ إنّ الزّرقا قال قبل كلّ هذا إنّ الدّفْع بالبطلان لا يسقط (ج 2، ص 726).

(1303) انظر الفقرة عدد 377 وما بعدها.

في فرنسا ليقال لها إنك لست ذات شخصية قانونية ومن ثم فإنك لا تستطيعين أن تملكي) دون أن تعترف بأنها تلقته بعقد باطل.

405. — ■ فإذا انتقلنا إلى العقد غير اللازم وإلى خيار العيب، وجدنا أنّ هذا يتمثل في إمكانية معطاة إما للمُضَيِّ في العقد، وإما للرجوع فيه⁽¹³⁰⁴⁾. فمن علم بالعيب وسكت "يومين فأكثر فلا رد" حسب التسولي⁽¹³⁰⁵⁾. وهذا تقادم مسقط⁽¹³⁰⁶⁾.

406. — لكن السؤال حول الذي لم يعلم: فهل ثمّ مدّة إذا انقضت لم يعد بإمكانه الرجوع؟ هنا يجيب نفس الفقيه بالقول: "إنّ العمل جرى بعدم الردّ في الرقيق بعد ستة أشهر، وبعدم الردّ في الرّبع والعقار بعد سنة كما لا تردّ الدوابّ بعد شهر [...] وما ذكر هو اللائق بهذه الأزمنة فلا ينبغي أن يعدل عنه إذ تلك المدّة مظنة الاطلاع والرّضا"⁽¹³⁰⁷⁾. هكذا، وحسب التسولي، ثمّ أجل اليومين فأكثر وهو لمن

⁽¹³⁰⁴⁾ أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، م س، ص 254.

⁽¹³⁰⁵⁾ التسولي، م س، ج 2، ص 102. وانظر الفصل 652 من مجلّة الالتزامات والعقود.

⁽¹³⁰⁶⁾ تماما كمن وقع في غلط واكتشفه فهذا له سنة للقيام وإلا سقطت دعواه في البطلان التّسبي (الفصل 331 من مجلّة الالتزامات والعقود). وقد يقال لو أنّ صاحب الدّعى نفذ العقد فإنّ تركه لها إمضاء ضمنيّ، وقد لا يمكن قول ذلك لو أنّه لم ينفذ، إذ يحتل هنا أنّه لم يرد حين لم يقدّم بدعوى البطلان التّسبي إلاّ عدم تحسّم أعبائها والحال أنّه لم يلحقه بعد ضرر. فإذا طلب منه التنفيذ وبات الضّرر على الأبواب دفع بالبطلان وردّ ذلك الضّرر بعناء أقلّ من ذلك الذي كان سيتكبّده لو قام هو بالدّعى.

⁽¹³⁰⁷⁾ التسولي، 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 بغين في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما

وانظر حول صور أخرى تمّ الحديث في إطارها عن أجل السنّة (القاصر - السّفية): التسولي، م س، ج

علم بالعيب، وهنالك أجل السنة والسنة أشهر والشهر والتي لا بدّ من أنّها لمن لم يعلم. لكن يبدو أنّ هنالك من يذهب إلى حدّ اعتبار عدم العلم عذرا. وهذا أمر يدخل ضمن المسألة الثالثة:

407. — ♦ وهذه المسألة الثالثة (مسألة شروط السقوط) سنتناول داخلها — وعلى حدّ ما يصلح لنا في عملنا — ثلاث نقاط:

408. — ♦♦ أوّلها عدم وجود عذر حال دون القيام. فإذا وجد العذر فلا سقوط⁽¹³⁰⁸⁾. "والأعدار كثيرة لم تحصر"⁽¹³⁰⁹⁾ وأهمّها:

♦♦♦ الغيبة⁽¹³¹⁰⁾، فالغائب لا يجري التّقدم ضده، لأنّه يجهل، والجاهل ليس خاطئا

2، ص 107. لكن انظر من قال إنّ "صفة التّوقيت التي يتميّز بها خيار الرجوع 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.

⁽¹³⁰⁸⁾ انظر إلى المقابل في الغرب وهو قاعدة لا سقوط ضدّ من لم يستطع القيام في الفقرة عدد 379.

⁽¹³⁰⁹⁾ 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 الرّد إذا سكت لعذر من خوف ونحوه". وفي صيغة مشابحة نجد المجلّة العثمانية في المادّة 1663 تقول: "والمعتبر في هذا الباب أي في مرور الرّهن المانع لاستماع الدّعوى هو مرور الرّهن الواقع بلا عذر فقط وأما مرور الرّهن الحاصل بأحد الأعدار الشّرعية ككون المدّعي صغيرا". والكاف ليست صيغة حصر. ويقول شارح المجلّة (درر الحكّام، م س، ج 4، ص 308: "قيل في المجلّة (ككون المدّعي صغيرا، إلخ) لأنّه يوجد عذر رابع حيث إذا منع الرّوج زوجته صاحبة الحقّ من إقامة الدّعوى منعا أكيدا ولم تدّع من أجل ذلك فهذا العذر معدود عذرا شرعيّا ولها إقامة الدّعوى بعد زوال المنع ولا تعتبر المدّة التي مرّت أثناء المنع، إلّا أنّه يجب أن يثبت منع الرّوج لها" (قارن مع الفصل 391 من مجلّة الالتزامات والعقود).

⁽¹³¹⁰⁾ وتشمل المدّعي والمدّعي عليه: موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281.

حين لم يقيم⁽¹³¹¹⁾. والبعيد مسافة معينة قد يعدّ حاضراً أو غائباً بحسب طول تلك المسافة⁽¹³¹²⁾. وعلى كلٍّ، من عُدَّ حاضراً، جرى السقوط ضده لأنّ هنالك قرينة على أنّه يعلم؛ ومن عُدَّ غائباً، لم يجرّ السقوط ضده لأنّ هنالك قرينة على عدم علمه. هذه القرينة قابلة للدحض⁽¹³¹³⁾. وكذلك الأولى⁽¹³¹⁴⁾. وهنا ننزلق ليصير عدم العلم هو العذر الذي منع السقوط⁽¹³¹⁵⁾.

◆◆◆ القاصريّة، وهو عبارة عن كون صاحب الحقّ صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً. فالمدة التي تمرّ أثناء القاصريّة لا تدخل في حساب مرور الزمن سواء بلغت حدّ مرور

(1311) "موران"، م س، ص 369. وهو يتحدّث عن الذي حاز الغير عقاره.

(1312) يقول ابن عاصم إنّ البعيد مسافة يومين أو ثلاثة أيام يعدّ حاضراً (إلا إذا كانت امرأة فهي تعدّ غائبة إن بعدت هذه المسافة نفسها)، أما البعيد مسافة سبعة أو ثمانية أيام فيعتبر غائباً، وما بينهما فيه قولان (م س، ص 82):

وقائم ذو غيبة بعيدة حجّته باقية مقيّدة
والبعد كالسبع وكالثمان وفي التي توسّطت قولان
وكالحضور اليوم واليومان بنسبة الرجال لا النسوان

أما المجلّة العثمانيّة فعُدّت مادّتها 1663 وجود المدّعي في ديار أخرى بعيدة مدّة السّفَر عذراً من الأعذار. وجاءت مادّتها 1664 لتقول إنّ: "مدّة السّفَر هي ثلاثة أيّام أي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسّير المعتدل".

(1313) "موران"، م س، ص 371.

(1314) "موران"، م س، ص 371.

(1315) وهنا نكاد أن نعود للقول بعدم السقوط. والسلطان الذي نهي قضاته عن سماع الدّعوى بعد انقضاء مدّة معينة مطالب بأن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها لئلا يضيع حقّ المدّعي وهذه أيضاً عودة لعدم السقوط. لكن علينا أن نشير إلى أنّ هنالك من يقف دون هذه العودة. وهنا نجد شارح المجلّة العثمانية يقول: "أما عدم العلم فليس من الأعذار الشرعيّة (فتاوى أبي السّعود)". حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 4، ص 308.

الزمن أو لم تبلغ" (1316).

♦♦♦ الخوف من ذي سطوة، أو ممن يستند إلى ذي سطوة (1317) هو أيضا عذر.

(1316) حيدر (علي)، م س (درر الحكّام)، ج 4، ص 306.

انظر أيضا: ابن عابدين، م س (ردّ المحتار)، ج 4، ص 344؛ موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281؛ "موران"، م س، ص 371 و372 و373 الذي يلحق بالمجنون ضعيف العقل والسفيه (ص 373)؛ وانظر أيضا حول السفيه: "الزرقاني"، م س، ج 7، ص 224.

أما المعسر فإذا كان مدعى عليه، غُد ذلك عذرا للمدعي (موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281)، أما إذا كان مدعيا، فلا عذر له، وذلك لكي لا يعطى سببا يجعله يخفي على دائنيه حقوقا ودعاوى يملكها، فلا يقوم بما ولا تسقط عليه إلى أن ينتهز وقتا لم يعد يطالبه فيه أحد فيقوم بالدعوى. "موران"، م س، ص 372 و376 و377.

انظر أيضا حول المعسر: ابن عابدين، ردّ المحتار، م س، ج 4، ص 344.

(1317) هذه عبارة الزرقاني: م س، ج 7، ص 224. ويقترب من هذه الصورة، الوضع الذي يكون فيه المدعى عليه دائنا يخشى المدعى لو قام عليه أن يطالبه بالدين. المرجع والمكان نفسه. وانظر المثال نفسه في: موسوعة الفقه الإسلامي، م س، ج 8، ص 281

انظر حول ذي السطوة: التسولي، م س، ج 2، ص 102؛ ابن عابدين، م س (ردّ المحتار)، ج 4، ص 344 حيث يتحدث عن الأمير الجائر.

انظر أيضا المادة 1663 من المجلة العثمانية التي تعدّ عذرا شرعيا كون الخصم من "المتغلبة". وانظر شرح هذه المادة 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 مدعى عليه ظالم. ويقول "مارسيل موران" (م س، ص 373) إنّ هذه "وسيلة جدّ ملائمة وتفرض نفسها في بلدان، مثل البلدان الإسلامية، حيث يغلب نظام الإرادة المطلقة، وحيث يكون من غير المجدي، بل من الخطر أن يبحث المرء عن الحكم له بالعدل ضدّ من يمسكون من قريب بالسلطة".

"C'est là une mesure des plus solitaires et qui s'impose dans les pays, où, comme ceux de l'Islam, prévaut le régime du bon plaisir, et dans lesquels il est inutile, ou même dangereux, de chercher à se faire rendre justice contre ceux qui tiennent de près au pouvoir".

