

١٠٠٠
الدار البيضاء ١٤١٤
٣

أحمد بن طالع
استاذ في الحقوق

نظرية بطلان العقود
في
القانون المدني المغربي والفقهاء الاسلامي
والقانون المقارن

تأليف
أحمد شكري السباعي
دكتور في الحقوق
استاذ كرسي بجامعة محمد الخامس بالرباط
وجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
محام مقبول لدى المجلس الأعلى

منشورات
عكاكس

الاهداء

الرحمة والغفران لوالدي العزيز، محمد
بن الطاهر بن عزوز السباعي، المتوفي
سنة 1952 ميلادية.

والنجاح والتوفيق لكل طالب علم.

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف
رقم الايداع القانوني : 1987/695

الطبعة الثانية

تقديم

كانت نظرية البطلان (1) ومازالت من أهم موضوعات القانون المدني، ومحورا للدراسات والأبحاث قديما وحديثا، فهي نظرية خطيرة ودقيقة.

هي نظرية خطيرة، لأنها تمس مبدأ استقرار المعاملات، ولا تتفق في غالب الأحيان مع الواقع، من حيث أن العقد الميعب يقوم وينتج كافة آثاره طالما لم يطل، ولكن بتقرير البطلان يعتبر كأن لم يكن، وفي هذا ولا شك ضرر جسيم للغير ولطرفي العقد. ويرى بلانيول وبلاينجي وريبير على حق أن نظام البطلان تكتنفه المخاطر من كل جانب، مما جعل التشريعات تعمل جهد المستطاع للتلطيف من عيوبه أو الحد من غلوئه، فسمحت بإجازة وإقرار العقد القابل للإبطال، واعتبرت التناقص مصححا للعقد القابل للإبطال، وحصرت حق طلب الإبطال في بعض الأشخاص، وجعلت العقد الباطل ينتج بعض الآثار واعتزفت بالشركات الفعلية، وكل ذلك من قبيل التلطيف على حد قول العلامة بلانيول (2). « Ce sont là des palliatifs »

وهي نظرية دقيقة لأن الفقه اختلف في كثير من مسائلها، والاجتهاد القضائي غير مستقر بالنسبة للعديد من مشاكلها، والتشريعات الوضعية غير متفقة في بعض المبادئ المقررة بشأنها، وبعبارة أخرى فإن نظرية البطلان هي موضع خلاف في الفقه والقضاء والتشريع.

(1) المقصود بالبطلان هنا المعنى الواسع أي البطلان المطلق، والنسبي.

(2) بلانيول الوسيط في القانون المدني الجزء الثاني طبعة 1957، صفحة 255.

إن هذه الخطورة وهذه الدقة هما الحافز الذي دفعني الى اختيار موضوع نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، وأهدف من ورائه الى تبيان موقف تشريعنا من المذاهب الفقهية والقضائية والاتجاهات السائدة في التشريع المقارن، وذلك في دراسة تفصيلية تتفق وطبيعة هذه النظرية.

ويجب أن لا يغيب عن الأذهان أن قانون الالتزامات والعقود، ولید الحماية، إذ يعود الى 12 غشت 1913، حيث قامت بوضعه هيئة لا تتحلّى بالروح المغربية الإسلامية — وإن كانت اعتمدت بعض المصادر الإسلامية وخاصة القانون التونسي واستشارت بعض الشخصيات المغربية — ، لذلك كان من الضروري أيضا بحث نظرية البطلان والابطال في الفقه الإسلامي لتبين أوجه الاختلاف والاتفاق بين نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي، وبين مبادئ الشريعة الإسلامية، والواقع العملي.

وهذا يتفق وطبيعة هذا الموضوع وخطورته والذي قال عنه جورج ليريسكو Georges Lutzsoo أن مشكلة البطلان ليست دراسة نظرية محضة، وليس لمضمونها طابع قانوني فقط، بل لها طابع تطبيقي يستقي من الحياة العملية... فالبطلان بالنسبة للواقع العملي هو شر لابد منه، ولتحديد فكرته لا يكفي النظر الى مقتضيات القانون، ولا النظر الى التصرف القانوني دون اعتبار الظروف المحيطة بتكوينه، بل يجب دراسته في محتواه، وفضلا عن كل ذلك يجب البحث عن عناصره من خلال الحقائق والآثار التي تهدف ارادة الأشخاص الى ترتيبها. وباختصار يجب في دراسة الجزء الأخذ بعين الاعتبار التشريع والقاعدة القانونية التي يرمي الى حمايتها (3).

والله ولي التوفيق.

أحمد السباعي شكري

تمهيد لنظرية البطلان :

تعريف البطلان وتحديد طبيعته
بيان أسسه ومصدره
تمييزه عن النظم التي تقاربه
خطة الكتاب

(3) ليريسكو : أطروحته (محاولة حول بطلان التصرفات القانونية ذات الطابع المدني) باريس سنة 1938

تعريف البطلان وتحديد طبيعته :

لم يعرف قانون الالتزامات والعقود البطلان وهي طريقة سليمة جعلته بعيدا عن الجدل الفقهي، خصوصا وأن الأمر يتعلق بتحديد البطلان وهو أمر دقيق وصعب. ولقد أحجم بعض الفقهاء عن وضع تعريف له، يحسم طبيعته بعمق، بينما اكتفى البعض الآخر إما بذكر أسبابه وإما بالاشارة الى أنه وسيلة من وسائل الجراء، أو تخلف الآثار، فمازو Mazeauds يحدد البطلان بقوله : «إذا تعينت أركان العقد، أو لم تخترم القواعد المتعلقة بها فإن العقد لا يقوم أي يكون باطلا»⁽¹⁾

وقد سار في هذه الطريق السنهوري الذي يرى «أن للعقد أركاناً ثلاثة هي الرضا والحل والسبب، فإذا انعدم أي ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة، ويكون باطلا، ومثل انعدام الركن اختلال شرطه. فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما والحل يشترط فيه الامكان والتعيين والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية، فشروط التمييز والتقابل والتعيين في الرضاء، وشروط الامكان والتعيين في الحل هي شروط طبيعة لا يقوم العقد بدونها، وشروط المشروعية في الحل وفي السبب وهو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضا بدونها، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا»⁽²⁾.

والى جانب هؤلاء الفقهاء نجد أوبري، ورو Aubry et Rau قد عرفا البطلان على أنه عدم الصحة «Invalidité» أو عدم النفاذ «Inefficacité» الذي يلحق التصرف لمخالفته لأمر أو تنهي من القانون⁽³⁾.

(1) مازو (الاخوة وعددهم ثلاثة) دروس في القانون المدني، الطبعة الثانية، الجزء الثاني سنة 1962.

صفحة 244.

(2) السنهوري الوسيط الجزء الأول سنة 1952. صفحة 492.

(3) القانون المدني الجزء الأول فقرة 37.

لقاعدة قانونية. إلا أنه يوجد إلى جانب البطلان الصريح *Nullité Expresse* الذي يلحق التصرف المعبى مخالف لقواعد قانونية صريحة، البطلان الضمني أو المستتج *Nullité tacite ou virtuelle* الذي يحدده؛ ويحدد درجته بالتدقيق القاضي؛ طبقاً للرأي السائد في الفقه، أي أن القانون لا يحدد بصفة دائمة طبيعة البطلان الناشئ عن مخالفة مقتضياته، بل أن هناك حالات أخرى لا يذكر فيها البطلان رغم كونه الشروط المطلوبة والاجراءات المطلوبة هي في حقيقة الأمر جوهريّة؛ أي يوجد إلى جانب البطلان الصريح، البطلان الضمني أو المستتج الذي يحدده، وبين درجته قاضي الموضوع. ومثاله الواضح انعدام الرضاء نهائياً في العقد، فالقانون لا يتكلم إلا عن عيوب الإرادة، ولا يذكر أبداً الانعدام الكلي للرضاء كما في السكر مثلاً، ومع ذلك فمن المؤكد أن العقد باطل لتخلف عنصر من عناصره الجوهرية⁽⁶⁾.

ويرى هنري دوباج *Henri de Page* أن على القاضي لتحديد البطلان المطلق أن يسترشد بالقانون، وبالظروف والعناصر الجوهرية للحق، وبطبيعة الأشياء، فمن ذلك أن الزواج الذي يجري دون حضور ضابط الحالة المدنية يعتبر باطلاً بطناً مطلقاً رغم أن القانون لا يشير إلى هذا البطلان⁽⁷⁾. ولقد أشار إلى هذه الحقيقة السبوري أثناء الكلام عن أنواع البطلان إذ قال: «عقمت حالات بطلان لا شك فيها، ولكن لم يرد في شأنها نص كما إذا كان الزوجان من جنس واحد، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه⁽⁸⁾».

ولقد شعر الشرفاوي نفسه بالحرج فعد واستدرك قائلاً: «وإن استطع أن تؤكد في ختام هذه الدراسة القصيرة للفروض السابقة أن البطلان لا ينشأ إلا عن مخالفة قاعدة من قواعد القانون على الأقل في القانون المدني المصري، وإذا كنا نجعل من البطلان أو أساسه عيب التصرف القانوني، فإن معنى هذا القول بأن عيب التصرف القانوني لا يمكن أن ينشأ إلا من تخلف أحد شروط التصرف التي يستلزمها القانون، وحتى على فرض أنه من خصائص القانون المدني المصري أن البطلان فيه لا ينشأ إلا عن مخالفة قاعدة من قواعد القانون فإنه لا يسوغ

(6) هنري دوباج *Henri de page*، المرسط في القانون المدني البعكمي، الجزء الأول طبعة 1962، صفحة 143.

(7) نفس الكتاب السابق، صفحة 145.

(8) المرجع السابق صفحة 490.

وهذه المحاولة لم تسلم من النقد رغم ما لها من فائدة علمية، وكان جميل الشرفاوي من الكتاب الذين وجهوا إليها سهاماً جارحة من النقد إذ يقول: «وَأَوَّل ما يبدو من ماخذ على تعريف أوبري ورو أنه يجعل البطلان، عدم الصحة، أو عدم النفوذ، بالخيار بين أي الكلمتين، أي أنه يسوى بين معنى كل منهما وبين معنهما معاً ومعنى البطلان، فلنقطة *Invalidité* أي عدم الصحة تعني بالضبط (البطلان) ولا فرق بينهما، ولذا فإنها لا تقيّد أي إيضاح لمعنى البطلان إذا استعملت في تعريفه، بل تحتاج مثل البطلان للتوضيح. ولذلك نراها فضلة لا لزوم لها في التعريف، ثم أن تسويته في المعنى بين عدم النفوذ وعدم الصحة أمر غير مقبول، ذلك أن مجرد قراءة المصطلحين تشعر بالخلاف بين مدلوليهما، فعدم الصحة ينصب على التصرف ذاته باعتباره كائناً قائماً ليلصق به حالاً معينة هي حال عدم الصحة أي يعين له وصفاً، وهو لا يجاوز دلالاته تعيين هذا الوصف، أما الاصطلاح الثاني، أي عدم النفوذ فيدل على أن التصرف يتقبل إلى دور إنتاج الآثار، ولكن هذه الآثار لا تنتج فهو لا يتناول التصرف من ناحية كيانه هو، بل يتناول وصفه من ناحية خارجية محضة فيقول أن آثاره غير ممكنة التحقيق دون أن يكشف عن أن الصلة في استحالة هذا التحقيق في ذات التصرف والحال أن التصرف هنا باطل، وكان يجب أن يوضع الاصطلاح في تعريف أوبري ورو بحيث يدل على أن عدم قدرة التصرف على إنتاج آثاره تنتج عن بطلانه، أي أنه غير نافذ لأنه غير صحيح⁽⁹⁾».

ولم يكف الشرفاوي بنقد تعريف أوبري ورو بل وضع للبطلان التعريف التالي و البطلان وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيياً لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية، يؤدي إلى عدم نفوذه⁽⁵⁾. والحقيقة أن هذا التعريف قريب من تعريف أوبري ورو من حيث أنه وإن كان تخلص من (عدم الصحة) فهو احتفظ (بعدم النفاذ) إلا أنه أضاف شيئاً جديداً أو شرطاً جديداً وهو أن يكون الوصف قد لحق تصرفاً مخالفاً لقاعدة قانونية.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لا يستغرق جميع حالات البطلان أي أنه ينطبق على حالة واحدة وهي حالة البطلان الصريح أي التصرف القانوني المخالف

(4) جميل الشرفاوي، رسالته في نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري طبعة 1956، صفحة 54.

(5) نفس المرجع صفحة 140.

ادراج هذه الخصيصة في تعريف البطلان وتحديد طبيعته لأن التعريف يجب أن يتميز بالشمول والعمومية لا أن يرتبط بقانون ما⁽⁹⁾.

ولقد تأثر ريبير Ripert وبلانجي Boulanger بتعريف أوربري ورو، فلم يعرضا مباشرة في كتابهما لتعريف البطلان، وإنما أكدوا أن العقد الذي لا يتضمن الشروط الشكلية والجوهرية التي يتطلبها القانون يكون باطلا، ولا ينتج أي أثر، ثم أضاف أن جزاء مخالفة قاعدة قانونية هو عدم نفاذ العقد⁽¹⁰⁾.

وبلاحظ أن هناك جانبا آخر من الفقهاء عرف البطلان بأنه جزاء يلحق بالتصرف القانوني ويتجلى هذا من قول ريبير وبولانجي : «إن جزاء مخالفة قاعدة قانونية هو عدم نفاذ العقد ومن تعريف كولان وكابيتان Colin et Capitant «بطلان العقود هو جزاء تخلف شروط صحتها ويؤدي إلى انعدام أثرها»⁽¹¹⁾.

ونعتقد أنه ليس من المستحسن تعريف البطلان بالجزاء لأن هذه اللفظة الأخيرة واسعة فضفاضة، فالجزاء يتضمن العقوبة، والبطلان، والتعويض، ومن شأن هذا أن يؤدي إلى الغموض والخلط. وبالفعل لوحظ أن بعض الفقه أصبح يعتبر البطلان نوعا من العقاب. فريبير وبولانجي يذهبان إلى أن البطلان يزجر مخالفة القواعد القانونية، ويؤكدان أن للبطلان طابعا عقابيا⁽¹²⁾.

وبلاحظ أن هذا الخلط بين البطلان والعقوبة والتعويض انتقل إلى هذا الفريق من الفقهاء عن طريق القانون الروماني القديم، ذلك أن روما كانت تعتبر ابتداء من القرن السابع — التدليس والاكراه جنحتين خاصتين، لا عيبين في الإرادة، ولكن هذا التصور الخاطئ هدمه الفقه الحديث من أساسه، فالأكراه لا يسلط على جسم الإنسان، وإنما يقع على إرادته، أي يولد في نفسه الرهبة التي تدفعه إلى التعاقد، وإن التدليس يصوب سهامه إلى الإرادة فيؤثر عليها ويدفعها إلى التعاقد أي يعيها، إن المدلس يخلق الرغبة في التعاقد أي يؤثر على الإرادة بوسائل اصطناعية، وإحشائية، فتنشأ بسيكولوجية قانونية Psychologie juridique أو بعبارة

(9) الكتاب السابق، صفحة 132.
(10) الرسيط في القانون المدني (بعد بلايول) الجزء الثاني، طبعة 1957، صفحة 254.
(11) دروس في القانون المدني الفرنسي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 1948، صفحة 184.
(12) ريبير وبولانجي : نفس الكتاب السابق، صفحة 255.

سلاي نكون أمام سبب سيكولوجي للبطلان⁽¹³⁾.

وعلى هذا التصور أو الأساس فلا علاقة للبطلان بالخطأ أو الجريمة المدنية التي جزاؤها التعويض أو بالجريمة الجنائية التي جزاؤها العقوبة، وهذا ما يسميه عليه الفقه فيوري كل من بودري Baudry ولاكانتوري (Lecantinerie) وبارد Barde أنه من المسلم به أن الإكراه يعتبر عيبا في الإرادة حتى ولو لم يشكل جريمة أو جنحة لأننا في الواقع أمام مواد مدنية لا أمام مواد جنائية ويترتب على ذلك أن الحكم بالبراءة على مرتكب الإكراه لا يمنع المحكمة المدنية من تقرير بطلان الاتفاق الذي تم تحت تأثير الرهبة⁽¹⁴⁾.

وللاعتبارات السابقة، نرى مجازة من يعترض على تعريف البطلان بالجزاء، وعدم مسايرة من يحصر البطلان في مخالفة القواعد القانونية الصريحة، ومن يسلم باستعمال كلمة عدم (النفاذ) لأنها تتعلق بالآثار لا بالبطلان⁽¹⁵⁾.

وعلى هذا الأساس يعرف البطلان بأنه وصف يلحق بالتصرف القانوني لعيب فيه وعجزه من آثاره.

أساس البطلان:

عرفنا البطلان بأنه وصف يلحق بالتصرف القانوني لعيب فيه فيعجزه من آثاره، ومن هذا التعريف الذي اعتمدناه تبين لنا بوضوح أن الأساس الوحيد لنظام البطلان هو عيب يلحق بالتصرف القانوني، ونقصد بكلمة (عيب) معناها الواسع أي كل خلل يلحق العقد فيعيبه، سواء أكان هذا الخلل هو تخلف أحد الأركان الأساسية فيه كالرضاء أو المحل أو عدم مشروعيته أو استحالته، أو السبب أو عدم مشروعيته، أو الشكل — في العقود الشكلية — أو التسليم — في العقود

(14) بودري، لكانتوري، وبارد : القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة 1906 من 140.
(15) ولقد انتقد حمل الشراي كلمة عدم النفاذ — رغم أنه استعملها في تعريفه بقوله : « ما تقدم يبدو أن القول بأن البطلان هو عدم نفوذ الآثار، أن كان وصفا لآثاره عملا، فلا يمكن أن يكون تحديدا دقيقا لمعناه، وإن كان كمنعنا عن غايته، فليس يأتينا لطبيعته، وأثر البطلان أو غايته شيء منفصل عن طبيعته التي يجب أن يكشف عنها تعريفه ليكون تعريفا علميا سليما. ووفق ذلك أشرنا إلى اتساع معنى عدم النفوذ وأنه ظاهرة لا تنتج عن البطلان وحده، بل قد ينتج عن أي سبب آخر يمنع التصرف من إنتاج آثاره (كالرجوع) وإن تحديد طبيعة البطلان بأنه عدم النفوذ لا يفيد في تمييزه عن غيره من النظم. للرجع نفسه والصيغة نفسها.

العينية — أو كان عدم صحة الرضاء لاقرانه بطلان أو تدليس أو اكراه أو غير
أو استغلال — وهذه ما يطلق عليها في الاصلاح عيوب الرضاء — أو نقص
الأهلية.

ولل جانب هذا الرأي الغالب، يوجد رأي آخر يسلم بإمكانية قيام الابطال
على أساس الخطأ أو العمل غير المشروع، وخاصة في حالي الابطال للتدليس،
والاكراه. أي أن هذا الرأي يعتبر هذا الابطال تعويضاً للضرر الذي نشأ عن
الجرمة المدنية أي عن الفعل الخاطئ الذي صدر من أحد المتعاقدين.

وبناقض جميل الشراوي هذا الرأي إذ يرى أنه من المستحيل أن يكون
الخطأ أساس البطلان، لأن الأثر المطلق لا يمكن أن ينتج عن أسباب من طبيعتها
ألا تنتج سوى أثر نسبي، وهذا الاعتراض من أقوى ما يوجه إلى تأسيس البطلان
على الخطأ، كما أن اعتبار البطلان تعويضاً مد للمسؤولية عن الخطأ إلى غير النطاق
الطبيعي لها عن طريق التوسع في معنى التعويض، وهو ما يتجه إليه القضاء والفقه
في الوقت الحاضر، ولكن هذا التوسع يهدد بادماج أغلب نظم القانون المدني في
نظام المسؤولية ويعتبر خروجاً بهذا النظام عن دوره الحقيقي، وتجاوزاً للعناية
المقصودة بتنظيمه، وقد تنبه إلى هذا الخطر بعض الفقه الحديث فنادى بالاقلاع
عن هذا التوسع مبيناً أن التعويض في المسؤولية لا يمكن أن يتخذ غير صورة منح
مبلغ تقدي على قدر الضرر الواقع⁽¹⁶⁾.

ومن كل ما سبق يتبين لنا أن البطلان نظام، لا علاقة له بالعقوبة أو
التعويض ويقوم على أساس خاص - عيب في التصرف - لا علاقة له بالجريمة
الجنائية أو الجريمة المدنية⁽¹⁷⁾.

ويتجلى الفصل بين نظام البطلان الذي أساسه عيب في التصرف وبين
الجرمة المدنية التي أساسها العمل غير المشروع في الاجتهاد القضائي كذلك فالقد

(16) الشراوي أطروحته في بطلان التصرف في القانون المدني المصري صفحة 74، 75.
(17) وقد بحث أن تصاحبه إحدى هاتين الجريمتين، فيقوم إلى جانب البطلان الجزاء الطبيعي للجريمة التي
صاحبه : العقوبة في الجرائم الجنائية والتعويض في الجرائم المدنية، وهو ما يلاحظ نقلاً في حالي : التدليس
والاكراه. ونعتقد أن هذه الإزدواجية هي مصدر الخطأ لدى الفقهاء الذين يسلمون بإمكان قيام البطلان
على أساس الخطأ رغم ما فيه من خروج عن قواعد القانون المروفة.

جاء في حيثيات قرار صدر عن محكمة الاستئناف بمابوليه في 16 يوليوز 1891
أن الممنوع من القيام بالأعمال القانونية L'interdit وبصفة عامة ناقص الأهلية لا
يسأل عن التعويض من جراء جريمة، أو شبه جريمة ولا عن التدليس أو الغش
الذي يمكن أن يرتكبه وسبه أثناء أو بمناسبة القيام بالأعمال القانونية وعلى هذا
فإن المحكمة لن تخصص طلب N إلا من ناحية البطلان⁽¹⁸⁾، ومن هذا الحكم يتبين
بوضوح أن المحكمة قررت عدم البحث في وجود الجريمة المدنية (الخطأ) أو عدم
وجودها وإنما ذهبت إلى فحص التصرف على أساس وجود العيب أو انتفاءه،
فإن وجد العيب قررت بطلان التصرف، وإن انتفى أعلنت صحته أي ترفض
البطلان، وهذا الفصل بين دعوى البطلان ودعوى التعويض يتادي به ميشال بيران
صراحة إذ يرى أن التدليس باعتباره جريمة مدنية، يخول للشخص الذي تضرر
منه الحق في مباشرة دعوى تعويض على أساس المادة 1382 من القانون المدني
وهي دعوى لا تسقط الا بالتقدم الثلاثي، ويكون لصحية التدليس في هذه الحالة
الحيار بين دعوى التعويض ودعوى الابطال، وأنه لايسوغ للقاضي أن يضيف
حلاً ثالثاً لانقراض الالتزامات لأنه كما قالت محكمة النقض الفرنسية في قرارها
الصادر في 24 يناير سنة 1922 لا يسوغ للقضاة أن يضيفوا شيئاً إلى اتفاقات
الأطراف، أو تعديلها.... وأن التنازل الصريح أو الضمني عن دعوى الأبطال لايتبد
أثره إلى دعوى التعويض لأن الدعويين مستقلتين بعضهما عن بعض⁽¹⁹⁾.

واستقلال دعوى البطلان عن دعوى التعويض يبرره اختلاف الأساس
الذي تقوم عليه كل منهما فهو في الدعوى الأولى عيب في التصرف القانوني وفي
الثانية العمل غير المشروع.

وبالاحظ أن كاتسنيو من الفقهاء الذين أقاموا البطلان عن أساس الخطأ،
ولكن ليس الخطأ العادي وإنما الخطأ الموضوعي الذي رأى فيه الشراوي بحق
أنه لايجرح عما نسميه بمخالفة قواعد القانون إذ يقول "ولا يفوتنا في النهاية أن
نشير إلى أن أحد من درسوا نظرية البطلان كاتسنيو جعل الخطأ أساساً للبطلان
بصفة عامة، ولكنه ليس الخطأ المعروف بل نوع خاص منه نسميه الخطأ
الموضوعي. وهو خطأ لايستلزم أي نسبة Impuabilité إلى شخص، بل يقوم من

(18) ميشال بيران التدليس في تصرفات قانونية صفحة 176 - 177.
(19) ميشال بيران : المرجع السابق صفحة 145.

مصدر البطالان :

من المبادئ التي لا تقبل النقاش أن المصدر الأساسي للبطالان هو مخالفة القواعد التشريعية، ولقد دفع الإجماع بهذا المبدأ بعض الفقهاء إلى إدراجه في تعريفاتهم للبطالان فاليرى ورو يعرفان البطالان بأنه « عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً قانونياً تخالفته لأمر أو نهي من القانون ». والشرقاوي يعرف البطالان بأنه « وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيياً لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية، يؤدي إلى عدم نفوذه » وعلى هذا الأساس وباجتماع الفقه لا يسوغ أن تكون اتفاقات الأفراد مصدراً للبطالان أي أنه لا يجوز للأفراد الزيادة أو النقصان في حالاته لأن في ذلك مساساً بإرادة المشرع أو بالأحرى تسوية لإرادة الأفراد بإرادته، وهذا ما لا يقبله الذوق القانوني السليم، ويرى الشرقاوي بأنه لا يصح أن يكون للأفراد حق إيجاد أسباب للبطالان لم يأت بها القانون عن طريق الاتفاق عليها، لأن معنى هذا تسوية القاعدة الاتفاقية بالقاعدة القانونية من ناحية ما يترتب على كل منهما من جراء يجعل البطالان نتيجة تترتب على مخالفة الاتفاق كما تترتب على مخالفة القانون، وهي تسوية يقضى برفضها لما بين طبيعة كل من القاعدتين من اختلاف بين يسمح المقابلة بينهما، فهذه قاعدة تفرض على الأفراد جميعاً رغم إرادتهم، في حين أن تلك لا تلزم غير من يقبل الالتزام بها وإرادته، وإذا كان مسلماً أن البطالان نتيجة مخالفة قاعدة القانون، فإن جعله نتيجة تترتب على مخالفة القاعدة الاتفاقية أو الالتزام الإرادي معناه أن الإرادة تستطيع إيجاد قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح وهو ما لم يقبل به أحد مهما كان اعترافه للإرادة من سلطان⁽²²⁾.

وبلاحظ أنه وإن كان الفقه يجمع على أنه لا يسوغ لإرادة الأفراد أن تكون مصدراً للبطالان. وإن مصدره يكمن في مخالفة قواعد القانون فإنه ليس من المستساغ إدراج هذا المصدر في تعريف البطالان للاعتبارات التي سبق لنا بيانها أثناء الكلام عن تعريف البطالان وطبيعته وهذه الحقيقة يؤكدتها شارل كيار Charles Cuyard أثناء الحديث عن مصادر البطالان فيذهب إلى أن التشريع يحدد في غالب الحالات الجزاء الذي يجب أن يترتب. فمثلاً المادة 931 من القانون المدني تنص على « أن الهبة بين الأحياء يجب أن تكون بمحض موت، وفي الشكل العادي

(22) جميل الشرفاوي، المرجع السابق صفحة 90.

بمجرد وقوع الفعل الضار سواء أكان مرتكبهُ شاعراً Conscient أي غاشاً d'une manière dolosive أو كان جاهلاً كل الجهل ما يجب عليه عمله، ويرى أن البطالان نتيجة لمسؤولية المنسب فيه قبل المجتمع، وأنه قد يسبب شغل مسؤوليته قبل الأفراد أيضاً إذ لحقوقهم من البطالان ضرر ويبدو من هذا التحديد للخطأ الموضوعي أنه لا يخرج عما نسميه مخالفة قواعد القانون⁽²³⁾.

وبخلاصة القول نرى رأي من يرفض أن يكون الخطأ أساساً للبطالان حتى ولو في الحالات الاستثنائية التي نادى بها بعض الفقهاء — وهي التليس والاكراه — لأنه لو كان البطالان هو التعويض الطبيعي لخطأ المدلس أو مرتكب الاكراه لما خول القانون للمدلس عليه أو ضحية الاكراه حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بعد تقرير البطالان. بل الأكثر من ذلك أن التشريعات في بعض الأحيان تقضي بنظام البطالان متى كان الخطأ يستغرق الغيب — أي متى كان الغيب طفيفاً والخطأ جسيماً — في سبيل تقرير نظام التعويض وهذا كله حفاظاً على مبدأ العدالة واستقرار المعاملات. ومن الأمثلة على ذلك في تشريعنا المادة 53 التي تذهب إلى أن التليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنع إلا الحق في التعويض. ويتجلى كذلك استقلال نظام البطالان الذي أساسه عيب في التصرف، عن دعوى التعويض التي أساسها الخطأ في المادة 45 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أنه إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ⁽²⁴⁾ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 31 و 42 السابقتين وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالخطأ ولا بحكم المادة 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات.

وعلى هذا الأساس لا يسوغ أن يكون البطالان هو التعويض الطبيعي للضرر سببه فعل خاطئ، وإنما البطالان هو نظام مستقل يلحق العقْد لغيب فيه وأن التعويض هو الجزاء الطبيعي للضرر الناشئ عن العمل غير المشروع. إلا أنه يسوغ أن يتقرر إلى جانب البطالان تعويض الأضرار التي تنشأ نتيجة الجريمة المدنية فتكون الدعوى في مثل هذه الحالة مكتملة لدعوى البطالان.

(20) الشرفاوي، المرجع السابق صفحة 77 وما بعدها.
(21) المراد بالفسخ هنا الإبطال.

للمقدور والا كانت باطلة. ولا يسوغ أن يقال في الحالات التي لا يحدد فيها التشريع الجراء الذي يجب أن يطبق أنه ليس هناك جزاء، ذلك أنه يوجد اليوم إلى جانب البطلان الصريح أي الذي يحدده التشريع البطلان الضمني. حقيقة أن هنالك في القانون نص يقضي ببطلان جميع التصرفات المخالفة للتشريع، ولكن هذا القانون لا ينص على أن البطلان لا يقبل إلا في الحالات التي يوجد فيها نص يقضي به.⁽²³⁾

تمييز البطلان عن النظم التي تقاربه:

يوجد إلى جانب نظام البطلان نظم أخرى قريبة منه كعدم السريان أو عدم النفاذ Inopposabilité والفسخ Résolution، ويقضي هذا الأمر قبل البدء في دراسة البطلان أن نميزه عن هذه النظم الشبيهة به.

أ - تمييز البطلان عن عدم السريان :

يذهب بعض الفقهاء وفي مقدمتهم جايو Jabio⁽²⁴⁾ إلى أن عدم السريان هو نوع خاص من البطلان يتضمن عدم نفاذ جزئي Inefficacité partielle⁽²⁵⁾ أي أنه بطلان في حق الغير. ويميل إلى هذا الرأي كذلك الشرقاوي في رسالته إذ يرى أن منطق جايو في التسوية بين البطلان، وعدم السريان في الطبيعة منطق لا يمكن الاعتراض عليه إذا سلمنا بوجهة نظره في تصور طبيعة البطلان، واعتباره جزاء يوجه إلى الآثار، لأنه مما يتفق تماماً مع هذا المنطق أن نعتبر أي صورة من صور تخلف الآثار نتيجة لمخالفة استلزام قانوني، نوعاً من البطلان⁽²⁶⁾.

يوجد إلى جانب هؤلاء فريق آخر يترجمه باستيان Pastian — الذي كان أول من عالج عدم النفاذ أو عدم السريان في دراسة مستقلة كانت موضوعاً لأطروحته — يرفض أن يكون عدم السريان نوعاً من البطلان⁽²⁷⁾.

والحقيقة أنه لا يسوغ أن يقع في العمل خلط بين البطلان، وعدم السريان، فالبطلان نظام يعدم العقد، ويمنعه من انتاج آثاره بين عاقديه أساساً، أما عدم

- (23) شارل كيار «طبيعة بطلان التصرفات القانونية لعب في الشكل» صفحة 12 سنة 1930.
(24) جايو رسالته في البطلان صفحة 28 وما يليها.
(25) الشرقاوي : بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري 1956 صفحة 146.
(26) باستيان : رسالته في عدم سريان التصرف لسنة 1923 صفحة 299 و300.

السريان فانه يجعل العقد غير نافذ في حق الغير، أي أنه يثور بالنسبة للأجنبي عن العقد، دون اعتبار ما إذا كان العقد صحيحاً أو باطلاً. فالعقد قد يكون صحيحاً، ومتسجلاً لكافة آثاره بين عاقديه، ولكن مع ذلك قد لا يسرى في مواجهة الغير، فمثلاً إذا كان العقد يخضع لاجراءات الشهر قصد اعلام الغير، وأهمل طرفاه هذا الاجراء الجوهري فان هذا العقد لا يبطل، أي أنه ينتج سائر آثاره بين عاقديه، كل ما في الأمر أنه لا يسوغ لهم الاحتجاج به على الغير، أي لا يسري في مواجهتهم. ويذهب الكزبري في التدليل على ذلك إلى القول : «ولكن المشرع — الفرنسي — عزز من جهة مبدأ آخر لا يقل أهمية عن المبدأ الأول، وبمقتضاه ليس للتصرفات الخاضعة للتسجيل، والتي لم تسجل أثر اراء الغير الذي اكتسب حقوقاً خاضعة هي أيضاً للتسجيل أو للتقيد وقام بتسجيلها أو قيدها⁽²⁸⁾».

وبلاحظ أن مصدر عدم النفاذ قد يكون — كما في البطلان — نصاً في التشريع كما هو الحال في الفقرة الأولى من المادة 30 من المرسوم الاشتراعي الصادر في 5 يناير 1955 الخاص بالأستاذ والأحكام الخاضعة للتسجيل، والمادة 195 المتعلقة بمحوالة الدين والمادة 196 المتعلقة بمحوالة عقود الكراء والأكرية المتعلقة بالمعارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي، والتي تقرر لفترة تزيد على سنة. والمادة 66 من ظهير التحفيظ والمتعلقة بالحقوق العينية التي تقع على عقار محفظ والمادة 425 الخاصة بالأوراق العرفية.

وقد يستتبط عدم النفاذ من العقد نفسه كما هو الحال في الصورية Simulation حيث يكون العقد الحقيقي صحيحاً بين المتعاقدين غير نافذ في حق الغير إذا كان حسن النية.

ولقد حاول بعض الفقهاء تحديد أسباب عدم السريان في قائمة جامعة، وفي مقدمتهم اسمع Esmen في مؤلفه بلاتيون وريتر إذ جعل هذه الأسباب هي :

- (27) مامون الكزبري : مطبوع الشهر العقاري لطلاب الاجازة في الحقوق، لم تذكر سنة الطبع، صفحة 11 «وبلاحظ أن المشرع الفرنسي أضاف مؤيدات أخرى تكمن في أن بعض الدعاوى الخاضعة للتسجيل لا تسجل ما لم تسجل، وفي أن المسؤولية المدنية قد تترتب على من لم يتم تسجيل ما هو ملزم بتسجيله وفي أن مبدأ نسبة التسجيل يؤدي عاجلاً أو آجلاً إلى تسجيل التصرف».

- 1- عدم استكمال الشهر.
- 2- عدم مراعاة بعض الشكليات.
- 3- عدم ثبوت التاريخ.
- 4- أوراق الضد.
- 5- التصرفات التي يقصد بها الغش أو التي تفترض كذلك (28).

حقيقة أن هذه الحالات التي قدمها كل من اسمن وبلانويل وريبر هي الحالات الغالبة، وبالإمكان توضيحها بأمثلة مستقاة من التشريع المغربي، ف فيما يتعلق بعدم الشهر أو استكمال نصت المادة 66 من ظهير التحفيظ على مالي : « كل حق عيني متعلق بعقار يحفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل، في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية... » أما فيما يتعلق بعدم مراعاة بعض الشكليات نجد المادة 195 تنص : « ... حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريانها على الغير أن تبلغ للشركة أو تقبل منها في محضر رسمي أو في محضر عربي سجل في المنطقة الجنوبية من المغرب ». وفيما يتعلق بعدم ثبوت التاريخ ما نصت عليه المادة 196 والتي جاء فيها : « حوالة عقود الكراء والأكرية المتعلقة بالعقارات، وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي أو حوالة الإيرادات الدورية المرتبة عليها عندما تقرر لفترة تزيد على سنة، لا يكون لها أثر بالنسبة للغير إلا إذا وردت في محضر ثابت التاريخ » أما فيما يتعلق بأوراق الضد فنصت المادة 22 على ما يلي : « الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين، ومن يرثهما. فلا يحتاج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لاحكام هذا الفصل » أما الحالة الخامسة فتضمنتها المادة 70 من ظهير 2 يونيو 1915 التي نصت على ما يلي : « يمكن لدائني المتفع الحصول على ابطال التنازل الذي يكون قد وقع اضرازا بهم ».

ويعتقد أن التحديد السابق يتناق مع النطق القانوني والدليل على ذلك أن بعض الفقهاء الفرنسيين قد أضافوا إلى التحديد حالات أخرى، فمثلا نجد باستيان Bastian (29) يضيف إلى تلك الحالات عدم السريان بسبب الخفاء Clandestinité

(28) الشرفاوي : المرجع السابق صفحة 144.
(29) الشرفاوي : المرجع السابق صفحة 147 على الخامس.

وعدم السريان بسبب احترام الحقوق المكتسبة، وعدم السريان بسبب عدم مراعاة النصاب Réserve، وعدم سريان آثار الفسخ، وعدم سريان آثار البطلان. وخلاصة القول أن البطلان شيء، وعدم السريان شيء آخر، فالأول نظام لعدم العقد، وينمعه من انتاج آثاره بين عاقلديه أساسا، أما الثاني فانه يجعل العقد غير نافذ في حق الغير.

ب - تمييز البطلان عن الفسخ :

يعرف الفقهاء الفسخ بأنه انحلال الرابطة العقدية بطلب من أحد الطرفين لاختلال الطرف الآخر بالتزاماته. وقد نصت على هذا المادة 259 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها ما يلي : « إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في اجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين... » ومن تقرب الفسخ بتعريف البطلان، نرى أن التشبيه قائم، ذلك أن أثر كل منهما ينصرف أساسا إلى العقد، فيعده بأثر رجعي، ولكن رغم وجود هذا التشابه فمن الخطأ اعتبار الفسخ نوعا من البطلان للأسباب التالية :

1- لأن علة انعدام العقد فيها مختلفة، فالبطلان هو نظام يرتبه القانون لوجود عيب (30) في التصرف منذ نشأته. أما الفسخ فهو نظام يلحق العقود ولو كانت صحيحة لواقعة لاحقة Un fait postérieur، هي عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزاماته.

2- إن نطاق البطلان أوسع من نطاق الفسخ : فالبطلان طبقا للقواعد العامة يمكن أن يلحق العقود الملزمة لجانبين Contrat synallagmatique ou bilatéral كالبيع والإيجار - وكذلك العقود الملزمة لجانب واحد Contrat unilatéral - كالكفالة - أما الفسخ فلا يلحق إلا العقود الملزمة للجانبين.

3- يتقرر البطلان (31) بقوة القانون كما هو الشأن في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود وهما :

- أ - إذا كان ينقص الالتزام أحد الأركان اللازمة لقيامه.
- ب - إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه.

(30) راجع أساس البطلان في الصفحة 13 من هذا الكتاب.
(31) المقصود هنا البطلان المطلق.

أما الفسخ فلا يتقرر في الغالب إلا بحكم من المحكمة أي أن الحكم منشيء له، وهو وإن اتفق في هذا الشأن مع الإبطال يبقى هناك ما يفرق بينهما، ذلك أن القاضي في الفسخ يتمتع بسلطة تقديرية في الحكم به من عدمه في حين أن القاضي لا يملك هذه السلطة فيما يتعلق بالإبطال حيث يتوجب عليه أن يقضي به متى توافرت أسبابه. وقد نصت على التفرقة السابقة المادة 259 في فقرتها الأخيرة، والتي جاء فيها : «... لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة...» (32).

خطة الكتاب

بعد التمهيد لنظرية البطلان ستكون خطة البحث على الشكل التالي :

القسم الأول

البطلان وتقسيمه في التشريع المقارن، والفقه الإسلامي،
وقانون الائتمانات والعقود المغربي.

القسم الثاني

أسباب البطلان والابطال في قانون الائتمانات والعقود المغربي

القسم الثالث

دعوى البطلان في قانون
الائتمانات والعقود المغربي

(32) ويلاحظ أن الفسخ يمكن أن يكون اتفاقاً وفي هذه الحالة الاستثنائية يقع بقوة القانون طبقاً لمادة 260 من قانون الائتمانات والعقود التي نصت على ما يلي : « إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالالتزامات وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء » وهذا ما يسمى بالفسخ الاتفاقي.

القسم الأول

البطلان وتقسيمه في التشريع
المقارن، والفقه الاسلامي وقانون
الالتزامات والعقود المغربي

يقسم الفقه التقليدي البطلان الى قسمين أساسيين : البطلان المطلق Nullité absolue والبطلان النسبي Nullité relative ويلاحظ أنه يوجد الى جانب هذا الفريق الغالب طائفة قليلة من الفقهاء نادىت بحمل هذا التقسيم ثلثاً أي أنها تضيف الى المرتبتين السابقتين مرتبة ثالثة هي الاندماج أما الفقه الحديث فيرى على حق أن البطلان واحد لا يتعدد، أي لا مراتب له، فهو عدم، والعدم لا تفاوت فيه. وبعبارة أدق فإنه يرفض التقسيم التقليدي لأنه لا يقوم على أساس سليم، ويضع تقسيماً آخر للبطلان يستند على عامل الزمن أي أنه ينظر الى البطلان من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد فنجدته يقسمه الى قسمين :

1 - بطلان بصاحب العقد في نشأته، أي يحل العقد بولد ميتاً، ويطلق على هذا النوع «البطلان» مجرداً من النعت أو التخصيص.

2 - بطلان لا يلحق العقد إلا بعد مدة قصيرة أو طويلة من الزمن، ويطلق على هذا النوع تسمية «الابطال».

وبصاحب تقسيم البطلان على هذه الصورة الأخيرة سؤال مهم يضع نفسه بقوة وهو : ما هي أصول هذا التقسيم ومراحل تطوره ؟ وهذا ما سيجيب عنه القسم الأول من نظرية البطلان، حيث ستناول البطلان في الشرائع القديمة، كالنشرية الروماني، والنشرية الفرنسي القديم، وفي الشريعة الإسلامية الحالدة، ليربط حاضراً القانون بماضيه. ولنقف على أصول البطلان، وتطوره الى أن نصل الى المنبع الذي استقى منه المشرع المغربي التقسيم الحالي للبطلان.

وطبيعة هذا القسم تقتضي تقسيمه الى خمسة أبواب :

الباب الأول : البطلان وتقسيمه في التشريع الروماني.

الباب الثاني : البطلان وتقسيمه في القانون والفقه والقضاء الفرنسي.

الباب الثالث : البطلان وتقسيمه في التشريعات الحديثة.

الباب الرابع : البطلان وتقسيمه في الفقه الاسلامي.

الباب الخامس : البطلان وتقسيمه في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

الباب الأول
البطالان وتقسيمه في التشريعات
الرومانية

لم تكن الإرادة في القوانين الرومانية الغالبة، كافية بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، بل كان يشترط أن تنصب هذه الإرادة في الشكل الرسمي الذي حدده القانون، أي كانت الرسمية والشكل تجعل من العقد عقدا صحيحا، سواء أكانت هناك إرادة أو لم تكن. وسواء أكانت هذه الإرادة صحيحة أو معيبة، وبعبارة أخرى لم يعرف الرومان الأقدمون مبدأ سلطان الإرادة، *Autonomie de volonté* أو مبدأ حرية التعاقد *Liberté des conventions* الذي تقوم عليه النظرية الحديثة للعقود، وإنما اهتموا بالمراسم والصيغة القانونية، فالإرادة عندهم لا قيمة لها ولا تنتج أي أثر إلا إذا أفرغت في الشكل الذي يتطلبه القانون، وأتت بالصيغة التي يحددها، فإن تخلف الشكل الرسمي أو الصيغة القانونية فإن العقد لا يقوم، ولا تسمع دعوى بشأنه، حتى وإن كانت الإرادة موجودة وسليمة من كل عيب. أما إذا توافر الشكل الرسمي والصيغة القانونية فإن الاتفاق ينتج أثره، ويقوم العقد وتشغل ذمة الملتزم، وتسمع دعوى العقد حتى ولو كانت الإرادة غير موجودة أو غير سليمة من العيوب. ومن هنا نشأت القاعدة الرومانية المشهورة « إن الدَّعوى لا تنشأ من مجرد الاتفاق » ويرى ميشال فيلي *Michel Villiez* أنه إذا درسنا نظرية العقود في القانون الفرنسي نجد أن الرضاء فيها هو أساس العقود (م 1101) وأن العقد لا يقوم إلا إذا توافر الرضاء (المادة 1009) - فإذا شاب الرضاء عيب كالغلط أو الإكراه (المادة 1110) (المادة 1111) أو التدليس (المادة 1116) فإن العقد يكون قابلا للإبطال (المادة 1117) أما القانون الروماني فهو لم يعرف مثل هذا العرض، ولم يتناول كل من بونديوس *Pedius* وكينوس *Gaius* وجستيان *Justinien* الرضاء لأنه لم يكن أساس الالتزامات التعاقدية، لأنها كانت تنشأ بصورة آلية أي بمجرد تبادل بعض العبارات الرسمية، أو دفع مبلغ معين من النقود، فالمدين يتحمل بالالتزام لاستيفاء الإجراءات الرسمية التي يتطلبها القانون حتى ولو كان هذا الالتزام ناجما عن غلط أو وليد تأثير رهبة أي أن استيفاء الإجراءات وحده

كان يحول للدائن بصورة آلية وأكيدة الحق في دعوى ضد المدين (1) ولقد أدخل على القاعدة القائلة بأن الدعوى لا تنشأ من مجرد الاتفاق والتي ظلت سارية إلى عهد جستنيان - تعديل بسيط لطف من جمودها، حيث تسلم كل متعاقد « بدفع » يستعمله لرد طلبات الطرف الآخر أي أنه أصبح يستطيع أن يدفع ضد خصمه بوجود الاتفاق، وبهذا تغيرت القاعدة السابقة وأخذت الصورة الآتية : « لا يمنع الاتفاق صاحبه الحق في الدعوى، وإنما ينشأ عنه دفع فقط ».

ويتبين مما سبق أن الرومان، كانوا في العهد البدائي يميزون بين الاتفاق والعقد فالاتفاق عندهم هو الذي يتولد من مجرد توافق إرادتين، ولا ينشأ عنه أي التزام، ولا يحول صاحبه الحق في الدعوى، وإذا كان هذا الأخير يستطيع أن يقف في وجه طلبات خصمه عن طريق « الدفع » أما العقد فهو الاتفاق الذي ينصب في الشكل الرسمي الذي حدده القانون *La forme* ويكون لطرفه الحق في الدعوى وفي الدفع، وهو ما يسمى بالعقد الرسمي.

وبلاحظ أن عدد العقود الرسمية عند الرومان كان ينحصر في ثلاثة أساسية هي :

- 1 - عقد القرض القديم *Nexum* : وصورته أن يحضر الطرفان صحبة خمسة شهود وحامل للميزان، ويجرد ما أن يضرب هذا الأخير كفة الميزان يتبادل الطرفان بعض العبارات الرسمية التي يرتب عنها قانون الألواح الاثني عشر أثراً قانونياً (2).
- 2 - العقد الشفوي *Contrat verbis* : ويقوم بدوره على الشكل وتبادل العبارات الرسمية وهو على ثلاثة أنواع :

- (1) سلسلة ماذا أعلم ؟ *Que sais-je?* « القانون الروماني وتطوره »، المجلد 195
- (2) ويذهب الفقه التقليدي إلى أن *Nexum* هو عقد قرض يبلغ من التهود المتعهد. القرض يرد في تاريخ الاستحقاق، فإن امتنع عن الرد عند حلول الأجل كان للدائن أن يضع يده على ماله دون حكم سابق *Munus injectio*، ولكن الدارسين الحديثين للفقه الروماني يتفقون منذهب الفقه التقليدي بشقة، ويرون أنه يعطى بين عقد *Nexi* و *Nerum*، (روبرت فلوهرت) القانون الروماني الجزء الثاني « الالتزامات طيبة 1953 صفحة 12). وقد زكى موقفهم الخلاف الذي وجد بين الفقيين الرومانيين مانيلوس *Manilius* وسكانولا *Scavola* في شأن هذا العقد الأخير.

أ - عقد الاشتراط *La stipulation* : وهو من أهم هذه الأنواع، وهو عقد شفوي يقوم على سؤال من الدائن، وجواب بالموافقة من المدين (3).
ب - عقد المهر *La dictio dotis* : وهو تعهد شفوي صادر من جانب واحد في الشكل الرسمي (4).

ج - عقد الجمين *Jus Jurandum liberti* : وهي الجمين الحاسمة التي يؤديها العبد بمناسبة انعتاقه، على أن يجلد سيده خلال مدة معينة في السنة (5).

3 - العقد الكتابي *Contrat litteris* : ويفرق الفقهاء بين نوعين من العقود الكتابية : عقود كتابية قديمة تعود إلى عهد كيكوس، وعقود كتابية ظهرت في عهد جستنيان. ومن أهم العقود الكتابية القديمة العقد الروماني الأصل *L'exponsilatic* وهو عقد يتم بقيد الدين في سجل الدائن الذي يسمى *Codex* (4) وتلي هذا العقد في المرتبة عقود ليست من أصل روماني، وهي تخص الأجانب وحدهم ومنها *Chirographa* ويقصد به الاعتراف بالدين المخر في نسخة واحدة. و *Syngraphae* وهو العقد الذي تتعدد نسخته بتعدد أطرافه. أما العقد الكتابي الذي ظهر في عهد جستنيان فهو يتلخص في المجموعة *Querela non*

(3) وفي هذا الشأن يقول روبرت فير (نفس المرج السابق صفحة 52) « ولا يسوغ للدائن والمدين أن يستعلا سوى فعل « وعد » *Spondere* بين الرومانيين، و « تعهد » *Promittere* في الاشتراط بين المغيرين، أو الأجانب بالصفة القانونية الحديثة. ويلزم أن يكون الجواب بنفس الفعل الذي استعمل في السؤال. نسال الدائن مثلاً مديته قائلاً هل تعديني ب... ؟ فترد عليه أعذك « ويرى كيكوس أن عقد الاشتراط كان عقداً مجرداً، أي فلا السؤال ولا الجواب يستند إلى سبب فكان يقال : هل تعديني بأن تدفع مبلغ 10.000 ؟ فيكون الجواب : أعذك، والجدير باللاحظة أن هذا العقد لم يكن ينشأ بين الفاتنين، وبين الصم والبكم ».

(4) ويتقضى هذا التعهد تشغل ذمة الزوجة، أو جدها من جهة الأب، أو المثلث الذي ناب عن الزوجة، وبلاحظ أنه غالباً ما كان يصاحب عقد المهر هذا عقد آخر هو عقد الخطوبة. ولقد اختفى هذا العقد من العقود الشفوية في عهد تيودور الثاني (روبرت فير) الذي أعلن شرعية عقد المهر بمجرد الاتفاق من صفحة 150، 51.

(5) وغیر روبرت فير هذا العقد بقوله (نفس المرج السابق نفس الصفحات) : « وتنشأ عن هذا الالتزام صعوبة قانونية واضحة تبدو في أن على السيد أن يتبرع بهذا الالتزام من عهده قبل أن يتال هذا الأخير حرية، وما دام العبد في هذه الفترة يعتبر بضاعة ولا شخصية قانونية له، فهو لا يستطيع أن يبرم عقد (اشتراط) ولكن يتبع بشخصية ذميمة لأنه يشاطر عائلة سيده في شتمها الدينية، هذه الشخصية تكفه من أداء الجمين. ولكن بلاحظ أن العبد لا يرتبط بهذا الجمين إلا من الناحية الأخلاقية والدينية، لذلك فإن سيده يطلب منه بعد نيله حريته جعنة مدنية جديدة ».

(6) ويقسم هذا السجل عمودياً إلى قسمين يقيد في أحدهما المداخل وفي الآخر النفقات. أي أنه يشبه الدفتر التجاري، لأنه يبين المركز المالي لصاحبه، وتسجل فيه جميع العمليات القانونية التي يتجرها الأطراف من بيع وشراء وقروض...

numeraepercuniae وهو عقد يتضمن التزاما بدفع مبلغ من النقود على سبيل القرض، دون أن يدفع هذا المبلغ فعلا أي أنه يمثل نوعا خاصا من الصورية (7).

ويمكن بعد استعراض هذه العقود أن نساءل هل عرف القانون الروماني في عهد نظام الرسمية البطلان، أو على الأقل نوعا خاصا منه؟ إن الجواب سيكون بطبيعة الحال بالنفي لأن حضور أقواج من الشهود، وتبادل العبارات الرسمية بأفعال معينة دقيقة، والاحتفال بقيام العقد احتفالا رسميا كان يكفي ليكون العقد قائما وصحيحا، وهذا هو السبب الذي جعل الرومان لا يضعون للعقد شروطا وأركاناً، ولا يعرفون أن للرضا عيوباً. وبعبارة أخرى فلا يمكن أن نتكلم في هذا العهد البدائي عن فكرة البطلان، لأن الجزء المدني لم يكن مستقلا عن الجزء الجنائي وإن نظام البطلان يستلزم بالضرورة قيام العقد على النظرية المادية لا على النظرية الشكلية التي كانت تقوم عليها نظرية العقود في ذلك العهد.

ولكن ما كان لهذه الوضعية الجامدة أن تستمر تحت ضغط العوامل السابقة والتي انعكس أثرها على النظام السياسي للأمبراطورية الرومانية وخاصة في عهد

(7) هذه هي العقود التي عرفها روما في عهد الفترة البدائية، وهي عقود أتت على سبيل المحصر، وبحرطها ساج من الرسمية، كان يضمن لما الدقة وسهولة الاتيات مما يجعل الدائن والمدين يسلم من كل مفاجأة أو تسف من طرف الحاكم وكان هذا الاطار القانوني الضيق : يتلاءم مع وضعية الرومانيين السياسية والاجتماعية والاقتصادية ومع ذلك فإن نظام الرسمية لم يخل من القائقة، فهو الذي أدى إلى ظهور نظرية التصرفات القانونية وذلك تحت تأثير ازدهار التجارة وتعاظم عدد السكان واتساع رقعة الامبراطورية بالتعزوات. وفي يذهب محمود مصطفى - في كتابه القانون الروماني، الطبعة الثالثة 1959 صفحة 67 وما بعدها - إلى أنه « قد كان نظام الرسمية هنا Formalisme متفقا والحالة القديمة التي كانت عليها مدينة روما في عهدها الأول لقلة المعاملات، إذ كان التعاقد في تلك العصور نادرا لا يلجأ إليه الناس إلا عند الحاجة القصوى وكان يعتبر حادثا خطيرا يستوجب العناية به، والاحتفال بأمره مما ينفق والأوضاع الشكلية المطلوبة، وقد كان لهذا النظام قوائمه ومضاره :

أ - ضمن قوائمه أن يحمل المتعاقدين على التفكير، والتروي قبل الاقدام على العقد، ويحدد الوقت الذي يتم فيه العقد على وجه الدقة أي الوقت الفاصل بين تمام العقد وبين المحادثات أو المفاوضات السابقة عليه، ويسهل عبء الدائن في الاتيات، ويحدد بوجه الدقة التزام المدين ومقدار دينه بفضل ما صدر من عبارات في العقد فلا يخفى تعسف القاضي.

ب - ولكن من مضاره أنه كان يبرق المتعاقدين، لاشتراط حضور الطرفين ولتقيده بعبارة العقد وألفاظه وأعماله المتعاقدين، مما قد يؤدي أحيانا إلى غبن المدين حيث يصبح ملتزما بتعهد في عقد رسمي، ولو كان قد تعاقد تحت تأثير الغش والاكراه. وقد أدى فيما بعد إلى ظهور عقود غير رسمية إلى جانب العقود الرسمية التي عرفها القانون الروماني في بادئ الأمر « إلا أن ليريسكو (الرجع السابق) يرى أن الشكلية أو الرسمية، وإن كانت أفلحت في تربية الشعب فأنها كانت عقية كأداة في وجه التقدم الاقتصادي الذي تنمذ مع التوسع الاستثماري للأمبراطورية وازدهار التجارة وازدياد السكان ».

الجمهورية حيث ظهرت تنظيمات جديدة كانت تهدف إلى حماية القوانين، وصيانة حرمتها، فنشأ نظام ما يسمى بالحاكم Pretor الذي لعب دورا مهما في تطوير القانون المدني الروماني. ولقد كان الرومان يميزون بين نوعين منهم : البريتور المدني الذي يختص بالعلاقات الرومانية. وبريتور الأجانب الذي يتعم بالعلاقات بين المغتربين أي الأجانب وكان لهذا الأخير أثر فعال على المعاملات المدنية عند الرومان، وعلى تطورها وبعبارة أخرى يرجع إليه فضل ظهور نظرية التصرفات القانونية، ونظرية البطلان وإن كانت في شكل غير دقيق وغير واضح. ولقد كان بريتور الأجانب على اتصال وثيق بالحياة العملية اليومية للأجانب وبمشاكلهم، والأنظمة المطبقة في بلادهم وبحكم اطلاعه هذا واختلاطه بأفراد لا ينتمون لشعب روما، بدأ يكشف عيوب القانون المدني الروماني ويبدأ محاولات لخلق حلول تختلف عما يقضي به هذا القانون شكلا وجوهرا. وقد ساعدته السلطة التقديرية التي كان يملكها على تحقيق غاياته القانونية فبدأ يتخذ الاجراءات التي تفرضها ظروف الحال، والتي يملها مبدأ العدالة، وهذا تيسرت الأسباب لأن يظهر إلى جانب القانون المدني الروماني - الذي لا يطبق إلا على الرومانيين الأصليين - قانون آخر هو قانون -الشموب أو الأجانب Jus civile الذي قلب الأوضاع القانونية عند الرومان. وبفضله أصبحت الإرادة تكفي بذاتها لانشاء العقود، أي أن العقد يقوم بتوافق إرادة الطرفين، دون اشتراط أن تفرغ في الشكل الرسمي الذي حدده القانون، وقد كان قانون الأجانب هذا أساس العقود التي تقوم على مبدأ الرضائية وحسن النية، وهو الذي وسع أيضا من نطاق العقود العينية، والعقود غير المسماة. وبعبارة أدق جعل من الإرادة الشرط الأساسي لقيام العقود مما فتح الباب في وجه نظرية البطلان.

وقبل التطرق لمعرفة هذا البطلان، وطبيعته، وأسبابه، وحدوده نشير باختصار تام إلى هذه العقود الجديدة التي قامت إلى جانب العقود الرسمية السابقة وهي التالية :

- أ - عقد القرض الذي يطلق عليه Mutuum وهو عبارة عن عارية
- 1 - العقود العينية Re وهي عقود غير رسمية، إلا أنها تتطلب إلى جانب اتفاق الطرفين، التسليم المادي للعين موضوع العقد ومن أهم صورها :

استهلاك تقوم على تقديم نقود أو أشياء مثيلة أو مثلية مع الاتفاق ببرد قيمتها أو مثليها⁽⁸⁾.

ب — دفع غير المستحق.

2 — العقود الرضائية أو عقود حسن النية وهي على نوعين :

1 — عقود عينية أي تقوم على تسليم العين موضوع العقد وهي :

أ — عقد عارية الاستعمال : وهو عقد بمقتضاه، يقدم أحد الأشخاص إلى شخص آخر شيئاً لاستعماله فيما أعد له، على أن يردّه إليه في تاريخ محدد وقد كان هذا العقد يرد على الأشياء المادية كالحيوانات.

ب — عقد الوديعة : وهو عقد بمقتضاه، يودع شخص لدى شخص آخر شيئاً ليحتفظ له به مجاناً ودون استعماله على أن يردّه له عند طلبه.

ج — عقد الرهن الحيازي : وهو عقد بمقتضاه، ينقل المدين حيازة شيء إلى الدائن الذي تبقى له حيازة هذا الشيء طالما هذا المدين لم يف بالمدين الذي عليه.

د — عقود الثقة أو الائتمان : Fiducie وكان يستعمل هذا النوع من العقود في الحياة التي تتضمن الاتفاق على رد الشيء إلى الشخص الذي قام بنقل ملكيته، ومن الأمثلة على ذلك كان المدين يقدم ضماناً للدائن، فينقل ملكية الشيء موضوع الضمان للدائن ويتفق معه على رده بعد الوفاء بالمدين، ولكن هذا النوع من العقود لم يعمر طويلاً، واختفى نهائياً في عهد جستنيان.

II — عقود رضائية : Contrats consensuels وهي أربعة، وقد كان مصدرها قانون الشعوب، وتقوم بمجرد توافق الإرادتين على الأثر القانوني أي أنها تقوم على أساس النظرية المادية، وكان القاضي لا يهتم في حالة المنازعات التي تنور بشأنها بالعبارات والألفاظ والمباني، وإنما يعمل على استقصاء إرادة المتعاقدين و نذكر منها العقود التالية :

أ — عقد البيع (Emptio-venditio) وهو مبادلة الشيء مقابل الثمن.

ب — عقد الإيجار (Locatio-conductio).

ج — عقد الشركة (Societas).

(8) جيفاري Giffari : القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم دالوز 1918 صفحة 30.

3 — العقود غير المسماة : وإلى جانب هذه العقود المسماة ظهر نوع

جديد من العقود لا يتضمن إحدى مقومات العقود السابقة أي لا يدخل في تعدادها، ولا ينشأ عنها التزام إلا إذا نفذ أحد الطرفين التزامه، فتشغل دمة الطرف الآخر على أساس الأثر بلا سبب وهي ما يطلق عليها العقود غير المسماة.

4 — وإلى جانب هذه الأنواع من العقود كانت توجد الاتفاقات البريتورية (Les pacts prètorieus) التي كان البريتور يتدخل بواسطتها لحماية الاتفاقات الحالية من التدليس والغش وذلك إما عن طريق الدفع أو الدعوى وهي حسب التصنيف الذي وضعه جوليان (Julien) اتفاق القسم أو اليمين Pacte de serment والاتفاق على دفع دين الغير (Receptum) والاتفاق على تأجيل الدين (Pacte de constitut) والاتفاقات الامبراطورية الشرعية (Les pacts legitimes) والتي نشأت في عهد الامبراطورية السفلى : كاتفاق الوعد بالهبة، واتفاق المهر واتفاق التحكيم، وكانت هذه العقود تتم باتفاق الطرفين.

ويلاحظ أنه بعد أقول نظام الشكلية واستقرار عنصر الرضا كشرط أساسي لقيام العقد، بدأ التفكير القانوني يتجه إلى عناصر العقد الأخرى فظهرت أهمية المحل، أي لا يكون للالتزام مفعول إلا إذا كان له محل، وأن يكون هذا المحل محدداً ومشروعاً وممكناً قانوناً، وفيه فائدة للدائن، ولم يقف التطور القانوني عند هذا الحد بل أخذ الرومان يهتمون بالمعصر المعنوي أي الدافع إلى الالتزام، وبجماية القصر، وحرية الإرادة فظهر شرطان آخران هما السبب والأهلية، ثم ظهرت بعد ذلك تحت تأثير مبدأ العدالة فكرة تسليط القوي على الضعيف أي معاقبة الاكراه والتدليس.

ورغم هذا التطور الكبير الذي طرأ على القانون الروماني، فإن الرومان لم يتوصلوا إلى إقامة نظرية عامة لبطلان العقود وإبطالها، ولكنهم طبقوا نظام البطلان في حدود خاصة وبطرق تختلف باختلاف الأنظمة التي كانت سائدة عندهم.

وعلى هذا الأساس سنتناول البطلان في :

- 1 — القانون المدني الروماني.
- 2 — في القانون البريتوري.
- 3 — في القانون العرفي.
- 4 — في عهد الامبراطورية السفلى.

أولاً : نظام البطلان في القانون المدني الروماني :

بدأت نظرية البطلان تأخذ مكانها في القانون المدني الروماني، بعد أن أصبح التراضي شرطاً جوهرياً لنشأة العقد، سواء في العقود التي تقوم على حسن النية أو العقود الشكلية وهذا ما عبر عنه بودينوس (Pudius) لا التزام بدون اتفاق أي أن الرضا هو الركن الأساسي الأول في العقد، فإن تخلف كان العقد باطلاً حتى ولو أفرغ في الشكل الرسمي الذي حدده القانون . وعلى العكس من ذلك فإن نشأ العقد عن إرادة صحيحة وسليمة إلا أنه تظل شكلاً فإن مثل هذا البطلان لا يعدل العقد بأكمله، وإنما يجعله ينتج بعض الآثار في حدود معينة باعتباره تعهداً اتفاقاًه (9).

ولم يعد يكفي في هذه الفترة وجود الرضاء، لقيام العقد الصحيح، بل يجب أن يكون جدياً وحقيقياً وأن يكون سليماً من الغلط، والا كان باطلاً.

ويلاحظ أن الرومان كانوا يميزون بين أربعة أنواع من الغلط الذي يؤدي إلى بطلان العقد :

- 1 - الغلط الذي يقوم على ماهية العقد (L'error innegotis) ومن الأمثلة على ذلك أن يقدم شخص مبلغاً من المال على سبيل القرض فيعتقد أنه على سبيل الهبة.
- 2 - الغلط الذي يقع على شخصية المتعاقد (L'error in persona) كمن يتعامل مع بوتيوس ظاناً أنه اليان (Ulpian).
- 3 - الغلط الذي يقع في ذاتية الشيء محل العقد (L'error in corpor) ومن أمثله أن يرغب المشتري في شراء الخيل التجاري في حين يريد الطرف الثاني بيع أحد عبيده.

4 - الغلط في مادة الشيء (L'error in substantia ou in materia) ولم يكن هذا النوع من الغلط سبباً للبطلان في العهد الروماني البدائي، ولكن الأمر تغير لا سيما فيما يتعلق بالعقود التي تقوم على حسن النية وعلى الخصوص في عقد البيع (10) حيث أصبح الغلط في مادة الشيء يؤدي إلى بطلان العقد ومن الأمثلة على ذلك ما قال به (Ulpian) كمن يشتري شمعدان من النحاس معتقداً أنهما من ذهب.

(9) ليريسكو الأطروحة السابقة صفحة 51.

(10) جيفار : دالوز صفحة 185.

ويلاحظ بهذا الصدد أن الرومان لم يعرفوا من عيوب الإرادة إلا الغلط وأن الغلط عندهم كان يجعل العقد باطلاً لا قابلاً للإبطال كما هو الشأن في الوقت الحاضر، أما العيوب الأخرى كالتدليس والاكراه فقد كانت تعتبر من بين الجرائم البروتورية الخاصة التي تحكمها قوانين العقوبات.

ولل جانب التراضي، أصبح الحل من الشروط الجوهرية لصحة العقد فإن تخلف أو كان مستحيلاً استحالة مادية أو قانونية، فإن العقد يكون باطلاً، ومن أمثلة الاستحالة عندهم بيع الرجال الأحرار، أو أن يشتري الموظفون بعض الأشياء من مناطق عملهم ؛ ومن أمثلة الاستحالة المادية هلاك الشيء محل العقد، ويشترط في الحل أيضاً أن يكون محمداً، ومشروعاً، وغير مخالف للأخلاق الحميدة والا كان العقد باطلاً، وكان التعامل في التركة المستقبلية في الأصل يعتبر باطلاً، لأنه يخالف الآداب ولم يسمح الرومان بهذا التعامل إلا في عهد جستنيان، وفي صورة استثنائية واحدة، وهي الحالة التي يتم فيها هذا التعامل برضاء المورث، وكان يشترط في الحل كذلك أن تكون فيه مصلحة للدائن « لا دعوى بدون مصلحة » وعلى ذلك يعتبر باطلاً الاشتراط لمصلحة الغير أو شراء الشخص شيئاً كان في الأصل مالكا له عن طريق الهبة أو الوصية وكان يشترط أن تكون هذه المصلحة في الأصل مالية باستثناء بعض حالات معينة التي كانت تقبل فيها المصلحة المنعوية.

ولم يجعل الرومان في العهد البدائي السبب «Causa» شرطاً أساسياً في العقد أي يترتب عن تخلفه أو عدم مشروعيته أو مخالفته للقانون أو الآداب البطلان لأن العقود في هذا العهد الأول كانت مجردة، أي تقوم على الرسمية، ولكن بمجرد انكماش نظام الشكل تحت تأثير الرضاء، بدأت فكرة السبب تخلل مكانها إلى جانب التراضي والحل، وأصبح السبب من الشروط الأساسية في العقود أي لا تقوم بدون، فكان الاشتراط غير المشروع، والاتفاق الذي لا يقوم على سبب صحيح أو سبب مشروع يعتبر باطلاً (11) والجدير باللاحظة هنا أن مفهوم فكرة السبب عند الرومان، كان يختلف عن المفهوم السائد اليوم، فقد كانوا يعتقدون بالسبب القصدي أي المباشر الذي يتولد عنه العقد دون البحث في البواعث والدوافع البعيدة التي أدت إلى انشاء العقد، في حين أن التفكير القانوني الحديث يعقد بالسبب المباشر كما يعقد بالسبب غير المباشر أي بالسبب القصدي

(11) ليريسكو : المرجع السابق صفحة 56.

وبالبايعات ويرتب على عدم مشروعيتهما أو على مخالفتها للنظام العام، وحسن الآداب بطلان العقد، وذلك بعكس القانون الروماني الذي كان لا يهتم بالبواعث التي تتغير.

ومن أسباب البطلان في القانون المدني الروماني كذلك فقدان الأهلية إلا أن الرومان كانوا يميزون بين فقدان الأهلية الكلي الذي كان يجعل العقد باطلا وفقدان الأهلية الجزئي — كما هو الحال بالنسبة للمرأة والسفيه — الذي ينشأ عنه تقييد حرية ناقص الأهلية، حيث لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية إلا بإذن سابق من وصيه، وكل تصرف مخالف لذلك يعتبر باطلا.

ولكن يلاحظ أنه قد أدخلت على هذا النظام بعض التعديلات في عهد قانون بلاتوريا (Loi platoria) الذي أعطى لناقص الأهلية حرية أوسع فسمح له بالقيام ببعض الأعمال دون انتظار إذن الوصي، فأصبح بإمكان ناقص الأهلية أن يؤدي العيّن، وأن يدير أمواله، وأن يتعاقد مع غيره، وفرض عقوبة جنائية على من يستغل عدم خبرته وفي مقابل ذلك رفع سن التمييز إلى 25 سنة، ولم يكن للمجنون والسفيه الحق في أداء العيّن أو إدارة أمواله أو التعاقد مع غيره وتظل هذه الأعمال إن كانت ضد مصلحته ؛ أو كانت له أهلية الاعتناء دون أهلية الافتقار.

ويلاحظ في الأخير أن القانون الروماني لم يعرف سوى البطلان المطلق، أما الإبطال فكان بعيدا عن أذهان الرومانيين، وكانت أسباب البطلان عند الرومان هي تخلف الرضاء والغلط وتخلف المحل وعدم مشروعيته واستحالة وكونه غير محدد وتخلف السبب وعدم مشروعيته وفقدان الأهلية.

ثانيا : البطلان في القوانين البريتورية :

لم يعرف القانون المدني الروماني من عيوب الإرادة سوى الغلط المانع الذي كان يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، ويرجع سبب ذلك إلى أن الرومان كانوا في عهودهم البدائية الأولى شعبا صغيرا، يتكون من الملاكين الزراعيين، ويشغل بالفلاحة، وتسيطر عليه فكرة الاكتفاء الذاتي، وكان الرومان فضلا عن ذلك ينظرون إلى التجارة على أنها حرفة لا تليق بالاشراف، فعهدوا بها إلى العبد

والأجانب، فكان العبد يدير التجرة، ويقود السفينة، ويتعاقد باسمه لأن مكانة سيده، وشرفه لا يسمحان له بأن يكون طرفا في العقد، كل هذا جعل القيام بالمعاملات، وإبرام الصفقات أمرا نادر الوقوع فلم تظهر والحالة هذه فكرة حماية أحد المتعاقدين من سوء نية الطرف الآخر في العقود، سواء فيما يتعلق بأبرامها، أو تنفيذها ولكن، حدث تطور كبير داخل المجتمع المدني الروماني وخاصة بعد نهضة العلمية والفلسفة، التي كان من نتائجها تخرير الرومانيين من كثير من التقاليد والمعادن فازدهرت التجارة، وتضخمّت المعاملات والصفقات، وطفّت فكرة المضاربة والمنافسة، وتحقق الأرباح وكثرت الوسائل الاحتياطية، وأساليب الضغط والاكراه وساءت نيات الأفراد، وكثر ضحايا التدليس والاكراه والغبن، مما جعل البريتور يتدخل بقوة لحماية الجانب الضعيف ومعاينة المدلس أو مرتكب الاكراه، فأعلن البريتور عدم اعترافه بالعقود، التي تقوم على التدليس أو الاكراه، واعتبر أعمال الاحتيال، والاكراه جرائم جنائية وحاربا بوسائل ثلاثة تدرج في القوة وتخضع لنظام ترميني وتسلسلي هي التالية :

1 - طريق الدفع بعدم التنفيذ (L'exceptio) وهي طريقة سهلة، وسريعة يستعملها المدين لدفع طلب الدائن متى كان العقد المعب بالاكراه أو التدليس أو الغبن — في حالة القصر الذين لم يبلغوا 25 سنة — لم ينفذ بعد، وتأخذ شكل الدفع بالاكراه (Exceptio metus) والدفع بالتدليس (Exceptio doli).

2 - دعوى مباشرة (Actio) مصحوبة بالجزاء الجنائي وتسمى دعوى التدليس ودعوى الاكراه (Actio doli et quod metus causa) لازالة آثار العقد بعد تنفيذه، أي أنها حق للمدين يستعمله لرد ما نقذه دون وجه حق، وإلى جانب هذا الجزاء المدني كان هناك جزاء جنائي يتمثل في الحكم على مرتكب الاكراه مثلا بأربعة أمثال الضرر الذي لحق الضحية « Quadruple » وتقادم هذه الدعوى بمضي سنة على ارتكاب التدليس والاكراه.

ويلاحظ أنه يوجد فرق بين دعوى التدليس ودعوى الاكراه، فالأولى لارتفاع الإلزام المدلس وخلفائه، في حين أن الثانية تمتد مفعولها إلى الغير، في حدود الفائدة التي عادت عليه وقد كان أول من استعمل دعوى الاكراه البريتور اكتافوس (Octavius) ضد أنصار الديكتاتور سيللا (Sylla) لرد ما اغتصبوه.

3 - دعوى الاسترداد (La resitutio integrum) وهي دعوى احتياطية وجدت

الدعوى المسماة بدعوى الوارث بسبب الوصية المصحفة بمحقوقه (La querela inofficiosi testamenti) وكانت هذه الوصية المصحفة هي السبب الوحيد لإبطال العقود عند الرومان، أي أنها الحالة الوحيدة للإبطال، وطريقة هذه الدعوى تتمثل في أن الوارث الذي يرى في الوصية إجحافاً لمحقوقه، يتقدم بشكوى (La querela) إلى القاضي ثم يدلي فيما بعد بحججه، واستنتاجاته، عن الوصية التي يراد بها حرمانه من الميراث، (Inofficiosité de testament) ثم ينظر القاضي في الدعوى، فإن أقمته الحجة التي تقدم بها الوارث كانت الوصية قابلة للإبطال. ويكون للدعوى الإبطال هذه أن نجحت أثر رجعي، أي أن الوصايا التي لم تنفذ بعد تكون باطلة بعد نجاح الدعوى في حين يحق للوارث أن يسترد حقه في الوصايا التي نفذت شريطة ألا يكون قد مر على الوصية مدة خمس سنوات، أي أن هذه الدعوى تتقدم بمضي خمس سنوات.

ويؤكد الفقه أن دعوى الوارث بسبب الوصية المصحفة بمحقوقه كانت حجر الزاوية لإقامة نظام الإبطال إلى جانب نظام البطالان، وبها يعود الفضل في ظهور هذا التقسيم في عهد الامبراطورية السفلى.

وخلاصة القول أنه في هذه الفترة عرف الرومان نظام البطالان على نطاق واسع في شكل معقد وغامض، ولم يعرفوا نظام الإبطال إلا في حالة واحدة هي حالة دعوى الوارث بسبب الوصية المصحفة بمحقوقه. وكان البطالان ينشأ بقوة القانون ولا يقبل الاجازة، أي لا يستطيع القاضي أو الريتور إجازته، ولا يتصحح بالتقادم.

رابعا البطالان في قانون الامبراطورية السفلى :

كان من الطبيعي ألا تتفقد عجلة التطور عند هذا الحد، الذي عرفه القانون الروماني التقليدي وعلى الخصوص في عهد جيستينيان (Justinien) الذي امتازت قوانينه بالمرونة الكبيرة، وبعد النظر وبلا حظ أن الرومان وإن كانوا قد حافظوا على المقومات القديمة والقوانين التي كانت سائدة سابقا، لم يلبثوا أن غيروا نظريتهم تدريجيا، وعلى الخصوص فيما يتعلق بنظرية البطالان التي انتقلت من النطاق القانوني المحض إلى نطاق الواقع والحياة العملية، وظهرت في عهد الامبراطور

إلى جانب دعوى التدليس والاكراه، لأن هذه الدعوى الأخيرة معقدة، وقد لا يتجح الضحية في مباشرتها، فمنحه الريتور بنفسه دعوى الاسترداد هاته لاسترجاع ما دفع بغير حق، ثم اعترف بها القضاة في سائر المدن الرومانية، فاستقرت بطابعها الاحتياطي إلى جانب الدعوى السابقة. وبعبارة أدق كانت دعوى الاسترداد الوسيلة الأخيرة لرد ما أخذ بطرق غير مشروعة أو عن طريق الجريمة.

هذه هي الدعوى التي ابتكرها الفكر الريتوري، لمحاربة التدليس والاكراه وكانت تهدف إلى غاية واحدة هي استرداد ما دفع نتيجة التدليس أو الاكراه أو الغبن في الحالات الاستثنائية — إذا كان عمر المغيون يقل عن 25 سنة — وأثر هذه الدعوى يشبه إلى حد بعيد أثر البطالان الذي تعرفه القوانين الحديثة ويرى لتريسكو أنه كان يفرق فيما يتعلق بالاسترداد بين عقود القانون الصرف وعقود حسن النية، ففي النوع الأول من العقود لم يكن للاسترداد أثر فعال على التصرف القانوني نفسه، إذ كان هذا التصرف يحفظ بقوته، كل ما في الأمر أنه لا ينتج آثاره بسبب تدخل الريتور، أما فيما يتعلق بحسن النية فان نظام الاسترداد كان يؤدي عمليا إلى نفس نتائج البطالان، ومن الأمثلة التي ينظمها لتريسكو بشأن عقود القانون الصرف أن بامبنيوس (Pomponius) يذهب إلى أنه إذا اترع عقد الاشتراط بالاكراه، فإن الريتور يعطي الضحية حق الاسترداد. دون أن يبطل هذا العقد. أما إذا كان هذا العقد من عقود حسن النية كمقد الشركة مثلا، وكان رضا أحد طرفيه معيبا بالتدليس أو الاكراه فان بول (Paul) يرى أنه يكون للاسترداد نفس الآثار الحقيقية للبطالان (12). ومن هذا كله نرى أن الاسترداد يعيد الأطراف إلى الحالة السابقة على التعاقد، أي أن له نفس آثار البطالان المطلق إلا أنه يزيد على هذا الجزاء المدني الجزاء الجنائي وهو الحكم على المرتكب بأربعة أمثال الضرر في جريمة الاكراه ويعقوبة أخف في جريمة التدليس، لأن هذا الأخير كان أقل وطأة بالنسبة للمجتمع.

ثالثا : البطالان في القانون العربي :

عرف الرومان إلى جانب القانون المدني، والقوانين الريتورية مصدرا آخر للقانون هو القانون العربي، الذي ساهم في تطور نظرية البطالان، فتحت ظله نشأت

(12) لتريسكو : المرجع السابق صفحة 68.

قسطنطين (Constantin) تنظيمات جديدة، وأصبح للقاضي الروماني نوعان من الاختصاص : الاختصاص الذي يمنحه له القانون المدني الروماني والاختصاص الذي تمنحه له القوانين البريتورية، وقد ساعدت هذه الإزدواجية القاضي على تفهم المشاكل وسهلت مأموريته، وأتاحت له فرصة المقارنة بين النظامين، رابتداع الحلول السليمة، واستمر العمل على هذا المنوال إلى أن اختفت ثنائية الاختصاص (Civilo-prétorien) بدمج الاختصاصيين في نظام واحد هو نظام البطلان بنوعيه : البطلان المطلق والبطلان النسبي .

أ — البطلان المطلق : وقد حافظ على طابعه التقليدي وعلى أسبابه أي مخالفة قواعد القانون، والأخلاق الحميدة وحسن الآداب، وكان ينشأ بقوة القانون. ويلاحظ أن نظرية البطلان، ازدادت وضوحا في عهد الامبراطور تيودوز (Theodo-dose) حيث أصبح مفعولها يمتد إلى توابع الالتزام، وأنه في حالة تنفيذ العمد الباطل يحق للمدين إقامة دعوى « الرجوع بما دفع بغير حق » (Répétition) على أساس فكرة الأثر بلا سبب.

ب — البطلان النسبي : قام في عهد جستنيان البطلان النسبي إلى جانب البطلان المطلق أي أصبح التدليس والاكراه من عيوب الإرادة لا جنحا جنائية خاصة، وتكلم جستنيان عن أثرهما تحت عنوان (de rescindenda venditione) ورغم هذا التطور الكبير بقي القضاة الرومانيون متشبثين بفكرة أن التدليس جريمة شنيعة، فذهبوا إلى أن التدليس الرئيسي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، وأن التدليس العارض هو الذي يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا، على خلاف السائد في القوانين الحديثة اليوم، من أن التدليس الرئيسي يجعل العقد قابلا للإبطال، وأن التدليس العارض لا يحول ضحيته الا المطالبة بالتعويض.

وخلاصة الخلاصات أن التفكير القانوني الروماني لم يعرف في المهود البدائية نظام البطلان، ثم تطور حتى توصل إلى البطلان المطلق، ثم بعده إلى البطلان النسبي في حالة الوصية المجنحة بحقوق الوارث إلى أن اهتدى في المهود الأخيرة إلى نظرية كاملة للبطلان، تقوم على أساس تقسيمه إلى نوعين : البطلان المطلق، والبطلان النسبي. هذا وأن السائد في الفقه أن القانون الروماني لم يعرف نظرية الاعتماد (Inexistence).

(13) ليريسكو صفحة 191 وما بعده.

الباب الثاني : البطلان وتقسيمه في القانون والقضاء الفرنسي

نتناول هذا الباب في فصلين نخصص الفصل الأول للبطلان وتقسيمه في التشريعات القديمة، وفي الفقه والقضاء السائد قبل صدور القانون المدني الفرنسي، والفصل الثاني لتقسيمه في القضاء والفقه بعد صدور القانون المدني.

الفصل الأول

البطلان وتقسيمه في التشريعات القديمة والفقه والقضاء قبل صدور القانون

المدني

إن القانون المدني الفرنسي الذي يطبق اليوم، هو وليد صراع قوى بين القوانين الرومانية، والعرفية، والكنيسة، والتطورات التي طرأت عليها ؛ وبين تفكير قانوني كان يصطبغ بفكرة الوطنية، وتفكير يؤمن بأهمية القانون، سواء أكان فرنسياً أو رومانياً أو يونانياً. وانتهى هذا الجدل بعمل الدكاتورة نابليون، الذي جمع القوانين السارية في ذلك الوقت، في مجموعة عرفت باسمه Code Napoléon ولا يهتما من هذه المجموعة سوى ما تعلق منها بالبطلان وتقسيمه لهذا سنلقي نظرة وجيزة على المراحل التاريخية التي مرت بها نظرية البطلان والتقسيمات التي وردت عليها في القوانين الفرنسية وفي الفقه والقضاء إلى عهد التدوين.

أولاً : البطلان في العهود البربرية⁽¹⁾ 987 - 481
لقد سادت في هذه الحقبة من الزمن تقسيمات مختلفة نذكر منها القوانين المسماة (1) Galo-Romain وقوانين البربر Les lois des barbares وبمجموعة قوانين الافرنج (2) La loi salique وقوانين شعوب حوض الرين Les lois des francs وسوف نستعرض فكرة البطلان بإيجاز في ظل هذه القوانين.

(1) وهي حطيط من قوانين بلاد «غال» وروما.

(2) وهي تشريعات تعود إلى العهود البربرية، نغزرة باللغة اللاتينية ويغلب عليها الطابع الجنائي.

أ - البطلان في قوانين الغال والرومان (Galo-Romain) : لم يتم الملوك في هذه المرحلة من التاريخ بالناحية القانونية لأن هدفهم الأول كان إقامة اتصال سياسي وثيق مع رعاياهم في هذه الفترة، لذلك كان النشاط القانوني قليلا وبسيطاً، ويبدو في ظهور نوعين من التقسيمات هما: مجموعة La Romana Visigotorum و La lex Romana Gundionum اللتان تتعلقان بنظرية البطلان. وكانت هذه القوانين الأخيرة صورة طبق الأصل من قوانين البطلان الرومانية بنفس الاصطلاحات، والعبارات. ولم يتغير نطاق وأسباب البطلان المطلق - الذي كان سائداً عند الرومان - أي أنه بقي محصوراً في الرضاء، والغلط والخل غير المشروع، أو المستحيل بحسب طبيعته أو بحكم القانون، والسبب غير المشروع أو المخالف للأخلاق الحميدة، وحسن الآداب وبقيت أعمال التدليس والاكراه كذلك مرتبطة بالدعوى البريتورية وعلى الخصوص بدعوى الاسترداد، ودعوى الوصية المحقة بحقوق الوارث.

ب - البطلان في القوانين البريتورية (Les lois des barbares) : امتاز هذا النوع بتقليد القوانين السابقة لبلاد الغال والرومان (Galo-Romain) أي الترام الشكلية في العقود، والحفاظ على العمارات الخاصة، والأشهاد أمام سلطات يعترف الملك بصلاحياتها، وكانت الكتابة شرطاً ضرورياً لقيام العقد، وبخلافها لا ينتج أي أثر قانوني.

ويلاحظ أن القوانين التي كانت سائدة في هذه الفترة لم تكن تفرق بين أسباب البطلان المطلق، والبطلان النسبي أي أن العقد كان يطل سواء تعلق الأمر بالسبب غير المشروع أو الحل غير المشروع أو كان الرضاء معيياً بالاكراه أو التدليس أو نقص الأهلية (3).

ج - البطلان في القوانين الإفريقية «Les lois des francs» : لم تزد نظرية البطلان في عهد هذه القوانين قانون ساليك La loi salique مثلاً لم يشتر ولو إشارة بسيطة إلى نظرية البطلان، ونفس الشيء يقال بالنسبة لقانون شعوب حوض الرين Loi Ripuaire إلا أن الجديد في هذا القانون الأخير أنه قرر بطلان الهبة إلى أحد الأطفال إذا كانت تسبب خسارة مهمة لباقي الأطفال في الميراث.

(3) ليريسكو : المرجع السابق صفحة 95

ويلاحظ أن من سمات هذه القوانين أنها كانت تهتم في الأصل بالناحية الجنائية أكثر من اهتمامها بالناحية المدنية - فكان جزءا من المعاملات المدنية والتجارية المخالفة للقانون أو الاتفاق عقوبات ذات طابع جنائي - وأنها حاربت بشكل قوي كل التقاليد والأفكار القانونية القديمة، وأغلقت الباب في وجه الأنظمة القانونية الرومانية، لذلك يعتبر الفقه هذه القوانين نكسة قانونية ورجعة إلى الوراء.

ثانياً : البطلان في العهد الإقطاعي «Période féodale».

كانت البلاد الفرنسية في هذه الفترة التاريخية مقسمة إلى عدة مناطق وكانت القوانين تختلف باختلاف المناطق، ففي بعض المناطق يسود القانون الفرنسي، وفي مناطق أخرى ظهرت قوانين جديدة متأثرة بالعوائد والأعراف المحلية، وكانت بعض المناطق تطبق تعاليم الكنيسة، ففتحت بذلك باباً للدخول وانتشار القانون الكنسي إلى جانب القوانين الحديثة.

أ - البطلان في القانون العرفي : كانت هذه الفترة، فترة اختلاط القوانين الرومانية بالقوانين الغربية أي ظهرت إلى جانب القوانين الرومانية تقاليد وأعراف خاصة بالمدن وأخرى خاصة بالقرى، وفي هذا يقول فانطين P. Fontaine كل اتفاق مخالف للقانون وأعراف البلاد، والمؤسسات الدينية يكون عديم الأثر (4)، وقد حافظت هذه القوانين على تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وطلان نسبي :

1 - فالتصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان مخالفاً لقواعد القانون أو العرف أو كان قائماً على الغش أو مخالفاً للأخلاق الحميدة وحسن الآداب كالتعامل في تركة مستقبلية، لأن فيه مضاربة على حياة الإنسان، وقد امتد أثر هذا الحرمان في ظل القانون العرفي إلى التنازل عن حق مستقبل.

2 - وقد حافظ البطلان النسبي بدوره على نطاقه إلا أنه، أدخلت عليه بعض التغييرات الخاصة بالاصطلاح القانوني، فأطلق على التدليس dol لفظة «Tricherie» واستبدلت كلمة إكراه (Violence) بلفظة أكثر دقة (Force) أما كلمة قصر (Ménorité) فبقيت على حالها، وبقيت الفقرة الرومانية بين التدليس الرئيسي والعارض سائدة كذلك أي أن القانون العرفي لم يعد إلا بالنوع الأول من التدليس.

ب - القانون المكتوب ونظرية البطلان : عرف عهد الإقطاع إلى جانب

(4) ليريسكو : صفحة 100.

القانون العرفي القوانين المكتوبة، وكانت هذه القوانين الأخيرة مستمدة في روحها ونصها من القوانين الرومانية مما أثار حفيظة النقاد وعلى الخصوص مدرسة « بارتول » (Bartole). وفي هذا العهد بدأت تنشر في فرنسا قوانين جستنيان، ومؤلفات ارنيبوس (Imerius) والكتب المسماة (Brachylogus) (et petrus) ونظريات بارتول Parole وأعمال الشراح (Les glossateurs) وعلماء النطق (Dialecticiens) وكان لكل ذلك أثره القوي على نظرية البطلان.

وبلاحظ أن الكتب التي تحمل عنوان : (Brachylogus et Petrus) كانت أول من عالج قوانين العهد البربري، وتناولت إلى جانبها أسباب البطلان المطلق الذي عبرت عنه بلفظة « غير نافع » (Inutile) وحصرت مصادر البطلان في ثلاثة أساسية : الشيء (La chose) ومقتضيات القانون (Disposition de la loi) والمدين (La personne qui s'oblige) وحافظت على أسباب الإبطال الروماني وهي التدليس، والاكراه ونقص الأهلية، والوصية المجحفة في حق الوارث. وكانت مدرسة أول من بدأ في انتقاد القوانين الرومانية، وحاولت ادخال تغييرات على نظام البطلان المطلق، إلا أن أفكارها كانت غامضة، وتقوم على أساس الخلط بين ما يخالف القانون والغش نحو القانون، أما فيما يتعلق بالبطلان النسبي فنجد فكرة عيوب الإرادة بدأت تأخذ مكانها، وأصبح التدليس والاكراه من أسباب البطلان النسبي حتى في نطاق القانون العرفي ثم ظهرت فكرة قابلية الإبطال النسبي للاقرار في عهد هذه المدرسة.

أما بارتول (ومدرسته) فكان أول من انتقد القوانين الرومانية بشدة، لأنها تمثل الجمود الفكري والقانوني، واعتبر القانون علما اجتماعيا يجب أن يساير الجماعة وتطورها وأهم : كالتشراح بمشكلة التصرفات المخالفة لقواعد القانون، والغش نحو القانون وفرق بين نوعيه، ونادى بفكرة البطلان بقوة القانون، أما بالنسبة للبطلان النسبي فكان التدليس الرئيسي عنده خصوصا في عقود حسن النية يطل العقد بقوة القانون، لأنه خطأ جسيم، ويرتبط بسبب العقد من جهة ومن جهة ثانية كان يوقع التعاقد الآخر في الغلط؛ والغلط كان عند الرومان من أسباب البطلان المطلق أما الاكراه فكان يعتبره من أسباب البطلان النسبي يحول الحق في الاسترداد.

وبعد مدرسة بارتول جاءت مدرسة المنطقيين الفرنسيين الذين عن طريقهم عرفت فرنسا أفكار الشراح الايطاليين، وعلى الخصوص مبادئ مدرسة بولون (Bologne) التي كان لها تأثير قوي على الفقه الفرنسي في تلك الآونة، ومن فقهاء هذا العهد بيير دولا بليرش (Pierre de la Belleperiche) الذي دافع عن رضائية العقود، وتكلم عن الغلط في نطاق القانون الروماني وحمل بشدة على التصرفات المخالفة للأخلاق الحميدة وحسن الآداب أما تيراكو (Tiraquau) فذهب إلى تصرفات القاصر أو المرأة تكون باطلة متى خالفت الشكل الرسمي، ولكن الغالبية العظمى من الفقه لم تأخذ بهذا الرأي، وفي هذا العهد صدر الأمر 1510، الذي قضى نهائيا على سطوة القانون الروماني، وسيطرته على الفكر القانوني الفرنسي. وكان من نتائج ذلك أن قطع البطلان النسبي خطرات بعيدة، وأمد أثره إلى نطاق العقود التي كانت تمد باطلة بطلانا مطلقا، فأصبح الغلط من أسباب الإبطال لا البطلان، وبذلك اكتملت نظرية عيوب الإرادة، وأخذ الفرنسيون يفرقون بين طلب الإبطال والقابلية للإبطال وكان من نتائج هذه الوضعية بالطبع أن دفعت الفرنسيين إلى البحث عن قوانين وطنية مستقلة عن القانون الروماني.

ج - نظرية البطلان والقانون الكنسي : لقد عرف عهد الاقطاع إلى جانب القوانين الرومانية، والقوانين العرفية القانون الكنسي، الذي قام بنفس الدور الذي قام به قانون الشعوب بالنسبة للقانون الروماني، فاهتم بفكرة الاخلاق الحميدة، وحسن الآداب وفكرة العدالة والتعادل، وهاجم نظرية البطلان الرومانية، وأحل الجبن السموي محل نظام البطلان أي أن القوة الإلزامية للمعقود الكنسية كانت تتمثل في الجبن (lessement) لأنها كانت تتم بعد تبادل عبارات قدسية سموية يتولد عنها التزامان : التزام أصلي نحو الاله والتزام تابع نحو الدائن، وكان المدين الذي لا ينفذ التزامه يخضع لعقوبتين : عقوبة إلهية، لأنه لم يحترم الجبن القدسية، وعقوبة شخصية يستطيع الدائن أن يوقعها على المدين بتابعته أمام الحاكم، وكان من نتائج هذه القوة الإلزامية التي يتمتع بها العقد الكنسي أن تخل كثير من المتعاملين عن عقود القانون المدني لأنها أقل جزاء وثقة، وبدأت الجبن تنسحب إلى القانون الوضعي. ولكن سرعان ما اكتشف الفقه وأنصار القانون الوضعي ضعف القانون الكنسي، وخاصة في حالات التدليس والاكراه في العقود التي تخالف الأخلاق الحميدة وحسن الآداب، فهذه العقود كانت كلها تعتبر باطلة

رغم البين الالاهية⁽⁵⁾، ونقطة الضعف هذه قد استغلها أنصار القانون الوضعي للتححرر من آثار القانون الكنسي، ومن عدم فعاليته، أما القانون العرفي فقد خضع خضوعاً مطلقاً للقانون الكنسي، وقبل تعهد القاصر المصحوب بالبين، والتعامل في تركة مستقبلية المؤيد بالبين، بل أنه سلم بالعتود المخالفة لعرف البلاد متى أكدها البين، ومن هذا يظهر أن موقف القانون العرفي من تعاليم الكنيسة كان ضعيفاً، على عكس أنصار القانون الوضعي الذين صمدوا في وجهها. وكان لهذا الموقف القوي أن عادت للقانون المدني الوضعي حرمة وقوته.

ثالثا : نظرية البطالان في عهد الملكية :

امتاز هذا المعهد بثلاثة أشياء مهمة هي : تدوين القوانين العربية رسمياً، وانتشار أفكار كروسوس (Grotius) وتأثير الأمر 1510 على القوانين الوضعية.

أ - نظرية الطلاق عند كتاب القرن السادس عشر : تناول كتاب هذا

العصر نظرية البطلان بكثير من الدقة، وحاولوا الاعتماد عن القوانين الرومانية، وخلق قواعدا جديدة، لارساء نظرية البطلان. ولكن رغم هذه الإرادة القوية لم يستطيعوا التخلص من المبادئ والأفكار الرومانية التي دأبت، وانتشرت في فرنسا لذلك كان عملهم يتصل بالشكل أكثر من اتصاله بالجوهر فتغيرت اصطلاحات البطلان عندهم، وظهرت عبارات جديدة فوجد مثلا ديمولان (Dumoulin) يتكلم عن البطلان الدقيق والدائم (La nullité précise et perpétuelle) اختار امبير (Imbert) البطلان القانوني (Nullité de droit) وتناول كوكي (Quoquille) البطلان الدقيق والمطلق (Précisément et absolument) أما البطلان النسبي فأطلقوا عليه البطلان النسبي (Nullité relative) ونارة البطلان المتفعل (Nullité causative) الجديدة تبين لنا مدى الغموض الذي نزلت إليه نظرية البطلان، تحت تأثير الوطنية الضيقة، ومع ذلك تميزت هذه الفترة بتجلى في التفرقة بين المصالح العامة الضيقة، والنظام العام التي يترتب على مخالفة القواعد التي تنظمها البطلان المطلق، والمصالح الخاصة، وكان نظام خرقها البطلان النسبي، وكان من نتائج هذه التفرقة كذلك اختفاء الفوارق التي وضعها الرومان بين التلبس الرئيسي والتلبس العارض.

(5) لتريسيكو : صفحة 127.

ب — نظرية البطالان عند كتاب القرن السابع عشر : في هذا العهد بالذات لمع اسم الفقيه الكبير دوما (Domat) الذي سيطرت أفكاره على القوانين الفرنسية، لسهولة فهمها ووضوحها، واصطلاحاتها الدقيقة، وبدت فكرة القانون الطبيعي التي لطفت كثيرا من جمود القانون، واستقرت فكرة العدالة، والتعامل والنظام العام وشرعية العقود، وإن إرادة الأفراد لا تستطيع أن تخالف القانون، وكانت الاصطلاحات التي استعمالها فقهاء هذا العصر أكثر وضوحا ودقة من التي استعمالها فقهاء العصر السابق ففهم دوما (Domat) عن بطالان العقود «الباطل في أصله» (Nulle dans leur origine) وعبّر عنه «أتون» «Automne» وديسي «بالباطل في أصله» (Nulle) ولبوى لوكران «Louis le grand Despeisse ومورناك «Mornac» بلغظة «باطل» (Nulle) وهذه العبارة فصلت عن ويرودو Brodeau بالباطل من تلقاء نفسه «Nul de soy en son origine en sa Nature et substance أصلا وطبيعة» (Peleus) للدلالة على البطلان المطلق وهي الباطل من الجملة التي وضعها بلوس (Peleus) لتلقاء نفسه أصلا وطبيعة «تلقاء تلقاء نفسه «Nul et nul effet» ثم تلقاء نفسه اشتقت عبارة «باطل ولا أثر له، أو يعد كأن لم يكن» «Nul et nul effet» ثم الجملة أركو (Argou) وبلاندو (Blondeau) عبارة باطلا بقوة القانون «Nullic de Nullité radicale» وبلاندو (Blondeau) عبارة باطلا بقوة القانون «Nullic de Nullité radicale» وبلاندو (Blondeau) عبارة باطلا بقوة القانون «Nullic de Nullité radicale» وبلاندو (Blondeau) عبارة باطلا بقوة القانون «Nullic de Nullité radicale»

ويلاحظ أن البطلان النسبي لم يعرف مثل هذه الكثرة من الاصطلاحات، اللهم لفظة طلب الإبطال، والقابلة للإبطال والتي انتهت بادماج الاسترداد والإبطال في لفظة واحدة هي الإبطال (Rescission).

ج - البطالان عند فقهاء القرن الثامن عشر : كان هذا العهد عهد توفيق

بين القوانين الرومانية، والأفكار الحديثة، فلم يدع فقهاء هذا العصر إلى تبني الأصول الرومانية لفائدتها القانونية، واستقرارها في الأذهان ولم يقفوا في وجه التغيير والتطور لأنه من طبيعة المعاملات التي ترتبط بالجماعة، وكان لذلك أثره القوي على نظرية السلطان.

١ - البطان المطلق : في هذا العهد استقر الرأي على استعمال عبارة

ويعبر عن جميع خصائص البطلان، واستعمل هذه العبارة كذلك الرئيس بولبي (Boulbier) بكل سهولة، مما سهل انتشارها وشيوعها. وكانت تكمل في بعض الأحيان بإصطلاح البطلان «بقوة القانون» وفي هذا الوقت ظهرت بجلاء خصائص البطلان المطلق. فأصبح لكل ذي مصلحة أن يتمتع به لأنه يمس المصالح العامة

هذه هي الوضعية القانونية في فرنسا طيلة المراحل التاريخية والتطور النهائي الذي وصلت إليه في هذا القرن، والذي على أساسه أقام نابليون القانون المدني الفرنسي، الذي عرف باسم «مجموعة نابليون» (Code de Napoléon) والذي أخذ عنه التشريع المغربي الكثير.

