

تمهيد

تمهيدًا لدراسة نظرية العقد رأينا أن نعطي فكرة موجزة عن «الحقوق» من حيث تقسيماتها الأولية، ومن حيث نطاق القانون المدني باعتباره القانون الذي يعالج بصفة رئيسة مصادر الالتزام، ثم من حيث تحديد الصلة بين الحقوق الشخصية والالتزامات، مع التعرف على آلية توزيع مصادر الالتزام، وذلك لما لهذه الموضوعات التمهيدية من أثر على منهجية هذه الدراسة ..

المبحث الأول:

تقسيمات الحقوق

درجت بعض التقنيات الوضعية الحديثة المتأثرة بأصولها من القانون الروماني على تقسيم الحقوق من ناحية مبدئية إلى قسمين رئيسين، هما:

- قسم الحقوق السياسية.
- وقسم الحقوق المدنية.
- وهذه قُسمت بدورها إلى: حقوق عامة، وأخرى خاصة.

كما درجت تلك القوانين على تقسيم هذا النوع الأخير، وأعني به (الحقوق الخاصة):

- إلى حقوق متعلقة بأحوال الأسرة أو ما سمي اصطلاحاً بالأحوال الشخصية.
- وإلى حقوق متعلقة بالمعاملات المالية أو ما سمي بالأحوال العينية.

وميزة الحقوق المتعلقة بأحوال الأسرة أنها ليست مقررة لصالح من تثبت له من أعضاء الأسرة وحده، وإنما هي مقررة كذلك لصالح الأسرة كلها، بل للصالح العام. ومن ثم لا يسوغ التنازل عنها ولا التصرف فيها أو الحجز عليها وتملكها بالتقادم.

أما ميزة الحقوق الأخرى - وهي «الحقوق المالية» - فالأصل فيها أن تكون مقررة لصالح من تثبت له من الأفراد وحده، إلا بموجب اعتبار خاص. لذلك جاز

خلافًا لغيرها من الأقسام السابقة التنازل عنها، والتصرف فيها، وانتقالها بالإرث، وتملكها بالتقادم.

وفي تصنيف فرعي آخر، قُسمت هذه الحقوق الأخيرة - وهي الحقوق المالية - قسمة ثلاثية إلى: (حقوق شخصية، وعينية، ومعنوية) ..

ويقوم هذا التقسيم الثلاثي على أساس طبيعة المحل، فالحق الشخصي محله عمل كحق الدائن في مطالبة مدينه بالوفاء، والحق العيني محله شيء مادي ملموس - كحق الملكية وحق الارتفاق. أما الحق المعنوي فمحله شيء ذهني ومعنوي مجرد، كما سنلاحظ ذلك كله بتلخيص فيما يلي:

(١) الحق المعنوي:

هو عبارة عن سلطة يمنحها القانون لشخص على إنتاجه الفكري تمكنه من مزايا معنوية وأخرى مادية يقرها النظام، مثل: حقوق المؤلف والمخترع والفنان. تتمثل هذه المزايا أو المصالح المعنوية في نسبة الأثر الفني أو الفكري إلى نفسه، وفي حصول الحق بنشره أو حجب، أما المزايا المادية فتتمثل في الموارد المالية التي يمكن لصاحب هذا الأثر أن يكتسبها من خلاله^(١).

(٢) الحق العيني:

وهو عبارة عن سلطة مباشرة يثبتها القانون لشخص على شيء معين بذاته، ويكون له بمقتضاه حق التبعية وحق التقدم أو الأفضلية على الغير.

وهذا الحق إما أن يكون حقاً مستقلاً بذاته - كحق الملكية وحق الانتفاع وحق

(١) انظر: مبادئ القانون والنظم، الدكتور محمد الشيخ عمر والدكتور عبد العزيز أو غنيمه، ص ١٨٧ - ١٨٨. وانظر في تفصيلات هذه الحقوق جميعاً: مبادئ القانون والالتزامات، كتابنا المشترك مع الدكتور سعيد يحيى.

الارتفاق - أو حقاً غير قائم بذاته، وإنما هو تابع إلى غيره ومرتبطة به، مثل حق الرهن، وحق الامتياز - كحق العامل في الحصول على أجرته قبل غيره من الدائنين من صاحب العمل.

ولهذا أطلق على هذا النحو من الحقوق بـ (الحقوق التبعية) قبلاً لحق الملكية ونحوه من الحقوق المذكورة التي أطلق عليها اصطلاحاً بـ «الحقوق الأصلية».

٣) الحق الشخصي:

أما الحق الشخصي أو ما يسمى بـ «حق الدائنية»، فهو عبارة عن «سلطة يقررها القانون لشخص يكون له بمقتضاها أن يطلب من آخر القيام بعمل معين أو الامتناع عنه»، بحيث تكون لهذا العمل قيمة مالية، إيجاباً كان هذا العمل أو سلباً. وذلك مثل حق المستأجر بطالبة المؤجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، أو حق المقرض بمطالبة المقرض بالوفاء، ويمثل هذا الوفاء عنصر «العمل» الذي سبق أن قلنا أنه يعتبر محلاً للحقوق الشخصية ووعاء لها.

وإنما سمي هذا الحق بـ «الحق الشخصي» لأنه يتطلب تدخلاً شخصياً للحصول عليه واكتسابه.

ومن كل هذا نستطيع أن نخلص إلى القول: بأن دائرة العقد - بمفهومه العام - يمكن أن تتسع لاحتواء كل ما عسى أن يقوم من اتفاقات قانونية متعلقة بأي من تلك الفروع الداخلة في قسم القانون الخاص، أو قسم القانون العام.. وعلى حد سواء.. إذ لا مجال للتفرقة بين قسم وآخر في هذا الشأن، طالما كانت شروط العقد وعناصره الأساسية متوافرة، وطالما أمكن أن يقع المخالف للعقد تحت طائلة المساءلة القانونية.

كل ذلك إذا ما لوحظ العقد أو الاتفاق، بوصفه العام. أما إذا لوحظ من حيث وصفه الخاص - كما عليه البعض^(١) - فلا شك أن موضوعه سيتمحور حول القانون الخاص وحده.. بل حول جانب محدد منه.. وهو المرتبط بأداءات أو أدوات مالية.

وبهذه النظرة المحددة يمكن استبعاد أي من الاتفاقات الداخلة تحت نطاق القانون العام، أو تلك الداخلة تحت نطاق القانون الخاص في شقه المتعلق بالأحوال الشخصية كالزواج: عن دائرة العقد.. لكن هذه النظرة الضيقة لا تعبر في الحقيقة عن واقع العقد ومفهومه في الاصطلاح، ولا تغطي كل أفرعه ومحتوياته الأساسية.

(١) انظر: د. البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج ١، ص ٤٢-٤٥.

◀ الفرع الثالث:

تقسيمات العقود

□ المبحث الأول:

تقسيمات العقود في القانون الوضعي

تمهيد:

حرصت بعض القوانين الوضعية السائدة كالقانون المدني الفرنسي^(١) والقوانين المستمدة منه^(٢)، كما حرص تبعاً لذلك بعض شراح هذه القوانين: على توزيع العقود إلى طوائف عديدة، بحسب نوعية العلاقات المرتبطة بها أو بحسب طبيعة اللحاظ الموجه إليها.

فإذا لوحظت- هذه العقود- من حيث تكوينها أو انعقادها.. فهي إما عقود عينية، أو شكلية، أو عقود رضائية. وهذه بدورها تنوزع إلى عقود إذعان وعقود مساومة.

وإذا ما لوحظت من حيث نوعية القواعد التي تحكمها، فهي إما عقود مدنية أو عقود تجارية.

(١) لاحظ المواد ١١٠٢-١١٠٦ من القانون المذكور، الذي اقتصر على ثلاثة من طوائف التقسيمات المذكورة.

(٢) لاحظ المواد ١٦٨-١٧٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

أما إذا لوحظت من حيث وجود المقابل أو عدم وجوده في الالتزام العقدي، فهي إما عقود معاوضة وإما عقود تبرع.

وهكذا يمكن بالإضافة إلى ذلك تصنيفها إلى عقود احتمالية وأخرى محددة.. إذا لوحظت من حيث طبيعتها. وإلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين.. إذا نظر إليها من حيث ما ينتجه العقد من آثار قانونية.

كما يمكن بنظرة شاملة تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة.. إذا ما لوحظت من حيث وجود أو عدم تنظيم قانوني يحدها.

على أنه قد يمكن بالإضافة إلى كل ذلك تقسيم العقود إلى طوائف أخرى، وذلك بحسب ما قد يلاحظ فيها من حيثيات مختلفة.

ولكننا سنكتفي بدراسة ما سبق أن أشرنا إليه من تقسيمات في هذا المضمار والتي سنضعها على شكل مطالب كما يلي:

المطلب الأول: تقسيم العقود من حيث طريقة الانعقاد

جرى العمل في ظل القانون الوضعي الحديث على تقسيم العقود تقسيماً مبدئياً من جهة الانعقاد - كما أشرنا - إلى عقود رضائية وشكلية وعينية، ثم إلى عقود مساومة وعقود إذعان على النحو التالي:

(أ) العقود الرضائية والشكلية والعينية:

(١) العقد الرضائي:

وهو تصرف قانوني يكفي لانعقاده مجرد ارتباط الإيجاب والقبول، أو حصول

الفصل الأول: ماهية العقد وتقسيماته

التراضي وتبادل التعبير بين أطرافه دون أن يتوقف الأمر على اتخاذ إجراءات أو أوضاع شكلية معينة. وبهذا يمكن اعتبار معظم العقود (المسماة) في القانون الوضعي عقوداً (رضائية) كعقد البيع، وعقد الإجارة، وعقود كل من الرهن والضمان، والوكالة ونحوها.

كما جرى العمل في ظل القوانين الوضعية الحديثة على اعتبار الرضائية هي الأصل والأساس في تكوين العقود، وإن كانت هذه الرضائية قد تتطلب في بعض العقود شيئاً من الإجراءات الشكلية كعمل إضافي لتحقيق أغراض معينة، وبحسب ما يفضي إليه النص أو يقضي به العرف أو الاتفاق..

لذلك قد نطلق في الاصطلاح على هذا النحو من العقود التي يلزم إفراغها في شكلية معينة بـ:

٢) العقد الشكلي:

.. ولكن هذه الشكلية الملحوظة في العقد لا تعدو أن تكون شكلية (مرشدة) تساعد على تكوين العقد، وليست شكلية محضة أو مقصودة لذاتها ولوحدها، كما عليه الحال في بعض القوانين والنظم القديمة. ومنها القانون الروماني^(١) الذي كان يتمسك بالشكلية الصرفة وإن لم يحصل التراضي أو تتمكن الإرادة من إظهار دورها الطبيعي.

وعليه يمكننا بهذا الاعتبار أن نصف العقد الشكلي بأنه: نوع من التصرف القانوني يجري إفراغه في شكلية ذات طابع إجرائي وتوثيقي، وبحسب ما يفضي إليه النص أو يقضي به العرف أو الاتفاق.

ولعل من أظهر تطبيقات هذا النوع من العقد: كل من عقد الشركة التجارية،

(١) انظر: محمد الشيخ عمر، سعيد يحيى، نبيل سعد... مبادئ القانون، ص ٢٥٢.

وعقد الرهن التأميني (أو الرسمي)، وعقد البيع الوارد على عقار، وعقد بيع السفينة، وعقد القرض الواقع عليها، ونحوها من العقود التي تتطلب إجراءات رسمية معينة.

ومن ذلك ما قضى به (نظام المحكمة التجارية السعودي)^(١) من ضرورة اتباع إجراءات شكلية معينة عند إبرام (عقد مقاوله القرض البحري) وإلا لزم اعتباره عقد قرض عادي.

ومن ذلك أيضًا ما قضى به (نظام الشركات) من ضرورة التقيد بأحد أشكال الشركات المبينة في صلب المادة الثانية منه، وفي نطاق ما تفرضه من إجراءات نظامية ثم ما قضى به هذا النظام من جعل الكتابة أمام (الكاتب العدل) شرطًا في ثبوت عقد الشركة أو أي من تعديلاتها، إلا فيما يخص (شركة المحاصة) التي لا تتطلب بطبيعتها هذا النحو من الإجراء^(٢).

(١) لاحظ المادة ٣٠١ بدلالة المواد ٣٠٢-٣٠٤ من النظام المذكور.

(٢) انظر المادة العاشرة من نظام الشركات السعودي رقم ١٨٥ لسنة ١٣٨٥ هـ وذلك على اعتبار أن المادة المذكورة وإن دلت على أن الكتابة هي شرط لإثبات الشركة، بيد أن الواقع العملي في الساحة التجارية والرسمية يدل على أن كتابة عقد الشركة ليست هي مجرد شرط للإثبات، وإنما هي ركن انعقاد يترتب على الإخلال به بطلان الشركة.

وفي مجال التحكيم بالذات حرصت بعض الأنظمة القانونية على أن تكون مشاركة التحكيم مقرونة بالكتابة كشكلية ملحوظة.. ومن ذلك ما قضى به نظام التحكيم السعودي الصادر سنة ١٤٠٣ هـ (انظر المادتين ١، ١٠ من النظام). وما قضى به أيضًا قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٤٤ الذي اشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلاً.. ومثله اعتبر قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة ١٤٤٦ من أن الكتابة ليست لمجرد الإثبات ولكنها جاءت للانعقاد.. وهكذا تبدو شرطية الكتابة لازمة من باب أولى في اتفاقيات التحكيم الدولية.. حيث تطلبت اتفاقية نيويورك الدولية لسنة ١٩٥٨ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، وإن لم تشترط شكلية معينة لهذه الكتابة. ومثلها تطلب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ ٢١/٦/١٩٨٥ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، انظر المادة (٧)

وفي مجال آخر يلاحظ أن جملة من القوانين الوضعية والجرمانيّة^(١) قد اعتبرت

(١) ومن ذلك ما نص عليه القانون المدني العراقي - صراحة - في المادة ٥٠٨ منه بقوله: «بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون».. بمعنى أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا بالعقد والتسجيل معاً.. ويعضد هذا النص ما أورده قانون السجل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ من أحكام بهذا الشأن (انظر المادة الثالثة فقرة ٢) إضافة إلى جملة من الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز العراقية.. انظر على سبيل المثال القرار رقم ٩٧٨ الصادر في ١٥/١٢/١٩٦٨ الذي حكم بأن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة (الطابو) أي السجل العقاري مشيراً إلى النص (انظر: عباس الصراف، كتاب البيع، ص ٤٠٤، ٦٣. وعبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج ٢، ص ٤٥) وهكذا الشأن بالنسبة إلى القانون الأردني حيث «أصبح» كما قيل - من الأمور المسلم بها في الأردن أن التسجيل ركن انعقاد في البيع العقاري».. أي إن عقد البيع العقاري عقد شكلي لا ينعقد بتمامه إلا أمام دائرة التسجيل، وقد درجت محكمة التمييز الأردنية على تأكيد ذلك، واعتبرت عقود البيع العقارية على أرض تمت التسوية فيها خارج دائرة التسجيل باطلة (انظر: مجلة دراسات في القانون والإدارة/ عمان - المجلد ١٣ العدد ٩ أيلول ١٩٦٨) وانظر بهذا الشأن المادة ١١٤٨ أردني.

بل ذهبت بعض القوانين الجرمانيّة كالقانون الألماني والقانون السويسري إلى أبعد من ذلك فاعتبرت أن انتقال الملكية العقارية يمكن أن يتم بالتسجيل وحده.. أي دون النظر إلى التصرف الذي أنشأ هذا العقد.. ولكنه إجراء متمحض في الشكلية.. لا نراه ينسجم مع التوجهات الحديثة التي صارت تعاف الشكليات المحضة.

نسوق ذلك كله لبيان ما وقع فيه الزميل الدكتور نبيل سعد من وهم لدى تعليقه على رأينا في الموضوع (انظر: مبادئ القانون، ص ٢٥٦) حيث حسب أن البيع الوارد على عقار لا يكون إلا رضائياً - هكذا بالإطلاق - وأما الشكلية المطلوبة في هذا المضمار فهي لا تعدو أن تكون شكلية عقدية تقوم على إبرام التصرف.

ولكن الواقع - كما لاحظنا - أن هذا النوع من الوهم الذي وقع فيه الزميل نبيل سعد.. إذا ما أمكن تبريره من منظور القانون المصري ونحوه من القوانين التي اعتمدت فكرة الرضائية في العقد العقاري، فإنه لا يمكن تبريره من منظور القوانين العربية والجرمانيّة الأخرى التي اعتمدت فكرة الشكلية في هذا المضمار. ومن هنا فقد اختلط عليه الأمر من حيث أراد أن يرمينا بالخلط في بيان معنى الشكلية.. ولا يمكن أن نعزو هذا النوع من الاتهام والوهم والتجنيّ إلا لضيق الأفق وكون الزميل ما زال مأسوراً إلى قانونه المصري ومشدوداً إلى إطاره الخاص دون أن يحسب للاتجاهات القانونية الأخرى حسابها.. بما في ذلك بعض

عقد البيع الوارد على عقار عقداً شكلياً وليس رضائياً، وأن هذه الشكلية مطلوبة في الأصل لتكوين التصرف العقدي، ليس لغرض الشهر والعلانية فقط.. وذلك خلافاً لما ذهبت إليه بعض القوانين العربية كالقانون المدني المصري والقوانين المتأثرة به. وخلافاً لما تحسبه البعض - عموماً - أن الشكلية لا تعتبر ركناً أساسياً في بنية العقد العقاري.. من دون أن يفرق في هذا المضمار بين قانون وآخر.

ويبدو أن الغرض من اشتراط هذا النوع من الشكلية الإجرائية هو تقرير أهمية بعض العقود والتنبيه على ضرورة أخذ الحيلة لدى الإقدام على إبرامها.. مضافاً إلى ما قد يحققه ذلك من حفظ النظام العام والتمسك بمقتضياته.

أما على صعيد الفقه الإسلامي، فعلى الرغم من عدم وجود نصوص أو فتاوى فقهية محددة بهذا الصدد، فإننا كفقهاء لا نجد ما يمنع شرعاً من العمل بذلك النحو من الشكلية التي قد تعتبر أساساً في تكوين بعض العقود وتقويمها.

٣) العقد العيني:

أما العقد العيني - ثالث تلك العقود الموزعة على أساس الانعقاد - فهو كالعقد الشكلي لا يكفي لتأثيره أيضاً مجرد ارتباط الإيجاب والقبول أو توافر عنصر التراضي، وإنما لا بد من توافر عنصر آخر، هو قبض العين محل التعاقد وتسليمها إلى المتعاقد الآخر.. بحيث تصير هذه العين تحت تصرفه وفي نطاق حيازته وسلطانه، وبحيث يتوقف نقل الملكية على أساسه.

لذلك يمكننا تعريف العقد العيني بأنه: «نوع من التصرف القانوني الذي يتطلب قبض العين ووضعها تحت سلطة المالك، وبموجب ما يقضي به النص أو العرف أو الاتفاق».

القوانين الخليجية التي كتب تحت ظلها كتابه المذكور.

ويبدو أن التطبيق العملي لهذا النوع من العقود المرتبطة بطريقة الانعقاد قد انحصر - في رأي القانون المصري -^(١) والقوانين المنبثقة عنه أو المتأثرة به بـ (عقد الهبة بالمنقول وحده، خلافاً لنظيره القانون المدني المصري الموصوف بالقديم، وقانون الموجبات والعقود اللبناني^(٢) وأصله الفرنسي، والقانون المدني العراقي^(٣) التي ضربت لهذا النوع من العقود أمثلة متعددة أخرى كالقرض والوديعة والعارية ورهن الحيازة.. حيث اشترطت فيها كذلك حصول القبض والتسليم عند الانعقاد تعبيراً عن أهميتها، لما يمكن أن ينشأ عنها من خصومات إذا لم تتم عملية التسليم.

(ب) عقود المساومة والإذعان:

أما المراد بكل من عقد المساومة وعقد الإذعان باعتبارهما منبثقين عن العقد الرضائي المذكور.. فيتلخص في أن الرابطة العقدية إذا تساوت أطرافها في حق تغيير بنود العقد وشروطه طبقاً لمصالحهما الخاصة، فالعقد في هذه الحالة يسمى (بعقد المساومة)، أو عقد المشيئة.. وأهم تطبيقاته كل من البيع والإجارة والهبة ونظائرها إذا ما تجانست أطرافها..

أما إذا اختص أحد الأطراف بحق إملاء ما تقضي به مصالحه الخاصة من شروط، مع حرمان الطرف الآخر من ذلك، سوى حق الرفض أو القبول الكلي للعقد بشروطه.. فيسمى العقد حينئذٍ (بعقد الإذعان).. تعبيراً عن حالة الرضوخ والإذعان المفترضة في جانب الطرف القابل.. لذلك أفصحت بعض التقنيات الوضعية عن هذه الحالة بقولها: «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم

(١) المادة ٤٨٨ ف ٢ التي اكتفت بواقعة القبض دون الحاجة إلى ورقة رسمية، وانظر ما يقابلها المادة ٤٧٧ من القانون الليبي، والمادة ٤٥٦ من القانون السوري، والمادة ٤٢١ من القانون المدني السوداني.

(٢) انظر: عبد المنعم الصدة، مبادئ القانون، ص ٣٢٤.

(٣) حيث نص على عينية عدد من هذه العقود مضافاً إلى عقد الهبة بالمنقول.

بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها^(١). كما هو الشأن في كثير من العقود التي تتصل بأداء خدمة عامة، أو تعاطي سلع ضرورية لا غنى للأفراد عنها.. كعقود النقل المرتبطة بوسائل نقل جوية أو بحرية.. وعقود التأمين الخاصة أو الشاملة، وعقود توريد المياه والكهرباء والهاتف والفاكس والانترنت، ونظائرها من وسائل الاتصال الحديثة وأوجه الخدمات العامة التي برزت وتأصلت حديثاً.. وبخاصة في غضون الفترة الأخيرة.

ولعله لوجود ذلك النحو من الإذعان والرضوخ في هذه العقود، وما عسى أن يترتب عليها من إغفال لمبدأ سلطان الإرادة.. فقد ذهب البعض من فقهاء القانون إلى الطعن في أصل مشروعيتها وإنكار صيغتها أو صيغتها التعاقدية.

ولكن الرأي السائد^(٢) ما يزال يميل إلى القول بمشروعيتها وقبول صفتها التعاقدية. طالما كانت ناشئة عن إرادتين مترابطتين، وخاضعتين لما تخضع له سائر العقود من قواعد وأحكام عامة.

مميزات عقود الإذعان:

وعليه، يمكننا - في ضوء ما مرّ - أن نحدد مميزات أو شروط هذه العقود بما يلي:

١. أن يكون أحد طرفي العقد في مركز اقتصادي أو قانوني أقوى من نظيره الآخر.. بحيث يمكنه أن يفرض من الشروط والبنود ما يراه أنسب لمصالحه الخاصة، دون أن يعطي نظيره الطرف الآخر أي حق في مناقشته في هذه الشروط.

(١) انظر المادة ١٠٠ من القانون المصري والليبي، والمادة ١٠١ من القانون السوري، مضافاً إلى المادة ١٦٧/١ من القانون العراقي، والمادة ٨٠ من القانون الكويتي ولو جاء بصيغة مختلفة..
(٢) انظر في هذا المجال مصادر الحق للسنهوري ٢/ ٧٥-٧٦، والوسيط للسنهوري أيضاً ١/ ٢٣١ حول طبيعة هذه العقود. والنظرية العامة للالتزامات للب دراوي ١/ ٧٦-٧٧. وإعلان الإرادة للفقهاء الفرنسي سالي ص ٢٩٩-٢٣٠ ط سنة ١٩٢٩.

وعادة ما يستمد الطرف الأقوى مركزه مما يكتسبه من حق الاحتكار بحكم الواقع أو القانون، أو من خلال انضمامه إلى تكتل اقتصادي متين، أو من محدودية المنافسة إزاءه.

٢. أن يتضمن العقد أداء خدمة عامة، أو إدارة مرفق عام، أو تعاطي سلع ضرورية لا غنى للفرد أو المجتمع عنها، كما هو الحال فيما تقوم به بعض المؤسسات العامة أو الشركات التجارية النافذة من بيع أو إنتاج أو توريد لتلك الخدمات أو المرافق أو السلع..

٣. أن يكون الإيجاب موجهاً في مجمله إلى جمهور المستفيدين أو المستهلكين أو إلى طائفة منهم دون تخصيص.. وبحيث تكون الشروط الموجهة إليهم جميعاً.. شروطاً متماثلة، ومتمثلة بوثيقة نظامية وموحدة.

ولكن ربما يكون هذا الشرط الأخير الذي أفرزته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري "انظر ج ٢، ص ٦٩ من هذه المجموعة والذي اعتمده جانب من الشراح": هو أعلق بموارد الخدمات العامة.. منه بموارد السلع الضرورية التي تتعاطاها المحلات والشركات الاحتكارية^(١).

هذا وسوف نتطرق لهذا العقد بشيء من التفصيل في نطاق: «صور خاصة من التعاقد».

(١) انظر: مبادئ القانون، د. جلال العدوي، ص ١٩٧. مبادئ القانون، محمد الشيخ عمر وزميله، ص ٢٥٩. ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ٦٩/٢ فما بعدها.

المطلب الثاني:

تقسيم العقود من حيث القواعد التي تحكمها إلى: عقود مدنية وعقود تجارية

.. ويمكن من زاوية ثانية تقسيم العقود إلى عقود مدنية وأخرى تجارية.. وذلك من حيث القواعد التي تحكمها.

ويراد بـ (العقد المدني) في الاصطلاح: «كل اتفاق عقدي يقوم على تصرف مالي مرتبط بقواعد القانون المدني» بحيث يمكن اعتباره هو الشريعة العامة لجميع أنواع الروابط المالية.

أما العقد التجاري فيراد به «كل اتفاق عقدي يقوم على تصرف مالي مرتبط بقواعد القانون التجاري»، وبحسب ما تقضي به النظرية العامة للأعمال التجارية.

وتقضي هذه النظرية - كما هو المعروف - بتقسيم الأعمال التجارية إلى أعمال تجارية أصلية وأخرى تبعية، فإذا كان العمل التجاري يهدف بصفة أساسية ومباشرة إلى تحقيق الربح، أو ممارسة المضاربة، أو يقوم على مجرد الوساطة في تداول الثروات كما هو الشأن في عمليات الصرف والمصارف وأعمال التجارة البحرية.. سمي بـ (العمل التجاري الأصلي).. أما إذا مارسه الشخص بوصفه تاجرًا ويموجب مقتضيات تجارية أو بمناسبتها وليس بصفة أساسية: سمي هذا العمل بـ (العمل التجاري التبعية) كما هو الشأن في أعمال نقل البضائع أو في توريد المياه والنور والهاتف مثلاً إلى محله التجاري.

على أن العمل التجاري قد يتخذ (تارة ثالثة) صفة (العمل التجاري المختلط) إذا ما امتزج - هذا العمل - بعمل منبثق عن تصرف مدني، كما في عقد التأمين الذي يجريه شخص غير تاجر مع شركة للتأمين، حيث يمثل هذا الشخص العقد في جانبه المدني، فيسمى تصرفه (عملاً مدنياً).. في حين تمثل الشركة جانبه التجاري فيسمى

الفصل الأول: ماهية العقد وتقسيماته

العمل بالنسبة لها (عملاً تجارياً).. ونظيره العقد الذي يبرم بين صاحب مزرعة يبيع محصوله، وتاجر يشتري منه هذا المحصول لكي ينقله بدوره إلى ثالث.. فإنه - أي هذا العقد - يعتبر (مدنياً) بالنسبة إلى المزارع و(تجارياً) بالنسبة إلى التاجر.

وعليه فالعمل المختلط هو الذي يعتبر مدنياً بالنسبة لأحد طرفيه وتجارياً بالنسبة للطرف الآخر.

وعلى الرغم مما قد يلاحظ من انتفاء الفارق بين العقد المدني والتجاري فيما يتصل بشروط الانعقاد أو الشكل أو نحوها، ثم على الرغم مما قد يلاحظ من عدم تخصيص العقود التجارية بأحكام معينة إلى جانب العقود المدنية في ظل بعض القوانين الحديثة كالقانون الإيطالي والقانون السويسري وغيرهما.

أقول: على الرغم من ذلك كله فإن التمييز بين العقدين المذكورين لا بد أن يظل سارياً ومرعياً، ولو في حدود ما لهما من صفة أو صلة بالعمل التجاري أو العمل المدني في مجال التطبيق.

ضوابط التفرقة:

ولهذا حرص معظم الباحثين من فقهاء القانون المدني أو التجاري على التوصل ببعض الضوابط التي تعين على التفرقة بين العقدين.. حيث أرجع البعض منهم هذه التفرقة إلى (فكرة المضاربة) التي تجعل من (الربحية) مقياساً للعمل التجاري ومناطقاً للتفريق بينه وبين العمل المدني. كما ردّ البعض الآخر هذه التفرقة إلى (نظرية المشروع أو المقابلة) وهي التي تقوم على تكرار العمل وممارسته بصورة منتظمة.. في حين أرجعها قسم ثالث إلى ما أسماه (بنظرية التداول) وهي التي تخضع لفكرة الوساطة في تداول السلع والنقود. كما أراد أن يرجعها قسم رابع إلى ما أسماه (بنظرية الحرفة) والتكسب.. ونحوها من المعايير المطروحة في الكتب المطوّلة أو المبسّطة.

على أي لا أجد أي واحد من هذه الضوابط يصلح دائماً لوحده وعلى استقلال أن يحقق فكرة التمييز بين العقدين، وإنما لا بد من الاستعانة بضوابط أخرى. إذ ليس من اللازم دائماً أن يكون الربح هو الأساس الوحيد في التفرقة بين (العملين)، كما أنه ليس من المحتم دائماً أن يظل تكرار العمل، أو تظل عملية الاحتراف هي أو هو السبيل الوحيد لتحديد هذه التفرقة، وإنما لا بد في كثير من الأحيان الأخذ بعدة معايير للتمييز بين العاملين المدني والتجاري^(١).

آثار التفرقة:

أما آثار التفرقة فيمكن أن تظهر من خلال حالات معينة تتمثل بالاختصاص القضائي وبوسائل الإثبات، وبالقواعد الخاصة بالالتزامات.

فمن حيث الاختصاص القضائي يلاحظ أن بعض الدول الحديثة قد شاءت أن تتبع أسلوب القضاء المتخصص بالنسبة إلى المنازعات التجارية الناشئة عن عمل تجاري، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية^(٢) وذلك إلى جانب القضاء العادي بالنسبة إلى المنازعات الناشئة عن عمل مدني ..

أما من حيث وسائل الإثبات فالمعروف أن معظم التقنيات الحديثة قد راعت

(١) انظر في ذلك كله: محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، ص ٤٣ فما بعدها.

- د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج ١، ص ٤٥ فما بعدها، ط ١٩٧١.
- د. علي البارودي، دروس في القانون التجاري في ذات الموضوع.
- د. سعيد يحيى، الوجيز في القانون التجاري السعودي، ص ٣٦-٣٩.
- د. حمزة علي المدني، القانون التجاري السعودي، ص ٤٤-٤٩.

- Thaller, Trite elementaire de dr. Commercial No. 14.
- Ripert at Roblot; Traite Elementaire de Droit Commercial. L.G.D.J. Paris 1980.

(٢) انظر: د. حمزة المدني، المصدر السابق، ص ٣٨-٤٠.

- د. سعيد يحيى، المصدر السابق، ص ٦٦-٦٨.

أن تكون وسائل الإثبات في المسائل المتعلقة بالقضايا التجارية أكثر مرونة منها في المسائل المتعلقة بالقضايا المدنية.. حيث تشترط الكتابة لإثبات التصرف إذا كان متعلقًا بقضية مدنية، وكانت قيمته لا تزيد عن مبلغ يسير معين. في حين يمكن الإثبات بأية وسيلة كانت بما في ذلك البينة والقرائن والخطابات والدفاتر التجارية ونحوها.. إذا كان الأمر متعلقًا بقضية تجارية.

ومن حيث القواعد الخاصة بالالتزامات، فقد حرصت بعض القوانين الوضعية على وضع قواعد خاصة بالالتزامات التجارية تختلف عن تلك التي تخضع لها الالتزامات المدنية، ومنها ما يتعلق على وجه الخصوص بالتضامن، والإفلاس، والمهلة القضائية، والإعذار، والنفاذ المعجل، وذلك تحقيقًا لعامل السرعة وعامل الائتمان اللذين يتطلبهما عادة العمل التجاري. وبإمكان المتبع من طلابنا أن يرجع إلى بعض المصنفات المتخصصة بالقانون التجاري لمعرفة التفاصيل من منبعها حول الموضوع^(١).

المطلب الثالث:

تقسيم العقود من حيث وجود المقابل وعدمه

كذلك يمكننا من ناحية ثالثة وبملاحظة وجود المقابل من عدمه، تقسيم العقد إلى عقد تبرع وعقد معاوضة:

١. عقد التبرع: وهو العقد الذي تم بموجبه منح شخص لآخر شيئًا من أمواله أو

(١) انظر: د. مصطفى طه، المصدر السابق، بند رقم ٧٩ فما بعده.

- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، بند ٣٣ فما بعده، دار النهضة العربية بالقاهرة،

١٩٨١م.

- د. حمزة المدني، المصدر السابق، ص ٣٧-٤٤.

حقوقه بنية التبرع ملكًا أو انتفاعًا دون مقابل.. بحيث يتنازل فيه هذا الشخص عن ملكية بعض أمواله أو حقوقه لينقلها إلى المتعاقد الآخر.. كما في عقود الهبة والعارية، والقرض الحسن، والوكالة غير المأجورة، والعمل الذي يؤديه الشخص إلى الغير بصورة مجانية.

ومن شأن هذه العقود ونحوها أن يحصل فيها أو في بعضها نقص في ذمة طرف وزيادة في ذمة طرف آخر، ولكن هذه الزيادة لا يلزم أن تكون متمثلة دائمًا في شيء ملموس، وإنما يمكن أن تتمثل أيضًا بحق أو بمنفعة من المنافع كعقد العارية الذي ينطوي على مجرد الانتفاع بالعين المعارة دون أن يضيف إلى ذمة المستعير شيئًا ماديًا ملموسًا.

ويظل العقد موصوفًا (بالتبرع) حتى وإن ترتب على عاتق المستفيد بعض التكاليف أو الأعباء كالهبة المقرونة بالتزام أو عمل تكليفي.

أما سبب التزام المتبرع بأداء ما التزم به فيعود في الأصل إلى (نية المتبرع) ذاتها التي هي الفيصل في تمييز هذا العقد عن عقد المعاوضة الآتي.

٢. عقد المعاوضة: وهو العقد الذي يجري فيه التبادل بين الحقوق على نحو يحصل فيه كل طرف في العقد على مقابل لما قدمه الطرف الآخر بنحو الملكية أو الانتفاع.

وتطبيقاته واسعة في الحياة العملية، ومن أظهرها وأكثرها شيوعًا عقود البيع والإجارة والمزارعة والمقاولة وعقد العمل ونظائرها.

ثمرة هذا النحو من التصنيف:

تبدو أهمية التفرقة بين النوعين المذكورين من العقود من خلال مجالات عديدة،

من أظهرها ما يتصل بفكرة (الضمان)، حيث تقضي بعض النصوص القانونية^(١) بعدم ترتب أي نوع من الضمان على الواهب في استحقاق الشيء الموهوب ما لم يتقصد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض، في حين يلزم أن يترتب هذا الضمان في عقود المعاوضة إذا ما توافرت أسبابه.

كذلك يمكن أن تظهر الثمرة في هذا النوع من التصنيف بالنسبة إلى أهلية المتعاقدين، حيث يشترط أن تكون هذه الأهلية كاملة في عقد التبرع دون عقد المعاوضة الذي تكفيه الأهلية الناقصة.

كما يمكن أن تظهر الثمرة أيضاً في عدد آخر من الحالات المرتبطة بالعقدين المذكورين، كما في الولاية على المال، وفي شروط إعمال دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائن والموسومة بالدعوى البوليصة.. وغيرها من الحالات التي لا نجد لها متسعاً من البحث في هذا المجال.

المطلب الرابع:

تقسيم العقود من حيث طبيعتها

أما من حيث الطبيعة.. فيمكن تقسيم العقود إلى عقود محددة وأخرى احتمالية.

١. العقد المحدد: هو الذي يستبان فيه منذ البداية قيمة الأداء.. بحيث يكون باستطاعة أي من طرفيه أن يحدد مركزه من الربح أو الخسارة عند نشوء الرابطة

(١) لاحظ كلاً من المادة ٤٩٤ من القانون المدني المصري، والمادة ٤٦٢ من القانون المدني السوري، والمادة ٦١٤ من القانون المدني العراقي، والمادة ٥٢٢ من قانون الموجبات اللبناني. ومن أراد التوسع في الموضوع فعليه الرجوع إلى الكتب المفصلة، ولاحظ كذلك على وجه الخصوص: الوسيط للسنيهوري ١/ ١٧٤-١٧٦. الموجز في شرح القانون المدني العراقي للحكيم ١/ ٤٩-٥١. والأصول العامة للقانون لتوفيق حسن فرج، ص ٤٣٧-٤٣٩ وغيرها.

العقدية.

ويجري هذا النوع من التحديد في كثير من العقود السائدة كالبيع والإجارة والمقاوله وعقد العمل، ونظائرها، فالبائع يتحدد مركزه من الربح أو الخسارة عند إبرام العقد، وذلك عندما يتفق مع المشتري على تحديد قيمة معينة للسلعة المباعة.. والمقاول كذلك يمكن أن يتحدد مركزه من الربح أو الخسارة، حين يتفق مع رب العمل على تنفيذ عملية معينة لقاء مبلغ معين يدفع إليه جملة أو أقساطاً، فكل من الطرفين في هذه الصورة أو تلك يستطيع أن يعرف تماماً عند إنشاء العقد مقدار ما سيعطيه ومقدار ما سيأخذه من الطرف الآخر بغض النظر عن الظروف الطارئة.

٢. العقد الاحتمالي: وهو العقد الذي لا تتضح فيه بشكل محدد ومنضبط قيمة الأداء ولا مركز المتعاقدين من الربح أو الخسارة وقت إبرام العقد، وذلك لتوقفه على أمر مستقبل غير محقق الوقوع من شأنه أن يزيد أو ينقص في مدى الالتزام. كما هو الشأن مثلاً في عقد التأمين على الحياة أو ضد الحريق أو نحوها من العقود التي يجهل كل واحد من أطرافها عند إبرام العقد ما قد يسفر عنه الأمر من كسب أو خسارة.

وعلى الرغم من كون هذه العقود تنطوي على نوع من الجهالة في مركزية التعاقد من الربح والخسارة، فقد أقرها القانون الوضعي واعتبرها من العقود المشروعة عملاً بمبدأ سلطان الإرادة وأخذاً بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)^(١)، وإن حكم من جانب آخر ببطالان أي اتفاق يقوم على الرهان أو المقامرة، عدا ما يتعلق منها بالرهان الخاص بالألعاب الرياضية أو الأولمبية أو بأوراق اليانصيب المرخصة نظاماً^(٢)، بناءً على طبيعتها الخاصة.

(١) معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، ج ٢، ص ١٤٨٣.

(٢) لاحظ المواد ٧٣٩، ٧٤٠ من القانون المدني المصري، وما يطبقها من القانونين السوري والليبي، والمادتين ٩٧٥، ٧٧٦ من القانون المدني العراقي، والمواد ١٠٢٤-١٠٢٧ من قانون

ويبدو أن الفقه الإسلامي في مجمله يميل إلى القول ببطلان أي نوع من هذه العقود باعتبارها من تطبيقات (عقد الغرر) المتفق على بطلانه عندهم، لما ينطوي عليه من جهالة.

ونحن أميل - بالنسبة للاتجاهات القانونية - إلى العمل بالاتجاه القاضي بالجواز، صيانة لحقوق الناس ولإضفاء نوع من الوضوح والمصادقية على المعاملات الجارية بينهم.

هذا ويلاحظ أن بعض القوانين الوضعية^(١) التي عرضت لموضوع تقسيمات العقود قد اعتبرت ذلك النوع من التقسيم للعقد: فرعاً من عقد المعاوضة الآنف الذكر، وذلك على اعتبار أن تحديد أو عدم تحديد قيمة الأداء أمر يتصل بعنصر التعويض والمبادلة.

لكننا لا نتفق مع هذا التوجه.. لأن العقد المحدد مثلما يمكن أن يحصل بمعاوضة يمكن أن يحصل أيضاً بدونها، كما أن التوقع والاحتمال مثلما يمكن أن يقع في دائرة المعاوضات، مثلما يمكن أن يقع في دائرة التبرعات.

المطلب الخامس:

تقسيم العقود من حيث الآثار التي تنتجها

ومن هذا الجانب المتعلق بالآثار التي تنتجها العقود يمكن تقسيم العقود إلى عقود ملزمة لجانب واحد وأخرى ملزمة لجانبين.

الموجبات والعقود اللبناني، والمواد ١٤٥٢-١٤٥٧ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمواد ١٠٩٢-١٠٩٧ من القانون المغربي.
(١) المادة ١٠٣٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

١. العقد الملزم لجانبين: هو العقد الذي يرتب التزامات وحقوقاً متقابلة في ذمة طرفي العقد طبقاً للاتفاق المبرم بينهما، بحيث يصير كل واحد منهما دائئاً ومديناً في وقت واحد للطرف الآخر، فالبائع في عقد البيع مثلاً يلتزم بتسليم المشتري من العين المباعة ونقلها إلى ملكيته وسلطته، في حين يلتزم المشتري بالمقابل بدفع الثمن إلى البائع.. وهكذا تنشأ بينهما حقوق متبادلة، كما يمكن أن يتضح هذا التصوير في كل من الإجارة والمضاربة ونحوهما من العقود التبادلية في الحقوق والالتزامات.

٢. العقد الملزم لجانب واحد: وعلى العكس من ذلك، فإن العقد الملزم لجانب واحد - كما يفصح اسمه عنه - هو الذي يرتب التزاماً على أحد طرفي العقد من ربط نفسه بالتزام معين يؤديه إلى الطرف الآخر (دون مقابل) كعقد الهبة، وعقد العارية وعقد الوديعة ونحوها من العقود التي يقع فيها الالتزام على جانب واحد.. فالواهب مثلاً في عقد الهبة يلتزم بنقل ملكيته للشيء الموهوب إلى الطرف الآخر - وهو الموهوب - في حين لا يقع على عاتق هذا الطرف أي التزام اتجاه الواهب. والمستعير يلتزم بموجب عقد الإعارة أن يتسلم الشيء محل الإعارة وأن يحافظ عليه ويرده في نطاق الأجل المعين، دون أن يترتب على المعير أي التزام قانوني بالمقابل.

ويقتضينا التنبيه هنا: أن العقد الملزم لجانب واحد هو عقد لا يختلف عن سائر العقود وإن رتب التزاماً على أحد الطرفين دون الطرف الآخر.. لتوافر سائر عناصر العقد ومواصفاته الأساسية فيه.

ومن جهة أخرى، فإن هذا العقد الملزم لجانب واحد (Unilateral Contract) يظل يختلف عما سمي في الاصطلاح: بـ (العمل القانوني الصادر من جانب واحد) والذي تتردد فكرته في هذا المجال.. ذلك أن هذا النمط من العمل القانوني إنما يقوم في جوهره على مشيئة واحدة - أي على إرادة مستقلة منفردة - خلافاً للعقد الملزم لجانب واحد أو الملزم لجانبين، فإن من اللازم أن يستند كل منهما على

إرادتين مترابطتين - وهما إرادة الموجب وإرادة القابل -.

ولعله من هنا وصف بعض العمل القانوني الصادر من جانب واحد والمماثل لفكرة الإرادة المنفردة، أنه أحادي المنشأ وأحادي الأثر، كما يمكننا بالمقابل وصف العقد الملزم لجانبين، أنه ثنائي المنشأ وثنائي الأثر.