ويورد "مارسيل موران" (م س، ص 373 و374) حكما للمحكمة الابتدائية بتونس (13 جوان 1890) كان المدعون فيه ورثة "نسيم شمامة" (بالإضافة إلى "البارون ديرلنجي" والحكومة التونسية) والمدعى عليهم ورثة "خزندار". ولقد قال الأوائل إنّ الحق لا يسقط حسب القرآن، وأجابت المحكمة بأنّ

فإن لم يتوفّر، لم يتوفّر شرط السقوط الأول.

409. — ♦♦ لكنّ الخوف والقاصريّة والغيبة إن لم تتوفّر، لم يتوفّر شرط السقوط الثاني، وهو عدم وجود التعليق. والفرق بين هذه النّقطة الثانية وتلك النّقطة الأولى أنّ الأجل في هذه لم يبدأ بالجرّيان. أمّا في تلك فقد بدأ ثمّ يأتي الخوف وغيره في أثناء الجريان فيعلّقه⁽¹³¹⁸⁾. والتعليق يزيد في المدّة فلا يحصل سقوط بانقضائها.

الإسرائيلي يمكنه أن يتمسك بحكم جاء به الإسلام، لكنّها أضافت أنّ هذا الحكم أدخلت عليه تغييرات جعلت الدّعوى حسب المالكيّة تسقط بعد مضيّ خمس عشرة سنة. كما تمسك ورثة نسيم شتامة بعدم جريان مدّة السقوط لأنّ مورّثهم كان غائبا بـ: "ليفورن" التي بقي بها إلى حين وفاته سنة 1873. وأخيرا — وهذا هو الذي يهّمنا هنا — تمسك الورثة بأنّ مورّثهم لم يستطع القيام ضدّ "خزندار" لأنّه من ذوي السّطوة. وأجابت المحكمة أنّه "لا يمكن [...] التمسك بأنّ نسيم شتامة لم يتمكّن حتى 1873 من ممارسة حقوقه في بلاد غادرها فارتا لينجو من عداوة وزير قويّ، والحال أنّه كان دائم التّمعّ بحماية دبلوماسية تجعله بمنأى عن كلّ تعسّف في السّلطة وتسمح له بالقيام بكلّ حرّية" (حسب "موران" كان "نسيم شتامة" 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 القضية أن يعود إلى قصّة "خزندار"، والقائد اليهودي "نسيم شتامة"، وصاحب البنك "البارون ديرلنجي" وهو يهودي بدوره، وغيرهم مع ديون مملكة البايات في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، وذلك في كتاب: "لغانياج" (جون)، أصول الحماية الفرنسيّة في تونس (1861 — 1881)، باريس، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، 1959.

GANIAGE (Jean), Les origines du protectorat français en Tunisie (1861–1881), Paris, P.U.F., 1959.

⁽¹³¹⁸⁾ لكن رأينا أنّ "دوبلا" (م س، ج 2، ص 128) يسمّي النّقطة الأولى والثانية تعليقا، وبالطّبع لا مضايقة أو مشاحة في الألفاظ، لكن الواجب هو التّنبه على اختلاف معنى الكلمة في النّقطة الأولى عن معناها في النّقطة الثانية.

410. — ♦♦ وكذلك الشّان بالنّسبة إلى القطع، فهو أيضا شرط واجب العدم ليحصل السّقوط في المدة المحدّدة، لكنّ الفرق بينه وبين التّعليق أنّ احتساب الأجل في القطع يُعاد بدوّه من درجة الصّفر، أمّا في التّعليق فمن الدّرجة التي تمّ بلوغها حين وُجد السّبب التّعليقي. ويمكن أن يعطى كمثال للقطع في الفقه الإسلاميّ المادّة 1666 من المجلّة العثمانيّة⁽¹³¹⁹⁾. ولعلّ القطع يعيدنا إلى النّقطة الأولى وبالتّحديد إلى الغيبة إذ الحاضر يجري السّقوط ضده إذا لم ينزع. فعدم المنازعة إذن شرط ثالث لتحقّق السّقوط يُضاف إلى شرط عدم وجود عذر تحقّق قبل بداية أو في أثناء احتساب ذلك السّقوط⁽¹³²⁰⁾.

411. — بما سبق، نكون قد انتهينا من الشّروط ونكون من ثمّ قد وصلنا إلى المرحلة التي يمكن فيها الإتيان بمجلّة الالتزامات والعقود والحكم عليها:

412. — ◀ وينبغي أن نقسّم هذه المرحلة وفق نفس تقسيم سابقتها لكي تسهل محاولة المقارنة والتّقييم:

♦ فإذا بدأنا بالمسألة الأولى، وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود تقبل مبدأ التّقدم. على هذا هي مثل الفقه. وسواء أخذت هذا المبدأ من هذا الفقه⁽¹³²¹⁾، أو أخذته من

⁽¹³¹⁹⁾ المادّة 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".
⁽¹³²⁰⁾ 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 الإسلاميّ: "موران"، م س، ص 379 و380.
⁽¹³²¹⁾ انظر إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 449 من المشروع المراجع (يقابله الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود) التي أحالت على حاشية الفصل 431 (يقابله الفصل 384). وحاشية الفصل 431 جانبيّة وتحتيّة. فأما الجانبيّة فقسمت إلى قسمين: أولهما للمالكيّة حيث بدأ بحديث لا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم. ثمّ قيل إنّ التّقدم دخل شيئا فشيئا المذهب. ودعّم هذا القول بمراجع هي خليل، والتّاودي، وابن عاصم، والتّواتي، والمازري، والزرقاني، والعمليّات، والمجلّة التّونسيّة ل: 1861 (520)،

الغرب⁽¹³²²⁾، أو أخذته منهما، ففي كل الأحوال لا يمكن المرور إلى مسألة الإحكام.

♦ وإذا مررنا إلى المسألة الثانية، وجدنا: اختلافا على مستوى العقد الباطل بين المجلة والفقهاء، لكن النتائج واحدة⁽¹³²³⁾؛ ووجدنا اتفاقا على المستوى الآخر الذي تناولناه في هذه المسألة، مع اختلاف على صعيد الآجال⁽¹³²⁴⁾.
 فإذا تركنا مسألة الآجال، أمكن نقل اقتراح التقييم الذي جاء في المسألة الأولى.
 وإذا أخذنا مسألة الآجال، لم يخل الحال من أمرين: فإما أن آجال الفقه التي تركتها المجلة هي الأفضل، وإما أن المتروك ليس هو الأفضل:
 فإذا كان المتروك هو الأفضل، كانت المجلة مجسدة لعدم الإحكام.

إلخ. وثانيهما للحنفية حيث قيل إنها تنطلق من مبدأ عدم السقوط. ثم قيل إن فقهاء قال بالسقوط. ثم انتهى بقبول السقوط بناء على أمر السلطان مع استثناء الميراث والوقف ووجود عذر شرعي. ولقد أشير هنا إلى الحموي، وإلى رد المحتار، وابن نجيم، والمجلة (1670)، والدّر المختار، ومرة أخرى إلى رد المحتار.

⁽¹³²²⁾ انظر إلى الحاشية الجانبية للفصل 449 من المشروع المراجع (يقابله الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود) التي أحالت على حاشية الفصل 431 (يقابله 384). وحاشية الفصل 431 جانبية وتحتية. فأما التحتية فأشارت إلى "الديجاست" وإلى الفصل 2262 من المجلة المدنية الفرنسية وإلى "أوبري" و"رو"، و"فينشايد" و"سافيني".

⁽¹³²³⁾ في الفقه دعوى الإبطال لا تسقط، لكن دعوى الاسترداد تسقط. ثم إن الفقه لا يعرف التقادم المكسب، ومن ثم ليس هناك خطر يتمثل في أن نجد أنفسنا أمام الوضعية التي وجدت محكمة التعقيب الفرنسية نفسها أمامها (انظر الفقرة عدد 403). أما في مجلة الالتزامات والعقود فدعوى البطلان المطلق تسقط، وكذلك دعوى الاسترداد. وعدم تحقق التقادم المكسب لا يثير مشكلا لأن دعوى البطلان تتقادم بمضي الزمن.

⁽¹³²⁴⁾ في الفقه وفي صورة العلم الأجل أيام، أما في مجلة الالتزامات والعقود (الفصل 331) فسنة/ في الفقه وفي صورة العلم الأجل سنة أو ما دونها، وفي مجلة الالتزامات والعقود (الفصل 334) خمس عشرة سنة.

أما إذا كان المتروك ليس أفضل، لم تكن المجلّة مجسّدة لما سبق⁽¹³²⁵⁾.
 ◆ فإذا انتهينا إلى المسألة الثالثة، أمكن أن نجد في مجلّة الالتزامات والعقود الشرط الأول (الفصل 402 [لو فهم على النحو الوارد سابقاً])، والفصل 391 ويدخل في الفصل 393 خامساً)، والثاني (نفس النصوص ويمكن أن نضيف الفصل 392)، والثالث (الفصل 396 و397 و398)، وأمكن من ثمّ أن نقول إنّ المجلّة مثل الفقه، وأن نقول على مستوى ربطها بمسألة الإحكام نفس ما قلناه في المسألة الأولى. لكنّ المجلّة ليست مماثلة للفقه تمام المماثلة. والسبب أنّها أعطت لنفس المادة مرتبتين مؤيّدات مختلفتين، وأجلين متباينين.

الفقرة 2. تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلّق بالزّمن

413. — سبق أن قلنا إنّ مجلّة الالتزامات والعقود أعطت نفس المادة مرتبتين مؤيّدات مختلفتين هما: البطلان النسبي من جهة⁽¹³²⁶⁾، والفسخ من جهة أخرى⁽¹³²⁷⁾. والآجال في الفسخ تتراوح بين ما هو موجود بالفصل 652 وما هو موجود بالفصل 672. أمّا في البطلان النسبي فتتراوح بين ما هو موجود بالفصل 331 وما هو موجود بالفصل 334⁽¹³²⁸⁾. هذا حلّ دون الفقه⁽¹³²⁹⁾. وهو لمن جاء بغير

⁽¹³²⁵⁾ تتمثّل الأفضليّة (أو عدم الأفضليّة) على مستوى المنهجية التشريعية في تماشي (أو عدم تماشي) الأجل المختار مع غيره الذي وقع وضعه في موادّ مماثلة. والبحث في هذا المماثل في الفقه وفي مجلّة الالتزامات والعقود يبعدهنا عن عملنا لذلك تركنا الأمر في قالب افتراضي.

⁽¹³²⁶⁾ انظر الفقرة عدد 315 وما بعدها.

⁽¹³²⁷⁾ انظر الفقرة عدد 314.

⁽¹³²⁸⁾ وينبغي أن نورد هنا إشارة ما كان يمكننا أن نأتي بها سابقاً، وذلك لأننا نرى الآن الآجال. وتتمثّل هذه الإشارة في التنبيه على أنّ تنظيم مجلّة الالتزامات والعقود للغلط مرتّين — وهو أتباع للقانون الفرنسي — جعلنا نرجح أنّ الجزء في المرّة الثانية فرنسي (الفسخ)، لأنّ المرّة الثانية نفسها فرنسيّة (انظر الفقرة عدد 314).