ومن النظام العام حتى أطلق عليه (Domat) البطلان الشعبي (Nullité populaire) وكان لا يقبل التقادم لأن أساسه الصالح العام، والصالح العام لا يقبل التحديد بطبيعته ولم يكن العقد الباطل بطلانا مطلقا ينتج أثرا ما إزاء الدائن والمدين أو الغير، وكانوا يعبرون عن هذه الحصصة «بعد كان لم يكن» Comme non fait et non avenu ولا يقبل التصديق أو الإقرار وهذه الصفات كلها تعبر عنها عبارات (Dunod) أنه بطلان جذري (Nullité radicale) وكان العقد الباطل بطبيعة الحال يعد كأن لم يكن، أي منعذما، فهو باطل بقوة القانون دون حاجة إلى حكم القاضي، ولكن من الناحية العملية كان لا بد من اللجوء إلى القاضي لا ليقتضي بالبطلان وإنما لتعليل البطلان والاعتراف به.

2- البطلان النسبي : كان نظام البطلان النسبي يحمي المصالح الخصوصية وكان في أول هذا العهد يطلق عليه Nullité relative إلا أن استعمال (Bourjon) لمعبرة البطلان النسبي Nullité relative ضمن هذه الأخيرة الشعوب والاستقرار، وكان الإبطال في القوانين المدنية يختلف عن الإبطال في القانون العرفي، فدعوى الإبطال في القانون العرفي كانت شبيهة بدعوى الاسترداد الرومانية ولكل شخص حق ممارستها، أما دعوى الإبطال المدنية، فكانت تتطلب تقديم «خطاب الإبطال» (Lettre de Rescission) وهو إذن يمنحه الملك ليسمح برفع دعوى الإبطال، أي أن دعوى الإبطال المدنية لم تكن حقا لكل الأشخاص كدعوى البطلان وإنما كانت لا تثبت إلا للشخص الذي تعينت إرادته بالتدليس، أو الإكراه أو الغلط أو نقص الأهلية، أو الغبن في حالة القاصر، لذلك كان لا بد من خطاب الإبطال، ويلاحظ أن التدليس لم يكن يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية : أن يكون شخصا، وأن يكون من عمل المتعاقد لا الغير، وأن تكون الوسائل التي استعملها المتعاقد هي التي حملت الطرف الآخر على التعاقد، أما الإكراه فقد كان أكثر خطورة لذلك لم يشترط فيه أن يكون من عمل المتعاقد بل كان يعد به حتى ولو كان من عمل الغير، وأما فكرة الغلط فبقيت على غموضها ولمل السبب في ذلك يعود إلى أن القانون الروماني كان يجعل الغلط من أسباب البطلان المطلق، وأن القانون العرفي كان يجعله من أسباب الإبطال، ولكن لا يفتح له باب الدعوى إلا إذا وقع على محل العقد، أو العناصر الجوهرية فيه. أما الغبن فلم يعد به الفقه والقوانين السارية المفعول إلا في حالة القاصر، وفي حالات ضيقة محصورة.

الفصل الثاني

البطلان وتقسيمه في الفقه

والقضاء بعد صدور القانون المدني

كان القانون الروماني، والقوانين الفرنسية القديمة، تقسم البطلان إلى نوعين: بطلان مطلق وبطلان نسبي وعلى أساس هذا التقسيم قامت مدونة نابليون أو القانون المدني الفرنسي.

ويلاحظ أن نظرية البطلان في هذا القانون الأخير لم تأت واضحة أو شاملة لكل الحالات فهي لم تستطع السيطرة على كل الجوانب المادية والشخصية لعقد الزواج، مما أدى إلى ظهور مشكلة زواج شخصين من جنس واحد، وتولي الزواج ممن ليست له أهلية توليه، وأمام هذه الحالة الشاذة بدأ الفقه والقضاء يبحثان عن حل لمثل هذه النازلة، ولم يكن بالإمكان بطبيعة الحال الرجوع إلى قواعد القانون المدني لوجود القاعدة المشهورة في مواد الزواج لا بطلان بدون نص، فأتجه التفكير القانوني إلى البحث عن نظرية للبطلان خارج النصوص، وكانت أول المحاولات هي تطبيق فكرة البطلان المطلق المستنتج من *La thèse des nullités absolues virtuelles* ولكن هذه النظرية لم تلج أقبالا لدى الغالبية الكبرى من الفقه، لأن الجزاء فيها لا يتناسب مع خطورة المخالفة ولذلك تحول الفقه عنها، وأخذ يبحث عن جزاء أشد يجعل العقد ينهار، وينعدم دون تدخل من القاضي نفسه وكان أول من رسم هذه الطريقة هو الفقيه زاكريا (Zachariae) الذي عاد إلى القانون الطبيعي ليستخرج منه وسائل التغلب على النقص الذي يعتبر القانون الوضعي، فنادى بفكرة الانعدام

(Inexistence) إذ يرى أن عقد الزواج لا يعتبر باطلاً، لأن هذا البطلان لم ينص عليه القانون، وإنما يجب اعتباره منعدماً، ويؤسس هذا الانعدام على القرينة الضمنية للمشرع (1) وكانت هذه الفكرة الانطلاقة الأولى لنظرية الانعدام، التي سادت فترة طويلة، وه جدت صدى كبيراً لدى بعض الفقه التقليدي والذي أصبح يقسم البطلان إلى ثلاثة أقسام الانعدام « Inexistence » والبطلان المطلق (Nullité absolue) والبطلان النسبي (Nullité relative).

وكان أساس هذا التقسيم عنده يعتمد على الأركان والشروط الأساسية التي يقوم عليها العقد، فلقيام العقد في نظر هؤلاء لا بد من أن تتوافر له أركان ثلاثة أساسية وهي الرضاء والمحل، والسبب، والشكل في العقود الشكلية، فإن تخلف ركن منها أو انعدم كان العقد منعدماً، ولكي يكون العقد صحيحاً لا بد من توافر شروط جوهرية وهي في المحل أن يكون ممكناً، ومعيناً، ومشروعاً، وفي السبب أن يكون مشروعاً فإن اختل أحد هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا اختلت شروط الرضاء كأن صدر من ناقص الأهلية أو شاب الرضاء غلط، أو تدليس أو إكراه، أو غبن كان باطلاً بطلاناً نسبياً.

ولم يكتف الفقه التقليدي بوضع هذا التقسيم بل أخذ يبحث له عن الأسس في القانون ووقع الاختيار الأول على المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي لتبرير هذا التقسيم حيث يرى أنصار الانعدام أن الرضاء والمحل والسبب أمور تتعلق بتكوين العقد، وأن الأهلية وحدها التي تتعلق بصحته، لذلك فإن انعدمت الشروط الثلاثة الأولى، فإن العقد لا يقوم ولا يكون له وجود ويكون منعدماً في نظر القانون (L'engagement sera inexistant aux yeux de la loi) وعلى هذا الأساس يرى لتريسكو أنه يكفي في رأي هؤلاء الفقهاء تغيير لفظة شروط (Conditions) بأركان (Éléments) وجعل لفظة الانعدام (L'inexistence) مكان لفظة صحة (Validité) وإبعاد لفظة أهلية (Capacité) فتكون إزاء نظرية الانعدام.

ولم يلق هذا التقسيم أية صعوبة في أول عهده لبساطة القالب الذي وضع فيه، ففي حالات تخلف الرضاء، يجد الانعدام أحد أسسه القوية لأن الرضاء هو أساس الالتزام وبانعدامه ينعدم العقد، أما المحل فهو يمثل العنصر المادي للرابطة

(1) لتريسكو : صفحة 176.

القانونية أي أن الشخص يلتزم للحصول على شيء معين، وموجود وممكن تنفيذه، فإن كان هذا الشيء غير موجود فلا يوجد الالتزام، وبالتالي ينعدم العقد لانعدام محله، ونفس الشيء يقال في السبب الذي كان الفقه التقليدي تارة يقره من الرضاء وتارة من المحل.

ومن أنصار التقسيم السابق (Planioi, Josserront, Benneuse, Baudry, La cantinierie)

فالفقيه الأول يقسم العقد من حيث البطلان إلى عقود منعدمة، وعقود باطلة بقوة القانون، وعقود قابلة للإبطال، فالعقد المنعدم في رأيه هو الذي تم إبرامه في الواقع، ولكنه غير موجود شرعاً أو قانوناً أي أنه مجرد عمل ظاهر، وأن العقد القابل للإبطال هو الذي توافرت له جميع أركان التكوين إلا أنه ينطوي على عيب يؤدي بحياته أي قد يجعل القاضي يحكم بطلانه ويرى أن أسباب الانعدام تكمن في :

1 - تخلف أحد الأركان الأساسية التي يقوم عليها العقد، وتتمثل في انعدام الرضاء انعداماً كلياً. وفي تخلف المحل أو السبب أو في كون هذا السبب غير حقيقي، وفي تخلف الشكل في العقود الشكلية كعقد الهبة وعقد الزواج. غير حقيقي، وفي تخلف قواعد النظام العام كالتعامل في تركة مستقبلة والقواعد الربوية.

2 - في خرق قواعد النظام العام كالتعامل في تركة مستقبلة والقواعد الربوية.

ويرى أن الأسباب التي تجعل العقد قابلاً للإبطال هي:

1 - عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والغبن في الحدود التي رسمها القانون.

2 - نقص الأهلية.

وبعد أن عرف بودري لكانتري العقد المنعدم، والعقد القابل للإبطال عاد إلى الكلام عن العقد الباطل بقوة القانون فسلم مع الفقه بوجود هذا النوع من البطلان إلى جانب النوعين الأولين، وعرفه بأنه عقد موجود من الناحية الفعلية، ولكن نفاذه أو فعالته تتوقف على الإرادة القانونية أي أن البطلان بقوة القانون يفترض وجود العقد، أو على الأقل الوجود الفعلي وعلى هذا الأساس فالانعدام عنده يتناقض مع البطلان (2).

(2) بودري لكانتري الوسيط في القانون المدني الجزء 14 طبعة 1908 صفحة 268 - 269.

وبعد تحديد الانعدام، والقابلية للإبطال، والبطلان بقوة القانون أشار إلى أن هناك بعض الفقه يضيف إلى جانب تخلف الرضاء الذي يعدم العقد بعض العناصر الجوهرية التي تتغير بحسب العقود كالتمس في عقد البيع، واختلاف الأجناس في عقد الزواج. أما إهمال مقتضيات الشكلية التي تتطلبها العقود الرسمية فلا يعد من أسباب الانعدام فقط بل يعتبر أيضا من أسباب البطلان المطلق لأن سلطة الشكلية خفت على ما كانت عليه عند الرومان، وأصبح في بعض الحالات يكفي الرضاء لقيام العقد (3).

ومن أنصار نظرية الانعدام في الوقت الحاضر بونيكاكاز (Bonnetcase) وجسران (Josserand) فالفقيه الأول يرى أن العقد يتكون من بعض عناصر الحياة، وأن هذه العناصر منها ما هو نفسي أو سيكولوجي كالرضاء ومنها ما هو مادي كالحل، وأما السبب فهو بين الاثنين، فإذا لم تتوافر عناصر الحياة أو الوجود هذه فإن العقد يكون غير موجود أي منعدما. ويرى أن النصوص عرفت الانعدام ويشير إلى المواد 1182 و 1335 والمادة المشهورة 146 من القانون المدني الفرنسي، ويلاحظ جسران أن إيمان « بونيكاكاز » بالانعدام دفعه إلى القول: « إن فكرة الانعدام لا تتعلق بفعل معين، أو قانون معين وإنما يفرض وجوده عليهما ».

أما القضاء الفرنسي فقد وقف في أول الأمر موقف الحياد من التقسيم الثاني للبطلان — أي البطلان المطلق، والبطلان النسبي — والتقسيم الثلاثي الذي ابتدعه الفقه التقليدي — وهو الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي — وصدرت عدة قرارات من محكمة النقض الفرنسية تؤكد هذه الحقيقة وإبقاء الحال على ما كان، وإن كانت تستعمل في بعض الأحيان عبارات «الوجود القانوني أو الشرعي» (L'existence légale) أو «انعدام الوجود» أو «البطلان الجذري» (La nullité radicale)، ومن ذلك ما جاء في القرار الذي صدر عن محكمة النقض في 6 أبريل 1858 بشأن عقد الزواج، الذي تم في غياب الزوجين، أن البطلان الجذري من النظام العام، وهو يزيل عن عقد الزواج كل وجود شرعي وجاء في قرار صدر عن نفس المحكمة في 6 نوفمبر 1895 الذي يتعلق بمعاملة في تركة مستقبلة « أن هذا الاتفاق الذي حرّمته المادتان 791 و 1130 يخالف النظام العام ويعد باطلا بطلا

(3) ويلاحظ هنا أن القانون الفرنسي يشترط لقيام الرمن أن يتم التسليم الفعلي إلى جانب توافر الرضاء طبقا للنقل 1338 من قانون الالتزامات والعقود، خلاف القانون المصري (السوري) المرجع السابق: صفحة 133.

مطلقا، وعلى هذا الأساس فليس له « وجود شرعي » وهو ما جاء كذلك في قرار حديث يتعلق ببيع يقوم على ثمن غير حقيقي، صدر عن محكمة النقض في سنة 1932 (4) « الذي يذهب إلى أن العقد الباطل بطلا مطلقا — مثل عقد البيع الذي يطل لأنه لا يقوم على ثمن حقيقي — يعتبر غير موجود قانونا.

ويلاحظ أن هذه القرارات كلها تسير مع فكرة تقسيم البطلان إلى نوعين بطلان مطلق وبطلان نسبي، أي أنها لاتأخذ بالانعدام، وإنما استعملت عبارة «غير موجود شرعا» للدلالة على قوة البطلان، ويتجلى هذا التفكير عند بودان (Boudant) الذي يذهب إلى أنه إذا اجتمعت الشروط التي تتطلبها القانون من رضاء وأهلية وحل، وغيرها من الشروط الخاصة، فإن الاتفاق يقوم، ويكون صحيحا وينتج كافة آثاره، أما إذا تقيب أحد هذه الشروط أو عددها، فإن الاتفاق لا يقوم ولا يكون له وجود قانوني، فهو باطل، وكأن يكن أي نقول إنه باطل بطلا مطلقا (5).

ولكن موقف محكمة النقض سرعان ما تغير بعدما دأبت نظرية الانعدام واعتنتها الغالبية العظمى من الفقهاء الكبار بما فهم « بلانبول » و« كاتنان » وجوسران وبونيكاكاز، وأوبري ورو، ووجدت نظرية الانعدام ميدانا خصبا لها خصوصا في مواد المسطرة والمواد الادارية فقد جاء في قرار محكمة النقض — قرار كودار (Godard) — بشأن مسطرة المزايا العلني «إن البيع بالزاد العلني يجب أن يتم وفقا للمادة 705 من المسطرة المدنية، وأن يقوم به المحامي المؤقت، وأن مساعدة الضابط المؤقت شرط جوهري في المزايا العلني وإذا تخلف هذا الشرط، فإن المزايا العلني لا يكون باطلا فقط وإنما يعتبر منعدما» (6).

وكان من نتائج موقف الاجتهاد القضائي من نظرية الانعدام أن تقوت فكرة تقسيم البطلان إلى ثلاث مراتب: الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي وساد هذا التقسيم فترة طويلة من الزمن، واعتنقه بعض الفقه الذي يسمى بالتقليدي، ولم يجز أي فقيه أو كاتب أن يهاجمه، ولكن في بداية هذا القرن، بدأ

(4) راجع ثلاث القرارات في دالور 1933 صفحة 1-1 مع تعليق لاسين.
(5) بودان: الوسيط في القانون المدني الفرنسي، الطبعة الثانية الجزء الثاني، صفحة 188 لسنة 1936.
(6) قرار صدر بتاريخ 30 ديسمبر 1902 من مجلس لايبورج وخروج روبرت واسين الوسيط للعمل القانوني، الطبعة الثانية الجزء 5 لسنة 1952 صفحة 364.

الفقه يشكك في قيمة هذا التقسيم، وفي الأسس التي قام عليها وكان أول من حرر الفكر القانوني من سطوة الانعدام، هو الفقيه كابيتان (Capitant) فهو يعد أن احترام في الطبيعة الأولى من كتابه — الوسيط في القانون المدني — التقسيم الثلاثي، عاد وتغلى عنه في الطبعة الثانية، ووجه إليه سهاماً جارحة من النقد، ثم حاول بلانويول كذلك التخفيف من حدة الانعدام، فبنى فكرة اخراج العقود الشكلية من نطاقه، ثم نادى بعض الفقهاء باخراج البطلان بسبب مخالفة قواعد النظام العام من مجال الانعدام.

وبلاحظ أن هذه الانتقادات الأولية فحّت باباً كبيراً في وجه الفقه الحديث ليهدم نظرية الانعدام، وبالتالي تقسيم البطلان إلى مراتب ثلاثة. وكابيتان (7) بعد أن يشير إلى أن بعض الكتاب أضافوا إلى جانب البطلان المطلق، والبطلان النسبي الانعدام، وأن محكمة النقض أخذت بهذا التقسيم سنة 1902 بمناسبة بيع الزاد العلني يرفض هذا التقسيم للأسباب التالية :

1 — لأن جميع الآثار التي ترتب على الانعدام هي نفس الآثار التي ترتب على البطلان المطلق، سواء ما تعلق منها بالتقادم أو بالإجازة أو بمن له حق التمسك بدعوى البطلان أو الانعدام.

2 — ان ادعاء أنصار الانعدام بأن هذا الأخير لا يحتاج إلى تدخل القاضي في حين أن البطلان لا يتقرر إلا بحكم من القاضي لا يقوم على أساس صحيح وقانوني فقتضية الانجاء إلى محكمة أم لا، لا يتعلق بالانعدام أو البطلان المطلق، وإنما يعود إلى الموقف الذي يتخذه الأطراف، فإذا كان العقد باطلاً أو معدوماً وافق أطرافه على تنفيذه، أو على عدم تنفيذه، فإنه في مثل هذه الحالة لا يمكن أن توجد دعوى. أما إذا اختلف الأطراف. فأراد أحدهم تنفيذ العقد، ورفض الطرف الآخر هذا التنفيذ أو العكس، فإنه يكون من اللازم رفع الأمر إلى القاضي، وفي كلتا الحالتين — أي سواء أكان العقد باطلاً أو معدوماً — فإن القاضي يبحث النزاع، ويبحث في توافر الشروط التي تتطلبها القانون، فإن وجد العقد مستوفياً لشروطه، وأركاناً قام العقد وأمر بتنفيذه، أما ان كان العقد مخالفاً لأي غير مستوف لشروطه وأركاناً رفض طلبه.

وقد رفض فكرة الانعدام أسمن — إلى جانب ليريسكو — الذي انتقد بشدة قرار محكمة النقض المطلق بالبيع بالزاد العلني بقوله «إن المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون، فبدلاً من أن تعترف بطلانها في نفس اليوم، وجدت نفسها أمام طلب إبطال مسطرة الزاد، فاختارت وراء نظرية الانعدام لاختفاء الخطأ الذي ارتكبه»، وأمام هذه الانتقادات الشديدة اختفت نظرية الانعدام واختفى معها التقسيم الثلاثي.

وبلاحظ أنه قد ظهر إلى جانب أنصار التقسيم الثلاثي فريق آخر من الفقه يرى في هذا التقسيم الأخير جموداً وضيقاً، ونادى بفكرة تعدد أنواع البطلان بتعدد الأغراض التي توخاها القانون من إحاطته بمجموعة من الأركان، والشروط، ولكن هذه النظرية لم تصادف أي نجاح لبعدها عن النطق، ولأنها تمس باستقرار المعاملات.

وباختصار إن الفقه الحديث عاد إلى التقسيم الثنائي الذي ورثه عن القانون الروماني والقوانين الفرنسية القديمة أي تقسيم البطلان إلى نوعين : بطلان مطلق وبطلان نسبي.

وبعد ان تخلص الفقه من نظرية الانعدام، بدأ ينتقد الاصطلاحين اللذين استعملتا تمييز نوعي البطلان، ذلك أن اصطلاح «البطلان المطلق» و «البطلان النسبي»، يفيدان في ظاهرهما أن هناك تفاوتاً في درجة البطلان في حين أن البطلان هو درجة واحدة فهو عدم والعدم لا تفاوت فيه، وأمام هذه الانتقادات الجديدة ظهر في الفقه اصطلاح «البطلان» (Nullité) دون نعت أو تخصيص للتعبير عن البطلان المطلق «والإبطال» للتعبير عن البطلان النسبي. وهكذا أصبح التقسيم الثنائي للبطلان هو البطلان والإبطال (Nullité et rescision) وهو نفس التقسيم الذي اعتمدته القانون المدني الفرنسي ثم طرأ على هذا التقسيم الأخير تغيير بسيط فأصبح الفقه يستعمل كلمة (Annulabilité ou contrat annulable) «القابلية للإبطال» أو «العقد القابل للإبطال» (Rescision) أي أن الاصطلاح أصبح «البطلان والقابلية للإبطال» (Nullité et annulabilité) وخصص لفظة (Rescision) للإبطال من أجل الغنى فقط، فأصبح يقال (Rescision pour lésion) (8).

البطلان وتقسيمه في التشريعات الحديثة

الباب الثالث :

وخلص القول أن التطور انتهى إلى تقسيم البطلان إلى نوعين: بطلان وإبطال (Annulability) وهو تقسيم يتفق مع المنطق والدوق القانوني السليم ويحقق فوائد علمية كبرى من حيث وضوح نظرية البطلان.

للدراستات المقارنة أهمية حيوية، فهي تهدف إلى الإحاطة بالتشريعات العالمية الكبرى، ومقارنة بعضها ببعض، أي أنها تحقق الإصلاح والتقارب القانوني العالمي، ويرى الفقه⁽¹⁾ أن للدراستات المقارنة ثلاثة أهداف: هدف تفسيري Explicatif وهدف تقني Educatif وهدف اصلاحي Réformateur وهذه الفوائد العلمية هي التي دفعنا إلى بحث تقسيم البطلان في التشريع المقارن.

ونبدأ أولاً هذه الدراسة بالبحث في التشريعات العربية، ثم التشريعات الأجنبية الأخرى.

1- في التشريعات العربية:

أ- القانون المدني المصري: يسائر هذا القانون النظرية الفقهية الحديثة التي تقسم البطلان إلى نوعين: البطلان — للدلالة على البطلان المطلق — والابطال — للدلالة على البطلان النسبي — ويتجلى هذا من النصوص التالية: فالفقرة الأولى من المادة 141 مدني مصري تنص على أنه «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يمسك بالبطلان، وإن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها»، وتنص المادة 138 من القانون المدني «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في ابطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يمسك بهذا الحق». وتنص الفقرة الأولى كذلك من المادة 141 على أنه «لا يزول البطلان بالإجازة» وتنص المادة 139 مدني على أنه «يزول حق ابطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية» وتنص الفقرة الثانية من المادة 141 «تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد» وتنص الفقرة الأولى من المادة 140 مدني على أنه «يسقط الحق في ابطال

(1) أنظر رولد بوزمانك وولف : الوسيط في القانون المقارن الجزء الأول طبعة 1950 صفحة 15

العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات⁽²⁾.

ويبقى هذا التقسيم الذي سار عليه التشريع المصري تأييدا إجماعيا من الفقه الذي يرفض رفضا قطعيا فكرة الانعدام. فالصحة يرى أن «الحقيقة أن ليس هناك فارق بين الانعدام والبطالان المطلق، ففي كلا الحالتين تعرض الحاجة للرجوع إلى القضاء لتقرير البطلان. وفي كلا الحالتين قد تترتب آثار في بعض الصور على خلاف الأصل ثم أن التمييز من الناحية المنطقية لا وجه له لأن كلا العقدين معدوم في نظر القانون» ولا يقبل كذلك فكرة تعدد مراتب البطلان بتعدد الأغراض التي يتوخاها القانون من العقد فيقول... وإذا كان هذا الرأي يتسع لتفسيرها لما ينطوي عليه من مرونة لأنه مع ذلك لا يصلح أساسا لتحديد حالات البطلان لافتقاره إلى ضوابط ثابتة يمكن الركون إليها⁽³⁾. ويرى مرقس «أن البطلان المطلق هو الانعدام. وأنه ليس هناك بطلان مطلق وآخر نسبي بل الفارق بينهما هو أن النوع الثاني من البطلان يتوقف على رخصة منحها الشارع لأحد العاقدين». ويذهب إلى أن «معنى البطلان المطلق انعدام كل أثر للعقد من وقت إبرامه فالعقد الذي يقع باطلا بطلانا مطلقا، يكون قد ولد ميتا، فلا حياة فيه، ولا هو يصلح للحياة أي أنه لا ينتج أي أثر ولا يصلح لأن ينتج أي أثر. أما البطلان النسبي فأثره لا يحول دون وجود العقد وجودا قانونيا فالعقد الباطل نسبيا يكون له وجود قانوني وينتج أثره كأني عقد صحيح، غير أنه يحمل في نفسه جرثومة الموت، فيجوز للمتعاقد الذي يحوله القانون ذلك أن يجهر عليه بأن يطله بالبطلان النسبي لا يعدو أن يكون مجرد رخصة تسمح لأحد العاقدين بإبطال العقد الذي يوجد فيه سبب الفساد. فظالما أن هذه الرخصة لم يستعملها ذو الحق فيها، ينتج العقد جميع الآثار التي تنتجها العقود الصحيحة أما متى استعملت هذه الرخصة فإن العقد يفقد كل أثر له، حتى تلك الآثار التي يكون قد انتجها فعلا في الفترة ما بين وقت إبرامه ووقت إبطاله. ولذلك عدل المشرع في التقنين الجديد عن اصطلاح البطلان المطلق والبطلان النسبي وأثر أن يسمى العقد الذي يقع باطلا منذ إبرامه بالعقد الباطل، وأن يسمى العقد الذي كان يوصف بالبطلان

(2) لأن نظرية الانعدام ظهرت في فرنسا أمام عجز قواعد القانون المدني عن السيطرة على جميع الرعايا المادية والشخصية لقواعد الزواج، وهذه المشكلة لا تنور نهائيا بالنسبة للزواج في التشريعات العربية لأنها تستمد مقوماتها فيما يتعلق بالزواج من الدين الإسلامي الحنيف، الذي اعتنى بالأسرة والزواج على الخصوص رعاية دقيقة وفاقية من كل نواحيه المادية والشخصية.
(3) المصادر الالتزام طبعة 1960 صفحة 279.

النسبي عقدا قابلا للإبطال⁽⁴⁾. ويأخذ بهذا التقسيم كذلك أحمد حشمت أبو سبت الذي يذهب إلى أنه «لا فرق بين الانعدام والبطالان، لا من الناحية العملية حيث يجب الرجوع في الحالتين إلى القضاء ما دام أن الأصل المقرر في القانون هو أن الشخص لا يأخذ حقه بيده، وحيث لا يولد العقد في الحالتين أثرا ما. ولا من الناحية المنطقية كذلك، حيث يغدو التمييز بين الانعدام والبطالان المطلق أمرا غير مفهوم، إذ العقد الباطل معدوم في نظر القانون والعدم لامرأب فيه. وهكذا يكون التقسيم الثاني للبطلان هو التقسيم الذي تأخذ به، وهو التقسيم السائد في الفقه والتشريع⁽⁵⁾. أما عميد الفقه العربي السوري فهو يسلم مع الفقه بمبدأ هذا التقسيم، وفوائده العملية ثم يذهب خطرات أبعد فيرى إمكانية التخلي نهائيا عن تقسيم البطلان لأن البطلان واحد لا يتعدد ولا يتقسم أي يحيل إلى الرأي السائد في الفقه الإسلامي ويدعو هذا من قوله «... فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثابت ولا استقرار. وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلانا مطلقا (ويدخل فيه النعوم) وعقد باطل بطلانا نسبيا، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد النعوم والعقد الباطل بطلانا مطلقا بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لاتفارق فيها هي : البطلان المطلق... فالعقد الباطل بطلانا نسبيا كما نرى لا يعدو في مآله أن يكون عقدا صحيحا إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقدا باطلا بطلانا مطلقا إذا تقرر بطلانه، فهو إما عقد صحيح على الدوام وإما عقد باطل بطلانا مطلقا منذ البداية. والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئا مستقلا يقوم إلى جانب البطلان المطلق وما هو إلا تغيير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما. فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق. ومن ثم فليس هناك الانعدام⁽⁶⁾. ولا يمكن التسليم برأي السوري فيما يتعلق بالاقصاء على نوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق، لأن هذا يتناقض مع المنطق، والواقع، فالعقد الباطل يولد ميتا، ولا حياة فيه، ولا يصلح للحياة لا بالإجازة، ولا بالتقادم في حين أن العقد القابل للإبطال هو موجود قانونا وينتج كافة آثاره، إلى أن يستعمل أحد المتعاقدين الرخصة التي حوّلها له القانون للاجهاز عليه، ويصلح للحياة بالإجازة والتقادم. وبعبارة أدق

(4) سليمان مرقس : نظرية العقد طبعة 1956 صفحة 280.
(5) أبو سبت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة 2. 1954 ص 244.
(6) السوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : مصادر الالتزام الجزء 1 طبعة 1952 ص 490.

أن العقد الباطل لا يكون إلا باطلاً في حين أن العقد القابل للإبطال يؤول أمره في النهاية إما إلى الصحة التامة أو إلى بطلان. وهذا الفارق الجوهرى يكفى للتمييز بين نوعي البطلان. كما أن التخلي عن هذه التفرقة يؤدي إلى هدم جميع الخصائص العملية التي تترتب عن التمييز بين البطلان والإبطال سواء ما تعلق منها بالإجازة أو التقادم أو الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان أو الإبطال.

ب - التشريع السوري : يأخذ هذا التشريع بنفس التقسيم الذي سار عليه التشريع المصري خصوصاً وأن القوانين المدنية في البلدين واحدة، أي أن سوريا اعتمدت القانون المدني المصري باستثناء المواد المتعلقة بالعقار، كما هو الشأن في بلجيكا ولكسمبورغ اللتين اعتمدتا القانون المدني الفرنسي، ويؤيد الفقه السوري موقف التشريع من تقسيم البطلان، أي أنه لا يسلم بنظرية الانعدام ولا تعدد مراتب البطلان بتعدد الأغراض التي يتوخاها القانون من العقد، وفي هذا الشأن يرى مأمون الكزبري أن «الحقيقة أنه ليس هناك فارق بين الانعدام، والبطلان المطلق ففي كلا الحالتين لابد من اللجوء إلى القضاء لتقرير البطلان. وفي كلا الحالتين قد تترتب على خلاف الأصل بعض الآثار على العقد الباطل سواء كان من نوع العقد المعدم أو من نوع العقد الباطل بطلاناً مطلقاً كاسترداد ما دفع بغير حق تنفيذاً لعقد باطل (المادة 306) يضاف إلى ذلك أن التمييز بين العقد المعدم وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس مستساغاً من الناحية المنطقية، بل لا وجه له لأن كلا المقيدين معدوم في نظر القانون»⁽⁷⁾.

ج - التشريع العراقي : يلاحظ أن التشريع العراقي لا يأخذ بفكرة تقسيم البطلان، أي أنه يأخذ بالرأي السائد في الفقه الاسلامي، والذي يميل إليه كذلك السنهوري، فهو يقضي في المادة 137 على أن : 1 - العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتباره ذاته أو وصفاً باعتباره بعض أوصافه الخارجة. 2 - فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركبه خلل، كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين عن ليس أهلاً للتعاقد، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد، أو يكون السبب غير مشروع، 3 - ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه، كأن يكون المقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون. ونص في المادة 138 على أن : 1 - العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً. 2 - فإذا بطل العقد يعاد التعاقدان إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل. 3 - ومع ذلك لا يلزم

(7) مأمون الكزبري : نظرية الاتزام في ضوء قانون الاتزامات والعقود العربي : الجزء الأول مصادر الاتزامات صفحة 233. حبة 1968.

ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد.

إلا أن المشرع العراقي أخذ كذلك عن الفقه الاسلامي فكرة العقد الموقوف

وهي تقوم مقام الإبطال في التشريعات الأخرى وهذا ما نصت عليه المادة 133 : 1 - العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل. 2 - وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أقاد الحكم في المحال، ويختلف أثر العقد الموقوف اختلافاً جوهرياً عن العقد القابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحاً ويتبع كافة آثاره إلى أن يطلب إبطاله أو تلحقه الإجازة، أما العقد الموقوف فيكون صحيحاً ولكنه لا ينتج أي أثر ويبقى موقوفاً إلى أن ينقض العقد فيبطل، أو تلحقه الإجازة فينفذ. ويكون العقد موقوفاً في حالة نقص الأهلية وغيوب الإرادة (المادة 134 مدني عراقي) وانعدام الولاية على المحل (التصرف في ملك الغير) (م 135).

2 - وفي التشريعات الأجنبية الأخرى نجد :

أ - القانون الألماني : إن هذا القانون كغيره من التشريعات تأثر بالقانون الروماني، إلا أنه يمتاز بمصانئ ذاتية اكتسبت الطابع الأصلي. ويلاحظ أن القانون الألماني في المادة 116 وما يليها يميز بدقة كبيرة، بين العقد الباطل «Nichtig» والعقد القابل للإبطال «Anfechtbar» وإذا استثنينا بطلان عقد الزواج نجد أن البطلان لا يقرره القاضي بل يثبت بقوة القانون، ويسري مفعوله إزاء الكل. ولا يقبل الإجازة أو التقادم، أما حالات الإبطال فهي محددة في القانون وهي الغلط والتدليس، والتهديد في حالات خاصة «Menace» وتتقدم دعوى الإبطال بفوات مدة قصيرة فهي في حالة التدليس والتهديد سنة، وفي حالة الغلط يشترط للقانون أن ترفع الدعوى بسرعة ولا تسقط. وإن العقد القابل للإبطال يتصحح بالإجازة والتقادم. وإلى جانب البطلان، والإبطال يعرف القانون الألماني الانعدام (8) الذي يطلق عليه التصرف غير التام «Acte incomplet ou inachevé» فعقد الزواج الذي يتم بواسطة القسيس في القانون الألماني لا يعد باطلاً وإنما يكون منعماً ولا يقبل القانون الألماني بشأته دعوى البطلان، وإنما يسمح فقط بدعوى للحصول على نفي الانعدام.

(8) زولف، وإرماناخ وبولد : الوسيط في القانون المدني المقارن الجزء الثاني ط. 1950 صفحة 152.

ب - القانون السويسري : يأخذ هذا القانون كالألماني بتقسيم البطلان إلى بطلان وإبطال وانعدام. ولكن لا يفرق بين العقد الباطل، والقابل للإبطال بنفس دقة القانون الألماني فكثيرا ما يخلط بين القابلة للإبطال، والفسخ والتفاسخ ويتجلى هذا بوضوح من المادة 21 من القانون المدني السويسري التي تنص «في حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا بين تعهد أحد المتعاقدين، وتعهد المتعاقد الآخر يجوز للمتعاقد المقيون في خلال سنة أن يعلن فسخ العقد، ويسترد ما دفعه إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها أو طيش أو عدم تجربة»⁽⁹⁾.

ج - القوانين المطبقة في البلاد الاسكندنافية : (السويد ، النرويج، الدانمارك، اسلاند، فنلندة) يلاحظ أن هذه القوانين مأخوذة من القانون الألماني، فقد خصصت القسم الثالث من القانون المدني لنظرية البطلان، وقسمت البطلان إلى نوعين : بطلان، وإبطال وحددت حالات الإبطال في الاكراه، والتهديد *Menace*، والتدليس، وبعض حالات الغلط ويلاحظ أن القوانين الاسكندنافية تفرق فيما يتعلق بالبطلان النسبي بين الرهبة والتهديد العادي أو البسيط *la contrainte et la simple menace* فالرهبة تبطل العقد حتى ولو كانت صادرة من غير المتعاقد. وكان هذا المتعاقد حسن النية. أما التهديد البسيط أو العادي فلا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان صادرا من المتعاقد، أو صدر من الغير، وكان هذا المتعاقد سيء النية، وإن الغلط لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان المتعاقد عالما به أو كان في مكانه أن يعلم به... وتوجد أيضا حالات أخرى للإبطال غير التي ذكرها القانون صراحة مثل الغلط في الباعث، والغلط في الوسيط كالبرقية أو الرسالة، ويأخذ القانون الاسكندنافي بنظرية الاستغلال شأنه شأن القانون الألماني، والسويسري والروسي، والمكسيكي. إلا أنه يلاحظ أن الاستغلال في القانون السويسري يجعل العقد قابلا للإبطال، أما في التشريع الألماني فإنه يجعل العقد باطلا، وتمتاز القوانين الاسكندنافية بأنها تهدف إلى تحقيق العدالة والتعادل فصنت في المادة 33 على مبدأ عام هو أن العقد لا يكون صحيحا إذا كانت الظروف التي أحاطت تكوينه تتنافى مع مبدأ العدالة.

د - القانون الإنجليزي والسويسري : (الإنجليزي والأمريكي) يأخذ هذا القانون بمبدأ تقسيم العقود إلى باطلة «Void» وقابلة للإبطال «Voidable» ويكون العقد باطلا إذا كان مخالفا للنظام العام «Public Policy» أو الأخلاق الحميدة، أو

(9) وولف، وزملاؤه : القانون القارن الجزء الثاني صفحة 193.

لمقتضيات وقواعد القانون الإنجليزي ويكون العقد باطلا كذلك إذا كان المحل أو الدافع إليه عملا غير مشروع، وكان طرفاه أو أحدهم سيء النية، أي أن سوء النية، شرط ضروري لقيام البطلان ويكون العقد قابلا للإبطال فقط إذا كان أحد طرفي العقد حسن النية، أي يجعل الوقائع التي جعلت من العقد تصرفا غير مشروع، أو يجعل سوء نية الطرف الآخر فمطل هذا العقد يكون صحيحا من جهة الطرف الحسن النية، أي أن العقد يمكن أن ينتج كالأثر بالنسبة إليه، مادام لم يطلب إبطاله ومن الأمثلة التي يقدمها وولف «Wolf» وزملاؤه : إذا قدم لوك إلى هوبس مبلغا من المال ليتركب مخالفة ماء، ولكن نقل بضائع مهربة، ثم يحدث أن يكشف هوبس أن البضائع التي تعهد بنقلها مهربة من الجمر. فإن مثل هذا العقد يكون باطلا من جهة لوك. وقابلا للإبطال من جهة هوبس، أي أنه يحق له أن يرفض نقل البضائع ويطلب لوك بالتعويض عن الأرباح التي فاته، ومن الأمثلة كذلك أنه إذا باع لوك منزلا لهوبس، ثم علم أن هذا الأخير يستعمله للمهارة، أو أنه يستعمله استعمالا مخالفا للقانون أو الأخلاق الحميدة، فيكون له أن يطلب بإبطال العقد دون طلب تعويض⁽¹⁰⁾.

ويكون العقد قابلا للإبطال في ظل القانون الإنجليزي والأمريكي إذا تمتعت إرادة أحد الأطراف. إلا أنه يلاحظ أن هذا القانون الأخير يختلف اختلافا جوهريا عن القانون الألماني والفرنسي. أي أنه أخضع شروط صحة الرضا لقوانين ذاتية، فهو يميز في الأساس بين الغلط (*Mistake*) من جهة وعبوب الإرادة الأخرى من جهة ثانية. وعبوب الإرادة هي التالية :

- 1 - الغلط
- 2 - تصوير الوقائع على غير حقيقتها وهي على نوعين : تصوير تدليسي «Fraudulent misrepresentations» وتصوير عن حسن النية «Innocent Misrepresentations».
- وهذا النوع من عبوب الإرادة مماثل التدليس في التشريعات اللاتينية والجرمانية.
- 3 - الرهبة أو الاكراه المادي «Duress».
- 4 - والتأثير غير المشروع «Indue influence».

ويلاحظ أن التشريع الإنجليزي والأمريكي لا يجعلان من الغبن عيبا من عبوب الإرادة على خلاف تشريعات كثيرة إلا إذا أدى إلى الغلط. ويكون الغلط

(10) وولف وزملاؤه : القانون القارن الجزء الثاني صفحة 163.

في غالب الأحيان مانعا أي يطل العقد، كحالة وقوع الغلط على ذاتية الشيء، وغيرها من الحالات التي يكون فيها من شأن الغلط أن يعلم الرضاء. كالغلط الذي يقع على ذاتية الشخص ويشترط في ظل القانون الإنجليزي أن يكون الغلط حقيقيا ومؤكدا، وأن يكون الطرف الآخر عالما به. ويتخذ من الرجل العادي معيارا لتحديد حالات الغلط. أما الغلط الذي يقع على مادة الشيء فلا يعتد به إلا إذا كان مصحوبا بتصوير للوقائع يخالف الحقيقة. ويلاحظ أن حالات بطلان العقد وإبطاله في القانون الإنجليزي من أجل الغلط هي محددة في القانون تحديدا ضيقا على خلاف الأمر في التشريع الألماني، والفرنسي والبلجيكي إلا أن فكرة التصوير غير الحقيقي للوقائع هي أوسع من فكرة الغش والتدليس. وهي تبطل العقد إذا كان من شأنها أن تهمم الإرادة نهائيا، وفي غير هذه الحالة فإن التصوير غير الحقيقي يجعل العقد قابلا للإبطال فقط. أما السكوت فلا يعمل به في ظل القانون الإنجليزي إلا استثناء في بعض العقود، كمقد التأمين، والشركة.

أما فيما يتعلق بالاكراه فنجد القانون الإنجليزي يعتد بالرهبة المتولدة عن استعمال القوة *La force physique* ضد شخص المتعاقد. ويدخل الاكراه المعنوي الذي يقع على المال في نطاق التأثير غير المشروع، ويخضعه للقواعد التي تنطبق على هذا الأخير.

والتأثير غير المشروع «*Indue influence*» قريب من فكرة الغش في التشريعات اللاتينية والجرمانية ويعود أساسه إلى فكرة العدالة «*Equity*» ويقصد به الحالة التي يتخلل فيها التعادل اختلافا واضحا بين الأطراف. ويقع عبء اثباته على من يدعي أنه ضحية. إلا أن القانون الإنجليزي يفترضه بالنسبة لبعض العقود التي تبرم بين أشخاص تربطهم رابطة خاصة كالعقود التي تبرم بين الأطفال وأبائهم، وبين المحجورين والأوصياء أو بين المستشار القانوني أو الطبيب أو المحامي والمعمل. وبصفة عامة في كل حالة تتجلى فيها الأخطار أو الفوارق الاقتصادية، أو عوامل الضعف.

هـ - القانون السوفيتي : يقسم هذا القانون البطلان إلى نوعين : بطلان، وإبطال، ويكون العقد قابلا للإبطال إذا تعينت إرادة أحد طرفيه بطل أو تدليس أو تهديد أو إكراه أو غش أو استغلال. إلا أنه يختلف اختلافا جوهريا عن القوانين الجرمانية واللاتينية والعربية فيما يتعلق بالبطلان. فهو يهتم اهتماما خاصا بالنظام

العام الذي يترتب على مخالفته البطلان. فاللادة 30 من القانون المدني الروسي تنص «يطل التصرف القانوني إذا كان مخالفا للقانون أو يهدف إلى تخريبه، أو يرمي إلى غش الدولة، ومن أهم خصائص القانون السوفياتي في هذا الباب أن الفصل 147 يحرم على الأطراف أن يستردوا ما دفعوه تنفيذ لعقد غير مشروع، أي أن الدولة هي التي تسترد ما دفع تنفيذ لعقد باطل لعدم مشروعيتها، أي يصبح ما دفع حقا خالصا للدولة»⁽¹⁾، ويعتبر هذا العمل حاجزا قويا ضد الغش وعدم المشروعية، وعقبا لطرفي العقد الذين لم يجزرا العقد وشروطه. ويلاحظ أنه يوجد إلى جانب المادة 30 المتعلقة بالنظام العام، المادة 33 التي تقر بطلان كل عقد يقوم على أساس استغلال الحاجيات الاقتصادية للطرف الآخر. أو على الأقل إيقاف أثر هذا العقد بالنسبة للمستقبل. ويخلص الاختلاف الجوهرى بين المادتين 33 و 30 أنه في الحالة الأولى يسوغ للطرف المبيعون استرداد ما دفع، أما في الحالة الثانية فلا يسوغ له هذا الاسترداد، لأن المدفوعات تعود إلى الدولة، ويلاحظ هنا كذلك وجود أثر القانون الروماني في القانون الروسي حيث يتم هذا الأخير بالشكلية، ويرتب على خرقها البطلان. فهناك عدد من العقود يجب أن تتم عن الطريق الرسمي أمام الموثق، والا كانت باطلة كعقد الهبة الذي تزيد قيمته عن 1.000 روبل (*Roubles*) (م 138) وعقود كراء المشروعات التي تمتلكها الدولة والجماعات والتي توجز إلى الأفراد (م 153) والوكالة في إدارة الأموال (م 216) وشركات الأسهم، وبيع العقارات، وكراء الأشياء لمدة تزيد عن سنة.

و - القانون الإيطالي : أما هذا القانون الذي صدر سنة 1942 فيقسم البطلان وفق ما وصل إليه الفقه الحديث في فرنسا إلى بطلان «*Nullité*» وإبطال «*Annulabilité*» وإبطال للغير «*Rescision pour lésion*» أما الاندماج فلا يعرفه القانون الإيطالي. ويكون العقد باطلا إذا كان مخالفا للقواعد الآمرة أو كان ينقصه ركن من أركان العقد كالأرضاء، أو المحل أو السبب أو كان السبب غير مشروع، أو كان المحل غير مشروع، أو كان البايع المشترك غير مشروع أو كان المحل غير مشروع أو غير محدد أو لا يقبل التحديد نهائيا ويكون العقد قابلا للإبطال إذا كان أحد الأطراف ناقص الأهلية. أو كان الرضاء معيبا (م 1427) أو إذا لحق الغير أحد المتعاقدين (م 1447 و 1448) ويلاحظ أن الغلط الذي يقع في صفات الشخص لا يؤثر على العقد نهائيا.

(11) وولف Wolff وزملاؤه : الوسيط في القانون القارن الجزء الثالث صفحة 340.

ز - القانون الإسباني : إن موقفه من تقسيم البطلان غير واضح وخاصة أن ظاهر النصوص المدنية الإسبانية توحي بأن هذا القانون الأخير يعرف نوعا واحدا من البطلان، وهو البطلان النسبي (المادة 1261) إلا أن الفقه يرى أن البطلان يمكن أن يكون كذلك مطلقا، وخاضعا للمسطرة القضائية⁽¹²⁾. ويلاحظ أن القانون الإسباني في المادة 1302 قد حدد الأشخاص الذين يمكن لهم أن يتمسكوا بالبطلان، وهم الأشخاص الذين يقع على عاتقهم بصفة أصلية أو احتياطية تنفيذ الالتزام. إلا أن القضاء وسع هذه القاعدة. فأصبح البطلان حق لكل من تضرر من العقد.

ح - بلدان أمريكا اللاتينية : وقد اهتمت هذه البلدان بمشكلة البطلان وتقسيمه اهتماما كبيرا فوجد مثلا القانون الشيلي من أدق القوانين في هذا الميدان، حيث أقام نظرية عامة، وشاملة وواضحة للبطلان، وفق ما وصل إليه الفقه في أوائل القرن التاسع عشر فقسم البطلان إلى نوعين بطلان مطلق وبطلان نسبي (المادة 1681) وقرر أن البطلان المطلق لا يقبل التقادم والإجازة، وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه (المادة 1683) أما البطلان النسبي فيقبل التقادم، والإجازة ولا يقضي به القاضي إلا بناء على طلب أحد الأطراف (المادة 1684). وعلى هذا النموال سار القانون الأرجنتيني فقسم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي (المواد من 1071 إلى 1099). وقد اعتمد القانون البرازيلي بالتقسيم الحديث، أي أنه قسم البطلان إلى نوعين : بطلان وإبطال؛ وبذلك كان أسلم في هذه الناحية من التشريعين الشيلي، والأرجنتيني. وأما القانون المكسيكي فقد خالف التشريعات المتقدمة كلها، حيث أضاف إلى التقسيم الثاني مرتبة ثالثة وهي الانعدام في المادة 2224 التي تنص « يكون التصرف القانوني منعذما إذا تخلف فيه الرضاء أو المحل... ولا ينتج أي أثر قانوني ولا يمكن أن يتصحح بالإجازة أو التقادم ولكل ذي حق أن يتمسك بهذا الانعدام⁽¹³⁾».

(12) وولف وزملاؤه : الوسيط في القانون المدني الجزء الثاني صفحة 153، 154.

(13) وولف وزملاؤه : الوسيط في القانون المدني الجزء الثاني صفحة 154 وما بعدها.

الباب الرابع البطلان وتقسيمه في الفقه الاسلامي

لم يعرف الفقه الاسلامي نظرية عامة للبطلان، تستعمل على جميع القواعد والمبادئ العامة التي تحكم جميع العقود؛ وإنما جاءت قواعد البطلان فيه منفردة هنا وهناك والسبب المباشر في ذلك يعود إلى أن الفقه الاسلامي لم يعرف نظرية عامة للعقود. فقهاؤنا الاجلاء درسوا العقود كلا على حدة، دون محاولة استجماع الأحكام العامة التي تسيطر عليها جميعا في نظرية عامة شاملة. ولا تكون مبالغين إذا قلنا أن الفقه الاسلامي لم يتم في أساسه على النظريات العامة، وإنما كان وليد الاستقراء والاستخلاص، والاجتهاد الذي يصل إليه الفقهاء من درس القضايا الفردية، والمشاكل الخاصة. وهي منهجية تختلف جوهريا عن المنهجية الأوربية الحالية.

ولا يقصد بكل ما سبق أن الفقه الاسلامي لم ينظم العقود، أو لم يعن بأركانها وشروطها أو لم يتم بمشكلة البطلان، بل على العكس من ذلك تناول بدقة وبعد نظر كل ما يحوط بالعقود وببطلانها، في إطار فقهي تنظيمي سليم ينطبق في غالب الأحيان ان لم يقق، ما وصل إليه الفكر القانوني الحديث. وإنما الذي تقصده من الملاحظات السابقة هو أن الفقه الاسلامي لم يجمع قواعد العقود، وعلى الخصوص ما تعلق منها بالبطلان في نظرية عامة تقوم على أسس علمية منظمة ومرتبطة تنطبق على سائر العقود مع ما في ذلك من تحقيق لفوائد علمية وعملية، وتسهيل للدراسة والبحث.

وبعد تبيان هذه الملاحظات التي قد تجعل البحث في البطلان وتقسيمه في الفقه الاسلامي عملا صعبا، سنحاول إقامة نظرية علمية إسلامية عامة للبطلان على أساس المذاهب الاسلامية الكبرى.

إن الأركان الأساسية لصحة العقود في الفقه الإسلامي وتزيتها تختلف اختلافا جوهريا عما تأخذ به القوانين الوضعية، والمذاهب الفقهية الحديثة. فالرأي السائد في الفقه الحديث يحدد الأركان اللازمة لقيام العقد، والتي يترتب على تخلفها بطلانه، في ثلاثة أساسية وهي : الرضاء، المحل، والسبب. في حين يوجد فريق آخر من الفقهاء يضيف إلى الأركان السابقة ركنا رابعا هو الأهلية. وعلى أساس هذا الرأي الأخير سار المشرع المغربي في المادة الثانية من القانون المدني التي تنص على ما يلي : «الأركان الأساسية لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي :

- 1- أهلية الالتزام.
- 2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.
- 3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام.
- 4- سبب مشروع للالتزام.

أما جمهور فقهاء الاسلام فيحدد الأركان اللازمة لصحة العقد في ثلاثة أساسية هي :

- 1- الصيغة الدالة على العقد، وتتمثل في الإيجاب والقبول.
- 2- العاقدان وهما بالنسبة لعقد البيع البائع والمشتري.
- 3- المقود عليه وهو في عقد البيع الثمن والشئ. وهو مايعبر عنه في الفقه الحديث بمحل العقد⁽¹⁾.

(1) ومن الفقهاء من يرى أن للعقد في الفقه الاسلامي ستة أركان مثل الشيخ سيدي عثمان بن المكي التورزي الزبيدي «توضيح الأحكام على نغمة المحاكم» : الجزء الثالث صفحة 4 طبعة 1339، من علماء جامع الزيتونة الأعظم بتونس الذي يقول «وأما أركانه فستة (الأول) الصيغة أو ما يقوم مقامها من كل ما يدل على الرضى وإن بمعاطاة ولا يشترط تقديم الإيجاب على القبول فإذا قال راغب في شراء شيء يعني بكذا فقال البائع هناك فإن قال الراغب لا أرضى فقال ابن القاسم، غلظ ما أراد الاشتراء ثم لا يلزمه شيء فإن نكل عن البيع لزمه البيع (الثاني والثالث) البائع والمشتري ويحبر عنهما بالعقد ويشترط في صحة عقده التميز بأن يفهم السؤال وود جوابه ولو صيا أو عبدا، وشروط لزمه التكليف بمعنى الرشد إذا تولى العقد لنفسه، وعدم الإكراه لغير موجب شرعي فلا يصح بيع الصبي الذي لم يميز ولا يلزم بيعه إذا كان عبدا ولا يلزم بيع المكره إكراهه حر⁽²⁾، إذ لزم المشتري حيث كان رشيحا

أما الأحناف فمنهم من يرون أن للعقد ركنين أساسيين فقط هما الإيجاب والقبول لأن وجودهما يستلزم وجود بقية الأركان التي لا يقوم العقد بدونها، وهو بحسب التقسيم الذي اعتمدناه ركن واحد وهو الصيغة، أو باللغة القانونية الحديثة التراضي. وقد تأثر بمذهب الأحناف مصطفى الزرقاء الذي يرى أن «أركان العقد أي الأجزاء التي يتكون منها فهي شيخان : الإيجاب والقبول... فالإيجاب والقبول هما العمل القانوني الذي يربط المتعاقدين فتصير به إرادتهما شريعة ملزمة لهما في حدود حقوقهما⁽³⁾» وكذلك محمد يوسف موسى الذي يذهب إلى أنه ولكي يكون العقد ويتحقق لابد له من أركان وشروط، أما الأركان فهي الإيجاب والقبول... هذا الإيجاب والقبول هما ركنان العقد⁽⁴⁾. وأحمد حشمت أبو ستيت الذي يرى أن «ركن العقد هو التراضي أما المحل والسبب فركنان في الالتزام لا في العقد⁽⁵⁾». ويؤيده عبد المجيد الحكيم الذي يقول : «فيما يتعلق بالصيغة يعتبرها بعض الفقهاء ركن العقد الوحيد، لتضمنها العاقدين والعقد عليه، وهي تتكون من الإيجاب والقبول اللذين لابد فيها من أن يرتبطا⁽⁶⁾». ويلاحظ أنه لا يمكن لقيام العقد وصحته في الفقه الاسلامي أن تتوافر له الأركان السابقة بل لابد من أن يستجمع إلى جانبها شرائطه الضرورية وهي :

- 1- الأهلية أي أن يصدر الإيجاب والقبول من عاقدتين يتمتعان بالأحرار

(الرابع والخامس) الثمن والشئ المعبر عنها بالمقود عليه ويشترط فيه عشرة شروط... (السادس) العقد ويشترط فيه أن لا يقع في وقت تناء الجمعة الموجب للسمي اليها وهو الذي يكون وقت جلوس الخطيب على المنبر لورود النبي من تلك وعند التأخيرين الصلوات كلها إذا تعين وقتها وكذلك وحكي ابن رشد أن البيع إذا وقع في الموضع المنصوب حرام ثم إنه إذا وقع البناء فسخ على المشهور وقال ابن القاسم إذا قامت فيه القيمة وقبل يقضي بالثمن ويقوم وقت العقد بتقدير المحل.

وقد عبرت نغمة المحكام على هذه الأركان بالآيات التالية :

أركانها عقد وعاقده ثمن وشئ وصيغة بها اقترن تقديم الإيجاب أو تأخير كذا المعاطاة بها تقررا

ويلاحظ أن هذه الأركان التي جاءت في النغمة والتي جعلها شيخ الزيتونة سنة لا تعمل في الأصل أن تكون الأركان الثلاثة الأساسية التي أشرنا اليها سابقا وهي الصيغة (الإيجاب والقبول) والعاقد (البائع والمشتري) المقود عليه (الثمن والشئ).

(2) مصطفى الزرقاء : المدخل الفقهي العام، الجزء الأول الطبعة الثانية 1964، صفحة 340.

(3) محمد يوسف موسى : الفقه الاسلامي، مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه ط. الثالثة سنة 1958 صفحة 323.

(4) أحمد حشمت أبو ستيت : المرجع السابق ط. 1954 من 70.

(5) عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ط. 1960 من 289.

والتمييز أما الرضاء الصادر من شخص مجنون أو صبي غير مميز فلا يعتد به، ويكون عقده باطلا، حيث جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن البركات سيدي أحمد الدردير، وذكره للشارح هو ظاهر المصنف تبعاً لابن الحاجب وابن شاس ويشهد له قول القاضي عبد الوهاب في التلقين، وفساد البيع يكون لأمر منها ما يرجع إلى المتعاقدين مثل أن يكونا أو أحدهما ممن لا يصح عقده كالصغير، والمجنون أو غير عالم بالبيع وقول ابن زبيدة في شرحه لم يختلف العلماء أن بيع الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز وقول ابن عبد الله المقرئ في قواعده أن العقد من غير تمييز فاسد عند مالك وأبي حنيفة لتوقف انتقال الملك على الرضاء (6).

ولا يكفي أن يكون الإيجاب والقبول صادرين من عاقلين مميزين بل يلزم أن يتم اتصال القول بالإيجاب في مجلس العقد فإن حصل أن غادر المجلس صاحب الإيجاب قبل صدور القول من الطرف الثاني بطل إيجابه ولم يعتد العقد. وكذلك الشأن إن كان الذي غادر المجلس هو الطرف الثاني.

2 - ويشترط الفقه الاسلامي إلى جانب صدور الرضاء - الإيجاب والقبول - من عاقلين مميزين أن يكون هذا الرضاء خالياً من العيوب، وأهمها الإكراه الذي خصص له باباً قائماً بذاته، وهو يعدم ويفسد الاختيار، وبعبارة أدق فإن الإكراه في الفقه الاسلامي أخطر وأهم من الغلط على عكس الحال في الفقه الغربي. والسبب يعود إلى النزعة الموضوعية للفقه الاسلامي، والنزعة الذاتية للفقه الغربي. ويلي الإكراه في المرتبة التفرير وهو الذي يطلق عليه في الفقه الغربي التدليس. وهو معروف بهذه التسمية الأخيرة في بعض المذاهب الفقهية الاسلامية. أما الغلط فهو أقل عيوب الإرادة أهمية في الفقه الاسلامي لنزعة الموضوعية، ولاتصاله بالعالم النفسي والذاتي، ومن الأمثلة على عدم الاهتمام بالغلط في الفقه الاسلامي بنفس الدرجة التي اهتم بها الفقه الغربي الآيات التالية من تحفة المحاكم للقاضي سيدي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي :

وبيع ما يجهل ذاتاً بالرضى بالثمن النجس أو الغالي مضى وما يباع أنه باقوتة أو أنه زجاجة منحوتة ويظهر العكس بكل منهما جاز به قيام من تظلمنا

(6) مع قرارات العلامة الحنفى سيدي الشيخ محمد عيسى، شيخ السادة المالكية رحم الله ، في الوسط ، صفحة 5 .

وشرح الامام محمد بن أحمد ميارة الفاسي هذه الآيات بقوله : يعني أن بيع الشيء الذي يجهل المتبايعان أو أحدهما ذاته، حقيقة ماض لا يرد سواء بيع بشئ بخس أو بشئ غال. ولكن هذا إذا سمى البيع باسمه كقولك من يشتري مني هذا الحجر فباعه بشئ يسير، فظهر أنه باقوتة فالبيع لازم إذ لو شاء ثبتت مني البيع لأن الياقوت يسمى حجراً وسواء علم المتبايع حين اشترى أنه ياقوت أو لم يعلم، وكذلك لو ظن المتبايع أنه ياقوت فرفع في ثمنه، فأخطأ ظنه فلا رد له. وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الأول. وأما إذا سمى بغير اسمه فإن لم نعلم القيام في ذلك كما لو قال البائع من يشتري مني هذه الزجاجات فباعها ثم ظهر أنه ياقوت فلبائع رد البيع جهله المتبايع أو علمه كما لو سمى ياقوتاً فأنقى زجاجاً، فللمشتري رد البيع وإلى هذا الوجه أشار بقوله وما يباع أنه ياقوتة الخ... وقال مالك من باع فضلي ثم قال مشتريه هو خنز فقال البائع ما علمت أنه خنز لو علمته ما بعته بهذا الثمن هو للمشتري لاشيء للبائع عليه لو شاء ثبتت قبل بيعه... (7) أما الغبن فلا يعتد به في الفقه الاسلامي إلا إذا كان فاحشاً. وقد حاربت الشريعة الغبن دون هواده وفي أهم صورته وهي الربا وقد نص القرآن الكريم على تحريمه في سورة البقرة «وأحل الله البيع وحرم الربا...» يحقق الله الربا ويربى الصدقات، وجاء في شرح الامام ميارة الفاسي وقال عياض في تنبيهاته ما نصه : الفساد في البيع يرجع إلى ثلاثة أشياء ربا، وغرر، وأكل مال بالباطل الخ، وبطل لذلك قولهم هنا فللبائع رد البيع لأنه لو كان فاسداً لوجب عليه الرد بلا تخير منه، ولو كان هذا من أكل المال بالباطل لكان الغبن كذلك وقد سلم أن الغبن له فساد فيه وإنما أكل المال بالباطل كالمقامرة ونحوها، واهتم الفقه الاسلامي إلى جانب الغبن بالاستغلال ورب عليه خيار الغبن. فقد جاء في غرر عيون البصائر للحصري «خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغريم البائع المشتري، بأن كان المشتري غنياً لا يعرف فقال البائع اشتريه بهذا الثمن فإنه يساويه، فاشتراه مغتراً بقوله فله خيار الغبن» (8).

وجاء في ابن عابدين : بيع المضطر وشرائه فاسد. وهو أن يضطر الرجل

(7) شرح العلامة الحصري الفهماني سيدي الامام محمد بن أحمد ميارة الفاسي على الأرجوزة المسماة بتحفة المحاكم التي ليس لها مثل في علم الوثائق والارام للقاضي سيدي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي الجزء الأول صفحة 293.

(8) أنظر عبد المجيد الحكيم الكتاب السابق صفحة 166.

إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير. وكذلك في الشراء منه. إذا لم يرض المشتري بشرائه بدون ثمن المثل يغبن فاحش ومثاله ما لو أزم القاضي ببيع ما له لايفاء دينه أو أزم الذمي ببيع المصحف ونحو ذلك...»⁸.

3- أن يكون العقود عليه أو محل العقد موجودا قابلا لحكم العقد وأثره وزعل هذا الأساس فلا يصح - بإجماع أكثر الفقه ومنهم الأصناف - أن يكون المعلوم محلا للعقد. - أي التعاقد على المعلوم يكون باطلا -، ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال العقود التي يكون محلها عملا أو منفعة لأن العمل والمنفعة لا يتحققان إلا في المستقبل. وكذلك لا يصح أن يكون محلا للعقد المال الذي يهدده العلم كالحمل في بطن أمه واللين في الضرع، لأن الحمل قد يكون ميتا، واللين قد يكون انتفاخا. إلا أن هذا الشرط الأخير هو محل خلاف في الفقه ولا يشمل أنواع العقود جميعها فالأمام مالك يسلم فيما يتعلق بالثمرات - الوقف والهبة - أن يكون محل العقد مالا مستقبلا، ولا يشترط في عقد الرهن أن يكون الشيء المرهون موجودا وقت العقد. أما ابن تيمية فقد ذهب إلى أبعد من ذلك وسلم بصحة العقد الذي يرد على معلوم سواء في المعاوضات، والبرعات أو غيرها من العقود وفي هذا يقول «بأنه ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله، ولا عن أحد من الصحابة أن يبيع المعلوم لايجوز، ولا بلفظ عام ولا بمعنى عام. وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معلومة كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، وليست العلة في المنع الوجود أو العدم بل الذي في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر مالا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجودا أم معدوما، كالعبد الأبق، والبعير الشارد ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه، بل يحصل وربما لا يحصل، وهو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجودا فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قهر البائع، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قهر المشتري. وهكذا المعلوم الذي هو غرر نهى عن بيعه لكونه غررا، لا لكونه معدوما، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان، أو ما يحمل هذا البستان فقد يحمل وربما لا يحمل، وإذا حمل فالحمول لا يعرف قدره ولا وصفه، فهذا من القمار والميسر الذي نهى الله عنه، ومثل هذا اكراء دراب لا يقدر على تسليمها أو عقار لا يملك تسليمه، بل قد يحصل وربما لا يحصل»⁽⁹⁾.

(9) محمد يوسف موسى : الفقه الاسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه الطعة الثالثة 1958 صفحة 360

ولكن رأى أني تيمية يتعارض وقول الرسول « صلعم » لا « تبع ما ليس عنده أي المعلوم وهذا هو الأصل، إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات كالأجارة والمساواة وبيع الثمر ويلاحظ أن ابن القيم فسر قول الرسول « لا تبع ما ليس عنده » أنه يقصد به بيع الأشياء المعلوم التي يتخللها الغرر. ولكن هذا التفسير غير سليم لأنه يحمل العبارة أكثر مما تطبق وفي ذلك يقول محمد يوسف موسى : «وقد يكون من الحق، مع تقديرنا لتوسيع مالك، وابن تيمية، وابن القيم على الناس في معاملاتهم، أن نقول بأن طبيعة العقد قد تكون نفسها هي الحكم في الأمر فالبيع مثلا من طبيعته ومقتضاه نقل ملكية شيء موجود فعلا من مالك إلى آخر، وإذا فموضوعه يجب أن يكون موجودا حين العقد، ومن ثم لا يصح بيع الزرع قبل ظهوره، ولا الحمل في بطن أمه، ونحو هذا وذلك، فربما لانتبت الأرض، وربما لانتلد الماشية الاجنة ميتة. أما في العقود التي من طبيعتها ألا توجد موضوعاتها مرة واحدة، فلا معنى لاشتراط أن يكون محل كل منها موجودا حين التعاقد، ويكفي لصحتها أن يكون محصلا أو متوقع الوجود عادة في المستقبل، ومن هذه العقود : الاجارة والزراعة والاستصناع ونحوها»⁽¹⁰⁾.

(10) وفي هذا كله يقول الشيخ عثمان المرحوم السابق صفحة 5 : 6 : «الشن والشن الغير عنها بالمعقود عليه، ويشترط فيه عشرة شروط : (الأول) أن لا طعام لا يجوز بيع النجاسة الا لضرورة وأما التصح كالأرست فحاشه خاصة فيه ثلاثة أقوال الجواز لاين وحبب والشن الملك وهو المشهور والجواز إذا كان غير مسمس (غيب) أن يكون متصفا به انتفاعا مسادا. فان كانت متفعة عمرة كآلات الهجر نسخ العقد سرت لانه وانس أخذه. (ثانيا) أن يكون مقدورا على تسليمه فلا يجوز بيع المعجوز عنه حسان كائق وشارد ومعصوب إلا من غصبه، وطير في الهواء وحمل في الماء أو شرعا كبيع الضاميين والملاحيق وحمل الحيلة، فالتضامين هي ما في بطن الحيوان من الخبز والملاحيق شره تزره الفحل على النابيد وحمل الحيلة يفتح الباب لوحيدته هو شراء ما يهدد الحيوان من الأولاد مما يرد فيه النسي. (الرابع) أن يكون معلوما للمتعاقدين كمية وكيفية إذا كان العقد عن الزروع والأجائر ولو لم يذكر جسمه ولا نوعه... (الخامس) أن يكون مقبوضا ان أحد عن دين أو كان ضمانا من بيع وقد ورد النهي عن الكافي بالكافي وحقيقة بيع ما في الذمة بشيء مؤخر كما ورد النهي عن بيع الطعام حتى يستوفي وذلك فيما بيع كيلا ووزنا أو عددا دون ما يبيع جزافا إذا شغل البائع به وبين المشتري ويستثنى له والتولية والشركة. (السادس) أن لا يقترن العقد بتمال. وله صور : (الأول) أن لا يجمع مع عقد من عقود سنة نظمها بعضهم فقال :

عقود منها اثنين منها مقدمة يكون مانيها بما تصرف في
فحل وصرف والمساواة شركة كاح قراض قرض بيع محقق
(الثانية أن لا يقترن به عزم كسلفة وعزم المشهور بطلان الصفقة كلها وقيل يصح في السلفة بنقلها من النسي. (ثالث) أن لا يقترن بعقد القارة كما في التسلي قفلا عن التزلي وفي جزائر جمع البيع مع الاحارة أو اقية وهو المشهور وعدمه قولان وهو ما بقي من العقود الخالية : عند أبي القاسم وأجازها أشهب. (رابع) أن لا يقترن به شرط مفسد كشرط أن لا يبيع ونحوه... (الخامس) ألا يتعلق به حق للغير... (سابع) أن يكون حاليا من الربا... (سابع) أن يكون حاليا من القصد إلى طامع جائز ليتوصل به إلى

ولا يكفي أن يكون الحل موجودا في الفقه الاسلامي بل يشترط فيه أن يكون قابلا لحكم العقد، وأثره ألا كان باطلا، ولكي يكون محل العقد كذلك لا بد من أن يكون مالا، وعلى هذا الأساس فلا يصح بيع الميتة، والدم، ولا الخمر والخنزير بين المسلمين. وأن يكون مملوكا للبايع، لذلك فلا يصح بيع الطير في الهواء، والسكك في الماء، والكنز في قاع البحر وهذا ما يسمى بالمباح للناس جميعا أما أدوات اللهو فقهيها خلاف، ذلك أن الشافعية والحنبلية والمالكية يذهبون إلى أنها محرمة ولا تصح أن تكون محلا للعقد أما الأحناف فمنهم من يرى فيها الحرمة لأنها أدوات فساد ومنهم من يرى أنها مال يمكن الانتفاع به في بعض الحالات كالوسيقى المصاحبة للجد.

ويشترط كذلك في موضوع العقد أن يكون معينا ومعروفا ويمكن التسليم : لأن الجهالة والعدم يؤديان إلى الغرر وهو ما نهى عنه الرسول : « صلعم » وأن تكون له فائدة مقصودة شرعا (11).

هذه هي الأركان والشروط الأساسية التي تعرض لها الفقهاء وتربوا على تخلفها بطلان العقود فإذا قارناها بأركان العقد في الفقه الغربي والغربي الحديث، والتشريعات المقارنة نجد أن هناك ركنا مهما يتقصها وهو ركن السبب وهذا يجعلنا نضع السؤال الآتي : هل ان الفقه الاسلامي يعتد أو لا يعتد بفكرة السبب ؟

ان الفقه الاسلامي يعتد بالسبب وفي الصورة التي توصلت إليها النظرية الحديثة، أي أنه يشترط أن يكون لكل عقد سبب وأن يكون هذا السبب مشروعا والا كان العقد باطلا وهو لا يفتق عند حدود السبب القصدي أو المباشر الذي وقفت عنده النظرية التقليدية، بل يتقصى البواعث التي دفعت إلى إبرام العقد أي أنه يعتد بالباعث أو الدافع حسب النظرية الحديثة. ونقطة الانطلاق في ذلك هي الحديث النبوي الشريف « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » وجاء في حوزة ابن القيم : « وان القصد روح العقد ومصححه ومبطله » (12). وان والنية روح العمل وله وقوامه، وهو تابع لما يصح بصحتها ويفسد بفسادها...

يتمتع بذلك كمن باع لرجل سلعة بشئ مؤجل فلا محل له أن يشترطها منه بأقل من ثمنها حالا أو إلى أجل دون الأجل الأول لأن ما عرج من اليد ورجع إليه بعد لزوم مكان البائع دفع للتالي قللا يأخذ منه كثيرا وهو ركن.

(11) محمد يوسف موسى : المرجع السابق صفحة 5.

(12) اعلام الموقعين الجزء الثالث صفحة 82.

أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه. وهذا يعم العبادات والمعاملات والإيمان والتدور وسائر العقود والأفعال (13). ويقول لحواسناري في منية الطالب : «...وبالجملة تبعية العقد للقصد انما هي لأجل صحة ذلك العقد، بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل الحكم بالصحة مع تقدم ترتب الأثر المقصود عليه » (14).

ويتبين لنا من هذه الأحاديث والأقوال أن نظرية السبب في الاسلام فاقت نظرية السبب الحديثة في الفقه الغربي لأنها جاءت عامة تشمل الأقوال والأفعال والعبادات والمعاملات، وفي هذا يقول عبد المجيد الحكيم : « وظاهر من هذه النصوص أن ما يسميه الفقهاء المسلمون بالقصد تسميه النظرية الحديثة في السبب بالباعث، فالنظرية الحديثة تسمي إذن نحو ما قرره الفقهاء المسلمون. فالفقهاء المسلمون قد صاغوا من ذلك نظرية عامة تنطبق على جميع أفعال الانسان، بما فيها التصرفات القولية والفعلية والعبادات وغير ذلك من الأمور. ونحن نعتقد أن أنصار النظرية الحديثة من الفقهاء أمثال اهرنج، وجسران لو اطلموا على ما يقوله الفقهاء المسلمون في هذا الباب لأبدعوا فيما يقولونه أيما إبداع، ولصاغوا نظرية متساكة الأجزاء تسيطر على القانون بأجمعه » (15). وإذا كان فقهاء الاسلام قد أجمعوا على الاعتداد بالقصد أو الباعث غير المشروع في العقود فانهم اختلفوا في مدى علم الناظر الثاني به شأن الفقه الغربي في ذلك. ففريق يذهب إلى أن القصد غير المشروع يجب أن يكون ظاهرا في العقد ليناله البطلان، أما إذا لم يكن هذا القصد ظاهرا فيكون العقد صحيحا. أما الفريق الثاني فيرى أن القصد غير المشروع يعتد به حتى ولو لم يكن ظاهرا في العقد متى علم به الطرف الثاني أو كان في استطاعته أن يعلم به.

وبالاحظ كذلك أن العقود في الفقه الاسلامي وان كانت تقوم في أساسها على الرضائية فانها طمعت استثناء بعض العقود الشكلية كما هو الحال في القوانين الوضعية لأهمية هذه العقود وخطورتها في الحياة، ومن أمثلة ذلك أن عقد الزواج لا يكون صحيحا عند جميع الفقهاء إلا بحضور الشهود، ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا الامام مالك وفقهاء الشيعة الامامية وغيرهم من الذين قالوا بأن الاشهاد ليس

(13) اعلام الموقعين الجزء الثالث صفحة 96 - 98.

(14) الحواسناري : منية الطالب صفحة 25.

(15) عبد احميد الحكيم : المرجع السابق صفحة 225.

من شروط الانعقاد في الزواج وإن كان يستحب فيه الاعلان. وقانون الأحوال الشخصية المغربي يأخذ بالشكلية في المادة 5 التي تنص : 20 - يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد والاجاب والقبول من الزوج أو نائبه، ومن الولي بعد موافقة الزوجة وتقويضها له.

ومن كل ما سبق يتبين لنا أن أسباب البطلان (المطلق) في الفقه الاسلامي هي نفس أسبابه في القوانين الوضعية والفقه الغربي القديم والحديث وهي تخلف الرضاء والأهلية، أو تخلف الحل أو عدم مشروعيته، أو السبب أو عدم مشروعيته أو الشكل في العقود التي تطلب فيها القانون شكلا معينا.

أما موقف الفقه الاسلامي من نقص الأهلية والعيوب التي تشوب الإرادة فإنه يختلف اختلافا جوهريا عن التشريعات الوضعية والفقه الحديث. فإذا كان هذا الأخير قد أجمع - شأنه شأن التشريع - على أن نقص الأهلية والإرادة المعيبة بالغلط، أو التدليس أو الإكراه أو العيب أو الاستغلال يخضع لنظام الإبطال، فإن الاختلاف على أشده في الفقه الاسلامي، فالإكراه مثلا يخضع لنظام البطلان المطلق عند الشافعية وفي رواية في مذهب أحمد، وللفساد في مذهب أبي حنيفة أو للوقوف عند زفر، ولعدم اللزوم عند مالك، وفي رواية أخرى عند أحمد. ونقص الشيء ينطبق على بقية العيوب فمن الفقه من يرى فيها الخيار - خيار التدليس، خيار الغبن، خيار الوصف، خيار الرؤية، خيار العيب -، ومنهم من يقول بالفساد، أو عدم اللزوم، أو الفسخ.

ويلاحظ أن موقف الفقه الاسلامي من عيوب الإرادة لم يكن قويا، بسبب التردد الذي ساد في بعض الأحيان، وكثرة الآراء، واختلاف الجزاء بالنسبة للعيوب الواحد كما هو الحال في الإكراه وقد كان لهذه الاختلافات صدق قوي لدى بعض الفقهاء الحديثين، فجلال عبده يعارض فكرة أن تكون للعقود المشوبة بالإكراه بعض الآثار فيقول : «إن هذا الحل غير منطقي، لأنه يعترف ببعض الآثار للعقود المشوبة بالإكراه، وهو خطر لأنه يشجع الأشخاص غير الشرفاء الذين يستغلون نفوذهم على إكراه الغير على التعاقد على أمل الحصول في المستقبل على إجازة أقرب تناولا وأيسر مطالبا من العقد نفسه، وفيما عدا ذلك فهو يرى لما يجافي المطلق أن يعترف القانون بآثار للإكراه يقع محدثه تحت متناول قانون العقوبات

وعلى ذلك فهو يرى وجوب بطلان العقود المشوبة بالإكراه، واستندل على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والقياس والاستصحاب. ووجه استدلاله بالكتاب والسنة : أن العقد المشوب بالإكراه يجب أن يقرر بطلانه بالآية الكريمة إلا أن تكون تجارة عن تراضي، والحديث الشريف لا يحمل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه (16).

الواقع أن السبب الرئيسي الذي يدفع بعض فقهاء الاسلام وبعض الفقهاء الحديثين إلى القول بطلان العقد في حالة خطرة كالإكراه، يعود إلى أخذهم بفكرة أن البطلان مرتبة واحدة، لا تعدد فيه. وهذا لا يتسجم مع المطلق، لأن المخالفات التي ترتب أثناء تكوين العقد قد تفاوتت في خطورتها وجسامتها، فمما ما قد يكون جوهريا وأساسيا ومنها ما قد يكون ثانويا. ثم أن فكرة تعدد مراتب البطلان أصبحت تساعد على حل كثير من المشاكل وخاصة أن ظاهرة تعدد مراتب البطلان أو تقسيم البطلان نجد جذورها في الفقه. فما هو هذا التقسيم يا ترى ؟

إن جمهور الفقه (مالك الشافعي أحمد) لا يسلم بتعدد مراتب البطلان. أي أن العقد عندهم إما صحيح وهو الذي استكمل أركانه أو شرائطه، وإما باطل أو فاسد وهو الذي اختلت أركانه وشرائطه. ولا فرق عندهم بين البطلان والفساد، فهما كلمتان مترادفتان تفيد كل منهما معنى الأخرى ويتجلى هذا في كتاب حاشية الدسوقي - مع تقارير محمد عيش شيخ السادة المالكية - جاء فيه وذكره الشارح ظاهر المصنف تبعا لابن الحاجب وابن شاس ويشهد له قول القاضي عبد الوهاب في التلقين وفساد البيع يكون لامور منها ما يرجع إلى المتعاقدين مثل أن يكونا أو أحدهما مما لا يصح عقده كالصغير والجنون أو غير عالم بالبيع، وقول أبي بركة في شرحه لم يختلف العلماء أن بيع الصغير باطل لعدم التمييز، وقول ابن عبد الله المقرئ في قواعد أن العقد من غير تمييز فاسد عند مالك وأبي حنيفة لتوقف انتقال الملك على الرضاء (17).

(16) الدكتور حلال عبده : النضر النفسي في العقود وفق المفهوم الاتراقي إبان شرحه للسادة 195 من هذا القانون.

وكذلك وحيد الدين سبار : التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي الطبعة الأولى صفحة 196.

(17) المرجع السابق في الرسط صفحة 5.

ويلاحظ أن السنيوري يميل إلى جمهور الفقهاء ويحذف فكرة وحدة البطلان⁽¹⁸⁾ وإذا كان جمهور الفقه الإسلامي يضع للبطلان مرتبة واحدة فإن فقهاء الأحناف خرجوا عن هذا النطاق الضيق وميزوا بين نوعين من البطلان هما : البطلان والفساد.

ويلاحظ أن هذه التفرقة، تقوم على أساس التمييز بين أصل العقد وروصفه فاصل العقد هو الأركان وشرائطها. أما الأوصاف فمنها ما يرجع إلى المحل بأن يكون سالماً من الغرر، والشرط الفاسد، أو الربا، والا يكون منتهى عنه شرعاً. ومنها ما يعود إلى الرضا، كأن يكون خالياً من الإكراه أو الغرر. فإن اختل أصل العقد أو ركبه أو أحد شرائطه بطل العقد، أما إن اختل وصفه فقط كان العقد فاسداً وهو ما يطلق عليه «المشروع بأصله دون وصفه». وفي هذا يقول على الحنفى: «في العقد الفاسد ناحيتان: أحدهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع وهي ناحية أصله وأركانه وعمله. وثانيتهما معيبة غير مشروعة للهي عنها، وهي ناحية صفته التي وجد عليها ولذلك قيل في تعريف الفاسد ما شرع بأصله دون وصفه، وقيل في تعريف الباطل ما لم يشرع أصلاً لا بأصله ولا بوصفه، وقيل في تعريف الصحيح ما شرع بأصله ووصفه»⁽¹⁹⁾.

ولقد وجدت هذه التفرقة عدداً كبيراً من المؤيدين لأنها تميز بين المخالفات الخطيرة التي تمس العقد وبين المخالفات الثانوية التي تطرأ عليه أي أنها تفرق بين الأصل والوصف، وتضع لكل واحد الجراء الملائم. وهذه الزية وحدها كافية للأخذ بهذا التقسيم. ولم يتخلل السنيوري — الذي يميل إلى فكرة أن البطلان مرتبة واحدة ولا يتعدد عن امتناع هذا التقسيم الذي أقامه الأحناف فيقول : «على أن الصناعة في الفقه الحنفى كان لها أثر بعيد في الحد من نتائج أضعاف القوة الملمزة للمقد... وذلك عن طريق ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها. وجعل العقد الفاسد ينتج آثاراً هامة لحماية الغير، وحماية العقد نفسه بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة الفساد فأيجاد مرتبة من البطلان هي مرتبة العقد الفاسد، متميزة عن مرتبة العقد الباطل، هو في حد ذاته كسب كبير في الصناعة الفقهية. وإذا كان

(18) راجع الباب الثالث من القسم الأول من هذا الكتاب صفحة 69 — 70.
(19) على الحنفى أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية 1944.

الفقه الغربي لا يحتاج إلى هذه المرتبة بعد تطوره، فلا ننسى أنها في ذاتها عامل من العوامل الهامة في تطور أي فقه والاستغناء عنها بعد أن تؤدي مهمتها لا يدل على خطر هذه المهمة⁽²⁰⁾، ويؤيد هذا التقسيم كذلك وحيد الدين سوار الذي يقول : «ولسنا نخالف الدكتور جلال عبده في أن المصادر المباشرة الأصلية في الفقه الإسلامي تأمر باحترام الإرادة الحقيقية، وتجنح نحو تأمين العدالة، وأن العقد المشوب بالأكراه يجب أن يقرر بطلانه بناء على هذه المصادر، بيد أننا نعتقد أن نظرية الفساد التي ابتكرها الأحناف والتي أوجدوا بموجبها مرحلة وسطى للبطلان إلى جانب إيجادهم مرحلة وسطى للرضا. هي الاختيار — إن هذه النظرية كان يحتم ابتداعها الطرف الحضاري الذي نشأت في ظله، ولقد كانت في نظرنا بمثابة معدل لتلك الطفرة التي انقلبت فيها الثورة التشريعية الإسلامية على ما كان يخالف قلبها التصرفات من جهالة، وغرر، وعدم اعتناء بالرضا، ولحق استجابت بقية المذاهب إلى ردة الفعل هذه، وفرضت البطلان مؤبداً لما أمر به النظام العام الجديد، وقضت تبعاً لذلك ببطلان العقود التي يشوبها غرر أو جهالة أو انتفاء الرضاء في بعض الحالات، فقد رأى بناء المذهب الحنفى أن يلتزموا جانب القصد في ذلك، واخترعوا مؤيد الفساد جزاء يفرض على ما يخالف أوامر الدين الجديد من تصرفات، وكان فساد العقد المشوب بالأكراه صورة من صور هذه العلاجات التي قدمها الفقه الحنفى»⁽²¹⁾.

ويلاحظ أنه لا يمكن لنا أن نقول أن فكرة الفساد تنطبق تماماً مع فكرة القابلية للإبطال فالاختلاف بين الفكرتين جوهري وكبير. فالمقد القابل للإبطال هو عقد صحيح وينتج كافة آثاره القانونية، إلى أن يقرر بطلانه، فيصبح كأن لم يكن، أي يزول بأثر رجعي وقيل الإجازة ويلحقه التقادم. أما العقد الفاسد فهو عقد غير صحيح ولكنه منعقد وله وجود شرعي ومادي. ولا ينتج أي أثر قبل القبض، ولا تلحقه الإجازة أبداً قبل القبض أو بعده، ولكل من المتعاقدين الحق في فسخه. إلا أنه بعد القبض نجد العقد الفاسد ينتج بعض الآثار، ومع ذلك فإن انتاج هذه الآثار أو تنفيذه لا يعتبر إجازة له أي أنه يبقى قابلاً للفسخ إلى أن يزول الفساد. ومن أهم آثار العقد الفاسد بعد القبض أنه يثبت الملكية، وإن كانت غير مطلقة أي ملكية من نوع خاص يهددها الفسخ وفي هذا يقول

(20) مصادر الحق الجزء الرابع صفحة 298 إلى 300.
(21) المرجع السابق... ص 300.

وحيد الدين سوار : «على أن العقد الفاسد بعد القبض ثبت الملك في الجملة، ولكنه ملك من نوع خاص، فهو ليس ملكا مطلقا كالملك الذي يفيد العقد الصحيح، بل هو ملك يستحق الفسخ، ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ويفيد انطلاق الانتفاع بعين المملوك، وتبدو ثمرة هذه الملكية بوجه خاص، عندما يتصرف المشتري بالمبيع إلى شخص آخر حيث ينفذ تصرف المشتري للغير في حق البائع. وتبدو أيضا في حالة تغيير البيع لدى المشتري شراء فاسدا، إذ يترتب على هذا التغيير حماية المشتري نفسه وثبات ملكيته، واستقرارها بعد أن كانت مرعزعة مهددة بالفسخ»⁽²²⁾. ويقول حسن الذنون : «والعقد الفاسد كما قلنا عقد مشروع بأصله دون وصفه، ومن مقتضى شرعية أصله أنه يعتبر موجودا في الخارج ولهذا قالوا أن القبض ينقل ملكية المبيع في البيع الفاسد ولكنهم مع هذا الزموا المشتري بدفع قيمة المبيع لأنتمه المنفق عليه. فإذا هلك المبيع بيعا فاسدا بعد قبضه في يد المشتري أو ترتب عليه حق للغير فقد التزم المشتري بضمان قيمته إن كان قريبا ومثله إن كان مثليا. ومن مقتضى عدم شرعية وصف العقد الفاسد أن الشارع يكره أمثال هذه العقود ويأمر برفعها فكل من المتعاقدين حق (فسخ) العقد الفاسد لأن رفض الفساد واجب عليهما، ولا يشترط حكم القضاء لفسخ العقد الفاسد، وللقاضي أن يفسخه جبرا عن المتعاقدين»⁽²³⁾.

ويلاحظ من كل ما سبق، أن الفساد عند الانحاف يختلف عن نظام الأبطال في القوانين الوضعية — ومنها التشريع المدني المغربي — وعما يأخذ به الفقه الغربي والعربي. وتقسيم الانحاف لا يقلل عن التقسيم الغربي فألده، وقوة. ويجب أن يحظى بالعناية والدروس حتى تستخرج منه مبادئ وقواعد تسير ظروف العصر، خصوصا وأنه من اللازم أن يكون مصدر التشريع في الدول الإسلامية الفقه الاسلامي لا الفقه اللاتيني. ولكن العيب الوحيد الذي يسود هذا التقسيم هو أن العقود الفاسدة يكرهها الشارع ويأمر برفع فسادها. ولأجل هذا سنحاول البحث عن تقسيم آخر في فقهنا الاسلامي يعلنا عن المكروه، ويصلح أن يكون أساسا يبنى عليه التشريع الوضعي مبدأ تقسيم البطلان.

(22) وحيد الدين سوار : المرجع السابق صفحة 462.
(23) عاضرات في القانون المدني أقيت على طلبة، معهد الدراسات العربية العليا، نظرية العقد طلبة 1956.

إن هذا التقسيم الآخر هو التقسيم الثلاثي الذي نادى به بعض أتباع الفقه الحنفي وهو العقد الباطل، والعقد الفاسد، والعقد الموقوف⁽²⁴⁾.

والواقع أن فكرة العقود الموقوفة هي أقرب إلى فكرة العقود القابلة للإبطال من العقود الفاسدة. ومع ذلك فإن العقد الموقوف يختلف عن العقد القابل للإبطال في بعض النواحي. من ذلك أن العقد القابل للإبطال، هو عقد صحيح، ينتج كافة آثاره إلى أن يقرر بطلانه أو تلحقه الاجازة أو التقادم، في حين أن العقد الموقوف، وإن كان صحيحا فهو لا ينتج أي أثر. أي يبقى موقوفا، إلى أن يتقضى قيطلا، أو تلحقه الاجازة فينشد. ومن جهة ثانية فإن العقد الموقوف أوسع نطاقا من العقد القابل للإبطال. فنطاق هذا الأخير يتحدد بنقص الأهلية وعيوب الإرادة في حين أن نطاق الموقوف يشمل إلى جانب نقص الأهلية وعيوب الإرادة انعدام الولاية على الخل، وتدرج تحته تصرفات الفضولي، وتصرف مالك العين الموهونة أو الموهجة، وبيع المبيع بعد القبض، والبيع الصادر من المريض في مرض الموت لوارثه.

وتؤيد بكل قوة تقسيم العقود إلى باطلة وموقوفة لأنها فكرة نابعة من فقهنا الاسلامي أي أنها تعطي لتشريعاتنا ذاتية متميزة عن التشريعات الغربية، كما أنها تؤدي فوائد علمية وعملية كبيرة، بحيث أنها تجمل من العقد الذي شابه نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة عقدا صحيحا، ولكنه لا ينتج أي أثر إلا إذا لحقته الاجازة. وهذا الحل ينسجم مع النطق ويفض كثيرا من المنازعات التي قد تحدث بعد بدء تنفيذ العقد أو بعد تنفيذه، كما أن فكرة العقد الموقوف حققت ما لم تستطع تحقيقه فكرة الإبطال التي اضطرت معها الفقه والتشريع إلى ادخال فكرة الإبطال بنص القانون، ولاشك أن في هذا ارهاق وتحصيل فكرة الإبطال ما لا طاقة لها به.

ولقد وجدت فكرة تقسيم العقود إلى باطلة وموقوفة، صدى كبيرا في الفقه والتشريع المغربي، فنحنس لها عبد المنعم فرج الصده الذي يرى : « والواقع أن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال من ناحيتين : الأولى أن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على

(24) راجع كتاب شرح القدير، وهو كتاب على الفقه الحنفي صفحة 184.

المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الاجازة، وهذا أولى من أن ينقذ حتى يطلب ابطاله. والثانية أن يبيع ملك الغير في القوانين التي أخذت بالتصوير اللاتيني مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة، فهو نافذ في حق البائع، وقابل للإبطال بالنسبة إلى المشتري بمقتضى نص خاص، وغير نافذ في حق المالك والمشتري أن يجيزه وإن كانت هذه الاجازة لا تجمله نافذا في حق المالك، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الاقرار نافذا في حقه وصحيا في حق المشتري. بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدا بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري والمالك، فهو موقوف في حقهم جميعا ولا تأتى إجازته إلا من جانب المالك، فإذا صدرت هذه الاجازة أصبحت العقد نافذا في حق الجميع» (25).

وأخذت فكرة تقسيم العقود إلى باطلة وموقوفة مكانها في التشريع العراقي الذي يستمد قوته وروحه من الفقه الاسلامي فالمادة 133 من القانون العراقي تنص على: 10- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل. 2- وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا أفاد الحكم في الحال. ونصت المادة 137 على ما يلي: 10- العقد الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتبار ذاته أو وصفا باعتبار بعض أوصافه الخارجة. 2- فيكون العقد باطلا إذا كان في ركنه خلل كان يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع. 3- ويكون باطلا أيضا إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون العقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف الشكل الذي فرضه القانون. وورد في الفقرة الأولى من المادة 421: 10- إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غيبا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد الموقوف... كما ورد في المادة 117: 10- إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه. وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالشار إليه ويعتقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفا على إجازة العاقد. 2- فإذا بيع هذا النص ليلا على أنه ياقوت أحر فظهر أصغر

(25) الدكتور فرح الصلح: محاضراته في القانون المدني: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية الجزء الثاني طبعة 1959 صفحة 73 مطبوعات معهد الدراسات العربية العليا.

أو يبيت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المبيع موقوفا على إجازة المشتري» (26).

ويأخذ القانون الأردني - رقم 43 سنة 1976 - بدوره نظام البطلان وتقسيمه عن الفقه الاسلامي، واضعا ثلاث مراتب تتجلى في العقد الباطل، والعقد الفاسد، والعقد الموقوف:

أ - العقد الباطل: وتنص عليه المادة 168 التي جاء فيها 10- العقد أيضا ما ليس مشروعا بأصله ووصفه، بأن اختل ركنه، أو محله، أو الغرض منه، أو الشكل الذي فرضه القانون لانعدامه، ولا يترتب عليه أي أثر، ولا ترد عليه الاجازة.

2 - ولكل ذي مصلحة أن يتسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

3 - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد.

ب - العقد الفاسد: وتنص عليه المادة 170، التي ورد فيها 10- العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساده صح.

2 - ولا يقيد المالك في العقود عليه إلا بقبضه.

3 - ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون.

4 - ولكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد إعذار العاقد الآخر.

ج - العقد الموقوف: وقد نصت عليه المادة 171، حيث جاء فيها:

«يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله، وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر، أو من مكره، أو إذا نص القانون على ذلك».

(26) ونرى أنه كان من واجب البلاد الاسلامية أن تسير في هذه الطريقة. لأن الاسلام عبادات ومعاملاته، ولم يترك كبيرة أو صغيرة إلا وأحاطها بالدراسة والعناية الدقيقة.

وفكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد الفاسد لأن الشارع يكره العقود الفاسدة، ويأمر برفع الفساد الذي يعطرها. كما يتناقض إنتاج العقد لبعض الآثار من جهة ثانية مع إرادة الشارع العلوية القدسية.

وقد يلاحظ البعض أن فكرة العقد الموقوف تنمى باستقرار المعاملات، وتعوق تنفيذها، وقد تجعلها معلقة وموقوفة لأمد قد يطول، مما قد يهدد الثقة ويخلق الاضطراب. ولكن هذا الخطر أو الصعوبة يتغلب عليها بتحديد مدة يستقر بعدها العقد إلى صحة ونفاذ أو إلى بطلان وانعدام. وهذا ما سار عليه التشريع العراقي في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 136 التي تنص: «1 - يجب أن يستعمل خيار الاجازة أو التقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في تقض العقد اعتبر نافذا. 2 - ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصور العقد. وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التفرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو يتكشف فيه التفرير. وإذا كان سبب انعدام الولاية على الموقوف عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصور العقد».

وخلاصة القول أن الفقه الاسلامي وضع أحكاماً دقيقة لصحة العقود وبطلانها. وعرف تعدد مراتب البطلان على نسق فاق ما وصلت إليه التشريعات الحديثة، ولقد اهتمت الى هذه الحقيقة التشريع العراقي والأردني الذي استقى قواعده ومبادئه من فقهنا الاسلامي وبذلك شق الطريق لغيره من التشريعات التي لازالت تعتمد كمصدر لها التشريعات اللاتينية أو الانجلوسكسونية لتراجع نفسها وتعود الى أصلها فهو أقوى وأقرب وأنسب لروحها وأعمالها وشعوبها. وقد اتبته كذلك الى هذه الضرورة التشريع الكويتي، فقد نصت المادة الثانية من دستور هذه البلاد على مايلي: «دين الدولة الاسلام، والشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع» ونرى من الفائدة العلمية أن ندرج بعض الآراء التي قيلت في مناقشة هذه المادة قبل المصادقة عليها لما فيها من عبرة للدول الاسلامية فقد قال أحد أعضاء المجلس التأسيسي الكويتي: «ما أن دولة الكويت دولة إسلامية، ولا يوجد فيها غير الاسلام، أرجو أن توضع عبارة «المصدر الرئيسي للتشريع» عوضاً عن عبارة «مصدر رئيسي للتشريع» كما قيل أيضاً إذا أردنا أن نتسلك بالمثل العليا فعلياً»

أن نقدي هذه المادة قولا وعملا. فإن ذلك معناه تحقيق العدالة الاجتماعية، وتخفيف الفرد، وضمان الحريات، على الطريقة التي أرادها الله لعباده، ويعتبر ذلك تمسكا بديننا، وامتدادا لدعوة نبينا الرسول الأعظم، وتوكيدا لإيماننا بالله وتعاليمه لنا في الأرض، وإن ذلك غاية لنا، وغاية كل مسلم. وإن ما نقره نحن في مجلسنا الموقر من تشريعات، نقره على هدى ما أفاض الله به على رسوله (27). وقيل كذلك: «لا بد أن نسير على الدين الاسلامي، فالقانون يفسر ويتغير لكن الشريعة الاسلامية ثابتة، ولذا أرى أن نلتزم بالشريعة وأن نقطع يد السارق» (28).

ويلاحظ أن هذه الآراء كلها صائبة، ولكن نخللها شيء من الغلظة، ذلك أننا إذ نادى بأن نجعل من الشريعة الاسلامية مصدراً أساسياً للتشريع في بلادنا الاسلامية لا نقول باغلاق الباب في وجه التشريعات الأخرى، والانكماش في النطاق الاسلامي، بل ان الواجب القانوني الانساني والعالمي يفرض علينا أن نأخذ ونعطي، وأن نتطور بتطور الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وأن نقبس أفكار غيرنا، ونصقلها، ونقارنها مع واقعنا الاسلامي، بل يسوغ لنا أن نبتاعها إذا لم تكن مخالفة لقيمنا وأسسنا، ونفتح باب الاجتهاد لأن الاجتهاد من عمل الفقه والقضاء، والفقه والقضاء لم يمت بموت الامام مالك، والشافعي وأحمد وأبو حنيفة رضي الله عنهم فهؤلاء تركوا لنا المنهج والرسيد والزاد الذي يغذي الروح، ويثير العقل ويهدد السبيل للسير على الدرب فلنكن خير تلاميذ لأفضل أئمة. فكل عصر قضائه، وفقهاؤه، الذين رزقهم الله الملائكات الطيبة والأفكار النبوية لاستمرار الرسالة ومواجهة التحديات، ومسيرة التطورات والمستجدات. وتحت تأثير هذا الواقع ظهر تيار داخل المجلس التأسيسي الكويتي يحاول التلطف من غلواء الأفكار السابقة، ويفضله تم الاتفاق على عبارة: «مصدر رئيسي للتشريع» بدل «المصدر الرئيسي للتشريع» وقد قيل في هذا الموضوع: «إن الشريعة الاسلامية ذاتها قد تركت باباً مفتوحاً للأخذ بالجديد المستحسن في أمور الدنيا. ونظم الدولة في الوقت الحاضر مأخوذ بعضها من الواقع الحديث، والبعض الآخر من الشريعة. ومع أننا نريد أن نجعل التزامنا أكثر ما يكون بالشريعة الاسلامية، توجد معها مصادر رئيسية أخرى منسجمة مع الواقع الحديث وضروراته... والا

(27) مقال للدكتور عثان خليل عثان «الشريعة الاسلامية مصدر أساسي للقانون» نشرتته مجلة العربي.

دمي مجلة عربية معصورة شهوية تصدرها وزارة الإرشاد والأبناء بحكومة الكويت.

(28) مقال الشافعي لنفس الكاتب.

فماذا يكون مصير البنوك والشركات والتعامل التجاري والتأمين وقوانين العقود... كل ذلك غير مشرع في الشريعة الإسلامية، بل وقد لا تفره» (29).
ولقد تجاوزت الشريعة الإسلامية النطاق الاقليمي للبلاد الاسلامية، ودخلت النطاق العالمي، بقوة وفخار حيث صادق المؤتمر الدولي الثاني للقانون المقارن الذي عقد بباريس سنة 1937 على القرارات التالية: «اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا من أهم مصادر التشريع العام» و «اعتبار الشريعة الاسلامية شريعة حية صالحة للتطور» و «اعتبارها قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها» (30).