وعليه فإن التعبير من جانب واحد، إذا أضيف إلى العقد فيقتضي أن ينصرف إلى الأثر وليس إلى النشوء، وإذا أضيف إلى العمل القانوني فيقتضي أن ينصرف إلى نشوئه لا إلى أثره^(١).

ثمرة هذا التصنيف:

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن بعض النتائج والثمرات المهمة يمكن أن تترتب على التمييز بين العقدين المذكورين وبخاصة فيما يتصل بحق الفسخ وحق الانفساخ، حيث يمكن أن يترتب الفسخ أو الانفساخ في العقد الملزم لجانبين إذا لم يقوم أحد الطرفين بما عليه من التزام، في حين لا يتصور الفسخ أو الانفساخ في العقد الملزم لجانب واحد.. وهكذا الحال بالنسبة إلى تبعة الهلاك والامتناع عن التنفيذ وسواها من الحالات التي يقوم على أساسها ذلك التمييز.. ولا نجد ما يدعو في هذا المجال إلى البحث في تفصيلات هذه الثمرات، ومن أراد الوقوف عليها، فيأمكنه الرجوع إلى مظانها من الدراسات القانونية الموسعة.

(١) انظر في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية العقد، ص ٧١-٧٢. محمود المظفر وآخرون، الوسيط في دراسة الأنظمة، ص ٣٤١، ٣٤٢. عاطف النقيب، نظرية العقد، ص ٧٢-٧٤. محمد إبراهيم أبو العينين، مبادئ القانون ص ١٢٤-١٢٦. نبيل سعد وجماعته، مبادئ القانون، ص ٢٦٢-٢٦٣.

المطلب السادس:

تقسيم العقود من حيث وجود أو عدم وجود تنظيم يحددها

ومن هذه الزاوية ومن جانب شمولي يمكننا أخيراً تقسيم العقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة.

أولاً: العقد المسمى:

يطلق هذا العقد ويراد به: «كل عقد خصه القانون بعنوان معين وجرى تنظيم أحكامه بنصوص خاصة مستقلة».

وعليه لا تعتبر، بموجب هذا التعريف الذي بلورناه، بعض العقود عقوداً مسماة وإن اتخذت لها عنواناً واسماً معيناً، طالما أن القانون لم يخصها بتنظيم أو نصوص مستقلة، فعهود التوريد والنشر والإعلان ما تزال غير معتبرة من ضمن العقود المسماة وإن ميزتها عناوين خاصة، وذلك أنه لم يجز تخصيصها بتنظيم قانوني محدد أو أحكام مستقلة.

على أن القانون ليس من وظيفته أن يضع قواعد أو نصوصاً معينة للروابط العقدية إلا إذا تميزت بأهيمية خاصة أو كانت لها تطبيقات واسعة في الحياة العملية، ومن ذلك بعض العقود التي نظمتهما جملة من التشريعات الوضعية على شكل طوائف كما يلي^(١):

(١) لاحظ القانون المدني المصري في المواد ٤١٨-٨٠١ والقوانين المطابقة له كالقانون المدني السوري والقانون المدني الليبي. ولاحظ أيضاً القانون الأردني بدءاً من المادة ٤٦٥ وانتهاءً بالمادة ١٠٦٧، مضافاً إلى المواد الخاصة بعقد الرهن ١٣٢٢-١٤٢٣. ثم لاحظ كذلك المادة ٧٤ من القانون المدني العراقي التي قسمت تلك العقود إلى ثلاثة طوائف تبعاً لما جاء في مرشد الحبران في المواد ٢٦٣-٢٦٦ منه.

١. عقود تقع على الملكية - وتمثل بكل من عقد البيع والمقايضة، وعقود الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح.
٢. عقود ترد على المنفعة، وقد حصرت فقط في عقدي الإجارة والعارية.
٣. عقود ترد على العمل، وتمثل في كل من عقد المقاولة، وعقد العمل، وعقد التزام المرافق العامة، وعقود الوكالة والوديعة والحراسة.
٤. عقود الغرر أو العقود الاحتمالية، وتمثل في كل من عقود الرهان والمقامرة، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين.
٥. عقود التوثيق الشخصية، وتشمل كلا من الكفالة والحوالة.

هذا بالإضافة إلى عقدي التوثيق العينية اللذين نظما في القسم الخاص بالتأمينات العينية من القانون المدني، وهما الرهن التأميني - الرسمي - والرهن الحيازي.

ثانيًا: العقد غير المسمى:

يطلق هذا العقد ويراد به «كل نوع من العقود لم ينحصره القانون بأحكام أو قواعد مستقلة ومعينة» تاركًا معالجته إلى القواعد الواردة في النظرية العامة للالتزام، مضافًا إلى الاتفاق الخاص الذي قد ينبثق بين أطرافه.

ومن ذلك أن يتفق تاجر مع مؤسسة اقتصادية على تقديم بيانات منتظمة له عن حالة السوق التجارية أو المالية، أو أن يتعهد أستاذ بإلقاء دروس خصوصية على طلابه مقابل أجر يقوم بدفعه هؤلاء الطلاب وفق شروط معينة، ودون أن يحيله إلى عقد معين.

كما يمكن أن يعتبر من تطبيقات ذلك كل من عقد التوريد وعقدي النشر والإعلان اللاتي أشرنا إليها آنفًا، ونظائرها من العقود التي عرفت بأسماء معينة ولكن القانون لم يتخذ لها تنظيمًا ذاتيًا محددًا وأحكامًا معينة. ونرى أن التطورات

الحديثة في مجال النشر والإعلان وعملية التوريد تقضي بإيجاد تنظيمات وأحكام خاصة بها كما قضت بالنسبة لغيرها.

ثم إن الثابت أن هذا النحو من العقود غير المسماة يلزم أن تخضع في الأصل إلى القواعد العامة في نظرية العقد ونظرية الالتزام، وأن عبء تطبيقها على هذه القواعد إنما يقع على عاتق الفقه والقضاء، على أن تراعى في ذلك، بطبيعة الحال، الأغراض المشروعة التي يسعى إليها أطراف التعاقد.

هذا ويلاحظ أن القضاء - بعد أن وضعت نصوص العقود المسماة، وضبطت أوصفت بدقة أحكامها - صار لا يواجه كثيرًا من الصعوبات في الاهتداء إلى التمييز بين المسماة وغير المسماة من العقود لغرض الفصل في القضايا المطروحة، لكنه مع ذلك قد يلتبس عليه الأمر عندما يحصل بعض التشابه والتشابه بين العقود أو التصرفات القانونية.. الأمر الذي قد يدعوه إلى إجراء عملية فنية معقدة تقوم على تكييف التصرف القانوني وتوصيفه دون أن يتقيد بها قد يطرحه الطرفان من أوصاف.. فإذا ما انتهى إلى اعتبار التصرف عقدًا من العقود المسماة. التزم بتطبيق النصوص القانونية الخاصة به، أما إذا ما انتهى إلى اعتباره عقدًا غير موصوف أو مسمى.. تعين عليه أن يجتهد رأيه في تطبيق الحكم المناسب مستعينًا بجهود من سبقه في هذا المضمار^(١).

(١) بهذا المعنى: إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٣٠.

المبحث الثاني:

تصنيف العقود في فقه الشريعة الإسلامية

إذا كانت بعض القوانين الوضعية يتبعها بعض شراحها قد حرصت - كما لاحظنا من قبل - على تقسيم العقود إلى طوائف وأقسام وفق حيثيات أو لحاظات خاصة وطبقاً لترتيب معين، فإن الفقه الإسلامي وخاصة عبر مصادره الأولى^(١) لم يشأ أن يسلك هذا النحو من التوزيع أو الترتيب بين العقود وإنما وزع بحثه فيها دون النظر إلى منهجية أو ترتيب خاص.

لكننا مع ذلك لاحظنا أن بعض الفقهاء لم يفته أن يصنف بحثه في العقود أو الفقه عموماً على أساس معين، كصاحب (بداية المجتهد) الذي عمد إلى تقسيم العقود مبدئياً - بغض النظر عن العبادات - إلى قسمين رئيسين: قسم يكون بمعاوضة وآخر بغير معاوضة، والذي يكون بمعاوضة ينقسم بدوره إلى ثلاثة أقسام: أحدها يختص بقصد المغالبة والمكايسة وهي البيوع والإيجارات.. إلخ. والقسم الثاني لا يختص بقصد المغالبة وهو القرض. والقسم الثالث: فهو ما يصح أن

(١) لاحظ الاختلاف الواسع في ترتيب العقود بين معظم المصادر الفقهية، حيث لا نجد ثمة في ترتيبها صلة ظاهرة، بين متقدم ومتأخر، كما لم نلاحظ وجود اعتبار خاص بهذا الصدد، وانظر على سبيل المثال كلاً من كتاب الأم للشافعي، والمبسوط للسرخسي، وبدائع الصنائع للكاساني، والمغني لابن قدامة، وتذكرة الفقهاء للحلي، والكافي في الفقه لأبي الصلاح الحلبي، والمحلى لابن حزم، ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي الشافعي، حيث قمت بفهرسة موضوعاتها المتعلقة بالعقود فلم ألاحظ وجود تقارب بينها في الترتيب، أو التوزيع، كما لم أستطع أن أهتدي إلى وجود منهجية معينة أو صلة ظاهرة في ترتيبها لهذه العقود.

خطة الكتاب:

بعد أن انتهينا من البحث في الحقوق والالتزامات ومن التعريف بالعقد وتقسيماته، لا بد أن نُعيد أنفسنا للدخول في صميم موضوع هذه الدراسة الخاصة بالعقد كمصدر من مصادر الالتزام، والتي شكلت في عرف الشراح نظرية مستقلة لها أثرها ووزنها بين النظريات الأساسية في القانون.

وقد وزعنا البحث إلى عدة فصول، حيث تناولنا في (الفصل الأول) - كما أشرنا - ماهية العقد وتقسيماته. كما ستناول في (الفصل الثاني) مكونات العقد أو عناصره الأساسية. وفي (الفصل الثالث) سوف نعرض: لـ (صور خاصة من التعاقد). أما (الفصل الرابع) فسوف نخصصه لدراسة بطلان العقد أو الجزاء المترتب على عدم الانعقاد.

فلنشرع بالحديث أولاً عن مكونات العقد:



الفصل الثاني

مكوّنات العقد أو عناصره الأساسية

يتكوّن العقد من الأركان أو العناصر الأساسية التالية

- تراضي المتعاقدين.
- أهلية المتعاقدين.
- محل العقد.
- سبب العقد.

تحليل الخطة في هذا الفصل

العقد كمصدر من مصادر الالتزام له - كما قيل - أركان، وله شروط، وبما أننا نرى أنه لا وجه للاختلاف بين هذه الأركان وبعض هذه الشروط من حيث النتائج المترتبة على الإخلال بأيّ منهما، فضلنا أن نوحّد الموضوعين في عنوان واحد.. فالعقد مثلما يفترض في تكوينه وتقويمه إلى التراضي والمحل والسبب باعتبارها من الأركان فإنه يفترض كذلك وبنفس المدى إلى الأهلية^(١) باعتبارها من الشروط أو العناصر الأساسية للعقد.

إذ لا فرق فيما أجد بين هذه الأركان وهذه الشروط في تأثيرها على العقد من حيث الانعقاد، أو في النتائج المترتبة على الإخلال بأيّ عنصر من عناصرها، من حيث بطلان العقد أو انحلاله^(٢)، فمن لا يصدر عن أهلية في تعبيره، لا يمكن

(١) اعتبر جانب من الفقه الوضعي كما اعتبرت بعض التقنيات المدنية ذاتها (انظر: د. السباعي، نظرية بطلان العقود، ص ٨٠) ومنها المغربية والتونسية - وأصلها الفرنسي -: الأهلية ركناً من أركان العقد وعنصراً من عناصرها الأصلية، إلى جانب الأركان الثلاثة المذكورة.. حيث شخّصت المادة الثانية في كل من القانونين المذكورين هذه الأركان بما يلي: "الأركان اللازمة لصحة التصرفات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

١. الأهلية للالتزام.

٢. تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.

٣. شيء محقق يصلح أن يكون محلاً للالتزام.

٤. سبب مشروع للالتزام.

(٢) ويشير بعض الباحثين إلى هذا المعنى بقوله: "وفي الفقه إذا صرفنا النظر عن التفريق بين ما يسمى ركن العقد وشروطه.. حيث يكون اثر الإخلال في الحالتين واحداً - وهو البطلان - .. وحيث يدخل ركن العقد وشروطه فيما يسمى (أصل العقد): نستطيع أن نرد أركان العقد إلى

تحميله أية مسؤولية عقدية.

وأما التفرقة التي قيلت في هذا الصدد أو المسلك الذي انتهج على أساسها، فهي تفرقة لا أثر لها وإن قالها أو تبنّاها بعض الأعلام، وهو أيضًا مسلك لا مردود له، وإن اعتمده أو اعتاده بعض الباحثين من فقهاء الشريعة والقانون.

وعليه أرى أن المنطق السليم يقضي بأن ندرج تلك العناصر - وأقصد بها عناصر الأركان وبعض الشروط - تحت عنوان أو فصل واحد ذلك الذي أسميناه بالمكونات أو العناصر الأساسية للعقد، والذي ورعناه بدورنا إلى فروع أربعة على النحو التالي:

- الفرع الأول: تراضي المتعاقدين.
- الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين.
- الفرع الثالث: المحل أو وعاء التعاقد.
- الفرع الرابع: السبب.

هذا بالإضافة إلى موضوع سلامة الرضا من عيوب الإرادة الذي جعلناه تابعًا إلى الفرع الأول - وهو تراضي المتعاقدين - باعتباره من متعلقاته الأساسية.

قسمين أساسيين، هما: التراضي والمعقود عليه أو المحل، أما السبب فنجد المذاهب الإسلامية مختلفة بصده « .. انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد ص ٨٦ الهامش.



الفرع الأول

تراضي المتعاقدين

تمهيد

التراضي في الاصطلاح مفهوم وضعي يعبر عن ترابط إرادة بإرادة أخرى وتلاقيهما من أجل إحداث أثر قانوني معين.

غير أن وجود هاتين الإرادتين وتلاقيهما من أجل إحداث هذا الأثر، هو في البداية أمر كامن داخل النفس، ولغرض جعله مؤثراً وفاعلاً فلا بد من إبرازه وإعطائه مظهرًا خارجيًا، يقال له: «الصيغة» أو «التعبير عن الإرادة»، المتجسد على شكل إيجاب وقبول.

وعليه فإن بحثنا في هذا الفرع المتعلق بالتراضي سوف يجري في إطار مبحثين أساسيين، هما:

■ أولاً: التعبير عن الإرادة بما له من أحكام وصور، وبما له من أثر على تكوين العقد.

■ ثانياً: التوافق بين الإرادتين أو اقتران الإيجاب والقبول، وما يتصل به من موضوعات.

كما سنعرض في (مبحث ثالث) لموضوع سلامة الرضا من العيوب باعتباره أحد متعلقات عنصر التراضي..

فهذه ثلاثة مباحث نتناولها تباعاً فيما يلي:

المبحث الأول:

التعبير عن الإرادة

□ المطلب الأول: صور التعبير عن الإرادة

أشرنا فيما سبق من حديث أن الإرادة الكامنة في النفس والمهادفة إلى تحقيق غرض معين، لا يمكن أن تعطي ثمرتها أو أثرها الفاعل، إلا إذا اقترنت بعمل خارجي وجرى الكشف عنها بصيغة من صيغ التعبير المتاحة.

وهذه الصيغة في واقعها لا تخرج عن إحدى صور ثلاث أو حالات ثلاث،

هي:

- التعبير الصريح.
- والتعبير الضمني.
- ثم التعبير المنتزع من حالة السكوت^(١).

(١) ذكر بعض الباحثين المحدثين أن ثمة صورة أو وسيلة أخرى للتعبير عن الإرادة يمكن تسميتها بلغة الجسد.. ذلك أن المعاني الفطرية التي ييئها الجسد لا تخلو من ست انفعالات ملحوظة، وهي البهجة والحزن والاشمئزاز والخوف والغضب والدهشة. ولا ريب أن أطروحات علم اللغة الحديث أفادت كثيرا في سير دلالات لغة الجسد، وبما أن للجسد لغة كما هو شأن اللسان فلا بد من أن يكون لهذه اللغة نحوها وصرفها ومعجمها وبلاغتها على حد تعبيره.

وبما يؤكد هذ المعنى ما أورده هذا الباحث من نصوص لبعض العلماء الأقدمين، ومنهم الغزالي الذي قال: «إن كل من طلب المعاني من اللفظ ضاع وهلك» وبهذا النحو نسب إلى

أولاً: التعبير الصريح:

هو التعبير الذي وضع للكشف عن الإرادة الكامنة في النفس بطريقة مباشرة ومألوفة.

وأغلب ما يجري هذا النمط من التعبير:

- على شكل عبارة أو صيغة لفظية.

كما قد يجري على شكل:

- كتابة.

- أو إشارة حسية.

- أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المقصود^(١).

- أو حتى على شكل مبادلة فعلية دالة على التراخي والمساهة في فقه الشريعة بالمعاطاة^(٢).

اللغوي ابن جني نقلاً عن بعض أصحابه قوله: «أنا لا أحسن أن أكلم إنساناً في الظلمة» لأن الظلمة تمحو الجسد ومعالم البيان. والأقوال العربية المأثورة التي منها: «رب إشارة أبلغ من عبارة». «ورب لحظ أبلغ من لفظ» ليست إلا من قبيل التأكد على أن بيان الإنسان ليس وفقاً على اللسان.

انظر البيان بلا لسان، للدكتور مهدي أسعد عواد، الذي ألفه بصدد البرهنة على أهمية لغة الجسد، وانظر جريدة الشرق الأوسط التي لخصت فكرة الكتاب (العدد ١٠٦٢٧ الصادر في ٢/١/٢٠٠٨).

(١) لاحظ المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ٩٠ ف ١ من القانون المدني المصري، وما يطابقه أو يناظره من القوانين الأخرى.

(٢) أورد صاحب كتاب «رحمة الأمة في اختلاف الأئمة»، ص ١٦٤ آراء بعض المذاهب الفقهية حول حكم المعاطاة بما يلي: «والمعاطاة لا ينعقد بها البيع على الراجح من مذهب الشافعي، وهي رواية عن أبي حنيفة وأحمد، وقال مالك: ينعقد بها البيع، واختاره ابن الصلاح وجماعة =

على أنه يلاحظ أن الصورة (اللفظية) المذكورة ومثلها الصورة (الكتبية) لا يلزمها لتامة العقد: اتخاذ صيغة معينة من صيغ التعبير وأساليب الكلام، ولا لغة خاصة من اللغات السائدة أو نحوها، بل لا يشترط أن يقع ذلك بصورة مباشرة وإنما يمكن وقوعه بالواسطة عن طريق الهاتف أو الفاكس أو الانترنت أو الرسول الناقل للإرادة وبصورة رسمية أو عرفية.

وهكذا الشأن بالنسبة إلى (الإشارة) باعتبارها صورة من صور التعبير عن الإرادة، فإنه، أيضاً، ليس ثمت ما يحتم قانوناً أن تقع هذه الإشارة بطريقة أو صورة خاصة فسواء كانت في صورة حركة الرأس إلى الأسفل كدلالة على القبول، أو إلى الأعلى كدلالة على الرفض، وسواء وقعت بصورة رفع اليد أو تحريكها، ونظائرها من صور الإشارة المعتادة والدالة على مفاهيم خاصة.

ومثل ذلك لا يشترط بالنسبة إلى الموقف المقترن بظروف خاصة أن يتخذ صورة أو وسيلة معينة أو محددة. فسواء اتخذ صورة عرض بضاعة في واجهة محل مكتوب عليها السعر، للدلالة على الإيجاب، أو جاء بصورة اتخاذ مواقف للسيارات- مثلاً- كدليل على وجود الاستعداد للتأجير، أو بأية صورة مماثلة أخرى.

من الشافعية، وفي رواية عن أبي حنيفة وأحمد مثله. وإلى هذا الاتجاه ذهب جانب من فقه الإمامية حيث صرح بجواز ممارسة المعاطاة من غير فرق بين غالي الثمن أو قليله (انظر منهاج الصالحين، ص ١٦٠، ج ٢).. لكن جانباً آخر من هذا الفقه، يميل كما يبدو، إلى عدم الجواز (لاحظ العامل في شرح اللمعة الدمشقية ٣/ ٢٢٢) وهو الرأي الذي نسبته السهوري إليهم اعتماداً على مفتاح الكرامة (مصادر الحق ١/ ١٢١).

أما مجلة الأحكام العدلية فقد أجازت- تبعاً لبعض المذاهب- التعاقد بالمعاطاة دون التقيد بمال معين من خسيس أو نفيس- على حدّ تعبير المادة ١٧٥ منها- ثم تشرح الموضوع بقولها: «حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فينقذ البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي.. ويسمى هذا بيع التعاطي» وبهذا الحكم أيضاً تأثرت بعض القوانين الوضعية كالقانون المدني العراقي في المادة ٧٩، والقانون المدني الكويتي في المادة ٣٤ ونظائرها.

فإن ذلك كله ونحوه من الصور التعبيرية الصريحة والمباشرة جائز ومقبول، طالما كانت الصورة أو الوسيلة واضحة الدلالة على المقصود، وطالما كانت هذه الصورة متطابقة مع إرادة الطرف الآخر.

التعبير الصريح في الفقه الإسلامي:

أما بالنسبة إلى الفقه الإسلامي، أو بالنسبة إلى رأي جانب منه بالأحرى، فلا أجد - من حيث الأصل - فرقاً ملحوظاً بينه وبين رأي القانون في مسألة التعبير الصريح عن الإرادة، فكما أجاز الفقه الإسلامي بعمومه التعاقد عن طريق اللفظ كصيغة منضبطة ومعتادة.. أجاز أيضاً بأي طريقة أو صيغة أخرى من صيغ التعبير المعتادة عن الإرادة.. كالكتابة أو الرسالة أو الإشارة، أو حتى عن طريق التعاطي، أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المقصود^(١).. كما هو الحال في القانون.

• يقول الفقيه ابن تيمية معبراً بوضوح عن هذا الاتجاه: «إن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ما عدّه الناس بيعاً أو إجارة. فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستقر، لا في شرع ولا في لغة، بل بتنوع اصطلاح الناس..»، ثم أضاف قائلاً: «ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات» ناسباً الرأي إلى الفقيهين مالك وأحمد بحسب ظاهر المذهب^(٢)، خلافاً لبعض الآراء التي اتجهت إلى قصر التعبير عن الإرادة باللفظ أو ما

(١) انظر تفاصيل هذه الصيغ والحالات: د. عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، ص ٥٥ فما بعدها. محمد رضا المظفر، شرح كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري، ص ٦٢-٦٧. د. بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، ص ٢٧٨-٢٨٩، معتبراً أن الصيغة قد تكون كتابة أو إشارة أو فعلاً.. بحسب ما ذكره من تفصيلات.

(٢) انظر: ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٧، وانظر هذا النحو من الاتجاه كلاً من علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص ٥٥-٥٦. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ٢٣٨-٢٣٩.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

أسموه بالأقوال أو الإيجاب والقبول، في حين اتجه بعضها الآخر - في قول ثالث^(١) - إلى تجويزه بالأفعال أيضًا إذا دلت عليها القرائن. ومقصودهم بالأفعال هو (التعاطي) الذي يعبر عن المبادلة الفعلية - كما مرَّ -.

لكنه وبغض النظر عن هذه الأقوال وهذه الخلافات في قضية التعبير عن الإرادة فإن الصيغة اللفظية تظل هي الصيغة الشرعية الأمثل، لأن المعاني التي في النفس لا تنضبط - على حدِّ قوله - إلا بالألفاظ التي وضعت تعبيرًا عن باطن الإرادة^(٢) ..

ثانيًا: التعبير الضمني:

وهو التعبير الذي يقوم على وسيلة غير مباشرة للكشف عن الإرادة، وينطوي على وجود ظروف معينة تدعو إلى ترجيح الأمر المقصود على غيره من الأمور الملازمة، أي: إن الإرادة الصحيحة يمكن أن تستخلص من مظهر لا يمكن تفسيره إلا على أساس أن إرادة من صدر عنه قد اتجهت إلى التعاقد وهي كافية لتكوين العقد^(٣) ..

واللافت أن التعبير الضمني في القانون يعطي نفس القيمة والأثر والقوة الملزمة للتعبير الصريح^(٤) وإن كان من الصعب إثباته.

= ١٣٩. د. محمد موسى، الأموال ونظرية العقد، ص ٢٧٢-٢٧٣.

(١) لخص هذه الأقوال الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه السابق، ص ٢٣٧-١٣٩.

(٢) انظر ابن تيمية، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٣) انظر كاربونيه، ج ٢ فقرة ٤٤ ص ٥٥ في الالتزامات، وغيره مما أورده د. فرج في كتابه دور الشكوت في التصرفات القانونية، ص ١٢-٢٢.

(٤) د: فرج، المرجع السابق، ص ٢٢، الهامش، في رأي لبعض الفقهاء الفرنسيين وفي حكم لبعض المحاكم الفرنسية.

وتطبيقاً لذلك صرحت بعض القوانين بقولها: «إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعًا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر، ودون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى، ولكن لمدة غير معينة»^(١).

ويجري نفس الحكم في حالة ما إذا استأجر شخص مثلاً مقعداً في (حافلة ركاب) لمسافة معينة ثم استمر في الركوب بها لمسافة أخرى، فإن هذا الاستمرار في الركوب، مع وجود قرائن تدلّ على ذلك.. يعتبر بمثابة إيجاب ورضاً منه، وإن عدم معارضة صاحب الحافلة يعتبر بمثابة قبول ورضاً بعملية هذا الإيجار المجدد^(٢).

ونحوه يمكن أن يعتبر قبولاً ضمناً: لو بادر شخص مثلاً إلى التصرف في شيء معروض عليه للشراء، أو بادر وكيل إلى تنفيذ ما وكل به دون أن يعلن صراحة قبوله بهذه الوكالة.

إلى غير ذلك من الأمثلة التي تصلح أن تكون تطبيقاً لفكرة التعبير الضمنية، والتي يشيع العمل بها في حياتنا العملية.

القاعدة العامة:

وعلى أية حال، فالقاعدة العامة في هذا المجال، تقضي بأن أية صورة من صور التعبير الصريحة أو الضمنية المذكورة.. تكون مجزية في التعبير عن الإرادة ومنتجة لآثارها في حق المتعاقد ما لم يرد في صلب القانون أو الاتفاق ما يخالف ذلك، كالنص الوارد في بعض التقنينات العربية والقاضي بجعل الكتابة هي الوسيلة الوحيدة في إثبات التصرفات المدنية التي لا تقل قيمتها عن مبلغ معين.

(١) انظر المادة ٥٩٩ من القانون المدني المصري الذي أضاف في الفقرة الثانية من هذه المادة بأنه يعتبر هذا التجديد الضمني إيجاباً جديداً وليس مجرد امتداد للإيجار الأصلي.

(٢) بالنسبة إلى هذا المثال يمكن أن يعتبر إيجار العقار أو الحافلة من قبل المستأجر (تعبيراً ضمناً) ومن قبل المؤجر (سكوتاً) لدلالته على القبول.

ثالثاً: صلاحية السكوت في التعبير عن الإرادة:

السكوت بمعناه المعروف: هو حالة سلبية محضة، مقابلة للحالة الإيجابية المتجسدة في التعبير، وذلك بمثابة تقابل الوجود والعدم في عرف المنطقة. وفي ضوء هذه الحقيقة يصير السكوت غير صالح للدلالة على التعبير بنحو مطلق، سواء من ناحية دلالة على الإيجاب أم من ناحية دلالة على القبول في التعاقد.

كما يصبح بالتالي غير قابل لوضعه في معرض البحث عن مسألة التعبير عن الإرادة، باعتباره حالة سلبية محضة.

وتشير إلى حقيقة السكوت هذه القاعدة الفقهية المعروفة التي احتوتها المادة (٦٧) من مجلة الأحكام العدلية، وهي «لا ينسب إلى ساكت قول» والتي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة (٨١) منه وغيره من القوانين المتأثرة بالشرعية الإسلامية. وتطبيقاً لهذه القاعدة قيل: إنه لو أرسلت إدارة مجلة دورية بعض أعدادها إلى شخص مع التوضيح له بأن عدم إرجاع المجلة إلى الإدارة يعتبر قبولاً بالاشتراك: فإن سكوت الشخص وإحجامه عن الرد لا يعتبر دليلاً على القبول.

كما أورد بعض الفقهاء المسلمين من جهتهم تطبيقات مماثلة على القاعدة، ومن ذلك ما ذكره الفقيه ابن نجيم^(١) أنه: «لو رأى شخص أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن وكيلاً بسكوته.. ولو رأى، المرتهن الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون رضا في رواية. ولو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذناً بإتلافه..» إلى نحوها من الحالات التي تصلح للانطباق على القاعدة المذكورة القاضية بأنه «لا ينسب إلى ساكت قول».

(١) الأشباه والنظائر، ص ١٥٤. وانظر أيضاً في هذه الحالات ونحوها: شرح البردوي، ج ٣، ص ١٥٦. والأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٧. ولاحظ تفصيلات ذلك: د. عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، ص ٣٩ فما بعدها.

لكنه قيل على سبيل الاستثناء من الحكم المذكور: إن السكوت إذا اقترن بظرف من ظروف الحال الملازمة فإنه يمكن استنتاج دلالة التعبير منه عن الإرادة، مع التسليم بأن هذه الدلالة لا تنشأ إلا في حالة القبول على التعاقد، أما الإيجاب فلا يتصور استنتاجه من ذلك، لأننا لا يمكن أن نستظهر من سكوت شخص وانطوائه على نفسه، أنه يعرض على شخص آخر التعاقد معه بشأن موضوع معين.

ويأتي هذا الحكم بالاستثناء منسجماً تماماً مع القاعدة الفقهية الأخرى التي احتواها ذيل المادة (٦٧) من المجلة المذكورة حيث قالت: «.. ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان».

وهذا البيان اعتبره القانون المدني العراقي (قبولاً) تطبيقاً للحكم المذكور المستفاد من السكوت كتعبير عن خصوص جانب القبول حيث صرحت المادة (٨١) المشار إليها آنفاً بقولها: «ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً»^(١).

أوضاع السكوت الملابس:

.. على أن القانون المذكور وما يناظره من القوانين العربية الأخرى قد^(٢) شخّص بعض حالات السكوت التي يمكن استظهار القبول منها، وذلك بحكم ما نرى أن حكم القاعدة الفقهية التي احتوتها المجلة هي أشمل وأبلغ في الدلالة من القاعدة القانونية التي أوردها القانون المدني العراقي ومثله القانون المدني الكويتي في المادة ٤٤ ف ١ والأردني في المادة ٩٥ ف ١، ذلك أن تعبير المجلة بكلمة (البيان) يعطي دليلاً على إمكانية استفادة القبول ونحوه في غير حالات التعاقد أيضاً، في حين أن التعبير القانوني (يعتبر قبولاً) قصر حالة الاستفادة من القاعدة على مورد التعاقد.

(٢) انظر المادة (٩٨) من القانون المدني المصري، وما يطابقها من مواد القانونين السوري والليبي، والمادة (٤٤ ف ٢) من القانون الكويتي، والمادة (٩٥) ف ٢ من القانون المدني الأردني، مضافاً إلى المادتين ١٧٣٨، ١٧٥٩ من القانون المدني الجزائري والمدني الفرنسي، والمادة ٦ من قانون الالتزامات السويسري.

قد يقرن بها أو يلابسها من ظروف توحى بالدلالة على هذا القبول.. ومن هنا أسموها بحالات أو أوضاع (السكوت الملابس) وحددوها بما يلي:

١. حالة وجود تعامل سابق بين طرفي العقد.. بحيث يتصل الإيجاب الصادر عن أحدهما بهذا التعامل، كصاحب عقار اعتاد أن يعهد إلى بعض المقاولين بعمل ما تتطلبه عقاراته من إصلاحات أو ترميمات، وأن هذا المقاول قد دأب بدوره على مزاولته هذا النوع من العمل دون اعتراض، فإن سكوته وعدم رفضه لطلب مماثل صادر من المالك يعتبر بمثابة قبول فعلي بالتعاقد على هذا النوع من العمل.
٢. أن يتمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه هذا الإيجاب، كالذي يعرض على شخص أن يمنحه قرضاً معيناً، أو يجري له مرتباً شهرياً دون مقابل، أو يعطيه أجلاً لما في ذمته من مال.. فهذا النحو من الأوضاع التي تتم عن تصرف نافع نفعا مجزئاً للطرف الآخر، لا بد أن يعتبر السكوت فيها دليلاً عن القبول.
٣. أن يتسلم المشتري البضاعة التي اشتراها، ومعها قائمة بالثمن، فإن سكوته وعدم اعتراضه يمكن اعتباره قبولاً بها ورد في هذه القائمة من شروط، كما لو حددت هذه القائمة طريقة الدفع أو مكان الوفاء أو وسيلة النقل، وسكت المشتري، فإن سكوته يعتبر دليلاً على القبول بها ورد فيها من شروط.

وغني عن البيان أن هذه الأوضاع أو الحالات السكوتية التي شخّصها وخصّها القانون بالذكر إنما جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وذلك بموجب ما توحى كلمة (بوجه خاص) الواردة في صلب بعض القوانين والتي صرحت بقولها: «ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا كان الإيجاب لمحض منفعة الموجب له، وكذلك يعتبر سكوت المشتري بعد تسلمه البضاعة التي اشتراها وقائمة الثمن قبولاً لما ورد في هذه القائمة من شروط»^(١).

(١) المادة ٤٤ ف، من القانون المدني الكويتي، ولاحظ المادة ٨١ من القانون العراقي، والمادة ٩٨ ف ٢ من القانون المصري، والمادة ٩٥ ف ٢ من القانون الأردني التي اكتفت بإيراد حالتين -

أما من (وجه عام) فيمكن القول: إن أي سكوت عن الرد قد تلاپسه ظروف معينة تدل على الرضا، فهو من قبيل (السكوت الملاپس) سواء ورد أو لم يرد ذكره في تلك النصوص أو نحوها.

ولعله من هنا شاء البعض من فقهاء المسلمين^(١) أن يتوسع في بيان الحالات التي يمكن أن تنطبق على فكرة (السكوت الملاپس) والتي يمكن استظهار القبول منها.. حتى أنهاها إلى نحو من (٣٧) حالة.. ومنها حالة سكوت البكر عند استئثار وليها قبل التزويج وبعده، وحالة سكوتها عند قبض مهرها، وسكوت المتصدق عليه لا الموهوب له، وسكوت كل من الوكيل، والمقر له، والمفوض إليه، والموقوف عليه.. ونظائرها من الحالات.

الصلة بين السكوت والتعبير الضمني:

ويبقى علينا بعدئذ أن نتساءل عن طبيعة ذلك السكوت المقترن بظرف من الظروف الملاپسة^(٢) الدالة على القبول، وهل يمكن اعتباره بالفعل تعبيرًا أو ضربًا

فقط - من حالات السكوت الملاپس..

(١) انظر ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٥٤-١٥٦.. وانظر (إحكام الأحكام)، ج ٤، ص ٣٧ في خصوص سكوت المرأة عندما يعرض عليها الزواج استنادًا إلى حديث مروي عن أبي هريرة. ولاحظ د. عبد الرازق حسن فرج في كتابه (دور السكوت في التصرفات القانونية) ص ٤١ فما بعدها.. حيث أورد تلك الحالات بشكل مفصل. ولاحظ كذلك وحيد الدين سوار، في كتابه (التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي)، ص ٢٦٤. د. بدران اليعقوب، الإبراء أعقد هو أم تصرف بإرادة منفردة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٧، العدد ٢، ص ٤٨-٤٩.

(٢) ولكن لا خلاف من جهة أخرى، كما سبق أن أشرنا - أن السكوت إذا كان مجردًا - أي غير ملاپس - لا يمكن أن يحمل بين طياته أي دلالة على التعبير وإن كان ضمنيًا.. ذلك أن التعبير الضمني هو وضع إيجابي في حين أن السكوت وضع سلبي.. حسبما صرح الكثير، ومنهم الأستاذ ماري جوزيه ليتمان Marie Jose Litterman في رسالته الموسومة Le Silence at la Formation du Contract" 1969.

من ضروب التعبير عن الإرادة.

نفى البعض من الشراح^(١) أن يكون لهذا السكوت (الموصوف) والبال على خصوص القبول أي دلالة فعلية على التعبير، حتى وإن كان هذا التعبير تعبيراً ضمنياً. ذلك أن السكوت هو في واقعه عدم وأمر تجريدي محض، أما التعبير فهو أمر وجودي ينطوي على نوع من التجسيد والتحديد.

بيد أننا نرى خلافاً للرأي المذكور أن هذه الحالة من السكوت المقترن بظرف من الظروف الملازمة يمكن أن تعتبر بالفعل تعبيراً ضمنياً، فيما دمننا نؤمن أن السكوت يمكن أن يحمل بين طياته دلالة أو أمانة على التعبير، فهذه الدلالة لا تخرج عن كونها دلالة ضمنية.

ويؤيدنا في هذا الاتجاه جانب من الفقه القانوني المعاصر.. حيث أفصح هذا الجانب، وبشكل لا لبس فيه، أن (السكوت الملازم) ليس إلا صورة من صور التعبير الضمني عن الإرادة، وقبل أن يكون سكوتاً كلياً أو مطلقاً.. وفيه يقول:

«Le Silence Circonstancie Ne Serait alors Gela orme
exterem dela volonte tacite avant gue silence totale ou
absolu»^(٢).

وتوضيحاً لذلك يمكن أن نقول: إن الدلالة على التعبير - في وجهها غير الصريح - يمكن أن تتخذ تارة صورة وضع إيجابي.. وهذا ما يسمى بـ (التعبير الضمني) بمعناه الخاص. كما يمكن أن تتخذ تارة أخرى صورة وضع سلبي.. وهذا ما يسمونه بـ (السكوت الملازم) .. وعليه فإذا ما اعتبرنا هذا النوع من السكوت صورة من صور التعبير، فلا يمكن أن يكرن تعبيراً ضمنياً طالما لا يعتبر - حسب

(١) د. الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، ص ٧٨.

(٢) انظر ماري جوزيه ليتان، المرجع السابق، ص ٣٨.

الفرض - تعبيرًا صريحًا.. فالتعبير إما صريح، وإما ضمني، ولا ثالث لهما..

ثم إننا يمكن أن نلاحظ حتى بالنسبة إلى أولئك الذين اختلط عليهم الموضوع وفرقوا بين طبيعة السكوت الملايس وطبيعة التعبير الضمني: أنهم ضربوا مثلاً واحداً للصورتين.. ذلك هو مثال سكوت المؤجر على المستأجر في بقائه حائزاً للعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة.

على أننا حين نقرن السكوت بالتعبير الضمني ونداخل بينهما لا نقصد من وراء ذلك أن نعطي لهما وصفًا تجسدياً أو نضفي عليهما مظهرًا من مظاهر التعبير الخارجية، وإنما نقصد من ذلك تقريب الصلة بينهما والقول بأنهما يعبران عن فكرة الأمانة أو الدلالة على التعبير لا التعبير نفسه.

ولعل في هذا القول كله ما يكفي للرد على بعض^(١) من علق على رأينا المذكور والذي احتواه كتاب آخر لنا^(٢).. معتبراً أن السكوت الملايس - كحالة السكوت المجرد - لا يجري مجرى التعبير الضمني لما بينهما من اختلاف في الأثر والمدلول.. ولكننا أثبتنا عدم وجود هذا النحو من الاختلاف وكان الأحرى به أن يتحرى الدقة والموضوعية، وأن لا ينساق في رأيه تقليدًا، وراء الآخرين.

□ المطلب الثاني: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة:

الأصل أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة فيما تنطوي عليه من علاقات قانونية.. وذلك من حيث إن المظهر الخارجي للعلاقة القانونية ما هو إلا تجسيد للإرادة الداخلية وصورة منعكسة عنها.

(١) انظر د. نبيل إبراهيم سعد في كتابه المشترك: مبادئ القانون، ص ٢٨٥ فما بعدها.

(٢) لاحظ الرأي في كتابنا الموسوم بـ «مبادئ القانون والالتزامات» والمطبوع سنة ١٩٨٧ بجدة، ص ١٤٠.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

ولا ينشأ بالطبع عن هذا الوضع أي لبس أو خلاف بشأن تكوين العلاقة وترتيب آثارها.

إنما الخلاف أو اللبس يمكن أن ينشأ في حالة ما إذا اختلف التعبير الخارجي عن واقع الإرادة الباطنة بصدد العلاقة القانونية المطروحة، أو ادّعي الاختلاف بينهما.

هناك اتجاهان رئيسان في هذا المجال (أحدهما) ينزع إلى الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، وآخر ينزع إلى الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، فيما ظهرت من خلالها اتجاهات أخرى تميل إلى التوفيق بين النظريتين أو تغليب إحداها على الأخرى.

(أ) نظرية الإرادة الباطنة:

ذهب فريق من فقهاء القانون، وفي طليعتهم فقهاء المدرسة الفرنسية، متأثرين ببعض القواعد السائدة: إلى الاعتداد بنظرية الإرادة الباطنة وإيثارها على نظيرتها - نظرية الإرادة الظاهرة -، على اعتبار أن أساس القوة الملزمة للعقد إنما^(١) «يتمثل فيما للإرادة من سلطان ذاتي، حيث لا مناص من الاعتداد بالإرادة الحقيقية الكامنة في نفس كل من المتعاقدين والراسخة في أذهانهم، فالسلطان الذاتي للإرادة، والواجب الخلقي بالوفاء بالعهد، لا يكون له محل إلا في نطاق ما انصرفت إليه الإرادة الحقيقية لا ظاهراً. أما التعبير المادي فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس».

ولعل في هذا التصوير للنظرية ما يعطيها نزوعاً إلى الذاتية خلافاً للنظرية الأخرى التالية المعروفة بنزعتها المادية.

(١) انظر في ذلك الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، لحسن الفكاهاني ٢ / ٣٥ تعليقا على المادة ٩٠ من القانون الأردني.

(ب) نظرية الإرادة الظاهرة:

وعلى العكس من ذلك ذهب فريق آخر من فقهاء القانون وفي طليعتهم فقهاء المدرسة الألمانية^(١) إلى الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، على اعتبار أن هذه الإرادة هي الأمر البارز الملحوظ أمامنا، والذي يجدر الاعتداد به والوقوف عنده.. وهذا هو جوهر العقد، إذ ليس من شأننا أو وظيفتنا أن نغوص في الأعماق وراء الإرادة الباطنة لاستبصار ما تنطوي عليه من أفكار.

وعليه فإن القانون على حدّ قول بعضهم^(٢): «لا يمكن أن يتناول الإرادة إلا في مظهرها الخارجي، وهو التعبير، وكذلك لا يسع كل متعاقد أن يتعرف على إرادة من يتعاقد معه إلا من طريق التعبير. فالإرادة التي يعول عليها القانون والتي يستطيع التعاقد الآخر أن يعتمد عليها هي الإرادة الظاهرة من التعبير أو المتجسمة فيه» ومن ثم لا ينبغي أن نسمح للشخص الذي صدر عنه التعبير وصار ناجزاً ونافذاً، أن يدّعي بأن تعبيره هذا يخالف قصده أو سريره وإرادته الباطنة، وإنما لا بد من الاعتداد بما صدر عنه من تعبير أيّا كان واقعه، تحقيقاً للثقة وصوناً للمعاملات والحياة العملية من التداعي.