متقن وترك متقنا.

414. — على هذا تكون مجلّة الالتزامات والعقود مجسّدة لعدم الإحكام. والسبب كما لاحظنا — وهو الزمن، 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 مرتّتين. وهكذا ترجعنا نقطة نّهاية هذا العمل إلى نقطة بدايته ...

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 وبالتحديد فسخ العقد غير اللازم (انظر ما جاء سابقا من أنّ هذا الاحتمال ضعيف). وحتى وإن قلنا بهذا، فستظلّ المجلّة واضعة لمرتبتين لمادّة واحدة (بطلان الغرب التّسبي وعدم اللزوم الإسلامي)، وخاصّة لآجال مختلفة (في البطلان التّسبي مثلا سنة وفي العيوب وحسب 652 بضعة أيام، إلخ).

(1329) لأنّ فيه عدم جمع متماتلات.

خلاصة العنوان الثاني

415. — يمكن القول إنّ الأحكام المطويّ ذكرها، سواء منها المتعلقة بالزّمن أو غير المتعلقة به، مأخوذة من فرنسا.

ففي الأحكام غير المتعلقة بالزّمن نجد مسألة ضرورة الدّعى، ومسألة من يثير البطلان، ومسألة الإمضاء، وكلّها مستوردة. وفي الأحكام المتعلقة بالزّمن نجد مسألة قبول فكرة السّقوط، ومسألة تطبيقها على المادّة التي نعمل عليها، ومسألة شروط السّقوط. وهذه المسائل مستوردة بدورها إلّا مسألة الشّروط وخاصّة شرط انعدام الأعدار.

وعلى كلّ، وجدنا المأخوذ به في بعض هذه المسائل مثل الفقه الإسلامي. وهنا لم يمكن المرور لمسألة الإحكام.

لكن وجدنا أيضا المأخوذ به، في بعض المسائل الأخرى، مختلفا عن الفقه. وهنا تتغيّر علاقة مجلّة الالتزامات والعقود بمسألة الإحكام بحسب ما إذا كان الفقه، أي هذا المتروك، أفضل أو أسوأ من الحلّ المعتمد. ويمكن — على سبيل المثال لا الحصر وفيما يخصّ آثار المراتب في سياقها — أن نقول، لو اتّبعتنا السّنهوري، إنّ المتروك كان أرقى بكثير من المعتمد.

خلاصة الجزء الثاني

416. — رأينا منذ قليل أنّ الأحكام المطويّ ذكرها مأخوذة من فرنسا، ورأينا قبل ذلك أنّ الأحكام المذكورة تصرّحاً مأخوذة من نفس المصدر.

وعلى هذا فالجزء الثاني لأحكام نصوص مجلّة الالتزامات والعقود المتعلقة بالغلط، أي جزء الأحكام التأييديّة، يجسّد بكليّته تقريباً استدباراً من مجلّة الالتزامات والعقود للفقّه الإسلامي. واستدبار الموروث قد يورث إحكاماً، وقد يورث عدم إحكام. ولقد وجدنا هذا الميراث وذاك. وما يضاعف من أهميّة ما وجدناه هو أنّ نفس الأحكام التأييديّة موجودة في نصوص أخرى تتعلّق بـ"غير" الغلط التلقائي والمحدث.

... وهكذا يحيل الجزء الثاني من أحكام الغلط على "الغير"، و"الغير" مقطع "النفس"، أي مقطع هذا العمل ...

الخلاصة العامة

417. — إذا قمنا بعمل إحصائي، وجدنا أنّ الفكرة الأساسية أو القضية (الإحكام)

قد تمّ تناولها في حوالي خمسين موضعا من هذا البحث:

ولقد انقسمت هذه المواضيع إلى قسمين:

قسم أول يفوق العشرين نقطة من نقاط أحكام الغلط وفيه ثبتت صحة القضية، أي ثبت أنّ جانباً من هذه الأحكام جانب الإحكام وترك ما يمثل خطاباً يجمع المتماثلات ويفصل المختلفات وأتى بخطاب ليس فيه ما سبق.

وجانب الأحكام الذي وجدنا فيه عدم الإحكام أصلياً وتأبيدياً:

وفي الأصليّ ثبتت صحة القضية في الغلط التلقائي صوراً وشروطاً:

ففي الصّور رأينا عدم إتقان راجع بالأساس إلى أنّ المستورد منه اعتمد تصوّراً معيباً لتلك الصّور. أمّا المتروك من المجلّة، أي الفقه الإسلامي، فالعيوب فيه على هذا المستوى أقلّ. ونحن نسمع اليوم الغرب ذاته ينقد قانونه على مستوى خصوص هذه النقطة وعموم نقاط الغلط⁽¹³³⁰⁾.

أمّا في الشّروط فتمثّل عدم الإتقان في وضعها والحال أنّها غير موجودة، وهذا إفساد لو نظرنا إلى المسألة مع استحضر القانون الذي كان معمولاً به.

ثمّ إنّ القضية صحّت كذلك في الغلط المحدث. وتجسّد عدم الإتقان خاصّة في وضع التّفرة بين التّغير الأساسيّ والعرضيّ. وعدم الإتقان هنا صحبه أيضاً إفساد ممّا يعني أنّ المحصّلة عدم إحكام.

⁽¹³³⁰⁾ انظر إلى من قال عن القانون الفرنسي الذي أخذت منه مجلّة الالتزامات والعقود أنّه غير دقيق. وانظره أيضاً وهو يضع هذا التأكيد بالنسبة إلى القانون الإنجليزي ("مالوري" و"ايناس"، م س، عدد 403).

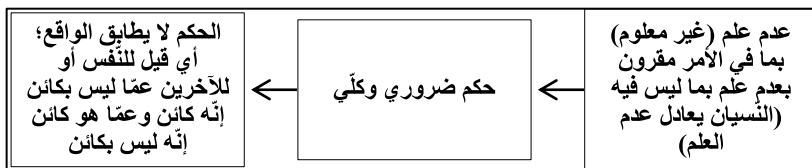
وانظر إلى الفقهاء الألمان الذين يعيبون على مشرّعهم أنّه لم تكن لديه فكرة واضحة عن الغلط في الأوصاف ("فيتز"، م س، عدد 326).

فإذا جمعنا الغلط التلقائي والمحدث، وجدنا أنّ التّضييق في ذلك يوّلّد صعوبات في هذا. وفي الاتجاه المعاكس قبول الكتمان في هذا يجعل التّضييق في ذلك غير ذي معنى. هنا أيضا نحن أمام عدم إتقان مع إفساد والمحصّلة عدم إحكام. ولو وصلنا جمع الغلط التلقائي بالمحدث، لقلنا إنّ عدم الإحكام في التلقائي هو في نفس الوقت عدم إحكام في المحدث، لأنّ المحدث في نهاية الأمر غلط وإن كانت معه زيادة.

فإذا انتقلنا إلى الأحكام التأييدية الواردة في نصوص مجلّة الالتزامات والعقود المتعلقة بالغلط، وجدنا كذلك (وفي بعض جوانبها) عدم إتقان ومعه إفساد، ممّا يعني أنّ المحصّلة عدم إحكام. وتبدو هذه النتيجة منتظرة. فلقد رأينا أنّ نظرية المؤيّدات في الفقه الإسلامي تجسّد صناعة فنيّة رائعة على حدّ عبارة أحدهم. كما رأينا من الغربيين من يبدي إعجابه ببعض جوانبها. لذا فإنّ الابتعاد عنها - لكي لا يمثّل إثباتا لصحة القضية التي عملنا عليها - يجب أن يتمّ في اتجاه واحد هو الارتقاء بها. ويمكن الإتيان ببعض ما سبق من نتائج في عبارات أخرى حاصلها أن هنالك علاقة تأدية تحكم الأحكام الأصلية والتأييدية للغلط التلقائي والمحدث. وتفصيل هذا أن هنالك: علاقة تأدية داخل الغلط التلقائي من جهة؛ وعلاقة تأدية بين الغلط التلقائي والغلط المحدث من جهة أخرى.

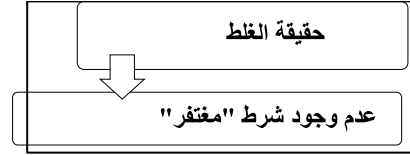
Δ. علاقة تأدية داخل الغلط التلقائي

- لقد مكّن هذا العمل من تحديد حقيقة الغلط على النحو التالي:



هذه الحقيقة تمّ 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 مكنّ هذا العمل من الوصول إلى نتيجة أخرى مفادها أنّ صور الغلط تختلف باختلاف ما ينصبّ عليه الغلط. وما ينصبّ عليه الغلط قابلٌ لأن يُحتزل في أمر واحد هو السبب الغائي (القريب والبعيد). هذه النتيجة تؤدّي للقول بعدم وجود شرط يتمثّل في وجوب أن يكون الغلط حاسماً.



وإذا أريد تفصيل هذا الكلام قيل إنّ المشرّعين أيّاً كان مكانهم أو زمانهم هم أمام ثلاث خيارات:

خيار أول يتمثّل في جعل كلّ الصّور تبطل (قيل تبطل لأنّه الجزء الموجود في مجلّة الالتزامات والعقود، ولكن يمكن تصوّر جزء 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 أيضاً 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 السبب، سيعلم بنفس المناسبة أن من العجبي القول عن غلط في السبب إنّّه كان حاسماً... أي كان سبباً! فإذا قيل إنّ

المقصود هو كون الغلط محلّه سبب هامّ في نظر المتعاقد أو المشرّع، قيل إنّ هذا عيٌّ آخر، إذ لا يضيف وصف السبب بكونه حاسماً شيئاً للقول إنّ الغلط الذي محلّه هذا السبب مبطل.

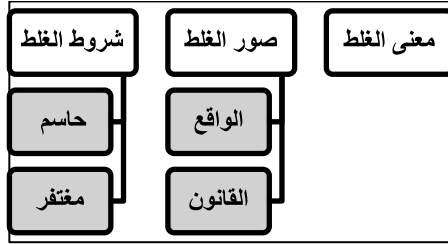
من جهة أخرى في جعل بقيّة الصّور لا تبطل، وفي الحديث هنا عن غلط غير حاسم. ومن ينظر إلى هذه الحالة ويعلم أنّ الغلط محلّه السبب، سيعلم بنفس المناسبة أن من العيِّ القول عن غلط في السبب إنّه لم يكن حاسماً... أي لم يكن سبباً! فإذا قيل إنّ المقصود هو كون الغلط الذي محلّه هذا السبب غير هامّ في نظر المتعاقد أو المشرّع، قيل هذا عيٌّ آخر، إذ لا يضيف وصف السبب بكونه غير حاسم شيئاً للقول إنّ الغلط الذي محلّه هذا السبب ليس مبطلاً.