وإذا كان تشريع المعاملات المغربي — قانون الالتزام والعقود — تأثر وأخذ كثيرا عن مدونة نابليون لأسباب تاريخية ترتبط بنظام الحماية — مع العلم أن كثيرا من الفقه يعتقد أن مدونة نابليون أخذت بدورها عن الفقه الاسلامي أو تأثرت به ولو نسبيا — فإن قانون الأحوال الشخصية أو الاسرة المغربي — من زواج وطلاق وإرث — قانون إسلامي محض، استقى أسسه وقواعده من الفقه المالكي خاصة، ويرجع إليه عند الحاجة كما يظهر من الفصول 82 و 172 و 216، التي جاء فيها: «كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه الى الراجع أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الامام مالك». ولا يعني هذا الكلام أن تأثير الفقه الاسلامي على قانون الالتزامات والعقود المغربي قليل، بل على العكس من ذلك فإنه يحل حيزا هاما تمثل له بالفصل 881 الذي يجعل الوكالة باطلة إذا كان محلها مخالفا للقواعد الدينية. والفصل 870 الذي يجعل اشتراط الفائدة بين المسلمين باطلا ومبطلا للعقد، والفصل 484 الذي يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعترة من التجاسات — راجع تفصيل ذلك في صفحة 165 من هذا الكتاب وباقي الصفحات — وغيرها من الفصول المتفرقة.

(29) نفس المقال السابق.

(30) الدكتور خليل عثمان: مقالته السابقة في مجلة العربي.

الباب الخامس البطلان وتقسيمه في قانون الالتزامات والعقود المغربي

بعد دراسة البطلان وتقسيمه في التشريعات القديمة والحديثة، وفي الفقه التقليدي والحديث، وفي الفقه الاسلامي، نتناول هذا التقسيم في التشريع المدني المغربي لتبين مكانته، ومصادره، وعيوبه، ومزاياه.

يعتبر التشريع المدني الفرنسي والتشريع التونسي من المصادر الأساسية للتشريع المدني المغربي، وقد صدر هذا الأخير في 9 رمضان عام 1331، الموافق 12 غشت 1913، أي في وقت فقد فيه المغرب سيادته الفعلية الكاملة، ومن بينها السيادة التشريعية. فكان من الطبيعي أن تمثل اليد الأجنبية التي كلفت بوضع تقنيننا المدني في بعض الأحيان إلى التشريعات اللاتينية، وعلى الخصوص مدونة نابليون. تستمد منها الأسس، والقواعد والمبادئ الأساسية لشعب يختلف عن الشعب الفرنسي ديناً، ولغة وعقيلة، وتقاليده وعادات. ولكن تحت تأثير هذا الاختلاف، وترضية للعلماء المسلمين الذي كانوا يتمتعون بسطوة، وشوكة وتأثير يحظون بمكانة مرموقة لدى ملوك المغرب، اعتمد الفرنسيون بعض المصادر الاسلامية كمرشد الحيران، وبناتي، والتاودي، والمجلة والدر المختار، وابن سلمون والزرقاتي، وخطيب، والتسولي، وابن عاصم⁽¹⁾.

وبعد الاشارة إلى المحاولات البسيطة التي قام بها المشرع المغربي لتقريب قانوننا المدني من الفقه الاسلامي، نعود إلى فكرة تقسيم البطلان فتجدهما تختلف عن الأفكار الاسلامية التي تقسم العقود غير الجائزة إلى عقود باطلة، وعقود فاسدة، أو التي تقسمها إلى عقود صحيحة، وعقود باطلة، وعقود موقوفة، ويأخذ بالتقسيم المغربي أي تقسيم البطلان إلى : بطلان وإبطال، ويتجلى ذلك من أن

(1) ويلاحظ أن قانون الالتزامات والعقود قد تأثر في غالب الأحيان بالقانون التونسي، ولم يرق هذا الاتجاه بعض الأوساط لأن هذا القانون الأخير كان متأثراً إلى حد بعيد بالفقه الاسلامي.

المشرع قد خصص القسم الخامس لبطان الالتزامات وإبطالها، ثم قسمه إلى بابين : الباب الأول تحت عنوان عنوان لبطان الالتزامات، والباب الثاني تحت عنوان إبطال الالتزامات. ولتوضيح فكرة التقسيم هذه ندرج بعض النصوص : فالمادة 59 من قانون الالتزامات والعقود تنص على ما يلي : «يطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون» وجاء في المادة 62 منه أن : «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن...» ونصت المادة 39 منه على ما يلي : «يكون قابلا للإبطال الرضاء الصادر عن غلط أو غلط عن تدليس أو المتبرع بإكراهه».

ويلاحظ أن هذا التقسيم، الذي انتهى إليه المشرع المغربي هو أفضل التقسيمات في الفقه الغربي الحديث للأسباب التي تكلمنا عنها في الأبواب السابقة. ولكن دقة هذا التقسيم، ووضوحه. فقدت قوتها عندما بدأ المشرع المغربي يخلط بين فكرة الإبطال، وفكرة الفسخ، ويجعل أحدهما مكان الأخرى، فتارة يجعل من نوع من الغلط سببا للإبطال، وتارة يجعل من نوع آخر منه سببا للفسخ، في حين أن الغلط واحد لا يتعدد. ويظهر هذا من النصوص التالية : فالمادة 41 مدني تنص على ما يلي : «يجوز الغلط الإبطال إذا وقع في ذات الشيء، أو في نوعه أو في صفة، كانت هي السبب الدافع للرضي» والمادة 42 مدني تنص على أن : «الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين، أو على صفة لا يجوز الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضي من التعاقد الأخر» والمادة 43 مدني تنص : «يجوز غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ، وإنما يجب تصحيحها» والمادة 45 مدني التي تنص على أنه : «إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين، كان لهذا التعاقد أن يطلب فسخ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين 31 و 42 السابقين، وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ، ولا بحكم الفصل 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات».

ويلاحظ أن ما حصل بمناسبة الغلط تردد في حالات يبيع ملك الغير التي نصت عليها المادة 485.

ولا ريب أن المشرع المغربي أراد هنا بالفسخ الإبطال، أو على الأقل يجب تفسير إرادته على هذا الأساس للفوارق الجوهرية بين النظامين. فالإبطال يكون

نتيجة خلل في تكوين العقود، في حين يكون العقد، في حالة الفسخ عقدا صحيحا ومستوفيا لجميع أركانها، وشروط صحته، ولكنه يفسخ لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، ونحن نكون دائما في حالات الغلط السابقة آراء عقد معيب، أي لم تتوفر له شروط صحته، لذلك يجب أن يكون الجزاء دائما واحدا، وهو القابلة للإبطال لا الفسخ. وخاصة أن الفسخ بالمعنى السابق لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين وهذا يتناقض أولا مع الاتجاه العام الذي سلكه المشرع المغربي، حيث اعتد بالغلط الذي يقع في جميع العقود سواء أكانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد. ويتناقض ثانيا مع المبدأ العام الذي سار عليه المشرع المغربي في المادة 39 من قانون الالتزامات والعقود، والتي تجعل الغلط بصفة عامة من أسباب الإبطال، وتنص هذه المادة على ما يلي. ويكون قابلا للإبطال الرضي الصادر عن غلط، والناجم عن تدليس، أو المتبرع بإكراهه.

ويختلف الفسخ كذلك عن الإبطال، في أن للتقاضي في الحالة الأولى سلطة تقديرية في الحكم به أو يعطي للطرف الثاني مهلة لتنفيذ التزامه، في حين لا يتمتع التقاضي في حالات الإبطال، بمثل هذه السلطة، إذ يجب عليه دائما أن يقضي بالإبطال لمصلحة من تعينت إرادته.

وقد يكون سبب هذا الخلط في الاصطلاح، الذي وقع فيه المشرع المغربي يعود إلى الاعتد على بعض الأفكار الإسلامية التي تقول بالفسخ في بعض حالات الغلط، كما هو الشأن في إجازة الظفر — لإرضاع الطفل — حيث أن الغلط في صفة جوهرية في الرضعة يؤدي إلى فسخ العقد. فقد جاء في البحر الرائق وفي الزيلعي وكذلك لو تقيا لبنا لأهله الفسخ، لأن ذلك يضر بالصبي. وكذلك إذا كانت سارقة، لأنهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي. وكذلك إذا كانت فاجرة بائنا فجورها، لأنها تشغل عنه بالفجورة (2) وجاء كذلك في المادة 310 — التي تتعلق بالغلط في الوصف المرغوب — من المجلة على أنه : «إذا باع (أحد) مالا بوصف مرغوب، فظهر المبيع خاليا من ذلك الوصف، كان المشتري مخيرا، أن شاء فسخ المبيع وأن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى. وسمي هذا خيار الوصف. مثلا لو باع بكرة على أنها حلوب، فظهرت غير حلوب، يكون المشتري مخيرا

(2) الرائق : الجزء الثامن من صفحة 22 إلى 23، والزيلعي : الجزء الخامس صفحة 128. خاصة أن سمر فقهاء يستعملون الفسخ كبرود للبطال لا يسمى فسخ كما هو ممد في القانون الرضي.

وكذلك لو باع فصا ليلا على أنه باقوت أحمر، فظهر أصغر بخير المشتري.⁽¹⁾

وإذا كان صحيحا أن المشرع الغربي أخذ بعين الاعتبار بعض الأفكار الإسلامية التي تنادي بفكرة الفسخ في بعض حالات الغلط وهي تأخذ به بمعنى البطلان فإننا نرى أنه ما كان من حقه أن يفعل ذلك وخاصة أنه اعتمد تقسيما لا يتفق وأراء فقهاء الاسلام وهو تقسيم البطلان إلى بطلان وإبطال لذلك نرى جمع فكرة الفسخ مع فكرة الإبطال لا يستسيغه الذوق القانوني السليم ويكشف عن الحيوة، والتعدد، التي ترفضها عادة النصوص الأمرة. وخير مثال على ذلك نجد التشريع العراقي الذي يعتمد الفقه الاسلامي كمصدر أساسي لقواعده ومبادئه لا يقول بفكرة الفسخ في حالة وقوع الغلط في صفة جوهرية في الشخص - كحالة الموضة الفاجرة أو السارقة - وإن قال بها نقر قليل من فقهاء الاسلام فنصت المادة 188 مدني منه على أنه : «لا عبرة بالظن بين خطأ، فلا ينفذ العقد : 1 - إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظرية أحد الماعدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. 2 - إذا وقع غلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد الرئيسي إلى التعاقد».

والغريب في الأمر أن التشريع السويسري استعمل بلبوره كلمة الفسخ في المادة 21 من القانون المدني التي تنص على ما يلي : «في حالة اختلال التعادل اختلا واضحا بين تعهد أحد المتعاقدين، وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في خلال سنة أن يعلن فسخ العقد، ويسترد ما دفعه إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها، أو طيش أو عدم تجربة، ولا شك أن المراد هنا بكلمة «الفسخ» الإبطال، أو على الأقل يجب تفسيرها على هذا الأساس، واعتبار مسلك المشرع السويسري يعود فحسب إلى عدم الدقة في التعبير.

وإذا كان المشرع قد أخذ بالتقسيم الثنائي الحديث، فإن القضاء في الغرب سائر القضاء الفرنسي، في الأخذ بالتقسيم الثلاثي أي تقسيم البطلان إلى ثلاثة مراتب : البطلان، والإبطال، والانعدام. ويبدو هذا من الأحكام التالية : فقضت محكمة الاستئناف الرباطية في حكمها الصادر في 28 نوفمبر سنة 1922 بأن «البيع لا يعتبر تاما إلا إذا تم اتفاق الأطراف على الشيء والتمس. وإن الغلط

في الشيء يجعل العقد منعذما، وهو كذلك لا يعتقد المشتري أنه يحصل على قطعة معينة من أرض، بينما يقصد البائع قطعة أخرى»⁽²⁾ وميزت هذه المحكمة كذلك بين الانعدام والبطلان في قرارها رقم 5593 الذي صدر بتاريخ 1964/1/17 والذي جاء في حيلاته : «أن الزواج الذي أبرم بين زوج يوناني وأورثوكسي وزوجة فرنسية حسب الشعائر الدينية للمذهب الأرثوذكسي ودون مراعاة مراسم الزواج المدني المتطلب بموجب القانون المدني الفرنسي الذي هو قانون الأحوال الشخصية للزوجة، لا يعتبر زواجا منعذما، بل هو زواج باطل ترتب عليه بعض الآثار، ومنها ثبوت التوارث بين الزوجين»⁽³⁾.

ويرى مامون الكزبري أن لنظرية الانعدام بعض الآثار في نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي وفي هذا يقول : «وكذلك نجد أثرًا للتفريق بين الانعدام والبطلان في قانون الالتزامات والعقود حيث قرر المشرع وجوب اعتبار الوكالة باطلة إذا كان عليها مستجيلا، وبمجهولا جهالة فاحشة، أو كان عليها أعمالا مخالفة للنظام العام أو الآداب أو القوانين المدنية والدينية (المادة 881) ثم قرر وجوب اعتبار الوكالة كأن لم تكن (أي منعدمة)، إذا كان عليها عملا لا يجوز إجراؤه بطريق النيابة كأداء الجدين (المادة 882)»⁽⁴⁾.

وبلا حظ أن عبارة «كأن لم يكن» وإن كانت تقييد في ظاهرها الانعدام، فإن المشرع يريد بها البطلان المطلق، أو على الأقل يجب تفسير إرادته على هذا الأساس خصوصا وأن عنوان القسم الخامس من قانون الالتزامات والعقود «بطلان الالتزامات وإبطالها».

ومن جهة ثانية نجد بعضا من الفقه التقليدي كان يعبر عن البطلان المطلق بعبارة «كأن لم يكن» Comme non fait et non avenue كما أن كثيرا من القرارات والأحكام المغربية والفرنسية استعملت عبارة «يعتبر باطلا، وكأن لم يكن» وعبارة «يعتبر باطلا، ولا ينتج أي أثر» لتأكيد البطلان، وتمييزه عن الإبطال.

(3) أنظر مجموعة أحكام محكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1923 - 1924.
(4) مجموعة أحكام محكمة الاستئناف عدد يناير - يونيو 1964 صفحة 379 وكذلك كزبري - المرحوم سائق صفحة 232.
(4) كزبري المرحوم السابق صفحة 232 و 233.

والواقع أن الاجتهاد القضائي في المغرب، قد تأثر بعمل القضاء في فرنسا وبأفكار بعض الفقهاء الذين أدخلوا نظرية الانعدام، وخاصة أن هذا الفقه لا يجعل من تخلف الرضاء أو السبب أو المحل السبب الوحيد للانعدام، بل يضيف إلى ذلك بعض العناصر الجوهرية التي تتغير بحسب العقود، كالتمن في عقد البيع، واختلاف الأجناس في عقد الزواج.

والحال أن مسلك القضاء في المغرب لم يكن موفقا للأسباب التالية :

1 - أن نظرية الانعدام نشأت في فرنسا بسبب وجود القاعدة المشهورة في مواد الزواج : «لا بطلان بدون نص» وظهور حالات لا تدخل ضمن مواد بطلان الزواج كمشكلة زواج شخصين من جنس واحد. وتولى الزواج ممن ليست له أهلية توليه. وهذه الصعوبات جعلت القضاء الفرنسي يبحث عن طريقة للتغلب عليها، فكانت نظرية الانعدام.

هذا في القانون الفرنسي، أما قانون الأحوال الشخصية المغربي فلا يعرف مثل هذه القاعدة، ولا مثل هذه المشاكل، لذلك فلا نرى عملا لنظرية الانعدام تحت ظله. وخاصة أن الفصل 82 من قانون الأحوال الشخصية ينص على أن «كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك».

2 - إن حالة الغلط في الشيء، التي دفعت المحكمة إلى القول بالانعدام، هي من حالات الغلط المانع، والغلط المانع في الرأي السائد من الفقه يجعل المقد باطلا.

ويلاحظ أن مازو يسير في اتجاه المحكمة إذ يرى أن الغلط المانع يجعل العقد منعدما، فيقول : «إذا كان مبدئيا أن الغلط في القيمة الذي يعيب إرادة أحد الطرفين لا ينظر إليه. فإن الغلط في الثمن يعتبر غلطا مانعا. فإذا كان البائع يرغب في الحصول على ثمن معين. (مثلا 250 درهما) وأنا أريد الشراء بثمن آخر أقل (مثلا 150 درهما) فلا يوجد بيع نهائيا»⁽⁵⁾.

3 - أن الفقه المالكي، الذي يعمل به في المغرب يأخذ بالبطلان في مثل

(5) مازو دروس في القانون المدني الجزء الثاني الطبعة الثانية صفحة 134.

هذه الحالات. فلقد جاء في حاشية الدسوقي ما يلي : «لا بد من كون الثمن والتمن معلومين للبائع والمشتري والا فسد البيع، وجعل أحدهما كجهلهما على المذهب وكلمة «فسده» تقيد البطلان في الفقه المالكي»⁽⁶⁾.

ويلاحظ أن القضاء في المغرب ميز بدقة كالفقه الفرنسي الحديث بين البطلان والابطال والابطال من أجل الغبن، ويتجلى هذا بوضوح من قرار محكمة الاستئناف بالرباط في 19 أبريل 1935 والذي جاء فيه : «أن الالتزامات التي يتحمل بها القاصر تكون قابلة للابطال من أجل الغبن إذا ترتب عنها ضرر له، ولكن أعمال التصرف تكون باطلة»⁽⁷⁾.

ونشير في الأخير إلى أنه كان يوجد إلى جانب قانون الالتزامات والعقود السائد اليوم في البلاد - وهو قانون سنة 1913 الذي كان يعمل به قبل الاستقلال في المنطقة الجنوبية من المغرب فحسب، أي التي كانت تحت ظل الحماية الفرنسية - مجموعة مدنية أخرى كانت سائدة في المنطقة الشمالية أي التي كانت تحت الحماية الأسبانية، بدأ العمل بها في 15 سبتمبر 1914، وأخرى في منطقة طنجة الدولية.

ويلاحظ أن المجموعة الأولى قسمت بدورها العقود تقسيما حديثا أي إلى عقود باطلة، وعقود قابلة للإبطال. ويرى موسى عيود أن «هذه العقود تكون باطلة حين يقصدها أحد شروطها الأساسية، وهي القبول والموضوع والسبب أو إذا أبرمت خلافا لنص قانوني يستند على أسباب تتعلق بالأمن العام. وفي هذه الأحوال يكون العقد باطلا من أساسه. ويمكن ابطال العقود بناء على طلب أحد الفريقين إذا تضمنت خلافا أو نقصا، لكنها في هذه الأحوال قابلة للتصحیح الصريح أو الضمني، وعلى كل حال فإنها تعتبر بمثابة العقود الصحيحة ما لم يطالب صاحب المصلحة بإبطالها»⁽⁸⁾.

وقد أخذت المجموعة الثانية أي قانون طنجة بنفس التقسيم فخصصت للبطلان بابا عنونه «بطلان وإبطال الالتزامات».

(6) حاشية الدسوقي في صفحة 15.

(7) موسى عيود : الوضعية القانونية للقاصر بالمغرب رسالة دكتوراة الدولة قدمت بفرنسا تحت الطبع صفحة 126.

(8) موسى عيود : مجلة القوانين المغربية - كانت تصدر في الشمال، السنة الثانية 1955 العدد 7، 8 صفحة 167.

القسم الثاني

أسباب البطلان والابطال في قانون الالتزامات والعقود المغربي

مدخل

اختلف الفقهاء في تحديد أركان العقد الأساسية، التي يترتب على تخلفها بطلان العقد (بطلانا مطلقا) فذهب بعضهم إلى أن التراضي هو الركن الأصل والوحيد في العقد، أما الحل والسب فهما ركنان في الالتزام، ومن مؤيدي هذا الاتجاه أحمد حشمت أبو ستيت الذي يقول: «ركن العقد هو التراضي أما الحل والسب فركنان في الالتزام لا في العقد»⁽¹⁾، ورأى البعض الآخر أن التراضي والسب هما ركنان العقد أما الحل فهو ركن في الالتزام، ومال إلى هذا الاتجاه السنيوري الذي يقول: «العقد يقوم على الإرادة أي بتراضي المتعاقدين، والإرادة يجب أن تنجس إلى غاية مشروعة وهذا هو السب فلعقد إذن ركنان التراضي والسب أما الحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد»⁽²⁾ أما الفريق الثالث من الفقهاء فهو يجاري الفقه التقليدي الذي يجعل التراضي والحل والسب أركاناً أساسية في العقد إلا أنها متفاوتة في القوة، فمنها ما هو ركن مباشر، ومنها ما هو ركن غير مباشر في العقد، ومن أنصار هذا الاتجاه الاخوة مازو Maseauds الذين يذهبون إلى أنه يمكن جمع أركان العقد في ثلاثة أساسية، التراضي والحل والسب.... وجزاء تخلفها البطلان⁽³⁾.

هذه هي الاتجاهات الفقهية التي تناولت تحديد أركان العقد، فما هو موقف التشريع المغربي منها؟

(1) نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد (كتاب الأول) طبعة 1954 صفحة 70.

(2) الوسيط الجزء الأول طبعة 1952 صفحة 170.

(3) مدروس في القانون المدني الجزء الثاني طبعة 1962 صفحة 92.

المعاقدين فتصير به إرادتهما شريعة ملزمة لها في حدود حقوقهما» (5).
هذه هي الملاحظة الأولى التي تسترعي الانتباه ونحن نستعرض أركان العقد التي يترتب عن تخلفها البطلان.

أما الملاحظة الثانية فهي أن المشرع المغربي لم يكن موقفا حينا جعل الأهلية ركنا من أركان العقد (وبحسب تعبير المشرع ركنا لازما لصحة الالتزامات) شأنه شأن المشرع الفرنسي. بينا الأصل أن الأهلية ليست ركنا من أركان العقد وإنما هي شرط من شروط صحة الرضاء أو بعبارة أدق هي عنصر من عناصر الرضاء، وهذا ما أجمع عليه الفقه الحديث حيث نرى ما زو يقرر أنه يمكن جمع أركان العقد في ثلاثة أساسية الرضاء والمحل والسبب، وهذا الاتجاه يتفق مع وجهة النظر الإسلامية فالأستاذ مصطفى الزرقاء يقول : «وهذه القومات هي غير الشروط الشرعية في العقد لأن الشروط إنما هي أوصاف تكميلية أوجبها الشارع في تلك المقومات الأساسية في العقد، كأهلية خاصة في العاقد وقابلية خاصة في محل العقد، فالشروط أمور يمكن في الأصل أن يتصور وجود العقد دونها لولا أن الشارع اشترط وجودها وجعل العقد متوقفا عليها لمقاصد تشريعية لحظها، بخلاف تلك العناصر التي سبقتها «مقومات» كالعقد والمحل المتعاقد عليه، فإنها لا يمكن تصور وجود العقد دونها» (6).

والملاحظة الثالثة أن المشرع المغربي سوى بين الجنون والسفه ورتب عن وجودهما عدم نفاذ العقد في المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أن : «تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والسفه وهذه التسوية لا تقوم على أي أساس لاختلاف طبيعة كل منهما. فالجنون يعدم الإدراك والتمييز، وهذا مبرر معتبر لبطلان العقد، في حين نجد السفه يتمتع بإدراك كامل، كل ما في الأمر أنه يتفق أمواله فيما لا يتفق ومقتضى العقل، لذلك ذهب أكثر التشريعات وهي على حق أن السفه ينقصه التمييز، أي إلى التسوية بين السفه والصبي المميز، وقد وقف هذا الموقف كل من التشريع المصري والتشريع السوري إذ قرر أنه : «إذا صدر تصرف من ذي العقل أو من السفه بعد تسجيل قرار

(5) مصطفى الزرقاء : الفقه الإسلامي في نزهة الجديد الجزء الأول والمدخل الفقهي العام الطبعة الثالثة 140

1964 صفحة 140

(6) مصطفى الزرقاء المرجع السابق : حاشي صفحة 314

إن المشرع المغربي نص في المادة الثانية من قانون الالتزامات والعقود على أن : «الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي :
1 - الأهلية للالتزام.

2 - تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.

3 - شيء يصلح لأن يكون محلا للالتزام.

4 - سبب مشروع للالتزام.

جعل المشرع المغربي بذلك من الرضاء والمحل والسبب أركاناً لازمة لصحة الالتزامات، في حين أن الرضاء هو أساس العقد الذي يولد الالتزام إذ بدون رضاء لا يوجد عقد.

وإذا بحثنا عن مصدر هذه المادة وجدناها مأخوذة من المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن هذه الأخيرة، ذكرت صراحة «الالتفاتات» لا «الالتزامات» وهي بذلك تجعل التراضي ركنا في الاتفاق أو العقد لا في الالتزام. وفضلا عن ذلك فقد جارت ما استقر عليه العرف والفقه التقليدي من اعتبار المحل والسبب من أركان العقد وهذا ما نصت عليه : تقوم الاتفاقات الصحيحة على أربعة شروط جوهرية :

1 - رضاء المتبرم.

2 - أهلية الالتزام.

3 - شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام.

4 - سبب مشروع للالتزام.

والتشريع المغربي يختلف فيما ذهب إليه عن الشريعة الإسلامية التي تجعل الرضاء من الأركان الأساسية للعقد لا ركنا في الالتزام، وللتدليل على ذلك أن محمد يوسف موسى يرى : «الكي يكون العقد ويحقق، لا بد له من أركان وشروط أما الأركان فهي الإيجاب والقبول... هذا الإيجاب والقبول هما ركنا العقد» (4) ويذهب مصطفى الزرقاء إلى أن : «أركان العقد أي الأجزاء التي يتكون منها فهي شيان : الإيجاب والقبول، فالإيجاب والقبول هما العمل القانوني الذي يربط

(4) محمد يوسف موسى : الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات مع الطبعة الثالثة 1968 صفحة 323

الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام (7).

وبعد هذه الملاحظات الأولية على مواد البطلان نفقي نظرة عاجلة على مواد الإبطال.

لقد قلنا سابقا أن الرضاء هو أساس العقد أو الركن الأصل فيه، ولكن لا يكفي لقيام هذا الركن، أن تكون الإرادة موجودة، وإنما يجب أن تكون حرة، مبصرة سليمة من كل عيب يشوبها، أي أن تكون خالية من عيوب الرضاء وهي الغلط، والتدليس والاكراه والغبن. وهذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها: «يقع قابلا للإبطال الرضاء الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس أو المنتزع باكراه» وهو ما نصت عليه كذلك المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي: «لا يعتبر الرضاء صحيحا إذا كان صادرا عن غلط أو متزعا باكراه، أو جاء نتيجة تدليس».

ويلاحظ أن المشرع المغربي لم يذكر الغبن والاستغلال في المادة 39، أي أنه لم يجعل من الغبن عيبا عاما يؤثر في العقود على اختلاف أنواعها، وإنما اعتد به في حالات استثنائية ضيقة كحالة الغبن المتولد عن التدليس، والذي نصت عليه المادة 55 التي جاء فيها: «الغبن لا يحول الإبطال إلا إذا تسبب عن تدليس الطرف الآخر أو نفيه أو الشخص الذي تعامل من أجله وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعده وحالة القاصر ونقص الأهلية، وهو الاستثناء الذي ورد في المادة 56: «الغبن يحول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية حتى ولو تعاقد بمعمونة وصية أو مساعده القضاة، أو وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، حتى ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر».

وما قيل بشأن الغبن يقال في الاستغلال أو بحسب النظرية الحديثة الغبن الاستغلالي والذي أشار المشرع إلى إحدى حالاته في المادة 54 التي جاء فيها: «أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة» وهذه المادة وإن كانت تصلح لأن تكون أساسا لنظرية الاستغلال في

(7) راجع الفقرة الأولى من المادة 1115 من القانون المدني المصري.

المغرب (8) فإنها غير كافية لعدم دقتها، وخاصة أن الشريعة الإسلامية، حاربت الغبن الفاحش، وفي أحد مظاهره العملية وهو القرض بفائدة فاحشة أو عالية، حيث حرمت الربا دون هوادة، وقد نص القرآن الكريم على تحريمه فجاء في الآيتين 275-276 من سورة البقرة «وأحل الله البيع وحرم الربا... ينسحق الله الربا ويربئ الصدقات» وإن المشرع رتب على اشتراط الفائدة بين المسلمين بطلان العقد نفسه في المادة 870 التي نصت على ما يلي: «اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل وبمطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نوع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له». إلا أن القانون قد انتقص من هذه القاعدة العامة، لأسباب دينية واقتصادية وتعميلية يمكن حصر أسسها فيما يلي:

أولا: لا يسري مفعول هذه القاعدة سوى بين المسلمين، أما اشتراط الفائدة بين مسلم وغير مسلم فلا يعتبر باطلا ولا يطل المقذ؛ وما ذلك إلا تطبيقا لقوله عليه السلام، وإن كان الأمر يتعلق بالربا وهي أقطع وأغبر الفائدة «لأربا بين مسلم وحرى، لأربا إلا بين المسلمين» — الفروق للقراقي ج 3، ص 231، وقد أشار إليه كذلك السيد علال الهاشمي الحيارى في رسالة الدكتوراه في العلوم الإسلامية والحديث، الجزء الثاني، طبعة 1982 صفحة 457.

ثانيا: وبمقتضى الفصل 871 ق ل م الذي يفترض اشتراط الفائدة بين التجار.

ثالثا: إقرار الفصل 875 ق ل م لمبدأ تحديد السعر القانوني للفوائد، وأخذ الأقصى للفوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص، وكان آخرها ظهير 16 يونيو 1950 الذي وحد الفائدة القانونية التأخيرية في المواد التجارية والمدنية، وجعلها 6%، وجعل الحد الأقصى للفائدة للاتفاقية هو 10%، ماعدا الفوائد البنكية الدائنة والمدنية، التي تحدد طبقا للفصل 19 من المرسوم الملكي المنظم لهبة البنوك، الصادر في 21 أبريل 1967 بقرار من وزير المالية.

(8) مأمون الكزبري: الذي يقول في كتابه نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المصري السابق صفحة 151 ما يلي: «وفي ضوء هذا النص، إذا كان أحد المتعاقدين قد ستمن مرضا لشعده الآخر أو ضعه أو طبعه الن أن هوام الحاج. وأمره معه عقد لا يتناول فيه التزامات تخلف، من يتخوي على غير أحدهما عينا فاحشة، فإن الطرف المغبون عينا استغلايا يسوغ له فسخة العقد. لا سيما أن المشرع منح القاضي سلطة واسعة في هذا الشأن ونزك تخير لأحد طرفيه وتقسيمه».

فيها أو طيش أو عدم تجربة.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري في شأن عيوب الإرادة «تتضمن النصوص المتعلقة بالغبن أهم ما استحدثه المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضاء، فقد اقتضت هذه النصوص أثر التقنيات الجرمانية، والمشرع الفرنسي الإيطالي، وجعلت الغبن سببا عاما للبطلان النسبي، وانتقاص العقود إذا أتيح لأحد المتعاقدين أن يستأثر بربح فاحش عن طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه».

ولاحظ أن المشرع المغربي استعمل لفظة الاستغلال، وجارب الاستغلال بنص صريح آخر — الى جانب الفصل 54 ق، ل، ع، م — تجسد في الفصل 878 من قانون الالتزامات والعقود المغربي — عالجناه في صفحة 292 من هذا الكتاب — الذي منح الضحية حق الإبطال، وفتح باب المتابعة الجنائية، إلا أن عيب هذا النص يتجلى في كونه يقتصر على القروض وسعر فوائدها. وتقتضي طبيعة هذا القسم الثاني تقسيمه الى باين هما :

الباب الأول : في أسباب البطلان في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

الباب الثاني : في أسباب الإبطال في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ولقد الاعتبارات نرى لزوم تعديل النصوص السابقة واعتبار الاستغلال عيبا عاما يؤثر في سائر العقود، وفق ما سارت عليه التشريعات الحديثة وخاصة في بعض الدول كسوريا ومصر، ذلك أن المادة 129 مدني مصري والمادة 130 سوري نصتا على ما يلي : «1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن العاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيا أو هوى جاعحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد».

2- يجوز أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت

غير مقبولة.

3- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا

عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن».

ومن هذين النصين يتبين لنا أن كلا من التشريع المصري والسوري قد تخرجا من النظريات التقليدية واعتدا بالاستغلال لأنه يتناق مع العدالة، كما أن التشريع العراقي الحديث، الذي يتخذ كمصدر أساسي له الشريعة الإسلامية لم يغفل خطورة الاستغلال، وما يترتب عنها من أكل أموال الناس بالباطل، فنص في المادة 125 على ما يلي : «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلهقه من تعاقد غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول. فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة أن ينقضه».

ونفس الشيء يقول به التشريع الألماني في المادة 138 «يعتبر باطلا بنوع خاص كل تصرف قانوني يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته ليحصل لنفسه أو لغيره في نظير الشيء الذي يؤديه على منافع مادية تزيد على قيمة هذا الشيء بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلافا فادحا في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة الشيء» وكذلك ما نص عليه القانون السوري في المادة 21 : «في حالة اختلال التعادل اختلافا واضحا بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في خلال سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع

الباب الأول

أسباب البطالة في قانون
الالتزامات والعقود المغربي

نصت المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود على أن : «الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له. ويكون الالتزام باطلا بقوة القانون:

- 1- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه.
- 2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه.

والأركان الأساسية التي يترتب على تخلفها أو نقصها بطلان العقد، وبالتالي بطلان الالتزام، هي التي نصت عليها المادة الثانية من القانون المدني التي جاء فيها : «الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن الإرادة هي :

- 1- أهلية الالتزام.
- 2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.
- 3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام.
- 4- سبب مشروع للالتزام.»

ويضاف إلى هذه الأركان الأساسية ركن آخر لا يقل أهمية عنها وهو تخلف الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية.

ومن هاتين المادتين يتبين لنا أن أسباب البطلان في التشريع المغربي كثيرة وتحتاج إلى الدراسة الدقيقة، ومن أجل ذلك سنتناولها — بنفس الترتيب الذي وضعه المشرع وفي حدود ما يتطلبه نظام البطلان في سبعة فصول هي التالية :

الفصل الأول : انعدام الأهلية.

الفصل الثاني : تخلف الرضى.

الفصل الثالث : تخلف المحل، وعدم مشروعيته.

الفصل الرابع : خرق قواعد النظام العام، والآداب العامة.

الفصل الخامس : تخلف السبب وعدم مشروعيته.

الفصل السادس : تخلف الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية.

الفصل السابع : البطلان بمقتضى نص في القانون.

المادة 202 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن «الرضى يكون متعبيا بل معدوما تماما في بعض الأحوال إذا أعطي عن غلط أو أخذ بالخدعة أو كان ثمة غبن فاحش أو عدم أهلية» ويسير في هذا الاتجاه كثير من الفقهاء، فعبد الرزاق السعيد، يرى أن : «عدم الأهلية أو فقدانها أمر عارض في حياة الإنسان فمهما كان سببه فإنه يعتبر بالنسبة لأثره في التصرفات عيبا من عيوب الرضى» (1) ونفس الشيء يأخذ به هنري دوباج Henri de page الذي يذهب إلى أن التصرف لا يعتبر في جميع حالات انعدام الأهلية أو على الأقل في الحالات التي يقرر فيها القانون حماية القاصرين، منعدما ولا باطلا بطلانا مطلقا، وإنما يكون هذا التصرف قابلا للإبطال فقط، إلا أنه في حالة انعدام الأهلية الطبيعي يتقرر نظريا البطلان المطلق، لأن التصرف في مثل هذه الحالة ينقصه ركن جوهرى هو «الارادة» (2).

وهكذا يتبين من الآراء الآتفة الذكر أن الأهلية شرط من شروط صحة الرضاء إذا انعدمت كان الرضاء منعدما، وكان العقد باطلا، وإن كانت ناقصة كان العقد معيبا وقابلا للإبطال.

ويلاحظ أن جمهور الفقه الاسلامي لم يعتبر الأهلية من الأركان الأساسية للعقد، وإنما اعتبرها شرطا أساسيا في المعاقدين، يترتب عن انعدامها بطلان العقد. فالشيخ عثمان بن المكي الزبيدي يرى «أن الركن الثاني والثالث في العقد هما البائع والمشتري، ويعبر عنهما بالعائد، ويشترط في صحة عقده التميز بأن يفهم السؤال ويرد جوابه ولو صيبا أو عيبا، وشرط لزومه التكليف بمعنى الرشد» (3). ويرى محمد يوسف موسى : «لكي ينتج الإيجاب والقبول أثرهما، ويكون للعقد وجود معتبر شرعا يجب أن تتوفر فيهما ثلاثة شروط: أولا : أن يكون كل منها صادرا من شخص مميز، يدرك ما يقول حقا، وبهذا يكون تعبيره معبرا حقيقة عن إرادته، وعلى ذلك إذا صدر أحدهما من شخص نائم أو مجنون، أو من صبي غير مميز لا يعقل ما يقول، كان لا قيمة له ولا يعتبر شرعا، فلا يترتب عليه أي أثر، وكذلك إذا كان هذا من شخص مميز عاقل، ولكن كانت دلالاته على إرادته محل شك واحتمال، كان لا قيمة ولا أثر له أيضا، فلا ينعقد العقد به» (4).

(1) بحث كعبه في مجلة القضاء والشريع التي تصدرها كتابة البوالة للعدل التونسية السنة التاسعة، عدد 1 يناير عام 1967 صفحة 9.

(2) القانون المدني اللبناني الجزء الأول الطبعة الثالثة 1962 صفحة 96.

(3) الشيخ عثمان بن المكي التوزي الزبيدي : توضيح الأحكام على نغمة المحاكم، الطبعة الأولى سنة 1339 صفحة 4.

(4) المرجع السابق صفحة 223.

الفصل الأول

انعدام الأهلية

سنتناول في هذا الفصل أولا : تعريف الأهلية وتحديداتها وحالات انعدام الأهلية : وهي حالة الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه والحكوم عليه في جريمة جنائية.

تعريف وتحديد:

نصت المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود، على أن الالتزام يكون باطلا بقوة القانون إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه، ونصت المادة الثانية منه على هذه الأركان الأساسية، التي يترتب عن نقصانها البطلان، وكانت الأهلية أول هذه الأركان.

ولا تؤيد المشرع المغربي فيما ذهب إليه — شأنه شأن التشريع الفرنسي في المادة 1108 — أي لا تعتبر الأهلية من الأركان الأساسية في العقد، وبحسب تعبير المشرع المغربي في الالتزام، وإنما نعتبرها عنصرا أساسيا وجوهريا في الرضى، يوجد بوجودها، وينعدم بانعدامها، ويصيبه الخلل بالنقصانها، ويعنى آخر أن الأهلية شرط من شروط صحة الرضاء، فإن انعدمت انعدم الرضاء وكان العقد باطلا، وإن كانت موجودة، ولكنها ناقصة، كان الرضاء معيبا وكان العقد قابلا للإبطال وهذا المنطق القانوني يتناق مع حشر الأهلية ضمن الأركان الأساسية للمعقد التي يترتب على نقصانها أو تخلف بعضها دائما البطلان، — في حين أن الأهلية قد تنبض سببا للبطلان أو الإبطال وذلك بحسب ما إذا كان الشخص عديم الأهلية أو ناقصها —، وقد سلمت من هذا العيب بعض التشريعات فنصت

وبعد تحديد موقفنا من الأهلية، الذي يتلخص في اعتبارها شرطا من شروط صحة الرضاء لا ركنا في العقد، نحاول تعريفها، ونحدد النوع الذي تقصده منها، ونبين الآثار التي تترتب على انعدامها في التشريع المغربي، أما الآثار التي تترتب عن نقصانها فتركها إلى حين الكلام عن أسباب الإبطال.

لم يعرف المشرع المغربي الأهلية، شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات وبذلك أصاب مرمى الصواب، لأن وضع التعاريف، وتحديد الاصطلاحات العلمية هو من عمل الفقه لا التشريع، وما دام التشريع لا يعرف الأهلية، فمن اللازم أن نبحث عن تعريفها في الفقه.

ومن الفقهاء الذين اهتموا بتعريف الأهلية نجد هنري دوباج الذي عرفها بقوله : «الأهلية هي صلاحية الشخص للقيام بتصرف قانوني صحيح» (5). أما مأمون الكزبري فقد ميز بين أهلية الوجوب *Capacité de jouissance* وأهلية الأداء *Capacité d'exercice* وعرف كلا منهما على حدة بقوله : «أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لتيوت الحقوق والالتزامات له وعليه. وهي ملازمة للشخصية تثبت للإنسان من وقت ولادته حيا إلى حين وفاته، بل وتبدأ قبل ذلك للجنين في حدود معينة. أما أهلية الأداء، فهي صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق على وجه يعتد به قانونا» (6).

وبلاحظ أن التعريف الثاني يفضل الأول بكثير، وذلك أنه يفرق بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، في حين أن الأول عرف الأهلية بأهلية الأداء فحسب، وكان من الأحسن وهو يريد أن يضع تعريفا عاما للأهلية أن يشير إلى نوعها، وفق ما يسر عليه الفقه الحديث، حيث تعرف الأهلية بأنها وصف يقوم بالإنسان فيجعله أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومتمعا بصلاحية القيام بالتصرفات القانونية الصحيحة.

ومن هذه التعريف يبين لنا أن الأهلية على نوعين :

1 - أهلية الرجوب : وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق

(5) هنري دوباج : الوسيط في القانون المدني البلجيكي 1962 صفحة 87.

(6) مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي طبعة سنة 1968 صفحة 153.

والتحمل بالواجبات وتثبت للشخص من يوم ميلاده حيا، وتستمر إلى حين وفاته، وتكون للجنين في حدود معينة ومثاله ما نصت عليه المادة 178 من قانون الأحوال الشخصية «تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها أو كان منتظرا الوجود» غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الاستثناءات، حيث يحدث في العمل الا يمنع بعض الأشخاص بأهلية الوجوب : كالرهبان في بعض الملل المسيحية، والقاتل الذي لا يستحق شيئا في ميراث القتل، والجنين الذي يولد ميتا، والشركة والجمعية التي لم تتكون حسب مقتضيات القانون، لأن بطلان الشركات والجمعيات يسري بالتر فوري لا بالتر رجعي أي تبقى شركة أو جمعية فعلية وكالأوراق في العهود القديمة، والمحكوم عليهم بالموت المدني في القانون الفرنسي القديم، أو بعقوبة خاصة لارتكاب فعل شائن.

2 - أهلية الأداء : وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية، وهذا النوع الأخير من الأهلية هو الذي يهتما لأنه يتصل بصحة الرضاء. وبلاحظ في هذا الشأن أن القاعدة العامة أو الأصل في الشخص أنه يتمتع بأهلية كاملة وإن انعدام الأهلية، ونقصانها استثناء يرد على هذه القاعدة، هو ما نصت عليه المادة 1123 من القانون الفرنسي، والمادة الثالثة من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الالتزامات والعقود التي تنص : «وكل شخص أهل للالتزام، والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك» ومن هذه المادة يبين لنا أن الأهلية من النظام العام، بحيث لا يسوغ التنازل عنها، أو الحصول عليها بمقتضى الاتفاق، وكل اتفاق من هذا النوع يقع باطلا وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون السويسري : «يعتبر باطلا كل تنازل عن أهلية الوجوب أو أهلية القيام بالحقوق المدنية...».

ومن كل ما سبق يبين لنا أن الأصل هو اكتمال الأهلية، ولكن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تناول منها في هذا الفصل انعدام الأهلية الذي يعتبر من أسباب البطلان في قانون الالتزامات والعقود، وطبقا لما نصت عليه المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية التي ورد فيها : «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو جنونا».

حالات انعدام الأهلية

أولاً : الصغير غير النزر :

يعتبر الصغير غير المميز عديم الأهلية، وتكون جميع تصرفاته باطلة، حتى ما كان منها نافعا تقعا محضاً، أي أنه لا يملك في هذا الطور حتى أهلية الأغناء — قبول الهبة مثلاً — وهذا ما نصت عليه المادة 139 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها : «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون تصرفاته باطلة» وهو ما نصت عليه المادة 111 سوري، 110 مصري والمادة 117 أردني والمادة 96 عراقي، التي ورد فيها : «تصرفات الصغير غير المميز باطلة، وإن أذن له وليه».

ويلاحظ الدكتور موسى عبود أن مدونة الأحوال الشخصية لم تحدد أساس هذا البطالان، وطبيعته، والأشخاص الذين يحق لهم التمسك به، ويرى أنه لا مفر والحال هذه من الرجوع إلى الفقه الاسلامي التقليدي لبيان مدى هذا البطالان وطبيعته، وهل أن أساسه هو الغبن أو نقصان الأهلية، فيتوصل إلى أن خليل يعتبر أن العقد يكون باطلاً، حتى ولو كان مقبداً للقاصر، أي أن أساس البطالان عيب الأهلية نفسه، فيكفي إذن اثبات أن العقد قد أبرم من طرف قاصر عمره أقل من 12 سنة ليتقرر البطالان، ويذهب بعيداً فيقول أن هذا البطالان قد وضع في الأصل لحماية القاصر لذلك فهو نسبي، وإن المتعاقد الآخر لا يستطيع أن يتمسك به، أي أنه من حق الوصي وحده أن يثبته ما دام نقصان الأهلية مستمراً، وللقاصر أن يتمسك به عند بلوغه سن الرشد (7).

ونعتقد على خلاف ما ذهب إليه موسى عبود أن هذا البطالان الذي ورد في المادة 139 هو بطالان مطلق لا نسبي بتأييد الرأي الغالب في الفقه الاسلامي، ومن ذلك ما جاء في حاشية الدسوقي : «ويشهد له قول القاضي عبد الوهاب في التلقين، وفساد البيع يكون لأمر منها ما يرجع إلى المتعاقدين مثل أن يكونا أو أحدهما ممن لا يصح عقده، كالصغير، والمجنون أو غير عالم بالبيع. وقول ابن بزيعة في شرحه لم يختلف العلماء، أن بيع الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز، وقول

(7) موسى عبود : الوضعية القانونية للقاصر في المغرب المشار اليه سابقاً صفحة 79 - 80.

ابن عبد الله المقرئ في قواعده أن العقد من غير تمييز فاسد عند مالك وأبي حنيفة ليرتفع انتقال الملك على الرضاء (8).

ولقد شعر الدكتور موسى عبود بقوة هذا البطالان رغم ميله إلى الجانب الذي اعتبره بطالاناً نسبياً فيقول : «ومن نتيجة ذلك أنه لا يسوغ للوصي أن يقر التصرف الذي يشره القاصر غير المميز، فإن مثل هذا الاقرار لا قيمة قانونية له، ويكون من حق القاصر في جميع الحالات أن يبطل التصرف عند بلوغه سن الرشد لأن هذا التصرف يكون باطلاً أصلاً. ولا يصحح بأي اقرار ولو كان صادراً من القاصر بعد الرشد ويتوجب على هذا الأخير في الحالة التي يريد فيها أن يحتفظ بهذا التصرف أن يبرم عقداً جديداً» (8).

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن في هذا الموضوع، هو ما هو الحد الفاصل بين من عدم التمييز، ومن التمييز ؟

ويلاحظ في هذا الشأن أن التشريعات اللبنانية والفرنسية والبلجيكية لم تضع سناً فاصلاً بين التمييز وعدم التمييز بل الغريب في الأمر أن هذه التشريعات لا تشير نهائياً إلى هذه التفرقة ذاتها، وبذلك تركت أمر تحديد سن التمييز لتقدير القاضي بالنسبة لكل شخص على حدة ؛ ونرى أن عيوب هذه الطريقة أكثر من مزايها فهي وإن كانت تمتاز بالمرونة حيث تجعل القاضي الذي بين يديه النازلة يستخير عود الصغير ويزن تفكيره وإدراكه، وهذا الأمر الأخير يختلف فعلاً باختلاف بنية الشخص، ووسطه والعوامل الطبيعية التي تحوط به، من مناخ، وجبال وسهول أو صحاري أو بحار فإنه يؤدي إلى تعدد حالات التمييز وعدمها بالنسبة لأطفال في سن واحدة وهذا يمس مبدأ استقرار المعاملات، كما أنه يتناقض مع المبدأ العام الذي سار عليه المشرع في تلك البلاد، حيث حدد سن الرشد، وتدخل المشرع لتحديد سن الرشد يستلزم تدخله كذلك لتحديد سن التمييز فضا للمنازعات. ومن أجل كل ذلك ذهبت تشريعات أخرى إلى تحديد سن التمييز ومن هذه التشريعات التشريع العراقي والسوري في المادة 47 والمصري في المادة 45 والأردني في المادة 118 والتي جعلت سن التمييز هي سبع سنين، والألماني في المادة 140 وجعله كذلك سبع سنين، والتونسي الذي حدده في ثلاث عشرة

(8) المرجع السابق صفحة 5.

B مكرر المرجع نفسه والصفحة نفسها.

سنة كاملة إذ نصت المادة الخامسة من قانون الالتزامات والعقود التونسية على ما يلي : «الأشخاص الآتي بينهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم أولا : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة...» وكان التشريع المغربي من بين التشريعات التي تعرضت لتحديد سن التمييز وجعله اثني عشرة (12) سنة ونصت على هذه المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية : «الصغير الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره يعتبر فاقد التمييز حكما وتؤيد ما ذهب إليه المشرع المغربي من تحديد سن التمييز، بإثني عشرة سنة لا فيه من حماية للصغير، وأمواله، كما أن هذا السن يتفق مع سن الرشد الجنائي إذ نصت المادة 138 من القانون الجنائي المغربي على ما يلي : «الصغير الذي لم يبلغ سنه اثني عشر عاما يعتبر غير مسؤول جنائيا لانعدام تمييزه وفي الجنايات والجناح لا يمكن أن يحكم عليه إلا بواحد وأكثر من تدابير الحماية أو التهذيب المقررة في الفصل 516 من المسطرة الجنائية. وفي المخالفات لا يمكن أن يحكم إلا بالتوبيخ المقرر في الفصل 518 من المسطرة الجنائية».

وعلى هذا الأساس، فالصغير الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره يكون فاقد التمييز وعدم الأهلية، وتعتبر جميع تصرفاته باطلة، سواء أكانت نافعة له تقعا محضا كقبول الهبة أو الإبراء من الدين والعارية، وهي ما تسمى بأهلية الاختصاص، أو كانت ضارة به ضررا محضا كان يجب الصغير ماله لغيره أو يبرئه من دين عليه وهي ما تسمى بأهلية الافتقار، أو كانت دائرة بين النفع والضرر، سواء كانت هذه الأخيرة من أعمال التصرف كالبيع، والشراء، والشركة والقرض والرهن، وهي التي يطلق عليها أهلية التصرف بعوض، أو كانت من أعمال الإدارة كالإيجار والوديعة وهي ما يطلق عليها أهلية الإدارة، ويتولى هذه التصرفات القانونية الولي أو الوصي نيابة عن الصغير، وهذا ما نصت عليه المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها : «يخضع فاقد الأهلية، وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقدم بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذه المدونة وتأكيدا لذلك يرى مأمون الكبري «أن سلب أهلية الصغير غير المميز لا يحتاج إلى حجر قضائي، فهو يعتبر محجورا بطبيعته لأن صغره هو إية كافية في التنبيه إلى فقدان أهليته كي يتجنب الناس التعاقد معه. لذا نصت المادة 138 من المدونة على أن الصغير غير المميز «يعتبر فاقد التمييز حكما».

(9) مأمون الكبري : المرجع السابق صفحة 158. يرى أنه ليست أهلية الأداء وحدها التي تكون سببا في إبطال

وفعلا فإن الصغير محجور عليه حكما، أو لذاته، أي دونما حاجة إلى حكم قضائي بذلك على خلاف الجنون والمعتوه والسفيه وذوي العقل. ويعني آخر أن حجر الصغير غير المميز كحجر الصغير المميز حجر قانوني لا قضائي وذلك طبقا للمادة 137 من قانون الأحوال الشخصية المغربي.

وقد جاء في هذه المادة ما يلي : « يعتبر محجورا للصغير من لم يبلغ سن الرشد ».

ثانيا الجنون والعته :

الجنون هو اضطراب يصيب العقل، فيجعل الشخص عديم الأهلية، وفاقد التمييز، سواء أكان جنونه هذا مطبقا، ومستمرا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا، أي تعثره فترات يعود إليه فيها العقل. وتبنى المشرع مثل هذا التعريف في الفقرة الأولى من المادة 144 من مدونة الأحوال الشخصية التي تنص : «الجنون فاقد العقل سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا بحيث تعثره فترات يثوب إليه عقله فيها». وهذا التعريف وحده يكفي لتسوية الجنون بالصغير غير المميز، وتطبيق نفس الأحكام والشروط التي يخضع لها هذا الأخير عليه، وفعلا كان هذا هو السبب الذي جعلنا نلحق حالة الجنون، بحالة عدم التمييز في هذا الفصل الخاص بأسباب بطلان العقود رغم موقف المشرع المضطرب في هذا الباب، فهو يقرر في المادة 133 من مدونة الأحوال الشخصية أن : «الصغير الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره يعتبر فاقد التمييز حكما أي يكون عديم الأهلية وتصرفاته تكون باطلة ثم نص في المادة 134 من نفس القانون على أنه : «ولا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو جنونا». وهذه المادة الأخيرة تدل على أن الجنون يعدم التمييز — وهذا متفق عليه فقها وقضاء — وتقدمنا إلى القول بأن تصرفات الجنون كصرفات الصغير غير المميز تكون باطلة، ولكن المشرع عاد بتناقض غريب في المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية، وسوى بين الجنون والسفيه، وجعل تصرفاتهما غير نافذة، وهذه

الانضمام قد يستل أهلية الزوج كذلك، وعلى ذلك فإن كان الشخص ناقصا لأهلية الزوج، فلا يجب عقوده تكون باطلة، وإن هذا البطلان من النظام العام، وكل ذي مصلحة أن يمسك به (بولان : المرجع السابق الجزء السابع صفحة 110 طبعة 1132) وفي هذا الشأن يقول عبد الرزاق السجدي (مجلة القضاء والشريعة التونسية السابقة) : «أهلية الزوج لا تستجوز كأهلية الأداء كما سيأتي فهي إما أن تكون موجودة كاملة، أو معدومة تماما، فيقتد الشخص حقه كاملا. ويرى بعض الفقهاء أن الجنين قبل ولادته له أهلية وجوب ناقصة لانعدام إرادته وعدم جواز الإنابة عنه، فإذا لم يستل صارحا بأن انفصل عن أمه ميتا لا يثبت له أي حق وتعود الحقوق التي وهبت له أو وصى بها إليها إلى أصحابها. وقد راعى المشرع في إزالة أهلية الزوج مرة النظام العام، وأخرى حماية المصالح الخاصة ».

السوية لا تقوم على أي أساس منطقي أو قانوني، والمشرع نفسه يقرر أن الجنون فاقد التمييز، وأن السفية هو البدر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعمد العقلاء عينا (فقرة 2 م 144) أي أن السفية ليس بفاقد التمييز ولكنه ليس من العقلاء فقط، وهذا ما نصت عليه المادة 146: «تصرفات الجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو السفه».

ولقد حير هذا الخلط، الذي وقع فيه المشرع المغربي، الفقهاء الذين تعرضوا لهذه المواد، فوقفوا منها مواقف مختلفة فعبد الفتاح عبد الباقي يعتبر تصرفات الجنون باطلة في ظل التشريع المغربي ويضيف إليها تصرفات السفية أي أنه يطلب كفة الجنون على السفية فيقول: «والتقانون المغربي يسوي في الحكم بين الجنون وبين السفية، فتصرفات السفية كذلك التي يجربها الجنون تقع باطلة بطلانا مطلقا» (10). أما مأمون الكزبري فهو يذهب بعد تردد إلى أن تصرفات الجنون كتصرفات السفية تقع قابلة للإبطال، أي أنه يغلب كفة السفية على الجنون فيقول: «وعليه إذا ما تقرر الحجر على الجنون فكل تصرف يجربه بعد الحجر يكون قابلا للإبطال، ولرب معترض يقول أن المدونة سوت في المادة 134 بين الصغير غير المميز وبين الجنون من حيث فقدان أهليتهما مباشرة حقوقهما المدنية، وأنه يجب إذن اعتبار التصرفات التي يجربها الجنون، بعد ثبوت جنونه، والحجر عليه باطلة، شأن تصرفات الصغير غير المميز مثل هذا الاعتراض كان واردا حقا لولا أن المادة 146 من المدونة سوت في الحكم بين تصرفات الجنون، وتصرفات السفية من حيث اعتبار هذه وتلك غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والسفه، فازاء هذا النص الصريح لا يسعنا إلا أن نعتبر التصرفات التي يجربها الجنون بعد حجره قابلة للإبطال لا باطلة (11)».

والواقع أنه يجب إقامة تصرفات الجنون والسفيه على أساس المادة 146 من المدونة لأنها صريحة وقرينة من رأي مأمون الكزبري، ولكن تختلف معه في أن هذه التصرفات تكون موقوفة لا قابلة للإبطال اعتادا على النظرية الإسلامية التي تقسم العقود غير الجائزة إلى باطلة وفاسدة، وموقوفة أي غير نافذة لأنها تتوقف على إجازة الأب والوصي، فقد جاء في شرح القدير: «وغير الجائر ثلاثة أنواع:

(10) معاضراته في كلية الحقوق المغربية 61 - 62.

(11) مأمون الكزبري: المرجع السابق صفحة 159 - 160.

باطل، وفاسد، وهو بيع ما ليس بمال كالخمر، والمعلوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالأبق، وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين أي موقوف على إجازة الولي والأب والوصي...» (12).

هذا هو الأساس الذي يتحتم أن تقوم عليه المادة 146 من المدونة وهو الذي قصده المشرع المغربي، ومع ذلك فهو غير سليم، أي أنه كان على المشرع ألا يسوي نهائيا بين الجنون والسفيه، للفوراق الجمهورية بينهما، فالأول فاقد التمييز وعدم الأهلية والثاني يتمتع بتمتع التمييز غير أنه لم يبلغ درجة العقلاء أي أن المنطق السليم يقتضي تسوية الجنون بالصغير غير المميز، والسفيه بالصغير المميز، فتكون تصرفات الأول باطلة، وتصرفات الثاني قابلة للإبطال — أو جعلها موقوفة أي غير نافذة على أساس النظرية الإسلامية — وهذه هي التفردة التي اعتمدها بعض التشريعات العربية كالشريع السوري والمصري، فسوت الجنون بالصبي غير المميز أي جعلت تصرفاته باطلة، والسفيه بالصبي المميز وجعلت تصرفاته قابلة للإبطال. ويبدو هذا من المادة 115 مدني سوري و 114 مدني مصري التي جاء فيها: «يقع باطلا تصرف الجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر». 2 — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو المعتوه شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها. ونصت الفقرة الأولى من المادة 115 على ما يلي: «إذا صدر تصرف من ذي الفعلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام». وأهم هذه الأحكام ما نصت عليه المادة 111 مدني مصري — التي ورد فيها: 11 — إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. 2 — أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر».

وقد أنزل القانون الأردني الجنون منزلة الصغير غير المميز، والمعتوه منزلة الصغير المميز (المادة 128 مدني)، جاعلا الصغير والجنون والمعتوه محجورين لذاتهم، أما السفية وذو الفعلة فتحجر عليهما المحكمة، كما ترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في القانون (المادة 127 مدني).

(12) تراجع في هذا الشأن الباب الرابع من القسم الأول من هذا الكتاب الخاص بنقص البطلان في الفقه الإسلامي صفحة 77.

أما المشرع المغربي فلم يجعل المجنون ومن باب أولى المعتوه — الذي لم يتكلم عنه — محجوراً لذاته أو حكماً — على خلاف الصغير غير المميز والصغير المميز — وبمعنى آخر لا يحجر في القانون المغربي على المجنون أو المعتوه إلا بناء على حكم قضائي، وذلك طبقاً للمادة 145 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها: «المجنون والسفيه يحجر عليهما القاضي من وقت ثبوت حالتهما بذلك، ويرفع عنهما الحجر اعتباراً من وقت زوال المجنون والسفيه حسب القواعد الواردة في هذه المدونة، ويعتمد القاضي في ذلك أهل المعرفة وسائر وسائل الإثبات الشرعية».

وقد علق عبد النعم فرج الصده على حالات المجنون والعته والسفه والغفلة بما يتفق مع أفكارنا تقريباً، وموقف القانون السوري والمصري المشار إليه سابقاً، قائلاً: «وقد تقوم عوارض الأهلية قبل بلوغ الشخص سن الرشد فتؤدي إلى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، وقد تطرأ بعد بلوغ الشخص الرشد فتعده أهلية أو تنقصها. وهي عاهات تصيب العقل، وهي المجنون والعته أو عاهات تفسد التدبير وهي السفه والغفلة. وتختلف عوارض الأهلية عن السن في أنها لا تعدم الأهلية أو تنقصها إلا بتوقيع الحجر، ولا تعود الأهلية إلى الشخص بزوال العارض، وإنما يرفع الحجر بناء على زوال العارض... والمجنون والعته يعدمان الإرادة عند الشخص، فيكون تصرفه قبل الحجر باطلاً لانعدام الإرادة ويتعين إقامة الدليل على ذلك، ويكون تصرفه بعد الحجر باطلاً لانعدام الأهلية بمقتضى الحجر، أما السفه والغفلة فلا يعدمان الإرادة عند الشخص، فيكون تصرفه قبل الحجر صحيحاً، ويكون تصرفه بعد الحجر باطلاً أو قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية بمقتضى الحجر»⁽¹³⁾.

ونلاحظ أن المشرع المغربي لم يفرق بين تصرف المجنون والسفه قبل الحجر أو بعده، وإنما رتب على هذا التصرف الأثر نفسه بعد إقامة الدليل، سواء كان واقعاً قبل الحجر القضائي أو بعده، كما يتضح ذلك من الفصل 146 من قانون الأحوال الشخصية الذي جاء فيه: تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو السفه.

(13) مصادر الأثرام، طبعة 1960، صفحة 173، ويلاحظ أن الصده لا يصح حكمه فضلاً عن أنه بعد الحجر قائلاً: «اطلاً أو قابلاً للإبطال بسبب نفس الأهلية».

وبعبارة ثانية يكفي اعتبار تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة، إثبات أنها صدرت بعد الحجر، أما إذا صدرت قبل الحجر فلا بد من إثبات حالة الجنون أو السفه.

ونلاحظ أن القضاء الفرنسي⁽¹⁴⁾ لا يقف موقفاً قوياً من تصرفات أو عقود الصبي غير المميز، وتصرفات المجنون، فهو لا يقرر بطلانها وإنما يخارون الاكتفاء بفكرة الإبطال، وتطبيقها على سائر الحالات، وترفض هذا الاتجاه لصراحة النصوص وحزمها في هذا الشأن، ومن جهة أخرى فإن هذا الاتجاه القضائي يخالف المبادئ السائدة في الفقه الإسلامي.

ونلاحظ أن المشرع لم يتكلم عن المعتوه. والعته خلل يصيب العقل بدرجة أقل من الجنون، وقد عرفه الزيلعي بقوله: «من كان قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم، كما يفعل المجنون»⁽¹⁵⁾، وهو التعريف الذي أخذت به المجلة في المادة 245: «المعتوه هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلاً، وكلامه مختلطاً، وتدبيره فاسداً». وقد اختلفت التشريعات في أمر المعتوه فالقانون المصري سوى بينه وبين المجنون (المادة 114) أما القانون العراقي فقد اعتبر المعتوه كالصبي المميز (م 107) وكذلك الأردني المادة 128 التي جاء فيها: «1- المعتوه هو في حكم الصغير المميز. 2- المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل». أي أن له أهلية ناقصة. أما الشريعة الإسلامية فهي تفرق بين معتوه غير مميز، وتكون تصرفاته كتصرفات الصغير غير المميز أي باطلة، ومعتوه مميز أي تكون تصرفاته كتصرفات الصغير المميز وتكون تصرفاته قابلة للإبطال وتزى في هذا الاتجاه وجه الصواب، أي أن كان العته مطبقاً كانت عقود المعتوه باطلة، وإن كان العته خفيفاً أي أن المعتوه لا يضرب ولا يشتم وكل ما في الأمر أنه فاسد الأخلاق فيكون كالسفيه فاسد التدبير وتكون عقود معتوهه قابلة للإبطال.

وبالنظر إلى المادة 144 مدني مصري نجد أن تصرفات المجنون والمعتوه التي

(13) مكر: ويحتل هذا الاتجاه من قول مازو (الرجع السابق صفحة 193): «ولذا ارم شخص عقلاً، وهو لا يتمتع بأهلية الأداء — سواء لموجب طبيعي أو مدني فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً نسبياً...» والرغم من أن لعدام الأهلية الطبيعي يعدم الرضاء فإن المحاكم ترفض تقرير البطلان المطلق...».

(14) الزيلعي: تبين الحقائق وشرح كثير الدقائق الجزء 5 صفحة 191.

وختلاصة القول تعتبر الجنون، والعته المطبق بعدم الأهلية، وأنه من المنطق العلمي تسوية الجنون والمعتوه بالصبي غير المميز، واعتبار عقودها باطلة، إلا أن هذا لا يحصل إلا بتعديل نصوص المدونة، ورفع الخلط السائد بين فصولها. أما مشكلة ذي العقله واليقيه فستناولها في الفصول المخصصة لأسباب الإبطال في قانون الالتزامات والعقود المغربي حفاظا على الترتيب الذي سبق لنا أن وضعناه.

تبطل هي التي يقوم بها بعد تسجيل قرار الحجر أما التصرفات التي يقوم بها قبل تسجيل قرار الحجر، فلا تبطل إلا إذا كان الجنون أو العته شائعا وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها، ولا يوجد مثل هذا النص بهذه الدقة في التشريع المغربي، ولكن هذا هو الحكم الذي يجب أن يعطى للمادة 145 من المدونة المغربية التي تنص : «الجنون والفسه يحجر عليهما القاضي من وقت ثبوت حالتهما بذلك ويوقع عنهما الحجر اعتبارا من وقت زوال الجنون والفسه حسب القواعد الواردة في هذه المدونة ويعتمد القاضي في ذلك أهل الخبرة». ويرى مأمون الكزبري أن فقهاء المالكية اختلفوا في تحديد الشروط الواجب توافرها لإبطال التصرفات التي يجريها الجنون قبل الحجر عليه، فالبعض قال بأن مثل هذه التصرفات لا يمكن إبطالها إلا إذا قامت البينة، على أنها في اللحظة التي صدرت فيها، كان التصرف فاقتدا عقله، والبعض الآخر يعطي للحجر شيئا من الأثر الرجعي، إذا اعتبر أنه يكفي لإبطال التصرف الواقع قبل الحجر، إقامة البينة على أن سبب الحجر كان معلوما ومشهورا وقت اجراء التصرف المطعون فيه ونحن نميل إلى ترجيح النظرية الأخيرة لأن المادة 146 من المدونة تعتبر التصرفات التي يجريها الجنون غير نافذة بمجرد أنها صدرت في حالة الجنون، مما يوحي أن المشرع اعتد بالطرف الذي كان فيه الجنون أكثر مما اعتد باللمحظة التي وقع فيها تصرفه. يضاف إلى ذلك أن النظرية التي نقول بتريجيتها أكثر حماية لمصلحة التعاقد الجنون الذي هو أجدر بالرعاية من الطرف الآخر (15).

ثالثا : المحكوم عليه بعقوبة جنائية :
وهناك حالة ثالثة يمكن إلحاقها بحالات اعتماد الأهلية، وهي حالة الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية خاصة، فهذا الشخص وإن كان كامل الأهلية فانه يخضع للحجر لأسباب تعود إلى العقوبة من جهة، وحماية النظام العام من جهة ثانية، وعلى هذا الأساس فإذا قام المحكوم عليه بتصريف ما كان هذا التصرف باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 38 من القانون الجنائي المغربي : «الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه مباشرة حقوقه المالية طوال مدة تنفيذ العقوبة الأصلية، وله في جميع الأحوال أن يختار وكيلًا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق تحت إشراف الرضي القضائي المعين وفق أحكام الفصل التالي».

(15) مأمون الكزبري : المرجع السابق صفحة 160.

الفصل الثاني

تخلف الرضاء

سنتناول في هذا الفصل دور الرضى في العقد وحالات تخلفه، وأثرها على العقد.

أولاً : دور الرضى في العقد :

لم يعرف المشرع المغربي العقد، بل ترك أمر تعريفه وتحديدده للفقهاء والقضاء، وهذه الحالة الغالبة الكبرى من التشريعات كالشريعة السويسرية والمصري والسوري، ولكن يلاحظ أن هناك تشريعات خرجت عن هذا الأصل، كالشريعة الأردني الذي عرفه في المادة 87 التي جاء فيها : «العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في العقود عليه ويرتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر» وكذلك التشريع العراقي الذي عرف العقد في المادة 83 بأنه «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه «الوقد انتقد الفقهاء العراقي هذا التعريف وعلى الخصوص من ناحية الصياغة، إذ نجد عبد المجيد الحكيم يقول : «ويلاحظ على هذا التعريف أنه معيب من ناحية الصياغة، إذ فيه حشو كان بإمكان المشرع أن يتجنبه، فقد كان بإمكانه حذف عبارة «...الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر» والاكتفاء بالقول : العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول....» لأن الإيجاب والقبول ليسا إلا تعبيراً عن الإرادة، والتعبير عن الإرادة لا يمكن أن يصدر إلا من الإنسان الذي يروم الدخول في علاقة تعاقدية»⁽¹⁾

(1) هذا التعريف مأخوذ من الفقه الاسلامي نقلاً عن المادة 2620 من مرشد المحرران.

(2) المرجع السابق صفحة 32 على القامش.

ولا يكفي لقيام العقود وجود إرادة باطنة، وإنما يستوجب أن تخرج هذه الإرادة إلى عالم الوجود بتعبير صحيح. ولم يكن المشرع موفقاً عندما جعل التعبير عن الإرادة، من الأركان اللازمة لقيام العقد — انشاء الالتزام بعبارة المشرع المغربي — في حين أن الإرادة (Volonté) أو التراضي Consentement هو الركن الجوهري في العقد، أما التعبير فهو وسيلة إظهار الإرادة ونقلها إلى الطرف الثاني، أما بتعبير صريح Expresse أو بتعبير ضمني Tacite وهذا ما عبرت عنه المادة الأولى من القانون السويسري في دقة وسلامة تامة : «يتم العقد عندما يتبادل طرفاه عن طريق التوافق التعبير عن الإرادة، والتعبير قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً».

ومقومات التراضي هما الإيجاب والقبول، وبعبارة أخرى يتحقق التراضي بمطابقة القبول للإيجاب، ولذلك نصت المادة 23 مدني على أن «الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذ لم يقبل على الفور من الطرف الآخر ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون».

ولا يعدد بإيجاب الموجب، أو قبول القابل إلا إذا كان منتمياً بالإرادة وقت صدور الإيجاب والقبول، ولا يحول دون اتمام العقد العوارض التي قد تطرأ على رضائه فيما بعد، وهذا ما نصت عليه المادة 31 مدني : «موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ بعد إرسال إيجابه لا يحول دون اتمام العقد ان كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته أما إذا انعدمت أو تخلفت إرادة الموجب أو القابل أو الاثنين معا فإن العقد لا يقوم ويكون باطلاً».

ثانياً : حالات تخلف الرضى :

توجد فوارق جوهرية، بين انعدام الإرادة أو التخلف الكلي للرضاء، وبين عيوب الإرادة، فالإرادة التي يشوبها عيب الاكراه مثلاً، هي إرادة موجودة ولكنها ليست حرة، والإرادة التي يعورها عيب الغلط أو التدليس أو الغبن أو الاستغلال هي موجودة، ولكنها غير مبصرة ولكن إلى جانب هذه الحالات توجد حالات أخرى لا يتعيب فيها الرضاء وإنما ينعدم كلياً، ومن هذه الحالات انعدام التمييز، ويستمر في التشريع المغربي إلى أن يتم الصغير الثانية عشرة من عمره، والتمتع

ونفس الشيء، قام به المشرع الفرنسي الذي عرف العقد في المادة 1101 مدني التي تنص : «العقد هو اتفاق يلتزم بواسطته شخص أو عدد من الأشخاص نحو شخص آخر، أو عدد من الأشخاص، بأن يقدم له أو يقوم لصالحه بشيء أو الامتناع عن القيام بهذا الشيء» وهذا التعريف هو بدوره معيب في رأينا لأنه يقوم على أساس التفرقة بين العقد والاتفاق، هذه التفرقة التي نادى بها الشراح القدامى أمثال بوتييه (Pothier) ودوما (Domat) أي أنها يعتبران الاتفاق جنساً «Genre» والعقد نوعاً له (Espèce) وعلى هذا الأساس فالعقد عندهم أضيق من الاتفاق، ويعبرون عن ذلك بأن الاتفاق هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء أعلق بانشاء الالتزام، كالبيع أو ينقله كحوالة الحق، أو بتعديله كالزيادة في الأجرة وتقصير المدة أو إبطالها أما العقد فيحصرونه في نطاق انشاء الالتزام أو نقله. إلا أن الفقه الحديث يرفض هذه التفرقة لأنها لا تقوم على أساس قانوني ويعتبر كلمة «اتفاق» مرادفاً لكلمة «عقد» وأن العقد أو الاتفاق هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء تعلق الأمر بانشاء التزام أو نقله أو تعديله.

ويلاحظ أن المشرع المغربي لم يستقر رأيه على اصطلاح واحد فتارة يستعمل لفظة «الالتزام» Obligation (المادة الثانية) وتارة لفظة «عقد» Contrat (المادة 20 مثلاً) ومرة أخرى لفظة الاتفاق Convention (المادة 19 و22 مدني) وهذا النهج لا يستسيغه اللوق القانوني، لأنه قد يؤدي إلى الخلط مما يحتم التفرقة أولاً بين الالتزام وبين العقد أو الاتفاق لأن المقصود بالأول غير المقصود بالثاني، والاقتصار في التقنين على اصطلاح واحد، والاصطلاح الذي تفضله هو كلمة «العقد».

ومن التعريفات السابقة ننبين أن الرضى هو أساس العقد، يوجد بوجوده وينعدم بانعدامه. ويتجلى ذلك من المواد التالية. فالمادة 19 من قانون الالتزامات والعقود تنص على أنه : «لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية». والمادة الرابعة من المدونة تنص : «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقلين، وقبول للآخر...» ونصت المادة 175 من المدونة : «يشترط في الموصي أن يكون مميزاً، تصح الوصية من المجنون حال افاقته ومن السفيد».

والجنون⁽³⁾ سواء كان مطبقاً يستغرق جميع أوقات الجنون، أو مقطوعاً بحيث تعزبه فترات يثوب إليه عقله فيها وحالات الهيجان المرضي الذي يعدم حرية التصرف لدى المريض كمرض الموت في الفقه الاسلامي *Trouble maladié excluant la liberté* وانعدام الوعي أو الغيبوبة (*Inconscience*) وقد اعتمد القانون الألماني صراحة بهذه الحالات في المادة 105 التي تنص: «يعتبر باطلاً أيضاً التعبير عن الإرادة إذا كان صادراً في حالة غيبوبة، أو الهيجان العقلي المؤقت». وقد قضت الغرفة المدنية الفرنسية في حكم قديم لها، صدر في 7 مارس سنة 1864 بطلان الوصية، لأن الموصي كان في حالة من ضعف العقل *Imbecillité sénile* حرمة الإرادة، ونعمة التفكير⁽⁴⁾ وذهبت نفس الغرفة في حكم حديث، صدر عنها في 5 ديسمبر عام 1949 إلى أنه: «لا علاقة بين اثبات أن تحرير الوصية كان صحيحاً من الناحية القانونية، والاعتراف بعدم السلامة العقلية الذي سبب بطلان الوصية». أما المرض البسيط أو الضعف العقلي البسيط فلا يعدم الإرادة وبالتالي فلا ينهض سبباً للبطلان. وهذا قضت المحاكم الألمانية في 29 يناير 1936: «إن الضعف الإرادي البسيط، والتبعية البسيطة لشخص آخر لا تستبعد الإرادة...»⁽⁵⁾.

ولم يتعرض المشرع الغربي لحالات المرض هذه بالتفصيل رغم خطورتها وأهميتها في التصرفات القانونية، فهي تعلم الرضى، وتبطل العقد، وأما أشار ببساطة تامة في المادة 54 مدني إلى أن أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القاضي، ويلاحظ في هذا الشأن أن هذه المادة غامضة وغير كافية، إذ أن المرض أنواع فمنه الشديد الذي قد يذهب بالعقل، والتفكير، كالهيجان العقلي، والجنون، فمثل هذا المرض يجعل الرضاء معدوماً نهائياً، والعقد باطلاً لدى الرأي السائد في الفقه والقضاء والتشريع وهناك نوع آخر يقل تأثيره على الإرادة عن تأثير النوع الأول، فمن الصائب أن يتحول الإبطال، وهناك المرض البسيط الذي لا يؤثر نهائياً على الإرادة ويكون العقد في هذه الحالة صحيحاً، وهذه الحالات لا تبدو من ظاهر النص وإن وجب تفسيره على هذا الأساس، وخاصة أن النص نفسه يحول للقضاء سلطة تقديرية في هذا الموضوع، رغم ما قد يتولد عن هذه السلطة من عيوب قد تؤدي إلى اختلاف

(3) راجع الفصل الأول من هذا الكتاب المعلق بالأهلية لمرة موقف المشرع صفحة 129.
(4) الفريد: كتاب دور الإرادة في التصرفات القانونية في القانون الألماني والفرنسي صفحة 18.
(5) الفريد: كتاب دور الإرادة في التصرفات القانونية في القانون الألماني والفرنسي نفس الصفحة السابقة.

الأحكام باختلاف مبول القضاء، وتقديراتهم الشخصية ويبدو هذا من قرار المجلس الأعلى، الصادر في أول أبريل 1967 والذي جاء فيه: للقضاء سلطة تقديرية في تحديد أسباب الإبطال المبينة على حالات المرض، وغيرها من الحالات المشابهة، وعليه يكون الرضاء صحيحاً متى كانت الشهادة الطبية المقدمة تفيد بأن البائع كان في حالة ضعف جسماني أكثر منه معنوي، ولا تؤكد أنه كان في وقت البيع لا يدرك مضمون وقيمة التصرف الذي وقعه⁽⁶⁾، وعلى هذا الأساس قضت محكمة الاستئناف بالرباط في حكمها الصادر في 8 يوليو 1925 على أنه: «تعتبر باطلة في ظل القانون الاسلامي الهبة التي يرتضيها الوهاب في الرمز الأخير من حياته⁽⁷⁾ ومهما كان الأمر ورغم عدم صراحة النص فإن الأمراض الشديدة كالهيجان العقلي ومرض الموت الذي يطلق عليه في الفقه الغربي اصطلاح «Moribonds» يعتبر من أسباب تخلف الإرادة، وبطلان العقود، ويرى الفريديريك في هذا الشأن «أن المحاكم تذهب إلى تقرير بطلان التصرف — كعقد البيع مثلاً —، في كل الحالات التي تبين فيها أن الشخص كان في مرض الموت أي قام بالتصرف بسويعات قليلة قبل أن يلقى حتفه، لأنه لا يستطيع والحالة هذه أن يعبر عن أي رضاء⁽⁸⁾». ونرى من اللازم هنا أن نبين موقف المشرع الغربي من هذا النوع الأخير من الأمراض وخاصة مرض الموت فتجد أنه قد تناوله بتفصيل في مواد البيع، حيث فرت المادة 479 مدني بين التصرف الذي يجزبه المريض في مرض الموت لأحد ورثته بقصد عصاباته وأخضعته للمادة 344 مدني، وبين التصرف الذي يجزبه لغير وارث، وطبق عليه المادة 345، وهذا ما نصت عليه المادة 479: «البيع المقنود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344؛ إذا أجرى لأحد ورثته بقصد عصاباته كما إذا بيع له شيء بشئ يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية أو اشترى منه شيئاً بشئ يجاوز قيمته».

أما البيع المقنود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345. وإذا رجعنا إلى المادتين 344 و345، نجد أن التصرف في الحالة الأولى يكون باطلاً، إلا إذا أقره الورثة، إذ جاء في المادة الأولى: «الابراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح

(6) مجلة المحاكم المغربية «Gazette» عدد 1212 صفحة 78.
(7) مجلة المحاكم المغربية عدد 193 لسنة 1924 — 1925.
(8) المرجع السابق صفحة 18 وما بعده.

إلا إذا أقره باقي الورثة. وفي الحالة الثانية يكون هذا التصرف صحيحا في حدود ثلث ما تبقى من التركة بعد سداد الديون ومصروفات الجنازة، وهذا ما نصت عليه المادة 345: «الأبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته».

ويعتبر السكر إذا كان تاما من أسباب تخلف الرضاء، في القوانين الحديثة لأن السكر التام يفقد التمييز، ويعدم الرضى، أي يجعل العقد باطلا، وهذا ما سار عليه الفقه والاجتهاد القضائي في فرنسا، فلقد قضت محكمة رين (Rennes) في 6 يونيو عام 1881 — وأخذت به محكمة نيم (Nîmes) في 29 يناير 1890 — أن السكر يعتبر من أسباب بطلان الاتفاقات عندما يكون الطرف الثاني قد استعمله كوسيلة احتيالية لجعل التعاقد معه في مثل هذه الحالة (9). ويرى ريك (Rieg) أن السكر التام (ivre mort) يعدم الرضاء دون شك، ولكن من النادر أن يكون السكران فاقدا لكل بصيص من الوعي أو كما قالت حديثا محكمة دجون (Dijon) لا يكون السكر سببا لبطلان الاتفاقات إلا إذا كان من طبيعته أن يعدم التمييز (10). ويرى القانون الإنجليزي بين نوعين من التصرفات: التصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة، والتصرفات التي تتم نتيجة توافق لإرادتين، وإن السكر يطيل التصرفات الأولى دون الثانية ويفسر السهوي سلك التشريع الإنجليزي بمقالة هذا الأخير في المحافظة على استقرار المعاملات (11). وأما فقهاء الاسلام فقد اختلفوا في السكر باعتباره من أسباب تخلف الرضاء، وبطلان العقود، فالرأي السائد عند الحنفيين هو أن السكر لا يؤثر على الأهلية وبالتالي على الرضاء، وقد علق على هذا الرأي المحمدي بقوله: «وأنت ترى أن هذا القول فيه بعض القسوة والشدة، وهو فوق ذلك مخالف للقياس الذي جعل العقل والتمييز ركنا لكل عقد أو تصرف، فلا غرو إذن من أن نجد طائفة من الفقهاء المسلمين قد ذهبوا إلى خلاف ذلك، فقالوا بأن تصرفات السكران غير لازمة لأن العقل شرط في المعاملات ولأن السكران ليس من ذوي الألباب بل إنما هو كالمتوه لا يعقل ما يفعل ولا يعلم ما يعقد عليه (12) وعلى هذا الأساس سار الامام الشافعي، وأحمد بن حنبل. أما الامام مالك فاتخذ سبيله خير الأمور أوسطها، فذهب الى أن

(9) دلو (Daloz) صفحة 447.

(10) المرجع السابق صفحة 19.

(11) المرجع السابق صفحة 173 على الخامس.

(12) المرجع السابق صفحة 157.

السكران تلزمه الجنائيات والعقوبات والحدود، ولا تلزمه الاقرارات والعقود، وموقفه هذا يتفق مع الفقه والقضاء والتشريع الحديث، فلقد سار واضعو المشروع التمهيدي المصري في هذا الاتجاه أي اعتبروا حالات المرض الشديدة والهجاء، والسكر من أسباب تخلف الرضاء وبطلان العقود، فكانت المادة 127 التي حذفت في المشروع النهائي تنص: «يكون التعبير عن الإرادة باطلا إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبوبة أو هو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتيا، بحيث يكون هذا الشخص فاقد التمييز» وورد في المذكرة الايضاحية في هذا الشأن: «يقصد من هذا الحكم الى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكفي لفقد الأهلية بوجه دائم، وإن استتبت فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائما، كما هو الشأن في الغيبوبة والسكر والتوهم المغناطيسي» وهذه المبادئ التي استقرت عليها أحكام المحاكم وآراء الفقه وأغلب التشريعات هي التي يجب أن تطبق في ظل التشريع المغربي، وخاصة أن تشريعنا اعتمد بها في حالات خصوصية كحالة المسؤولية المدنية، إذ نصت المادة 93 مدني على ما يلي: «السكر إذا كان اختياريا، لا يحول دون المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجرائم، وأشياء الجرائم، ولا مسؤولية مدنية إذا كان السكر غير اختياري، وعلى المتابع إثبات هذه الواقعة» وفي مواد الطلاق نصت المادة 49 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: «لا يقع طلاق السكران بالطاغ والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا أو اشتد غضبه».

ويعتبر الفقه الحديث المحدث الدين والتشكر *La haine aveugle et ingrate* والغضب الشديد الذي قد يستولي على التصرف في أعمال التبرعات من أسباب تخلف الرضاء وبطلان العقود وإن كان الأمر يخضع لسلطة القاضي، وقد قضت بعض المحاكم في فرنسا: «بحق لقضاء الموضوع في إثباتهم، وتقديرهم للوقائع، والأسباب أن يصرحوا أنه في وقت ارتضاء الوصية، كان الموصي قد أبان عن حقد دفين وخلق فاسد نحو أطفاله بدرجة لا يمكن أن تفسر إلا أنها ناجمة عن خلل عقلي (Insanité d'esprit) يتولد عن حالة مرضية (13)».

وإذا كانت هذه هي أحكام الأمراض المعنوية أو البسيكولوجية، أو العقلية، فما هي أحكام بعض المعاهدات التي قد تصيب جسد الانسان، كالشخص الذي قطعت يده لا يستطيع أن يوقع العقد، والأصم لا يمكنه أن يسمع عروض

(13) الفريديريك: دور الإرادة في التصرفات القانونية في القانون الفرنسي صفحة 20.

ويعتبر الغلط المانع *Erreur obstacle* من حالات تخلف الرضى الذي يعلم الإرادة، ويجعل العقد باطلا، والغلط المانع هو الذي أشارت إليه النظرية التقليدية الفرنسية في الغلط وهو :

1 - الغلط الذي يقع في ماهية العقد : ومن أمثله أن يقدم إلى شخص مبلغ من المال على سبيل القرض فيعتقد أنه على سبيل الهبة، ويمثل مازو (Mazeauds) لهذا النوع من الغلط فيقول : «إذا أراد شخص أن يبيع إلى شيء، فاعتقده عارية أو هدية، ففي مثل هذه الحالة لا يوجد بيع ولا عارية، ولا هدية، وكذلك إذا أبرم شخص عقدا مع شركة للتأمين التبادلي وكان المؤمن عليهم يشتركون في خسارتها، في حين أن صاحبنا اعتقد أنه يتعامل مع شركة يقوم التأمين فيها، على أساس الأقساط المحددة، فإن مثل هذا العقد يعتبر باطلا لوقوعه على ماهية الشيء أو طبيعته (15)».

2 - الغلط الذي يقع في ذاتية الشيء محل العقد : ومن أمثله أن يرغب المشتري في شراء المحل التجاري الكائن بشارع محمد الخامس، في حين أن الطرف الثاني يريد بيع المحل التجاري الموجود في حي أكادال، ويمثل السهوري لهذا النوع من الغلط فيقول : «كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع أحدهما، والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى (16)».

ويضيف الفقيه مازو الغلط في الثمن فيقول : «إذا كان مبدئيا الغلط في القيمة الذي يعيب إرادة أحد الطرفين لا ينظر إليه، فإن الغلط في الثمن يعتبر غلطا مانعا، فإذا كان البائع يرغب في الحصول على ثمن معين (مثلا 250 فرنكا) وأنا أريد الشراء بشمن آخر أقل (مثل 150 فرنكا) فلا يوجد بيع نهائيا وقد نصت على مثل هذه الحالة المادة 488 من قانون الالتزامات والعقود : «ويكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقله، أحدهما بالبائع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى» وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في حكمها الصادر في 28 نوفمبر 1922 والذي جاء فيه : «لا يعتبر البيع تاما إلا إذا اتفق طرفان على الشيء والثمن (17)» وكذلك يأخذ القانون الألماني بالبطان في مثل هذه الحالة في الفقرة 1 من المادة 119 من القانون المدني.

(15) مازو : محروس في القانون المدني الجزء الثاني الطبعة الثالثة 1966 صفحة 130.
(16) السهوري : الوسيط الجزء الأول طبعة 1952 صفحة 290.
(17) مجموعة أحكام محكمة الاستئناف لسنة 1923 - 1924.

وشروط الطرف الآخر، والأبكم لا يستطيع أن يعبر عن إرادته صراحة، وبعبارة أخرى هل تعتبر هذه العاهات من أسباب تخلف الرضى، وبالتالي من أسباب بطلان العقد، أم أنها لا تؤثر على الإرادة نهائيا ؟ وهل يكون العقد في هذه الحالة صحيحا ؟ إن الرأي السائد في الفقه هو أن هذه الأمراض، لا تعوق وجود الإرادة ما دامت غير مصحوبة باضطرابات عقلية، ويرى الفريد ريك أنه لا يظهر — كما ذهب البعض — إن الإرادة في مثل هذه الحالة غير صحيحة بدعوى أن حالة الشخص قد نقصت مؤقتا أو نهائيا (14)، وهذا يتفق مع ما سار عليه المشرع المغربي في مواد الأحوال الشخصية إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 4 على أنه : «... يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن الطلق بالكتابة إن كان يكتب ولا فيإشارته المعلومة، وهو ما أكدته كذلك المادة 97 من قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بالمسؤولية المدنية التي ورد فيها : «الصمم والبكم وغيرهم من ذوي العاهات يسألون عن الأضرار الناتجة من أفعالهم أو أخطائهم إذا كان لهم من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أفعالهم».

ومن حالات تخلف الرضى كذلك أن تكون الإرادة غير جدية *Absence D'intention*، أي هازلة أو أن يكون الشخص قد أظهر رغبته في التعاقد دون نية التحمل بالالتزام، ففي هذه الحالة لا يوجد تصرف قانوني، أو تعاقد لتخلف الإرادة. وقد نصت المادة 118 من القانون الألماني على هذا حيث جاء فيها : «يتخلف الرضى أيضا في حالة اضمار بعض التحفظات والقيود *Réserve Mentale* ويلاحظ في هذا الباب أن المشرع المغربي لا يعتبر الإرادة متخلفة هنا وكل ما في الأمر أنه اعتبر هذه التحفظات والقيود لاغية وهذا ما نصت عليه المادة 21 من قانون الالتزامات والعقود : «التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقض ولا تقيّد «*ni infirmer ni restreindre*» تار التعبير عن الإرادة المستفاد من ظاهر اللفظ» وقد جمع كل من بلايول وريبير واسمين الحالات السابقة في العبارة التالية «يتوجب لإنشاء الالتزامات أن تكون الإرادة جادة ويعتبر كأن لم يكن الاتفاق مع شخص هازل، أو مضمر لتخلفات لم تنه إلى علم الطرف الآخر أو متمسك بشروط صريحة» (14) مكرر.

(14) المرجع السابق صفحة 21 وما بعدها.
(14) مكرر المرجع السابق نفس الصفحة.

يصلح أن يكون تعبيراً عن الرضى أي أن الرضى في غير تلك الحالات يكون متعدياً والعقد باطلاً.

هذه هي الحالات التي يعدم فيها الرضى، فما هو أثر هذا الانعدام على العقد؟

ثالثاً : أثر تخلف الرضى على العقد :

الأصل أن الرضى ركن جوهري وأساسي في العقد، يوجد بوجوده، ويبتل بانعدامه، وهذا هو المبدأ العام الذي نصت عليه المادة 306 أي أن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفعه بغير حق تنفيذاً له.

وبلاحظ أن المشرع قد خرج عن هذا المبدأ في حالات عديدة أهمها أنه اعتبر الغلط الذي يقع على ذاتية الشيء⁽¹⁸⁾ من أسباب الإبطال، في حين أنه غلط مانع — بإجماع الفقه والقضاء — أي أنه من أسباب البطلان. وقد انتقد الفقه هذا المسلك فمأمون الكزبري يرى أن موقف المشرع المغربي كان سليماً عندما تخاض، وهو يبحث في الغلط كعيب من عيوب الرضى، ذكر الغلط الواقع في ماهية العقد أو في وجود المحل المتعاقد عليه أو في سبب الالتزام، ولكن موقفه لم يكن كذلك عندما أقدم في المادة 41 على حشر الغلط الواقع على ذاتية الشيء مع أنواع الغلط الأخرى التي تعيب الرضى، إذ أن مثل هذا الغلط هو من قبيل الغلط المانع الذي ينتفي مع الرضى ويمنع انعقاد العقد⁽¹⁹⁾ وهذا الاتجاه الأخير هو الذي سار عليه الاجتهاد القضائي في المغرب إذ جاء في حكم صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط، في 28 نوفمبر سنة 1922 : «إن البيع لا يعتبر تاماً إلا إذا تم اتفاق الأطراف على الشيء والتمن، وأن الغلط في الشيء يعدم العقد وهو كذلك لما يعتقد المشتري أنه سيحصل على قطعة معينة من أرض بينما يقصد البائع قطعة أخرى⁽²⁰⁾».

والحقيقة أن هناك اختلافاً قوياً في الفقه الفرنسي حول أثر تخلف الرضاء وانعدام الرضى على العقد، فهناك طائفة من الفقه ترى أن في مثل هذه الحالة

(18) نصت المادة 41 : «يحل الغلط الإبطال، إذا وقع في ذاتية الشيء، أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى».

(19) مأمون الكزبري : المرجع السابق صفحة 80.

(20) أنظر مجموعة أحكام محكمة الاستئناف بالرباط 1923 - 1924.

3 — الغلط الذي يقع في السبب : إن الفقهاء الحداثيين يعتبرون الغلط في السبب غلطاً مانعاً أي يعدم العقد ولكن يجب أن نميز بين نوعين من السبب : سبب الالتزام وهو الغرض المباشر المجرد (Cause concrète) الذي يقصد الالتزام الوصول إليه من وراء التزامه، وسبب العقد وهو الباعث الدافع إلى التعاقد (Cause abstraite) وأن الغلط في سبب الالتزام، هو وحده الذي يعتبر غلطاً مانعاً، ولقد وصفته محكمة النقد الفرنسية بعد إبري ورو «بأنه غلط في القاعدية القانونية لسبب التعهد» ومن أمثاله العامل الذي يقبل التوفيق عن حادثة شغل وهو يجهل درجة العطل، وكذلك الشخص الذي يتعهد باصلاح ضرر لم يكن سبباً في إحداثه.

وبلاحظ أن هذا النوع من الغلط — الغلط المانع — يعدم الإرادة، لأنه يتعلق بوجودها، ففي كل الأمثلة السابقة لم تتوافق الإرادتان على العناصر الأساسية للعقد مما يجعل العقد باطلاً.

أما السكوت فلا يصح بإجماع الفقه أن يكون تعبيراً عن إرادة الموجب، أما بالنسبة للقبول، فقد استقر الرأي على أن السكوت المجرد، أي الذي لا يقرن بظروف وملابسات يمكن أن يستنتج منها الرضى، لا يصلح لأن يكون تعبيراً عن إرادة القابل استناداً إلى القاعدة الشرعية ولا ينسب لساكت قوله ومن أهم هذه الملابسات في التشريع المغربي، أن يكون الرد بالقبول غير مطلوب، أو لا يقتضيه العرف التجاري، أو يتعلق بالإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين، وهذا ما يستنتج من المادتين 38 و25 من قانون الالتزامات والعقود، ذلك أنه جاء في الأولى : «يسوغ استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضراً أو على علم بحصوله على وجه سليم، ولم يتعرض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته». وفي المادة الثانية : «عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب، أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري، فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه، ويكون السكوت عند الرد بمثابة القبول، إذا تعلق بالإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين».

ومن هذين النصين يتبين لنا أن السكوت البسيط أو المجرد الذي لا تحوطه ظروف، وملابسات — كالظروف التي أشارت إليها المادتان 38 و25 — لا

والحقيقة أن تقرير البطلان في بعض حالات تخلف الرضى قد يؤدي إلى المس ببدأ استقرار المعاملات، لذلك فلا مناص من البحث عن وسائل تحفظ للتجارة حيوياتها وللمعاملات استقرارها، وللعادلة حرمتها، ولقد تبنى القانون الألماني إلى هذه المخاطر وعمل على خلق الوسائل السليمة لتلافيها في إطار القواعد العامة التي تقرر البطلان، فذهب هذا القانون الأخير إلى أن العقد لا يكون باطلا في حالة إضمار التحفظات *Réservé mentale* إلا إذا كان الطرف الآخر على علم بها، وأنه إذا بطل العقد لعدم جدية الرضى، فإنه يحق للطرف الآخر أن يطالب بتعويض (النفعة التعاقدية السلبية) *L'intérêt contractuel négatif*، ولذلك نصت المادة 21 من قانون الالتزامات على أن: «التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقض ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفاد من ظاهر اللفظ».

ونرى في هذه المبادئ، وسائل قوية للمحافظة على استقرار المعاملات والضرورة التجارية، وحسن النية، وهي طريقة أسلم من طريقة تقرير نظام الإبطال في حالات تنعدم فيها الإرادة نهائيا، لأن في هذا مسا خطيرا بالمبادئ العامة، وتقويضا لأهم أركان العقد وهو التراضي.

لا يكون العقد باطلا فحسب، وإنما يكون منعدما (21)، إلا أن الأغلبية الساحقة من الفقه ترفض نظرية الانعدام للاعتبارات السابقة، وهناك طائفة ثانية تذهب على تقيض الفريق الأول إلى أن انعدام الرضى هو من أسباب الإبطال لا البطلان، بدعوى المحافظة على مبدأ العدالة، واستقرار المعاملات، وهناك فريق ثالث يرى أن انعدام الرضى تارة يكون من أسباب البطلان وتارة أخرى من أسباب الإبطال، فهو يقول بانعدام الرضى، وبطلان العقد، إذا كان الرضى غير جدي، أو كان صادرا من طفل غير مميز ويكون الرضى موجودا إلا أنه متعيب، ويكون العقد قابلا للإبطال في حالة الجنون والسكر، وحجبتهم في ذلك أن قانون الجنائيات والعقوبات، يعتمد مثل هذه التفرقة حيث يأخذ بظروف التشديد، وظروف التخفيف والاعفاء، بحسب السكر والجنون وغيرهما من الحالات، وقد أخذ القضاء الفرنسي فعلا يميل إلى هذه الأفكار ويبدو هذا من قول الأخوة مازو: «... وبالرغم من أن انعدام الأهلية الطبيعي يعدم الرضى، فإن المحاكم ترفض تقرير البطلان المطلق فهي لا تريد في الواقع أن تحول للمتعاقد مع المجنون حق التمسك ببطلان تصرف يراه غير مفيد له (22). وهذا الاتجاه الجديد لا يقوم على أساس قانوني، وأن التفرقة التي أقامها هذا الفريق الأخير لا نجد لها سنداً منطقياً، وتتناقض مع المبادئ العامة التي وضعها المشرع الفرنسي، ولقد وجدت مثل هذه الأفكار بعض الصدى في تشريعنا كما هو الشأن في المادة 41 من قانون الالتزامات والعقود، ولكن رغم ذلك فهذا الاتجاه عار من السند القانوني، وتعوذه الحجة القاطعة لذا يعتبر أن المشرع المغربي، قد وقع في هفوات من اللازم تلافيها في المستقبل، ويؤيد وجهة النظر هذه أن هناك إلى جانب المذاهب الفقهية السابقة، فريق رابع قوي يعتبر انعدام الرضى أو تخلفه يطل العقد بصراحة النصوص، وأن الأفكار السابقة تؤدي إلى الخلط بين انعدام الإرادة، وبين عيوبها، أو إلى التسوية بين أثرهما وهذا لا يقلل للفوارق الجوهرية بين إرادة معدومة، وإرادة موجودة، كل ما في الأمر أنها معيبة، أو كما رأى الفريدريك أنه لا يمكن أبداً أن يتحول انعدام الرضى إلى عيب في الرضى (23)».

(21) راجع الباب الثاني من هذا الكتاب الخاص بتقسيم البطلان في القانون والفقه والقضاء الفرنسي صفحة 45.

(22) المرجع السابق صفحة 130 وما بعدها.

(23) المرجع السابق صفحة 33.

الفصل الثالث

تخلف المحل

مستناول في هذا الفصل تعريف المحل، وتحديد، وعدم وجود المحل، واستحالته، وعدم تعيينه وعدم مشروعيته كأسباب للبطلان.