(ج) التوفيق بين النظريتين:

وفي رأينا أن إثارة إحدى النظريتين على الأخرى والاعتماد عليها والاعتداد بها بوجه مطلق أمر لا يستقيم ولا ينسجم مع واقع الحال، حيث لا يمكن لقاضي أو فقيه أو مشرّع أن يجعل من رأيه أو حكمه أو فتياه سائداً على جميع حالات دعوى الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها، وتبني نظرية بعينها واعتماد حكمها بشكل دائم.

(١) الوسيط للسنهوري ١/ ١٩١.

(٢) شرح القانون المدني للدكتور مرقس ٢/ ٥٣.

لذلك نجد أن أي واحد من القائلين بإحدى النظريتين لا بد له من الأخذ في حالات معينة بحكم النظرية الأخرى، فالتقنيات اللاتينية مثلاً، وهي تأخذ بنظرية الإرادة الباطنة- كما سبق أن ذكرنا- تُقرّر في ذات الوقت عدم جواز إثبات الكتابة إلا بالكتابة. ومعنى ذلك حيث يكون العقد ثابتاً بالكتابة، أي حيث توجد إرادة ظاهرة مكتوبة، فلا يجوز العدول عنها إلى الإرادة الحقيقية أو الباطنة، وإنما يجوز العدول عن الكتابة إلى كتابة مثلها. كما تُقرّر أيضاً أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة- وهي بالطبع إرادة ظاهرة- فلا يجوز العدول عنها إلى البحث عن النية أو الإرادة الكامنة للمتعاقد^(١).

وعليه لا بد من التوفيق بين النظريتين أو تغليب إحدهما على الأخرى وليس تبنيها بصورة مطلقة وباتّة.

(د) موقف القوانين العربية من النظريتين:

ويبدو ذلك الاتجاه بتغليب إحدى النظريتين مع إمكانية الأخذ ببعض جوانب النظرية الأخرى واضحاً في نصوص قسم من التقنيات العربية السائدة، ومن ذلك القانون المدني المصري الذي أخذ بنظرية الإرادة الباطنة كقاعدة عامة^(٢) حيث اعتمدها في تكوين العقد، كما اعتمدها في تفسيره، ولكن بناءً على رغبته في إشاعة الاستقرار في نطاق التعامل مال إلى الأخذ- إلى جانب القاعدة المذكورة- بأحكام مختلفة استمدتها من نظرية الإرادة الظاهرة^(٣). ومن ذلك ما جاء في المادة (٩٢) من القانون المذكور: «ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين

(١) المصدر نفسه ٥٥/٢.

(٢) ومثله مال إلى هذا الاتجاه قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي أوجب في ظل المادة ٣٦٦ منه «على القاضي في الأعمال القانونية أن يقف على نية الملتزم الحقيقية لا أن يقف عند معنى النص الحرفي».

(٣) انظر الوسيط للسنهوري ١٩٤/١ وشرح القانون المدني السوري لمصطفى الزرقا، ص ٤٣-

متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة^١ ومثله ما جاء في المادة (٩١) التي جعلت التعبير ينتج أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه ولو ثبت أن من صدر منه التعبير قد عدل عنه قبل وصوله.

بيد أن القانون المدني الأردني قد خالف فيما يبدو نظيره المصري في الرأي المذكور، حيث اعتد كقاعدة عامة بالإرادة الظاهرة وليس بالإرادة الباطنة، كما تُفصح بذلك المذكرة الإيضاحية المتعلقة بالمادة (٩٠) من القانون المذكور^(١) ولكنه في نفس الوقت لا يقف عند الإرادة كما تظهر في التعبير وحده، فهذه شكلية غير مقبولة، وإنما يعتد بجميع الظروف التي تلبس التعبير.

(هـ) موقف الفقه الإسلامي من النظريتين:

ليس من السهل بدءاً بتحديد موقف الفقه الإسلامي من مسألة أثر الإرادة والتعبير عنها في تكوين العقد، وتحميل هذا الفقه اتجاهًا معينًا من الاتجاهات المذكورة، وذلك لتشعب الآراء في هذا المجال وتنوعها وتوزعها بين جمع من الفقهاء وعدد من المدارس والمذاهب الفقهية، خاصة وأن المسألة يغلب عليها طابع الاجتهاد والرأي أكثر مما يغلب عليها حكم النص.

وعليه لا أجد صواباً ما ذهب إليه البعض من الباحثين من تحميل هذا الفقه الاتجاه الذي يتزع إلى فكرة الإرادة الظاهرة، كالذي صرحت به المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري المقتن سنة ١٩٤٨ م من أن الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة اعتماداً كلياً^(٢) .. الأمر الذي دعا الأستاذ السنهوري^(٣) الباحث

(١) انظر شرح القانون المدني للفاكهاني ٣٧/٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ٩٩/٢.

(٣) مصادر الحق ٧٧/١، كما صرح نفسه أيضاً في هامش كتابه الكبير «الوسيط» ١٩٣/١ بفكرة تغليب الفقه الإسلامي لنظرية الإرادة الظاهرة بحجة وقوف الفقهاء عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان.

القانوني المعروف وغيره من شراح القانون المدني المصري^(١) إلى مجارة الرأي المذكور دون تأكيد، والاحتجاج له بنص التعريف الذي أورده صاحب مرشد الخيران للعقد كما مر بيانه.

كما لا أجد صواباً من جهة أخرى ما ذهب إليه البعض الآخر من تحميل هذا الفقه الاتجاه الذي ينزع إلى تغليب الإرادة الباطنة وليس الإرادة الظاهرة، مستنداً ببعض الأحكام الفقهية المنتزعة من عدد من المسائل أو الوقائع المستشهد بها في بعض كتب فقهاء الشافعية والأحناف^(٢).

نعم إنما الصواب أن يقال إن الفقه الإسلامي بعمومه لم يتجه إلى وضع ضابط أو معيار عام في هذا المجال، فلكل مسألة ولكل موضوع حكمه ووضعه الخاص، وهي في الغالب مسألة وقائع يرجع في حكمها إلى قاضي الموضوع، حيث يمكن الاعتداد بالإرادة الباطنة في حالات، مثلما يمكن الاعتداد بالتعبير أو الإرادة الظاهرة في حالات أخرى.

فهناك في هذا الفقه ما يبعث على القول بترجيح العبارة على الإرادة، وخاصة فيما يتصل بتعريف العقود ونحوه مما تبرز فيه قضية العناية اللفظية، أو فيما يتصل بالألفاظ المنشئة للزواج والطلاق والرجعة التي يستفاد منها على وجه الخصوص تغليب الإرادة الظاهرة، أخذاً بالحديث الشريف القائل: «ثلاثة جدهن جد وهزلن

(١) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ص ٣٢٥. حيث جرى رأي المذكرة الإيضاحية المصرية المذكورة دون تدقيق. وانظر أيضاً كتابه الآخر: مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، نذرة ٤١.

(٢) انظر نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية لعبد الناصر توفيق، ص ٤٣-٤٥ حيث أفاد بقوله: «وبلاحظ أن الفقه الإسلامي وهو يغلب الأخذ بالإرادة على العبارة إنما يقف عند الإرادة الحقيقية ولا يفترض هذه الإرادة عند تعذر الوصول إليها، والأصل فيه أن العبارة كاشفة عن الإرادة الحقيقية ما لم يقم الدليل القاطع على ما يخالف ذلك».. ولكن أين هو؟

جد» ويعني بها تلك الصور الثلاث المذكورة^(١)، أو فيما يتصل بها دلت عليه قرائن الأحوال والأعراف، للأخذ بالإرادة الظاهرة، بحكم ما لها من دلالات إضافية ملحوظة يعتمدها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير الصريح^(٢).

وهناك بالمقابل ما يمكن أن يبعث على القول بترجيح مذهب الإرادة الباطنة وذلك فيما يتصل بالأحكام العبادية على وجه الخصوص، وفيما يتصل ببعض مسائل القضاء حسب رأي فقيه الحنابلة ابن القيم الجوزية^(٣)، ولعل هذا الرأي يستند إلى القاعدة الفقهية الواردة بهذا الصدد والقائلة بأن «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»^(٤) ولكنها قاعدة قاصرة على العقود حسبها يلاحظ.

كما يمكن أن ينطبق هذا الحكم على فعل اليمين.. استناداً إلى قوله تعالى: ﴿لَا يُوَافِقُكُمْ اللَّهُ بِاللَّعْنَةِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾^(٥)، إذ العبرة بما ينطوي عليه القلب من قصد وما تغمره النفس من نية وتصميم، وليس بالنطق العام المجرد.

وفي رواية عن الرضا أنه سئل عن رجل وضميره على غير ما حلف؟ قال: «اليمين على الضمير»^(٦)، ويطلق على هذه الحالة من الناحية الشرعية بقضية التورية في الحلف (اليمين) بأن يوري الحالف في حلفه ويقصد به شيئاً آخر..

(١) لذلك صرح البعض أن هذه الصور الثلاث تقع منجزة إذا ما أنشأها صاحبها سواء كان بها جاذباً أو هازلاً. أما الحديث فقد رواه جمع من المحدثين وهم الخمسة من أصحاب الصحاح سوى النسائي. (انظر البهوتي، الروض المربع ٣/١٤٨).

(٢) انظر (ضوابط العقد في الفقه الإسلامي) للتركمان ص ١٤٧ الذي أشار في هذا الرأي إلى كتاب (المدخل الفقهي العام) ١/٣٥٣-٣٥٥.

(٣) انظر كتاب التراضي في عقود المبادلات المالية للدكتور السيد نشأت الدريني، ص ٢٦٠-٢٦٣.

(٤) المادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية، وعلى هذا نص القانون المدني العراقي في المادة ١٥٥ ف ١.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٥٥.

(٦) انظر الحر العاملي، الوسائل، ج ١٦، الباب ٢١، من أبواب اليمين.

المبحث الثاني:

اقتران الإيجاب بالقبول أو توافق الإرادتين

تمهيد وخطّة:

بعد أن تمّياً لنا في نطاق المبحث الأول الخاص بالتعبير عن الإرادة أن نبحث في صور هذا التعبير، وفي أثره وأثر الإرادة على تكوين العقد، أصبح لزاماً علينا أن نبحث - في خطوة تالية - كيفية التحام إرادة بأخرى أو ما يسمى باقتران الإيجاب والقبول الصادرين عن أطراف العقد.

وهذا يستوجب:

أن نعرض (أولاً) للإيجاب كطرف من أطراف هذا التعاقد، وفي كل ما يتصل بحكم نشوئه وسقوطه.

وأن نعرض (ثانياً) للقبول كطرف آخر في التعاقد، وذلك في كل ما يتعلق بزمن اقتران هذا القبول بالإيجاب، وبالحالات الخاصة التي قد ينشأ فيها القبول.

كما يستوجب:

أن نعرض (ثالثاً) لتطابق الإيجاب مع القبول..

فهنا عدة موضوعات، نضعها في مطالب ثلاثة على النحو التالي:

المطلب الأول:

صدور الإيجاب

الإيجاب الذي نقصده: «هو تلك الصيغة المعبرة بشكل جازم عن إرادة شخص والموجهة إلى إرادة شخص آخر للحصول على رضائه وقبوله بالارتباط في موضوع معين».

وفي ضوء هذا التعريف الذي وضعناه نستطيع أن نتبين أن الإيجاب هو ذلك الشق الذي يمثل إرادة أحد الأطراف في عملية التعاقد، أو بالأحرى إرادة الطرف الذي صدر عنه التعبير أولاً على وجه الخصوص، ولهذا لم يفت بعض التقنيات الوضعية أن تنص ببساطة على هذه الحقيقة بقولها:

إن «أي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول»^(١) سواء وقع هذا من المالك أو من الممتلك، وذلك تأثراً فيما يبدو بوجهة نظر بعض الفقهاء المسلمين. خلافاً لجمهور الفقهاء ممن يرون أن الإيجاب هو الممثل لإرادة المالك، والقبول هو الممثل لإرادة الممتلك وإن تقدم القبول على الإيجاب^(٢).

كما نستطيع أن نتبين من التعريف المذكور ومما مر علينا آنفاً في المبحث الأول من هذا الباب: أن الإيجاب لا يشترط أن يتخذ صيغة تعبيرية معينة، فمثلاً يمكن أن يقع الإيجاب ومثله القبول في صورة (صياغة لفظية) كما هو الأصل، مثلاً يمكن أن يقع بصورة كتابة أو إشارة أو مبادلة، أو بصورة دلالة ضمنية أو ممكنة.

ولكن هذا الإيجاب باعتباره معبراً عن إرادة أحد الأطراف لا يكون مؤثراً أو مُنشئاً لأحد مراحل التعاقد إلا إذا صدر بنحو باتٍّ ورازم لا يقبل التردد، وإلا فلا

(١) المادة ٧٧ ف ١ من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر (التراضي في عقود المبادلات المالية) للدريني اعتماداً على عدة مصادر فقهية، ص ٢٦٥ -

نكون بصدد إيجاب صحيح.

ويلزمنا بعد ذلك في هذا الصدد أن نبحث:

- في مسألة (أولى) المراحل التمهيدية للإيجاب.
- وفي مسألة (ثانية) القوة التي تجعل من الإيجاب أمراً باتاً ومُلزماً.
- كما سنبحث في مسألة (ثالثة) وأخيرة: كيفية سقوط هذا الإيجاب.

المسألة الأولى: المراحل التمهيدية للإيجاب:

يتطلب الإيجاب في غالب الأحيان قبل أن يصير أمراً باتاً وجازماً، إجراء نوع من المفاوضات التمهيدية بين طرفي التعاقد، لغرض الوقوف على طبيعة وشروط العرض الذي يتقدم به في العادة أحدهم.

وواضح أن هذا النوع من المفاوضات التمهيدية لا يحصل في الغالب إلا في نطاق المعاملات المالية العالية القيمة، أما تلك المعاملات السوقية الزهيدة والدرجة مثل ابتياع نسخة من جريدة أو مجلة، أو علبة من مشروبات غازية أو نحوها، فلا تستوجب في الأصل ذلك النوع من المفاوضات.

ويطلق في الاصطلاح القانوني على هذا الشكل من المفاوضات: اسم «الدعوة إلى الإيجاب أو التعاقد».

والثابت من الناحية القانونية أن هذه الدعوة إلى التعاقد باعتبارها غير ملزمة: لا ترتب أثراً قانونياً وإن رتب أثراً وضعياً، كما لا يترتب بالتالي على قطعها أو العدول عنها أي إخلال وأية مسؤولية على الطرف الناكل، إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ يسبب إلحاق ضرر بالطرف الآخر، فحينئذ تكون هناك مسؤولية ولكنها مسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية.

ثم إن هذه الدعوة قد تنتهي إلى نوع من الاتفاق بين طرفي التعاقد على النقاط والبنود الأساسية التي يتنظمها العقد، ولكن أحدهم - وهو الموجب - قد يرى من مصلحته الفعلية أن يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عن هذا الاتفاق لوجود بعض التحفظات المتعلقة بذلك، فيسمي إيجابه في هذه الحالة بـ (الإيجاب المعلق) .. باعتباره علق على أمور مستقبلية، كما لو عرض شخص على آخر بيع قطعة أرض بسعر محدد غير أنه احتفظ لنفسه بحق تعديل هذا السعر وفقاً لما قد ينشأ لديه من ظروف طارئة.

أما إذا تمهياً للموجب أن يجتاز كل تلك المراحل التمهيدية من عرض، أو دعوة إلى الإيجاب، وإيجاب معلق، فيمكن أن يصير إيجابه باتاً وجازماً. وقد تترتب على الإخلال به مسؤولية تقصيرية أخرى.. ولهذا سمي الإيجاب في هذه الحالة بـ (الإيجاب البات) .. تمييزاً له عن (الإيجاب المعلق) والإيجاب المقترن بالدعوة إلى التعاقد.

المسألة الثانية: القوة الملزمة للإيجاب:

ثم إن هذا الإيجاب البات قد يصير بدوره إيجاباً ملزماً ومنجزاً إذا اقترن بميعاد يلتزم الموجب خلاله بالبقاء على إيجابه، وهذا هو مبعث (القوة) التي تجعل من الإيجاب ملزماً لا يسوغ العدول عنه، وإن لم يقترن بعد بالقبول، ولذلك أطلق اصطلاحاً على هذه القوة بـ: (القوة الملزمة للإيجاب).

ولهذا فرق القانون الوضعي بهذا الصدد بين حالتين:

١. حالة ما إذا ربط الموجب نفسه بميعاد معين للقبول.
٢. وحالة إذا ما ترك الموجب إيجابه سائلاً دون أن يربطه بأجل معين.

ففي الحالة الأولى يكون الإيجاب قائماً وملزماً، في حين أنه في الحالة الثانية يصير أيضاً قائماً ولكنه لا يكون ملزماً.

ويمكن استخلاص ذلك من فحوى ونص المادة ٩٣ من القانون المدني المصري وما يطبقها أو يوافقها من المواد الواردة في القوانين العربية الأخرى^(١).

تقول المادة المذكورة:

١. «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.
٢. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة»

وعليه يتضح من هذا النص ونظيره:

أولاً: إن الإيجاب إذا صدر بشكله البات وحدد الموجب ميعاداً زمنياً للقبول، فإنه - أي الموجب - يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه حتى انقضاء المدة. وذلك على أساس أن الالتزام مستمد في هذه الحالة من الإرادة المنفردة وهي التي اعتبرت منفرداً مستقلاً ومؤثراً في بعض القوانين الوضعية بما فيها نص المادة (٦٠) من مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي^(٢) مضافاً إلى رأي الشريعة الإسلامية القاضي

(١) لاحظ المادة ٩٣ من المدني الليبي والمادة ٩٤ من المدني السوري المطابقتين للمادة المصرية المذكورة؛ ولاحظ المادة ٤١ ف٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٤ من القانون المدني العراقي؛ والمادة ١٧٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. كما نص على هذا الحكم بشكل صريح كل من مجلة الالتزامات والعقود التونسية في المادة ٣٣ وقانون الالتزامات والعقود المغربي الذي صرح في المادة ٢٩ بقوله: «من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى انعدام هذا الأجل، ويتحلل عن إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد».

(٢) غير أن القانون الكويتي ونظائره قد نص خلافاً للتقنينات المذكورة على أن «التصرف القانوني الصادر بإرادة منفردة لا ينشئ التزاماً، ولا يعدل في التزام قائم ولا ينيه إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون» المادة ٢٢٥ منه، ولكنه في هذا الحكم قد جانب الحقيقة. ولعل القضاء المصري في بعض أحكامه يميل إلى هذا الاتجاه القاضي بعدم إعطاء الإرادة المنفردة دورها الإلزامي في موضوع الإيجاب المقترن بأجل (لاحظ الوسيط للسنهوري ٢٢٢/١ إلهامش).

بجواز إنشاء الالتزام بإرادة منفردة^(١).

هذا على أنه لا يشترط في الأجل المذكور الذي التزمه الموجب أن يكون أجلاً أو ميعاداً صريحاً ومقدراً بفترة زمنية محددة، وإنما يجوز أن يكون هذا الأجل ضمناً يستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة أو من أية قرينة أو موقف معين - كما يتبين لنا من النصوص الآتية - فالإيجاب الذي يقوم مثلاً بعرض عمارة تحت الإنشاء للإيجار، هو في الواقع ينطوي على أن الموجب قد أتاح للمستأجر ولنفسه فرصة أو مدة مرهونة بوقت الانتهاء من إنشاء العمارة، دون حاجة إلى الإفصاح عن ذلك.

وغني بعد هذا عن البيان أن الحالة المذكورة في النصوص الآتية والمتعلقة بضرب أجل معين يغلب عليها أن تحصل في مجال التعاقد بين غائبين.

ثانياً: يبدو من المفهوم المخالف للنص المصري المذكور أن الإيجاب إذا لم يقترن بميعاد معين فإنه لا يعتبر في حد ذاته ملزماً، الأمر الذي يتيح للموجب الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول، وهذا ما يمكن أن يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة..

ومعلوم أن هذه الحالة المستفاد من النص المذكور والمسماة بـ «الإيجاب القائم غير الملزم» لا تحصل في الأصل إلا بين متعاقدين حاضرين، ولهذا جاءت المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي ومثلها المادة (٦٩) من القانون المدني الأردني المقابلتين للمادة المذكورة من القانون المصري: ناظرين إلى تلك الحالة باعتبارها واقعة في «مجلس العقد».

بيد أننا نرى أخذاً برأي بعض أساتذتنا^(٢) في هذا المجال: أن هذه المادة من

(١) الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص ٢١٢. ولاحظ دراستنا عن «الإرادة المنفرد كمصدر من مصادر الالتزام»، والتي أتت على بيان الاتجاهات المختلفة بصدد قابلية الإرادة المنفردة بذاتها لإنشاء الالتزام كقاعدة عامة، ويحسب ما ستره مفصلاً في آخر هذا الكتاب.

(٢) الموجز في شرح القانون المدني العراقي للدكتور عبد المجيد الحكيم ١/ ٢٧-٧٣.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

القانون العراقي التي نصت على أن «المتعاقدين بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس»^(١) غير دقيقة في صياغتها، من حيث إن الخيار في هذه الحالة لا يعطى إلا للموجب؛ أما الطرف الآخر وهو القابل فلا معنى للقول بتمكينه من حق الخيار بالرجوع؛ طالما لم تصدر عنه بعد صيغة القبول. وواضح أن حق الخيار بالرجوع لا ينشأ إلا بعد نشوء الالتزام بإيجاب أو قبول معين.

وعليه فالأولى أن نطلق على هذه الحالة وأمثالها من التي احتواها النص العراقي والنص الأردني المذكوران بـ (خيار الإيجاب) وليس بـ (خيار المجلس) كما أريد بها أن تسمى باعتبارها مستقاة في الأصل من الحديث النبوي الشريف: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»^(٢) ومعلوم أن الخيار الذي يقرره هذا الحديث هو خيار المجلس وليس خيار الإيجاب، وليس هذا محله.

المسألة الثالثة: سقوط الإيجاب والقبول^(٣):

يسقط بصفة عامة كل من الإيجاب والقبول باعتبارهما معبرين عن الإرادة في حالات ثلاث نوجزها مبدئياً فيما يلي:

(١) تنص المادة ٨٢ من القانون المدني العراقي والمادة ٦٩ من القانون المدني الأردني، وهما متطابقتان على ما يلي: «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض، يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك» وهذا النص متتبع من نص المادتين ١٨٢، ١٨٣ من مجلة الأحكام العدلية، وهما مستفادتان بدورهما من نص الحديث الشريف الوارد ذكره في المتن.

(٢) راجع بداية المجتهد، القرطبي ١/٤٨، حيث اعتبر البعض هذا الحديث من أوثق الأحاديث وأصحها.

(٣) يرجع في هذا الموضوع بشكل خاص إلى كل من الوسيط للسنهوري ١/٢٢٥-٢٢٦، وشرح القانون المدني المصري للدكتور مرقس ٢/٦١-٦٢، وكتاب القانون المدني السوري لمصطفى الزرقا، ص ٤٨-٤٩، والمواد: ٤٢، ٤٣، ٤٥ من القانون المدني الكويتي.

١. العدول عن الإيجاب أو القبول قبل أن يعطي أثره، ومعلوم أن أيًا منهما لا يعطي أثره، في رأي بعض النظريات الآتي ذكرها، إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه، وهذا بالطبع لا يحصل إلا في حالة التعاقد بين غائبين.

٢. تخلف الشرط في الإيجاب أو القبول المعلقين على شرط، إذا كان هذا الشرط حاصلًا في إحداهما منذ البداية، كما لو قال لك: بعثك هذه السيارة بيائة ألف ريال على أن يوافق شريكي مثلاً، فإذا رفض الشريك تخلف الشرط وسقط الإيجاب.

٣. وفاة الموجب أو فقد أهليته قبل صدور القبول، ووفاة الموجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته قبل صدور القبول منه. وهذا الحكم فيما يبدو خاص بالقانون المدني السوري^(١) لأن الموت وفقد الأهلية في القوانين الوضعية الأخرى بما فيها القانون المدني المصري (المادة ٩٢)^(٢) لا يؤديان إلى سقوط التعبير عند اتصاله بعلم من وجه إليه قبل حصول موته أو فقد أهليته.

سقوط الإيجاب وحده:

أما الإيجاب نفسه فيسقط، بالإضافة إلى ما مرّ، في حالات عديدة أخرى نشير إليها بإيجاز فيما يلي:

١. رفض الإيجاب ممن وجه إليه هذا الإيجاب، علماً بأن إجراء أي تعديل على الإيجاب يعتبر رفضاً له، ويسري هذا الحكم حتى لو كان الإيجاب ملزماً بسبب اقترانه بميعاد زمني للقبول. ولرفض الإيجاب حالات عديدة صريحة وضمنية.
٢. انقضاء الأجل الذي يجعل فيه القانون الإيجاب ملزماً دون أن يصدر من الطرف

(١) شرح القانون المدني السوري، مصطفى الزرقا، ص ٤٩.

(٢) وبما فيها القانون التونسي في المادة ٣٥ والقانون المغربي الذي صرح بشأن الموجب بأن «موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ بعد إرسال إيجابه لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته».

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

الآخر قبول معين. ويزول الإيجاب هنا كلية، لا من حيث اعتباره إيجاباً ملزماً فحسب وإنما من حيث اعتباره إيجاباً فعلياً.
٣. انقضاء مجلس العقد الذي صدر فيه الإيجاب دون أن يصدر من الموجه إليه قبول لأن ذلك يعتبر رفضاً يتم فيه سقوط الإيجاب.

وهذا الحكم في هذه الحالة مقتبس من فقه الشريعة الإسلامية، وقد أخذ به القانون المدني العراقي في المادة (٨٢) منه.

٤. صدور الإيجاب في صورة عطاء مقدم في مزيدة أو في مناقصة، فإن هذا الإيجاب "يسقط بمجرد تقدم عطاء آخر بعده بأزيد منه في حالة المزايدة، أو بأقل منه في حالة المناقصة ولو كان العطاء الآخر باطلاً"^(١). وهذا الحكم أشارت إليه المادة ٩٩ من القانون المدني المصري، كما أشارت إليه نصوص قانونية أخرى مطابقة.

المطلب الثاني:

القبول وأثره على تحديد زمن الانعقاد

التعريف بالقبول:

يطلق القبول ويراد به «كل صيغة تعبر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، وتقوم بربط عملية التعاقد على أساس من الشروط والبيانات التي عرضها الموجب» وفي ضوء هذا التعريف نستطيع أن نتبين أن القبول هو الذي يمثل الشق الثاني من العقد والذي يعبر عن رضا من وجه إليه الإيجاب بما عرضه عليه الموجب من بيانات سواء صدر ذلك من المالك أو الممتلك. وهذا ما صرحت به فعلاً بعض القوانين الوضعية الآتفة الذكر.

(١) شرح القانون المدني، الالتزامات ٦٢/٢ للدكتور مرقس.

كما نستطيع أن نتبين من خلال ما مرّ من حديث أن القبول - شأنه في ذلك شأن الإيجاب - لا يشترط أن يتخذ صورة تعبيرية معينة من صور التعبير المعتادة.. أي سواء حصل هذا التعبير بصورة صريحة أو ضمنية، أو بصورة دالة على السكوت.

يضاف إلى هذا أن القبول يلزمه أن يكون معبراً عن رضا صاحبه وإرادته بنحو بات لا يقبل التردد، وبنحو مقترن بالإيجاب الطرف الآخر. ولكن اقترانه هذا بالإيجاب - وهو ما نريد أن نبحثه في هذا المجال - لا يلزم أن يحصل في نطاق (مجلس مكاني واحد)، وإنما يمكن حصوله في نطاق مكانين وزمنين مختلفين.

ولبيان الحكم في ذلك علينا أن نوزع البحث إلى مسألتين:

- نتحدث في (الأولى) منهما عن: اقتران القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين.
- ونتحدث في المسألة (الثانية) عن: اقتران القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين غائبين.

المسألة الأولى: اقتران القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين:

الأصل أن العقد إنما يتم باقتران القبول والإيجاب اقتراناً فعلياً في نطاق مجلس مكاني حقيقي أو حكمي واحد، وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح بالتعاقد بين حاضرين. ولكن قد يتم التعاقد أيضاً عبر مكانين أو زمانين مختلفين. وهذا ما يعبر عنه بالتعاقد بين غائبين، ولكل من هاتين الحالتين أحكامها وشروطها، وسنراها تباعاً مبتدئين بالبحث في أحكام الحالة الأولى وهي حالة التعاقد بين حاضرين.

ويتحقق هذا التعاقد في الأصل - كما أُلحنا - بإنشاء العقد وحصوله في نطاق مجلس مكاني واحد، بحيث لا يبرحه الطرفان، وبحيث يبقى هذان الطرفان منشغلين انشغالاً فعلياً بشأن موضوع العقد الذي يدور حوله التفاوض. بمعنى أن العقد في

هذه الحالة لا يتم ولا يتحقق إلا بحصول هذين الشرطين معاً، وهما:

- ٢٠ مكانية المجلس الواحد وعدم بروحه.
- ٢١ وانشغال الطرفين بشؤون التعاقد.

فإذا لم يتحقق هذان الشرطان أو أحدهما فلا عقد ولا تعاقد، كما لو تفرق الطرفان عن المجلس أو بارحه أحدهما، أو انشغلا معاً أو أحدهما بأمر آخرى خارجة عن نطاق العقد، بحيث يعد ذلك منهما انصرافاً في العرف عن التعاقد.

على أن القانون قد أعطى في بعض الحالات التي يكون فيها الطرفان بعيدين عن مظلة المكان الواحد (حكم) التعاقد بين حاضرين، كما في حالة التعاقد عبر الهاتف أو الفاكس أو الانترنت^(١)، وذلك استثناءً من الأصل، باعتبار أن المشافهة الكلامية هنا تعتبر بحكم أو بمثابة المواجهة الحقيقية الفعلية.

ولكنه مع ذلك، لا تشترط في الرأي القانوني الراجح الفورية في اقتران الإيجاب والقبول أو المبادرة الفعلية إلى إصدار القبول إثر صدور الإيجاب، حيث يمكن للطرف الموجه إليه هذا الإيجاب أن يتأني في إصدار قبوله ليتأتى له تدارس الموضوع

(١) برز مؤخراً في ظل التطورات التقنية العالية الحديثة أسلوب جديد من أساليب وصور التعبير عن الإرادة لغرض إبرام العقود، كالتعاقد عن طريق الانترنت أو الفاكس أو نحوهما من الوسائل التي صار يطلق عليها اصطلاحاً (بالعقد الإلكتروني).. والتي هي بمثابة اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.. انظر «أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عن طريق الانترنت ص ٣٩» وانظر أيضاً بهذا الصدد: «يوسف الفراج، الإطار الفقهي للعقد الإلكتروني من بحث مقدم إلى ملتقى قضاء المظالم والتحكيم المنعقد بجدة في الفترة ما بين ٩ - ١٢ مايو ٢٠٠٥ م.

ويبدو أن الرأي الفقهي والقانوني الحديث صار يميل إلى تجويز هذا النمط من التعاقد.. إذا ما ثبت تطابق التوقيع.. مع اعتباره تعاقدًا بين حاضرين لا تعاقدًا بين غائبين على الرغم من بعد المسافة.

والتبصر بشأنه قبل ربط نفسه بالتعاقد، وذلك طالما أن الموجب لم يعلن بعددوله عن الإيجاب، وطالما أن الطرفين ظلا منشغلين بشأن موضوع التعاقد.

وإلى كل أو بعض هذه الأحكام وتفصيلاتها جاء النص واضحاً في قسم من التقنيات الوضعية بقولها:

١. إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يتعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

٢. ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينتقض مجلس العقد^(١).

كما أشارت إلى هذا المعنى تقنيات أخرى^(٢) سبق أن أبدينا بعض التحفظات والملاحظات حول أسلوب الأداء فيها، ولا يعفيها أن تكون قد استقت نصوصها من مجلة الأحكام العدلية^(٣) التي كثيراً ما يثار النقد بشأنها.

ويبدو أن النصوص القانونية المذكورة جاءت متأثرة جميعاً، وبشكل واضح، بأحد اتجاهين من الاتجاهات الفقهية الشرعية المتعلقة بفكرة (مجلس العقد). وهو الاتجاه الذي يميل كما أوضحنا إلى القوم بعدم لزوم فورية اقتران القبول بالإيجاب في مجلس العقد طالما أن الموجب ظل باقياً على إيجابه، وأن الطرفين ظلا من جهة أخرى منشغلين بموضوع التعاقد.

(١) المادة ٩٤ ف ١، ٢ من القانون المصري والليبي والمادة ٩٥ من القانون السوري.

(٢) المادة ٨٢ من القانون المدني العراقي والمادة ٩٦ من القانون المدني الأردني.

(٣) المادتان ١٨٢، ١٨٣ من المجلة.

وقد أطلق بعض الشراح^(١) من أساتذتنا على هذه الفكرة بـ: «نظرية مجلس العقد» وعزا صياغتها بوجه خاص إلى فقهاء الحنفية، وفي مقدمتهم الفقيه الكاساني صاحب بدائع الصنائع^(٢) كما يظهر أن كلاً من فقهاء الإمامية وفقهاء الحنابلة يميلون أيضاً إلى هذه الفكرة بشكل عام استناداً إلى الحديث الشريف المار ذكره والقاتل: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»^(٣).

وهذا الاتجاه، فيما يبدو، هو الذي يمكن سريانه في ظل الأنظمة والأقضية السعودية. ذلك أن المملكة العربية السعودية تجري من حيث المبدأ في أحكامها العامة وفقاً لمذهب أحمد بن حنبل واتجاهاته الفقهية، كما صرحت بذلك فعلاً بعض المصادر الرسمية.

أما بقية فقهاء المذاهب، وفي طليعتهم فقهاء الشافعية^(٤) والمالكية^(٥) فيبدو أنهم ينزعون إلى الاتجاه القاضي بلزوم فورية التعاقد أو بالأحرى فورية اقتران القبول بالإيجاب الصادرين في مجلس التعاقد، ولا يخفى ما في هذا الرأي من حرج وضيق يمكن أن يلحق المتعاقدين، ولهذا أعرضت عنه التقنيات الوضعية^(٦) المذكورة بالرغم من كونه ما يزال يسود كثيراً من التقنيات في البلاد الغربية مع المنع في نفس

(١) مصادر الحق ٦/٢ للسنهوري.

(٢) ١٣٧/٥ حيث قال: «إن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل».

(٣) جاء في المادة ٣٧٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل قولها: لكل من المتبايعين الخيار في إمضاء البيع وفسخه ما دام في المجلس لم يفترقا بأبدانها، وإن طال المجلس» وذلك اعتماداً على شرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢، وكشاف القناع ١٤٦/٣ - ١٤٧. وانظر تذكرة الفقهاء للحلي من الإمامية ٥١٥/١.

(٤) وفي رواية أخرى: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» الحلي، المرجع السابق ٥١٥/١.

(٥) في النص الآتي نسب القول بعدم الفورية إلى الشافعية، ولكن يظهر أن رأيهم يميل إلى الفورية.. وانظر الكاساني ١٣٥/٥.

(٦) الحلي، تذكرة الفقهاء ٥١٥/١. ابن رشد، بداية المجتهد ١٤٨/٢.

الوقت من خيار المجلس.

ويلخص لنا ابن رشد^(١) رأي المذهب في هذه المسألة بقوله: «واختلفوا متى يكون اللزوم، فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة: إن البيع يلزم في المجلس بالقبول وإن لم يفترقا، وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم: البيع لازم بالافتراق من المجلس، وأنها مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد» ثم عدّ آخرين من القائلين بهذه الفكرة.. وتابع القول: «وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك: أن رسول الله ﷺ قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار» الحديث.

وينحو هذه التفضيلات ذكر الشيخ الحلي في تذكرته قائلاً: «قال أبو حنيفة ومالك يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا يثبت خيار المجلس لأن عمر قال: البيع صفقة... ولأنه عقد معاوضة فلا يثبت فيه خيار»^(٢).

المسألة الثانية: اقتران القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين غائبين

تشير فكرة (التعاقد بين غائبين)، في رأي الأغلبية من شراح القانون كما يبدو، إلى ذلك النوع من التعاقد الحاصل بين طرفين بعيداً عن (مظلة) المجلس الواحد، بحيث يتم هذا التعاقد عبر إحدى وسائل الاتصال النقلية أو الآلية المعتادة، أو عبر رسول لا يحمل صفة النيابة.

غير أن فريقاً آخر من شراح القانون يرى أن المسألة ليست منوطة بوقوعها بعيداً أو قريباً عن مظلة المجلس الواحد، كما قد يستشف من عنوانها، وإنما هي منوطة بانعدام التزام بين صدور الإيجاب وصدور القبول، ففي هذه الحالة وحدها يمكن

(١) انظر الوسيط للسنهوري ٢٢٩/١ الهامش رقم ٢.. ولاحظ جيداً تفصيلاته.

(٢) الحلي، تذكره الفقهاء ٥١٥/١، وانظر رأي الشيخ الأنصاري في المكاسب ٨٦/٧ حول فكرة الموالة بين الإيجاب والقبول.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

أن نسمي التعاقد الحاصل بين طرفين تعاقدًا بين غائبين بعد توفر شروطه وعناصره الأخرى.. ذلك أن التزام هو في الواقع من مميزات وعناصر التعاقد بين حاضرين، وبه تتحدد نقطة الخلاف وضابط التمييز والتفريق بين حالتي التعاقد.

ولعله من هنا لم يثر شيء من الخلاف بين فقهاء القانون حول مسألة تحديد زمن الانعقاد في التعاقد بين حاضرين، باعتبار أن هذا التحديد حاصل بطبعه ومستمد من التقارن أو التزام المذكور الواقع بين الإيجاب والقبول فلا مشكلة ولا خلاف.

إنما المشكلة والخلاف يمكن أن ينشأ وينعكس على التقنيات الوضعية نفسها بشأن تحديد زمن الانعقاد في مسألة التعاقد بين غائبين، إذ ليس هناك وضع معين متفق عليه يمكن أن يحدد زمن الانعقاد كما هو الحال في صورة التعاقد بين حاضرين الذي حددته واقعة (التزامن) المذكورة.

لقد أسفر هذا الخلاف عن أربع نظريات قانونية لها أنصارها ولها أسانيدها المختلفة، وهذه النظريات حسبها وردت عن أصولها الأجنبية هي:

- نظرية صدور القبول أو ما سميت بنظرية إعلان القبول.
- نظرية تصدير القبول.
- نظرية وصول القبول.
- ونظرية العلم بالقبول.

ولا نريد أن ندخل في تفاصيل هذه النظريات وملايساتها ومناقشة حججها وأسانيدها. ولكن يجدر بنا- ونحن في مثل هذه المستوى من الدراسة- أن نشير إلى بعض أغراضها وعناصرها، وأن نحدد مواضعها من القوانين الوضعية السائدة.

(١) نظرية صدور القبول أو إعلانه: (Declaratiom)

يرى أصحاب هذه النظرية أن الأصل في تمامية العقد وتحقيق آثاره هو تلاقي

الإرادتين الحاصل وقت صدور التعبير بالقبول، ففي هذه اللحظة من صدور التعبير يتم الترابط وينعقد التراضي بين الطرفين وتحدد آثاره، وذلك عملاً بالقواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد وتحقيقاً لمقتضيات الحياة العملية والتجارية التي تدعو إلى البساطة وسرعة التنفيذ.

وقد انحاز إلى هذه الفكرة كل من قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٨٤ منه... والقانون المدني السوري في المادة ٩٨ منه. حيث صرح هذا الأخير بقوله: إن العقد بين الغائبين يتم .. في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك» وقد عزا بعض شراح هذا القانون^(١) انحياز هذا القانون إلى النظرية المذكورة خلافاً لأصله المصري.. عزاه إلى «أن القانون اللبناني كان قد أخذ بنظرية تمام العقد بإعلان القبول، وبالنظر لكثرة المعاملات بين سورية ولبنان كان من المصلحة توحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين المتجاورين».

كما قيل إن الأحكام القضائية في فرنسا منحازة هي الأخرى إلى هذا الاتجاه حيث يكفي القضاء الفرنسي في انعقاد العقد بمجرد تلاقي الإرادتين^(٢).

ويبدو لي مضافاً إلى ذلك أن الفقه الإسلامي يميل إلى هذا الاتجاه، من حيث إن تمامية العقد لدى هذا الفقه تتحدد بالتراضي وتوافق الإرادتين، وهذا حاصل بالطبع عند صدور القبول أو الإعلان عنه.

وبتبيين ذلك واضحاً على وجه الخصوص من الحكم الوارد في بعض كتب الحنابلة.. يقول البهوتي^(٣): «إن كان المشتري غائباً عن المجلس فكاتبه البائع أو

(١) انظر مصطفى الزرقا في شرح القانون المدني السوري، ص ٥٧.

(٢) انظر القانون المدني الجزائري الأول (التصرف القانوني، د. وحيد رضا، ص ٦٤).

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع ١٤٨/٣ فما بعدها، ط الرياض. كذلك لاحظ في فقه الأخاف: كتاب بدائع الصنائع للكاظمي ١٣٨/٥ الذي أوضح ذلك الحكم بشكل واف.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

راسله: إني بعثك داري بكذا.. فلما بلغه - أي المشتري - الخبر قبل.. صح العقد^(١).

(٢) نظرية تصدير القبول: (Expicliton)

يرى أصحاب هذه النظرية التي يمكن اعتبارها صياغة أخرى للنظرية السابقة منع بعض التحوير - أنه لا يكفي لتامة العقد مجرد صدور القبول من صاحبه، وإنما لا بد من تصديره، أي إبراده وخروجه من حوزة القابل، بحيث لا يمكن أن يستردّه، وذلك للتثبت من صدور القبول بشكله الرسمي القاطع.

وقد اعتمدت هذه النظرية أو تفرد بها فيما يظهر قانون الالتزامات السويسري في المادة العاشرة منه أخذًا بتلك المبررات كما نحسب، على أنه قيل إن القانون البرازيلي قد ذهب هو الآخر إلى هذا الاتجاه، م ٥٦/ف ١^(٢).

(٣) نظرية وصول القبول: (Reception)

ومقتضى هذه النظرية التي ذهب إليها فريق ثالث من فقهاء القانون: أن العقد لا يصبح اعتباره تامًا ومنتجًا لآثاره إلا بعد وصول القبول، أو وثيقة القبول إلى حوزة الموجب، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذا الوصول هو قرينة دالة على علم الموجب بصدور القبول، وإن لم يكن قد علم به فعلاً.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه القانوني رأيهم: أنه حيث يمكن للقابل أن يسترد

(١) واستتج أيضًا بعض الباحثين هذا الرأي بالنسبة للفقهاء الإسلاميين معتقدين أن العقد إذا انعقد بالمكاتبة - أي بين غائبين - يتم عند قبول القابل، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب، انظر شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ١٤.. وهذا ما يؤيده أيضًا الأستاذ السنهوري الذي صرح بعد بحث مكثف أنه «لا يشترط علم الموجب بالقبول» مصادر الحق ٥٥/٢.

(٢) انظر: د. نبيل سعد، مبادئ القانون، ص ٣٠٦.

الرسول أو يسترد الخطاب أو البرقية من حوزة البريد بعد إبرادها حينما تجيز الجهة التي تتولى إدارة البريد هذا النحو من الاسترداد فلا أثر لتصدير القبول دون الوثوق بوصوله فعلاً إلى حوزة الموجب.

(٤) نظرية العلم بالقبول: (Information)

أما هذه النظرية الأخيرة، فقد جاوزت كل تلك الآراء والمبررات التي أخذت بها النظريات الأخرى معتبرة أنها غير مجدية ولا كافية لإحداث القبول أثره في تكوين العقد. فما دام أن الموجب لم يحط علماً بصدور القبول ولم يبلغ به بصورة فعلية فلا يمكن للإرادة أن تُنشئ آثارها ولا للعقد أن يعبر عن طبيعته ونيته القانونية، وذلك تأسيساً على أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

ولكن هؤلاء في نفس الوقت يتخذون من وصول القبول قرينة فعلية على علم الموجب به، غير أنها قرينة قابلة لإثبات العكس.