والأفضل هنا، من زاوية المنهجية أو الصّناعة التشريعية، أن يكتفي المشرّعون بتحديد صنف الأسباب التي تبطل (مثلاً الشّيء، والشخص، إلخ). وصنف الأسباب التي لا تبطل (مثلاً القيمة، إلخ).

فإذا ذهب مشرّع إلى هذا الخيار الثالث (غلط محلّه أسباب معينة يبطل، وغلط محلّه أسباب أخرى لا يبطل) كانت يدها مقيدتين بقيد المنهجية التشريعية وبالتحديد بقيد الاتساق. وفعلاً لا يستطيع مشرّع أن يجعل من جهة سبباً قريباً غير مبطل ومن جهة أخرى سبباً بعيداً مبطلاً⁽¹³³¹⁾... نعم قد يفعل هذا في الواقع، لكن إن فعل تكون جُنوبه متجافية عن الاتساق.

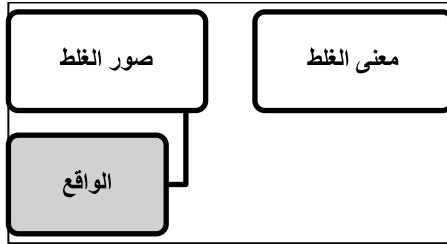
ويمكن أن يحوصل ما سبق وأن يضاف إليه القول إنّ التّصوّر التشريعي المعيب لمادّة الغلط قد يكون سبباً من الأسباب الأساسية في عدم إشعاع المادّة في الحياة العملية. والتّصوّر المعيب المشار إليه أن يؤتى بـ: "معنى الغلط"، ثمّ بـ: "صوره" (التي تقسم إلى: "واقع" و"قانون")، ثمّ بـ: "شروطه" (وهي: "حاسم" و"مغتفر").

⁽¹³³¹⁾ لكن قد لا يمكن وفي كلّ الحالات القول إنّ السبب الذي أمامنا قريب أو بعيد. ويبدو أنّ الحَلّ الذي يجنّبنا هذه الصّعوبات هو التسوية بين كلّ الصّور على مستوى الحكم التأييدي.



وإنّ أدوات التحليل التي استعملت في هذا العمل قد مكّنت من القول: أولاً بأنّ "القانون" داخلٌ في "مغتفر" وفي "الواقع"؛ وثانياً بأنّ "حاسم" داخلٌ في "الواقع"؛ وأخيراً بأنّ "مغتفر" داخلٌ في "معنى الغلط". هذا الكلام يعني أنّ تصوّر مادّة الغلط التلقائي (الأحكام الأصلية)، ومن ثمّ صبّ هذا التّصوّر في نصوص، ينبغي أن يكون على النحو التالي:

"معنى الغلط" (وداخله "مغتفر"، وداخل "مغتفر" "بعض القانون").
 "صور الغلط في الواقع" (وداخلها "البعض المتبقي من القانون" + "حاسم").



وكلّ هذا ينعكس على الغلط المحدّث. وهنا نصل إلى علاقة التّأدية الثّانية:

Δ. علاقة تأدية بين الغلط التلقائي والغلط المحدّث

مكّن هذا العمل من الوصول إلى تحديد للتّغيير حاصله أنّه فعل أو قول أو صمت مخصوص يحدث غلطا محله سبب غائي قريب أو بعيد. هذا التّحديد يعني أنّ التّغيير مرتبط بالغلط. وعليه فإنّ مقتضى المنهجية التشريعية المتمثّل في الاتّساق يقتضي ما يلي:

* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 1 الوارد سابقاً، فإنّ يديه ستكونان مقيدتين تماماً في مادّة التّغيير، إذ عليه أن يجعل هنا أيضاً كلّ سبب غائي مبطلاً.

* لو ذهب مشرّع إلى الخيار رقم 2 الوارد سابقا، فإنّه سيكون حرّاً أحيانا ومقيّد اليدين أحيانا: هو حرّ في أن يجعل التّغيير 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 جعلت مبطله في الغلط التّلقائي ينبغي جعلها كذلك في الغلط المحدث، والصّور التي جعلت غير مبطله في الغلط التّلقائي يمكن جعلها مبطله أو غير مبطله في الغلط المحدث لكن مع احترام مسألة قرب الأسباب وبعدها. وعلينا أن نلاحظ أنّه لو قُبل 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 النتائج التي تمّ التّوصّل إليها تمثّل في جانب منها معرفة للغلط مختلفة عمّا هو سائد. وقد يقال إنّ هذه المعرفة المختلفة ليست جديدة. وفعلا هنالك تشاريع كالقانون الإسلامي وهنالك كتابات ككتابات "شوفال"⁽¹³³²⁾ يشبه تناولها للمادّة أو لجزء منها ما تمّ التّوصّل إليه في هذا العمل. هذا الكلام صحيح. لكنّ الصّحيح أيضا (وهنا سنستعير من "هايدغر"⁽¹³³³⁾) أنّه أحيانا، وبعد أن يُفهم الجديد، تعاد قراءة القديم من جديد. وبعد أن يُفهم القديم بواسطة الجديد، يُقال عن الجديد إنّّه لم يأت بجديد.

⁽¹³³²⁾ انظره داخل هذا العمل.

⁽¹³³³⁾ "هايدغر"، م س، ص 92.

وينبغي التنبية هنا إلى أنّ المعرفة المتوصّل إليها ليست أفضل من غيرها الذي هو سائد. كما ينبغي التنبية إلى أنّ فضل الوصول إلى تلك المعرفة المختلفة يرجع إلى أدوات التحليل التي عُمد إليها. فالفضل إذن للأدوات، والأدوات لا تنتج الأفضل بل المختلف.

وإنّ النتائج المتوصّل إليها لتفيد على مستوى العشرين نقطة أو أكثر المتحدّث عنها أعلاه بأنّ قرار أصحاب مجلّة الالتزامات والعقود ترك القانون الإسلاميّ والأخذ من القانون الغربيّ جسّد عدم الإحكام. لكنّ التخلّي عن المحليّ والاستيراد من الأجنبيّ مثل الإحكام على المستوى التالي: عدم تشبّيت الغلط التلقائيّ (على الأقلّ حين ننظر إليه في إطار الفصل 44 إلى الفصل 49).

ولو توسّعنا قليلاً، لقلنا نفس ما سبق في ما يخصّ وضع جزاء واحد لعيوب الرضا. فهنا الغرب أفضل من الفقه. لكن علينا أن لا ننسى المالكيّة التي تواجه بمؤيّد واحد العيوب، ومن ثمّ فهي مشابهة للغرب.

418. — هذا الشّبه يميلنا إلى القسم الثّاني من المواضيع التي تناولنا فيها القضية. فهذا القسم الذي يتجاوز العشرين نقطة في العمل هو قسم لم يختلف فيه الفكر التشريعيّ الإسلاميّ عن الفكر التشريعيّ الغربيّ. لذا، حتّى إن وجدنا مجلّة الالتزامات والعقود مستوردة هنا، فلا يمكن أن نصفها بكونها أصلحت أو أفسدت بالنّظر إلى ما كان قائماً قبلها لسبب بسيط وهو أنّها أتت بما هو مثلٌ لهذا "القبل". فإذا لم يمكن الحديث عن الإصلاح، لم يمكن المرور إلى الإحكام لأنّ هذا يتكوّن وفي نفس الوقت من الإتقان ومن الإصلاح.

419. — وينبغي القول إنّه يتعيّن أن يكون الحسّن ضالّةً أتى وُجدت طُلبت. فإن كانت في الغرب طُلبت من الغرب، وإن كانت في الشّرق طُلبت من الشّرق، وإن كانت فيهما معا طُلبت من أحدهما. لكن الحسّن قد لا يُعترّ عليه لا في ذلك ولا في

هذا (ولا في غيرهما)، وهنا ينبغي استحداثه. وعلى كلِّ فإنَّ الحَسَنَ سواء تمَّ استيراده أو تمَّ أخذه من الموروث أو تمَّ استحداثه لا يبقى حسنا إلا باستثناءه، أي بمواصلة العمل عليه.

420. — فإذا عدنا إلى القضية، قلنا إنَّ ثبوتها (ثبوت صحتها أو ثبوت خطئها) تابع من حيث أهميته للحكم الذي تعلق به. فإذا كان الحكم أساسياً في محيطه الضيق (مثل الشيء بالنظر إلى بقية صور وشروط الغلط التلقائي وبالنظر إلى الغلط المحدث) أو في محيطه الواسع (مثل المؤيد في مادة الغلط بالنظر إلى المؤيد في مادة شروط نشأة العمل القانوني)، انعكس ذلك على جدوى وصفه بالإحكام أو بعدم الإحكام.

421. — ويمكن القول عن عدم الإحكام — الذي وجدناه في "المحاولة" التي نحن بصدد مغادرتها — إنَّه يمثل موقفاً "لاعقلانياً". فإذا كانت بقية نصوص مجلة الالتزامات والعقود أو على الأقل أغلبها محتوية على أحكام مثل التي عملنا عليها، أمكن وصفها باللاعقلانية.

ولو فعلنا هذا، لوجب أن ندقق وأن نقول إنَّ الوصف لا يصح في شأنها لو نظرنا إليها من زاوية واضعها. فالسلطة الفرنسية كانت "عقلانية" حين جاءت بما يمثل تركاً لموروث المجتمع التونسي وإن كان متقناً واستبدلته بما هو غريب وإن لم يكن كذلك لأنَّ هذا التغيير يخدم مصالحها.

لكنَّ الوصف يصح بالنظر إلى زاوية الوقت الحاضر. فليس ثمَّ عقلانية في أن يجسّد مشرّع اليوم ما يمثل استمراراً لترك المتقن لفائدة غير المتقن.

... نعم يمكن القول مع "كاربوني" (1334) — وهو يقارن بين مجلة الالتزامات والعقود والمجلة المدنية الفرنسية — إنَّ الأولى استفادت من عمل الزمن ... نعم يمكن

(1334) "كاربوني" (جون)، درس في القانون المدني (غير منشور)، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، ماي 1994.

القول إنّها ربحت ما يقارب القرن من عمل ثريّ للفقه وللقضاء الفرنسيين، وربحت من تجارب أخرى هامة (المانيّة، إلخ). لكنّ هذا لا يمكن من وصفها بالمفخرة الوطنيّة: ... لا يمكن من وصفها بالوطنيّة حين تُستحضر هويّة واضعها (المستعمر)⁽¹³³⁵⁾ وخاصة حين يُستحضر سبب وضعها؛

... لا يمكن من وصفها بالمفخرة حين يُستحضر محلّ هذا العمل وتُستحضر نقاطه التي لم نجد فيها إحكاما.