أولاً : تعريف المحل وتحديد:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان المحل ركناً في الالتزام أم ركناً في العقد، ونرى للوصول إلى وجه الصواب، لابد من التمييز أول الأمر، بين محل العقد ومحل الالتزام، فمحل الالتزام هو الأداء الذي يتعهد المدين القيام به للدائن، ويختلف باختلاف المتعاقدين، فقد يكون عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أو نقل حق عيني، أما محل العقد فهو في رأي بعض الفقه انشاء الالتزام. وقد انتقد مازو هذا التحديد الذي وضع لمحل العقد ورأى فيه على حقي تحديداً غير صحيح لأن انشاء الالتزام ليس محلاً للعقد، وإنما هو أثر له ⁽¹⁾، وهذا هو السبب الذي دفع كلا من بلاثيول «Planiol» وريبر «Ripert» وبولانجي «Boulangier» إلى التأكيد بأنه ليس للعقد محل، ويبدو هذا من قولهم إذا اعتمدنا التحليل القانوني فليس للعقد محل وإنما له أثر. وتبدو هذه الآثار في انشاء الالتزامات، وهذه الالتزامات هي التي لها محل ⁽²⁾ والأصل أن لكل من الالتزام والعقد محل، ومحل هذا الأخير هو الذي حدده مازو بأنه العملية القانونية التي يريد الأطراف تحقيقها من وراء العقد وبهذا يميز محل العقد، عن محل الالتزام، فقد يكون محل الالتزام صحيحاً ولكن العقد باطلاً، لأن العملية القانونية تخالف النظام العام، أو حسن الآداب.

(1) مازو : المرجع السابق صفحة 193.

(2) بلاثيول وبولانجي : الوسيط في القانون المدني الجزء الثاني طبعة 1957 صفحة 99.

من الحل الذي تقصده ركنا في الالتزام لا في العقد، وهذا ما تسير عليه الغالبية الكبرى من الفقه، وإن كان هناك فريق آخر يرى في الحل ركنا في العقد.

والحقيقة أن الحل ركن مباشر في الالتزام، وركن غير مباشر في العقد لأن الإرادة التي تتجه إلى التعاقد تكون دوماً وأبداً على بينة من الحل، أو لأن العملية القانونية هي التي تولد الالتزام. وعلى هذا الأساس فمحل الالتزام هو في نفس الوقت محل العقد بطريق غير مباشر. وعليه فإن كان محل الالتزام صحيحاً كان العقد صحيحاً — إن توافرت شروطه الأخرى — وإن كان محل الالتزام باطلاً كان العقد بدوره باطلاً، وأن ما يشترط في صحة محل الالتزام، يشترط في صحة العقد نفسه، ولذلك نرى مازو يقول: «ويمكن جمع أركان العقد في ثلاثة أساسية: الرضى والحل والسبب... وجزاء تخلفها البطلان» (4).

وبلاحظ أن الشروط التي يتطلبها القانون لصحة محل الالتزام، وبالتالي لصحة العقد، هي أن يكون الحل موجوداً، ويمكننا — أي غير مستحيل — ومعينا أو قابلاً للتعين ومشروعاً، ذلك أنه إن تعيب شرط منها أو تخلف كان الالتزام باطلاً، وكان العقد بدوره باطلاً. وهذه الشروط التي يترتب على تخلفها أو عدم صحتها البطلان هي موضوع دراستنا، أما محل العقد فلا يتطلب فيه القانون سوى شرط واحد وهو أن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام وحسن الآداب.

وبلاحظ أنه يلزم توافر شرط المشروعية هذا في محل الالتزام وفي محل العقد، وإن تخلف في أحدهما ترتب البطلان، لذلك وبالنظر لأهمية هذا الشرط واتصاله بفكرة النظام العام التي أصبحت تحتل مكاناً بارزاً في القوانين الحديثة سنخصص له فصلاً مستقلاً تحت عنوان: «خرق قواعد النظام العام، والأخلاق الحميدة والآداب العامة كسبب للبطلان».

ثانياً: أن يكون الحل موجوداً وغير مستحيل ونافعا:

يشترط لصحة العقد أن يكون محل الالتزام موجوداً عند إبرامه، فإن تخلف كان العقد باطلاً. ويعلق مأمون الكزبري على هذا الشرط بقوله: «وقد يبدو

(4) راجع مدخل هذا الكتاب المتعلق بأسباب البطلان والإبطال في التشريع المغربي صفحة 111

إذا رجعنا إلى التشريع الفرنسي نجد بعيداً عن مثل هذا الوضوح، ذلك أن المادة 1126 مدني لم تميز بين محل العقد، ومحل الالتزام فهي تنص على أن: «الحل كل عقد هو شيء يلتزم باعطائه أحد الأطراف أو الالتزام بعمل، أو الامتناع عن عمله وقد سلمت من هذا الخلط تشريعات أخرى كالتشريع العراقي الذي ينص في المادة 126 على أنه: «لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه، يكون قابلاً لحكمه» والتشريع اللبناني في المادة 176 التي تنص: «أن الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات، على أن هذا الغرض لا ينال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها صفات معينة»، وبلاحظ أن القانون اللبناني يميز بين محل العقد، ومحل الالتزام، ولكن فاته الدقة القانونية إذ يجعل محل العقد هو إنشاء الموجبات أي الالتزامات في حين أن إنشاء الالتزام هو الأثر القانوني وإن العملية القانونية هي محل العقد.

أما التشريع المغربي فهو من التشريعات التي ميزت بين محل العقد، ومحل الالتزام ويبدو هذا من المادة الثانية من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أن: «الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة... شيء يحقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام، ولكن يلاحظ أن المشرع المغربي بدوره قد فاته الدقة القانونية، فمحل الالتزام ليس شيئاً (Chose) ولكنه هو الأداء (Prestation) الذي قد يكون إيجابياً كالعمل، أو سلبياً كامتناع، أو الذي قد يتمثل في بعض الأحيان، في نقل حق عيني والذي يطلق عليه في اصطلاح شائع غير دقيق — في هذه الحالة الأخيرة — شيئاً (3) كما سمته المادة 1126 مدني فرنسي، والمادة الثانية مدني مغربي كما أن هذه الفقرة الثالثة من المادة الثانية لم تذكر سوى الشيء وهذا يتناقض مع ما قرره المادة 57 مدني من أن الأفعال والحقوق المعنوية تصلح وأن تكون محلاً للالتزام إلى جانب الأشياء، حيث نصت على أن: «الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها».

وإذا قمنا بنظرة على هذه المواد — باستثناء المادة الفرنسية — نجد أنها تجعل

(3) ويقول مازو (المرجع السابق صفحة 195) فمن جهة أن الحقوق الشخصية والمعنوية لا ترد على الأشياء، ومن جهة ثانية، أن الحقوق العينية، وإن كانت ترد على الأشياء، فإن العقد ينقل الحق لا الشيء.

لأول وهلة أن فرضية انتفاء وجود الحل في الالتزام التعاقدى فرضية خيالية. ولكن الواقع خلاف ذلك إذ قد يحصل أن يتم تصاعد يشأ عنه التزام لا محل له، كأن يكون الشيء أو الحق المتعاقد عليه قد هلك أو انقضى قبل التعاقد كما في إيجار بناء تهدم قبل الإيجار بفعل حريق أو في بيع سفينة غرقت قبل البيع، أو في حوالة دين اتضح أنه سدد قبل الحوالة أو كأن يعقد شخص تأمينا لضمان مسؤولية يعتقد أنها تلزمه، في حين أن هذه المسؤولية لا تترتب عليه في الواقع، فهكذا مثلا لا يتحمل الوديع مسؤولية هلاك الوديعة أو تلفها إذا حصل ذلك بقوة قاهرة أو حادث مفاجيء (المادة 806 و807). فإذا ما عمد الوديع إلى إبرام عقد تأمين لتضمن له شركة التأمين مسؤوليته عن هلاك الوديعة بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجيء، وقع التزام شركة التأمين باطلا لانعدام محله ما دام أن المسؤولية المأمون عليها غير مترتبة على المؤمن له (5).

ولا يكفي أن يكون الحل موجودا، وإنما يتوجب أن يكون ممكنا، غير مستحيل وإلا كان العقد باطلا. وهذا ما نصت عليه المادة 59 من قانون الالتزامات والعقود من أنه: «يطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا أما بحسب طبيعته أو بحكم القانون».

ويلاحظ أنه يمكن الوصول إلى هذه النتيجة أي بطلان العقد في مثل هذه الحالات عن طريق آخر غير الحل، وهي طريق الرضى، ذلك أن القانون يشترط في كثير من الحالات لانعقاد العقد أن يتم التراضي على الشيء والتمن، فاللادة 488 مدني المتعلقة بالبيع تنص على أنه: «يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على البيع والتمن وشروط العقد الأخرى» وقضت محكمة الاستئناف الرباطية: «فإن البيع لا يعتبر تاما إلا إذا تم اتفاق الأطراف، على الشيء والتمن وإن الغلط في الشيء يعدم العقد (6)» ونصت المادة 628 من قانون الالتزامات والعقود في مواد الكراء على أنه: «يتم الكراء بتراضي الطرفين على الشيء وعلى الأجرة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد». وفضلا عن ذلك يشترط لكي يكون العقد

(5) مأمون الكبري: المرجع السابق صفحة 176 - 177.
(6) راجع الحكم السابق في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذا الكتاب الخاص بأسباب الإبطال في قانون الالتزامات والعقود صفحة 225.

صحيحا، أن يكون محل الالتزام نافعا، «utile» فإذا باع شخص دارا لآخر، بدمهين، فإن هذا البيع يكون غير صحيح أي باطلا - وأن أمكن اعتباره عقد هبة إن توافرت شروطه - ويرى هنري دوباج: «إن التصرف الذي لا يعود على صاحبه اقتصاديا أو بحسب الظروف بأية منفعة «Utilité» عقد بلا محل (7)» وبمثل هذا قضت محكمة الاستئناف الرباطية في 30 مارس 1934: «إن عقد التأمين على حادثة شغل التي قد تترتب عن خطر استعمال أدوات مشروع يعتبر بلا محل إذا توقف المشروع عن العمل (8)» أي أن المحكمة اعتبرت عقد التأمين لا محل له، لأن المشروع لم يعد نافعا. ولا يشترط والحالة هذه أن تكون منفعة المحل مادية تقوم بالنفود، وإنما يسوغ أن تكون تعويضا للضرر كما هو الشأن في المسؤولية المدنية، بل أنه من الجائز أن تكون منفعة معنوية محضة «Purement morale» وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة 126: «الابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه، يكون قابلا لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالا، عينيا كان أو دينيا أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملا أو امتناعا عن العمل».

ويلاحظ أن مسألة وجود الحل من عدمه هي مسألة دقيقة يقع على عاتق القاضي تحديدها، وفي هذا الشأن يتساءل بودان «Peudant» ولوربور وبيجنير «Lerebour Pigeonnière» هل بالإمكان أن يبيع شخص يتعاطى لمهنة حرة زبائنه «Clients» وبعبارة أخرى هل يمكن أن تكون (الزبائن) محلا للعقد؟ فيقرروا في هذا الشأن أنه لا بد من تفرقة بين مختلف الحالات. فمثلا لا يسوغ أن يكون زبائن الطبيب محلا للعقد، لأن أساس التفاهم حوله هو شعور جوهري نسبي وشخصي نحو، يعود إلى تفتحهم فيه، في حين أن زبائن التاجر يمكن أن يشملهم البيع (9) ونسبر مع هؤلاء الفقهاء فيما ذهبوا إليه، لأن أساس زبائن الطبيب هو شعور شخصي نحو هذا الأخير، وثقة فيه، والثقة لا تكون موضع مضاربة، أما زبائن التاجر فهي تتكون من العناصر الجوهريه للاتصال التجاري «Fond de commerce» وعلى هذا الأساس يكون العقد باطلا في الحالة الأولى، لعدم وجود المحل، وصحيحا في الحالة الثانية، اللهم إذا اقتصر الاتفاق بين الطبيب وخلفه على

(7) المرجع السابق صفحة 102.
(8) مجلة المحاكم المغربية عدد 592 سنة 1934، 1935.
(9) بودان وزملاؤه: دروس في القانون المدني الفرنسي الطبعة الثانية الجزء السابع صفحة 115.

تقديم زياته له، أو ترك الأوراق واللوحة، والأدوات والأجهزة فلا يطل الاتفاق.
هذا ويشترط في الحل إذا كان عملاً، أن يكون ممكناً أي غير مستحيل
طبيعة أو قانوناً بحسب المادة 59، فإن كان مستحيلاً كان العقد باطلاً، والاستحالة
— كما جاءت في المادة 59 — تكون طبيعية، كمن يتعهد ببيع خيوط الشمس
أو الشمس نفسها، وقد تكون قانونية كأن يتعهد حمام برفع استئناف في قضية
لا تقبل هذا الاستئناف أو انقضت مدته.

ويلاحظ أن المادة 50 لم تميز بين الاستحالة المطلقة، والاستحالة النسبية
خاصة وأن هذه التفرقة جوهرية، ذلك أن الاستحالة المطلقة تكمن في الحل ذاته
ولا تتعلق بشخصية المتعاقد، وهي ما يطلق عليها الاستحالة الموضوعية، وهذه
الاستحالة تبطل العقد سواء أكانت طبيعية أو قانونية. أما الاستحالة النسبية، وهي
التي يطلق عليها الاستحالة الشخصية فهي لا تبطل العقد.

وتكون الاستحالة مطلقة إذا لم يكن بإمكان التقدم العلمي تحقيق محل العقد
وقت إبرامه، ولا يغير من واقع الأمر شيئاً أن يصبح فيما بعد تحقيق الحل ممكناً،
ما دام ذلك كان مجهولاً وقت إبرام العقد.

وتكون الاستحالة نسبية إذا كان المدين وحده لا يستطيع القيام به، ومثاله
أن يتعهد شخص لآخر بأن يرسم له لوحة زينية، وهو لا يستطيع القيام بهذا
العمل، فإن العقد في مثل هذه الحالة ينقصد صحيحاً ويتوجب على المتعهد الذي
لم يستطع أن يفي بالتزامه — لأنه يجهل مبادئ الرسم — أن يعرض الطرف
الثاني أصلاً للضرر الذي لحقه بسبب عدم التنفيذ.

ويلاحظ أنه لا يحكم بالتعويض في حالة الاستحالة المطلقة إذا كان كل
من الطرفين يعلم أو على الأقل كان بإمكانه أن يعلم أن محل الالتزام مستحيل
— كان يتعهد شخص بأن يبيع لآخر الشمس، فلا شك أن كلا من الطرفين
يعلم أن هذا عملاً مستحيلاً، لذلك يبطل العقد دون تعويض — إما إذا كان
أحد الطرفين وحده يعلم أو كان عليه أن يعلم بأن محل الالتزام مستحيل فإنه
يكون ملزماً بالتعويض تجاه الطرف الثاني الذي يجهل هذه الواقعة؛ كالحامي الذي

يستأنف لموكله حكماً بعد فوات الأجل، وقد نصت على هذا كله الفقرة الأولى
والثانية من المادة 60 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها: «والتعاقد الذي
كان يعلم أو كان عليه أن يعلم عند إبرام العقد، استحالة محل الالتزام يكون ملزماً
بالتعويض تجاه الطرف الآخر».

ولا يجوز التعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم أو كان عليه أن يعلم أن
محل الالتزام مستحيل....».

وتطبق نفس الأحكام السابقة في حالة ما إذا كان الحل مستحيلاً في البعض
دون الباقي — وصح هذا الباقي — أو كانت هناك التزامات تجزئية، وكان أحد
هذه الأشياء الموعود بها مستحيلاً، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة في رقمين:
«... ويطبق نفس الحكم: 1 — إذا كان الموعود عليه مستحيلاً في البعض دون
الباقي، وصح العقد في ذلك الباقي. 2 — إذا كانت الالتزامات تجزئية وكان أحد
الأشياء الموعود بها مستحيلاً. ونظراً للأهمية الكبرى للفرقة بين الاستحالة المطلقة
والاستحالة النسبية، لم تنقل بعض التشريعات النص عليها صراحة: فالمادة 127
من القانون العراقي تنص على أنه: 10 — إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة
مطلقة كان العقد باطلاً. 2 — أما إذا كان مستحيلاً على المدين، دون أن تكون
الاستحالة في ذاته مطلقة، صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدده.
ونصت المادة 191 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ذلك بأنه: «وباطل
كل عقد يوجب شيئاً أو فعلاً مستحيلاً، إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن
تذليلها أما الاستحالة التي لا تكون إلا من وجهة المدين فلا تحول دون صحة
العقد. والموجب (الالتزام) الذي لم ينفذ يتحول حينئذ إلى بدل عطل وضرر».
ونصت المادة 132 مدني مصري و 133 مدني سوري، و 132 مدني لبناني، على
أنه: «وإذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً».

وللمادة 159 أردني التي جاء فيها: «إذا كان الحل مستحيلاً في ذاته وقت
العقد كان العقد باطلاً».

ويلاحظ أن المشرع المغربي أضاف إلى استحالة الحل التي تبطل العقد الإيهام
الفاحش بمناسبة الحديث عن الوكالة. وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من
المادة 881 التي جاء فيها: «تبطل الوكالة: 1 — إذا كان محلها مستحيلاً أو مبهماً

إيهما فاحشا.... ولا يعتبر الإبهام الفاحش أو الجهالة سببا لبطان عقد الوكالة وحده، وإنما هو سبب عام يؤثر في سائر العقود، طبقا للقواعد العامة، لذلك يلزم اعتبار الإبهام الفاحش أو الجهالة من أسباب البطان في كافة العقود وخاصة أنه يشترط في عملها أن يكون معينا أو قابلا للتعين.

ويلاحظ أن عدم وجود المحل الذي يؤدي إلى بطان العقد، هو المحل الذي يكون موضوعه شيئا معينا بالذات، أو ما يسمى بالأشياء القيمة، أما الأشياء الخالية فلا يتصور عدم وجودها ما دامت تحفل بها الأسواق ومن هنا أتت القاعدة «الثلثيات لا تهلك» وهذا ما نصت عليه المادة 513 من مواد البيع : «إذا كان المبيع شيئا معينا وهلك هذا الشيء أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطأه كان للمشتري الحق في أن يطالبه بقيمته أو بتعويض يعادل النقص في قيمته، على نحو ما كان يمكن أن يفعله ضد أي شخص من الغير.

وإذا ورد البيع على شيء مثلي، التزم البائع بأن يسلم مثيلا له في صنفه ومقداره، والكامل مع حفظ حق المشتري في تعويض أكبر، إذا كان لهذا التعويض محل».

وتختلف الحالات السابقة عن الحالة التي يكون فيها المحل شيئا مستقبلا أي ممكن الوجود في المستقبل، ففي مثل هذه الحالة الأخيرة يصبح العقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 61 التي جاء فيها : «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق، فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون» ومن أمثلة ذلك أن يبيع الصانع متوجاته قبل البدء في صنعها، أو هي في طور الصنع أو يبيع شخص أسهم شركة لم تؤسس بعد، وكذلك بيع الثمار، والقواكه قبل نضجها، وهذا ما أكدته المادة 497 من مواد البيع : «في حالة بيع الثمار على الأشجار، ومتوجات البساتين، والمحصولات قبل جنيها يتحمل البائع تبعه هلاك المبيع إلى تمام نضجه» وكذلك المادة 1174 التي تنص : «كل ما يجوز بيعه يباع صحيحا يجوز رهنه، ومع ذلك يقع صحيحا رهن الشيء المستقبلي أو غير المحقق أو الذي لم تقع جيازته بعد، ولكن هذا الرهن، لا يتحول الدائن إلا الحق، في أن يطلب تسليم الأشياء محل العقد حينما يصبح تسليمها ممكنا» والمادة 1121 التي تنص : «يجوز كفالة الالتزام المحتمل (كضمان الالتزام الذي قد ينشأ بسببه

الاستحقاق) أو المستقبل أو غير المحدد، بشرط أن يكون قابلا للتحديد فيما بعد (كالبيع الذي يمكن أن يحكم به على شخص معين) وفي هذه الحالة يتحدد التزام الكفيل بالتزام المدين الأصلي» «وقد نصت أغلب التشريعات على هذا، فاللادة 131 مدني مصري، والفقرة الأولى من المادة 132 مدني سوري، والفقرة الأولى من المادة 131 مدني لبيني تنص على أنه : «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا».

ويلاحظ أن القانون الأردني ربط التعامل في الشيء المستقبلي بانتفاء الغرر، كما يظهر من الفصل 160 الذي جاء فيه : «يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا انقضى الغرر....».

وكل هذه التشريعات تختلف عن أحكام الفقه الاسلامي، الذي يجعل من عقد البيع عقدا باطلا إذا كان المحل معدوما وقت التعاقد، لما في ذلك من غرر، باستثناء بيع السلم، والأيجار، وقد أشار إلى هذه الحقيقة المشرع اللبناني، وإن لم يأخذ بها تحت تأثير الضرورات العلمية ومسيرة ليارات التشريعات الحديثة، فنصت المادة 188 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على مايلي : «إن عدم وجود الموضوع «المحل» يستلزم انتفاء وجود العقد، ومع ذلك يجوز أن يكون الموضوع شيئا مستقبلا» وكذلك حاول المشرع العراقي التوفيق بين الأفكار الحديثة والفقه الاسلامي، فقبل أن يكون محل العقد شيئا مستقبلا أي غير موجود وقت التعاقد، إذا كان معينا تعيينا نائيا للجهالة والغرر، وهذا ما نصت عليه المادة 129 : «يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما، وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نائيا للجهالة والغرر».

ويلاحظ أن قاعدة جواز أن يكون المحل شيئا مستقبلا ليست قاعدة مطلقة بل ترد عليها استثناءات بصراحة الشطر الأخير من الفقرة الأولى من المادة 61 وأهم استثناء يرد على هذه القاعدة هو تحريم التعامل في تركة انسان لا زال على قيد الحياة، لما في ذلك من مضاربة على أرواح الناس، أي يعتبر هذا العمل خرقا لقواعد حسن الآداب والنظام العام، وعلى ذلك يكون كل تعامل في تركة مستقبلة باطلا حتى ولو تم برضاء المورث، وهذه القاعدة مأخوذة من المادة 1130 من القانون المدني الفرنسي الذي أخذها بدوره عن القانون الروماني، الذي كان

يعتبر هذا التعامل مساً جديداً حسن الآداب، وفيه مضاربة على أرواح الناس - وإن كان يهدف من وراء تحريمه هذا حماية المورث وحده - حيث كان يجوز مثل هذا التعامل إذا شارك فيه المورث أما التشريعات الحديثة فقد حرمت كل تعامل في تركة مستقبلية ولو كان برضاء المورث وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 61 مدني : ... ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة انسان على قيد الحياة ولا اجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه، وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقاً.

ثالثاً : عدم تعيين المحل كسبب للبطالان :

نصت المادة 58 مدني على أن «الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعده» ومن هذه المادة نرى أنه لا يكفي لقيام العقد، أن يكون محل الالتزام موجوداً وممكناً، وإنما يتوجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين على الأقل في جنسه ونوعه، وإلا كان العقد باطلاً ويختلف تعيين محل الالتزام باختلاف الحالات :

أ - فإذا كان محل العقد عملاً، توجب تحديده بدقة وإلا كان هذا العقد باطلاً. فمثلاً إذا اتفق شخص مع آخر بإقامة بناء دون تعيين أو تحديد فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً لأن محله مجهولاً جهالة فاحشة. أما إذا كان البناء معيناً بذكر أوصافه المميزة كأن يتفقا على بناء مستشفى من عشرة بيوت، وقاعة للجراحة وقاعات للاختبارات والتداوي، أو كان محل العقد قابلاً للتعيين كأن يستتج ذلك من ظروف التعاقد، كأن يشار إلى التصميم في العقد، أو وصف بيوت القمريض، وعدد أسرته، أو إلى الكلام في كيفية اعداد بيوت العلاج، والترفيه عن المرضى فإن العقد يقوم ويعتبر صحيحاً.

ب - أما إذا كان المحل يرد على شيء، توجب التفرقة بين ما إذا كان هذا الشيء معيناً بذاته أو بنوعه.

ففي الحالة الأولى يلزم أن تكون ذاتية الشيء معينة، تعييناً نافياً للجهالة

أي يتوجب ذكر أوصاف الشيء التي تميزه عن غيره من الأشياء، فإذا أراد شخص أن يبيع سيارته، فلا يكفي لقيام العقد أن يذكر نوعها فيقول (بوجو) أو (أوبيل) أو (مرسيدس) وإنما يلزمه أن يذكر أوصافها الجوهرية التي تميزها عن غيرها كذكر الرقم، والسنة التي بدأ فيها استعمالها لأن (بوجو 67) مثلاً ليست هي (بوجو 49) والتعيين بالذات لا ينحصر بطريق الإشارة، بل يمكن أن يجري بكل وسيلة أخرى تقطع المشاركة وتختصر الالتزام في عين مخصوصة، كبيع العقار المسجل في السجل العقاري برقم 50 من منطقة أكدال في الرباط، أو بيع السجادة من الصنف الكاشاني مع تحديد طولها وعرضها وبيان أوصافها التي تميزها عن غيرها ولو من الصنف نفسه⁽¹⁰⁾.

أما في الحالة الثانية أي إذا كان محل الالتزام معيناً بنوعه، أي يوجد في السوق ما يماثله، وجب أن يكون معيناً بجنسه، ونوعه، ومحدداً في مقداره. أو قابلاً للتعيين والتحديد على الأقل من ظروف الحال، وإلا كان العقد باطلاً ويستتج هذا من المادتين 486 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص : «يسوغ ألا يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه، ولكن البيع لا يصح في هذه الحالة إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديداً كافياً بالنسبة إلى العدد والكمية، والوزن والقياس، والصف على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بينة وتبصر ...» والمادة 58 التي جاء فيها : «الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعده». ومثاله : كأن يكون محل العقد عشرين لتراً من الزيت البلدي - تصنع بالطريقة التقليدية من طحين الزيتون وهي قوية ومفيدة - وهذا المحل محدد في نوعه ومقداره أو أن يكون محل العقد توريد الزيت البلدي للمستشفى أو للمدرسة، وهذا المحل صحيح لأنه معين في نوعه، وقابلاً للتحديد في مقداره؛ على أساس الاستهلاك العادي للمستشفى أو المدرسة، أما اغفال ذكر الجودة، فلا يؤثر على العقد لأنه يعمل في هذا الشأن بما يحوط ظروف التعاقد، من ثمن وغيره أو بما هو مألوف عند الناس أو اتخاذ الصنف المتوسط كمقياس حتى لا يغيب الدائن أو المدين، وبذهب الفقه في مصر إلى أنه يسوغ أن يترك للغير تعيين المحل وفيه يرى الصده : «إنما يصح في القانون المصري، والقانون

(10) مأمون الكركري : المرجع السابق صفحة 190.

السوري، والقانون الليبي، والقانون اللبناني أن يترك تعيين المحل للغير، فيجوز أن يقوم هذا بتحديد الثمن، كما يجوز أن يتولى تعيين المبيع من بين عدة أشياء لدى البائع تستجيب جميعها للغرض الذي يهدف إليه المشتري، فإذا قام الغير بمهمة التقييم توغر المحل، وإذا لم يتم بهذه المهمة تخلف المحل وطل العقد ولا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يتولى أمر التعيين لأنه ليس من مهمته إنشاء العقود، أما في القانون العراقي فلا يصح أن يترك تعيين المحل للغير إذ يعتبر المحل حينئذ مجهولاً جهالة فاحشة، واختلاف القانون العراقي في هذا عن غيره من القوانين العربية الأخرى مرده إلى ما قلناه من أن الفقه الاسلامي يتشدد في التطبيق، فيذهب في تعيين المحل إلى مدى أبعد من هذه القوانين⁽¹¹⁾.

وهذا المحل الأخير الذي استنبطه الصده من التشريع العراقي والفقه الاسلامي هو الذي سار عليه المشرع المغربي، وخاصة في عقد البيع إذ نصت المادة 487 على أنه: «يجب أن يكون الثمن الذي يتعهد عليه عليه البيع معيناً، ولا يسوغ أن يعهد بتعيينه إلى أحد من الغير، كما أنه لا يسوغ أن يقع الشراء بالثمن الذي اشترى به الغير، ما لم يكن هذا الثمن معروفاً من المتعاقدين ومع ذلك يجوز الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفه معينة أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات، أما إذا ورد البيع على بضائع يتعرض ثمنها للتقلبات فيفترض في المتعاقدين أنها ركناً إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات».

ويلاحظ أن المشرع المغربي لم يتعرض للحالة التي يكون فيها محل الالتزام نقوداً، على خلاف التشريع المصري الذي يرى في مثل هذه الحالة أن يكون المحل كذلك معيناً نوعاً ومقداراً ولا يؤثر ارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها عليه وهذا ما نصت عليه المادة 134 مدني مصري: «إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها أي أثر». وبالطبع أن هذه المادة لا تعدو أن تكون سوى تطبيقاً للقواعد العامة أي أن هذا الحكم يقع تحت طائلة المادة 58 من قانون الالتزامات والعقود. ويذهب الفقه إلى أنه يسوغ أن يكون الأداء بنوع من النقود غير النوع الذي هو مذكور في العقد، ذلك أنه كثيراً ما يحدث في العمل أن يكون الوفاء على

(11) عاصرته في القانون المدني الجزء الثاني طبعة 1959 صفحة 15.

أساس عملة يحدد لها المشرع سعراً قانونياً Cour légal يجعل لها قوة ابراء مطلقة — كالنقود المعدنية الذهبية — ولكن هذه البساطة قد تتطور إلى مشاكل عويصة عندما يتقرر للعملة الورقية سعراً الزامياً «Cour force» أي عندما تكون للورقة قيمة اقتصادية أكثر أو أقل من قيمتها القانونية. وهذه القيمة الاقتصادية قد ترتفع كلما قل التضخم وتنقص كلما ازداد، فإذا استوفى الدائن حقه في هذه الحالة الأخيرة فإنه يتعرض لخسارة محقة لذلك قد يشترط الدائن أن يكون الوفاء ذهباً، وهذا ما يطلق عليه «شرط الذهب» «Clause D'or» ولا يعتد القضاء والفقه في فرنسا بهذا الشرط إذا كانت المعاملات داخلية أي يعتبر باطلاً لأن تحديد السعر الإلزامي للعملة من النظام العام، ويبيحه بالنسبة للمعاملات الخارجية. أما بالنسبة لمصر فيبطل شرط الذهب سواء بالنسبة للمعاملات الداخلية أو الخارجية.

أما القضاء المغربي فيسير في هذه الطريقة، فلقد قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في 4 يوليوز 1938 بأنه: «يعتبر باطلاً للنظام العام كل شرط يكون موضوعه احتال انخفاض القضاء الفرنسي، فاعتبر شرط الذهب باطلاً لأنه يخالف النظام العام متى تعلق الأمر بالمعاملات الداخلية، كما أنه يذهب إلى أنه لا يسوغ وفاء الديون في المغرب بعملة غير العملة المغربية ذات السعر الإلزامي، وإن كل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر باطلاً، ما لم تكن المعاملات ذات طابع دولي. ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية للدار البيضاء في حكمها الصادر في 11 يونيو سنة 1928 إذ قضت بأنه: «يعتبر باطلاً للنظام العام كل شرط للوفاء بالذهب أو بعملة غير العملة ذات السعر الإلزامي بالمغرب، متى تعلق الأمر بعقد يقع تنفيذه بالغرب»⁽¹²⁾ وقد جاء في حكم المحكمة الابتدائية للدار البيضاء كذلك صدر في 4 فبراير 1935 أنه: «بناءً على قرار نقض يعتبر باطلاً للنظام العام، الاشتراط في العقد على أن يكون وفاء الأصل، والقوائد بالجنه الاسترليني»⁽¹⁴⁾ وقضت محكمة النقض — الفرنسية وهي تنظر نازلة مغربية — في قرارها الصادر في 10 ماي 1938: «يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً للنظام العام، كل شرط يلزم المدين القاطن في المغرب بصرف النظر عن جنسيته الأداء بعملة

(12) مجلة المحاكم المغربية عدد 797 لسنة 1938 — 1939.

(13) مجلة المحاكم المغربية عدد 797 لسنة 1938 — 1939.

(14) مجلة المحاكم المغربية عدد 623 لسنة 1934 — 1935.

غير العملة ذات السعر القانوني في هذه البلاد لما في ذلك من خرق للسعر الارزامي الذي أسسه ظهير 21 يونيو 1920، إلا إذا كان ذلك لتنظيم عمليات لها طابع دولي، وعلى هذا الأساس، فإن القرار الذي يطلل شرطا، كان يحول القرض حق طلب رد القرض بالفضة الفرنسية أو بالدولار الأمريكي يستند على أساس قانوني صحيح متى كانت الظروف التي تحوط بالسبب لا تسمح بأن يعطي للعقد المتنازع حوله طابعها دوليا⁽¹⁵⁾.

(15) مجلة المحاكم الفرنسية عدد 778 لسنة 1939 — 1938.

الفصل الرابع :

خرق قواعد النظام العام والأخلاق

الحميدة والآداب العامة

لقد ميزنا سابقا بين محل الالتزام، ومحل العقد، واستقر رأينا على أن محل الالتزام هو الأداء الذي يقوم به المدين للدائن، وإن محل العقد هو العملية القانونية التي يريد الأطراف تحقيقها من وراء العقد، ولا يكفي ليكون العقد صحيحا أن يكون محل الالتزام موجودا وممكنا ومعينا وإنما يتوجب توافر شرط آخر هو أن يكون محل العقد بدوره مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، أو الآداب العامة، ذلك أنه قد يحدث في العمل أن يكون محل الالتزام صحيحا ولكن العقد باطل، لأن محله يخالف النظام العام أو الأخلاق الحميدة كما هو الحال في التعامل في تركة شخص لا زال على قيد الحياة، فمثل هذا العقد يعد باطلا، لأن محله خارج عن دائرة التعامل بنص قانوني صريح، ويرى مازو أنه : «إذا كان للأطراف الحرية الكاملة للقيام بالعمليات القانونية، فإن هذه الحرية يرد عليها قيد هام هو احترام النظام العام والأخلاق الحميدة⁽¹⁾» ولقد نصت على هذا المبدأ صراحة المادة 6 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها : «لا يسوغ للاتفاقات الخاصة أن تخالف القوانين التي هي من النظام العام، والأخلاق الحميدة». وتصر المشرع المغربي على هذا المبدأ بصفة عامة في المادة 57 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها : «الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها».

(1) المرجع السابق صفحة 201.

أ - النظام العام :

يجمع الفقه على أن فكرة النظام العام، واسعة وصعبة التحديد، فهري دويج يرى أن هذه الصعوبات، هي التي جعلت التشريعات تتجهم عن تعريف فكرة النظام العام، فمن المستحيل تحديد النظام العام عن طريق عبارات عامة، وبجريدة ومن المستحيل كذلك حصر جميع الحالات التي تخالف النظام العام عن طريق تعدادها، ولكن هذه الحقيقة لا تقف في وجه تحديدات بسيطة تهدف إلى تقريب فكرة النظام العام من الأذهان، كالتحديد الذي وصفه هذا الفقيه نفسه إذ يرى : «ان قوانين النظام العام هي التي تمس بالمصالح الجوهرية للدولة أو للمجتمع أو هي التي تحدد في القانون الخاص الأسس القانونية الجوهرية، التي يقوم عليها النظام الاقتصادي، والحقوقي لمجتمع معين»⁽²⁾ ويرى مازو أن خرق قواعد النظام العام، لا يمثل فقط في مخالفة نص قانوني خاص، ذلك أن المحاكم تبحث في كل حالة تعرض عليها، فيما إذا كان عمل الاتفاق أو عمل الالتزام مخالفا للضرورات الحالية للنظام العام⁽³⁾ ويعرف السنهوري النظام العام والأخلاق الحميدة بقوله : «القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعمل على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم»⁽⁴⁾.

وتعرض القضاء بدوره في بعض البلاد إلى تعريف النظام العام، فوضعت محكمة النقض البلجيكية عدة تحديدات أهمها التحديد التالي : «هي التي تضمن الأمن العام وبعبارة أخرى لازمة له»⁽⁵⁾ :

ومن هذه التعريفات، والتحديدات نستشف أن معيار النظام العام هو معيار مادي أو موضوعي يتغير بتغير الزمان والمكان، ويتجلى على وجه الخصوص في المصلحة العامة، سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهذه المصلحة الأخيرة هي التي يطلق عليها الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة.

- (2) هري دويج : الوسيط في القانون المدني البلجيكي الجزء الأول الطبعة الثانية سنة 1962 صفحة 111.
(3) مازو : المرجع السابق صفحة 205.
(4) السنهوري : المرجع السابق صفحة 399.
(5) هري دويج : المرجع السابق صفحة 110.

ومن المفيد أن نشير إلى أن هناك أشياء كثيرة تكون خارج دائرة التعامل إما بطبيعتها، كالشمس، وأحياء الموتى، أو بسبب النفع العام الذي أعدت له، كالأموال العامة — مثل الجسور والطرق والغابات والأماكن الحكومية — فهي لا تقبل التصرف أو الحجز، أو التقادم. أو بسبب نص في القانون يحرم التعامل في الشيء لأنه يخل بالنظام العام، كالعامل في تركة مستقبلة «الفقرة الثانية من المادة 61، والفائدة بين المسلمين التي نصت عليها المادة 870 مدني : «اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل، وبطل للعقد الذي يتضمنه، سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقترض أو لأي شخص غيره يتخذه وسيطا له»⁽¹⁾ ويبيع ما يعتبر من التجاسات وفق الشريعة الإسلامية ونصت عليه المادة 484 مدني : «يطل بين المسلمين بيع الأشياء المعترية من التجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها كالأسلحة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة أو النياية لأداء الجين على ما أكدته المادة 882 : «تعتبر الوكالة كأن لم تكن إذا كان محلها عملا لا يجوز اجراءه بطريق النيابة كأداء الجين». ويلاحظ أن كل تعاقد يرد على هذه الأشياء يقع باطلا، أي أن المحل يكون غير مشروع ويخالف النظام العام والأخلاق الحميدة. وإلى جانب الأشياء السابقة هناك أشياء أخرى لم تشملها النصوص لاتساع فكرة النظام العام. وهذا ما أشار إليه المشرع المغربي بوضوح في بعض المناسبات، فنصت المادة 881 مدني من عقد الوكالة على ما يلي : «تطل الوكالة :

أ) إذا كان محلها مستحيلا أو مبها إبهاما فاحشا.

ب) إذا كان محلها أعمالا مخالفة للنظام العام، وللأخلاق الحميدة أو للقوانين المدنية أو الدينية وما نصت عليه المادة 985 من مواد الشراكات التي جاء فيها : «ينبغي أن يكون لكل شركة غرض مشروع وتبطل بقوة القانون كل شركة يكون غرضها مخالفا للأخلاق الحميدة، أو للقانون أو للنظام العام».

وبما سبق يتبين لنا أن العقد يطل إذا كان محله، أو محل الالتزام مخالفا للقانون أو للنظام العام أو للأخلاق الحميدة، فما هو المقصود بالنظام العام، والأخلاق الحميدة ؟ وما هي أهم تطبيقاتهما باختصار ؟

(1) مكرر : مع مراجعة ما نص عليه الفصل 871 ق. ل. ع. م. وظهور 16 يونيو 1950، راجع تفصيل ذلك في صفحة 114 و 115 من هذا الكتاب.

(3) إذا كان الدين لا يقلل الحيز أو التعرض.

إلا أنه إذا كان الدين لا يقلل الحيز إلا في حدود جزء منه محدد أو قيمة محددة، صحت الحولة في حدود هذه النسبة.

وللنظام العام تطبيقات كثيرة في العمل القضائي المغربي نذكر منها الأحكام التالية : ذهبت إحدى المحاكم الابتدائية في حكمها الصادر في 11 يونيو سنة 1928 إلى أنه : «يعتبر باطلا للنظام العام كل شرط للأداء بالذهب أو بعملة غير العملة ذات السعر الانزامي بالمغرب متى تعلق الأمر بعقد يقع تنفيذه بالمغرب»⁽⁶⁾ وقد قضت المحكمة الابتدائية للدار البيضاء في 4 يوليو 1938 : «يعتبر باطلا للنظام العام كل شرط يكون موضوعه احتمال انخفاض الفرنك»⁽⁷⁾ وجاء في حكم محكمة الاستئناف الرباطية في 18 ماي 1962 : «يعتبر كل خرق لقوانين الأحوال الشخصية خرقا للنظام العام الداخلي، ولا يسوغ أن تطبق في المغرب نصوص القوانين الأجنبية إلا في حدود ما يسمح به النظام العام المغربي. وعليه، يطل الزواج الذي تم في فرنسا، بين فرنسية ومغربي يعتنق الديانة اليهودية، لأنه تم في الشكل المدني وحده، بينما قانون الأحوال الشخصية لهذا الأخير يتطلب لشهر الزواج أن يكون في الشكل الديني، وهذا البطلان هو نتيجة خرق قانون الأحوال الشخصية للزوج والذي هو خرق للنظام العام الداخلي للمغرب»⁽⁸⁾ وقضت محكمة الاستئناف الرباطية في 17 دسمبر 1935 : «يطل للنظام العام شرط خيار الصرف أو شرط ضمان الصرف الذي يمنح للدائن، إذا كان عقد القرض عقد قرض محض داخلي»⁽⁹⁾.

ب - الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة :

أما المقصود بالأخلاق الحميدة أو الآداب العامة، فهو مجموعة القواعد الحلقية، التي درج الناس على اتباعها، والشعور بأنها واجبة الاحترام، لأنها تكون جزءا من عادات المجتمع وتقاليد ومقدساته، وأن للدين أثرا كبيرا في توسيع دائرتها، والحقيقة أن الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بهذا التحديد ليست سوى

- (6) مجلة المحاكم المغربية عدد 322 لسنة 1928 - 1929.
(7) مجلة المحاكم المغربية عدد 797 لسنة 1939 - 1938.
(8) مجلة المحاكم المغربية عدد 1322 لسنة 1962 - 1963.
(9) مجلة المحاكم المغربية عدد 669 لسنة 1936.

تطبيقات النظام العام : تعتبر قواعد القانون العام كلها من النظام العام لأن هدفها تحقيق وحماية المنافع العامة، فلا يسوغ مطلقا مخالفة قواعد القوانين الدستورية، والإدارية والمالية والجناحية، فيطل على سبيل المثال كل تعاقد بين المرشح والنائب، على أن يصوت هذا الأخير لصالحه، وكل اتفاق يحد من حرية الرأي، أو العقيدة لأنه يخالف النظام العام، ويطل أيضا كل عقد عمله التنازل عن الوظيفة، أو استغلالها، وكل اتفاق يتضمن شرط الذهب أو استبدال العملة الوطنية بالعملة الأجنبية في الأداء بالمغرب، وكل اتفاق بارتكاب جريمة أو بيع المخدرات أو السموم لأنه يخالف النظام العام.

وليست قواعد القانون العام وحدها من النظام العام، وإنما تضاف إليها بعض قواعد القانون الخاص، ذلك أن أغلب قواعد الأحوال الشخصية من هذا النظام، فلا يسوغ مثلا التنازل عن الأهلية، أو الاتفاق بين الأشخاص على تغيير الجنسية، أو النسب، أو حقوق الزوجة على زوجها في النفقة، أو حق الزوج على زوجته في الطاعة، أما قواعد المعاملات، وإن كانت في أغلبها لا تتعلق بالنظام العام، لأنها قواعد مفسرة أو مكتملة لإرادة الأطراف فانه توجد إلى جانبها طائفة من القواعد الأمرة التي يترتب على مخالفتها البطلان، ومن أمثلة ذلك في القانون المدني المغربي تعليم أو أداء أعمال السحر والشعوذة وهو ما نصت عليه المادة 729 : «يطل كل اتفاق يكون موضوعه :

أ) تعليم أو أداء أعمال السحر والشعوذة، أو القيام بأعمال مخالفة للقانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام.

ب) القيام بأعمال مستحيلة ماديها والمادة 481 مدني التي تنص : «لا يسوغ للسماحة ولا الخيرة أن يشتروا، لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم الأموال المنقولة أو العقارية التي يناط بهم بيعها أو تقويمها، كما أنه لا يسوغ لهم أن يأخذوا هذه الأموال على سبيل المعاوضة أو الرهن، ويترتب على مخالفة هذه المادة الحكم بالبطلان وبالتعويضات» وما نصت عليه المادة 191 مدني : «تطل الحولة :

(1) إذا كان الدين أو الحق غير ممكن تحويله بمقتضى سند انشائه أو بمقتضى القانون.

(2) إذا كان محلها حقوقا لها صفة شخصية محضة، كحق انتفاع المستحق

لجس .

شقا من النظام العام، لأن هذا الأخير ما هو في الواقع إلا مصلحة عامة اقتصادية كانت أو سياسية أو اجتماعية أو خلقية. ويذهب السهوري إلى أن : «الآداب في أمة معينة، وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بتابعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي، وهو وليد المعتقدات الموروثة، والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدن أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة كلما ارتفع المعيار الخلقي، وازداد التشدد فيه»⁽¹⁰⁾

وتخضع الأخلاق الحميدة لمعيار موضوعي يتغير بغير الزمن والمكان وهو الناموس الأدبي.

تطبيقات الأخلاق الحميدة :
وللأخلاق الحميدة تطبيقات كثيرة في الحياة القضائية اليومية ذلك أن القضاء يطول العقود التي يكون موضوعها العلاقات الجنسية غير المشروعة، أو التسهيل لها أو اعدادها، وعقود المقامرة والرهان لأنها تخالف الأخلاق الحميدة، وقد أكد هذا قانون الالتزامات والعقود في المادة 1093 : «ويطول أيضا ما يجري من اعتراف ومصادقة على ديون يرجع سببها إلى المقامرة أو المراهنة في تاريخ لاحق لنشوتها كما تبطل السندات التي تحرر لاثبات هذه الديون ولو جعلت لأمر الدائن وكذلك الكفالة وغيرها من التامينات التي تعقد لضمان الوفاء بها، وكذلك أيضا الوفاء بمقابل والصلح وغيره من العقود التي يكون سببها ديناً من هذا النوع»⁽¹¹⁾ ويطل القضاء كذلك العقود التي يكون عليها استغلال دار للمهارة حتى ولو كان هذا الاستغلال عن طريق الترخيص الإداري، لأنه يخالف حسن الآداب والأخلاق الحميدة ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الرباطية في 5 مارس 1929 : «يعتبر باطلاً، وكأن لم يكن كراء دار لاستعمال في المهارة، لأن هذا الاتفاق يخالف الأخلاق الحميدة»⁽¹²⁾ وقضت نفس المحكمة في 12 فبراير 1929، بأنه يعتبر باطلاً وكأن لم يكن عقد الاشتراك الذي يكون عمله استغلال دار للمهارة لأنه يشكل اتفاقاً مخالفاً للأخلاق الحميدة»⁽¹³⁾ مكر

(10) السهوري : المرجع السابق صفحة 400.
(11) مجلة المحاكم المغربية عدد 359 لسنة 1928 - 1929.
(12) مكرر : نفس مجلة أملا.

ويلاحظ في هذا الشأن أن القضاء الفرنسي -سوسار على خطه القضاء في كثير من البلاد - أخذ يبيح تحت تأثير ضرورات الحياة العملية اليومية بعض العقود التي كان يعتبرها باطلاً لمخالفتها للأخلاق الحميدة من ذلك :

أ - عقد التأمين على الحياة : أجز هذا العقد لا له من قائمة عملية حيث يطعن بال رب الأسرة على حياة أبنائه بعد موته ويطعن الأبناء الى الحياة بعد موته، مع العلم أن مثل هذا العقد كان محرماً، ويعتبر باطلاً لأنه يخالف الأخلاق الحميدة، وتحت تأثير هذا الاجتهاد القضائي اعتمد المشرع الفرنسي عقد التأمين على الحياة في قانون 13 يوليوز 1930 الخاص بالتأمين البري.

ب - وعقد الوساطة في الزواج (Le contrat de courtage matrimonial) : وقد كان القضاء قديماً يطول مثل هذا العقد لأنه كان يرى فيه عبارة عن فتح سوق للزواج وهذا يتناق مع الأخلاق الحميدة ولكنه تراجع لأنه اكتشف أخيراً، أن هذه العقود فوائد انسانية تهدف إلى عمليات شريفة وهي التقريب بين الأزواج، والتشجيع على الزواج، والتفليل من المفاسد.

ج - وعقود الكشف عن السرقات (Le contrat de révélation de successions) : وهذه العقود كانت بدورها تخالف الأخلاق الحميدة لما فيها من مضاربات، وخلق لبلة في النفوس، وإثارة الشكوك والأحقاد، ولكن محكمة النقض قررت أخيراً صحة العقود التي يبرمها الباحث عن الأنساب (GENEALOGISTE) مع شخص مجهل أنه وارث في تركة.

د - وعقود التنازل عن الزبناء (Les cessions de clientèle) : إن مثل هذا التنازل هو أمر جائز ومسلم به في النطاق التجاري، لأن هؤلاء الزبناء يعتبرون عنصراً جوهرياً في الاصل التجاري، ولكن المشكلة تتمثل في التنازل عن الزبناء في المهنة كهيئة الطب والحاماة، فقد كان القضاء يعتبر في القرن التاسع عشر أن مثل هذه العقود باطلة، لأنها تخالف الأخلاق الحميدة، لما في هذا من مضاربة على الناس، أي أنها تجعل من الناس سلعا، أو أوراقاً مالية وهذا يتناق مع الكرامة الانسانية، وبالتالي يخالف الأخلاق الحميدة ولكن هذا القضاء لطف من هذا الاطلاق، فأباح للطبيب والمحامى أن يقدم لحلقه زبناؤه، وأن يترك له الدفعة التي تعرفه وأوراقه الطبية وأجهزته وأدواته.

هـ - عقود التصفيق والخفاف (LE CONTRAT DE CLAQUE) : وهي العقود التي يبرمها صاحب المرح مع جماعة من الناس لتقوم بالتصفيق والخفاف لما سيعرض ترويجا للمسرحية، وكانت هذه العقود تعتبر باطلة لأنها تخالف الأخلاق الحميدة لما فيها من إغواء وخداع، وكذب على الجمهور، ولكن القضاء عاد في الوقت الحاضر وسلم بمثل هذه العقود على أساس أن الخفاف والتصفيق لا يعدو أن يكون نوعا من الأشهار.

ومن كل ما سبق يتبين لنا الدور الكبير الذي تلعبه فكرة النظام العام وفكرة الأخلاق الحميدة.

وختاما نضع السؤال الآتي : ما العمل إذا قام أحد الأطراف بتنفيذ التزامه الناشئ عن عملية قانونية، أو محل التزام غير مشروع أي يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة ؟ إن المشرع المغربي أجاب عن هذه المسألة بصراحة في المادة 72 من قانون الالتزامات والعقود حيث أجاز للمتعاقد أن يسترد ما دفعه تنفيذا لعقد يخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، وهذا ما جاء في تلك المادة : «يجوز استرداد ما دفع لسبب يخالف للقانون أو النظام العام، أو للأخلاق الحميدة وعلى هذا الأساس قضت محكمة الاستئناف الرباطية في 17 دسمبر 1935 : «يطل للنظام العام شرط خيار الصرف أو شرط ضمان الصرف، الذي يمنح للدائن، إذا كان عقد القرض، عقد قرض داخلي، وعليه يستند إلى أساس حق المدين في المطالبة باسترداد المبلغ الذي دفعه زيادة على مبلغ القرض تطبيقا للشرط الذي لحقه البطالان»⁽¹²⁾، وقضت نفس المحكمة في 12 فبراير 1929 بما يلي : «ويعتبر باطلا وكان لم يكن عقد الاشتراك الذي يكون عمله استغلال دار للمهارة لأنه يشكل اتفاقا مخالفا للأخلاق الحميدة، ولكن المادة 72 من قانون الالتزامات والعقود تسمح للشريك الذي قدم حصة في هذه الجمعية غير المشروعة أن يسترد ما دفعه»⁽¹³⁾.

(12) مجلة المحاكم المغربية عدد 367 لسنة 1928 - 1929.
(13) مجلة المحاكم المغربية عدد 669 لسنة 1936 - 1937.

الفصل الخامس

انعدام السبب وعدم مشروعيته

سنتناول في هذا الفصل، تحديد مكانة السبب، وتعريفه وتحديد موقف التشريع والقضاء المغربي، من النظرتين التقليدية والحديثة لاقامة نظام البطالان، ومن نظرية التصرف المجرد الالمانية.

أولا : تحديد وتعريف :

اختلف الفقهاء فيما إذا كان السبب ركنا في الالتزام، أم ركنا في العقد أم أنه عنصر في الإرادة فيونقار مثلا يعتبر السبب «عنصرا شخصيا مكملا لإرادة الملتزم فإذا تعهد فليس تعهده سوى الجزء النهائي من إرادته، لا إرادته كلها مرتبطة بالعرض منها، وبمختلف عناصرها فهو في الحقيقة يلتزم ليصل إلى غرض معين، ينتظره من العقد، أو لأن غرضا معينا قد تحقق تلك هي إرادته مأخوذة كلها باعتبارها وحدة نفسية»⁽¹⁾، ويذهب الصده إلى أن هناك من «يعتبره من عناصر الإرادة وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة، إذ الإرادة المعتبرة قانونا تتجه إلى التمتع بجدوها غرض تهدف إليه أو باعث تتحرك بدافع عنه، والصحيح في نظرنا أن للالتزام سببا، وللعقد سببا آخر، فكل من السببين يتميز عن الآخر»⁽²⁾.

والواقع أنه يجب التمييز بين سبب العقد (LA CAUSE DU CONTRAT) وبين سبب الالتزام (LA CAUSE DE L'OBLIGATION)، فسبب العقد هو الباعث⁽³⁾.

(1) بونقار : الملكية والعقود، الطبعة الثانية سنة 1924 صفحة 529.
(2) الصده عناصرات في القانون المدني الجزء الثاني، طبعة 1959 صفحة 30.
(3) مازو : المرجع السابق صفحة 208.

الذي يحمل التعاقد على ابرام العقد، وهو عنصر شخصي وواقعي (LE MOBIL) يتغير من شخص لآخر، ومن عقد لآخر ولو كانت (INDIVIDUEL ET CONCRET) العقود من نوع واحد — فمثلا قد يفترض بكر نقودا ويكون الباعث له على الاقتراض هو شراء سيارة. بينما يفترض على، ويكون الباعث له على الاقتراض هو الزواج، وقد يفترض الماوردى للقيام بسفر — أما سبب الالتزام فهو الغرض المباشر المجرى (ABSTRAITE) الذي يهدف إليه التعاقد من تعاقد، وهو ثابت لا يتغير ولا يختلف باختلاف المتعاقدين ونواياهم، فالثمن في عقد البيع هو سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع، ونقل ملكية المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن.

وبهذا التحديد يتبين أن السبب الذي نقصده، هو ركن في الالتزام الارادي، أما الالتزامات غير الارادية، التي تنشأ اما عن نص في القانون أو الاثرء بلا سبب أو العمل غير المشروع، فهي بعيدة عن موضوعنا، لأن مصدرها القانون لا الارادة، أو كما قال مالف جتيا سيمون «فهو لا يمت بصلة إلى الباعث الدافع أو الغرض العملي لارادة المتعاقدين بل هو التصرف نفسه منظورا إليه، لا من ناحية الارادة الخاصة وإنما من وجهة نظر القانون»⁽⁴⁾ أو كما يقول بونفاتي، وهو يتحدث عن معنى السبب (CAUSA) عند الرومان : «فهو الباعث الذي يحمل الشخص على التصرف، بل هو الباعث — إذا شئت — الذي يمنح المشرع من أجله حمايته القانونية، فهو إذا الجوهر المادي للعلاقة بين الطرفين، وهو التصرف نفسه، فسبب الالتزام عند الرومان يقابل عندنا ما نسميه مصدر الالتزام، أي العلاقة المادية التي يعترف على أساسها بوجود الالتزام»⁽⁵⁾.

وبهذا التحديد أيضا يختلف سبب العقد، عن محله فالأول هو الغاية المباشرة (Bui directe et immédiat) أو الباعث الدافع (motif impulsif et déterminant) والثاني هو الأداء (Prestation)، الذي يتعهد المدين القيام به للدائن، أو انشاء التزام أو أكثر يقع على أحد المتعاقدين أو على كليهما، وبعبارة أخرى العملية القانونية (L'opération juridique) التي يريد الأطراف تحقيقها من وراء العقد، وتبدو هذه التفرة في المعيار القديم والمعروف الذي وضعه أودوت (OUDOTE) عن طريق

(4) مجلة القانون المدني لسنة 1934 صفحة 21.
(5) انظر أبو عافية التصرف المجرى، على الدائن سنة 1948 صفحة 98.

الأسئلة، فالسبب يكون جوابا لمن يسأل : لماذا التزم المدين ؟ (CUR DEBETUR) وإن المحل جواب لمن يسأل : بما التزم المدين⁽⁶⁾ (QUID DEBETUR) وإلى جانب هذا الفريق من الفقه، يوجد فريق آخر يتنكر نهائيا لفكرة السبب ويرفض أن يكون السبب ركنا في العقد، وفي مقدمة هؤلاء هنري دوباج (Henri de Page) الذي يحصر أركان العقد في ثلاثة أساسية : الارادة والأهلية والمحل، ويرى في المعيار السابق — الذي وضعه أودوت (OUDOTE) للتفرقة بين المحل والسبب — معيارا خاطئا لأنه لا يصيب من التصرف القانوني إلا العناصر الفنية والاصطلاحية المحضة، ويفصله عن الحقيقة القانونية، ويرى مع بلاتينول، أن فكرة السبب غير مفيدة، فالالتزام الذي لا سبب له هو في الحقيقة التزام دون محل، وإن السبب غير المشروع يمس المنفعة الاجتماعية للعقد، والتي ليست في الواقع إلا صورة متغيرة من صور المحل، ويجد هذا الجانب من الفقه سنداً في بعض التشريعات الجديدة التي تخلت عن اعتبار السبب من أركان العقد كالتقانون الألماني، والسويسري والبولوني⁽⁷⁾.

ويلاحظ أن هذه الأفكار الجديدة، لازالت طرية ولم تلاق لحد الآن صدى كبيرا عند غالبية الفقهاء، الذين يحتفظون بالتفرقة بين محل العقد، وبين سبب العقد، ويعملون من كل واحد منهما ركنا مستقلا، ويستندون قوتهم من كثير من التشريعات في مقدمتها التشريع الفرنسي في المادة 1108، وسار على نهجه التشريع المصري والسوري الذي أخذ عنه، والعراقي في المادة 136، والتشريع المغربي في المادة الثانية.

ثانيا : ضرورة معرفة موقف التشريع والقضاء المغربي من النظرية التقليدية والحديثة في السبب لاقامة نظام البطالان :

يعتبر المشرع المغربي السبب ركنا جوهريا في الالتزام يترتب على انعدامه وعدم مشروعيته بطلان العقد. وهذا ما نصت عليه المادة 62 مدني : «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون سبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون»

(6) وهو بحسب مازو الذي نطز إلى الأمر من وجهة الدائن : المرجع السابق صفحة 211.
(7) المرجع السابق صفحة 103.

وهي قريبة من المادة 1131 مدني فرنسي التي تنص : «الالتزام الذي لا سبب له، أو المبني على سبب غير صحيح أو سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن».

ويلاحظ أن المشرع المغربي كرميله الفرنسي اعتمد في مواد البطلان، بنظرية السبب التقليدية ولهذا نرى من الفائدة العلمية أن تشير إلى الخطوط العريضة لهذه النظرية.

تميز النظرية التقليدية بين ثلاثة أنواع من السبب : السبب المنشئ (Cause efficiente) والسبب الباعث الدافع (Impulsif déterminant) والسبب القسدي أو الغائي (Cause finale) فالأول هو الواقعة القانونية التي تنشئ الالتزام من عقد أو قانون، أو انشاء بلا سبب أو عمل غير مشروع، وبعبارة أدق هو مصدر الالتزام، وهو بهذا المعنى يخرج عن نطاق هذه النظرية. والثاني هو الباعث الدافع إلى التعاقد، أو الغرض غير المباشر أو البعيد (BUT INDIRECT ET MEDIAT BUT LOINTAIN) والذي يحمل التعاقد على ابرام العقد، أي هو عنصر شخصي، يتغير من شخص لآخر، ومن عقد لآخر، حتى ولو كانت العقود من نوع واحد ولا تهم النظرية التقليدية بهذا النوع من السبب، وتجعله غير مؤثر على العقد، سواء أكان مشروعا أو غير مشروع، فمثلا نجد ديهلوب — وهو من أنصار النظرية التقليدية — بعد أن فرق بين السبب : «وهو العنصر الثابت الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود والباعث وهو متغير بطبعه يتساءل : «والآن هل بنا حاجة لأن نضيف أن السبب الباعث كما رأينا، أي الباعث على العقد، لا أثر له على تكوين العقد أو صحته ؟ لا أهمية لكونه جدا أو مزاحا، ولا لكونه مشروعا أو غير مشروع وقد رأينا فيما سبق ألا محل للبحث فيما إذا كان حقيقيا أو زائفا، وإن الغلط في الباعث على التعاقد لا يعتبر سببا للبطلان»⁽⁸⁾ والثالث وهو الذي اعتمد به انقلاب النظرية التقليدية دوما (DOMAT) وبوتيه (POTHIER) وعرفه أحد أنصارها وهو ديهلوب بقوله هو الغرض المباشر الذي يقصد المتزم الوصول إليه بالتزامه، وهو في عرف هذا الفقه التقليدي، وإن كان يختلف باختلاف العقود فهو ثابت لا يتغير بالنسبة للنوع الواحد منها، فبالنسبة للعقد المزمومة للجانبين، أو التبادلية يكون سبب الالتزام أحد الطرفين، هو الالتزام المقابل الذي يتحمل به الطرف الآخر، فالالتزام المشتري يدفع الثمن في عقد البيع هو سبب التزام البائع بنقل ملكية

(8) انظر الدكتور أبو عاتية : الصرف القانوني الجزء صفحة 104.

المبيع والتزام البائع بنقل ملكية المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، أما في العقود المزمومة لجانب واحد أي التي تلزم أحد الطرفين فقط، فهي إما أن تكون عقود معاوضة فيكون السبب هو المقابل الذي قدمه الطرف الآخر فإن كان العقد عينيا مثلا — كالاغارة والرهن الحيازي، والوديعة — فإن سبب الالتزام هو تسليم الشيء، وإن كان رضائيا — كالتعهد بالوفاء بدين مثلا — فسبب الالتزام هو وجود الدين، أو تكون عقود التبرع فيكون سبب الالتزام هو نية التبرع.

والسبب بهذا المعنى الموضوعي المادي، هو الذي وقفت عند حده النظرية التقليدية في السبب، وهو الذي وقفت عنده المادة 62 مدني مغربي والتي تعتبر الالتزام باطلا إذا كان دون سبب أو كان مبنيا على سبب غير مشروع دون أن تهم بالباعث الدافع إلى التعاقد أكان مشروعا أو غير مشروع⁽⁹⁾.

وبعد الوقوف على أسس نظرية السبب في قانون الالتزامات والعقود نستعرض الشروط التي يتطلب توافرها هذا التشريع لقيام العقد صحيحا، والتي يترتب على ائتمامها أو اختلالها بطلان العقد وهي ثلاثة أساسية :

- أ — أن يكون السبب موجودا (م 62).
- ب — أن يكون مشروعا (م 62).
- ج — أن يكون حقيقيا (م 63، 64، 65).

1 — أن يكون السبب موجودا : من الشروط الأساسية لقيام العقد في القانون المغربي، أن يكون للالتزام سبب، أما الالتزام الذي لا سبب له، فيعد كأن لم يكن، ويطل معه العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 62 مدني : «الالتزام الذي لا سبب... يعد كأن لم يكن...» وحالات انعدام السبب نادرة بطبيعتها، لأن الشخص في الأصل لا يلتزم بدون سبب، إلا إذا كان مجنونا أو عديم التمييز لصغر السن، فيكون أمانا والحالة هذه طريقان للبطلان، انعدام الأهلية أو انعدام السبب، ومع ذلك توصل الفقه إلى تصور حالات يعدم فيها السبب كما في سند الجمالة وصورة هذا السند هو أن شخصا، قد يكون في حاجة إلى نقود، فيذهب إلى صديق ويطلبه ببلغ من النقود لا يتوفر عليه هذا الأخير، فيوقع له سنداً صوريا

(9) بولان كان المشرع قد حاول التخلص من النظرية التقليدية في القسم الخاص بعقود الغرر وخاصة المادة 1092 و 1093 من قانون الالتزامات والعقود.

وتخضع لأحكام الفصول 1092 إلى 1095 العقود التي ترد على السنوات العامة والبضائع والتي لا يقصد تنفيذها تسليم تلك السندات أو البضائع تسليمًا فعليًا، وإنما يقصد منها مجرد دفع الفرق بين السعر المتفق عليه والسعر الجاري في تاريخ تصفية العملية.

ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفًا للقانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 62 ولقد سبق لنا أن تكلمنا بالتفصيل عن البطلان للنظام العام والأخلاق الحميدة في الفصل الرابع.

ويلاحظ أن أنصار النظرية التقليدية في السبب يميزون بين مشروعية السبب، ومشروعية المحل أي أنه يحدث في العمل أن يكون المحل مشروعًا والسبب غير مشروع، ومن الأمثلة على ذلك تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة مقابل دفع مبلغ معين من النقود، فالالتزام بارتكاب جريمة التزام باطل، لأن عمله غير مشروع، أما الالتزام بدفع مبلغ من النقود فمحلّه مشروع، ولكنه باطل لأن سببه غير مشروع ويمثل عبد المجيد الحكيم، لذلك بأنه : «إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود، فإن محل التزام كل من المتعاقدين مشروع، إذ هما عبارة عن عدم ارتكاب جريمة ودفع مبلغ من النقود، ولكن سببها غير مشروع، إذ أن سبب التزام الأول بدفع مبلغ من النقود، هو امتناع الثاني عن ارتكاب جريمة، وهذا سبب غير مشروع والسبب الثاني بعدم ارتكاب الجريمة هو التزام الأول بدفع مبلغ من النقود وهذا أيضًا سبب غير مشروع»⁽¹²⁾.

ويفترض التشريع المغربي في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعاً ولو لم يذكر (م 63) وأنه إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع كان المقد باطلاً، إلا إذا أثبت الطرف الآخر أن للالتزام سببا آخر مشروعاً، وهذا ما نصت عليه المادة 65 : «إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي، وغير مشروع، كان على من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يقيم الدليل، وتسير المحاكم في هذا الاتجاه، من ذلك أن محكمة الصلح لجنوب الدار البيضاء قضت : «بأن المادة 62 من قانون الالتزامات والعقود تنص على أن الالتزام الذي لا سبب

(12) عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق صفحة 203.

بالمبلغ وعند الاستحقاق يقدم الدائن الصوري، المقابل إلى الصديق، ليُدفعه إلى الحامل الأخير، ففي هذا المثال إذا طالب الدائن الصوري صديقه المدين بمقابل السند، فإن هذا الأخير يستطيع أن يدفع ضده بطلان العقد لانتعدام السبب، ومن أمثله في العقود البادلية : أن يشتري شخص شيئاً ثم يتبين أن هذا الشيء قد هلك قبل البيع، ويرى بلانيول، وريبير وبولانجي أنه في مثل هذه الحالة يتميز المحل عن السبب بكل دقة فالترام البائع هنا محل والزام المشتري بلا سبب، وعليه يكون البيع باطلاً بطلاناً مزدوجاً، وقياساً على هذه الحالة أبطل القضاء الفرنسي بيع عقار مقابل دخل مدى الحياة يقل عن ربع العقار⁽¹³⁾، وتبدو هذه الأفكار واضحة في القضاء المغربي، فقد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط : «أن عقد التأمين على حادث شغل، التي قد تترتب عن خطر استعمال أدوات مشروع، يعتبر بلا محل إذا توقف هذا المشروع عن العمل وعليه يكون التزام المؤمن بدفع المكافآت بدون سبب، فيعتبر كأن لم يكن بناء على المادة 62 من قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁴⁾» وإذا كان من السهل تصور انتعدام السبب في هذه الأمثلة، فإن هناك حالات أخرى يصعب فيها تصور انتعدامه، فمثلاً لا يستطيع الواهب أن يدفع بانتعدام السبب وكل ما يستطيع أن يقوم به، هو الادعاء بانتفاء نية التبرع، وهنا يتضح ضعف النظرية التقليدية في المحافظة على إطارها الموضوعي وتدخل بنا إلى الإطار الشخصي الذي تعتمد عليه النظرية الحديثة.

ويلاحظ أنه قد يحدث في العمل ألا يذكر سبب الالتزام في العقد فهل يظل مثل هذا العقد ؟ إن الجواب يكون بالنفي لأن المادة 63 من قانون الالتزامات والعقود، تفرض في كل التزام أن له سبباً حقيقياً ومشروعاً ولو لم يذكر إلا إذا ثبت عكس ذلك فيبطل العقد.

2- أن يكون السبب مشروعاً : لا يكفي في التشريع المغربي أن يكون السبب موجوداً، وإنما يتوجب أن يكون مشروعاً، ولا يطل العقد، طبق ما نصت عليه المادة 62 من قانون الالتزامات والعقود، وأكد المشرع المغربي هذا المبدأ في أمثلة حيوية كاللادة 1092 التي تنص : «كل التزام سببه دين مقامرة أو المراهنة يكون باطلاً بقوة القانون» وما نصت عليه المادة 1096 : «تعتبر عقود غرر

(10) الوسيط الدلي الجزء الثاني طبعة 1957 صفحة 120.

(11) قرار صادر في 30 مارس 1934، مجلة المحاكم المغربية عدد 592 لسنة 1934 - 1935.

له، أو المبنى على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن... وعلى هذا الأساس يعد باطلا عقد استغلال دار للمقامرة، وبعد كذلك تخصيص دار للرهان، عملا غير مشروع وتزى أن نفس الحكم يطبق حتى ولو تعلق الأمر بدار للمقامرة تقع في الخارج، أو في بلاد تبيح إقامة مؤسسات المقامرة والرهان هذه (13) وقضت محكمة الاستئناف الرابطة بأنه: «تعتبر باطلة لاستنادها إلى سبب غير مشروع شركة المحاصة التي تهدف إلى استغلال دار للمعامرة» (14).

3- أن يكون السبب حقيقيا: وإلى جانب وجود السبب ومشروعيته يجب أن يكون السبب حقيقيا أي غير كاذب أو مغلوط، والا كان العقد باطلا، وهذا ما يستنتج من المواد 63 - 64 مدني، ويكون السبب غير حقيقي أو غير صحيح في حالة الغلط في السبب، وهو الذي وصفته محكمة النقض الفرنسية بعد البري ورو «بأنه غلط في الفعالية القانونية لسبب التعهد» (15)، ومن أمثله العامل الذي يقبل التعويض عن حادثة شغل وهو يجهل درجة العطل، وكذلك الشخص الذي تعهد باصلاح ضرر لم يكن سببا في احداثه، ويمثل له السهوي بوارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه، وهو ليس بوارث، فيعطيه مبلغا من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم (16)، ويكون السبب غير صحيح في حالة ثانية وهي إذا كان صوريا. والصورية لا تنهض سببا للبطالان إلا إذا كانت مطلقة - أي إذا كان السبب الظاهر لا يخفي وراءه أي سبب حقيقي آخر - حيث يطل العقد لانعدام السبب، أما إذا كانت نسبية - أي كان الظاهر يخفي وراءه سببا حقيقيا آخر - فيعمل بالسبب الحقيقي المستتر إذا كان مشروعا، أما إذا كان غير مشروع فإن العقد يطل.

ويلاحظ أن بعض التشريعات الحديثة قد تخلت عن هذا الشرط كالتشريع المصري الحديث إذ نصت المادة 136 على ما يلي: «إذا لم يكن للاتزام سبب،

(13) حكمها الصادر في 7 أبريل سنة 1926 مجلة المحاكم الفرنسية عدد 225 لسنة 1926 - 27، ويلاحظ أنه كان من الأفضل للمحكمة أن تشير إلى المادة 1092 لأنها وضعت هذا الغرض بالذات.

(14) قرار بتاريخ 12 فبراير 1929. مجموعة أحكام محكمة الاستئناف لسنة 1929 - 1932.

(15) نزو: المرجع السابق صفحة 134.

(16) السهوي: المرجع السابق صفحة 442.

أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا والسبب الذي دفع هذا التشريع إلى الاستثناء عن هذا الشرط هو عدم فائدته، ذلك أنه يمكن لنا أن نصل إلى بطلان العقد في الحالة الثانية أي في حالة الصورية، عن طريق انعدام السبب أو عدم مشروعته، وفي الحالة الأولى أي حالة السبب المغلوط أو غير الصحيح عن طريق اعتباره كالغلط في الباعث - يأخذ التشريع المصري بالنظرية الحديثة في الغلط - ويجعل العقد قابلا للإبطال ويعتق هذه الفكرة السهوي الذي يرى «أما الاعتبارات المنطقية فتخرج إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط في السبب الضيق اللصيق بالعقد الذي تقول به النظرية التقليدية في السبب، بل صار هو عين الغلط في الباعث الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط ووجب أن يعطى الغلط في السبب هذا المعنى الجديد ذاته الحكم الذي يعطى للغلط في الباعث وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه» (17)، وهذا الحل الذي أبداه السهوي لا ينطبق مع أحكام التشريع المغربي الذي يأخذ بالنظرية التقليدية في الغلط التي لا تعدد بالغلط في الباعث ومع ذلك يمكن الاستثناء عنه في ظل تشريعنا عن طريق نظرية الغلط نفسها، ذلك أن الغلط في السبب يعتبر من الغلط المانع الذي يعدم الرضى، ويطل العقد.

أما التشريع الليبي، فقد تخلت عن الشرطين الأول والثالث واحتفظ بالشرط الثاني فقط، وهو ما نصت عليه المادة 1936 مدني «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، كان العقد باطلا».

هذه هي الشروط التي يتطلبها التشريع المغربي لقيام العقد، وهي نفس الشروط التي وضعها النظرية التقليدية في السبب، وقد هاجمها عدد كبير من الفقهاء في مقدمتهم بلاتول (PLANIOL) الذي يرى أنها نظرية غير صحيحة وغير مفيدة، ويعتقد أنه بالإمكان الاستثناء عن السبب بالخل، أو الارتباط في العقود الملزمة للجانبين، ويرى أن انعدام السبب في العقود العينية هو انعدام العقد ذاته، فالقترض والوديع لا يلتزم بشيء إذا لم يتسلم القرض أو الشيء المودع، وما دام ليس هناك تسليم فليس هناك عقد، فلا حاجة بنا إذن إلى نظرية السبب.

(17) المرجع السابق صفحة 479.

أما فيما يتعلق بمقتود التبرعات فإن نية التبرع تتصل بالرضى وابتعادها لا يقوم العقد.

وأمام هذه الانتقادات الجارحة قام أنصار هذه النظرية التقليدية بعدة محاولات بغية الدفاع عنها، وفي مقدمة من حمل هذا اللواء كابيتان (CAPITANT) ولكن بالرغم من مجهوداته لم يتمكن من سد بعض الثغرات:

ونعتقد أن هذه النظرية كانت قاصرة لاعتمادها على السبب المباشر القسدي أو الغائي وعلى الاطار الموضوعي الضيق، وقد اتبته أغلب الفقه إلى هذا الاطار، فتجد بوكاز يلاحظ: «أن أنصار النظرية التقليدية نظروا إلى السبب باعتباره الغرض الذي يقصده منشيء التصرف، ولكنهم بدل أن يردوه إلى البواعث الواقعية لهذا الشخص أعلنوا — كما هو معروف — أن هذا الغرض تفرضه بشكل ما، طبيعة التصرف الفنية، فقالوا أن العقد التبادلي يحمل معه سببه، أي غرضه الثابت أياً كان ما قصده الطرفان، ومثل ذلك يقال عن التبرعات وواضح أن مثل هذه الفكرة لا يقبلها العقل كما أنها تصطدم بالحقيقة. فالارادة تخلق التصرف القانوني وتبعث الحياة في صيغته الفنية، بدل أن تأخذ منه معنى مفروضاً ثانياً (18) ويرى أبو عافية: «أن ما وقع في الفقه التقليدي الفرنسي كان خطأ لا مفر منه، وفي رأينا أن المشرع الفرنسي يحمل من المسؤولية عن هذا الخطأ أكثر مما يحمله الفقه التقليدي، فقد بذل الفقه المذكور أقصى ما يمكنه للتوفيق بين أمرين يستحيل التوفيق بينهما وهما طبيعة السبب الشخصية من ناحية، والوظيفة القانونية الرئيسية التي وكلها إليه المشرع من ناحية أخرى، فالسبب ذكر في القانون الفرنسي مستقلاً عن الإرادة باعتباره ركناً قائماً بذاته في الالتزام، ويظهر استقلاله إزاء الإرادة في الجزاء الشديد الذي وضع له في المادة 1131، ووفقاً لهذا النص يكون جزاء السبب غير الصحيح هو البطالان المطلق، في حين أن جزاء الإرادة غير الصحيحة وهي المشوبة بعبث الغلط أو الاكراه أو التدليس البطالان النسبي (19)».

وعلى أساس هذا العيب التشريعي — في القانون الفرنسي — والذي نبته النظرية التقليدية قام الفقهاء بابتداع نظرية جديدة في السبب أطلق عليها النظرية

(18) المرجع السابق : صفحة 479.

(19) أبو عافية المرجع السابق صفحة 102.

الحديثة، فالتد وجد القضاء نفسه عاجزاً في إطار النصوص التشريعية عن تقرير بطلان العقود العينية والتبرعات، لأن تسلم الشيء، ونية التبرع في ذاتها لا يمكن أن تكون غير مشروعة، وأنه لا يستطيع تقرير بطلان العقود التبادلية لعدم مشروعية السبب إلا في حالة واحدة وهي أن يكون محل أحد الالتزامين غير مشروع، فيطال الالتزام المقابل لعدم مشروعية السبب، لذلك خرج القضاء الفرنسي عن التشريع، وعن الفقه التقليدي، واعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد، وبذلك توسعت نظرية السبب وكسبت مرونة كبيرة، وشملت حالات كانت تقتل من نظام البطلان رغم ما فيها من مس بالأخلاق الحميدة والنظام العام، وطبق المبدأ في كثير من الحالات كالزنا (ENFANT INCESTUEUX) والتبرع للمشيقة، إذا كان الباعث عليه استمرار العلاقة غير المشروعة، وتبرع الزوج لزوجته لتفصل عنه ودنيا، وعقد القرض إذا كان الباعث عليه غير مشروع، والعقد التي من شأنها أن تؤثر على سير الانتخابات.

ويلاحظ أن هذا القضاء ذهب أشواطاً بعيدة في الحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات الذي خيف أن تهدده النظرية الجديدة، فهو لا يأخذ بالباعث إلا إذا كان رئيسياً أي إذا كان هو الدافع إلى التعاقد ولذلك أطلق عليه «الباعث الدافع» ولا يأخذ بهذا الباعث الدافع إلا إذا كان داخلاً في دائرة التعاقد أي بشرط أن يكون الطرف الآخر على علم به سواء أكان التصرف معاوضة أو تبرعاً حتى يسلم المتعاقدون من المفاجآت، والا يتحرر الأشخاص من التزاماتهم بدعوى أن الباعث الدافع إليها كان غير مشروع.

أما في المغرب فإم العمل القضائي كان يساير النظرية التقليدية في أول الأمر كما جاءت في النصوص التشريعية ومثله ما قضت به محكمة الصلح بقماس في أول أكتوبر إذ رأت: «أن البواعث الجديدة أو غير الجديدة المشروعة أو غير المشروعة لا تؤثر على صحة الالتزام وإن السبب غير المشروع هو وحده الذي يجعل الالتزام كأن لم يكن (20)» ولكن سرعان ما تخلل القضاء المغربي عن النظرية التقليدية وأخذ يعتد بالنظرية الحديثة في السبب كما جاء في القضاء الفرنسي بصفة نهائية، من ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية — وهي تنظر في نازلة مغربية — والذي

(20) انظر مجموعة القانون الخاص (CODE CIVIL) صفحة 295.

جاء فيه : «لحكمة الاستئناف سلطة كاملة لتقدير وقائع السبب، وعليه فالحكم الذي صدر عنها لا يمكن أن يقض، إذا كان يستند الى هذه السلطة وخاصة إذا تعلق الأمر بإطلاق وصية لأسباب تنصل بالأخلاق العامة حيث يستتج من جميع الظروف التي تحوط بالقضية بأن السبب الباعث للدافع الى التبرع... لا يمكن أن يكون إلا الرغبة في دفع مقابل لعلاقات الزنى التي كانت بين الموصي والموصى لها (21)».

ومن هذا يتبين أن القضاء في المغرب كمل النقص الذي كان يتعور النصوص التشريعية مما ضمن لنظرية السبب قوة وصموداً، وجعلنا نسلم بضرورة الإبقاء على فكرة السبب كركن جوهري في العقد بمعنى الغرض المباشر، ويعنى الباعث الدافع أي على أساس التمييز بين سبب الالتزام، وسبب العقد، كما ميزنا سابقاً بين محل الالتزام، ومحل العقد، وقد أخذت فعلاً بهذا الاتجاه بعض التشريعات كالنشرية البناني الذي اعتمد النظرية التقليدية والحديثة في السبب على أساس التمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام، فنصت المادة 194 منه على ما يلي : «يكره بين سبب الموجب (الالتزام) وسبب العقده ونصت المادة 195 على ما يلي : «إن سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير، وهو يعد جزءاً غير منفصل من العقد كالموجب المقابل في العقد المتبادلة، والقيام بأداء في العقود العينية، ونية التبرع في العقود المجانية، أما في العقود غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً» وأكدت شروط السبب المواد 196، 197، 198، ونصت المادة 200 على ما يلي : «إن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق المتعاقد على إنشاء العقد، وإن كان من فئة واحدة» ونصت المادة 210 على ما يلي : «إذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلاً أصلاً».

وإذا كان التشريع المغربي يجعل من السبب ركناً جوهرياً في الالتزام ويرتب على انعدامه أو عدم مشروعيته بطلان العقد، وأن القضاء المغربي يعتد بالباعث الدافع الى التعاقد، ويرتب على عدم مشروعيته بطلان العقد، فإن هناك تشريعات أخرى كالنشرية الألماني والسويسري والبولوني، تخلت عن فكرة السبب كركن أساسي في العقد أي أن العقد في ظل هذه التشريعات يعتبر صحيحاً سواء أكان

(21) في قرارها الصادر في 7 يوليوز سنة 1947 مجلة المحاكم المغربية عدد 108 لسنة 1946 — 1949.

مبنياً على سبب أو بدون سبب وسواء أكان السبب مشروعاً أو غير مشروع وهذا ما يطلق عليه في الاصطلاح الحديث «التصرف الجرد» والذي يعرفه الفقه الجرماني التقليدي بأنه التصرف الصحيح بصرف النظر عن السبب، وبعبارة أخرى أنه يعتبر عن «التصرف المسبب» الذي تأخذ به في الأساس التشريعات اللاتينية.

ويلزم التفريق هنا بين فكرة التصرف الجرد بهذا المعنى، وفكرة التصرف الجرد عند الرومان، فهذا الأخير هو التصرف الذي يستند صحته وقوته الإرادية من الشكل، ودون اعتبار لإرادة الأطراف سواء أكانت موجودة أو منعدمة صحيحة أو مشوبة بالعيوب.

وبلاحظ هنا أن أول من نادى بفكرة التصرف الجرد في ألمانيا هو الفقيه باهر (PAHR) وتبعه ويند شيد، وقد عارض عدد كبير من الفقهاء هذه الأفكار في البداية ولكن الوضع تغير بعد أن اعتنق القانون المدني الألماني — الذي صدر في سنة 1900 — فكرة التصرف الجرد وأوجد لها سنداً قوياً في المادة 812 الخاصة بالاثراء بلا سبب والتي اشتقت منها العبارة المشهورة «سبب الاضافة الى الذمة» والتي يشرحها أبو عافية بقوله : «عبارة الاضافة الى الذمة تطلق في الفقه الألماني على فكرة لم يته بعد تحديد كيانها القانوني. فهي على أبسط معانيها تدل على الزيادة المالية أو الاثراء الذي يحصل في ذمة شخص آخر، فهي لا تشمل في نظر الفقه الألماني كل أنواع الاثراء أياً كان مصدره، بل تقتصر على نوع معين من الاثراء يقع بناء على مصادر قانونية خاصة» (22) ولقد وجدت نظريتان في ألمانيا إحداهما تضييق من فكرة الاضافة الى الذمة، والأخرى توسع من مضمونها فتقضي النظرية الأولى أن الاضافة الى الذمة لا تتحقق الا نتيجة لتصرف قانوني، أما بحسب النظرية الثانية، فإن هذه الاضافة تتحقق بناء على تصرف قانوني أو واقعة قانونية ولتوضيح ربط التصرف الجرد بالاضافة الى الذمة أو الى فكرة الاثراء بلا سبب تقدم المثال الذي ضربه الصده في هذا الموضوع : «إن عقد انتقال ملكية العقار في القانون الألماني عقد مجرد، فإذا ذهب المتعاقدان الى المكتب العقاري وسجلا انتقالهما في السجل العقاري، فإن الملكية تنتقل حتى لو كان هذا الانتقال دون سبب أو كانت الإرادة معيبة فإذا انتضح بعد ذلك أن الملكية انتقلت دون سبب أو أن الإرادة كانت معيبة فلا يكون لمن فقد الملكية إلا الرجوع بدعوى شخصية

(22) المرجع السابق صفحة 151.

على من تلقى الملكية وهي دعوى الاثراء بلا سبب (23).

ويلاحظ أن فكرة التصرف المجرد التي تعد بها التشريعات الجزائية تساعد على استقرار المعاملات، أما التشريعات اللاتينية والتشريعات العربية وفي مقدمتها «التشريع المغربي» — الذي اعتنق في الأصل فكرة التصرف المسبب بالشكل الذي درسه — لا يأخذ بفكرة التصرف المجرد إلا في حالات استثنائية قليلة منها : المواد التجارية الخاصة بالسفينة (الكيمالية) والسندات الأذنية والسندات والشيكات، وفي المواد المدنية المتعلقة بالانابة (LA DELEGATION) التي عرفها المادة 217 من قانون الالتزامات والعقود بأن «الانابة تصرف بمقتضاه بحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو، وفاء لما هو مستحق عليه له، وتكون الانابة أيضا في تصرف من يكلف أحدا من الغير بالوفاء عنه، ولو لم يكن هذا الغير مدينا لمن وكله على الوفاء» ونصت المادة 219 : «تم الانابة برضى المنيب والمناب لديه، ولو بدون علم المدين المناب، بيد أنه إذا وجدت هناك أسباب عداوية بين المناب لديه والمدين المناب لزم قبول هذا الأخير لصحة الانابة وكان له كامل الحرية في الرفض» وإذا لم يوجد الالتزام المناب عليه، أو رضى المدين المناب للمنيب فانه يحق للمناب لديه أن يرجع على المنيب بمبلغ الدين وتوابعه، أما إذا بطلت العلاقة الأساسية بين المنيب والمناب لديه، أو رضى له الأول بالدين، فانه يحق له الرجوع عليه على أساس الاثراء بلا سبب» ويستفاد كل هذا من المادة 224 التي تنص : «لا يترتب على الانابة براءة ذمة المنيب، ويكون للمناب لديه الرجوع عليه من أجل مبلغ الدين وتوابعه :

(1) إذا تقرر عدم وجود الالتزام المناب عليه، أو فسخه لسبب من أسباب البطلان أو الفسخ المقرر في القانون.

(2) في الحالة المنصوص عليها في المادة 354.

(3) إذا أثبت المدين المناب أنه تخلل من المدين قبل أن تصل الانابة إلى علمه وإذا وفي المدين المناب للمنيب بعد علمه بحصول الانابة بقي مسؤولا تجاه المناب لديه مع حفظ حقه في استرداد ما دفعه للمنيب» وبالرجوع إلى المادة 354

(23) الصمد : المرجع السابق صفحة 62.

يتبين بوضوح اعتبار الانابة تصرفا مجردا لا يسوغ للمدين الذي قبل الانابة التمسك في مواجهة الدائن الجديد الحسن النية بالدفع التي كان يسوغ التمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي وهذا نص المادة : «ليس للمدين الذي يقبل الانابة أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد الحسن النية، بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي مع بقاء حقه في الرجوع على هذا الأخير ومع ذلك يسوغ له أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع المتعلقة بالأهلية الشخصية إذا كانت هذه الدفع مبنية على أساس وقت قبول الانابة، ومجهولة عندئذ منه».

وخلاصة القول أن التشريع المغربي، والقضاء المغربي يجعلان من السبب ركنا جوهريا في العقد سواء أكان بمعنى الغرض المباشر أو القصدي أو بمعنى الباعث الدافع على التعاقد، ويترتب على انعدامه أو عدم مشروعيته بطلان العقد ويحول للطرف الذي تضرر من ذلك استرداد ما دفع طبقا لنص المادة 316 من قانون الالتزامات والعقود، والمادة 70 التي تذهب إلى أنه يجوز استرداد ما دفع بسبب مستقبل لم يتحقق أو لسبب كان موجودا، ولكنه زال، والمادة 72 التي تجعل من مبدأ الاسترداد قاعدة عامة إذا نصت على أنه يسوغ استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون أو النظام العام، أو الأخلاق الحميدة.

الفصل السادس

تخلف الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود المعينية

سنتناول في هذا الفصل تخلف الشكل كسبب للبطلان ثم التسليم في العقود المعينية باعتبار أن ظهوره كان من نتائج الشكلية عند الرومان، وبقي هذا الأثر قويا في الوقت الحاضر في بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والمغربي.

قلنا سابقا أن الإرادة لم تكن في القوانين الرومانية الغالبة كافية بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية بل كان يشترط أن تنصب هذه الإرادة في الشكل الرسمي الذي حدده القانون، أي كانت الرسمية والشكل تجعلان من العقد عقدا صحيحا، سواء أكانت هناك إرادة أو لم تكن، وسواء كانت هذه الإرادة صحيحة أو معيبة. وبعبارة أخرى لم يعرف الرومان الأقدمون مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ حرية التعاقد الذي تقوم عليه النظرية الحديثة للعقد وإنما اهتموا بالشكل الرسمي والصفة القانونية، فالإرادة عندهم لا قيمة لها ولا تنتج أي أثر إلا إذا افرغت في الشكل الذي يتطلبه القانون، وأتت بالصفة التي يحددها فان تخلف الشكل الرسمي أو الصيغة القانونية، فان العقد يطل، ولا تسمع دعوى بشأنه حتى وإن كانت الإرادة موجودة، وسليمة من كل عيب، أما إذا توافر الشكل الرسمي والصفة القانونية فان الاتفاق ينتج أثره، ويقوم العقد، وتشغل ذمة الملتزم وتسمع دعوى العقد حتى ولو كانت الإرادة غير موجودة، أو غير سليمة، ولكن هذه الوضعية الجامدة اندحرت تحت تأثير الأذهار الاقتصادي والتجاري وازدياد السكان،

وسرعة المعاملات، فظهرت في أول الأمر العقود الرضائية إلى جانب العقود الشكلية، واستمر تيار هذا التطور إلى أن أصبح الرضى من الشروط الأساسية لقيام العقود، سواء أكانت شكلية أو غير شكلية وأصبحت الإرادة بذاتها كافية لإنشاء العقود، أي أن العقد يقوم بتوافق إرادتين دون اشتراط أن تفرغ في الشكل «ترسمي»، وقد استفادت التشريعات اللاتينية فيما بعد من هذا الصراع، وهذه الثورة على الشكل، فأعلنت مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وقد كان الاسلام قد سبقها إلى ذلك فالغنى بعض العقود الشكلية نهائيا، والتي كانت معروفة في الجاهلية كبيع الملامسة — وهو بيع الثوب باللمس دون النظر إليه — وبيع النابذة — وله عدة تفسيرات أشهرها أن يطرح كل من المتبايعين ثوبه إلى الآخر دون نظر ولا رضى — وبيع الحصة — وهو بسط الثياب على الأرض، ويقول المشتري للبائع أن الثوب الذي تقع عليه الحصة تبعه إلى بكذا فيقول البائع نعم — وأعلن رضائية العقود.

وهكذا أصبحت التشريعات الحديثة في الأصل تعتمد رضائية العقود واستثناء استلزام الشكل وفي القليل النادر منها لما له من خطورة في الحياة، والعقد الشكلي في العرف القانوني الحديث، هو الذي يجب أن يفرغ في الشكل الذي يحدده القانون، وهو يختلف عن العقد الشكلي عند الرومان من حيث أن الشكل في هذا الأخير كان وحده كافيا لقيام العقد، سواء أكانت هناك إرادة، أو لم تكن، أما الشكل في القانون المغربي وغيره من التشريعات، فهو ركن يضاف إلى الأركان الأساسية — في الحالة التي يفرضه القانون فيها — وهي الرضى والمحل والسبب (1)، ولا يفتي وجوده عن وجودها فإن انعدم الرضى أو تخلف المحل أو كان غير مشروعاً أو انعدم السبب أو كان غير مشروع فإن العقد يبطل ولو جاء في الشكل الذي تطلبه القانون وكذلك الحال إذا توافر للعقد الرضى والمحل والسبب، ولكن تخلف الشكل في الحالة التي يستلزمه القانون فيها، فإن العقد يبطل لانحياز ركن أساسي وهو الشكل.

ولا يسوغ الخلط بين الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد، والشكل

(1) ولا حظ أن المشرع جعل الأركان اللازمة لصحة الاتفاقيات الناشئة عن التعبير عن الإرادة — أي تضاف إلى هذه الأركان الثلاثة — في حين لا تعمل على ذكرها لأنها اعتبرت عناصر من عناصر الرضى.

الذي يتطلبه لثباته، فالشكل الأول عنصر جوهري في العقد لا يقوم بدوره فإن تخلف يبطل العقد أما الشكل الثاني فهو وسيلة من وسائل الإثبات، لا ترفع عن العقد صفته الرضائية ولا يترتب على مخالفتها بطلان العقد، ومن أمثلة الشكل الذي يتطلبه القانون للاتبات في التشريع المغربي ما نصت عليه المادة 443 من قانون الاتزامات والعقود: «الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها، أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الاتزامات أو الحقوق والتي تتجاوز قيمتها 25000 «فرنك» لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية» فإن كان العقد يزيد عن 25000 «فرنك» أو 250 درهم — الدرهم والستيم حلا محل الفرق في المغرب المستقل — ولم تحرر به حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية فإن العقد لا يبطل — لأنه ليس عقدا شكليا — كل ما في الأمر أنه لا يسوغ اثباته إلا بالكتابة — أو بدء البينة الخطية المعززة بالشهادة والقرائن — أو بما هو أقوى منها كالإقرار أو البين، ومثاله ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 629: «ومع ذلك يلزم أن يثبت كراء العقارات والحقوق العقارية بالكتابة إذا عقدت لأكثر من سنة فإذا لم يوجد محرر مكتوب اعتبر الكراء قد أجري لمدة غير معينة...».

ويلزم كذلك تمييز الشكل عن مجرد القيد في السجل، والذي يترتب عن انعدامه، عدم سريان التصرف في مواجهة الغير، أي أن انعدام هذا القيد أو التسجيل لا يبطل العقد، أي أن العقد يقوم صحيحا بين طرفيه، ويترتب سائر آثاره بينهما وكل ما في الأمر لا يمكن لهذا أن يحجب به على الغير ما دام القيد أو التسجيل لم يتم، في حين أن تخلف الشكل في العقود الشكلية يجعل العقد باطلا في مواجهة الطرفين والغير، أي يعتبر كأن لم يكن. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 629 من قانون الاتزامات والعقود التي ورد فيها: «كراء العقارات لمدة تزيد على سنة لا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يكن مسجلا وفقا ليقضي به القانون». وفي الشرركات المدنية حيث نصت المادة 987 من قانون الاتزامات والعقود ما يلي: «تتخذ الشركة بتراضي أطرافها، على انشائها، وعلى شروط العقد الأخرى مع استثناء الحالات التي يتطلب القانون فيها شكلا خاصا، إلا أنه إذا كان محل الشركة عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رسميا، وأبرمت لاستمرار أكثر من ثلاث سنوات، وجب أن يحرر العقد كتابة، وأن يسجل على الشكل الذي يحدده القانون».

أما الشركات التي يتطلب فيها القانون شكلا خاصا فهي شركات المساهمة والمسؤولية المحدودة وشركات التضامن والتوصية البسيطة والتوصية أو المضاربة بالأسماء، وكذلك الشركات التي يكون محلها عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رسميا إذا ايرمت لاستمر أكثر من ثلاث سنوات.

ويلاحظ أن الشككية على أنواع متعددة في القانون المغربي وفي غيره من التشريعات.

وتبدو هذه الشككية أولا في الحصول على شهادة إدارية من السلطات المحلية لإثبات أن البائع ليس بفلاح أو أنه غير ملزم بتشكيل الملك العائلي متى كان البيع واردا على أراضي تدخل في المناطق الخاضعة لنظام الملك العائلي، وما يقال عن البيع يشمل الهبة وغيرها من التصرفات القانونية — طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 17 من ظهير 7 فبراير 1953 — وتعطي السلطات المحلية هذه الشهادة مجانا، وينتهي مفعولها بقوات شهر ابتداء من تاريخها... وقد رتبته المادة 23 من الظهير السابق على جميع الانقاقات التي تتم خلافا للمقتضيات السابقة لنظام البطالان المطلق باعتبار أن قواعدها من النظام العام كما ألزمت المادة 18 منه الحافظ على الأملاك العقارية بالامتناع عن اجراء أي قيد في السجلات، العقارية.

وقد تجلّى في ضرورة حضور شاهدين عدلين كما في عقد الزواج، وهو ما نصت عليه المادة 5 من مدونة الأحوال الشخصية: 10 — يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه، ومن الولي بعد موافقة الزوجة وتقويضها له... وكذلك الشأن في عقد الوصية، وهو ما نصت عليه المادة 192 من مدونة الأحوال الشخصية: «يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها ائشهاد عدلي أو بحجر بها عقد يوقع عليه الموصى بإمضائه».

وقد تكون الشككية في تحرير العقد في ورقة رسمية أمام الموثق أو العدل، أو في محرر ثابت التاريخ والإعلان العقد باطلا، ومثل هذا ما قضت به المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، والتي ذهبت إلى «أن الهبة بين الأحياء التي وقعت بين فرنسيين، يشترط فيها أن تمت في المغرب — أن تكون في الشكل الرسمي أمام الموثق،

وفقا للمادة عشرة من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، وتبطل الهبة التي تكون في ورقة عرفية (2) أو ما نصت عليه المادة 489 من قانون الالتزامات والعقود من أنه: «إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ...» وما نصت عليه المادة 194 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها: «كل ائشهاد بوصية أو الرجوع عنها تم بعدلين، يجب أن يحجر، وأن يسجل بكتايش المحكمة المختصة داخل ثلاثة أيام تبديء من وقت تلقي ائشهاد...».

وقد تحصر الشككية في شرط الأذن طبقا لما نصت عليه المادة 158 من قانون الأحوال الشخصية (3).

هذه أمثلة عن أنواع الشككية في التشريع المغربي، وقد تطلبنا خطورة هذه الأعمال، وأقرها المشرع اما حماية للمصالح العام أو حماية للمتعاقدين أنفسهم أو حماية للغير أو لناقص الأهلية أو القاصر أو اعطاء للمتعاقدين فرصة للتدبر والتأمل فيما يقدمون عليه لخطورته وتعلقه بالمصالح الاجتماعية، وقد أثرت تشريعات كثيرة ونفوس الأهداف السابقة الاجراءات الشككية والشكل القانوني نفسه فنجد مثلا

(2) حكم صدر في 10 فبراير 1947، مجلة المحاكم المغربية عدد 1946/1948.

(3) وعقضاها: «لا يجوز للوصي ولا المقدم أن يباشر التصرفات الآتية إلا بإذن من القاضي:

(1) التصرف في عقار القاصر، أو المهر من أمواله بالبائع والشراء أو الشركة أو الاقتراض أو الرهن أو القسمة أو الخارعة أو أي نوع من أنواع التصرفات الرتبة لحق عيني أو الفقرة لأصل أو ما يؤدي إلى تفويته.

(2) استثمار أموال القاصر واقتراضها لنفسه.

(3) كراءه للعقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات.

(4) اكراء عقار القاصر لمدة سنة بعد بلوغه من الرشد.

(5) قبول التبرعات المقتدة بشرط أو رفضها.

(6) الانفاق من مال القاصر على من توجب عليه نفقته إلا إذا كانت النفقة حكوما بها مبرما.

(7) تنفيذ الالتزامات الشرعية أو القانونية التي تكون على الشركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم نهائي.

(8) الصلح والسكيم.

(9) رفع الدعوى إلا من يكون في تأخيره ضرر على القاصر أو ضياع حق له.

(10) التنازل عن الدعوى واستقاط حقه في طرق المراجعة القانونية.

(11) استثمار أموال القاصر لنفسه أو إيجارها لزوجته أو لأهله أو لأخته أو لصبوه أو لمن يكون الوصي أو المقدم نائبا عنه.

(12) ما يصرف في تزويج القاصر.

الشرط أو الشكل المطلوب جوهرى (5).

