



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه
شعبة: الحقوق، تخصص: القانون الخاص
الموسومة بـ:

جدلية ركنية السبب في التصرفات القانونية
—دراسة مقارنة—

تحت إشراف:
أ.د. رياحي أحمد

إعداد الطالب:
حاج بن الزعر شارف

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة الشلف	أستاذ	أ.د. حاج بن علي فحّ
مشرفا ومقررا	جامعة الشلف	أستاذ	أ.د. رياحي أحمد
ممتحنا	جامعة تيارت	أستاذ	أ.د. مقني بن عمار
ممتحنا	جامعة غليزان	أستاذ	أ.د. عليان عدة
ممتحنا	جامعة الشلف	أستاذ محاضر "أ"	د. بخيت عيسى
ممتحنا	جامعة الشلف	أستاذ محاضر "أ"	د. خليفة كرفة فحّ

السنة الجامعية: 2023-2024

قال تعالى:

"وَمَا مَكَّنَّا لَهُمْ فِي الْأَرْضِ وَآيَاتِنَاهُ

مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا"

سورة الكهف، الآية 84.

إهداء

إلى كل الذين يؤمنون بقدسية العلم ويسعون في طريقه تعلمًا وتعليمًا،
دون أن ينتظروا جزاء ولا شكورا.

إلى كل الذين شجعونا على التعلم ودعمونا ماديا ومعنويا.

إلى روح والدي، رحمه الله، وأسكنه فسيح جناته، وهو الذي لم يدخر جهدا في الحرص على
تعليمنا، لإيمانه الراسخ بأن العلم هو مناط كل شيء، رغم قساوة الظروف التي حرمته من
العلم والتعلم، وأصر على أن يتحقق حلمه في أبنائه وأحفاده.

إلى والدتي الكريمة التي تعبت لأجلنا كثيرا، وحرصت دوما على وضعنا في أحسن الظروف
ونحن صغارا نَهْمُ كل صباح باتجاه المدرسة، ولا زالت رغم وطأة السنين
ترانا بعين العطف والحنان، أطال الله في عمرها وأمدّها بالصحة والعافية.

إلى جميع من علمونا منذ أن وطأت أقدامنا قاعات التعليم بمدرجات الجامعة،

جازى الله كل حي بكل خير وجعل سعيه مأجورا،

ورحم الله كل من ارتقت روحه إلى بارئها برحمته الواسعة.

إلى جميع أفراد عائلتي كبيرهم وصغيرهم.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

شكر وتقدير

الحمد لله، الذي بفضله وعونه وُفّقنا في إتمام هذا العمل،
والصلاة والسلام على رسوله الكريم، المبعوث هدى ورحمة للعالمين، وأول المعلمين،
وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين.
أما بعد:

ولأن من شيم الأخلاق التي علمنا إياها ديننا، الاعتراف بالفضل لأهله، فإنه لا يسعني وأنا
بصدد وضع آخر لمسات هذا العمل المتواضع المقدم بين أيدي السادة الأساتذة أعضاء لجنة
المناقشة الموقرين من أجل التقييم والتصويب، إلا أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والاحترام
والتقدير والامتنان، للأستاذ الدكتور أحمد رباحي، الذي قبل الإشراف على هذا العمل،
فكان لقائي به بمثابة التقاء الإنسان بقدره، وهو الذي لم يدخر جهداً، ولو على حساب
وقته وصحته، في رعاية هذا العمل بكل جدية وإخلاص إلى نهايته، بتوجيهاته السديدة
وملاحظاته القيمة، وإفادتي مما أتاه الله من علم، وصبره معي، فكان لي نعم العون بعد الله،
في إتمام إخراج فصول هذه الرسالة، فجزيل الشكر والامتنان لأستاذي الفاضل، وزاده الله من
علمه وفضله، وجعله ذخراً لطلبة العلم، سائلين الله أن يمتعه بالصحة والعافية.
كما لا يفوتني وأنا أضع ثمرة سنوات من البحث والاجتهاد، بين أيدي السادة الأساتذة
أعضاء لجنة المناقشة، أن أتقدم لرئيسها وأعضائها الموقرين بالشكر والعرفان على قبولهم
مناقشة هذا العمل، وتكليف أنفسهم عناء قراءته وتمحيصه وتصويبه، على ارتباطاتهم
والتزاماتهم العديدة.

والشكر موصول إلى كافة المعلمين والأساتذة الذين ساهموا في تعليمنا وتكويننا إلى أن وصلنا
إلى هذه المرحلة، سائلين الله أن يجازيهم عنا خير جزاء ويوفهم أجرهم،
ويوفقهم إلى ما يحبه ويرضاه.

حاج بن الزعر شارف

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

	الصفحة	ص.
	من الصفحة إلى الصفحة	ص.ص.
	الجزء	ج.
	طبعة	ط.
	ميلادي	م
	هجري	هـ
	الجريدة الرسمية	ج.ر.
Bull. civ.,	Bulletin des arrêts de la cour de cassation	
C.R.F.P.A	Centre Régional de Formation Professionnelle des Avocats	
Cass. Com	Chambre commerciale de la cour de Cassation	
Cass. civ.,	Cassation civil	
Civ.,	Civil	
D.P.	Recueil périodiques et critique mensuel Dalloz	
Éd.	Édition	
h	Heure	
Ibid et Ibedem	Même référence	
J.O.F	Journal officiel Française	
J.O.	Journal officiel	
J.C.P.	Juris- Classeur Périodique	
L.G.D.J.	Librairie Générale de droit et de jurisprudence	
m	Minute	
N°	Numéro	
op.cit.,	Ouvrage déjà cité	
p.	page	
p.p.	de la page à la page	
R.D.C.	Revue des contrats.	
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil.	
R.T.D. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial.	
T.	Tome	

مقدمة

مقدمة

أثبتت الدراسات الإبتومولوجية لتاريخ وعلم القانون، بأن القاعدة القانونية التي نسلم بها في عصرنا الحاضر لتنظيم وضبط مختلف الأوضاع الاجتماعية، لم تُقرر إلا بعد مسار طويل وشاق من الجهد الفكري والفلسفي، وعلى مستويات عدة، فقها، وقضاء، وتشريعا، من خلال تراكمات تفاعلت عبر سلسلة زمنية طويلة، تمتد بجذورها إلى ما قبل التاريخ، تلاحقت فيها حضارات عدّة؛ اختلفت معتقداتها ومنظوماتها الاجتماعية، واتفقت مراميها في العيش في كنف النظام والعدالة، وأوجدت من صيغ التنظيم لمجتمعاتها ما رأت فيه ملائمة لبيئتها المكانية والزمانية، وفلسفتها في الحياة، فتواضعت على قيم وأعراف كانت بمثابة القواعد التي تضمن أمنها الاجتماعي.

ومع التسليم بهذه الحقيقة التاريخية التي تشكلت في كنفها المعرفة القانونية، فإن دراسة أصول وخلفية أي نظرية من النظريات القانونية، توجب على الباحث العودة إلى مصادرها التاريخية وفق نهج التأصيل من أجل اكتشاف حقيقتها، ومعرفة البيئة التي نشأت فيها، وانتماءاتها الفكرية والمرجعية؛ لأن منطق الموضوعية وإعمال العقل يقتضيان أن نبحث المسائل كما هي وليس كما نريد، لعل ذلك يوصلنا إلى نتائج تتوافق ومتطلبات البحث العلمي كما تقتضيها مناهجه.

ولما كانت كل الدلائل التاريخية تشير إلى أن وجود القانون في المجتمع البشري حقيقة أزلية، بالنظر إلى حاجة الإنسان إلى النظام والعيش في أمان، لحفظ حقوقه وصون وجوده، فإن هذه الحقيقة نفسها تشير من جهة أخرى، إلى أن قواعد القانون ليست وحدها من تسوس حياة الإنسان، وتضبط سلوكه، وتحكم تصرفاته، وهو يمارس العيش داخل بيئته الاجتماعية وخارجها، بل هناك بلا ريب قواعد أخرى تشترك معها في هذه المهمة، كالمعتقد الديني، والأعراف، ومبادئ الأخلاق؛ وهو ما يجعل من القواعد القانونية التي نعتمدها اليوم، تتصل بعلوم ومحددات أخرى، تغذيها وتقومها، وتشكل دعامة أكيدة لها، سواء كان ذلك بقصد من واضعيها، أم بغير قصدهم؛ وعلى ذلك فإن الخوض في بعض الإشكالات التي تطرحها بعض الأفكار القانونية، يستلزم العودة إلى أصولها التي نشأت منها وفيها، لأن الفكرة في حقيقتها هي وليدة الرغبة في التطور والارتقاء بالحياة، كما تقتضيه الفطرة الإنسانية والسنن الكونية، تلبية لحاجاتها المادية والمعنوية، والفكرة هذه، من المؤكد أنها لا تأتي

هكذا اعتبارا دون مقدمات تسبق وجودها؛ ولربما كان لفكرة الالتزام التعاقدى الذي ينظم ويضمن حقوق الناس وهم يمارسون حياتهم، مثلها مثل باقي الأفكار الإنسانية الأخرى، نصيبا من البيئة والمعتقد والمستوى الفكري للإنسان آنذاك، بالنظر إلى حاجته الفطرية للنظام والعيش باطمئنان.

وإذا كان لا أحد ينكر أهمية العقد وأقدميته كمصدر للالتزام لدى مختلف الشعوب، فإن الرومان -حسب رأي الفقه القانوني الغالب- وهم يحاولون تنظيم حياتهم ومعاملاتهم، لم يعرفوا العقد كفكرة قانونية قائمة بذاتها، لها ذات وجوهر تستقل بهما عن باقي الأفكار التي تتشابه معها، كما أنهم لم يتحدثوا عن فكرة الحق، أو يضعوا لها نظرية، واكتفوا بتقنين الالتزامات التي تقع على عاتق الأشخاص وهم يتعاقدون، وبدى لهم أن الالتزام العقدي يرتبط بشكل مستقل، بشخص الملتزم وحده، وأنه حتى يعتد القانون بالالتزامه نحو الآخر ويحميه، وجب أن يُفرغ في قوالب وأشكال، وفق طقوس معينة يملها القانون، فإذا تم التصرف العقدي وفق ذلك اكتسب قوته الإلزامية، وكان للحاكم حماية أطرافه إذا ما ظهر نزاع بينهم.

وفي ظل تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع الروماني، وانتشار تعاليم الشريعة المسيحية، كان على الرومان أن يتجاوزوا -مضطرين- الكثير من الحواجز الشكلية التي اشترطوها للاعتداد بالتصرفات القانونية، ويُقَرُّوا بكفاية الرضائية لقيام بعض العقود حصرا، في الوقت الذي كان فقهاء الكنيسة بالموازاة مع ذلك، يُرسون دعائم القانون المسيحي المؤسس على القيم الأخلاقية، وهي مرحلة دقيقة في الفكر القانوني، شكلت جسر عبور فكري من التجسيد الشئني للتصرفات والتعاقدات التي تجري بين الناس، إلى الانتقال بها إلى ضفاف المرجعية الدينية لقواعد القانون، ثم إلى الفكر الفلسفي التجريدي، المؤسس على المفاهيم العقلية الصرفة والتصورات المعنوية للمقدس، من مثل اعتبار قاعدة الوفاء بالعهود والوعود، وإلباسها ثوب القاعدة القانونية، وجعل الإخلال بها خطيئة؛ ومن ثم اختلط على فقهاء القانون المدني في مرحلة من المراحل، الفصل بين حضارتين مختلفان في المرجع، وتفتقان على مكانة العقد وأثره في استقرار الحياة الاجتماعية والاقتصادية للشعوب والأمم. وتبدو كنتيجة طبيعية لهذه التراكمات الفكرية التي اختلط فيها الديني بالدنيوي، والمادي بالمعنوي،

مسألة جدلية ركنية السبب في التصرفات القانونية ذات الطابع التعاقدية، في مقدمة المسائل التي لن تخرج دراستها عن هذه الحقيقة التاريخية.

وغني عن البيان، أن نظرية السبب في الالتزامات التعاقدية، لم تأت من فراغ، فهي وليدة نظرية الالتزام بوجه عام، التي تعتبر النظرية الأم التي يتمحور حولها علم القانون، كما نظر لها أهله، وهو ما يقود أي دارس يخوض غمار مسائلها، ويحاول بحث أصولها وخلفياتها، إلى ضرورة العودة إلى كلياتها ونظرياتها الكبرى التي تأسس عليها بنائها، وتبرز نظرية العقد في مقدمة تلك النظريات التي تشكل الركيزة الأساس في هيكل نظرية الالتزام؛ لما للعقد من أهمية في جل المعاملات التي تجري بين الأفراد والجماعات، رغم أن الفقه لم يستطع الاتفاق على تحديد ماهيته بالدقة التي تنشدها القاعدة القانونية، ببيان أجزائه الداخلة في تكوينه كجوهر مستقل بذاته، بين قائل إنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وبين من جعله اتفاقاً وألحقه بالالتزام، واشترطوا لقيامه توافر ثلاثة شروط أو أركان اعتبروها بمثابة الركائز الأساس التي يقوم بها كيانه، وهي الرضاء والمحل والسبب. وفي مقابل هذا التوجه، ذهب تيار فقهي آخر إلى القول بأن العقد لا يحتاج لوجوده إلا لركن الرضاء أو التراضي، أما المحل والسبب، فهما ركنان في الالتزام لا في العقد، وبين هذا وذاك ظهر الخلاف والجدل، حول ما إذا كان السبب جزءاً داخلياً في ماهية العقد أم في تكوين الالتزام، أم أنه عنصر يقع خارج الاثنين معاً، ويستقل بذاته وبجوهره المتميز؟ وإلى ذلك لا يزال الجدل قائماً، في ظل التداخل القائم أصلاً بين نظرية الالتزام ونظرية العقد، والعلاقة بينهما، فباتت نظرية السبب تشكل الفكرة الغز في نظرية العقد، عجز الفقه أمام تعريفها، وبيان أساسها، وتحديد موقعها من الالتزامات التعاقدية.

ولا يخفى أن فكرة السبب في مفهومها العام، أثارت جدلاً واسعاً بين الفلاسفة والفقهاء والمفكرين في جميع العلوم، على اختلاف مشاربهم الفكرية ومرجعياتهم العقديّة، لاتصالها اتصالاً وثيقاً بالعديد من فروع العلوم والمعرفة الإنسانية، وبما تمثله من ثقل معرفي وعلمي، له انعكاساته على أمهات المسائل العقديّة والفقهية والسلوكية، كالتوحيد، والحرية والمسؤولية، والإرادة والقصد. وهذا الجدل والخلاف نالت منه نظرية السبب في التصرفات القانونية نصيباً غير قليل؛ خاصة عند فقهاء المدرسة اللاتينية، الذين تأولوا السبب، بين

سبب الالتزام، وسبب العقد، والسبب الفني، والسبب المصلحي، ومعان أخرى، من أجل تحديد أساسه وطبيعته، وضبط معاملة وموقعه من التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي، في سبيل إثبات ركنيته، ومواجهة معارضيها من الفقه.

ولا يختلف اثنان حول حدة النقاش الفقهي الدائر حول ركنية السبب في التصرفات القانونية، مثلما لا يختلفان في سعة نظرية السبب وشمولها وتشعباتها وامتداداتها على مستويات عديدة، لاتصالها بالكثير من فروع العلوم والمعرفة الإنسانية، سواء كان ذلك من حيث التصور والتنظير، أم من حيث اتصالها بالتصرفات الفعلية والقولية التي يأتيها الإنسان في ممارسة حياته اليومية، لأجل إدراك أسبابها المعلنة والخفية، ومن هنا ذاع صيت هذه النظرية وأهميتها في صحة التصرفات القانونية، كسلوك قانوني يجب ألا يكون مناقضا لما شرع له، ابتغاء صيانة المجتمع مما قد يتسرب إليه من التصرفات التي تمس بنظامه، وقيمه وأخلاقه، والحفاظ على نزاهة الوسيلة العقدية، كمبدأ قار يتيح سيرورة الحياة الاجتماعية والاقتصادية للشعوب والدول واستقرارها، من خلال إيجاد التوازن المطلوب، بين مبدأي الرضائية والحرية التعاقدية من جهة، وحماية القيم العليا للمجتمع عن طريق مبدأ المشروعية من جهة أخرى، وهي الأهمية ذاتها التي جعلت جميع الشرائع والتشريعات الوضعية، تُعنى بهذه المسألة المحورية في الحكم على صحة أو بطلان التصرفات القانونية، بالنظر لانعكاساتها المباشرة وغير المباشرة على الأمن المجتمعي والقانوني، فخصتها بالبحث والدراسة بغية وضع معايير تقاس بها مشروعيتها، فنالت المسألة كثيرا من الاهتمام عند كثير من الشعوب إن لم تكن كلها، في ثقافة وتقاليد الشرق كما في ثقافة ومعتقدات الغرب، رغبة في تحقيق العدالة وبسط الاستقرار داخل مجتمعاتها وحفظ أمنها.

ولما كان بحث هذه المسألة من الموضوعات الشائكة في الفقه القانوني، الذي تعسر عليه الاستقرار على رأي يفسّر فكرتها، ويضبط معناها، بشكل لا يقبل التردد والتأويل، فإن الدراسة المقارنة لها في المنظومات الفقهية والتشريعية الكبرى، تبدو من قبيل النهج الذي لا مفر منه، لاستجلاء الصعوبات والمناكفات الفكرية والفلسفية الدائرة حولها في الفقه القانوني، على حساب كل تلك النظريات التي تفرعت عن نظرية الالتزام بوجه عام، فلا الفقه تمكن من حصرها وبيان أصلها وأساسها القانوني الذي تقوم عليه، ولا القضاء استطاع أن يوظفها

بأقل من معنى، وبمعايير محددة، تضمن صدقية الفكرة، وتجسد صحة القاعدة القانونية التي تبنتها، وعدالة أحكامها، المجسدة في انسجام مخرجات تطبيقاتها العملية.

وبالقدر الذي اشتغل الفلاسفة والمفكرون على هذه المسألة، من عهد اليونان إلى عهد فلاسفة الغرب، وهم ينظرون لمسائل الأخلاق والمثل العليا، كان الأمر على عهد المسلمين عند بحثهم لمسائل الحسن والقبح، والإرادة والحرية والمسؤولية، في الوقت الذي تناولها الأصوليون وفقهاء الشريعة الإسلامية، في جوانبها الماورائية من ناحية مصدر التكليف، وسبب أو علة الحكم، في باب العبادات، كما في باب المعاملات، والعلاقات السببية بين السبب والمسبب، كما عنوا بمشروعية الباعث في التصرفات الشرعية، الفعلية منها والقولية، حتى قال بعض الفقهاء المحدثين، إن فكرة التعسف في استعمال الحق التي انفردت بها الشريعة الإسلامية قبل أي تشريع، هي نتاج تطبيقات فكرة الباعث، التي تولاهها فقهاء بعض المذاهب فيها بالبحث والدراسة، وهي الفكرة التي يأخذ السبب عند أهل القانون في إحدى تأويلاته معناها.

وفي ظل هذه التجاذبات الفقهية والتشريعية ارتأينا البحث في موضوع جدلية ركنية السبب في التصرفات القانونية، ومن الأسباب التي دفعتنا لهذا الاختيار، نذكر ما يلي:

أولاً- منذ دراستنا لنظرية العقد في المرحلة الأولى لطور التدرج، وتشكيل معارفنا القاعدية حول ماهية العقد في القانون المدني، والذي يقوم على ثلاثة أركان وهي: الرضاء والمحل والسبب، بالإضافة إلى أركان أخرى عندما يتطلبها القانون، كالشكلية، لفت انتباهنا عدم ظهور السبب كركن أساس في تعريفه، ناهيك عن تعدد معانيه وشروطه بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، بالإضافة إلى الطبيعة الفلسفية لفكرة السبب واتصالها بجميع الحوادث في الكون، مما يجعل من تسوية فكرة السبب كركن يقوم عليه العقد ابتداءً، واشتراط المشروعية فيه، فكرة غير منسجمة مع الحقيقة التعاقدية، والتي تتم بين أطراف لا يمكن الاطلاع على الأسباب الخفية التي تقف وراء قيامها بالتصرفات وقت إبرامها؛ لأن القاعدة القانونية تعنى بحكم مظاهر السلوكات التي تجري بين الناس، وليس من مهمتها الحكم على نواياهم.

ثانيا- سعة موضوع السبب وطبيعته الفلسفية، حفزنا على البحث في هذه النظرية، خاصة بعد أن أتاحت لنا المرحلة الثانية من التدرج فرصة جديدة للتعمق فيه، ومعرفة المزيد من خفاياه لدى مختلف التشريعات، وسر الجدل الدائر حوله في التصرفات القانونية المؤسسة على الإرادة دون غيرها، واعتباره ركنا أساسا لقيام العقد في المدرسة اللاتينية دون سواها.

ثالثا- فضول المعرفة والميل للمواضيع الجدلية التي تثير النقاش والتحليل وتضارب الآراء، خصوصا تلك المتعلقة بالدراسات المقارنة بين القانون والفقہ الإسلامي، بهدف توسيع المعارف حولها، والاطلاع على مختلف الأفكار المطروحة في الساحة، والمقارنة بينها، ومحاولة البناء عليها لتطوير النظر العقلي في القضايا القانونية، من خلال البحث في الحجج والبراهين التي اعتمدها كل فريق من الفقهاء، ثم الترجيح بين الحلول التي توصلوا إليها، على أمل الخروج بفكرة أشمل وأوضح عن الموضوع محل الدراسة، والمساهمة في الدفع بالبحوث القانونية إلى مداها عن طريق استقراء النصوص والنظريات المختلفة والآراء الفقهية المعروضة، واستنباط ما أمكن من الأفكار والنتائج والحلول.

وبالنظر إلى الرؤى والدوافع السابقة، فقد آثرنا إجراء بحث عميق حول أصول نظرية السبب في الالتزامات التعاقدية، والتدقيق في مرجعيات الفكرة وفلسفتها، وحيثيات دخولها إلى مجال قانون العقد في الفقہ القانوني اللاتيني، ومقارنتها بباقي المدارس التشريعية الأخرى، والوقوف على ما أمكن من الحقائق حول هذه المسألة القانونية، التي لم تعرف باقي النظريات القانونية الكبرى تعقيدها وخلافتها العميقة، فضلا عن أهداف أخرى نوجزها فيما يلي:

أولا- بحث النظرية من جميع جوانبها الفكرية والفلسفية والتاريخية، لغرض الإحاطة بخلفية وأسباب الجدل القائم حول ركنية السبب في الالتزامات التعاقدية بين مختلف المدارس الفقهية والمنظومات التشريعية، ومدى ارتباط ذلك بالأصول النظرية لماهية الالتزام التعاقدية في كل فقہ.

ثانيا- إثراء النقاش حول مسألة ركنية السبب بعد التخلي عنه من طرف التقنين المدني الفرنسي، والجدل الذي أثير من جديد حول احتفاظه بالفكرة من عدمها.

ثالثا- محاولة طرح حلول جديدة لتحديث القانون المدني الجزائري وتطويره، خصوصا فيما تعلق بنظرية العقد، باعتبارها محور القانون المدني وركيزته الأساس، وفق مقارنة أخرى تأخذ بعين الاعتبار البيئة الحضارية للمجتمع، لمنحه مزيدا من البساطة والمرونة والوضوح بهدف تحقيق الأمن القانوني.

أما فيما يتعلق بنطاق الدراسة، فالبحث مقيد بمجال التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي في القانون الخاص، أي الالتزامات التي يكون مصدرها العقد، أو الإرادة المنفردة، كما هو مقرر في الفقه القانوني، حيث نحاول استكشاف مكن الخلاف والجدل في قضية ركنية السبب في الالتزامات التعاقدية دون غيرها، خصوصا بعد أن تم أخيرا إلغاء هذه النظرية من التقنين المدني الفرنسي، وهو ما أعاد النقاش من جديد حول هذه الفكرة التي تسربت إلى نظام العقد في مرحلة ما من مراحل تطور الفكر القانوني، لكنها استعصت على التعريف والتحديد من طرف فقهاء القانون.

وقد تناول المهتمون بالفقه القانوني نظرية السبب في التصرفات القانونية، ولم يتوانوا في إبراز دورها الوظيفي والفني في صحة أو بطلان الالتزامات التعاقدية، منذ أن ظهرت في الفقه المدني للفرنسيين الأوائل، واكتمل بناء هيكلها النظري على أيدي القاضي والفقهاء جون دوما ومن بعده جوزيف بوتيه، اللذان يعدان مرجع فلسفة القانون المدني الذي أشرف عليه ورعاه نابليون بونابرت، بكثير من النشوة والفخر، وهو الذي اعتبره نصرا لا تضاهيه انتصاراته في المعارك التي خاضها في القارات الخمس، فأعقب ذلك كتابات وشروحات فقهية تحدثت عن السبب وبينت شروطه، وهي مُسَلِّمة في غالبها بركنيته، وإن كان هناك كثير من الفقه من خالف هذا التوجه، ونفى صحته وقانونيته، أشهرهم الفقيهان أرنست وبلانيول، وغيرهما، وهذا ما حدا ببعض الفقه للنهوض دفاعا عن نظرية السبب؛ بل إن منهم من خصها بمؤلف بحث فيه الفكرة من جذورها، محاولا إثبات وجودها وصحتها وفائدتها في قانون العقد، ولعل أشهر هؤلاء الفقيه هنري كاييتان، في مؤلفه الموسوم بـ: "في سبب الالتزامات". ونود التذكير، بأن الكثير قبل كاييتان وبعده، قد كتب في هذا الموضوع، نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر: بوييه "Boyer" ولوكاس "Lucas" في رسالتي دكتوراه؛ على أن هؤلاء الشراح لم يتجاوزوا في تحليلهم، المفهوم المتغير للسبب في التصرفات القانونية، وعلاقته بالإرادة. ومن

الفقهاء المعاصرين الذين اهتموا بنظرية السبب نذكر جاك غستان في مقال له بعنوان: "غياب سبب الالتزام غياب للمقابل المنتظر"، والذي تناول فيه السبب من جانبه المادي الذي يمثل المقابل. ومن فقهاء القانون العرب نذكر محمد عبده الذي خص نظرية السبب بمؤلف كامل، في دراسة مقارنة بين قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني الفرنسي، وكذا بعض التشريعات العربية، مع الإشارة إلى أن هذه الدراسة اعتمدت التأويل المزدوج لنظرية السبب، أي سبب الالتزام وسبب العقد، بحكم أن المشرع اللبناني قد أخذ بهما صراحة، وقد حاول طيلة صفحات مؤلفه البرهنة على فاعلية النظرية بشقيها، كما تناول الأستاذ محمود أبو عافية قضية السبب في مؤلف له بعنوان: "التصرف المجرد"، انتقد فيه نظرية السبب وهشاشة الأساس القانوني لها، مركزا على فكرة التجريد التي اعتنقها الفقهاء الجرمان.

وعموما، فإن هناك العديد من الباحثين في القانون المقارن من درس نظرية السبب في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وما ميّز هذه الدراسات، هو أنها وإن كانت اتفقت على مكانة نظرية السبب في القانون المدني، فإنها اختلفت حول ركنيته في العقد، أم في الالتزام، ومن الفقه من قارن بينه وبين الباعث في بعض المذاهب الإسلامية، واعتبره هو نفسه الذي قال به أنصار النظرية الحديثة في السبب، أبرزهم الأستاذ السنهوري في مؤلفه الموسوم بـ: "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، على أن فريقا آخر احتفظ لكل مدرسة بخصوصياتها ومنهجيتها، واكتفى ببيان ما أورده كل فقه دون أن يحاول إسقاطه على ما قال به الآخر، وأبرزهم جمال الدين محمود في رسالته: "سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي".