وإنّ أول شرط لتحقيق الإحكام، من زاوية الصنّاعة أو المنهجية التشريعية أو علم التشريع، أن يفهم المشرّع وأن يصيب في تصوّر المحتوى الذي سيعمد إلى تشكيله وصيّه في قالب قانوني⁽¹³³⁶⁾. هذا الفهم يسمح (إلى جانب شروط أخرى) بالإتيان بقانون عقلائي⁽¹³³⁷⁾. والعقلانيّة علامة على الحدّثة⁽¹³³⁸⁾. وإنّ مجلّة الالتزامات والعقود (على مستوى جوانب من النموذج الذي عملنا عليه) لم تفهم المحتوى الذي شكّلته، لذلك وجدناها غير عقلانيّة، أي مضيعة للحدّثة.

وما جاء للتوّ ينبّه إلى أنّ هذا الوصف أو غيره ينبغي أن يُقيّد بالحقل الذي استُمدّ منه. وفعلا من التّهافت العلمي أن يُعمل على جزء صغير ثمّ تمدّ النتائج إلى كلّ المجلّة. لذا ينبغي انتظار مسح لبقية الأحكام الأصليّة والتأييدية لمجلّة الالتزامات

CARBONNIER (Jean), Cours de droit civil, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Mai 1994.

⁽¹³³⁵⁾ لنقل لمن يفكر في دور لجنة توجيه النّظر الشرعي: واضعها الأساسي.

⁽¹³³⁶⁾ "رجال" (جان لويس)، م س (المنهجية القانونيّة)، ص 308.

⁽¹³³⁷⁾ "رجال" (جان لويس)، م س (المنهجية القانونيّة)، ص 271 و 274 و 309.

⁽¹³³⁸⁾ إنّ للحدّثة عدّة علامات مميّزة من ضمنها العقلانيّة. وإنّ البعض ليأخذ علامة ويعدها هي المؤسّس ("كونت": العلم/ "سان سيمون": الصنّاعة/ "ماركس": الرأسماليّة/ "توك فيل": المساواة في الأوضاع الاجتماعيّة، والديموقراطية/ "فيبير": العقلانيّة). معجم علم الاجتماع. مكتبة لاروس 1989.

Dictionnaire de la sociologie, Paris, Lib Larousse, 1989, mot: modernité

والعقود، أي ينبغي انتظار أعمال غير الأعمال الموجودة بعد، وينبغي انتظار أعمال غير هذا العمل.

هذه الأعمال، إن وجدت مستقبلاً، إما أن تؤيد النتائج التي وصلنا إليها على مستوى النموذج الذي اشتغلنا عليه وإما أن تنفيها. فإذا أيدتها، تكون مجلة الالتزامات والعقود قد فعلت ما فعلته المرأة التي نزلت فيها الآية: «وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا»⁽¹³³⁹⁾؛ وإن لا، فلا. بعبارة موجزة: إما أن نجد في مجلة الالتزامات والعقود مفهوم الحمق الذي استخرجه أحدهم انطلاقاً من الآية الواردة منذ قليل⁽¹³⁴⁰⁾، وإما أن لا نجده. هذا المفهوم يمكن البحث عنه لا فقط في هذا الفعل التشريعي المتمثل في المجلة، بل في أي فعل تشريعي آخر. وأكثر من هذا، يمكن البحث عنه في أي فعل إنساني فردياً كان أو جماعياً ...

⁽¹³³⁹⁾ الآية 92 من سورة النحل. ولقد جاء في أحد كتب التفسير: "قوله تعالى ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا. النقض والنكث واحد والاسم النكث والنقض والجمع الأنكاث. فشبهت هذه الآية الذي يخلف ويعاهد ويرم عهده ثم ينقضه بالمرأة تغزل غزولها وتفتله محكما ثم تخله. ويروى أن امرأة حمقاء كانت بمكة [...] (و) كانت تفعل ذلك. فيها وقع التشبيه". القرطبي (محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي أبو عبد الله)، الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، القاهرة، دار الشعب، الطبعة الثانية، 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، الدار الشامية، الطبعة الأولى، 1415 هـ، ج 1، ص 617؛ البغوي (الحسين بن مسعود الفراء البغوي أبو محمد)، معالم التنزيل، تحقيق: خالد العك ومروان سوار، بيروت، دار المعرفة، الطبعة الثانية، 1407 هـ/ 1987 م ج 3، ص 82؛ القمي (علي بن إبراهيم بن هاشم)، تفسير القمي، قم، مؤسسة دار الكتاب، 1404 هـ، ج 1، ص 389.

⁽¹³⁴⁰⁾ بوحديية (عبد الوهاب)، درس معمق في علم الاجتماع (غير منشور)، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية بتونس، 1993 - 1994.

الملحق

الملحق 1		
مجلة الالتزامات والعقود (2005)	مجلة الالتزامات والعقود (1906)	المشروع المراجع (1899)
<p>الفصل 43 – الرضاء الصادر عن غلط أو عن تغرير أو عن إكراه يقبل الإبطال.</p> <p>Article 43 – Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence.</p>	<p>الفصل 43 – الرضاء الصادر عن غلط أو عن تدليس أو عن إكراه يقبل الإبطال</p> <p>Article 43 – Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence.</p>	<p>الفصل 47 – الرضاء الصادر عن غلط أو عن تدليس أو عن إكراه يقبل الإبطال</p> <p>Article 47 – Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence.</p>
<p>الفصل 44 – العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين: أولاً: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد. ثانياً: إذا كان مما يعذر فيه بالجهل.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 44 – العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين أو لا إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد ثانياً إذا كان مما يعذر فيه بالجهل</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 48 – العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين أو لا إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد ثانياً إذا كان مما يعذر فيه بالجهل</p> <p>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.</p>
		<p>الفصل 49 – إذا شمل الغلط جميع المتعاقدين فلا قيام به في الفسخ</p> <p>Article 49 – Néanmoins, l’erreur de droit commune à toutes les parties ne donne pas ouverture à la rescision.</p>
<p>الفصل 45 – الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 45 – الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 50 – الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ في صورتين أو لا الغلط في ذات المعقود عليه أو في تعيينه أو في وصفه الموجب للتعاقد ثانياً إذا كان أحد المتعاقدين يقصد عقداً غير الذي صرح برضائه به</p> <p>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 ;</p>

		2) lorsque l'une des parties a eu en vue un contrat différent de celui auquel elle a déclaré consentir.
<p>الفصل 46 - الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضى بالعقد.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 46 - الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كان ذات المتعاقد معه أو صفته من لاسباب الموجبة للرضى بالعقد.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 51 - الغلط في ذات احد المتعاقدين او في صفته لا يكون موجبا للفسخ الا اذا كان ذات المتعاقد معه او صفته من لاسباب الموجبة للرضى بالعقد</p> <p>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.</p>
<p>الفصل 47 - مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط.</p> <p>Article 47 - Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.</p>	<p>الفصل 47 - مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط.</p> <p>Article 47 - Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.</p>	<p>الفصل 52 - مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط</p> <p>Article 52 - Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.</p>
<p>الفصل 48 - إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في المتعاقد عليه فعلى القاضي أن يراعي ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى.</p> <p>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</p>	<p>الفصل 48 - إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق او في المتعاقد عليه فعلى الحاكم ان يراعي ظروف الاحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا او انثى</p> <p>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</p>	<p>الفصل 53 - إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق او في المتعاقد عليه فعلى الحاكم ان يراعي ظروف الاحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا او انثى</p> <p>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.</p>

personnes et aux circonstances de la cause.	personnes et aux circonstances de la cause.	
<p>الفصل 49 – إذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها أحد الطرفين فله القيام بفسخ العقد في الصور المقررة بالفصلين 45 و46 أعلاه وهذا لا ينافي إجراء حكم القواعد العمومية المتعلقة بالتقصير وحكم الفصل 457 فيما يتعلق بالتلغراف خاصة.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 49 – إذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها أحد الطرفين فله القيام بفسخ العقد في الصور المقررة بالفصلين 45 و46 أعلاه وهذا لا ينافي إجراء حكم القواعد العمومية المتعلقة بالتقصير وحكم الفصل 459 فيما يتعلق بالتلغراف خاصة.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 54 – إذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها أحد الطرفين فله القيام بفسخ العقد في الصور المقررة بالفصل 50 والفصل 51 أعلاه وهذا لا ينافي إجراء حكم القواعد العمومية المتعلقة بالتقصير وحكم الفصل فيما يتعلق بالتلغراف خاصة.</p> <p>Article 54 – Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la résolution de l'obligation dans le cas des art. 50, 51 ci-dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute et de l'art. dans le cas spécial des télégrammes.</p>
	الملحق 2	
مجلة الالتزامات والعقود (2005)	مجلة الالتزامات والعقود (1906)	المشروع المراجع (1899)
<p>الفصل 56 – التغيرير 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 التغيرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به.</p> <p>Article 56 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont</p>	<p>الفصل 56 – التغيرير يوجب الفسخ إذا 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 التغيرير الواقع من غير المتعاقدين اذا علمه من انتفع به.</p> <p>Article 56 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans</p>	<p>الفصل 61 – التغيرير يوجب الفسخ إذا 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 التغيرير الواقع من غير المتعاقدين اذا علمه من انتفع به.</p> <p>Article 61 – Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans</p>

<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>الفصل 57 - التغيرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 57 - التغيرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 62 - التغيرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة</p> <p>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.</p>
<p>الفصل 60 - الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغيرير العاقد الآخر أو نائبه أو من نائبه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي.</p> <p>Article 60 - La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle, et sauf l'exception ci-après.</p>	<p>الفصل 60 - الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا تسبب عن تغيرير العاقد الآخر أو من نائبه أو ممن نائبه في العقد عدى ما استثنى بالفصل الآتي</p> <p>Article 60 - La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle et sauf l'exception ci-après</p>	<p>الفصل 65 - الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا تسبب عن تغيرير العاقد الآخر أو من نائبه أو كان ممّا يشملها الفصل الآتي</p> <p>Article 60 - La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle, et sauf l'exception ci-après.</p>
<p>الفصل 61 - الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغيرير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث.</p> <p>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</p>	<p>الفصل 61 - الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغيرير من معاقده الآخر والغبن في هاته الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث</p> <p>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</p>	<p>الفصل 66 - الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغيرير من معاقده الآخر والغبن في هاته الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث</p> <p>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</p>