والواقع أن الفقه بعد أن رفض فكرة الانعدام (6) أجمع على أن تخلف الشكل في العقود الشكلية يعتبر أساسياً من أسباب البطلان لما في ذلك من حماية للأفراد والمجتمع، ولكن القضاء الفرنسي خالف هذا الاتجاه واعتبر تخلف الشكل من أسباب البطلان — الأبطال النسبي — لأنه يرى في جوهر هذا الشكل حماية للمتعاقدين فقط (7). وهذا الاتجاه ليس حرياً بالتأييد لأنه يخالف مبادئ مستقرة، وإضافة لا تحمّلها مواد الإبطال لأن الشكل وغيره من الإجراءات في العقود الشكلية يعتبر ركناً جوهرياً، لا يختلف في شيء عن الرضى، والمحل، والسبب، وعلى الخصوص أننا نعرف أنه إذا اتفق الأطراف على أن يأتي العقد الرضائي بينهما في شكل معين، فإن هذا العقد لا يقوم إلا إذا استوفى الشكل الذي يفرضه القانون، وبهذا قضت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية التي ترى : «أنه لا يجوز لسمسار المطالبة بالسمسرة المتفق عليها إذا كان البيع قد علق على شروط عدة، وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما النهائي إلى وقت التوقيع على عقد يحمره خاموها ما دام أن التوقيع لم يحصل، أي أن المحكمة اعتبرت اغفال الشكل، الذي اتفق عليه يؤدي إلى البطلان ولو لم يوجد نص بذلك (8). والقانون السويسري يعتبر صراحة تخلف الشكل في العقود الشكلية يبطل العقد ونص على هذا المبدأ العام — الذي تخضع له سائر العقود الشكلية — في المادة 11 والتي تنص صراحة : «لا تخضع صحة العقد لأي شكل خاص إلا بناء على نص صريح في القانون...» ولا يعتبر العقد صحيحاً إلا إذا جاء في الشكل الذي تطلبه القانون (9).

وبلاحظ في هذا الصدد أن القضاء المغربي لم يسائر الاتجاه القضائي الفرنسي وإنما يسير في الاتجاه الفقهي الذي يتسجم مع مقتضيات القانون والواقع، فهو يبطل العقود التي لا تخبر الشكل الذي فرضه القانون، ومن أمثلة ذلك الحكم السابق الذي صدر عن المحكمة الابتدائية للدار البيضاء في موضوع الهبة، وما قضت به محكمة الاستئناف الرباطية في حكمها الصادر في 3 فبراير 1942 والذي

(5) المرجع السابق صفحة 143.

(6) راجع نظرية الانعدام في الفقه والقضاء الفرنسي في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذا الكتاب صفحة 57 وما يليها.

(7) مازو : المرجع السابق صفحة 247.

(8) مازو المرجع السابق صفحة 151 على الخامس.

(9) مازو المرجع السابق صفحة 151 على الخامس.

المادة 1394 من القانون المدني الفرنسي تنص : «أن الاتفاقات الزوجية يجب أن تخبر أمام الموثق قبل الزواج» ونصت المادة 488 من القانون المدني المصري على أنه : «1 - تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت سنار عقد آخر. 2 - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالتقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية».

ويطلق السوري على هذا بقوله إن : «الورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة، وما تتبعه من جهز وعلائية، وما تستلزمه من وقت وجهز، نافعة كل النفع لحماية الواهب، ولحماية أسرته، بل لحماية الموهوب له نفسه، فهي نافعة للواهب، إذ هو في الوقت الذي يجرد فيه من ماله دون مقابل في حاجة كما قدما إلى التدبر ليأمن من شر الاندفاع، وراء اتصالات عارضة، وهي نافعة لأسرة الواهب، إذ الواهب وهو يتجرد من ماله دون مقابل يسلب ورثته بعض حقوقهم في تركته، وقد يكون في إجراءات الورقة الرسمية وعلائيتها سبيل للورقة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم فيصرونه بمغبة عمله، والورقة الرسمية نافعة للموهوب له نفسه، فإن الهبة عقد يسهل الطعن فيه فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه» (4). ونفس الشيء يقال في الوصية وفي عقد الزواج الذي هو عقد خطر يجب أن تضمن له العلانية الكافية حسماً للشبهات، وحفاظاً على بقاء الأسرة، وسلامتها وهذا ما عبرت عنه المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية : «الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غاية الاحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة، تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام».

وبلاحظ أن الاختيارات السابقة وما شابهها هي التي دفعت المشرع إلى أن يجعل من الشكل ركناً جوهرياً في بعض العقود يترتب على تخلفه بطلانها — بطلاناً مطلقاً — سواء نص المشرع على هذا البطلان صراحة أو اقتصر على اشتراط الشكل كركن جوهرى في العقد، دون ذكر للبطلان، لأن الاتفاق اجماعي على ذلك أو كما ذهب دوباج إلى أن القانون لا يبين دائماً طبيعة البطلان في حالة خرق مقتضياته، بل أنه في بعض الحالات لا يتكلم نهائياً عن البطلان، رغم أن

(4) الوسيط في شرح القانون المدني ج 5 المجلد الثاني طبعة سنة 1962 صفحة 46.

جاء فيه : «يعتبر باطلا بطلانا مزدوجا باعتباره جزءا متمما للعقد وادخلا فيه العقد الذي يحوره عدل واحد في بلاد تستر على مقتضيات الشريعة الإسلامية، والذي يثبت بين الرعايا المغاربة المسلمين وعدا بالبيع دول أقل إشارة إلى الثمن، فان مثل هذا العقد، الذي لا قيمة قانونية له، لا يمكن أن يقيد في السجل العقاري»⁽¹⁰⁾.

وخلاصة القول يعتبر الشكل في هذه العقود من الأركان الجوهرية في العقد، يترتب على عدم احترامه بطلان العقد.

ولقد تولدت عن الشكلية القاسية عند الرومان، بعض الأفكار التي تحاول التلطيف من هذا التشديد القانوني الجامد، فكانت فكرة كفاية التسليم لقيام العقود المعنية (CONTRATS REELS) وبمباراة أدق أصبح التسليم في العقود المعنية يغني عن الشكلية، وانتقلت هذه الفكرة عن طريق التقليد إلى بعض التشريعات الحاضرة، التي تأخذ بالرأى كأساس لكل عقد، وتأخذ بالشكل في حالات استثنائية نادرة لخطورة بعض الأعمال القانونية على الأفراد، والجميع، وما كان لهذه التشريعات أن تأخذ بفكرة التسليم هذه (REMISE OU TRADITION) لأنها كانت وليدة الشكل، وحيلة للتخلص من سطوته عند الرومان خصوصا وان هذه التشريعات الحديثة قد تخلصت في الأساس من الشكل وسطوته، فكان من اللازم عليها أن تستبعد جميع مخلفات الشكل، تقوية لمبدأ سلطان الإرادة، وحرية التعاقد ومن التشريعات التي جعلت التسليم ركنا جوهريا في بعض العقود التشريع المدني المغربي، على غرار التشريع المدني الفرنسي، ومن الأمثلة على هذه العقود عقد الوديعة (DEPOT) فقد نصت المادة 787 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي : «وتم الوديعة برضى المتعاقدين وتسليم الشيء المودع، ويحصل التسليم بمجرد التراضي إذا كان الشيء موجودا من قبل بصفة أخرى بيد المودع عنده» وعقد عارية الاستعمال (Le commodat ou prêt à usage) إذ نصت المادة 833 منه : «وتم عارية الإستعمال بتراضي الطرفين وتسليم الشيء المستعير» وعقد القرض أو عارية الاستهلاك إذ نصت المادة 856 منه : «وعارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى،

(10) مجموعة أحكام محكمة الاستئناف بالرباط صفحة 362 سنة 1942/1944.

لاستعمالها بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء أجل المتفق عليه أشياء أخرى مثلها في القمار والنوع والصفة وعقد الرهن الحيازي (GAGE) إذ نصت المادة 1188 : «يتم الرهن الحيازي :

أولا : بتراضي طرفيه على انشاء الرهن.

ثانيا : وزيادة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون.

وإذا كان الشيء موجودا بالفعل وقت الرهن في يد الدائن كان رضئ الطرفين وحده متطلبا وإذا وجد الشيء في يد أحد من الغير وكان يجوز له لحساب المدين كفى أن يقوم هذا الأخير بإخطار حائز الشيء بانشاء الرهن. وابتداء من هذا الاخطار، يعتبر الأجنبي الحائز أنه أصبح حائزا للشيء لحساب الدائن ولو لم يكن قد التزم مباشرة تجاهه»

ومن هذه النصوص يتبين لنا أن التسليم ركن جوهرى في عقد العارية والقرض والوديعة والرهن الحيازي، فان تخلف لا يكون لهذه العقود وجود، أي تعتبر كأن لم تكن — باطلا — لعدم توافر ركن التسليم، ويعتبر العقد الرضائي الذي تم بين الطرفين مجرد وعد بالعارية أو القرض أو الوديعة أو الرهن الحيازي — وان كانت هذه العقود تتم بمجرد التسليم، ويرى مازو أنه : «عقد رضائي وان هذا الوعد السابق عن العقد يلزم الناشئ بتسليم الشيء محل العقده»⁽¹¹⁾.

هذا هو الرأي السائد في الفقه الحديث، وقد خرج عن هذا الاتجاه كل من (فيجي) (VIGIE) الذي يرى : «أن الرضى يكفي وحده لقيام العقود على اختلاف أنواعها، وبدون استثناء، ولا يعتبر تسليم الشيء ركنا أساسيا في قيام العارية والرهن الحيازي، والوديعة وإنما هو في الحقيقة تنفيذ للالتزام الذي تولد عن هذه العقود ولقد رفض الفقه الفرنسي بصورة اجماعية هذه الفكرة لأنها لا تتفق مع ما قضت فيه النصوص صراحة، ولا يقبل نهائيا أن تفسر النصوص

(11) دروس في القانون المدني الجزء الثالث الطبعة 1963 صفحة 64.

وهذا الاتجاه الذي سارت عليه التشريعات السابقة سليم ومنطقي، ويهدف الطريق للتخلص نهائيا من فكرة التسليم التي لا فائدة منها، سوى ما ولدته من المشاكل في الحياة القانونية النظرية والعملية، وبعض هذه المشاكل تتجلى في رأي الدكتور أبو ستيت الذي يذهب إلى أن العينة خلقت مشاكل قانونية اختلف الرأي في حلها ويعني بذلك امكان الفسخ فيها من عدمه، وما أثاره التسليم في نظرية السبب من أخذ ورد، وكيف يمكن أن يقوم بدورين في وقت معا، كونه ركنا في العقد وسببا للاتزام، ولذا لم يكن مستغربا أن تلقى فكرة العقد العيني نقدا عاما، وإن ذهب البعض إلى حد النادرة بهجرها (14).

وخلاصة القول أن التشريع المغربي أخذ بفكرة التسليم واعتبارها ركنا جوهريا لا يقوم العقد العيني بدونها.

(14) نظرية الاتزام في القانون المدني الجديد الكتاب الأول الطبعة الثانية سنة 1954 صفحة 57 و 58.

الفرنسية على هذا الأساس كما يذهب — فيجي — لأن التسليم كما يرى بودري (BAUDRY) وبارد (BARDE) هو جوهر (ESSENCE) عقد العارية أو الوديعة أو الرهن الحيازي في ظل التشريع الفرنسي وكذلك في ظل التشريع المغربي الذي أخذ عنه فكرة التسليم (12).

ويلاحظ أن القانون ليس دائما وحده أساس عينية العقود، وأساس التسليم ذلك أن اتفاق الأطراف قد يلعب هذا الدور في بعض الأحيان، ويحدث هذا غالبا في عقود التأمين حيث يشترط ألا يتم هذا العقد إلا بعد دفع القسط الأول (13)، فإن مثل هذا الاتفاق لا يقوم إلا إذا تم تنفيذ هذا الشرط الأول من الاتزام.

وسواء أكان العقد عينيا بناء على نص قانوني أو اتفاق الأطراف فإن التسليم وحده كذلك لا يكفي لقيام العقد، وإنما يتوجب توافر الرضى، فإن تخلف هذا الأخير كان العقد باطلا لانعدام ركن أساسي فيه، وبعبارة أخرى فإن التسليم في العقود العينية لا يفتى عن الرضى، وإن الرضى لا يفتى عن التسليم.

ويلاحظ أنه وجهت إلى العقود العينية انتقادات سليمة أشرنا إليها في البداية، وتتلخص في أن ركن التسليم تقليد ورثه القانون الفرنسي عن القانون الروماني، وأخذ به القانون المغربي — الذي يعتبر القانون الفرنسي من المصادر التاريخية بالنسبة له — ولا يوجد أي مبرر قانوني أو عملي، أو منطقي يستند عليه في القوانين الحديثة التي تعتمد رضائية العقود، ومن أجل ذلك بدأت بعض التشريعات تتلخص من فكرة العقود العينية من ذلك أن القانون الألماني لم يستبق منها سوى عقد القرض والرهن الحيازي، والقانون السويسري سوى الرهن الحيازي، والقانون المصري لم يستبق هذه العينية، أو ركن التسليم سوى في عقد هبة المنقول أو ما يسمى بالهبة اليدوية (المادة 488) ذلك أن عقد الهبة في ظل هذا التشريع الأخير قد يكون شكليا إذا تم في ورقة رسمية أو عينيا إذا تم بالقبض.

(12) انظر بودري وبارد : الوسيط النظري والتطبيقي في القانون المدني الفرنسي ج 7 ط 1906 صفحة 24.
(13) السهوري : المرجع السابق صفحة 154.

الفصل السابع

البطلان بمقتضى نص في القانون

يقوم العقد في التشريع المدني المغربي على أركان جوهرية، هي الأهلية والرضى والحل، والسبب والشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية، فإن انعدم ركن من هذه الأركان، أو كان السبب أو الحل غير المشروع، فإن العقد يطل، أما إذا توافرت للعقد أركانه، وكانت صحيحة ومشروعة، فإن العقد يقوم صحيحا، ويتج كلفة آثاره، ولكن يحدث في العمل أن تتوافر للعقد جميع أركانه، وأن تكون صحيحة، ومشروعة ومع ذلك يقرر القانون بطلانه لاعتبارات تتصل بالمنفعة العامة (1) وهذا ما أكدته المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود، التي جاء فيها : «الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن يتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تقييما له. ويكون الالتزام باطلا بقوة القانون :

(1) إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه.

(2) إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه.

ومن أمثلة البطلان القانوني في التشريع المدني المغربي، بطلان التعامل في تركة مستقبلية، سواء وقع هذا التعامل على جزء منها أو على مجموعها. ويعود أصل هذا البطلان إلى القانون الروماني الذي كان يطل كل تعامل في تركة انسان على قيد الحياة إذا لم يتم برضاه، لأنه يتناق مع الأخلاق الحميدة ولما فيه من مضاربة

(1) بلاتيول، ريم، بولانيي المرجع السابق ص 258.

على أرواح الناس وبخالف النظام العام، لأنه يساعد على التعجيل بوفاة المورث، وقد انتقلت هذه الفكرة السلبية إلى التشريعات اللاتينية والجرمانية، والإنجلوسكسونية والعربية وأصبح هذا التعامل محرماً ولو تم برضى المورث، للمنفعة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 61 مدني، وبمقتضاه : «لا يجوز التنازل عن تركه انسان على قيد الحياة، ولا اجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه، ولو حصل برضاه وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقاً».

ويطّل بنص في القانون كل عقد يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدمات لشخص آخر طول حياته، أو خلال مدة تجعله ملتزماً حتى موته كأن يلتزم بتقديم هذه الخدمات طيلة مائة أو تسعين أو ثمانين سنة. لأن في مثل هذا بيع للسان، وحرية، ومثل هذا العمل يتناقض مع الكرامة الانسانية، ويشجع الطبقة الرأسمالية والغنية على استغلال الطبقة الفقيرة أو الضعيفة اقتصادياً، واخضاعها لسلطوتها وسلطانها تحت تأثير العوامل الاقتصادية، بينما حارب القانون — الذي وضع لحماية الجانب الضعيف — هذه الوضعية الشاذة فنص على أنه لا يجوز لانسان أن يؤجر خدماته الا إلى أجل محدد أو لاداء عمل معين أو لتنفيذه، والا كان هذا الاجار باطلاً، وهذا ما نصت عليه المادة 727 مدني : «لا يسوغ للشخص أن يؤجر خدماته الا إلى أجل محدد أو لاداء عمل معين، أو لتنفيذه، والا وقع العقد باطلاً بطلانا مطلقاً». والمادة 728 : «يطل كل اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدماته طوال حياته أو لمدة تبلغ من الطول حدا بحيث يظل ملتزماً حتى موته».

ويطّل كذلك بمقتضى نص في القانون كل اتفاق يهدف إلى تعليم السحر والشعوذة لما فيه من تخدير لمقول الناس، وصرفهم عن الأعمال الجدية البناءة، ويضعف عقلية الشعب ويصدّه عن طريق العلم والعرفان، والتشديد والبناء وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 729 التي جاء فيها : «يطل كل اتفاق يكون موضوعه : أ. تعليم أو أداء السحر والشعوذة أو القيام بأعمال مخالفة للقانون أو الأخلاق الحميدة أو للنظام العام...».

وفي نطاق محاربة تسلط الجانب القوي على الضعيف حرمت المادة 731 القانون المغربي على المحامين والوكلاء وغيرهم ممن يمثل المصنوع أن يبرموا اتفاقات مع زبائنهم يكون موضوعها القضايا أو الحقوق أو الدعاوى المتنازع عليها

وكل اتفاق من هذا النوع يقع باطلاً، ويطل كذلك بنص المادة 809 من القانون المغربي كل اتفاق يهدف إلى تحميل الوديع عواقب الحادث الفجائي أو القرة القاهرة، لأن الحادث الفاجيء والقوة القاهرة قد يتعرض إليه الشيء المودع سواء أكان عند المودع أو المودع عنده، ومن شأن مثل هذا الاتفاق أن يفر من الوديعة الاختيارية، وخاصة أن الأصل في الوديعة أن تكون دون أجر. ومن البطلان القانوني كذلك ما نصت عليه المادة 882 مدني من بطلان الوكالة التي يكون عليها عملاً لا يسوغ إجراؤه بطريق النيابة كأداء الجين وما نصت عليه المادة 751 من كون كل الاشتراطات أو الاتفاقات التي تستهدف تخفيف أو إبعاد المسؤولية المقررة بمقتضى الفصولين 749 و750 على عاتق المخدمين أو أرباب الأعمال تقع عديم الأثر، وما نصت عليه المادة 1100 من بطلان عقد الصلح الذي يكون موضوعه مسائل متعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل، والمادة 1101 التي تنص على أنه لا يجوز الصلح بين المسلمين، فيما لا يجوز شرعاً التعاقد عليه، والمادة 1102 التي تنص على أنه لا يجوز الصلح على حق النفقة، وإن كان يجوز ذلك الصلح على طريقة أدائه، أو على أداء أقساطه التي استحققت فعلاً، وما نصت عليه المادة 1106 من عدم جواز اتفاق الأطراف عن الرجوع في الصلح، ما لم يكن قد أبرم باعتباره مجرد عقد معاوضة، وما نصت عليه المادة 192 من بطلان الاتفاق الخاص بالحالة التي لن تتم بموافقة المدين المحال عليه إذا كان موضوعها الحق المتنازع فيه.

ويلاحظ أن البطلان القانوني يندمج مع غيره من أسباب البطلان ذلك أن أثره ينصب على عمل العقد أو سببه، فيجعلهما غير مشروعين لأن المادة 57 من قانون الالتزامات والعقود تنص على أن : «الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 62 : «يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق أو للنظام العام أو للقانون».

ويلاحظ أنه في حالات أخرى يطل القانون العقد — وإن كان يتوفر على جميع أركانه صحيحة، ومشروعة — إذا كان يتضمن شرطاً خطيراً، يمس بمصلحة دينية أو اجتماعية أو سياسية، أو اقتصادية، كما هو الشأن في شرط الفائدة، الذي

الفصل السابع

البطلان بمقتضى نص في القانون

يقوم العقد في التشريع المدني المغربي على أركان جوهرية، هي الأهلية والرضى والمحل، والسبب والشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية، فإن انعدم ركن من هذه الأركان، أو كان السبب أو المحل غير المشروع، فإن العقد يطل، أما إذا توافرت للعقد أركانه، وكانت صحيحة ومشروعة، فإن العقد يقوم صحيحا، وينتج كافة آثاره، ولكن يحدث في العمل أن تتوفر للعقد جميع أركانه، وأن تكون صحيحة، ومشروعة ومع ذلك يقرر القانون بطلانه لاعتبارات تتصل بالمنفعة العامة (1) وهذا ما أكدته المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود، التي جاء فيها : «الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر الاسترداد ما دفع بغير حق تنفيذا له. ويكون الالتزام باطلا بقوة القانون :

(1) إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه.

(2) إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه».

ومن أمثلة البطلان القانوني في التشريع المدني المغربي، بطلان التعامل في تركة مستقبلية، سواء وقع هذا التعامل على جزء منها أو على مجموعها. ويعود أصل هذا البطلان إلى القانون الروماني الذي كان يطل كل تعامل في تركة إنسان على قيد الحياة إذا لم يتم برضاه، لأنه يتنافى مع الأخلاق الحميدة ولما فيه من مضاربة

(1) بلايول، ربهو، بولاني، المرحع السابق ص 258.

على أرواح الناس وبخالف النظام العام، لأنه يساعد على التعجيل بوفاة المورث، وقد انتقلت هذه الفكرة السليمة إلى التشريعات اللاتينية والجرمانية، والإنجلوسكسونية والعربية وأصبح هذا التعامل محرماً ولو تم برضى المورث، للمنفعة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 61 مدني، وبمقتضاه : «لا يجوز التنازل عن تركبة انسان على قيد الحياة، ولا اجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه، ولو حصل برضاه وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقاً».

ويطّل بنص في القانون كل عقد يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدمات لشخص آخر طول حياته، أو خلال مدة تجعله ملتزماً حتى موته كأن يلتزم بتقديم هذه الخدمات طيلة مائة أو تسعين أو ثمانين سنة. لأن في مثل هذا بيع للسان، وحرته، ومثل هذا العمل يتنافى مع الكرامة الانسانية، ويشجع الطبقة الرأسمالية والغنية على استغلال الطبقة الفقيرة أو الضعيفة اقتصادياً، واختصاصها لسلطتها وسلطانها تحت تأثير العوامل الاقتصادية، بينما حارب القانون — الذي وضع لحماية الجانب الضعيف — هذه الوضعية الشاذة فنص على أنه لا يجوز لانسان أن يؤجر خدماته الا إلى أجل محدد أو لاداء عمل معين أو لتنفيذه، والا كان هذا الاجبار باطلاً، وهذا ما نصت عليه المادة 727 مدني : «لا يسوغ للشخص أن يؤجر خدماته الا إلى أجل محدد أو لاداء عمل معين، أو لتنفيذه، والا وقع العقد باطلاً بطلانا مطلقاً». والمادة 728 : «يطل كل اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدماته طوال حياته أو لمدة تبلغ من الطول حدا بحيث يظل ملتزماً حتى موته».

ويطّل كذلك بمقتضى نص في القانون كل اتفاق يهدف إلى تعليم السحر والشعوذة لما فيه من تخدير لعقول الناس، وصرفهم عن الأعمال الجدية البناءة، ويضعف عقلية الشعب ويصده عن طريق العلم والعرفان، والتشيد والبناء وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 729 التي جاء فيها : «يطل كل اتفاق يكون موضوعه : أ. تعليم أو أداء السحر والشعوذة أو القيام بأعمال مخالفة للقانون أو الأخلاق الحميدة أو للنظام العام...».

وفي نطاق محاربة تسلط الجانب القوي على الضعيف حرمت المادة 731 القانون المغربي على المحامين والوكلاء وغيرهم ممن يمثل المخصوم أن يبرموا اتفاقات مع زبائنهم يكون موضوعها القضايا أو الحقوق أو الدعاوى المتنازع عليها

وكل اتفاق من هذا النوع يقع باطلاً، ويطل كذلك بنص المادة 809 من القانون المغربي كل اتفاق يهدف إلى تحميل الوديع عواقب الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، لأن الحادث الفاجيء والقوة القاهرة قد يتعرض إليه الشيء المودع سواء أكان عند المودع أو المودع عنده، ومن شأن مثل هذا الاتفاق أن ينفر من الوديعة الاختيارية، وخاصة أن الأصل في الوديعة أن تكون دون أجر. ومن البطلان القانوني كذلك ما نصت عليه المادة 882 مدني من بطلان الوكالة التي يكون عليها عملاً لا يسوغ إجراؤه بطريق النيابة كأداء المين وما نصت عليه المادة 751 من كون كل الاشتراطات أو الاتفاقات التي تستهدف تخفيف أو إبعاد المسؤولية المقررة بمقتضى الفصولين 749 و750 على عاتق المخلدين أو أرباب الأعمال تقع عديمة الأثر، وما نصت عليه المادة 1100 من بطلان عقد الصلح الذي يكون موضوعه مسائل متعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل، والمادة 1101 التي تنص على أنه لا يجوز الصلح بين المسلمين، فيما لا يجوز شرعاً التعاقد عليه، والمادة 1102 التي تنص على أنه لا يجوز الصلح على حق النفقة، وإن كان يجوز ذلك الصلح على طريقة أدائه، أو على أداء أقساطه التي استحققت فعلاً، وما نصت عليه المادة 1106 من عدم جواز اتفاق الأطراف عن الرجوع في الصلح، ما لم يكن قد أبرم باعتباره مجرد عقد معاوضة، وما نصت عليه المادة 192 من بطلان الاتفاق الخاص بالحالة التي لن تتم بموافقة المدين الحال عليه إذا كان موضوعها الحق المتنازع فيه.

وبلاحظ أن البطلان القانوني يندمج مع غيره من أسباب البطلان ذلك أن أثره ينصب على عمل العقد أو سببه، فيجعلهما غير مشروعين لأن المادة 57 من قانون الالتزامات والعقود تنص على أن : «الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 62 : «ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق أو للنظام العام أو للقانون».

وبلاحظ أنه في حالات أخرى يبطل القانون العقد — وإن كان يتوفر على جميع أركانه صحيحة، ومشروعة — إذا كان يتضمن شرطا خطيراً، يمس بمصلحة دينية أو اجتماعية أو سياسية، أو اقتصادية، كما هو الشأن في شرط الفائدة، الذي

يجبر باطلا، ويطل العقد نفسه، وهو ما نصت عليه المادة 870 من قانون الالتزامات والعقود بأن: «اشتراط الفائدة بين المسلمين باطلا، وبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر المقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له». وكذلك شرط الأجر في الكفالة وهو الذي نصت عليه المادة 1131 من قانون الالتزامات والعقود وبمقتضاها: «من أسس الكفالة أن تنقد بغير أجر، وكل شرط يقضي باعطاء الكفيل أجرا عن كفالاته يقع باطلا، وتترتب عليه بطلان الكفالة نفسها». أو الشروط التي تحد من ممارسة الانسان لحقوقه الطبيعية. وفق ما نصت عليه المادة 109 من قانون الالتزامات والعقود.

الذي جاء فيه: «كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والخصص الثابتة لكل إنسان، كحق الإنسان في أن يتزوج، وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، يكون باطلا ويؤدي الى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه.

ولا يطبق هذا الحكم على الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت وفي منطقة محددين»

وفي حالات أخرى يكفي المشرع بتقرير بطلان الشرط دون العقد، لأن الشرط يكون ثانويا بالنسبة له، أي لا يؤثر على التوازن المالي أو الاقتصادي للعقد ففي مثل هذه الحالة الأخيرة لا يؤثر بطلانه نهائيا على العقد. ومن أمثلة الحالات التي يبطل فيها الشرط دون العقد ما نصت عليه المادة 772 من قانون الالتزامات والعقود من أنه: «يبطل كل شرط موضعه انقاص أو اسقاط ضمان أجبر الصنع لعيوب صنعه، وعلى الأخص إذا كان قد أخفى عن قصد هذه العيوب، أو كانت هذه العيوب ناشئة عن تغريظه الجسم». وما نصت عليه المادتان 712 و 851 من حيث بطلان كل اشتراط من شأنه أن يحمل للمكثري أو المستعير ثمة الحادث الفجائي وكذلك مانصت عليه المادة 1215 وبمقتضاها: «يبطل الاشتراط الذي من شأنه اعفاء الدائن من كل مسؤولية عن الشيء المرهون». وعلى هذا الأساس الأخير سار نظام عقد الزواج في مدونة الأحوال الشخصية فنصت المادة 38: «إذا اقرن العقد بشرط يناقض نظامه الشرعي أو يناقض مقاصده كان الشرط باطلا والمقد صحيحا، وليس مما يناقض مقاصد العقد أن تشترط الزوجة مثلا الاشتغال في المصالح العامة للبلاد».

ويرى كل من بلاتيرول وبولانجي أن: «بطلان الشرط يظهر في الغالب من الأحيان كوسيلة لمنع المتعاقدين من التدخل في أمور العقد، ذلك أن التعاقدا الذي يحرص على ادخال الشرط في العقد يكون تدخله هذا مهددا من الطرف الآخر الذي يكون له الحق في طلب تنفيذ العقد، أو طلب بطلان العقد»⁽²⁾ وهذه حقيقة واضحة أي أن التعاقدا الذي وضع شرطا علقا للقانون، أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام أو النظام الشرعي يكون تحت رحمة الطرف الثاني الذي يمكن له أن يطالبه بتنفيذ العقد أو يلجأ إلى القضاء لتقرير بطلان الشرط، وقد يقول قائل إن المشترط نفسه يتنعم بحق طلب البطلان مادام الشرط يخالف النظام العام، هذا صحيح ولكنه لا يستطيع أن يستعمله عمليا لأن شرط العقد أو شروطه في صالحه، والإنسان لا يهدر مصالحه بيده.

وخلاصة القول أن للعقد في التشريع المغربي أركاناً جوهرية لا يقوم بدونها وهي الرضى، والخل والسبب والشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية، فإن تخلف الرضى أو الخل أو السبب أو الشكل في العقد الشكلي أو التسليم في العقد العيني، أو كان الخل أو السبب غير مشروع كان العقد باطلا، ويبطل العقد زيادة على ماسبق في كل الحالات التي ينص فيها القانون على البطلان حماية للمصلحة العامة، وهنا تتساعل حول ما إذا كانت الصورية (La Simulation) والغش (LA FRAUDE) من أسباب بطلان العقد أم لا؟ إن الصورية هي اخفاء تسرف حقيقي بتصرف ظاهري كاذب. وعرفها الدكتور الكزبري بقوله: «هي توافق إرادتين على اخفاء ما اتفقتا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهري لا ترضيان بحكمه»⁽³⁾ والتشريع المغربي لم يتعرض لنظام الصورية هذا ولم يفصل أحكامه كغيره من التشريعات الحديثة، وإنما اكتفى بالإشارة إلى ذلك في المادة 22 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص: «الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة، لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها، ويعتبر الخلف غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل» إلا أن الاجتهاد القضائي المغربي يأخذ بأحكام الصورية كما جاءت في القضاء والفقه الفرنسي ولا تهمنا هنا الصورية في حد ذاتها وإنما الذي يهمنا هو تحديد ما إذا كانت سببا للبطلان أم لا كما قلنا سابقا؟

(2) المرجع السابق صفحة 257.

(3) مامون الكزبري: عاضرات ألفت على طلبة الدبلوم في مطبوعات صفحة 14.

الواقع أن هناك نفرا قليلا من الفقه يذهب إلى اعتبار الصورية من أسباب البطلان ويجد تأييدا له في نصوص القانون الألماني التي تجعل الصورية صراحة من أسباب البطلان (4) ولكن هذه الفكرة لا تجد لها مكانا في التشريعات اللاتينية، والتشريعات التي أخذت عنها، لذلك أصبح من المسلم به في الفقه اللاتيني والعربي أن الصورية في حد ذاتها لا تنهض سببا للبطلان، إن لم تقل أصبحت أمرا يجيزه القانون صراحة ويعلق جميل الشرفاوي على ذلك بأنه : «فمن ناحية السلامة الداخلية للإرادة ليس في الصورية أي مساس بها ولذا لا يعاب بها التصرف، وليست لذلك سببا للبطلان من هذه الناحية، يضاف إلى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل لهذه الإرادة حرية تشكيل التصرفات القانونية ما دامت لا تهدف إلى غاية غير مشروعة وليس للقانون اعتراض على ستر حقيقة هذه التصرفات بالصورية بل إن القانون صرح بإباحة الصورية في الهبة ولذلك فهم مشروعة، وليست بالتالي من هذه الناحية سببا لبطلان التصرف، ولا يمكن أن تكون سببا له إلا إذا دخلت في صورة عدم المشروعية أي إذا منعها القانون لحماية مصلحة عليا يقدرها. ولكن سبب البطلان لا يكون عندئذ في الصورية بل في عدم المشروعية الناتج من المنع القانوني للصورية (5) وإذا كان بطلان التصرف للصورية غير المشروعة لا يعود إلى الصورية في ذاتها وإنما إلى عدم المشروعية، فإن بطلان العقد بسبب الصورية المطلقة — أي إذا كان السبب الظاهري لا يخفي وراءه أي سبب حقيقي آخر — لا يعود إلى الصورية ذاتها وإنما لانعدام سبب العقد الظاهري.

هذا فيما يخص الصورية أما الغش فهو على نوعين :

(1) الغش الذي يهدف إلى الإضرار بالغير، كالتصرفات التي يقوم بها المدين قصد الإضرار بالدائنين (Fraude aux droits du créancier) والذي يطلق عليه الغش البولياي (La Fraude paulienne) وهذا لا يعتبر سببا لبطلان العقود نهائيا، وكل ما في الأمر أنه يجعل هذه التصرفات غير سارية في حق الدائنين متى أثبتوا غش المدين عن طريق الدعوى البوليصية. وهذه الدعوى لا يعرفها التشريع المدني الغربي على خلاف غيره من التشريعات، ولكن يعمل بها تحت ظله وخاصة أنه أخذ بها في حالة استثنائية في المادة 70 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقارات المحفظة والتي

(4) جميل الشرفاوي : المرجع السابق صفحة 218.

(5) المرجع السابق صفحة 327.

تنص : «يجوز لدائني صاحب حق الانتفاع أن يطولوا النزاع الذي يجريه على هذا الحق أضرارا بهم» وقد عمم القضاء المغربي الدعوى البوليصية على كل الحالات التي يتصرف فيها المدين إضرارا بدائنيه ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الرباطية في قرارها الصادر في 2 أبريل 1937 والذي جاء فيه : «يسوغ لدائني الفلاس أن يطولوا قضايا التصرفات التي يجريها المدين أضرارا بحقوقهم، ولكن يجب أن يشترط إلى جانب الأضرار التي لحقتهم غش المدين والتعاقد الآخر (6)».

ولا يُعد هذا الحكم في الحقيقة إلا تطبيقا للفصل 207 من القانون التجاري الذي جاء فيه : «كل ما يجريه المدين غير ما تقدم ذكره من وفاء ديون حل أجلها، أو إبرام عقود بمقابل بعد توقفه عن دفع ديونه وقبل صدور الحكم بأشهار الإفلاس، يمكن إبطاله إذا كان الطرف الذي تلقى الوفاء من المدين أو أبرم معه العقد عالما بوقوفه عن دفع ديونه».

ولا يعتبر حكم هذه المادة بطلان أو إبطالا وإنما هو في حقيقته عدم السريان أو عدم النفاذ.

(2) الغش نحو القانون (FRAUDE A LA LOI) وهو الذي يهدف إلى التهرب من قاعدة قانونية أمرة ومثاله المشهور الطبيب الذي أراد أن يتهرب من حكم المادة 909 من القانون المدني الفرنسي، التي تحرم على الأطباء والصيادلة أن يقبلوا هبة أو وصية من شخص في مرض الموت، وقد حاول الطبيب التهرب من هذه المادة بأن تزوج بمرضته ليرتفع التحريم وهذا النوع من الغش يطل العقد بإجماع الفقه — بطلانا مطلقا — ويرى مازو أن الغش لا يطل العقود فقط (مثل ورقة الضد التي تستر قسما من الثمن) وإنما يطل جميع التصرفات كالزواج، ورفع الحجر، وأعمال الاجراءات، وأن الأحكام النهائية وحدها التي نقلت من قبضته (7) ويعتبر كل من بلانيول وريبر وبلانجي الغش نحو القانون من أسباب البطلان إذا كان القصد من ورائه التهرب من قاعدة قانونية أمرة (8) إلا أن هناك

(6) مجلة المحاكم المغربية (GAZETTE) عدد 129 لسنة 1937/1937.

(7) مازو : المرجع السابق صفحة 249.

(8) بلانيول وريبر وبلانجي : المرجع السابق صفحة 359.

بعض الفقه يرفض أن يكون الغش سببا خاصا ومستقلا يؤدي إلى بطلان العقود، وإنما يرى أنه صورة من عدم المشروعية، أو مخالفة القانون التي يترتب عنها البطلان.

ونرى أنه لا فائدة في هذا الخلاف، فالتهرب من قاعدة قانونية أمره يعتبر من أسباب البطلان سواء سمي «غشاه» أو «عدم مشروعية» أو «مخالفة القانون» لأنها في رأينا عبارة عن مترادفات ولأن الغش في حد ذاته عمل غير مشروع، ومخالف للقانون، ولا يعد عيبا أو عرقا للقانون إذا قلنا أن العقد باطل للغش، وهو في نفس الوقت غير مشروع ومخالف للقانون، ولقد اعتبرت المحاكم المغربية العقد الذي يقوم على الغش عقدا غير صحيح، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف الرباطية في قرارها الذي جاء فيه : «بعد غير صحيح بيع مال الغير إذا قام على الغش (9) وما قضت به المحكمة الابتدائية للدار البيضاء في حكمها الذي جاء فيه «إذا لم تتخذ الضمانات الكافية لحماية حقوق القاصر فاننا نكون إزاء غش ضد القانون، وعليه يعتبر العقد باطلا وكأن لم يكن (10)».

الباب الثاني

أسباب الإبطال في قانون

الالتزامات والعقود المغربي

(9) صدر في 23 أبريل 1942 : مجلة المحاكم المغربية عدد 892 لسنة 1941/1942.
(10) صدر في 26 أبريل 1948 : مجلة المحاكم المغربية عدد 1026 لسنة 1947/1948.

رأينا في الدراسة السابقة أن للعقد أركاناً جوهرية هي الرضى، والمحل، والسبب والشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية، ولا يكفي لقيام العقد في التشريع المدني المغربي وجود الرضى، وإنما يشترط في هذا الأخير أن يكون صادراً من شخص كامل الأهلية، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة، والتي هي على نوعين : عيوب عامة تؤثر في جميع العقود على اختلاف أنواعها دون قيد أو شرط وهي الغلط، والتدليس والإكراه — نصت عليها المادة 39 من قانون الالتزامات والعقود — وعيوب لا يعتد بها إلا في حالات استثنائية ضيقة وتحوطها بعض القيود وهي الغبن (المادة 55 و 56 من قانون الالتزامات والعقود) والاستغلال (المادة 54 و 878 من قانون الالتزامات والعقود) فإذا صدر الرضى من شخص ناقص الأهلية أو شاب الرضى عيب من هذه العيوب العامة أو الاستثنائية كان العقد قابلاً للإبطال. وتضاف إلى حالات الإبطال السابقة حالات أخرى يقرر فيها القانون إبطال العقد لحماية المصالح الخصوصية. ومثاله ما نصت عليه المادة 311 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها : «يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 39 و 44 و 55 و 56 من هذا الظهير وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون...».

وطبيعة هذا الباب تقتضي تقسيمه إلى ستة فصول :

الفصل الأول : الإبطال لنقص الأهلية.

الفصل الثاني : الإبطال للغلط.

الفصل الثالث : الإبطال للتدليس.

الفصل الرابع : الإبطال للإكراه.

الفصل الخامس : الإبطال للغبن والاستغلال.

الفصل السادس : الإبطال بمقتضى نص في القانون.

الفصل الأول الابطال لنقص الأهلية

تعتبر الأهلية بحسب المادة الثانية من القانون المدني المغربي في العقد، إذا انعدمت انعدم العقد أي كان باطلا، وقد عرفنا الأهلية وتناولنا النتائج التي تترتب على انعدامها، أو انعدام الإدراك والتمييز في الفصل الأول من الباب الأول، وبقي علينا أن نتناول في هذا الفصل الحالات التي تتوافر فيها الأهلية، إلا أنها تكون غير مكتملة، أي قاصرة أو ناقصة.

ويعتبر ناقص الأهلية، — بحسب المادة 135 من قانون الأحوال الشخصية — الصغير الذي يبلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، وكذلك الشخص الذي بلغ سن الرشد ولكن كان سفيا، ويكون الصغير مميزا — بحسب المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية — إذا أتم الثانية عشرة من عمره، ورشيدا أي كامل الأهلية إذا بلغ — بحسب الفقرة الثانية من المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية — إحدى وعشرين سنة شمسية كاملة، ونستنتج من المواد السابقة أن الشخص يكون ناقص الأهلية في التشريع إذا أتم الثانية عشرة، ولم يبلغ إحدى وعشرين سنة شمسية كاملة، أو بلغها ولكن كان سفيا، وفي هذه الحالات يخضع ناقص الأهلية — للسن أو للسف — لنظام الولاية أو الوصاية أو التقديم وهو ما نصت عليه المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية : «يخضع فاقدمو الأهلية، وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذه المدونة».

وتذهب التشريعات اللاتينية — كالفرنسي والبلجيكي — إلى اعتبار تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، الذي يخضع القانون بالحماية. أما التشريعات العربية فهي على نوعين فأغلبها أخذت

هذا الاتجاه اللاتيني، فاعتبر تصرفات ناقص الأهلية صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً، وباطلة إذا كانت ضارة له ضرراً، وعملت هذا الاتجاه المادة 111 من القانون المدني المصري — أما النوع الثاني فيقتصر على التشريع الأردني والتشريع العراقي — الذي مصدره التشريع الإسلامي — الذي ذهب إلى أن تصرفات الصبي المميز تكون صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً ولو لم يجزها وليه أو لم يأذن بها، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يحق له إجرائها ولو أذن له وليه — أي تكون باطلة — أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعتمد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرفات ابتداء (م 97).

أما موقف التشريع الغربي من تصرفات ناقص الأهلية أو القاصر فقد جاءت متناقضة، فإذا اعتمدنا نصوص قانون الالتزامات والعقود نجد أنه يأخذ بما تأخذ به التشريعات الحديثة، من أن تصرفات القاصر أو ناقص الأهلية تكون صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة، والإبراء من الدين وهو ما نصت عليه المادة 5: «يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يربهما أو أن يترهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف». وبالعكس لا يحق لهما القيام بالتصرفات التي تضرهما ضرراً محضاً كالترع بالمال للغير، أما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والإيجار فتكون قابلة للإبطال، وهذا ما نصت عليه المادة 4 منه: «إذا تعاقدا القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فانهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها، ولهما أن يطلبوا إبطالها وفقاً للشروط المقررة بمقتضى هذا الظاهر».

غير أنه يجوز تصحيح الالتزامات الناشئة عن تعهدات القاصر أو ناقص الأهلية إذا وافق الأب أو الوصي أو المقدم على تصرف القاصر أو ناقص الأهلية ويجب أن تصدر الموافقة على الشكل الذي يقتضيه القانون».

أما إذا اعتمدنا مواد قانون الأحوال الشخصية فنجد أنه أخذ بفكرة العقد الموقوف الإسلامية على غرار التشريع الأردني والعراقي ذلك أن المادة 141 من قانون الأحوال الشخصية تنص: «تصرفات المميز العوضية موقوفة على نظر وليه

فله الامضاء والرد حسب المصلحة الراجعة وقت النظر».

والواقع أن هناك فوارق جوهرية بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال⁽¹⁾، تعرضنا لها في الدراسات السابقة، وبهذا يكون المشرع المغربي قد وقع في شيء من التناقض إذ أخضع نقصان الأهلية لأحكام مختلفة في جوهرها⁽²⁾ وبمسلكه هذا يكون قد خلق ارتباكاً لدى القضاء والفقه، وللخروج من هذه الجيرة لابد من اختيار أحد الاتجاهين، وفضلاً عن حينا للإسلام وروحه السامية، فإن الناحية القانونية الصرفة تجعلنا ننحاز إلى تطبيق المادة 141 من قانون الأحوال الشخصية — المستمدة من الفقه الإسلامي — على ناقص الأهلية ذلك أن المادة 3 من القانون المدني تنص: «الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون الأحوال الشخصية، وكل شخص أهل للالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك» وقانون الأحوال الشخصية المغربي يعتبر تصرفات المميز العوضية موقوفة على نظر وليه، والتشريع الإسلامي في أساسه لا يعرف فكرة الإبطال كما جاءت في التشريعات الحديثة، وإنما يعرف فقط كأرباب سابقاً فكرة العقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف، وهذان النظامان الأخيران يختلفان اختلافاً جوهرياً عن نظام الإبطال، والغريب في الأمر أن العمل القضائي في المغرب نسب إلى الفقه الإسلامي فكرة الإبطال في حالات أجمع الرأي على أنها من حالات العقد الموقوف أو الفسخ أو الخيار، ويبدو هذا من حكم المحكمة الابتدائية للدار البيضاء الصادر في 3 ديسمبر 1931 والذي جاء فيه: «من المبادئ العامة في القانون الإسلامي أن الالتزامات التي يتحمل بها القاصر دون مساعدة وصيه لا تكون باطلة بقوة القانون، ولكنها تكون قابلة للإبطال لسبب الغبن⁽³⁾، وكيفما كان الأمر فإن التناقض واضح في التشريع المغربي، ولا يمكن التخلّص منه إلا بتغيير النصوص القانونية وتوحيدها في مجموعة واحدة هي ملوثة الأحوال الشخصية إن أريد الإبقاء عليها، وإلا لحاقها بالقانون المدني مع ترجيح الأخذ بفكرة العقد الموقوف».

(1) راجع الفرق بين العقد الباطل والفاسد والموقوف في الباب المخصص لتفسير البطلان في الفقه الإسلامي صفحة 77 وما يليها.

(2) وللاحظ أن قانون الالتزامات والعقود وضع في الأصل ليطبق أمام المحاكم المصرية — التي أُلغيت بعد الاستقلال — أما المحاكم الأهلية — العادية — فكانت تطبق الفقه الإسلامي.

(3) مجلة المحاكم المغربية عدد 483 لسنة 1932/1933.

وبلاحظ أنه ترد على القاعدة العامة التي تقضي بأن تصرفات القاصر أو ناقص الأهلية تكون قابلة للإبطال لمصلحته، استثناءات عديدة نذكر أهمها :

(1) للقاصر أو ناقص الأهلية أهلية كاملة للاغتناء (م 5 من القانون المدني) وأهلية النكاح تكمل في الفتى بتام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتام الخامسة عشرة من العمر (المادة 8 من قانون الأحوال الشخصية)، وله أهلية الزواج وإن كان ذلك متوقفا على موافقة الولي، فله إن تمسك برغبته أن يرفع الأمر إلى القاضي، وكذلك لناقص الأهلية الحق بالاعتراف بالولد الطبيعي، ويتقدم بعض هدايا الزواج أو الخطبة، وإن كان محروما من أهلية الاقتدار، ومثله كذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الرباطية بشأن الاقتدار، في حكمها الصادر في 24 ديسمبر 1924 الذي جاء فيه : «ولست للقاصر الذي يحجر عليه وليه في القانون الاسلامي أهلية الاكتساب وحده، في أسهم شركة مساهمة في طور التكوين، فإن مثل هذا الاكتساب الذي لا يعود على القاصر بأي فائدة يعتبر باطلا وكان لم يكن» (5) وتصح الوصية من السفه وإن كان ناقص الأهلية، وهذا ما نصت عليه المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية : «يشترط في الوصي أن يكون مميزا وتصح الوصية من الجنون حال إفاقته ومن السفه».

(2) لناقص الأهلية الحق في القيام بجميع الأعمال التحفظية التي من شأنها أن تجنبه خسارة فادحة ومحققة، لأن منعه من القيام بمثل هذه الأعمال يجعل نظام الإبطال الذي شرع لمصلحه ينقلب عليه.

(3) يمكن لناقص الأهلية أن يكون وكيلًا عن الغير، وفي هذه الحالة يقوم بتصرفات لصالح الغير، لا يستطيع القيام بها لصالح نفسه، وهذا ما نصت عليه المادة 880 من القانون المدني : «يلزم لصحة الوكالة، أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون عملا لها، ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز ويقواه العقلية ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه، فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه».

(5) مجموعة أحكام محكمة الاستئناف صفحة 86 سنة 1925 - 1928.

وبلاحظ أنه بالرغم من الانحياز إلى المادة 141 من قانون الأحوال الشخصية في التطبيق، جعلنا نقصان الأهلية من أسباب الإبطال، والسبب في ذلك أن التشريع المدني المغربي يأخذ في الأصل بتقسيم البطلان إلى بطلان وإبطال، وأن القضاء في المغرب كان يطبق على الأهلية أحكام القانون المدني، وهذا ما قضت به محكمة الصلح لشمال الدار البيضاء في حكمها الصادر في 26 نوفمبر سنة 1931 (4) الذي جاء فيه : «لا تعتبر الالتزامات التي يتحمل بها القاصر نتيجة تصرف قام به وحده باطلة بقوة القانون، ولكنها تكون قابلة للإبطال بناء على الشروط التي حددتها المادة 4 من قانون الالتزامات والقود...» وخاصة أن موضوع الدراسة هو بطلان العقود وإبطالها في التشريع المدني المغربي. وليس معنى هذا أننا نطرح جانباً قانون الأحوال الشخصية، فهو يبقى دائما الأساس حتى بحسب القانون المدني المغربي نفسه (م 3) وإنما قصدنا الأخذ بفكرة الإبطال، الانسجام مع الموضوع الذي اخترناه للبحث.

ونظام الإبطال هذا هو حق للقاصر يمارسه بعد بلوغه سن الرشد، حتى ولو كان قد استعمل طرقا احتيالية لاختفاء نقص أهليته، أو الظهور بمظهر التاجر، أو بأنه حصل على موافقة الوصي، وحق لوصيه الذي يجوز له تصحيح الالتزامات الناشئة عن تعهدات القاصر أو ناقص الأهلية (الفقرة الثانية من المادة 4) وحق الطعن فيها، قد شرع في الأصل لحماية القاصر أو ناقص الأهلية، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من القانون المدني ويجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه رشده، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل التعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا، ويبقى القاصر مع ذلك ملزما في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام، وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير أما مسؤولية القاصر عن الأعمال الاحتياطية، والتي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة السابقة فنترك الكلام عنها إلى الفصل الثالث عندما نتناول التدليس، أما التعاقد الآخر فلا يمكن له أن يستفيد من نظام الإبطال الذي وضع في الأصل لحماية القاصر أو ناقص الأهلية وحده وهذا ما نصت عليه المادة 10 من القانون المدني : «لا يجوز للمتعقد الذي كان أهلا للالتزام أن يحتج بنقص أهلية الطرف الذي تعاقد معه».

(4) مجلة المحاكم المغربية عدد 474 لسنة 1932/1933.

4) يعتبر القاصر أو ناقص الأهلية مسؤولاً عن جميع الجرائم وأشباه الجرائم التي يرتكبها، أي أن نقصان الأهلية يتعلق بالمسؤولية التعاقدية دون المسؤولية التقديرية وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني : «القاصر عديم التمييز لا يسأل مدنياً عن الضرر الحاصل بفعله ويطبق نفس الحكم على فاقد العقل، بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر لا حصل بفعله إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله» وهذا قضت محكمة النقض الفرنسية — وهي تبث في نازلة مغربية — في قرارها الصادر في 3 فبراير 1936 الذي جاء فيه : «يعتبر قائماً على أساس قانوني صحيح الحكم الذي يذهب حسب العادات الإسلامية إلى أن ناقص الأهلية يسأل في أمواله عن نتائج الجرائم وأشباه الجرائم التي يرتكبها، ويستخلص من هذا وجوب فسخ صفقة التوريد التي أبرمها القاصر تحت خطئه ومسؤوليته لاستعماله، وسائل احتيالية جعلته يظهر كامل الأهلية» (6).

5) أعمال الإدارة التي يؤذن له بالقيام بها، وفق شروط المادة 140 و 165 من قانون الأحوال الشخصية أي بلوغ الخامسة عشرة من العمر، والحصول على الأذن من القاضي، أو الولي ومن يقوم مقامه بعد إذن القاضي وظهور مخاطر الرشد، وهذا ما نصت عليه المادة 140 : «ليس للصغير المميز أن يتسلم أمواله قبل رشده. 2. للولي أو من يقوم مقامه بعد إذن القاضي أن يأذن له إذا رأى عليه مخاطر الرشد وأتم الخامسة عشرة من العمر بتسلم قدر من أمواله لإدارتها بقصد التجربة. 3. للقاضي عند امتناع الولي عن الأذن أن يأذن له إذا رأى في تصرفه نقماً، فإذا ظهر سوء تصرفه ألغى القاضي ذلك الأذن :» ويعتبر المأذون كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه وهو ما نصت عليه المادة 142 من قانون الأحوال الشخصية وعليه تعتبر هذه الأعمال صحيحة أي غير قابلة للإبطال. ولما كانت المادة 143 من قانون الأحوال الشخصية تعطي الحق للولي أن يحجر الصغير بعدما أذنه، وكذلك يكون له أن

(6) مجلة المحاكم المغربية عدد 671 لسنة 1936 — 1937.

(7) وقد نصت هذه المادة (165) على أنه : «يطلق القاصر من الحجز إذا بلغ سن الرشد ما لم يحجر عليه لدواعي آخر من دواعي التحجير :

1- يمكن ترشيح القاصر إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأُسن الوصي رشده بعد اتخاذ الاجراءات

الشرعية.

2- إذا اختلف القاصر مع وصيه أو مقدمه رفع الأمر إلى القاضي».

يطل الأذن الذي منحه إذا أساء القاصر استعماله، فإن المرء يتساءل عن مصير التصرفات التي يكون القاصر المأذون قد شرع فيها قبل بطلان الأذن، ونجيب على هذا السؤال المادة 8 من القانون المدني التي لم تجعل لهذا الانقضاء أو البطلان أي أثر عليها، وهذا ما نصت عليه المادة السابقة : «يجوز في أي وقت بإذن المحكمة، وبعد سماع أقوال القاصر الغاء الأذن بتعاطي التجارة، وإذا توافرت هناك أسباب خطيرة تبرره، ولا يكون لهذا الانقضاء أثر بالنسبة إلى الصفقات التي شرع فيها القاصر قبل حصول الانقضاء».

ويرد على هذه القاعدة — أعمال الإدارة المأذونة — إستثناء هام يفيد أنه لا يسوغ للقاصر أن يكفل غيره ما لم يكن له نفع في الكفالة، فإن لم يكن له في الكفالة فائدة فإنها تكون باطلة وهذا ما نصت عليه المادة 1119 من قانون الالتزامات والعقود (القانون المدني المغربي) : «لا يجوز لأحد أن يكفل ديناً ما لم يكن متمتعاً بأهلية التقويت على سبيل التبرع. لا تجوز الكفالة من القاصر ولو أذنه أبوه أو وصيه إذا لم تكن له أية مصلحة في موضوع الكفالة».

أما إذا تعاقد القاصر وناقض الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المتقدم فإنها لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمها، ولها أن يطلب إبطالها طبقاً لمصوص المادة 4 من قانون الالتزامات والعقود، ويسوغ تصحيح هذه الالتزامات إذا وافق الأب أو الوصي أو المتقدم على ذلك وحسب الشكل الذي يتطلبه القانون الفقرة الثانية من نفس المادة.

ومن الاجتهادات المهمة في باب الأهلية ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في حكمها الصادر في 3 ماي 1930 (8) من أن التصرفات التي يباشرها القاصر سواء أكان مأذوناً بالتجارة أو غير مأذون لا تعد باطلة بقوة القانون، وإن القاصر الذي يتعامل في بلاد أجنبية، مع أشخاص من جنسيات أخرى لا يسوغ له أن يطعن بالإبطال في التصرفات التي قام بها إلا إذا أقام الحجة على تضرره ولو كان قد تعاقد بدون مساعدة أو موافقة وصيه أو قيمه الإداري المعين بصفة قانونية».

(8) مجلة المحاكم المغربية (GAZETTE) عدد 429 لسنة 1931/30.

EMANCIPÉ) لأن هذا الأخير لا يستطيع القيام بالأعمال التي هي خارجة عن الإذن. (الفصول 135 و 137 و 140 من قانون الأحوال الشخصية) ويعتبر هذا القاصر المميز كالصغير غير المميز محجورا حكما أو لذاته حجرا قانونيا دونما حاجة إلى حكم قضائي، وذلك طبقا للفقرة الأولى من الفصل 137 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها : «يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد».

(2) المحجور عليهم بحكم قضائي «Mes interdits» : الجنون أو عته أو سفه أو غفلة. ولقد عرف بعض الفقه هذا المحجور القضائي بقوله : «تصرح القضاء بأن شخصا معيناً لا يتمتع بالقوة العقلية، التي تتيح له القدرة على القيام بالتصرفات الصحيحة بنفسه، مما يستلزم تعيين وصي له ينوب عنه في إبرام هذه التصرفات»⁽⁹⁾.

وأسباب المحجور القضائي في التشريعات الحديثة الجنون والعته والسفه والغفلة ولكن قانون الأحوال الشخصية لم يذكر سوى الجنون والسفه في الفصل 145 الذي جاء فيه : «الجنون والسفه يحجر عليها القاضي من وقت ثبوت حالتهما بذلك، ويرفع عنهما المحجور اعتباراً من وقت زوال الجنون والسفه حسب القواعد الواردة في هذه المدونة ويعتمد القاضي في ذلك أهل المعرفة وسائر وسائل الإثبات الشرعية».

ولقد سبق أن عالجتنا حالتي الجنون والمعتوه عند الكلام عن انعدام الأهلية كسب للبطالان — ابتداء من صفحة 122 من هذا الكتاب — ونكتفي هنا بالإشارة إلى حالة السفه و ذي الغفلة باعتبارهما يتعلقان بنقصان الأهلية.

وبلاحظ هنا أن قانون الأحوال الشخصية، الذي لم يتعرض إلى العته إلى جانب الجنون، لم يتعرض كذلك إلى الغفلة إلى جانب السفه. ويعتبر السفه ناقص الأهلية، ويخضع للمحجور القضائي، وتصرفاته في التشريع المغربي تكون غير نافذة أو موقوفة — في مفهوم المدونة والفقه الاسلامي، وقابلة للإبطال في مفهوم قانون الانتزاعات والمقود المغربي والفقه الغربي — سواء وقعت قبل المحجور أو بعده،

(9) فريدريك مورلان : القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة العاشرة بارس، 1880، صفحة 648، فقرة 1271.

وبلاحظ أنه إذا حدث في العمل أن نفذ الطرف المتعاقد مع القاصر إلتزامه، فإن القاصر وناقص الأهلية يلتزمان في حدود النفع الذي عاد عليهما من هذا التنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة 9 من القانون المدني : «القاصر وناقص الأهلية يلتزمان دائماً، بسبب تنفيذ الطرف الآخر الإلتزام، وذلك في حدود النفع الذي يستخلصانه من هذا التنفيذ، ويكون هناك نفع إذا أنفق ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة أو إذا كان هذا الشيء لا زال موجوداً في ماله». ونجد لهذه القاعدة تطبيقاً دقيقاً في مواد الوديعة إذ نصت المادة 785 على ما يلي : «إذا أجريت الوديعة من شخص أهل إلى شخص آخر غير أهل لم يكن للمودع الرشيد إلا دعوى استحقاق الشيء المودع إذا كان موجوداً في يد المودع عنده، فإنه كان هذا الشيء قد خرج من يد المودع عنده لم يكن للمودع إلا دعوى الاسترداد، في حدود ما عاد على ناقص الأهلية من نفع، وذلك دون إخلال بما يقرره القانون في حالة الجرائم وأشباه الجرائم الواقعة من ناقص الأهلية».

وقبل أن نختم هذا الفصل لابد أن نتساءل عن المقصود بناقص الأهلية في التشريع المغربي ؟ يلاحظ أنه لا يوجد في التشريع المغربي أي نص يحدد ناقصي الأهلية، على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي حدد هؤلاء في المادة 1124 التي تنص : «يعتبر ناقص الأهلية :

القصر (LES MINEURS).

المحجور عليهم قضائياً (LES INTERDITS) في الحالات التي ينص عليها القانون، وبصفة عامة كل الذين يحرمهم القانون من إبرام بعض العقود

وهذا التعاد يطبق تماماً ونصوص قانون الإلتزامات والعقود، مع وجود تناقضات صارخة بين الأحوال الشخصية، والقانون المدني، والقانون التجاري، وبالرجوع إلى هذه النصوص نجد أن ناقصي الأهلية على نوعين :

(1) القصر : يطلق هذا الاصطلاح في القانون والقضاء على الأشخاص الذين أمرو الثانية عشرة من العمر، ولم يبلغوا سن الرشد التي هي إحدى وعشرون سنة شمسية كاملة، وتشمل كلمة قاصر حتى المأذون له بالإدارة (LE MINEUR

وذلك طبقاً للمادتين 135 و146 من قانون الأحوال الشخصية، وجاء في المادة الأولى: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً يكون ناقص الأهلية» وفي الثانية «تصرفات الجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو السفه».

ويختلف هذا الحكم مع الرأي السائد الذي يجعل تصرفات السفيه قبل الحجر صحيحة وبعد الحجر قابلة للإبطال أو غير نافذة — راجع ما سبق قوله عند الكلام عن انعدام الأهلية ابتداء من صفحة 122 من هذا الكتاب — وهو ما يأخذ به القانون الأردني، كما يظهر من المادة 129، التي جاء فيها «1» — يسري على تصرفات المحجور للعقلة أو السفه ما يسري على التصرفات الصبي المميز من أحكام... 2 — أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ».

وإذا كان جمهور الفقه يسلم بالحجر القضائي على السفيه فإن أبو حنيفة خالف هؤلاء جميعاً، حيث رفض فكرة الحجر لأن الحجر حسب رأيه تصرف على النفس وأهدار لأدمية السفيه، والنفس أعظم خطر من المال راجع عبد الحكيم الجيد، مصادر الالتزام، الجزء الأول شركة الطبع، لم تذكر سنة الطبع، صفحة 113.

ولقد عرف عبد الجيد الحكم ذي العقلة — في المرجع أعلاه صفحة 113 بقوله: «الذي لا يتهدي إلى التصرفات الراجحة المفيدة، فيغني في المعاملات لسلامة نيته. وعرفته المجلة إلى جانب السفيه في المادة 946 التي جاء فيها «الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويُسرف في مصاريفه ويضيع أمواله ويتلفها بالأسراف. والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم، ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتعتهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء».

ويسري على ذي العقلة ما يسري على السفيه من أحكام. وما دنا أشرنا إلى الجنون نرى من القائدة العلمية أن نضيف شيئاً مهماً يتعلق بمسؤوليته التقصيرية، فلقد سبق أن بينا أن الجنون يعتبر وفقاً للمادة 96 من القانون المدني غير مسؤول عن الأضرار الحاصلة بفعله في حالة جنونه، ولكن يلاحظ أن انعدام

المسؤولية هذا لم يعد مطلقاً في بعض التشريعات التي رأت من الضرورة إقامة التوازن بين هذا المبدأ الروماني التقليدي، ومبدأ العدالة، ومن هذه التشريعات القانون البلجيكي الذي نص في المادة 1386 مكررة (قانون 16 أبريل 1935): «إنه يسوغ للقاضي أن يحكم على الجنون استناداً إلى ظرف الحال بكل أو بجزء من الضرر الذي أحدثه بخطئه ويعلق هنري دوباج على هذا بقوله: «يستتج من هذه السلطة التقديرية الواسعة ومن الأعمال التحضيرية، بأن مبدأ إنعدام مسؤولية الجنون لم يتخل عنه وكل ما في الأمر أنه وقع تطبيقه وفقاً لقتضيات العدالة» (10).

3 المرأة: لا تستطيع المرأة المتزوجة أن تكون تاجرة في المغرب إلا برضى زوجها، وإن المرأة المغربية وإن كانت مسلمة تعتبر قاصرة بعد الزواج وفقاً للمادة السادسة من القانون التجاري التي تنص: «لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون تاجرة في المغرب بدون رضى زوجها مهما كانت مقتضيات قانونها للأحوال الشخصية بهذا الصدد»، ما نصت عليه كذلك المادة 7 التي جاء فيها: «ومنى كانت المرأة متصفة بصفة تاجر جاز لها أن تلتزم بدون إذن زوجها في كل ما يعود لشؤون تجارتها، وفي هذا الحال تلزم زوجها أيضاً إذا كان بينهما شيع في الأموال، وهذه المادة من رواسب الحماية التي وضعت القانون التجاري المغربي فثارت إلى حد بعيد بالقوانين السارية المفعول في فرنسا، وكان هذا القانون لا يطبق إلا لأتمام المحاكم المصرية ولكن بعد التوحيد أصبح هو المجموعة الوحيدة المطبقة أمام المحاكم العادية، ثم إن هذا النص يتناقض مع المبادئ الإسلامية التي تعطي المرأة الحرية الكاملة في أمورها، وهذا ما أكدته الفقرة الرابعة من المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص: «وللمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج إذا وصاية للزوج على مال زوجته وهذا التناقض بين المادة السادسة في القانون التجاري والفقرة الرابعة من المادة 35 لا يمكن القضاء عليه إلا بتعديل النص التجاري (11)، وعلى هذا الأساس فإذا التزمت المرأة بصفقتها هذه ودون إذن زوجها فإن أعمالها تكون قابلة للإبطال، وهذا ما يأخذ به الفقه الفرنسي

(10) هنري دوباج المرجع السابق صفحة 95 و96.

(11) ولا سيما أن الوضع القانوني تبدل في فرنسا نفسها بموجب تعديل طرأ عام 1942. راجع تفصيل ذلك في كتابنا الوسيط في القانون التجاري المغربي والقانون، الجزء الثالث، مكتبة المعارف سنة 1986. صفحة من 128 إلى 169. وكذلك عبد الرزاق مولاى رشيد، رسالة دكتوراة الدولة حول «وضعية المرأة في المغرب» سنة 1981.

فيودري وبارد يذهبان الى «أن العقود التي يبرمها القاصر أو المحروم من التعاقد، أو المرأة المتزوجة غير المأقونة لا تكون معدومة أو باطلة بقوة القانون وإنما تكون قابلة للإبطال فحسب»⁽¹²⁾.

هذا ما يخص النقص العام للأهلية، أما النقص الخاص أو المتعلق ببعض الأعمال التي يقوم بها الولي والوصي والقيم فحدد مفهومه المادة 11 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص: «الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، والوصي والمقدم، وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع للبين لناقص الأهلية، ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذه المادة، البيع والمعاوضة، والكراء لمدة تزيد على ثلاث سنوات، والشركة والقسمة وإبرام الرهن وغير ذلك من الأعمال التي يحدها القانون صراحة». وما نصت عليه المادة 13 مدني: «لا يجوز للنائب القانوني عن القاصر أو المحجور عليه أن يستمر في تعاطي التجارة لحسابهما إلا إذا أذنت له بذلك السلطة المختصة ولا يجوز لهذه الأخيرة أن تأذن إلا في حالة النفع الظاهر للقاصر أو المحجور عليه».

وخلاصة القول أن هؤلاء هم ناقصو الأهلية في القانون المغربي — يضاف إليهم في حالات خاصة المفلس في قانون التجارة والأشخاص المعنوية (المادة 12 من قانون الالتزامات والعقود والمادة 217 من القانون التجاري)، ويكون مفيدا مراجعة تفصيل ذلك في كتابي الوسيط في القانون التجاري المغربي والقانون، الجزء الخامس في الشركات، مكتبة المعارف، طبعة 1984 صفحة من 74 إلى 93، والجزء الرابع في الافلاس دار الكتب العربية، سنة 1974 والطبعات التالية صفحة من 170 إلى 191 — وهم الذين تطبق عليهم مواد الأهلية في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية واستثناء مواد القانون التجاري، وكثيرا ما نصادف التناقض جليا بين هذه القوانين مما يتوجب معه إعادة النظر فيها، وتعديل ما أخرج منها على أساس مقتضيات مبادئ الفقه الاسلامي، باعتبارنا دولة تدبر بالاسلام والدين هو المصدر الأساسي لكل قوانين الأحوال الشخصية في مختلف البلاد.

(12) بوبري وبارد المرجع السابق. الصفحة السابقة وما يليها.

الفصل الثاني الإبطال للغلط

الغلط هو وهم يتولد في ذهن العاقد، فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه الى التعاقد، ومثاله أن يشتري شخص لوحة زيتية اعتقادا منه بأنها أصلية ثم يفاجأ بأنها مجرد تقليد، أو أن يشتري شخص سيفاً على أنه من الذهب الخالص ليقدمه الى صديق بمناسبة عيد ميلاده، فإذا هو من النحاس المطلي بالذهب ونظرية الغلط في التشريع المغربي تنطبق على كل العقود سواء أكانت ملزمة للجانبين SYNALLAGMATIQUES أو ملزمة لجانب واحد (UNILATERAUX) وسواء أكان الغلط في الواقع أو الغلط في القانون، ولم يستثن المشرع المغربي لإقرار من ذلك، على عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في الفصل 1356 هذا الفصل الذي انتقده الفقه بشدة فالأستاذ جاك غستان يرى في كتابه فكرة الغلط في القانون الوضعي الحالي أنه لا يوجد أي مبرر لعدم تطبيق الفصل 1110 على الأقراء، ولا يسوغ أن يسقط من هذا النص مبدأ عام يتعلق بالأعمال الصادرة من جانب واحد (1)، ولذلك كان موقف المشرع المغربي في رأينا سليما عندما نظم الإقرار على أساس المبادئ العامة لنظرية الغلط، فهو بعد أن نص في الفصل 409 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن الأسباب التي تعد عيبا في الرضا تعد عيبا في الإقرار، نص في الفقرة الثالثة من الفصل 414 على أنه لا يسوغ الرجوع في الإقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي، ونص في الفقرة الثالثة من نفس الفصل على أن الغلط في القانون لا يكفي للسماح بالرجوع في الإقرار، ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف

(1) جاك غستان: فكرة الغلط في القانون الوضعي، طبعة 1963، صفحة 42.

الأخر. وشرط العذر الذي فرضه المشرع المغربي، ليس خاصا بالأفراد وحده، وإنما يتعلق بالغلط في القانون بصفة عامة. وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الالتزامات والعقود : «الغلط في القانون يجوز إبطال الالتزام : 1 - إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي. 2 - إذا أمكن العذر عنه » ولكن المشرع المغربي أورد على المبادئ العامة في الغلط استثناء خاصا بالغلط في القانون الذي يقع على عقد الصلح، فمثل هذا الغلط في ظل التشريع المغربي لا يعتد به أي أنه لا يجوز الإبطال وهذا ما نص عليه الفصل 1112 من قانون الالتزامات والعقود المغربي : «لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون».

ويلاحظ أن الاجتهاد القضائي بالغرب وسع تطبيق نظرية الغلط فاعترفت قرارات التوفيق أو المصالحة (ordonnance de la conciliation) اتفاقات قضائية قابلة للإبطال لعب في الرضا، وعلى الخصوص فيما يتعلق بالغلط في تطبيق مقتضيات الظهير المتعلق بتحديد الأجور الأساسية (2).

وبعد تعريف الغلط وتحديد نطاق تطبيق نظرية الغلط في التشريع المغربي تنتقل إلى بسط هذه النظرية بنفس التسلسل الذي سار عليه المشرع المغربي فتتناول الغلط في القانون ثم الغلط في الواقع.

أولا : الغلط في القانون

لم يأخذ التشريع الروماني بالغلط في القانون، ولم يكن للشخص في ظله أن يحتمي وراء جهله للقانون، ومن هنا أتت القاعدة لا يفرض في أحد الجهل بالقانون (nemo consetur ignoran) أما الفقهاء الفرنسيون الأقدمون فقد كانوا يميزون بين الغلط في القانون الذي ترتب عنه فائدة، والغلط الذي تنجم عنه خسارة ويعتدون بالتالي دون الأول، وبقي الأمر على هذه الحالة برغم الجهود التي بذلها كل من دوما (DOMAT) واكيسوا (AGUESSEAU) إلى أن صدر القانون المدني الفرنسي، الذي أخذ بالغلط في القانون (3).

(2) أنظر حكم محكمة الاستئناف بالرباط الصادر في 15 نوفمبر 1952 منشور في مجلة المحاكم المغربية لسنة 1953 عدد 1938 صفحة 175.
(3) جاك غستان : كتاب فكرة الغلط في القانون الوضعي الحالي صفحة 52، سنة 1954.

لم يتهج التشريع المغربي تهج التشريع الروماني بل اعتد كغيره من التشريعات الحديثة بالغلط في القانون. إلى جانب الغلط في الواقع، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الالتزامات والعقود المغربي : «الغلط في القانون يجوز إبطال الالتزام : 1 - إذا كان هو السبب الوحيد والأساسي. 2 - إذا أمكن العذر عنه ومن أمثلة الغلط في القانون أن يبيع شخص حصته في شركة معتقدا أنها الثالث فإذا بها النصف أو كما يمثل أبو ستيت «وارث أجاز بيعا خاصا من مورثه في مرض الموت، مجاوزا تلك تركته وهو يجهل أن البيع في هذه الحالة يأخذ حكم وصية وأنه بالتالي موقوف على إجازته فيما جاوز الثلث، ورجل يهب لمطلقته مالا وهو يعتقد أنها في عصمته وهو يجهل أن الطلاق الرجعي يتقلب طلاقا دائما بانتهاء العدة وأنه لا بد من عقد جديد لتعود إلى عصمته، ومدبر يدين طبيعى يقر به معتقدا أنه يفي بدين مدني (4) ويمثل كذلك كل من كولن (COLIN) وكابيتان (CAPITANT) ودولا مراندير (DELA MORANDIERE) للغلط في القانون في كتابهم الوسيط في القانون المدني بقولهم مثلا إذا مات بول وهو قاصر - أي لم يبلغ من العمر 16 سنة - بعد وترك وصية، وقمت أنا وارثه بالتنفيذ على الموصى به جاهلا أن القاصر الذي يبلغ من العمر 16 سنة لا يجوز له أن يترك وصية (5).

وهنا نضع سؤالا مهما وهو هل أن الموقف الذي اتخذته المشرع المغربي يتنافى مع القاعدة المشهورة، لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون أم لا ؟

اختلف الفقهاء في محاولات التوفيق بين ما تنص عليه التشريعات الحديثة من الاعتداد بالغلط في القانون وبين هذه القاعدة القديمة الثانية وذهبوا في ذلك مذهبين :

فالمذهب الأول يرى أن مجال تطبيق قاعدة «لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون» هو القواعد القانونية الآمرة التي تتعلق بالنظام العام، تلك القواعد التي لا يسوغ لأحد أن يستبعدا بدعوى الجهل، ولا يسوغ أن نعتد بغلطه هذا، أو جهله حتى لا نكون قد وضعنا بين يديه العذر للهرب من تطبيق القانون عليه، أما القواعد القانونية المفصلة فهي تخرج من نطاق هذه القاعدة، ويسوغ التمسك بهذا الغلط لإبطال العقد. ومن أنصار هذا الرأي السهري الذي يرى

(4) أبو ستيت : نظرية الالتزام الكتاب الأول الطبعة الثانية سنة 1954 صفحة 156.
(5) الوسيط في القانون المدني طبعة 1948 صفحة 39.

أن مجال تطبيق هذه القاعدة، لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجملها، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً متجانساً لو أفسحنا جانب المدعى في ذلك. ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام، مثل ذلك أن يفرض شخص آخر بفائدة تزيد على 7 في المائة وهو يجمل أن الحد الأقصى للفوائد هو 7 في المائة فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون، وأنه ما كان يفرض تقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على 7 في المائة بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى 7 في المائة. أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتسك به لطلب إبطال العقد إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما في عقد الصلح حيث تنص المادة 556 على أنه «لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون»⁽⁶⁾.

أما المذهب الثاني فقد هدم التفريق بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المفسرة، واعتد بالغلط في القانون كلما توافرت له شروط التطبيق وذلك لأن المقصود بالغلط في القانون الذي نص عليه المشرع المغربي في الفصل (40) والمشرع المصري في الفصل (122)، والسوري في الفصل (123) الغلط الذي يرد على حكم من الأحكام القانونية، لا على القاعدة القانونية ذاتها، وإذا توصلنا إلى هذه النتيجة، فإن أوجه التعارض بين ما نص عليه المشرع المغربي، وغيره من التشريعات الحديثة والقاعدة «لا يفرض في أحد أنه يجعل القانون»، لا يبقى له وجود، وقد سارت الأغلبية العظمى من الفقهاء في هذا الاتجاه، من ذلك أن أبو سنيت يرى أنه: «لا يجوز الادعاء بالغلط في القانون لتفادي تطبيق قاعدة من قواعد القانون الجنائي ولا أية قاعدة آمرة أخرى. لكن على أن يرد الغلط على ذات القاعدة الآمرة، أما حيث يتصل الغلط بحكم لا يتضمن في ذاته خروجاً عليها فإنه لا يجوز الادعاء به»⁽⁷⁾. ونفس الشيء يأخذ به كذلك الصلح الذي يذهب إلى أنه: «لا يقدح في هذا الحكم أن هناك قاعدة تقضي بأن أحدًا لا يعتد لجعله القانون وقد حسب جمهور الفقهاء أن هذه القاعدة تعارض مع الحكم

(6) مصادر الالتزام صفحة 306 طبعة 1952.

(7) نظرية الالتزام الطيبة الثانية سنة 1954 صفحة 651.

الذي نحن بصدده، فذهبوا إلى أنها لا تنطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة، التي تتعلق بالنظام العام. ومن ثم فإن هذه القاعدة لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها، أما القواعد المكسلة فلا تنطبق القاعدة في شأنها لأنها لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز طلب الإبطال لغلط فيها، وهذا الزعم غير صحيح، ذلك أن هذه القاعدة يراد بها أن أحدًا لا يستطيع أن يحتج بجمله قانوناً معيناً كي يستبعد تطبيق هذا القانون عليه. وليس في ذلك ما يعارض مع أن يكون للمعاقد الحق في طلب الإبطال لغلط في القانون ما دام أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد، فإبطال العقد لا يعني استبعاد تطبيق قاعدة قانونية، ولا الهروب من حكم هذه القاعدة⁽⁸⁾.

ويلاحظ أن الفقه الفرنسي سار على هذا النهج الأخير فأستاذان كبيران مارتني (GABRIEL MARTY) وراينو (RAYNAUD) ذهبان في كتابهم القانون المدني إلى أن القاعدة (nemo legem ignorare censetur) أي لا يفرض في أحد أنه يجمل القانون هي قاعدة ضرورية في نطاق القوانين الجنائية، حتى لا يلفت التهمون من العقاب بدعوى جهلهم للقانون وهذا رأي صحيح لذلك ترى التشريعات الجنائية تخاطب للأمر فتتص على عدم العذر بالجهل بالقانون طبقاً لما نص عليه القانون الجنائي المغربي، في الفصل الثاني: «لا يسوغ لأحد أن يعتد بجهل القانون الجنائي». ويضيف الأستاذان إلى أن المسألة تختلف في غير القوانين الجنائية حيث يجب البحث دائماً في هل أن الإرادة تعيبت أم لا؟ فمن الناحية الفلسفية أو البسيكولوجية، فإن الإرادة يمكنها أن تتعيب نتيجة لرأي قانوني يخالف الحقيقة، ولذلك اعتبر من زمن بعيد بأن الغلط في القانون يؤثر على الإرادة، وهذا هو المبدأ العام في فرنسا، إذا استثنينا حالين استبعد فيهما المشرع الفرنسي الغلط في القانون لاعتبارات خاصة وهما حالة الأقارب⁽⁹⁾ القضائي (المادة 1356) وحالة الصلح (المادة 2052). ويذهب كل من كولن وكاتبان ودولا مرانديير إلى أن الغلط في القانون كالعطل في الواقع يعيب الإرادة، ولا يسوغ التفرقة بينهما في الأثر ولا الاحتجاج بالقاعدة في الواقع يعيب الإرادة، وذلك لأن الشخص الذي يذهب ضحية غلط يستحق الحماية القانونية في كلتا الحالتين وعلى الأقل في الحالة

(8) مصادر الالتزام طبعة 1960 صفحة 194.

(9) الجزء الأول طبعة 1962. صفحة 120.

التي يكون تأثير الغلط فيها شديدا، كالحالة التي يكون فيها الغلط هو السبب الدافع إلى التعاقد⁽¹⁰⁾.

ويرى كل من بولانجي (BOULANGER) وبلانيول (PALANIOI) وريبر (RIPERT) أن هذه القاعدة أو الحكمة (ADAGE) لا تقيد قرينة العلم بجميع القواعد القانونية، وإنما تقيد فقط إلى أنه لا يسوغ لأحد أن يستبعد بدعوى الجهل تطبيق قاعدة قانونية، فالخصم الذي يثير الغلط في القانون لا يريد أن يستتر وراء جهله لنهروب من تطبيق قاعدة قانونية عليه، وإنما يريد أن يبين أن إرادته أتت نتيجة لعدم معرفته القانون أو لتفسيره إياه تفسيراً غير صحيح⁽¹¹⁾.

ومن كل ما سبق يظهر أن المادة 40 من قانون الالتزامات والعقود المغربي لا تتناقض مع القاعدة (لا يفرض في أحد الجهل بالقانون) وأن موقف المشرع المغربي من الغلط في القانون كان موقفاً سليماً وعلى الخصوص أنه اعتنق في هذا الشأن النظرية الحديثة في الغلط، فهو لم يحدد الحالات التي يكون فيها الغلط في القانون مؤثراً، والحالات التي يكون فيها غير مؤثراً، وإنما أتى بقاعدة عامة تطبق على جميع الحالات متى توافرت فيها شروط التطبيق التي فرضها القانون وهي :

1- يشترط القانون المغربي أن يكون الغلط في القانون هو السبب الأساسي والوحيد أي هو الدافع إلى التعاقد، أما إذا كان الغلط في القانون غلطا ثانوياً فإنه لا يعتد به، وفي هذا يتفق التشريع المغربي مع التشريع المصري والسوري اللذان يعتد بالغلط في القانون متى كان جوهرياً وكان هو الدافع إلى التعاقد طبقاً لما نصت عليه المادة 122 من القانون المصري^{هـ} يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض القانون بغيره^{هـ}. وهو نفس ما نص عليه التشريع السوري في المادة 123، وشروط الغلط في الواقع في هذين التشريعين هي : أن يكون الغلط جوهرياً، وأن يكون هو الدافع إلى التعاقد.

وكذلك الأمر في فرنسا حيث نجد الغلط في القانون كالغلط في الواقع لا ينهض سبباً لإبطال الاتفاق إلا إذا كان هو الباعث الأساسي والدافع إلى

(10) لوسيط في القانون المدني طبعة 1948 صفحة 39.

(11) لوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني طبعة 1957، صفحة 71.

التعاقد⁽¹²⁾، ولقد لاقت هذه القاعدة بعض التحفظات وخاصة في القرن التاسع عشر من طرف لوران (LAURENT) إلا أنها أصبحت اليوم مبدأ مسلماً به فقها وقضاء⁽¹³⁾.

وبلا حظ في فرنسا — نظراً لغياب النص — أن الفقه والقضاء أخذاً يؤسسان الغلط في القانون على أساس الغلط في المادة أو السبب أو الخل وهكدا نرى الأستاذين كيربال ماري GABRIEL وريبر RAYNAND يذهبان إلى أن الغلط في القانون هو غلط في المادة (SUBSTANCE) أو السبب (CAUSE) أو الاثنين معاً⁽¹⁴⁾. ويرى الأستاذ جورج ريبير وبولانجي وبلانيول بأن الغلط في القانون في حد ذاته لا ينهض سبباً للإبطال وحجتهم في ذلك أن محكمة النقض الفرنسية رفضت أن تقرر إبطال تعهد شخص يدعي أنه كان يجهل النتائج القانونية لتعهد، وعلى العكس من هذا فإن الغلط في القانون في رأيهم يعتد به متى كان متصلاً في الأساس بمحل العقد أو سببه⁽¹⁵⁾.

ويرى جاك غستان أن الجهل بالقانون وتفسيره تفسيراً غير صحيح في حد ذاته لا يبرر إبطال العقد، وأن الغلط في القانون لا ينهض سبباً للإبطال طبقاً للمادة 1110 من القانون المدني الفرنسي إلا إذا تولد عنه غلط يقع على محل العقد أو الاتفاق، وهذا ما أخذ به كذلك كاتبان في نظرية السبب⁽¹⁶⁾.

وهذه المحاولات التي يبذلها الفقه الفرنسي لتبرير الأخذ بالغلط في القانون لا نجد محلاً لها في التشريع المغربي، لوجود الفصل 40 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، الذي اعتد بالغلط في القانون.

2- والشروط الثالتي الذي يتطلبه القانون المغربي للاعتداد بالغلط في القانون هو أن يكون للمتعاقدين الذي وقع فيه عذر ينهض سبباً لتبريره.

(12) أنظر هوامش مواد الغلط في مجموعة القانون المدني الفرنسي.

(13) أنظر فكرة الغلط في القانون الوضعي الحالي لجاك غستان، صفحة 52.

(14) كيربال ماري وريبر : المرجع السابق 110 وما بعدها.

(15) المرجع السابق صفحة 71.

(16) جاك غستان : المرجع السابق صفحة 54.

وهنا يثور تساؤل مهم هو ماذا يقصد المشرع المغربي بعبارة إذا أمكن العذر عنه ؟ نستطيع أن نفسر هذه العبارة بكل بساطة ويسر على أساس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي — والمغرب دولة إسلامية — من أن الجهل، بالقانون يصلح عذرا إذا لم يصحب الجهل تقصير، أما إذا كان الجهل بالقانون نتيجة تقصير فلا يعتد به (17).

ولقد أخذت المحاكم الفرنسية بهذا المعيار بصفة عامة أي بالنسبة لنوعي الغلط : الغلط في الواقع والغلط في القانون، فهي تتطلب أن يكون الغلط مما يقبل العذر عنه، أما إذا كان الغلط جسيما (GROSSIERE) فلا تعتد به، والغلط الجسيم هو الذي لا يقع فيه الرجل العادي. وهذا الاتجاه هو الذي يسر عليه الفقه في الوقت الحاضر في فرنسا، إذ يرى أنه لا يشترط في الغلط ليقبل عذرا أن يكون إراديا، كأن يكون نتيجة لرفض مشورة أو عدم رؤية للحقيقة، أو عدم استخبار، وإنما يكفي ألا نرى الحقيقة وهي واضحة وألا نستخير مع قدرتنا على الاستخبار بصرف النظر عن سبب هذا الإهمال فهو عدم التبصر، أو التكاسل أو الغفلة أو التسيان. وإن الغلط الذي لا يقبل العذر هو غلط أخطر من الغلط الفادح لأنه غلط لا يقبل أي عذر.

ولكن الفقه تخوف من أن يعطي القضاء أهمية بالغة لهذه الفكرة، لذلك ذهب إلى التضييق الآتي وهو أن : «الغلط الذي لا يقبل العذر هو الغلط الذي يكون بالنظر إلى علم أو بالنظر إلى الحيلة والحذر العادي لا يجد أي عذر في ظروف الواقع الموضوعية والذاتية (مثلا الخبرة والسن) التي ارتكب فيها».

ومن كل ما سبق نرى أن المشرع المغربي في رأينا كان موقفا فيما ذهب إليه بشأن الغلط في القانون لأنه يتماشى مع النظرية الحديثة في الغلط ومع ما يسر عليه الفقه والقضاء في الوقت الحاضر.

(17) ومن هذا القبيل حربي دخل دارنا فأسلم، شرب الخمر جاهلا بالحرمة فلا يجد عذرا ما إذا زنى لأن جهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة لأن الزنا حرام في جميع الأديان فلا يكون جهله عذرا، وكذلك يقول السنهوري : « جهل الأمة بأن لها الخيار في فسخ الزواج إذا أعطتها سيدها الذي تزوج منها وهي أمة يعتبر عذرا، لأن في حالة الرق ما يشغلها عن التعليم، ولا كذلك الحرة التي زوجها غير الأب والجد وهي صغيرة فإن لها الخيار إذا بلغت، وجهلها بهذا الخيار ليس بعذر لأنه ليس للحرة ما يشغلها عن التعليم ».

ولا يفوتنا في الأخير أن نشير إلى أن القواعد القانونية التي تبين الحد الأقصى الذي يمكن الوصول إليه في بعض المعاملات الخاصة، كالقاعدة المدنية والتجارية، وتسعيرة السلع والمأكولات، والقواعد التي تضع الحد الأقصى لا يجاز الأماكن أو الحد الأقصى للاشتراكات وأقساط التأمين، أو القواعد التي تضع الحد الأدنى كما هو الشأن بالنسبة للحد الأدنى للأجور، فإن الغلط في مثل هذه القواعد، لا يجعل العقد قابلا للإبطال، وإنما يبقى العقد صحيحا، وتنقص الفائدة أو الأجرة أو الاشتراط أو الثمن إلى الحد الذي يفرضه القانون في مثل الحالات الأولى، وترفع الأجور إلى الحد الأدنى في الحالات الثانية.

ونشير كذلك إلى أن المقصود بالغلط في القانون هو الغلط الذي يقع في قواعد قانونية ليست محل خلاف، أما إذا كانت القواعد محل خلاف بحيث يؤدي تفضيل رأي على آخر إلى خطأ، فإن مثل هذا الغلط لا يعتبر غلطا في القانون يمرر الإبطال (18).

وقبل الانتقال إلى دراسة الغلط في الواقع نذكر بالملاحظة التي أشرنا إليها في بداية عرضنا لنظرية الغلط وهي أن المشرع المغربي أورد استثناء على الغلط في القانون. هذا الاستثناء خاص بعقد الصلح، وهو الذي نصت عليه المادة 1112 : «لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون».

والمشرع المغربي يهدف من وراء هذا الاستثناء إلى استقرار المعاملات وحسم النزاعات، وخاصة أن الأمر يتعلق بعقد الصلح الذي يهدف إلى هذا الغرض بالذات.

(18) أنظر مصادر الالتزام للدكتور عبد النعم فرج الصده 1960 صفحة 196. ويرى السنهوري — الوسيط صفحة 306 على الحاشية : « ويشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلا، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم فإن الشخص إذا رجح رأيا على رأي خطأ منه عد غلطا في القانون. وقد يتفق أن مسألة قانونية يشك فيها القضاء على نحو معين، ويجري تعامل الناس على مقتضى الرأي الذي سار عليه القضاء، ثم يرجع القضاء على رأيه إلى رأي آخر فثقي مثل هذه الحالة مجرد اعتبار الغلط في القانون مؤثرا في صحة العقد ».

ثانياً : الغلط في الواقع

1 - الغلط في مادة الشيء، والغلط في صفة جوهرية في الشيء :

قد نصت على هذا النوع من الغلط، المادة 41 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والتي جاء فيها : «يتحول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى». ونرى في هذا النص عيباً كبيراً ذلك أن المشرع المغربي، ذكر الغلط الذي يقع على ذاتية الشيء أو نوعه، وهو غلط مانع بإجماع الفقه والقضاء في كل من فرنسا وسوريا ومصر والمغرب، وحتى النظرية التقليدية في الغلط، والتي يأخذ بها التشريع المغربي، لم تجعل من الغلط في ذاتية الشيء، عيباً يصبب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال، وإنما اعتبرته غلطاً فاثلاً يعدم الإرادة ويسير القضاء في المغرب في هذا الاتجاه ذلك أن محكمة الاستئناف قضت في حكمها الصادر في 28 نوفمبر سنة 1922 بأن : لا يعتبر البيع تاماً إلا إذا تم اتفاق الأطراف على الشيء والتمن، وإن الغلط في الشيء يعدم العقد، وهو كذلك لا يعتقد المشتري أنه سيحصل على قطعة معينة من أرض، بينما يقصد البائع قطعة أخرى (19)، ولهذا الأسباب نستبعد أن يكون المشرع المغربي قد قصد بالمادة 41 الغلط في ذاتية الشيء أو نوعه، وإنما فسر إرادته على أساس أنه يقصد الغلط في مادة الشيء تنزيهاً له من الخطأ في أمر بدعي مسلم به فقها وقضاء في الوقت الحاضر وطبقاً لما قضت به المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر في 19 فبراير سنة 1930 من : «أنه من المسلم به فقها وقضاء أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يعتبر عيباً يشوب الإرادة، متى وقع على مادة الشيء ذاتها محل العقد....وحيث أننا والحالة هذه أمام غلط في مادة الشيء (20) ولا يسوغ أن نقف في وجه هذا التفسير صراحة النص الذي يذكر ذاتية الشيء (IDENTITE) فصراحة النصوص لم تقف في وجه الفقه والقضاء في فرنسا وتمنعه من تفسير النصوص تفسيراً صحيحاً يتفق مع المنطق والواقع والمعدلة المتوخاة من كل نص قانوني، والمثل على ذلك أن المشرع الفرنسي اكتفى في الفصل 1110 بذكر الغلط في مادة الشيء (La substance même de la chose) ولكن الفقه والقضاء في فرنسا أجمع على أن المقصود بمادة الشيء الأوصاف الجوهرية التي يعتبرها المتعاقدان، رغم أن المشرع الفرنسي لم يذكر أبداً الصفة

(19) انظر مجموعة قرارات محاكم الاستئناف بالرباط لسنة 1923 - 1924.

(20) انظر مجلة أحكام المغربية عددها 405 صفحة 164 لسنة 30-1931.

الجوهرية في الشيء في الفصل 1110، واستبدل هذا الفقه في فرنسا عبارة (substance même de la chose) بعبارة QUALITE SUBSTANTIELLE ولكل ما سبق ولاجماع الفقه والقضاء في فرنسا وسوريا ومصر والمغرب على أن الغلط في ذاتية الشيء غلط مانع، يعدم الرضاء ويجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً نرى من اللازم أن نستبدل عبارة ذاتية الشيء أو نوعه بعبارة مادة الشيء (substance même de la chose) وربما قد يتساءل البعض لماذا لم نستعمل عبارة الأوصاف الجوهرية (QUALITE SUBSTANTIELLE) ؟ إن الجواب سهل وبسيط، ذلك أن المشرع المغربي لم يجعل الأوصاف وإنما ذكرها صراحة في المادة 41، مما يجعله من هذه الناحية مقدماً على التشريع الفرنسي وخاصة أنه ورد في تلك المادة : «...أو في صفة كانت هي السبب الدافع إلى الرضى».

والآن نتساءل ما المقصود بمادة الشيء ؟ إن مادة الشيء (substance de la chose) هي مجموعة الخصائص الفيزيائية، والكيميائية التي يتكون منها الشيء والتي تجعله متميزاً عن غيره من الأشياء. ويأخذ بهذا التمييز كذلك الأستاذان كاريال مارتى وريبنو اللذان يذهبان إلى أن : «مادة الشيء هي مجموعة الخصائص الطبيعية، خشبية كانت أو معدنية، والتي يتكون منها الشيء موضوع العقد فلو اعتقدنا مثلاً أن هذا الشيء من الذهب فإذا به من النحاس أو الخشب ففني هذه الحالة نكون بصدد غلط في مادة الشيء (21)». وبفس التفسير أخذ السهري الذي يرى أن : «مادة الشيء هي مجموعة الخصائص التي تدخله في جنس معين، وتميزه عن الأجناس الأخرى» وأشار إلى المثال المشهور للفقيه (POTHIER) والذي يستشهد به كثير من الفقهاء الفرنسيين كبلانول وريبر وبولانجي وهو يتصل بشخص اشترى شمعديان من نحاس مطلي بالفضة وهو يعتقد أنهما من فضة خالصة (22).

ونرى أن نقف عند حدود هذا التفسير الموضوعي لمادة الشيء، في ظل التشريع المغربي، وألا نذهب بعيداً كما سار الفقه والقضاء الفرنسيان في تفسير مادة الشيء بالأوصاف الجوهرية للشيء (qualité substantielle) - أخذاً بالمعيار الذاتي - ؛ والسبب الذي جعلنا نقف عند هذا الحد هو أن المشرع المغربي لم

(21) القانون المدني الجزء الثاني طبعة 1962 صفحة 112.

(22) السهري : المرجع السابق صفحة 294.

يقفل الصفات الجوهرية للشيء، بل اعتد بها صراحة وجعلها تنهض سببا لإبطال المقد شأنها في ذلك شأن العلط في مادة الشيء — بالمعنى الموضوعي — متى كانت هذه الصفة هي السبب الدافع الى الرضى. وعلى هذا نستطيع أن نقول أن المشرع المغربي أخذ بالفكرتين الموضوعية والذاتية، لذلك فلا داعي والحالة هذه لتحصيل كلمة مادة الشيء ما لا طاقة لها به. وهذا واضح من نص المادة 41 التي تنص : «يجوز العلط الإبطال إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع الى الرضى». أما المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي، فقد أغفلت ذكر العلط الذي يقع في صفات جوهرية في الشيء فكانت والحالة هذه ضيقة غير شاملة مما جعل الفقه والقضاء يعملان جاهدا على توسيع مدلولها وقصور هذه المادة يبدو من قراءتها، لا ينهض العلط سببا لإبطال الاتفاق إلا إذا وقع على مادة الشيء ذاتها محل الالتزام.

ونرى أنه من الفائدة العلمية أن نسوق بعض الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي عملت على توسيع فكرة العلط في مادة الشيء، وجعلها تشمل الصفات الجوهرية في الشيء رغم سكون المادة 1110 فرنسية، والذي يجعلنا نسوق هذه الآراء والأحكام هي أنها كانت في رأينا من الأسباب التي أثرت على المشرع المغربي وجعلته يعيد صراحة بالعلط الذي يقع في الأوصاف الجوهرية في الشيء.

في جنس معين، واهيك (HUC) عن الصفات (ATTRIBUTS) ودمسوغ (تلكالمان عن مجموعة الخصائص (PROPRIETES)، التي تحدد طبيعة الشيء وتدخله بالغلط في مادة الشيء، بل أخذ يفسر مادة الشيء تفسيراً واسعاً، فأبى ورو إن الفقه في فرنسا لم يقف عند حدود نص المادة 1110. فيما يتعلق

و«دمولومب» (DEMOLOMBE) عن الصفات الأساسية والمميزة و«الصفات الثانوية والمهمة» (DEMOGUE) عن المسائل المهمة والمسائل الثانوية (points importants points secondaires)

caractéristique

وكانت (DEMANTE) وكولمي (COLMET) عن الصفات الأساسية الدافعة الى التعاقد، والصفات الجوهرية والمميزة والخاصة بـ (23) qualities principales.

(23) أنظر كتاب فكرة العلق في القانون الوضعي الحالي لجمال غستان صفحة 26.

236

أما القضاء الفرنسي، وبالأخص محكمة النقض الفرنسية فإنها استبدلت بعبارة مادة الشيء (substance de la chose) عبارة الأوصاف الجمهورية للشيء (QUALITES SUBSTANTIELLES) ابتداء من 9 يونيو سنة 1930 كما ظهرت هذه المعاني في أحكام مختلف المحاكم الفرنسية من ذلك أن الغرفة الخامسة لمحكمة باريس قضت في قرار صدر في 20 أبريل سنة 1964، بأنه يسوغ ابطال عقد بيع سيارة مستعملة لصفة جوهريّة في الشيء متى وقع الغلط على تاريخ بدأ الاستعمال (24). وقضت الغرفة الأولى لمحكمة كرونيل في قرار صدر في 6 نوفمبر سنة 1963، بأنه يقع قابلاً للإبطال الغلط في صفة جوهريّة في الشيء بيع سندانك النفايسة للمحكمة قطعة تحت تسمية (أرض اللبنة) دون أن يبين في دفتر الشروط وجود مشروع بلدي يمنع ولو مؤقتاً البناء (25) وذهبت محكمة رين في قرار لها صدر في 17 يونيو سنة 1929، الى أن تاريخ شراء أثاث يعتبر صفة جوهريّة (26).

وهذه المجموعات الفقهية الكبيرة: الاجتهادات القضائية السليمة في فرنسا هي التي يعمل بها في المغرب، ولكن ليس تحت تأثير الاجتهاد القضائي أو الجهود الفقهية وإنما تطبيقاً لنص صريح هو المادة 41 التي تنص: «يجوز الغلط الإبطال إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفحة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضاء» وعلى هذا الأساس أصدرت محكمة النقض في 29 ديسمبر سنة 1958 القرار الآتي: «بناء على مقتضيات المادة 41 من ظهير قانون الالتزامات والعقود المغربي فإن الغلط يحول الإبطال إذا وقع في صفة في الشيء كانت هي السبب الدافع إلى الرضى».

وبناء على هذا الأساس أعلن قضاة الأصل (الموضوع) فسخ عقد بيع جزار بها البائع، ولحالته الجيدة، وحيث تبين من تقرير الخبير أن الجزار لا يتوفر على هاتين الصفتين وأنه من المستحيل أن يصلح للاستعمال الفلاحي (27).

مرواد الغلط صنعة 2. (24)

(25) مواد الغلط : جبريس كلاصور ، صفحة 3.

(26) مواد الغلط : جبريس كلاسورا : صفحة 3.

مجلة المحاكم المغربية لسنة 1959 عدد 1244 (27)

وتضيف محكمة النقض قائلة : «ما سبق تبين بوضوح ويعنى المادة السابقة أن الغلط وقع على صفات جوهرية (qualité substantielle) للجرار كانت هي السبب الدافع الى ارتضاء المشتريين البيع».