وأما في الجزائر، فأبرز من تصدى لدراسة هذه النظرية - في حدود اطلاعنا - الضيف كيفاجي في رسالة دكتوراه بعنوان: "نظرية السبب - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، وقد أسهب من خلالها في بحث مسألة السبب في الفقه الإسلامي، مقارنة إياه بما جاء في مؤلفات الفقه القانوني حول هذه النظرية، مقرا بركنية السبب في التصرفات الشرعية والقانونية، كما ذهب إليه جل الفقهاء العرب المعاصرين، الذين انقادوا إلى الرأي القائل بأن السبب عنصر أساس في كينونة العقد، وقياس مدى مشروعيته، وعلى نهجه سار رابح بن غريب في رسالة ماجستير حملت عنوان: "نظرية السبب في الالتزامات

والتصرفات وتطبيقاتها المختلفة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي"، فيما تناولته حليلة آيت حمودي في رسالة ماجستير بعنوان: "نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، حاولت فيها إجراء مقارنة بين الباعث كما تناولته بعض المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية، والسبب بمعنى الباعث كما عالجته أهل القانون في النظرية الحديثة.

وما يلاحظ على الدراسات التي تناولت فكرة السبب في التصرفات القانونية، وموقعها منها، أنها لم تستطع الخروج من الخلاف الدائر حول مسألة ركنية السبب من عدمها في الالتزامات التعاقدية، واكتفت بمراجعة الاختلافات الموجودة في كل فقه وتشريع، في محاكاة لمنهجية المدرسة اللاتينية في تناولها الفقهي لماهية العقد، والأسس التي يقوم عليها، والقول بما قالت به، كمسلمة لا يمكن أن يأتيها الباطل من خلفها ولا من بين يديها، دون أن تنتبه إلى أن أصل المشكلة ربما يتعلق بالتعريف القانوني للعقد في حد ذاته، المستمد من النظرة الرومانية للالتزامات التعاقدية، ودخول مبدأ الرضائية، أو ما سموه بسلطان الإرادة، على خط النظرية العامة للعقد، والذي لم تظهر فيه عناصره المكونة له، كما تقتضي قواعد التعريف التي أقرها العلماء، والتداخل الحاصل بينه وبين الالتزام؛ وبلا شك، فإن هذا الأمر كان له أثرا ما، ولو بشكل غير مباشر على الضبابية التي خيمت على تعريف العقد كفكرة قانونية منفصلة عن فكرة الالتزام، ومن ثم بحث العناصر المكونة لكل منهما، وتحديد شروطهما.

ومن أجل إدراك حقيقة الجدل الذي ميز نظرية السبب طوال قرنين من الزمن، تراءى لنا تناول الموضوع بشكل مختلف عن الدراسات السابقة، من خلال مقارنة جديدة تدرس الفكرة استنادا للمفاهيم والنظريات الأساس للنظرية العامة للالتزام، يدفعنا في ذلك السؤال الأزلي الذي تجسد في عنوان الرسالة الموسوم بـ "الجدل"، الذي ميز نظرية السبب منذ ظهورها في الفقه القانوني لأول مرة، إلى أن وجدت لها مكانا داخل الهيكل الشامل للنظرية العامة للالتزام، دون تحديد دقيق لمفهومها وأساسها القانوني، بسبب الخلاف الذي منع من ارتقائها إلى مصاف النظريات الصلبة، وجعلها تدور في حلقة مفرغة ألفت التوجس من التهديد الذي باتت تشكله مسألة السبب في العقود على الأمن القانوني.

لأجل هذه المعطيات، وأخرى لا يتسع المقام لذكرها كلها، وبهدف وضع مسألة جدلية ركنية السبب في التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي على مسلك البحث والدراسة،

انطلقنا من إشكال رئيس غالبا ما كان يثير تساؤلاتنا وحتى استغرابنا، مفاده: ما هي الأسباب والخلفيات الحقيقية التي تقف وراء الجدل القائم حول ركنية السبب في الالتزامات التعاقدية من عدمها؟ ولماذا ركن السبب فقط دون الأركان الأخرى؟

ولعل ما يزيد هذا الإشكال صعوبة وحدة، أنه وعلى خلاف الجدل الذي ميّز نظرية السبب في الالتزامات التعاقدية لدى المدرسة اللاتينية التي ينتمي إليها القانون المدني الجزائري، أسوة بالسواد الأعظم من التشريعات المدنية العربية، نلاحظ أن المسألة لم تكن كذلك في مدارس تشريعية أخرى، خصوصا في المدارس القانونية الغربية - بالرغم من انتماء بعضها للحضارة الرومانية - فلا الأنجلوساكسون، ولا الجرمان وهم الذين اشتهروا بنظرية التصرف المجرد، ولا فقهاء الشريعة الإسلامية، اعتبروا السبب ركنا لازما لقيام العقد، وهو ما يثير العديد من التساؤلات، أهمها: ما سرُّ كل هذا الاختلاف والتباين في التنظير لأسس العقد أو التصرف القانوني بشكل عام؟ وبالنتيجة عناصره المكونة له، بما فيها السبب؟ وهل كان للحضارة الرومانومسيحية دورا ما في ذلك؟ وما مكانة العوامل الإيديولوجية والفلسفية في هذه المعركة الفقهية القائمة حول مكانة السبب في التصرفات القانونية؟ ولماذا تخلى المشرع الفرنسي عن النظرية رغم أنها تعتبر وليدة فلسفته؟ أسئلة كثيرة ومتنوعة تصادف الباحث وهو يشق عباب يمّ الفكر القانوني الذي لا يعرف القرار، ولا يكاد يُقلب الصفحات الأولى من تاريخ السبب، حتى يجد نفسه أمام حتمية بحث المسألة من جذورها وعبر مراحلها المختلفة، وفي مدارس فكرية متباينة، لعله يقف على حقيقة هذا الجدل، والتذبذب، والاضطراب، والتناقضات المختلفة التي رافقت الفقه القانوني طوال قرنين من الزمن ولا تزال، في معالجته لقضية السبب في التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي.

ومن أجل محاولة الإجابة عن كل هذه الأسئلة التي تتوارى وراء الإشكال الرئيس، اعتمدنا على جملة من المناهج فرضتها طبيعة الدراسة، يأتي على رأسها المنهج المقارن، كونه يتيح للباحث إبراز رؤى وتصورات كل فقه، وفلسفة نظامه القانوني ومرجعياته، ومن ثم بيان خلفيات التباين الحاصل بينها في معالجتها لقضية السبب في الالتزامات التعاقدية، وتحليلها المختلف لماهية العقد والعناصر المكونة له، كما اعتمدنا في سبيل تذليل الدراسة، المنهج التأصيلي، بحكم ارتباط موضوع الدراسة بالنظرية العامة للالتزام، ومن ثم العودة إلى الأسس

والأصول التي قامت عليها هذه النظرية، وكذا النظريات المتصلة بها، بغرض الاطلاع على مكامن الاختلاف بين المدارس التشريعية المختلفة؛ هذا فضلا عن اعتماد مناهج أخرى ثانوية تتطلبها تشعبات الموضوع وامتداداته في فروع العلوم الأخرى، يتقدمها المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي، من خلال عرض النصوص والنظريات المختلفة، ثم مناقشتها وتحليل الآراء التي جاءت بها، واستخلاص الجزئيات التي بنى عليها كل فريق رأيه، لاستنتاج ما أمكن من الحلول والنتائج، كما أنه تم توظيف المنهج التاريخي وبدرجة أقل، لسرد بعض المحطات التاريخية المفصلة في تاريخ النظرية.

ولأجل محاولة الإجابة -ولو بجهد المقل- عن هذا الإشكال المطروح والأسئلة المنفرعة عنه، تم تقسيم موضوع هذا البحث وفق مقارنة تعتمد على فكرتين رئيسيتين، موزعة على بابين؛ حيث خصصنا الباب الأول، لدراسة إشكال فكرة السبب بأبعادها الفكرية والفلسفية، وعلاقتها بالأساس النظري للالتزامات التعاقدية، بحكم الصلة الفنية والوظيفية التي تربط بين نظرية السبب كفرع يدرس ضمن النظرية العامة للالتزام، وقد تضمن هذا الباب فصلين، قسمنا الفصل الأول منه إلى ثلاثة مباحث، ناقشنا في الأول منهما مختلف الأفكار والنظريات المتعلقة بمفهوم الالتزام في المدارس القانونية والفقهية والفلسفية، بما فيها الفقه الإسلامي، وتناولنا في المبحث الثاني فكرة التصرف القانوني في صورتي العقد والالتزام بالإرادة المنفردة، من خلال تحليل هذه المفاهيم في كل مدرسة من المدارس التشريعية الكبرى، وحتى داخل المدرسة ذاتها، وعلاقة هذه الأفكار القانونية بفكرة السبب، لإبراز الأهمية التي تكتسبها في بيان طبيعة هذه الصلة التي تربطها بها، ودورها في التأسيس النظري لفكرة السبب في الالتزامات التعاقدية، لنستعرض في المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل دور المرجعيات المختلفة للفكر القانوني، وأثر ذلك في الجدل القائم حول تحديد ماهية الالتزام التعاقدية وعناصره التي تدخل في بناء كيانه.

أما الفصل الثاني من هذا الباب، فحاولنا فيه تحليل فكرة السبب بكافة أبعادها، لغة وفقها وفكرا فلسفيا، حيث تطرقنا فيه إلى الدلالات المختلفة للسبب في الالتزامات التعاقدية، بالنظر إلى المرجعيات الفلسفية والفكرية المختلفة للفقه القانوني، فرأينا أن نخصص المبحث الأول لدراسة فكرة السبب في جوانبها الفلسفية والقانونية والفقهية، لأجل إدراك

المعاني المختلفة التي تأخذها الفكرة، بحسب الزوايا التي ينظر منها إليها، لنبين في المبحث الثاني أثر المحددات النظرية لفكرة العقد في المدارس الفقهية والتشريعية المختلفة، في اضطراب وغموض فكرة السبب في الفقه القانوني بتأويلاتها المتنوعة، أبرزها السبب الدافع أو الباعث، الذي تبنته النظرية الحديثة في السبب، وهو ما كانت فكرته محل دراسة مستفيضة في المبحث الثالث في كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني.

وأما الباب الثاني من هذه الدراسة، فكان عنوانه الجامع والرئيس، هو تتبع السبب في الالتزامات التعاقدية منذ النشأة إلى العصر الحديث، وقد تضمن هذا الباب بدوره فصلين اثنين، حاولنا في الفصل الأول منه التطرق إلى التجاذبات الدائرة في الأوساط الفقهية والقانونية حول ركنية السبب في التصرفات القانونية، عبر ثلاثة مباحث، أبرزنا في الأول، الروابط التاريخية للفقه القانوني الفرنسي مع القانون الروماني، وانعكاسات ذلك على ظهور مشكلة السبب في الالتزامات التعاقدية، وناقشنا في المبحث الثاني انعكاسات المعالجة النظرية لمفهوم العقد في الفقه القانوني ودورها في إقرار عنصر السبب والمحل كركنين يدخلان ضمن ماهية العقد، وحددنا في المبحث الثالث موقف التشريعات العربية من نظرية السبب، ومكانتها في تكوين العقد، ومراقبة مشروعيتها.

أما الفصل الثاني من الباب الثاني، فانبرينا فيه إلى بحث المقاربة الجديدة لنظام العقد في الفقه القانوني الحديث، في ظل التعديلات الجوهرية وغير المسبوقة، التي أدخلت على قانون العقود والالتزامات في التقنين المدني الفرنسي بداية عام 2016؛ ولأجل الاقتراب من إشكال ركنية السبب في التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي، والأسباب التي دعت المشرع المدني الفرنسي إلى التخلي عن نظرية السبب، بالإضافة إلى المحل وتعويضهما بركن جديد وُسم بـ: "المضمون"، خصصنا المبحث الأول من هذا الفصل، لدراسة مؤشرات وخلفيات التعديلات الجوهرية التي لحقت بقانون العقد، ودور الاجتهاد القضائي والفقه في ذلك، والعوامل الموضوعية والواقعية التي شجعت المشرع الفرنسي على تخطي الحواجز النفسية والسوسيوتاريخية، والعودة من حيث بدأ الفقه القانوني الحديث، باعتماده مصادر الالتزام المتفق عليها، وهي الواقعة القانونية والتصرف القانوني والقانون، وعززنا ذلك بمبحث ثان تحدثنا فيه عن دور وأثر النشأة المضطربة لنظرية السبب، ونظرية الالتزام بصورة أشمل، في قرار

تجاهل نظريتي السبب والمحل من طرف المشرع المدني الفرنسي، باعتباره رائدا لمدرسة القانون المدني، التي ولدت نظرية السبب من رحم فقهاءها، والمقاربة الجديدة للأدوار الوظيفية التي يمكن أن تلعبها فكرة المضمون في الالتزامات التعاقدية، بهدف مراقبة توازن العقد ومشروعيته، وانتهينا في المبحث الثالث والأخير من هذه الدراسة، إلى استعراض المعالم الجديدة لنظرية العقد في ظل انحسار دور السبب وعدم ظهوره في شروط قيام العقد، ولا في صحته، والحلول الجديدة التي باتت تستوعبها النظرية في مجالات كانت تختص بها نظرية السبب، كنظام البطالان، والفسخ، والدفع بعدم التنفيذ، وكذا آفاق هذه النظرية في القانون المدني الجزائري، في ضوء الواقع الجديد الذي تعرفه القوانين المدنية الحديثة في المدرسة اللاتينية، والحلول الممكنة التي يمكن اعتمادها في هذا القانون من أجل تحديثه وتطويره، وفق مقاربة جديدة تستند إلى طبيعة المجتمع الجزائري ومرجعياته، وتكييفها مع آخر ما توصل إليه الفكر القانوني في الدول المتقدمة.

وختمنا الدراسة في الأخير ببيان أهم المعطيات والأسباب التي جعلت من نظرية السبب تنفرد بالتعقيد والجدل الذي لا يريد أن يتوقف، كما أوردنا أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث، والتوصيات التي يمكن أن تسهم في التجديد الفلسفي والفكري لقانون العقد، والتحديث التشريعي لنصوصه في القواعد العامة، ليكون في مقدورها استيعاب جل الأحكام التي تتعلق بالمعاملات التعاقدية بمجالاتها المختلفة والمتجددة.

الباب الأول

إشكال السبب بأبعاده الفكرية والفلسفية وعلاقته بالأساس النظري للعقود

الباب الأول: إشكال السبب بأبعاده الفكرية والفلسفية وعلاقته بالأساس النظري للعقود

الباب الأول: إشكال السبب بأبعاده الفكرية والفلسفية وعلاقته بالأساس النظري للعقود

ليس يخفى على أي دارس لعلم القانون أن نظرية الالتزام بوجه عام، هي القانون الوضعي بحد ذاته، إذ تمثل مرجعا عاما لأغلب قواعد القانون، التي تنظم سلوكياتهم في الحركة والسكون، ولا يمكن لأي متخصص في الفقه القانوني، وبوجه خاص في فقه القانون المدني، أن لا يدرك للوهلة الأولى، محورية نظرية العقد في بنيان نظرية الالتزام، ولا أدل على ذلك من أنّ جلّ النظريات الكبرى في القانون تدور في فلك نظرية العقد وما يتصل بها، من مثل نظرية الإرادة أو التراضي وجودا وصحة، وما يلحق به من عيوب، ونظرية المحل، ونظرية السبب، وغيرها مما يتعلق بأشخاص العقد أو موضوعه، والأثر المترتب عن الخلل الذي قد يلحقه في تكوينه أو تنفيذه، على اختلاف التشريعات في ذلك.

وتبرز نظرية السبب ضمن الهيكل النظري للالتزامات الإرادية، كأحد الركائز التي تقوم عليها التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي، خاصة في الفقه القانوني ذو النزعة اللاتينية، والذي يعتبر المرجعية الأولى لقوانيننا المدنية في الوطن العربي بما فيها الجزائر؛ هذه النظرية التي تعد الأكثر تعقيدا وغموضا وجدلا من بين كل تلك النظريات التي خرجت من رحم نظرية الالتزام، واعتبرت كركن أساس في قيام الالتزامات الإرادية بمختلف أشكالها وأنواعها بالنسبة إلى الفقه القانوني اللاتيني، منذ مطلع القرن التاسع عشر مع وضع أول تقنين مدني للفرنسيين على يد نابليون بونابرت، ومنذ ذلك الزمن لم يتوقف الأخذ والرد، والشد والجذب، والمناكفة والمداراة، بين رواد الفقه القانوني حول صحة هذه النظرية وجدواها في نظرية العقد.

لأجل ذلك؛ ونظرا لاتصال هذه النظرية بالنظريتين الأم، نظرية الالتزام، ونظرية العقد، كان ولا بد من بحث المشكلة من أساسها وأصولها، من حيث الأفكار والمفاهيم القانونية الأولية، التي شُيّد عليها بنيان هاتين النظريتين، والمرجعيات التي انطلقت منها، والتطورات التي عرفتتها على مَرِّ الزمن، مع توالي المراحل والحقبات على حضارة الرومان ومن خلفهم، ممن تنسب إليهم هذه النظرية العريقة، وكذا عند أمم وحضارات أخرى كان لها باع في التنظيم القانوني لمجتمعاتها، كما أننا سنعرج على دراسة المصطلح الذي ظهر في الفقه القانوني الحديث، وهو التصرف القانوني. ومن خلال كل ذلك

نحاول بيان العلاقات المعقدة والمتداخلة بين هذه المفاهيم القانونية الكبرى، وفكرتي الإرادة والالتزام الإرادي، والصلة الوثيقة بين هذا الالتزام وظهور فكرة السبب في التصرفات القانونية (الفصل الأول).

ونبيري في الفصل الثاني إلى دراسة فكرة السبب ومتاهاها في الالتزامات الإرادية، ونحوض من أجل ذلك عباب اللغة والفلسفة والمنطق والفقہ في مختلف المدارس القانونية الكبرى، على شراع البحث عن الإشكالات المطروحة حول هذه النظرية، تأصيلاً وتنظيراً، لعلّ التوفيق يرافقنا في استكشاف الزوايا المظلمة في بنائها، ووضع القارئ في صورة أسباب إشكال السبب في الالتزامات الإرادية، منذ ما يزيد عن مائتي عام، سيما وأنه أخذ أبعاداً ومعانٍ عدّة، لم يعرف الفقہ والقضاء في مقارباتها النظرية والتطبيقية من قرار، وبقي الإشكال يراوح مكانه، حتى استيأس الفقہ القانوني وأرباب التشريع، وظنوا أن لا حل ولا مخرج لقضية السبب سوى التسليم باللاحل، والتخلي عن الفكرة والنظرية كما فعل المشرع الفرنسي، والعودة إلى منطق من نادى يوماً بعدم أهمية النظرية في قانون العقود منذ بداية المشوار.

الفصل الأول

التصور النظري للالتزام التعاقدى فى القانون والفقہ المقارن ودوره فى ظهور إشكال السبب

الفصل الأول: التصور النظري للالتزام التعاقدي في القانون والفقہ المقارن ودوره في ظهور إشكال السبب

تحيل دراسة مسألة ركنية السبب في وجود التصرفات القانونية وصحتها، والجدل الذي ثار حولها في الفقہ القانوني على اختلاف مشاربه ومرجعياته الفكرية والعقائدية، إلى بحث الهيكل العام الذي ولدت في أكنافه، ونمت وأينعت في أحضانه، استنادا إلى تلك الرؤى الفقهيّة المتعددة، المنطلقة من بيئة معينة، ومعطيات سوسولوجية وأنطولوجية وعقائدية شهد لها الزمان، وتأثرت بالمكان؛ وهي الأحوال التي رافقت الصناعة الفكرية لدى الإنسان بحكم الميزة التي تفرّد بها، الموصوفة بالعقل المفكر، الباحث عن مغالبة الطبيعة والمحيط والزمن لأجل التطور والارتقاء، فأعمل جهده الفكري في مختلف العلوم بحثا عن الحقيقة والخلص، ومن ذلك إيجاد حلول تنظم مسالك حياته في حِلّه وتزخّاله، في حركته وسكونه، فشرع لنفسه علامات المسموح والممنوع، عن طريق سن قواعد قانونية تقاس بها تصرفاته ضمن المجموع، وتمييز الحسن الصحيح منها، من الباطل القبيح.

ضمن هذا المنظور ظهر أنه من منطلق الأشياء، وانقيادا للمنهج العلمي الرصين، العودة إلى النظريات العامة التي ولدت في كنفها فكرة السبب، إلى البنى التأسيسية لهيكل التصرف القانوني والالتزام بوجه عام، لتتناول المفاهيم الأُولية التي شيد عليها بُنيانُ نظرية الالتزام العتيد، ومحاولة الغوص في مختلف الجوانب اللغوية والفكرية وحتى الحضارية، التي تزامنت وميلاد هذه المفاهيم، والأسس المرجعية المعتمدة في ذلك، وتفكيك العناصر المرتبطة بهذا البناء النظري المجرد لمفاهيم قاعدية، من مثل الالتزام، والعقد، والتصرف، والنظر ما أمكن في الارتباطات الفنية والوظيفية التي جعلت من الفقہ القانوني في مختلف المدارس، يعيش على وقع الجدل وتطويع المتناقضات، بحثا عن منطق سليم يعلّل به ما ذهب إليه عبر قرون من الزمن وهو يؤسس لفكرة السبب، وموقعها من الوجود القانوني الصحيح للتصرفات القانونية.

في هذا الاتجاه، اخترنا أن نفرد فصلا كاملا لدراسة وتحليل هيكل التصرف القانوني، والتفعيد النظري له في شكله العام، وما يدور في فلكه من مفاهيم مختلفة؛ كالاتزام، والعقد، والعناصر المرتبطة بهما، لا سيما العقد الذي يقع من نظرية الالتزام موقع العمود الفقري من الجسم، كما يقول الفقهاء، عبر استعراض أبرز الآراء في مختلف المدارس الفقهيّة القانونية، التي أثرت التنظير للالتزام، بنوع من التجريد والتعميم (المبحث الأول)، ثم نتولى دراسة التصرف القانوني بمفاهيمه التي اختلف حولها الفكر

القانوني، وعلاقاته المتشعبة مع مفاهيم قانونية أخرى، تتصل بالهيكل العام للتصرف القانوني، وأهمية ذلك في تقصي الحقائق البنيوية النظرية التي قام عليها هذا الهيكل، وارتدادات ذلك على مقومات وجوده، والعلاقات الفنية والوظيفية للعناصر المكونة له؛ من مثل الإرادة والسبب وصلة كل هذه المفاهيم بالقانون (المبحث الثاني)، وتوقف في المبحث الثالث والأخير، عند الخلفيات الفكرية والفلسفية بمرجعياتها المتنوعة، التي أثرت في الصياغة القانونية وأثرت التحليلات الفقهية، في محاولة ابستمولوجية لمختلف الأطاريح والأفكار التي أسست للفكر القانوني عبر قرون من الزمن.

المبحث الأول: التحديد المفاهيمي للالتزام

يشكل التأصيل المؤسس للمفاهيم والمصطلحات القانونية مرحلة ضرورية ومؤكدة للإلمام بمعانيها ومحتوياتها، وإدراك جواهرها ومدلولاتها في جوانبها اللغوية والفنية، فجميع النظم والتشريعات تعالج أنظمة قانونية، وتحاول تبسيطها، لتذليل الصعوبات التي تعترض تطبيقاتها العملية.

وسعيًا إلى الإحاطة بفكرة السبب، وتحديد مفهومه في الفكر القانوني، الذي تزامن ظهوره كنظام قانوني، مع ظهور النظرية العامة للالتزام وما حوته من قواعد وأنظمة قانونية، غاية في التجريد والتعميم، يبدو من الحكمة والمنطق اتباع منهج التأصيل لاصطلاحات مؤسّسة، لها علاقات وظيفية وفنية مباشرة مع اصطلاحات ذات دلالات قانونية معينة، كما هو الشأن لمصطلحات من قبيل "الالتزام" و"العقد" و"التصرف"، وهو ما نحاول استعراض حيثياته في مختلف المدارس القانونية الكبرى فقها وقانونًا، على غرار المدارس الغربية ومدرسة الفقه الإسلامي، عبر المطالب التالية.

المطلب الأول: البناء النظري لمفهوم الالتزام في الفقه والقانون

في هذا المطلب نتناول مفهوم وماهية الالتزام لغة وفقها، في محاولة للاقتراب من معناه الذي أريد له في الفقه القانوني لدى مختلف المدارس القانونية والفقهية الكبرى.

الفرع الأول: المعاني اللغوية للفظ الالتزام

الفعل لزم يأخذ عدة معانٍ عند أهل اللغة، فيقال (لَزِمَهُ، كَسَمِعَ)، يَلْزِمُهُ (لَزَمًا) بالفتح، و(لُزِمًا)، كَقَعُدِ، و(لِزَامًا) و(لِزَامَةً)، بفتحهما كما يقتضيه الإطلاق، فيكونان كسلام وسلامة من سَلَمَ، و(لُزِمَةً، وُلُزِمَانًا)، بضمّهما، وكذا أَلْزَمَهُ به (وَأَلْزَمَهُ، مُلَازِمَةً، وَلِزَامًا)، بالكسر، و(الْتَزَمَهُ وَأَلْتَزَمَهُ

إيَّاه، فَالْتَزَمَهُ)، كذا نصَّ "المِحْكَم" (وهو لُزْمَةٌ، كهُمَزَةٍ: أي إذا لَزِمَ شَيْئًا لَا يُفَارِقُهُ)، وهو بَابٌ مُطْرَدٌ،
و(الْلِزَامُ) (ككتاب الموت)، وأيضًا (الحُسَابُ) وأيضًا (المِلَازِمُ جَدًّا)¹، وقد أنشد الجوهري لأبي
ذؤيب²:
فَلَمْ يَرِ غَيْرَ عَادِيَةٍ لِرَامًا كَمَا يَتَفَجَّرُ الحَوْضُ اللَّفِيفُ

والعَادِيَةُ: القوم يَعْدُونَ عَلَى أرجلهم، أي: فجاءتهم لِزَامٍ، كَأَتَمَ لِرِمُوهُ، لَا يُفَارِقُونَ مَا هُمْ فِيهِ،
وَاللِّزَامُ: (الفَيْصَلُ جَدًّا)، ومنه قوله تعالى: ﴿فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا﴾³ 4.

والمِلَازِمُ: المعَانِقُ، ووقعَ في "المِحْكَم": اللَازِمُ: المَعَالِقُ، ومن المَجَازِ: الِتَزَمَهُ: اعْتَنَقَهُ، كما في
(الْأَسَاسُ)، والمِلْزَمُ: (كَمِنْبَرٍ): حَشْبَتَانِ تُشَدُّ أَوْسَاطُهُمَا بِمَحْدِيدَةٍ، تُجْعَلُ فِي طَرَفِهَا فُتَّاحَةٌ، فَتَلْزَمُ مَا فِيهَا
لِزَوْمًا شَدِيدًا⁵. وَاللَّازِمُ: مَا يُمْتَنَعُ انْفِكَاكُهُ عَنِ الشَّيْءِ، وَالْجَمْعُ لِوَاظِمٍ، وَهُوَ مَلْزُومٌ بِهِ فَالْتَزَمَ الْأَمْرُ⁶.