وقد طغت هذه النظرية على نظيراتها بعد أن اعتمدتها معظم التقنيات الوضعية بما فيها التقنيات العربية السائدة كالقانون المدني المصري في المادتين ٩١، ٩٧^(١) منه والقوانين المنبثقة عنه، وكالقانون المدني الكويتي في المادة (٨٧) منه مع اختلاف في التعبير.

(١) حيث أفصحت هذه المادة بقولها: «١. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قم تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول». كما أفصح القانون المدني العراقي في المادة ٨٧ عن هذه الفكرة بقوله: «١. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢. ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما».

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

ومن القوانين الأجنبية التي اعتمدت هذه النظرية: كل من القانون المدني الألباني في المادة (١٣٠) منه، والقانون المدني الأسباني في المادة ٢/٢٦٢ منه، والتقنين التجاري الإيطالي في المادة ٣٦ منه، مضافاً إلى مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي في المادة ٢ ف ١^(١).

الآثار المترتبة على الأخذ بنظرية دون الأخرى

هذا وذكرت هناك كثير من الآثار والنتائج القانونية التي تترتب على الأخذ بنظرية دون أخرى، وقد تحاشينا ذكرها وذكر تفصيلاتها في هذا النطاق الضيق من الكتاب، اعتماداً على الدراسات الموسعة^(٢) الجارية في هذا الصدد، ويجدر بالمتبع من طلابنا أن يحيط بها ولو بقدر محدود.

المطلب الثالث:

تطابق الإيجاب مع القبول

بعد أن تبيننا في المطلبين الأول والثاني من المبحث الثاني كيفية اقتران القبول بالإيجاب وأثره على تحديد زمن الانعقاد: يجدر بنا أن نتبين في خطوة لاحقة ولصيقة بالموضوع كيفية تطابق الإيجاب والقبول، أو بالأحرى كيفية ومعنى تطابق الإرادتين الصادرتين من الموجب والقابل والتقائهما في وعاء واحد، إذ إن التقارن بين الإرادتين أو صدورهما - وهو أمر شكلي - لا يكفي وحده لتكوين ركن التراضي كعنصر أساس في التعاقد، وإنما لا بد بالإضافة إلى ذلك من التطابق بينهما والتعادل في كل ما تفرزه صيغة العقد من عناصر أساسية.

ولكي نأخذ فكرة أولية ومبسطة عن كيفية وحدود هذا التطابق نبادر إلى إيراد

(١) انظر الوسيط للسنيهوري ١/ ٢٦٠.

(٢) المصدر نفسه: ١/ ٢٥٨-٢٦٠.

النص التالي الذي احتوته بعض التقنيات الوضعية السائدة.. يقول هذا النص^(١): »

١. يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة.

٢. وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة.»

وفي البداية نلاحظ أن هذا النص القانوني قد خرج عن الأصول المتبعة في طريقة التقنين التي يجب أن تقتصر بحسب الأصل على المبادئ والقواعد العامة، أما التفاصيل والإيضاحات فهي من وظيفة وصناعة الشارح، فقد كان بالإمكان أن يستغني واضع هذا النص - كما استغنى فعلاً واضعو النصوص العربية الأخرى^(٢) - عن الفقرة الأولى منه اعتماداً على القاعدة الواردة في نص سابق عليها، وهي قولها^(٣): «إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه الآخر المطابق للإيجاب.»

معنى التطابق:

وعلى أية حال، فالتطابق الذي نعنيه أو الذي عناه المقتن في النص المذكور: هو

(١) القانون المدني العراقي، م ٨٦.

(٢) انظر المادة (٩٥) من القانونين المصري والليبي، والمادة (٩٦) من القانون المدني السوري.

وانظر أيضاً بهذا المعنى تقريباً المادة (٥٢) من القانون المدني الكويتي.

(٣) المادة (٨٥) من القانون المدني العراقي.

أن يحصل التوافق والتعادل في كل ما تناوله أو تفاوض عليه القابل والموجب من عناصر أساسية بل وفرعية متصلة بموضوع العقد^(١).

فإذا ما حصل أي اختلاف في إرادة القابل عن إرادة الموجب، وفي أي عنصر من العناصر المؤثرة التي تناولها وتفاوض عليها الطرفان، فإن ذلك يعتبر رفضاً أو بمثابة رفض للإيجاب وللعقد نفسه. ولا يفرق في هذا القبول الصادر أن يكون بصورة تعديل للإيجاب، أم بصورة تقييد أو تغيير، أم بصورة تخفيض لقيمة الشيء محل التعاقد أو نحوها من الصور.

فلو عرض شخص مثلاً، إيجار منزل بألف ريال شهرياً فقال المستأجر: قبلته بعشرة آلاف سنوياً، اعتبر ذلك بمثابة رفض للتعاقد. ومثله الحكم ما لو عرض إيجار المنزل بألف فأجابه المستأجر: قبلته بتسعمائة، أو نحوها.

كذلك يعد رفضاً لو عرض شخص بيع سلعة معينة فأجابه المشتري بالقبول مشيراً إلى سلعة مختلفة أخرى.

بيد أن كل هذه الأنماط المختلفة من القبول يمكن اعتبارها بمثابة إيجاب مبتدأ لعقد آخر، يمكن الرد فيه بالقبول من الطرف الثاني الذي سبق أن اعتبرناه طرفاً أولاً.

ولكنه من ناحية أخرى يمكن - فيما تفيده الفقرة الثانية من النص المذكور - أن يتفق الطرفان على جميع المسائل أو العناصر الجوهرية في العقد ويحتفظا لنفسيهما بمسائل أخرى تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، وذلك حينما تنهيا لهما الفرصة الكافية لتحديد المصالح الذاتية لكل منهما والتبصر فيها.. كما لو اتفق الطرفان مثلاً في عقد مقاوله لتوريد مصنع معين: على كل العناصر الأساسية المتعلقة بالمصنع كقيمة

(١) وقريباً من ذلك عرف التطابق بعض فقهاء الشريعة الإسلامية في نص رائع وجامع وإن كان = وارداً في نطاق عقد البيع وحده، قال: هو «أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه» انظر: بدائع الصنائع، للكاساني ١٣٦/٥.

المصنع وطبيعة محتوياته، ثم اختلفا على مسائل أخرى ولكنها ثانوية كالإشراف على نصب المصنع أو طريقة التعبئة عند التوريد، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد وترتيب آثاره فيما إذا اتفقا على إرجاء هذه المسائل الثانوية إلى حين البدء في تنفيذ العقد مثلاً.

وإذا ما نشأ بعدئذ بين الطرفين أي خلاف بصدد هذه المسائل، فإن المحكمة هي التي تتولى حسم الخلاف وفصل الموضوع وفقاً لطبيعة المعاملة وطبقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة.

حكم التطابق في الشريعة الإسلامية :

وفي حدود تتبعنا لا أجد ما ينم عن وجود اختلاف في الحكم بين الشريعة والقانون في موضوع لزوم تطابق الإيجاب والقبول على محل التعاقد.

فالإجماع بين فقهاء الشريعة يكاد يكون منعقداً على هذا النحو من التطابق في المسائل الجوهرية المتعلقة بكل عقد، وأن أي اختلاف في هذا الشأن يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد أو رفضه أو تحويله إلى عقد آخر.

يقول الكاساني من فقهاء الأحناف تعليقاً على تعريف التطابق المذكور آنفاً في الهامش وهو «أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق»^(١) ومفهوم ذلك أن العقد في هذه الحالة وإن اعتبر مرفوضاً وغير منعقد لكنه يمكن اعتبار التعديل الذي أورده القابل - وهو يرد على الموجب - إيجاباً لعقد جديد.

كما تنص المادة ٢٢٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٥.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

حنبل بقولها: « يشترط لصحة العقد موافقة القبول للإيجاب في القدر والنقد وصفته والحلول والأجل » وقد عززت حكمها المذكور بضرب بعض الأمثلة المتعلقة بهذا التطابق.

. هذا ويمكن اعتبار الأحكام الشرعية المذكورة وبخاصة فيما يتصل بحكم المادة ٢٢٧ من المجلة التي تمثل رأي الحنابلة: أحكاماً سارية المفعول وراجعة التطبيق في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية، وإن لم يرد بشأنها تقنين معين.

المبحث الثالث:

سلامة الرضا من عيوب الإرادة

تمهيد:

بعد أن فرغنا في ظل المبحثين الأول والثاني من الحديث عن صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول، وعن اقتران الإيجاب والقبول، وتطابقهما، يبقى علينا أن نعرض في (مبحث ثالث) وأخير من هذا الفصل لسلامة الرضا من عيوب الإرادة.. إذ كان الحديث في المبحثين الأول والثاني منعقدًا، كما لاحظنا، حول وجود التراضي، أما هذا المبحث الثالث فسوف نعهده حول صحة هذا التراضي وسلامته من عيوب الإرادة.

أنواع عيوب الإرادة:

الغلط، والإكراه، والتدليس، والاستغلال وما يقاربها أو يداخلها من الخطأ والجهل والنسيان والاضطرار: هي مصطلحات بعضها قانوني، وبعضها الآخر شرعي، والغالب منها اصطلاحه الطرفان.

عقدت لها دراسات وبحوث، فيما انتظمتها عناوين اتخذت مكانها في فقه القانون باسم: (عيوب الإرادة) أو عيوب الرضاء.

تأكدت أهمية هذه الدراسات والموضوعات بعد تفشي الانحلال الخلقي وانحسار القيم في مجتمعاتنا المعاصرة، وبخاصة تلك التي توصف بالمجتمعات

المتحضرة.

هذه العيوب التي وردت أحكامها وآثارها في كثير من التقنيات الوضعية، وفي فقه الشريعة الإسلامية أيضًا، لوحظ أن بعضها يمكن أن يجانس البعض الآخر أو يداخله، كمصطلح (الخطأ) الذي يمكن أن ينتظم تحت موضوع (الغلط)، و(كالاضطرار) الذي يمكن احتواؤه في موضوع (الإكراه) أو (الاستغلال). وكذلك (النسيان) الذي قد نتجوز بإدخاله أيضًا في عنصر (الغلط). على أن للنسيان كعيب من عيوب الإرادة أحكامًا وآثارًا مستقلة في الشريعة الإسلامية وبخاصة في قسم العبادات. وكان بعزمنا أن نعقد لهذا الموضوع فصلاً موسعاً خاصاً، بيد أن محدودية هذه الدراسة وطبيعتها القانونية أوحى إلينا أن نتركه إلى الموسعات، على أننا مع ذلك سوف لا نغفل الإشارة من الناحية الشرعية إلى بعض أحكام النسيان وطبيعته والتي سيتضمنها المطلب الخامس من هذا البحث.

وفي ضوء هذا التداخل والتجانس بين المصطلحات المختلفة المذكورة آثرنا أن نحصر مسألة (عيوب الإرادة) بأربعة أنواع، هي:

- الغلط.
- الإكراه.
- التدليس أو التغيرير مع الغبن.
- والاستغلال المقترن بالغبن.

مضافاً إلى عنصر النسيان الذي اعتبرناه (نوعاً خامساً) كما أسلفنا، خلافاً لنهج الكثير من فقهاء القانون.

تكييف البحث في عيوب الإرادة:

من أجل أن نرسم صورة واضحة ومميزة لهذه العناصر باعتبارها عيوباً في

الإرادة علينا أن نوضح مسبقاً:

أن العناصر المذكورة من غلط وإكراه ونحوهما:

- قد تلحق الإرادة (تارة) فتؤدي إلى انعدامها أو انحسارها.
- وقد تلحقها (تارة أخرى) فتؤدي إلى اختلالها أو إيقافها عن التأثير.
- كما قد تلحقها (ثالثاً) فلا تترك تأثيراً عليها - أي على الإرادة - لا من ناحية الاختلال ولا من ناحية الانعدام، والموسومة بحالة (قيام الإرادة).

فأياً من هذه الحالات الثلاث يمكن أن نحتويه؟ وأي منها يمكن أن نستبعده عن دائرة موضوعنا المتعلق بعيوب الإرادة؟

نستيق القول، فنذكر أن الذي يمكن احتواؤه تحت دائرة هذا الموضوع هو حالة اختلال الإرادة، فحسب، دون سواها من الحالات الأخرى التي لا نراها تلتئم مع فكرة عيوب الإرادة، وهذا ما سنلاحظه لدى البحث في كل حالة من هذه الحالات:

(١) حالة انعدام الإرادة:

إن هذه الحالة التي تؤدي كما أشرنا إلى انعدام الإرادة لا تجعلنا بصدد عيب في الإرادة حتى نبحت عن سبيل لإصلاحها، ولا بصدد قضية منظورة ولها كيان ووجود حتى نبحت عن طبيعة حكمها وآثارها.

فالإرادة في مثل هذه الصورة تعتبر من الناحية القانونية أو الشرعية غير موجودة أو منعدمة، وبالتالي لا مجال للبحث عنها في إطار موضوعنا كعيب أو كنقص في الإرادة.

ومن تطبيقات هذه الحالة: ما يعرف بالغلط المانع، وما يعرف بالإكراه المادي، والإكراه المنجى، ونحوها..

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

والمراد بالغلط المانع من الناحية الاصطلاحية: هو ذلك الغلط الواقع في ماهية العقد أو في محله أو سببه، فهو يعدم الرضا كلية، ولا يقتصر على أن يعيب الإرادة بل يشلها تمامًا، كمن يتعاقد على شيء باعتقاد أنه إجارة، لكن الطرف الآخر تصوره بيعًا. أو كمن يتعاقد على شراء شريط مسجل للقرآن الكريم، ولكن البائع تصوره نسخة مطبوعة من القرآن الكريم. أو من يتعاقد على توظيف شخص باعتباره حاملًا لشهادة معينة ولكن اتضح أنه يحمل شهادة أخرى. فهذه الأمثلة ونحوها تنطوي على وجود غلط في طبيعة المعاملة أو طبيعة المحل أو في وجود السبب يسمى بالغلط المانع، وهو يؤثر في رأي فريق من فقهاء القانون على قيام الانعقاد لانعدام الإرادة.. خلافًا للفقهاء الفرنسيين بيدان وبولانجيه^(١).

وقريب منه - وإن لم يكن فيه إيجاب مباشر - ما يسمى في اصطلاح بعض الفقهاء المسلمين بالإكراه الملجئ أو التام، كالتهديد بإتلاف نفس، أو قطع عضو، أو إتلاف كل المال أو لقسم كبير منه. فهذا النوع من الإكراه - في رأي الفقيه أبي حنيفة - يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وبالتالي لا يتم الانعقاد، خلافًا للإكراه غير الملجئ الذي لا يتعدى أمورًا بسيطة كالتهديد بالحبس أو القيد غير المديدين وبالضرب غير المتلف، وبكل ما أوجب غمًا وألمًا يسيرًا، طبقًا لما جاء في أمثلتهم، فهذا النوع من الإكراه لا يفسد الاختيار، وبالتالي لا يكون له أثر على تكوين العقد، وإن أعدم التراضي.

وقد أخذت بهذا التمييز في الحكم بين النوعين من الإكراه الملجئ وغير الملجئ مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤٩٤ منها، وتابعها على ذلك القانون المدني العراقي الذي نص على هذا الحكم وتفصيلاته في المادة ١١٢ منه، كما سنرى.

بل إن معظم فقهاء المذاهب الإسلامية بمن فيهم بعض الأحناف^(٢)، يذهبون

(١) انظر الوسيط للسنيهوري ١/ ٣١١-٣١٢، ودروس في الالتزامات للوكيل، ص ٩١.

(٢) انظر التراضي في المبادلات المالية للدبرني، ص ٣٦٤، الذي نقل نصًا يتعلق بالموضوع عن كتاب بدائع الصنائع، كما أشرنا إلى عدد آخر من فقهاء المذاهب الذين ذهبوا إلى بطلان العقد

إلى بطلان العقد إذا كان قائماً على إكراه، من غير تفريق بين إكراه ملجئ وآخر غير ملجئ، طالما كان الإكراه متعلقاً بالتصرفات القولية، الأمر الذي يوحى بلزوم استبعاد العقد القائم على الإكراه أيما كانت صورته عن دائرة موضوعنا الذي يبحث في عيوب الإرادة وليس في موانع الانعقاد.

(٢) حالة قيام الإرادة أو العيب الذي لا يؤبه به:

ومن تطبيقات هذه الحالة التي استبعدناها عن نطاق البحث أيضاً - وهي حالة العيوب التي تلحق الإرادة ولكنها لا تترك تأثيراً على صحة العقد، فيظل قائماً :- (الغلط) الذي يقع في صفة غير جوهرية في محل العقد، كالغلط في نوعية القماش، أو نوعية الورق لكتاب مطبوع، أو الغلط في شخصية المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد، ونحوها من الموارد والشواهد التي ساقها فريق من فقهاء القانون الفرنسي المتبني للنظرية التقليدية في الغلط^(١)، التي يمكن تسميتها بالغلط غير المؤثر.

كما اعتبر من تطبيقات هذه الحالة: مجرد الغلط الحسابي، والغلط الكتابي اللذين يستفادان من نص المادة ٢٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٢٤ من القانون المدني السوري: «لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح ذلك»^(٢).

ومن تطبيقات تلك الحالة أيضاً الإكراه الذي تكون وسيلته مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، كالدائن يهدد مدينه بالتنفيذ على ماله إذا لم يؤمن له حقه فيجري

الذي يقوم على الإكراه، كالحنابلة والظاهرية، ص ٣٨٧.

(١) شرح القانون المدني، د. مرقس ١٥٣/٢.

(٢) وبنفس المعنى جاء في المادة ١٢٠ من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه «لا يؤثر في نفاذ العقد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط» وانظر كذلك المادة ٣٠٥ ف ٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (٤٧) من القانون التونسي، والمادة (٤٣) من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

الفرع الأول: تراضى المتعاقدين

معه عقد رهن. فالإكراه في مثل هذه الحالة لا يترك تأثيراً على صحة العقد، حيث يعتبر عقد الرهن صحيحاً ومنتجاً، وبالتالي لا يعتبر ذلك عيباً في الإرادة أو الرضا.

وعلى أية حال فنحن مع هذا الرأي الذي يعتبر الأمثلة المذكورة المتعلقة بالحالة الثانية ليست من طبيعة الغلط أو الإكراه الذي يعيب الإرادة، الأمر الذي يقضي بإبعاد هذه الصورة أيضاً عن دائرة موضوعنا الخاص والمتعلق بموضوع عيوب الإرادة.

(٣) حالة اختلال الإرادة:

وإذا أمكننا أن نستبعد - كما رأينا - عن دائرة البحث الخاص بعيوب الإرادة: الحالتين السابقتين... وهما حالة انعدام الإرادة وحالة قيامها - فإنه لا يظل ملحوظاً أمامنا سوى الحالة الثالثة، وهي اختلال الإرادة.. والتي ستوضح صورتها من خلال البحث في أنواع عيوب الإرادة الآتية:

المطلب الأول:

عنصر الغلط

ماهية الغلط:

يعرف فقهاء القانون الوضعي الغلط كعيب من عيوب الإرادة بأنه "وهم يستولي على النفس فيحمل على الاعتقاد بصحة أمر أو فساده على خلاف الواقع" .. بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم المتعاقد صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم المتعاقد عدم صحتها^(١).

أو في تعبير آخر أكثر دقة: "قصور الغرض المباشر من المتعهد عن إجابة الحافز الباعث على التعاقد" ولكن مع ذلك فإن هذا التعريف المنسوب إلى بعض الفقهاء تظل فيه شمولية تتسع لأكثر من معنى الغلط كعيب في الإرادة.

مقارنة بين الغلط والخطأ:

والغلط بمفهومه المذكور، يمكن أن يلتقي مع معنى (الخطأ) - الذي يتردد ذكره في كثير من النصوص الشرعية الإسلامية، والمعروف أن للخطأ في اللغة مدلولين^(٢):

(١) انظر: دروس في الالتزامات للوكيل ص ٩١. ومصادر الحق للسنيهوري ٩٨/٢. والوسيط للسنيهوري أيضًا ٣١١/١.

(٢) انظر الفيروز آبادي، القاموس المحيط ص ٤٩. والمعجم الوسيط.. إعداد: مجمع اللغة العربية بالقاهرة ص ٢٤٢ ج ١، مادة خطي وأخطأ.

الفرع الأول: تراخي المتعاقدين

■ أحدهما: وهو المشتق من صيغة خَطِيءَ خَطَأً وَخَطُئًا - يدل على معنى جنائي، وهو الذنب والخطيئة.

■ والآخر: وهو المشتق من الرباعي أخطأ - مثلما يدل على المعنى الأول المذكور، فإنه يدل أيضًا وبصورة أشمل على معنى مجانبية الصواب ومخالفة الواقع.

وهذا المعنى الأخير هو الذي يلتقي مع الغلط بمفهومه الاصطلاحي المذكور، فالغلط والخطأ بمعناه الأخير، يمكن اعتبارهما من نمط اصطلاحي واحد، وبهذا المعنى عرفت بعض معاجم اللغة كلمة (غلط) بأنه: «من أخطأ وجه الصواب» فيقال: غلط في الأمر أو في الحساب، أو في النطق، إذا أخطأ الواقع.

ويؤيد ما ذكرناه من وجود التماثل بين معنى الغلط والخطأ بمفهومه الأخير ما جاء في بعض الأحاديث الشريفة بقوله عليه الصلاة والسلام: «من اجتهد فأخطأ فله أجر، ومن اجتهد فأصاب فله أجران» .. ويقول عليه السلام أيضًا في حديث الرفع المعروف الجامع لشرائط الصحة وهو: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطروا إليه ..»^(١).

ولا يخفى ما في كلمة الخطأ هذه وتلك من معنى يقارب أو يماثل معنى الغلط المذكور كمصطلح قانوني.

المقصد الأول: حكم الغلط وحالاته في القانون الوضعي

أولاً: في القانون الفرنسي:

يرى بعض شراح القانون الفرنسي من أصحاب النظرية التقليدية: أن الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد يمكن أن يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، وآخر يبطله

(١) انظر الحر العاملي في الوسائل ٥/ ٣٤٥، الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة... رقم الحديث ٢١.

بطلاناً نسبياً، وثالث لا يكون له أثر في صحة العقد بأي نحو من الأنحاء.

ويؤدي الغلط العام إلى انعدام الرضا بين أطراف التعاقد، بالنسبة إلى الصورة الأولى والتي سبق أن أسميناها بالغلط المانع^(١)، وإلى فسادة بالنسبة إلى صورته الثانية، بينما لا يؤثر هذا الغلط في صحة العقد بشيء من ذلك فساداً أو انعداماً بالنسبة إلى الصورة الأخيرة.

غير أن فقهاء آخرين من شراح القانون الفرنسي المحدثين، وجهوا إلى هذه الفكرة التي أطلق عليها بعدئذٍ بالنظرية التقليدية بعض الملاحظات السديدة التي أدت إلى سقوطها عن الاعتبار موضحين بأنه: «ما دام أن العبرة بالغلط هي كونه جوهرياً، فلا معنى لتصوير حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وأخرى لا يؤثر فيها، بل يلزم أن تهدم هذه القواعد الجامدة، ويزول الحاجز بين حالة وأخرى، ونستبدل معياراً بقاعدة، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، وذلك في جميع الحالات، ناظرين إلى كل حالة على حدة وفقاً لملاساتها وظروفها الخاصة^(٢)» وقد ساقوا لذلك بعض الأمثلة المتزعة من الواقع ومن ساحة القضاء.

ثانياً: في القوانين العربية:

وبهذه النظرية الأخيرة التي ذهب إليها بعض الشراح تأثرت بعض التقنيات الوضعية في البلاد العربية، حيث جاء النص صريحاً بتبني المعيار الذاتي المذكور.. تقول المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري - وهي في معرض بيان حكمها في الغلط كتيب من عيوب الإرادة - «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد» ثم تضيف الفقرة (١) من المادة (١٢١) قولها لتحديد طبيعة هذا الغلط

(١) انظر شرح عقد البيع، للدكتور عباس الصراف، ص ١٦٠.

(٢) الموجز في شرح القانون المدني العراقي، د. عبد المجيد الحكيم ١/ ١٤٠-١٤١.

الجوهري وبيان معياره: «يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط»^(١).. وواضح أن هذا النص أقام معياراً وضابطاً للغلط الذي يعيب الإرادة، وتجنب ذكر قاعدة معينة بهذا الصدد.. بيد أنه مع ذلك - بالرغم من وجود المعيار - لم يفته أن يشير بشكل خاص إلى بعض الحالات التي تجعل من الغلط جوهرياً ومؤثراً بقوله في المادة ١٢١ ف ٢: «ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

- أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبارات المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية.
- ب- إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات، أو هذه الصفة السبب الرئيسي (كذا) إلى التعاقد».

وبهذا يبدو أن الحالات المذكورة إنها جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فكل غلط جسيم إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، بحيث لو لاه لما أقدم صاحبه على إبرام العقد، يجوز فيه إبطال العقد والتحلل من آثاره.. سواء وقع ذلك الغلط في صفة جوهريّة للشيء أو في ذات التعاقد نفسه أو في صفة من صفاته الباعثة على التعاقد، وسواء وقع الغلط في أي وضع آخر فيه تأثير جوهري ومباشر على الشيء..

(١) وانظر ما يطابقها في المادة ١٢١ ف ١ من القانون المدني الليبي والمادة ١٢٢ ف ١ من القانون المدني السوري. كما أخذ بنفس الحكم فيما يظهر القانون الكويتي، بيد أنه التفت إلى ما في النص المصري من تزيّد وعدم دقة، فعمد إلى وضع معيار للغلط وحكمه وشروطه في مادة واحدة متماسكة، حيث صرح بقوله في المادة ١٤٧ ما يلي: «إذا وقع التعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد، بحيث إنه لو لا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضا، فإنه لا يجوز له طلب إبطال العقد، إذا كان التعاقد الآخر قد وقع معه في نفس الغلط بدون تأثير منه، كان من الممكن تداركه، أو علم بوقوعه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك».. ولكنه استثنى من هذا الحكم (الغلط في التبرعات) حيث أجاز فيه طلب الإبطال ولو دون مشاركة التعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله.

ولكن مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذا الحكم في طلب إبطال العقد لا يسري إذا لم يكن المتعاقد الآخر قد وقع بنفس الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه^(١)، فليس للأول الذي وقع بالغلط التمسك بحق إبطال العقد ما دام صاحبه في التعاقد لم يشاركه الغلط، أو لم يكن على علم به علماً حقيقياً أو مفترضاً حفاظاً على استقرار المعاملات.. وهذا ما جاء موضحاً أيضاً في النص الكويتي الآنف الذكر الوارد في المادة ١٤٧ بفقرتها الأولى منه.

ثالثاً: في القانون العراقي:

أما التقنيات الأخرى كالقانون المدني العراقي، فقد حاولت فيما يبدو التوفيق بين النظرية الحديثة التي تبناها القانون المدني المصري والقوانين المنبثقة عنه، وبين آراء بعض الفقهاء المسلمين.. حيث اعتبر هذا القانون - أي العراقي - العقد باطلاً إذا وقع الغلط في جنس الشيء المعقود عليه بأن اعتقد أحد الطرفين أن محل العقد من جنس معين في حين اعتقده الطرف الثاني من جنس آخر.. وهذا هو المقصود بالغلط المانع الذي سبق أن لاحظناه في النظرية التقليدية، والذي سنرى أنه فكرة إسلامية أيضاً.

ولكن هذا القانون في مقابل ذلك لم يعتبر العقد باطلاً، إذا اتحد الجنس وتختلف فيه وصف مرغوب، وإنما اعتبره عقداً موقوفاً على إجازة المالك.. ووضح أن هذا التصوير متأثر بالنظرية الحديثة المذكورة، وإن اختلف معها في طبيعة الجزاء، إذ اعتبرت النظرية العقد مع الغلط قابلاً للإبطال، في حين اعتبره القانون المدني العراقي غير نافذ وموقوفاً على إجازة المالك، وهو الشخص الواقع في الغلط.

تقول المادة ١١٧ ف/ ١ من هذا القانون ما يلي:

(١) المادة ١٢١ ف ١ من القانون المدني المصري.

«إذا وقع غلط في محل العقد، وكان مسمى ومشاراً إليه، فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف، فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه، وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة العاقد».. وقد ضرب على ذلك في نطاق الفقرة الثانية من نفس المادة بعض الأمثلة المتزعة من مجلة الأحكام العدلية والواردة في المادة ٣١٠ منها.. وذلك على غير ما هو متبع في النصوص التشريعية التي لا تميل إلى ضرب الأمثلة باعتبارها صناعة فقهية.

رابعاً: شروط «الغلط كعيب في الإرادة»

ومن كل ما مرّ يتضح أن الغلط كعيب في الإرادة لا يمكن ثبوته إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

١. أن يكون الغلط جسيماً وجوهرياً.. بحيث يكون هو الدافع الأساس على التعاقد.. ولولاه لما أقدم من وقع في الغلط على إبرام العقد مع الطرف الآخر.

وتقدير هذا الدافع يخضع عادة لأحد معيارين: معيار ذاتي.. نتحرى فيه النوازع الشخصية التي دفعت الشخص إلى التعاقد، وعلى أساسها يمكن تقويم العقد، أو معيار موضوعي يقاس فيه سلوك الشخص عند وقوع الغلط منه على السلوك النمطي للشخص العادي. ولعل هذا المعيار هو الأولى في الاتباع.

٢. المشاركة في الغلط Error Commune: لا يكفي أن يقع المتعاقد في غلط وأن يكون الغلط جوهرياً وجسيماً، وإنما لا بد فوق ذلك من مشاركة المتعاقد الآخر بهذا النحو من الغلط.. بحيث يكون قد وقع بنفس الغلط، أو كان - على الأقل - على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.. فمن يشتري سيارة باعتقاد أنها من صناعة سنته الحالية وشاركه البائع بنفس الاعتقاد، ثم يتبين لاحقاً أنها كانت من صناعة سنة سابقة، أي من (موديل) متقدم.. ففي هذه

الحالة يجوز للمشتري أن يطلب إبطال العقد دون أن يكون للبائع حق الاعتراض، لأنه كان بالفعل شريكاً له في الغلط.

على أننا لا ننكر بأنه قد يصعب اشتراط المشاركة في الغلط، إذا كان الغلط منصباً على شخص المتعاقد أو صفة جوهرية معه.. ففي هذه الحالة ونحوها لا يمكن أن يكون الغلط إلا فردياً^(١).

المقصد الثاني: حكم الغلط وحالاته في الفقه الإسلامي

مسألة (الغلط في العقد) التي عرض لها بعض فقهاء المذاهب الإسلامية، يمكن أن تتبلور عندهم إلى ثلاث حالات مختلفة، علماً بأن هذه الحالات والأحكام المتصلة بها لا تؤخذ من خلال (نظرية) معقودة وإنما من خلال مسائل وموضوعات متناثرة في شتى أبواب الفقه وبخاصة في باب الخيارات والبيع، وفي ركنية العقد وفساده، وإجارة الأشياء والأشخاص، وفي الشفعة ونحوها.

أما هذه الحالات التي نريد أن نشير إليها في هذا الصدد فيمكن إيجازها بما يلي:

١. حالة الغلط في الجنس، كما لو جرى الاتفاق بين طرفين على جنس معين ليكون محلاً للتعاقد، ولكنه لدى إنشاء العقد تبين أنه من جنس آخر، كما لو بيع (فص) على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، أو رهن شيء على أنه ذهب فبان أنه من فضة.. فهذه الأنماط من الحالات العقدية تعتبر في رأي بعض الفقهاء باطلة بطلاناً مطلقاً^(٢)؛ لأنها حسب بياناتهم ضرب من بيع المعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم، ولأن العقد قد ولد باطلاً فلا يلحقه الرضا. ومن الواضح أن هذا

(١) انظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج ١، ص ١٠٢٨.

(٢) ولكن ذهب فريق آخر من الفقهاء المسلمين فيما أشار الفقيه الزيلعي إلى اعتبار هذا النوع من العقود فاسداً لا باطلاً وهو اختيار الكرخي (انظر الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص ٤٦٠).

الحكم يتطابق مع الحكم الذي سبق أن عرضناه في موضوع (الغلط المانع) والذي ذهب إليه فريق من فقهاء القانون.

كما يرى هؤلاء الفقهاء أن هذا الحكم القاضي ببطالان العقد، يمكن أن يسري أيضًا إلى الغلط الواقع في الأشياء المتحدة في الجنس والمختلفة في الوصف اختلافًا فاحشًا لايسيرًا، كما لو باع دارًا على أنها مبنية من آجر، فتبين أنها مبنية من لبن.. ومن المعلوم مما مر أن القانون الوضعي في رأيه المذكور لا يجري مع الفقه الإسلامي في هذا الحكم المتعلق بهذه الصورة، وإنما اعتبر العقد صحيحًا ولكنه قابل للإبطال.

٢. حالة الغلط في وصف مرغوب فيه.. سواء كان هذا الوصف متعلقًا بمحل العقد أو بشخص المتعاقد الآخر، كما لو اشترى شخص كتابًا على أنه من الطبعة الفلانية فظهر أنه من طبعة أخرى، أو باعه فضاء على أنه ياقوت أحمر فظهر أنه أصفر. فالعقد يعتبر في مثل هذه الأمثلة ونحوها مما يكون فيه الغلط متعلقًا بوصف مرغوب فيه: عقدًا صحيحًا ونافذًا ولكنه قابل للرجوع والإبطال بموجب حق قيام الوصف الذي يستطيع المتعاقد استعماله.

وبهذا الحكم كما سبق أن لاحظنا أخذ القانون المدني العراقي في المادة ١١٧

منه.

٣. حالة الغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار. كما لو جرى التعاقد مثلاً بين مؤسسة تعليمية وجهة أخرى على استقدام أستاذ له اختصاص معين، فأرسل مكانه أستاذ آخر لا يحمل ذلك الاختصاص. فالعقد في مثل هذه الصورة ونحوها يعتبر فاسدًا حسب رأي بعض فقهاء الأحناف خلافًا لغيرهم ممن اعتبره عقدًا جائزًا.. يقول السرخسي صاحب المبسوط ج ١٣ ص ١٢: «ولو اشترى شخصًا على أنه عبد فإذا هو جارية، فالبيع فاسد عندنا، وقال زفر: جائز،

وللمشتري الخيار» وينحوه أفاد صاحب البدائع^(١) وهو من الأحناف أيضًا وإن لم ينص على أن العقد فاسد، وإنما قال إنه: «لا ينعقد».

وقريب من ذلك مثل صاحب المغني^(٢) - وإن لم ينطبق على موضوع الغلط - بمن يستأجر شخصًا معينًا لنسخ كتاب، فإنه لا يكلف إقامة غيره مقامه، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأخير، لأن الغرض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله من الناسخ.

ويمكن أن ينطبق الحكم المذكور على شخصية الشفيع وشخصية المرضعة التي تبحث في باب إرادة الظئر عادة^(٣).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٤٠.

(٢) ابن قدامة ٥/ ٤٢٢.

(٣) لاحظ تفصيل هذه المسائل في كل من مصادر الحق ٢/ ١٠٦-١١٢ للسنيهوري. والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٦٠-٤٦١. والموجز في شرح القانون المدني العراقي للدكتور عبد المجيد الحكيم ١/ ١٥٢-١٥٤. وانظر بصفة خاصة المراجع التي اعتمدها هذا الأخير كالمبسوط وبدائع الصنائع.

المطلب الثاني:

عنصر الإكراه

ماهية الإكراه وتحديد أنواعه:

الإكراه في الاصطلاح هو عبارة عن «ضغط يقع على إرادة شخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد بوجه غير مشروع»^(١).

والأصل أن الإكراه - كما سبقت الإشارة في بداية البحث عن عيوب الإرادة - ينحل إلى نوعين رئيسين:

١. الإكراه المادي: وهو أن يلجأ شخص إلى ممارسة فعل مدفوعاً بقوة مادية لا يستطيع دفعها، وهذه القوة قد يكون مصدرها إنسان أو حيوان أو فعل الطبيعة^(٢).

وهذا النوع من الإكراه يؤدي إلى انعدام الإرادة وتجريد صاحبها عن كامل حريته واختياره.. لذلك لا تترتب عليه أية مسؤولية قانونية، بصفة عامة، ولا يدخل بالتالي تحت موضوع عيوب الإرادة.

٢. الإكراه الأدبي: وهو أن يتعرض شخص للتهديد بإلحاق ضرر بالغ به يلجئه إلى

(١) ووضحه صاحب المحل ٨ / ٣٣٠ بقوله: «والإكراه هو كل ما سمي في اللغة إكراهاً بالحس أنه إكراه، كالوعيد بالقتل أو الوعيد بإفساد المال ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به».

(٢) أحمد بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، ص ٢٣٣.

ارتكاب خطيئة طمعاً بالنجاة^(١)، وهذا النوع من الإكراه يقتصر على جعل الإرادة معيبة ليس إلا، دون أن يعدم الرضا أو الاختيار ولكن يمكن أن تترتب عليه المسؤولية.

ومن أمثلته أن يجبر شخص امرأة على ارتكاب فاحشة تحت التهديد بقتلها، أو بكتابة سند لا يستحقه.

وهذا النوع هو الذي سنتف عنه باعتباره من عيوب الإرادة، وذلك في ضوء بعض التشريعات الوضعية والشرعية.

المقصود الأول: الإكراه في التقنيات الوضعية:

(أ) حكم الإكراه:

استقر الرأي في القانون الوضعي على اعتبار العقد الصادر عن إكراه كعيب في الإرادة عقداً صحيحاً ومنتجاً لآثاره ولكنه قابل للإبطال، فمن وقع من المتعاقدين تحت وطأة الإكراه دون وجه حق جاز له إبطال العقد أو طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه، وقد صرحت بهذا الحكم مختلف القوانين الوضعية السائدة بما في ذلك القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري المنبثق عنه في المواد ١١١١-١١١٥، والقانون المدني الكويتي في المادة ١٥٦ ف٢، والقانون المدني المصري في المادة ١٢٧ ف١، والمدني السوري في المادة ١٢٨ ف١ ونظائرها من النصوص.

(ب) شروط تحقق الإكراه:

ولكن يشترط لتحقيق الإكراه من حيث كونه عيباً في الإرادة توافر (أمرين) أو عنصريين أساسيين، هما: استعمال وسيلة فاعلة لتحقيق غرض غير مشروع، وحصول

(١) المصدر نفسه، ص ٢٣٣.

رهبة في نفس المتعاقد:

الشرط الأول: استعمال وسيلة فاعلة لتحقيق غرض مشروع:

يرتبط - كما يبدو - بتحقيق الإكراه وما قد يترتب عليه من بطلان التصرف بالغاية المستهدفة من عملية الإكراه، وليس بالوسيلة المستعملة فيه ..

فالغاية إذا كانت غير مشروعة أو صادرة عن غير وجه حق، فالإكراه يكون متحققاً ومنتجاً لآثاره، سواء كانت الوسيلة المستعملة فيه مشروعة أو غير مشروعة كمن يهدد شخصاً بالإبلاغ عن جريمة أو مخالفة مالية ارتكبها (الوسيلة مشروعة)، أو من يتوعد شخصاً بالقتل أو إتلاف ماله أو فصله عن العمل (الوسيلة غير مشروعة) إذا لم يوقع له عقداً بالتنازل عن بعض أمواله أو ممتلكاته دون وجه حق.

أما إذا كانت الغاية مشروعة فالإكراه لا يكون متحققاً وبالتالي يعتبر العقد صحيحاً وناظراً سواء كانت الوسيلة المستعملة مشروعة أو غير مشروعة أيضاً، كمن يهدد شخصاً شاركه في عملية غش (الوسيلة غير مشروعة) إذا لم يعوضه هذا أو ذاك عما فاتته من ضرر، أو إذا لم يؤمن حقاً له بسند مالي أو ضمان قانوني معين، ولكن ذلك بالطبع مشروط بأن لا يتجاوز المكره ما له من حقوق على الشخص المكره، وإلا كانت الغاية غير مشروعة وبالتالي يتحقق الإكراه. كما أن ذلك مشروط أيضاً بأن لا تكون الوسيلة غير المشروعة المستعملة لتحقيق غاية مشروعة: جريمة يعاقب عليها القانون كمن يهدد امرأة بالاغتصاب أو بالقتل، إذا لم تكتب له سنداً أو تبرم له عقداً يضمن ماله من حقوق مالية ثابتة .. فالعقد أو التعهد في مثل هذه الحالات يكون عقداً أو عهداً باطلاً لتحقيق عنصر الإكراه فيه.

ويبدو أن التبرير في تصحيح العمليات الواقعة تحت وطأة الإكراه بوسيلة غير مشروعة لتحقيق غاية مشروعة، يرجع إلى تطبيق القاعدة العرفية السائدة وهي أن (الغاية تبرر الوسيلة أو الوساطة) لذلك أجاز للمتضرر بناء على هذه القاعدة اقتضاء

حقه بنفسه في حالة امتناع الغاصب أو المنكر عن التسديد.

الشرط الثاني: حصول رهبة في نفس المتعاقد:

لا يكفي لتحقيق عنصر الإكراه أن يحصل تهديد أو وعيد بالخطر في نفس المتعاقد، وإنما لا بد أن تنشأ من وراء ذلك رهبة تستولي على النفس بحيث تحمله على التعاقد والامتنال للأمر الواقع، وهذا ما يمثل العنصر النفسي في الإكراه^(١).

على أن هذه الرهبة التي تستولي على النفس فتحمله على التعاقد هي مسألة تقديرية تخضع في الأصل لتقدير القاضي وفقاً لظروف كل شخص وحالته الوضعية. والمعروف أن الأشخاص بعضهم يختلف عن بعض في مدى ما يتركه التهديد في نفوسهم من خشية أو رهبة.. وذلك بحسب الجنس أو العمر أو المركز الاجتماعي أو بحسب المؤثرات الخارجية أو النفسية التي يمكن أن تحيط بالشخص.. تقول المادة ٣/١٥٦ من القانون المدني الكويتي: «ويراعى في تقدير قيام الرهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو الأنوثة، وسنه، وعلمه أو جهله، وصحته أو مرضه، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في مدى ما يترتب من خوف في نفسه»^(٢).

(ج) أحكام متعلقة بالشروط المذكورة:

١. لا يشترط لكي يتحقق الإكراه في الصور التي قلنا آنفاً بإمكانية تحقق الإكراه فيها: أن تكون الوسيلة المستعملة في ذلك هي بفعل المتعاقد نفسه، وإنما يجوز أن تكون بفعل نائبه أو أحد أتباعه أو حواشييه أو حتى بفعل أي واحد ينشأ العقد

(١) انظر محاضرات في القانون المدني العراقي للدكتور حسن الدنون، ص ٤٢، مشيراً إلى أن أغلب القوانين الحديثة قد أخذت بتحديد هذا العنصر النفسي كالقوانين العراقية والمصرية والسورية مضافاً إلى الألمانية والسويسرية.

(٢) وانظر بهذا المعنى المادة ٣/١٢٧ من القانون المدني المصري، والمادة ٣/١٢٨ من المدني السوري، والمادة ١١٤ من القانون المدني العراقي.