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.	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.	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.
	الملحق 3	
مجلة الالتزامات والعقود (2005)	مجلة الالتزامات والعقود (1906)	المشروع المراجع (1899)
<p>البسبب الأول في بطلان الالتزامات الفصل 325 – ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام.</p> <p>ويبطل الالتزام من أصله في صورتين الآتيتين: أولاً – إذا خلا عن ركن من أركانه. ثانياً – إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة.</p> <p>CHAPITRE PREMIER De la nullité des obligations</p> <p>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.</p>	<p>البسبب الأول في بطلان الالتزامات الفصل 325 – ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام.</p> <p>ويبطل الالتزام من أصله في صورتين الآتيتين أولاً إذا خلا عن ركن من أركانه ثانياً إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة</p> <p>CHAPITRE PREMIER De la nullité des obligations</p> <p>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.</p>	<p>البسبب الأول في بطلان الالتزامات الفصل 372 – 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 صورتين الآتيتين أولاً إذا خلا عن ركن من أركانه ثانياً إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة</p> <p>CHAPITRE PREMIER De la nullité des obligations</p> <p>Article 372 – L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit : 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.</p>
الفصل 329 – امضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق	الفصل 329 – امضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق	الفصل 376 – امضاء الالتزام الباطل من أصله لا يصح إلا

<p>عليه لا عمل عليه.</p> <p>Article 329 – La confirmation ou ratification d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet</p>	<p>عليه لا عمل عليه</p> <p>Article 329 – La confirmation ou ratification d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet</p>	<p>بمثابة التزام جديد تاريخه تاريخ الإمضاء وذلك في الصّور التي يبيح القانون فيها الإمضاء</p> <p>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.</p>
<p>الباب الثاني في فسخ الالتزام</p> <p>الفصل 330 – يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة بالفصول 8 و 43 و 58 و 61 من هذا القانون ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه إلا في حق من انعقد بينهم الالتزام.</p> <p>CHAPITRE II De la rescision des obligations</p> <p>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.</p>	<p>الباب الثاني في فسخ الالتزام</p> <p>الفصل 330 – يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة بالفصل 8 والفصل 43 والفصل 58 والفصل 61 من هذا القانون ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه الا في حق من انعقد بينهم الالتزام</p> <p>CHAPITRE II De la rescision des obligations</p> <p>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.</p>	<p>الباب الثاني في فسخ الالتزام</p> <p>الفصل 377 – يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة في الفصول 9 و 47 و 63 و 65 وفي ما عداها من الصّور التي نص عليها ويسقط القيام بذلك بمضي عام إلا اذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه الا في حق من انعقد بينهم الالتزام</p> <p>CHAPITRE II De la rescision des obligations</p> <p>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.</p>

<p>الفصل 331 - المدة المذكورة لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط أو التغرير إلا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم خروجهم من قيد الحجر أو من يوم موتهم.</p> <p>أما فيما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 331 - المدة المذكورة لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الخطأ أو التدليس إلا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر أما ما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه.</p> <p>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.</p>	<p>الفصل 378 - المدة المذكورة لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الخطأ أو التدليس إلا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر كما لا تحسب في صورة الغبن إلا من يوم حوز الشيء المتعاقد عليه.</p> <p>Article 378 - Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jours où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jours où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.</p>
<p>الفصل 334 - القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد.</p>	<p>الفصل 334 - القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد.</p>	<p>الفصل 381 - القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد.</p>

<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>الفصل 335 – يجوز لمن طوّل 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.</p>	<p>الفصل 335 – يجوز لمن طوّل بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال 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</p>	<p>الفصل 382 – يجوز لمن طوّل بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول أعلاه من فصل 377 إلى فصل 381</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>الفصل 336 – إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه وأما الحقوق التي اكتسبها الغير قانوناً عن حسن نية فتجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة.</p> <p>Article 336 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été</p>	<p>الفصل 336 – إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه وأما الحقوق التي اكتسبها الغير قانوناً بغير تدليس فتجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة.</p> <p>Article 336 – La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été</p>	<p>الفصل 383 – إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه عدى الحقوق التي اكتسبها الغير قانوناً بغير تدليس</p> <p>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</p>

<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>الفصل 337 – إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ. Article 337 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.</p>	<p>الفصل 337 – إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ. Article 337 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.</p>	<p>الفصل 384 – إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ. Article 384 – La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.</p>
<p>الفصل 338 – إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختيارا في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح. وإمضاء الالتزام أو الاعتراف</p>	<p>الفصل 338 – إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختيارا في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح وامضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء</p>	<p>الفصل 385 – إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختيارا في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح وامضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء</p>

<p>به أو إجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت المبين في القانون يقتضى ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الحاصلة للغير قانونا وعن حسن نية قبل التصديق على العقد أو إجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336.</p> <p>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 connaît les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.</p> <p>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.</p>	<p>العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت المبين في القانون تقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الحاصلة للغير قانونا وبغير تدليس قبل التصديق على العقد او اجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336</p> <p>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 connaît les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.</p> <p>La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre l'obligation rescindable. Quant aux droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou exécution on suivra la règle établie par l'art. 336 in fine.</p>	<p>العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت المبين في القانون تقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال عدى الحقوق الحاصلة للغير قانونا وبغير تدليس قبل التصديق على العقد او اجراء العمل به</p> <p>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 connaît les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.</p> <p>La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre l'obligation rescindable, sans préjudice des droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou exécution.</p>
--	--	---

336 in fine.		
<p>في بيان المدة المقررة لسقوط حق القيام بالدعوى</p> <p>الفصل 402 - كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة.</p> <p>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.</p>	<p>في بيان المدة المقررة لسقوط حق القيام بالدعوى</p> <p>الفصل 402 - كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدى ما استثنى بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة.</p> <p>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.</p>	<p>في بيان المدة المقررة لسقوط حق القيام بالدعوى</p> <p>الفصل 449 - كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدى ما استثنى بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة.</p> <p>Du temps requis pour prescrire</p> <p>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.</p>

فهرس المصادر والمراجع

1- الكتب

إبراهيم بك (أحمد) و إبراهيم (واصل علاء الدين أحمد) الالتزامات في الشرع الإسلامي، القاهرة، المكتبة الأزهرية للتراث والجزيرة للنشر والتوزيع، ط 1، 1434 هـ / 2013 م.

ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم)، الردّ على المنطقيين، ط 1، بيروت، دار الفكر اللبناني، 1993.

ابن حزم (محمد بن أحمد)، التقريب لحد المنطق والمدخل إليه بالألفاظ العامية والأمثلة الفقهية، تحقيق إحسان عباس، بيروت، منشورات دار مكتبة الحياة، د ت.

ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر، د ت.

ابن رشد (الحفيد)، رسائل ابن رشد الفلسفية، تقديم وضبط وتعليق رفيق العجم وجيرار جهامي، بيروت، دار الفكر اللبناني، ط 1، 1994.

ابن سلمون (الكناني)، كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام (انظر ابن فرحون).

ابن عابدين، ردّ المختار على الدّر المختار (الدّر المختار هو للحصكفي) المعروف بحاشية ابن عابدين (فقه حنفي)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2، 1407 هـ، 1987 م (بيروت، دار الفكر، 1399 هـ، 1979 م).

ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.

ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو بكر محمد بن محمد)، متن العاصمية المسمّى بتحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام. ويليه متن لامية الرّفاق في فقه المالكية، مصر، ملتزم الطبع والتّشر عبد الحميد أحمد حنفي.

ابن فرحون (برهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله)، تبصرة الحكّام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، [وبهامشه ابن سلمون (الكناني) كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام]، بيروت، دار الكتب العلمية، د ت.

ابن نُجيم (زين الدين)، الأشباه والنظائر [وبحاشيته: الحموي غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر]، دار الطباعة العامرة، 1920، (بيروت، دار الكتب العلمية ط 1، 1405 هـ، 1985 م).

فهرس المصادر والمراجع

- ابن نُجَيم (زين الدّين)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د م، دار المعرفة، 1993.
- أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، العقد غير اللازم. دراسة مقارنة معمّقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة، الكويت، جامعة الكويت، 1994.
- أبو زهرة (محمد)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، د ت.
- ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود. بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط 1996.
- ادريوش (أحمد)، الثقافة والقانون. الجزء الثاني: قانون الالتزامات والعقود. مائة سنة من الصمود، المغرب، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 2016.
- الأمدي (الإمام علي بن مُجَدِّد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، ط 2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1406 هـ، 1986 م.
- بارودي (محمد أمين)، بيع الوفاء وتطبيقاته المعاصرة، سورية - لبنان - الكويت، دار التّوادر، ط 1، 1433 هـ / 2012 م.
- البغوي (أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء الشافعي)، تفسير البغوي المسمّى معالم التنزيل، إعداد وتحقيق خالد عبد الرحمان العك ومروان سوار، بيروت، دار المعرفة، د ت.
- البنّاني (سيدي الشّيخ محمد). انظر الزّرقاني.
- بوحديّة (عبد الوهّاب)، درس معمق في علم الاجتماع (غير منشور)، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية بتونس، 1993 - 1994.
- بوصبع (نبيل)، نظرية العقد عند الإمام ابن حزم الأندلسي. أصولها ومقوماتها، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1431 هـ / 2010 م.
- التّسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، البهجة في شرح التّحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكّام لابن عاصم، وبهامشه شرح التّاودي المسمّى بحلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، وهو شرح على الأرجوزة المذكورة، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1370 هـ / 1951 م.

التّواتي (محمّد البشير)، مجموع الإفادة في علم الشّهادة، تونس، المطبعة 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.

الجرني (سامي)، تفسير العقّد، تونس، مركز النشر الجامعي، 1999.

الحصكفي (علاء الدّين محمّد بن علي بن محمّد)، الدّر المختار شرح تنوير الأبصار للتّرمّاشي. 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.

الدّسوقي (أبو السّعود)، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، مصر، دار إحياء الكتب العربيّة، د ت.

دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود. تعريب مجّد المالقي، تونس، د ن، ط 1، 1367 هـ / 1948 م.

الرّازي (فخر الدّين محمّد بن عمر بن الحسين)، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر قيّاض العلواني، بيروت، مؤسّسة الرسالة، ط 2، 1412 هـ / 1992 م.

رستم باز اللبناني (سليم)، شرح المجلّة، بيروت، دار إحياء التّراث العربي، 1406 هـ / 1986 م.

الرّفاعي (عبد الجبّار)، مبادئ الفلسفة الإسلاميّة، بيروت، دار الهادي، ط 1، 1422 هـ / 2001 م.

الرّملي (محمّد بن أحمد الرّملي المنوفي المصري)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، د ت.

الرّزقا (مصطفى أحمد)، العقود المسماة في الفقه الإسلامي. عقد البيع، دمشق، دار القلم، ط 1،

1420 هـ / 1999 م.

الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، ط 1، 1418 هـ / 1998 م.

الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل إلى نظرية الالتزامات العامة في الفقه الإسلامي، دمشق، دار القلم، ط 1، 1420 هـ / 1999 م.