وكذا جاء في المعجم الوسيط، (لَزِمَ) الشَّيْءُ لُزُومًا: ثَبَتَ وَدَامَ، وَ(الْزَمَ) الشَّيْءُ: أَثْبَتَهُ وَأَدَامَهُ،
يُقَالُ: أَلْزَمَ فَلَانًا الشَّيْءَ، أَي أَثْبَتَهُ عَلَيْهِ، وَالتَزَمَ الشَّيْءُ أَوْ الْأَمْرُ، أَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ، وَالتَّلْزَمُ
وَالاسْتِلْزَامُ، هُوَ كَوْنُ الْحُكْمِ مَقْتَضِيًا لِحُكْمٍ آخَرَ، بِأَنْ يَكُونَ، إِذَا وَجَدَ الْمُقْتَضَى عِنْدَ وَجُودِهِ، بِمِثْلِ يَلْزَمُ
مِنْ تَحْقِيقِ الْمَسْمُومِ فِي الْخَارِجِ تَحْقِيقَهُ؛ وَاللَّازِمَةُ فِي (الرِّيَاضِيَّاتِ وَالْهَنْدَسَةِ)، نَتِيجَةُ تَلِيٍّ بِالضَّرُورَةِ نَظْرِيَّةٍ قَدْ
بُرِّهِنَ عَلَيْهَا⁷، وكذا جاء في مختار الصحاح لأبي بكر الرازي: والالتزام والاستلزام، هو كون الحكم

1- محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: نواف الجراح، دار الأبحاث للترجمة والنشر والتوزيع، ط.1،
الجزائر، 2011م، ج.09، مادة: (ك،م)، ص.399.

2- أبو ذؤيب الهذلي، الديوان، دار صادر، ص.178. مشار إليه في معجم: الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج.09،
ص.399.

3- سورة الفرقان، الآية 77.

4- الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج.09، ص.399.

5- المرجع نفسه، ص.400.

6- المرجع نفسه.

7- مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجميات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط.4، مصر،
2004م، ص.823.

مقتضيا لحكم آخر، بأن يكون، إذا وجد المقتضى عند وجوده، بحيث يلزم من تحقيق المسمى في الخارج تحققه¹.

ويظهر مما جاء في قواميس اللغة العربية، أنّ الالتزام عموماً تدور معانيه حول الثبات، والدوام، والوجوب، فيقال: لزم الشيء لُزومًا إذا ثبت ودام، ولزِمَهُ المال، وجبَ عليه، وألزمته المال والعمل فاللِزْمَةُ، أي أوجِبْتُهُ، فثبت عليه².

ويقترَب معنى كلمة (التزام) في اللغة الفرنسية، من المعنى نفسه الذي يدور حوله في اللغة العربية، حيث أن لفظ Obligation بالفرنسية، يعني القيد الواجب، أو الواجب الذي يفرضه القانون أو الأخلاق، ومصدره اللاتيني *Obligatio*، وهو الواجب الذي يتعيّن على الشخص القيام به أو عدم القيام به³.

وقد ظهر هذا المصطلح في اللغة الفرنسية في بدايات القرن الثالث عشر، للدلالة على فعل الالتزام الذي يربط شخص اتجاه شخص آخر *Action d'engagement*، وفي القرنين الرابع عشر والخامس عشر، أخذ مصطلح Obligation معنًى أكثر عمومية باتجاه الرابطة الأخلاقية *Lien moral*، ثم بعد ذلك نحو الاعتراف بدين *Dette de reconnaissance*، وفي نهاية الإمبراطورية الثانية في فرنسا (1868-1872)، سيصبح لمصطلح Obligation معنًى أكثر خصوصية وتقنية، وهو القيمة القابلة للتداول أو للتفاوض *Titre négociable*⁴، دون التخلي على المعاني السابقة التي كان يقصد بها لفظ الالتزام في أصله اللاتيني، الذي هو الواجب المفروض على الشخص القيام به.

1- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، طبعة خاصة، بيروت، لبنان، 1986م، ص.249. ينظر أيضا: محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ضبط وتعليق: خالد رشيد القاضي، دار الأبحاث، ط.1، الجزائر، 2008م، ج.05، ص.4027.

2- نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، الدار الشامية، ط.1، بيروت، لبنان، 2008م، ص.78.

3- Y. Garnier, La rousse, veuf, Paris, France, 2002, p.1100.

4- Y. Lessard, Histoire du droit des obligations, faculté de droit, Grenoble, France, p.1. <http://www.researchgate.net>. Vue le: 12-01-2021. à: 09^h:35^m.

الفرع الثاني: الالتزام في الفقه والقانون المقارن

لا ريب أن محاولة معرفة ماهية الالتزام في الفقه القانوني، يتوقف على المذهب الذي يُؤخذ به في نشأته، فقد شاع في كتب الفقه القانوني اتجاهان رئيسان في تفسير ماهية الالتزام، مذهب شخصي، ينزع إلى تغليب الجانب الذاتي في الالتزام، باعتباره علاقة تربط بين شخصين، ومذهب يُغلب موضوع الالتزام على طرفيه باعتباره رابطة بين ذمتين، فينظر إلى موضوعه باعتباره الأمر الجوهري فيه.

أولاً- المذهبان الشخصي والموضوعي في الالتزام: إذا كان الفقه القانوني يدين بالفضل للرومان في التأسيس لنظرية الالتزام بشكل عام، فإن ميراث الحضارة الرومانية تنازعت مدرستان، المدرسة اللاتينية بزعامة فقهاء القانون الفرنسيين في الغالب الأعم، والمدرسة الجرمانية بروادها الألمان ومن تأثر بتوجهاتهم الفكرية، وهو الأمر الذي ترك بصمته على مفهوم الالتزام لدى المدرستين، بين ذاتية الالتزام وماديته.

1- المذهب الشخصي في الالتزام: المعروف أنّ جذور نظرية الالتزام تعود إلى الرومان، حيث كانوا ينظرون إلى الالتزام من الجانب الشخصي، واعتبروه في البداية سلطة شخص الدائن على شخص المدين، بموجبها يحقُّ للدائن أن يتسلط على جسم مدينه، سواء بالتصرف، أم بالاسترقاق، وقد يصل الأمر إلى حدِّ إعدام المدين؛ ليتلطف ذلك في مرحلة تالية، ويتوقف عند حبس المدين، وهكذا تميّز الحق العيني عن الحق الشخصي، كون الأوّل سلطة تُعطى للشخص على شيء، والثاني سلطة تُعطى لشخص على شخص آخر، وقياساً على رابطة السيطرة *Vinculum dominium* في الحق العيني، تم اعتماد تلك الرابطة *Ob-ligatio* في الحق الشخصي، ولم تعرف التنفيذ على مال المدين إلا في المراحل المتأخرة من التطورات التي عرفها القانون الروماني، بعد أن قام التمييز بين رابطة المسؤولية، ورابطة المديونية¹، فبالنسبة للقانون الروماني فإنّ اصطلاح التزام *Obligatio*، يتعلّق بالتكليف أو بالأحرى الإجبار أو التقييد *Contrainte* الذي يقع على شخص لأجل القيام بشيء ما، أو القيام بأداء شيء ما *S'acquitter de quelque chose*، وهو ما دونه جوستينيان في دستور إمبراطورية الرومان *Justinien institutes*، ومع تطور الأفكار، جاء الدور على الفقيه الروماني (بول) Paul، ليقول بأنّ ماهية الالتزام لا تتركز على الفكرة التي تجعل من المتعاقد مالكا لشيء ما، ولا أن يجعله

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، لبنان، ص.13.

مستحقًا لخدمة ما *Titulaire d'une servitude*، ولكن هي نوع من الميزة، أو الصلاحية، التي بموجبها يكون المتعاقد قادرًا على إجبار شخص، إمّا بنقل ملكية شيء *Dare*، أو بفعل شيء *Facere*¹.

وإن كان الرومان قد قاموا بإنجازات معتبرة في صياغة مفهوم الالتزام، إلا أنّهم لم يصلوا إلى درجة التعقيد المجرّد وصياغة نظرية عامة له، فالرومان لم تكن لديهم نظرية للعقد، ولا نظرية حول نظام المسؤولية²، وظلّ الأمر على حاله إلى غاية فترة القانون الفرنسي القديم، وتحت تأثير الفقهاء الكنسيين، ولاحقًا بتأثير من مدرسة القانون الطبيعي، ستظهر لنا نظرية عامة للالتزام، إذ قام الفقيهان (دوما وبوتيه) بعلمنة القواعد الدينية، استنادًا إلى نصوص القانون الروماني المدونة في عصر الإمبراطورية السفلى بأمر من جوستينيان (*Digeste institutes*)، وهي المجموعات القانونية التي عُرفت فيما بعد بـ: (*Coppus juris civilis*)، أي مجموعة القوانين المدنية³، أو الموسوعة، أو مجموعة النظم.

والرأي الذي استقر عليه الفقه الفرنسي، وهو يؤسس لنظرية عامة للالتزام، في غالبه الأعمّ، عرّف الالتزام بأنه: "رابطة قانونية بين شخصين يلتزم أحدهما أن يؤدي للآخر عملاً معيناً، أو يُمنع لصالحه عن أداء عمل معين"⁴، وسائر الفقيه الألماني سافيني (*Savany*) هذا التوجّه، بل وذهب إلى أبعد من ذلك لما أسّس رأيه على فكرة السيّادة، إذ إنّ الالتزام في نظره هو عبارة عن سيادة على المدين، أي خضوع المدين للدائن، والتي قد تُردّ على عناصر الطبيعة بصورة كلية فتكون ملكية، وقد تستغرق حرية الشخص المدين فتكون رقًا، وقد تحدّ أو تقيّد من حرية المدين، فتمتدّ إلى جزء من نشاطه فتكون التزامًا، فبالنسبة لسافيني، الالتزام والملكية يتّفقان في الطبيعة، ولا يختلفان إلا في الدرجة، وهو ما يؤكّد تأثره بالنظر الروماني لرابطة الالتزام المطبوعة بالطابع الذاتي أو الشخصي، من خلال رابطة الخضوع الوثيقة المسلّطة على المدين من قبل الدائن⁵.

1- Y. Lassard, Histoire du droit des obligations, op.cit., p.5.

2- *Ibid.*

3- *Ibidem.*

4- J. Manqueront, Histoire des obligations, le droit romain, centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité Rome, série mémoire et travaux, n°1, Aix-en-Provence, France, 1971, p.1.

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.15.

هذا الواجب القانوني الخاص، هو ما يُسمّيه الفقه والقانون بالالتزام، إلا أن الملاحظ أنّ هذا المصطلح يعبر في الكثير من الأحيان عن الحق الشخصي، ويكون مرادفاً له، وليس مجرد الإشارة إلى جانب المدين في هذه الرابطة، ومن ثمّ غلب اصطلاح الالتزام على الحق الشخصي، وهو ما جعل من النصوص التي تنظم الحق الشخصي، تدور حول القواعد المنظمة للالتزام، والمركز القانوني للالتزام، ولا تكاد تُذكر صاحب هذا الحق؛ وعملياً فإنّ الالتزام والحق الشخصي لهما مدلول واحد، يعلّل الفقه استعمالهما كمترادفين بأنّ رابطة الدائنية التي تقوم بين الدائن والمدين، هي التزام منظور إليها من جانب المدين، وحقاً منظوراً إليه من ناحية الدائن، مع أنّ الالتزام الذي على عاتق المدين، هو الواجب الذي يقابل الحقّ الذي للدائن، وكل منهما يتميّز عن الآخر، وعن رابطة الالتزام هذه، وإن كان لا بد من الاقتصار على أحد التعبيرين للدلالة على هذه الرابطة، كان أن تُعبّر عن ذلك بالحقّ الشخصي، لأنّه هو ما يهدف القانون إلى حمايته حين يُلزم المدين بالوفاء، إلا أنّ التعبير عن هذه الرابطة باصطلاح الالتزام هو الذي شاع استعماله¹.

وقد تواضع رجال الفقه على دارسته (أي الحق الشخصي) بوصفه التزاماً، لا بوصفه حقاً شخصياً، فيقال نظرية الالتزام، لا نظرية الحق الشخصي، ويُبررون ذلك بأنّ الناحية الغالبة فيه هي الناحية السالبة، أي الالتزام، لجوهرية دور الملتزم فيه، وأنّ عناية النصوص بتنظيم المركز القانوني للملتزم يمكن أن تُفسّر بأهمية هذا الملتزم في تحقيق القيمة التي يمثّلها الحقّ الشخصي، على خلاف الحال في الحقّ العيني²، أين تتحقق القيمة التي يمثّلها، في السلطات التي يمنحها لصاحب الحق على الشيء الذي ينصبّ عليه الحق، بمقتضى ما له من سلطة مباشرة عليه، أمّا في الحقّ الشخصي، فواجبات المدين هي من تحدد القيمة المالية له (للحق)؛ لكن الحقّ عمومًا، لا يمكن أن يكون هو ذات الرابطة التي تجمع صاحب الحقّ والغير، وإن كان يفترض وجود هذه العلاقة أو هذه الرابطة، كون العلاقات تقوم بين الأفراد أولاً، لكن القانون هو من ينظّمها، فيفرض حقاً لأحدهم، وواجباً أو التزاماً على

1- ينظر: حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1980م، ص.2. كذلك: محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مطبعة رياض، دمشق، سوريا، 1400هـ، 1980م، ج.01، ص.19. وأنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م، ص.5-6.

2- جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1990م، ج.01، ص.9-10.

الآخرين¹، ثم إنّ هناك إمكانية تعترف بها القوانين لوجود الحقّ الشخصي، قبل أن يوجد الدائن، مثلما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير، والوعد بجائزة، الطرح الذي لا يستقيم مع القائلين بأن الحق الشخصي، هو رابطة أو علاقة بين الدائن والمدين، فالرابطة لا تنشأ دون وجود طرفيها، وبالتالي عدم قيام الالتزام، ما دامت الرابطة هي أساسه².

2- المذهب الموضوعي في الالتزام: إذا كان دعاة المذهب الشخصي، وهم يُؤصّلون ماهية الالتزام، قد جعلوا من الالتزام رابطة شخصية وثيقة، فإنّ الفقهاء الألمان يتقدّمهم أتوفون جيرك (Gerck)، كان لهم رأياً آخر، وأبوا أن تستقرّ النظرية الشخصية في قانونهم، بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية، مُغلبين عليها النظريات الجرمانية الأصل، إلى درجة أنّ هجروا مصطلح "التزام" Obligation، الموروث عن الرومان، مستعملين بدله تعبيراً آخر هو علاقة الدين (Schuldnerhaltuisse)، فتجاوزوا فكرة أنّ الالتزام هو رابطة شخصية؛ وركزوا النظر في محلّ الالتزام، الذي يمثل العنصر الأساس فيه، أين أصبح محلّ الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية، وهي الرؤية التي تفصل الالتزام عن شخص الدائن وشخص المدين، وتجعله يختلط بمحلّه، فيصبح شيئاً مادياً، العبرة فيه بقيمته المالية³، وتردّ عليه سائر التصرفات التي ترد على الحقّ العيني، وهو ما يفسّر بقاء الالتزام رغم تغيّر أطرافه، فلو أنّ الالتزام في عنصره الجوهرية، رابطة شخصية، لزال بزوال هذه الرابطة، ولما أمكن أن يتغيّر الدائن في حوالة الحق، والمدين في حوالة الدين، دون أن يتغيّر الالتزام ذاته؛ ويُفسّر هذا المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً، كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن، كما هو الحال بالنسبة للوعد بجائزة، والاشتراط لمصلحة الغير، والتزام من يُوقّع السند لحامله، فلو أنّ الالتزام ليس في جوهره إلاّ رابطة شخصية بين دائن ومدين، لما صحّ أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدين معا وقت نشوء الالتزام حتى تقوم الرابطة بينهما⁴.

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ط.4، الجزائر، 2007م، ج.01، ص.16.

2- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، مصر، 1984م، ج.01، ص.7.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.15.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.2، بيروت، لبنان، 2000م، ج.01، ص.94.

وقد ساعد على ذبوع النظرية المادية في الالتزام لدى الألمان، تحليل الحقّ الشخصي على أنه حق على شيء *Jus ad rem*، فاقترب بذلك من الحقّ العيني، الذي هو حقّ في شيء *Jus in rem*، وساند هذا النظر في ماهية الالتزام، نظريتان أُخريان؛ نظرية الذمّة المالية، ونظرية المديونية والمسؤولية، فالذمة ينظر إليها الألمان نظرة مادية ولا يربطونها بالشخص، ويعرفونها بأنها مجموع من المال يتكون من عناصر إيجابية *Actif*، ومن عناصر سلبية *Passif*، يتميز لا باستناده إلى شخص معيّن، بل بتخصيصه لغرض معيّن، سواء استند إلى شخص أم لم يستند، ولما كان الالتزام من عناصر الذمّة المالية التي هي شيء مادي، فإنّه يكتسب منها هذه الصبغة.

ولم يصل الألمان إلى هذه النتيجة إلا بعد تحليل عميق لماهية الالتزام القانوني، بعيدا عن النظر الروماني، فقد قسم الفقيه برينز "Brinz" (1874م) الالتزام إلى قسمين: *Schuld* الذي يقترب من معنى الدين في الفرنسية، و *Haftung* بمعنى المسؤولية أو القيود، والتي يتوافق معناها مع الكلمة اللاتينية *Obligatio*، وانتهى إلى أن الالتزام حتى وإن بدأ في ظاهره فكرة موحدة، ففي حقيقته يتكون من عنصرين: عنصر شخصي، وعنصر عيني، وهو تحليل ثنائي لماهية الالتزام، أساسه التمييز بين المديونية والمسؤولية، فالأولى هي واجب قانوني معيّن يقوم به شخص نحو آخر، فهي إذن رابطة بين دائن ومدين تجعل على عاتق المدين واجب الوفاء، وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء، لكنها لا تتضمن عامل الإجماع على الوفاء، أمّا الإجماع، فهو المعنى الذي تتضمنه المسؤولية؛ كون المدين قد يكون مدينا ومسؤولا في وقت واحد، وفي هذه الحالة يجب عليه الوفاء ويمكن إجباره على ذلك، إمّا بالتسلط على شخصه، أو على ماله من طريق شخصه، وقد تنفصل المسؤولية عن المديونية¹، فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء (وهو ما يقرب من الالتزام الطبيعي في المدرسة اللاتينية)، ويكون شخص آخر غيره مسؤولا في شخصه، (وهو ما يقرب من الكفيل بالنفس في الشريعة الإسلامية)، أو في ماله عن طريق شخصه (وهو ما يقرب من الكفيل الشخصي)، وقد تنحصر المسؤولية في مال المدين فقط، فيصبح المال دون الشخص مسؤولا، (وهذا يقرب من الكافل العيني، أو الحائز للعقار المرهون)، فالمسؤولية نوعان بهذا النظر، مسؤولية شخصية تقع على الشخص المسؤول، أو على ماله

1- J. P. Lévy et A. Castaldo, Histoire du droit civil, Dalloz, 2^{éd}, Paris, France, 2010, p. p.674-675.

عن طريق شخصه، ومسؤولية عينية، تقع على المال وحده، دون النظر إلى الشخص، فتصطبغ بالصبغة المادية¹.

ويترتب على هذه الرؤية المختلفة لماهية الالتزام، نتائج عملية من الأهمية بما كان، لا يمكن أن تتحقق فيما ذهب إليه أنصار المذهب الشخصي أو الذاتي؛ من ذلك أن الاعتداد بمحل الالتزام قبل أشخاصه، يجعل من تغيير هؤلاء الأشخاص ممكناً، كما هو الحال في حوالة الحق، وهو الأمر الذي تُسَلِّمُ به المدرسة الفرنسية واللاتينية بشكل عام، رغم تشبثهم بمذهبهم الذي لا يستقيم ومنطق هذا النظر المتقدم لماهية الالتزام الإرادي، كما يمكن تغيير المدين بمقتضى حوالة الدين مثلما أقرته القوانين الحديثة، يُضاف إلى ذلك أن ترجيح المحل على الرابطة الشخصية في الالتزام، يبرّر وجود الالتزام دون دائن وقت نشوئه، أي قبل أن يتحدد شخص الدائن، ويكفي أن يوجد وقت التنفيذ، على عكس المذهب الشخصي الذي يوجب وجود رابطة بين شخصين عند نشأة الالتزام، ومثل هذا التحليل المنطقي الذي جاء به دعاة النظرة المادية للالتزام، يفسّر أوضاعاً قانونية كثيرة في الحياة العملية، كالتزام الدائن بإرادته المنفردة، مثلما هو الشأن في الوعد بجائزة، حيث ينشأ التزام في ذمة الواعد قبل أن يتعيّن صاحب الجائزة، وهو الحال في نظام الاشتراط لمصلحة الغير، والسند لحامله، ففي كل هذه الأحوال ينشأ الالتزام بالإرادة المنفردة للمدين، لمصلحة دائن غير معيّن وقت نشوء الالتزام².

3- النظريتان الشخصية والموضوعية في ميزان المنطق القانوني: وإن كانت النظرة المادية للالتزام تؤدي إلى نتائج عملية هامة ذكرنا بعض تطبيقاتها فيما سلف، والتي تتمشى مع متطلبات الحياة الاقتصادية وما تستوجبه من سرعة في التعامل وتداول الأموال، فإنّ إغفال المذهب الشخصي في الالتزام، يعدّ إغفالاً للدور المحوري والأثر البارز لشخصية المدين أو الدائن في تكوين الالتزام وتنفيذه، فوجود طرفي الالتزام لا بد منه على الأقل وقت تنفيذ الالتزام، وتيّتة الطرفين، وهي أمر نفسي، لها كبير الأثر في وجود الالتزام صحيحاً وتنفيذه على الوجه المطلوب، والتي من خلالها (النّيّة) تتسرب العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية؛ كما أنّ وجود مدين مُعيّن في الالتزام هو الفرق الجوهرى ما بين الحقّ الشخصي والحق العيني، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً عند حديثنا عن المدين، فهو لا يستطيع أن

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق، الكويت، 1982م، ج. 01، ص. 93 وما بعدها. كذلك: السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 1، ص. 120-121.

2- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 3.

يُنقَدُ إلى محل الالتزام دون شخص المدين، والمذهب المادي ذاته يعترف بهذا¹، كما أنَّ اعتبار الالتزام قيِّداً على الحرية الفردية للمدين، يجعل الأمر طبيعياً لأن يُعنى الشارع برسم الحدود التي يحلُّ للأفراد في نطاقها تقييد حرياتهم بطريق الالتزام، وأن التسليم بتقييد حرية الإنسان عن طريق الرابطة القانونية، يوجب جدية هذه الرابطة وعدم جورها، فلا يجوز تعليق هذه الرابطة على محض إرادة الملتزم، أو مخالفة قواعد الحرية المعقولة التي تعتبر من مستلزمات الجماعة المتمدنة²، ويؤكد هذا التحليل الفقهي التوفيق الذي حاول رأب الصدع الناشئ عن النظريتين الشخصية والموضوعية وهما يرسمان المعالم النظرية لمفهوم وماهية الالتزام، الصعوبة التي لاقاها فقهاء القانون في تفسير الظاهرة الالتزامية، وقوتها الملزمة من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص، وهو ما كان له دون شك انعكاساته على باقي العناصر الفنية والوظيفية المرتبطة بها، سواء من حيث توصيفها الشكلي والموضوعي، أم من حيث الروابط التي تصلها بكيان التصرفات القانونية ذات الطابع التعاقدي.

ثانياً- الالتزام في القوانين المدنية: وردت للالتزام بعض التعريفات عرضاً في القوانين المدنية ذات التوجه اللاتيني، على رأسها القانون المدني الفرنسي قبل تعديله سنة 2016³، حيث كان نص المادة 1101 السابقة يعرف العقد، بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر، نحو شخص أو أكثر، بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل"، وهو ما أخذ به القانون المدني الجزائري في مادته 54⁴، التعريف الذي تناول مفاهيم قانونية عدّة جملة واحدة، حيث جعل العقد نوعاً من جنس الاتفاق، وأردف مصطلح الالتزام للعقد، الذي يعدّ في حقيقة الأمر أثر له، لا العقد في ذاته، ناهيك عن عدم ظهور السبب في تعريفه كجزء يدخل ضمن ماهيته، وهو المأخذ الذي لاحظته الفقه، منتقداً تعريف الشيء بأثره، بغض النظر عن عدم اعتداده بالالتزام بطريق الإرادة المنفردة، رغم إقرار الفقه والقانون المدني الفرنسي بأنها مصدر للالتزامات الإرادية، وتلحق أحكامها بالمسؤولية العقدية.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ج.01، ص.123.

2- عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.89-90.

3- L'ordonnance n°131-2016, de 10 février 2016, portant réforme de droit des contrats, du régime général et de La preuve des obligations, J.O.F. de: 11-02-2016, la république Française.

4- الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 78.

فالعقد هو مصدر من مصادر الالتزام، وليس الالتزام ذاته، والتعريف هذا مأخوذ عن (بوتيه) ويصعد في أصله إلى قانون الرومان، الذين كانوا يُعرِّفون الالتزام بأنه: "رابطة قانونية تلزمنا ضرورة القيام بوفاء شيء طبقا للقانون"، وقد جمع (بوتيه) بين هذا التعريف، والتعريف الذي قال به (بول): "يكون هناك التزام، إذا كان الغير يستطيع أن يجبرنا على أن نعطي شيئا، أو أن نقوم بعمل، أو أن نمتنع عن عمل"¹، ليصنع منه التعريف الذي جاء في مدونة نابليون للقانون المدني الفرنسي سنة 1804، واستنسخته بعض التشريعات التي تدور في فلك المدرسة اللاتينية، على غرار المشرع القمري في المادة 1101 من قانونه المدني، وكذا المشرع الليكسومبورغي في المادة 101، وقبلهما المشرع البلجيكي قبل تعديل قانونه المدني عام 2022.

وربما يعود الخلط الذي وقع فيه المشرع الفرنسي بين نظريتي الالتزام والعقد، وجمعهما في محل واحد، وعدم إيراد تعريف مستقل للالتزام، إلى النقص الذي عالج به نظرية الالتزام، واعتماد رأي (دوما وبوتيه) المستمد من النظرة الرومانية المشخصنة للالتزامات، حيث تكاد تفصل التزامات المتعاقدين عن بعضها البعض، ولا تتولد الرابطة الالتزامية بينهم إلا من خلال اتباع الأشكال الموضوعية سلفا، والتي أثمرتها في مرحلة متقدمة من عمر الإمبراطورية الرومانية، المقولة الكنسية حول وجوب احترام الكلمة المعطاة والحفاظ على الوعود، وهو المبدأ الذي أدخل الرضائية في الالتزامات التعاقدية، ثم محاولة الفقه القانوني الجمع بين فلسفتين مختلفتين في التصور النظري للالتزام القانوني، الأمر الذي أدى بمن أخذوا على عاتقهم وضع النظرية العامة للالتزام، للوقوع في تصورات غير دقيقة لمفهوم الالتزامات التعاقدية، وما ينجر عن ذلك بالنسبة للعناصر المتصلة بهما، في الوقت الذي يقتضي منطق المنهج العلمي الدقيق، وجوب الفصل بين الالتزام والعقد، أي بين الأثر والمصدر، كونهما فكرتين قانونيتين لكل منهما دلالتها في علم القانون، لما تتطلبه الصناعة القانونية من دقة في المبنى ووضوح في المعنى، تحقيقا لغاية التجريد والتعميم التي تنشدها القاعدة القانونية بوجه عام.

ثالثا- خصائص الالتزام في الفقه القانوني: تبعا للتحليل الذي تناول به الفقه القانوني ماهية الالتزام وطبيعته، يمكن استخلاص الخصائص المميزة له انطلاقا من تعاريفه التي أعطاها إياه فقهاء القانون،

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.12.

سواء في جانبه الشكلي الخارجي الذي يحدد طبيعته، أم في جانبه الموضوعي الداخلي، أي مكونات الالتزام في ذاته.