وخلاصة القول أن الغلط في التشريع المغربي ينهض سببا لإبطال العقد إذا وقع على مادة الشيء (المعنى الموضوعي) كمن يشتري خاتما من ذهب، إذا به من النحاس أو الفضة المطلية بالذهب أو على صفة جوهرية (المعيار الذاتي) كمن يشتري سيارة على أنها نموذج 1964 فإذا بها نموذج 1950 أو من يشتري جرارا على أنه جيد وقوي فإذا به فاسد غير صالح للاستعمال.

ب - الغلط في شخص التعاقد أو صفة جوهرية فيه :
الأصل في التشريع المغربي أن الغلط في شخص التعاقد أو في صفة جوهرية فيه لا ينهض سببا للإبطال، إلا إذا كانت هذه الشخصية أو الصفة من الأسباب الدافعة الى التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة 42 من قانون الالتزامات والعقود المغربي : «الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته لا يخلو الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة الى صدور الرضى من التعاقد الآخر».

وهذه المادة تعتبر قاعدة عامة أو مبدأ عاما يسري على جميع العقود، سواء أكانت عقود تبرعات، أو عقود معاوضات بشرط وجيد وهو أن يكون الغلط في شخص التعاقد أو صفة فيه أحد الأسباب الدافعة الى صدور الرضاء من التعاقد الآخر، ونرى في هذا الشرط حفاظا على مبدأ أساسي وهو مبدأ استقرار المعاملات وعلى الخصوص أننا نعرف أن الغالبية العظمى من العقود، لا تقوم على أساس الاعتبار الشخصي أو على صفات الأشخاص، فكثيرا ما يحدث في العمل، أن يتعاقد شخصان وكلاهما يجهل الآخر، وهذا ما نشاهده في عمليات المسيرة - وما المسيرة إلا عقد بمقتضاه يعمل شخص وهو المسار، لتقريب وجهات النظر بين شخصين غير متعارفين للوصول الى عقد معين، كالبيع أو الوديعة أو العارية أو القرض، أو الهبة أو التأمين مقابل أجر نسبه المسيرة -، ولكن هناك من العقود ما يقوم على أساس شخصية المتعاقد (INTUITU PERSONNE) أو صفة فيه وتكون هذه الشخصية، أو الصفة، هي السبب الدافع الى التعاقد ففهي هذه

الحالات وما يشابهها يكون العقد قابلا للإبطال، ومن أمثلة الغلط في الشخص الغلط في شخص الشريك، في شركات الأشخاص أو الموهوب له، أو الوكيل ومن أمثلة الغلط في صفات في الشخص أن يقدم شخص جزءا من أمواله الى شخص اعتقدا من أنه قريب له ثم يتبين له فيما بعد، أن هذا الشخص لا يمت له بصلة، وكذلك الشأن بالنسبة لمن يتعاقد مع شخص على أساس أنه طبيب فإذا به ممرض فقط، أو مع أستاذ فإذا به معلم، وكذلك من أجر منزله لامرأة وهو يعتقد أنها ذات أخلاق طيبة ثم يتبين أنها عاهرة، أو مع مدير شركة فإذا به مجرد شريك، فإن العقد في مثل هذه الحالات يكون قابلا للإبطال لأن صفة الشخص كانت سبب صدور الرضاء.

وعلى هذا المنوال يسير كل من بلاتول وولانجي وروبير في كتابهم الوسيط في القانون المدني إذ يذهبون الى أنه لا يعتد بشخصية التعاقد إلا في العقود التي تقوم على اعتبارات خاصة في أشخاص محددين كعقود الهبة، والعقود التي تتطلب عناية أو إبداعا خاصا كما هو الشأن في اللوحات الزيتية والوكالات وشركات الأشخاص ومن غير الممكن أن نضع لائحة للعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي لأن هذا الاعتبار قد يتوافر في مثل هذه الحالات وقد لا يتوافر فالشخص مثلا يمكن أن يقدم ماله هبة لشخص معين، كما أنه قد يهب هذه الأموال الى طائفة معينة من الأشخاص كالهبة الى الفقراء. وعلى العكس من هذه الصورة فإن عقد البيع يمكن أن يقوم على الاعتبار الشخصي نتيجة الائتمان الذي قد يمنحه البائع للمشتري، والائتمان يقوم على الاعتبار الشخصية ويلاحظ كذلك أن الغلط في ذاتية الشخص لا يقتصر مفعوله على تكوين العقد بل يمتد كذلك الى تنفيذ هذا العقد (28).

والغلط في الشخص في التشريع المغربي يقع مؤثرا سواء وقع على الشخصية الطبيعية، كالعامل الذي يتعاقد مع رب العمل مقمصا شخصية فلان العامل المشهور بالمهارة والدقة، أو الشخصية المدنية كالعامل الذي يتعاقد مع رب العمل على أساس أنه أعزب فإذا به متزوج وله ستة أولاد مثلا أو على أساس أن عمره 21 سنة فإذا به لا يتجاوز 18 سنة أو على أحد صفاته الطبيعية كأن يكون سالما

(28) الوسيط في القانون المدني طبعة 1957 صفحة 69.

فإذا به مريض أو الخائفة، كان يكون شريفاً فاضلاً نقي الضمير فإذا به سكيراً أو زنديقاً أو يخون الأمانة، أو العلمية كمن يتعاقد مع شخص على أساس أنه مجاز في الحقوق فإذا به من حاملي البكالوريا أو الكفاءة في الحقوق، فإن الغلط في مثل هذه الحالات يجعل العقد قابلاً للإبطال لأنه كان السبب الدافع إلى الرضاء. وتعتبر المادة 42 مبدأ عاماً يسري مفعوله حتى في نطاق الأحوال الشخصية وهذا ما أكدته قانون الأحوال الشخصية في المادة 54 المتعلقة بالتطبيق للعيب (29).

وفي هذا يتشبه التشريع المغربي مع التشريعات الحديثة التي تجعل من الغلط في صفات جوهرية في الزوج (كالبرص والسل ومرض الفرج) سبباً لإبطال عقد الزواج وذلك حماية لحلية المجتمع الأولى وهي الأسرة. فهو يتفق مع التشريع الألماني، الذي يعتد بالغلط في الصفات الجوهرية في شخص الزوج سواء كانت هذه الصفات أخلاقية أو جسدية ويجعل عقد الزواج قابلاً للإبطال إذا كانت هذه الصفات هي السبب الدافع إلى الرضاء.

ويتفق التشريع المغربي كذلك مع التشريع السويسري، الذي يعطي الحق للزوجين، في أن يطعنا في عقد الزواج، إذا كان هذا الزوج قد تعاقد تحت تأثير الغلط في صفة جوهرية، ونفس الشيء يأخذ كل من التشريع السوري والمصري.

وعلى عكس ما ذهبت إليه هذه التشريعات نجد التشريع البلجيكي والاطيالي والفرنسي (30) لا يعتد بالغلط الذي يقع في الصفات الجوهرية في الزوج، حتى ولو كانت هذه الصفة هي السبب الدافع إلى صدور رضاء المتعاقد الآخر. وهذا ما قضت به الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 24 أبريل 1862 وسارت عليه بعض المحاكم في أحكامها : «إن الغلط الذي أشار إليه

(29) وقد نصت هذه المادة : « إذا وجدت الزوجة بزوجه عيا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن يزيد على سنة ولا يمكنها التمام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص والسل، فلها أن تطلب من القاضي تطلقها منه سواء كان ذلك الغيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم تعرض به ويؤجله القاضي سنة فإن برى، ولا يطلقها عليه... »

(30) أنظر مقال الدكتور بيلان (PUNILLAND) المنشور في مجلة المحاكم الغربية عدد 150 صفحة 442.

الفصل 180 من القانون المدني الفرنسي، والذي يؤدي إلى بطلان الزواج، إنه خاص بالغلط الذي يقع على ذاتية الشخص، أو الذي يترتب عنه زواج أحد الأشخاص غير الذي يعتقد، وأن أثر هذه المادة لا يمتد إلى الغلط الذي يقع على أحد الشروط، أو الأوصاف المتعلقة بالشخص، وعلى الخصوص الأوصاف غير الشريفة كغلط الزوجة التي تجعل أن زوجها كان عكوماً عليه من أجل جريمة شائنة إرتكبها (31).

ومن الطريف والفائدة العلمية أن نسوق ملخصاً لوقائع هذه القضية وجيشائها ليرى على ضوءها مدى الاختلاف بين التشريع المغربي والألماني والسويسري والمصري وبين التشريع الايطالي والبلجيكي والفرنسي على الخصوص.

وقائع القضية : لقد حكم على أحد الأشخاص (B) عندما كان يبلغ من العمر 17 سنة بـ 15 سنة سجناً مع الأعمال الشاقة من أجل جريمة قتل ثم أطلق سراحه بعدما خففت العقوبة مرتان واشتغل بالتجارة وتزوج من الأنسة (H) ولكن هذه الأنسة علمت عن طريق الغير بالجريمة الشائنة التي قد حوكم من أجلها زوجها فرفعت دعواها إلى محكمة باريز طالبة منها إبطال الزواج لغلط في صفة الزوج ولكن محكمة باريز رفضت الطلب في 4 فبراير سنة 1860، إلا أن هذا الحكم نقض بقرار أصدرته الغرفة المدنية في 11 فبراير سنة 1861 وجاء فيه : «إن الغلط لا يجعل عقد الزواج (بمقابلة المادة 180 - 146) قابلاً للإبطال إلا إذا وقع على ذاتية الشخص أي على شخص المتعاقد، وإن الغلط في ذاتية الشخص لا يقتصر على شخصيته الطبيعية، وإنما يمتد إلى حالته المدنية».

إن محكمة إرليان التي أحيل إليها الحكم المنقوض أبدت محكمة باريز في حكمها الصادر في 6 يوليو سنة 1861.

ولكن الأنسة (H) طعنت مرة ثانية في هذا الحكم فأصدرت محكمة النقض هذه المرة قرارها المشهور في 4 أبريل سنة 1862 والذي أشرنا إليه سابقاً.

(31) أنظر كتاب القرارات القضائية الكبرى خيري، كتاب الطبعة الثالثة 1950 صفحة 22.

وجاء في حيثيات الحكم ما يلي :
حيث أن الغلط في الشخص — أشارت إليه المادتان 180 و 146 — والذي يقوم سبباً لبطلان الزواج، لا يقصد به لا في التشريع الحالي، ولا في التشريع القديم إلا الغلط في الشخص نفسه، وأن مضمون وروح الفصل 180 يستبعد الغلط من طبيعة العقد، ويجعل العقد قابلاً للإبطال إذا وقع الغلط على ذاتية الشخص، أي الذي يترتب عنه زواج شخص بغير الشخص الذي يظنه. وعليه فإن البطلان من أجل الغلط في الشخص لا يمكن أن يمتد إلى الأوصاف الأخرى كالحكم على الشخص لأعمال شائنة.

وحيث أن الفصل 34 من القانون الجنائي لا يمنع الزواج، ولا ينهض سبباً لبطلان عقد الزواج ولا يمس شخصية المتعاقد.

ومن أجله رفض طلب الأنسة (H) والذي يؤسس على أنها كانت تجهل أن زواجها حكم عليه سابقاً، وأنه كان محروماً من حقوقه الوطنية والمدنية وأن الحكم الذي طعنت فيه كان عادلاً ومنسجماً مع روح الفصلين 146 و 180.

وخلاصة القول أن مضمون المادة 42 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كان سليماً ومجارياً لأحدث التشريعات كالتشريع الألماني والسويسري، وبعيداً عن بعض جوانب النقص التي تلاحظ في التشريع الفرنسي.

ج — الغلط الذي يقع من الوسيط والغلط في الحساب :

إن الفقه الحديث يستبعد الغلط في نقل الإرادة أو تفسيرها، والغلط في الحساب من نطاق نظرية الغلط الذي يعيب الإرادة، ويجعل العقد قابلاً للإبطال، وقد سارت على هذا النهج الغالبية العظمى من التشريعات : فالتشريع الفرنسي لم يتناول الغلط الذي يقع من الوسيط في حين تعرض للغلط المادي في المادة 2058 بعيداً عن نظرية الغلط — الذي يعيب الإرادة — والتي جاءت في المادة 1110، وكذلك نجد التشريع السوري والمصري لا يذكران الغلط الذي يقع من الوسيط أو بصفة عامة الغلط في نقل الإرادة أو تفسيرها لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بالإرادة ذاتها، لا بعيب فيها.

أما التشريع المغربي، فقد خالف ما سار عليه الفقه وغالبية التشريعات فأدخل الغلط الذي يقع من الوسيط في نظرية الغلط وأعتبره عيباً في الإرادة يجعل العقد قابلاً للفسخ (32).

1) الغلط الذي يقع من الوسيط :

إذا قام رسول أو وسيط بنقل إرادة شخص، إلى شخص آخر، ولكنه نقلها على وجه غير صحيح، فإننا نكون في ظل التشريع المغربي بصدد عيب في الإرادة يجعل العقد قابلاً للإبطال متى تعلق هذا الغلط بمادة الشيء أو صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى أو تعلق بشخص أحد المتعاقدين أو بصفة فيه وكان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر طبقاً لما نصت عليه المادة 45 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي ورد فيها : «إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين، كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 41 و 42 السابقتين، وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا بحكم الفصل 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات».

ومل هذه المادة بين لنا بوضوح، أن المشرع المغربي رتب على الغلط في نقل الإرادة، أي الغلط الذي يقع من الوسيط، نفس الأثر الذي يترتب عن الغلط الذي يقع فيه الشخص الذي استخدم هذا الوسيط أو باشر بنفسه إبرام العقد. ومن أمثلة هذا النوع من الغلط أن يتعاقد شخص مع وكيل أو وكيل بالعمولة أو سمسار ليقترب بينه وبين شخص آخر لإتمام عقد بيع عدد كبير من الأثاث أو الأواني الأثرية، فإذا بهذا الوسيط يبيعها على أساس أنها مجرد أثاث وأواني عادية. وقد يحدث العكس، أي أن تكون هذه الأثاث والأواني عادية فيبيعها لأحد هواة الأثرية على أساس أنها أثرية. ومن أمثله كذلك أن يرسل البائع إلى المشتري برقية بالتمن الذي يريد بيع داره بها، فإذا بخطأ يقع في هذه البرقية يؤدي إلى ذكر الثمن محرفاً، ففي مثل هذه الحالات وما شابهها يقع العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من تعيب رضاه سواء أكان الشخص الذي استخدم الوسيط أو الشخص الذي تعاقده مع هذا الوسيط. — الوكيل بالعمولة مثلاً — أو تعاقد بواسطة هذا

(32) يلاحظ أن المشرع استعمل كلمة فسخ بدل إبطال في بعض مواد الغلط كما هو شأن المادتين 43-45

ولا يجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب الأضرار، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها.

ويقتضى التشريع المغربي عدم وقوع الخطأ من المرسل في حالتين :

- 1 - إذا كان المرسل قد طلب مقابلتها مع الأصل.
- 2 - إذا أرسلها مضمونة وفقاً للضوابط التفريقية.

هذا هو حكم الغلط الذي يقع من الوسيط في ظل التشريع المغربي إلا أنه يبقى علينا أن نشير كما في البداية أن الفقه في سوريا ومصر والقضاء في البلدين لا يعتبر الغلط الذي يقع من الوسيط عيباً يشوب الإرادة، وإنما اعتبره غلطاً يتعلق بوجود الإرادة ذاتها وفي هذا يرى الصده أن : «الغلط في نقل الإرادة، وذلك حين يتولى رسول أو وسيط نقل الإرادة إلى من وجهت إليه فيخطئ، في نقلها أي ينقلها على غير وجهها الصحيح، كأن يرسل البائع إلى المشتري بريقة يذكر فيها التمن الذي يرضى به فيقع خطأ في البريقة يؤدي إلى تحريف في التمن الذي ذكره البائع، وهذه الحالة لا تنطوي على غلط يعيب الإرادة بالمعنى الذي نقصده، إذ لا يخرج الحل فيها عن أحد أمرين. فإما أن نعتبر توافق الإرادتين لم يتم فلا ينعقد العقد، أو تأخذ بالإرادة الظاهرة التي جاءت نتيجة للخطأ في النقل، والصحيح هو الحل الأول، وأياً كان الحل الذي تأخذ به فإن الوسيط الذي أخطأ في النقل يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي سببه هذا الخطأ» (33).

ويتفق هذا الحل مع ما أخذ به القانون الأردني في المادة 152 التي جاء فيها : «إذا وقع الغلط في ماهية العقد، أو في شرط من شروط الإنعقاد، أو في الحل بطل العقد».

ونفس الرأي يأخذ به السهوري إذ يذهب إلى أن : «الغلط الذي يعيننا بجنه هنا هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة، وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها وهذا ما يسمى بالغلط في النقل، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها، وهذا مما يسمى بالغلط في التفسير،

(33) مصادر الالتزام طبعة 1960 صفحة 183.

الوسيط - البريقة - لأن العدالة في رأينا تقتضي أن يشمل هذا النص كلا الطرفين فالغلط الذي يقع من الوسيط قد يضر بمصالح الشخص الذي استخدم هذا الوسيط كما إذا كانت الأثاث والأواني الأثرية بيعت على أساس أنها عادية أو كان التمن هو 20.000 درهما فذكر 10.000 فقط وقد يضر بمصالح المتعاقد مع هذا الوسيط حالة ما إذا كانت الأثاث أو الأواني عادية فبيعت على أساس أنها أثرية.

والمشرع المغربي وإن جعل العقد قابلاً للإبطال - لم يعف الوسيط من التحمل بالمسؤولية التقصيرية نتيجة لخطأه وتطبق في هذه الحالة جميع القواعد العامة المتعلقة بالخطأ. وكذلك ما تقتضي به المادة 430 المتعلقة بالبرقيات، وفق منصوص المادة 45 من قانون الالتزامات والعقود.

وإذا عدنا إلى المادة 430 نجد أنها تنص على ما يلي : «إذا وقع غلط أو تحريف أو تأخير في نسخ البريقة طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ، ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البريقة، إذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل، أو أرسلها مضمونة وفقاً للضوابط التفريقية».

ومن هذه المادة يتبين لنا أن الخطأ أو التحريف أو التأخير في نسخ البريقة يخضع لجميع القواعد العامة التي تتعلق بالخطأ مع مراعاة أحكام المادتين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أي أن الدولة والبلديات تسأل عن الأضرار الناتجة عن تسير إدارتها وعن الأعمال والأخطاء المصلحية لمستخدميها لأنهم يبدلون نشاطهم لمصلحتها، فيكون الغنم بالغرم، وهذا ما نصت عليه المادة 79 للدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها. والدولة وإن كانت تسأل عن أخطاء مستخدميها البسطة، الدارجة والتي يقضيها عادة نوع النشاط الذي يقوم به المستخدم فإنها لا تسأل عن الأخطاء الجسدية أو الناتجة عن التدليس بل إن المسؤولية في هذه الحالة تقع على عاتق هؤلاء المستخدمين، ولا تطلب الدولة والبلديات إلا في حالة إعسارهم وهو ما نصت عليه المادة 80 : «مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسدية الواقعة منهم في أداء وظائفهم».

والفرق بين الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذي يقع في النقل أو التفسير، أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة⁽³⁴⁾.

2- الغلط في الحساب :
اعتد المشرع المغربي، بالغلط الذي يقع في الحساب، ولم يجعله سببا ينهض لإبطال العقد، أي يكفي سلامة العقد، أو صحته، في هذه الحالة أن يصح هذا النوع من الغلط، طبقا لما نصت عليه المادة 43 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والتي ورد فيها : «يجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وإنما يجب تصحيحها»⁽³⁵⁾.

وقد كانت الصياغة الأردنية هنا أفضل من الصياغة المغربية كما يتضح — وإن كان المشرع الأردني استعمل بدوره لفظة الفسخ في المواد 153 و154 وغيرها تأثرا بالفقه الإسلامي، الذي يقصد بالفسخ البطلان — من المادة 155، التي نصت على أنه: «لا يؤثر في العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة، وإنما يجب تصحيحها».

وهنا يثور تساؤل هام وهو هل أن المشرع المغربي يعتد بالغلط في الحساب وحده أم بجميع أنواع الغلط المادي ؟

الحقيقة أن المشرع المغربي تأثر بنص المادة 2058، مدني فرنسي التي تنص : «غلطات الحساب التي تقع في عقد الصلح يجب تصحيحها». ونرى أن نفس هذه المادة — 43 — تفسيرا واسما أي نجمله يشمل جميع أنواع الغلط المادي سواء كانت غلطات في الحساب أو غيرها من غلطات القلم ونعتبر المشرع المغربي قد ذكر غلطات الحساب على سبيل المثال لا الحصر، وقد سلم من هذا الغيب التشريع المصري في المادة 123، والتشريع السوري في المادة 124، اللتان تنصان على ما يلي :

«لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم، ولكن

(34) الشوبري : المرجع السابق صفحة 291.

(35) يلاحظ أن المشرع استعمل كلمة فسخ بدل إبطال.

يجب تصحيح الغلط». وكذلك القانون الأردني في المادة أعلاه الذي عتبر عنه بالغلط في الكتابة.

د- التشريع المغربي والغلط في صفة ثانوية أو غير جوهرية والغلط في القيمة، والغلط في الباعث

التشريع المغربي كالتشريع الفرنسي واللباني يأخذ بالنظرية التقليدية في الغلط. هذه النظرية التي تجعل من الغلط في صفة ثانوية أو عرضية، ومن الغلط في القيمة، والغلط في الباعث، غلطاً غير مؤثر، ويبدو هذا بوضوح من الاطلاع على المادتين 41 و 42 من قانون الالتزامات والعقود المغربي وستناول هذه الأنواع الثلاثة من الغلط في ظل التشريع المغربي فيما يلي :

1- الغلط في صفة ثانوية أو غير جوهرية :

بالإطلاع على المادة 41 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص : «يجوز الغلط الإبطال إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى». والمادة 42 التي تنص على أن : «الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفة لا يجوز الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر». والمادة 45 التي تنص : «إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين، كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ الالتزام في الأحوال المخصوص عليها في المادتين 41 و 42 السابقين وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا يحكم المادة 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات». يتبين لنا أن المشرع المغربي يعتد فيما يتعلق بالغلط في صفة في الشيء أو في صفة في الشخص بالغلط الجوهرية أي بالصفة الجوهرية الدافعة إلى التعاقد، سواء أكان هذا الغلط واقعا من شخص المتعاقد نفسه أو من الوسيط الذي استخدمه، وفي هذا يلتقي التشريع المغربي مع النظرية الحديثة في الغلط والتي تأخذ بالغلط الجوهرية، والذي تدخل ضمنه الصفات الجوهرية: إلا أن الفرق بين التشريع المغربي والنظرية الحديثة في الغلط هو أن التشريع المغربي أخذ بالغلط الجوهرية أي الدافع إلى التعاقد بالنسبة للغلط في الصفة في الشيء وبالنسبة للغلط في الشخص أو في صفة فيه، في حين أن

النظرية الحديثة عمت الحكم وأخذت بالغلط الجوهري سواء تعلق الأمر بالصفات أو غيرها من الحالات كالغلط في مادة الشيء، أو القيمة أو الباعث أو غيره، وعلى هذا فإن الغلط في صفة ثانوية أو عرضية أو غير جوهريّة غلط غير مؤثر في ظل التشريع المغربي وبهذا قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر في 19 فبراير سنة 1930 والذي جاء فيه : «لا يعتبر الغلط سببا لإبطال الاتفاقات إذا لم يقع سوى على الظروف التابعة». وجاء فيه كذلك : «لا يعتبر موعد الأخطار (LE DELAI-CONGE) في مواد الكراء عنصرا جوهريا للاتفاق لأنه لا يدخل في التعداد الذي يحدده الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود المغربي (36)». وتنص هذه المادة التي أشار إليها الحكم على ما يلي : «الكراء عقد، بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة يلتزم الطرف الآخر بدفعها له». والتشريع اللبناني الذي يأخذ بالتشريع المغربي بالنظرية التقليدية في الغلط، استبعد صراحة هذا النوع من الغلط أي الذي يقع في صفات ثانوية أو عرضية وهذا ما نصت عليه المادة 205 صراحة : «لا يمس الغلط صحة العقد إذا لم يكن هو العامل الدافع إليه، وخصوصا إذا كان هذا الغلط يتناول : أولا : الصفات العرضية أو الثانوية للشيء أو الشخص...».

ونفس الشيء يأخذ التشريع والقضاء في سوريا ومصر أي أنه لا يعتد بالغلط الذي يقع في الصفات غير الجوهريّة للشيء وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية في 9 فبراير سنة 1911 : «لا يعتبر غلطا جوهريا يميز طلب الإبطال أن يعتقد المشتري أن الشارع الذي يحد الأرض شارع عام ثم يتبين أنه شارع خاص» وفي 30 أكتوبر سنة 1930 : «وأن يكون المشتري قد غلط في تقدير وزن معدن من الفولاذ اتفق على طوله وسمكه وبيع بحساب الكيلوجرام طبقا للشروط المتفق عليها (37)».

ونشير في الأخير إلى أن معيار اعتبار الصفة جوهريّة، أو ثانوية هو الرجل العادي أي إذا كان من شأن الصفة أن تؤثر على إرادة الشخص العادي أم

(36) مجلة المحاكم المغربية لسنة 1931-1930 عدد 405 صفحة 164.

(37) أنظر مصادر الالتزام المذكور عد التزم فرج الصده طبعة 1960 صفحة 189.

لا ؟ ففي الحالة الأولى تعتبر الصفة جوهريّة لأن الرجل العادي لا يمكن أن يتعاقد إلا على أساسها. أما في الحالة الثانية فتكون ثانوية أو غير جوهريّة فلا يعتد بها.

وخلاصة القول أن الغلط في الأوصاف يقع مؤثرا في التشريع المغربي متى كانت هذه الأوصاف السبب الدافع إلى الرضاء، أما الغلط في الأوصاف الثانوية أو العرضية أي التي لا تدفع إلى التعاقد، فإنه يقع غير مؤثر أي لا يجعل العقد قابلا للإبطال.

ب- الغلط في القيمة :

بالإطلاع على المواد 41 و 42 و 45 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، يتبين لنا بوضوح أن التشريع المغربي يأخذ بالنظرية التقليدية في الغلط، هذه النظرية التي تجعل من الغلط في القيمة غلطا غير مؤثر أي لا ينهض سببا لإبطال الاتفاقات، وهذا ما يدعو إلى القول، بأن التشريع المغربي شأنه شأن جميع التشريعات التي تأخذ بالنظرية التقليدية، لا يعتد بالغلط في القيمة وهذا ما نص عليه صراحة التشريع اللبناني في المادة 205 التي تنص على أنه : «لا يمس الغلط صحة العقد إذا لم يكن هو العامل الدافع إليه، وخصوصا إذا كان هذا الغلط يتناول أولا : الصفات العرضية أو الثانوية للشيء أو للشخص. ثانيا : قيمة الشيء فيما عدا حالة الغبن الفاحش...». وكذلك نجد المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي لا تعتد بالغلط في القيمة إذ نصت على أنه : «لا ينهض الغلط سببا لإبطال الاتفاق إلا إذا وقع على مادة الشيء ذاتها محل الالتزام، وهو ليس سببا للإبطال كذلك إذا وقع على الشخص ما لم يكن اعتبار هذا الشخص هو السبب الرئيسي للاتفاق». ومن أمثلة الغلط في القيمة أن أبيعك سيارتي بـ 30.000 درهما حالة كونها تساوي 60.000 درهما.

الحقيقة أن النصوص التشريعية المتقدمة، لا تعتد بالغلط في القيمة، أي أنها لا تحيز إبطال العقود أو الاتفاقات لغلط في القيمة، ولكن يلاحظ أن الفقه والقضاء بدءا بعمال على التخفيف من حدة وضيق هذه النصوص ونحن نؤيده فيما يذهب إليه لأن الغلط في القيمة في رأينا، لا يختلف عن بقية أنواع الغلط الأخرى لأنه قد يلحق بدمية الشخص الذي وقع فيه أضرارا لا تقل عن الضرر الذي يترتب

عن الغلط في مادة الشيء أو صفة جوهرية فيه، فمازرو يرى في كتابه دروس في القانون المدني : «إن الغلط في القيمة لا ينهض سبباً لإبطال الاتفاقات إلا إذا كان للقيمة صلة بصفة جوهرية في الشيء ويمثل لذلك بالشخص الذي يملك لوحة زيتية، ثم يبيعها جاهلاً بأنها من إبداع رسام كبير فإن الغلط في هذه الحالة يتصل بصفة جوهرية في الشيء» (38). ويرى جاك غستان في كتابه فكرة الغلط في القانون الوضعي الحالي، أن أحد الحوارة الذي يشتري أثاثاً فائراً، أو لوحة زيتية أو إبريقاً تاريخياً مثلاً وهو يعتقد أنه أثري ثم يدفع الثمن على أساس هذه الصفة، فإنه يكون ضحية غلط في صفة جوهرية وغلط في القيمة في آن واحد... (39) ويضيف قائلاً أن كلا من لاجارد (LAGARDE) واسمن (ESEMINE) وجوليود ولامورانديار (DE LA MORANDIERE) بولانجي (BOULANGER) يذهبون إلى أن الغلط في القيمة لا يكون سبباً للإبطال إلا إذا كان نتيجة لغلط جوهرية، وهذا ما جاء في حيثيات أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية : «وحيث أن الغلط في القيمة، والغلط في الباعث لا ينهضان سبباً للإبطال إلا إذا وقعا على مادة الشيء محل العقد» (40). وقد حاول التشريع اللبناني بدوره الحد من غلواء النظرية التقليدية في الغلط فاعتمد بالغلط في القيمة متى كان ناتجاً عن الغبن الفاحش ونجد لمحاولة المشرع اللبناني صدى كبيراً عند جاك غستان الذي يرى «أن أحد الحوارة الذي يشتري... ثم يدفع الثمن على أساس هذه الصفة فإنه يكون ضحية غلط في صفة جوهرية وغلط في القيمة في آن واحد، ويتبع عن غلظه هذا غبن لأن الثمن لا يتناسب مع قيمة الشيء» (41).

وهذه الصعوبات لا نجد لها مكاناً في ظل التشريعين السوري والمصري لأنها أخذت بالنظرية الحديثة في الغلط هذه النظرية التي تعدد بالغلط الجوهرية في جميع الأحوال سواء وقع على مادة الشيء أو صفة فيه أو على الشخص أو صفة فيه أو القيمة أو الباعث .

وبخلاصة القول أن المشرع المغربي يأخذ بالنظرية التقليدية في الغلط هذه النظرية التي لا تعدد بالغلط في القيمة، لذا نرى أن يسري تحت ظله ما وصل

(38) المرجع السابق صفحة 137.

(39) جاك غستان : القانون الوضعي الحالي طبعة 1963 صفحة 77.

(40) مازو : المرجع السابق صفحة 137.

(41) نفس المرجع ونفس الصفحة.

إليه الفقه وأقره القضاء في فرنسا خصوصاً من حيث الاعتداد بالغلط في القيمة عندما يرافقه غلط في صفة جوهرية في الشيء يضاف إلى ذلك أن الغلط في القيمة يؤثر في صحة العقد عندما يصل التفاوت حد الغبن حيث يجوز عندها الإبطال إذا كان الغبن قد رافقه التدليس أو كان الطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية.

جـ - الغلط في الباعث :

إن التشريع المغربي شأنه شأن جميع التشريعات التي تأخذ بالنظرية التقليدية، لا يعتد بالغلط في الباعث ويتبين هذا من قراءة المواد 41 و 42 و 45 من قانون الالتزامات والعقود المغربي وكذلك من قراءة المادة 1110، من القانون المدني الفرنسي التي تأخذ بنفس النظرية، أما المشرع اللبناني الذي غالى في الأخذ بالنظرية التقليدية فقد استبعد الغلط في الباعث بالنص الصريح في المادة 205 التي تنص : «لا يمس الغلط صحة العقد إذا لم يكن هو العامل الدافع إليه، وخصوصاً إذا كان هذا الغلط يتناول. أولاً : الصفات العرضية أو الثانوية للشيء أو للشخص. ثانياً : قيمة الشيء فيما عدا حالة الغبن الفاحش. ثالثاً : مجرد البواعث التي حملت فريقاً من المتعاقدين على التعاقد». ومن أمثلة الغلط في الباعث من يشتري داراً أو سيارة على أساس أنه سيحصل على جائزة أو سيفوز في اليانصيب، أو سيقترض مالا، ولكنه لم يفلح، ويمثل الصده لهذا النوع من الغلط بقوله : «كأ لو باع شخص مريض عينا لاعتقاده أنه في مرض الموت، ثم شفي بعد ذلك أو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته قد سرق، ثم اتضح عدم صحة ذلك أو استأجر موظف سكناً في بلد معين لاعتقاده أنه سينقل إلى هذا البلد ثم تبين أنه لم ينتقل» (42). أو كمن مثل له بالقناة التي تشتري فستانا لارتدائه يوم زفافها، فإذا الزفاف يلغى ويمثل مازو لهذا النوع من الغلط فيقول إذا اشترى شخص داراً في مدينة معينة على أساس أنه سيعين فيها ولكن يفاجأ بتعيينه في تلك المدينة الأخرى، فإن غلظه هذا لا يعتد به ولكن إذا اشترى الدار تحت شرط فاسخ وهو تعيينه في تلك المدينة فإنه إذا لم يعين فيها ينفسخ البيع (43).

وإذا كانت النصوص التشريعية في الدول التي تأخذ بالنظرية التقليدية في الغلط لا تجيز إبطال العقود لغلط في الباعث فإن الفقه والقضاء وعلى الخصوص

(42) الصده : مصادر الالتزام طبعة 1960 صفحة 191.

(43) المرجع السابق صفحة 137.

في فرنسا أخذ يُلطف من حدة هذه النصوص كما هو الشأن بالنسبة للغلط في القيمة فتذهب كل من كولان وكاتان ودولار مورنديار الى أن : «الغلط في الباحث لا ينهض سببا لإبطال العقد، لأن هذا النوع من الغلط سابق عن العقد وهو يقع على عناصر قرارات ذاتية تتغير بتغير الأشخاص، وتكون في غالب الأحيان غير معروفة لدى الطرف الثاني، ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان :

1) إذا أعلن عن الباحث في العقد كشرط للرضاء فهنا يعتد به ويعتبر غلطاً

في السبب.

2) يعتد بالغلط في الباحث في مواد الهبة والوصية (DONATION ET LEGS) عادة ثانية وهي أن الغلط في الباحث يؤدي الى بطلان الاجراءات (44)».

ومن أمثلة النوع الأول ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 30 غشت سنة 1942، والذي جاء في أحد حثياته : «إن الباحث الحقيقي أو المغلوط الذي يمكن أن يدفع أحد المتعاقدين الى إبرام عقد معاوضة مع المتعاقد الآخر، لا يؤثر في صحة العقد متى كان حالياً من التدليس إلا في حالة اتفاق الطرفين على اعتباره شرطاً في العقد (45)».

وبرى مازو أن الغلط في الباحث لا يعتد به إلا إذا كانت له صلة بمادة الشيء ووصفة جوهرية فيه، وهذا ما جاء كذلك في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية : «وحيث أن الغلط في القيمة والغلط في الباحث لا ينهضان سببا للإبطال إلا إذا وقعا على مادة الشيء محل العقد». ويؤيد مازو رأيه بحكم صدر في 16 ماي سنة 1939، برفض طلب إبطال عقد لغلط في الباحث، وجاء في هذا الحكم : «إن الموظف الذي يشتري دارا ليسكنها بعد تقاعده، فإن عقد شرائه هذا يعتبر صحيحاً حتى لو لم يحصل هذا التعاقد، أو مات قبل حصوله، وذلك لأن الفائدة التي تنقص أو التي لم تحصل لا تعتبر صفة جوهرية (46)». ويضرب جاك غستان عددا كبيرا من الأمثلة عن هذا النوع كالغلط في السنة التي يطبع فيها الكتاب، واتساع الأراضي وقدم أو حداثة أثاث معين، الأصل الطبيعي أو

(44) كولان وزملاؤه : الوسط في القانون المدني طبعة 1959 صفحة 372-373.

(45) مازو : المرجع السابق صفحة 135.

(46) المرجع السابق صفحة 135.

الاصطناعي للأحجار الكريمة وفي قوة محرك سيارة معينة، ويرى أن الغلط في جميع هذه الافتراضات يمس بصورة مباشرة ولا مجال للشك فيها صفات الشيء موضوع العقد (47).

هذا هو الموقف في التشريعات التي أخذت بالنظرية التقليدية في الغلط هذه النظرية التي لا تعتد بالغلط في الباحث، إلا أنه يلاحظ أن هناك دولا أخرى هجرت هذه النظرية، واعتنقت النظرية الحديثة في الغلط، هذه النظرية التي تعتد بالغلط الجوهرية في جميع الحالات سواء تعلق الأمر بالغلط في مادة الشيء أو في صفة جوهرية فيه أو بالشخص أو بصفة جوهرية فيه أو بالقيمة أو الباحث وهذا ما نصت عليه المادة 120 مدني مصري والمادة 121 مدني سوري : «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرية جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه». وضرب هذان الشرعيان العربيان بعض الأمثلة عن الغلط الجوهرية فجاء في المادة 121 مدني مصري والمادة 122 مدني سوري : «10 - يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. 2 - ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص : أ. إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لا يلبس العقد من ظروف ولما ينبغي أن يكون في التعامل من حسن نية. ب. إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي للمعاقد».

وخلاصة القول أن قانون الالتزامات والعقود لا يأخذ بالنظرية الحديثة في الغلط، وإنما هو يعتد بالنظرية التقليدية التي تجعل من الغلط في الباحث غلطاً غير مؤثر، لذلك نرى أنه يسري تحت ظله ما وصل إليه الفقه والاجتهاد القضائي في فرنسا للتخفيف والتلطيف من حدة وضيق مواد الغلط في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ومما يثير الانتباه هو انتفاء الدقة في تشريعنا في بعض الأحيان ذلك أن المشرع رتب على الاتفاق أو العقد الميب بالغلط جزاءات تختلف باختلاف

(47) جاك غستان : المرجع السابق صفحة 138.

حالات الغلط، ويبدو هذا الخطأ، في أنه جعل من الغلط الذي يقع على مادة الشيء — التي جاءت خطأ في صيغة ذاتية الشيء أو نوعه — أو في صفة فيه متى كانت هي السبب الدافع إلى الرضاء، غلطاً يعيب الإدارة، ويجعل العقد قابلاً للإبطال (المادة 41) في حين جعل من الغلط الذي يقع على شخص أحد المتعاقدين، أو على صفة فيه متى كانت هذه الشخصية أو الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى التعاقد، غلطاً يجعل العقد قابلاً للفسخ (المادة 42) ثم ردد كلمة الفسخ في المادة 43 التي تنص على ما يلي : «يجرد غلطات الحساب لا تكون سبباً للفسخ، وإنما يجب تصحيحها». وفي المادة 45 التي تنص على أنه : «إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين كان لهذا التعاقد أن يطلب فسخ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 41 و42 السابقتين، وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا بحكم المادة 340 في الحالة الخاصة بالبرقيات».

وبلاحظ فضلاً عما سبق أن في ذكر الفسخ تعارضاً أو عدم انسجام على الأقل مع المبدأ الأساسي والسليم الذي نص عليه المشرع المغربي في المادة 39، التي تجعل من العقد المعب بالغلط، أو التدليس، أو الإكراه عقداً قابلاً للإبطال وقد نصت هذه المادة على أنه : «يكون قابلاً للإبطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج عن التدليس أو المتبرع بالاكراه».

وتخلاصة القول أن هناك فرقاً جوهرياً بين الفسخ والإبطال، فالإبطال يكون نتيجة لخلل في تكوين العقد، في حين يكون العقد في حالة الفسخ عقداً صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروط صحته ولكنه يفسخ لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ونحن نكون في حالات الغلط كلها أمام عقد معيب لم تتوافر شروط صحته لذلك يجب أن يكون الجزاء دائماً هو القابلية للإبطال لا الفسخ، وخاصة أن الفسخ بالمعنى السابق لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين وهذا يتناقض مع الاتجاه الذي سلكه المشرع المغربي حيث اعتد بالغلط الذي يقع في جميع العقود سواء أكانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد كما هو الشأن في الأتوار (المادة 409 من قانون الالتزامات والعقود المغربي) ويختلف الفسخ عن الإبطال أيضاً في أن للقاضي في الحالة الأولى سلطة تقديرية في الحكم به أو يعطي للطرف الثاني مهلة لتنفيذ التزامه، في حين لا يتمتع القاضي في حالات الإبطال

يمثل هذه السلطة إذ يجب عليه دائماً أن يقضي بطلان العقد للمدعي.

وقد استعملت كلمة الفسخ عن الفقه الاسلامي إلا أن هذا الفقه استعملها كمرادف للفظه البطلان، ولذلك لا نستغرب استعمالها أيضاً من قبل القانون الأردني، الذي أخذ من الشريعة والفقه الاسلامي، والتي لا يمكن أن ينظر إليها إلا على أساس البطلان. ويتجلى ذلك من المادة 152 الأردنية التي جاء فيها : «للعائد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في الخل، أو ذات التعاقد الآخر، أو صفة فيه». والمادة 154 التي نصت على أنه : «للعائد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون، وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 151 و153 ما لم يقض القانون بغيره».

وإذا كان من تأثير للفقه الاسلامي، فليس هناك أفضل من نظرية العقد الموقوف التي عولجت سابقاً.

ولكل ما سبق نستبعد فكرة الفسخ من نطاق نظرية الغلط ونرى أن جزاء العقد المعب بالغلط في التشريع المغربي على ثلاثة أنواع :

أ — البطلان المطلق ويترتب هذا الجزاء متى وقع الغلط على ركن من أركان العقد الأساسية كالغلط في طبيعة الشيء أو ذاتيته أو في سبب الالتزام.

وهو نص عليه القانون الأردني صراحة في المادة 152 التي جاء فيها : «إذا وقع الغلط في ماهية العقد، أو شرط من شروط الانعقاد أو في الخل بطل العقد».

ب — البطلان النسبي أو القابلية للإبطال وهو الجزاء الذي يترتب عن الغلط الذي يقع على مادة الشيء أو صفة فيه متى كانت هي السبب الدافع إلى الرضاء (المادة 41) والغلط الذي يقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفة متى كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من التعاقد الآخر (المادة 42) والغلط الذي يقع من الوسيط (المادة 45).

ج — التصحيح : وهو الذي يترتب عن الغلط المادي كالغلط في الحساب وغلط القلم (المادة 43).

وقد يترتب عن الغلط بالإضافة إلى إبطال العقد التعويض بشرط أن يكون الغلط من صنع الطرف الآخر، وهذا التعويض قد يكون جزاء تكميلياً وقد يكون الجزاء الوحيد متى استبعد الإبطال باتفاق الطرفين (48).

وخلاصة الخلاصات أن مواد الغلط في التشريع المغربي تحتاج إلى تعديل، والتشريع المغربي أمام اختيارين: أما الأخذ بالنظرية الحديثة في الغلط، وإما الاحتفاظ بالنظرية التقليدية مع ادخال تعديل على بعض المواد المعنية كأن تستبدل كلمة ذاتية الشيء ونوعه بكلمة مادة الشيء وكلمة النسخ بكلمة إبطال، وأن تضاف مادة أخرى تؤكد حماية استقرار المعاملات وحماية حسن نية الطرف الثاني ومثل هذه المادة ما جاء في القانون المدني المصري والسوري والأردني إذ نصت المادة 156 على ما يلي: 10 - ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. 2 - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

والأفضل من ذلك كله أن نستبدل نظرية الإبطال الغربية بنظرية العقد الموقوف الإسلامية.

ونشير في الأخير إلى أن القانون الأردني حدد إطار أعمال نظرية الغلط في المادة 151، التي جاء فيها: «لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد، أو دلت عليه الملابسات، وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف».

(48) كبريال مارتى وروبنو: أنظر كتاب القانون المدني الجزاء الأول طبعة 1962 صفحة 123.

الفصل الثالث الإبطال للتدليس

يعرف التدليس الذي يطلق عليه أيضاً في الفقه الإسلامي التفرير بأنه استعمال للحيل والخداع لإيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد بحيث لولا هذه الوسائل الاحتيالية، أو الخداع لما قام هذا المتعاقد بإبرام العقد، وقد تخصص المشرع المغربي للتدليس باعتباره عيباً يشوب الإرادة، ويجعل العقد قابلاً للإبطال مادتين هما المادة 52 التي تنص: «التدليس بخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر ويكون للتدليس الذي يشاره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه علاناً به». والمادة 53 التي تنص: «التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض».

ونلاحظ أن التشريع المدني الأردني من التشريعات القليلة التي عرفت التدليس وذلك في المادة 143 التي جاء فيها: «التفرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها».

ومن الاطلاع على المادة 52 يتبين لنا أن التدليس لا ينهض سبباً للإبطال إلا إذا توافرت فيه شروط ثلاثة أساسية هي:

أولاً: أن تستعمل طرق أو وسائل احتيالية؛
إن المادة 52 من القانون المدني تشترط أولاً لقيام التدليس استعمال طرق

احتمالية أو كتمان أمر من الأمور بقصد إيهام الطرف الثاني ودفعه الى التعاقد، ويلاحظ أن هذا العمل التدليسي يقوم على عنصرين أساسيين : عنصر مادي، وعنصر معنوي :

1- العنصر المادي : ويتلخص هذا العنصر في استعمال طرق احتيالية من شأنها أن توقع التعاقد الآخر في غلط يدفعه الى التعاقد، وهنا يثور سؤال مهم وهو ما المقصود بالوسائل الاحتمالية، إن التشريع المغربي كالتشريع الفرنسي لم يضع تحديدا أو تعريفا للوسائل الاحتمالية، وقد أدى هذا الموقف وعلى الخصوص في فرنسا الى عدة مناقشات وتاويلات في الفقه والقضاء، فلدوما مثلا يعرف التدليس أو الوسائل الاحتمالية بأنه وكل مفاجأة، أو غش أو مكر أو أداء، وكل طريقة احتيالية ترمي الى خداع أحد المتعاقدين⁽¹⁾، أما القضاء الفرنسي فقد كان موافقه أكثر دقة فيما يتعلق بتحديد الوسائل الاحتمالية، فلم يكن يكفي في رأيه لقيام هذا العنصر المادي للتدليس أن يكون العمل غير جائز أخلاقيا وإنما يتطلب ضرورة وجود وقائع دقيقة من شأنها أن تخدع الغير وأن تكون هذه الوقائع نتيجة أعمال مادية أو مصحوبة على الأقل بهذه الأعمال المادية ومن أمثلة الوسائل الاحتمالية استعمال أسماء الشخصيات المشهورة باليسر أو المهارة أو التقوى أو الثقة أو الظهور بمظهر رجال الأعمال أو صاحب حسابات في الأبنك أو القيام بتزوير أوراق أو وثائق.

وهذا هو العنصر المادي الذي كان يلج الرومان على ضرورة توافره، لأن التدليس كان يخضع للعقاب الجنائي باعتباره جنحة، والجنحة تتطلب قيام العنصر المادي، أما اليوم فإن الفقه والقضاء في فرنسا على الخصوص، لم يعد يتطلب ضرورة استعمال الطرق الاحتمالية المادية وأصبح يكفي بالكذب (MENSONGE)، وبالكتان (RETICENCE) ومن ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قضت وبأن الكذب البسيط يعتبر عنصرا مكونا للتدليس ولو لم تصحبه أي وسائل احتيالية فترتكب التدليس في هذه القضية لم يتم بأي إخراج مسرحي لايقاع ضحيته في الفخ، وإنما استغل فقط فقدان هذا الأخير لنظارته فقطله بالكذب في مضمون العقد ودفعه الى التعاقد⁽²⁾.

(1) راجع في هذا الشأن كذلك جسران : دروس في القانون الوضعي الجزء الثاني الطبعة الثانية، سنة 1933 صفحة 48.
(2) مازو : المرجع السابق صفحة 154.

أما التشريع المغربي فهو لم يعد يتطلب بدوره استعمال الوسائل الاحتمالية فقط لقيام التدليس وإبطال العقد، وأخذ يكفي بالكتمان (م 52) وفي الاعتماد بالكتان تسليح بأن الكذب هو الآخر يعتبر عنصرا مكونا للتدليس لأن الكذب عمل إجباري أخطر من الكتمان، الذي هو عمل سلمي، وإذا كان الكذب يعتبر تدليسا يجعل العقد قابلا للإبطال فهل يمكن أن يكون السكوت أو الكتمان البسيط سببا للإبطال ؟ إن الكتمان البسيط لا ينهض سببا للإبطال في التشريع المغربي بصراحة المادة 52 التي تشترط أن يكون ما لجأ إليه من الخيل أو الكتمان قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لو لاها لا تعاقد الطرف الآخر، وتزيد عدم اعتبار السكوت أو الكتمان البسيط تدليسا يحول إبطال العقد، فلا المنطق ولا العدالة ولا القانون يلزم أحد المتعاقدين ولكن البائع مثلا بأن يبين أو يذكر للمشتري جميع العيوب والمزايا التي يحتوي عليها الشيء المبيع، ولكن يكون مدلسا، والعقد قابلا للإبطال إذا سكت حيث يفرض عليه القانون أو طبيعة المعاملة، أو مبدأ حسن البية أو ظروف التعاقد أن يتكلم ويظهر هذا جليا من نص المادة 144 أردنية التي جاء فيها : «يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملازمة تغيرها إذا ثبت أن المغرور ما كان يرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملازمة» ويؤكد هذا الاتجاه مازو، الذي يرى أن : «الكتمان البسيط لا يعتبر مكونا للتدليس، لأن اقرار مثل هذا الأمر يحس باستقرار المعاملات ولكن التعاقد الذي يكتم عن إرادة واختيار وقائع معينة بقصد إيهام التعاقد معه ودفعه الى التعاقد فإنه بعمله هذا يهدم مبدأ حسن البية الذي ينبغي أن يسود التعاقد.... والمشرع الفرنسي قد رتب صراحة على السكوت الإبطال في بعض الاتفاقات، وعلى الخصوص التأمين البري والبحري وكذلك فيما يتعلق بالمساعدة والاغاثة البحرية⁽³⁾، وهذا ما يقرره الاجتهاد القضائي في المغرب فلقد قضى المجلس الأعلى في قراره بأن مجرد الكتمان أو الكتمان البسيط لا يكفي لقيام التدليس، ومن أمثلة الكتمان الذي يعتد به كسبب للإبطال أن يتقدم شخص الى شركة التأمين عن الحياة ويكتمها مرضا خطيرا به كالسل أو السرطان أو أن يبيع شخص عقارا، ويكتم عن المشتري أن العقار قد شرع في نزاع ملكيته للمنفعة العامة⁽⁴⁾، ونفس الشيء يقال في رأينا بالنسبة للكذب فإن كان بسيطا دارجا وعاديا كميالغات التجار في مدح متوجاهتهم أو اطلاق الأوصاف المختلفة عنها فهو بحسب الفقه نوع من التدليس يسمح به القانون وهو

(3) المرجع السابق صفحة 155

(4) صدر في 6 فبراير 1957 نظير مجموعة أحكام محكمة الاستئناف لسنة 1958/1958

الذي أطلق عليه الرومان (DOLUS BONNUS) لأن الحياة التجارية تتطلبه إلا أنه، إذا بلغ درجة من الجسامة كتقديم بيانات كاذبة أو مزورة فينهض سببا للإبطال.

ب - **العنصر المعنوي** : لا يكفي لقيام التدليس توافر وسائل الاحتيال أو العنصر المادي وإنما يوجب قيام العنصر المعنوي ليكون العقد قابلا للإبطال أي يستلزم أن تستعمل الوسائل الاحتيالية أو الكذب، أو الكتمان قصد التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع (ILLICITE) فإن انتفت نية التضليل عن العمل كحالة التاجر الذي يبالغ في امتداح بضائعه أو يصفها على أنها أحسن من مشتريات غيره، أو أنه يبيع بشئ أقل من منافسه فإن عمله هذا لا يعتبر تدليسا ولا يجعل العقد قابلا للإبطال لأن العادات التجارية وأساليب الدعاية، والاشهار تقتضيه مما يرفع عنه نية السيئة، ولا يعتبر العمل تدليسا كذلك حتى ولو توافرت الوسائل الاحتيالية أو الكذب أو الكتمان متى كان الغرض الذي يهدف إليه المدلس مشروعا، ومن أمثلة ذلك ما قال به السنيوري من أن يتبين المودع أن المودع عنده، غير أمين فاستعمل طرفا احتيالية للحصول منه على اقرار بالوديعة⁽⁵⁾.

وإذا توافر هذان العنصران في العمل قام الشرط الأول الذي تتطلبه المادة 52 وهو استعمال الوسائل الاحتيالية.

ثانيا : أن تكون هذه الوسائل أو الطرق الاحتيالية هي التي دفعت أو حملت على التعاقد:

وقد نصت على هذا الشرط المادة 52 بقولها «التدليس يحول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الجبل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لو لاها لا تعاقد الطرف الآخر...» ويستنتج من هذا أن يكون التدليس قد ولد غلطا في ذهن المتعاقد كان هو الدافع إلى انتزاع رضائه، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان التدليس هو الدافع إلى التعاقد أم أنه كان غير مؤثر، ويعتمد القاضي في هذه الحالة معيارا شخصيا يقوم على درجة انتباه الضحية، وخبرته أو سذاجته والقياس في تحديد هذه الظروف التي تحوط بضحية التدليس هو الرجل العادي وهذا المبدأ هو الذي يسري في ظل التشريع المغربي وعلى الخصوص أن المشرع وضع هذه الحماية

(5) المرجع السابق، صفحة 325.

بالنسبة لضحية الغلط، وأن التدليس ما هو إلا وسيلة اصطناعية لإيقاع التعاقد في الغلط وهذا ما نصت عليه المادة 44 من قانون الالتزامات والعقود التي ورد فيها «على القضاة عند تقدير الغلط أو الجهل سواء بالقانون أو بالواقع أن تراعوا ظروف الحال، وسن الأشخاص وحالتهم وكونهم ذكورا أو إناثا».

ويلاحظ أن التدليس بالمعنى السابق أي الدافع إلى التعاقد يطلق عليه التدليس الرئيسي (DOL PRINCIPAL) تمييزا له عن التدليس العارض (DOL INCIDENT) الذي لا يدفع إلى التعاقد بل يقتصر مفعوله فقط على جعل الضحية يقبل التعاقد بشروط أكثر عبئا، ويترتب على هذه التفرقة الموضوعية بين التدليس الرئيسي والتدليس العارض نتائج مختلفة من حيث الإبطال، ذلك أن التدليس الرئيسي ينهض سببا لإبطال العقد مع التعويض إن كان له محل، أما التدليس العارض فلا يحول الإبطال وإنما يمنح صاحبه الحق في التعويض فقط، وهذه التفرقة يأخذ بها المشرع المغربي الذي ينص في المادة 53 : «التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض». ونرى في هذه طريقة مثالية وعادلة فليس من المعقول ولا العدالة أن يعتبر التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من أسباب الإبطال، لأن توابع الالتزام هي شيء ثانوي بالنسبة للعمل الأساسي وهو الالتزام، ونرى في اقرار التعويض ما يكفل إعادة التوازن المالي للعقد، وهكذا فالتدليس الذي يقع في عقد بيع الحيوان يعتبر تدليسا رئيسيا يحول الإبطال والتعويض إن كان له محل، أما التدليس الذي يقع على صغیره أو على صوره فهو لا يؤدي إلى إبطال الالتزام أو العقد، وإنما يحول التعويض فقط. ونشير في الأخير أن التفرقة بين التدليس الدافع، والتدليس العارض لا يبقى له محل إذا كان الضرر الذي حدث قد بلغ حد الغبن ذلك لأن الغبن الناتج عن التدليس يحول إبطال العقد على أساس نظرية الغبن وهذا ما نصت عليه المادة 55 مدني : «الغبن لا يحول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله».

ويعتبر غيبنا إذا كان الطرف المتعبر قاصرا كل فرق يزيد على الثلث بين التمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء (المادة 56 مدني).

ثالثاً : أن تكون هذه الوسائل صادرة من المتعاقد الآخر أو علاناً بها :
والشرط الثالث لقيام التدليس أن تكون هذه الوسائل الاحتمالية صادرة من أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه أو على الأقل أن يكون هذا المتعاقد علاناً بها، ويقصد بهذه العبارة الأخيرة أن التدليس الصادر من الغير لا يجوز الإبطال إلا إذا كان الطرف الذي يستفيد منه علاناً به (المادة 52 مدني).

ويلاحظ أن المشرع المغربي كان موقفاً عندما سوى بين التدليس الصادر من أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه وبين التدليس الصادر من الغير والذي يستفيد منه أحد المتعاقدين عن علم ونية، لأن هذا العلم للفرقة بين التدليس الصادر من أحد المتعاقدين والتدليس الصادر من الغير متى كان أحد المتعاقدين متواطئاً معه أو علاناً بتدليسه لأن النتيجة واحدة وهي نية إيقاع الطرف الآخر في الغلط عن طريق الاحتيال.

أما التدليس الذي يقع من الغير، دون أن يشترك فيه المتعاقد أو يعلم به فإنه في ظل التشريع المغربي يقع غير مؤثر، وهذا المسلك يتفق مع المنطق، والعدالة، ذلك أن المتعاقد في هذه الحالة يكون جديراً بالحماية، وعلى الخصوص أن القانون يمنع ضحية التدليس الرجوع على الاجنبي — الذي دلس لغاية في نفسه — لتعويض الضرر الذي لحقه على أساس الفعل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية وفي هذا الاعتبار حماية لمصالح المتعاملين، وحماية لمبدأ استقرار المعاملات لأنه من الخطر بمكان من الناحية الاجتماعية السماح بإبطال العقد في كل مرة يحدث فيها تدليس، لأن مثل هذا العمل يزعزع الثقة ويضر بمصالح الناس.

ويلاحظ أنه في حالة إذا لم يستطع المدلس عليه أن يثبت تدليس الطرف الثاني أو علمه به يمكنه أن يطلب إبطال العقد على أساس فكرة الغلط إذا كان هذا الأخير مشتركاً معه فيه أو كان علاناً به، أو كان من السهل عليه أن يبينه، ويترتب عن التدليس الذي يشاره الوسيط والسماسرة انشغال ذمتهم بالمسؤولية التقصيرية سواء بتعلق الأمر بانعقاد العقد أو تنفيذه، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر في 5 فبراير سنة 1929 : «لا أساس لطلب

التعويض من الوسيط بسبب عدم تنفيذ العقد الذي أبرم بواسطته، لأن القانون رفع المسؤولية عن الوسيط والسماسرة، ما لم تكن هذه المسؤولية نتيجة تدليس أو خطأ منهم (6)، ولقضاء الموضوع سلطة تقديرية كاملة في تحديد الوقائع المكونة للتدليس، وهذا ما قضت به محكمة النقض — المجلس الأعلى — في قرارها الصادر في 6 فبراير سنة 1957 : «للقضاء سلطة كاملة في تقدير وجود أو انعدام الوقائع المكونة للتدليس (7)». أما توافر الشروط من انعدامه فهي مسألة قانون تدخل في رقابة محكمة النقض.

هذه هي الشروط الأساسية التي يتطلبها التشريع المغربي لقيام التدليس الرئيسي فإن توافرت كان العقد قابلاً للإبطال.

أما التدليس الذي يشاره الغير والذي لا يستفيد منه المتعاقد أو الذي لا يعلمه، والتدليس العارض كالذي يقع على توابع الالتزام فلا يجوز ضميمة سوى دعوى تعويض.

ومن هذا نستنتج أن التدليس في التشريع المغربي يجوز الضحية :

1 — إما دعوى إبطال : وقد تكون مصحوبة بالمطالبة بالتعويض إن كان من شأن تقرير الطلأن أن يسبب خسارة للمدلس عليه، ومثل هذا ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط إذ قررت : «إن بطلان وثيقة تأمين للكتمان التدليسي يجوز الحق في المطالبة برد التعويضات التي دفعت نتيجة للخسارة التي حلت، واسترداد جميع المصروفات الخاصة بالتنظيمات القانونية لهذه الخسائر، والحق في المطالبة بأداء الأقساط المستحقة غير المدفوعة وأن قوة الشيء المقضي به لا تقف في وجه هذه المطالبات (8)».

(6) مجموعة أحكام محكمة الاستئناف (5 و6) لسنة 1932/22.

(7) مجموعة أحكام محكمة الاستئناف (21) لسنة 1958/57. ويلاحظ هنا تعدد المسؤولية، أي تقوم إلى جانب المسؤولية التقصيرية مسؤولية تعاقدية تقوم على أساس الإخلال بواجب حسن النية في عقد السمسرة. وتشير هذه الناحية إلى أن الفقه والقضاء في فرنسا قد اختلفا حول جواز أو عدم جواز الجمع (CUMUL) بين المسؤولية في دعوى واحدة وقد صدرت عدة قرارات متباينة في هذا الموضوع.

(8) قرار صادر في 41/11/4 : مجلة المحاكم المغربية (GAZETTE) عدد 906 سنة 1942/1943.

2- أو دعوى تعويض فقط : ويرى ميشال بيران أنه يكون لضحية التدليس في الحالات التي يتحول له فيها القانون دعوى الإبطال الخيار بين هذه الدعوى، ودعوى التعويض، وأنه لا يسوغ للقاضي أن يضيف حلا ثالثا لاتفاقيات الأطراف، لأنه كما قالت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 24 يناير سنة 1922 : « لا يسوغ للقضاة أن يضيفوا شيئا إلى اتفاقيات الأطراف أو تعديلا لها »⁽⁹⁾.

وبلاحظ أن التنازل الصريح أو الضمني عن الإبطال لا يمتد أثره إلى التعويض لأن الدعوتين مستقلتان بعضهما عن بعض.

وبلاحظ أن المشرع المغربي تناول التدليس بدقة كبيرة فاقت الحدود التي وقف عندها المشرع الفرنسي :

فالمشرع الفرنسي لم يذكر الكتمان، وإن كان قد تدارك الأمر ونص عليه في عقود خاصة فيما بعد ؛ كما لا يعدل إلا بالتدليس الصادر من التعاقد، فهذا وحده يحول الإبطال، أما التدليس الذي يباشره الغير، فلا يحول الإبطال، وإنما يمنح ضحيته دعوى تعويض ضد الأجنبي الذي دلّس عليه فقط وهذا ما يستتج من المادة 1116 التي تنص : «التدليس سبب لبطلان الاتفاق إذا كانت الطرق الاحتيالية المستعملة من قبل أحد المتعاقدين على درجة من الجسامة بحيث يكون من الواضح أنه لولاها لما تعاقدا، والتدليس لا يفترض ويجب اثباته». ويقدر ما يعتمد التشريع المغربي من القانون الفرنسي يقترب من أحكام الفقه الاسلامي في هذا الباب، ذلك أن الفقه الاسلامي يقسم التدليس الى نوعين فعلي وقولي فالفعلي يقوم على أساس استعمال الوسائل الاحتيالية المادية كصبغ الثوب وتسويد شعر الجارية لإخفاء بياضه وهذا النوع من التدليس يقع مؤثرا كما هو الشأن في التشريع المغربي، أما التفرير القولي فهو الذي يقوم على أساس القول أي على مجرد الكذب، وهذا النوع من التفرير في الفقه الاسلامي لا يقع مؤثرا إلا إذا كان من شأنه أن يلحق بالمدلس عليه غنبا فاحشا، والتشريع المغربي نفسه لم يذكر الكذب نهائيا، وإن جلتاه مع القضاء من أسباب الإبطال. وهكذا فإنه باستثناء التفرير القولي

(9) المرجع السابق صفحة 145.

نجد التشريع المغربي، يتفق مع الشريعة الاسلامية اتفاقا يكاد يكون تاما، فيما يتعلق بالتفرير الفعلي، والكتمان سواء ما تعلّق منه ببيع الأمانة أو كتمان العيب الذي يسميه الفقهاء بالتدليس، وفي الاعتداد بالتدليس الصادر من الغير متى كان التعاقد متواطفا معه كالتناجش أو علما بتدليسه كالدلال.

وقبل أن نختم هذا الفصل نرى من الفائدة العلمية أن نشير إلى التدليس الذي يباشره ناقصو الأهلية والممثل الشرعي والوكيل لما له من أهمية في الحياة العملية اليومية.

أولا : التدليس الذي يباشره ناقصو الأهلية :

يقصد بالتدليس الذي يباشره ناقصو الأهلية، التدليس الذي يقوم به جميع الأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية الكاملة.

ويختلف تدليس ناقص الأهلية اختلافا جوهريا عن التدليس الذي يباشره الراشد المتمتع بالأهلية القانونية الكاملة. فنقص الأهلية لا يهدف إلى أكثر من إخفاء نقصان أهليته فالناصر مثلا يريد أن يظهر بمظهر الراشد، والمرأة المتزوجة تريد أن تظهر بمظهر الفتاة أو المرأة المطلقة، أو الأرملة لتتحرر من وصاية زوجها، والمتزوجة على أساس الأموال المشتركة في التشريعات اللاتينية تريد أن تخدع الناس بأنها تزوجت على أساس نظام الأموال المنفصلة، والشخص المشمول بالوصاية يرغب في إخفاء هذه الحقيقة عن الناس ، بوسائله الاحتيالية حتى يبدو أكثر حرية في تصرفاته، وبعبارة أوضح ان ناقص الأهلية لا يهدف بتدليسه إلى انتزاع الرضا من التعاقد معه قصد الأضرار بمصلحه أو جعله يقبل التعاقد بشروط أكثر عبثا وإنما يرغب فقط في حمله على التعاقد معه، وأن مثل هذا التعاقد كثيرا ما يعود بالفائدة على المتعاقد مع المدلس ناقص الأهلية لأنه أكبر سنا، وأكثر خبرة وتجربة منه، ولهذا السبب قلما يلجأ الطرف المدلس عليه إلى المطالبة بالإبطال إلا في الأحوال النادرة. وعلى العكس من هذا كثيرا ما نجد ناقصي الأهلية يجادلون الثهرب من تنفيذ التزاماتهم بإثارة نقص أهليتهم ولا شك أن تقرير البطلان في مثل هذه الحالة الأخيرة سيلحق ضررا كبيرا بالتعاقد حسن النية، لأنه سيحرم من نتائج العقد الذي أبرمه معه المدلس ناقص الأهلية.

ولاختلاف طبيعة هذا النوع من التدليس عن الذي يشاره الراشدون باختلاف الشروط الواجب توافرها لقيامه، واختلف نوع الجزاء الذي يترتب عليه.

يشترط القضاء والفقه في فرنسا لإبطال العقد المعبى بهذا النوع من التدليس أن تكون

أولاً : إزاء وقائع احتيالية حقيقية ودقيقة، يتضمنها عمل مادي أو على الأقل مصحوبة بعمل مادي يتعلق بالأهلية، وأن يكون القصد من هذه الوسائل أو الوقائع الاحتياطية إيقاع الطرف الثاني في الغلط، وأن تكون في طبيعتها هي الدافعة للتعاقد أما مجرد تصريحات ناقص الأهلية التي تؤكد بأن له أهلية كاملة فلا مسؤوليته إلا إذا كانت هناك وسائل ظاهرة تكشف عن سوء نية، ومن أمثلة هذه الوسائل تقديم وثائق مكتوبة كاذبة، أو عقد ميلاد مزور⁽¹⁰⁾. ويرى السنهوري وأنه لا يكفي لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها، بل يجب أن يستعين، وهو يؤكد كمال أهليته بطرق احتيالية كان يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد، وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون الجديد وكان القضاء المصري يعمل به في ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة⁽¹¹⁾. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية : «وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعاقد معه عليها، ودفع له جزءاً من ثمنها، مدعياً أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية في حين أنه كان محموراً عليه فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها، وهذا لا يعمد أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصياً، فلا شأن لمحكمة النقض معها في ذلك ما دامت الوقائع الثابتة في الدعوى مؤدية فعلاً إليه⁽¹²⁾».

وثانياً : أن يكون الشخص الذي تعاقد مع ناقص الأهلية قد وقع في الغلط وانخدع بالفعل نتيجة الوسائل الاحتياطية التي يشارها هذا الأخير، أما إذا كان مهملًا أو مقصراً فلا جناح. ويلزم هذا التعاقد، أن يثبت بأنه اتخذ جميع

(10) انظر كتاب ميشال يوان صفحة 196 و197.

(11) الوسيط : مصادر الالتزام 1952 صفحة 271.

(12) السنهوري صفحة 271 على الحاشية.

الاحتياطات اللازمة لاستقصاء المعلومات، أما إذا اتخذ بسهولة ويسر، فما عليه إلا أن يتحمل نتائج عدم انتباهه وحذره.

والآن نضع السؤال التالي : وهو هل يسوغ أن يستفيد الدلس ناقص الأهلية من تدليسه ويطالب بإبطال العقد لنقصان أهليته أم تتمسك ضده بالمقد جزاء له على أعماله التدليسية ؟ اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال فبعضهم وعلى الخصوص جسران وبلانويول، وريتر، وبولانجي يرى أن التدليس من أسباب إبطال العقود، ولكن المنطق والعدالة يقتضيان ألا يستفيد ناقص الأهلية من عمله غير المشروع — الذي يشغل مسؤوليته إزاء الغير حسن النية الذي تعاقد معه — ويطالب بإبطال العقد لأن في إبطال العقد ضرراً محققاً، وخير وسيلة لدفع هذا الضرر هو التمسك بالعقد، ولكن هناك فريق آخر من الفقهاء وتأييده في ذلك محكمة النقض الفرنسية يجيز إبطال العقد لصالح ناقص الأهلية مع الحكم عليه بتعويض مناسب لدفع الضرر الذي يصيب المتعاقد حسن النية وفي مقدمة هؤلاء، ميشال يوان الذي يرى : «وإن بالرغم من الوسائل الاحتياطية التدليسية، يكون لنقص الأهلية الحق في طلب إبطال العقد، ولكن هذا الإبطال سبب لا محالة للمتعاقد حسن النية والذي كان ينزى الاستفادة من العقد ضرراً، لذلك يتحمل هذا القاصر تعويض هذا الضرر...» وإن الحكم على القاصر بالتعويض يعادل في كثير من الأحيان الحكم بالتمسك بالعقد⁽¹³⁾. ولقد أخذ كل من المشرع المصري والسوري بهذه الفكرة فنصت المادة 119 مدني مصري على أنه : «يجوز لنقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الاختلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته».

وبلاحظ أن فكرة التعويض قد تتخذ صورة التعويض العيني وبذلك تدخل في نطاق الرأي الأول الذي لا يسلم بإبطال العقد للتدليس الصادر من ناقص الأهلية، ونجد صدى لهذا الفهم عند الصده الذي يرى أن : «هذه الطرق الاحتياطية من جانب ناقص الأهلية، ولو أنها لا تهدر حقه في طلب إبطال العقد إلا أنها تؤدي إلى الزامه بالتعويض وقد يرى القاضي أن خير تعويض هو إبقاء العقد، إذ أن القواعد العامة تجيز أن يتخذ التعويض هذه الصورة. ومعنى هذا

(13) ميشال يوان : التدليس رآثره على التصرفات القانونية صفحة 193 وما بعدها.

أن الزام ناقص الأهلية في هذه الحالة بما تعهد به يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذي سببه عمله غير المشروع ولا يكون أساسه العقد (14)».

أما المشرع المغربي فقد ذهب بعيدا في حماية القاصر المدلس. فحول له ولوصيه حق طلب ابطال العقد في جميع الاحوال حتى ولو بعد رشده ولم يلزمه بتعويض الضرر الذي يحدثه للمعاقد حسن النية وكل ما في الأمر أنه يبقى مسؤولا أو ملتزما في حدود النفع الذي حصل عليه من الالتزام بمقتضى الشروط العامة طبقا لما نصت عليه المادة 6 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي جاء فيها : «يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه رشده، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل التعاقد الآخر على الاعتقاد برشده، أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا».

ويبقى القاصر مع ذلك ملتزما في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهور».

ويلاحظ أن المشرع المغربي اقتصر على ذكر القاصر فقط، ونحن نرى تفسيرا لهذا النص تفسيراً واسعاً لنجعله يشمل جميع حالات نقصان الأهلية لنفس العلة وللشباب، وعلى الخصوص لا يوجد في التشريع ما يتناقض وهذا الأمر.

ثانيا : التدليس الذي يباشره الممثل الشرعي :

من الثابت أن القاصر أو ناقص الأهلية، أو المحجور عليه لا يختار وصيه أو ممثله أو القيم عليه، وإنما يعين بقوة القانون أو بحكم قضائي وهذا ما نص عليه الفصل II من قانون الالتزامات والعقود المغربي : «الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية والقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره...». وكذلك الفصل 136 و 145 من قانون الأحوال الشخصية وقد جاء في هذا الفصل الأخير والمجنون والسفيه يحجر عليهما القاضي... ويرفع عنهما الحجر...».

(14) المرجع السابق صفحة 164.

وإن التصرفات التي يجريها هذا الممثل الشرعي أو القانوني أو القضائي تصرف إلى ذمة هذا القاصر، أو ناقص الأهلية أو المحجور عليه، وتعتبر قانونا كان هذا الأخير هو الذي يباشرها، طبقا للمادة 12 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص : «التصرفات التي يجريها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي من يتوب عنهم، وفي الشكل المقرر في القانون تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجريها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم، ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضة، حيث لا يكون لها أثر ولو أجريت مع الإذن الذي يتطلبه القانون، ولا على القرار لدى محكمة يتعلق بأمور لم تصدر عن النائب نفسه».

هذه هي قيمة التصرفات التي يجريها الممثل الشرعي لمصلحة من أنيب عنه وهنا نجد أنفسنا مدفوعين لوضع السؤال التالي : ما حكم التدليس الذي يباشره هذا الممثل القانوني أثناء قيامه بالتصرفات لحساب القاصر أو ناقص الأهلية أو المحجور عليه ؟ هل هو يحول دعوى الإبطال أم أنه لا يمنع ضحيته سوى دعوى تعويض ؟

من المسلم به فقها وقضاء أنه يسوغ للمعاقد الذي دلس عليه الممثل الشرعي أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة عمله غير المشروع على أساس المادة 77 من القانون الالتزامات والعقود المغربي. إلا أنه يلاحظ أن المسألة تصبح معقدة عندما يطالب ضحية التدليس بإبطال الاتفاق أو العقد الذي أبرمه مع المدلس.

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذه النقطة فذهب البعض إلى أنه لا يجوز للمدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد من أجل تدليس الممثل الشرعي، وإنما يكفي بالتعويض فقط لأن القاصر أو ناقص الأهلية أو المحجور عليه لا يعتبر مسؤولا عن هذا التدليس أما غالبية الفقهاء ويؤيدهم القضاء الفرنسي يذهب إلى أن هذا النوع من التدليس يجيب الإرادة شأنه شأن بقية أنواع التدليس، لذلك فهو ينهض سببا لإبطال العقد، إلا أنهم يقررون أنه لا يسوغ مطالبة القاصر أو ناقص الأهلية أو المحجور عليه بالتعويض لأنه غير مسؤول عن التدليس، وإنما يرجع بالتعويض على الممثل الشرعي شخصا. وهذا ما جاء في حيثيات محكمة الاستئناف

بمونتيلي (MONTPELIER) «وحيث أن النوع من القيام بالأعمال القانونية أو المحجور عليه (Les interdits) وبصفة عامة لا يسأل ناقص الأهلية عن التعويض من جراء جريمة، أو شبه جريمة ولا عن التدليس، أو الغش الذي يمكن أن يرتكبه وصيه أثناء أو بمناسبة القيام بالأعمال القانونية، وعلى هذا فإن المحكمة لن تقفح طلب N إلا من ناحية البطان (15)».

ونحن يؤيد ما ذهب إليه هذا الفريق الثاني من الفقهاء والقضاء الفرنسي من أن التدليس الذي يشاره المثل الشرعي أثناء أو بمناسبة قيامه بالأعمال القانونية لمصلحة القاصر. أو ناقص الأهلية أو المحجور عليه يعيب الإرادة بأي نوع آخر من التدليس ويجعل العقد قابلاً للإبطال إذا توافرت له شروطه لأن نص المادة 52 جاء مطلقاً في ذلك.

ثالثاً : تدليس الوكيل :

يختلف الوكيل اختلافاً جوهرياً عن الممثل الشرعي أو القانوني في أن الوكيل يختار وكيله بنفسه وعن بينة واختيار لذلك فهو يسأل عن جميع الأعمال التعاقدية التي يقوم بها لصالحه، حتى ما كان منها نتيجة للتدليس أي أنه يسوغ لضحية التدليس أن يتمسك بالإبطال في مواجهة الموكل وأن يرجع عليه بالتعويض لإصلاح الضرر الذي سببه له وكيله، والسبب في انشغال مسؤولية الموكل هو أنه لم يحسن اختيار وكيله. ومن الأمثلة على ذلك أن الشركات تسأل عن التدليس الذي يشاره المديرون، أو المؤسسون أو الإداريون أو الفنيون، إلا أنه توجد بعض الحالات التي نرفع فيها المسؤولية عن الموكل ويتحمل بها الوكيل بل قد تكون هي الطريقة الوحيدة التي يملكها المدلس عليه للحصول على تعويض الضرر الذي لحقه كمحالات إفلاس الموكل أو إعساره أو إفلاس الشركة.

(15) ميشال برون رسالته عن التدليس في تكوين الأعمال القانونية صفحة 176 - 177

الفصل الرابع

الابطال للاكراه

توجد تشريعات كثيرة لم تعرف الاكراه كالشريع الفرنسي، والشريع الألماني والمصري والسوري إلا أنه توجد إلى جانبها تشريعات أخرى اهتمت بتعريف الاكراه كما هو الشأن في القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى من المادة 112 التي تنص على أن الاكراه : «إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه» والشريع المدني المغربي في المادة 46 التي تنص : «الاكراه إجبار يشار من غير أن يسمح به القانون بحمل بواسطته شخص شخصاً آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه».

أما القانون الأردني فلم يقتصر على تعريف الاكراه بل أضاف إلى التعريف بيان أنواعه باعتباره إما مادياً أو معنوياً وذلك في المادة 135 التي جاء فيها : «الاكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً»

و الاكراه في حد ذاته لا يعتبر عيباً في الإرادة وإنما يعتبر ظرفاً خارجاً يؤثر على رضى المتعاقد لما يولده من رهبة وخوف في نفسه تدفعه إلى التعاقد، فهذه الرهبة أو الخوف هي أساس الإبطال أو كما يذهب عبد المجيد الحكيم إلى أن الذي يسلب الإرادة حريتها واختيارها ليس هو الوسائل المادية المستعملة في الاكراه، بل الخوف الذي تحدته هذه الوسائل في نفس المتعاقد (1). ومن أجل

(1) المرجع السابق صفحة 114.

هذا نجد الألمان يسمون الاكراه بالتهديد (MENACE) والقانون السويسري بالرهبة المبنية على أساس (CRAINTE FONDEE) المادة 29 مدني.

وبعد الاكراه من أسباب الإبطال الأساسية في التشريع المغربي : وهذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون الالتزام والعقود : « يكون قابلاً للإبطال الرضى الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس أو المتعرج باكراهه. والاكراه بهذا المعنى لا ينهض سبباً لإبطال العقد إلا إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون والتي نصت عليها المادة 47 : «الاكراه لا يجوز إبطال الالتزام إلا :

1. إذا كان هو السبب الدافع إليه.

2. إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألماً جسيماً أو اضطراباً نفسياً أو الخوف من تعرض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم» ومن هذه المادة والمادة 46 يبين لنا أن شروط الاكراه الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال هي التالية :

أولاً : استعمال وسيلة من وسائل الاكراه :

لقيام الاكراه، وإبطال العقد لا بد من استعمال وسيلة من وسائل الاكراه أو بعبارة القانون الألماني وسيلة من وسائل التهديد : وأن تحدث هذه الوسائل لمن وقعت عليه ألماً جسيماً أو اضطراباً نفسياً، أو تولد في نفسه رهبة أو خوفاً من تعرض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير، وقد يتخذ الاكراه الذي يقع على التعاقد صورة إكراه مادي وهو يجعل العقد باطلاً — بطلاً مطلقاً — لأنه يعدم الرضى، ومن أمثله تخدير المكره أو تنويمه تنويماً مغناطيسياً أو الأخذ بيده وتوقيع العقد.

ولا يهين الاكراه المادي الذي يعدم الإرادة لأنه يدخل في أسباب البطلان وإنما يهين الاكراه الذي يفسد الرضى، ويجعل العقد قابلاً للإبطال وهو بحسب المادة 47 على نوعين :

أ. حسياً أو حسياً (أو مادياً عند البعض كالقانون الأردني) (VIOLENCE)

PHYSIQUE) أي يحدث ألماً جسيماً كالتعذيب والضرب والجرمان من الحرية، وهذا النوع من الاكراه — وإن كان نادراً في العمل — نجد له بعض التطبيقات القليلة وخصوصاً أمام القضاء الفرنسي، ومن ذلك قضية لاكورتلين LA COURTELINE⁽²⁾ التي عرفتها محكمة بورديو BORDEAUX وتلخص في أن امرأة اتفقت مع زوجها للإيقاع بعشيقتها، فاحتالت على هذا الأخير وأخذته إلى بيتها الذي كان يوجد فيه الزوج، وأشبعاه ضرباً وقذفاً ووضعاً جليلاً على عنقه تهديداً له بالموت إن لم يقدم لها هبة فاضطر تحت تأثير الخوف، والتعذيب إلى ارتضاء الهبة التي لم يستفد منها الزوجان لأن القضاء أبطلها بسبب الاكراه.

فقد نص القانون الأردني على ذلك صراحة في الفصل 142 الذي جاء فيه :

«الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها مثلاً إبتزازاً عن حق لها أو هب لها مالا فقفلت كان تصرفها غير نافذ».

ب. وإما نفسياً أو معنوياً (VIOLENCE MORALE) أي يحدث رهبة أو خوفاً في النفس على الشرف أو المال، وهذا النوع من الاكراه، هو الأكثر شيوعاً في العمل، وله أمثلة كثيرة في القضاء من ذلك أن رجلاً متزوجاً كانت له علاقة جسيمة مع فتاة ففرت أمها هذه العلاقة وهددته بالفضيحة، فوقع لها مبلغ 6000 (فرانك فرنسي) ولا يشترط التشريع المغربي في هذا الاكراه أن يكون حالاً على خلاف ما ذهبت إليه المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي التي تعرضت لسهام جارحة من النقد، لأن الحال في الأصل ليس هو الأذى وإنما هو «الخوف من الأذى» وعلى هذا الأساس فقد يكون الخطر بالضرورة شيئاً مستقبلاً ومع ذلك يولد في نفس التعاقد رهبة تدفعه إلى ارتضاء العقد، ويرى ألفريد ريك أن الخطر المحتمل يمكن أن يكون حالياً، ويضرب مثلاً لذلك بالقضية التي عرضت على محكمة باستيا (BASTIA) من أن مدير شركة هدد مستخدميه بالفصل، إذا لم يوقعوا له على مبالغ توجه لدائنيه الخصوصيين⁽⁴⁾. ويعتبر القانون الأردني من القوانين التي اشترطت كذلك أن يكون الاكراه حالاً أو عاجلاً. كما يبدو ذلك

(2) قرار 14 غشت 1876 (79 - 1 - 22 أ) ألفريدريك المرجع السابق ص 169.

(3) أميان (AMIENS) أول ديسمبر 1881 (198 - 1 - 82 - 5)

(4) ألفريدريك : المرجع السابق صفحة 169.

من المادة 140 التي جاء فيها : « يشترط أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به ، وأن يطلب على ظن المُكرِّه وقوع الاكراه عاجلا إن لم يفعل ما أكره عليه » ويعتبر الاكراه سببا للإبطال سواء وقع على شخص التعاقد أو على قريب عزيز عليه كإبنته أو زوجته وقد عمل القانون الفرنسي على تقديم بعض الأمثلة على ذلك - وإن كان هناك من يقول بأنها أتت على سبيل الحصر - في المادة 1113 حيث نصت على أن الاكراه يعتبر سببا للإبطال سواء وقع على شخص التعاقد أو على زوجته أو على أصوله أو فروعهم، ولا يوجد مثل هذا التحديد في التشريع المغربي الذي اكتفى بذكر صلة الدم وحسنا فكل لأن مثل هذا التحديد يتناقض مع المنطق وطبيعة الأمور، ومع ذلك نشعر بالحرج والضيق سواء فيما يتعلق بالنص الفرنسي أو المغربي لأنه قد يحدث في العمل أن يرتبط إنسان بصداقة إنسان آخر لا ترتبط به صلة الدم أو القرابة ويشعر نحوه بالود والالفة يجعل تهديده يدفعه إلى القيام بتصرفات ما كان له أن يقدم عليها لو ارتفع هذا التهديد، وهذا ما سار عليه الفقه الفرنسي رغم أن المشرع لم يذكر الصديق وقد أيدته في ذلك القضاة بشرط إثبات الصلة الودية التي تجمع بين التعاقد الذي وقع عليه التهديد، والضحية ونفس الشيء يأخذ به في التشريع المغربي وإن اشترط صلة الدم للاعتبارات السابقة، وهذا ما نصت عليه المادة 50 مدني : «الاكراه يتحول للإبطال، ولو وقع على شخص يرتبط عن قرب مع التعاقد بملاقة الدم وليس هذا الاكراه الذي يقع على الأشخاص وحده بسبب الإبطال لأن التشريع المغربي كفّره من التشريعات يعتد بالاكراه الذي يقع على شرف الإنسان أو على ماله.

وإذا كان الخوف الناتج عن استعمال وسائل الاكراه ينهض سببا للإبطال، فإنه على العكس من ذلك نجد النفوذ الأدبي الذي يتمتع به الأب على ابنه، والزوج على زوجته والأستاذ إزاء طلبته لا يكفي لقيام الإبطال في ظل التشريع المغربي، وإنما يشترط أن تكتنف تهديدات جسيمة، وأفعال مادية، وهذا ما نصت عليه المادة 51 والخوف الناشئ عن الاحترام لا يتحول للإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية.

وقد يحدث في العمل أن يكون أساس الخوف ظروف الحال، ومثاله أن يطلب شخص وشيك الفرق من شخص يوجد قربه أن يتفقد، ويتفق معه على أن يقدم له هبة فهل يكون مثل هذا العقد صحيحا أم قابلا للإبطال ؟ للإجابة

عن هذا السؤال انقسم الفقه الفرنسي فيما يتعلق بالاكراه وليد الصدقة إلى قسمين : فريق يرى أن هذا الاكراه غير مؤثر لصراحة نص المادة 1109 التي تنص على أن الرضى يكون قابلا للإبطال إذا انتزع باكراه : وهذه العبارة في رأيهم تقتضي شخصا ينتزع الاكراه من شخص آخر باستعمال وسيلة من وسائل الاكراه ولهذا ذهبوا إلى أن هذا النوع من الاكراه الذي يكون وليد الظروف أو الصدقة لا يعتد به أي أن العقد يقوم صحيحا : وهذا يتضح أكثر من المادة 46 مدني التي تنص صراحة أن الاكراه من عمل شخص أو أشخاص «والاكراه اجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون بحمل بواسطة شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بملء رضاءه أما الفريق الثاني فيذهب إلى أن الاكراه يتحقق في مثل هذه الحالة، لأن الإرادة تحمي غير مختارة، والهدف غير مشروع وتؤيد هذا الفريق الأخير لأن العبرة ليست في وسائل الاكراه، كما رأينا سابقا، وإنما في الرهبة أو الخوف الذي تولده في نفس الإنسان، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بمواد المساعدة والاعانة البحرية فسوت بين حالة الضرورة (NECESSITE) والاكراه فأبطلت العقد الذي تم بين قائد السفينة (capitaine) التي أشرفت على الفرق وبين قائد سفينة الانقاذ (REMORQUEUR) وفي مقابل ذلك منحت النفذ جائزة مقابل خدماته، وقد سارت على هذا المنوال عدة أحكام في فرنسا وخاصة فيما يتعلق بالبيع التي تمت أثناء الحرب الفرنسية الألمانية، ذلك أن محكمة استراسبورغ وسورناي (CERNAY) قضت بأن : «الأراضي الذي فصلته السلطات الألمانية من وظيفته والتجأ إلى المناطق غير المحتلة فرارا من التهديدات، وباع أثاثه بطريق ودي قبل الذهاب له الخلق أن يطالب بإبطال هذا البيع تطبيقا للفصول 1111 و 1112) من القانون المدني لأن إرادته أتت معية بسبب الرهبة المعنوية التي تسلط عليه، ولكن يلاحظ أن هناك في فرنسا أحكام عديدة رفضت هذه التسوية من ذلك محكمة الاستئناف لكولار في 12 يوليوز 1946⁽⁵⁾.

أما التشريع الألماني فقد أخذ بحل آخر يقوم على التفرقة بين ما إذا كانت الاغاثة وأجبية والزامية على المنفذ أو غير الزامية فإذا كانت الزامية كان العقد قابلا للإبطال لوجود الاكراه كما هو الشأن في الجراح الذي يهدد المريض بعدم اتحاق

(5) راجع كل ذلك : الفريدريك المرجع السابق صفحة 176 و 177.

العملية إلا إذا قدم له هبة، أو رجل المظافء الذي يهدد بعدم إطفاء الحريق، أما إذا كانت الاغاثة غير الزامية، فإن الشخص الذي يستغل حالة الضرورة للاتفاق على بعض المطالب فإن مثل هذا العمل لا يدخل في مواد الاكراه وإنما يمكن للضحية في ظل القانون الألماني أن يطالب بطلان العقد وفق المادة 138 المتعلقة بالاستغلال الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا أي أن التعاقد استغل حالة الضرورة للحصول على منافع غير مشروعة.

وبلاحظ أن بعض الفقه لا يقيم تفرقة أساسية بين الاكراه الحسي أو المادي أو الجسدي والاكراه النفسي من حيث تأثيره على العقد، وبعبارة أخرى يرتب عليه نفس الأثر أي القابلية للإبطال، وفي مقدمة هؤلاء السنهوري، الذي يرى أنه: «وليس هناك فرق بين الاكراه الحسي والاكراه النفسي فكل وسيلة من وسائل الاكراه، سواء وقعت على الجسم أو على النفس، تقصد الرضاء، وتجعل العقد قابلا للإبطال»⁽⁶⁾. إلا أن هناك فريقا آخر من الفقهاء يفرق بين أثر الاكراه الحسي أو المادي على العقد، وبين الأثر النفسي وبذهب إلى أن الأول، يجعل العقد باطلا — بطلانا مطلقا — وأن الثاني يجعل العقد قابلا للإبطال، وتزيد هذا الاتجاه لأنه يتفق مع النطق والعدالة ويقرب من نظرية الفقه الاسلامي إلى الاكراه باعتباره أشد العيوب وأقواها تأثيرا على الإرادة لذلك نجد الاختلاف يقسمون الاكراه إلى ملجئ وغير ملجئ، فالأول يشمل الضرب، والتعذيب والتهديد باتلاف نفس أو عضو أو كل المال، وهذا النوع يعد الرضا ويفسد الاختيار، والثاني يكون بالتهديد بالضرب غير المتلف، وبالحبس وغيره من الأعمال التي تصيب الجسم بالألم اليسير، وهذا النوع وإن كان عندهم بعدم الرضى فهو لا يفسد الاختيار، ونظر الشيعة إلى الاكراه على أنه شيء خطير واعتبروه سببا من أسباب البطلان دون تفریق بين ملجئ وغير ملجئ، وقد أخذ القانون العراقي فعلا بالتفرقة التي ذهب إليها الأحناف ولكنها كانت دون فائدة لأنه لم يرتب عنها تفرقة من حيث الأثر إذا اعتبر الاكراه من أسباب عدم النفاذ سواء كان ملجئا أو غير ملجئ، وهذا ما نصت عليه المادة 112: «يكون الاكراه ملجئا إذا كان تهديدا يخطر جسم محقق كاتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ابداء شديد أو إتلاف خطير في المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالخس والضرب على حسب أحوال الناس» والمادة 115 التي تنص: «من أكره

(6) المرجع السابق صفحة 338.

اكراه معتبرا بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده». وهو ما أخذ به كذلك القانون الأردني في المادتين 136 و138، وقد جاء في الأولى «يكون الاكراه ملجئا إذا كان تهديدا يخطر جسم محقق يلحق الجسم أو المال.

ويكون غير ملجئ إذا كان تهديدا بما دون ذلك، وفي الثانية: «الاكراه الملجئ يعد الرضا ويفسد الاختيار وغير الملجئ يعد الرضا ولا يفسد الاختيار»

ثانيا: أن تكون الرهبة أو الخوف هي الدافع إلى التعاقد:

لا يكفي لقيام الاكراه، واعتبار العقد قابلا للإبطال، استعمال وسيلة من وسائل الاكراه التي تولد في نفس التعاقد الرهبة أو الخوف، وبعبارة أخرى لا يكفي قيام الشرط الموضوعي (CONDITION OBJECTIVE) لاعتبار العقد قابلا للإبطال، وإنما يستلزم توافر شرط آخر شخصي CONDITION SUBJECTIVE وهو أن تكون هذه الرهبة أو الخوف المتولد هو الدافع إلى التعاقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 47: «الاكراه لا يجوز إبطال الالتزام إلا: 1 — إذا كان هو السبب الدافع إليه...فأي أن كل اكراه من طبيعته أن يحدث ألما جسيما أو اضطرابا نفسيا أو يولد في الشخص خوفا عن نفسه أو شرفه أو أمواله، ويدفعه إلى التعاقد ينهض سببا للإبطال.

وبلاحظ أن المشرع المغربي في المادة 47 — كزميله الفرنسي في المادة 1112 — جمع بين المعيار الموضوعي، والمعيار الذاتي، وهذه الطريقة لا تسلم من العيب، وقد تخلصت بعض التشريعات الحديثة — التشريع المصري والسوري — من هذا التناقض وسأيرت الفقه الحديث في الأخذ بالمعيار الذاتي فقط، وتعود جُلُور هذا المعيار إلى القانون الروماني الذي كان يعتد بالاكراه — ويعتبره دافعا إلى التعاقد — إذا كان من شأنه أن يؤثر في أشجع الرجال. ثم أصبح القانون الفرنسي يكفي بأن يؤثر في الرجل العادي (L'HOMME RAISONNABLE) ثم أضيفت إليه أخيرا عدة عوامل قد تؤثر في الإنسان بدرجات متفاوتة حسب قوته وضعفه النفسي والجسماني وهي حسب المادة 1112 فرنسي و47 مغربي السن والأنوثة، وحالة الأشخاص ودرجة تأثيرهم وغيرها من العوامل الداخلية والخارجية

التي يمكن أن تؤثر على إرادة الأشخاص، وقد تأثر السهوي بهذا الاتجاه فذهب إلى أن «الأنثى غير الذكر، والصبي غير الشاب القوي، وهذا غير الحرم البالي والقروي الساذج غير المدني المتحضر والعصبي غير الهاديء الزواج، والضعيف غير القوي، والمريض غير المعافي، والجاهل غير المتعلم والعنفي غير الذكي، وهكذا يجب الاعتدال أيضا إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه. وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن، وقد يخشى منفردا ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس، وقد يكون الخوف أشد وقعا في نفسه ليلا منه نهارا. فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف جسامته الخطر في نفس المتعاقد (7).

وخلاصة القول أن المعيار ليس هو جسامته وسائل الاكراه، وإنما هو الرهبة الدافعة إلى التعاقد فقد يكون الخطر طفيفا أو خياليا أو لا يمكن تحقيقه، ومع ذلك فإنه يولد في نفس الشخص رهبة أو خوفا يدفعه إلى التعاقد وعلى أساسه يكون العقد قابلا للإبطال، وإن معرفة ما إذا كان الاكراه هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة واقع تخضع لسلطة قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من محكمة النقض.

ثالثا : أن يهدف الاكراه إلى غرض غير مشروع :

يستلزم التشريع المغربي — فضلا عن الشرطين السابقين — لقيام الاكراه وإبطال العقد شرطا ثالثا وهو أن تكون وسائل الاكراه الدافعة إلى التعاقد تهدف إلى غرض غير مشروع، أما إذا كانت تهدف إلى عمل مشروع أي يسمح به القانون فإن العقد يقوم صحيحا، ويستتج هذا الشرط من المادة 46 مدني التي تنص : «الاكراه اجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون بعمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه» وعلى هذا الأساس لم يجعل المشرع الخوف الناشئ عن الاحترام سببا للإبطال لأن النفوذ الأدبي عمل مشروع وهذا ما نصت عليه المادة 51 مدني : «الخوف الناشئ عن الاحترام لا يجوز الإبطال، إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية» وهذا ما يأخذ به القضاء

(7) المرجع السابق صفحة 360.

في المغرب فقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط في 6 فبراير سنة 1942 بما يلي : «لكي يشكل التهديد اكراه، ويجعل العقد قابلا للإبطال لابد أن يكون قد استعمل كوسيلة ارهاب للوصول إلى نتائج غير عادلة» (8) UN RESULTAT (INJUSTE) والذي يهدف إلى نتائج غير عادلة هو بطبيعة الحال يسمى إلى نتائج غير مشروعة، أما إذا كانت وسائل الاكراه تهدف إلى غرض مشروع يسمح به القانون، فإن هذا الاكراه يكون غير مؤثر، ويقع العقد صحيحا ومن أمثله التهديد بالانتحار إلى القضاء، والمطالبة بالاكراه البدني أمامه للوصول إلى حق مشروع ومع ذلك يقع مثل هذا الاكراه مؤثرا إذا استغلت ظروف التعاقد المهدد لانتزاع فوائد مفرطة، أو غير مستحقة، أي تكون في هذه الحالة أغراض غير مشروعة وهو ما نصت عليه المادة 48 مدني : «الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية أو عن الإجراءات القانونية الأخرى لا يجوز الإبطال إلا إذا استغلت حالة التعاقد المهدد بحيث تنتزع منه فوائد مفرطة أو غير مستحقة، وذلك ما لم يكن التهديد مصحوبا بوقائع تكون الاكراه بالمعنى الذي يقتضيه الفصل السابق» وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية للبيضاء في حكمها الصادر في 3 ماي 1933 بأن : «التهديد بالطالبة القضائية حتى ولو كان أمام القضاء الجنحي — التأديبي — لا يعتبر اكراه في ظل المادة 47 مدني، وأن التهديد بالتابعة الإجرامية الذي لا يستند إلى أساس، وإن كان يشكل اكراه غير مشروع فإنه لا ينهض سببا لإبطال الالتزام» (9).

هذه هي الشروط الأساسية التي تتطلبها القانون لقيام الاكراه الذي يجعل العقد قابلا للإبطال سواء أكان الاكراه صادرا من التعاقد أو من شخص أجنبي على خلاف ما أخذ به في التدليس، أي أن التدليس الصادر عن أجنبي لا يعتد به إلا إذا كان التعاقد الذي يستفيد منه عالما به، أما الاكراه الصادر من أجنبي فيقع مؤثرا سواء أكان التعاقد الذي استفاد منه عالما أو غير عالم به، وهذا ما نصت عليه المادة 49 مدني : «الاكراه يجوز إبطال الالتزام، وإن لم يباشره التعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته» وتؤيد ما ذهب إليه المشرع لأن الاكراه أشد وطأة وقسوة من التدليس، فضلا عن أنه كان بالإمكان أن ينسب إلى التعاقد التدليس عليه بعض التقصير لعدم ادراك ما يحوط به، من وسائل احتيالية فإن المكره كان

(8) مجلة المحاكم المغربية عدد 102 لسنة 1942 — 1943.

(9) مجلة المحاكم المغربية عدد 544 لسنة 1932 — 1933.

على يئنه بما يجري حوله ولكن لم يكن له اختيار، لا وقع عليه من ضغط وأجار، وقد خرج عن هذا الاتجاه بدعوى المحافظة على مبدأ استقرار المعاملات المشرع المصري — والسوري الذي أخذ عنه — فسوى بين التدليس والاكراه الصادرين من أجنبي ذلك أن المادة 28 مصري نصت على ما يلي : «إذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من الفروض حتماً أن يعلم بهذا الاكراه».

وخلص القول أن لصلحية الاكراه الحق في إبطال العقد سواء كان هذا الاكراه صادراً من المتعاقد أو من الغير وكذلك في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا الاكراه باعتباره عملاً غير مشروع.

أما القانون الأردني فقد اشترط أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به، وأن يطلب على ظن المكره وقوع الاكراه عاجلاً إن لم يفعل ما أكره عليه (المادة 140 مدني).