الزرقاني (سيدي عبد الباقي)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشيخ محمد البتاني، بيروت، دار الفكر، د ت.

الزركشي (بدر الدين محمد بن عبد الله)، البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، بيروت، دار الجيل، 1408 هـ / 1988 م.

الزروقي (عبد المجيد)، أصول الفقه. مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، بيروت/ دار الكتب العلمية - تونس/ مجمع الأعرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص. ط 1، 1438 هـ / 2017 م.

الزقاق، لامية الزقاق. انظر ابن عاصم.

الزبيعي (فخر الدين عثمان بن علي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، ط 2، دار الكتاب الإسلامي (على طبعة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1314هـ).

الزبن (محمد)، النظرية العامة للالتزامات. العقد، تونس، مطبعة الوفا، ط 2، 1997.

السامرائي (فاضل صالح)، التعبير القرآني، عمان/ الأردن، دار عمار، ط 1، 1418 هـ / 1998 م.

السجلماسي (الشيخ عبد الجليل الفلاي)، كتاب فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المشتهر باسم كتاب العمليّات العامة، تونس، مطبعة الدولة التونسية المحروسة، 1290هـ.

السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، مصر، مطبعة السعادة، د ت.

سليمان (حوران محمد)، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، سورية - لبنان - الكويت، دار النوادر، ط 1، 1433 هـ / 2012 م.

السَّنهوري (عبد الرزاق)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، محاضرات أُلقيت في 1953 و1954، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د ت.

سوار (محمد وحيد الدين)، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الجزائر، الشركة الوطنية للتوزيع والنشر، ط 1، 1979 (ط 2)، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (1998).

السيستاني (علي الحسيني)، الرافد في علم أصول الفقه، بقلم منير السيد عدنان القطيفي، مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني، قم، 1414 هـ.

شرف الدين (محمد كمال)، قانون مدني. النظرية العامة. الأشخاص. إثبات الحقوق، تونس، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002.

العابدي (محمد العلوي)، الأموال في الفقه المالكي، المغرب، إفريقيا الشرق، 1994.

العلي (صالح حميد)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها، دمشق - بيروت، اليمامة، ط 1، 1428 هـ / 2008 م.

عليش (محمد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، دار صادر، بيروت، د ت.

قدري باشا (محمد)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دمشق، لجنة إحياء الكتاب الإسلامي في مسجد السروجية.

قريسة (هشام)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار ابن حزم، ط 1، 1429 هـ / 2008 م.

القشيري (عبد الكريم)، الرسالة القشيرية في علم التصوف. تحقيق وإعداد معروف زريق وعلي عبد الحميد بلطجي، بيروت، دار الجيل، د ت.

الكاساني (الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1417 هـ / 1996 م.

المالقي (محمد)، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر، 1400 هـ / 1980 م.

فهرس المصادر والمراجع

محمصاني (صبحي)، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية. بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، بيروت، دار العلم للملايين، ط 2، 1972.

المظفر (محمد رضا)، أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط 2، 1410 هـ / 1990 م.

الموسوي (محمد صادق)، نظرية الجهل والغلط بين الفقه والقانون، دار الهادي، بيروت، ط 1، 1423 هـ / 2002 م.

هاشم (معروف الحسيني)، نظرية العقد في الفقه الجعفري، بيروت، دار التعارف 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, 4^{ème} 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., 1^{re} éd., 2001.

BERGEL (Jean-Louis), Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 5^{ème} 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 C^{ie} et Germer Baillière et C^{ie}, 1876.

BUFFELAN-LANORE (Yvaine) et LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2013.

CABRILLAC (Rémy), Droit des obligations, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2014.

CARBONNIER (J), Droit Civil. Introduction. Paris, P.U.F., 25^e éd, 1997.

CARBONNIER (J), La famille. L'enfant. Le couple, Paris, P.U.F., 20^e éd, 1999.

CARBONNIER (Jean), Droit civil. Les obligations, Paris, P.U.F., 21^e éd, 1998.

CARBONNIER (Jean), 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., 2^e éd, 1990.

CORNU (Gérard), Linguistique juridique, Paris, Montchrestien, 2^e^{me} éd, 2000.

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

DEMOLOMBE (Charles), Cours de Code Napoléon, Paris Ch. Lahure, 1869 – 1882 (31 volumes).

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.

GHESTIN (Jacques), Traité de droit civil. La formation du contrat, Paris, L.G.D.J., 3^e 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 Dalloz, 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 EGEEA (Vincent), Droit civil. Les obligations, Paris, Dalloz, 21^e éd, 2014.

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

MALAUURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), Droit civil. Obligations, Paris, Cujas, 9^{ème} 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, 8^{ème} 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.

NIETZSCHE (F.), La volonté de puissance, Paris, Gallimard, 1947.

NIETZSCHE (F.), Le gai savoir, Paris, Librairie générale française, 1993.

NIETZSCHE (F.), 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, 5^{ème} éd, 1992.

PERELMAN (C), Ethique et droit, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1990.

PERELMAN (C), Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 2^e 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, 3^e éd, 1992.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), Locutions latines du droit français, Paris, Litec, 4^e 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, 7^e éd, s. d..

STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER, Droit civil. Les obligations. 2 Contrat, Paris, LITEC, 6^e 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, 11^{ème} éd, 2013.

TOULLIER (Charles Bonaventure Marie), Le droit civil français, suivant l'ordre du code, Paris, B. WAREE, oncle, librairie de la cour royale, 3^{ème} 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- المقالات والتعليق

الخمليشي (أحمد)، كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 7، 1984، ص 3.

شرف الدين (محمد كمال)، تعليق على الحكم المدني الصادر عن محكمة الناحية بتونس تحت عدد 9132 في 27 مارس 1990، الأحداث القانونية التونسية، عدد 3،

السّداسي الأول، 1990، ص 97.

شَمَام (محمود)، الفقه الإسلامي وتأثيره في التشريع الوضعي، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1977، ص 13.

شَمَام (محمود)، بعض ما دَوّن من تشريع مرجعه أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 6، ص 47.

المذكوري (محمّد شعبي)، دراسة انتقادية لظهير الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية 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.

CHEHATA (Chafik), Le concept de contrat en droit musulman, Archives de philosophie du droit, 1963, n° 13, p. 129.

CHEHATA (Chafik), 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.

GHESTIN, 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.

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 والمذكرات

ابن حمودة (سمير)، الغلط في القانون الجزائري، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997 - 1998.

ابن طالب (أحمد)، التفويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2003-2004 .

ادريوش (أحمد)، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتوراه دولة، الرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 1991 - 1992.

الجرني (سامي)، تفسير العقد، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1996 - 1997.

جلولي (هدى)، البطالان الجزئي للأعمال القانونية، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1995.

حبوي (فاتن)، خيار التعيين في القانون التونسي، مذكرة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، 2000.

حرزي (سميرة)، الشرط في العقد، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.

راشد (راشد)، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون، أطروحة دكتوراه دولة، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1984.

رجب (علي)، التغير في إبرام العقود، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990.

الشمعني (فوزي)، دفع غير المستحق، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999.

الشيخ (شكري)، الغلط كعيب للرضا، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1986.

غرياني (سندة)، التّقديم المسقط في المادّة المدنية، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.

فهرس المصادر والمراجع

فروج (عبد الرزاق حسن)، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1388 هـ / 1968 م.

قرفي (هشام)، العبن في القانون التونسي، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999.

قزارة (إيمان)، نظرية الظاهر في القانون الخاص، مذكرة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2002 – 2003.

قلال (سامي)، إجازة العقد الباطل من خلال مجلة الالتزامات والعقود التونسية، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.

الورتاني (فتححي)، العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 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. 3^{ème} 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 public, 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.

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.

* فهرس المصطلحات

* الإحالات هي على أرقام الفقرات لا الصّفحات.
النّبت يهّم المصطلحات الواردة في المتن لا في الهوامش.

إمضاء · 98، 157، 266، 341، 357،
358، 359، 360، 368، 384
415
أُمِّي · 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
تحقّق ذهني · 1
تحوّل · 376
تدليس · 193، 336، 337
تعبير حكائي · 1
تعيين الثمن · 35، 37
تغير أصلي · 222، 223، 224، 264

أ - أ - إ

إبراء · 367
إجارة · 116
إجارة · 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 طبيعي · 156
أمانة · 260، 261، 264

خ	تغريب عرضي · 221، 222، 223، 228، 229، 231، 235، 264
خداع · 193، 194، 195، 196، 199، 202، 203، 205، 211، 219، 221، 224، 225	تفويت (في أموال القصر) · 319، 348
خسارة · 266	تقادم · 266، 341، 373، 374، 376، 377، 391، 402، 403، 404، 405، 408، 412
خوف من ذي سطوة · 408	تولية (بيع) · 261
خيار الرؤية · 86، 180، 181، 182، 183، 184، 185، 186، 333، 334، 366، 367، 368	ث
402	ثن · 31، 34، 35، 36، 37، 112، 113، 165، 231، 320، 366
خيار العيب · 86، 100، 101، 102، 103، 125، 310، 333، 334	ج
405، 366، 367، 368	جنون · 281، 289، 408
خيار الوصف · 64، 86، 100، 102، 103، 125، 157، 185، 218	جهالة · 181
310، 333، 334، 336	جهل · 4، 17، 33، 35، 119، 128، 133، 134، 135، 136، 137، 138، 139، 140، 141، 167، 177، 184، 302، 303، 408
د	ح
دستور · 348	حسن النية · 320
دعوى استرداد · 376	
دعوى العين · 403	
ر	
ريا · 231، 289، 296	

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 صورّية · 146 علّة غائبة · 5، 146، 154، 156، 157 علّة فاعلة · 146، 156، 157 علّة مادّية · 146 عيوب خفية · 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 غيبية · 363، 408، 409، 410

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

مستترسل · 250	ف
مستشرق · 5	
مصالح مرسله · 5، 402	فضولي · 335
مضغوط (عقد ال) · 1، 241، 244	ق
معاوضة · 174، 320	قاصر · 281، 316، 323، 353،
معتوه · 335، 408	354، 408، 409
مقاصّة · 186	قسمة · 156، 180
مقدور التسليم · 186، 289، 335	ك
مميّز (صبي) · 281، 335، 336، 354	كتمان · 206، 208، 209، 218،
366	262، 263، 264، 417
ن	كذب · 165، 202، 203، 204،
نائب · 211، 212، 215	209، 262
نسيان · 4، 5	كراء · 285
نظام عامّ · 281، 378	كنايات · 205، 206
نيابة · 335	ل
ه	لجنة · 15، 39، 214، 272، 421
هزل · 5	م
هلاك (الشيء) · 310، 328، 380	مخاتلات · 199، 203، 206
هويّة · 33	مراجعة · 260
و	مساومة (عقود) · 260، 261، 262،
واقعة قانونيّة · 87	264
وجود السبب · 38، 40، 41، 42، 64،	مستأمن · 250
80، 87، 123، 124، 125، 128،	