1- الالتزام علاقة قانونية: إذ هو يرتب آثارا، في صورة حقوق والتزامات تحظى باعتراف المجتمع ويحميها القانون، عكس العلاقات الدينية أو الأخلاقية، التي لا يتناولها القانون الوضعي¹، فالواجب غير القانوني، كالمجاملات العائلية، والواجبات التي يفرضها الدين والأخلاق، واجبات تشبه الالتزام من وجه أنها تُوقَّع على الأشخاص اتخاذ مسلك معين، له طابع مالي، في مواجهة شخص آخر، كواجب إعطاء الفقير المحتاج، ولكنها علاقة لا ينظمها القانون.

2- الالتزام علاقة ذات قيمة مالية: فمن وجهة نظر قانونية، يجب أن يتعلق الالتزام بواجب له طابع مالي، أي له قيمة مالية أو اقتصادية، أو بمصلحة أدبية تكون قابلة للتقدير المادي، باعتبار الالتزام عنصرا من الذمة المالية².

3- الالتزام علاقة بين شخصين: أي أن العلاقة القانونية يجب أن تقوم بين شخصين موجودين ومعينين، على الأقل وقت تنفيذ الالتزام، فيكون أحدهما مدينا، والآخر دائنا³، وهذه الخاصية هي التي جعلت الفقه الغربي يفرق بين الحق العيني والحق الشخصي، إذ تكون العلاقة في الحق العيني بين الشخص والشيء، وهي علاقة تَسَلُّط، بينما يقوم الحق الشخصي على العلاقة التي تربط الدائن بالمدين، وهي علاقة مطالبة واقتضاء⁴.

4- الالتزام رابطة مؤقتة: أي أن الالتزام القانوني أمر عارض، وشأن العارض الزوال كما يقول المناطقة، فهو رابطة خاصة تنطوي على معنى التكليف، ولا يجوز أن يبقى هذا التكليف إلى الأبد، وهي الخاصية التي تميّز الالتزام عن الواجب العام الذي يقابل الحقوق العامة، وهي باقية ما دام المجتمع باقيا⁵.

1- يراجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.64-65.

2- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط.3، الجزائر، 2013م، ص.12.

3- المرجع نفسه، ص.13.

4- يراجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.16.

5- علي حسن الذنون، أصول الالتزام، المرجع السابق، ص.9.

الفرع الثالث: تطور الأفكار حول حقيقة الرابطة الإلزامية

مما أوردناه حول المفهوم الذي أعطاه القانون الفرنسي قديماً للالتزام، والذي استلهمه من القانون الروماني، فإنّ للالتزام أركان يقوم عليها، وهي الرابطة القانونية، والمحل، والسبب؛ فالرابطة القانونية تقوم بين شخصين، كما هو الحال في عقد البيع مثلاً، محلها نقل ملكية المبيع، وسببها قيام المشتري بالتزامه من وفاقٍ بالثمن، فسبب الالتزام، هو الغرض القانوني الذي من أجله أوجب المدين الالتزام على نفسه، وهو ما يجعل من المحل والسبب ركنين في الالتزام لا في العقد¹.

وقد أورد الأستاذ السنهوري في مؤلفه "نظرية العقد"، بعض المحاولات الفقهية في التعريف بالالتزام، من مثل ما قاله (ليفي إيلمان)، في مسعاه إلى التقريب بين المذهبين الشخصي والمادي، والجمع بينهما تحت مفهوم موحد حيث يقول بأن: "الالتزام هو النظام القانوني الذي يحدد حالة شخصين: أحدهما، وهو المدين، يجب عليه أن يفيد الآخر، وهو الدائن، بعمل أو بامتناع عن عمل، وهو يمثل عنصراً خاصاً ذا جانب إيجابي باسم الحق، وجانب سلبي باسم الدين، وأوجدته هذه العلاقة في مال الطرفين"²، والتعريف الذي أورده الفقيه (ديموج) في مؤلفه المطول تحت عنوان "الالتزامات بوجه عام"، الذي يعرف فيه الالتزام بأنه: "حالة قانونية، المقصود منها قيام أشخاص مُعيّنين بعمل، أو الامتناع عن عمل، ذي قيمة مالية أو أدبية"³.

كما أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي، حاولت وضع تعريف للالتزام في المادة 121 منه، إذ جاء فيها بأنّ الالتزام هو: "حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل"، وتعليقاً على هذا النص، ورد في المذكرة نفسها أنّه: "كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من روابط القانون، ولا سيما وأن هذا هو التعريف التقليدي الذي ورد في التقنين المصري الحالي (م.144/90)، بيد أنه

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.13.

2- التعريف الذي قال به إيلمان مشار إليه في مؤلف: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.21-22. والهامش رقم: 1، ص.22.

3- R. Demogue, Traité des obligations en générale, Librairie Arthur Rousseau, T.1, Paris, France, 1923, p.16.

يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه، أن يكون في ذلك قطع برأي معيّن في مسألة حظّها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل¹.

والالتزام وفقاً للمفردات القانونية لجمعية كايبتان "Capitant"، له معنيان؛ معنيّ عاماً، وهو الواجب الذي يمثله القانون، ومعنيّ خاصاً، وهو تقني يتعلّق بالوجه السلبي للحقّ الشخصي، أو المطالبة، وفقاً للفقه²، ومن الفقهاء العرب الذين عرّفوا الالتزام نورد تعريف الأستاذ السنهوري، بعد استعراضه لأهم التعاريف التي أعطتها الرومان والفرنسيون، والمدرسة اللاتينية الكلاسيكية بشكل عام للالتزام، إذ جاء في "الوسيط" بأنّ: "الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معيّن بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل"³، وهو التعريف الذي قال به (ديموج) في الأصل⁴، وتبناه العديد من فقهاء القانون العرب، من بينهم سليمان مرقس، في كتابه "الواقي في شرح القانون المدني"، وأنور سلطان في مؤلفه "الموجز في نظرية الالتزام"، وعبد الحي حجازي في "النظرية العامة للالتزام"⁵.

وفي الحقيقة فإنّ القول بأنّ الالتزام حالة قانونية، لا يكشف ماهية وطبيعة الالتزام في ذاته؛ إذ يمكن إطلاق وصف الحالة القانونية على كل وضع من أوضاع القانون، ولعل هذا ما حدا ببعض الفقه إلى تعريف الالتزام بأنه: واجب قانوني خاص، ذو قيمة مالية، يتحمل به شخص معين يسمى المدين، يتضمن القيام بعمل، أو بأدائه، أو بالامتناع عنه، لصالح شخص آخر يسمى الدائن، تكون له سلطة إجبار المدين على أدائه⁶.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.124.

2- K. Bellis, Système de l'obligation naturelle, thèse de doctorat de droit privé, École De Droit Privé Université Panthéon. Assas, Paris 2, France, 2018, p.16.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.125.

4- Voir: R. Demogue, Traité des obligations en générale, op.cit., T.1, p.16.

5- ينظر: سليمان مرقس، الواقي في شرح القانون المدني، العقد والمنشورات الحقوقية صادر، ط.5، بيروت، لبنان، 2019م، ج.02، ص.15. وأنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.7. وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص.ص.122-123.

6- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، دراسات مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، ط.4، عين مليلة، الجزائر، 2012م، ص.19.

وإلى عصرنا الحاضر، لا يزال الجدل قائما حول البناء النظري لهذا المفهوم، إذ انتقد أستاذ القانون المدني، الفرنسي غريغوار فوراست "Grégoire Forest"، في دراسة حديثة له، التصور الشخصي والتصور الموضوعي لمفهوم الالتزام، كونهما يخلطان بين الحق والواجب أو الالتزام، وبرأيه فهما وجهان لشيء واحد، ومن طبيعة واحدة، فنكون بصدد حق من زاوية الدائن، بينما نكون أمام واجب من جهة المدين؛ ومثل هذا الطرح غير مقبول تماما في نظره، كون التصور الموضوعي يرجع إلى القانون الروماني، أي حوالي القرن الثاني بعد الميلاد، والذي كان يجهل فكرة الحق، بينما التصور الشخصي ظهر خلال القرن السادس عشر، وإنّ مثل هذا التباعد الزمني يكون مانعا قويا لوجود أي تقارب بين الفكرتين، فكيف يمكن أن يكونا عندئذ من الطبيعة نفسها؟ فلكل من الحق والواجب طبيعة خاصة¹.

وبعد تحليله لمفهوم الالتزام القانوني، اعتبارا لهذا الفرق الجوهرى، يقترح "غريغوار فوراست" تعريفا للالتزام على أنه: "الحق في تنفيذ قاعدة سلوك"، فالالتزام يجمع بين تكليف بسلوك (الذي يتمثل في الدين) وحق؛ أما الدين، فهو تكليف مُوجّه للمدين، وهو تكليف شخصي يربط المدين بالدولة، غير أنّ هذا لا يمنع الغير من هذا التنفيذ، بل يعتبر تعيين الغير المستفيد جزء من الدين، وهذا الدين قد يترتب عن العقد، أو عن القانون، وطالما أن التكليف يصدر عن القانون، لا يمكن استبدال المدين، وإلا استبدلنا أيضا قاعدة التكليف، بينما يُشترط في الدائن أن يكون مُعيّنا، مع إمكانية استبداله بعد ذلك، دون المساس بقاعدة التكليف²، ويخلص في نهاية تحليله، إلى أن العلاقة التي تلزم المدين بالقيام بخدمة لصالح دائن معين، تمثل عنصر التكليف في الالتزام، فهو بمثابة قاعدة تكليف شخصية وموضوعية، تحدد السلوك الذي يتعين على المدين إتيانه كونه ضرورة قانونية، أما الحق الذي يتمتع به الدائن فهو يمثل العنصر الشخصي للالتزام، وهو قيمة مالية مضافة لذمة الدائن؛ وهذا ما يظهر الطبيعة المختلفة لكل من الدين والحق، ولا يمكن أن يكونا وجهين لشيء واحد، مقترحا على المشرع الفرنسي تعريفا جديدا للالتزام في إطار مشروع مراجعة قانونه المدني التي كانت مبرمجة منذ مطلع القرن

1- G. Forest, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, Recueil Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 116, France, p.209.

مشار إليه في مؤلف علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.ص. 16-17.

2- G. Forest, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, p.210.

مشار إليه في مؤلف علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 17.

الواحد والعشرين، والتي تمت فعلا سنة 2016، حيث يرى بخصوص مفهوم الالتزام بأنه: "علاقة قانونية يكون المدين ملزما بموجبها بتسليم خدمة لدائن معين يتمتع بالحق في تنفيذ هذه الخدمة"¹، ويظهر من خلال هذا التعريف أنه بقي متمسكا بالعناصر التي أفرزتها التصورات السابقة، وهي حصر مفهوم الالتزام القانوني في أنه علاقة قانونية ذات طابع مالي يلتزم بمقتضاها أحد المتعاقدين بأداء معين أو الامتناع عن عمل اتجاه الطرف الآخر، الذي يكتسب في مقابل ذلك وبشكل منطقي حقا، له أن يطالب به، وطالما أن الالتزام علاقة قانونية، فمن البدهة أن تكون بين أشخاص، ويتقرر لهم عن طريقها حقوقا وواجبات، وتحظى بحماية المجتمع عن طريق الدولة²، على خلاف النظرة التي ينظر بها الفقه الإسلامي لمفهوم الالتزام الذي لا يقتصر على العلاقات القانونية ذات الطابع المالي وحسب، بل يتعدى ذلك إلى الأحوال الشخصية .

الفكرة إذن كما هو ملاحظ، مثيرة للجدل، لذلك لا يمكن تحديد التعبير عنها ككل، ومع ذلك يمكن أن تكون من مفاتيح دراستنا كمقدمة، للإحاطة بفكرة السبب وتحديد معالم المصطلح، تبعا للمصطلحات المرتبطة بهذا التعبير، وهو ما جعل الشكوك تحوم حول مسألة ركنية السبب من عدمها في التصرفات القانونية، في جوّ من الضبابية، والجدل، والغموض، والتردد، وتوزيعها بين الالتزام والعقد، نظرا للارتباط الوظيفي والفني لهذين المصطلحين ببعضهما البعض من جهة، واختلاف المدلول القانوني لكل منهما من جهة أخرى، فشتان بين المصدر والأثر، بين مصدر الالتزام وأثره، وعلاقة السبب بكليهما، ليبقي بذلك التساؤل قائما عما إذا كان السبب جزءا من ماهية الالتزام أو العقد، أم هو جوهر مستقل بذاته عن هذين المفهومين القانونيين؟ خصوصا لما جعلت المادة 1108 السابقة³ من قانون نابليون السبب ركنا أو شرطا مستقلا، يدخل ضمن مقومات العقد، ويتعلق في الوقت نفسه بصحة الالتزام.

1- G. Forest, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, p.p.501-502.

مشار إليه في مؤلف علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.17.

2- Ibid.

مشار إليه في مؤلف علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.17.

3- Ancien article du code civil Français: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : 1- Consentement...2- Capacité...3- Objet...4- Une cause licite dans l'obligation».

المطلب الثاني: الالتزام من منظور الفقه الإسلامي والفكر القانوني والفلسفي

وإن كان الفقه الإسلامي يستقل بمنهجه وأصوله في معالجة العلاقات القانونية المختلفة، وله اصطلاحاته وألفاظه الشرعية التي يستعملها في صياغة أحكامه في شتى المجالات التي عالجها الفقهاء المسلمون على طريقتهم وأصولهم، فإن طبيعة الدراسة ومتطلبات التحليل للمفاهيم المتصلة بها، تقودنا إلى محاولة إيجاد مقارنة لدراسة مفهوم الالتزام على النهج الذي سار عليه الفقه القانوني، وهو ما نستعرض حيثياته عبر ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول اصطلاح الالتزام ومعناه المزوج في الفقه الغربي، وندرس في الفرع الثاني المعنى الواسع الذي يأخذه في الفقه الإسلامي، والنظرة الوسطية لمفهوم الالتزامات التعاقدية في هذا الفقه، ونخص الجوانب الفلسفية لمُدلول لفظ الالتزام بفرع ثالث وأخير، نتحرى فيه المفارقات المنطقية لهذا المفهوم بالنسبة للفقه القانوني.

الفرع الأول: التباين المفاهيمي لاصطلاح الالتزام بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي

عادة لا يرد في الفقه الإسلامي اصطلاحات من مثل الحق الشخصي أو الالتزام، وهو تعبير مستعار من الفقه الغربي، والسبب في ذلك يعود إلى تسميته بالحق الشخصي أو الالتزام، وضمن هذا المنظور يشير الأستاذ السنهوري إلى أن: "الفقه الإسلامي يشمل عدة روابط قانونية مميزة عن بعضها البعض، ولم يحاول علماء هذا الفقه دمج هذه الروابط في وحدة تنتظمها جميعاً فيعبر عنها بالالتزام، أو الحق الشخصي"¹.

ففقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون في بعض الحالات لفظ "الحق"، ويريدون بذلك جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون: حق الله وحق العبد، ويستعملون اللفظ بصيغة الجمع "الحقوق" في حالات حقوق الارتفاق، وفي حالات أخرى، وما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد²، أو الأثر الأصلي له، أو المقصد الأصلي له، فعقد البيع مثلاً، حُكْمُهُ أو الأثر الأصلي له، نقل ملكية المبيع، وحقوقه المترتبة عنه، تسليم المبيع ودفع الثمن³، أي الغرض الذي قصد

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط.2، بيروت، لبنان، 1998م، ج.1، ص.14.

2- المرجع نفسه.

3- إبراهيم عمر فتحي الحيايبي، حقوق العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2020م، ص.46.

إليه المتعاقدان من إنشائه، وهو ثبوت الملك لكلا المتعاقدين، ملكية المبيع بالنسبة للمشتري، وملكية الثمن بالنسبة للبائع، أما الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن الأثر الأصلي للعقد، فهي حقوق أو التزامات تبعية، تؤكد حكم العقد، أو تحفظه، أو تكمله، كالتزام المؤجر في عقد الإيجار بصيانة العين المؤجرة؛ فحكم العقد ذو طابع مادي، يكشف عن الغاية النوعية له، ويمثل وظيفة التصرف القانوني، كونه ينظم الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي يسوّغ وجوده، فهو الغرض القانوني الذي يرمي إليه التصرف، منظورا إليه من الوجهة الاقتصادية، كالمعاوضات، أو الوجهة الاجتماعية، كالزواج والعقود غير المالية، محددًا من قبل الشارع لا من قبل المتعاقدين¹.

ويستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية أحيانا لفظ (الالتزام)، ويريدون به في أغلب الأحيان الحالات التي يُلزِمُ فيها الشخص نفسه بنفسه، أي بإرادته المنفردة، إذ من بين الفقهاء المجتهدين الذين عرفوا الالتزام بوجه عام، نجد الحطاب المالكي، بقوله إن الالتزام هو: "إلزام الشخص نفسه، شيئا من المعروف مطلقا، أو مُعلّقا على شيء، بمعنى العَطِيَّة، وقد يطلق في العرف على ما هو أخصُّ من ذلك، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم"²، وأما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد، أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية، أو الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أم عقدية، فيسمونها الضمانات، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ السنهوري: "إذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهيًا يقابل لفظ (الالتزام) بالمعنى المعروف في الفقه الغربي، وجب أن نستعمل تعبيران، هما (الالتزام) و(الضمان)، ولا نكون مع ذلك قد استنفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرها المختلفة"³، وبذلك يتميز الالتزام في الفقه الإسلامي بالنظر إلى شمولية معناه، مقارنة بما هو عليه في الفقه الغربي.

أولا- خصائص الالتزام في الفقه الإسلامي: الالتزام إذن بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية، يشتمل على عدّة روابط تتميز عن بعضها البعض، وهي لا تقل عن أربع: التزام بالدين، والتزام بالعين، والتزام بالعمل، والتزام بالتوثيق.

1- إبراهيم عمر فتحي الحيايني، حقوق العقد، ص.ص. 91-92.

2- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرُّعَيْنِي، المشهور ب: الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط.1، بيروت، لبنان، 1984م، ص.67.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.14.

والالتزام بالدين، والالتزام بالعين، هما وحدهما من كل هذه الالتزامات المذكورة، اللذان يتعلقان بذمة المدين، أما باقي الالتزامات فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزام بدين¹، والدَّيْنُ في النظر الفقهي، هو ما وجب في ذمة المدين لعقد استهلاك مال، أو ضمان غصب²، ويستدرك الأستاذ السنهوري، بأن ما جاء به صاحب مرشد الحيران، لا يغطي جميع مصادر الدَّيْنِ³، ويضيف إليها العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، أو الدفع غير المستحق، وكذلك الشرع ذاته، كالاتزام بالنفقة.

أما الالتزام بالعين، فهو التزام محلّه عينٌ مُعَيَّنَةٌ بالذات لتمليكها، أو تمليك منفعتها، أو تسليمها، أو حفظها، ومن مصادر الالتزام بالعين، الإرادة المنفردة، كالوصية بعين مُعَيَّنَةٌ، والعمل غير المشروع، كغصب عينٍ ينشئ التزاماً بردها، وإذا ما هلكت العين يتحول الالتزام إلى التزام بدين، يتمثل في ردّ القيمة أو المثل؛ والإثراء بلا سبب، كالوفاء بعين غير واجبة، يكون على المستوفي ردها، وفي الغالب يكون مصدر الالتزام بالعين، العقد⁴، بالإضافة إلى الالتزام بعمل محلّه شيء ما، أو أداء خدمة مُعَيَّنَةٌ؛ أمّا الالتزام بالتوثيق، فمحلّه كفالة التزام، قد يكون التزام بدين، أو التزام بعين، ويدخل في ذلك الالتزام بالتسليم، وقد يكون الالتزام بالتوثيق تبعا لالتزام بدين أو بعين، كما قد يكون أصليا في الكفالة بالنفس⁵.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء المسلمين، لم يدمجوا أنواع الالتزامات المذكورة في نوع واحد يسمونه (الالتزام) كما يفعل الفقهاء الغربي، فليس الالتزام بالدين إلا الذي يتعلق بذمة المدين، أما باقي الالتزامات، فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزامات بدين، كما هو الشأن في الالتزام بتمليك العين أو منفعتها، فالملك ينتقل في الحال، لأن العقد بذاته ينقل الملكية، ولا تتحقق صورة الالتزام بدين يتعلق في الذمة؛ وفي الالتزام بتسليم العين أو بحفظها، قد يتحقق سبب الضمان في بعض

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.14.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.16.

3- ينظر: محمد قدرى باشا، مرشد الحيران، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1308هـ، 1891م، فصل: في العقود والمدائيات والأمانات والضمانات، ص.27 وما يليها.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.16.

5- المرجع نفسه، ج.01، ص.17.

الحالات، فيتحول الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين، فيتعلق الالتزام بالذمة؛ كذلك يكون الأمر بالنسبة للالتزام بالتوثيق بعين، حيث يتحول الالتزام المكفول، إلى دين يتعلق بالذمة؛ وبهذا يكون الالتزام بالدين والالتزام بالعين، هما الالتزامان اللذان يردُّ عليهما كل التزام في الفقه الإسلامي¹.

إنَّ التمييز الذي نراه في الفقه الغربي بين الحق الشخصي والحق العيني، لا يتساق مع التقسيم الذي أوجده الفقه الإسلامي بين الدين والعين، ويترتب عن ذلك فروقا جوهرية تتأسس عليها فروع الأحكام الناتجة عن هذا البناء الفكري والفلسفي للمفاهيم والتصورات النظرية، التي بُنيت عليها نظرية الالتزام بوجه عام في الفقه القانوني، فالذمُّ في الفقه الإسلامي ليس كل الحق الشخصي، بل هو صورة من صُوَّره، والعين تستغرق الحق العيني، وبعضاً من الحق الشخصي الذي هو الالتزام بالعين، ومن ثمَّ فالدين أضيق من الحق الشخصي، والدين أوسع من الحق العيني²، وهو ما يبرر بروز التمييز بين الدين والدين في الفقه الإسلامي، وغطَّى بذلك على التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني الذي نراه في الفقه الغربي، فالالتزامات في الفقه الإسلامي متعددة، ولا تندمج في وحدة تنتظمها جميعاً، إلاَّ أنَّها تتقارب من ناحية المصدر.

ومن الفقهاء المحدثين الذين تناولوا مسألة الالتزام في الفقه الإسلامي، الأستاذ مصطفى الزرقا الذي حاول صياغة تعريف للالتزام، يتجاوز النظيرين الشخصي والمادي التي وضع الفقه الغربي مفهوم الالتزام في قفصهما، إذ يرى بأنَّ: "الالتزام هو كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل، أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره"³، ويُردِّفُ معلقاً بأن: "النظر إلى الالتزام كمرادف للحق الشخصي، نظرٌ غير سديد، فلا يصحُّ أن يُجعلَ الحق الشخصي مرادفاً للالتزام، وإمَّا هو مُقَابِلُهُ الذي يجمعه وإيَّاه التلازم، وإن كان المحل الذي ينصبُّ عليه كليهما متحدًا، فيكفي أن جهة الاعتبار تختلف، ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى، لأنَّ التلازم بين أمرين شيء، واتحاد مفهومهما شيء آخر"⁴، وهو التحليل الذي يُنبئُ عن خلل ما في الاعتماد على الأثر الناشئ عن التصرف القانوني، لبناء نظري مجرد، يجمع تحت لوائه في واقع الأمر القواعد العامة التي تحكم الوقائع والتصرفات القانونية على اختلاف مصادرها.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.17-18.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.18.

3- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم، ط.1، دمشق، سوريا، 1999م، ج.03، ص.93.

4- المرجع نفسه، ج.03، ص.62.

ثانياً- عناصر الالتزام: إذا سايرنا المفهوم الغربي للالتزام الذي يعُدُّ مرادفًا للحق الشخصي، وإن كانا يختلفان في المفهوم، كما أشرنا إلى ذلك آنفاً، فإن عناصر كل منهما واحدة، فالحق الشخصي، يتكون من صاحب الحق، والشخص المكلف، والمحل الذي يتعلّق به، أي الشيء الذي يتعلّق بالفعل، أما الفعل المكلف به، فهو موضوع الالتزام، أمّا التكليف نفسه، أو العهدة، فهي الالتزام عينه؛ فالالتزام الذي ينشأ عن القرض مثلاً، يعتبر فيه المقرض ملتزماً، والمقرض مُلتزماً له، والوفاء بالقرض هو موضوع الالتزام، والعهدة التي على المقرض، أي وجوب الوفاء، هو الالتزام، أمّا المال الواجب أداءه، فهو محل الالتزام¹.

وما دام وجوب الوفاء هو الالتزام الذي على عاتق المقرض في عقد القرض في المثال الذي أورده الأستاذ مصطفى الزرقا، والذي يعتبره بعض الفقهاء القانونيين عقداً عينياً، السبب فيه هو الالتزام بالرد، مقابل التزام المقرض بتسليمه القرض، فإن الالتزام المترتب في ذمة المدين المقرض بالنسبة للفقهاء الإسلامي، ما هو إلا تحصيل حاصل للأثر أو الحكم الأصلي لعقد القرض المقرر من قبل الشارع، وليس يترتب عن اتفاق الإرادات.

ثالثاً- طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي: منطقياً، فإنّ كل التزام لا بد له من طرفين، تربطهما بموضوعه رابطة السببية، لكن ما يثير التساؤل، هل الالتزام في الفقه الإسلامي بالمفهوم الذي أراده أهل القانون هو سلطة شخصية لطرف على آخر، أم علاقة مادية بين ذمتين؟

الواقع أنّ الالتزام في الشريعة الإسلامية هو في ذاته علاقة مادية، إمّا بمال المكلف، كما في المدين، وإمّا بعمله، كما في الأجير، ولكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، إذ لولاها لتعدّر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف ماله أو امتناعه عن عمله²، وقد ثبت أن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم يجبس طوال حياته أحداً في دِين، وقال لغرماء المفلس: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"³، وإلى جانب ذلك فإنّ صريح القرآن الكريم نصّ على إنظار المدين المعسر إلى حين تبيّس³

1- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، المرجع السابق، ج.03، ص.93.

2- المرجع نفسه، ج.03، ص.ص.65-66.

3- رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، الحديث رقم: 1556، دار السلام للنشر والتوزيع، ط.2، الرياض، السعودية، 2000م، ص.1191.

أموره ويصبح قادرًا على أداء الدين، وهو ما عَنَّتُهُ الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾¹؛ على أنّ الشريعة الإسلامية لما تساحت مع المدين المعسر، فإنّها حمّت الدائن من تَعُنَّت المدين الميسور الواجد، وذلك في الحديث النبوي الذي رواه النسائي وابن ماجه وأبو داود: "إِنَّ الْوَّاجِدَ يَجِلُّ عَرَضُهُ وَعَقُوبَتُهُ"²، ومعنى إحلال عَرَضِهِ هنا، الطعن في أمانته وذمّته؛ ويُروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم- أيضا قوله: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ"³؛ أي أن تماطل المدين الغني ظلّم، يستدعي جَبْرَهُ وإكراهه على الوفاء، ولو اقتضى الأمر حجز حُرِّيَّتِهِ، ولكن ذلك لا يتم عن طريق الدائن مباشرة، كما كان يجري عند الرومان، بل عن طريق القاضي بناء على طلب الدائن، وبهذه السلطة التي منحها الشارع للقاضي، وُضعت الأمور في نصابها، فلم تسمح الشريعة للمدين أن يتعنت، ولم تسمح للدائن أن يطغى على مدينه، بحيث يتسلط على حياته أو حرّيته، وهذا التدبير الذي اقتضته الضرورة، لا يُجَرِّد الالتزام في الشريعة الإسلامية من طابعه المادي، إذ هو مجرد ضمان في يد الدائن ضد الميسور المماطل⁴.