لمصلحته، فالإكراه من حيث هو عيب في الإرادة يكون مفسداً للرضا سواء صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير، ولكن يشترط في هذا الإكراه الصادر عن الغير أن يكون المتعاقد الآخر أيضاً على علم أو من المفروض حتماً أن يكون على علم به، وإلا فلا أثر لذلك على صحة العقد ونفاذه^(١) فإذا أراد من وقع عليه الإكراه أن يطلب إبطال العقد بحجة وجود الإكراه جاز للمتعاقد الآخر حسن النية أن يطالبه بالتعويض - وخير تعويض يمكن أن يصار إليه في هذه الحالة هو استبقاء العقد صحيحاً وناظراً، وهذا ما صرحت به فعلاً بعض القوانين الوضعية ومن بينها قانون الالتزامات السويسري في المادة ٢٩ منه^(٢).

٢. كما لا يشترط من جهة ثانية لكي يتحقق الإكراه وما يترتب عليه من إمكانية إبطال العقد: أن يلحق التهديد بالخطر الشخص المتعاقد نفسه الذي استولت عليه الرهبة، وإنما يمكن كذلك أن يلحق هذا التهديد أي شخص آخر تربطه به وشائج القربى أو مشاعر المحبة^(٣).

٣. وهكذا لا يشترط من جهة ثالثة: أن يقع التهديد على النفس ذاتها وإنما يمكن أن يتناول هذا التهديد أو الوعيد المال أو العرض أو الشرف أو أيّاً من المجالات أو الاعتبارات الأخرى التي تؤثر على الشخص فتحمله على التعاقد .. وبهذا صرحت بعض القوانين الوضعية: «تعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد إذا وجهت وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدهده أو يتصور أنه يتهدهده هو أو أحداً من الغير في النفس أو العرض أو الشرف أو المال»^(٤).

(١) انظر المادة ١٥٧/١-٢ من القانون المدني الكويتي والمادة ١٢٨ من القانون المدني المصري.

(٢) انظر السنهاوري، الوسيط ٣٨١/١ الهامش.

(٣) لاحظ المادة ١١٢/٣ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٥٦/٢ من القانون الكويتي وسواهما.

(٤) المادة ١٥٦/٢ من القانون الكويتي، ولاحظ المادة ١٢٨/٢ من القانون المصري والقوانين المنبثقة عنه، والمادة ١١٢/٣ من القانون المدني العراقي والمادة ١٣٧ من القانون الأردني.

المقصد الثاني: الإكراه في الفقه الإسلامي:

الإكراه المعتبر شرعاً^(١): «هو حمل الغير على إيجاد ما يكره إيجاداً مع التهديد على تركه بإيقاع ما يضر بنفسه أو ما يجري مجرى نفسه: نفساً أو عرضاً أو ماله^(٢)» وعني الفقهاء المسلمون بموضوع الإكراه كعنصر من عناصر التأثير على الإرادة بشكل جعل بعضهم يفرد لأحكام الإكراه كتاباً مستقلاً في نطاق الفقه، جمع فيه كل ما يتصل بالإكراه من مسائل متناثرة، وهذا ما لوحظ بوجه خاص في منهجية الأحناف التي أشار إليها الكثيرون، وكذلك في منهجية صاحب (المحلى) من الظاهرية الذي وضع للإكراه كتاباً خاصاً استهله بتقسيم الإكراه إلى إكراه (بالقول) وآخر (بالفعل). وحكم بالنسبة إلى القسم الأول أن الإكراه لا يلزم صاحبه ما دام لم ينو مختاراً له، في حين فرق بالنسبة إلى القسم الثاني بين ما تبيحه الضرورة فأجازته دون أن يترتب عليه شيء، وبين ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجراح وإفساد المال فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان^(٣)..

(أ) حكم الإكراه:

يفرق البعض من الفقهاء المسلمين - وبوجه خاص فقهاء الأحناف كما ألمحنا إلى ذلك من قبل - بين نوعين من الإكراه:

١. إكراه ملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

(١) لاحظ كذلك المادة ١٢٨/٢ من القانون المدني الأردني.

(٢) وعرفه الإمام الشافعي في الأم ٣/ ٢٤٠: «أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء»، ولخص شيخنا الحنفية في كتابه «أحكام المعاملات الشرعية»، ص ٣٤٤ المراد بالإكراه بأنه: «إجبار شخص على أن يعمل عملاً غير واجب عليه شرعاً» واستقى القانون الإماراتي هذا التعريف من مظانّه الشرعية حيث عرفه في المادة ١٧٦ بأنه «إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه».

(٣) ابن حزم: ٣٢٩/٨ - ٣٣٠.

٢. وإكراه غير ملجئ لعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار.

ويرجع هذا التمييز بين النوعين من حيث الحكم إلى نوعية الخطر الذي يتهدد الطرف المكره، فإذا كان هذا الخطر من الجسامة بحيث يمكن أن يؤدي إلى إتلاف المال، أو إزهاق روح أو تعطيل عضو من الإنسان عن أداء وظيفته، فالإكراه يكون ملجئاً وبالتالي يكون مؤثراً على الإرادة والاختيار معاً.. أما إذا كان الخطر ليس بهذه المثابة من الجسامة، كوضع بعض القيود على حرية الإنسان أو إتلاف مال زهيد، فالإكراه يكون غير ملجئ وبالتالي لا يؤدي إلى إفساد الاختيار، وإن أدى إلى انعدام الرضا..

وقد تأثر بهذا الرأي في كل من ما ينطوي عليه من أحكام وشروط، كل من مجلة الأحكام العدلية التي صاغت هذه الفكرة في المادة (٩٤٩)، ومرشد الحيران في المادة (١٨٦)، وكذلك القانون المدني الأردني في المادة (١٣٦) منه، وقانون المعاملات المالية الإماراتي في المواد ١٧٦-١٧٩، والقانون المدني العراقي في المادة (١١٢ ف ٢) الذي أورد نفس النصوص المذكورة في المجلة بقوله - بعد أن أتى على تعريف الإكراه-: «ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كإتلاف نفس أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال، ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس ..».

بيد أنه من الواضح أن فائدة هذا التقسيم للإكراه لا تظهر إلا في نطاق التصرفات الفعلية كما لاحظنا مثل التهديد بالقتل أو الإتلاف لمال أو التعطيل لعضو، وهذا لا صلة له بموضوعنا الذي خصصناه لنظرية العقد.. وحدها.

أما ما يقع من ذلك في نطاق التصرفات القولية فيستوي الحكم فيها، دون ما فرق بين نوع وآخر من أنواع الإكراه، حيث تعتبر العقود القائمة على هذه التصرفات باطلة وغير منتجة لآثارها، وذلك في رأي جمهور الفقهاء، بمن فيهم فقهاء الأحناف

أنفسهم، حيث صرح صاحب البدائع^(١) بقوله: «يستوي أيضًا في باب البيع والشراء الإكراه التام والناقص لأن كل ذلك يفوت الرضا».. ويقصد بالإكراه التام: الإكراه الملجئ، وبالناقص غير الملجئ.

وعليه لا نرى أن القانون المدني العراقي كان موفقًا في التمييز بين نوعي الإكراه المذكورين في الوقت الذي نص فيه على عدم نفاذ العقد الناشئ عن الإكراه فيها جميعًا^(٢) بل يمكن الإفادة من تقسيمه المذكور لو كان يعرض لموضوع التصرفات الفعلية وليس العقدية.

وعلى صعيد آخر فرق بعض آخر من الفقهاء بين الإكراه الذي يرفع العقد أصلاً كالسكران والغافل، فلا يؤثر فيه الرضا اللاحق، وبين الإكراه الذي يبقى العقد قائماً فيمكن للرضا أن يؤثر فيه إذا كان تالياً له^(٣).

(ب) شروط الإكراه:

وضع الفقهاء لتحقيق الإكراه كعيب من عيوب الإرادة عددًا من الشروط الجوهرية التي أتت على ذكرها بعض التقنيات الشرعية الإسلامية وبعض شراحها^(٤)، وهي تلتقي في جملتها مع الشروط التي سبق أن أشرنا إليها كراي

(١) الكاساني: ١٧٥/٧.

(٢) لاحظ المادة ١١٥ من القانون المذكور التي تنص على ما يلي: «من أكره إكراهًا معتبرًا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده» ومنه يتضح أن العقد يصير موقوفًا سواء كان الإكراه ملجئًا أو غير ملجئ..

(٣) العاملي، شرح اللمعة الدمشقية ٢٢٧/٣.

(٤) انظر في ذلك المواد ١٠٠٣-١٠٠٥ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها للأستاذ منير القاضي ص ٩٣.. وانظر تفاصيل آراء فقهاء المذهب حول هذه المسألة في كتاب التراضي في المبادلات المالية للدرييني، ص ٣٦٣-٣٦٦، وتظهر هذه الشروط واضحة مما نص عليه صاحب شرائع الإسلام من الإمامية ٧/٣ بقوله: «ولا يتحقق الإكراه ما لم تكمل أمور ثلاثة: كون المكره قادرًا على فعل ما توعد به وغلبة الظن بأنه يفعل ذلك مع امتناع المكره، وأن يكون ما توعد به =

للقانون، ونحن نوجزها بما يلي:

١. قدرة الشخص المكره على تنفيذ ما توعد أو هدد به، فالذي يهدد بشيء ولا يكون قادرًا على فعله لا يعتبر تهديدًا مؤثرًا على الإرادة، كمن يهدد شخصًا بالحبس أو بالضرب وهو غير قادر على فعل ذلك.
 ٢. استيلاء الرهبة على نفس المكره .. بحيث يغلب على ظنه أن المكره كان جادًا في تحقيق ما هدد به في حالة امتناعه،
 ٣. الاعتقاد بأن قيام المكره على تنفيذ ما هو مطلوب منه كان تحت عامل الإكراه وحده، بحيث يفترض أنه لولا وقوع هذا الإكراه عليه لامتنع عن تنفيذ ما هدد به.
 ٤. عدم مشروعية الأمر المطلوب تنفيذه، وإلا فلا يتحقق الإكراه كعيب في الإرادة، كمن يكره زوجته على إطاعة أوامره المشروعة، أو من يكره شخصًا على تسديد ما بذمته من حقوق^(١).
- وأضاف البعض الآخر إلى هذه الشروط شرطًا خامسًا هو:
٥. أن يكون ما هدد به من أذى مما يشق على المكره احتماله على الأقل، فإن كان مما يحتمله المكره ولا يبالي به عادة لم يتحقق كذلك إجبار^(٢).

مضرًا بالمكره في خاصة نفسه، أو من يجري مجرى نفسه كالأب والولد، سواء كان الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتاً أو ضرباً، وأضاف قوله: «ويختلف - أي الإكراه - بحسب منازل الإهانة ولا يتحقق الإكراه مع الضرر اليسير».

- (١) ومن بين الأمثلة الأخرى التي ضربها الفقهاء بهذا الصدد، باعتبارها إكراهاً لا يعتد به، لأنه يؤدي إلى غرض مشروع: ما لو أجبر القاضي صاحب الديون المستغرقة على بيع ماله للغرماء، أو أجبر من عليه الخراج على بيع ماله لأداء الخراج (انظر مصادر الحق ٢/ ١٩٤).
- (٢) انظر: الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٤٤.

المطلب الثالث:

التدليس أو التغيرير المقترن بالغبن

تمهيد:

تتفق غالبية التقنيات الوضعية المعاصرة على جعل التدليس عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة كما هو الحال بالنسبة إلى عنصري الغلط والإكراه المتقدم بيانهما، فالتدليس يكفي وحده سبباً لإبطال العقد طالما كان هو الدافع إلى التعاقد، ولكن بعض التقنيات الأخرى كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المالية الإماراتي ألزمت أن يكون التدليس (أو التغيرير) مقترناً بالغبن، ليكونامعاً- إذا اجتمعاً- عيباً في الإرادة، فالتغيرير إذا لم ينشأ عنه غبن، أو الغبن إذا لم ينشأ عن تغيرير فلا نكون بصدد عيب في الإرادة، وذلك تبعاً للفقهاء الإسلاميين في بعض اتجاهاته.

ولكن مع ملاحظة أن الغبن الفاحش يمكن، في بعض الحالات، أن يؤدي- على سبيل الاستثناء- إلى فسخ العقد وإن لم يكن ناشئاً عن تغيرير.. وذلك بالنسبة إلى مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة.. (المادة ١٤٩ أردني)، (المادة ١٩١ إماراتي).

وقبل أن نعرض لشرائط وحكم هذا التدليس علينا أن نعرض لبيان ماهيته وماهية المصطلحات الملازمة له:

مصطلحات قانونية وشرعية:

أ) التدليس والتغريب:

التدليس هو نوع من الخديعة التي تؤدي إلى وقوع المتعاقد في وهم أو غلط يحمله على التعاقد، بحيث تعطيه انطباعاً واعتقاداً بأنه قد أخذ الشيء بقيمته أو صفته الحقيقية مع أنه ليس كذلك.

كما لو أوهم شخص شخصاً آخر يريد استئجار منزل - بموجب ما عرض له من مخططات - أن هذا المنزل يقع في منطقة معمورة تتوافر فيها سائر الخدمات والمنافع العامة من ماء وإنارة وهاتف وطرق معبّدة، ونحوها، مع أنه ليس كذلك.

ولا يختلف التغريب عن التدليس في معناه الاصطلاحي المذكور وإن اختلف بعض الشيء في المدلول اللغوي لو تحريّنا الدقة اللفظية، فالتغريب كالتدليس هو عبارة عن نوع من الخديعة أو التضليل الذي يوقع المتعاقد في وهم يدفعه إلى التعاقد، ولذا أسمى بعض فقهاء الإمامية والشافعية والحنابلة حق الخيار فيه بخيار التدليس^(١).

ب) الخداع:

استبدل قانون الموجبات والعقود اللبناني مصطلح التدليس أو التغريب الواردين في بعض القوانين العربية بمصطلح (الخداع) ترجمة لكلمة (LEDOL) الواردة في القانون الفرنسي.. باعتباره هو الأصل للقانون اللبناني.

إلا أن بعض الباحثين فرّق في المدلول بين المصطلحين فجعل التدليس دالاً على الكتمان، في حين جعل الخداع دالاً على الإيهام والتضليل.. والكتمان هو أحد طرق

(١) انظر: شرح اللعة الدمشقية للعالمي ٣/ ٥٠٠. نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٧٣، والشرح الكبير على متن المغني (المغني ٤/ ٨٠).

التدليس وحالة من حالاته^(١).

ج) الخلافة:

وفي مقابل ذلك كله استعمل بعض الفقهاء المسلمين مصطلح (الخلافة) بدلاً من المصطلحات المذكورة لتمثيلها في الحكم وتجانسها في المعنى.. وذلك تأثراً بما ورد بهذا الشأن في بعض الأحاديث الشريفة.. مثل قوله ﷺ: «بيع المحفلات خلافة» و «لا تحمل الخلافة لمسلم». ومثل قوله ﷺ: «إذا اشتريت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام» أي لا تدليس.

وعليه يمكن أن نعتبر المصطلحات المذكورة جميعها مسميات متعددة لمفهوم واحد.. ذلك هو التضليل أو التمويه الذي يؤدي إلى إيقاع الشخص في غلط أو وهم يدفعه إلى التعاقد.

د) الغلط والتدليس:

ثم إنه بالنظر لما بين (التدليس) في تعريفه المذكور وبين (الغلط) من تداخل، باعتبار أن الغلط كما لاحظناه في هذا التعريف هو من نتائج التدليس وأثر من آثاره، فقد ذهب أصحاب النظرية الحديثة في الغلط السابق ذكرها إلى القول بإمكانية الاستغناء عن التدليس كعيب في الإرادة والاكتفاء بنظرية الغلط، من حيث إن كل ما يبطل من العقود بالتدليس يمكن إبطاله للغلط أيضاً، خلافاً لرأي بعض أصحاب النظرية التقليدية في الغلط^(٢).

ولعله لهذا السبب أغفلت بعض القوانين المدنية الحديثة كالقانون النمساوي والبرتغالي اعتبار التدليس من جملة عيوب الإرادة، ولأجل هذا كان من المفروض

(١) شرح القانون المدني الجزائري، ص ٦٩ الهامش.

(٢) انظر: الوسيط للسنيهوري ١/ ٣٥٧-٣٥٨.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

أيضاً. على القوانين الأخرى التي تتبنى النظرية الحديثة في الغلط كالقانون المدني المصري ونظائره أن تغفل البحث في التدليس كعيب من عيوب الإرادة إلى جانب عنصر الغلط.

وبالنظر للتجانس الذي لاحظناه بين مصطلحي التدليس والتغريب، ثم بالنظر للتقارب الحاصل في شرائط كل منهما لدى فقهاء القانون والتشريع الإسلامي، رأينا أن نوحّد الحديث في أحكامهما وفي شروطهما ضمن مقصدين مستقلين، ثم نعقبهما بمقصد ثالث يتعلق بعنصر (الغبن) باعتباره من لوازم التدليس في فقه الشريعة. وعليه فالموضوع سوف ينعقد في ثلاثة مقاصد على النحو التالي:

المقصد الأول: حكم التدليس أو جزاؤه:

استقرّ الرأي في بعض القوانين الوضعية على اعتبار العقد الصادر عن تدليس عقداً صحيحاً منتجاً لآثاره، ولكنه قابل للإبطال.. فمن وقع من المتعاقدين تحت وطأة التدليس أو التغريب جاز له طلب إبطال العقد كجزاء عن الفعل كما هو الشأن في عيوب الإرادة الأخرى.

ويلزم لذلك أن تكون الحيل التدليسية قد صدرت من المتعاقد الآخر نفسه أو على الأقل من نائبه أو أحد أتباعه أو نحو ذلك، أما إذا صدرت هذه الحيل من الغير، فلا يصح - كما يبدو من بعض فقهاء القانون - التمسك بها إلا إذا كان المتعاقد الآخر لدى إبرام العقد قد علم بدوره بتلك الحيل أو كان باستطاعته - على الأقل - أن يعلم بها، وهذا بحسب رأي جملة من القوانين الوضعية^(١) خلافاً لرأينا كما سنراه.

(١) انظر في ذلك المادة ١٥٣ من القانون الكويتي، والمادتين ١٤٦، ١٤٨ من القانون الأردني، والمادتين ١٢٥، ١٢٦ من القانون المصري، وما يناظرها من المواد ١٢٣ عراقي، ١٢٦ سوري، والمادة ٥٢ من القانون المغربي، والمادة ٥٦ من القانون التونسي، والمادتين ٢٠٨-٢٠٩ من

أما بالنسبة لعبء الإثبات في وجود التدليس فيقع على عاتق صاحب الحق في إبطال العقد وهو المدلس عليه، ويستطيع إثبات ذلك بكل ما لديه من سبل الإثبات المتاحة.. بما في ذلك البيّنات والقرائن.

أما الرأي في الفقه الإسلامي فيميل إلى إعطاء المدلس عليه حق الخيار بين الرد أو الفسخ، وبين الإمساك، بلا حق في طلب الأرش. وهذا ما صرح به فعلاً قسم من الفقهاء مع بعض الضوابط^(١)، كما أفادت به بعض المصادر الفقهية الحديثة اعتماداً على جانب من فقه المذاهب^(٢).

المقصد الثاني: شرائط التدليس أو التخريف:

ينص القانون المدني المصري في المادة ١٢٥ والقوانين المستمدة منه على ما يلي:

١. يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.
٢. ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

وقريباً من ذلك نص كل من القانون المدني العراقي ١٢١، ١٢٣، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٢٠٨، كما نص بهذا النحو القانون المدني الفرنسي في المادة ١١١٦ بقوله: «التدليس موجب لبطلان العقد إذا كانت الحيل مستعملة من أحد المتعاقدين بحيث يكون من الواضح أنه لولاها لما رضي المتعاقد الآخر».

القانون اللبناني.

(١) العاملي، شرح اللمعة الدمشقية ٣/ ٥٠١.

(٢) المادة ٤١٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل.

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

وفي ضوء هذه النصوص ونحوها، يمكن أن نستخلص للتدليس أو التغيرير الشرائط الثلاثة التالية:

- استعمال طرق احتيالية.
- صدور التدليس من أحد المتعاقدين أو نائبه.
- كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

ولكننا إذ نرى - تبعًا لبعض الاتجاهات الفقهية الإسلامية والقانونية - أنه لا فرق في صدور التدليس أن يكون صادرًا من أحد المتعاقدين أو من غيرهما لجعله عيبًا في الإرادة، فلا تظل حينئذ فائدة أو أهمية لجعل التدليس الصادر من أحد المتعاقدين شرطًا لتحقيق موضوع التدليس. غير أنه يمكن استبدال هذا الشرط بشرط آخر وهو وجود (غرض غير مشروع) فمن المعلوم أنه إذا كان الغرض من وراء عملية التدليس مشروعًا فلا يتحقق التدليس كعيب في الإرادة. وعليه تظل الشروط اللازمة توفرها في تحقق التدليس شروطًا ثلاثة يمكن استخلاصها من النصوص القانونية ومن بعض التصريحات الفقهية^(١) بما في ذلك شرط «عدم مشروعية الغرض» وسنبحثها تباعًا على النحو التالي:

١. استعمال طرق احتيالية.
٢. غرض غير مشروع.
٣. كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

(١) انظر في ذلك: القواعد لابن رجب (القاعدة ٣٣) والبداية للكاظمي ٢٢٣/٥-٢٢٤، والمغني لابن قدامة ١٠٢/٤-١٠٣، وبداية المجتهد للقرطبي ١٤٥/٢-١٤٦، والمحلى لابن حزم ٤١٨/٨، مضافًا إلى نظرية الالتزام للعطار، ص ١٦٨، الذي أشار إلى مصادر أخرى مستفيدة منها بعض الشروط المذكورة.

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية:

لا بد لكي يتحقق التدليس كعيب من عيوب الإرادة من استعمال إحدى الطرق الاحتيالية، وهذه الطرق قد تكون على شكل بيانات مجردة كاذبة، وهي التي تسمى اصطلاحاً (بالتغريب القولي)، أو على شكل أعمال مادية وهي المسماة (بالتغريب الفعلي)، كما يمكن أن تكون على شكل تدليس سلبي يتمثل بالكتبان، والأمثلة على ذلك كثيرة تزرعها حياتنا العملية^(١).

ومن هذه الأمثلة التي تنطبق على الصورة الأولى - وهي (التغريب القولي) - ما لو قدم طالب للتوظيف في دائرة معينة معلومات كاذبة عن حقيقة مؤهلاته لشغل هذه الوظيفة، وما لو سجل طالب التأمين على الحياة بيانات كاذبة عن حالته الصحية مما يمكن أن يزيد أو ينقص في تبعات شركة التأمين.. ومن هذا القبيل أيضاً ما يقدمه المتعامل في بعض (بيوع الأمانة) كالتولية والوضيعة والمراوحة والمشاركة^(٢) من بيانات كاذبة عن حقيقة كلفة السلعة فيها، علماً بأن هذه البيوع تقوم أساساً على صحة البيانات التي يقدمها صاحب السلعة.

أما من بين الأمثلة التي تنطبق على الصورة الثانية وهي: «التغريب الفعلي» أو التدليس المادي المقترن بتصرفات خارجية: ما لو أقدم المتعاقد على تزوير بعض المستندات أو الوثائق لحمل الطرف الآخر على الارتباط بعقد على النحو الذي يريده المدلس، ومثله ما لو لجأ مالك السيارة إلى طلائها لغرض إخفاء ما بها من عيوب أو صدمات تؤثر على قيمتها السوقية..

(١) كما تزرعها كتب الحديث التي تصف بعض الروايات بالتدليس، والتي تقسم التدليس إلى تدليس في الإسناد، وتدليس في الشيوخ. انظر: دلائل الصدق / المظفر، ج ١ ص ٥٣-٥٦ متناً وهامشاً.

(٢) انظر في مدلولات هذه المصطلحات التي لا نريد الخوض فيها: كلاً من المغني لابن قدامة ٨٩/٤-٩٠، ويدائع الصنائع للكاساني ٢٢٥/٥-٢٢٦، وشرح اللمعة الدمشقية للعالمى ٤٢٨/٣-٤٣٦.

ومن المسائل السارية في الكتب الفقهية والتي تنطبق على الصورة المذكورة مسألة تصرية الناقة أو الشاة: أي ربط ضرعها ليبين مملكتها أو حافلاً باللبن، مما يوحي بارتفاع قيمتها. ومسألة المحسنات التي تجري للجارية لغرض تضليل الراغب فيها عن واقعها الجمالي.

كذلك فإن للتدليس السلبي المتمثل بالكتمان أمثلة تزخر بها الحياة العملية، ومن ذلك كتمان القرار الصادر بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة تسهلاً لأمر بيعه، أو كتمان صدور الحكم بالحجر على مفلس لغرض تسهيل بيع صفقة يشترك بها الغرماء، وقد حرص القانون الوضعي في النص المذكور آنفاً على بيان هذه الصورة بقوله: "يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة".

الشرط الثاني: غرض غير مشروع:

لا يكفي لاعتبار التدليس عيباً في الإرادة مجرد اللجوء إلى طريقة من الطرق الاحتيالية التي مَرَّ بيانها وإنما لا بد أن يصدر ذلك عن غرض غير مشروع يهدف إلى تحقيقه المدلس.

وتنحى إنما اعتبرنا ذلك شرطاً من شروط تحقق التدليس خلافاً لبعض فقهاء القانون، فلأننا نرى أن الشروط الأخرى بما فيها الشرط الأول لا تغني عن شرطية الغرض غير المشروع أو ما نسميه بالعنصر المعنوي، فقد تتوافر الطريقة الاحتيالية في عقد ولا تتوافر معها نية التضليل والتمويه لدى المتعاقد، كما قد يكون ذلك في نفس الوقت هو الدافع إلى التعاقد، ولكن مع ذلك يمكن أن يظل العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره طالما كان الغرض من وراء هذه العملية مشروعاً، كالدائن يلجأ إلى خديعة مدينه المنكر أو المماطل لغرض حمله على التعاقد ضماناً لحق ثابت للدائن عليه، أو كالمودع يستعمل طرقاً احتيالية لاسترداد وديعة له عند شخص غير أمين.

وهذا الشرط وإن لم يرد بشأنه نص صريح بيد أننا استظهرناه من بعض النصوص، مضافاً إلى انطباق القواعد العامة عليه، وفضلاً عن تأييد بعض فقهاء القانون لذلك^(١).

الشرط الثالث: كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

بالإضافة إلى ذلك، فإن التدليس في العقد لا يعتبر متحققاً وبالتالي قابلاً لإبطال التعاقد إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، بحيث إن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بالواقعة أو الملائسة التي أدت إليه، فالتدليس أيًا كانت طبيعته أو حجمه لا عبء به إذا لم يكن هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد.

على أن اعتبار هذا التدليس هو الدافع أو غير الدافع إلى التعاقد، وبيان مدى تأثيره وجسامته، أمر يرجع تقديره إلى قاضي الموضوع، الذي يستعين بحالة المتعاقد النفسية وبطبيعة الظروف والملايسات التي تحيط به..

هذا ويمكن وصف التدليس الدافع إلى التعاقد (بالتدليس الأصلي)، في حين يمكن وصف التدليس الأخير الذي لا يدفع إلى التعاقد (بالتدليس العارض) كمن يبرز عقود إيجار صورية ليوهم الراغب في شراء عقار أن ريع هذا العقار مرتفع.. فيدفع فيه ثمنًا مرتفعًا. فهذا النحو من التدليس لا يؤثر في العقد بالبطلان لأنه لا يعتبر السبب الرئيس والأصلي للتعاقد وإن قيل بإلزام المدلس بالتعويض إذا ما تسبب في إلحاق إضرار بالمدلس عليه.

ويمكن أن يستفاد هذا الحكم من معظم التشريعات الوضعية كالقانون المدني الفرنسي (المادة ١١١٦) والقانون المدني المصري (المادة ١٢٥) والقوانين المستمدة

(١) انظر شرح القانون المدني السوري للدكتور الزرقا، ص ٩٤، وانظر شرح القانون المدني المصري للدكتور مرقس، ١٦٥، الذي اعتبر الشرط المذكور (عنصرًا معنويًا) لا بد من توافره لتحقيق التدليس قبلاً للعنصر المادي.

منه، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ٢٠٨)، والتونسي (المادة ٥٦) والمغربي (المادة ٥٢). ولعل هذه القوانين الثلاثة الأخيرة كانت أكثر وضوحًا حيث نصت على أن حق المدلس عليه في (التدليس العارض) يقتصر على التعويض^(١).

التدليس الصادر من الغير:

اشتطت بعض القوانين الوضعية وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي (المادة ١١١٦) لتحقيق التدليس كعيب من عيوب الإرادة أن تكون وسيلة التدليس صادرة من أحد أطراف التعاقد، إذ لا عبرة عندهم بالتدليس الصادر من شخص ثالث ليس طرفًا في العقد، خلافًا لما لاحظناه في موضوع الإكراه الذي لم يفرق بين صدوره من المتعاقد أو غيره للإخلال بالإرادة. لكننا لا نرى أن هناك مبررًا مقبولًا للتفرقة في حكم التدليس المذكور، فالتدليس يعيب الرضا سواء صدر ممن له علاقة مباشرة بالعقد أو ممن ليست له مثل هذه العلاقة، ولهذا أبعدا أنفًا من (شروط التدليس): أن يكون التدليس صادرًا من أحد المتعاقدين دون غيره.

ومن هنا حاولت بعض التقنينات الأخرى ومن بينها بعض التقنينات العربية أن تسدّ النقص المذكور، فنصت على عدم الفرق بين الوسيلة التدليسية الصادرة من أحد المتعاقدين أو تلك الصادرة من غيرهما، ولكنها في ذات الوقت شرطت أن يثبت المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا التدليس، وهذا ما صرحت به المادة ١٢٦ من القانون المدني المصري والقوانين المنبثقة عنه، كما صرحت بنحوه المادة ٢٠٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١٢٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٥٣ من القانون المدني الكويتي.. وهذه القوانين الأخيرة قد تأثرت فيما يبدو ببعض آراء الفقهاء الفرنسيين أمثال بودري وبارد الذين صرحوا^(٢) بأن التدليس إذا كان صادرًا من الغير وكان المتعاقد الآخر

(١) انظر: شرح القانون المدني الجزائري، للدكتور سوار، ص ٧٣.

(٢) مصادر الالتزام للدكتور الحكيم ١/ ١٦٠.

يعلم به أو كان في استطاعته أن يعلم به ولو لم يعلم به فعلاً، فإن ذلك يكفي لاعتبار الآخر مشتركاً فيه.

بيد أننا نرى أنه لا داعي لتلك القيود أيضاً في التدليس الصادر من الغير، فالخيل التدليسية على نحو العموم، أي سواء كانت صادرة من أحد المتعاقدين ضد الآخر أو من طرف أجنبي ثالث، لا بد أن تؤثر على العقد بالخلل، بناء على ما يسببه ذلك من ضرر وضيق بالنسبة للمدلس عليه وإن لم يكن المتعاقد الآخر على علم بما صدر عن الغير، وبناء على أن التدليس مما يعيب الإرادة في الأصل وهذا الرأي منبثق مما جاء في بعض الاتجاهات الفقهية^(١).

المقصد الثالث: الغبن الناشئ عن تدليس في الفقه الإسلامي:

يعرف بعض الفقهاء المسلمين الغبن بأنه عبارة عن «تملك مال أو تملكه بما يزيد على قيمته» أي بنحو يحصل فيه اختلال التعادل بين ما يأخذه الإنسان وما يعطيه، فهو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطى من حيث القيمة السوقية، ومغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ^(٢).

والغبن بهذا المعنى يمكن أن يتسع لصورتَي الغبن الفاحش والغبن اليسير، ذلك أن اختلال التعادل مثلما يحصل في الغبن الفاحش يمكن أن يحصل في الغبن اليسير أيضاً. ولكننا نرى أن الغبن باعتباره عيباً في الإرادة لا ينطبق إلا على صورة الغبن الفاحش، لذلك نفضل أن نضع للغبن تعريفاً آخر، وهو:

«اختلال التعادل بصورة باهظة بين الالتزامات المتقابلة» أو بين ما يأخذه

(١) انظر: نظرية الالتزام للعطار، ص ١٦٨.

(٢) انظر: شرح القانون المدني العراقي، للدكتور الذنون، ص ٥٣.

الإنسان وما يعطيه.

والمعروف أن الغبن اليسير أمر قد لا يسع الناس تحنبه في المعاملات، كمن يبيع سلعة قيمتها مائة ريال بمائة ريال وريال واحد، أو بتسعة وتسعين، حيث أجمع الفقهاء بصحة هذا النحو من التصرفات باعتبار أن اختلال التعادل فيها - حتى لو اعتبرناه غبنًا - فإنه سهل الاحتمال، ولهذا جرى التسامح فيه حتى لو نشأ عن تدليس.

أما الغبن في صورته الثانية وهو المسمى بالغبن الفاحش، كمن يبيع سلعة قيمتها ألف ريال بألف وخمسمائة أو بخمسمائة فقط، فقد ذهب جمع من الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية وبعض الأحناف^(١) إلى القول ببطالانه أو طلب التعويض ولكنهم اشترطوا أن يكون ناشئًا عن تدليس. على أنه ليس هناك من معيار ثابت ومتفق عليه بين هؤلاء الفقهاء بصدد تحديد مقدار الغبن ليسمى غبنًا فاحشًا، حيث ذهب البعض وكذلك مجلة الأحكام العدلية إلى تحديده بنسب مختلفة تتراوح بين الثلث وربع العشر (٥، ٢٠٪) فإذا زاد الثمن على هذا الحد أو نقص عنه فقد تحقق الغبن. في حين ذهب آخرون إلى تحديده بما لا يدخل في تقويم المقيمين - من أهل الخبرة - فإذا دخل في تقويمهم فهو يسير لا فاحش.

وبناء على الحكم المذكور الذي ذهب إليه غالبية الفقهاء فإن الغبن لا يكون سببًا للإبطال إذا لم يكن فاحشًا وناشئًا عن تدليس، خلافًا لفقهاء الحنابلة الذين تفردوا - فيما قيل^(٢) - بجواز الطعن في التصرفات القائمة على غبن فاحش وإن لم تنشأ عن تدليس، وأشاروا بصفة خاصة إلى البيوع التجارية في تلقي الركبان، والنجش، وبيع المسترسل^(٣) وهي بيوع يكفي لإبطالها مجرد وجود الغبن فيها وإن لم^(١) وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٥٦ منها، لاحظ منير القاضي في شرح المجلة، ص ٣٢٢، وسليم رستم باز في شرحه للمجلة أيضًا: ٧٤/١.

(٢) انظر شرح عقد البيع للدكتور الصراف، ص ١٧٦.

(٣) انظر في بيان المراد من هذه البيوع مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل (المواد ٤٠٨-٤١٠) والمغني لابن قدامة ٩٠-٩٢، وبداية المجتهد لابن رشد ١٤٤-١٤٥،

تنشأ عن تدليس.

ولكن هذا النحو من البيوع يمكن في رأينا الطعن فيها عن طريق فكرة الاستغلال الآتي بيانا وليس عن طريق فكرة الغبن، فالمتعاقد إما أن يكون قد استغل في ذلك سدا جة الطرف الآخر وعدم معرفته بوضع السوق، أو استغل غفلته أو عدم معرفته بطرق المساومة.

وثمة حالات معينة حكم فيها الفقه والقانون الوضعي^(١) بالبطلان إذا صحبها غبن فاحش وإن لم يكن ناشئاً عن تدليس استثناء من الأصل المذكور القاضي بإبطال التصرفات المالية الناشئة عن غبن مع تدليس، ومنها حالة التصرف بأموال الدولة أو بأموال الوقف، أو بهال اليتيم ومطلق المحجور عليهم، كما مرّت الإشارة إليه.

ويعود السبب بإبطال العقد في هذه الحالات - حسبما يفيدده أستاذنا المرحوم الخفيف - إلى «أن تصرف من له الولاية على هذه الأموال منوط بالنظر والمصلحة، وليس هذا التصرف من المصلحة في شيء لذلك يقع باطلاً لأنه لا يجيز له عند مباشرته»^(٢).

والقوانين الفقهية لابن جزي ١٧١-١٧٥: والمقصود ببيع الاسترسال: أن يقول الرجل للبائع بع مني سعر السوق أو بما تبيع من الناس فيحرم فيه الغش والتدليس بالعيوب. وتلقي الركبان أو السلعة على ميل أو على فرسخين، وقيل على مسيرة يوم فأكثر قبل أن تصل إلى الأسواق وهو لا يجوز لحق أهل الأسواق. والنجش: هو أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراؤها يريد بذلك أن يتفع البائع ويضر المشتري.

(١) انظر العطار في نظرية الالتزام ص ١٢٧، كما نصت على ذلك بعض التشريعات الوضعية ومن ذلك القانون المدني العراقي في المادة ١٢٤.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية، ص ١٨٩-١٩٠.

المطلب الرابع:

الاستغلال المقترن بالغبن

تعريفات:

سبق أن عرفنا الغبن - ونحن نتحدث عن موضوع التدليس - بأنه « اختلال التعادل بصورة باهظة بين الالتزامات المتقابلة » أو بين ما يأخذه الإنسان وما يعطيه.

أما المقصود بالاستغلال باعتباره عيباً في الإرادة فهو عبارة عن: « انتهاز نقطة ضعف مستولية على أحد أطراف التعاقد تحمله على إبرام عقد، لا تتناسب التزاماته » ومن أمثلة ذلك الحاجة، والطيش، والهوى، وعدم الإدراك.

ويقال للشخص الذي يتحين أو ينتهز شيئاً من ذلك لتحقيق بعض مآربه: مستغل أو انتهازي، وإن شاعت هذه التسمية الأخيرة بين أوساط المتعاملين بالسياسة وكان لها مرتكز خاص لديهم.

اقتران الاستغلال بالغبن:

وكما لاحظنا من قبل في المطلب السابق وحسب رأي بعض الفقهاء: أن التغرير أو التدليس لا يوجب بطلان التصرف إلا إذا نشأ عنه غبن، فإن الاستغلال كذلك لا يوجب البطلان إلا إذا اقترن به غبن أو حصل منه اختلال في التعادل بين الالتزامات، ولكن من وجهة النظر القانونية.

لهذا فضلنا أن نجعل عنوان البحث منظوياً على عنصرين هما: الاستغلال والغبن معاً.

النصوص:

تنص معظم القوانين الوضعية على جعل الاستغلال مع الغبن إذا اجتمعا عيباً واحداً من عيوب الإرادة، ومن بينها: القوانين الجرمانية كالقانون الألماني في المادة (١٣٨ ف ٢) والقانون السويسري في المادة ٢١ منه، وكذلك معظم القوانين في البلاد العربية كالقانون المدني المصري (المادة ١٢٩) والقوانين المستمدة منه، والقانون المدني العراقي (المادة ١٢٥)، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ١٣٨) والقانون المدني الكويتي في المادة (١٥٩).. وما سواها.

ونختار من بين هذه النصوص لعرضه ومناقشته، النص الكويتي باعتباره أحدثها نشوءاً وأوسعها مدى وتطبيقاً.

يقول هذا النص الذي يحمل المادة ١٥٩ ما يلي: «إذا استغل شخص في آخر حاجة تلجئه أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوياً جاحماً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان القاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد».

ويلاحظ على هذا النص مضافاً إلى إسهامه في بيان موضوع الحكم: توسعه في بيان حالات الاستغلال التي أنهاها إلى خمس حالات، وبدلاً من قصرها على حالتين

الفرع الأول: تراضي المتعاقدين

فقط، هما حالة الطيش^(١) وحالة الهوى، كما فعل القانون المصري والقوانين المستمدة منه.

ولكن هل جاءت هذه الحالات في النصوص المذكورة على سبيل المثال، أم على سبيل الحصر؟

الذي يبدو لي من فحوى النصوص، لا من صريحها، أنها جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر والتحديد، لأن حالات الاستغلال في الواقع هي أوسع بكثير مما أتت على ذكره النصوص، ولهذا جاء الاختلاف واسعاً في بيانها وتعدادها.

وعليه كان الأولى أن تصاغ «نظرية الاستغلال» هذه صياغة موضوعية، وعلى شكل معيار عام، يمكن أن تنطوي تحته تلك الحالات وغيرها من الحالات القائمة على الاستغلال، ومن غير حاجة إلى النص عليها أو حصرها في حالات محدودة ومعينة.

ثم إنه بالرجوع إلى النص المذكور والنصوص المناظرة له يمكن أن نحدد للاستغلال - كعيب في الإرادة -:

- شروطه أو عناصره الأساسية.
- حكمه أو جزاؤه.

كما ستحدث - ثالثاً - عن فكرة الاستغلال في الفقه الإسلامي.

(١) الطيش لغة: خفة العقل، أو النزق (انظر ابن منظور في لسان العرب والجوهري في الصحاح)

.. وبهذا الصدد أشار إلى هذا المعنى الشاعر الشيبني إشارة معبرة بقوله:

شبابٌ (طائشٌ) نزقٌ وشيبٌ ما بهم رفق

المقصد الأول: عناصر الاستغلال أو شروطه الأساسية:

لا يصح من الناحية القانونية اعتبار الاستغلال مغللاً بالإرادة إلا إذا توافر فيه شرطان أو عنصران أساسيان هما:

أ- العنصر المادي: ويعبر هذا العنصر عن حالة (الغبين) التي تنشأ عن الاستغلال، وهي الحالة التي قلنا إنها تتمثل باختلال التعادل بين الالتزامات الناشئة عن عملية التعاقد اختلالاً باهظاً، أما إذا حصل في هذا التعاقد اختلال غير باهظ أو بالأحرى غبن يسير فالاستغلال لا يعتبر متحققاً، كما لا يترتب عليه بالتالي بطلان التعاقد، كمن يشتري سلعة قيمتها مائة ريال بمائة وواحد، فهذا لا يعتبر غبناً كما لا يعتبر استغلالاً.

على أن فكرة الاستغلال بصفقتها المذكورة لا ينبغي أن تتحقق إلا في عقود المعاوضات التي يمكن أن يستبان فيها لوحدها التغابن، خلافاً للعقود الاحتمالية القائمة أساساً على الغبن الاحتمالي الذي لا بد أن يتحملة أحد أطراف التعاقد مثل عقد التأمين، وعقد بيع الثمار قبل نضوجها. وخلافاً لعقود التبرع، أيضاً، لأن هذه العقود تقوم على أساس أن المتبرع لا يأخذ شيئاً مقابل ما يعطي، ولهذا أغفلت ذكرها في هذا المجال التقنيات التي أشرنا إليها آنفاً، وإن كان القانون الكويتي ومثله اللبناني قد صرحا بإمكانية شمول فكرة الاستغلال عن غبن لعقود التبرع أيضاً، كمن يستغل عاطفة شخص أو هواه لغرض التنازل عن حقوقه في بعض الأشياء، إذ يفترض في هذه الحالة حصول الغبن وإن لم يكن حاصلاً بالمعنى الدقيق. تقول المادة ١٦٠ من القانون الكويتي: «في عقود التبرع التي تجيء وليدة الاستغلال، يكون للقاضي، بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد أو ينقص قدر المال المتبرع به، وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية».

بل قيل إنه يمكن استخلاص هذا الحكم من بعض النصوص القانونية الأخرى وإن لم يحجر التصريح فيها بوضوح..

ب- العنصر النفسي: يتمثل هذا العنصر باستغلال أحد أطراف التعاقد نقطة من نقاط الضعف المستولية على الطرف الآخر، والتي أشرنا إليها آنفاً، لغرض حمله على التعاقد بصورة غير متعادلة، وقد قلنا إن هذا النحو من نقاط الضعف جاءت في النصوص المذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، لذلك يمكن أن يتمثل هذا العنصر النفسي بأية نقطة أو حالة أخرى يمكن استغلالها للتأثير على الإرادة وإن لم تكن مذكورة في النصوص.

ولمعرفة مدى فاعلية هذه الحالات ومستوى تأثيرها على الإرادة يمكن إيكالها إلى المحكمة المختصة، لذلك قيل إن المعيار هنا نفسي، يستظهره القاضي من ظروف الموضوع وملابساته.