ولاية · 335، 393

،151 ،152 ،154 ،264 ،271،

،281 ،282 ،284 ،285 ،286،

292 ،293 ،294

وصية · 87، 156، 173

وضيعة · 260

وكالة · 335

ي

يمين · 165، 166، 171

فهرس العناوین

1	المقدمة
6	محلّ البحث
25	فرضية البحث
28	المقاربة المعتمدة في البحث
32	تخطيط البحث

35 الجزء الأول: الأحكام الأصلية للغلط

39	العنوان الأول: الأحكام الأصلية للغلط التلقائي
42	الفصل الأول: الأحكام الأصلية المتمثلة في صور الغلط التلقائي
45	المبحث الأول: الأحكام في صور الغلط في الواقع
45	الفقرة 1. الأحكام في صور الغلط في الواقع "المبطل"
45	(أ) الأحكام في صورة الغلط في الشيء
46	(1) الأحكام في صورة الغلط في الشيء المنظم تحت اسم "الغلط"
49	I عرض أقسام الغلط في الشيء
49	الفرع الأول: الغلط في ذات الشيء
66	الفرع الثاني: الغلط في نوع الشيء وفي وصفه/ أو الغلط في وصف الشيء
92	II الحكم على تقسيم الغلط في الشيء
92	الفرع الأول: الحكم على المنطق
110	الفرع الثاني: الحكم على القانون انطلاقاً من الحكم على المنطق
124	(2) الأحكام في صورة الغلط في الشيء المنظم تحت اسم غير اسم "الغلط"
124	I الغرب
124	الفرع الأول: القانون الروماني
126	الفرع الثاني: القانون الفرنسي
132	II الشرق
133	الفرع الأول: خيار الوصف
135	الفرع الثاني: خيار العيب
139	III مجلّة الالتزامات والعقود
143	(ب) الأحكام في صورة الغلط في الشخص
150	الفقرة 2. الأحكام في صور الغلط في الواقع "غير المبطل"
151	(أ) الأحكام في صورة الغلط في الحساب/ أو في صورة الغلط
157	(ب) الأحكام في صورة الغلط في الباعث
162	المبحث الثاني: الأحكام في صورة الغلط في القانون
168	الفقرة 1. صور الغلط في القانون

- 168 _____ (أ) الإحكام على مستوى الصّور في نفسها
- 177 _____ (ب) الإحكام على مستوى الصّور منطوقاً بما في نصّ مستقلّ بنفسه
- 181 _____ الفقرة 2. قبول الغلط في القانون
- 191 _____ الفصل الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة المتمثّلة في شروط الغلط التلقائي
- 192 _____ المبحث الأوّل: الإحكام في شرط العلة
- 192 _____ الفقرة 1. محتوى العلة
- 192 _____ (أ) محتوى العلة "التّظري"
- 197 _____ (ب) محتوى العلة "التطبيقي"
- 203 _____ الفقرة 2. وضع العلة
- 203 _____ (أ) وضع العلة شكلاً
- 211 _____ (ب) وضع العلة مضموناً
- 219 _____ المبحث الثّاني: الإحكام في شرط "مغتفر"
- 219 _____ الفقرة 1. الإحكام في الشّروط في إطار عامّ
- 219 _____ (أ) الشّروط نفسه
- 228 _____ (ب) المواقف من الشّروط
- 228 _____ (1) المواقف في ذاتها
- 238 _____ (2) الحكم على المواقف
- 242 _____ الفقرة 2. الإحكام في الشّروط في إطار خاصّ (خيار الرّؤية)
- 242 _____ (أ) خيار الرّؤية والفقهاء الإسلاميّين
- 248 _____ (ب) خيار الرّؤية و مجلّة الالتزامات والعقود
- 251 _____ خلاصة العنوان الأوّل
- 253 _____ العنوان الثّاني: الإحكام في الأحكام الأصليّة للغلط المحدّث
- 256 _____ الفصل الأوّل: الإحكام في الأحكام الأصليّة المحدّث الوارد بالفصلين 56 و 57
- 257 _____ المبحث الأوّل: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد مع الواقع في غلط مُحدّث
- 257 _____ الفقرة 1. الإحكام والعمل
- 258 _____ (أ) الإحكام وإتيان العمل
- 258 _____ (1) الإحكام وإتيان العمل بما ليس قولاً
- 260 _____ (2) الإحكام وإتيان العمل بواسطة القول
- 263 _____ (ب) الإحكام وترك العمل
- 268 _____ الفقرة 2. الإحكام والعامل

- المبحث الثاني: الإحكام على مستوى جهة المتعاقد الواقع في غلط مُحَدَّث (أثر العمل) _____ 273
- الفقرة 1. الإحكام على صعيد الجامع _____ 274
- الفقرة 2. الإحكام على صعيد الفارق _____ 283
- الفصل الثاني: الإحكام في الأحكام الأصلية للغلط المحدث الوارد بالفصل 60** _____ 297
- المبحث الأول: الإحكام على مستوى إقصاء الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط لوحده _____ 300
- الفقرة 1. الإحكام على مستوى الإقصاء _____ 300
- الفقرة 2. الإحكام على مستوى القول بالإقصاء على وجه الإطلاق _____ 309
- المبحث الثاني: الإحكام على مستوى قبول الغبن "الموضوعي" الذي يحدثه غلط يحدثه تغيير _____ 311
- الفقرة 1. الإحكام على مستوى قبول الغبن _____ 311
- الفقرة 2. الإحكام على مستوى التفصيل في الغبن _____ 315
- _____ 327 خلاصة العنوان الثاني
- _____ 329 خلاصة الجزء الأول
- الجزء الثاني: الإحكام في الأحكام التأبيدية للغلط** _____ 337
- العنوان الأول: الإحكام في الأحكام المذكورة تصریحاً: مراتب المؤيدات _____ 343
- الفصل الأول: الإحكام في مرتبة غير الصحيح _____ 345
- المبحث الأول: مرتبة الباطل "مطلقاً" _____ 345
- الفقرة 1. عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود _____ 346
- (أ) عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود نفسه _____ 346
- (ب) عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود _____ 364
- (1) المصنّف _____ 364
- (2) الصنّف _____ 365
- الفقرة 2. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود _____ 368
- (أ) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنيها للصنّف _____ 368
- (ب) تقييم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى تبنيها للمصنّف _____ 376
- المبحث الثاني: مرتبة الفاسد _____ 383
- الفقرة 1. عرض مرتبة الفاسد _____ 384
- (أ) الأصل الأول لمرتبة الفاسد _____ 386
- (ب) الأصل الثاني لمرتبة الفاسد _____ 387
- الفقرة 2. تقييم عدم وضع مجلّة الالتزامات والعقود لمرتبة الفاسد بالنسبة إلى الغلط في النوع _____ 390
- _____ 393 الفصل الثاني: الإحكام في مرتبة الصحيح

- 394 _____ المبحث الأول: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود
- 394 _____ الفقرة 1. عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود نفسه
- 394 _____ (أ) المصنّف
- 395 _____ (ب) الصنّفان
- 395 _____ (1) الصنّف الخاصّ بالغلط المنظّم مرّة ثانية في مجلّة الالتزامات والعقود
- 395 _____ (2) الصنّف الخاصّ بالغلط التلقائي والمحدّث المنظّم بالفصول 45 و46 و56 و60 من مجلّة
- 398 _____ الالتزامات والعقود
- 406 _____ الفقرة 2. عرض مصدر حكم مجلّة الالتزامات والعقود
- 406 _____ (أ) المصنّف
- 407 _____ (ب) الصنّفان
- 415 _____ المبحث الثاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود
- 415 _____ الفقرة 1. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى وجود صنف عامّ وإلى جانبه صنف خاصّ
- 415 _____
- 419 _____ الفقرة 2. تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود على مستوى اختبار الصنّف العامّ
- 419 _____ (أ) مرتبة الباطل نسبيًا ومرتبة غير الأزم
- 428 _____ (ب) مرتبة الباطل نسبيًا ومرتبة الموقوف
- 443 _____ خلاصة العنوان الأول
- 447 _____ العنوان الثاني: الإحكام في الأحكام المطويّ ذكرها: آثار مراتب المؤيّدات
- 450 _____ الفصل الأول: الإحكام في آثار مراتب المؤيّدات غير المتعلقة بالزّمن
- 450 _____ المبحث الأول: عرض حكم مجلّة الالتزامات والعقود
- 450 _____ الفقرة 1. عرض الحكم المتعلّق بمسألة مدى ضرورة الدّعى
- 450 _____ (أ) عرض مصدر الحكم
- 457 _____ (ب) عرض الحكم نفسه
- 461 _____ الفقرة 2. عرض الحكم المتعلّق بمسألة من يثير البطلان
- 461 _____ (أ) عرض مصدر الحكم
- 462 _____ (ب) عرض الحكم نفسه
- 465 _____ الفقرة 3. عرض الحكم المتعلّق بمسألة الإضاء
- 465 _____ (أ) عرض مصدر الحكم
- 468 _____ (ب) عرض الحكم نفسه
- 471 _____ المبحث الثاني: تقييم حكم مجلّة الالتزامات والعقود

- 471_____ الفقرة 1. تقييم الحكم في ذاته
- 471_____ (أ) تقييم الحكم المتعلق بمسألة مدى ضرورة الدعوى
- 478_____ (ب) تقييم الحكم المتعلق بمسألة من يثير البطلان
- 481_____ (ج) تقييم الحكم المتعلق بمسألة الإمضاء
- 484_____ الفقرة 2. تقييم الحكم في سياقه
- 491_____ **الفصل الثاني: الأحكام في أثر مراتب المؤيّدات المتعلق بالزّمن**
- 492_____ المبحث الأول: عرض الحكم
- 492_____ الفقرة 1. عرض مصدر الحكم
- 493_____ (أ) عرض مصدر الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلق بالزّمن
- 499_____ (ب) عرض مصدر الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلق بالزّمن
- 500_____ الفقرة 2. عرض الحكم نفسه
- 500_____ (أ) عرض الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلق بالزّمن
- 517_____ (ب) عرض الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلق بالزّمن
- 518_____ المبحث الثاني: تقييم الحكم
- 518_____ الفقرة 1. تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة البطلان المتعلق بالزّمن
- 533_____ الفقرة 2. تقييم الحكم المتمثّل في أثر مرتبة الفسخ المتعلق بالزّمن
- 535_____ خلاصة العنوان الثاني
- 536_____ خلاصة الجزء الثاني
- 537_____ الخلاصة العامّة
- 547_____ الملحق
- 561_____ فهرس المصادر والمراجع
- 585_____ فهرس المصطلحات
- 591_____ فهرس العناوين