وبهذا النظر، فإن مسألة الالتزام كما سماه الفقه القانوني، الذي هو رديف الحق الشخصي في نظره، ليس إلا الإلزام الذي يرتبه الشارع (القانون) على التصرف أو الواقعة الشرعية، وليس وليد الإرادة الخاصة للملتزم، لأن لفظ التزام في اللغة العربية، على وزن افتعال، وهو ما يعطي الانطباع على محض مشيئة الملتزم الصادرة عنه، أما الإلزام فهو أمر خارج عن إرادته، يجعله في حالة التزام إذا أتى بفعل أو قول يرتب عليه الشرع أو القانون التزاما، وقد لاحظ هذا الأمر المتعلق بمفهوم الالتزام بعضا من فقهاء القانون الفرنسيين، بين دلالة كلا المصطلحين Obligation وEngagement، وهم يحاولون تحديد مصادر الالتزامات، كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء لارومبيير "Larombière" ولوران

1- سورة البقرة، الآية 280.

2- رواه النسائي في السنن، كتاب: البيوع، باب: مطل الغني، الحديث رقم: 4689-4690، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الحضارة للنشر والتوزيع، ط.2، الرياض، السعودية، 2015م، ص.1056.

3- رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الحوالة، باب: إذا أحال إلى مليء فليس له رد، الحديث رقم: 2288، دار ابن كثير، ط.1، دمشق، سوريا، 2006م، ص.547.

4- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.5.

"Laurent"¹، اللذين قالوا في معرض تحليلهم لماهية الالتزام، بأن الاصطلاح الأول Obligation يوحي بنوع من الإجبار الخارج عن إرادة الملتزم، على غير دلالة اللفظ الثاني Engagement الذي يتبادر إلى الذهن من خلاله، بأن الشخص قد أقدم على الالتزام بإرادته الواعية وهو يملك شيئاً من الخيار.

الفرع الثاني: مقارنة مفاهيمية للالتزامات التعاقدية في الفقه الإسلامي

بناء على ما تقدم، نلمس الاعتدال الظاهر الذي نهجه فقهاء الشريعة الإسلامية بين المذهبين الشخصي والمادي، حيث غلبوا الصبغة المادية على طبيعة الالتزام، ولم يهملوا الفكرة الشخصية، الأمر الذي ساعد على اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني الحاصل في الفقه القانوني.

أولاً- النهج الوسطي لفقهاء الشريعة الإسلامية في معالجة الالتزامات التعاقدية: تغلب الصبغة المادية على طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي عموماً، دون إهمال الفكرة الشخصية، لتبقى ضماناً في مواجهة المدين المماطل، فالشرع الإسلامي من خلال نصوص الكتاب والسنة، عدل كثيراً من غلواء السلطة الشخصية التي كانت لدى الرومان، والتي منحت بموجبها الدائن حق استرقاق المدين، أو قتله، وإن كان معسراً، والتي قابلها رد فعل معاكس عند جل فقهاء المدرسة الجرمانية، في اتجاه مغاير لما كان عند الرومان، وتبنته المدرسة اللاتينية عن طريق أبرز فقهاءها، فأضفوا الصبغة المادية الصرفة على الالتزام، وميّزوا بين المديونية والمسؤولية في محل الالتزام، ووزعوا هذين العنصرين على ذات المدين الملتزم، وعلى ماله، معتبرين الشخص مديناً في ذاته، وذمته المالية هي المسؤولة عن التزامه، وليس شخصه، فلا حبس ولا إجبار على إيفاء المدين، وإن كان الشرع الإسلامي قريباً من هذا النظر، من خلال إضفاء الصبغة المادية الموضوعية على الالتزام أو الحق، إلا أنه لم يهمل كلياً الجانب الشخصي فيه، ليكون سلاحاً في مواجهة المدين المماطل رغم قدرته على أداء الدين، ويبدو ذلك جلياً من خلال النتائج التي أقرتها الشريعة الإسلامية من خلال اجتهادات فقهاءها، وهي النتائج التي توصل إليها فقهاء النزعة المادية في الالتزام، وإن كانت الشريعة الإسلامية سبقت هذا النظر بقرون، والتي يمكن إجمالها في إقرار الفقه الإسلامي إمكانية عدم وجود مُلتزم له مُعَيَّن (دائن)، عند نشوء الالتزام في

1- Voir: T. Cedric, La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours, Thèse de doctorat en histoire du droit des institutions et des faits sociaux, Université Lyon, 2011, France, p.p.257-258.

بعض الحالات، وإن كان الأصل لزوم وجوده، بالإضافة إلى تقنيات قانونية أخرى، من مثل حوالة الحق، وحوالة الدين، وهو ما يسمح بانتقال الالتزام إلى شخص جديد، بصفة دائن أو مدين¹، وإن كان هناك من يقول بأن الفقه الحنفي لم يقر حوالة الحق، كما يرى بعض فقهاء الشريعة والقانون، فإن ذلك راجع للتقسيم الذي أخذ به الحنفية لأنواع الحوالة بين مقيدة ومطلقة، كونهم لا يرون الحوالة نوعاً من البيع تجري فيها كل أحكامه، بل هي عقد مستقل شرعاً لغاية معينة يحتاج إليها التعامل، أما غير الحنفية فيجيزونها بناء على إطلاق الترخيص الشرعي الثابت، سواء كانت بعد ذلك بيع دين بدين، أم لم تكن كذلك، في الوقت الذي يجيز فيه الحنفية الحوالة المقيدة مطلقاً، ومن صورها حوالة الحق، كأن يحيل البائع دأئه على المشتري بالثمن²، ولذلك "نجد كثيراً من التوافق بين القواعد والأحكام التي أقرها الاجتهاد الفقهي الإسلامي في شتى أنواع الحقوق، وبين ما نجد في الشرائع الوضعية وقوانينها، مما هو ثمرة التفكير السديد، والتصوير الرشيد، والتمييز الصحيح"، كما يقول الأستاذ مصطفى الزرقا³.

ثانياً- اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي: يختفي التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي، والذي يعد تمييزاً جوهرياً في الفقه القانوني، بسبب بروز التمييز بين الدين والعين، وحرص الفقهاء المسلمون على المقابلة بينهما كلما عرضت مناسبة لذلك، بناء على نظرية الذمّة، ويقولون بأن الدين يتعلق بذمة المدين، أما العين فلا تتعلق بالذمة، بل يكون الحق عينياً كان أو شخصياً، متعلقاً بالعين ذاتها⁴، فالتعلق بالذمة أم عدم التعلق بها هو معيار التمييز بين الدين والعين بالنسبة لهذا الفقه؛ ووفقاً لذلك، استتبع هذه النتيجة عدّة أمور، منها؛ أنّ الالتزام بالدين يحتاج إلى وساطة المدين، أمّا الالتزام بالعين فينصبُّ على العين ذاتها، كما أنّ الدين تتبعه المطالبة، إذ إن وساطة المدين تقتضي مطالبته، أمّا العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة، كما أنّ الدين

1- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، المرجع السابق، ج.03، ص.68.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط.2، دمشق، سوريا، 1985م، ج.05، ص.ص.170-171.

3- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، المرجع السابق، ج.03، ص.118.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.20.

يَرِدُ عليه الأجل، وتصحُّ به المقاصة، ويجوز فيه الإبراء، أما الالتزام بالعين، وهو متصل بها مباشرة (بالعين)، فهو كالحق العيني، لا يُتصوَّرُ فيه أجل، ولا مقاصة، ولا إبراء¹.

وبنوع من التحليل التفسيري للنتائج التي توصل إليها الفقه الإسلامي، يبرز الأستاذ شفيق شحاتة في رسالته للدكتوراه بعنوان: "النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية"، بأن تفريق الفقهاء المسلمين بين الدين والمطالبة، يكمن في كون الحق المجرد، أو الدين المجرد، قد يكون لشخص، أو على شخص، بينما المطالبة، تكون على أو لشخص آخر²، وهي التفرقة التي تقترب من ما ذهب إليه الفقهاء الألمان، في توزيع الالتزام بين المديونية والمسؤولية.

وتندرج الحقوق في الفقه الإسلامي من حيث تعلقها بالدين أو بالذمة على مراتب خمس، تتعلق الأولى بذات العين، وهو الحق العيني الأصلي، كحق الملك وحق الارتفاق، وتتعلق في مرتبة ثانية بذات العين دون أن يكون حقا عينيا أصليا، وهذا هو الالتزام بالعين، وقد يتعلق الحق في مرتبة ثالثة بمالية العين دون ذاتيتها، وهو الحق العيني التبعية، كحق رهن وحق حبس، وقد تتعلق في مرتبة رابعة بمالية أموال المدين لا بذوات أعيانها، وفي الوقت ذاته تتعلق بالذمة، وهو حق الدائنين على أموال مدينهم الميت أو المريض مرض الموت أو المحجور عليه، وقد تتعلق خامسا وأخيرا بالذمة دون العين، حال تعلق الدين بذمة المدين أثناء حياته إذا لم يكن مريضا مرض الموت أو محجورا عليه³.

وقد حاول بعض الفقهاء المحدثين مجارة الفقه الغربي في تعريفه للالتزام، ولكن بوجهيه، الإيجابي لما يكون حقا شخصيا، والسلي لما يكون التزاما، ومن بينهم الأستاذ عبد المجيد الحكيم، الذي عرّف كلاّ منهما على حدة، فالحق الشخصي على قدر تصوّره هو: "حالة قانونية يكون فيها للشخص أن يطلب من غيره القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل"، أمّا الالتزام فهو: "حالة قانونية يكون فيها على الشخص أن يقوم بعمل، أو يمتنع عن القيام بعمل"⁴، وهو ما يظهر الصعوبة التي لاقاها الفقه

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.01، ج.01، ص.24.

2- C. Chehata, Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanafite, éditions Sirey, Damas, Sirey, 1969, p.142.

ينظر أيضا: عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، ط.2، العراق، 1963م، ج.01، ص.10.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.28.

4- عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.12.

القانوني على تنوع مشاربه وتفاوت مداركه، في تحديد مفهوم الالتزام تحديداً دقيقاً، يمكن من خلال تعريفه، استخلاص جزئياته التي تدخل ضمن ماهيته.

الفرع الثالث: الالتزام في علم المنطق والفلسفة

الالتزام عند المناطقة، هو صفة الدلالة، لأنها توصف بالمطابقية إذا كان اللفظ والمعنى متطابقين، لا يزيد أحدهما على الآخر شيئاً، وتوصف بالتضمينية، إذا أُريدَ باللفظ جزء من معناه المركب، وتوصف بالالتزامية، إذا كانت الدلالة على معنى خارج عن الموضوع له، ولازم له¹، ومن تطبيقات هذه الدلالات الثلاث: دلالة العقد، مطابقية على مجموع الإيجاب والقبول، وتضمنية على الإيجاب وحده، أو القبول فقط ضمن المجموع، والتزامية بالنسبة للآثار التي تترتب عليه من الحقوق والالتزامات، فالالتزام أثر من آثار العقد، يدل عليه دلالة عقلية التزامية، أما في علم الفلسفة، فالالتزام من فصيلة الانفعال، أي التأثير بفعل مؤثر، كتمدد الحديد بالحرارة، وتقلصه بالبرودة²، وهو ما يوحي بأن الالتزام أثر أو نتيجة لفعل أو واقعة يرتبطان بعلاقة السبب بالمسبب أو قانون السببية.

والالتزام في الفقه القانوني في الغالب الأعم، يتأرجح بين الواجب القانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر، وفي حقيقة الأمر، فإن الواجب ليس الالتزام، وإنما هو صفة الأداء الذي هو محل الالتزام³؛ وبين وصفه بالرابطة القانونية، وهذه من فصيلة الإضافة، بينما الالتزام من فصيلة الانفعال، والفصيلتان متباينتان، والإضافة فلسفياً، هي حالة، أو صفة بين شيئين، تصورها بالنسبة لأحدهما، يستلزم تصور الآخر لزوماً بيناً بالمعنى الأخص، كالأبوة بالنسبة للبنوة، والزوجية بالنسبة للزوجين، وكذلك الحال بالنسبة لمن عرفتوا الالتزام بأنه حالة قانونية، فهو تعريف بالمبنيين، وهو مرفوض بميزان المنطق⁴.

ويعلق إبراهيم مصطفى الزلي على هذه التناقضات المنطقية والفلسفية، وحتى اللغوية، بعد تحليل دقيق لمفردات التعاريف التي أوردتها التشريعات، وفقهاء القانون بأن: "السر في ذلك، هو أن

1- مصطفى إبراهيم الزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، إحسان للنشر والتوزيع، ط.1، العراق، 2014م، ص.17.

2- المرجع نفسه.

3- المرجع نفسه، ص.22.

4- المرجع نفسه.

علماء القانون في العالم العربي وفي غيره، لا يعيرون الاهتمام للعلوم الآلية الثلاثة، التي هي المنطق، الذي يمثل قانون كسب المجهولات من المعلومات، وأصول الفقه، الذي هو قانون استنباط الأحكام من مصادرها، ومراعاتها تَعْصِمُ ذهن المجتهد من الخطأ في استنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية، وأخيراً، الفلسفة، التي تعتبر قانون التحليل والتعليل والاستنتاج ودراسة الحقائق للأخذ بما هو الأصلح، وعبارةً عن العلة الغائية للعمل الإرادي"¹، ويخلص في الأخير إلى اقتراح تعريف للالتزام مؤداه أنه: "تحمل أداء واجب، طوعاً أو كرهاً، يترتب عليه انشغال الذمة بحق الغير، حتى ينقضي بأحد أسباب الانقضاء".

ويوضح الزلمي شارحاً دلالات هذا التعريف بقوله إن: (الالتزام)، من الانفعال، أي التأثير، فالالتزام تأثير، والإلزام تأثير، وأما (طوعاً)، أي بإرادة حرة ومدركة، كالاتزامات الناشئة عن العقود والتصرفات الشرعية، أو القانونية، أما (كرهاً)، فحينما يكون الالتزام لا إرادياً، كالاتزام الناشئ عن القانون، أو الأعمال غير المشروعة، و(انشغال الذمة)، أو ما يُسمّيه الفقه الجرماني (المسؤولية والمديونية)، فإذا كان الالتزام مدنياً، ينفذه الملتزم اختياراً أو إجباراً، وإذا كان طبيعياً، كما في حالة سقوط الدعوى بالتقادم، فالمديونية باقية لأن الحق لا يسقط بالتقادم، ولكن المسؤولية هي من تسقط، وتعبير الفقهاء المسلمين يسأل المدين ديانة، لا قضاء².

وعموماً، فإنّ طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي، تَنبَنِي على الوسطية والاعتدال بين المذهبين الشخصي والمادي، اللذان حاول من خلالهما الفقه الغربي تحديد طبيعة الالتزام القانوني وحقيقته، وبيان عناصره؛ فالالتزام يَتَسِمُ حقيقةً بالجانب الشخصي من حيث النشأة والمطالبة، فمن حيث النشأة، فلإرادة المدين دور غالب، ومن حيث التنفيذ، فالدائن يطالب شخص مدينه أو من ينوب عنه، بتنفيذ التزامه اختياراً وإلا يُجَبَّرُ عليه، وأما من الجانب المادي، فإن مال المدين هو من يضمن دين الدائن، فَيُنْفَذُ عليه³، كون الالتزام حكماً تكليفياً باتفاق فقهاء الشريعة والقانون، والحكم التكليفي لا يتعلّق بالأعيان وإنما بالأعمال، حيث يُعرَّفُ بأنه: "مدلول خطاب الشارع في الالتزامات

1- مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، المرجع السابق، ص.ص. 23-24.

2- المرجع نفسه، ص. 24.

3- المرجع نفسه، ص. 27.

الشرعية، والمشرع الوضعي في الالتزامات القانونية، المتعلق بأعمال المكلفين، على وجه الاقتضاء أو التخيير"¹.

المبحث الثاني: التصرف القانوني في الفقه والتشريع المقارن وصلاته الفنية مع عناصره

في اتجاه البحث عن الخلفيات الفكرية والفلسفية لفكرة السبب، وموقعها من هيكل التصرفات القانونية، والجدل الذي عرفته ولا تزال في الفقه القانوني، يكتسي تحديد مفهوم التصرف القانوني المؤسس على مبدأ الإرادية تحديداً دقيقاً، أهمية ضرورية وأكيدة، كون نظرية السبب تعتبر إحدى النظريات المنبثقة عن النظرية العامة للالتزامات، كما هو الشأن بالنسبة للنظريات الأساسية الأخرى، من قبيل نظرية العقد، ونظرية الإرادة، ونظرية المحل، وما يستتبع ذلك من المقومات التي تأسست عليها هذه النظرية العتيدة؛ ولعلّ التعمق في بحث نظرية التصرف القانوني، أو العمل القانوني الإرادي، يقودنا إلى بيان الأسس التي شُيّد عليه بنياؤها، ويقرّبنا من الفهم الصحيح لفكرة السبب، وبيان معناه وموقعه من قيام التصرف القانوني المؤسس على الرضائية، بيانا دقيقاً.

فإذا كان وضوح نظرية التصرف القانوني، يعتبر الحبل الذي يربطنا بأوصال القواعد والأحكام التي بني عليها، وما يترتب على ذلك من آثار، فلا شك أنّ تحديد معنى التصرف القانوني، تحديداً صحيحاً وواضحاً، وتحليل عناصره تحليلاً دقيقاً، وبيان كيفية ارتباط العناصر المكوّنة له ببعضها البعض²، تعتبر ضرورة علمية يقتضيها منطق المنهج العلمي الرصين، في تتبع جدلية ركنية السبب وبحثه على مستويين، الالتزام والعقد، يملئها تداخل شروط وأحكام كل منهما، مع شروط وأحكام المحل، فالقول بأنّ نظرية السبب هي أعقد نظرية في الفقه القانوني، وصعوبة تحديد معنى السبب، وركنيته بين الالتزام والعقد، يبني على فهم غير سليم وتحليل غير دقيق للتصرف القانوني، ولا يزول هذا الغموض والتعقيد، إلاّ بتجلية المفهوم الصحيح لهيكل التصرف القانوني في ذاته، كما هو الشأن عند الفقه الجرمانى (الحديث)، وقبلهم عند الفقهاء المسلمين، خاصة عند المالكية والإباضية، وسرى إن كان هناك مجال للمقارنة بين المدرستين، الأمر الذي يقودنا لبحث الاتجاهات الفقهية حول هذا الموضوع، في مختلف المدارس، سواء عند الفقه الغربي، أم عند الفقهاء المسلمين، وقبل كل هذا لا بأس أن

1- مصطفى إبراهيم الزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، المرجع السابق، ص.28.

2- جميل الشراوي، نظرية بطلاق التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993م، ص.3.

نبحث المعاني اللغوية للتصرف ابتداءً، باعتبار العلاقة الوطيدة التي تجمع اللغة والفكر كما يقول الفلاسفة، ذلك ما نحاول بسط معانيه ومفاهيمه عبر المطالب الثلاثة الموالية، ابتداءً بالتحديد الدلالي والمفاهيمي للتصرف القانوني، ومروراً بالتداخلات الممكنة بين اصطلاحات العقد والتصرف والالتزام والوعد وغيرها من المفاهيم القانونية ذات الصلة.

المطلب الأول: التحديد الدلالي والمفاهيمي للتصرف القانوني

نبحر في متن هذا المطلب عبر مراكب اللغة والاصطلاح، باحثين عن المعاني التي يدور حولها لفظ التصرف ولفظ العقد، وما يتصل بهما من مكونات يقوم عليها كيانهما، من خلال الفروع الثلاثة الموالية، نستقصي فيها الدلالات اللغوية والفقهيّة الاصطلاحية في مختلف المدارس القانونية، التي استعملتها في تشريعاتها وفقهها القانونيين، وانعكاسات ذلك على المفاهيم التصورية المجردة التي رسمتها للتصرفات القانونية المبنية على الإرادة، سواء بالنسبة للعقد كما تصوره الفقه القانوني، أم التصرفات التي تقع بالإرادة المنفردة وتلزم صاحبها بصورة القوة الملزمة للعقد، كما هو الشأن بالنسبة للوصية، وغيرها من التصرفات القانونية التي تأخذ صفة العقود، في غمرة محاولاتها الدؤوبة للتعريف بالالتزامات الإرادية التي يعتد بها القانون ويوفّر لها الحماية.

الفرع الأول: المعنى اللغوي والاصطلاح للفظ التصرف

لا ريب في أن التعريفات والمفاهيم الاصطلاحية لا تحدث بمعزل عن اللغة ودلالات ألفاظها، فالرسم الذهني الذي يتم تشكيله على مستوى العقل عن كيان ما، يلتقي واللفظ الذي يطلق عليه، ولكن بنسب متفاوت بحسب السياقات المستعملة، خاصة إذا كان هذا الكيان بناء مجرداً، يدخل ضمن المعنويات، التي نعلمها ولا نراها إلا من خلال آثارها، وهو ما نحاول توضيحه لمعنى التصرف.

أولاً- المعنى اللغوي للفظ التصرف: التصرف في اللغة العربية، مشتق من الفعل صَرَفَ، ويأتي في اللغة العربية على عدّة معانٍ، فتقول العرب، صَرَفَ: الصرّفُ يعني ردُّ الشيء عن وجهه، قال تعالى: ﴿فَمَا يَسْتَطِيعُونَ صَرْفًا وَلَا نَصْرًا﴾¹، أي ما يستطيعون أن يصرفوا عن أنفسهم العذاب ولا أن

1- سورة الفرقان، الآية 19.

ينصروا أنفسهم. قال يونس: الصَّرْفُ: الحيلة، وصرفت الصبيان، قَلَبْتُهُمْ¹، والصَّرْفُ، أن تَصْرِفَ إنسان عن وجهٍ يريد به إلى مصرفٍ غير ذلك، وصرف الشيء: أَعْمَلَهُ في غير وجه، كأنه يَصْرِفُهُ عن وجهٍ إلى وجه، وتَصْرِفُ وتَصَاريفُ الأمور: تَخَالِفُهَا، ومنه تصاريف الرياح والسحاب، أي صَرَفُهَا من جهة إلى جهة، وكذلك تصريف السُّيُولِ والخِيُولِ، والأُمُورِ والآيَاتِ².

والصَّرْفُ: التقلب والحيلة، يُقال: فلان يَصْرِفُ ويتَصْرِفُ ويصطرف لِعِيَالِهِ، أي يَكْتَسِبُ لهم، وقولهم: لا يقبل له صَرْفٌ ولا عدلٌ، الصرفُ: الحيلة: ومنه التَصْرِفُ في الأمور، يقال: إنَّه يتَصْرِفُ في الأمور، وَصَرَفْتُ الرجل في أمرٍ تصريفًا، فتَصْرِفُ واصطرف في طلب الكسب³.

وما يستفاد مما سبق أن من معاني التَصْرِفِ في اللُّغة: التقلب، فيقال: صَرَفْتُهُ في الأمر تصريفًا، فتَصْرِفُ: قلبته: فتقلَّب⁴، بمعنى التبدُّل من حال إلى حال، وهو المعنى الذي يناسب الفعل القانوني، بحيث تتغشى الإرادة الخاصة، كيانا قانونيا موجودا في حالة سكون، فتحيله إلى حالة حركة، يؤتي ثمره الذي وضع لأجله من قبل الشارع.

وفي اللُّغة الفرنسية الفعل Action، هو عَمَلٌ مَظْهَرُ إرادة، ملموسٌ كحقيقة، أي إنجاز شيء ما، أمَّا التَصْرِفُ: Acte فهو مظهر إبرام نشاط ما، أو القيام بنشاط ما، ويعتبر كفعل غائي حقيقي⁵، وعموما فإنَّ مفهوم التصرف أو الفعل في اللُّغة الفرنسية، هو العمل أو النشاط الذي يقوم به شخص ما، ويقترَّب من التعريف الاصطلاحي للتَصْرِفِ القانوني في الفقه الغربي.

ومما سلف ذكره، نلاحظ أنَّ دلالة اللَّفْظِ في اللغة العربية على المعنى المراد، هو أوسع منه في اللُّغة الفرنسية، الذي يقتصر على معنى أضيق يراد به النشاط الإرادي الملموس في أرض الواقع، وفي المقابل تتعدد معاني هذا اللفظ، بتعدد السياقات التعبيرية التي يوظف لأداء معناها في اللغة العربية، ومثل هذه الفروق الدلالية، تلقي بثقلها على الأفكار والتصورات المقصودة بها، حين الاشتغال على تحديد

1- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.07، ص.301.

2- المرجع نفسه، ج.07، ص.302.

3- المرجع نفسه.

4- نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.137.

المعاني الاصطلاحية، لمفاهيم تستدعي الدقة والحصر، ككليات تستوعب جميع الأجزاء التي تصدق عليها.

ثانياً- المعنى الاصطلاحي للتصرف: يختلف المعنى الاصطلاحي للتصرف القانوني لدى الفقه الغربي عنه لدى الفقه الإسلامي، بالنظر لاختلاف اللغة، والأصول التي استمدت منها معاني ألفاظها ودلالات كلماتها، وإن كان تطور المجتمعات الإنسانية واحتكاكها فيما بينها، بحكم تطور المعاملات بين الشعوب واتساع رقعتها، جعل من اللغات، تستعير من بعضها في مناسبات شتى، وهو ما انعكس على التفكير القانوني في المدارس القانونية المختلفة، بصرف النظر عن الخلفيات الأخرى، كالدين، والعرف، والفلسفة، وغيرها من المرجعيات التي كان لها بالغ الأثر في التصورات المفاهيمية، والبُنى النظرية في مختلف العلوم الإنسانية، وهو ما يمكن توضيحه فيما يلي:

1- التصرف القانوني في مفهوم الفقهاء المسلمين: التصرف الشرعي (أو القانوني بلغة أهل القانون) عند فقهاء الشريعة الإسلامية، هو كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، ويترتب عنه حكماً شرعياً، وهو نوعان، فعلي وقولي:

أ- التصرف الفعلي: هو ما كان قوامه عمل غير لساني، كإحراز المباحات، والغصب، والإتلاف، وتسلّم المبيع، وقبض الدين، ونحو ذلك.

ب- التصرف القولي: وهو ضربان: أحدهما تصرف قولي عقدي، سواء أكان فيه ارتباط بين طرفين، على المعنى الأخص للعقد، أم كان مما يتم بإرادة واحدة، على المعنى الأعم له، وثانيهما: هو تصرف قولي غير عقدي، كالدعوى، فإنّها طلب حق أمام القضاء، كالإقرار، والإنكار، والحنف على نفي دعوى الخصم، فإنّها أخبار تترتب عليها أحكاماً شرعية¹.

ويُعرفه محمد أبو زهرة بأنّه: "كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل"²، وما يميّز هذا التعريف، هو إبراز دور الشارع في ترتيب الأثر القانوني للتصرف في الفقه الإسلامي، وبالنظر إلى أقسام التصرف السالفة الذكر، يظهر أنّ التصرف الفعلي لا

1- نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، المرجع السابق، ص.138.

2- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكرة العربي، القاهرة، مصر، 1996م، ص.175.

شبه بينه، وبين العقد، وأنّ التصرف القولي العقدي يتفق مع العقد، لما في كلّ منهما من اتفاق إرادتين، وأنّ التصرف القولي غير العقدي، قد يسمّى عقدًا في اصطلاح جانب من الفقهاء، الذين يجعلون التصرف مرادفا للعقد، ويعرّفون العقد بأنّه كلّ ما يعقد الشخص العزم عليه، ولو كان بكلام طرف واحد، أمّا النوع الثاني من التصرف، وهو التصرف القولي المحض، فليس فيه أي شبهة بالعقد، ومن هنا كان التصرف أعمّ من العقد مطلقًا، لأنّ العقد من بين أنواع التصرف، كونه تصرف قولي محض، أمّا التصرف فيشمل العقد وغيره، فيدخل فيه من التعهدات، والالتزامات، والإسقاطات، ما يُنقذ على الصادر منه، بدون احتياج قبول أحد، كالوقف، والإبراء، والطلاق، ورد المبيع، وخيار الشرط أو الرؤية، فكلّ عقد تصرف، وليس كلّ تصرف عقداً¹.