المقصد الثاني: حكم الاستغلال أو جزاؤه الخاص:

جزاء لعملية الاستغلال التي قد يرتكبها أحد أطراف التعاقد، فقد أعطى القانون للطرف المستغل الحق في إبطال العقد كما هو الشأن في عيوب الإرادة الأخرى^(١)، أو طلب إصلاح الاختلال بين الالتزامات الناشئة عنه، وذلك بأن ينقص القاضي من التزاماته أو يزيد في التزامات الطرف الآخر وفقاً لمقتضيات العدالة ومراعاة لظروف الحال.

وهذا الحكم هو ما صرحت به معظم القوانين الحديثة المشار إليها آنفاً، وإن كان النص العراقي قد قصر حق المغبون في عقود المعاوضات بطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، وفي التبرعات بطلب نقضه (المادة ١٢٥)، كما أن قانون الموجبات اللبناني قد حصر حق المغبون في عقود المعاوضات بطلب الإبطال إذا كان ناشئاً عن

(١) من الملاحظ أن الحكم في عيوب الإرادة المارة الذكر يعتبر حكماً واحداً وهو قابلية العقد للإبطال، وهذا الحكم ينسجم مع طبيعة عيوب الإرادة، باعتبارها عيوباً تؤدي إلى اختلال الإرادة وليس إلى انعدامها الذي يعتبر العقد فيه باطلاً بطلاناً مطلقاً.

المهلة الممنوحة للطرف المغبون:

حددت بعض النصوص القانونية المذكورة حق إقامة دعوى الاستغلال بطلب إبطال العقد أو تعديل التزاماته بسنة واحدة تبدأ من حين إبرام العقد. وتعتبر هذه المهلة مهلة سقوط لا مهلة تقادم، وذلك لغرض إبقاء المهلة سارية المفعول، دون أن تقف أو تنقطع.

المقصد الثالث: فكرة الاستغلال في الفقه الإسلامي:

على الرغم مما قد يقال بأن الاستغلال كعيب في الإرادة هو في الأصل فكرة قانونية مستحدثة أصلها وطورها ووضع أحكامها القانون الوضعي المعاصر، إلا أننا لاحظنا أن هذه الفكرة يمكن أن تعود في جذورها وأصولها إلى الفقه الإسلامي، ولكن ليس من خلال نظرية عامة، وإنما من خلال بعض تطبيقاتها وصورها المتمثلة في بيع ما يسمى بتلقي الركبان، وبيع المضطر، وبيع الاسترسال.. ونظائرها من الصور التي يبدو أنها قائمة على فكرة الاستغلال.

فالباع الذي يجري عن طريق تلقي الركبان لا يقصد به أصلاً سوى استغلال حالة من حالات الضعف التي مرّ علينا ببيانها، كضعف إدراك الطرف المستغل أو جهله أو عدم خبرته بالسوق. ومن هنا اعتبرنا - كما مرّ - أن الحكم في هذه الصورة ألصق بفكرة الاستغلال منه بفكرة التدليس.

ولكن العقد في هذه الصورة لا يعتبر باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا نشأ عنه غبن فاحش.. تقول المادة (٤٠٨) من مجلة الأحكام الشرعية: «يثبت خيار الغبن للركبان إذا تلقاهم حاضر فباع أو اشترى بغبن فاحش»^(١).. وواضح أن هذا الحكم

(١) وانظر أيضاً: المغني لابن قدامة ٤/١٦٤-١٦٥، وبدائع الصنائع للكاظمي ٥/٢١٢.

ونحوه يستند إلى الحديث الشريف المروي بهذا الصدد وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد».

ومما يمكن أن ينطبق من المسائل أيضًا على فكرة الاستغلال: مسألة بيع المضطر وشرائه والتي جاء تفصيلها في عدد من المصادر الفقهية^(١) فإن المضطر الذي يبيع سلعة بسعر أقل من سعرها الحقيقي إنما هو واقع تحت ضغط الحاجة التي هي حالة من حالات الاستغلال.

كذلك يمكن انطباق مسألة الاسترسال على فكرة الاستغلال، لأن هذا النوع من البيوع إنما يقوم في الأصل على عدم خبرة أو دراية الطرف المستغل، فإذا عرض من كان غير متمتع بالخبرة والدراية على آخر بيع سلعته على أساس سعر السوق - وهو المقصود ببيع الاسترسال - فإن الطرف الآخر المطلع على حالة السوق إذا لجأ إلى الكذب فحمل البائع الذي يجهل القيمة على التعاقد، فإن كذبه وحده يمكن اعتباره تدليسًا مثلما يمكن اعتباره استغلالاً لعدم دراية الطرف المستغل. وهذا يوجب شرعاً خيار الرد^(٢) ولهذا نصت المادة ٤٠٩ من مجلة الأحكام الشرعية المذكورة بقولها: «يثبت خيار الغبن المسترسل الذي يجهل القيمة ولا يحسن المماكسة سواء كان بائعاً أو مشترياً» ونحوها من التطبيقات التي تنطوي على فكرة الاستغلال وتجسد حالة أو أكثر من حالاته وصوره.. والتي لا يسع المجال لحصرها، وبيان أحكامها التي تكفلت بها جملة من المصادر الفقهية.

(١) انظر في ذلك: غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٩٥، وشرح ابن عابدين، ٤/١٤٦، نقلاً عن

شرح القانون المدني العراقي للدكتور عبد المجيد الحكيم ١/١٧٩.

(٢) وهذا المعنى أفاد الدكتور السهوري في مصادر الحق ٢/١٦٢.

المطلب الخامس:

عنصر النسيان

(أ) التعريف بالنسيان:

يطلق النسيان ويراد به في أشهر معانيه الشرعية: «ترك الشيء عن غفلة وذهول» أو هو غفلة الإنسان عما كان يعلمه «مقابلاً لمفهوم الذكر والتذكر»^(١) .. وتشير إليه الآية القرآنية الكريمة: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن مَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾^(٢)، والآية الأخرى التي جاء فيها: ﴿قَالَ لَا تُؤَاخِذْنِي بِمَا نَسِيتُ﴾^(٣).

وقد يطلق (النسيان) تارة أخرى ويراد به: «ترك الشيء عن عمد وقصد»^(٤) ويشير إليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾^(٥)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَسُوا اللَّهَ فَأَنْسَاهُمْ﴾^(٦)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾^(٧).

(١) أحمد فتحي البهسي، المسؤولية الجنائية، ص ٢٣٠. وانظر بالنسبة إلى الذكر أو التذكر قبلاً لمفهوم النسيان: مختار الصحاح.. للرازي، مادة ذكر ص ٢٢٢.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

(٣) الكهف، الآية ٧٣.

(٤) البهسي، المصدر نفسه، ص ٢٣٠.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٣٧.

(٦) سورة الحشر، الآية ١٩.

(٧) سورة القصص، الآية ٧٧.

وتقتضي القاعدة أن تخضع هذه الحالة الأخيرة للمسؤولية القانونية أو الشرعية على اعتباره - أي النسيان - قد صدر عن قصد وتعمد، وبينما تنتفي هذه المسؤولية عن الناسي في حالته الأولى لانتفاء القصد والتوجه عنده.

وهذا المفهوم الأخير للنسيان يخرج عن دائرة بحثنا حول النسيان كعيب في الإرادة.

(ب) الغلط والنسيان:

وبهذا الصدد فقد فرق بعض الفقهاء^(١) بين حكم الناسي - وسماه بالساهي - وبين حكم الغلط، أي الواقع في الغلط. حيث يفترض في هذا النوع الأخير صدوره عن توجه وقصد إلى شيء معين فتترتب عليه المسؤولية، بينما يفترض في النوع الأول - وهو النسيان - تجرده عن القصد بشكل مطلق، فلا تترتب عليه المسؤولية.

هذا من جانب، ومن جانب آخر فقد فرق بعض علماء النحو بين حالة الغلط وحالة النسيان.. حيث إن الغلط يكون من اللسان، أما النسيان فيكون من العقل.. على حدّ تعبيرهم^(٢).

(ج) تكييف حالة النسيان:

أما تكييف هذه الحالة من النسيان الدال على الغفلة والذهول والمتجرد عن القصد والتوجه، فقد اعتبره البعض^(٣) - كما يبدو من فحوى كلامه - عارضاً من عوارض الأهلية من حيث إن صاحبه لا يستطيع أن يستظهر أو يستذكر ما طلب منه. بينما اعتبره - الآخرون - وهو ما نميل إليه - عيباً في الإرادة شأنه شأن سائر

(١) العاملي، شرح اللمعة الدمشقية ٢١/٦.

(٢) راجع النحو الوافي، عباس حسن، ج ٣ ص ٦٧١ دار المعارف بمصر ط ٤.

(٣) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص ١٠٥، ط ٤، عمان، ١٩٩٤ م.

عيوب الإرادة الأخرى.

ذلك أن النسيان لا يخرج عن كونه حالة تعتري الإنسان دون أن تسلبه إرادته أو تنقص من أهليته. فأهلية الناسي تظل مرعية كما هي سواء منها أهلية الوجوب أو أهلية الأداء. وهذا ما صرح به بالفعل بعض الأصوليين الذين أفادوا بأن النسيان لا ينافي أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء لبقاء القدرة بكامل العقل^(١) .. مضافاً إلى أن الحديث الشريف المعروف بحديث الرفع الآتي ذكره، قد جعل النسيان من صنف عيوب الإرادة الأخرى الواردة في الحديث، وإعطائها جميعاً حكماً واحداً هو الرفع أو عدم ترتيب الأثر.

أما العارض من عوارض الأهلية، فمن الواضح أنه يؤثر على إرادة صاحب الشأن.. إما بسلب هذه الإرادة كلية كما في حالة المجنون أو حالة المعتوه، وإما بإنقاصها، كما في حالتي السفه والغافل.. وبهذا يتنافى وضعه - كصاحب عارض - مع أهلية الأداء.

على أنه ما من شك أن النسيان هو آفة تصيب إرادة الإنسان فتفقده ذاكرته، لذلك اعتبرناها هي أقرب إلى أن تكون حالة عيب في الإرادة منها حالة عارض في الأهلية^(٢).

(١) شرح مرقاة الوصول، ٢/ ٤٤٠.

(٢) وكثيراً ما تصيب هذه الحالة الطاعنين في السن.. الأمر الذي حدا بالبعض أن يصورها بأبيات شعرية معبرة ومؤثرة قائلاً:

أفرط نسياني إلى غاية لم يدع النسيان لي حشاً
فصرتُ إما عرضت حاجة مهمة أودعتها الطرسا
وصرت أنسى الطرس في راحتي وصرت أنسى أنسي أنسى

ومما قيل بهذا الصدد أن العلاقات بين شبكة المعلومات (الدماغية) تتدهور مع كبر السن.. الأمر الذي يؤدي إلى ما يطلق عليه عجز في الإرسال.. دراسة لشارلز زاندر، طبيب نفسي

(د) حكم النسيان:

وحيث إن النسيان بمفهومه الأول المذكور، لا يصدر عن قصد وتوجه، فلازمه أن لا يرتب أثرًا شرعيًا من عقوبة أو إثم^(١) أو بشكل دقيق: لا يرتب المسؤولية بغياب عنصر القصد، كما قدمنا، وذلك بناء على صريح بعض الأحاديث ومنها حديث الرفع المشهور الذي جاء فيه «رفع عن أمي الخطأ والنسيان.. وما أكرهوا عليه» مضافًا إلى صريح الآية الشريفة المارة وهي قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾، وبدلالة الآية الكريمة الأخرى وهي قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام وهو يحاور الخضر عليه السلام: قال: ﴿قَالَ لَا تُؤَاخِذُنِي بِمَا نَسِيتُ﴾ أي غفلت عن التسليم لك وترك الإنكار عليك.

(هـ) نسيان الواجبات:

ولكن ما هو الحكم بالنسبة إلى نسيان بعض الواجبات الشرعية؟ يرى بعض الفقهاء لزوم التفرقة بين ما يمكن تداركه من واجبات على الفور أو التراخي كنسيان الصلاة أو الصوم أو الديون أو الإنفاق الواجب أو أي شيء من حقوق الله تعالى أو حقوق العباد، فلا يسقط وجوبه ويؤمر المكلف بإتيانه فورًا أو بالتراخي، وبين ما لا يمكن تداركه كالجهد في سبيل الله أو صلاة الجمع فيسقط وجوبه بناء على فوات ظرفه وفوات أمدته^(٢).

أما من ينسى التحريم.. أي ينسى كون هذا العمل محرماً فيفعله، فقد ذكروا له حالتين هما: حالة كون الشيء من محرمات العبادة فهذا يختلف الأمر فيه بين الشيء

ممارس في ولاية ماساشوستس الأمريكية (جريدة الشرق الأوسط ١٢/٣/٢٠٠٨) العدد ١٠٦٩٧.

(١) عز الدين السلمي، قواعد الأحكام ٣/٢.

(٢) المصدر نفسه، قواعد الأحكام ٣/٢.

الذي يترتب عليه إتلاف كقتل الصيد في الحرم فتلزمه الكفارة، وبين ما لا يترتب عليه إتلاف كالكلام والفعل الكثير في الصلاة فيسقط الإثم من غير بدل.. وحالة كون الشيء ليس من محرمات العبادة، كمن باع شيئاً ونسي أنه باعه، فهنا يسقط الإثم ولكن يجب الضمان لأن الضمان من الجوابر، والجوابر لا تسقط بالنسيان^(١).

(١) المصدر نفسه، ٢/٢-٣.



الفرع الثاني

أهلية المتعاقدين

ينطوي هذا الفرع على مبحثين:

- المبحث الأول: أنواع الأهلية.
- المبحث الثاني: مدى تأثير الأهلية على تكوين العقد.

تمهيد وخطّة

سبق أن أوضحنا في مستهل الفصل الثاني المتعلق بمكونات العقد أو عناصره الأساسية أن العقد مثلما يفتقر في تكوينه وتقويمه إلى التراضي والمحل والسبب باعتبارها من الأركان، فإنه يفتقر كذلك وبنفس المدى إلى الأهلية باعتبارها - كما وصفوها - من شروط وعناصر الصحة.

إذ لا أجد فرقاً بين تلك الأركان وهذه الشروط في تأثيرها على العقد من حيث التكوين، أو في النتائج المترتبة على الإخلال بأي واحد منها بالبطلان..

لذلك آثرنا أن نفرّد للأهلية فرعاً خاصاً ومستقلاً إلى جانب الفروع الثلاثة الأساسية الأخرى المتعلقة بعناصر العقد.. نتحدث فيه عن أنواع الأهلية من ناحية، وعن مدى تأثير هذه الأهلية على تكوين العقد من ناحية أخرى.. وذلك من خلال مبحثين، كما سنرى.

ولكن يجدر بنا قبل ذلك أن نشير إلى أن أحكام هذه الأهلية - التي تسري عليها، كما نعرف، قوانين الأحوال الشخصية في معظم البلاد الإسلامية - هي مستمدة في الأصل من أحكام الشريعة، وذلك على اعتبار أن الشريعة هي المنبع والأصل لهذا النحو من القوانين.. الأمر الذي يجعلنا نؤكد أن أحكام هذه الأهلية من خلال منظورها القانوني، لا يختلف من وجه عام عن البحث في أحكامها من خلال منظورها الإسلامي.

المبحث الأول:

أنواع الأهلية

١. أهلية الوجوب:

هي «صفة إذا ما توافرت في شخص أعطته الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات» وهذه الصفة تكون ممتدة مع امتداد حياة الإنسان وملازمة لشخصيته وجوداً وعدماً.. بحيث تنشأ بوجوده وميلاده، وتسقط بوفاة، لذلك فهي لا ترتبط بالشخصية الإنسانية من حيث ما تنطوي عليه من إدراك أو رشد، وليس لها بالتالي اعتبار أو تأثير على تصرفات صاحبها وممارساته الفعلية.

غير أن الأهلية بهذا المعنى الذي تكون فيه صفة في الشخص الطبيعي، يمكن أن تكون أيضاً صفة في أي جهة أخرى يأخذها القانون بنظر الاعتبار، ويسبغ عليها صفة الشخصية الاعتبارية، حيث لا يشترط في صاحب الأهلية الوجوبية أو صاحب الأهلية الأدائية الآتية أن يكون دائماً شخصاً طبيعياً وإنساناً سوياً، وإنما يمكن أن يكون أيضاً شخصاً اعتبارياً كما هو الحال بالنسبة إلى بعض الوحدات الاجتماعية أو المؤسسات التي تمثل مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض مالي أو اجتماعي معين كالشركات والجمعيات والنوادي.

٢. أهلية الأداء:

أما أهلية الأداء فهي: عبارة عن «صفة إذا توافرت في شخص أعطته الصلاحية في ممارسة الحقوق وتأديتها على الوجه المعتد به قانوناً، مع صلاحية التحمل

بالالتزامات « أو هي بعبارة أدق وأخصر: «صفة في الشخص تعطيه الصلاحية في التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً».

وبهذا يتبين الفرق واضحاً بين نوعي الأهلية..

فأهلية الوجوب لا تخرج عن كونها مجرد صلاحية وقابلية بثبوت الحقوق للشخص أو عليه، بقطع النظر عن حقه في ممارسة هذه الحقوق ومباشرة التصرف فيها. أما أهلية الأداء فهي عبارة عن صلاحية فعلية ممنوحة للشخص في ممارسة حقوقه المدنية على وجهها الصحيح.. وبذلك أوجب القانون في هذا الشخص من حيث الأصل أن يكون إنساناً سوياً ورشيداً، خلافاً لأهلية الوجوب.

وبالنظر لعدم ارتباط «أهلية الوجوب» بموضوعنا المتعلق بنظرية العقد، من حيث إن هذه الأهلية لا تعبر عن صلاحية ممارسة التصرفات العقدية: نحيل في بحثها إلى المطولات.. على أن نجعل بحثنا هذا خاصاً بموضوع «أهلية الأداء» وحدها باعتبارها تمثل أحد عناصر العقد الأساسية. لذلك سوف تكون كلمة (الأهلية) كلما أطلقناها عنواناً ومصدراً لأهلية الأداء دون أهلية الوجوب.. وهذا ما سنراه مفصلاً في المبحث التالي:

المبحث الثاني:

مدى تأثير الأهلية على تكوين العقد والقيام بالتصرفات

لما كانت التصرفات القانونية - كما أن اشرنا - انعكاسًا للإرادة أو نتائجها، فقد اتجه القانون الوضعي إلى ترتيب أحكامه على هذا الأساس، حيث حرم فاقد الأهلية أو بالأحرى فاقد الإرادة من مباشرة أي نوع من التصرفات، كما قيد حق ناقص الأهلية بحدود ضيقة ومدة معين منها، في حين وسّع من حق مكتمل الأهلية ليشمل جميع هذه التصرفات، ولكن دون مساس بالمصلحة العامة أو بالنظام العام والآداب.

وعليه يمكن توزيع هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة تتعلق بتصرفات كل من مكتمل الأهلية، وناقص الأهلية، وفاقدها، والتي نتناولها تباعًا فيما يلي:

المطلب الأول:

تصرفات مكتمل الأهلية

من هو مكتمل الأهلية؟

لا تكتمل أهلية الإنسان في الأصل إلا بتوافر عنصرين أساسيين، هما العنصر المعنوي الذي يتمثل بالرشد، والعنصر الموضوعي أو الحسي الذي يتمثل بحصول البلوغ. والمقصود بالرشد اصطلاحًا هو بلوغ الإنسان مستوى من النضج أو

الإدراك بحيث يستطيع من خلاله رعاية مصالحه وإدارتها إدارة رشيدة، وبحيث يمكنه أن يتحمل مسؤولية التكاليف الشرعية. أما المقصود بالبلوغ فهو أن يصل الإنسان إلى مدى معين من العمر أو أن تظهر عليه - كما هو رأي بعض الفقهاء المسلمين - إحدى علامات البلوغ المعروفة كالاختلام بالنسبة إلى الفتى والحمل بالنسبة إلى الفتاة.

وعليه لا يكفي لاعتبار الشخص مكتمل الأهلية توافر عنصر واحد لديه، وإنما لابد من توافر العنصرين المذكورين معاً، فالشخص إذا وصل إلى سن معينة هي سن البلوغ أو ما في حكمه، ولكنه لم يكن رشيداً بأن كان سفيهياً أو مختل العقل فلا يعتبر كامل الأهلية.

ومثله ما لو تهباً للصبي أن يكون رشيداً بما توافر له من عوامل النضج والإدراك المبكر، والإحساس بالمسؤولية، ولكنه لم يصل بعد إلى السن القانونية أو ما في حكمه من علامات البلوغ الطبيعية.. فلا يعتبر أيضاً في عداد كاملي الأهلية..

ولا أجد خلافاً بين الفقهاء - قانونيين وشرعيين^(١) - بصدد لزوم توافر هذين

(١) ويستند الفقهاء المسلمون في هذا الرأي إلى قوله تعالى: ﴿وَابْنَؤْا أَلْبَنَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، ولهذا جاء النص واضحاً في بعض المصادر الفقهية بقولها: «البلوغ يحصل بانزال أو إنبات الشعر الخشن حول القبل أو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر والأنثى أو بحيض أو حمل في الأنثى فقط». انظر المادة (١٤٦٠) من مجلة الأحكام الشرعية وقد استندت هذه المادة إلى عدة مصادر فقهية ذكرت في الهامش.. وهذا يدل على أن رأي الخنابلة يقوم على تحديد سن البلوغ بخمسة عشر عاماً ما لم تظهر إحدى علامات البلوغ في ذلك.. وبمثله يتجه رأي الإمامية (انظر الصدر في الفتاوى الواضحة ص ٤٢-٤٣)، وانظر أيضاً في رأي فقهاء الشريعة: كتاب الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣١٥.

أما القانون، فقد وردت فيه كثير من النصوص التي تجعل من توافر العنصرين معاً شرطاً لاكتمال الأهلية، ومن ذلك ما جاء في المادة (٤٤) من القانون المدني المصري بقولها: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية».

الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين

العنصرين معاً - وهما البلوغ والرشد - كشرط لاكتساب الأهلية.

ولكن الخلاف بينهم يدور، فيما يظهر، حول مسألة تحديد مناشئ أو علامات البلوغ ذاتها، ثم حول مسألة تحديد سن البلوغ.

علامات البلوغ:

فالفقهاء المسلمون يميلون على نحو العموم إلى الاعتداد بأية علامة من علامات البلوغ سواء كانت علامات طبيعية أو فعلية، حيث يكفي لاعتبار الشخص كامل الأهلية أن يصل إلى سن معينة تسمى بسن البلوغ، أو أن تظهر عليه قبل بلوغه السن النظامية إحدى علامات البلوغ الطبيعية كالاختلام أو الحمل مثلاً.

أما فقهاء القانون، أو القانون ذاته، فلا يعتد بغير «السن» علامة للبلوغ، إذ هي الضابط الصحيح الوحيد في تقديرهم، الدال على تمامية العقل ونضجه.

سن البلوغ:

وبالنسبة إلى تحديد سن البلوغ أو التكليف.. فقد ذهب فيه القانون ومثله فقهاء الشريعة الإسلامية مذاهب شتى..

فأكثر القوانين الوضعية تميل إلى تحديدها بثمانية عشر عاماً، ومنها معظم التقنينات العربية^(١) بما فيها الأنظمة النافذة فعلاً في المملكة العربية السعودية^(٢).

(١) لاحظ المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي، والمادة (٤٤) من القانون المدني الليبي، والمادة (٤٠٥) من القانون السوري، والمادة (٢١) من القانون التجاري الكويتي.

(٢) يلاحظ أن نظام الجنسية في المملكة العربية السعودية لم ينص على سن معينة كعلامة للرشد، وإنما أحال ذلك إلى أحكام الشريعة، تقول المادة الثالثة الفقرة هـ «سن الرشد ما نصت عليه أحكام الشرع الشريف».

ولكن يبدو أن العمل جرى على اعتبار الثامنة عشرة بالهجري هي السن الشرعية للرشد، إذ لا

أما القانون المدني الفرنسي (المادة الأولى من القانون رقم ٥٧-٧٧٨) ومثله القانون المدني الجزائري (نفس المادة) والقانون المدني المصري (المادة ٤٤ ف ٢) والقانون المدني الكويتي (المادة ٩٦ ف ٢) فقد ذهبت إلى تحديدها بإحدى وعشرين سنة ميلادية، في حين بالغ آخرون فأنها إلى ثلاث وعشرين سنة كما في القانون الإسباني^(١).

أما في نطاق الفقه الإسلامي فالأغلب يميل إلى قصر سن البلوغ بخمسة عشر عامًا بلا فرق بين الرجل والمرأة أو بين الجارية والغلام على حدّ بعض تعبيراتهم، ولكن الإمام أبا حنيفة، دون صاحبيه، حدده بسبعة عشر عامًا للجارية وبثمانية عشر عامًا للغلام، في حين ذهب المالكية إلى تحديده بسبعة عشر عامًا للجنسين^(٢)، وهناك آراء أخرى لغيرها من المذاهب الإسلامية، مشتتة في جملة من المصادر الفقهية.

أثر اكتمال الأهلية على التصرفات:

وأيًا ما كان الخلاف بشأن تحديد سن البلوغ أو تحديد علاماته، فالأصل أن الإنسان إذا ما بلغ السن القانونية أو الشرعية وكان رشيدًا عاقلًا، أصبح كامل

يجوز للمولود عن والدين غير سعوديين أن يقدم طلبًا للحصول على الجنسية السعودية إلا ببلوغ سن الثامنة عشرة التي اعتبرت هي السن القانونية في هذا المجال، وإن لم تصرح بها المادة المتعلقة بهذا الحكم (انظر المادة الثامنة من النظام المذكور).

(١) انظر شرح عقد البيع للدكتور عباس الصراف ١٤٠.

(٢) لاحظ في ذلك كتاب (الفقه على المذاهب الأربعة) للجزيري، ص ٣٥٠، ولاحظ أيضًا (نظرية العقد) للفقيه أبي زهرة، ص ٣١٤، هذا ويلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية وإن كانت منبثقة عن الفقه الحنفي لم تحدد سن البلوغ بسن معينة كما هو الرأي في هذا الفقه، وإنما جعلته في فترة تمتد ما بين الثانية عشرة والخامسة عشرة هجرية للذكور، وما بين التاسعة والخامسة عشرة للإناث على حسب ظهور الإمارات الطبيعية الدالة على ذلك (المادة ٩٨٥، والمادة ٩٨٦ ف ١).

الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين

الأهلية، وجاز له بالتالي ممارسة أي من حقوقه المشروعة، ما لم يكن محجوراً عليه أو ممنوعاً عليه من التصرفات لأي سبب من الأسباب القانونية أو الشرعية، وذلك من غير فرق بين أن تكون تلك الحقوق واقعة في نطاق التصرفات القولية أو الفعلية.

ومن هنا لم يفرق القانون بالنسبة إلى العقود الواقعة في نطاق التصرفات القولية، والتي يصح لكامل الأهلية أن يزاولها، بين أن تكون:

- عقوداً نافعة محضاً.. كعقد العارية بالنسبة إلى المستعير.
- وعقوداً ضارة ضرراً محضاً.. كعقد العارية بالنسبة إلى المعير وعقد الهبة بالنسبة إلى الواهب مثلاً.
- وعقوداً دائرة بين النفع والضرر كسائر عقود المعاوضات.

فجميع هذه العقود هي في حالة سواء، من حيث إعطاء الحق للشخص الذي اكتملت أهليته في مزاولتها.. خلافاً لمن كان ناقص الأهلية أو فاقدها ممن حرمها القانون مزاولة بعض أو سائر العقود المذكورة.

المطلب الثاني:

تصرفات ناقص الأهلية

ناقص الأهلية:

ناقص الأهلية أو القاصر كما في بعض المصطلحات الفقهية: «هو كل شخص دخل مرحلة التمييز، ولم يتجاوزها إلى مرحلة الرشد أو التكليف».

أما مرحلة التمييز هذه: فقد حددتها بعض القوانين الوضعية بفترة زمنية منضبطة تمتد بين اكتمال السابعة وبين بداية سن التكليف^(١) حسب اختلافات الرأي

(١) لاحظ المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ٤٦ من القانون المدني المصري والقوانين المستمدة منه.

بشأنها.. أي إن سن السابعة هذه تعتبر هي الفاصل بين حالة التمييز وعدمها. وذلك أخذًا فيما يبدو برأي بعض الفقهاء المسلمين، وهو الرأي الذي يستند إلى الحديث الشريف القائل: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع» وتمتد هذه المرحلة إلى بداية سن التكليف.

لكننا وإن اعتبرنا - بموجب الرأي المذكور - سن السابعة هي الفاصل بين حالة التمييز وبعدها، إلا أنه يمكن للشخص أن يتجاوز هذه السن ويظل بعد غير قادر على التمييز لضعف مدركاته العقلية، الأمر الذي يجعله غير مؤهل لممارسة أي نوع من أنواع التصرفات المالية بما فيها التصرفات النافعة له نفعًا محضًا، بل يمكننا القول: إن التمييز أو النضج لا يمكن وضع حدود فاصلة له من العمر، «فهناك ناضجون في العشرين مقابل مراهقين في الأربعين» على حدّ تعبير بعض الباحثين المحدثين (مارك ستين، مقالة في الشرق الأوسط عدد ٧٦١٧ في ١٥ / ١٠ / ١٩٩٩ م).

تصرفاته:

وعليه إذا ما بلغ الصبي سن التمييز بحدوده الحسابية أو الموضوعية المذكورة فإنه يصبح ذا أهلية، ولكنها أهلية قاصرة ومحددة بنوع معين من التصرفات.

ففيما يتصل بالعقود أو التصرفات المذكورة آنفًا فرق القانون بين تلك التي تكون نافعة نفعًا محضًا فأجازوا له مباشرتها، وتكون تصرفاته فيها صحيحة، ولو لم يصدر إذن من الولي بمزاولتها أو أمر بإمضائها كقبول الهبات، وبين تلك التي تكون ضارة به ضررًا محضًا فمنعوه بوجه مطلق من مزاولتها حتى مع صدور الإذن فيها أو إمضائها.. حيث لا يجوز للقاصر أن يهب مالا أو أن يعير حاجة من حاجاته دون مقابل، أو أن يبرئ مدينه حتى وإن أذن وليه بذلك..

أما النوع الثالث من العقود وهي التي تدور بين النفع والضرر كعقود المعاوضات، فالأصل أنها تنعقد ولكنها تظل موقوفة على إجازة ولي القاصر وفي

الحدود التي يجوز فيها التصرف ابتداءً^(١).

ومضافاً إلى هذا فقد أجازت بعض النصوص القانونية للصبي المميز مزاولة العمل التجاري من باب التجربة له إذا أكمل سن الخامسة عشرة وأجاز له ولديه ذلك بترخيص من المحكمة المختصة.. على أن إجازة الولي يجوز أن تكون مقيدة مثلما يجوز أن تكون مطلقة، وتعتبر أهليته في هذا المجال أهلية أداء كاملة ولكنها محدودة بحدود مضمون الإجازة^(٢).

أما إذا ظهر للولي بعد مرور فترة التجربة أن القاصر لم يكن أهلاً لممارسة العمل التجاري في الحدود التي أجاز بها، فمن حقه أن يطلب إعادة حكم الحجر عليه واعتبار الإذن الصادر له ملغياً.

هذا، وإذا امتنع الولي دون أن يقدم مبررات مقبولة عن منح الإذن للقاصر بالمتاجرة في أمواله، فللمحكمة المختصة أن تمنحه هذا الإذن.. الأمر الذي لا يحق بعدها للولي إعادة الحجر عليه فيما لو أساء التصرف.

هذه الأحكام ونحوها جاءت كلها أو جلها - فيما يبدو - متطابقة أو متقاربة مع الأحكام الواردة في الفقه الإسلامي^(٣).. وذلك بحكم ما أشرنا إليه آنفاً من أن كل

(١) لاحظ المادة ١١١ من القانون المدني المصري بفقرتيها الأولى والثانية، والقانون المدني السوري في المادة ١١٢، ومرشد الحيران المواد ١٦٧-٢٧٠.

(٢) انظر المادة ٩٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ١١٢ من القانون المدني المغربي، والمادة ٩٦٨ من مجلة الأحكام العدلية، ولكن يلاحظ أن القانون الجزائري لم يسمح بصدر الإذن للقاصر لمزاولة التجارة إلا إذا بلغ سن الثامنة عشرة، تقول المادة ١١٥ من هذا القانون رقم (٥٧-٧٧٨) وهي تعرض لتحديد شرائط ترشيد القاصر: "يجوز ترشيد القاصر القادر على إدارة أمواله إدارة حسنة إذا كان دون الواحد والعشرين من عمره ولكنه تجاوز الثامنة عشرة من عمره".

(٣) وعلى صعيد آخر جعل بعض الفقهاء تصرفات الصبي على مراتب أربع، هي: ١. تصرفه باستقلال دون الحصول على الإذن من وليه أو وكالته. ٢. وتصرفاته بوكالة الولي أو إذنه له.

ما يتصل بموضوع الأهلية من أحكام، إنما هو في الواقع مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية روحاً ونصاً ..

المطلب الثالث:

تصرفات فاقد الأهلية

فاقد الأهلية:

كل من لم يبلغ السابعة من العمر وكان عديم التمييز أو غير قادر على التفرقة بين ما يضره وما ينفعه من التصرفات المالية^(١)، يقال له في عرف أهل الاصطلاح: فاقد الأهلية.

ولكن يبدو أن الأصل في اعتبار الشخص فاقدًا للأهلية هو عدم بلوغه السن المذكورة .. دون اعتداد بالتمييز، فلو كان له قدرة التمييز ولكنه لم يكن قد بلغ هذه السن، اعتبر فاقدًا للأهلية أو التمييز، لذلك صرحت (المادة ٤٥ ف ٢) من القانون المدني المصري بقولها: «وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدًا للتمييز»، ومثلها صرحت المادة ٨٦ ف ٢ من القانون المدني الكويتي: «وكل من لم يبلغ السابعة من عمره يعتبر غير مميز» .. حيث اعتبرت هذه النصوص من لم يبلغ أو لم يكمل السابعة من عمره فاقدًا للتمييز حكمًا وإن لم يكن فاقدًا فعلاً .. ذلك أن من البعيد أن يكون الصبي قادرًا على التمييز وهو دون سن السابعة من العمر، ولهذا جرى الحكم بموجب ما هو غالب.

٣. تصرفاته بإال الغير بإذنه ووكالته. ٤. وتصرفاته كذلك مع إذن الولي له. (انظر محمد رضا المظفر، شرح كتاب المكاسب، ص ٩٣).

(١) ووصفته المادة ٩٤٣ من مجلة الأحكام العدلية بأنه «.. هو الذي لا يفهم البيع والشراء، يعني أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها، ولا يفرق بين الفاحش والظاهر كالتغريب في العشرة خسة، وبين الغبن اليسير، ويقال للذي يميز ذلك صبي مميز».

تصرفاته:

تعتبر تصرفات فاقد الأهلية من الناحيتين القانونية والشرعية تصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً، حتى لو كانت هذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة، وحتى لو أذن من له عليه الولاية أو الوصاية بمزاولتها أو إمضاء ما جرى التصرف فيه.. تقول المادة ٩٦٦ من مجلة الأحكام العدلية: «لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً وإن أذن له وليه»^(١)، ويؤيد هذا ما ورد صريحاً عن الرسول الأعظم في رفع المسؤولية عن الصبي عموماً بقوله: «رفع القلم عن ثلاثة: الصبي حتى يحتلم، والنائم حتى يستيقظ، والمجنون حتى يفيق».

ومضافاً إلى هذا فإن فاقد الأهلية يعتبر من الناحيتين القانونية والشرعية محجوراً عليه لذاته^(٢) إذ لا يتطلب اعتباره محجوراً عليه صدور الحكم بشأنه من الحاكم، فإن صغر سنه وفقدانه للتمييز، هي بيانات كافية للحيلولة بين الناس وبينه في التعامل.

وعليه، يترتب على الحكم المذكور القاضي ببطلان جميع تصرفات فاقد الأهلية: أنه لو تعاقد هذا على شراء شيء وتسليمه إلى صاحبه.. بأن صار في حيازته، فلا يلزمه دفع الثمن لو استهلك ذلك الشيء أو أتلفه، كما لا يلتزم في نفس الوقت هو أو وليه بالضمان المترتب على هلاك المال الذي تسلمه بأقّة أو غيرها من الحالات. لذلك صرح صاحب مجلة الأحكام الشرعية بقوله: «لا ضمان على محجور عليه لحظ نفسه بما أتلفه أو أتلّف في يده مما دفع إليه ولو بتعدّد منه أو تفريط» ومثّل لذلك بقوله: «لو

(١) انظر قريباً من ذلك المادة ٤٥ ف ١ من القانون المدني المصري والقوانين المستمدة منه، والمادة

٨٦ ف ١ من القانون المدني الكويتي، والمادتين ٩٧، ١١١ من القانون المدني العراقي.

(٢) تقول المادة ١٤٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية: «الصغير والمجنون محجور عليهما شرعاً ولا يحتاج فيه إلى حكم حاكم» ومثلها تقول المادة ٨٥ ف ١ من القانون المدني الكويتي: «الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم» وينحوه نصت المادة الأولى من قانون (٥٧-٧٧٨) الجزائري.

باع أحد ماله أو أجره أو أعاره أو أودعه من صغير أو مجنون أو سفيه فتلف في يدهم أو بفعلهم فلا ضمان عليهم .. وهذا ما يذهب إليه معظم الفقهاء^(١) كما يمكن أن نستخلص هذا الحكم من ظاهر بعض النصوص القانونية تأسيساً على قاعدة عامة مقررة في موضوع دعوى غير المستحق، والمتصل بموضوع الإثراء بلا سبب^(٢).

الولاية على أموال الصغير:

وتثبت الولاية شرعاً وقانوناً على أموال الصغير ومن في حكمه لأبيه ثم لوصيه، ثم للحاكم، أما إذا لم ينصب الأب وصياً له كانت الولاية على الصغير للجد الصحيح، وبهذا قضت المادة ١٤٤٦ من مجلة الأحكام الشرعية للحنابلة اعتضاداً ببعض المصادر المعتمدة في باب ولي المحجور عليه وتصرفاته^(٣). وذهب رأي آخر -

(١) انظر شرح المجلة/ علي حيدر: ٦٠٠/٢.

(٢) لاحظ المادة ١٨٦ من القانون المدني المصري التي صرحت بأنه: «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً بالقدر الذي أثرى به».

ولكن يلاحظ بهذا الصدد أن القانون المدني العراقي قد ألزم الصبي المميز أو غير المميز أو من في حكمهما الضمان إذا أتلّف مال غيره من دون تحديد في كون هذا الإتلاف كان بتعمد أو بغير تعمد، (لاحظ المادة ١٩١) ويبدو أن أحد الباحثين المحدثين وهو الدكتور عباس الصراف قد طبق اشتباهاً حكم المادة ٢٣٤ من القانون المدني العراقي فجعلها سارية على الصبي غير المميز في حين أنه خاصة في ناقص الأهلية وليس في فاقدها كما يلحظ من صريح العبارة، كما أنه كان على غير صواب في إحالته على كتاب شرح القانون المصري للدكتور سليمان مرقس في ص ٤٨٩ بصدد الصبي غير المميز مع أن موضوع الباحث المذكور معقود لبيان حكم القاصر أو ناقص الأهلية.

(٣) هذا ويمكن أن تتأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن تسمى بعوارض الأهلية كالمجنون والعتة والغفلة والسفه، ويمكن أن يلحق بها في الحكم من غاب غيبة منقطعة فأقيم عليه وكيل، أو من حكم عليه بعقوبة جنائية فنصب عليه قيم، أو من أصيب بعاهات معينة فعين له مساعد قضائي.. إن تصرفات هؤلاء وكل من اتصف بأحد عوارض الأهلية المذكورة تخضع لقواعد معينة هي القواعد المتصلة بموضوع القيمومة والوصاية والوكالة وأحكام الحجر ونحوها. وقد أعرضنا عن الخوض فيها لكونها لا تدخل - في الأصل - في نطاق موضوع الأهلية على اعتبار أنها لا ترجع إلى التمييز ولكنها تقوم على أسباب أخرى.

الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين

منسوب إلى الحنفية واتجهت إليه الأنظمة المصرية - إلى ثبوت الولاية للأب ثم وصيه أولاً، تليه للجد ووصيه ثانياً ثم للقاضي أخيراً.
وفي رأي ثالث منسوب إلى بعض الفقهاء إن الولاية على مال القاصر تثبت لكل من الأب والجد بصورة متوازية ومتزامنة.
وسياتينا مزيد من البحث عن حكم ونطاق الولاية في موضوع النيابة في التعاقد.



الفرع الثالث

المحل

يجري توزيع هذا الفرع إلى مبحثين:

- المبحث الأول: التعريف بالمحل وتحديد منطقته.
- المبحث الثاني: شروط المحل.

المبحث الأول:

التعريف بالمحل وتحديد منطوقته

تعريف المحل:

بعد أن تناولنا فيما مرّ من بحث دراسة (الأهلية) و(التراضي) باعتبارهما عنصرين من عناصر العقد الأساسية: علينا أن نتناول - وفي هذا الفرع الثالث - البحث عن (محل) العقد باعتباره عنصراً آخر فيه، إذ لا يتصور أن ينشأ عقد أو اتفاق دون أن يكون مضافاً إلى محل أو وعاء يحتويه.

لذلك جاز لنا أن نطلق على هذا المحل - في أبسط تعريف له - بأنه: «الشيء الذي يدور حوله التعاقد».

منطقة المحل:

أما طبيعة ومنطقة هذا الشيء الذي يمكن أن يدور حوله التعاقد.. فيشمل - كما صرحت بعض النصوص - كلاً من:

الأعيان والمنافع - إلى جانب العمل أو الخدمة التي يؤديها المتعاقد.

حيث أوضحت المادة (٧٤) من القانون المدني العراقي التي هي مقتبسة أصلاً من المادة (٢٦٧) من كتاب (مرشد الحيران) بما يلي:

«يصح أن يرد العقد:

١. على الأعيان.. منقولة كانت أو عقاراً، لتمليكها بعوض بيعاً، أو بغير عوض هبة، ولحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً.
٢. وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة، أو بغير عوض إعاره.
٣. وعلى عمل معين أو على خدمة معينة.

لكننا في نفس الوقت نرى أن (المحل) يمكن أن يتسع لعناصر أخرى غير الأعيان والمنافع والأعمال، ومن أبرزها ما يسمى اصطلاحاً بـ (الحقوق المعنوية) كحق الاختراع وحق التأليف وحقوق كل من النشر، والاسم والعنوان التجاري.. فهذه الحقوق ونحوها أصبحت لها اليوم، كذلك، مجالها الواسع في حقل التعامل.

فمثلاً يمكن أن يرد التعاقد على جهاز إلكتروني بيعاً، أو استئجاراً، فقد أصبح من الممكن تماماً أن يرد هذا التعاقد على حق اختراعه أو إبداعه، ومثلاً يمكن وشاع أن يتناول التعاقد نسخة من كتاب. عن طريق البيع أو الإعاره، فقد أصبح من الممكن أن يدور حول حق تأليفه أو نشره.

ولعلّ واضع القانون المذكور لم يفته أن يشير إلى هذه الأنواع من الحقوق، وذلك ضمن قوله في المادة اللاحقة للمادة المذكورة: «يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب»^(١).

ويؤيد استنتاجنا هذا ما صرح به فعلاً القانون العراقي المذكور في موضع آخر منه بقوله في المادة ١٢٦: «يصح أن يكون المحل مالاً، عيناً، كان أو ديناً، أو منفعاً أو أي حق مالي آخر».

بل إنه توسع فأضاف إلى ذلك نوعاً آخر من المحال وهي التي تجيء على صورة (امتناع عن عمل).. حيث نصّ في ذيل المادة المذكورة قوله: «.. كما يصح أن يكون-

(١) المادة ٧٥ من القانون المدني العراقي.