الفصل الخامس الإبطال للغبن والاستغلال

يعرف الفقه الحديث الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه أو هو الضرر المادي الذي يصيب المتعاقد لانعدام التعادل بين ما يعطيه وبين ما يأخذه، أي أن العقد الذي يقوم على أساس الغبن عقد غير عادل بالنسبة لأحد طرفيه، ومن أمثلة ذلك أن يقتض شخص بفائدة عالية أو يقدم خدماته بأجر تافه أو أن يبيع شيئاً بثمن بخس في حين أنه يساوي ثمناً أعلى بكثير، ويعرف الفقه الإسلامي الغبن بأنه تملك المال بأكثر من قيمته، وفي ذلك غبن للمشتري أو تملكه بأقل من قيمته وفي ذلك غبن للبائع وقد عرفه القانون اللبناني على خلاف المغربي والفرنسي في المادة 213 بأنه : «التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض والغبن بهذا المعنى هل يعتبر عيباً في الإرادة أم عيباً في العقد ؟ يوجد كثير من الفقهاء يتحدثون عن الغبن باعتباره عيباً من العيوب التي تصيب الإرادة، وتجعل العقد قابلاً للإبطال. وقد أبدت هذا الاتجاه النظرية الشخصية التي حاولت ربط الغبن بالغلط والتدليس والاكراه ويظهر هذا جلياً من تفكير السنهوري الذي يقول : «أما الذي يترتب عن النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضي المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واحداً في قيمته، أو مخدوعاً فيها، أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو تجربة أو عوزاً أو حاجة ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من

الغلط أو التدليس أو الاكراه، فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد بل هو مظهر من مظاهر الرضا⁽¹⁾، وقد أخذ بهذه النظرية صراحة الشريعة اللبناني في المادة 214 التي تنص : «إن الغبن لا يفسد في الأساس رضى المغبون ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية...». ولكن الغالبية الكبرى من الفقه ترى في الغبن على حق أنه عيب مستقل بذاته يقع في العقد، وليس عيباً في الإرادة وعلى هذا الأساس فالعقد الذي يتخلله الغبن يقع قابلاً للإبطال لأن الإرادة جاءت معيبة، وإنما لانعدام التعادل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وما يأخذه، ونجد لهذا التفكير صدى في محاولات ألفريد ريك (ALFRED RIEG) لتحديد دور الإرادة في العقد فيرى أنه لا يسوغ البحث عن الطبيعة القانونية للغبن في نظرية عيوب الرضى فمن الخطأ أن يقوم الإبطال على أساس وجود عيب في الإرادة وعلى الخصوص القول بأن التعادل كان ضحية الاجبار ذلك أنه قد يحدث في العمل أن يتخلص شخص من شيء بشئ يقل عن قيمته الحقيقية بكثير، لأنه قد يكون يرغب في الحصول عاجلاً على مبلغ من المال لاستخدامه في عمليات أكثر ربحاً وفائدة، ومن جهة ثانية نجد الحياة التجارية اليومية كثيراً ما تجبر المتعادل على القيام بعمليات غير مفيدة له دون أن يصيب إرادته أي عيب⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع المغربي — كزميله الفرنسي — وإن كان قد أصاب عندما ميز بين الغبن وعيوب الإرادة في المادة 39 — التي تنص : «يكون قابلاً للإبطال الرضى الصادر عن الغلط أو الناتج عن تدليس أو المتعرج باكراه» — عاد وتخلّى عن النظرية المادية التي تجعل من الغبن عيباً مستقلاً في العقد، وأخذ بالنظرية الشخصية، وربط بين الغبن والتدليس (م 55) والغبن ونقصان الأهلية (م 56) وبالرجوع إلى هاتين المادتين نجد أن المشرع المغربي لم يجعل من الغبن عيباً عاماً يؤثر في جميع العقود كما هو الشأن بالنسبة للغلط والتدليس والاكراه، وإنما اعتد به في حالات استثنائية ضيقة تمشياً مع روح مدونة نابليون، التي نقلت هذا المخرج بدورها عن القانون الروماني، ولربما كان الفقه الاسلامي من العوامل التي دفعت المشرع إلى اتخاذ هذا المسلك، ذلك أن فقهاء الاسلام، لم يعتدوا بالغبن

(1) السنهوري : المرجع السابق صفحة 358.
(2) التهربريك : المرجع السابق صفحة 213.

إلا في حالات استثنائية كالربا وقد جاء في سورة البقرة : «وأحل الله البيع وحرم الربا يحق لله الربا ويربي الصدقات» والاحتكار وهو محرم لما فيه من ضرر فقد قال النبي ﷺ «لا يحتكر إلا خاطيء» «والجالب مرزوق والخنكر ملعون» والتجارة غير المشروعة والحزمة كبيع النجش وبيع المصرة وبعض عقود المعاوضة بشروط معينة هي في بعض المذاهب الغبن الفاحش مع التفرير، وفي البعض الآخر الغبن الناتج عن عدم الخبرة وفي البعض الآخر يكفي الغبن لقيام الفسخ أو الإبطال⁽³⁾.

ولا نؤيد الاتجاه الذي يجعل من الغبن عيباً استثنائياً لأنه لا يقوم على أساس منطقي أو قانوني، وهو في رأينا مجرد تقليد موروث يلزم تغييره على أساس الواقع الحالي لأن البون شائع بين عهود الرومان، وعهد الذرة والصاروخ والقمر، وقد تجلّى مثل هذا التفكير لدى القضاء الفرنسي الذي حاول رغم النص توسيع فكرة الغبن، ولا يمكن لنا أن نسلم بفكرة استثنائية الغبن في الشريعة الاسلامية، لأن الصواب هو أن الشريعة السمحة قدمت لنا أمثلة عن الغبن، وخاصة الفاحش منها لنسبر على هديها ونحارب الظلم واستغلال القوي للضعيف في سائر المعاملات. وإذا كنا ننادي بتعميم فكرة الغبن بالنسبة لجميع العقود، واستقلالها عن بقية العيوب كالغلط والتدليس والاكراه، ونقص الأهلية، فلا نقصد الأخذ بفكرة الغبن في صورة مجردة ومطلقة أو ما يسمى في الفقه بالغبن المحض (THEORIE PURE DE LA LESION) لأن من شأن هذا أن يضر بالتجارة التي تقوم على أساس تحقيق الربح، ولأن فكرة التعادل التام، أو محاربة حتى الغبن اليسير تعوق نمو التجارة، وازدهار المعاملات، وهذا يتنافى حتى مع المبادئ الاسلامية التي تحث على العمل والاتجار، فقد قال الرسول عليه السلام : «إن الله يحب الرجل سهل البيع، سهل الشراء» ومن ذلك كذلك ما روي عن أنس أنه قال : «غلاء السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله لو سمرت فقال : إن الله هو القايض الباسط الرازق المسعر وإني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال⁽⁴⁾» والنتيجة التي نود أن نصل إليها هي أن عدم التعادل المالي للعقد لا يكون في حد ذاته سبباً للإبطال، إلا إذا كان غير عادل أو غير مشروع أي يقوم على استغلال أحد المتعاقدين للآخر، ولذلك نجد السنهوري على

(3) صبحي عمصاني : المرجع السابق صفحة 180 — 181.
(4) صبحي عمصاني : المرجع السابق صفحة 180.

حق عندما عرف الغبن بأنه المظهر المادي للاستغلال⁽⁵⁾ وهذا النوع من الغبن يطلق عليه في الفقه عبارة الغبن الموصوف (LÉSION QUALIFIÉE) وعلى أساس هذه الأفكار ظهرت نظرية الاستغلال في القانون السويسري والألماني، وخاصة أن هذا القانون الأخير لا يعرف فكرة الغبن نهائياً، وإنما يعتمد بفكرة الاستغلال وبفكرة الربا، وجعل العقد الذي يقوم على الاستغلال أو الربا باطلاً — بطلاً مطلقاً —.

وبعد تحديد فكرة الغبن، وتحديد الاطار الذي كان يجب أن توضع فيه حسب رأينا تعرض للحالات الاستثنائية التي أخذ فيها المشرع المغربي بفكرة الغبن، وبيان مدى أخذ هذا الأخير بفكرة الاستغلال الحديثة.

اعتمد المشرع بالغبن كسب للإبطال في الحالتين التاليتين :

1 . حالة الغبن الناتج عن التدليس :

لا يعتبر الغبن الذي يقع بين الراشدين سبباً للإبطال في قانون الالتزامات والعقود المغربي إلا إذا كان ناتجاً عن تدليس المتعاقد الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله. وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها : «الغبن لا يتحول للإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعده. وأكد هذا الاتجاه القضاء المغربي إذ ذهبت بعض المحاكم إلى أن : «الغبن غير المصحوب بالتدليس لا يتحول لإبطال الالتزام الذي ينشأ بين أشخاص راشدين أو كامل الأهلية⁽⁶⁾ وفي حكم آخر والذي جاء فيه : «ما عدا حالة التدليس فإن الغبن لا يتحول للإبطال إلا إذا كان الطرف المغبون ناقص الأهلية⁽⁷⁾ وهذا المسلك يساير الاتجاه الفرنسي، ويتفق مع الرأي السائد في الشريعة الإسلامية الذي لا يعتد بالغبن ولو كان فاحشاً إلا إذا كان مصحوباً بالتفريط. ويمثل الفقه الحنفي هذا الاتجاه خاصة، ذلك الفقه الذي كان له تأثير كبير على بعض التشريعات في المشرق العربي وخاصة في العراق والأردن، وقد جاءت نظرية الأحناف واضحة في هذا القانون الأخير، إذ يشترط قيام عيب الغبن التفريط والغبن الفاحش ويعني

(5) المرجع السابق صفحة 355.

(6) عاكم الرباط في 21 يناير 1928 أنظر المجموعة المدنية CODE CIVIL ص 294.

(7) عاكم الرباط في 21 يناير 1928 أنظر المجموعة المدنية CODE CIVIL ص 294.

آخر أن الغبن اليسير بين الراشدين لا يعتد به ولو اقترن بالتفريط أو التدليس، وهذا ما نصت عليه المادة 145 التي جاء فيها : «إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن العقد تم بغير فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد، وكذلك المادة 149 التي نصت على أنه : «لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تفريط إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة».

وإذا كان التشريع الأردني يربط التفريط بالغبن الفاحش، فإن التشريع المغربي لم يفعل ذلك، وحسناً فعل، مسيرة لجمهور الفقهاء، وينبغي تفسير سكوته على رأينا أنه يهدف إلى الأخذ بالغبن المقترن بالتدليس أو التفريط وإن كان يسيراً وهذا أضعف الإيمان، لاجتماع سببين التدليس والغبن، خاصة ونحن من أنصار نظرية الغبن القائمة الذات والمستقلة.

وقد يرى البعض أنه لا فائدة في اشتراط وجوب أن يكون الغبن مقروناً بالتدليس، لأن هذا الأخير يعتبر في حد ذاته سبباً للإبطال، إلا أنه بالرجوع إلى نظرية التدليس في قانون الالتزامات والعقود المغربي نجد أن التدليس العارض لا يتحول للإبطال، وكل ما في الأمر أنه يمنح ضحيته دعوى تعويض، ففي هذه الحالة إذا اقترن هذا العقد القائم على التدليس العارض بالغبن تقرر الإبطال إلى جانب التعويض.

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن الغبن الخالي من التدليس الذي يقع بين الراشدين لا يؤثر على العقد، فإن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات هي الآتية :

أ . تحريم الغبن الذي يتخذ صورة الربا :

إذا كان التشريع الفرنسي يفرق بين الغبن وبين الربا، حيث لا يعتد بهذا الأخير في مواد القرض بقائمة إلا إذا ازدادت هذه الأخيرة عن النصف⁽⁸⁾ ويترب على ذلك التخفيض فإن الشرع الإسلامي على العكس من ذلك، أعطى لفكرة الربا تفسيراً واسعاً يتخذ فكرة الغبن نفسها، فالربا عنده كل فائدة كيفما كان نوعها يحققها أحد الأطراف في أي عقد دون مقابل، وقد حرمت

(8) ملازم : المرجع السابق صفحة 168.

الشرعية الإسلامية دون هوانة في أهم صورة وهو القرض بفائدة، والصرف وقد استقى الشرع المغربي أحكامه هذه من الشرعية الفراء ووقف من الربا موقفا حازما وشديدا سواء أكان ناتجا عن تدليس أم لا — وهو في هذا يتفق مع القانون الألماني — وهذا ما نصت عليه المادة 870 اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل وبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له⁽⁸⁾.

ب. عقد الشركة :

حارب التشريع المغربي الغبن في عقود الشركات دون هوانة ووقف منه موقفا شديدا إذ اعتبره من أسباب البطلان سواء أكان هناك تدليس أو لم يكن — وهي حالات شرط الأسد —، ويتجلى هذا من المادة 1034 التي تنص : «كل شرط من شأنه أن يمنح أحد الشركات نصيبا في الأرباح أو الخسائر أكبر من النصيب الذي يتناسب مع حصته في رأس المال يكون باطلا وبطل للعقد الشركة نفسه وللشريك الذي يتضرر من وجود شرط من هذا النوع أن يرجع على الشركة في حدود ما لم يقبضه من نصيبه في الربح أو ما دفعه زائدا على نصيبه في الخسارة مقدرا في كلتا الحالتين بنسبة حصته في رأس المال» والمادة 1035 من قانون الالتزامات والعقود التي تذهب إلى اعتبار عقد الشركة باطلا متى تضمن منح أحد الشركاء كل الأرباح وبعبارة أخرى أنها تعتبر الشركة باطلة، والعقد متضمنا تبرعا ممن تنازل عن نصيبه في الربح.

ولا تؤيد المشرع المغربي فيما ذهب إليه من اعتبار العقد في مثل هذه الحالة عقد تبرع، لأن من الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون في هذا العقد الأخير، نية التبرع، وتستبعد في هذه الحالة أن تكون النية متوفرة وكل ما في الأمر أن هناك سيطرة جانب قوي على آخر ضعيف سيطرة مادية ومعنوية، أو استغلال حاجة أو طيش أو هوى جامع أو عاطفة جامعة للطرف الآخر، لذلك تؤيد ما ذهب إليه التشريع الفرنسي في هذه الحالة إذ اعتبر العقد باطلا فقط، كما أن هذه المادة أقامت تفرقة بين حالة منح كل الربح لأحد الشركاء وبين حالة إعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في الخسارة، ورتب على الحالة الأولى بطلان عقد الشركة،

(8) مكرز: راجع الاستدراك و التفسيرات في صفحة 115 من هذا الكتاب.

في حين اكتفت في الحالة الثانية ببطلان الشرط دون بطلان العقد، ونرى أن هذه التفرقة لا تركز على أي أساس قانوني أو منطقي، ولا تعتبرها غالبية التشريعات وخاصة القانون المصري والسوري اللذان يسلمان في الحالتين ببطلان الشرط والعقد وهذا ما نصت عليه المادة 1035 مدني مغربي : «إذا تضمن العقد منح أحد الشركاء كل الربح، كانت الشركة باطلة واعتبر العقد متضمنا تبرعا ممن تنازل عن نصيبه في الربح، وبطل الشرط الذي من شأنه إعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في تحمل الخسائر، ولكن لا يترتب عليه بطلان العقد، ولقد وقفت الشرعية الإسلامية نفس الموقف من الغبن بين الشركاء، فنجد الفقه المالكي يجعل من شروط الشركة المساواة المطلقة بين أعضائها، وأن الغبن يؤثر في العقد سواء أكان هناك تدليس أو لم يكن، وفي مثل هذا يقول ابن سلعون — من فقهاء المالكية — : «إذا قدم أحد الشركاء دجاجة حصصة في الشركة وقدم الشريك الآخر ديكاً، لتقسيم الأرباح، فإن الشركة تكون باطلة لأن الدجاجة هي التي تبيض، وهي وحدها تخضع وتفرخ، أما إذا كانت الحصصة من الحمام فإن الشركة تصح لأن أنثى الحمام وذكره يتقاسمان الحضنة».

ج. الاغاثة البحرية: (SAUVETAGE MARITIME)

ناهض التشريع المغربي الغبن في مواد الاغاثة البحرية سواء اقرن بتدليس أم لا، شأنه في هذا شأن القانون الفرنسي، لأن مصدرها كان واحدا وهو اتفاقية البروكسل لسنة 1910 وهذا ما نصت عليه المادة 306 من القانون البحري : «كل اتفاقية لإنقاذ أو انتقاد مبرمة ساعة الخطر أو تحت تأثيره يمكن الغاؤها، وتعديلها من طرف القاضي بناء على طلب أحد الأطراف إذا اعتبر القاضي أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة».

وفي جميع الأحوال إذا ثبت أن رضى الطرفين قد شاب عيب بسبب تدليس أو كتمان أو إذا كانت الأجرة المتفق عليها مبالغ فيها لفائدة طرف أو آخر أو أنها غير متناسبة مع الخدمة المؤداة جاز للقاضي إلغاء الاتفاقية أو تعديلها بناء على طلب الطرف المعني بالأمر.

د. حالات سلب الأموال أثناء الحروب : (LES SPOILIATIONS)
والتي يقوم على استغلال الظروف، أو الضرورات، والذي نظمه ظهير 16

أبريل 1947 وفيه اعتد المشرع بالغبن ولو لم يكن ناتجاً عن تدليس الطرف الآخر، وفي نصوص هذا الظاهر أخذ المشرع بفكرتي الغبن المادية والشخصية أي فكرة أن الغبن عيب في الإرادة، وفكرة الثمن العادل.

هذه هي الاستثناءات التي وردت على القاعدة العامة في القانون المغربي. ويلاحظ أن هناك استثناءات أخرى وردت في التشريع والقضاء الفرنسي، ولم يأخذ بها تشريعنا وهي حالة الغبن الذي يلحق بيع العقار متى تجاوز 7/12 (المادة 1674) فإن مثل هذا الغبن يجعل العقد قابلاً للإبطال ولو لم يكن هناك تدليس، ويكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة البائع وحده أي أن المشتري لا يستفيد منه، أو أن القانون لا يجمعه لأنه في مركز قوي، حيث أن البائع مدفوع إلى هذا البيع تحت تأثير الحاجة وأخذ القانون الأردني بدوره بالغبن في مواد العقار وغيرها، جاعلاً المعيار عاماً وهو الغبن الفاحش. وهو ما لا يدخل تحت تقويم القومين وذلك في المادة 146، التي جاء فيها: «الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم القومين»، وحالة القسمة إذا تجاوز الغبن 1/4 ولم يكن هناك تدليس، وإلى جانب هاتين الحالتين هناك حالات أخرى تؤثر فيها الغبن على العقد ولم لم يكن مصحوباً بتدليس، ولكن هذا الغبن لا يطل العقد ولا يجعله قابلاً للإبطال، وإنما يمنح الحق في تخفيض الثمن كما هو الشأن في بيع السداد (قانون 8 يوليوز 1907) وبيع علف الحيوانات والأدوات الفلاحية، ويلاحظ أن المشرع خص هنا بالحماية المشتري وبالتالي حماية الفلاحين من سطوة المستوردين، وكذلك الشأن فيما يتعلق بالملكية الأدبية والفنية إذا تجاوز الغبن 7/12 والقرض بقائمة إذا تجاوز 1/2 ويلاحظ أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قام بتوسيع فكرة الغبن رغم ضيق النصوص، وحاول تحقيق فكرة الثمن العادل، فحارب على الخصوص فكرة الثمن البخس والذي يطلق عليه «الغبن الفاحش» (SUPER LESION) واعتبر جميع الاتفاقات التي تقوم على أساس ثمن شكلي أو بخس (VIL) باطلة بطلاناً مطلقاً.

ويلاحظ أن لفكرة تحديد النسب — للاعتداد بالغبن — صدى في الفقه الإسلامي، وعلى الخصوص في حالات تمييز الغبن الفاحش عن الغبن اليسير فابن عابدين يرى أن الغبن يكون فاحشاً إذا تجاوز نصف العشر في عروض التجارة والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار.

2. حالة الغبن الذي يذهب ضحيته القصر أو ناقص الأهلية :

يعتد المشرع المغربي بالغبن الذي يذهب ضحيته القاصر أو ناقص الأهلية سواء كان ناتجاً عن تدليس الطرف الآخر أو كان غير مصحوب بالتدليس، وسواء تعاقد بنفسه أو بمساعدة وصيه أو مساعده القضائي وذلك حماية للقصر وناقصي الأهلية من استغلال كامل الأهلية لصغر سنهم، أو ضعف عقولهم، وعلى هذا الأساس نجد المادة 56 تجمل من الغبن سبباً عاماً لإبطال الاتفاقات التي يبرمها القصر أو ناقصو الأهلية، سواء أكان الغبن مصحوباً بتدليس أو غير مصحوب به، وسواء تعاقد القاصر، أو ناقص الأهلية بنفسه، أو بمساعدة القضائي إذا كان هذا الغبن أو الفرق بين الثمن المذكور في العقد، والقيمة الحقيقية للشيء يزيد على 1/3 وهذا ما نصت عليه المادة السابقة: «والغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المعبون قاصراً أو ناقص الأهلية ولو تعاقد بمجموعة وصيه أو مساعده القضائي وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر، ويعتبر غيباً كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء».

ويتبين من هذه المادة، أن الغبن يكون سبباً عاماً للإبطال إذا توافر له شرطان : هما نقصان الأهلية، وأن يكون الغبن أو الفرق بين الثمن المذكور في العقد، والثمن الحقيقي يزيد على الثلث، ويلاحظ هنا أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد أوردوا قيوداً على الشرطين السابقين، مضمونه ألا يكون التصرف الذي وقع على العقار قد تم عن طريق المزايا العلني أو الرسمي، أي تحت إشراف السلطة القضائية أو الإدارية لعدم إمكان حصول الغبن في مثل هذه الحالة. وقد نص القانون العراقي صراحة على ذلك في الفقرة الثالثة من المادة 124 وتسلم بقيام مثل هذا الشرط في المغرب لأن الحماية التي يتوخاها القانون متوافرة لحضور السلطة القضائية أو الإدارية، وللتنافس الحاد الذي يكون بين المتزايدين، وللعلائية.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يسوغ للقاصر المأذون له في التجارة طلب إبطال التعهدات، التي تحمل بها بسبب تجارته، وهذا شيء طبيعي ومنطقي، دفع المشرع إلى رفع الحماية عن شخص، بقدر فيه أنه أهل لمباشرة التجارة، وهذا ما نصت عليه المادة 7 من القانون المدني : «القاصر المأذون له إذا صححها في التجارة والصناعة لا يسوغ له أن يطلب إبطال التعهدات التي تحمل بها بسبب تجارته

في حدود الاذن الممنوح له وفي جميع الأحوال يشمل هذا الاذن الأعمال الضرورية لتعاطي التجارة والمأذون فيها.

ويلاحظ أن المشرع المغربي تأثر في حالة القاصر بالفقه المالكي، الذي يشترط أن يزيد الغبن عن الثلث، أما القانون الأردني فقد تأثر بنظرية الانحاف، التي تعد في حالة القصر أو نقصان الأهلية بالغبن ولو كان يسيراً، ويتجلى ذلك في المادة 147، التي نصت على أنه: «إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه للدين، أو المريض مرض الموت، وكان دينهما مستغرقاً لما لهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين والابطال».

ويلاحظ من كل ما سبق أن الغبن لا يعتد به إلا في عقود المعاوضات المحددة، أما العقود الاحتمالية، فهي بطبيعة الحال تفترض قيام الغبن أو عدم التعادل، ونعتقد أن الغبن ليس سبباً عاماً للإبطال حتى في عقود المعاوضات وإنما يأخذ به في حالات استثنائية، خضعة بدورها لبعض القيود أو الاستثناءات ولكل ذلك نرى أن بعض التشريعات الحديثة خرجت عن نظرية الغبن، التقليدية وأخذت بنظرية جديدة هي نظرية الاستغلال التي تهدف إلى حماية الجانب الضعيف، وتناهض الاستغلال والجشع الذي كان يخشى وراء فكرة حرية التعاقد التي كان يحميها المذهب الفردي أو مذهب الاقتصاد الحر، ويلاحظ أن هذا المذهب لم يدم طويلاً بعد أن غزت فكرة الاقتصاد الموجه أو الأفكار الاشتراكية العالم، والتي تهدف إلى حماية الضعفاء من تسلط الأقوياء تحقيقاً للعدالة الاجتماعية، فأنثرت معظم هذه التشريعات هذه الأفكار الجديدة وأخذت بفكرة الاستغلال التي استغرقت فكرة الغبن نفسها ومن هذه التشريعات القانون الألماني في المادة 138 التي تنص: «يعتبر باطلاً بنوع خاص كل تصرف قانوني يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظر شيء يؤديه على منافع مادية تزيد على قيمة هذا الشيء بحيث يبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء» والقانون السويسري في المادة 21 التي تنص: «في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً بين تعهد أحد المتعاقدين، وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في خلال سنة أن يعلن بطلان العقد، ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة فيها أو طيش أو عدم خبرة» والمشرع المصري — والسوري والليبي

الذات أخذاً عنه — في المادة 125 من القانون الجديد التي تنص: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً يئناً أو هوياً جاحلاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...». والقانون العراقي المأخوذ عن الشريعة الإسلامية في مادة 195 التي تنص على أنه: «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هوياً أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلحقه من تعاقدته غبن فاحش جاز في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه».

والآن يحق لنا أن نسأل هل أن التشريع المغربي سار مع ركب هذه التشريعات أم تخلف عنها وبقي جامداً ؟

الواقع أن قانون الالتزامات والعقود المغربي أقر مبدأ نظرية الغبن الاستغلالي وذلك في المادة 54 التي نصت على أن: «أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة، ويعلق مأمون الكزبري على هذه المادة بقوله: «إن النظرية الحديثة للغبن تركز على فكرة الغبن الاستغلالي. والغبن الاستغلالي يقوم على استغلال أحد المتعاقدين مرض أو ضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر واستجراجه إلى التعاقد على أسس يظهر فيها البون شامساً بين ما ينشأ للمغبون من حقوق وما يترتب عليه من التزامات. فهذه النظرية الحديثة للغبن يمكن في رأينا تطبيقها في المغرب في الحالات التي تقتضي التشريعات الحديثة بوجوب الأخذ بها، وذلك استناداً إلى ما ورد في المادة 54... فقي ضوء هذا النص، إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل مرض المتعاقد الآخر أو ضعفه أو طيشه البين أو هوياً الجاح وأرم معه عقداً لا تتعادل فيه التزام الطرفين، بل ينطوي على غبن أحدهما غنياً فاحشاً، فإن الطرف المغبون غنياً استغلالياً يسوغ له المطالبة بإبطال العقد، ولا سيما أن المشرع منح القاضي سلطة واسعة في هذا المجال وترك تقرير الإبطال لرأيه وتقديره»⁽⁹⁾ وهذا التأويل يتسجم مع فكرة العدالة، ومخاربة

(9) مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي الجزء الأول، مصادر الالتزام 1968، صفحة 157.

الربا الذي نبشت عنها فكرة الاستغلال، ويتضح هذا كذلك من رأي توفيق حسن فرج الذي يذهب إلى أن هذا السر في قيام حركة قروية، وجهت جهودها لمحاربة كل استغلال ربوي، محاولة أن تجد علاجاً لهذا الوباء البيض ومنذ ذلك الحين بدأت فكرة الربا تتحول متخذة طابعا آخر، واستخلص من كل هذا فكرة عامة مؤداها أن جريمة الربا كانت توجد كلما وقع استغلال لعدم الخبرة أو الطيش أو الحاجة أو حالة الضعف الذهني أو حتى لحالة الثورة العاطفية للمدين. استغلالاً من شأنه جعل هذا المدين يرتبط بعهده لا تتعادل فيه التزاماته مع ما يحصل عليه بصورة تؤدي بقرضه (10).

ولم يكف المشرع الغربي بالمادة 54، وإنما أورد تطبيقاً هاماً لنظرية الاستغلال أو الغبن الاستغلالي في المادة 878 من قانون الالتزامات والعقود التي نصت على ما يلي: «من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف ادراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضى من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول أجله فوائد أو منافع أخرى تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة، وفقاً لقتضيات المكان، وظروف التعامل، يمكن أن يكون محلاً للاستجابة الجائبة. ويسوغ إبطال الشروط والاتفاقات المفقودة بمخالفة حكم هذا الفصل بناء على طلب الخصم، بل حتى من تلقاء نفس المحكمة. ويجوز انقاص السعر المشترك، وتحق للمدين استرداد ما دفعه زيادة على على السعر الذي تحدده المحكمة على أساس أنه دفع ما ليس مستحقاً عليه وإذا تعدد الدائون كانوا مسؤولين على سبيل التضامن».

ويلاحظ أن المشرع قد تأثر إلى حد بعيد فيما ذهب إليه، — وخاصة فيما يتعلق بمناخية المستغل جنائياً — بالقانون السويسري الذي صدر في 19 يوليو 1877 — عدل في 28 ماي 1881 — والقانون الألماني الذي صدر في 24 ماي لسنة 1880 والذي فرض جزاء جنائياً على كل من يستغل غيره في عقد القرض، ولكن المشرع الألماني لم يقف عند هذا الحد، وإنما أصدر قانوناً آخر في 19 يونيو سنة 1983 تم القانون الأول، وعمم الجزاء على جميع التصرفات القانونية الربوية، وكان هو الأساس لظهور نظرية الاستغلال.

(10) توفيق حسن فرج : نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري من 191 سنة 1957.

وإذا كان الفقه يبنّي نظرية الاستغلال في القانون المغربي على أساس السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في حالة المرض وما يشابهها (10) مكرر من طيش جارف وهو جاح وضعف للدراك وعدم الخبرة. ولكن نحن نقضل الانطلاق من الفصل 878، وإن تعلق الأمر بمقد القرض، لأن هذا الفصل الأخير قام بصياغة نظرية الاستغلال أدق صياغة. وما القرض إلا عقد ككل العقود، تقاس عليه ويقاس عليها، تنطلق منه، وينطلق منها، خاصة أننا في المواد المدنية لا المواد الجنائية، وإن القياس من أهم مصادر التشريع، سواء كان التشريع وضعياً أو إسلامياً. وأن الفصل 878 لم يربط الاستغلال بالمرض حيث ندخل في دوامة ما يشبه وما لا يشبه المرض، الذي يتوقف في غالب الأحيان على سلطة الخبرة الطبية أكثر من اعتماده على السلطة القضائية.

ومهما كان الأمر فالخلاف شكلي والنتيجة واحدة وهي الأخذ بفكرة الاستغلال في التشريع المغربي

وخلاصة القول أن التشريعات الحديثة — بما فيها التشريع المغربي — قد عرفت نظرية الاستغلال، هذه النظرية التي تقوم على عنصرين أساسيين :

1. عنصر نفسي : وهو حالة الضعف، أو الطيش، أو عدم الخبرة، أو الهوى الجاح، أو المرض.

2. عنصر مادي : وهو في أغلب التشريعات عدم التعادل، والذي يخضع لتقدير القضاة، وقد

عبر شاتلان (CHATELAIN) عن هذا بقوله «لكي يعرف القاضي ما إذا هناك عدم تعادل واضح، طبقاً للمادة 138 من القانون المدني الألماني، يتعين عليه مقارنة الشئين محلاً العقد، وعلى وجه الخصوص قيمة هذين الشئين على أنه وإن كنا لا نجد في النص السويسري كلمة قيمة (VALEUR) فإنه يفيد بالضرورة نفس المعنى، وإلا كان استعمال لفظة عدم التعادل (DISPOSITION) الواردة في النص غير مفهومة فعدم التعادل، هو في الأصل نتيجة المقارنة بين الأداء الموعود

10 مكرر مانون الكبري : المرجع السابق، صفحة 150.

به من أحد الطرفين، والأداء المقابل من الطرف الآخر، ولن يتسنى فهم ذلك إلا إذا كان الفارق في القيمة واضحا وعلى درجة كبيرة (11)». وخلاصة القول أن قانون الالتزام والعقود المغربي أقر مبدأ الغبن الاستغلالي ولكن بصورة أقل دقة — بالمقارنة مع التشريعات الألمانية والسويسرية والمصرية والسورية والعراقية — لذلك نرى من اللازم إعادة النظر في مواد الغبن الاستغلالي، وبعبارة أخرى يتوجب النص على هذه النظرية صراحة وبصورة عامة.

ونحن إذ ننادي بالأخذ بنظرية الاستغلال على وجه العموم لا نقصد إهمال أو التخلي عن فكرة الغبن كما جاءت في التشريع، لأن هذه النظرية الجديدة ما هي إلا تكملة للنقص الذي اعتور الأولى. وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه التشريع المصري في المادة 130 التي نصت على أنه: «يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو سعر الفائدة».

الفصل السادس

الإبطال بمقتضى نص في القانون

الأصل العام أن العقد يقع قابلا للإبطال في التشريع إذا كان أحد المتعاقدين قاصرا أو ناقص الأهلية، أو إذا أتت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والاكراه، والغبن والاستغلال ولكن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة العامة شأنه شأن الغالبية العظمى من التشريعات — وأخضع بعض العقود — التي تعتبر صحيحة طبقا للقواعد العامة — لفكرة الإبطال لسبب ما وهذا ما يطلق عليه الإبطال بمقتضى نص في القانون ومن أهم حالات هذا النوع الأخير في التشريعات الحديثة حالة بيع ملك الغير حيث يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المشتري.

وبلاحظ أن التشريع المغربي قد خالف المبدأ العام السائد في هذه التشريعات واعتبر بيع ملك الغير يقع قابلا للفسخ لمصلحة المشتري وهذا ما نصت عليه المادة 485: «بيع ملك الغير يقع صحيحا: 1. إذا أقره المالك. 2. إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء».

وإذا رفض المالك الاقرار كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع وزيادة على ذلك يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

(11) توفيق حسن فرج: المرجع السابق صفحة 261.

ونرى من هذه المواد أن التشريع المصري أكثر وضوحاً من التشريع الفرنسي ذلك أن المادة 1599 جاءت غامضة مما دفع الفقه إلى إعمال الفكر للبحث على أساس قانوني لها، فذهب البعض في تفسيره للمادة السابقة إلى المناذاة بالابطال لانعدام السبب أو المحل أي أن هذا الجانب يذهب إلى أن التزام المشتري بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل الملكية فإن لم ينقل هذا الأخير ملكية الشيء كان التزام المشتري بلا سبب أو محل ولذلك يقع بطلاً.

أما الرأي السائد فقها وقضاء فهو الذي يذهب إلى أن بيع ملك الغير يقع قابلاً للإبطال على أساس فكرة الغلط الذي يكون في هذه الحالة مزدوجاً وهو الغلط في مادة الشيء وفي شخصية المتعاقد.

وبلاحظ أن وضوح المواد المصرية لم يمنع بعض الفقه من القول ببعض الآراء التي تتناقض مع صراحة النصوص، من ذلك رأى سليمان مرقس الذي يعتمد نظرية تحول العقد الباطل فيرى هذا الكاتب أن بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع، ثم يتحول هذا البيع طبقاً للنظرية السابقة من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشئاً للاتزامات فحسب، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع (1).

وقد انتقد السنبوري هذا الرأي أولاً لأنه يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح النصوص وثانياً يتعارض مع نظرية التحول المعروفة لأن هذه الأخيرة تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد — لا بعد ذلك — إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل (2).

وفي الأخير يوجد رأي شفيق شحاته، الذي يعتبر بيع ملك الغير عقداً موقوفاً على أساس ما جاء في الشريعة الإسلامية فيقول: وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق بيع ملك الغير على أن الرأي الصحيح هو

ولا يجوز إطلاقاً للبائع أن يتمسك بطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير. ومن هذه المادة يتبين لنا أن المشرع المغربي سائر تيار بعض الفقهاء الفرنسيين الذين يعتبرون بيع ملك الغير حالة من حالات الفسخ فهذا التيار الفقهي يذهب إلى أن البائع يتحمل بالتزام هو نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، ولما كان البائع هنا لا يستطيع نقل هذه الملكية فإن العقد يخضع لنظام الفسخ لأنه من القواعد العامة الثابتة في العقود التبادلية، إذا لم ينفذ أحد الأطراف التزاماته كان للطرف الثاني الحق في أن يطلب فسخ العقد ليتحمل بدوره من الالتزامات التي فرضها عليه العقد والتي تزول بأثر رجعي.

وبلاحظ أن هذا التيار يخالف روح التشريع الفرنسي نفسه الذي اعتبر صراحة بيع ملك الغير باطلاً، وهذا مانصت عليه المادة 1599 مدني: «بيع ملك الغير باطل ويسوغ للمشتري أن يطالب بتعويض إذا كان مجهل أن الشيء مملوك للغير».

واعتبر التشريع المصري والسوري — الذي أخذ عنه — بيع ملك الغير قابلاً للإبطال وهذا ما نصت عليه المادة 466 مدني:

1. إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار.
2. وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد.

ونصت المادة 467 على ما يلي:

1. إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانتقل صحيحاً في حق المشتري.
2. وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

نصت المادة 478 على أنه: «إذا حكم للمشتري، بإبطال البيع، كان يحل

أن يبيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً، والعقد الموقوف يتوقف أثره على الاقرار الصادر من المالك فإذا أقره المالك انتج أثره فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (3).

ونرى أن فكرة العقد الموقوف تنطبق تماماً مع طبيعة هذا العقد، وأن الأخذ بها يحل كثيراً من المشاكل العويصة الخاصة بهذا النوع من البيع، ولكن هذا الأخذ يتطلب تغييراً للنصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع وهذا يتطلب كذلك إعادة النظر في تقسيم البطلان والأخذ بالفكرة الإسلامية التي تقسم العقود إلى عقود باطلة وعقود موقوفة — ولقد ابدنا سابقاً هذا التقسيم — وهذا ما أخذ به التشريع العراقي إذ نصت المادة 135 منه على ما يلي :

1- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك.

2- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطلب الفضيولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر.

3- وإذا لم يجوز المالك تصرف الفضيولي بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للضيولي البدل فله الرجوع عليه. فإن هلك البدل في يد الفضيولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه علماً أنه فضيولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.

4. وإذا سلم الفضيولي العين المقبوض عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بلا تعد منه فللمالك أن يضمّن قيمة أيهما شاء — فإذا اختار تضمّن أحدها سقط حقه في تضمّن الآخر ».

(3) النظرية العامة للتأمين العيني ج 1 ف 92.

وخلاصة القول أننا نعتقد أنه لا حاجة لنا إلى وضع تفسيرات والبحث عن أسس لحالات الإبطال بمقتضى نص في القانون في نطاق النظرية العامة لأن هذا يتناقض مع طبيعة هذا النوع من البطلان أو الإبطال الذي أخضعه المشرع لهذا النظام حفاظاً وحماية لمصالح الغير.

وإذا كان التشريع الغربي قد خالف ما استقر عليه القانون والقضاء والفقه فاعتبر بيع ملك الغير يقع قابلاً للفسخ لمصلحة المشتري، فإنه خالف هذا التشريع والقضاء والفقه مرة ثانية فأقر الإبطال في حالة اعتبارها غالبية التشريعات والقضاء والفقه من حالات الفسخ، وهي حالة عقد إجازة الخدمة غير المحدد المدة وهذا ما نصت عليه المادة 754 : «إذا لم تحدّد مدة العقد يقع قابلاً للإبطال، ويسوغ لأي من المتعاقدين أن يتخلص منه بإعطائه تنبيهاً بذلك للطرف الآخر في المواعيد التي يقررها العرف المحلي أو الاتفاق ويستحق الأجر بنسبة الخدمات المؤداة، وعلى حسب ما هو مستحق للأعمال الماثلة...».

وبلاحظ أنه ليس هذه المرة الأولى التي يخطئ فيها التشريع الغربي بين فكرة الفسخ وفكرة الإبطال، وإنما تكرر منه ذلك في مواد عديدة سبق التعرض إليها لذلك نرى أن الحل الوحيد هو تعديل هذه المواد على أساس التمييز بين الفكرتين لأن الاختلاف جوهري وأساسي بين الفسخ والإبطال.

القسم الثالث

دعوى البطلان والابطال

في قانون الالتزامات والعقود المغربي

ستعالج هذا القسم في أربعة أبواب. نخصص الباب الأول لدعوى البطلان والباب الثاني لدعوى الابطال، والباب الثالث للآثار الأصلية والعرضية للعقد الباطل، والقبيل للابطال، أما الباب الرابع فسنعرض فيه للاجازه والتقديم.

الباب الأول

دعوى البطلان

سنقسم هذا الباب إلى أربعة فصول وتتناول في الفصل الأول طبيعة دعوى البطلان، وفي الفصل الثاني الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بها، وفي الفصل الثالث أثر تقرير البطلان، وفي الفصل الرابع الدفع بالبطلان.

الفصل الأول

طبيعة دعوى البطلان

يحدد لتريسكو طبيعة هذه الدعوى بقوله إن دعوى البطلان هي دعوى شخصية تهدف إلى منع أو عمو الآثار القانونية لتصرف باطل سواء تعلق الأمر بتصرف باطل لم ينفذ، أو بتصرف باطل تم تنفيذه جزئياً (1) وتحديد لتريسكو لطبيعة دعوى البطلان منطقي ويتفق مع الواقع العملي، فالعقد الباطل، وإن كان يعتبر عدماً، وأن العدم لا يحتاج من الناحية النظرية إلى حكم قضائي يقرر انعدامه، إلا أن الناحية العملية تفرض في غالب الأحيان: على أحد المتعاقدين اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بتقرير البطلان وترتيب آثاره.

حقيقة أنه قد يحدث في العمل أن يجد أحد المتعاقدين نفسه أمام عقد باطل ويريد أن يتحلل منه، فينقل رغبته هاته إلى الطرف الثاني فيقبل بدوره التخليص من هذا العقد لسبب من الأسباب، وهكذا يتم الاتفاق بينهما على اعدام آثار هذا العقد الباطل بالنسبة للماضي والمستقبل، وهذا ما يطلق عليه : البطلان عن طريق الاتفاق الودي *Annulation par accord amiable* ولكن يلاحظ أنه ليس من السهل دائماً الاتفاق على اعدام العقد وخصوصاً نظراً لتعارض مصالح المتعاقدين، ولتفاوت المنافع التي كان ينوي كل واحد تحصيلها، وزيادة على ذلك فإن هنالك حالات لا يسوغ اتفاق الأطراف على التحلل من نتائجها لأنها من الأسس الضرورية لاستقرار وسلامة الدولة كما هو الشأن في الأعمال أو التصرفات المتعلقة

(1) المرجع السابق صفحة 303.

بالأحوال المدنية للأشخاص، لذلك فالطريق الغالب لتقرير البطلان هو الطريق القضائي (Annulation par justice) بل أنه يكون الطريق الوحيد في حالة عدم اتفاق الأطراف على مصير العقد الباطل، وهناك حالات أخرى لا مناص فيها من تدخل القاضي لتقرير البطلان كحالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه، وأراد استرداد ما دفع طبقاً لما نصت عليه المادة 306 التي ورد فيها : «الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حتى تنفيذاً له...» أو إذا كان سبب البطلان ينطوي على خفاء كما هو الشأن في خرق قواعد النظام العام والأخلاق الحميدة حيث يخضع تقرير مخالفات هاته القواعد لسلطة القاضي نظراً لاتساع الفكرتين السابقتين — فكرة النظام العام والأخلاق الحميدة — وصعوبة تحديدهما.

ويلاحظ أن الفقه التقليدي كان يرفض فكرة إقامة دعوى تقرير البطلان في حالتي الاندماج والبطلان المطلق لأن البطلان يتقرر في هاتين الحالتين بقوة القانون. ونجد صدق هذا التفكير الكلاسيكي لدى السهوري (2) وعبد المجيد الحكيم الذي يقول : «لما كان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عدماً، فلا حاجة لصدر حكم بإبطاله، ولا حاجة لمن له مصلحة في البطلان أن يرفع الدعوى بذلك أمام القضاء، وإذا رفع أحد المتعاقدين الدعوى على الآخر طالباً تنفيذ العقد، كان لهذا أن يرفع الدعوى ببطلان العقد، ولكن قد تقضي الضرورة برفع الدعوى للحصول على حكم ببطلان البيع، وذلك يتحقق في حالة ما إذا كان أحد المتعاقدين قد نفذ العقد وأراد أن يسترد ما سلمه للطرف الآخر» (3) ولكن الفقه الحديث يرى — في كل الأحوال سواء أكان العقد قابلاً للإبطال أو كان باطلاً بقوة القانون — ضرورة تدخل القاضي لتقرير البطلان لأنه لا يسوغ للشخص أن يأخذ حقه بيده كما أن هناك مظهرها يستمد وجوده من السند أو التعبير عن الإرادة وأن المظهر لا يزول إلا بتدخل القاضي، ويؤيد هذا الاتجاه إلى جانب هنري دوباج جميل الشرفاوي الذي يقول : «فمن مع الفقه الحديث في القول بلزوم الدعوى في كل حال، ذلك أن الحاجة إليها لكل ما يجعله الفقه للبطلان من أنواع، حاجة من طبيعة واحدة، فليس الحاجة إليها في البطلان النسبي حاجة قانونية، في حين أنها عملية في أحوال البطلان المطلق، كما أن سلطة القاضي حيال البطلان في كل

(2) السهوري : المرجع السابق صفحة 530.

(3) عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق صفحة 260.

الأحوال واحدة، فهو لا ينشئ البطلان في حال يكون فيها نسبياً ويقصر على مجرد إثباته في حال أخرى يكون فيها مطلقاً، بل هو يقرر فيها جميعاً بطلاناً موجوداً قبل أن يقضي به، ويترتب عليه في جميع الأحوال أثراً واحداً هو عدم نفوذ التصرف (4).

ومن كل ما سبق يتبين لنا أن تدخل القاضي ضرورة لتقرير البطلان، وأن حكم القاضي ببطلان العقد لا ينشئ هذا البطلان، لأن العقد كان من قبل باطلاً بقوة القانون ولكن هذا الحكم قرره وكشف عنه، والأمنلة القضائية عديدة في هذا الباب وقد تعرضنا لكثير منها في الباب الخاص بأسباب البطلان ومن الفائدة أن ندرج للبيان والايضاح ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في 5 مارس 1929 والذي جاء فيه : «كل اتفاق يتعلق بالتجارة دار لاستعمالها في المهارة يعتبر باطلاً، وكأن لم يكن لأنه يخالف الأخلاق الحميدة وقد علق مأمون الكزبري على هذا بقوله : «إن الحكم في هذه الحالة هو معلن أي كاشف لواقع سابق (Jugement déclaratif) لا منشئ أي محدث لوضع قانوني جديد (Jugement constitutif)» (5)

(4) جميل الشرفاوي : المرجع السابق صفحة 378.

(5) مأمون الكزبري : المرجع السابق صفحة 248.

الفصل الثاني

الأشخاص الذين يحق لهم التمسك

بدعوى البطلان

لم يحدد المشرع المغربي عن طريق النصوص الأشخاص الذين يحق لهم إقامة دعوى البطلان، في القسم الخامس الخاص ببطلان الالتزامات وإبطالها وإنما ترك الأمر لمتعضيات المبادئ العامة التي تحكم هذه الدعوى، وعلى عكس هذا الاتجاه نجد المشرع الاسباني حدد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى البطلان تحديدا ضيقا في المادة 1302 والتي جاء فيها أن استعمال هذه الدعوى هو من حق الأشخاص الذين يلتزمون بصفة رئيسية أو احتياطية بتنفيذ العقد الباطل. ولكن القضاء الاسباني وسع من هذا المفهوم الضيق لاستعمال دعوى البطلان، فاعترف بهذا الحق لجميع الأشخاص الذين يتضررون من العقد الباطل أي بالعبارة الحديثة أصبح حقا لكل ذي مصلحة، وكذلك المشرع المصري اهتم بتبيان هؤلاء الأشخاص. فقد عدد المشرع التهديدي المصري اشخاص الذين يسوغ لهم التمسك بالبطلان في المادة 164 التي نصت على ما يلي : وللمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة. ولكن لجنة تحضير القانون عدلت هذه المادة بعد مناقشات، طويلة وتخلت عن هذا الصدد السابق وأجلت محله عبارة «لكل ذي مصلحة». وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 141 «إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالاجازة».

نصا خاصا بالأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان، وإنما ترك الأمر لمقتضيات المبادئ العامة التي استقر عليها الفقه والقضاء والتي تنول عرضها فيما يلي :

تختلف دعوى البطلان عن دعوى الإبطال في أن الأولى تهدف إلى استئصال آثار عقد باطل بقوة القانون أي تقرير بطلان شرع في الأصل لا لحماية مصالح بعض الأفراد فحسب، وإنما لحماية المصلحة العامة، وضمان حسن تطبيق القانون قبل كل شيء، لذلك فهو يستمد قوته من النظام العام. أما الدعوى الثانية فهي تهدف في الأساس إلى حماية مصالح بعض الأفراد، لهذا نجد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بهذا البطلان، ومباشرة دعواه أكبر عددا في الدعوى الأولى منه في الثانية.

ويوجد في مقدمة هؤلاء الذين يسوغ لهم التمسك بالبطلان أطراف العقد بطبيعة الحال، لأن حقوقهم هي أول من يتأثر وبصورة مباشرة بصحة هذا العقد وبطلانه. ثم يليهم في المرتبة الخلف العام كالورثة، والخلف الخاص — كالمشترى — وقد مثل مأمون الكزبري له بقوله : « كمشترى ثان لعين مبيعة، حيث تقتضي مصلحته بالتمسك ببطلان البيع الأول حتى تخلص له العين، والدائنون كدائني البائع الذين من مصلحتهم الادعاء ببطلان البيع لابقاء المبيع في ذمة مدينهم المالية والتنفيذ عليه لاستيفاء ديونهم من ثمنه »⁽⁴⁾. وإذا تبين للمحكمة أن العقد قام على أساس مخالف للقانون صرحت بطلانه وليست الغاية من اعلان هذا البطلان معاقبة المتعاقدين وإنما الغرض منه هو محو آثار عقد قام على أساس غير مشروع. أي أن الغاية هو الأثر القانوني لا الأشخاص أو كما قال لتريسكرو (La personne sert comme moyen et non comme fin) ولا تتمحور دعوى البطلان في المتعاقدين والخلف والدائنين وإنما هي حق للغير الأجنبي كذلك أن يباشرها عن طريق الدعوى أو الدفع شريطة أن تكون له مصلحة ثابتة ومشروعة يحميها القانون، وأن تكون هذه المصلحة حالة لا احتمالية أي ألا يكون أحد الأشخاص السابقين — أحد المتعاقدين والخلف والدائنين — قد افتتح الدعوى لأنه لا يسوغ سماع دعوتين تتعلقان بموضوع واحد.

وبلاحظ أن حق الغير — الأجنبي — في ممارسة دعوى البطلان، وإن كان

(4) مأمون الكزبري : المرجع السابق صفحة 250.

وبلاحظ أن بعض الفقه المصري يجيز التعداد الذي ورد في المشروع التمهيدي، وفي مقدمة هؤلاء السنهوري الذي يرى أن المشروع التمهيدي قد كان أوضح بيانا في تعيين ذوي المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطلان⁽¹⁾، وحشمت أبو ستيت الذي يرى بدوره أن التعداد السابق أفضل من القول الجاري بأن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ما دام أمر التمسك به قاصرا على هؤلاء، وما دام أن المصلحة التي تميز التمسك به تفسر في عرف ذلك القول بأنها المصلحة التي يتأثر بقيام العقد أو بطلانه، حتى لا يكون لجار أن يتمسك ببطلان عقد منزل مجاور بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري ولا لشركة أن تطلب بطلان عقد شركة أخرى للتخلص من منافستها، رغم أن مصلحتها ظاهرة⁽²⁾.

ولا تؤيد هذا الاتجاه الأخير الذي يقول بتفضيل التعداد على عبارة ولكل ذي مصلحة لأن هذه العبارة الأخيرة أوسع نطاقا من التعداد وخاصة أنه يحق للغير الأجنبي — والذي لم يشمل التعداد — أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع إذا أثبت أن له في هذا البطلان مصلحة مشروعة يحميها القانون وكان الشخص الذي يحق له التمسك بهذا البطلان لم يفتح هذه الدعوى⁽³⁾. أما فيما يتعلق بالأمانة الخاصة بالجار والشركة التي أوردتها كل من السنهوري وحشمت أبو ستيت وعبد المجيد الحكيم — والتي أخذت عن لتريسكرو — فهي صائبة أي أنه لا يحق لهذا الجار أو هذه الشركة — وهما من الغير الأجنبي — أن يتمسكا بالبطلان وأن يقيما دعوى به لأنه ليست لهما حقوق مشروعة تتأثر بصحة العقد أو بطلانه، أي ليست لهما مصلحة مشروعة في ذلك، وحيث لا مصلحة فلا دعوى. ولكل ذلك ففضل عبارة ولكل ذي مصلحة على التعداد الذي قد يفيد الحصر في المتعاقدين والخلف العام والخاص والدائنين في حين أنه يوجد من الغير — الأجنبي — من قد تكون له مصلحة مشروعة يحميها القانون تبيح له طلب البطلان.

وبلاحظ أن مثل هذا النزاع لا يثور في ظل التشريع الغربي لأنه لم يفرد

(1) المرجع السابق صفحة 526.

(2) المرجع السابق صفحة 259.

(3) لتريسكرو المرجع السابق صفحة 306.

في حد ذاته لا يبدو أن يكون تطبيقاً للعبارة التي وردت في التشريع المصري، والجاري بها العمل فقها وقضاء وهي أنه ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالطلاق، قد أثار جدلاً عنيفاً، وانتقادات قوية فمن الفقهاء من يرى في تدخل الغير كثيراً ما يكون حرة المتعاقدين واردة، ومنهم من يذهب إلى أن تدخل الغير كثيراً ما يكون مستحيلاً ودون فائدة لذلك بحالة العقد المخالف للأخلاق الحميدة — أي إذا كان الباعث عليه غير مشروع — فإن لم يذكر الباعث غير المشروع في العقد، فكيف يمكن لهذا الغير أن يطلب بطلان العقد؟ ويرى المستشار بول دوماس (PAUL DUMAS) أن تدخل الغير والسماح له بإقامة دعوى البطلان ليس تصفياً فقط وإنما هو محفوف بالخطر حيث يعطي لشخص أجنبي عن العقد الحق في تفسيره وتحديد نتائجه.

ومهما كانت قوة هذه الانتقادات فإنها لا تستطيع أن تهدم مبدأ استقرار، وهو أن البطلان يحمي المصالح العامة لا المصالح الخصوصية ويتقرر لحماية النظام العام والأخلاق الحميدة، لذلك يسوغ لكل ذي مصلحة ثابتة ومشروعة وقانونية أن يتمسك به سواء أكان أحد المتعاقدين أو الخلف أو أحد الدائنين أو من الغير.

وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لأنه لا يسوغ للقاضي أن يبحث فيما يعتبر معلوماً قانوناً وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 141 مدني مصري السابقة، أما يمثل النيابة وإن كان لا يحق له إقامة دعوى البطلان — مع أنها تهدف إلى حماية النظام العام والأخلاق الحميدة — فإنه يسوغ له أثناء النزاع أن يقدم اقتراحاته واستنتاجاته، بل له أن يذهب بعيداً وينضم إلى أحد الأطراف ما دام القول الفاصل يكون في النهاية للمحكمة وهو ما أخذ به صراحة القانون البرازيلي⁽⁵⁾.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي خرج عن هذه القواعد العامة، في مواد بطلان عقد الزواج لخطورته، وعواقبه على الحياة الزوجية، فحدد بالتدقيق الأشخاص الذين يسوغ لهم التمسك بطلان عقد الزواج، فاللاد 180، تقضي بأنه لا يسوغ لغير الزوجين أن يتمسك بطلان عقد الزواج إذا كان سبب البطلان ناتجاً عن

(5) رولف مارتان وزملاؤه: القانون المقارن الجزء الثاني صفحة 154.

انعدام رضى الزوجين أو أحدهما، فاللادة 182 تقضي بأنه لا يتمسك بطلان الزواج في حالة تخلف رضى الأب والأم أو الأجداد متى كان القانون يتطلب هذا الرضى — إلا هؤلاء المذكورين في النص، أو الشخص الذي كان في حاجة إلى هذا الرضى. والمادة 184 تقضي بأنه يسوغ للزوجين ولكل ذي مصلحة، أو ممثل النيابة العامة أن يتمسك بطلان عقد الزواج إذا كان هذا العقد الأخير مخالفاً لبعض مقتضيات القانونية والمادة 188، تعطي الحق للزوجة الأولى مثلاً — في حالة تعدد الزوجات (BIGAMIE)⁽⁶⁾ وحدها أن تطلب بطلان الزواج الثاني، وأما المادة 191 فتقضي بأنه يسوغ لكل من الزوجين وللأب والأم والأجداد، ولكل ذي مصلحة حقيقة وحالة وللممثل النيابة العامة أن يتمسك بطلان عقد الزواج الذي لم يتوافر له شرط العلانية والاشهار أمام الضابط العام المختص.

وعلى هذا الأساس ووفقاً لهذه النصوص لا يسوغ للورثة في هذه الحالات — باستثناء الحالات التي ذكر فيها القانون عبارة «لكل ذي مصلحة» — أن يتمسكوا بطلان عقد الزواج، وكذلك الشأن بالنسبة للدائنين — وقد نصت على هذا صراحة المادة 1166 — لأن حق الزواج حق شخصي وتترتب عن بطلانه نتائج قانونية خطيرة، وهزات نفسية عميقة فهو مهم بالدرجة الأولى للزوجين إلا أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاء في فرنسا أنه إذا رفع الزوج دعوى يطلب فيها بطلان عقد الزواج، ثم توفي قبل البث فيها، كان من حق الورثة متابعة هذه الدعوى⁽⁷⁾.

ولا يقتصر هذا التحديد فيما يتعلق بعقد الزواج على القانون الفرنسي، بل أن الشريعة الإسلامية سبقت إلى ذلك بقرون، لأن الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي، بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الإحصان والعفاف، مع تكثير سواد الأمة، بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة، تكفل للمتعاقدین تحمل أعبائها، في طمأنينة، وسلام، وود، وإجرام، (الفصل الأول من مدونة قانون الأحوال الشخصية المغربي)، ولذلك نجد الفصل 44 أوقف حق الطلاق على الرجل وجعل طلب التطلق للمرأة إذ نص على مايلي: «الطلاق هو

(6) مثلاً المواد 144 و 146 و 147 و 161 و 163.

(7) بيزران كريستيان (Berrant Christian) أطروحته فكرة النظام العام في مواد البطلان صفحة 59.

حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك، أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي.

ونشير في الأخير إلى الأشخاص الذين يتسكضدهم بدعوى البطلان، فهم باختصار كل شخص يستفيد من العقد الباطل وكل من خلقه في حدود ما يعود عليه من نفع من هذا العقد الباطل.

الفصل الثالث

أثر تقرير البطلان

تقتضي طبيعة هذا الفصل تقسيمه إلى فرعين يختص الفرع الأول لأثر البطلان فيما بين المتعاقدين، والفرع الثاني لأثره نحو الغير.

الفرع الأول

أثر البطلان فيما بين المتعاقدين

يعتبر العقد الباطل عدما والعدم لا ينتج إلا عدم وعلى ذلك فالعقد الباطل لا يترتب أي أثر بين المتعاقدين باستثناء استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، وبعض الآثار العرضية و الأصلية التي تمثلها الظروف العملية، والتي ستعرض لها فيما بعد وهذا ما نصت عليه المادة 306 من القانون المدني «الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، وعلى هذا الأساس فإذا قضت المحكمة ببطلان عقد توجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه، أي أن البطلان لا يزيل العقد من وقت الحكم به، وبالنسبة للمستقبل فحسب، وإنما يمتد مفعوله إلى الماضي أيضا وهذا ما يطلق عليه الأثر الرجعي للبطلان وقد أشارت كثير من المحاكم المغربية في قراراتها إلى هذا الأثر الرجعي للبطلان بعبارة يعتبر باطلا وكان لم يكن.

ويلاحظ أن رجعية نظام البطلان لا تشير أية صعوبة في حالة ما إذا كان العقد الباطل لم ينفذ بعد، حيث يبدو أثر البطلان في عدم إمكانية إجبار الطرفين أو أحدهما على تنفيذ العقد الباطل، ولكن على العكس قد نشأت صعوبات عملية عديدة عن الأثر الرجعي للبطلان في حالة ما إذا قام الطرف الآخر بتنفيذ العقد الباطل كلياً أو جزئياً. فإذا كانت القاعدة العامة تنطوي على إلزام الطرفين بحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد، والتزام كل من الطرفين بإعادة الممتلكات التي أخذها منه بمقتضى أو نتيجة العقد الباطل —

المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود السابقة — وهو ما أكدته المادة 316 الخاصة بإبطال الالتزام والتي نصت «يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والالتزام كل منهما بأن يرد للأخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرّر إبطاله وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير الحسنى البية الأحكام الخاصة المقررة تختلف العقود المسماة. فإن هذا الاسترداد يصادف صعوبات عملية بالنسبة لبعض العقود كعقد الإيجار وعقد تعليم المهنة وعقد التدريب وبصفة عامة عقد العمل، ولتوضيح المشكلة لابد من ضرب بعض الأمثلة : فإن كان العقد الذي تقرّر بطلانه بيعاً، استرد المشتري الثمن مع فوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية، واسترد البائع الشيء المبيع مع ثمراته، التي انتجت من وقت المطالبة القضائية إذا كان هو الآخر حسن النية، أما إذا كان العقد الباطل من العقود المستمرة كعقد الإيجار أو عقد العمل فإنه يستحيل إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إنشاء العقد، لأن المستأجر أو المكثري قد انتفع فعلاً بالعمل المكثراً، ورب العمل انتفع فعلاً من خدمات العامل والانتفاع يستحيل استرداده ولكل ذلك لا يكون أمام المحكمة إلا الحكم بالتعويض في الحالة الأولى على أساس أجرة المثل لا على أساس الأجرة المنفق عليها في العقد الباطل طبقاً للمادة 634 مدني التي تنص «إذا لم يحدد المتعاقدان الأجرة افترض فيما أنهما قد قبلا أجرة المثل في مكان العقد وإذا كانت ثمة تعريفية رسمية افترض في المتعاقدين أنهما قد ارتضيا التعاقد على أساسها». لأن التحديد السابق الذي نص عليه في الاتفاق باطل بقوة القانون أي أنه عدم والعلم لا أثر له، وفي الحالة الثانية يقدر التعويض على أساس الأتعاب والخدمات التي أداها العامل، أو وفق العرف الجاري به العمل، أو وفق الأسعار المحددة إن وجدت وذلك طبقاً للمادة 733 مدني والتي تنص «إذا لم يحدد الاتفاق أجر الخدمات أو الصفة، تولت المحكمة تحديده وفق العرف، وإذا وجدت تعريفية أو أسعار محددة، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضياها» لأن التحديد الاتفاقي باطل والعقد الباطل عدم لا أثر له، أي أن العقد الباطل لا ينتج أي أثر، وأنه إذا كانت طبيعة الالتزام تجعل من المستحيل أن يرجع كل من الطرفين للأخر ما أخذه عن طريق العقد الباطل، وجب الاعتماد على قيمة الأداء (VALEUR DE PRESTATION) الذي قام به أحد الأطراف والمنفعة التي عادت على الطرف الآخر، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 1142 مدني مصري في حاشي إبطال العقد، وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد،

فإذا كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض مقابل.

وقد يصبح الاسترداد مستحيلاً لسبب آخر لا يتعلق بطبيعة العقد كما إذا هلك الشيء المبيع وهو في يد المشتري، فهنا يلزم التمييز بين حالة الهلاك الذي يكون نتيجة خطأ المشتري، والهلاك الذي يكون نتيجة فعل القوة القاهرة، ففي الحالة الأولى يلزم المشتري بتعويض البائع، وذلك برد قيمة الشيء وقت الهلاك أما في الحالة الثانية، فلا يتحمل بالتعويض لحسن نية، وإن كان عليه أن يرد مقابل المنفعة التي عادت عليه منه، ويقايا الشيء المهلك وذلك طبقاً للمادة 597 المتعلقة ببيع الثياب والتي نصت على أنه : «يسأل المشتري عن تعيب الشيء أو هلاكه الحاصلين بفعله أو بخطأه أو بخطأ الأشخاص الذين تلزمه المسؤولية عنهم، كما أنه يسأل عن التغيرات التي ترتب عنها تحول الشيء تحولاً أساسياً اضراً بالبائع.

ولا يسأل المشتري عن الحادث فجائي أو القوة القاهرة، ولا عن التغيرات البسيطة التي لحقت بالشيء، وليس للبائع في هذه الحالة طلب انقاص الثمن. وقد رأينا تطبيق هذا النص على حالة الاسترداد التي نصت عليها المادة 306 والمادة 316 للتقارب الموجود بين الاسترداد بقوة القانون أو الاسترداد المترتب عن نظام البطلان ويمكن أن يطلق عليه الاسترداد الجبري أو القانوني وبين الاسترداد الاتفاقي أو بيع الثياب والذي نصت عليه المادة 585 مدني «البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثياب هو الذي يلزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل الثمن، ويسوغ أن يرد بيع الثياب على الأشياء المنقولة أو العقارية».

ويلاحظ أنه كان يرد على قاعدة الاسترداد السابقة استثناء أو قيد هام يقضي بأنه لا يسوغ الاسترداد في حالة البطلان بقوة القانون الناجم عن عدم مشروعية المخل أو السبب، وهذا القيد أو الاستثناء ما هو إلا صدى للقاعدة الرومانية القديمة التي كانت تقتضي بأنه لا يسوغ للام أن يستفيد من إثم، أو يؤسس دعواه على غشه وتدليس (Nemo audior turpitudinem) ومن أمثلة ذلك أن يدفع شخص لباغية مبلغاً من المال للاتصال بها اتصالاً غير مشروع وكذلك الشخص الذي يدفع المال لآخر لارتكاب جريمة، أو إخفاء معالها أو عدم التبليغ

بها، وكان الفقيه الروماني بول Paul يميز في هذا الشأن بين حالتين الأولى أن يكون العمل غير مشروع بالنسبة للطرفين كمن يعد شخصا بمكافأة كبيرة إذا قام بفعل هو في الأصل مخالف للنظام العام أو الأخلاق الحميدة ففني هذا المثل لا يصح لمن دفع المال أن يسترده لأنه مشترك في الالتم، كما أنه لا يسوغ للشخص الذي قام بالفعل أن يطلب هذا المبلغ لأنه أتم بدوره، ومن هذا أتت القاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأنه إذا تساوى الطرفان في الالتم فضل الطرف الذي في حيازته الشيء (impuri causa turpitudinis melior est possidentis) والحالة الثانية أن يكون العمل غير مشروع بالنسبة لأحد الطرفين، وهو إما أن يكون الشخص الذي قام بتسليم المبلغ المالي، فهذا لا يسوغ له استرداده إن دفعه، وتحقق مطالبته إن لم يدفعه والمثل الذي قدمه بول هو الشخص الذي يدفع مبلغا من المال لباغية؛ فالعمل غير مشروع بالنسبة إليه أما بالنسبة للباغية فهي تمارس مهنتها، أو قد يكون العمل غير مشروع بالنسبة للشخص الذي تسلم المبلغ من المال ففني هذه الحالة يسوغ لمن دفع المبلغ المالي أن يسترده لأنه لم يشارك في الالتم ومثاله من يدفع مبلغا من المال لمنع شخص من ارتكاب جريمة.

وطبق الفقه والقضاء الفرنسيان هذه القاعدة زما طويلا رغم أن القانون الفرنسي لم ينص عليها، ولكن هذا الفقه وهذا القضاء أخذوا مع الزمن يتعدان عنها بعد اكتشاف عيوبها التي كانت تكمن على الخصوص، في التشجيع على الفساد، والتهرب من أثر القواعد القانونية تحت ستار واه وهو عدم تدنيس جمع القاضي، ولم يعد يطبقه القضاء الفرنسي إلا بالنسبة للأعمال المخالفة لحسن الآداب والأخلاق الحميدة. وهذا هو نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء المصري إلى أن غلغل المشرع هناك عن القاعدة بالنسبة لفكرة الأخلاق الحميدة وعلق حشمت أبو ستيت على هذا التحول بقوله: إن المشرع التمهدي للقانون المدني كان يتضمن نصا هو المادة 201 سار فيه سيرة تلك القوانين الحديثة والقضاء من قصر الرد على حالة مخالفة الآداب بالنسبة للطرف غير الالتم ولكن هذه المادة حذفت من القانون على اعتبار أنها لا تتماشى مع منطق البطالان. وهكذا وضعت نية المشرع الجديد من إغفال الأخذ بتلك القاعدة ليصبح الرد في حالة البطالان لعدم المشروعية، كما هو الشأن في غيرها من أحوال البطالان، ممكنا دواما (1)، وبأخذ

(1) أبو ستيت المرجع السابق صفحة 250.

هذه القاعدة وبهذا الشكل القانوني الألماني في المادة 817 وقانون الاتزامات السويسري في المادة 66 التي تنص «يسوغ استرداد ما دفع لسبب غير مشروع ومخالف للأخلاق الحميدة»

أما التشريع المغربي فكان أقل إيمانا بجذوى هذه القاعدة، وأكثر جراءة من القانونيين الفرنسي والمصري، فنص صراحة على جواز الاسترداد حتى في حالة ما إذا كان العقد غير مشروع أي إذا كان مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة وهذا ما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني «يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة».

وهذا هو نفس الاتجاه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي في المغرب إذ جاء في قرار محكمة الاستئناف بالرباط في 12 فبراير 1919 ما يلي: «يعتبر باطلا ولا ينتج أي أثر عقد تأسيس جمعية تهدف إلى استغلال دار للعاهرة، لأنه يشكل اتفاقا مخالفا للأخلاق الحميدة أو حسن الآداب ولكن المادة 72 من قانون الالتزام والعقود تسمح للشريك الذي ساهم بتقديم حصة في هذه الجمعية غير المشروعة أن يطلب باسترجاعها (2)، وهو نفس ما قضت به محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في الرباط في 17 دجنبر 1935: «إذا كان عقد القرض، عقدا داخليا محضاً، وتضمن شرط خيار الصرف، أو ضمان الصرف لمصلحة الدائن فإن هذا العقد يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، ويسوغ للمدين أن يطلب باسترداد المبالغ التي دفعها تنقيدا للشرط الباطل في عقد القرض، لأن طلبه يرتكز على أساس قانوني (3)».

وتؤيد هذا التحرر النسبي من التقاليد الرومانية العتيقة لما فيه من عدالة وانسجام مع المنطق والعقل، ويمكن أن نلاحظ في هذا الشأن أن هناك دولا أخرى أخذت بفكرة الاسترداد، ولكن ليس لحساب الطرفين، وإنما لحساب الدولة أي أنها عاقبت إثم الطرفين أو أحدهما بالجرمان من استرجاع المبالغ أو الأشياء التي دفعت للقيام بعمل غير مشروع، وجعلت من هذه المبالغ أو الأشياء المدفوعة ملكا خالصا للدولة وسمعت أن هذه الطريقة مثالية لأنها تكون شبه، عقاب لفاسدي

(2) مجلة المحاكم المغربية عدد 367 سنة 1929.

(3) مجلة المحاكم المغربية عدد 669 لسنة 1937.

الأخلاق وتعتبر أقوى رادع لكبح جماح التلاعبين بالأخلاق الحميدة وبصفة عامة كبح جماح المستهترين بالنظام العام، وفي مقدمة هذه الدول الاتحاد السوفياتي الذي أدمج الدولة في النصوص الخاصة بفكرة النظام العام، ذلك أن المادة 30 من القانون المدني السوفياتي نصت على ما يلي: «يعتبر باطلا كل تصرف قانوني يهدف إلى غرض يخالف القانون، أو يهدف إلى تخريفه، وكذلك كل تصرف قانوني يتضمن غيبا واضحا للدولة». وقد علق الفقيه الروسي وولفسون (WOLFSON) على هذا الاتجاه فقال إن مبدأ والمنفعة العامة حل محل مبدأ واحترام العقود الذي كان سائدا في ظل القانون القديم أما فيما يتعلق بالاسترداد فإنه جاء في المادة 147 من القانون المدني الروسي أنه لا يسوغ لأطراف العقد استرداد ما دفع لعمل غير مشروع وأن هذا الإثراء بلا سبب الذي يحدث تحصله (4) الدولة ونفس الشيء أخذ به القانون البرتغالي الذي قرر أن تعود تلك الأموال المدفوعة إلى خزينة الدولة بدلا من الطرفين أو أحدهما.

ولا شك أن هذا التطور الذي حدث في التشريع المغربي كان مصدره الفقه الاسلامي، لأن الشريعة الاسلامية السمحاء عالجت مشاكل الدين والدنيا بمقتضى العناية والدقة، ولا غرابة أن نجد الامام مالك يتعرض لفكرة استرداد ما دفع تنفيذ لمقد غير مشروع فجاء في المدونة الكبرى (5)... «قلت» أرأيت لو أن مسلما أجر نفسه من نصراني يرعى له الخنازير، فرعاها فأراد إجازته (قال) قال مالك في النصراني يبيع من المسلم خمرا أن النصراني يضرب على يبعه الخمر من المسلم إذا كان النصراني يعرف أنه مسلم فباعه وهو يعرف أنه مسلم أدبا للنصراني (قال) وأرى أن يؤخذ الثمن من النصراني فيتصدق به على المساكين أدبا للنصراني ويكسر الخمر في يد المسلم (قال ابن قاسم) وأنا أرى أن تؤخذ الاجارة من هذا النصراني ويتصدق بها على المساكين ولا يعطاهما هذا المسلم أدبا لهذا المسلم ولأن الاجارة أيضا لا تحمل لهذا المسلم إذا كانت من رعية الخنازير ؟ وهكذا نرى أن الفقه الاسلامي فاق التشريع الغربي الذي أباح لطرفي العقد استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام، والتشريع السوفياتي والبرتغالي اللذين قالا بالاسترداد لفائدة الدولة والخزينة العامة، فقرر هذا الفقه الاسترداد لهدف أسمى وأفضل وهو اسعاد الفقراء والمساكين، وهذا إن دل على شيء يدل

(4) الوسيط في القانون القارن الجزء الثالث صفحة 340 وما يليها.

(5) عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق صفحة 265.

على قيمة وسمو وسلامة التفكير الاسلامي، ونظرتة التالية الانسانية. ولهذا كله يحق لنا نحن معشر المسلمين أن نفتخر بشريعتنا الخالدة، ونعتز بفقهنا الاسلامي، ونستخرج كنوزه ونجعل منه مصدرا وأساسا لنشريعنا الوضعية وبذلك نضيف إلى التيارات التشريعية العالمية الكبرى — اللاتينية والجرمانية والانجلوسكسونية — تيارا رابعا جديدا هو مجموعات التشريعات الاسلامية :

بقي علينا أن نشير في الأخير إلى البطلان الذي تقرره المحكمة بعد أن تبين أحد أسبابه، ويكون هذا السبب في الأصل نتيجة لخطأ من تمسك بهذا البطلان قريبا يتعلق بهذه المشكلة بلاحظ مازو أن المحكمة وإن كانت ملزمة في مثل هذه الحالة بالتصريح بالبطلان فإنه يسوغ منطقيا أن تشمل الآثار التي تترتب عنه حتى لا يستفيد المتسك بالبطلان من خطأه (6)، ويرى هذا الفقيه أن محجري القانون المدني الفرنسي أقروا هذا الاتجاه عندما جعلوا من حالة ناقص الأهلية الحالة الاستثنائية الوحيدة في المادة 1307. التي تنص أن مجرد تصريحات القاصر ببلوغه سن الرشد لا تقف أبدا في وجه استرداد ما دفعه.

وهذه الحلول التي سار عليها مازو تقوم على مبدأ أساسي هو أنه لا يسوغ للانسان أن يستفيد من خطأه تمشيا مع الخطوط العامة للقانون الفرنسي، وهو في رأينا مبدأ سليم وجوهري. ومع ذلك نرى أن تقرير الاسترداد في مثل هذه الحالة — والاسترداد هو الأثر الأساسي الوحيد الذي يترتب عن العقد الباطل بقوة القانون المادة 306 — لا يزعزع مبدأ استقرار المعاملات، ويضمن تحقيق العدالة ما دام القانون يحول دائما للطرف المتضرر أن كان حسن النية — أي الذي كان ينوي الاستفادة من العقد الذي أبطل بسبب خطأ الطرف الآخر — الحق في طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية التعاقدية، وأن هذا الحكم بالتعويض يعادل تقرير عدم الاسترداد إن لم يفقه، ونعتقد أن التشريع المغربي يميل إلى هذا الاتجاه الأخير لأنه نص صراحة على الاسترداد في أوسع نطاق، فاقره في حالة ما إذا كان العمل غير مشروع (المادة 72)، وهذا ما لم يعرفه القانون الفرنسي، وصرح به في المادة 70 التي تنص على أنه يسوغ استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق أو ما دفع لسبب كان موجودا ولكنه زال.

(6) المرجع السابق صفحة 269.

أما فيما يتعلق بحالة القاصر نجد التشريع المغربي كالتشريع الفرنسي — فهذا التشريع الأخير يسمح استثناء للقاصر الذي يصح برشده أو يرتكب تدليسا بالاسترداد في المادة 1312 منه — يحمل القاصر وناقض الأهلية دائما بالالتزام في حدود النفع الذي عاد عليه من تنفيذ الطرف الآخر للالتزامات في المادة 6 التي تنص — وهي شبيهة بالمادة الفرنسية — : «يجوز الطعن في الالتزام من الوصي بعد بلوغه رشده، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرفا احتيالية من شأنها أن تحمل التعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا، ويبقى القاصر مع ذلك ملتزما في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير» والمادة 9 من القانون المدني التي تنص على أنه : «القاصر وناقض الأهلية يلتزمان دائما، بسبب تنفيذ الطرف الآخر للالتزام، وذلك في حدود النفع الذي يستخلصانه من هذا التنفيذ ويكون هناك نفع إذا أنفق ناقض الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة أو إذا كان هذا الشيء لا زال موجودا في ماله».

الفرع الثاني

أثر البطلان نحو الغير

نرى من الفائدة أن نجد أولا المقصود بكلمة الغير هنا، وإذا ما عملنا على استقصاء ذلك نجد أن الفقه يميز بين طائفتين من الغير :

1. الغير القريب ويدخل في الغالب من الأحيان ضمن كلمة «المتعاقدين» وقد يعتبر استثناء من الغير بالنسبة لتصرفات معينة يقوم بها التعاقد وتتضمن هذه الطائفة الأولى : الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين (AYANT-CAUSE à TITRE UNIVERSEL ; AYANT CAUSE à TITRE PARTICULIER ; LES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES).
2. الغير البعيد أو الأجنبي وهو شخص أجنبي أو بعيد عن العقد وهو أي واحد غير الأشخاص المذكورين سابقا (أي ليس بخلف عام ولا خاص ولا دائن). (LE PENITUS EXTRANEI).

وإذا كانت كلمة المتعاقدين تشمل في العادة إلى جانب طرفي العقد الخلف العام والخلف الخاص والدائنين، فإن كلمة الغير بدورها قد تتخذ معنى واسعا فتتضمن الخلف العام والخلف الخاص والدائنين والغير الأجنبي.

وبعد توضيح فكرة المتعاقدين، وفكرة الغير، والمعاني التي يمكن أن تتخذها كل واحدة منها نشير إلى أن المقصود هنا بالغير هو الخلف الخاص أي الشخص الذي تلقى مالا أو حقا من أحد طرفي العقد الباطل (Ayant cause à titre particulier).

وبعد تحديد المقصود بفكرة الغير نشير إلى أن أثر البطلان بالنسبة للمتعاقدين هو نفس أثره بالنسبة لهذا الغير، الذي يكون قد تلقى حقا أو عينا من أحد طرفي العقد الباطل، ويرى الفقه أن امتداد أثر بطلان العقد إلى الغير ما هو في الأساس إلا تطبيقا للقواعد العامة، أي يستمد قوته على الخصوص من القاعدتين المشهورتين : قاعدة إذا زال حق المتصرف زال حق التلقي (Resolutio juris accipien) وقاعدة «فاقد الشيء لا يعطيه» أي أن الشخص لا يمكنه أن ينقل لغيره من الحقوق أكثر مما يملك (nemo plus juris transferre potest quam ipse habet) ونرى أن امتداد مفعول البطلان لا يركز على القواعد العامة فحسب وإنما يجد سنده القانوني في التشريع والقضاء المغربيين فاللادة 306 جاءت عامة ومطلقة أي أنها لا تميز فيما يخص أثر البطلان بين متعاقدين وغير متعاقدين أي الغير إذ نصت على ما يلي : «الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع. بغير حق تنفيذ له». وتفسر هذه المادة تفسيراً واسعاً أي أن العقد لا ينتج أي أثر بين المتعاقدين أو نحو الغير إلا استرداد ما دفع تنفيذاً له، أما القضاء المغربي فكثيراً ما عبر عن البطلان بعبارة «يعتبر باطلاً وكأن لم يكن» أي أن العقد الباطل يعتبر عدماً والعدم لا تفاوت فيه أي عدم بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، ومن الأمثلة على ذلك الشخص الذي يشتري عينا عن طريق عقد باطل، ثم يبيعها بدوره، وبعد هذا البيع الثاني يقرر بطلان عقد البيع الأول فهنا بحق للبائع في العقد الأول أن يسترد العين من المشتري الثاني ويستردها خالية من جميع الحقوق التي يكون المشتري الثاني قد رتبها على هذه العين.

وقد يتبادر إلى الذهن لأول مرة أن هناك تناقضات في التشريع أو بين القواعد العامة فيما يتعلق بامتداد مفعول أثر البطلان إلى الغير، ذلك أن من المسلم به فقها وقضاء وتشريعاً أن العقد شريعة المتعاقدين وهو ما نصت عليه المادة 230 من القانون المدني المغربي «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها، ولا يجوز الغاؤها إلا برضاها معا وفي الحالات المنصوص عليها في القانون». وإن العقود لا تنفع ولا تنضر غير عاقدتها، وهو ما نصت عليه المادة 228 من القانون المدني «الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد، فهي لا تنضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون» وإذاً كيف يمكن للمقود حسب ما أسلفناه أن تنضر الغير حيث تقرر أن أثر البطلان لا يقتصر على المتعاقدين فحسب وإنما يمتد إلى الغير.

والحقيقة أنه لا يوجد أي تناقض أو تناقض في التشريع أو بين القواعد العامة وإن ما تقرر بالنسبة للغير ينسجم مع القانون والمنطق والقواعد العامة، ذلك أن المقصود في المادة 228 هو الغير الأجنبي أي البعيد عن العقد، وهذا أخرجه طبيعة الحال من نطاق الغير الذي يمتد إليه أثر البطلان أثناء تحديدنا للمقصود بكلمة الغير والتي حصرتها هنا في الخلف الخاص الذي يتلقى عينا أو حقا من أحد طرفي العقد الباطل، والخلف الخاص يتأثر حسب القواعد القانونية بتصرفات سلفه وهو ما نصت عليه المادة 229 «تنتج الالتزامات آثارها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن أيضاً بين ورثتها وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحاً به أو ناتجاً عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، ونسبة مناب كل واحد منهم، وإذا رفض الورثة التركة لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها، وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم».

وعلى هذا الأساس يتبين لنا أن الغير شأنه شأن المتعاقدين يتأثر بالبطلان، وبأثره الرجعي كما ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي (1) ويرى مازو أن رجعية البطلان هذه تنضر كثيراً بحقوق الغير لأنه يستحيل في الغالب من الأحيان عليه أن يتبين أسباب بطلان العقد السابق، وأنه لا شك أن للخلف الخاص حق الطعن ضد التسبب في البطلان ولكنه غالباً ما يكون طعناً وهماً (2) وإذا كان الأصل طبقاً للقواعد السابقة أن مفعول أثر البطلان يمتد إلى الغير، فإن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات لحماية حسن النية، ومن أمثلة ذلك الدائن المرتهن رهناً حيازياً المنقول بحسن نية، وخاصة أن القانون المغربي يجعل الدائن الذي يتسلم بحسن نية، على سبيل الرهن الحيازي شيئاً منقولاً ولو عن لا يملكه يكسب حق الرهن وهو ما نصت عليه المادة 1187 من قانون الالتزامات والعقود «الدائن الذي يتسلم بحسن نية على سبيل الرهن الحيازي شيئاً منقولاً عن لا يملكه يكسب حق الرهن، ما لم يكن الأمر متعلقاً بشيء ضائع أو مسروق قابل لاسترداد ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 456 مكرراً»

وقد عمم المشرع الفرنسي هذا المبدأ بالنسبة لجميع المنقولات فنص في

(1) الفقرة للدنية الأولى 23 أبريل 58 مجلة قصر العدالة 1 - 416 - 1958.
(2) المرجع السابق صفحة 269.

المادة 2279 على أن الحيازة في المنقول سند الحائز، ولا يسوغ الاسترداد إلا في حالة الضياع أو السرقة وخلال ثلاثة سنوات فقط تحسب من يوم الضياع أو السرقة، وهذا هو نفس الاتجاه الذي أقره المشرع المغربي فيما يتعلق بالمنقولات تحت تأثير نمو التجارة، وسرعة المعاملات، وحماية الثقة لأنه يستحيل عمليا أن يقوم الأطراف بعملية التأكيد من صحة المعاملات أو العقود السابقة في هذه الحالة، فنصت المادة 456 على ما يلي : « يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات أنه كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل عليه، ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه » ونصت المادة 456 مكرر على استثناء يتعلق بالسرقة والضياع الذي يتقادم بمدة قصيرة حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات فجاء فيها « من ضاع له أو سرق منه شيء كان له الحق في استرداده خلال ثلاث سنوات من يوم الضياع أو السرقة ممن يكون هذا الشيء موجودا بين يديه ولهذا الأخير أن يرجع على من تلقى الشيء منه » ونصت المادة 457 : « عندما يكون كل من الطرفين حسن النية يرجع جانب الحائز إذا كان حسن النية وقت اكتسابه الحيازة ولو كان سنده لاحقا في التاريخ » ويلاحظ في هذا الشأن أن التشريع الفرنسي — خلاف التشريع الألماني والمغربي في المادة 202 عقاري — لم يجم الغير حسن النية من أثر البطالان في النطاق العقاري وإن الاجراء الوحيد الذي قرره لغائلته هو الشهر عن طريق تسجيل الحكم بالبطالان في السجل العقاري، وهذا ما يستفاد من المادة 65 من القانون العقاري التي تنص : « يجب أن تشهر بواسطة تسجيل في السجل العقاري جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر المتعلقة بالحيز العقاري، وجميع الأحكام التي تكسب قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو إقراره أو تغييره أو إسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارات التي تفوق مدتها ثلاث سنوات، وكل إبراء أو حوالة لقدر مالي يوراني كراء بناء أرض لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء ».

ويتخذ مازو هذه الطريقة فيذهب إلى أنه : « إذا كان هذا الاجراء يحمي الغير الذي سوف يتعامل بعد نشر الحكم، فإنه يترك دون حماية الذين تعاملوا قبل نشره، وعلى خلاف ذلك نجد نظام السجل العقاري الألماني، والنظام المطبق

في الأراض والورين لا يسمح بقيد تصرف ناقل للملكية عقار أو منشئ لحق عيني على عقار في السجل العقاري إلا بعد أن يتأكد قاضي السجل من صحة هذا التصرف، ولا يمكن أن يطعن أبدا في سلامة هذه التصرفات بعد إجراء عملية القيد وفي هذا ولاشك ضمانة وحماية للمعاملات العقارية لا يعرفها القانون الفرنسي⁽³⁾.

ومن الحالات التي لا يتأثر فيها الغير حسن النية برجمة البطالان حالة أعمال الإدارة، أو عقود الإدارة ومثال ذلك كما إذا أكرى مشتر لعقار عقاره إلى مستأجر حسن النية، فإن هذه الاجارة تستمر حتى لو بطل عقد الشراء لحسن النية. ويشترط لأعمال ذلك مراعاة مقتضيات القانونية العامة المتعلقة بعقود الكراء فإن كان هذا الكراء يتعلق بعقار وكانت مدة الاجارة تزيد عن سنة توجب تسجيله حتى يسري في مواجهة الغير، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 669 : « كراء العقارات لمدة تزيد على سنة لا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يكن مسجلا وفقا لما يقضي به القانون ». أما إن كان الكراء يتعلق بأرض فلاحية فلا يسوغ أن تزيد مدته عن أربعين سنة، وهو ما نصت عليه المادة 701 : « يجوز إبرام كراء الأراضي الفلاحية لمدة أربعين سنة فإن أبرم لمدة أطول ساع لكل من المتعاقدين فسخه بعد انتهاء الأربعين سنة » وقد سار الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الطريق منذ سنة 1838، ثم أكدته محكمة النقض الفرنسية حديثا، بشأن عقد بيع أبرمه شخص كان في حالة جنون، وقبل أن تقرر المحكمة بطلان العقد كان مشتر العقار، قد رتب عليه إجارة أو على سبيل التدقيق قبل تطويل مدتها⁽⁴⁾، فقضت محكمة النقض ببطالان البيع والبقاء على عقد الاجارة حماية لحسن نية المستأجر.

وزيادة على ما سبق هناك حالات عديدة يحمي فيها القضاء حسن نية الغير تطبيقا للقاعدتين المشهورتين : « الغلط الشائع بولد الحق » و « المظهر الخادع يحمي المخدوع »⁽⁵⁾. كما هو الشأن في حالة الوارث الظاهر، فهذا الوارث يبدو في أعين الناس وكأنه الوارث الحقيقي، وعلى هذا الأساس قيطان تصرفاته لا يحس بحقوق الغير الحسن النية، وذلك حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات، والنظام العام وللتقنة

(3) المرجع السابق صفحة 269.

(4) ليريسكو المرجع السابق صفحة 329.

العامة، وهذه الاعتبارات هي التي جاءت في حيثيات أهم الأحكام الفرنسية «وحيث أنه كانت (الوارث) حيازة علينية وخالية من كل نزاع على العقارات لسنين عديدة... وأن هؤلاء الدائنين قد تعاملوا معه بحسن نية، وتحت تأثير الغلط المشترك الذي لا يمكن تجنبه مهما اتخذ من الاحتمالات الانسانية». ويضيف هذا القرار قائلاً: «ولا اعتبارات تتعلق بالنظام العام والمنفعة العامة، ومراعاة لمبدأ ثبات العقود، واستقرار المعاملات المعقودة عن حسن نية» فإن تصرفات الوارث الظاهرة تعتبر صحيحة⁽⁵⁾.

ومن كل ما سبق يتبين لنا أن قاعدة رجعية أثر البطلان إلى الماضي ليست مطلقة، بل ترد عليها استثناءات تتعلق بالغير الحسن النية، وهذا يفيد بطبيعة الحال نظرية البطلان إذ يخلصها من الجمود التي حاول الفقه الكلاسيكي أن يضعها فيه، وهو جمود ليس له من فائدة سوى المس باستقرار وثبات المعاملات، وخاصة المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة والثقة، وفوق كل هذا نصت المادة 202 من القانون العقاري على أن الدعاوي الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو اسقاط عقد منشيء أو مغير لحق عيني لا مفعول لها اتجاه الغير، إلا من اليوم الذي سجل فيه بالرسم العقاري تسجيلًا منتظماً العقد المتضمن صراحة الاحتفاظ بهذه الحقوق المبنية بأسمائها في العقد أو من اليوم الذي وقع فيه تقييد مقال التداعي الرامي إلى إثباتها تقييداً احتياطياً.

بهذه الدراسة ننهي أثر البطلان سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة للغير، ونستنتج منها أن نظرية البطلان تعتمد إلى حد بعيد على نظرية دفع غير المستحق وخاصة أن المادة 306 نصت صراحة على أن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له.

(5) الفقرة الدنية في 3 يوليو 1877، مالوز 77 - 1 - 425 - 1578 - 38.1.

الفصل الرابع

الدفع بالبطلان

الحقيقة أن هناك فرقاً جوهرياً بين الدعوى والدفع، فالدعوى هي طلب بوجهه الشخص إلى خصمه، أما الدفع فهو كما يدل عليه اسمه سبيل للدفاع يلجأ إليه من ترفع عليه دعوى معينة، بغية رد هذه الدعوى، وعدم الحكم عليه بما تتضمنه ويحدد لتريسكو طبيعة الدفع بالبطلان (L'expion de Nullité) بأنه وسيلة احتياطية يملكها ضحية العقد الباطل لدفع طلبات الدائن بالتنفيذ سواء أكان ذلك قبل أو بعد مضي مدة التقادم⁽¹⁾، ونرى أن طريقة الدفع بالبطلان هي الوسيلة الأخيرة التي تستعمل لتسليح وحجج الآثار القانونية التي كان بالإمكان أن ينتجها العقد الباطل، وهي خير وأفضل من الدعوى بكثير لسهولة تنفيذها، وقد نص المشرع المغربي صراحة على جميع هذه المفاهيم بدقة في الفقرة الأولى من المادة 315 الخاصة بالدفع بالبطلان والتي جاء فيها: «يسوغ التمسك بالدفع بالبطلان لمن ترفع عليه الدعوى بتنفيذ الاتفاق في جميع الحالات التي يمكنه فيها هو نفسه أن يباشر دعوى الإبطال...» ولتوضيح أهمية الدفع بالبطلان وفعاليتها نضرب المثال التالي: فإذا باع شخص لآخر داراً أو ضيعة بعقد باطل، ولأسباب معينة لم ينفذ هذا العقد أي لم يقع تسليم الدار أو الضيعة للمشتري، واستمر عدم التنفيذ هذا إلى ما بعد مضي خمس عشرة سنة (م 387) فقي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يرفع دعوى البطلان على المشتري لسقوطها بالتقادم، ولكن مع ذلك لن تضيق منه الدار أو الضيعة لأنها مازالت بيده، أي أنه يستطيع حماية حقه بالدفع بالبطلان، إذا ما رفع عليه المشتري دعوى يطالبه فيها بتسليم الدار أو الضيعة، وذلك لأن

(1) المرجع السابق صفحة 393.

الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم (2) طبقاً للمبدأ العام الذي يقضي بأن العقد الباطل لا يتقلب عقداً صحيحاً بالتقادم. إلا أن بعض التشريعات والاجتهاد القضائي، قد خرج عن هذه القاعدة فجعل دعوى البطلان بدورها تقادم لاعتبارات عملية، وللحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات، فإن هذه التشريعات وكذلك الاجتهاد القضائي جميعها استنتت من ذلك الدفع بالبطلان، فالتشريع المصري نص صراحة على تقادم دعوى البطلان وحدها في المادة 141 التي جاء فيها: «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقده. أما التشريع الفرنسي — شأنه شأن التشريع الفرنسي — فقد نص بصفة عامة على تقادم جميع الدعاوى الناشئة عن الالتزام دون الدفع في المادة 387 التي جاء فيها: «كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تقادم بخمس عشرة سنة فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة وبأيدي هذا الاتجاه أن التشريع المغربي أخرج صراحة الدفع بالابطال من نطاق التقادم، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 315 التي جاء فيها: «ولا يخضع هذا الدفع للتقادم المقرر في الفصول 311 الى 314 السابقة».

ويعود أصل الدفع بالبطلان، وعدم تقادمه الى القانون الروماني، ذلك أن البريتور اعتبر الاكراه والتدليس جنتين خاصيتين (DES DELITS PRIVES) لا يعين في الإرادة، وسلح المضطر بوسيلتين للتخلص من العقد — الذي شابه الاكراه أو التدليس — فكانت الوسيلة الأولى أساسية ومهمة وهي طريقة الدفع ويستعملها المضطر لدفع طلب الدائن متى كان العقد لم ينفذ بعد، وتأخذ شكل الدفع بالاكراه (exceptio metus) والدفع بالتدليس (EXCEPTIO DOLI) والوسيلة الثانية وهي وسيلة ثانوية واحتياطية وهي طريقة الدعوى (ACTION) لازالة آثار العقد بعد تنفيذه، أي أن الدعوى لم تكن تستعمل إلا في الحالات التي لا يجد فيها مدعي التدليس أو الاكراه وسيلة أخرى لاقتضاء طلبه، وكانت هذه الدعوى تسقط بمضي سنة من وقوع التدليس، مع بقاء حق الدفع ثابتاً وإلى الأبد ومن هنا أتت فكرة أن الدعوى تسقط بالتقادم وأن الدفع لا يتقادم. أو بالتعبير الروماني أن الدعوى مؤقته والدفع خالد (QUAE TEMPORALIA SUNT AD AGENDUM PERPETUA).

(2) سنود إلى هذا الموضوع بالتفصيل أثناء الكلام عن التقادم. ويلاحظ أن بإمكانه في مثل هذه الحالة كذلك أن يرد الدعوى عن طريق التقادم.

ومن هذا كله يتبين أن مواد الإبطال كانت المجال الأول لظهور فكرة الدفع في القوانين الرومانية وقد انتقل هذا الأثر الى التشريعات الحالية، ولقد تعددتا التعرض للأصل التاريخي لنظرية الدفع بالبطلان، والابطال، لأن بعض الفقه أخذ يوجه سهاماً جارحة من النقد الى فكرة عدم تقادم الدفع، ويجعل من هذا الأصل التاريخي مصدراً لهم وتقويض هذه الفكرة فمثلاً يلاحظ كل من بلايول وريير وبلايخي أن هناك مبررات قانونية كانت تلزم الرومان تأييد الدفع، ولكن هذه المبررات لم يعد لها وجود أو أثر في الوقت الحاضر، فوسيلة الدفع كانت عند الرومانيين هي الأصل، أما الدعوى فكانت وسيلة ثانوية واحتياطية، في حين نجد أن الوضع قد انقلب في التشريعات الحالية، فأصبحت الدعوى هي الأصل، وأن الدفع هو الاحتياط، وأن الدعوى لم تكن تستعمل في العهد الروماني إلا بعد تنفيذ العقد وخو آثار هذا التنفيذ، أما قبل التنفيذ فليس للضحية سوى الدفع، وهي وسيلة كافية لحمايته مادام العقد لم ينفذ (3)، ولهذا الأسباب يعارض هذا الفقه عدم تقادم الدفع لأن للضحية حرية كاملة اليوم في استعمال الدعوى، وفي أي حالة كان عليها العقد أي سواء قبل أو بعد التنفيذ لذلك فلا فائدة في رأيهم من عدم تقادم الدفع.

وهذه الأفكار وإن كانت تتلاءم مع حالة الدفع بالابطال (4) فإنها بعيدة عن الصواب فيما يتعلق بمواد البطلان، ذلك أنه لا نستطيع أن نسلم بهذه الفكرة نهائياً لأن الأصل كما قلنا سابقاً أن العقد الباطل عدم والعدم لا يصبح وجوداً بالتقادم، وإن القضاء وإن كان قد خرج عن هذه القاعدة فسلم بتقادم دعوى البطلان لاعتبارات عملية وحماية لمبدأ استقرار المعاملات وخاصة لما يحدث من تغيير في المراكز القانونية بعد التنفيذ فإن هذه الأخطار تزول في حالة الدفع، لأنه السلاح الأخير الذي لا يستفيد منه إلا الطرف الذي لم يتم بتنفيذ التزاماته، ولهذا الأسباب نجد القضاء الفرنسي يرفض فكرة تقادم الدفع لما فيها من هدر للحقوق، ومغاغة لفكرة النظام العام والأخلاق الحميدة، وفكرة سلامة العقود وصحتها، وقد أكد هذه الحقيقة الفقه عندما ذهب الى أن هناك اجتهادات قضائية ثابتة تعتبر الدفع بالبطلان حقاً خالداً أو أبدياً، وأنه وسيلة الانقاذ الوحيدة بعد تقادم الدعوى. ويرى مأمون الكبري في هذا الشأن: «أما الدفع بالبطلان، فمن المجمع عليه

(3) الوسيط في القانون المدني الجزء الثاني طبعة 1957 صفحة 273.

(4) سنود إليها أثناء الكلام عن الدفع بالابطال.

أنه لا يتقدم أبداً فلو أن المشتري في دعوى أقامها عليه البائع، وجد من مصلحته التمسك ببطان البيع ليدفع دعوى المدعى كان له ذلك، ولو أنه في الوقت الذي يدل فيه بالدفع بالبطان يكون قد مضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة، والمستند الفقهي لعدم تقادم الدفع بالبطان هو أن التقادم لا يبدأ إلا من وقت تمكن صاحب الحق من مباشرة حقه والدفع لا يمكن مباشرته إلا بعد الدعوى (5). وهذا بالطبع ما سار عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ القدم، فقد جاء في قرارات محكمة النقض أن القاعدة «الدعوى مؤقته والدفع دائم» سارية في التشريع الفرنسي، ويتوجب تطبيقها لمصلحة من يتمسك بها... 8.

وإذا كان الأصل أنه يحق لكل شخص أو لحققة الذي ترفع عليه دعوى معينة بتنفيذ عقد — يعتبر في الأساس باطلاً — أن يدفع بالبطان، فإن هذا الأصل يفقد فعاليته في حالات خاصة هي التالية (6) :

1 — لا يسوغ للمدين أن يتمسك بالدفع بالبطان إذا تم تنفيذ العقد فعلاً، وذلك لأن الدفع بالبطان هو وسيلة للدفاع يلجأ إليها من ترفع عليه الدعوى بغية ردها، وليس وسيلة للهجوم إن صح هذا التعبير.

2 — لا يستفيد المدين من الدفع بالبطان، إذا كان قد فقد حيازة الشيء موضوع الالتزام الباطل، ويضرب لتريسكو مثلاً ذلك فيقول : فإذا كان العقد باطلاً لعدم اتفاق الأطراف على الثمن، وقد البائع حيازة العقار موضوع البيع، فإن هذا البائع لا يستفيد من الدفع بالبطان وتبرير ذلك سهل وبسيط، ويخلص في أن المركز الذي كان بالامكان أن يحمله الدفع بالبطان قد انعدم.