والتصرف بهذا المعنى، قد يكون فيه التزام، وقد لا يكون فيه التزام، حيث أنّ الالتزام، هو كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق، أو إنهاء حق، أو إسقاطه، سواء كان ذلك من شخص واحد، كالوقف، والإبراء، والطلاق المجرد من المال، أم كان من شخصين، كالبيع، والإجارة، والطلاق على مال، ولذلك عرّف بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الالتزام بأنّه: "إيجاب الإنسان أمرًا على نفسه، إمّا باختياره وإرادته، وإمّا بالزمام الشرع"، ووفق هذا النظر، فإنّ العقد يشمل كلّ ما يعقد الشخص العزم عليه بإرادة منفردة، وعلى ما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين، يكون مرادفا للالتزام؛ أمّا أنّ العقد لا بد فيه من اجتماع إرادتين، والالتزام يشمل أحوال الإرادة المنفردة واجتماع إرادتين، فيكون بذلك العقد أخصّ من الالتزام؛ أمّا عند أهل القانون، فإنّ الالتزام عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين، أو سلطة تُمنح لشخص على آخر، وعلى هذا يكون الالتزام علاقة مادية، إمّا بمال كما في المدين، وإمّا بعمل كما في الأجير².

فالعقود تشمل كلّ التزام بالقول، من عهد، وعقد، وتبرع، وبيع، ويُعمّم لفظ العقود في كل ربط بقول، موافق للحق والشرع³، وهو ما يجعل العقد بمعناه الأخير مرادفا لمعنى الالتزام بالإرادة المنفردة،

1- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص.365.

2- المرجع نفسه، ص.365-366.

3- أبو محمد بن غالب بن عطية الأندلسي، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 2001م، ج.1، ص.144.

والتصرف الشرعي أو القانوني يستوعب كليهما، أساسه الرضا الصحيح من أهله الواقع على محلّ قابل لحكمه.

2- العقد والوعد: رأينا فيما سلف، معنى العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وبقي لنا أن نعرف العلاقة بين العقد والوعد، هل يؤدیان المعنى نفسه، أم هناك ما يختلفان فيه؟

تناول الفقهاء المسلمون مسألة الوعد بمفهومين، الوعد المجرد والوعد الملزم، ويعنون بالنوع الأول: الوعد الخالي مما يفيد تعهد الواعد صراحة أو دلالة بإنجازه وتنفيذ مقتضاه¹، وقد اختلفوا في كونه ملزماً قضاءً على قولين، أولهما: أنه ملزم قضاء، وهو مذهب القاضي سعيد بن الأشوع الكوفي الهمداني، وحكاه ابن حزم عن ابن شبرمة، وهو قول في مذهب المالكية خلاف المشهور، وروي عن عمر بن عبد العزيز، وهو رأي غير قوي؛ وثانيهما: أن الوعد المجرد غير ملزم قضاء، وهو قول جمهور الفقهاء²؛ وأما المراد بالوعد الملزم، فهو الوعد المقترن بما يفيد التعهد والالتزام بإنجازه، صراحة أو دلالة، أو المتضمن تغيراً بالموعود، سواء كان وعداً بمعروف، كقرض أو هبة أو إعارة، أم بعقد معاوضة، كبيع أو إجارة أو سلم أو صرف أو استصناع، أم بعقد توثيق، ككفالة ورهن، أم غير ذلك من العقود الشرعية³، وقد ذكر له الفقهاء أربع صور، أولها: أن يرد الوعد بصيغة الالتزام، وثانيها: أن يكون معلقاً على شرط، وثالثها: أن يكون فيه تغيراً بالموعود، كما إذا كان الوعد مرتبطاً بسبب، ودخل الموعود في السبب، فإنه يكون ملزماً للواعد، ورابع صورة يكون فيها الوعد ملزماً، هي الصورة التي يكون فيها شرط عقد التزام، كأن يشترط المشتري على البائع تأجيل الثمن، فيعده البائع بذلك؛ وهذه الصورة انفرد بها الحنفية، والتي تبدو في واقع الأمر شرطاً مقترناً بعقد، ولا تتناسب وحالات الوعد الملزم⁴.

وعموماً، فالوعد هو الإخبار عن إنشاء التزام في المستقبل، في حين أنّ العقد يتضمّن إنشاء التزام في الحال، وللقاضي أن يُجبرَ من يمتنع عن القيام بما أوجبه العقد على التنفيذ⁵، وقد استقر رأي

1- نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية، دار القلم، ط.1، دمشق، سوريا، 2010م، ص.22.

2- المرجع نفسه، ص.ص.22-23.

3- المرجع نفسه، ص.29.

4- المرجع نفسه، ص.ص.29-39.

5- بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.366-367.

الفقهاء على أنّ الوعد يجب الوفاء به قضاءً، إلاّ إذا مات الواعد أو أفلس، وعلى هذا القول سار فقهاء القانون، حيث يكون الوعد ملزماً، متى توفرت فيه شروط وضعوها، فهم يرون بأنّ مرحلة الوعد بالتعاقد، ينعقد فيها عقداً وظيفته التمهيدي لعقدٍ مستقبليّ يسمى العقد النهائي، ويرون أنّ الوعد بالتعاقد هو مرحلة وسطى بين الإيجاب الملزم، وبين إبرام العقد المطلوب، يتوافقان فيما عدا حالة الوفاة، فقد يرتب الوعد أثره رغم موت الواعد، مثل: الوعد بالبيع، هو عقد وعد بالبيع، وليس عقد بيع¹.

الفرع الثاني: التصرف القانوني في الفقه القانوني المقارن

كيف تصوّر الفقه الغربي على اختلاف مشاربه ومدارسه، المفهوم المجرد للتصرف القانوني المؤسس على الإرادة الخاصة للأفراد، في ظل الاختلافات الفكرية والفلسفية التي ميزت تلك المدارس، والإيديولوجيات المنبثقة عنها، ضمن سياقات معرفية جديدة، أعادت تشكيل المعرفة القانونية، على ضوء شيوع المذاهب الفردانية، وتحرير الإرادة الخاصة، خدمة لمشروع النهضة الأوروبية التي أسس لها العالم الغربي؟ ذلك ما نعرض له بشيء من التفصيل والتحليل فيما يأتي:

أولاً- مفهوم التصرف القانوني في الفقه الفرنسي: إن كان الفقه الفرنسي اتجه حديثاً إلى دراسة التصرف القانوني، فإنّ هذه الدراسة لم تصل من الكمال والشمول حدّاً يُستطاع معه الاكتفاء بها عن دراسة نظرية الالتزامات، كما كان يدرسها الفقه التقليدي²، فالتصرف القانوني يعرف عادةً بأنّه: "اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر، إنشاءً أو تعديل أو إنهاء حق"³، ويعرّفه بعض الفقه بأنّه: "إظهار إرادة بقصد إحداث آثار قانونية"⁴، وهو تعريف يرتبط بتركيزه على دور الإرادة في إنتاج الآثار، وهو إمّا تصرفات صادرة من جانبيين أو أكثر، أي تتمّ بتوافق إرادتين، كالبيع والإيجار والوكالة، وهذه هي العقود، أو تصرفات صادرة من جانب واحد، وهي تصرفات انفرادية

1- عبد المنعم البدرابي، عقد البيع، القاهرة، مصر، 1961م، ص.132. مشار إليه في مؤلف: أبي زهرة، نظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص.368.

2- جميل الشوقوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.9.

3- حشمت أبوستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، مصر، 1945م، ص.38، ينظر أيضاً: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.73.

4- جميل الشوقوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.10. الهامش رقم: 3.

تتعقد بإرادة واحدة، كالوصية، والوعد بجائزة؛ كل ما في ذلك أنّ الأمر الجوهرى في هذه التصرفات هو أن آثارها تترتب بسُلطان الإرادة، لا بقوة القانون، فهذه الآثار تقع، لأنّ الإرادة اتجهت إليها، إضافة إلى الصورة النمطية التي تشكلت لدى الفقهاء التقليدي في المدرسة اللاتينية عن العقد، كونه الصورة الأصلية للتصرف القانوني، ذلك أنّ الأصل في نظر هؤلاء، هو أنه لا بد من وجود شخصين على الأقل لإتمام التصرف القانوني، بحكم أنّ أغلب التصرفات اتفاقات، أي توافق إرادتين أو أكثر، أمّا التصرفات الصادرة بإرادة منفردة، فلا تنشئ التزاما في نظر هذا الفقهاء إلاّ استثناء، في الحالات التي سلّموا فيها مُرغمين بنشأة هذه الالتزامات، وإن لم تكن محلّ اتفاق بينهم¹، وعلى ذلك يُميّز الفقهاء الفرنسي التقليدي بين العقد والاتفاق، ويقولون بأنّ العقد أخص من الاتفاق، الذي هو: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو، إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه"²، وقصروا العقد على إنشاء الالتزام أو نقله، وهو ما انعكس على التعريف الذي أورده المادة 1101 السابقة من قانون نابليون، حيث جعلت من العقد نوعا من الاتفاق، وصنعت منه مرادفا للالتزام، مما عرّضه لانتقادات واسعة من الفقهاء.

وغاية ما يمكن استخلاصه من هذا التحليل، هو أن العقد يقوم على أمرين أساسيين: اتفاق إرادتين أو أكثر، وأن يكون هذا التوافق لأجل إحداث أثر قانوني، فإن لم يكن المراد إحداث هذا الأثر، فليس هناك عقدا بالمعنى القانوني لهذه الكلمة، كما أنه وبهذا المفهوم الذي صاغه الفقهاء القانوني للعقد، فإن التصرف بالإرادة المنفردة لا تنطبق عليه معايير التعريف الذي وضعوه لمفهوم العقد، كتصور في يرسم معالم الالتزام الإرادي ضمن مفردات اللغة القانونية.

ثانيا- مفهوم التصرف القانوني في الفقهاء الجرماني: إذا كانت القاعدة العامة في الفقهاء الفرنسي التقليدي، أن ليس للإرادة المنفردة أن تُنشئ التزاما، ولا بد لها أن تقتزن بإرادة أخرى بحكم الصورة التي كوّنوها عن الالتزام الإرادي، التي لن تكون إلاّ في صورة العقد الذي يمثل الصورة الأصلية للتصرف القانوني، فإنّ المدرسة الجرمانية حاولت إقامة نظرية للتصرف القانوني على أساس الإرادة المنفردة، وما العقد في نظر هذا الفقهاء إلى اجتماع إرادتين منفردتين تستقل كلّ منهما عن الأخرى، وهو التحليل

1- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 79.

الذي تبناه بعض الفقهاء الفرنسيين¹ كالأستاذة "كولان" و"كابيتان" و"ديموج"، وعارضه الفقه الغالب في فرنسا، رغم أخذه ببعض تطبيقاتها، دون أن يُسلّم بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بصفة عامة². ويبدو أنّ ذلك يعود إلى اعتبار الفقه والقضاء الفرنسيين النظرية التقليدية للعقد، هي ذاتها نظرية التصرف القانوني، وهو ما تكشف عنه انتقاداتهم للأساس المنطقي الذي بنى عليه أنصار الإرادة المنفردة تصوّره للعقد، في الوقت الذي يسلمون فيه ببعض نتائج نظرية التصرف القانوني، وهو تناقض غير مفهوم؛ حيث أرجعوا أساس الآثار الناتجة في الأحوال التي اضطروا فيها إلى قبول الالتزام بالإرادة المنفردة إلى إرادة الشارع، أو أي سبب آخر، غير قوة الإرادة المنفردة على إنتاج آثار قانونية، ويرى بعض الفقه أنّ السبب في ذلك هو تصوّره للعقد (أو الالتزام) على أنه رابطة شخصية بين دائن ومدين، عوض بحث مصدر الالتزامات الإرادية، وتحديد دور الإرادة في إنتاج هذه الآثار، وهي الفكرة التي حالت دون أخذ الفقه اللاتيني بالإرادة المنفردة كما هو الشأن لكل من بولانجيه وريبير وبلانيول³، الذي يرى بأن الحق لا يوجد إلا إذا وجد له صاحب يكسبه، ووجود الحق وكسبه يجب أن يتما في وقت واحد، وهو الطرح الذي جعل الأستاذ بلانيول يستسيغ قبول الميراث بالإرادة المنفردة⁴، ويعتقد الأستاذ جميل الشرقاوي: "أنّ تصور الحق كرابطة، سبب غير مباشر في رفض نظرية الإرادة المنفردة، وهذا التصور هو سبب مباشر لاعتبار التصرف القانوني (توافق إرادتين)"، ناهيك عن كونه السبب المباشر لرفض نظرية الإرادة المنفردة، لأنّ مصدر الالتزام في نظريتهم هو التوافق، لا الإرادة بذاتها، ويظهر ذلك في أنّهم لا يربطون ربطا مباشرا بين تعريفهم للحق، وقبولهم للالتزام بالإرادة المنفردة⁵، يضيف الأستاذ الشرقاوي.

فمن مقتضى سلطان الإرادة، أن يلزم الشخص نفسه بإرادته وحدها، وإذا كان لا يستطيع أن يلتزم بإرادته، فلا شك أنّه لا يلتزم بإرادة غيره، وإن لم يسلم بأنّ الإرادة هي وحدها مصدر الالتزام،

1- R. Demogue, Traité des obligations en générale, op.cit., T.1, p.59.

2- Ibid., T.1, p.36.

يراجع كذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.ص. 197-198.

3- M. Planiol, Traité élémentaire droit civil, 9^{ed}, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, France, 1923, T.2, p.273.

4- Ibid., T.2, p.265. Réf., n°:1.

5- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.21، الهامش رقم: 1.

فإنّ ذلك لن يجعل الارتباط بينها وبين إرادة أخرى مصدرا للالتزام، كما أنّ هناك الحاجة العملية التي تفرض الالتزام بالإرادة المنفردة، كما هو الحال بالنسبة للوعد بجائزة، والقول بلزوم الإيجاب¹. ومجمل ما يمكن قوله بعد هذا العرض المختصر لآراء الفريقين، المؤيد والمعارض، أنّ اعتراض المعارضين لا يهدم النظرية، ولا يمكن أن يوافق إنكار قوة الإرادة المنفردة، مع البقاء في نطاق الرضائية واحترام ذاتية الإرادة المسلم بها في التشريعات الحديثة، ولكن هذه الإرادة ليست وحدها مصدر الآثار القانونية (أي الالتزامات)، ولئن اعتبرنا التصرف القانوني إرادة واحدة، فهذا لا يعني زحزحة العقد عن مكانة الصدارة في ميدان المعاملات، وإن كان يستلزم تصحيح تصوّر العقد في الفقه القانوني، نظرا للصعوبات التي يُسببها هذا التصور، الأمر الذي يستوجب تعديل هذه الفكرة، بحيث لا تقوم عقبة في سبيل إقامة نظرية متينة، شاملة ومتناسقة للتصرف القانوني²، وهو ما يؤكد مرة أخرى الصورة المضطربة، التي رافقت البناء النظري لأساس الالتزام الإرادي لدى الفقه القانوني بشكل عام، واللاتيني منه بشكل أخص، وهذا مما لا شك فيه سيكون له أثر على باقي التصورات الفنية لأفكار قانونية أخرى، ترتبط بصورة وظيفية بهذا البناء النظري للتصرفات القانونية، من مثل نظرية السبب والإرادة والبطلان وأنظمة قانونية تدور في فلكها.

ثالثا- التصرف القانوني في الفقه والقضاء الأنجلو-أمريكي: يعرف القانون الإنجليزي بأنه غير مدون في غالبه الأعم، وهو نتاج الاجتهاد القضائي، أو السوابق القضائية، التي تؤسس للمفاهيم والأحكام القانونية، ونظام العقد كفكرة قانونية جوهرية، يأخذ مكانا محوريا في مختلف الأنظمة القانونية للشعوب والدول، ومنها بريطانيا وأمريكا، أين تعرف هذه الأنظمة، نظاما متكاملا ومتطورا لمفهوم العقد، له أركانه وشروطه وتفصيله³.

وإن كان العقد في القانون الإنجليزي ينشئ التزامات في ذمة المتعاقدين، فإنّ الفقه الإنجليزي يميز بين نوعين من العقود: نوع شكلي *Covenant deed* لا يتم إلا باستيفاء شكل معين، يسمى العقد المختوم، بحيث يختم هذا النوع من العقود ويضاف إليه الإمضاء بعد أن انتشرت الكتابة، ليتم

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 197، الهامش رقم: 1.

2- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص. 39.

3- علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنجلو-أمريكي -دراسة مقارنة-، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، م. 3، العدد: 1-2، العراق، سبتمبر 2010م، ص. 328.

الفصل الأول: التصور النظري للالتزام التعاقدي في القانون والفقهاء المقارن ودوره في ظهور إشكال السبب

تسليمه، ويقوم مقام التسليم عبارة تفيد حصوله، كأن يقول الملتزم: "أسلم هذا عقدا وسندا عليّ"، والنوع الثاني: هو عقد رضائي Promise agreement، يتم بمجرد الإيجاب (العرض) والقبول، ويشترط في هذا النوع من العقود أن يكون هنالك اعتبارا قانونيا في التعاقد Considération، يقترب دوره في وجود العقد من دور السبب Cause في القانون الفرنسي الذي يعتبره ركنا في الالتزام، وإن كان مفهومه لدى الإنجليز أضيق منه لدى الفرنسيين في تصورهم لمفهوم السبب¹، لكن هذا (الاعتبار) المشروط في العقود الرضائية، لا يشترط في العقود الرسمية التي تقوم هي ذاتها محلّ الاعتبار، غير أنه توجد بعض الاتفاقات أو التصرفات لا يجوز عملها إلا في عقد رسمي، كعقود التبرع، والإيجار لمدة تفوق ثلاث سنوات، وبيع سفينة إنجليزية، أو أسهم معينة في بعض الشركات².

وعموما، فإن العقد في الفقه القانوني الأنجلو-أمريكي، يعرف بأنه: "اتفاق واجب التنفيذ قانونا، وهو ينشأ بين شخصين أو أكثر، وبه تكتسب الحقوق لشخص أو أكثر، بأداء أعمال معينة، أو الامتناع عن أدائها من جانب الشخص الآخر، أو الأشخاص الآخرين"³، ما يعني أن العقد يولد التزامات محددة، وأن فكرة العقد في الفقه الأنجلو-أمريكي تشتمل على أمرين أساسيين، الاتفاق والالتزام، وباختصار فإنه يمكن اعتبار أطراف العقد مشرعين إلى حد ما لقانون خاص بهم، فكل واحد ملزم بالتصرف على نحو مطابق لهذا الاتفاق، وإلا فهو ملزم بالتعويض أو الخضوع إلى جزاء معين، أو الإجبار من طرف المحكمة في حالة الإخلال بالعقد، أو حالة إقامة دعوى من أحد الأطراف، وهو ما يتطابق مع القاعدة اللاتينية الشهيرة "العقد شريعة المتعاقدين" في مدلولها القانوني⁴، ويتلخص معنى الاتفاق في الفقه القانوني الأنجلو-أمريكي، في أن طرفي العقد قد انصبت إرادتهما على محل العقد في الوقت نفسه، وبالمعنى نفسه، أي يجب أن يكون هناك تطابق في الأفكار المتضمنة في الإيجاب والقبول، أما بالنسبة لعنصر الاعتبار، والذي يفهم كشيء ما يتفق عليه كمقابل أو معادل للتعهد، فيعتبر أساسيا لإظهار أن طرفي العقد، قد قصدا بجدية بأن التعهد أو الالتزام مصحوب

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.59.

2- المرجع نفسه، ص.60.

3- «A contractis an-agreement enforce ableat law made between two or more persons, by which rights are acau- red by one or more to act or for bearances on the part of the other or other».

العبارة باللغة الإنجليزية منقولة عن: علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنجلو-أمريكي، المرجع السابق، ص.330.

4- علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنجلو-أمريكي، المرجع السابق، ص.330-331.

بنتائج قانونية، وسواء كانت هذه العقود شفوية أم بسيطة، فوجود الاعتبار فيها يُعدُّ واجبا، وإلا تعتبر تبرعية أو باطلة، على غير النظام الإنجليزي الذي يستثني العقود الرسمية من وجود الاعتبار، ولو أن مدلول هذا المصطلح يثير جدلا كبيرا في الفقه الأنجلو-أمريكي، من حيث تعريفه وتحديدته بشكل غير قابل للشك، أو التعارض والترجيح¹.

ويرى الأستاذ يوسف صاحب في مقال له منشور بمجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، بأن الالتزام التعاقدي في هذا الفقه، هو ذو معنى محدد ومقصود على الالتزامات التعاقدية في القانون المدني، ولا يخرج عن إطار القانون الخاص، كون الكلمات المعبرة عن الالتزام باللغة الإنجليزية (Undertaking-obligation)، عندما استخدمها البعض في باب تفسير العقود في الشريعة الإسلامية مترجما إلى هذه اللغة، فإن دلالة هذه الكلمات تكون واسعة جدا في إطار الفقه الإسلامي، ولا تبقى ذات موازنة مطابقة مع مدلولها الاصطلاحي في الفقه والقانون الأنجلو-أمريكي²، ذلك أن اللغة العربية، التي هي لغة الفقه الإسلامي، تمتاز بإيجاز التعبير وشمول المعنى، على غير اللغات الأخرى، واختلاف المرجعيات التشريعية، بين الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى، أصولا وفروعا، فكرا ومنهجيا.

الفرع الثالث: الأبعاد الإرادية لكيان التصرف القانوني

إن كانت البشرية عرفت العقد منذ أقدم العصور، فإنها لا تعرف على وجه التحديد كيف نشأت فكرة التعاقد، ولا العوامل التي أدت إليه، إلا على سبيل الظن والتخمين³، وفي هذا يقول الأستاذ السنهوري إن: "أصل فكرة العقد ترجع إلى اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما، ولكن على كل تقدير، قد كان للأديان بالغ الأثر في ظهور التعاقد واحترام الالتزامات"⁴، وبين هذا وذاك نحاول في هذا الفرع تقليب اصطلاح العقد وتشريجه لغة واصطلاحا، محاولين استكشاف الروابط التي يمكن أن تجمعها بفكرتي التصرف والالتزام.

1- علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنجلو-أمريكي، المرجع السابق، ص.ص. 332-334.

2- المرجع نفسه، ص.ص. 334-335.

3- بدران أبو العينين، تاريخ الفكر الإسلامي، المرجع السابق، ص. 361.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 89.

أولاً- المفهوم اللغوي والاصطلاحي للعقد: بين اللغة والفقهاء جسر موصول في التعبير عن المعنى وتحديد الدلالات، وبين اللغة والفكر علاقة جدلية ذات تأثير متبادل، تُصاغ من خلالها الكلمات والتعابير، وتنسج بها التصورات لتشكيل المصطلحات والمفاهيم، بصورة تبرز فيها تلك الخيوط الرفيعة التي تصل المعنى بالمبنى؛ وبهذا المؤشر نطرق باب ماهية العقد ومفهومه، لغة وفقها.

1- المدلول اللغوي للعقد: تقول العرب: عقد الحبل والبيع والعهد فأنعقد¹، وهو الربط ضدّ الحل، يقال: عقد الحبل فأنعقد، أي صار معقوداً، وهو وإن كان في الأصل ربط حسي بين أطراف الشيء، إلا أنّ العرب استعملوه للربط المعنوي للكلام²، سواء أكان توثيقاً وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة، كما في عقدت النية والعزم، أم كان ربطاً لكلامين بين شخصين، كما يقال، عقدت اليمين، فالعقد عند اللغويين يشمل الربط والتوثيق، والالتزام من جانب واحد، أو من جانبين بشيء³، وعلى تعدد المعاني اللغوية للفظ العقد في اللغة العربية، فهي متقاربة ويجمعها معنى "الربط" المطلق عموماً، فقد يكون في بعضها حسي، كالشد ونقيض الحل، وفي بعضها الآخر معنوي، كالعهد والتأكيد والحلف والعزم، فعقد البيع مثلاً الربط فيه حكمي، وعلى ذلك يكون إطلاق العقد على الربط المعنوي، مثل العهود والبيوع واليمين إطلاقاً حقيقياً في اللغة، كما يطلق عليه في القانون والشرع، ودليل ذلك، أن هذا المعنى يتبادر إليه الذهن عند الإطلاق ودون حاجة إلى قرينة ودليل، فالأصل في الإطلاق الحقيقية لا المجاز، ناهيك عن أن أهل اللغة ذكروا من بين معانيه الحقيقية، العهد والحلف والعزم والتوكيد، وهي كلها أمور معنوية وليست حسية⁴.

أما في اللغة الفرنسية، فإنّ كلمة "عقد" *Contrat*، ذات الأصل اللاتيني *Contractus*، معناها اتفاق بين شخصين أو أكثر، و"الاتفاق" *Convention* المشتق من لفظ *Conventio* اللاتيني، يعني في اللغة الفرنسية، جاء معا *Venir en semble*، أو كما يقال بكلمة واحدة *Convenir*⁵، وهو ما

1- الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص.186.

2- علي عثمان الفقي، فقه المعاملات، دراسة مقارنة، دار المريخ للنشر، الرياض، السعودية، 1986م، ص.125.

3- محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008م، ص.1118.

4- علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط.2، 2002م، ج.01، ص.ص.105-111.

5- Y. Garnier, La rousse, op.cit., p.p.370-373.

يكرس الصفة الثنائية في تصورهم للعقد، وأنّ العقد بصورته الأصيلة يطلق على التصرفات التي تتم بواسطة أكثر من شخص واحد، والأمر نفسه في اللغة الإنجليزية حيث يقرنون بين العقد Contract، والاتفاق Agreement من حيث المعنى، عند تعريفهم للعقد¹، وعموماً يحدد العقد كاتفاق إرادتين من أجل إنتاج آثار قانونية، كما هو الحال في الأنظمة القانونية التي حاولت مناقشة العقد بوصفه دعامة للقانون، يقبل تعيين هويته بشكل كاف لتكون له منفعة ما، إذا ما أخذنا في الحسبان تعاليم التاريخ والقانون المقارن².

2- مفهوم العقد في الفقه المقارن: يتفق غالب الفقهاء القانونيين ذو النزعة الشخصية أنّ العقد هو: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء أكان إنشاء التزام، أم نقله، أم تعديله، أم إنهاءه"³، فإنشاء الالتزام كما في البيع والإيجار، ونقله، كما هو الشأن لعقد الحوالة، وتعديله، كتأجيل الدائن لدين المدين، وإنهاءه، كالإبراء من الدين؛ ويعرفه بعض الفقهاء بأنّه: "توافق إرادتين على إحداث أثر يرتبه القانون"، وهو التعريف السائد في الفقه المعاصر بالنسبة إلى الجوهر، وإن اختلفت العبارة من فقيه لآخر⁴، ومن الفقهاء العرب من يرى وفق النزعة الموضوعية بأن التعريف الأكثر دقة هو: "ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون"⁵، وهو تعريف مستمد من الفقه الحنفي مع شيء من التعديل.