أي المحل - عملاً، أو امتناعاً عن عمل.

وهذا ما صرح به أيضاً كل من القانون المدني الأردني^(١) وقانون المعاملات الإماراتي^(٢).. حيث اتسع مداهما في بيان المحل إلى كل من الأعيان والمنافع أو أي حق مالي آخر وإلى العمل والامتناع عن عمل.

محل العقد ومحل الالتزام:

على أنه يرى جانب من الفقه أن محل العقد المذكور يختلف عن محل الالتزام في مدلوله القانوني، فمحل العقد كما مرّ علينا، هو: «الشيء أو الوعاء الذي يرد أو يدور حوله التعاقد» أو هو العملية القانونية المراد إنشاؤها من العقد، والمتمثلة في البيع بنقل الملكية في مقابل ثمن نقدي. أما محل الالتزام فلا يعبر إلا عن «الأداء الذي يلتزم به المدين إزاء الدائن».

ولكل من المحلّين عندهم قواعد تحكمه وآثار تخصه.

لكننا نرى أن هذه القواعد والآثار - حتى لو صحت - هي قواعد وآثار محدودة لا يؤدي إقرارها إلى التأثير على الشروط المعتبرة في العقد، وهي شروط واحدة. بل أهم ما في هذا المجال من موضوعات. لهذا صبح وصفها (بشروط انحل) على نحو الإطلاق، سواء كان محلاً للعقد أو محلاً للالتزام، والتي سنراها، أي هذه الشروط مفصلة فيما يلي:

(١) انظر المادة ١٥٨ ف١، ٢.

(٢) انظر المادة ٢٠٠ ف١، ٢.

المبحث الثاني:

شروط المحل

إن الرأي وإن اختلف بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي حول تسمية وتعداد الشروط اللازم توفرها في محل العقد - إلا أنه - أي الرأي - يكاد يتطابق مع طبيعة هذه الشروط والعناصر المكونة لها:

فمحل العقد يشترط فيه على وجه العموم أن يكون:

- موجودًا، أو ممكن الوجود أو مقدور التسليم.
- معينًا أو قابلاً للتعين أو معلومًا.
- مشروعًا أو صحيحًا أو داخلًا في دائرة التعامل.

وكلها، كما نلاحظ، مواصفات ومصطلحات تردت كثيرًا على ألسنتهم، لكنها في واقع الأمر لا تخرج عن نطاق ما نسميه - اختصارًا - في المصطلحات القانونية:

بالوجود، والتعين، والمشروعية.. بما فيها من عناوين فرعية.

وعليه نستطيع أن نقول: إن شروط المحل هي نفسها الشروط المذكورة والتي سنبحثها تباعًا فيما يلي:

الشرط الأول: وجود المحل أو إمكانية تنفيذه:

من المتفق عليه بين الشراح من فقهاء القانون أن العقد إذا أضيف إلى شيء^(١) أو حق عيني ونحوه فلا بد أن يكون هذا الشيء أو الحق موجودًا وكائنًا، فعلاً أو مستقبلاً، أما إذا أضيف العقد إلى عمل أو خدمة فمن اللازم أن يكون ممكناً أو مقدوراً على تنفيذه.. فشرطية الوجود أو الإمكان إذن تتحدد بحسب طبيعة المحل أو الوعاء الذي يحتويه العقد.

فإن كان المحل شيئاً أو حقاً عينياً ونحوه فشرطه الوجود..

وإن كان عملاً أو خدمة معينة فشرطها الإمكان أو القدرة على التنفيذ.. فهنا مسألتان نعرض لهما حسبما يلي:

المسألة الأولى: وجود المحل:

والمقصود هنا بوجود المحل ذاته كشرط في التعاقد، أن يكون هذا المحل موجوداً وقائماً بصورة فعلية حالة إبرام العقد، أو يكون على الأقل، ممكن الوجود في المستقبل.. كمن يتعاقد على شراء سلعة صناعية ما تزال في طور الإنتاج، أو على شراء محصولات زراعية ما تزال في طور النمو والنضج.

فهنا صورتان:

■ صورة وجود المحل وجوداً فعلياً.

(١) كلمة الشيء في تقديرنا يمكن أن تسري إلى الحقوق المعنوية مثلما يمكن أن تسري إلى الحقوق العينية.. ذلك أن الحقوق المعنوية هي في واقعها شيء وكيان موجود وإن لم يكن شيئاً ملموساً، فحق براءة الاختراع وحق النشر وحق التأليف هي نوع من أنواع الحقوق المجردة، ولكنه يمكن وصفها بالشيئية. وعليه فإن كل ما يتصل بالحق العيني من أحكام يصدد شرطية وجود المحل أو إمكانه يجوز أن يتصل في نفس الوقت بالحق المعنوي.

■ وصورة قابليته للوجود في المستقبل.

الصورة الأولى: الوجود الفعلي:

يشترط لكي يتم العقد أن يكون له محل موجود وقائم وقت التعاقد، إذ لا ينعقد بيع المعلوم لبطلانه مطلقاً، وتشير إلى هذا الحكم جملة من القوانين الوضعية بقولها: «يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه»^(١)، ويمكن تصور هذه الحالة - وهي حالة بيع المعلوم - فيما إذا ورد العقد على شيء ظنه المتعاقد موجوداً، ثم تبين أنه غير موجود حين إبرام العقد.

على أن الحكم لا يختلف في هذه الصورة، بين أن يكون الشيء الذي ورد عليه العقد متفياً وجوده من الأصل، وبين أن يكون قد وجد، ولكنه هلك أو نفق أو انقضى قبل تمامية العقد، ولسبب من الأسباب.

بيد أن الحكم يختلف لو كان هلاك الشيء أو انقضاؤه قد حدث بعد تمامية العقد، حيث يظل العقد سارياً من الناحية القانونية، فلا يؤثر الهلاك أو الانقضاء على سريانه، لكن العقد على أية حال لا بد من انفساحه لاستحالة أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه على أن يتحمل هو تبعة الهلاك، مضافاً إلى التعويض لو تسبب بأي ضرر للطرف الآخر^(٢).

الصورة الثانية: الوجود المستقبلي:

غير أن النصوص القانونية أجازت في مقابل ذلك أن يرد العقد على محل غير

(١) لاحظ المادة ١٥٧ من القانون المدني الأردني، والمادة ١١٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) شرح القانون المدني الجزائري للدكتور وحيد رضا، ص ٩٦-٩٧، والمواد ١١٠٨-١١٢٦ وما يليها من القانون المذكور.

الفرع الثالث: المحل

موجود حالاً ولكنه محقق الوجود أو محتمل الوجود مآلاً.. على أن تحدد مواصفاته تحديداً دقيقاً ومنضبطاً. يقول النص: «يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر»^(١) ويوضح نص آخر هذا الحكم وإن لم يكن بدقة النص السابق وطريقته بقوله: «يجوز أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة التالية»^(٢) ويقصد بها المادة الخاصة بالتعامل في تركة إنسان لا زال على قيد الحياة.

بل اكتفت بعض النصوص بإطلاق الحكم المذكور دون قيود، حيث صرحت بأنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً»^(٣).

وبموجب هذا كله فلا مرأى أن القانون قد أفصح عن حكمه في صحة التعامل على محل غير موجود حالة التعاقد ولكنه محقق الوجود أو محتمل الوجود مستقبلاً..

فقد فرضت الضرورات العملية في ظل الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية الراهنة أن يجري توسيع دائرة التعامل.. بحيث يتاح فيها التعامل أيضاً على أشياء قابلة للوجود مستقبلاً، كالتعامل على محصولات زراعية أو سلع صناعية ما تزال في طور الإنتاج أو في مرحلة ما قبل الإنتاج، فالمنتج يسعى غالباً لإيجاد مشترٍ لسلعته التي يعمل على إنتاجها مستقبلاً وفق مواصفات معينة، والمشتري بدوره يسعى للاتفاق مع بائع يضمن له توفير السلعة في الوقت الملائم.. وهذا نظير ما أجازه الفقهاء المسلمون بالنسبة إلى عقدي السلم والاستصناع ونحوهما من ضروب التعامل.

(١) المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة ١٦٨ من القانون المدني الكويتي.

(٣) المادة ١٣١/ف ١ من القانون المدني المصري وما يطابقها من المادة ١٣١/ف ١ من القانون الليبي، والمادة ١٣٢/ف ٢ من القانون السوري، كذلك لاحظ المادة ١١٣٠ من القانون المدني الفرنسي ومثله القانون الجزائري.

ولكن ما هو الحكم لو عجز المدين في مثل هذه التعاملات عن إنجاز ما جرى الاتفاق على إنجازه مستقبلاً؟

يبدو أن الرأي في القانون متفق على اعتبار ذلك عقدًا غير قائم لتخلف المحل، وذلك أن العقد الذي يقع على شيء مستقبل إنما يعدّ عقدًا معلقًا على شرط واقف هو وجود الشيء أو تحققه، وعند تخلف الشرط يتحلل المدين من التزامه ما لم يكن تخلف المحل بخطأ منه^(١).

التعامل على تركة مستقبله:

بعد أن أجازت القوانين المدنية - كما مرّ علينا - أن يرد العقد على محل محقق أو محتمل الوجود مستقبلاً عادت بدورها لتحكم ببطالان هذا النمط من التعامل بطلاناً مطلقاً إذا ورد على تركة إنسان ما يزال على قيد الحياة حتى لو أعلن عن رضاه. وذلك رعاية لمصلحة كل من الوارث والمورث وعدم المساس بأحكام الإرث، ولا اعتبارات أدبية أو مسلكية.. فمن يتعامل على تركة إنسان ما يزال على قيد الحياة، إنما يضارب في الواقع على موته والخلاص منه، مضافاً إلى ما قد يؤديه ذلك من تبديد المال.. ومخالفة النظام العام.

تقول المادة ١١٣٠/ف ٢ من القانون الفرنسي: «لا يصح للإنسان أن يسقط حقه في الميراث في حياة المورث قبل أيلولته إليه بموت المورث، ولو رضي المورث بذلك».

وبهذا النحو صرحت جملة من التقنينات العربية^(٢) التي تعتبر في هذا الحكم

(١) انظر شرح القانون المدني الجزائري ص ٩٧، د. وحيد رضا سوار.

(٢) لاحظ المادة (١٣١ ف ٢) من القانونين المدينين المصري والليبي، والمادة (١٣٢ ف ٢) من القانون المدني السوري، والفقرة الثانية من المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي والمادة ١٦٩ من القانون الكويتي، والمادة ١٦٠ ف ٢ من القانون الأردني، مضافاً إلى المادة ١١٣٠ من

متأثرة بالقانون الفرنسي.. الذي هو بدوره متأثر بالقانون الروماني، حيث كان هذا القانون يعد هذا النحو من التعامل أمراً مخالفاً للنظام العام والآداب.

ومن تلك القوانين التي صرحت بهذا الحكم القانون المصري الذي أفاد بقوله - بعد أن وضع في فقرته الأولى قاعدة تجيز التعامل على شيء مستقبل -: « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه » إلا أنه مع ذلك فإن هذا الحكم بالبطلان لم يرد على إطلاقه، وإنما قيده بقوله: « إلا في الأحوال التي نصّ عليها القانون » ولعله يشير بهذا الاستثناء إلى خصوص حالة الوصية التي هي نوع من التصرف في تركة مستقبلية. ولعل الحكمة من هذا الاستثناء ترجع - على ما أفاد البعض - إلى الطبيعة القانونية للوصية وكونها تصرفاً لا يلزم إلا بعد الوفاة، ومن ثم يستطيع الموصي الرجوع عنها في أي وقت قبل وفاته^(١)، مضافاً إلى أنها لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة.

على أن حظر أصل التعامل في تركة مستقبلية لا يقتصر على نوع خاص من هذا التعامل، فكما يجري الحكم في البيع يجري في الصلح، والهبة والمقايضة، وفي الإيجار أيضاً.. وسواء كان المورث طرفاً في التعامل أم لم يكن كذلك^(٢).

موقف الفقه الإسلامي من الوجود المستقبلي:

يتجه الرأي الغالب في الفقه الإسلامي إلى حظر التعاقد من حيث الأصل على

القانون الجزائري التي جاءت مطابقة للمادة الفرنسية، وإلى المادة ٦٦ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة في ١٩٠٦، والمادة ٦١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر سنة ١٩١٣.. التي أفصحت بقولها: « لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها أو في أي شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه، وكل تصرف مما سبق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ».

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، ص ١٩٩ الكويت ١٩٩٥.

(٢) نفسه، ص ١٩٨.

أشياء غير موجودة فعلاً ولكنها ممكنة الوجود مستقبلاً^(١) وذلك بحكم ما ينشأ عن هذه الحالة من جهالة أو غرر.

ومثلوا لذلك بيع اللبن في الضرع، وبيع حمل الدابة في بطنها، وبيع الثمار قبل تبدو صلاحها^(٢)، واستندوا إلى بعض الأحاديث الواردة بهذا الصدد، ومن بينها ما ورد عنه عليه الصلاة والسلام مرويًا عن عبدالله بن عمر أنه نهى عن بيع حب الحبلبة^(٣).. أي بيع ولد الناقة وهو في بطن أمه. كما روي عن عبدالله بن عمر نفسه أن الرسول (ص) نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.. نهى البائع والمشتري. كذلك ورد عنه قوله: «لا تبع ما ليس عندك»، وذلك جوابًا على سؤال جاء فيه: «يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد البيع ليس عندي فأبتاعه من السوق؟ فقال الرسول: لا تبع ما ليس عندك»^(٤).

ويظهر أن هناك رأيًا للإمام مالك يخالف ما هو متفق عليه بين الفقهاء الآخرين من الحكم المذكور.. حيث أجاز التعاقد على شيء معدوم ولكنه محتمل الوجود مستقبلاً إذا كان حاصلًا في نطاق عقود التبرعات. وللتفرقة بين عقود التبرعات هذه وبين عقود المعاوضات في حكمه المذكور علل مالك قائلًا: «لأن ذلك يؤدي إلى

(١) ميز الفقيه السنهوري وهو يتحدث في هذا الصدد بين خمسة فروض، هي:

١. كون الشيء موجودًا بأكمله وقت التعاقد.
٢. وكون الشيء موجودًا في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل بعده.
٣. وكون الشيء غير موجود أصلًا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل.
٤. وكون الشيء غير موجود أصلًا أو موجودًا في أصله وقت التعاقد وهو غير محقق الوجود في المستقبل.

٥. وكون الشيء غير موجود في التعاقد وهو لن يوجد في المستقبل.

وقد ذكر أن الفرضين الأول والأخير لا محل لهما للقول بالغرر في الفقهاء الغربي

والإسلامي معًا. (انظر: مصادر الحق ٣/ ١٤).

(٢) راجع الموطأ للإمام مالك، ص ٤٥٣.

(٣) المصدر نفسه، ص ٤٢٤-٤٢٦.

(٤) انظر: محاضرات في القانون العراقي، لحسن الدنون، ص ٦١.

الفرع الثالث: المحل

الغرر والقمار في عقود المعاوضات، بينما لا يؤدي إلى ذلك في عقود التبرعات، لأن المتبرع غير ملزم فيها، وما عليه من سبيل فيقبل منه التبرع بالموجود والمعدوم الذي سيوجد»^(١).

بل إن البعض ذهب بعيداً فسوغ على نحو القاعدة العامة بيع المعدوم، معتبراً أن الحكم القاضي بمنع التعامل في مثل هذه الحالات حكم لا يستند إلى كتاب ولا إلى سنة أو قول صحابي - على حدّ الفقيه ابن تيمية^(٢).

على أن الفقهاء المذكورين آنفاً، وإن ذهبوا إلى بطلان العقود الاحتمالية - أي الواقعة على أشياء منعدمة - فإنهم أجازوا في نفس الوقت قسمًا من هذه العقود كعقد السلم^(٣) وعقد الاستصناع^(٤) استثناءً من الأصل المذكور، كما مرّ، لكونها عقوداً تتصل بمصالح الناس وحاجاتهم الضرورية، ولم نلاحظ في حدود تتبعنا خلافاً بين فقهاء المذاهب بصدد صحة هذه العقود الاستثنائية ونظائرها.

المسألة الثانية: إمكانية التنفيذ:

هذا الشرط - كما نوهنا من قبل - يعتبر خاصاً بالعقود الواردة على عمل^(٥) أو خدمة.. ذلك أن طبيعة العمل - حين يكون مورداً للتعاقد - تقتضي أن يكون واقعاً في دائرة الإمكان وليس في دائرة الواقع.. أي إنه مما يطلب وجوده وليس موجوداً.

(١) انظر في ذلك الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص ٢٩٧ مستنداً في ذلك إلى بعض المصادر.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٩٨.

(٣) عقد السلم وعقد السلف: هو بيع المال المؤجل بثمن معجل. (انظر المادة ١٢٣ من مجلة الأحكام العدلية).

(٤) عقد الاستصناع: هو طلب عمل شيء خاص بصورة خاصة مادته من الصانع (المادة ٣٨٨ من المجلة).

(٥) ذكر أن أهم العقود التي تتسم بالتزام محله عمل هي: عقد العمل، وعقد المقولة، يضاف إليهما عقد النقل وعقد الوكالة، وعقد الوكالة بالعمولة (لاحظ النظرية العامة للانتزام وفقاً للقانون الكويتي للدكتور عبد الحي حجازي، ص ٥٢٣).

على أن المقصود بالإمكانية هنا هو القدرة على تحصيل العمل وتنفيذه، أما إذا انتفت هذه القدرة بأن كان العمل مستحيل التنفيذ وخارجاً عن حدود القدرة والطاقة كان العقد باطلاً بطلاً مطلقاً أو نسبياً.

تقول المادة ١٣٢ من القانون المدني المصري وما يناظرها من مواد القانون المدني الليبي والمدني السوري: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً..» وبهذا النحو تصرح المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي، لكنها - أي هذه المادة - تضيف في فقرتها الثانية قولها: «أما إذا كان مستحيلاً على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد، وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدة».

ولا أجد أن واضع القانون المذكور - وأعني به القانون المدني العراقي - كان بحاجة إلى إضافة هذه الفقرة الثانية إلى صلب المادة المذكورة.. ذلك أن الحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة يغني بمفهومه المعاكس عن إيراد الحكم الوارد في الفقرة التالية، ولعله من أجل هذا أعرض القانون المدني المصري والقوانين المنبثقة عنه عن إيراد ما يناظر الفقرة الثانية المذكورة لوضوح حكمها مفهوماً.

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية:

.. وبذلك نلاحظ أن القانون المدني على اختلاف اتجاهاته أراد أن يفرق بين ما أسماه بالاستحالة المطلقة فجعل فيها العقد باطلاً، وبين ما أسماه بالاستحالة النسبية فاعتبر فيها العقد صحيحاً ولكن مع ضرورة الالتزام بالتعويض لعدم وفاء المدين بتعهدة.

ونقصد بالاستحالة المطلقة تلك الحالة التي يكون تنفيذ العمل - محل العقد - غير مقدور إيجاده أو تنفيذه ليس فقط بالنسبة إلى صاحب الشأن وإنما بالنسبة إلى الناس عموماً. فمن يتعاقد مثلاً على عبور المحيط سباحة، أو على التحليق في الأجواء العليا دون واسطة، أو على الوصول إلى الزهرة أو المشتري مثلاً، فإنها يتعاقد أو

الفرع الثالث: المحل

يراهن على شيء مستحيل التنفيذ، بالقياس إلى القدرات الفعلية والطبيعية للإنسان عموماً.

على أنه ليس المقصود بهذه الاستحالة عدم إمكانية تصور تنفيذ العمل المتعاقد عليه ولو بعد حين، وإنما المقصود بها انتفاء الإمكانية بالنسبة إلى جميع الناس وقت إبرام العقد، فقد كان مثلاً يعتبر التعهد في الوصول إلى الجبال الشاهقة أمراً مستحيل التنفيذ استحالة مطلقة لخروجه عن نطاق القدرة الفعلية للإنسان ذلك اليوم، في حين أصبح اليوم هذا النحو من التعهد أمراً غير مستحيل التنفيذ وداخلياً في نطاق القدرة الفعلية لغير واحد من الناس.

أما المقصود بالاستحالة النسبية فهي ما يكون فيها المتعاقد غير قادر بنفسه على تنفيذ ما تعهد به من عمل، دون نظر إلى إمكانية التنفيذ من قبل أشخاص آخرين غير معينين بالعقد، ولهذا سميت هذه الاستحالة بالاستحالة النسبية.

كمن يتعاقد أو يتعهد على عبور نهر وهو لا يجيد السباحة، أو على صنع سيارة وهو غير قادر أو غير خبير بهذا الحقل من حقول الصناعة، أو على رسم لوحة فنية وليست له دراية بهذا النحو من المواهب، فكل هذه التعهدات أو العقود تعتبر مستحيلة التنفيذ على أصحابها، وإن كانت غير مستحيلة التنفيذ بالنسبة إلى غيرهم من الأشخاص والجهات، لدخول تلك التعهدات في حدود القدرة الشخصية للإنسان، ولهذا لم يحكم القانون ببطالان هذا النحو من العقود كما حكم بالنسبة إلى العقود المستحيلة التنفيذ استحالة مطلقة، لكنه ألزمه بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه.

الاستحالة القانونية:

وهناك نوع آخر من الاستحالة يسمى في الاصطلاح بـ (الاستحالة القانونية) وهي التي ترجع استحالتها إلى نص القانون كالمحامي الذي يتعهد بالدفاع عن متهم انتهت مدة استئنافه القانونية، أو الذي يتعهد لشخص بمنحه حق الشفعة في عقار

مجاور مباع وقد انتهت المهلة القانونية فيه للشفعة.

فهذا النحو من التعهدات تعتبر غير مقدورة التنفيذ بناءً على نص القانون، ولهذا أطلق عليها بالاستحالة القانونية. والحكم فيها لا يختلف عن الحكم الذي عرفناه في الاستحالة المطلقة وهو البطلان، وذلك لعدم إمكانية تنفيذها مطلقاً من الناحية القانونية.

الشرط الثاني: تعيين المحل:

لا يكفي لاعتبار العقد صحيحاً ونافاً: أن يكون محله موجوداً أو ممكناً التنفيذ، وإنما لابد أن يكون هذا المحل بالإضافة إلى ذلك، معيناً أو قابلاً للتعيين، وبصورة كافية ونافية للجهالة والغرر.

والتعيين في هذه الحالة له صورتان:

- تعيين بالذات Chose Certain
- وتعيين بالنوع Chose De Genre

١- التعيين بالذات:

يتطلب التعيين بالذات: أن تتحدد ذاتية المحل وما له من مواصفات جوهرية، بحيث تفرزه في وجوده الخارجي عن المحال الأخرى، وتجعله معلوماً لدى أطراف التعاقد بالوصف وبالقدر.

فلو وقع البيع مثلاً على قطعة أرض، فعلى البائع أن يبين للمشتري موقعها وحدودها ومساحتها، مضافاً إلى رقم سجلها العقاري أو إبراز حجتها الشرعية.

وبهذا النحو تصرّح المادة ١٢٨/ ف١ من القانون المدني العراقي^(١) التي جاءت صورة طبق الأصل تقريباً من المادة (٣٠٣) من كتاب (مرشد الحيران) لقنري باشا، تقول تلك المادة ما يلي:

«يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء أكان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة، ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف».

ويظهر من هذا النص أن الإشارة إلى الشيء أو إلى مكانه الخاص إذا كان موجوداً وقت إبرام العقد: تغني عن بيان أوصافه المطلوبة من جنس ووصف وقدر، كمن يشير إلى سيارة معروضة للبيع عن طريق المزايدة مثلاً، فإن ذلك يغني عن بيان منشئها وتحديد نوعها وسنة صنعها وقدرة تحملها .. هذه المواصفات التي تعتبر ضرورية ولازمة لو كان البيع يجري دون مشاهدة.

ومعلوم أن هذا الحكم جاء منتزعاً - كما أشرنا - عن أحكام الشريعة الإسلامية لمطابقته أو مجانسته للنص الوارد في كتاب (مرشد الحيران) وهو الذي يمثل جانباً من الفقه الإسلامي وقد أغفلته معظم القوانين الوضعية في البلاد العربية إلا على نحو الإشارة.

٢. التعيين بالنوع:

وقد تقتضي طبيعة المحل تعيينه بالنوع بدلاً من تعيينه بالذات^(٢) فمن يبيع

(١) انظر أيضاً المادة ٢٠٣ من قانون المعاملات الإماراتي والمادة ١٦١ من القانون المدني الأردني اللتين جاءتتا مطابقتين تقريباً للمادة العراقية المذكورة. وانظر أيضاً المادة ١٣٣/ ف١، ٢ من القانون المصري، وإلى المواد المقابلة في القوانين العربية المطابقة للقانون المصري التي ستأتي الإشارة إليها.

(٢) ذكروا أن للفرقة بين العقد الذي يرد على شيء معين بالذات والعقد الذي يرد على شيء معين

حنطة أو شعيراً أو نحوهما من الأشياء المثلية، فعليه أن يبين مضافاً إلى مقدارها: صنفها وجنسها ودرجة جودتها ونحوها من الأوصاف التي تحدد طبيعتها.. ومع ذلك فإنه إذا لم يتفق الطرفان منذ البداية على درجة الجودة مثلاً، ولم يمكن استظهار ذلك من العرف أو نحوه، فالعقد يعتبر صحيحاً وناظراً على أن يلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط الجودة.

وهذا ما يقرره بشكل صريح نص المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري بفقرتيها الأولى والثانية، والنصوص التي تتضمنها القوانين الأخرى المنبثقة عن هذا القانون أو المتأثرة به كالقانونين السوري المادة (١٣٤) والليبي (المادة ١٣٣)، وبهذا النحو تقرر أيضاً كل من المادة (١٢٤٦) من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٢٨/ف١ من القانون العراقي السابق بيانها، والمادة (١٧١) من القانون المدني الكويتي.. تقول هذه المادة الأخيرة من القانون الكويتي التي تشير إلى نوعي التعيين - ونقلها هنا بالنص لدقتها -: »

١. يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وإلا وقع العقد باطلاً.
٢. وإذا تعلق الالتزام بشيء، وجب أن يكون هذا الشيء محدداً بذاته، أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد، ويلتزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط.

هذا ويلاحظ أن بعض تلك القوانين قد أجازت أيضاً عدم تحديد مقدار الشيء

بالنوع أهمية خاصة: من حيث إن العقد الأول ينقل الملكية بمجرد انعقاده - إذا كان هذا الشيء منقولاً - أما العقد الثاني فلا ينقل الملكية إلا بالإفراز. يضاف إلى هذا أن المدين بشيء معين بذاته يبرأ من التزامه إذا استحال تنفيذه بسبب هلاك الشيء بقوة قاهرة على خلاف المدين بشيء معين فإنه لا يبرأ من التزامه في مثل هذه الحالة (انظر النظرية العامة للالتزام، عبد الحفي حجازي، ص ٣٣٣-٣٣٤).

الفرع الثالث: المحل

المعين بالنوع عند إبرام العقد إذا كان هذا المقدار قابلاً للتعين.. تقول المادة المذكورة (١١٢٩ ف٢) من القانون المدني الجزائري: «يجوز أن يكون مقدار الشيء المعين بالنوع غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد».

تعين المحل إذا كان عملاً:

وشرط التعين أيضاً يسري وبنفس المدى على العقد إذا كان وارداً على عمل أو امتناع عن عمل.. حيث يلزم تعين مواصفاته وطبيعته وزمنه وكل ما من شأنه أن يرفع عنه الجهالة واللبس. فالعقد الوارد مثلاً على صنع سفينة يجب فيه أن تحدد نوع هذه السفينة، هل هي سفينة ركوب أم حمولة، وأن يبين حجمها ونوع المواد التي تدخل في صناعتها، وكل ما من شأنه أن يحدد مواصفاتها تحديداً دقيقاً وواضحاً وإلا اعتبر العقد باطلاً.

ومثله - ما لو كان العقد وارداً على الامتناع عن عمل من الأعمال لغرض دفع المنافسة-: يلزم أن يبين طبيعة هذا العمل وما له من مواصفات ذاتية، والمنطقة التي سيجري فيها ترك العمل، والوقت الذي سيتم فيه التنفيذ... وهكذا.

شرط تعين المحل في الفقه الإسلامي:

ولا يختلف الحكم - فيما يظهر - بالنسبة إلى هذا الشرط في الفقه الإسلامي بجميع اتجاهاته عنه في القانون الوضعي الذي سبق أن عالجناه، بل إن الحكم في بعض نصوص القانون جاءت متطابقة مع النصوص الفقهية الواردة في المادة ١٢٨ منه.. حيث قلنا: إن هذه المادة قد جاءت تقريباً مطابقة أو مقاربة للنص الوارد في كتاب (مرشد الخيران) الذي هو عبارة عن أحكام فقهية وضعها صاحب الكتاب على شكل مواد قانونية سالكاً فيها سبيل مجلة الأحكام العدلية وغيرها من المجموعات الفقهية المقتنة.

كذلك جاء النص القانوني المذكور ونحوه من النصوص القانونية المقاربة والواردة في عدد من القوانين الأخرى المشار إليها آنفاً: منتزعاً من الحكم الوارد في مجلة الأحكام العدلية المذكورة بكل تفصيلاته وحدوده، وبخاصة في المواد ٢٠٠ - ٢٠٣^(١) والتي لا نجد مجالاً لإيراد جميع نصوصها في هذا النطاق الضيق من الكتاب.

ومعلوم بعد هذا أن المبدأ في الفقه الإسلامي يقضي بأن المحل لا يتعين إلا بالعلم به علماً يمنع من الجهالة الفاحشة من حيث ... «إن المحل يجب أن يكون معلوماً يمنع المنازعة، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد وإلا كان صحيحاً»^(٢).

الشرط الثالث: مشروعية المحل أو صلاحيته للتعامل:

الأصل أن الأشياء الداخلة في دائرة التعامل المالي بين الناس والموصوفة بالمشروعية، هي وحدها التي تصلح أن تكون محلاً للعقد باعتبارها ملائمة لحكم العقد ومقتضاه^(٣).

أما ما سواها من الأشياء أو الأعمال فلا تصح أن تكون محلاً للتعاقد، لذلك صار باطلاً كل عقد أو اتفاق يرد عليها.

(١) انظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز لدى شرحه للمواد المذكورة. وانظر شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي للدكتور عباس الصراف (ص ٢٣٥-٢٣٨) الذي أوضح الحكم في هذه المسألة من منظورها الفقهي بشكل دقيق ومفصل.

(٢) لاحظ تفصيل هذه الأحكام في مصادر الحق (٣/ ٦٢-٨٧) للدكتور عبد الرزاق السنهوري، ففيه ما يغني عن الرجوع إلى المطولات.

(٣) يشير بعض الفقهاء المسلمين إلى هذا المعنى بقوله: «ما خالف مقتضى العقد فهو باطل»، وقد اعتبروا ذلك قاعدة فقهية مبررين حكمها بقولهم: «إن العقود مشروعة على وجه فاشترط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع، ولهذا كان أبو حنيفة ومالك والشافعي - في أحد القولين - لا يجوزون أن يشترط في العبادات شرطاً يخالف مقتضاها» .. انظر القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، ص ٢٠٦-٢٠٩.

وعدم صلاحية الشيء للتعامل - فيما يشير إليه جانب من الفقه^(١) - وجانب من القانون^(٢). إما أن يعود:

- إلى طبيعة الشيء نفسه.
- أو إلى كونه مرصوداً للمنفعة العامة.
- أو إلى وجود النص المانع له في القانون.
- أو إلى مخالفته للنظام العام أو الآداب.

أولاً: فكرة النظام العام والآداب:

الظاهر أن فكرة النظام العام والآداب هذه، تعتبر من الناحية القانونية - مثلاً - تعتبر فكرة الحلال والحرام من الناحية الشرعية - هي الضابط أو الأساس في تحديد صلاحية الشيء أو عدم صلاحيته، وفي إقرار القانون أو عدم إقراره له.

وأما غيرها من الموارد الثلاثة الأولى المذكورة، فما هي إلا من باب التطبيقات أو المصاديق لهذه الفكرة. ولعله من هنا جاء النص قاصراً أو ناظراً إلى هذه الفكرة وحدها، في جملة من التقنيات، وهي تعرض لمشروعية المحل.

تقول المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري وما يناظرها من النصوص المقررة

(١) لاحظ مصادر الحق للسنيهوري ٧٩/٣، وشرح القانون المدني الجزائري، ج ١، ص ١٠٠، للدكتور سوار. والوجيز في شرح القانون المدني العراقي. للدكتور الحكيم، ج ١، ص ١٩٠، ط ٥. والأصول العامة للقانون، للدكتور توفيق حسن فرج، ص ٥٤١.

(٢) راجع المادة ٨١ بفقرتها الأولى والثانية من القانون المدني المصري والقوانين الأخرى المنبثقة عنه، والمادة ٦١ بفقرتها الأولى والثانية من القانون المدني العراقي، والمادتين ٦٠، ٥٥ من القانون المدني الأردني، والمادتين ٩٨، ١٠٣ من القانون الإماراتي، والمادة ٢٣/١، ٢ من القانون المدني الكويتي التي تشير بصفة خاصة إلى صورة حكم التعامل في الأشياء المخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون. وذلك كله بالإضافة إلى نصوص المواد المتعلقة بصورة حكم التعامل بالأشياء المخالفة للنظام العام والآداب.

في القانونين السوري والليبي: «إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

وينحوها يقرر كل من القانون المدني العراقي في المادة (١٣٠ ف ١) والقانون المدني الكويتي في المادة (١٧٢) والقانون المدني الأردني في المادة (١٦٣ ف ١) .. حيث تنص هذه القوانين- ولو بعبارات مختلفة- على بطلان العقد إذا كان مخالفًا للنظام العام وحسن الآداب، لكنها- أي هذه القوانين- تضيف من جهة أخرى إلى المبدأ المذكور- وهذا موطن اختلافها عن القانون المصري ونظرائه- موردًا آخر يؤكد بطلان العقد لمخالفة المحل للقانون أو لكونه ممنوعًا فيه.

وعلى أية حال فإن الأصل- كما يبدو في الاتجاهات القانونية المختلفة- في قضية صلاحية أو عدم صلاحية المحل للتعامل أو في قضية مشروعيته- كما يطيب للبعض أن يسميها- يعود إلى (مبدئية النظام العام والآداب) بما لهما من مدلولات وضوابط معروفة، والتي سنلاحظها في ثنايا الحديث التالي:

أ. النظام العام:

ولعل أحسن ما قيل من تعريف بالنسبة إلى الشق الأول من هذا المبدأ، وهو النظام العام: ما قررته محكمة التمييز البلجيكية في حكم لها صادر بتاريخ ١٣/٤/١٨٩٣م: أن النظام العام هو كل «ما يعتبره القانون جوهريًا ويحيطه بحماية خاصة» أو بما عرفه عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ (جوليو دي لامونديير) بقوله عن فكرة النظام العام: بأنها «الفكرة التي تعبر عن ضرورة النظام والسلام داخل الدولة»^(١).

ولعل الأحسن من هذا وذاك- في نظرنا- ما صرح به مفصلاً الأستاذ الباحث

(١) انظر في هذه التعاريف ونحوها مصادر الالتزام ١/١٩٤ للدكتور عبد المجيد الحكيم.

الفرع الثالث: المحل

السنهوري^(١) بقوله: «تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد».

ويضيف هذا الباحث^(٢) بما يدل على أن دائرة النظام العام يمكن أن تضيق أو تتسع بحسب ما يمكن أن يتغلب به مذهب التضامن الاجتماعي أو المذهب الفردي، حيث يؤمن هذا المذهب الأخير بإطلاق الحرية للفرد بشكل يحول دون تدخل الدولة في شؤونه إلى حد بعيد، بينما يؤمن مذهب التضامن الاجتماعي بالقييد من حرية الفرد لتتولى هي - أي الدولة - إدارة معظم شؤونه حماية للطرف الضعيف.

ومن هنا نجد أن فكرة النظام العام نسبية يمكن أن تتسع أو تضيق بحسب المكان الذي تسود فيه أو الزمان الذي تنطلق من خلاله .. أي بحسب الظروف المكانية والزمانية.

كما يمكن أن يتضح لنا في نفس الوقت من فحوى التعريف المذكور: أن النظام العام هو أقرب إلى أن يكون مبدأ أو معياراً منه حكماً وموضوعاً.. الأمر الذي يقرب أو يصحح فكرة من يقول بجعل (صلاحية أو عدم صلاحية الشيء للتعامل) تعود إلى فكرة النظام العام والآداب وحدها.

أما بالنسبة إلى:

ب. الآداب:

وهو الشق الثاني من الفكرة المذكورة، فقد عرف أيضًا بأنه: «مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها، طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم

(١) مصادر الحق ٣/ ٨١.

(٢) المصدر نفسه ٣/ ٨٣.

الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكييفه^(١).

ومن هنا يبدو جلياً أن معيار الآداب هو معيار موضوعي يتحدد في ضوء ما تعارف وتواضع عليه الناس، الأمر الذي ينفي عنه صفة المعيارية (الذاتية) .. يضاف إلى هذا فهو معيار مرن ونسبي، شأنه في ذلك شأن (النظام العام) الذي سبقت الإشارة إليه ويتحدد وفق ظروف زمانية ومكانية معينة.

ومن كل هذا يتضح أننا ما دمنا ننطلق من صلاحية فكرة النظام العام والآداب لاعتبارها معياراً أو مبدءاً لتحديد ما هو قابل أو غير قابل من الأشياء والحقوق للتعامل بين الناس، فلا نرى من فائدة سوى التأكيد في ذكر بعض الروابط التي تتصل بالنظام العام والآداب والنص عليها بالذات دون الروابط الشائعة الأخرى، والنص إنما يكشف المخالفة ولا ينشئها.

ومن هذه الروابط أو الأحكام التي حرصت بعض التقنيات على ذكرها ما جاء في المادة ١٣٠/ف٢ من القانون المدني العراقي وما يطابقها من المادة ١٦٣/ف٣ من القانون المدني الأردني: «ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية».

الشيء الذي لا يصلح للتعامل:

وأيما ما كان الأمر بشأن تصوير فكرة النظام العام والآداب ومحاولة جعلها

(١) المصدر نفسه ٨١/٣.

الفرع الثالث: المحل

معيّاراً أو منطلقاً لبيان صلاحية أو عدم صلاحية المحل للتعامل، فإن ذلك لا يغنيانا - فيما نرى - عن بيان الموارد الأخرى التي ذكرناها آنفاً، والتي قلنا إن عدم صلاحية الشيء للتعامل إنما تعود إليها مضافاً إلى فكرة النظام العام والآداب نفسها.

وهذه الموارد كما أشارت إليها بعض النصوص القانونية والفقهية هي:

ثانياً: عدم صلاحية الشيء للتعامل المراجع إلى نص القانون:

سبق أن أشرنا إلى هذا المورد - ونحن نتحدث عن فكرة النظام العام والآداب - من أن بعض القوانين كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني قد حددت بالذات بعض الأشياء أو الروابط القانونية التي تأبى أن تكون محلاً للتعاقّد، وبخاصة ما يتعلق منها بأحكام الأحوال الشخصية، والإجراءات اللازمة للتصرف بالوقف والعقار ومال المحجور ومال الوقف ومال الدولة.. ونحوها مما ذكر قبل قليل في نص المادتين ١٦٣، ١٣٠ من القانونين العراقي والأردني.

بالإضافة إلى ذلك يلاحظ أن بعض النصوص القانونية قد خصت بعض المسائل والروابط الأخرى بعدم صلاحيتها أن تكون محلاً للتعامل، مثل (التركة المستقبلية) التي أشارت كثير من القوانين إلى عدم صحة التعامل فيها كما مرّ علينا آنفاً، ومثل «الآثار القديمة» التي حظرت كثير من القوانين الخاصة بالآثار التعامل فيها كقانون الآثار العراقي. كذلك حظرت المادة (٤٨) من القانون المدني المصري النزول عن الأهلية أو التعديل في أحكامها، وهكذا.

وبهذا نجد أن عدم المشروعية في هذه الأشياء إذا صارت محلاً للتعامل ناشئ من نص القانون عليها بالذات.

غير أن النص القانوني المتعلق بهذه الأشياء أو ببعضها على الأقل، لا يمكن أن ينشأ في الواقع من فراغ، وإنما لا بد من وجود عوامل أو أسباب خاصة تدعو إلى هذا

الحظر الوارد في صلب القانون، مثل كونها مخصصة للمنفعة العامة، أو كونها ذات طبيعة معينة تأبى على الناس التعامل فيها.

وبهذا لا تكون ثمة أهمية خاصة لاعتبار (النص القانوني) عنوانًا مستقلًا أو موردًا مجردًا لحظر التعامل بالأشياء.

ثالثًا: عدم صلاحية الشيء للتعامل بسبب طبيعته:

وهناك أشياء أخرى تأبى بطبيعتها أن تكون محلاً للتعامل لعدم إمكان الاستئثار بها استئثارًا خاصًا يمنع العامة من الانتفاع بها، مثل الهواء والفضاء وضياء الشمس ونور القمر، ومثل الأشياء المباحة أو المشاعة بطبيعتها كالمياه الطبيعية والعشب والكأ.

غير أنه إذا أمكن للبعض أن يحوز بمجهوده الخاص، شيئًا من هذه العناصر، كمن يحوز كمية من المياه، أو يستخلص شيئًا من الأكسجين المنتشر في الهواء ويجعلها جاهزة للاستعمال في أوعية أو أنابيب خاصة، فإن ذلك لا يمنع من وضعها موضع التعامل طالما قد حازها أو نالها الشخص بمجهوده الخاص.

رابعًا: عدم صلاحية الشيء للتعامل باعتباره مرصودًا للمنفعة العامة:

وقد ترجع عدم صلاحية الشيء للتعامل إلى تخصيصه للمنفعة العامة، وتعتبر الأشياء مخصصة أو مرصودة للمنفعة العامة، إذا هيأتها السلطة للانتفاع ومكنت عامة الناس من الاستفادة بها في أغراضهم العادية. لذلك أسماها البعض بالأموال العامة أو أموال الدولة كالمنشآت الحكومية من دوائر ومعسكرات وطرق وجسور واستحكامات. وكالمرافق والشواطئ العامة.. ولذلك أيضًا حكمت القوانين المختلفة بعدم جواز التصرف فيها أو التنازل عنها أو الحجز عليها وتملكها بالتقادم.

الفرع الثالث: المحل

غير أن القانون من جهة أخرى أثر أن يعطي الحق لبعض الأفراد في استخدام تلك المرافق استخدامًا خاصًا، أو إقامة بعض المنشآت عليها بصورة مؤقتة مثل الأكشاك والمظلات ونحوها بشكل لا يخرجها عن الغرض الذي خصصت له، وذلك انطلاقًا من المصلحة العامة.

وبهذا نختم البحث في (المحل) كعنصر من عناصر العقد وفي شرائطه الخاصة، لنمهد الطريق في الحديث عن السبب كعنصر آخر وأخير من عناصر العقد الرئيسة، والذي خصصنا له (الفرع الرابع) من هذا الباب.



الفرع الرابع

سبب العقد

ينطوي هذا الفرع الخاص بالسبب على المباحث التالية:

- تحديد المقصود بالسبب.
- النظريات التقليدية والحديثة في السبب.
- موقف التقنينات الوضعية من نظرية السبب.
- موقف الفقه الإسلامي منها.

توطئة وخطة

فكرة السبب في العقد أو الالتزام كانت مثار جدل واسع بين فقهاء القانون .. بحث ترك هذا الجدل أثره واضحاً على أحكام القضاء واجتهاداته، مثلما ترك أثره على التقنيات الوضعية ذاتها.