3 — لا يسوغ أن يستعمل الدفع بالبطان مع طلب عارض أو فرعي وإنما يتوجب أن يثار بصورة رئيسية.

وخلاصة القول أن الدفع بالبطان، وسيلة احتياطية يستند إليها المدين لدفع طلبات تنفيذ عقد باطل، وينتج أثره سواء فيما بين المتعاقدين، أو الغير مع مراعاة الأحكام الخاصة بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية.

(5) مأمون الكزبري : المرجع السابق صفحة 247.

(6) لتريسكو : المرجع السابق صفحة 33.

الباب الثاني دعوى الإبطال

إن كثيراً من الفقهاء لا يفرقون في الدراسة بين دعوى البطان بقوة القانون، ودعوى الإبطال، وإنما يختصمون للدعويين موضوعاً واحداً بعنوان واحد هو «دعوى البطان» ولكن أرائنا أن نخالف هذا التقليد اجتناباً لكل لبس أو غلط من جهة، واختلاف الأحكام الخاصة بكل من الدعويين من جهة ثانية وخاصة أن التشريع المغربي سار في هذا الطريق فتكلم عن الأحكام الخاصة بدعوى الإبطال في المواد 311، 313، 318. وقد زادنا اقتناعاً بوجود هذه التفرقة بين دعوى البطان، ودعوى الإبطال، أن المشرع المغربي اختار الاصطلاحين المحدثين «البطلان» و«الإبطال» للتمييز بين البطان المطلق والبطان النسبي، وبعبارة أدق أنه مادام هناك بطان وإبطال فهناك دعوى بطان ودعوى إبطال.

وطبيعة هذا الباب تقتضي تقسيمه إلى أربعة فصول، نخصص الأول لطبيعة دعوى الإبطال، والثاني للأشخاص الذين لهم حق التمسك بها. والثالث لأثر الحكم بالإبطال، والرابع للدفع بالإبطال.

الفصل الأول

طبيعة دعوى الإبطال

تعتبر دعوى الإبطال دعوى شخصية تهدف إلى الكشف عن أحد العيوب التي قد تصيب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن الاستغلالي أو الاستغلال، أو نقص الأهلية، وإلى محو الآثار القانونية التي نشأت عن عقد شابه عيب من العيوب السابقة. ويرى ليريسكو عن حق أن دعوى الإبطال قد تكون ذات طابع احتياطي ووقائي⁽¹⁾، ويحدث ذلك عندما يطالب المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته بالإبطال قبل أي تنفيذ للعقد، أو ذات طابع استردادي بأثر رجعي أي يمتد مفعوله إلى الماضي ويحدث ذلك عندما يكون الهدف من الإبطال إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

ويتبين مما سبق أن الطابع الشخصي في دعوى الإبطال أكثر وضوحاً منه في دعوى البطلان بقوة القانون، ذلك أن العقد القابل للإبطال هو في الأصل عقد موجود، وينتج كافة آثاره كل ما في الأمر أنه، ينطوي على جرمومة فساد قد تؤدي إلى إبطاله، وقد يتخلص منها ويقبى قائماً صحيحاً، وبعبارة أخرى أن العقد القابل للإبطال يمر بفترة يمكن أن يطلق عليها فترة تقرير المصير — وهي فترة قد تطول وقد تقصر — ويتحكم فيها المتعاقد الذي يضار من العقد المعب فهو وحده الذي يملك استعمال الرخصة أو الحق الذي يحوله القانون ويطلب بتقرير إبطال العقد، كما أنه يسوغ له الإبقاء على هذا العقد المعب وذلك بتطهيره

(1) ليريسكو : المرجع السابق صفحة 363.

من العيب عن طريق الإجازة أو الاقرار أو بتضييعه للرخصة التي منحه إياها القانون بالتقادم، وهذا كله يجسد الطبيعة الشخصية لهذه الدعوى بطريق تفوق ما هي عليه في دعوى البطلان.

وتبدو مساوئ هذه الدعوى في أن الطرف الذي لا يملك حق استعمالها، لا يستطيع أن يركن إلى نتائج العقد المعب، أو ينهز منها لأن مصير العقد القابل للإبطال في يد خصمه وحده، لذلك فما عليه والحالة هذه. إلا أن ينتظر ولأمد طويل ما ستقره مشيئة الطرف الآخر الذي شرع الإبطال لمصلحته، وهذا يهدد بصفة خاصة مصالح هذا المتعاقد وبصفة عامة مبدأ استقرار المعاملات، ولا يجتنب هذه الأخطار أو بالأحرى لتلافي هذه العيوب يتوجب في رأينا تقصير مدد التقادم — والتي ستعرض لها فيما بعد — التي جاءت ولا شك طويلة في هذه التشريعات، ويلزم أن ينشئ هذا التقصير على أساس يتلاءم مع الطبيعة الخاصة لكل عيب على حدة، وقد سارت على هذا الطريق فعلا بعض التشريعات. فمثلا نجد أن ضحية الغلط في التشريع الألماني لا يملك حق اختيار الوقت الملائم ليفرض فيه الإبطال على الطرف الآخر، وأن هذا المتعاقد الأخير لا يشعر نهائيا بأنه يعيش تحت رحمة ضحية الغلط، ذلك أن المادة 121 تنص على أنه يتوجب على ضحية الغلط أن يثبته بسرعة ودون تأخير وإلا قد تشغل ذمته بالخطأ.

ويرى ألفريد (ALFRED RIEG) أنه من المستحيل تقريبا إيجاد معيار عام أو مبدأ عام لتحديد متى يتقلب هذا التأخير خطأ⁽²⁾، ونرى أن هذه الصعوبة لا تقلل من أهمية هذا التنظيم البارح فذلك لأن الأمر متروك في كل حالة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي يستطيع أن يبين من ظروف الحال التأخير الناتج عن خطأ ضحية الغلط من عدمه أما فيما يتعلق بالقيمة العملية لهذا التنظيم، فإن ألفريد نفسه برغم من ملاحظته فإنه لا ينكر الفوائد العملية لهذه الطريقة إذ رأى فيها حماية قوية لمبدأ استقرار المعاملات وخاصة التجارية منها.

ويلاحظ أن إيجابية هذه الحلول حتى في القانون الألماني غير تامة إذ تقوم على أساس افتراض أن الضحية يعرف أنه قد وقع في الغلط، وبعبارة أخرى أن هذا الحل لا يطبق إلا إذا كانت الضحية عاللة بالغلط وابتداء من يوم اكتشافها

(2) المرجع السابق صفحة 142.

لغلط أما إذا كانت الضحية تجهل أنها قد وقعت في الغلط فإن دعواها لا تتقادم إلا بعد مضي ثلاثين سنة (30 سنة) تبتدىء من تاريخ إصدار الإرادة. وفي القانون الفرنسي لا تتقادم دعوى الإبطال بصفة عامة إلا بمضي عشر سنوات (م 1304). وفي القانون المغربي بمرور خمس عشرة سنة وهو ما نصت عليه المادة 314 التي جاء فيها إذا لم تتوافر ظروف تطبيق المادة 311 «تتقضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد». وقد تصدنا ذكر هذه الحالات هنا رغم أننا لا نتناول الآن موضوع التقادم لأن الأمر يتعلق بصفة عامة بطبيعة دعوى الإبطال، وفعاليتها، ومدى قربها أو بعدها من مبدأ العدالة ومبدأ ضرورة استقرار المعاملات ونرى أنه يلزم لحل هذه المشكلة الناتجة عن جهل الغلط أو عدم اكتشافه، وما في إطالة مدة التقادم من خطر على الطرف الثاني واستقرار المعاملات التي لم يستطع القانون الألماني — رغم ما بذل من جهود لتلافي مساوئ دعوى الإبطال — التغلب عليها تطبيق المبدأ الذي نادينا به سابقا وهو تقصير مدة التقادم في هذه الحالة إلى أبعد حد متى أردنا فعلا حماية الطرف الآخر من المفاجأة وأخطار الإطالة، وتعت الضحية، وأن نخمي مبدأ استقرار المعاملات وخاصة التجارية منها التي تقوم على السرعة، ولا يستثنى من هذه القاعدة العامة إلا حالة ناقص الأهلية أو القاصر، لأن مبدأ حماية مصالحه يتطلب بقاء حقه في دعوى الإبطال إلى أن يبلغ سن الرشد لأن عدم اكتمال إدراكه يشفع له في ذلك.

وإذا كان الأصل في التشريع المغربي — وكذلك الشأن في جميع التشريعات اللاتينية والتشريعات التي أخذت عنها — أن ضحية العقد المعب يملك دائما وأبدا طريقا قضائيا للتخلص من نتائج هذا العقد، سواء كان ذلك عن طريق الدعوى أو طريق الدفع، وأن القاضي إذا تبين وجود سبب من أسباب الإبطال فإنه يقضي بإبطال العقد «أي أن الحكم بالإبطال منشئ أي محدث لوضع قانوني جديد»⁽³⁾ فإن الحال يختلف في التشريع الجرمانى ذلك أن الأصل في هذا التشريع الأخير هو الطريق غير القضائي أي أنه يكفي لإبطال العقد في القانون الألماني مجرد تصريح بالإبطال، بوجهه الطرف المضار من العيب إلى الطرف الثاني (المادة 143) وأن القاضي لا يتدخل في هذا الإبطال نهائيا إلا إذا وقع نزاع بين الطرفين حوله، وأنه إذا حدث أن تدخل فهو لا يقضي بالإبطال — أو البطلان

(3) الصلدة : المرجع السابق صفحة 294. الكبريتي : المرجع السابق صفحة 275.

— وإنما يقرره فقط ^(٩) ولا يخضع هذا التصريح بالإبطال في جوهره لأي شكل معين، ولا يشترط فيه أن يكون بلفظة «إبطال» أو «بطلان» أو أن يتضمن ذكر سبب الإبطال، وإنما يتوجب أن يكون عبارة كافية للدلالة عليه وبصرف النظر عن العبارات المستعملة.

ويتبين من مقارنة الطريقة التي سارت عليها التشريعات اللاتينية في تنظيم دعوى الإبطال، بالطريقة الجرمانية، أن هذه الأخيرة ذهبت إلى أبعد حد في تقديس مبدأ حرية التعاقد حتى وصف بعض الفقهاء المذهب الألماني بالنظام الليبرالي المتطرف، ذلك أن التعاقد الذي يذهب ضحية الغلط أو الاكراه أو التدليس أو الغش أو الاستغلال، أو الذي يكون قاصراً أو ناقص الأهلية يستطيع أن يتخلص من العقد المعبى بكل سهولة وبساطة أي يكفيه أن يعلن للطرف الثاني رغبته في إبطال هذا العقد أي في إعدام نتائجه.

وإذا أردنا أن نحدد موقفنا بموضوعية من هاتين الطريقتين فنجد أن لكل منهما مزايا وعيوباً — وقد تكلمنا سابقاً عن عيوب دعوى الإبطال في التشريعات اللاتينية — وإذا كانت الطريقة الألمانية تخمي بقوة ضحية العقد المعبى وبالتالي حرية التعاقد، وتقضي على البطء، والمشاكل التي تنشأ عن مسطرة التقاضي، إذ بمجرد ما يصرح الضحية بالإبطال أو البطلان أو بأي عبارة تقيد النخل عن العقد، يعرف الطرف الثاني مصير هذا العقد فإنها لا تخلو من عيوب ومصاعب، فهي تضع في يد أحد المتعاقدين سلاحاً قوياً قد يسيء استعماله، فيضرب بمصالح الطرف الثاني، وبعبارة أخرى إنها لا تحوط الطرف الثاني بحماية تقية تعنت ومكايد الآخر، ذلك أنه يكفي لأحد المتعاقدين ليتهرب من نتائج أي عقد أن يدعى أنه ذهب ضحية غلط أو تدليس أو إكراه. حقيقة أن للطرف الثاني الحق في أن ينازعه فيرفع الأمر إلى القاضي، أي يعود إلى الطريقة القضائية اللاتينية. ونخرج من هذا كله أن أهم فوائد الطريقة الألمانية هي أنها تعتبر وسيلة من وسائل المساومة وإلا فها هي فوائدها ما دام الطرفان في حالة فشلها يستعملان الطريقة القضائية، ويلاحظ من جهة ثانية أن هذه الطريقة تهدد مبدأ استقرار المعاملات وخاصة في القانون الألماني حيث أن الدعوة القضائية لا تتقدم إلا بمضي ثلاثين سنة تبدأ من تاريخ إصدار التصريح بالإبطال.

(٩) الفريد ريج : المرجع السابق صفحة 141.

ومن كل ما سبق يتبين أن لكل من الطريقتين مزايا وعيوباً، ومع ذلك لا نتردد في اختيار الطريقة الألمانية، لأنها تمتاز بالسرعة وتضع حماية قوية للمتعاقدين المضار من العقد المعبى وخاصة أنه يكون الجانب الضعيف، ذلك أن المتعاقد الذي ذهب ضحية الاكراه مثلاً يستطيع أن يرفع رأسه بعد زوال هذا الاكراه، وبعبارة واحدة يمكنه أن يهدم ما قام به المكره، أما إذا شعر هذا الأخير بإجهاض أو ظلم، فله أن ينازع الضحية عن طريق القضاء وهو في رأينا أولى بتحمل مشاكل التقاضي وأعبائه من الضحية.

ويلاحظ أنه قد تقوم في بعض الأحيان إلى جانب دعوى الإبطال دعوى تعويض ذلك أنه يحدث في العمل أن يقوم ناقص الأهلية، أو القاصر بأعمال تدلّسية لتضليل الطرف الثاني، وإيهامه بأنه بلغ سن الرشد فيتعاقد هذا الأخير فعلاً معه على هذا الأساس، ثم يقاضاً فيما بعد بدعوى إبطال يقيمها ناقص الأهلية أو القاصر بعد رشده، أو يقيّمها من يمثله شرعاً ففي هذه الحالة يكون لضحية خطأ القاصر أو ناقص الأهلية أن يطالبه بإصلاح الأضرار التي لحقت نتيجة هذا العمل غير المشروع على أساس المسؤولية التقصيرية بناء على ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 96 : «... وبالعكس من ذلك يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أفعاله». وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يشترط في الخطأ أن يكون جسيماً أي أن يكون مصحوباً بأعمال تدلّسية أما مجرد الكذب البسيط أو مجرد تصريح يبلوغ سن الرشد فلا يعتد به وقد نصت على هذا صراحة المادة 1307 من القانون الفرنسي : «أن مجرد تصريح القاصر ببلوغه سن الرشد لا يسوغ أن يكون حاجزاً يمنعه من الاسترداد». ونرى أن هذه المادة كانت هي السبب الأساسي الذي دفع كثيراً من الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار أن خير تعويض يجبر خطأ القاصر أو ناقص الأهلية هو إلزامه بتنفيذ العقد الذي أبرمه بطريقة غير سليمة.

ونشير أن التشريع المغربي لا يسيّر في مثل هذا الاتجاه، أي أنه لا يلزم القاصر أو ناقص الأهلية بتنفيذ العقد الذي أبرمه بطريقة غير سليمة وإنما يمنح للقاصر أو ناقص الأهلية في سائر الأحوال طلب إبطال العقد، وحق الحصول عليه إذا قامت أسبابه وكل ما في الأمر أن هذا الأخير يسأل عن عمله غير المشروع طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وفي حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من القانون المدني : «يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه رشده ولو كان هذا الأخير قد استعمل

طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل التعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا.

ويبقى القاصر مع ذلك ملتزما في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير.

ويتحمل بائع ملك الغير بالتعويض إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير وهذا ما نصت عليه المادة 485 : «بيع ملك الغير يقع صحيحا :

1- إذا أقره المالك.

2- إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الأقوار، كان للمشتري أن يطلب البيع بحجة أن الشيء

مملوك للغير .

ولا يجوز إطلاقا للبائع ان يتمسك بطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير .⁸

ويلاحظ أن التدليس وإن كان في الأصل سببا من أسباب الإبطال، فإنه في بعض الحالات لا يخول الضحية سوى دعوى تعويض ضد المدلس، لدفع الضرر أي على أساس المسؤولية التقصيرية كما هو الشأن في التدليس الذي يباشره الغير والذي لا يستفيد منه التعاقد والذي لا يعلمه ويستفاد هذا الحكم من المادة 52 التي تنص : «التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين، أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لو لاها كان التعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه علما به». وكذلك الشأن في التدليس الذي يقع على توابع الالتزام، والذي لا يدفع إلى التحمل به وهو ما نصت عليه المادة 53 : «التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض». وترفع الدعوى في هذه الحالات على أساس المادة 77 من القانون المدني التي تنص : «كل فعل ارتكبه الإنسان على بينة، واختيار ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر».

ويرى ميشال بيران أنه يكون لضحية التدليس في الحالات التي يخول له

فيها القانون دعوى الإبطال الخيار بين هذه الدعوى، ودعوى التعويض، وأنه لا يسوغ للقاضي أن يضيف حالا ثالثا لانقراض الالتزامات لأنه كما قالت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر 24 يناير سنة 1922 : «لا يسوغ للقضاة أن يضيفوا شيئا إلى اتفاقات الأطراف أو تعديلها»⁽⁵⁾. وإن التنازل الصريح أو الضمني عن دعوى الإبطال لا يمتد أثره إلى دعوى التعويض لأن الدعوتين مستقلتان بعضهما عن بعض.

ويلاحظ أن نفس الشيء يطبق في حالة دعوى الإبطال من أجل الغلط الذي قد يقع فيه أحد الطرفين نتيجة لعدم احتياطه أو إهماله، وبعبارة أدق نتيجة لخطئه فإن إبطال العقد في هذه الحالة يحدث للطرف الثاني ضررا محققا، لذلك يسوغ لهذا الأخير أن يطلب ضحية الغلط الذي تسبب بخطئه في إبطال العقد بإصلاح الضرر الذي حصل، ويرى مازو وكعادته أن العقد يطل في هذه الحالة، ولكنه يذهب إلى أن أسهل وسيلة وأبسطها لتعويض الطرف الثاني هي شل آثار الطلاق، والتسك بالأداء أي عدم إعمال فكرة الاسترداد⁽⁶⁾. ويعتمد مازو في تأييد رأيه على أن القانون المدني الفرنسي تبني هذه الفكرة، عندما استثنى الأخطاء التي يرتكبها القصر فحسب.

ولا يؤيد ما ذهب إليه مازو، ونرى أنه يلزم دائما إعمال آثار البطلان أي إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها وقت نشأة العقد، وأن يرد كل منهما للآخر ما أخذه تنفيذا للعقد الذي أبطل، وإذا كان هذا الإبطال قد أتى نتيجة لخطئ من تقرر لصالحه فيكون على الطرف الثاني الذي تضرر أن يقيم دعوى تعويض لإصلاح الأضرار التي لحقت، ولا يستثنى من حكم هذه القاعدة إلا الحقوق التي يكون الغير المحسن النية قد اكتسبها على وجه صحيح، ويؤيدنا فيما نقول المادة 316 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص : «يرتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانوا عليها وقت نشأته، وإلزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله، وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير المحسن النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة».

(5) المرجع السابق صفحة 145.

(6) المرجع السابق صفحة 270.

وستنق عند هذا الحد لأن موضوع دراستنا هو دعوى الإبطال لا دعوى التعويض، وأن القاعدة العلمية، وضرورة الإلمام بكل جوانب الموضوع هي التي أمّلت علينا أن نشير ولو بإيجاز إلى هذه الدعوى الأخيرة.

والخلاصة أن دعوى الإبطال دعوى شخصية، وأن موضوعها أو محلها هو إزالة آثار القانونية لعقد تقرر إبطاله ويكون لها محل في حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والاكراه والغبن والاستغلال وخاصة في حالة القرض بفائدة والتي نصت عليه المادة 878 من القانون المدني - ونرى أنه من اللازم تعميم فكرة الاستغلال على سائر المعاملات في التشريع المغربي قياسا على المادة 878 - وفي غيرها من الحالات التي يحددها القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 311 من القانون المدني «يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصل 4 و39 و55 و56 من هذا الظهير وفي الحالات التي يحددها القانون...».

الفصل الثاني الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى الإبطال

إذا كانت التشريعات في العادة لا تحدد الأشخاص الذين يحق لهم إقامة دعوى البطلان، لأن هذه الأخيرة دعوى عامة، أي تتعلق بالنظام العام، أو بعبارة أخرى يمتزج فيها النفع العام بالنفع الخاص، لذلك كان لكل ذي مصلحة أن يتمسك بها، فإن الحال على خلاف ذلك في دعوى الإبطال التي تهدف إلى حماية المصالح الخاصة إذ نجد جميع التشريعات بما في ذلك التشريع المغربي، تجعل هذه الدعوى حقا لأحد الطرفين دون الآخر، وقد يكون هذا الطرف هو التعاقد الذي ذهب ضحية عيب من عيوب الإرادة وهي الغلط، والتدليس والاكراه والغبن والاستغلال، أو ناقص الأهلية أو القاصر أو المشتري في بيع ملك الغير، ومن هنا أتت العبارة المشهورة لا يتمسك بالإبطال إلا الطرف الذي شرع هذا الإبطال لمصلحته وقد أكد هذه الحقيقة المشرع المصري بنص صريح هو المادة 138 من القانون المدني التي جاء فيها: «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق» ومثل هذا ما أخذ به المشرع المغربي بالنسبة لحالة نقص أهلية الطرف الذي تعاقد معه، وأنه لا يسوغ لممثل النيابة العامة أن يقيم دعوى الإبطال ولا تملك المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

أما الشخص الذي ترفع ضده دعوى الإبطال فهو المتعاقد الآخر الذي استفاد من غلط الضحية أو عدم خبرته أو طيشه أو حاجته أو مرضه أو من الغبن أو التدليس أو الاكراه الذي وقع عليه أو من نقص أهليته.

الفصل الثالث

أثر الحكم بالابطال

إذا تبين للقاضي أن العقد ينطوي فعلا على عيب من عيوب الإبطال أو أن أحد الطرفين كان ناقص الأهلية أو قاصرا، أو أن المشتري ذهب ضحية بيع ملك الغير، وجب عليه أن يحكم بإبطال هذا العقد. وبعبارة أخرى أن القاضي وإن كان يملك سلطة تقدير وجود العيب من عدمه، فإن هذه السلطة التقديرية تنتهي عند اكتشاف العيب أي أنه ليس للقاضي في هذه الحالة إلا الحكم بالإبطال، وإن لم يفعل يكون قد خالف القانون وإذا قضى بإبطال العقد أصبح هذا الأخير كالعقد الباطل عدما — أي يعتبر كأن لم يكن لا للبطلان والابطال من أثر رجعي — والعدم بطبيعة الحال لا ينتج أي أثر سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، ولتوضيح هذا الفصل منقسمه الى فرعين : تخصص الأول منه لأثر الإبطال فيما بين المتعاقدين والثاني لأثر الإبطال نحو الغير.

الفرع الأول أثر الإبطال فيما بين المتعاقدين

العقد القابل للإبطال هو عقد قائم، يتوفر على جميع أركانه، وينتج كافة الآثار التي ينتجها العقد الصحيح كل ما في الأمر أنه ينطوي على جرثومة فساد وهي عيب أو خلل غالبا ما يصيب الرضى — قد يتخلص منها بالاجازة أو الاقرار أو التقادم — فيصبح عقدا صحيحا وصحيح الآثار في الماضي والمستقبل وقد تنهي هذه الجرثومة حياته إذا تسببت في إبطاله.

وإذا حكم بإبطال العقد فإنه يزول، وتزول جميع الآثار التي أنتجها بأثر رجعي أي يصبح كالعقد الباطل عدما، والعدم بطبيعة الحال لا ينتج إلا العدم، وبعبارة أخرى أن العقد الذي يقضي بإبطاله كالعقد الباطل يموت بأثر رجعي، ولا ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، وهذا ما نصت عليه المادة 316 من القانون المدني : «يرتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانوا عليها وقت نشأته والالتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله، وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير الحسنى النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة». ولقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذه المبادئ حرفيا في ظل القانون المتعلق بحوادث الشغل، والذي كان قد صدر في 9 أبريل سنة 1898 حيث ذهبت هذه المحكمة إلى أن العامل الذي لم يتوصل إلى وجود عمل إلا عن طريق التدليس لا يمكنه أن يستفيد من مقتضيات هذا القانون إذا ذهب ضحية لحادثة، وذلك لأن التدليس يجعل العقد قابلا للإبطال، وأنه لا كان للإبطال أثر رجعي، فإن العلاقة التعاقدية التي تربط عادة رب العمل بالعامل تعتبر منعقدة،

وعلى هذا الأساس، فإذا أراد هذا العامل، أن يحصل على تعويض يتوجب عليه أن يثبت أن الحادثة التي ذهب ضحيتها كانت نتيجة خطأ رب العمل وفقا لمقتضيات المادة 1382⁽¹⁾.

وبلاحظ ألفريد ريج (ALFRED RIEG) أن الإبطال سواء أكان نتيجة لحكم قضائي — كما هو الشأن في القانون الفرنسي والمغربي — أو نتيجة لتصريح بالإبطال، يوجهه الضحية للطرف الثاني — كما هو الشأن في التشريع الألماني — يعلم العقد بأثر رجعي⁽²⁾، إلا أنه يرى أن القاضي ليس ملزما في التشريع الفرنسي بأن يقضي بإبطال العقد برمته، بل يسوغ له أن يحصر هذا الإبطال في جزء من التصرف. ويرى كذلك أنه يجوز حتى للمستفيد من الإبطال أن يستعمل هذا الحق، ويتمسك بإبطال جزء من التصرف فحسب.

ونرى أن تفكير ألفريد هذا ما هو في الأصل إلا ترداد لنظرية انتقاص العقد التي أخذ بها المشرع المغربي أثناء الكلام عن الإبطال وهي التي نصت عليها المادة 308 — والتي ستعرض لها في دراستنا للآثار الأصلية والعرضية للعقد الباطل والقابل للإبطال — التي جاء فيها: «باطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي».

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن الحكم بالإبطال، كالإبطال يؤدي إلى إعدام العقد، وشمل كافة آثاره إذا لم يبدأ بعد في تنفيذه، وأنه إذا تم تنفيذه، وجب إعادة طرفيه إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه وذلك بأن يرد كل منهما ما دفعه للآخر بغير حق تنفيذا له، فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء هام خاص بنقص الأهلية، والقاصر، ذلك أن هذا الأخير لا يلتزم إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، ونرى مع ما زو أن هذه هي الضمانة الوحيدة، والناجحة لحماية ناقصي الأهلية والقصر، ذلك لأن المتعاقد الذي تعامل مع ناقص الأهلية والقاصر لا يسترد المبالغ التي دفعها لهذا الأخير تنفيذا لعقد باطل إلا إذا

(1) أنظر ميشال برون المرجع السابق صفحة 149 (حكم 2 ديسمبر 1901).
(2) المرجع السابق بنسبة الكلام عن الإبطال لأجل اللفظ صفحة 142.

أنفقها ناقص الأهلية فيما يعود عليه من نفع، وفي حدود هذا النفع، أو كان الشيء لا زال موجودا في ماله، أما إذا بذر ناقص الأهلية هذه المبالغ أو أتلف الأشياء، فلا يمكن لهذا المتعاقد أن يسترد ما دفع⁽³⁾ وبعبارة أدق أن ناقص الأهلية لا يسأل في ذمته عما أخذه تنفيذا لعقد أبطل إلا في حدود اغتنائه (ENRICHESSEMENT) ويقع على عاتق المتعاقد مع ناقص الأهلية عبء إثبات هذا الاغتناء وإذا استطاع المتعاقد إثباته أو أثبت انتفاعه من تنفيذ العقد الذي أبطل فإنه يسترد ما دفع في حدود الاغتناء وهذا ما نصت عليه المادة السادسة من القانون المدني: «يجوز الطعن في الالتزام من الوصي، أو من القاصر بعد بلوغه رشده ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا».

ويعنى القاصر مع ذلك ملتزما في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير. والمادة التاسعة التي تنص: «القاصر وناقص الأهلية يلتزمان دائما، بسبب تنفيذ الطرف الآخر للترام، وذلك في حدود النفع الذي يستخلصانه من هذا التنفيذ، ويكون هناك نفع إذا أتفق ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة أو إذا كان هذا الشيء لا زال موجودا في ماله. ويعتبر بعض الفقهاء عن حق أن هذا الاستثناء ما هو في الأصل إلا تطبيقا لقواعد دعوى دفع غير المستحق، ذلك أن التشريع المصري نص في المادة 186 على أنه: «إذا لم تتوافر أهلية المتعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي أثرى به». وما نصت عليه المادة 234 من القانون العراقي التي جاء فيها: «1- إذا كان من تسلم غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملزما إلا يرد ما كسب حتى ولو كان سميئة. 2- وكذلك إذا أبطل عقد ناقص الأهلية فلا يرد إلا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد». ونفس الشيء يقال بالنسبة للتشريع السوري.

ولا توجد مثل هذه النصوص في التشريع المغربي، ولا حرج في ذلك أو ضيق لأن ما ورد في مواد الأهلية يعنى عنها في استرداد ما دفع بغير حق ولكل ذلك نرى أن مواد استرداد ما دفع بغير حق اهتمت بالواجهة الثانية للاسترداد أي هل يحق لناقص الأهلية أن يسترد — وعلى الخصوص في حالتي تقادم الدين

(3) المرجع السابق صفحة 268.

أو الالتزام المعنوي — أم لا ؟ إن الجواب يكون بالإيجاب في تشريعنا ولا يستثنى إلا الحالة التي يكون فيها الدافع متممًا بأهلية التصرف على سبيل التبرع. وهذا ما نصت عليه المادة 73 من القانون المدني : «الدفع الذي يتم تنفيذًا لدين سقط بالتقادم أو لالتزام معنوي لا يجوز الاسترداد إذا كان الدافع متممًا بأهلية التصرف على سبيل التبرع، ولو كان يعتقد عن غلط أنه ملزم بالدفع أو كان يجهل واقعة التقادم».

ويلاحظ أنه يرد على هذه القاعدة استثناء خاص بحالة الغبن في التشريع المدني الفرنسي، ذلك أن هذا التشريع خول للمتعقد الذي استفاد من الغبن أن يتفادى آثار الإبطال بانقراض الثمن، وقد نصت على هذه الحالة الخاصة المادة 1681 المتعلقة ببيع العقار والتي جاء فيها : «يكون للمتصرف له (المستملك) في حالة قبول دعوى الإبطال، في أن يرد الشيء ويسترد الثمن الذي دفعه أو يحتفظ بالأصل، ويدفع تكملة الثمن العادل مع انتقاص العشر من مجموع الثمن».

ويسري نفس الحكم بالنسبة للغتر فيما عدا حقه في الضمان، الذي ينقل به البائع. وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه نفس المشرع فيما يتعلق بالغبن الذي يقع في القسمة، ونرى في هذا العمل حفاظًا على مبدأ استقرار المعاملات، وحماية لحقوق الطرف المغبون، ولأجله نؤيد كل محاولة هادئة إلى التلطيف من عيوب الإبطال، وبعبارة أخرى كل محاولة ترمي إلى تلافيه ما أمكن، ما دامت تضمن حماية الضحية وحماية المعاملات. وخاصة أن التشريع المغربي أخذ بفكرة انتقاص الثمن في حالة العيوب الخفية ذلك أن المادة 560 تنص على أنه «يحصل انتقاص الثمن بتقويم المبيع عند البيع على أساس خلوه من العيب ثم تقويمه على الحالة التي يوجد عليها».

وإذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، حصل على التقويم على أساس قيمة كل الأشياء المكونة للصفقة.

ويرى ليريسكو أن هذا النهج هو الذي يطبق غالبًا في حالة الإبطال النسبي من أجل عيب الغلط، حيث يعوض مبدأ إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد (STATU QUANT) بإبطال جزء من الالتزام أو بانقراض الثمن⁽⁴⁾.

(4) المرجع السابق صفحة 391.

ولا نستطيع أن نعارض فكرة انتقاص الثمن ولا فكرة الإبطال الجزئي ولا فكرة الخيار — وخاصة أنها بدأت تغزو الفقه والعمل القضائي وحتى التشريعات الحديثة — وبرغم ما فيها من أخطار على فعالية دعوى الإبطال، لأنها تهدف أولاً وقبل كل شيء إلى إقامة توازن بين مصلحتين متعارضتين : مصلحة الضحية في إبطال العقد ومصلحة المتعقد الآخر في الإبقاء عليه، أي أنها تهدف إلى التوفيق بين حماية الضحية وحماية مبدأ استقرار المعاملات.

وخلاصة القول فإن الحكم بالإبطال، وإن كان بصفة عامة كالإبطال في جميع الوجوه أي يطبق على آثاره ما ينطبق على آثار الإبطال من أحكام فإن له بعض الأوجه الخاصة به، هي التي جعلتنا نفرد له فرعًا خاصًا تناولنا فيه الصفات الذاتية لآثار الحكم بالإبطال.

ونرى من الفائدة قبل إنهاء هذا الفرع أن نبين حكم العقد الفاسد أو العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية لنقف على أوجه التقارب والاختلاف بينها وبين ما أخذت به التشريعات الوضعية الحديثة.

رأينا فيما سبق أثناء دراسة تقسيم الإبطال في الفقه الإسلامي، أن الفقه الحنفي وحده يميز بين العقد الباطل، والعقد الفاسد، وتختلف آثار العقد الفاسد اختلافا جوهريا عن آثار العقد القابل للإبطال، ذلك أن هذا الأخير يعتبر قائما وصحيحا وينتج كافة آثاره إلى أن يحكم بإبطاله فيزول بأثر رجعي. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 233 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني التي جاء فيها : «الإبطال يكون حيطًا ذا مفعول رجعي». أما العقد الفاسد فهو عقد غير صحيح، وكل ما في الأمر أنه متعقد وله وجود شرعي ومادي، ولا ينتج أي أثر قبل القبض، ولكل من المتعاقدين الحق في نسخه إلى أن يزول الفسد، أما الأثر الذي يكون له بعد القبض فإنه يثبت للملكية، لكن هذه الملكية ليست مطلقة، بل هي من نوع خاص أي تهددها الفسخ ذلك أنه يسوغ لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ هذا العقد ويبقى هذا الفسخ قائما إلى أن يزول الفسد، وتبين هذا من قول حسن الدنوب «فقدنهم أن العقد الفاسد (يجب فسخه) سواء أكان ذلك برضاء الطرفين المتعاقدين أم يحكم قضائي يصدر بالرغم عنهم، فهم لا يفرقون كما يفرق فقهاء القانون المدني بين (إبطال) العقد و (فسخه) فكأنهم نظروا

إلى نتائج كل من النظامين دون التفات إلى التسمية، فمندهم أن الفسخ قد يكون بسبب خلل صاحب العقد عند انعقاده أو بسبب طارئ يمنع بقاءه⁽⁵⁾.

ويلاحظ أنه يقوم إلى جانب التقسيم الحنفي، تقسيم فقهي آخر يفرق بين العقد الباطل والعقد الموقوف، ويختلف آثار هذا العقد الأخير كذلك اختلافا جوهريا عن أثر الحكم بالإبطال، فالعقد الموقوف وإن كان كالعقد القابل للإبطال يعتبر صحيحا، إلا أنه لا ينتج أي أثر أي يبقى موقوفا إلى أن تلحقه الاجازة، فينفذ أو ينقض فيطل، وتترتب عنه جميع آثار العقد الباطل⁽⁶⁾، ولتوضيح ما سبق نورد المادة 134 من القانون المدني العراقي الذي يأخذ بفكرة العقد الموقوف، والتي جاء فيها : «إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغير جاز للمعاقد أو ينقض العقد بعد زوال الحجر وارتفاع الإكراه، أو تبين الغلط أو انكشاف التغير كما له أن يحيزه، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين، وأن يستردها حيث وجدها، وإن تداولتها الأيدي، فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها».

الفرع الثاني أثر الحكم بالإبطال نحو الغير

الحكم بالإبطال كالإعلان لا ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع تنفيذا له بغير حق ويمتد مفعوله إلى الماضي بأثر رجعي سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا أن هذه القاعدة — كما رأينا سابقا أثناء تناول أثر الإعلان بالنسبة للغير — لا تطبق على إطلاقها صيانة للحقوق المكتسبة عن حسن النية، وحفاظا على استقرار المعاملات، وهذا ما أكدته المشرع المغربي في المادة 316 التي تنص : «يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والزام كل منهما بأن يرد للآخر ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله، وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير الحسن النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة».

وهذا اتجاه سليم للتوفيق بين المبدأين الأساسيين : مبدأ استقرار المعاملات، ومبدأ حماية سلطان الإرادة، لأن اعتناق أحد المبدأين يقود ولا شك بالضرورة إلى التضحية بالمبدأ الثاني.

ويلاحظ أن التشريعات لم تقف موقفا واحدا من هذين المبدأين، فالتشريعات الجزائية، والتشريعات التي تأثرت بها تميل إلى المحافظة على ثبات واستقرار المعاملات، في حين نجد التشريعات اللابينية، والتشريعات التي تأثرت بها تميل إلى حماية سلطان الإرادة والمشاهد عمليا أن بعض التشريعات ذهبت خطوات أبعد لحماية حسن النية والحقوق المكتسبة ليس بالنسبة للغير فحسب، وإنما بالنسبة للطرفين أيضا ولا شك أن في تقرير هذه الحماية حماية لحقوق الغير المكتسبة وحسن نية.

(5) كتاب نظرية العقد مجموعة كتب معهد الدراسات العربية العليا، صفحة 75.
(6) راجع الباب الرابع الخاص بتقسيم الإعلان في الشريعة الإسلامية، صفحة 77 وما لبها.

وتطبيقاً لهذه القاعدة يرى ميشال بيوان أن المدين الذي التزم تحت تأثير التدليس، يستطيع أن يدفع ضد الحال إليه الحسن النية بيطلان تعهده. إلا أنه يلاحظ أن هذا الأصل يرد عليه استثناء هام وجوهري يتعلق بالسفينة، وهو مبدأ «عدم التمسك بالدفع» أي لا يسوغ للقاتل الذي ذهب ضحية تدليس الساحب أن يدفع ضد الغير الحامل الحسن النية بأن قبوله كان نتيجة تدليس هذا الساحب (1).

ونلاحظ كذلك — على خلاف الحال في التشريع الغربي — أن الغير في التشريع الفرنسي يستطيع في حالات خاصة أن يتوق نتائج آثار الإبطال إذا تمت تكملة الثمن إلى الحد العادل سواء فيما بين المتعاقدين أو بين الغير المغبون ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1681 : «يكون للمتصرف له (المسلك) في حالة قبول دعوى الإبطال، أن يرد الشيء ويسترد الثمن الذي دفعه أو يحفظ بالأصل ويدفع تكملة الثمن العادل مع انقاص العشر من مجموع الثمن».

ويسري نفس الحكم بالنسبة للغير فيما عدا الضمان الذي يتحمل به البائع (2).

ويؤخذ بالشيء نفسه فيما يتعلق بالغير والاستغلال في التشريع المصري والسوري ذلك أنه يسوغ للقاضي أن يقتصر على انقاص ثمن الالتزامات كما أنه يجوز في عقود المعاوضة في ظل هذين التشريعين أن يتوق الطرف الثاني دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، ونرى أن المغبون بطبيعة الحال يستفيد من هذه الوضعية وخاصة إذا كان له وللمتعاقد معه مصلحة في الإبقاء على العقد. بل يمكن أن نذهب إلى أبعد مما ذهب إليه هذه التشريعات فنقول أنه يسوغ في عقود المعاوضة أن يتوق الغير دعوى الإبطال إذا عرض عليه القاضي ما يراه كافياً لرفع الغبن، ثم يطالب المتعاقد معه فيما بعد بالقدر الذي دفعه على أساس تعويض الأضرار التي لحقت له من هذا البيع، أو على أساس نظرية الأثر بلا سبب.

(1) المراجع السابق صفحة 151.

الفصل الرابع الدفع بالإبطال

يعتبر الدفع بالإبطال كالدفع بالبطلان وسيلة احتياطية (Sibidaire) أو أخيرة يستعملها الضحية لدفع طلبات الدائن بتنفيذ عقد قابل للإبطال أو حكم بإبطاله، وبعبارة أخرى يستعمل الدفع لحماية حياة المدين المطالب بتنفيذ عقد قابل للإبطال أو حكم بإبطاله، والدفع بالإبطال في التشريع المغربي كالدفع بالبطلان، لا يتقدم أبداً، وقد نصت على هذا كله المادة 315 والتي جاء فيها : «يسوغ التمسك بالدفع بالبطلان لمن ترفع عليه الدعوى بتنفيذ الاتفاق في جميع الحالات التي يمكنه فيها هو نفسه أن يباشر دعوى الإبطال، ولا يخضع هذا الدفع للتقدم المقرر في الفصول 311 إلى 314 السابقة».

وإذا كان الأصل أنه يسوغ لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالدفع بالبطلان، فإن هذا الحق ليس مطلقاً فيما يتعلق بالدفع بالإبطال، حيث لا يسوغ أن يتمسك به إلا المتعاقد الذي تقرر دعوى الإبطال لصالحه وهذا ما عبرت عنه المادة السابقة بعبارة : «... في جميع الحالات التي يمكنه فيها هو نفسه أن يباشر دعوى الإبطال». وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقول أن الدفع بالإبطال يقرر لمصلحة أحد المتعاقدين دون الآخر، وهو ناقص الأهلية أو القاصر أو ضحية الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن أو الاستغلال أو المشري في بيع ملك الغير (1) وغيرهم من الأشخاص الذين يمنحهم القانون دعوى الإبطال.

ونلاحظ أن هناك عدداً من الفقهاء يرى أن الدفع بالإبطال على خلاف

(1) راجع الفصل التالي الخاص بالأشخاص الذين لهم حق التمسك بدعوى الإبطال. صفحة 348 من هذا الكتاب وما يليها.

الدفع بالبطالان يخضع للتقادم، ومن هؤلاء السنهوري (2) الذي يذهب إلى أنه : «... يتبين أن الحق في ابطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمسة عشرة سنة حسب الأحوال. فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً، ولا يجوز بعد ذلك ابطاله لا عن طريق الدعوى، ولا عن طريق الدفع، وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال ويصبح العقد في حكم المجاز، يثبت وجوده منذ صدوره، إذ للتقادم أثر رجعي كالأجازة». ويرى هذه التفرقة بقوله : «ويلاحظ أن الدفع بالابطال في العقد القابل للابطال يختلف عن الدفع بالبطالان في العقد الباطل، في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته، إذ يستخذ من ناحية الاجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعي عليه، ويطلب فيها ابطال العقد، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الاجراءات ومن ثم فالدفع بالابطال يتقادم، لأنه دعوى، والدعوى يرد عليها التقادم أما الدفع بالبطالان فلا يتقادم، لأنه دفع والدفع لا يتقادم» (3). وقد تأثر بهذه الأفكار أحمد حشمت أبو سنيت الذي يرى أن : «العقد القابل للابطال عقد له وجوده القانوني، فإذا ما مضت على هذا الوجود القانوني المدة المقررة فإن وجوده يستقر بصفة نهائية، ولا يمكن بعد ذلك مهاجمته لا عن طريق الدعوى أو الدفع» (4). وصفة عامة قد سار على هذا الاتجاه غالبية الفقه المصري وبعض الفقه في العراق (5) وهو نفس التفكير السائد عند كل من بودري (Baudry) وبارد (BARDE) اللذين قد وضحا اتجاههما بالمثل التالي ويتعلق عليه : «فإذا دفعتي بوسائل احتيالية إلى شراء عقار منك، وبقي العقد دون تنفيذ مدة تزيد على عشر سنوات عن اكتشاف التدليس، ثم رفعت بعد ذلك على دعوى تطالبني فيها بالثمن. فهل أستطيع في هذه الحالة أن أurd طلبك عن طريق الدفع؟ لقد أجاب كل من بودري وبارد على هذا السؤال بالنفي، على أساس أن المادة 1304 — الخاصة بتقادم دعوى الابطال — لا تسمح بذلك وأن السكوت لمدة تزيد على عشر سنوات تعتبر اجازة ضمنية، وبذهيان في بربر وجهه نظرهما إلى القول بأنه : «من الناحية الموضوعية نجد المادة 1304 لا تحدد سوى مدة تقادم الدعوى وتولد بالصلمت فيما يتعلق بالدفع ولكن كلمة

(2) المرجع السابق صفحة 523.

(3) السنهوري : المرجع السابق صفحة 523 على الخامس.

(4) أبو سنيت : المرجع السابق صفحة 256.

(5) عبد الحميد الحكيم : المرجع السابق صفحة 257.

دعوى : (ACTION) قيد هنا الحق (DROIT) الذي نسعى إليه بالطريق القضائي، وأن القانون عندما ينص على دعوى البطالان أو الابطال تقادم بعشر سنوات فإن حق بطالان أو ابطال الالتزام نفسه ينقضى وإن الحق الذي لا يبقى له وجود، لا يمكن أن يصلح أساساً للدفع» (6).

ويلاحظ أن هذه الأفكار لا نجد لها مكاناً في التشريع المغربي، لأن المشرع نص صراحة، ودون غموض على عدم تقادم الدفع بالابطال في الفقرة الثانية من المادة 315 والتي جاء فيها : «ولا يخضع هذا الدفع للتقادم المقرر في المواد 311 إلى 314 السابقة وعلى هذا الأساس يمكن لضحية الغلط أو الاكراه أو التدليس أو الغبن أو الاستغلال أو نقصان الأهلية أو القاصر أو المشتري في بيع ملك الغير أن يدفع بالابطال ولو مر على عدم تنفيذ العقد أزيد من خمس عشرة سنة التي هي مدة تقادم دعوى الابطال بحسب المادة 314، وهي مدة تقادم جميع الدعاوى الناشئة عن الالتزام في القانون المدني المغربي بمقتضى المادة 387 ما عدا الحالات الاستثنائية بطبيعة الحال.

وربما كان الحافز الذي دفع المشرع المغربي لاتخاذ هذا الموقف هو أن الحكم بالابطال كالبطلان يعدم العقد، وإذا كان الدفع بالبطالان لا يتقادم لأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بمضي المدة فتوى من باب أولى أن الدفع بالابطال هو بدوره لا يتقادم لأن ضحية الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الغبن أو الاستغلال أو نقصان الأهلية ذهب ضحية الفش، والفش يفسد كل شيء وصدق الرسول عليه السلام عندما قال من غشنا فليس منا، وفضلاً عما سبق لا يمكن أن نسلم بفكرة أن السكوت عن تنفيذ العقد القابل للابطال لمدة تزيد عن خمس عشرة سنة، يعتبر اجازة ضمنية لأن هذا يتناقى مع صراحة النصوص التشريعية للقانون المدني المغربي سواء فيما يتعلق بمواد الابطال الذي تقضي بأن الدفع بالابطال لا يتقادم، أو فيما يخص مواد الاجازة، ذلك أن الاجازة تعني التنازل عن حق الابطال، والتنازل لا يفترض ولا يتوسع في تفسيره، لذلك جعل المشرع المغربي ضابط الاجازة الضمنية هو تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً. في حين أنه يشترط للمسلك بالدفع بالابطال أو البطالان ألا يكون المتعاقد قد نفذ أو شرع في تنفيذ العقد. لأن البدء في التنفيذ يفيد الاجازة الضمنية التي نصت عليها المادة 318 والتي جاء فيها : «إذا

(6) الوسيط في القانون المدني، الطبعة الثالثة سنة 1908، صفحة 395 و396.

لم تحصل الاجازة أو التصديق صراحة، يكفي أن ينفذ طوعا كليا أو جزئيا الالتزام القابل للإبطال ممن كان على بينة من عيوبه بعد الوقت الذي كان له فيه اجازته أو التصديق عليه بوجه صحيح». ويؤيدنا في هذا الاتجاه مأمون الكزبري الذي يرى أن: «التمسك بالإبطال عن طريق الدفع فهو هنا، كما في البطالان، لا يتقدم أبدا، ومن حق من ترفع عليه الدعوى بتنفيذ العقد القابل للإبطال أن يتمسك بدفع الإبطال حتى ولو كانت دعوى الإبطال قد انقضت بالتقادم القصير أو العادي»⁽⁷⁾.

الباب الثالث

الآثار الأصلية والعرضية للعقد الباطل و القابل للإبطال

تقتضي طبيعة هذا الباب أن نتناوله بعد مدخل إلى الموضوع في ثلاثة فصول أساسية نعالج في الفصل الأول منها : الآثار الأصلية أو الجوهرية وضمنه سنخصص فرعا فريدا لنظرية انتقاص العقد. وفي الفصل الثاني : الآثار العرضية ويقسم هذا الفصل الأخير بدوره إلى فرعين : نتناول في الأول نظرية تحول العقد، وفي الثاني : نظرية الخطأ عند تكوين العقد وفي الفصل الثالث والأخير : أثر بطلان وإبطال الالتزام على الالتزام التابع أو العكس.

(7) مأمون الكزبري : المرجع السابق صفحة 274.

مدخل إلى آثار البطلان والإبطال

الأصل أن العقد الباطل، أو العقد الذي حكم بإبطاله يعتبر عدماً، ولا ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له تطبيقاً للمادة 306، و 316 من قانون الالتزامات والعقود. ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ تنقيد بطائفتين من الآثار : الطائفة الأولى تتولد عن العقد الباطل، والذي حكم بإبطاله بصفة جوهرية أو أصلية لحماية لحسن النية، وحفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات، والطائفة الثانية تتولد بصفة عرضية عن هذا العقد باعتباره عملاً مادياً، أو واقعة مادية، وقبل التعرض لهذه الآثار سنحاول أولاً تحديد طبيعتها القانونية، وثانياً تبيان الأساس القانوني الذي تقوم عليه.

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للآثار التي ينتجها العقد الباطل، أو الذي حكم بإبطاله، فمنهم من يذهب إلى اعتبارها مجرد آثار مادية تقرر خارج القانون ورغمًا عنه، ومنهم من يرى فيها آثاراً قانونية تناوّلها القانون أو فسرته على هذا الأساس.

وعلى ضوء هذه الاتجاهات وجدت ثلاثة تيارات فقهية، فالتيار الأول والذي يتزعمه هارتمان (HARTEMAN) الذي يذهب إلى أن هذه الآثار تنتج عن العقد باعتباره واقعة مادية فحسب أي فهو يرفض مع النظرية التقليدية أن تكون لهذه الآثار أية قيمة قانونية، وإنما يرى أن لها قيمة واقعية محضة، وسنده في ذلك أنه لا يمكن للبطلان ولا للاعدام أن يمحوا الوقائع التي نتجت عن تنفيذ التصرفات القابلة للإبطال أو المنعقدة⁽¹⁾.

(1) حاك بياد لياقر JAQUES PIEDLIEVRE في أطروحته الآثار التي تنتجها التصرفات الباطلة صفحة 443.

ولقد وجهت إلى هذا التيار سهاما جارحة من النقد، لأنه توجد إلى جانب الآثار العرضية والثانوية والتي تنتج عن العقد الباطل والذي حكم بابطاله باعتباره واقعة مادية، آثار أصلية أو جوهرية تنتج عن العقد باعتباره عملا قانونيا كما هو الشأن في حالة انقاص العقد.

ولهذه الأسباب لم يجد هرتمان أي فقيه يؤيده فيما ذهب إليه، وعلى النقيض من ذلك ظهر تيار ثاني يجعل الآثار خليطا أو مزيجا من الواقع والقانون، وبمثل لذلك هذا الفريق بالعقد القابل للإبطال، فهذا العقد ينقل للملكية، إلا أنه إذا تقرر ابطاله بحكم قضائي، اعتبر هذا الانتقال كأن لم يكن، وهذا يعني أن العقد كان قائما وموجودا في فترة معينة وأن العقد لم يكن موجودا مؤقتا باعتباره واقعة مادية فحسب، وإنما باعتباره عملا قانونيا كذلك أي أن هذا الفريق من الفقه يرى أن هذه الآثار هي آثار قانونية ولكن الواقع هو الذي حتم الإبقاء عليها لذلك فهي خليط من الواقع والقانون.

ولم يسلم هذا الاتجاه بدوره من النقد ذلك أن الوجود الموقت وإن كان يصدق بالنسبة للعقد القابل للإبطال، فهو لا يتحقق بالنسبة للعقد الباطل ثم أن هذا التفكير يجمع بين أشياء لا تقبل بطبيعتها الجمع، حيث أن آثار العقد الباطل أو الذي حكم بابطاله لا يمكن أن يكون في وقت واحد نتيجة حتمية للواقع والقانون. وبعبارة أخرى أن هذه الآثار إما أن تكون نتيجة الواقع أو القانون أما محاولة الجمع بينهما فتوقنا في تناقض صارخ.

وبعد فشل هذا الاتجاه الثاني قام تيار ثالث يعتبر آثار البطلان هي في الأساس نتيجة القانون لا الواقع، فهذا الجانب من الفقه لا يرى أي تناقض أو تعارض بين القول بالبطلان أو الحكم بالإبطال، وبين التمسك ببعض الآثار القانونية، ذلك أن العقد إذا قام صحيحا فإن جميع الآثار التي ينتجها تكون قانونية، ثم أنه إذا أبطل جزء من الالتزام، وأمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، فإنه يبقى باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي، وتعتبر جميع الآثار التي ينتجها آثارا قانونية، إلا أن هذا الجانب من الفقه يعرف بأنه توجد إلى جانب هذه الآثار القانونية التي تبقى بعد بطلان جزء من الالتزام، وفي غيره من الحالات بعض الآثار الناتجة عن الواقع المادية، المحضة أي أنه يحدث

في العمل وبصفة استثنائية أن نكون أمام آثار ناتجة عن وقائع مادية، ولكن لا يسوغ كما يرى بياد ليافر (2) أن تكون هذه الآثار ناتجة في آن واحد عن وقائع مادية وقانونية.

وأما هذه الصعوبة يلزمنا أن نبحث عن معيار دقيق لتحديد متى تكون هذه الآثار طبيعة قانونية ومتى تكون لها طبيعة واقعية، وبعبارة أخرى متى تعتبر هذه الآثار ناتجة عن العقد باعتباره عملا قانونيا ومتى تنتج عنه باعتباره واقعة مادية.

وبلاحظ أنه لا تتورأ أية مشكلة لاعتبار هذه الآثار ذات طبيعة قانونية في الحالات التي تقضي فيها النصوص صراحة بالإبقاء على بعض الآثار كما هو الشأن في حالة انقاص العقد، حيث أن العقد لا يعتبر باطلا إلا جزئيا أي أن هذه الآثار في هذه الحالة لا تعتبر ناتجة عن مجرد الواقع، وإنما هي ناتجة عن القانون. أما إذا لم تتناول النصوص هذه الآثار ومع ذلك تمسكنا بالإبقاء عليها تحت تأثير فكرة العدالة، والضرورات العملية، فإن هذه الآثار تكون وليدة الواقعة، وهذه حالة الوارث الظاهر.

ويتساءل جاك بياد ليافر لماذا لا نعتبر جميع هذه الآثار وليدة الواقع المحض لاختلاط فكرة الضرورات العملية والعدالة بالأفكار المنطقية والقانونية، ذلك أن العدالة أو الضرورات العملية تبدو أولا كسبب للإبقاء على هذه الآثار ثم يلحقها العقل أو التفكير القانوني ليضع الجزاء ولكن يرى مع ذلك من اللازم رفض هذه الفكرة، وعدم الجمع بين القانون والواقع في بوثقة واحدة للاعتبارات والانقادات السابقة، ويؤيده فيما يذهب إليه ذلك أن من الآثار ما هو قانوني أي ناتج عن العقد باعتباره عملا قانونيا كالآثار الناتجة عن تجزئة العقد الباطل — مثلا المادة 308 من قانون الالتزامات والعقود — أو الانقاص مهما كان تدخل العدالة والضرورات العملية لتقرير هذه الوضعية، ومنها ما هو ناتج عن العقد باعتباره واقعة مادية أي تقرر لأسباب عملية محضة ولتحقيق العدالة وحماية حسن النية.

(2) أطروحته السابقة صفحة 457.

وبعد تحديد طبيعة الآثار التي ينتجها العقد الباطل أو الذي حكم بإبطاله، نحاول تبين الأساس القانوني العام الذي تقوم عليه فنجد أن هناك ثلاث نظريات تتناول هذه الآثار هي التالية :

1. نظرية حسن النية : يرى بعض الفقه أن حماية حسن النية هو الذي يبرر انتاج هذه الآثار، ولقد أخذ القانون الفرنسي فعلا بهذه النظرية في مواد عقد الزواج، لأن بطلان هذا الأخير أو الحكم بإبطاله يضر بالزوج الذي يكون حسن النية، أي الذي يجهل سبب البطلان، أو العيب الذي شاب العقد، وعلى ذلك فالعقد الباطل ينتج جميع آثاره المدنية بالنسبة للزوج الحسن النية، أو بالنسبة للزوجين إذا كانا حسن النية، وبالنسبة للأطفال في الحالتين، وهذا ما يسمى عندهم بالزواج الظني. وهذا ما نصت عليه المادة 201 و 202 من القانون المدني الفرنسي، والتي تجعل حسن النية هو الشرط الوحيد لكي ينتج عقد الزواج الباطل أو الذي قضى بإبطاله كافة آثاره المدنية على خلاف ما ذهب إليه القانون الكنسي الذي يتطلب فضلا عن حسن النية، أن يوجد سبب مشروع يبرر الوقوع في الغلط، وعلاية الزواج.

وقد أخذ القانون المغربي بحسن النية فيما يتعلق بالزواج الفاسد، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها : «... كل زواج يجمع على فساده كالخرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد اما إذا كان مختلفا في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق، ويترتب عليه وجوب المدة، وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ». وهو ما نصت عليه كذلك الفقرة الثانية من المادة 66 من قانون التحفيظ التي جاء فيها : «... لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة».

وبلاحظ أنه إذا خرجنا عن نطاق الزواج نجد أن نظرية حسن النية لا تكفي لتبرير الآثار التي ينتجها العقد الباطل أو الذي قضى بإبطاله، فحسن النية يتضمن عنصرا شخصيا أي يتصل بشخص التعاقد في حين تستمسك في كثير من الأحيان بآثار العقد الباطل تحت تأثير فكرة العدالة، والضرورات العملية التي تستمد من الواقع لا من أذهان الناس، ويرى بعض الفقهاء خاصة جاك بيد ليافر

أن حسن النية يفترض أو يقوم على عمل المعروف، إزاء شخص معين، في حين أن فكرة المعروف هذه لا تصح لتفسير جميع الآثار التي تنتجها العقود الباطلة، فليس من المعروف أو الجميل مثلا اعتبار التزام المرأة أو القاصر بالسفينة مجرد وعد، ولا تبرر فكرة المعروف كذلك الأخذ بالشركة الفعلية.

ومن هذا يتبين أن نظرية حسن النية تلعب دورا ثانويا وطبقيا في غير مواد الزواج مما أدى إلى البحث عن أساس آخر لتبرير الآثار التي ينتجها العقد الباطل.

2. نظرية المسؤولية : تلعب هذه النظرية دورا مهما في مواد البطلان والإبطال، فهي تدعم فكرة تعويض الضرر الناتج عنه، أي متى كان هذا البطلان بسبب خطأ أحد المتعاقدين كما أن لهذه النظرية تطبيقات عملية كثيرة، وقد اعتمدها القانون الألماني، وأخذها عنه القانون المغربي، وهي التي أطلق عليها أهرنج (HERING) : «نظرية الخطأ عند تكوين العقد ويرى هذا الفقيه أنه من المستحيل أن يكون المشرع قد اعتمد فكرة حسن النية لتحصيل البائع — الذي قد يكون بدوره حسن النية — الالتزام بتعويض الضرر، ومن تطبيقات هذه النظرية في القانون المدني المغربي ما نصت عليه المادة 60 التي جاء فيها : «المتعاقد الذي كان يعلم، أو كان عليه أن يعلم عند إبرام العقد، استحالة محل الالتزام يكون ملزما بالتعويض تجاه الطرف الآخر».

ولا نحول التعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم أو كان عليه أن يعلم أن محل الالتزام مستحيل ويطبق نفس الحكم :

1. إذا كان المفقود عليه مستحيلا في البعض دون الباقي، وصح العقد في ذلك الباقي.

2. إذا كانت الالتزامات مخيرة، وكان أحد الأشياء الموعود بها مستحيلا.

أخذ بها كذلك في المادة 485 المتعلقة ببيع ملك الغير : «بيع ملك الغير يقع مستحيلا» :

1. اذا أقره المالك.
2. اذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الاقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع وزيادة على ذلك يلزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

ولا يجوز اطلاقاً للبائع أن يتمسك بطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير.

إلا أنه يلاحظ على نظرية المسؤولية كذلك إنها لا تستطيع أن تكون ضابطاً لتبرير جميع الآثار التي ينتجها العقد الباطل أو الذي حكم بإبطاله وأمام هذا القصور أخذ الفقه يبحث عن نظرية أخرى تصلح أن تكون أساساً عاماً لتبرير إنتاج هذه الآثار، فوقع الاهتمام إلى نظرية الظاهر.

3. نظرية الظاهر : اعتدى التفكير القانوني أخيراً إلى نظرية تصلح أن تكون أساساً عاماً لتبرير الآثار التي ينتجها العقد الباطل، أو الذي قضى بإبطاله وهي نظرية الظاهر أي أن العقد الباطل أو القابل للإبطال كان يبدو في أعين عاقيه أو أحدهما وكأنه عقد صحيح، ثم يفاجأ بطلانه، أو إبطاله فهذا المظهر الخادع هو الذي يورث الأبقاء على آثار العقد بعد بطلانه أو إبطاله تمشياً مع مبدأ السائد : « المظهر الخادع يحمي المخلوع ».

وخلاصة القول أن هذه النظريات جميعها تفيدنا في تحديد الأساس القانوني للآثار التي تنتجها العقد الباطل أو الذي قضى بإبطاله، فهي نظريات غير متناقضة أو متضاربة، وإنما يكمل بعضها البعض لاقامة هذا الأساس.

وبعد هذا المدخل نتقل إلى دراسة هذه الآثار.

الفصل الاول الآثار الأصلية

الأصل العام أن العقد الباطل، أو العقد الذي حكم بإبطاله لا ينتج أي أثر الاسترداد. ما دفع بغير حق تنفيذاً له، إلا أن هذه القاعدة التي قررتها المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود ليست مطلقة. ذلك ان القانون رتب في بعض الحالات على العقد الباطل أو الذي حكم بإبطاله جميع أو بعض آثاره الأصلية، ويرتب العقد هذه الآثار باعتباره تصرفاً قانونياً، لا باعتباره واقعة مادية، وبعبارة أخرى ان العقد يولد هذه الآثار كما لو كان عقداً صحيحاً، وأساس هذا الخروج عن هذا الأصل هو حماية القانون للظاهر ومن أمثلة هذا :

1- فكرة الشركة الفعلية : وقد ترتبت الشركة الفعلية حماية للظاهر، والمصالح المادية للأعضاء والغير — وهناك تبريرات عملية أخرى لا مجال للتعرض لها هنا — فالأصل العام أن الشركة تكسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، ونشرها، وتكون لها دمة مالية مستقلة عن دمة الأعضاء، ومقر خاص متميز، وتبدأ في ممارسة الأعمال التي قامت من أجلها. وتترتب على هذا كله نتائج مهمة كأن تصبح هذه الشركة دائنة ومدينة، وقد تحقق أرباحاً، أو تسمى بخسارات، وإذا حدث في العمل ان تقرر بطلان هذه الشركة أو حكم بإبطالها، فإنه يستحيل إعادة الشركاء الى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد، وخاصة اذا كانت هذه الشركة قد منيت بخسارة أو حققت ربحاً، وعلى هذا الاساس اعتبر القضاء الشركة قائمة، فعلا في الفترة ما بين تكوينها، والحكم بإبطالها أي تعتبر في الواقع كما لو كانت شركة صحيحة وبعبارة أخرى يكون البطلان بمثابة حكم يحل الشركة قبل الميعاد المحدد لها.

ويرى جاك بيار ليفار انه اذا سلمنا بما للبطلان من أثر رجعي في هذه الحالة فسيكون أماننا حل وحيد هو ترك جميع الارباح في يد من يملكها تطبيقاً

للحكمة الرومانية، ولكن هذا الحل في رأيه غير منطقي وعشوائي، ويرفضه القضاء لأنه يجعل من بطلان العقد سبباً للإثراء بلا سبب، وخاصة أنه يفضل الشريك الذي يبدد الأرباح ويجعلها ملكاً خالصاً له، كما أنه يجعل العقد صحيحاً بالنسبة للشريك الذي يبدد الأرباح، وباطلاً بالنسبة لباقي الشركاء.

ولهذه الاعتبارات العملية، ولعائلة التجارة ذهب القضاء عن حتى إلى التضحية بالنطاق القانوني المحض، الذي لا ينطبق مع النطاق الواقعي والعملية وأوجد علاقات بين الشركاء والغير، وبين الشركاء أنفسهم إلى اليوم الذي حكم فيه بالبطلان أي أن البطلان لا يكون له مفعول سوى بالنسبة للمستقبل.

وخلاصة القول أنه تترتب على عقد الشركة الباطل جميع آثاره الأصلية في الفترة السابقة عن صدور الحكم ببطلانه، لأننا نكون والحالة هذه أمام شركة فعلية والقضاء لا يعترف بالشركة الفعلية إلا إذا قامت، ومارست الأعمال قبل بطلانها لأننا نكون في هذه الحالة أمام نتائج مادية قد تحققت فعلاً، ويستحيل إزالتها أما إذا تم اكتشاف الغيب أثناء تكوين الشركة وتقرر البطلان أو حكم بالإبطال قبل أن تترى هذه الأخيرة النور فيكون لهذا البطلان أثر رجعي، وتعتبر الشركة كأن لم تكن.

2- حالة الزواج الظني أو العرفي : زوهو ما نصت عليه المادة 201 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها : «إذا تقرر بطلان الزواج فإن العقد يرتب مع ذلك آثاره المدنية بالنسبة إلى الزوجين، وبالنسبة إلى الأولاد إذا كان قد عقد بحسن نية». ومن هذا النص يتبين لنا أن عقد الزواج الباطل ينتج كافة آثاره المدنية كما لو كان عقداً صحيحاً بالنسبة للزوج الحسن النية وبالنسبة للأولاد إلى حين صدور الحكم، ويرى هنري دوباج أنه لا يشترط في مثل هذه الحالات أن يكون حسن النية مشتركاً، وإنما يكفي أن يتوافر في جانب واحد حتى يعمل به، ثم يلاحظ أن الاجتهاد البلجيكي قد استقر على أن أعمال فكرة الزواج الظني أو العرفي لا تثبت بقوة القانون، أي لا يسوغ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه وإنما يتوجب على المعني بالأمر أن يطلب الاستفادة منه وفق مقتضيات النصوص، ويرى نفس الكاتب أنه يسوغ للمعني بالأمر أن يطلب الاستفادة من الزواج الظني ولو بدعوى مستقلة، كما يتوجب أن يعترف بهذا الحق للأولاد إذا ما أحمله الوالدان⁽¹⁾، ويلاحظ في الأخير أن هذه الآثار المدنية التي تنتج عن الأخذ بفكرة

(1) هنري دوباج : المرجع السابق صفحة 516

الزواج الظني لا يقتصر مفعولها على الماضي فقط وإنما يستمر هذا المفعول في المستقبل أيضاً. ومثال ذلك أن الأولاد الذين ازدادوا قبل بطلان الزواج يعتبرون أولاداً شرعيين، وتبقى لهم هذه الصفة حاضراً أو مستقبلاً إلى جانب ثبوتها لهم في الماضي كنتيجة لتحول عقد الزواج الباطل إلى زواج ظني أو عرفي، أما الأولاد الذين يزدادون بعد بطلان الزواج فلا يعتبرون شرعيين، ومنه كذلك ما نصت عليه المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها : «كل زواج يجمع على فساد كالحرمه بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده وترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب ان كان حسن القصد أما اذا كان مختلفاً في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق وترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ».

والى جانب الشركة الفعلية، والزواج الظني توجد تطبيقات عديدة أخرى من أهمها ان العقد الصوري صورية مطلقة، وإن كان يعد باطلاً، ولا ينتج أي أثر بين طرفيه، إلا أن هذا البطلان لا يتسك به إزاء الغير الحسن النية وقد نصت على هذا صراحة المادة 22 من القانون المدني المغربي التي جاء فيها : «الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتاج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها ويعتبر الخلف الخاص غيراً بالنسبة لإحكام هذا الفصل» وإن عقود الإدارة التي يقوم بها أحد الأطراف تبقى صحيحة برغم البطلان ومن الامثلة على ذلك، إذا اكترى مشتر لعقار عقاره إلى مستأجر حسني النية، فإن هذه الاجارة تستمر حتى إذا بطل عقد الشراء حماية لحسن النية، وإن بطلان تصرفات الوارث الظاهر لا تفسد حقوق الغير الحسن النية وذلك حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات، وعلى النظام العام، وإعمالاً لفكرتي «الغلط الشائع يولد الحق» والمظهر الخادع يحمي الخدوع⁽²⁾، وإن الغير الذي يكسب حقاً عينياً عقارياً على شيء معين ويشهر هذا الحق قبل تقييد دعوى البطلان أو الإبطال، فإن حقه هذا يبقى صحيحاً رغم بطلان عقد من تصرف اليه.

ويلاحظ في الأخير أن أهم تطبيقات الآثار الأصلية، التي تنتج عن العقد الباطل ما يعرف في القانون بانتقاص العقد.

(2) راجع صفحة 281 من هذا الكتاب.

فروع فريد نظرية انتقاص العقد

إن من بين الحالات التي ينتج فيها العقد الباطل بعض آثاره الأصلية باعتباره عقدا صحيحا، هي حالة انتقاص العقد، ويقصد بهذه النظرية أنه إذا حدث في العمل أن كان العقد باطلا في جزء منه، وصحيحا في الجزء الآخر وأمكن الإبقاء على الجزء الصحيح دون الجزء الذي لحقه البطلان، فإنه يبقى باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة 308 من قانون الالتزامات والعقود : «يطلق جزء من الالتزام يظل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي».

وقد أخذ المشرع المغربي هذه النظرية عن القانون الألماني الذي يرجع له فضل السبق في اكتشافها، واعتمدها في المادة 139 التي تنص : «إذا كان العمل القانوني باطلا في شق منه، فإنه يظل كله ما لم يتبين أن العمل كان يتم أيضا حتى يغير الشق الذي وقع باطلا».

والى جانب التشريع المغربي هناك تشريعات عربية كثيرة قد أخذت بهذه النظرية وإن كانت هذه النظرية لم تصادف نجاحا كبيرا لدى التشريعات اللاتينية — فرنسا، بلجيكا — منها التشريع العراقي الذي نص في المادة 139 : «إذا كان العقد في شق منه باطلا، فهذا الشق وحده هو الذي يظل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا».

ويلاحظ ان التشريع المغربي كالتشريع الألماني، والسويسري والعراقي ميز في هذا المضمار بين البطلان والابطال، أي انه اخذ بنظرية انتقاص العقد في مواد البطلان دون الابطال، وهذا التمييز في حد ذاته لا يستند الى أي أساس من النطق أو القانون، لذلك قد تخطت عنه تشريعات عربية كثيرة، وطبقت نظرية الانتقاص سواء بالنسبة للبطلان أو الابطال، وهذا ما قرره المادة 144 من القانون المدني السوري، والمادة 143 من القانون المدني الليبي، والمادة 143 من القانون المدني المصري «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يطل، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليم بغير هذا الشق الذي رفع باطلا، أو قابلا للابطال فيطل العقد كله».

ونرى أنه يتوجب تطبيق نظرية انتقاص العقد بالنسبة للبطلان والابطال حتى في ظل التشريع المغربي لعدم وجود أسباب قانونية ومنطقية تستلزم هذه التفرقة.

وقد أملت نظرية انتقاص العقد الضرورات العملية، ومبدأ استقرار المعاملات وهذا ما جعل بعض الفقه يرى فيها عملية انقاذ فمرقس يذهب الى : «ان ما لا يدرك كله لا يصبغ أن يترك كله»، ويتعين انقاذ ما يمكن انقاذه⁽¹⁾ وجعل القضاء الفرنسي يأخذ بها عمليا وفي تطبيقات عديدة رغم أن القانون المدني الفرنسي لم يعتنق هذه النظرية.

وتقوم هذه النظرية في جوهرها على شروط ثلاثة هي التالية :
1- تفسير ارادة المتعاقدين : ذلك أنه إذا ظهر من ارادة الطرفين أن الالتزامات التي ولدها العقد تقبل التجزئة بعد البطلان أو الابطال فان الالتزام الصحيح يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان أو الابطال أما اذا تبين أن هذه التجزئة تتعارض مع ما قصدت اليه ارادة المتعاقدين فإنه لا يعمل بنظرية انتقاص العقد.

(1) نظرية العقد طبعة 1956 صفحة 301.
مع ملاحظة أن الشرع الفرنسي ذكر في المادة 308 الالتزام بدلا من العقد، وهذا يخالف الصواب لأن الانتقاص يقع على العقد لا على الالتزام الذي يولده.

2- أن يكون العقد من طبيعته يقبل التجزئة، وفي هذه الحالة يبقى الالتزام الصحيح قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الاصيل، أما اذا كان العقد في طبيعته لا يقبل التجزئة، فإن العقد كله يطل، ومثال ذلك أن يقرض مسلم لآخر مبلغا من المال ففي هذه الحالة تطل الفائدة والقرض، وهذا ما نصت عليه المادة 870 من قانون الالتزامات والعقود : «اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ويمطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي تقع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له»⁽²⁾.

3- أن يشمل الانتقاص التزامات الطرفين بنسبة واحدة حرصا على توازن العقد وتحقيقا للعدالة، ولتوضيح ذلك ندرج المثل الذي ضربه مرقس في هذا الشأن : «ان يتفق رجل مع خادمه على أن تخدمه وأن يعاشرها لقاء مبلغ معين، فيقصّر العقد على الخدمة دون المعاشرة ويخفض الاجر المنفق عليه، اذا ثبت أنه روعي في تحديده أن يشمل مقابل الأمرين معا».

وقد يربط القانون شروطا أخرى تضاف الى الشروط السابقة كما هو الشأن في حالة الصلح الذي لا يتجزأ بقوة القانون متى نتج البطلان عن عدم توافق الاهلية وهذا ما نصت عليه المادة 1114 : «الصلح لا يقبل التجزئة فبطلان جزء منه أو ابطاله يقتضي بطلانه أو ابطاله كله».

ولا يسرى هذا الحكم :
أولا : اذا تبين من العبارات أو من طبيعة الاشتراطات أن المتعاقدين قد اعتبروا شروط الصلح أجزاء متميزة بعضها عن البعض الآخر.

ثانيا : اذا نتج البطلان عن عدم توفر الاهلية لدى أحد المتعاقدين.
وفي هذه الحالة الاخيرة لا يستفيد من البطلان الا ناقص الاهلية الذي تقرر لصالحه ما لم يكن قد اشترط صراحة أنه يترتب على فسخ الصلح التحلل من حكمه بالنسبة الى المتعاقدين جميعا.

(2) راجع الموقف الكامل في صفحة 115 من هذا الكتاب.

ومن الأمثلة على انتقاص العقد الهبة المقترنة بشرط غير مشروع حيث تصح الهبة، ويطل الشرط ما لم يتبين أن الشرط غير المشروع كان هو الحافز الدافع إلى التعاقد إذ يطل العقد كله. وتطبق فكرة انتقاص العقد كذلك في الحالة التي يكون فيها إيجار الأماكن يزيد على الحد الأعلى الذي نص عليه القانون، وفي حالة القرض بفائدة إذا كانت هذه الأخيرة تتجاوز الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية وحالة شراء السلعة المسعرة تسعيراً اجبارياً بأكثر من الثمن المحدد لها.

الاتار العرضية

الفصل الثاني

ويلاحظ في الأخير أنه قد تنشأ بعض المنازعات حول اثبات ما إذا كان العقد الباطل أو القابل للإبطال يقبل التجزئة، أم أنه كل لا يتجزأ، وقد فض هذا الإشكال، حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء بتحصيل مدعى البطلان أو الإبطال عبء اثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا يقبل التجزئة. وقد تغلب التشريع اليوناني على هذه الصعوبة فأخذ في المادة 181 بقرينة اتجاه ارادة الطرفين إلى الإبقاء على الشق الصحيح باعتباره عقداً متميزاً عن العقد الأصلي الباطل.

ولم تفت الشريعة الإسلامية فكرة انتقاص العقد، ذلك أنه قد جاء في «المكاسب»: «لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله، كالخمر والخنزير، صفقة بشمن واحد، صح في المملوك عندنا... قال في التذكرة: وليس عندي بعيداً الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرمة الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه»⁽³⁾ وفي الفقه المالكي: «إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك، فالصفقة كلها باطلة. وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة، صح البيع فيها ولزمه في ملكه، ووقف لزوم في ملك غيره على اجازته»⁽⁴⁾.

قد تترتب عن العقد الباطل آثار عرضية كثيرة، لا باعتباره تصرفاً قانونياً، وإنما باعتباره واقعة مادية. وتوصف هذه الآثار بأنها عرضية وثانوية أو غير مباشرة أو غير متوقعة، وذلك لأنها تعمل في مجال غير المجال المخصص للهدف الرئيسي، الذي تخلف نتيجة بطلان العقد أو إبطاله، وبعبارة أخرى أن لكل عقد غرض BUT اسمي يرمي إلى تحقيقه، وقد يتولد عن تخلفه — نتيجة نظام البطلان أو الإبطال — الترام آخر أقل أهمية منه. وهذا الالتزام الجديد لا يتعارض نهائياً مع مبدأ سلطان الإرادة لأن بإمكان الإرادة — وهذا مسلم به فقها وقضاء — أن تتجه في العقد الواحد نحو أغراض متعددة ومختلفة.

ويلاحظ أن أعمال الآثار العرضية للعقد الباطل لا يرجع إلى ارادة الأطراف وحدها، وإنما نجد القانون يشاطر الإرادة هذه المهمة في بعض الأحيان، ذلك أن ارادة الأطراف تقف عند حدود الغرض الاسمي من العقد، وأن القانون في حالات معينة، والقاضي في حالات أخرى يتقصى ما تريده هذه الإرادة في حالة البطلان، وتقصي الإرادة في هذه الحالة لا يكون بالبحث عن الغرض الاسمي المباشر لأن هذا الأخير أصبح أصبح باطلاً، وإنما بالبحث عن الغرض غير المباشر أي عما إذا كانت الإرادة ترتضي الالتزام العرضي الجديد فهي كما يرى جاك بيد ليافر ارادة اضافية غير ظاهرة أي أنها ارادة مستتجة⁽¹⁾.

ومن الأمثلة عن الآثار العرضية ما ينتج عن الزواج غير الصحيح كالزواج

(3) عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق صفحة 272.

(4) السنهوري: مصادر الحق صفحة 151 — 152. عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق ص 272.

(1) جاك بيد ليافر: المرجع السابق صفحة 19.

بين المحارم، فهو لا يرتب آثاره الأصلية من حل التمتع، والتوارث والنفقة؛ إلا أنه ينتج باعتباره واقعة مادية آثاراً عرضية: كواقعة الاتصال، والمدة منعاً لاختلاط الأرحام، وثبوت النسب حماية للولد. ومن ذلك ما جاء في البدائع: «وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فتعلق به أحكام، منها ثبوت النسب ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول في الحقيقة، ومنها وجوب المهر. والاصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح في حقيقته لانعدام حله أعنى محل حكمه وهو الملك»⁽²⁾.

وقد اخذ بهذه الفكرة قانون الأحوال الشخصية المغربي، فأوجب فيما يتعلق بفساد العقد الاستبراء، وثبوت النسب متى كان العاقد حسن القصد، وكان الإجماع تاماً على فساد العقد كالحرمه بالصهر. أما إذا كان الفقه الاسلامي مختلفاً في فسادته فإنه يرتب وجوب العدة ثلاثياً لاختلاط الأرحام، وثبوت النسب والتوارث قبل الفسخ وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 37 التي جاء فيها: «كل زواج يجمع على فساد كالحرمه بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده، ويرتب عليه تعيين الاستبراء، وثبوت النسب، ان كان حسن القصد، أما اذا كان مختلفاً في فسادته فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق، ويرتب عليه وجوب العدة، وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ».

والى جانب الآثار العرضية المستقاة من الامثلة السابقة توجد صور أخرى لهذه الآثار قد أخذها المشرع المغربي عن القانون الالماني من ذلك ان العقد الباطل أو الذي قضى بإبطاله، قد يتضمن عناصر عقد آخر صحيح، فيكون هذا الأخير أثراً عرضياً للأول، وهذا ما يطلق عليه في الاصطلاح نظرية «تحول العقد» كما أنه قد يحدث في العمل أن يلحق العقد الباطل أو الذي حكم بإبطاله أضراراً بأحد الطرفين، دون أن يكون للطرف المتضرر أي يد في هذا البطلان، فيكون من حق هذا الأخير أن يطلب باصلاح الضرر الذي ناله نتيجة العمل غير المشروع الذي قام به الطرف المتسبب في البطلان أو الإبطال على أساس المسؤولية التقصيرية فيكون هذا التعويض أثراً عرضياً نتج عن العقد الباطل أو الذي قضى بإبطاله. الا انه قامت الى جانب هذه النظرية المانية جديدة وضع جذورها الفقيه الالماني «إيرنج» IHERING تعتبر المسؤولية في هذه الحالة تعاقدية وهي ما يطلق عليها نظرية «الخطأ عند تكوين العقد».

ونظراً لأهمية هاتين النظريتين سنتناولهما في فرعين مستقلين:

(2) السبوري: مصادر الحق صفحة 149.

الفروع الأولى نظرية تحول العقد

تبنتي المشرع المغربي هذه النظرية في المادة 309 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها: «إذا أبطل الالتزام باعتباره ذاته، وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير».

وإذا بحثنا عن أصل هذه النظرية نجد أنها من ابتكارات الفقه الالماني للقرن التاسع عشر، ثم لم يلبث المشرع في تلك البلاد أن أدرك أهميتها فأخذ بها صراحة في المادة 145 التي جاء فيها: «إذا كان العمل القانوني الباطل يعني بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به اذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان». وعن هذا التشريع الأخير انتقلت الى قانون الالتزامات والعقود المغربي. فكانت من أهم الخصائص التي ميزته عن التشريع الفرنسي — الذي يعد مصدراً تاريخياً لتشريعنا — أن نقل صورة طبق الأصل له في أغلب قواعده لأن هذا الأخير لم يعرف نظرية عامة ومجردة تتعلق بتحويل العقد.

وقد يظن البعض ان نظرية تحول العقد تنطبق على العقود الباطلة، دون القابلة للإبطال استناداً الى ظاهر نص المادة 309 السابقة والمادة 140 من القانون الالماني ولكن هذا الظن لا يقوم على أي أساس قانوني أو منطقي، وذلك لأن هذه الإرادة الإضافية أو المستتجة — على تعبير بياد ليافر — تكون واحدة سواء في العقد الباطل أو العقد القابل للإبطال، وكان التشريع المصري — وكذلك السوري والليبي — أسلم من التشريعين السابقين فرفع الغموض الذي يحوم حول

هذه النقطة، وهذا يتبين من المادة 144 التي تنص : «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

ويقصد بنظرية تحول العقد، أنه إذا تبين أن العقد الباطل أو القابل للإبطال يتضمن عناصر صالحة وكافية لقيام عقد جديد، أو يستجيب للهدف الاقتصادي الذي تسعى الأطراف إلى تحقيقه، تعين الأخذ بهذا العقد الجديد أي أن العقد الباطل أو القابل للإبطال يتحول إلى عقد آخر صحيح.

وهذه النظرية لا تتناقض أو تخالف المنطق، ما دام أن البطلان في الأصل لا يعلم العقد كواقعة مادية، ولا يحو ارادة الأطراف من الوجود : أي أن من المنطق أن ينتج العقد الباطل أو المحكوم بإبطاله بعض الآثار العرضية، ما دامت هذه الآثار ترتبط بإرادة الأطراف. وليس من الضروري لصحة هذا التحول أن تكون الإرادة قد توفقت، أو ارتضته مقدماً قبل وقوعه، وإنما يكفي أن يكون هذا الارتضاء محتملاً فيما لو توفقت الإرادة هذا البطلان، وهذا ما عبرت عنه المادة 140 من القانون الألماني في العبارة... «فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كان يعملان بالبطلان» ونصت عليه المادة 140 من القانون العراقي و 144 من القانون المصري، و 145 من القانون السوري . وقد جعل بعض الكتاب هذه المحصلة من عناصر تعريف نظرية تحول

في المادة 347 التي تنص على ما يلي : «التجديد انقضاء التزام مقابل إنشاء التزام جديد محل محله». إلا أنه مع ذلك توجد بعض الاختلافات بين النظريتين تتجلى في أن التجديد على خلاف التحول لا يفترض. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة «... والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في اجراءه، كما أنه يشترط لقيام التجديد أن يكون العقد الأصلي صحيحاً، وهذا ما نصت عليه المادة 348 التي جاء فيها : «يلزم لاجراء التجديد :

1- أن يكون الالتزام القديم صحيحاً.

2- أن يكون الالتزام الجديد الذي محل محله صحيحاً بدوره».

ويلاحظ في الأخير أن اقتراب فكرة تحول العقد من التجديد هو الذي جعلها تبعد عن نظرية انقضاء العقد التي تناولناها سابقاً ؛ وقد أوضحت ؛ هذه الفوارق بدقة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي المصري والتي جاء فيها : «بيد أن فكرة تحول العقد أو انقلابه، أدق من فكرة الانتقاص التي تقدمت الإشارة إليها، فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين. بل الواقع ان القاضي يحل نفسه محلها، ويبدلها من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما...».

وقد يحدث في العمل أن يثور نزاع بين طرفي العقد فيتمسك أحدهما ببطلان العقد الأصلي فحسب أي يرفض فكرة التحول، في حين يتمسك الطرف الثاني بفكرة التحول. فتفي مثل هذه الحالة فلا مناص من رفع الامر إلى القاضي

الفصل الثالث

أثر بطلان وإبطال الالتزام

الأصلي على الالتزام التابع والعكس

يتميز في الأصل بين نوعين من الالتزام، الالتزام الأصلي، والالتزام التابع فالأول هو الذي يقوم بذاته دون أن يستند إلى غيره كالالتزام البائع والمشتري في

من أجل البطلان، والبعض الآخر يقبل الفكرة ولكن يؤسس البطلان على المادة 1382 — أي على أساس المسؤولية التفصيلية — والبعض الآخر يجعل من المادة 1599 — الخاصة ببيع ملك الغير — مبدأ عاماً يطبق على جميع حالات التعويض التي تركز على البطلان.

ونرى أن أفضل حل هو الذي انتهى إليه جاك جاك ليافر. وهذا الحل يقوم على أساس التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ويتلخص في أن بطلان العقد يمكن أن يكون أساساً لطلب التعويض، وأن هذا الطلب لا يركز على أساس المادة 1382 فحسب، وإنما يجد سنده كذلك في المادة 1599 التي يجب أن تطبق بصفة عامة على جميع الحالات الأخرى. وهذا تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد وتقابل المادتين السابقتين في القانون المغربي المادة 78 و485.

أو إلى مقتضيات القانون ذاته، وقضت بهذا المادة 307 السابقة. وعلى هذا الأساس نرى أنه إذا تقررَت الكفالة لضمان جزء من الالتزام فحسب، ثم تقرر بطلان الالتزام، إلا أنه أمكن الإبقاء على هذا الجزء المضمون من الالتزام باعتباره، عقدا متميزا عن الجزء الذي لحقه البطلان (م308) فإن هذه الكفالة لا تبطُل، وذلك لأنه يسوغ أن تعقد الكفالة ضمانا لجزء من الدين دون باقيه وهذا ما نص عليه القانون في المادة 307 السابقة.  فيها : «يصح أن تكون الكفالة لاجل بمعنى

الفصل الأول الاجازة

تناول المشرع الاجازة في القسم الخامس الذي خصصه لبطلان الالتزامات وابطالها، وبذلك كان أكثر دقة إذ تلافى العيب الذي وقع فيه المشرع الفرنسي الذي أدرج الاجازة ضمن المواد الخاصة بالاثبات الالتزامات، وقد أورد المشرع أحكام الاجازة في ثلاث مواد هي التالية : المادة 310 التي تنص : «اجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لها أدنى أثر». والمادة 317 التي جاء فيها : «الالتزام الذي يخول القانون دعوى ابطاله لا تصح اجازته ولا التصديق عليه إلا اذا تضمننا بيان جوهر الالتزام، والاشارة إلى سبب قابليته للإبطال والتصرح بالرغبة في اصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال». والمادة 318 التي تنص : «إذا لم تجزى الامانة بالتصديق، صراحة مكف أن

الفرع الأول تحديد النطاق الذي تعمل فيه الاجازة

قبل تعريف الاجازة يتوجب علينا أن نحدد أولاً نطاقها، بمعنى هل الاجازة تلحق العقود الباطلة، والعقود القابلة للإبطال أم أن مفهومها يستغرق النوع الثاني

الفرع الثاني

ومهما كان الأمر فإن التشريع المغربي لا يعرف مثل هذا الاستثناء لأنه لم يتعرض لتنظيم الهبة لا في قانون الأحوال الشخصية ولا في القانون المدني، ولذلك فهي تخضع للقواعد العامة وللراجع أو المشهور، وما جرى به العمل في الفقه المالكي وهو ما نصت عليه المادة 297 من مدونة الأحوال الشخصية وما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجع أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك»

«إذا كانت النشءات السابقة ترفض إجازة العقد الباطل لأنه عدم فإنها

المشرع المغربي موقفا عندما سوى بين مدى مفعول الاجارة والاقرار على العقد
الطال وهذا ما نصت عليه المادة 317 : «الالتزام الذي يحداه القارة

2 - تمييزها عن النظم المشابهة بها :

الشرعية الاسلامية مصبرا أساسيا له تخلى عن بعض هذه الشروط، وتبين هذا من الفقرة الأولى من المادة 136 التي تنص : « يشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام المالك الأصلي أو الموقوف عليه وقت الاجازة... » وقد علق عبد النعم فرج الصده على هذا بقوله : « ولكن الشارع العراقي قدر أن الأولى أن يجعل للاجازة حكم الاسناد دون حكم الانشاء، فقد تدعو الحاجة إلى اجازة العقد بعد موت أحد الأطراف أو بعد هلاك المثل. ولهذا اكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة كما هو واضح من النص المذكور (٢) ».

وتتطلب الشروط السابقة في الاجازة الصريحة، أما في غيرها فيكتفي لتطهير العقد — بحسب الفقرة الأولى من المادة 318 — أن يتخذ الالتزام القابل للإبطال طوعا كليا أو جزئيا ممن كان على بينة من عيوبه في الوقت الذي كان يمكن له فيه اجازته أو التصديق عليه بوجه صحيح.

وبالاحظ أن المشرع المغربي لم يجدد الوقت الذي تصح فيه اجازة العقد القابل للإبطال، لذلك نرى أنه يطبق هنا ما استقر عليه الفقه والقضاء، وللذان يذهبان إلى أن الاجازة تصح في حالة الغلط والتدليس من يوم اكشافهما، وفي الاكراه من يوم زواله، وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين من يوم وضع اليد على الشيء محل العقد، وبالنسبة للقاصرين فمن بلوغهم سن الرشد وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من قبل المحجور عليهم وناقص الأهلية فمن رفع الحجر عنهم،

الاجازة في هذا الشأن الأحكام التي تسري على بدء

مدة التقادم المنصوص عليها في المادتين 311 و 314 من القانون المدني، وبعبارة أخرى أن القانون لم يلزم المتعاقد الذي يملك حق الاجازة باستعمال هذا الحق خلال مدة قصيرة، يتحدد فيها مصير العقد وهذا ما عبر عنه مازو بأنه : « لا يلتزم من شرعت دعوى الإبطال لمصلحته بالكشف عن نواياه قبل مضي أجل التقادم (٣) ». ويرى نفس الفقيه أن هذه الوضعية تجعل المتعاقد الآخر في حيرة وانتظار طويل قد لا يعود عليه بأية فائدة، فهو لا يستطيع بيع العقار الذي حصل عليه، ولا يمكنه أن يقوم بالأشغال العاجلة، وعلى كل فهي وضعية خطيرة، ومضرة، تجعل الأموال غير منتجة.

وقد حاول واضعو القانون المدني الفرنسي تغطية هذا العيب بتخفيض مدة التقادم إلى عشر سنوات — في القانون المغربي تقادم دعوى الإبطال في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، المادة 314 — وأن كثيرا من التشريعات عملت فعلا على تقصير مدة التقادم، إلا أنه أمام انعدام جدوى هذه الإجراءات اقترحت لجنة اصلاح القانون المدني المصري حصر مدة الاجازة في ثلاثة أشهر، يكون فيها المتعاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته حق خيار اجازة العقد من دونه، وقد استفاد القانون العراقي من هذه التيارات، ذلك أنه كانت لوضعيه جرأة كبيرة للتخلص من هذا العيب الذي يحوط الاجازة، فأعطى للمتعاقد الذي يملك الاجازة مدة ثلاثة اشهر يختار خلالها بين اجازة العقد أو نقضه، فإن قامت هذه المدة دون أن يبدي رغبته في نقض العقد، اعتبر هذا الأخير نافذا، وهذا ما نصت عليه المادة 136 منه :

ابتداء من سنة 1879 ذلك أن محكمة النقض الفرنسية رأت في عدم تقادم دعوى البطلان مساساً خطيراً بمبدأ استقرار المعاملات، فذهبت إلى أن دعوى البطلان تتقادم بمضي ثلاثين سنة استناداً على نص المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بتقادم جميع الدعاوي العينية والشخصية بمضي ثلاثين سنة، وقد استقر هذا الاجتهاد في فرنسا، وأيده كثير من الفقهاء الذين يرون أنه ليس من المنطوق أن تتقادم الدعوى الجنائية دون دعوى بطلان التصرف. وقد تأثرت بهذا الاتجاه بعض التشريعات العربية الحديثة. فنصت الفقرة الأولى من المادة 141 من القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من المادة 142 من القانون المدني السوري والفقرة الأولى من المادة 141 من القانون المدني الليبي على ما يلي : «تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد ويطبق الصلده على هذه المعطيات الجديدة بأن الشارع لم يرد بهذا أن يخرج على ما هو معروف من أن العقد الباطل لا يصححه التقادم، وإنما أراد أن يخضع دعوى البطلان لما هو مقرر بالنسبة

بالتقادم كما أنه لا يمكن منطقياً التسليم بأن العقد القابل للإبطال يصححه التقادم. ويتبقى مهدها بالدفع لأن التصحيح معناه أن العقد أصبح صحيحاً بصفة نهائية، ولهذا كله أجمع الفقه على أن دعوى الإبطال والدفع به يستقطان بالتقادم. ويرى السبهوري في ذلك أن: «الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالإعلان في العقد الباطل، في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى، وكذلك هو في صورته، إذ يستخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية

وإذا كان التشريع المغربي قد حدد مدة تقادم دعوى الإبطال في سنة واحدة

وهذا ما نصت عليه المادة 1304 التي جاء فيها : «تتقادم دعوى البطلان، ودعوى

وختلاصة القول أن هناك فارقاً جوهرياً بين أثر التقادم على دعوى الإبطال، وأثره على دعوى البطلان، ذلك أن تقادم هذه الدعوى الأخيرة، لا يصحح العقد أي أن العقد يبقى باطلاً في حين أن تقادم دعوى الإبطال يجعل العقد مستقراً وصحيحاً بصفة نهائية.

قد خالف هذا الأصل العام فيما يخص الدفع بالإبطال إذ جعله لا يخضع للتقادم في المادة 315 وهذا يتعارض مع المبادئ المستقرة ولا يقبله المنطق إذ أنه يجعل العقد صحيحاً وقابلاً للإبطال في آن واحد⁽³⁾.

ولاحظ من جهة أخرى أنه لا يكون لهذا التقادم محل الالابن من كانوا اطرافا في العقد أي أنه لا يضرب بحقوق الغير (المادة 311) أي أن التشريع المغربي سار على نفس الاتجاه الذي سلكه فيما يتعلق بالإجازة لأن التقادم في الأصل إجازة ضمنية وهو ما عبر عنه المشرع اللبناني عن حق في المادة 235 بأن مرور الزمن المشار إليه مسند إلى تقدير تأييد العقد ضمناً من قبل صاحب دعوى البطلان فهو يعد كأنه عدل عن أقامتها. ولكن هذا الاتجاه منتقد من طرف الصده البطلان الذي يرى : «وإذا كنا قد انتقدنا فكرة عدم تأثر حقوق الغير بالأثر الرجعي الذي يرى

والمشتري أن يجيزه، وإن كانت هذه الإجازة لا تجعله نافذا في حقه، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الإقرار نافذا في حقه، وصحيحا في حق المشتري بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدا بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري والمالك، فهو موقوف في حقهم جميعا، ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذا في حق الجميع⁽¹⁾.

ويؤكد هذا الاتجاه، ويريد به قوة أن المشرع أخذ بهذا التقسيم في مدونة الأسرة⁽²⁾ حيث جاء في المادة 139 أنه : «ليس للصغير غير المميز

ثم قرر وجوب اعتبار الوكالة كأن لم تكن (أي متعديّة) إذا كان محلها عملا، لا يجوز إجراؤه بطريق النيابة كأداة الجين (المادة 881)⁽¹⁾.

وبلاحظ أن عدم الدقة هذا هو الذي أدى بالقضاء المغربي إلى التمييز بين الاندماج والبطلاق — وهو تمييز غير صحيح — ذلك أن محكمة الاستئناف بالرباط قضت في أحد قراراتها الحديثة : «إن الزواج الذي أبرم بين زوج يوناني أرثوذكسي وزوجة فرنسية حسب الشعائر الدينية للمذهب الأرثوذكسي، ودون مراعاة

الفهرس

الموضوع :

الصفحة :

5.....	تقديم
7.....	تمهيد لنظرية البطلان
9.....	تعريف البطلان وتحديد طبيعته
13.....	أساس البطلان
17.....	مصدر البطلان
18.....	تميز البطلان عن النظم التي تقاربه
18.....	أ. تميز البطلان عن عدم السرمان
21.....	ب. تميز البطلان عن الفسخ
23.....	خطة الكتاب

القسم الأول

25.....	البطلان وتقسيمه في التشريع المقارن والفقه الاسلامي وقانون الالتزامات والعقود المغربي
---------	---

الاول

70	ب - في التشريع السوري
70	ج - في التشريع العراقي
71	2 - وفي التشريعات الأجنبية الأخرى
71	أ - القانون الألماني
72	ب - في القانون السويسري
72	ج - القوانين المطبقة في البلاد الاسكندنافية
72	د - القانون الانجلوسكسوني
74	هـ - القانون السوفيتي
75	و - القانون الايطالي
76	ز - القانون الاسباني
76	ح - بلدان أمريكا اللاتينية

الباب الثاني

45	البطلان وتقسيمه في القانون والقضاء الفرنسي
----	--

الفصل الأول

47	البطلان وتقسيمه في التشريعات القديمة والفقه والقضاء قبل صدور القانون المدني
47	أولاً : البطلان في العقود البربرية
48	أ - البطلان في قوانين الغال والرومان
48	ب - البطلان في القوانين البربرية
48	الملاحق : في القوانين الأفريقية

الفصل الخامس

الفصل الأول

173.....انعدام السبب وعدم مشروعيته

122.....انعدام الأهلية

الباب الأول

دعوى الطلاق 303

الفصل الأول

طبيعة دعوى الطلاق 305

الفصل الثاني

الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى الطلاق 309

الفصل الثالث

أثر تقرير الطلاق 315

الفرع الأول

أثر الطلاق فيما بين المتعاقدين 317

الفصل الثالث

الابطال للتدليس 257

أولاً : التدليس الذي يباشره ناقصو الأهلية 265

ثانياً : التدليس الذي يباشره الممثل الشرعي 268

ثالثاً : تدليس الوكيل 270

الفصل الرابع

الابطال للاكراه 271

الفصل الخامس

الابطال للغبين والاستغلال 281

1 - حالة الغبن الناتج عن التدليس 284

أ - تحريم الغبن الذي يتخذ صورة الربا 285

ب - عقد الشركة 286

ج - الاغاثة البحرية 287

د - محالات سلب الأموال أثناء الحروب 287

2 - حالة الغبن الناتج عن ناقص الأهلية 289

- 366..... 1 — نظرية حسن النية
367..... 2 — نظرية المسؤولية
368..... 3 — نظرية الظاهر

الفصل الأول

- 369..... الآثار الأصلية

فرع فريد

- 373..... نظرية انتقاص العقد

الفصل الثاني

الباب الثاني

- 335..... دعوى الإبطال

الفصل الأول

- 337..... شبهة دعوى الإبطال

الفصل الثاني

- 345..... الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى الإبطال

الفصل الثالث

أحمد بن محمد
أستاذ في الحقوق

الفصل الأول

401..... الاجازة

الفرع الأول

403..... تحديد النطاق الذي تعمل فيه الاجازة

الفرع الثاني

407..... تعريف الاجازة وتميزها عن النظم المشابهة وتحديد شروطها وأثرها

الفصل الثاني