ويدور هذا الجدل أساساً حول محورين:

الأول: حول اعتبار السبب في ذاته - وبغض النظر عن نوعه ومدلوله - ركناً أو عنصراً من عناصر العقد. إذ ثمة جانب من الفقه يرى أن السبب بأي معنى اعتبر لا أثر له على تكوين العقد، مثلما أن عدمه لا أثر له على بطلانه، الأمر الذي يمكن معه الاستعاضة عن عنصر السبب بأحد العناصر القانونية الأخرى كالمحل، كما يمكن نشوء التصرف مجرداً عن سببه.

في حين يقضي جانب آخر من الفقه بوجود ذلك النحو من التأثير للسبب على العقد صحة وبطلاناً، فعن طريقه يمكن إبطال العقد في حالات لا يتسنى فيها إبطاله عند تخلف المحل أو غيره من عناصر العقد.

لكننا نعتقد أن عرض هذا النحو من الحوار^(١) والدخول في مجالاته أصبح اليوم قليل الجدوى، خاصة بعد أن استقر الرأي تشريعاً - وربما فقهاً - باعتبار السبب ركناً في العقد، كما هو الحال في المحل والتراضي، وإن اختلفوا من جهة أخرى - كما سنلاحظ - حول طبيعة وماهية هذا السبب المزعول ركناً في الانعقاد.

(١) ومن أراد الوقوف على هذا النمط من الحوار والآراء والنظريات التي قيلت في هذا الصدد، فبإمكانه الرجوع إلى المطولات من المصادر القانونية، وبخاصة المصادر الفرنسية ذات العناية بعرض النظريات.

المحور الثاني: ويدور - بعد التسليم بركنية أصل السبب - حول تحديد ماهية هذا السبب.. حيث يذهب البعض من الفقهاء إلى تفسيره بالبائع الدافع، في حين يذهب البعض الآخر إلى تفسيره بالغاية المباشرة أو الثمرة المرجوة من الالتزام - كما سنرى -.

وليان وجهات النظر المختلفة للفقهاء والقضاء في هذا المضمار، ثم لبيان موقف القوانين الوضعية، وموقف الفقه الإسلامي من ذلك.. علينا أن نرسم للبحث خطته التالية..

حيث سندرس في مبحث تمهيدي: المقصود بالسبب.

ثم نعرض في المبحثين (الأول والثاني) وجهتي النظر التقليدية والحديثة من نظرية السبب.. لنأتي بعدئذ إلى بيان موقف كل من التقنيات الوضعية والفقه الإسلامي من هذه النظرية اللذين سيحتويهما المبحثان (الثالث والرابع). ولا نريد بعد ذلك أن نثقل كاهل هذه الدراسة في عرض ما اعتاد عليه بعض شراح القوانين من بيان تاريخ نظرية السبب، وما رافقها من تحلف أو تطور أو تجديد عبر العصور المختلفة^(١) وذلك لحرصنا على إضفاء الصفة العلمية البحتة على هذه الدراسة، مضافاً إلى ما توخيناه في ذلك من الاختصار والتركيز وتجريد البحث من التفاصيل.

وعليه سوف ينطوي بحثنا في نظرية السبب على: المباحث الخمسة المذكورة بما فيها المبحث التمهيدي، والتي سندرسها تباعاً فيما يلي:

(١) انظر الوسيط، للدكتور عبد الرزاق السنهوري، الذي أفاض في عرض نظرية السبب في الفقه اللاتيني بما في ذلك البحث المتعلق بنشأة النظرية وتطورها - الجزء الأول، الفقرات ٢٤٢-٢٩٧. كما أنه - أي المؤلف - عمد إلى تلخيص البحث عن هذه النظرية في كتابه الموسوعي الآخر مصادر الحق، ج ٤، ص ٧-١٥ معتمداً على الوسيط المذكور. ولاحظ كذلك شرح القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ لمؤلفه الفقيه الفرنسي هيك HUC.

المبحث التمهيدي:

تحديد المقصود بالسبب

لتحديد المقصود بالسبب كعنصر من عناصر العقد أو الالتزام علينا أن نعرض للمعاني المختلفة التي وردت فيه:

فالسبب قد يطلق ويراد به واحدًا من المعاني الثلاثة التالية:

١. السبب .. بمعنى المصدر أو المنشئ للالتزام، أو الواقعة التي تبعث على إيجاد الالتزام بعد انعدامه، كالعقد، والإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب، ونحوها مما أسميناه اصطلاحًا بمصادر الالتزام.. بل لعلنا لا نخرج عن المقصود لو أطلقنا على هذا النوع من السبب بـ (العلة) وذلك لتناظر العلة والسبب من خلال منظورهما الفلسفي.

وعليه يسوغ لنا أن نطلق على هذا النوع من السبب (بالسبب المنشئ) أو (بالسبب العلي).

وواضح أن السبب بهذا المعنى لاصلة له بموضوعنا وهو تحديد المقصود بالسبب كركن في العقد.

٢. السبب بمعنى الغاية المباشرة أو الثمرة المرجوة من الالتزام، أي تلك التي تستخلص من العقد بصورة مباشرة، وهي غاية واحدة وثابتة لا تختلف باختلاف المتعاقدين ولا باختلاف الالتزامات في العقود ذات النوع الواحد،

(فالمؤجر) في عقد الإجارة مثلاً يلتزم - أيًا كان شخصه - بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين.. حيث يكون السبب المباشر لالتزامه هو الحصول على الأجرة، وبالمقابل (فإن المستأجر) ملتزم بدفع هذه الأجرة.. حيث يكون السبب المباشر لالتزامه هو التسلط على العين المؤجرة للانتفاع بها.

وهذه الغاية لا تختلف باختلاف عقود الإيجار، ولا باختلاف الأشخاص، فهي واحدة ومباشرة للعقد.. ولهذا يطلق على هذا النوع من السبب - وهي الغاية - بالسبب الموضوعي أو القصدي تمييزاً له عن السبب الذاتي أو النفسي الآتي بيانه.

ومعروف أن هذا التفسير للسبب هو الذي ترتبه النظرية التقليدية، وهو الذي تقف عنده هذه النظرية كما سنلاحظه.

٣. السبب بمعنى الباعث الدافع، أي الذي يدفع بالمتعاقدين إلى تحميل ذمته بالالتزام. وهذا الباعث يختلف باختلاف الأشخاص، فقد يكون الباعث لمن يستأجر داراً من أحد: أن يتخذ مسكناً أو مكتباً، كما قد يكون الباعث له أن يتخذ نادياً للقفار أو داراً للدعارة.. وما إلى ذلك من البواعث المشروعة وغير المشروعة.

وهذه البواعث - كما ترى - تختلف من شخص لآخر، بل لدى الشخص نفسه، فهي متغيرة ولكنها مرتبطة بالأشخاص ونوازعهم الخاصة. ولهذا وصف هذا النوع من السبب بالسبب الذاتي أو النفسي، كما أطلق عليه اصطلاحاً (بالباعث) تمييزاً له عن السبب القصدي الذي جرد بدوره عن الوصف فسمي بـ (السبب) وحده.

وعليه فالفرق بين (السبب) و (الباعث):

أ- أن السبب أمر ثابت وغير متغير في الفرع الواحد من العقود، بينما أن الباعث أمر متغير فيها.

الفرع الرابع: سبب العقد

- ب- وأنه، أي السبب، عنصر فني أو موضوعي، بينما أن الباعث عنصر ذاتي أو نفسي، أي خاص بالمتعاقدين ولا يمكن تحديده إلا بالرجوع إلى دوافعه ونواياه.
- ج- مضافاً إلى هذا فإن السبب: شيء داخلي ونابع من ذات العقد، في حين أن الباعث شيء خارجي عن العقد ولا يستخلص بالضرورة من طبيعته.

ودعنا نفسح المجال بعدئذ إلى تفسيرات وتطبيقات كل من السبب والباعث من خلال آراء أصحاب المدرستين التقليدية والحديثة فيما يلي:

◀ البحث الأول:

النظرية التقليدية في السبب

تنسب هذه النظرية في تكوينها وتقويمها إلى فريق من الفقهاء الفرنسيين الذين اشتهروا في عهد تطبيق القانون الفرنسي القديم، ومن أبرزهم الفقيه المعروف DOMAT دوما، حيث فسروا السبب بالغرض المباشر وأسموه بالسبب الموضوعي أو القصدي تمييزاً له عن السبب الذاتي أو النفسي، كما لاحظناه آنفاً.

وذلك للرد على فكرة القانون الفرنسي الذي كان سائداً آنذاك، والذي اعتمد الإرادة، لا الشكل، في تكوين العقد، بعد أن ربطها بالغرض الذي ترمي إلى تحقيقه^(١) وهو الموسوم (بالباعث الدافع)

ولكن هذا الاتجاه الذي اشتهر (بالنظرية التقليدية) لم يستقر أو يتأصل إلا بعد أن ناصره الفقيه الفرنسي المعروف Poithier وأخذ به القانون الفرنسي الجديد متجلياً في نص المادة ١١٣١ وما يليها.

ويتميز «السبب القصدي» المذكور الذي تبنته هذه النظرية بأنه أمر داخلي مرتبط بالعقد ارتباطاً مباشراً، وأنه شيء ثابت وغير متغير في الفرع الواحد من العقود، مضافاً إلى اعتباره عنصراً فنياً وموضوعياً، خلافاً (للباعث الدافع) في ذلك كله، كما رأينا من قبل ونحن نوازن بين المفهومين.

(١) انظر: مصادر الحق، للسنيهوري، ١٢/٤-١٤.

وهكذا يلاحظ طبقاً للنظرية المذكورة.

- أن سبب التزام التعاقد هو واحد في كل طائفة من طوائف العقود.
- وأنه لا بد أن تتوافر فيه شروط معينة تتمثل في الوجود والمشرعية والصحة.

وعليه يلزمنا أن نبحث هذين الموضوعين الآخرين في (مطلبين مستقلين) بعد أن تبيّنّا في المبحث السابق، وبشكل مفصل الفرق بين السبب القصدي والسبب الدافع، ومميزات كل منهما، كما يلزمنا أن نبحث في (مطلب ثالث) ما وجه إلى هذه النظرية من ملاحظات ثلاثة:

المطلب الأول: وحدّ السبب في كل طائفة من طوائف العقود

يختلف السبب القصدي أو المباشر في ضوء ما تقوله النظرية التقليدية، باختلاف طوائف العقود فلكل طائفة منها سببه المباشر الخاص الذي لا يتغير من عقد لآخر من عقود هذه الطائفة وتطبيقاتها، ولكل منها موضوعه الخاص وغايته الملحوظة لدى سائر الأطراف. ولا نريد أن نعرض لما ذكره الفقهاء في هذا المجال من تفصيلات وتطبيقات واسعة بشأن كل طائفة من طوائف العقود المعروفة والمأثورة، وإنما يكفي أن نشير إلى بعضها ما دامت الفكرة الرئيسة عن الموضوع واضحة، مضافاً إلى ما نراه من عدم جدوى النظرية التقليدية نفسها.

فبالنسبة إلى طائفة العقود المعاوضة الملزمة للجانبين، نجد أن التزام أحد الأطراف فيها هو سبب التزام الطرف الآخر. فسبب التزام المؤجر - مثلاً - من تمكين المستأجر بالانتفاع بالعين، هو التزام المستأجر بأداء الأجرة. وبالمقابل فإن سبب التزام المستأجر بأداء الأجرة هو التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالمحل.

ومثله فإن سبب التزام البائع بنقل ملكية العين المبيعة هو التزام المشتري بأداء

التمن.. وبالمقابل فإن سبب التزام المشتري بأداء هذا الثمن هو متعلق بالتزام البائع بنقل ملكية تلك العين المبيعة.. بمعنى أن الغرض المباشر الذي أراده أو استهدفه المشتري هو الحصول على الشيء المباع، والغرض المباشر الذي استهدفه البائع هو الحصول على الثمن.

وتسري هذه القاعدة على مختلف أصناف العقود التبادلية الأخرى.

أما بالنسبة إلى طائفة العقود العينية مثل عقد القرض وعقد الوديعة، والرهن الحيازي، فقد أوضحت النظرية أن سبب الالتزام فيها يعود إلى القيام بالأداء أو التسليم. فسبب التزام المقرض أو المودع لديه مثلاً بالرد هو سبق تسلم مبلغ القرض أو الشيء المودع لديه.

وهكذا قيل: بناءً على وجهة نظرهم: إن السبب في عقود التبرعات - وهي الطائفة الثالثة من العقود التي عرضوا لها مثل عقد الهبة وعقد العارية - هو نية التبرع ANIMUS DONANDI فسبب التزام المتبرع له هو قصد التبرع، أي الرغبة في منح الموهوب له شيئاً دون مقابل.

ومن كل هذا يلاحظ أن (السبب) في كل طائفة أو نوع من أنواع العقود المذكورة هو واحد وثابت لا يتغير بتغير المتعاقدين أو تغير دوافعهم ونواياهم، بخلاف (الباعث) فإنه كما لاحظنا يمكن أن يتغير بتغير الأشخاص وغاياتهم.

المطلب الثاني، شروط السبب القصدي

شرطت النظرية التقليدية لتحقيق السبب كعنصر من عناصر العقد الرئيسة أن تتوافر فيه شروط ثلاثة^(١) هي:

(١) انظر في تفصيلات هذه الشروط، مصادر الحق، للسنيهوري ١٨/٤ - ٢٢. الأصول العامة للقانون، للدكتور توفيق فرج، ص ٥٤٩ - ٥٥٦. مصادر الالتزام للحكيم، ١/ ٢٢٠ - ٢٢٢.

أولاً: وجود السبب:

تبنى هذه النظرية- في جملة ما تتبناه من شروط- أن يكون العقد ناشئاً عن سبب هو الغرض المباشر أو الثمرة المرجوة التي تتجه إليها الإرادة، فإذا ما تخلف هذا السبب اعتبر العقد باطلاً وغير قائم بين أطرافه، على أنه لا يصح اعتبار السبب متخلفاً أو غير موجود إلا إذا كان الطرفان المتعاقدان على معرفة بذلك.

ويمكن أن يتجلى تخلف هذا الشرط في بعض الأمثلة التي ساقها أصحاب هذه النظرية للتدليل بها على نظريتهم.

ومن ذلك ما يعرف بسند المجاملة *Effect de Complaisance* وصورته أن يحزر شخص لآخر سنداً، مثل (الكمبيالة أو السند الأذني) يقر فيه بالمديونية لهذا الشخص الآخر، مع أنه في واقع الأمر ليس مديناً له. وإنما لجأ إلى ذلك فلتلبية حاجة هذا الشخص، الذي قد تربطه به علاقة وثيقة كي يستطيع أن يحصل بدوره على المبلغ المحرز في السند عن طريق تحويله. على أن يتم تسديد ما يقابله وقت استحقاقه إلى من حرر هذا السند. وبذلك يلاحظ أن العلاقة بين الطرفين في السند هي علاقة صورية، بحيث إذا طوّل المدين- المحرز- بتسديد المبلغ استطاع أن يدفع ببطان السند لانعدام السبب، أما حامل هذا السند فلا يسوغ للغير الاحتجاج ضده بتخلف السبب طالما كان حسن النية.

على أن تخلف السبب يمكن أن يتجلى بصورة أوضح بعد إبرام العقد، وخاصة بالنسبة إلى العقود الملزمة للجانبين، حين يمتنع أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه بصورة طوعية، أو يستحيل عليه ذلك لسبب من الأسباب الخارجة عن إرادته. فإن سبب التزام هذا الطرف يعتبر غير موجود بعد أن كان موجوداً. وبذلك يمكن التمسك في بطلان هذا النمط من الروابط (بدعوى الدفع بعدم التنفيذ) أو (بدعوى الفسخ) أو بنحوها من الدعاوى التي أقرها ونظمها القانون.

ثانيًا: صحة السبب:

ومضافًا إلى ذلك شرط أصحاب النظرية التقليدية أن يكون السبب صحيحًا، أي غير موهوم أو صوري. ذلك أن السبب الموهوم أو الصوري، أو بالأحرى السبب غير الصحيح، لا مجال لأن يترتب عليه التزام، كمن يبيع حصة في شركة من شركات المساهمة معتقدًا أن له أسهمًا فيها ثم يتبين خلاف ذلك. فهذا النوع من البيع يعتبر باطلاً لأن سببه كان موهومًا.

ومثله من يحرر هبة في صورة بيع. فالهبة تعتبر باطلة لصورية السبب. ونحو ذلك من الأمثلة.

ثالثًا: مشروعية السبب:

أما الشرط الثالث الذي شرطه أصحاب هذه النظرية، فهو أن يكون السبب مشروعًا. والمقصود بهذه المشروعية: أن يكون السبب غير منهي عنه في القانون، أو غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

ومشروعية السبب عند هؤلاء تختلف عن مشروعية المحل، إذ يجوز أن يكون محل العقد مشروعًا، في حين يكون سببه مفتقرًا إلى هذه المشروعية. ويستشهدون في ذلك ببعض الأمثلة، منها ما لو اتفق شخص مع آخر على ارتكاب عمل محظور في القانون، أو على الامتناع عن ارتكابه، مقابل مبلغ معين من المال. فهذا النحو من الاتفاقات تعتبر اتفاقات أو عقودًا باطلة، لا من حيث محلها، فإن المحل، وهو دفع مبلغ من النقود قضية مشروعة، وإنما من حيث سببها الذي يتضمن تعهدًا بارتكاب جريمة أو الامتناع عن ارتكابها، وهما أمران غير مشروعين لمخالفتها للقانون.. وواضح أن الامتناع عن ارتكاب جريمة هو واجب قانوني مفروض لا يسوغ تقاضي الأجرة عليه.

المطلب الثالث: نقد النظرية

واجهت النظرية التقليدية المذكورة، بعد أن سادت فترة غير يسيرة بين الأوساط الفقهية، جملة من الانتقادات والطمعون، أثرت على مركزها كنظرية متماسكة ومقبولة.

وقد وجهت هذه الانتقادات بصورة خاصة إلى شروط النظرية في السبب والتي أتينا على ذكرها فيما سبق، ومن ذلك أن شرط وجود السبب يمكن الاستغناء عنه، وبالتالي عن فكرة السبب ذاتها: بقواعد الصورية.. أو بنظرية الغلط أو نحوه من العيوب التي تلحق الإرادة.

فسند المجاملة الذي ضرب مثلاً لشرط الوجود، يمكن إبطاله لا لانعدام السبب أو عدم وجوده، وإنما لصورية السند وعدم مطابقته للحقيقة وباطن الإرادة.. فقواعد الصورية في هذه الحالة الثابتة قانوناً، تكفي لإبطال السند وما في مضمونه من تعهد أو اتفاق! كما أنها في ذات الوقت تغني عن فكرة السبب.

وهكذا يمكن أن نتوصل إلى إبطال جملة من العقود والاتفاقات الواقعة ضمن طوائف العقود المذكورة آنفاً إذا ما توفرت أسباب البطلان: بعناصر أو شرائط أخرى غير شرط وجود السبب، كانهدام المحل، أو انعدام الرضا، أو حتى بواحد من عيوب الإرادة.

كما أن (شرط صحة السبب) يمكن الاستغناء عنه بشرائط أو عناصر أخرى، الأمر الذي دعاهم إلى القول بعدم وجود معنى لوضع هذا الشرط في العقد. فهذا الشرط - في حقيقته - إما أن يكون ترديداً لشرط المشروعية، أو ترديداً لشرط الوجود. ذلك أن وهمية السبب إما أن تكون وهمية عمدية، وتلك هي الصورية بمعناها الدقيق، علماً بأن الصورية في ذاتها لا تبطل العقد أو الالتزام طالما لم تستخدم لستر أمر غير مشروع. وإما أن تكون وهمية غير عمدية ولا قصدية، وذلك هو الغلط

في السبب الذي هو في النتيجة عبارة عن السبب غير الموجود^(١).

أما بالنسبة إلى شرط مشروعية السبب في التعاقد، فيمكن الاستعاضة عنه هو الآخر بشرائط أو عناصر أخرى لا تمت لفكرة السبب بسبب، فنحن لا يمكن - والرأي بعد لنقاد النظرية التقليدية - أن نتصور فكرة مشروعية السبب بالنسبة إلى أي من طوائف العقود المار ذكرها والتي اعتبرت مجالاً لتطبيق النظرية، إذ ليس من المفهوم ولا من المقبول أن نصف التسليم باعتباره سبباً في العقود العينية بالمشروعية، وإنما باعتباره واقعاً على محل، وعليه فإن مناط المشروعية وعدمها متعلق بالمحل وليس بالتسليم كسبب في هذه العقود.

ومثله لا يمكن تصور عدم المشروعية في (نية التبرع) باعتبارها تمثل السبب المباشر في عقود التبرعات.. الأمر الذي حدا ببعض أنصار النظرية التقليدية أنفسهم - ومنهم كاييتان - أن ينجح إلى اعتبار السبب هو الباعث الدافع للتبرع، وليس نية التبرع ذاتها^(٢).

ومن كل هذا يمكن أن يلاحظ أن التبريرات التي قامت عليها النظرية التقليدية في تبني الشروط المذكورة في السبب، هي تبريرات غير مقبولة عند جمع من الفقهاء، وذلك لإمكانية الاستعاضة عنه - كما هو الواقع بشرائط أو عناصر أخرى، مما رأيناها آنفاً.

بيد أننا في نفس الوقت نرى أن محاولة نفي كل تلك الشروط التي تقوم عليها النظرية التقليدية في السبب، أمر يحتاج إلى نظر وتدبر، وبخاصة إلى شرطية وجود السبب، فهو شرط يصعب الاستغناء عنه في بعض طوائف العقود المذكورة، فإن

(١) انظر: شرح القانون المدني الجزائري، للدكتور سوار، ص ١٠٧-١٠٨.

(٢) السنيهوري في مصادر الحق، ٢٥/٤.

الفرع الرابع: سيب العقد

إبطالها ربما لا يتم إلا بالاستناد إلى انعدام السبب، أي انتفاء وجوده.

وهكذا تنتهي من عرض فكرة النظرية التقليدية في السبب وما وجه لها من انتقادات وطعون، ونتولى بعدئذ عرض ما تذهب إليه النظرية الحديثة في موضوع السبب:

الفصل التمهيدي

التعريف بالإرادة المنفردة

وظائفها وما يميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية

تعريفات

قبل البحث في وظائف الإرادة المنفردة وما يميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية علينا أن نحدد المقصود بالإرادة ذاتها وكونها موصوفة بالانفراد:

(١) التعريف بالإرادة ذاتها:

تقتضينا الدقة العلمية قبل تحديد المقصود (بالإرادة المنفردة) كمصطلح قانوني أن نحدد المراد بـ (الإرادة) ذاتها مجردة عن وصفها بالانفراد.

حيث تطلق الإرادة (لغة) ويراد بها (المشيئة) المبنية على الرغبة والاختيار، من راد يروود الشيء إذا سعى إليه ومضى في سبيله^(١).

أما الإرادة في الاصطلاح فقد عرفت بأنها: «صفة من شأنها ترجيح أحد الجائزين على الآخر». أو أنها على حدّ تعبير أو تعريف آخر: «صفة مخصصة لأحد طرفي المقدور بالوقوع».

ولكن هذه الطائفة من التعريفات ونحوها وإن صدرت عن بعض الفقهاء الشرعيين، فهي إنما تعبر عن اتجاه فلسفي وليس عن اتجاه فقهي أو قانوني^(٢).

لذلك أرى انسجامًا مع التوجهات الفقهية والقانونية أن نعرف الإرادة بأنها:

(١) راجع بتفصيل مادة (رود) التي وردت في بعض معاجم اللغة وفي مقدمتها لسان العرب لابن منظور والقاموس المحيط للفيروز آبادي.

(٢) أورد هذه التعريفات: د. محمد بحر العلوم، عيوب الإرادة، ص ٢٣-٢٤.

تعريفات

قبل البحث في وظائف الإرادة المنفردة وما يميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية علينا أن نحدد المقصود بالإرادة ذاتها وكونها موصوفة بالانفراد:

(١) التعريف بالإرادة ذاتها:

تقتضينا الدقة العلمية قبل تحديد المقصود (بالإرادة المنفردة) كمصطلح قانوني أن نحدد المراد بـ (الإرادة) ذاتها مجردة عن وصفها بالانفراد.

حيث تطلق الإرادة (لغة) ويراد بها (المشيئة) المبنية على الرغبة والاختيار، من راد يروود الشيء إذا سعى إليه ومضى في سبيله^(١).

أما الإرادة في الاصطلاح فقد عرفت بأنها: «صفة من شأنها ترجيح أحد الجائزين على الآخر». أو أنها على حدّ تعبير أو تعريف آخر: «صفة مخصصة لأحد طرفي المقدور بالوقوع».

ولكن هذه الطائفة من التعريفات ونحوها وإن صدرت عن بعض الفقهاء الشرعيين، فهي إنما تعبر عن اتجاه فلسفي وليس عن اتجاه فقهي أو قانوني^(٢).

لذلك أرى انسجامًا مع التوجهات الفقهية والقانونية أن نعرف الإرادة بأنها:

(١) راجع بتفصيل مادة (رود) التي وردت في بعض معاجم اللغة وفي مقدمتها لسان العرب لابن منظور والقاموس المحيط للفيروز آبادي.

(٢) أورد هذه التعريفات: د. محمد بحر العلوم، عيوب الإرادة، ص ٢٣-٢٤.

«توجه كامن في النفس يرمي إلى تحقيق أمر وتجسيده بمظهر خارجي، بحيث يترتب عليه إنتاج أثر معتد به قانوناً، أو شرعاً».

التعريف بالإرادة المنفردة:

ولكن تلك الإرادة:

- قد تنهض مستقلة وبمفردها لإنتاج أثرها القانوني.
- وقد تفتقر - كما هو الغالب - إلى إرادة أخرى تقترن بها وتشارك معها في إنتاج هذا الأثر.

ولهذا قسموا التصرفات القانونية (ACTES Juridique) الملزمة والقائمة على الإرادة إلى:

- تصرف قانوني ثنائي أسموه بالعقد.
- وتصرف قانوني أحادي أسموه بالإرادة المنفردة

فالعقد Contract - كما مرت دراسته - هو: عبارة عن «تصرف قانوني يقوم على ارتباط إرادة بأخرى تطابقها لإحداث أثر ملزم ومعتد به قانوناً»، أي أنه يتوجب لإلزامه وتماحه وجود إرادتين مترابطتين، ومتجهتين لترتيب أثر من الآثار التي يعترف بها القانون كما سنرى.

أما الإرادة المنفردة، فهي عبارة عن «تصرف قانوني صادر من جانب واحد ومتجه إلى إحداث أثر ملزم ومعتد به قانوناً» دون أن يتوقف على إرادة مقابلة أخرى، تدخل معها كعنصر جوهري في تكوين هذا التصرف. أو هي على سبيل الدقة: «كل تصرف قانوني استبد به طرف واحد» وهذا ما سنلاحظه مفصلاً في ثنايا المباحث التالية:

◀ الفرع الأول:

وظائف الإرادة المنفردة

لا خلاف بين الفقهاء أن الإرادة الواحدة قادرة بطبيعتها على أداء وظائف قانونية متنوعة في غير مجال إنشاء الالتزام، لعل من أبرزها وأهمها ما يلي:

١. إنهاء الالتزامات أو الحقوق الشخصية وإسقاطها عن الذمة، كما في إبراء الدين^(١) فإن الإبراء من الدين هو حق للدائن وحده يستطيع أن يستبد به ويمارسه بإرادته المنفردة، دونها حاجة إلى تعليقه على إرادة أخرى.
٢. إثبات بعض الحقوق الشخصية الناشئة عن عقد قابل للإبطال، وذلك عن طريق الإجازة، حيث تعتبر هذه الإجازة سبباً مؤثراً لإبقاء الحق الشخصي واستمراره، علماً بأن الإجازة هي عبارة عن تصرف قانوني ناشئ عن إرادة منفردة يعبر فيه العاقد، الذي تقرر الإبطال لمصلحته، عن رغبته في النزول عن حقه في التمسك بالإبطال^(٢).
٣. الإقرار بما قام به الغير من تصرف تتعكس في النتيجة آثاره عليه، كإقرار الموكل

(١) الإبراء في الفقه القانوني: هو عبارة عن تصرف قانوني ينزل بموجبه الدائن عن حقه تجاه المدين مختاراً بدون مقابل وبتامه ينقضي الالتزام، وبنفس المعنى تقريباً يعرفه بعض الفقهاء المسلمين: بأنه إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر بغير عوض .. راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١، ص ١٤٢، وراجع: د. بدر يعقوب، الإبراء أعقد هو؟ أم تصرف بإرادة منفردة؟ مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٧، العدد ٢، ص ٤٥.

Planioi, et Ripert: Traite De Droit Civil Fransais, 2nd Edition. T.7. No: 1104-
Gazatte du Palais Repertoure Fncyclopedique du Drtoit Francais V. Rimise de Dette P.A>

(٢) نبيل سعد، مبادئ القانون، ص ٤٠٠.

بتصرف الوكيل، وإقرار القاصر بعد بلوغه بما تصرف به الولي أو الوصي إذا ما تجاوز الحدود المرسومة له في مثل (النيابة القانونية).

والإقرار كالإجازة هو عبارة عن تصرف قانوني يصدر عن مشيئة واحدة، غير أنه يلزم أن يرد على عقد صحيح خلافاً للإجازة التي يفترض أن ترد على عقد قابل للإبطال، والتي يلزم أن تصدر من طرف المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته^(١).

وعليه فإن الإقرار الذي نقصده في هذا المجال يختلف عن الإقرار الذي يعتبر بيّنة مجردة يقتصر دورها على الاعتراف أمام المحكمة بحق عليه لآخر^(٢).

على أن البعض من الفقهاء المسلمين كالكاساني في بدائعه^(٣)، قد اعتبر الإقرار حتى في صورته الأخيرة - من حيث كونه دليلاً من أدلة الإثبات - تصرفاً قانونياً لا يختلف عن التصرفات الأخرى الصادرة عن إرادة منفردة، ولكننا لا نميل إلى هذا الاتجاه لأن الإقرار بهذه الصفة ما هو إلا إخبار وليس إنشاء دالاً على تصرف شرعي منتج.

٤. إنشاء بعض الحقوق العينية كما هو الحال بالنسبة إلى الحقوق الشخصية أو الالتزامات، كما في الوصية .. حيث يمكن للموصي أن ينشئ بإرادته المنفردة حقاً عينياً لشخص مضافاً إلى ما بعد الموت^(٤).

(١) نبيل سعد، مبادئ القانون، ص ٤٠١، وانظر د. السنهوري في الوسيط، ج ٢، ص ١٧٧٨. محمود جمال الدين زكي، الوجيز ص ٤٣٢، ط ٣. أبو السعود، مبادئ الالتزام، ص ٢٩٧. - وإلياس Eluas ٣١ في نظرية القوة الملزمة للإرادة المنفردة، باريس ١٩٠٩.

(٢) انظر قانون اليتيمات الجزائري م ٩٣ د. وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائري، ص ٣٢. جلال عدوي، مبادئ الإثبات، ص ١٢٦، الذي اعتبر تبعاً لقوانين الإثبات المصرية الإقرار من جملة أدلة الإثبات.

(٣) بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٠٧ فما بعدها.

(٤) انظر د. حسن الذنون، أصول الالتزام، ص ١٩٦.

- د. محمد وحيد سوار، النظرية العامة للالتزام، ص ٤٣٣، ج ١.

الفصل التمهيدي: التعريف بالإرادة المنفردة

والوصية كما عرفت، بعض النصوص التي سيأتي الحديث عنها مفصلاً هي:

«تصرف أحادي بحت، لكن أثر الإرادة العزلاء فيها يثبت بالموت»^(١).

كذلك تستطيع الإرادة المنفردة أن تضطلع بوظيفة التنازل عن بعض تلك الحقوق العينية، كالتنازل عن حق الامتياز، مثل المؤجر يتنازل عن حقه - وهو حق امتياز - في المنقولات التي تركها المستأجر في العين المؤجرة - دون أن يدفع الأجرة المطلوبة .. وبذلك يبقى حقه في أصل الأجرة محسوباً ضمن حقوق بقية الغرماء .. وكالتنازل عن حق ارتفاق، أو حق رهن من الرهون المقيدة^(٢).

٥. التنازل عن بعض الحقوق الذهنية، كالتنازل عن حق المخترع في براءة الاختراع.

وذلك تطبيقاً للفكرة العامة التي تقضي بأن الإرادة المنفردة صالحة بذاتها لأداء وظيفة التنازل عن بعض الحقوق التي بضمنها وفي مقدمتها الحقوق المتعلقة بالفكر.

٦. ثم إن دور الإرادة المنفردة في إنتاج الآثار أو الوظائف قد يمتد إلى الروابط العقدية تأكيداً لها أو إلغاء. كالإجازة التي تلحق العقد القابل للإبطال فتجعله صحيحاً وسارياً والتي مر الحديث عنه. وكقرار الموكل بعزل الوكيل، وقرار رب العمل بإلغاء العقد المبرم بينه وبين العامل، وقرار كل من المؤجر والمستأجر بفسخ العقد في أي وقت أراد، والقرار بإنهاء عقد الشركة من قبل أحد الشريكين^(٣).

(١) انظر المادة ٩٨٥ من القانون المدني الجزائري، ولاحظ المادتين ١، ٢ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ المصري.

(٢) انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ١٧٧٨.

- د. محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ص ٤٣٢، ط ٣.

(٣) راجع المادة ٢٠٠٣ مدني فرنسي، والمادة ٥٢٩/٦٥٠ من القانون المدني المصري السابق .. وانظر المادة ١٨٧٠ مدني فرنسي بشأن عقود إجارة الأشخاص وأهل الصناعة، والمادة ١٨٦٩ فرنسي بشأن إنهاء عقد الشركة بالإضافة إلى المادة ٥٤٤/٥٤٢ مدني مصري سابق.

٧. بل إن وظيفة الإرادة الواحدة استقلالاً قد تمتد حتى إلى العلاقات غير المالية، كما في حالة «الطلاق» من حيث إن زمام الطلاق هو «يد من أخذ بالساق» على حدّ تعبير بعض الروايات. وكما في حالة (النذور) المتعلقة بالطاعات والقربات العبادية، وكما في حالة الإنكار كوسيلة من وسائل التحلل من المسؤولية أو حالة اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات. ونحو ذلك من الحالات أو الوظائف المتعددة التي يمكن للإرادة المنفردة أن تنتجها بنفسها وعلى نحو الاستقلال من دون أن تتوقف على إرادة أخرى.

خلاصة:

وكل هذه الوظائف لا خلاف بل لا يكاد يحصل خلاف بشأن إمكانية تأثير الإرادة المنفردة لوحدها في إنتاج بعض التصرفات القانونية، وإنما الخلاف هو بشأن إمكانية تأثير الإرادة المنفردة لوحدها في إنشاء الالتزام أو الحقوق الشخصية دون اقترانها بالإرادة الأخرى. وهذا سنبحثه في المجالات التالية:

◀ الفرع الثاني:

تمايز الإرادة المنفردة عن غيرها من الأوضاع القانونية المشابهة

تمهيد:

قد يلتبس مصطلح الإرادة المنفردة الذي سبق أن حددناه: بغيره من المصطلحات والأوضاع القانونية المشابهة .. الأمر الذي قد يوجب شيئاً من الاختلاط في تطبيق الأحكام وتحديد الآثار، لذلك آثرنا في هذا البحث أن نعرض لتحديد وضبط هذه المصطلحات والأوضاع القانونية في حدود ما يميزها ويفرزها عن فكرة الإرادة المنفردة وعلى النحو التالي:

١) العقد الملزم لجانب واحد Contract unilateral:

هو في الواقع عقد لا يختلف عن غيره من أنواع العقود سوى في كونه لا يرتب التزاماً إلا على جانب واحد من جانبي العقد، كعقد الهبة الذي يوجب على الواهب - وهو المدين - أن يقدم إلى الموهوب له - وهو الدائن - ما تبرع به من مال، دون أن يرتب على هذا الأخير أي التزام مقابل.

ومن جهة أخرى فإن هذا النوع من العقد الملزم لجانب واحد يظل يختلف عما أسماه في الاصطلاح بـ «العمل القانوني الصادر من جانب واحد» والذي تتردد فكرته في هذا المجال، ذلك أن هذا النمط من العمل القانوني إنما يقوم في جوهره على

مشيئة قانونية واحدة، أي على إرادة مستقلة منفردة، خلافاً للعقد الملزم لجانب واحد أو الملزم لجانبين - فإنه يلزم أن يقوم على إرادتين مترابطتين، وهما إرادة الموجب وإرادة القابل.

ولعله من هنا وصف البعض العمل القانوني الصادر من جانب واحد - والمماثل لفكرة الإرادة المنفردة - : أنه أحادي المنشأ وأحادي الأثر، بينما وصف العقد الملزم لجانب واحد بأنه ثنائي المنشأ وأحادي الأثر، كما يمكننا بالمقابل وصف العقد الملزم لجانبين أنه ثنائي المنشأ وثنائي الأثر.

وعليه فإن التعبير (من جانب واحد) إذا أضيف إلى العقد فإنه ينصرف إلى الأثر وليس إلى النشوء، وإذا أضيف إلى العمل القانوني فإنه يقتضي أن ينصرف إلى نشوئه لا إلى أثره^(١)، وبذلك يلزم عدم الخلط بين مصطلح العقد الملزم لجانب واحد، وبين العمل القانوني الصادر من جانب واحد، فالمصطلح الأول يقوم، كما مرّ، على إرادتين اثنتين ومترابطتين، بينما يقوم الثاني على إرادة أحادية، وإن كانت تجمعها فكرة التصرف الإرادي وصفة الجانب الواحد.

(٢) العقد والإرادة المنفردة:

ويلزمنا من باب أولى أن نشير إلى ضرورة عدم الخلط بين العقد ذاته - سواء ما كان منه ملزماً لجانب واحد أو لجانبين - وبين الإرادة المنفردة وهي المعبرة عن فكرة العمل القانوني الصادر من جانب واحد المار الذكر، إذ أن التفرقة بينهما واضحة في هذا الشأن، فهذه تقوم - كما مرّ - على مشيئة أحادية غير مرتبطة بأخرى، في حين يقوم العقد على مشيئتين اثنتين مترابطتين.

ونسوق هذه الملاحظة للرد على ما أملاه البعض بأن العقد لا يقتصر - في

(١) انظر في هذا: أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ص ٤١١. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ج ١، ص ٤٥. محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، ص ٣٠٤.

مفهومه العام- على التصرفات المبنية على إرادتين، وإنما يمكن أن يتناول أيضًا تلك التصرفات المبنية على إرادة واحدة، موضحًا بأن العقد في مفهومه العام يمكن أن يستوعب جميع التصرفات أو الالتزامات التي تترتب عليها آثار شرعية، بما فيها تلك التي تتم بإرادة واحدة^(١)، الأمر الذي دعاه- وهو يضع خطة كتابه الموسوم بـ (المعاملات الشرعية المالية)- أن يقسم العقود إلى طوائف، جعل من بينها- بالإضافة إلى قسم المعاوضات كالبيع والتجارة- كلاً من قسم التبرعات كالهبة والوصية والإعارة والإبراء والكفالة، وقسم الإسقاطات كالوقف والطلاق والعتاق، مع أن هذه الأقسام لا تقوم في الأصل إلا على إرادة واحدة فحسب.

إذ ليس من الدقة والمنطق في شيء أن نضع هذه الأقسام الأخيرة تحت مظلة العقود، طالما كان لها طابعها ومقاسها ومفهومها الخاص الذي يميزها عن غيرها من التصرفات باعتبارها تقوم على إرادة واحدة.

ولعل البعض من الفقهاء القدماء - وهو الدسوقي - لم يفته في حينه أن يتنبه إلى هذا النوع من التفرقة بين العقد والإرادة المنفردة، حيث صرح بأن: «العقد هي ما تتوقف على إيجاب وقبول وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات، ولا تتوقف على إيجاب وقبول»^(٢).

كما عمد صاحب شرائع الإسلام تقسيم كتابه إلى أقسام رئيسة أربعة جعل من بينها العقود والإيقاعات .. حيث أراد بالإيقاعات. ما نريده الآن تقريبًا، بل تحديدًا بالإرادة المنفردة .. فهي قصد أو تصرف صادر من جانب واحد:

(١) انظر في ذلك أحمد إبراهيم في كتابه: المعاملات الشرعية المالية، ص ٨١، وكتابه الآخر «الالتزامات في الشرع الإسلامي» ج ٢، ص ٥٢-٥٧ الذي قسم العقد إلى عقد ذي ماهية بسيطة وعقد ذي ماهية مركبة، وأشار إلى أنه مفروق منه.

(٢) انظر السنهوري، مصادر الحق، ج ١، ص ٧٤-٧٥.

(٣) العهد والإرادة المنفردة:

أ. العهد في اللغة: تطلق كلمة (العهد) - لغة - ويراد بها عدة معاني، من أبرزها: الوصية، والموثق، والضمان، واليمين التي تستوثق بها ممن عاهدك، والتقدم إلى المرء بشيء^(١)، ونحوها من المعاني التي توحى بما توحى به بعض صور الإرادة المنفردة.

ومن العهد تشتق كلمة (المعاهدة)، ولكنها - أي المعاهدة - مفهوم يدل على الترابط بين إرادتين. إذ فسرت بأنها ميثاق يكون بين شخصين أو جماعتين، وفي القانون الدولي «اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم العلاقات بينها» .. سواء كانت هذه العلاقات علاقات سياسية أو اقتصادية أو أمنية أو نحوها.

ب. العهد في الاصطلاح: أما العهد في الاصطلاح فيراد به في أشهر معانيه: الميثاق الذي يأخذه الإنسان على نفسه لصالح شخص آخر، بحيث يجعله صاحب حق شرعي عليه، في أي حق من حقوقه، دون أن يتوقف ذلك على قبوله أو رضائه^(٢). بل دون أن يتوقف ذلك حتى على إذن أحد خلافاً للنذر واليمين اللذين قد يتوقفان على إذن الزوج أو الوالد.

ويبدو أن العهد بمدلوله هذا، يمكن أن يلتقي بفكرة الإرادة المنفردة باعتبارها مصدرًا للالتزام. لذلك فإننا لا نجد حرجاً لو أطلقنا مصطلح العهد على (الإرادة المنفردة) بمفهومها المذكور. ويدعم هذا الاتجاه ما صرح به البعض من الباحثين المسلمين^(٣) - وهو يقابل ويقارن بين فكرة العقد وفكره العهد - «بأن العقد فيه معنى الاشتياق والشد ولا يكون إلا بين اثنين، والعهد قد ينفرد به واحد» كما هو سائد.

(١) واتسع معناها في معظم المعاجم اللغوية، إلى كل ما يدل على الزمة، والالتقاء، والأمان، والعلم، انظر القاموس المحيط، والوسيط في اللغة في مادة (عهد).

(٢) بهذا المعنى جاء في، نظرية الالتزام للعطار، الكتاب الأول، ص ٢٨٦.

(٣) تفسير الألويسي، ج ٢٢، ص ٢٣٩، عن مصادر الحق، ج ١، ص ٧٥.

بل لعل مصطلح العهد ومركزيته في الفقه والقانون يمكن في تقديرنا أن يكون أكثر دلالة وخاصة على فكرة إنشاء الالتزام من مصطلح (الإرادة المنفردة) بمفهومها العام. حيث إن هذه الإرادة كمفهوم عام مثلما يمكن أن تتسع لإنشاء الالتزام مثلما يمكن أن تتسع لإسقاط هذه الالتزامات أو الحقوق بالتنازل أو الإبراء منها، أو لتأكيدا أو نفاذا كما في الإجازة التي تلحق العقد القابل للإبطال فتجعله صحيحًا ونافذًا.

وبالتوفيق يارب دعواتكم

زينه القحطاني أمولى ♡
ر