وبهذا التصور فإنّ القانون يخصّ العقد بما كان فيه توافق إرادتين، وهو ما يعني أنّ الارتباط الحاصل بين الإرادتين، يترتب التزامات شخصية في جانب المتعاقدين، استناداً إلى المعنى اللاتيني للكلمة *Contractus*، المشتقة من الأصل اللاتيني *Contrahere*، والتي تعني، جمع، جمع، عقد، أبرم، الأمر الذي يُنبئ عن اتفاق أكثر من شخص⁶، على غير دلالة اللفظ في اللغة العربية، الذي

1- علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنجلو-أمريكي، المرجع السابق، ص.330.

2- جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، ط.2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008م، ص.18.

3- بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.364. ينظر أيضاً: السنهوري، الوسيط، ج.01، المرجع السابق، ص.149.

4- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.01، ص.33.

5- المرجع نفسه.

6- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.19.

يعني الشدّ والربط والإحكام، الحسّي والمعنوي، أما ما يتم بإرادة واحدة، وما يشمله لفظ (عقد) في اللّغة العربية، فليس بعقد بحسب نظرهم، وإمّا هو إرادة منفردة، يترتب عليها التزاما من جانب واحد، والأمر الجوهري في كلّ ذلك، أن آثار هذه التصرفات تترتب بسُلطان الإرادة لا بسُلطان القانون، فهذه الآثار تقع، لأنّ الإرادة اتجهت إليها.

أمّا عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فيرى بعضهم أنّ العقد هو: "ارتباط يحصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، على وجه يترتب عليه حكم شرعي، يثبت أثره في المعقود عليه"¹، وهو تعريف مأخوذ من الفقه الحنفي، كما أسلفنا، ومعنى هذا أنّ العقد من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع، بين شخصين يُعبرّان بإرادتيهما من خلال ما أُصطُحَّ عليه بالإيجاب والقبول، ومعنى الإيجاب وفق الفقه الحنفي - وهو الأصوب - أن من صدر منه يريد إثبات العقد بانضمام قول الثاني إليه، أما القبول، فهو الرغبة والرضا بما قاله الأوّل، فإذا تمّ الإيجاب والقبول بشروطهما الشرعية، اعتبر الشرع بينهما ارتباطا تظهر بسببه الآثار في المعقود عليه، الذي هو محل العقد، وذلك الأثر هو خروج المعقود عليه عن حالته الأولى إلى حالة جديدة، فإذا كان بيعاً، خرج المبيع من ملك البائع؛ وإذا كان الارتباط على وجه غير مشروع، فإن الأثر لا يظهر على المعقود عليه، كمن يتعاقد على قتل فلان بكذا، أو على إتلاف زراعته أو سرقة ماله².

وواضح أن هذا النظر يتفق مع الفقه اللاتيني التقليدي في البناء الفني للعقد في بعض جوانبه، على خلاف جمهور الفقه الإسلامي، الذي يضيف عليه الإرادة المنفردة ويجعلها تصرفا قانونيا، كقاعدة عامة لا كاستثناء، كما أن الإيجاب غير ملزم عند الجمهور، أي أنّه لا يعبرّ عن إرادة منفردة، وإنما الإلزام في ارتباطه بإرادة أخرى، أي العقد، وعن ذلك يقول محمد أبو زهرة: "ومن هنا يتبين أن الإرادة المنفردة لها مكانها في الالتزامات الشرعية، ولكن في التصرفات التي لا تنعقد بإيجاب وقبول، أما ما ينعقد بإيجاب وقبول، فالإرادة المنفردة ليست مناط الالتزام فيه"³، ومع أن العقود في الشريعة

1- المادة 146 من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، الملحق بمؤلف: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.3، ص.312.

2- شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاعتماد، مصر، ج.1، ص.123. ينظر كذلك: بدران أبو العينين، تاريخ الفكر الإسلامي، المرجع السابق، ص.364.

3- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص.175.

الإسلامية تُبَيَّن على التراضي ابتداءً، استناداً إلى نصوص الكتاب والسنة، فقد تباين النظر عند فقهاءنا، في تصورهم لماهية العقد، وهو ما نتج عنه تعريفاً يحتمل معنيين: معنى عاماً ومعنى خاصاً.

أ- المعنى العام للعقد: وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي، والشائع عند جمهور الفقهاء، المالكية، والشافعية، والحنابلة¹، فالعقد بالنسبة لجمهور الفقهاء المسلمين هو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة، كما هو الأمر بالنسبة للوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه، كالبيع، والإيجار، والتوكيل، والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد، أم من شخصين، أم أكثر، ويشمل حينئذٍ ما يسمى في المعنى الضيق، أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً، فالعقد بمفهومه العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وبهذا المعنى فهو يترادف ومعنى الالتزام² في عمومته.

ب- المعنى الخاص للعقد: ويراد به المعنى الذي يأتي في سياق الكلام عن نظرية العقد، فيقولون بأنه: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول³، أو بعبارة أخرى، تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل، وهو التعريف الشائع في عبارات الفقهاء، فالإيجاب والقبول، هو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد، والتقييد بكونه على وجه مشروع، لإخراج الارتباط الذي يقوم على وجه غير مشروع، فلا يكون له أثر في محل العقد، والتقييد بكونه يثبت أثره في محله، لإخراج الارتباط من كل مَنْ لا أثر له، أي لا يفيد حكم العقد، والأثر الذي قرره الشارع له⁴، ويذهب واضعو المجلة المستمدة لأحكامها من الفقه الحنفي، إلى أن المراد بالعقد هو الانعقاد،

1- يراجع: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1992م، ص.ص. 197-198. كذلك: أحمد بن عبد الحليم الحراني الدمشقي المعروف بابن تيمية، العقود، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، ص. 16 وما بعدها.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 01، ص.ص. 44-46.

3- علي حيدر، درر الحُكَّام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، الرياض، السعودية، 1423هـ، 2003م، ج. 1، ص. 105.

4- محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط. 2، عمان، الأردن، 2010م، ص.ص. 199-200.

الذي يتمثل في تعلق الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يظهر في متعلقهما، فعقد البيع مثلا يشترط لانعقاده، صدور ركنه من أهله وإضافته إلى محل قابل لحكمه¹.

ووفق هذا النظر المزدوج لمعنى العقد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن معناه يتحقق في كلتا الحالتين، سواء عندما يقصد به الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، كالكتابة والإشارة، على وجه يترتب عليه أثرا شرعيا، أم في الحالة التي يُقصد به إلزام الشخص لنفسه بنفسه، دون الحاجة لطرف ثانٍ، كما في الإبراء، والوقف، والعتق، والطلاق، فكل تصرّفٍ قولي ينشأ عنه حكما شرعيا، هو عقد²، ذلك أن العقد في الأصل، هو العزم على أمر والالتزام به، كما تؤكد الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾³، فالعقود تشتمل كل إلزام بالقول، من عهد، وعقد، وتبرع، وبيع، ويُعمّم لفظ العقود في كل ربط بالقول، موافقٍ للحق والشرع⁴، وهذا المعنى الأعم يجعل من العقد مرادفاً لمعنى الالتزام بالإرادة المنفردة، والتصرف الشرعي، أو القانوني، يستوعب المعنيين، المعنى الأخص، والمعنى الأعم للعقد، وأساس ذلك، الرضاء الصحيح الصادر من أهله، الواقع على محلّ قابل لحكمه.

3- التراضي في العقود: يُقسّم الفقه القانوني الإرادة إلى قسمين، إرادة باطنة، وإرادة ظاهرة، أما الأولى، فهي النية التي لا يُطلّع عليها، وأما الثانية، فهي التي تبرز بالتعبير، أو ما يقوم مقامه كالتعاطي، أو ما يعرف عند فقهاء الشريعة بالصيغة، ويذهب الفقه القانوني إلى أن العلاقة بينهما، هي كون الإرادة الظاهرة دالة على الإرادة الباطنة، حيث تُبرّز ما في النفس، ومن هنا يكون لوجود إحداها دون الأخرى أثر في وجود العقد وترتيب آثاره، فالعقد لا ينعقد لمجرد النية⁵، والأمر نفسه إذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها، فلا تفيد شيئا، كونها دليل ما يوجد في النفس، وحجة ذلك، أن

1- علي حيدر، درر الحُكّام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص.382.

2- محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات، المرجع السابق، ص.200.

3- سورة المائدة، الآية 1.

4- أبو محمد بن غالب بن عطية الأندلسي، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 2001م، ج.01، ص.144.

5- بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص.390.

العبرة الصادرة من الصبي غير المميز والنائم والمجنون لا اعتبار لها، ولا تؤثر في وجود العقد أو انعقاده¹، ولكن السؤال الذي يدق في هذا المقام، هو: ما الأسس التي تقوم عليها هذه الإرادة؟

تباينت آراء الفقهاء في تحديد ذلك، فالحنفية يقولون بأن الإرادة تقوم على أساسين، الاختيار والرضا؛ أما الاختيار، فهو مجرد إرادة العبارة أو ما يقوم مقامها، باعتبار أنها سبب عادي لإنشاء العقد وأداة شرعية لوجوده، سواء وجدت الرغبة في إنشاء العقد أم لم توجد، ويعنون بالاختيار، ترجيح فعل الشيء على عدم فعله، أو العكس²، ويخلصون إلى تعريف الاختيار بأنه: "القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم، بترجيح أحد جانبيه على الآخر"³.

أما الرضا، فهو امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، بحيث يُفضي أثره إلى الظاهر، من ظهور البشاشة على الوجه ونحوها⁴، ويعرفه آخرون من الفقهاء المحدثين بأنه: "ارتياح النفس لعمل ترغب فيه، أي الرغبة في آثار العقد وما يرتب الحكم الشرعي عليه عند وجوده وإنشائه"⁵، فالفقهاء الأحناف يفرقون بين الاختيار، الذي هو مجرد القصد إلى السبب، وهو العبارة أو ما يقوم مقامها، والرضا، الذي هو الرغبة في الآثار والنتائج، وهي حكم العقد، فقد يوجد الاختيار دون الرضا، كما في عقد الهازل والمكره، فيتحقق الاختيار دون الرضا، وبرأي الأحناف فإن أساس الانعقاد، هو تحقق الاختيار، وبه يوجد العقد وتتكون صورته، ما دام العاقد قد قصد العبارة الموجهة إليه، أو ما يقوم مقامها، أما الرضا، فهو شرط لصحة العقد وترتب آثاره⁶.

على أن هذا الفرق الذي بيّنه الفقهاء الأحناف، لا يكاد يظهر عند الشافعية؛ إذ يظهران على أنهما لفظان مترادفان، يدلان على قصد العاقد بعبارته الكاشفة عما في نفسه من رغبة في إنشاء

1- بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص.390.

2- المرجع نفسه، ص.391.

3- صدر الشريعة، التوضيح، ج.2، ص.196. مشار إليه في مؤلف: بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص.391.

4- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1997م، ج.4، ص.536.

5- بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص.391.

6- المرجع نفسه، ص.392.

العقد، بغية الوصول إلى الآثار التي رتبها الشارع على ذلك، فإذا لم تتحقق في هذه العبارة الدلالة على ما في النفس من رغبة، لم يتحقق اختيار للعقد، ولا رضاً به، وَيُنْحَى المالكية والحنابلة منحى الشافعية نفسه، أي أنّ الرضا والاختيار يكونان متلازمان، على معنى أنه لا يوجد أحدهما دون الآخر، فالاختيار عندهم هو القصد إلى العبارة المنشئة للعقد، وهي بمثابة ترجمة لما في النفس، ودليل على الرغبة في أثر العقد¹.

وعلى الاختلاف الذي ظهر لدى الفقهاء في تحليلهم للإرادة الباطنة الكامنة في نفس الإنسان، والإرادة الظاهرة التي تبرز من خلال العبارة التي يعبر فيها العاقد عما يريد، سواء أكان ذلك بالقول أم بالفعل، برز سؤال جوهري، مفاده هو: ما الموقف عند تعارض الإرادة الباطنة والعبارة، أو الإرادة الظاهرة؟

يستخلص من اجتهاد الفقهاء رأيين، أولهما: ما ذهب إليه الشافعية، والحنفية في بعض فروعهم، إذ يرى هؤلاء أن العبرة ب (العبارة)، أي الإرادة الظاهرة المعبر عنها في صيغة العقد، دون النظر إلى الإرادة الباطنة، إلا إذا وجد في العبارة ما يكشف عنها (أي عن الإرادة الباطنة)، وعلى ذلك لا يحاسب المخطئ بعبارته، لأنه لم يقصدها، وبالتالي فإنّ القصد لديه لم يتحقق مطلقاً، فالنّيّات أمور خفية لا يعلمها إلا عَلاّمُ الغيوب، أما الأحكام الدنيوية، فُتُبْنى على الظاهر؛ ووفقاً لذلك، فإن العقد يكون صحيحاً، متى اكتملت أركانه وشروطه، ولا طائل من وراء البحث في نيات المتعاقدين²، أما الرأي الثاني، والذي اشتهر به الحنابلة ويقرب من اجتهادهم المالكية، فهو اعتبار الإرادة الباطنة ودورها في تأسيس الأحكام ما دام قد أظهرها الدليل، ودليلهم في ذلك، هو أن العبارة لا يُعْتَدُّ بها في الالتزام والعقد إلا باعتبارها مُظْهِرَةٌ لِمَكْنُونِ النفس تدل على حقيقة القصد، وإذ ما انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقية، فإن الإخبارَ بها يُعَدُّ غير حقيقي، وَيُبْنَحُثُ عن الإرادة الحقيقية عن طريق الأدلة والقرائن التي تُنبئُ عنها، فالعبرة عند مجتهدي الحنابلة والمالكية بالعزم، وما تحقق فيه الرضا والقصد إلى السبب، والأحكام لا تترتب على الألفاظ، إذ الأعمال بالنيات³، وفي هذا المعنى نقرأ لابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين ما يؤيد هذا الرأي وهو يقول: "وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد

1- بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص.392.

2- المرجع نفسه، ص.404.

3- المرجع نفسه، ص.405.

في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده¹، ويضرب لذلك مثالا بصيغ العقود، كبعث واشترت وأجرت وتزوجت، ويقول عنها إنها: "إما إخبارات وإما إنشاءات وإما متضمنة للأمرين، فهي إخبارات تدل على ما في النفس من المعاني التي تدل على العقود، وإنشاءات لحصول العقود في الخارج"².

أما بالنسبة لفقهاء القانون، فإن كلمة رضا *Consentement* مشتقة من اللفظ اللاتيني *Consentire*، بمعنى أن يكون موافقا، والرضا هنا ليس الاتفاق، فهو يفترق عن الإرادة بهدفه، الذي هو تحقيق اتفاق لغرض الارتباط بعقد ما، أما الإرادة حسب مفردات "كاييتان" القانونية، فهي استعداد المرء لأن يريد، أي الجدارة الواقعية في فهم مدى عمل ما، وفي اتخاذ القرار، وهي عمل مشيئة، تتكون لإيجاد الرضا الضروري بهدف تكوين عمل قانوني يحوي عنصرا نفسيا (الإرادة الباطنة)، وعنصرا ماديا (الإرادة الظاهرة أو المعلن عنها)، وهي أخيرا: ما هو المراد؟ أي مضمون القرار الذي يوحى بنتيجة ما مأخوذة بالاعتبار، على خلاف عمل المشيئة الذي ولدها³، والإرادة في العمل القانوني هي ولا ريب تخفي نية ما، تتمثل في السعي المقصود للأثر القانوني، الذي ينتجه هذا العمل⁴، مثل أن تكون إرادة بيع، أو شراء، أو طلاق، فالمدرسة اللاتينية يتقدمها الفرنسيون، تأخذ بالإرادة الباطنة كأساس لوجود العمل القانوني، وبالمقابل؛ ينزع الفقه الجرمني إلى الاعتداد بالإرادة الظاهرة، وإن كانت كلتا المدرستين قد سلكت في مرحلة متقدمة من تطورات الفقه القانوني الحديث مسلكا وسطا من النظريتين، حيث ترحزت القوانين الحديثة نحو الإرادة الظاهرة صَوْنًا لاستقرار المعاملات⁵، ومراعاةً للاعتبارات الاجتماعية، ومتطلبات التطور الذي عرفته وتعرفه المبادلات الاقتصادية البينية في عالم يسير بسرعة الضوء.

1- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار علم الفوائد للنشر والتوزيع، ط. 1، مكة المكرمة، السعودية، 1437هـ، ج. 03، ص. 598.

2- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج. 03، ص. 611.

3- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 20-21.

4- المرجع نفسه، ص. 22.

5- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 01، ص. 171.

المطلب الثاني: الممانعة الحاصلة بين مبدأ الرضائية والمفهوم التقليدي للعقد

جرى الاعتقاد لدى الفقه القانوني بأن العقد بمفهومه التقليدي، هو التصرف القانوني بالمعنى الصحيح، أي أنه مرادف له، ويقوم بجانبه التصرف من جانب واحد، بقليل من الأهمية في نظرية التصرف القانوني، وهو ما يُبرِّز ما دأب عليه الفقهاء في تخصيص جزء يسير لدراسة نظرية الإرادة المنفردة، وحتى التصرف القانوني، عند دراستهم لمصادر الالتزام ضمن دراسة العقد وأحكامه¹، وسنرى عبر الفروع الثلاثة الموالية، الخلفية التي تأسست عليها هذه التصورات، والمفارقات المنطقية التي تبرز في ثنايا الدراسة المعمقة لماهية الالتزام التعاقدي، والفروق الجوهرية التي برزت من خلال التصور الفني للعقد والأحكام المرتبطة به.

الفرع الأول: تردد الفقه القانوني في التصور الفني لمفهوم العقد في ظل مبدأ الرضائية

أحدث التحول الفكري والعقائدي للفقه القانوني بالنظر إلى الأصل الروماني لمفهوم الالتزامات التعاقدية، الذي بنى عليه الفقه الفرنسي اللاتيني نظريته العامة للالتزام، مُضمِّناً إياها نظرية العقد كمحور رئيس في تشييد بنائها، بالتزامن مع استقرار مبدأ الرضائية في العقود، نوعاً من الشرح المفاهيمي على مستوى التصورات المجردة لماهية الالتزام التعاقدي، وهو ما انعكس في نصوص التشريعات المدنية اللاتينية، التي اهتمت في المقام الأول بوضع النصوص المنظمة للعقد وآثاره، باعتباره الصورة الأصلية للتصرف القانوني، رغم تسليمه بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام التعاقدي، وقد ظهر ذلك جلياً في القانون المدني الفرنسي لعام 1804، كونه رائداً للمدرسة اللاتينية في الفقه القانوني، إذ لم ينظم نظرية التصرف القانوني بوجه عام، مقتصرًا على تعريف العقد وتفصيل أحكامه².

لكن التسليم بقوة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، يقول الفقيه الألماني "جاكوبي"، يفرض التسليم بها ولو دخلت في تكوين العقد، فالأثر الملزم للعقد ليس شيئاً آخر غير الأثر الملزم للإرادتين اللتين يعتمد عليهما العقد، لأن المتعهد Promettant، إن لم يستطع أن يلتزم التزاماً صحيحاً في

1- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.28.

2- هذا بالنسبة لمدينة نابليون لعام 1804م، إذ تمّ خلال تعديل القانون المدني الفرنسي عام 2016م، تخصيص عنوان لمصادر الالتزام، والسير على نهج المدرسة الجرمانية، وأصبح يُحدد مصادر الالتزام في: التصرف القانوني، والواقعة القانونية، والقانون. ينظر: المادة 1100 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016م.

داخل دائرة قدرته هو، لا يستطيع أن يلتزم بتعبير موجه إلى طرف آخر، لأن هذا الطرف الذي وجه إليه التعبير، لا يملك أن يقرر شيئاً في دائرة قدرة أجنبية عنه، فخاصية الإلزام في العقد، تسبقها منطقياً، خاصية الإلزام في التعهد (أي الإرادة المنفردة)¹.

وقد انتصر الكثير من الفقهاء الفرنسيين لهذا التصور الجديد للعقد وللتصرف القانوني بوجه عام، ومنهم الفقيه رايونند سالي "Raymond Saleilles" في دراسة مطولة للنظرية العامة للالتزامات، في إطار مشروع القانون المدني الألماني²، وكذا الفقيه وورمس (Worms)، الذي كان يقول بأن التطور التاريخي للإرادة باعتبارها منشئة للالتزام، يدل على أنها تحطت تدريجياً بالتصورات القديمة، وتخلصت من الأوضاع التي كانت تحيط بها، وأن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة، فلا ينبغي اشتراط توافق إرادتين لإنشاء التزام، كون ذلك يُبقي على نوع من الشكلية، وحين التخلص منه، تصبح الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام، وحجتهم في ذلك، أن من صدر عنه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه، ولم يصل ذلك إلى علم من وجه إليه قبل أن يقبل، فإن العقد يعتبر مبرماً، رغم عدول الموجب، وعدم توافق الإرادتين، ولا يمكن تفسير ذلك، إلا بأن الإيجاب، وهو إرادة منفردة، ملزم بذاته، وإذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاماً، فلماذا لا تستطيع أن تكون هي وحدها مصدراً للالتزام إلا إذا اقترنت بإرادة أخرى، فهل تكون هذه الإرادة أضعف من الإرادة الأولى؟ وهذا يعني أن مصدر الالتزام في العقد ليس هو العقد ذاته، بل الإرادة المنفردة لكل من المتعاقدين³؛ ولئن كان هذا التحليل المؤسس على عثرات الفقه التقليدي الذي يرى في العقد الصورة الأصيلة للتصرف القانوني، وأن العقد هو ارتباط للإرادات، ومصدر للالتزامات، دون الإرادة في ذاتها، وتبني الفقه اللاتيني لهذه الصورة الماهوية له، وعند الكلام عن المحل والسبب يجعل منهما عنصرين للالتزام؛ وهي مفارقة تفرض حتماً التسليم بصحة الأساس النظري للالتزام بالإرادة المنفردة، وأنّ العقد هو مركب من التصرفات القانونية⁴.

1- رأي جاكوبي مشار إليه في الهامش رقم: 1 من مؤلف: السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ط.1، ص.186.

2- Voir : R. Saleilles, Étude sur la théorie générale des obligations, le premier projet du code civil pour l'empire d'Allemagne, Librairie cotillon, Paris, France, 1901, p.p. 142-152.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.ص.186-188.

4- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.ص.28-29.

ثم إنه إذا كان التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، فإن تعريفه على هذا الوجه، لا يسمح بأن يكون العقد صورة من صور التصرف القانوني، ففي العقد وفق التصور الذي تعارف عليه الفقه القانوني التقليدي، لا توجد إرادة واحدة، بل توجد إرادتان على الأقل، تتجه كل منهما إلى إحداث أثر قانوني، أي يوجد تصرفان قانونيان، وهو المنطق الذي دفع الفقيه الألماني اهرينج "Ihring" في مؤلفه الموسوم بـ "روح القانون الروماني" إلى وصف ذلك، بالخاصية الفردية للتصرف القانوني *Caractère unilatérale de l'acte juridique*، والتي يقول بأنها كانت مبدأً عامًا في القانون الروماني، إذ إنه يرى العقد على الصورة التي قال بها الفقه الألماني، أي تصرفات فردية مرتبطة¹، ويعود ذلك إلى متطلبات الحياة القانونية، التي استدعت تفكيك الرابطة المزدوجة إلى اشتراطين منفردين، واصطحاب التعهد بشرط، هو أن ينفذ الطرف الآخر تعهده؛ ولعل عدم الدقة في استعمال مصطلحي (تصرف قانوني) و(عقد) يأتي من المدلول اللغوي غير الدقيق لمصطلحي *Contrat* و *Acte juridique* في اللغة الفرنسية، وهو ما جعل واضعي القانون المدني الفرنسي عام 1804، يتجاهلون التصرف القانوني كمصدر للالتزام، ويكتفون بتعريف العقد وجعله مصدرا له، اعتقادا منهم بأنه هو الصورة الأصلية للتصرف القانوني، امتدادا للتصور الموروث عن الرومان، أين كانت الرابطة العقدية عبارة عن سلسلتين من الالتزامات تستقل كل منهما عن الأخرى، والرباط بينهما هو القالب الذي تفرغ فيه، ناهيك عن إرجاعهم جميع طائفة الالتزامات، إما إلى العقد أو إلى الجريمة، وهي صورة مادية مجسمة للعقد وثيقة الصلة بأشخاصه، إذ لم يكن في الإمكان في ظل بيئة مادية صرفة أن يعبر فكرهم القانوني إلى عالم التجريد؛ وقد تجسّد هذا التصور النمطي للعقد في المادة 1101 السابقة من قانون نابليون، التي كانت تنصّ على أنّ: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص اتجاه شخص أو عدة أشخاص...."، فجمعوا بذلك بين ثلاثة مصطلحات قانونية، لكل منها مدلوله في علم القانون، وهي صياغة تعوزها الدقة التي تستوجبها الصناعة القانونية، لقواعد تنزع إلى التجريد والتعميم، وهي: العقد، والاتفاق، والالتزام.

وفي واقع الأمر، فإن الارتباط الذي يقوم بين التصرفين أو التصرفات في العقد، لا ينفي صفة التصرف عن كل إرادة قائمة بذاتها، أي أن آثار الإرادة تظل معزّوة للإرادة، لا للارتباط الحاصل بين الإرادتين، وتعتبر إرادة كل متعاقد في العقد مصدر الالتزامات التي تقع على عاتقه، دون أن يجعل

1- رأي اهرينج مشار إليه في مؤلف: جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص. 29. الهامش رقم: 1.

لالتزامات المتعاقدين حياة مستقلة، لأن من عناصر كل إرادة الغرض الذي تهدف إليه، وهو ما يبرر اتصالها بالتصرف المقابل وارتباط آثارها بآثاره، ووظيفة الارتباط في العقد هي تحقيق لزوم الأثر الناشئ عن التصرف القانوني، وتقدير وجود هذه الصلة بين الآثار، يُرْجَعُ فيه إلى نية مُصَدِّرِ الإرادة (التصرف)، فابتغاء المقابل في المعاوضات، أو قصدُ تحقيق صلة معينة بين المتصرف ومتلقي التبرع في التبرعات، يعتبر عنصراً في إرادة المتصرف، يُفِيدُ أنه لا يَنْوِي البقاء على التزامه، إلا إذا تحقق غرضه، بدخول تصرفه في ارتباط مع تصرف صادر من شخص آخر، أو تصرفات من أشخاص آخرين¹، والتزام الموجب بإرادته المنفردة التزم معلق على شرط، هو قبول الإيجاب، وهو التزم مُسَلِّمٌ بوجوده، إذا صدر التعبير على الوجه المقبول قانوناً، فيكون باتاً دون الحاجة لاقتراحه بإرادة أخرى، فالنية عامل مهم في تحديد مدى الالتزام، وعن طريقها تتسرب العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية².

ويبدو أن بروز الاختلاف في تحليل الالتزامات الإرادية لدى الفقهاء القانوني، يرجع إلى الانقسام الحاصل حول مصدرية الارتباط الذي تقوم عليه التصرفات القانونية، وطبيعة الإرادة التي يعتد بها في ذلك، بين المذهب المادي والمذهب الشخصي، بين الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة، بعد ذبوع مبدأ سلطان الإرادة، وتربعه على عرش التصرفات القانونية، في الوقت الذي يأخذ هذا التحليل منحى مغايراً لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث تمتزج نظريتا الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة بدل أن تفترقا، فبالنسبة لهذا الفقه فإن القدر الذي يأخذ به من أحكام نظرية الإرادة الباطنة يُلَطَّفُ من حدة الأخذ بالإرادة الظاهرة، ويخفف من صلابة نظرية التعبير، تحقيقاً للعدالة واستقرار المعاملات، حيث الإرادة إرادتان، كما يقول الأستاذ وحيد الدين سوار في مؤلفه "التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي"، إرادة التعبير، وهي عند الفقهاء المسلمين -وبخاصة الحنفية الذين يفصلون بين الاختيار والرضا- ما يقابل الاختيار، وإرادة الأثر، التي تقابل الرضا³، وهو المتضمن في الإيجاب والقبول الذي يمثل صيغة العقد وركنه ودستوره، بحيث يظهر أثره في المعقود عليه، أي يحوله من حال إلى حال، ولم يحفل بدور العقد في إنشاء الالتزام كما هو الشأن لدى دعاة النزعة الذاتية (الشخصية) التي برزت في الفقه اللاتيني، فليس كل اتفاق إرادتين عقداً، على رأي الأستاذ حسن علي الذنون، بل لا بد

1- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.42.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.123.

3- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.467.

لتكوينه من أن ينتج آثاره على محل يقبل تولد الالتزامات عليه، لأن العقد سبب لحكم شرعي؛ فعقد البيع مثلاً، سبب للتمليك والتملك، وعقد الإجارة، سبب لتمليك المنفعة وتملك الأجرة، وهو ما يوضح بأن علماء الفقه الإسلامي أرادوا بلفظ السبب، ما أراده علماء القانون من لفظ السبب المنشئ، أي المصدر أو الفعل القانوني الذي تولد عنه الالتزام¹، فإذا صدر الإيجاب والقبول ممن يملك إصدارهما شرعاً (أي أهلاً للتصرف)، وانصبا على محل قابل لترتيب حكم العقد عليه، انعقد العقد صحيحاً، والتزم المتعاقدان بحكمه الذي يرتبه الشارع².

ويُرجى الأستاذ وحيد الدين سوار هذا التباين في تصور ماهية العقد والتصرف القانوني بشكل عام، لكون الفقه الإسلامي يسير وفق نظرة تركيبية تجعل من التصرف محورا لهيكلها، في الوقت الذي يسير الفقه اللاتيني وفق نظرة تحليلية، تجعل من الالتزام لا التصرف المولد له، قاعدة لبنائها، الأمر الذي جعله ينظر إلى العقد كسلسلتين متقابلتين من الالتزامات، مقتفياً آثار المنطق الروماني الذي كان ينظر إلى الأثر لا إلى المصدر، أي إلى الالتزام لا إلى التصرف³، وهو المنطق الذي بنى عليه تصوره للالتزامات الإرادية انطلاقاً من أشكال مادية مجسمة، موروثاً عن القانون الروماني، لم يكن من السائع بعد هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على التصرفات القانونية، واستقرار مبدأ الرضا في العقود، أن يستوعب التصورات المعنوية المجردة لماهية العقد، كوحدة قانونية قائمة بذاتها، تستقل بمفهومها عن مفاهيم أخرى ترتبط بها، من مثل الالتزام، والإرادة، والتراضي.

الفرع الثاني: التباين المفاهيمي بين العقد والالتزام والإلزام من أسباب ظهور إشكال السبب

يفرق الفقه الإسلامي بين الالتزام والإلزام، فالأول يصدر ابتداءً، بشكل اختياري من الشخص، والثاني يكون من سلطة خارجة عن الملزم أو الملتزم، في الوقت الذي لا يعرف الفقه القانوني مثل هذه التفرقة بين الاصطلاحين، فالالتزام يشمل المعنيين الإلزام والالتزام Obligation⁴.

1- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نخضة مصر، القاهرة، 1364هـ، 1946م، ص.ص. 28-29.

2- المرجع نفسه، ص. 29.

3- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 488-489.

4- علي عثمان الفقي، فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص. 129.

وظاهر أن التفرقة دقيقة بين دلالة الاصطلاحين في اللغة العربية، فالإلزام في الفقه، هو إيجاب أمر على شخص، والالتزام هو إيجاب الشخص أمراً على نفسه¹، فمن باع شيئاً إلى آخر (التزم)، بتسليمه للمشتري و(التزم) المشتري بدفع ثمنه للبائع، أما لو أتلّف شخص مالاً لغيره فإنه (يُلتزم) بتعويض صاحبه عنه، ولكن في القانون يقال بأن من تسبب في الإلتلاف، (يلتزم) بتعويض التلف أو الضرر، والأصح من حيث الدلالة الأكثر دقة للمصطلح أنه يُلتزم خارج إرادته ولا يلتزم باختيابه²، فالالتزام في الفقه الإسلامي، يشمل كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق أو إنهائه، أو إسقاطه، سواء كان ذلك من شخص، كالإبراء والوقف، أم من شخصين كالبيع والإجارة، وعلى ذلك يكون الالتزام في هذا الفقه، مرادفاً للعقد بمعناه العام، وأعمُّ من العقد بمعناه الخاص.

أما في القانون، فإن الالتزام هو واجب قانوني يقع على عاتق شخص معين يسمى المدين، يكون بمقتضاه على الشخص، القيام بأداء مالي لمصلحة شخص آخر معين، أو قابل للتعيين، يُسمى الدائن³، وهو الوجه أو الجانب السلبي للحق الشخصي في نظر الفقه القانوني، ومصادر الالتزام في القانون أو الفقه القانوني بوجه عام، هي العقد والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والإثراء بلا سبب، والقانون⁴، وهذه المصادر قد تكون إرادية، وقد تكون غير ذلك، فالمصادر الإرادية، هي العقد والإرادة المنفردة، يجمعهما الفقه القانوني في آخر تطوراته تحت مسمى التصرف أو العمل القانوني، والتي تمثل كل مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي مع فارق الدلالة التي يريدها الفقهاء المسلمون من اصطلاح التصرف القولي، والتصرف الفعلي، أما ما يعرف في الفقه القانوني بالمصادر غير الإرادية، فهي مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي التي تنشأ عن غير إرادة الشخص، عكس الالتزام الذي نشأ بإرادة الملتزم، ذلك لأن الفقه الإسلامي يفرق بين الاصطلاحين للالتزام، والإلزام⁵.

1- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ج.04، فصل: اللام، باب: الميم، ص.188.

2- عبد الناصر العطار، مبادئ القانون، الفقرتان: 138 و139، ص.200 وما بعدها. مشار إليه في مؤلف: علي عثمان الفقي، فقه المعاملات، المرجع السابق، ص.129.

3- عبد الرحمن الشرفاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظم العامة للالتزام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، ج.01، ص.7.

4- المرجع نفسه، ج.01، ص.26.

5- علي عثمان الفقي، فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص.130.

والالتزام في علم أصول الفقه، هو التكليف الذي مصدره الشرع، يقع على الإنسان الذي في مقدوره القيام به، في الوقت الذي لم يستعمل الفقه الإسلامي هذا المصطلح إلا قليلا، وإنما استعمل مرادفه، كالتكليف والتحمُّل والتعهد ونحو ذلك، ومن الفقهاء الذين عرفوا الالتزام، كما ذكرنا سالفًا الخطاب المالكي، الذي قال بأنَّ الالتزام هو: "إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف مطلقًا، أو مُعلَّقًا على شيء، بمعنى العَطِيَّة، وقد يطلق في العرف على ما هو أَحْصُ من ذلك، وهو التزام المعروف، بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم"، وهو التعريف الذي يأخذ عليه بعض الفقهاء المعاصرين، أنه اقتصر على الالتزام بالإرادة المنفردة، ولم يكن جامعًا للالتزامات التي مصدرها القانون، أو الأعمال غير الإرادية¹.

وبالنظر للاختلاف الجوهرى من حيث دلالة الاصطلاح بين الفقه القانوني والفقهاء الإسلامي، ذهب الأستاذ السنهوري إلى أن الفقه الإسلامي لا يَعْرِفُ (الالتزام) بالمعنى المتداول في القانون، وأنه إذا أردنا المقابلة بين ما يُقصد به في الفقه القانوني، والالتزام في الفقه الإسلامي، فهو (الالتزام والضمان) معًا، لذا فالمصطلح مستعار من الفقه الغربي²، وهو قياس مع الفارق، إذ يشمل لفظ (الالتزام) في الفقه الإسلامي، كل ما يجب على الإنسان القيام به، وقد ورد في القرآن الكريم صراحة لفظ الإلزام في قوله تعالى: ﴿وَكُلُّ إِنْسَانٍ أَلْزَمَانَهُ طَائِرُهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخِرُجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنشُورًا﴾³، وهو ما يوضِّح أن الإلزام والالتزام متلازمان لزوماً بيِّنًا بالمعنى الأخص، أي يكفي للجزم باللزوم فيه، تصور أحدهما، فوجود أحدهما في الذهن وخارج الذهن، يستلزم وجود الآخر والجزم باللزوم بينهما⁴، وبهذا الفهم فإن العلاقة التلازمية بين الالتزام والإلزام، هي علاقة السبب بالمسبب، لا يمكن نسبهما إلى تصرف الشخص الملتزم وحده، أو إلى العقد وحده، دون الأخذ في الاعتبار القوة الخارجية التي تلزم الشخص عندما يصدر منه ما يلزمه قولاً كان أم فعلاً، وهي التي تحدد طبيعة ونوع التصرف وآثاره، وتراقب نتائجه، وبالتالي هي من تولد الالتزام وهي من تلزمه، ولن تكون هذه القوة

1- مصطفى إبراهيم الزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، المرجع السابق، ص.18.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.14.

3- سورة الإسراء، الآية 13.

4- مصطفى إبراهيم الزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، المرجع السابق، ص.20.

سوى القانون، أو الإرادة التشريعية، ومن ثم فإن الكلام على سبب الالتزام، أو سبب العقد، كأركان لازمة لقيام الالتزام أو العقد، يكون من باب التزديد.

المطلب الثالث: قوام العقد

تتفق التشريعات وفقهاء القانون على أن الالتزام أثر من آثار العقد، فإذا انعقد صحيحا ترتبت عليه الحقوق والالتزامات، ما لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك، ولكي ينشأ العقد صحيحا، يتعين أن يكون مستوفيا لأركانه وعناصره الجوهرية، فما هي العناصر الأساسية لقيام العقد في كبريات المدارس الفقهية والقانونية؟ وما هي العلاقات الوظيفية التي تربطها بالالتزامات الإرادية وفيما بينها؟ وأهمية ذلك في تحديد مفهوم السبب؟ قد يكون تحليل العناصر المتصلة بالالتزام الإرادي من خلال الفروع الموالية، منفذا للإجابة عن هذه الأسئلة.

الفرع الأول: أركان العقد

يتعين أن يكون العقد مستوفيا لأركانه وعناصره الجوهرية، حتى ينشأ صحيحا ويعترف به القانون ويحميه، والملاحظ أن بعض التشريعات، خصوصا ذات التوجه اللاتيني، قد وقعت في نوع من الخلط بين مسائل متباينة، بسبب المصطلحات غير المضبوطة، من مثل أركان العقد من جهة، وشروطه من جهة أخرى، فالركن يتعلق بوجود العقد، وقد يحتاج هو بذاته إلى شروط لاكتماله، وهي شروط انعقاد، أو ما يسميه الفقهاء شروط الركن، بينما يأتي شرط الصحة في الدرجة الثانية، وقد نوه الفقه إلى هذا التمييز، لأهميته في بيان الجزاء المترتب على تخلف كل منهما، فانعدام الركن يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، بينما الإخلال بشرط من شروط الصحة يجعل العقد عُرضَةً للإبطال فقط¹، فضبط المصطلح في علم القانون أمر بالغ الأهمية.

وقد أورد المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي مثلا، شروط العقد Condition في القسم الثاني من الباب الأول، الفصل الثاني من الكتاب الثاني، من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم عام 2005، ذكرا على الخصوص الرضاء والمحل والسبب، قاصدا بذلك أركان العقد، وهو مضمون المادة 1101 السابقة من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله سنة 2016، التي حددت الشروط

1- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.96.

الأساسية لقيام العقد صحيحاً، وهي رضا الطرف الملتزم، وأهليته للتعاقد، ومحل حقيقي يكون موضوعاً للالتزام، وسبب مشروع للالتزام، كشرط رابع وأخير، بغض النظر عن الشكلية في بعض التصرفات القانونية، لكن ما أوقع الفقه القانوني في الالتباس وعدم الدقة في تحديد مقومات العقد الأساسية، هو الاختلاف الحاصل لدى هذا الفقه بين مدلول الركن والشرط، وما يميز كل منهما عن الآخر ودوره في تكوين العقد، وهو ما يدعونا إلى بيان ماهية كل منهما، والالتباس الواقع في الفقه القانوني حول تحديد مدلوليهما، وانعكاسات ذلك على مفهوم العقد ذاته، ثم نسلط الضوء على دور الإرادة في تكوين التصرف العقدي وتحديد آثاره، لما لهذه الإرادة من ارتباط بمضمون أو محتوى التصرف القانوني، وارتباطها مع عناصر وظيفية أخرى لها مكانها في الالتزام الإرادي.

أولاً- المدلول المختلف للركن والشرط في الفقه المقارن: الركن لغة: الجانب الأقوى من كل شيء، وجمع الركن، أركان، وأركان كل شيء، جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها¹، أما المقصود به اصطلاحاً فهو: الجانب القوي الذي يعتمد عليه الشيء في قيامه، أي هو من مقوماته الأساسية²، وإن كان المعنى اللغوي والاصطلاحى يتقاربان، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا حول تحديد ماهية الركن الأساس في إنشاء العقد.

فالركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية: "هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلياً في حقيقته"، ففي العبادات، يُعدُّ الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً للصلاة، وفي المعاملات، يعتبر الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، هو ركن العقد؛ فركن العقد، هو كل ما يُعبَّرُ به عن اتفاق الإرادتين، أو ما يقوم مقامهما، من فعل أو إشارة أو كتابة³، هذا هو ركن العقد في نظر فقهاء الحنفية، أما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد، من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لا بد منها لوجود العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول، وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين، إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط الحاصل بين المتعاقدين؛ أمّا الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، فيقولون بأن للعقد أركاناً ثلاثة هي: عاقد، ومعقود عليه، وصيغة،

1- الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج.04، مادة: (د.ر)، ص.ص.619-620.

2- ينظر: الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.399، الهامش رقم: 1.

3- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008م، ص.185.

فالعاقدان في البيع، هما البائع والمشتري، والمعقود عليه، هو الثمن والمثمن، والصيغة، هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن عند الجمهور: "هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلياً في حقيقته"¹.

في المقابل، فإن الشرط عند اللغويين، هو عبارة عن العلامة، مثل قولنا: أشرط الساعة، أي علاماتها، والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط²، والشرط في الفقه القانوني على معان ثلاثة: أما المعنى الأول، فهو ما يتطلبه المشرع لترتيب أثر قانوني معين، وهو ما يسمى بالشرط القانوني، كاشتراط المشرع لصحة العقد، الأهلية اللازمة لإبرامه، وسلامة رضا المتعاقد من العيوب، ونحو ذلك من الشروط التي يكون مصدرها القانون، دون دخل للإرادة في ثبوتها أو في الاتفاق على خلافها³، والمعنى الثاني للشرط هو: أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله⁴، وهذا هو الشرط كوصف للالتزام الذي يكون إما شرطاً واقفاً، وإما شرطاً فاسخاً تبعاً لتعليق الالتزام أو زواله على الأمر المشروط⁵، بمعنى تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني؛ وقيل إن: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده، وقيل أيضاً إن: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه⁶، والمعنى الثالث للشرط هو المعنى المتعلق بالأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما، لتحديد علاقتهما التعاقدية وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها، وهذا ما يعرف بالشرط المقيد للعقد⁷.

1- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، الهامش رقم: 2، ص. 187.

2- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج. 09، ص. 202.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 03، ص. 34.

4- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ج. 02، ص. 158.

5- إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط. 1، بيروت، لبنان، 2018 م، ص. 14.

6- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر، ص. 108.

7- إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، المرجع السابق، ص. 20.

والشرطية عند المناطق ما تتركب من قضيتين، أو ما يتوقف عليه شيء ولم يدخل في ماهيته ولم يؤثر فيه، ويسمى الموقوف بالمشروط، والموقوف عليه بالشرط، كالوضوء للصلاة، فإن الوضوء شرط موقوف عليه للصلاة، وليس بداخل فيها، ولا يؤثر فيها، إذ يُعرّف الشرط في الشريعة بأنه: عبارة عما يضاف الحكم إليه، وجودا عند وجوده، لا وجوبا¹.

ويلاحظ بأن الفقه القانوني، الغربي منه على الخصوص، قد صبَّ جُلَّ اهتمامه على الشرط كوصف للالتزام تعريفاً وأنواعاً وآثاراً، حتى بدا معنى الشرط كوصف في الالتزام، هو المعنى الغالب في الفقه القانوني، سيما وأنه أغفل دقة التمييز بين الشرط المقيد للعقد، الذي يعتبر بنداً من بنوده، وجزءاً داخلاً فيه وليس خارجاً عنه، ومن بين شروطه أن يكون مشروعاً، وسمة المشروعية تحدث عنها الفقه القانوني كسمة مشتركة لكل من الشرط المقيد للعقد، والشرط كوصف في الالتزام، على أن أمر المشروعية يقتصر في حقيقته على الشرط المقيد للعقد دون الشرط كوصف في الالتزام، لأن فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حدِّ ذاتها، بل بالغاية المقصودة منها، ولذلك لا يمكن التوفيق بين ما هو أمر عارض في الالتزام، أي ما ليس من مضمون الالتزام وغايات المتعاقدين، وبين فكرة المشروعية، التي هي بحدِّ ذاتها صفة لا تثبت إلا لغاية يهدف إليها المتعاقد²، لأجل هذا، وحتى يكون الشرط مقيداً للعقد لا بد أن يكون التزاماً بأمر مشروع، بحيث إذا انتفت المشروعية يفقد الشرط صحته ويبطل معه العقد، إن كان هو الباعث الدافع إلى التعاقد³، أما الشرط كوصف فهو أمر عارض يلحق الالتزام بعد استيفاء أركانه، كشخص يبيع منزله لآخر، ويشترط عليه أن يكون له حق استرداده إذا استعمله المشتري طاحونة مثلاً، فالبيع تمَّ ووُجِدَ، سواء اقترن به الشرط أم لم يقترن، لأنه استوفى أركانه وعناصره الجوهرية، أما الشرط فهو أمر خارج، أضيف إلى العقد بعد تمامه⁴، لأن العقد

1- الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.14.

2- إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، المرجع السابق، ص.20-24.

3- المرجع نفسه، ص.24.

4- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ط.1، السعودية، 1430هـ، 2009م، ص.16-18.

المقيد بالشرط هو عقد منجز يفيد حكمه في الحال، غير أنه مُقَيَّد، أي لا يرتب أثرا في تعليق حكم العقد أو إضافته إلى المستقبل، بل ينحصر أثره في تقييد حكمه فحسب¹.

ويعود الالتباس في تحديد معنى الشرط في الفقه القانوني، إلى اختلاف زوايا النظر إليه، فلفظ الشرط يطلق للدلالة على معانٍ مختلفة، كمعنى الالتزام الموصوف، بأن يكون شرطا واقفا، أو فاسخا، وقد يستعمل الشرط للدلالة على أركان العقد وشروط صحته، فيسمى بالشرط الشرعي أو القانوني، وقد يكون جزءا من مضمون العقد، فيقتزن به، وهو ما يسميه الفقه بالشرط المقيدة للعقد، التي تكمله أو تحفظه، أو تحده، وتكون جزءا منه، وسنرى في الفصل الثاني من الباب الثاني، كيف بدأ الفقه القانوني يتبنى فكرة الشرط المقيد للعقد في صيغة بنود تدرج في مضمونه، وفق التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على قانون العقود، متأثرا في ذلك بمدارس قانونية سبقته إلى فهم مختلف لماهية العقد.

وإذا عدنا إلى العقد، من خلال التعريف الذي اتفق عليه عموم الفقه القانوني، يتبين كما أسلفنا الذكر في هذه الدراسة، أنه يقوم على أمرين أساسيين: توافق الإرادتين، أو الإيجاب والقبول اللذان يُكوِّنان الإرادة المشتركة، أي التراضي، وهو الركن الركين اللازم لقيام العقد، والأمر الثاني، الذي يقوم عليه العقد، هو أنه يُتَّغى به إحداث أثر يرتبه القانون، أي يتحقق بالجبر والإلزام، وينطوي على جزاء تَكْفُلُهُ السلطة العامة، وليس مجرد أثر، وسيان بعد ذلك أن يكون الأثر القانوني المستهدف من العقد من طبيعة أو نوعية أخرى، سواء تعلق العقد، بإنشاء، أم نقل، أم تعديل، أم إنهاء حق عيني أو حق شخصي².

فبالنسبة للفقه القانوني، تعد الإرادة أساس التصرف العقدي، فهي التي تُنشئه، وهي التي تُحدِّد أثره، والقاعدة العامة أن الإرادة موفورة السلطان في هذا، أي إنشاء العقد وتحديد آثاره، فهي كافية بذاتها لإنشاء التصرف دون ما ضرورة تُحْتَمُّ وُزُودَ التعبير عنها في صورة معينة، أو في شكل خاص، وأنها من ناحية أخرى، سيدة في تحديد آثار التصرف في الحدود التي لا تمس الغير³.

1- إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، المرجع السابق، ص.27.

2- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.33-34.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.42.

لكن دور الإرادة في إنشاء العقود ومدى قدرتها على إحداث آثار ملزمة للأطراف، يشكل محور اختلاف في الفقه القانوني، بين النظرية التقليدية المؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة، وبين النظريات الحديثة التي ترى أن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون، وليس من الإرادة¹، فحتى وإن شكلت الإرادة ركناً أساسياً في قيام التصرف القانوني، إلا أن هذا الركن غير كاف على أهميته، إذ لا ينشأ الالتزام أو التصرف القانوني بصفة مجانية ومجردة، بل يحاول من خلاله أطرافه تحقيق آثار قانونية، لها بعدها الاقتصادي والاجتماعي، كنقل حق، أو تسليم شيء، أو الامتناع عن عمل، ويعني ذلك أن لكل تصرف قانوني محتوى إرادة أطرافه، يتجه نحو ما يسمى موضوع التصرف القانوني، ويكون ذلك لتحقيق غاية معينة، تسمى سبب التصرف القانوني².

ومع ذلك، وعلى أهمية هذا المحتوى الذي تضمنته الإرادة، فإنه لا يبرز بشكل واضح في صلب التصور الشخصي (الذاتي) للالتزام الذي يعتد بمبدأ سلطان الإرادة، إذا علمنا بأن هذه الإرادة تتكون من ثلاثة عناصر متفاوتة الأثر في تحديد محتوى الالتزام، وهي: المحل، أو موضوع الالتزام، وسببه، والدوافع الكامنة من وراء الالتزام³.

ثانياً- التحليل الفلسفي للإرادة: باعتبار الإرادة ظاهرة نفسية، يتعين تحليل الظاهرة الإرادية إلى جزئياتها المكونة لمراحل تشكّلها، وهي المراحل التي قسمها الفلاسفة ومن بينهم "روستان"، إلى أربع مراحل: مرحلة التصور، ثم مرحلة المداولة، ثم التصميم، لتأتي في الأخير مرحلة التنفيذ⁴، فاللبنة الأولى في بنية الظاهرة الإرادية تتمثل في تفكير الشخص في أمر معين يطرأ على ذهنه ويسترعي انتباهه، فتتجمع تلك البواعث لتُولد نية لديه، محلها الرغبة في إشباع حاجة ما، وعندما يتبلور هذا التصور الذهني ويتحدد مضمونه في ذهن الشخص، ينتقل إلى مرحلة المداولة، التي يتدبر الشخص خلالها أمر هذه الرغبة التي تراوده، مُقلِّباً الأمر على وجوهه، متردداً بين الإقدام والإحجام، ليوازن بين النتائج التي تترتب على تنفيذ رغبته، مقارنة بين الوسائل المختلفة الممكن اتباعها للوصول إلى تحقيق رغبته؛ ومتى

1- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط.2، تونس، 1997م، ص.42.

2- R. Démogue, Traité des obligations en générale, op.cit., T.2, p.2.

3- محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط.1، تونس، 2009م، ص.ص.149-151.

4- ديجويه، مطول القانون الدستوري، ج.1، ص.ص.211-217. مشار إليه في مؤلف: عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام التعاقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص.36.

فرغ الشخص من هذه المرحلة التي قد تطول أو تقصر، تبعا لأهمية الموضوع المرغوب، والظروف المحيطة به، واستقر على الوسيلة الملائمة التي توصله إلى تحقيق المبتغى، دخل مرحلة التصميم، حيث تكتمل الإرادة وتأخذ شكل البتات، وعندها تبتدئ المرحلة النهائية لتظهر للعالم الخارجي، وهي مرحلة التنفيذ، والتي لا يعتبرها علماء النفس داخلة في مضمون الإرادة ذاتها، كون التنفيذ عمل خارجي ليس من جوهرها¹، وهو ما دفع العميد "دوجوي" للقول بأن: "الإرادة البشرية ليس محلها المباشر الحال، سوى الحركة الجسمية التي يأتيها صاحبها، وإذا كان هناك أثر خارجي يحدث، فليست الإرادة مصدره، أي سببه المنشئ، إنما الأثر يحدث طبقا لقاعدة خارجية، تربط هذا الأثر بتلك الحركة الإرادية"².

هذه النظرة التفكيكية لمكونات الإرادة كعنصر مركب، والركن الأساس في وجود الرضا وصحته، هي التي يدور الخلاف حولها بين مختلف المدارس الفقهية والقانونية الكبرى، في ماهيتها ومداهها، لأن التحليل الدقيق لعنصر الرضا في العقود، هو السبيل الذي يمكن أن ندرك من خلاله الصعوبة التي واجهت الفقه القانوني في وضع التصور النظري للتصرفات القانونية المبنية على الإرادة، خصوصا إذا علمنا أن هذا الفقه أُسس على هدي العقيدة الرومانية في الالتزامات التعاقدية، التي لم تكن تُعبرُ للإرادة اعتبارا ذا شأن في تكوين وتنفيذ العقود، اتساقا مع معتقداتها المبنية على الطقوس الاحتفالية والشكليات المجسمة، لإضفاء الصبغة القانونية الملزمة على التصرفات القانونية.

ثالثا- مراحل تكوين الالتزام الإرادي: تمرُّ الإرادة عند إنشائها للتصرف القانوني أو الالتزام الإرادي بمرحلتين، مرحلة أولى تكون فيها ضامرة، كامنة في نفس الشخص القائم بالتصرف، ومرحلة ثانية ظاهرة، يتمُّ خلالها التعبير عن هذه الإرادة الكامنة، وتخرج بذلك إلى ساحة القانون.

1- المرحلة الباطنية: تتشعب معطيات هذه المرحلة نظرا لارتباطاتها النفسانية، ويمكن حصر أطوارها في ثلاثة عناصر، تؤثر بشكل مختلف على محتوى الالتزام الإرادي.

1- تحليل روستان مشار إليه في مؤلف: عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.ص. 36-37.

2- ديوجويه، مطول القانون الدستوري، المرجع السابق، ج.1، ص.ص. 228-229. نقلا عن: عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام التعاقدي، المرجع السابق، ص. 35.

أ- **الدوافع:** وهي الحوافز التي تمثل الغاية الحقيقية التي يرمي إليها الشخص، عند إنشاء تصرف قانوني ما، فهي العامل النفساني الحقيقي الكامن خلف كل التزام، وهي خاصة بكل شخص، وتختلف من شخص لآخر¹، فمن يشتري سيارة إما لغاية التملك، أو لإعادة بيعها، أو هبتها لشخص آخر، أو غير ذلك، تبقى الدوافع التي دفعته لإجراء هذا التصرف تمثل الغاية الحقيقية، لكنها خاصة بذات المتعاقد، ولا أثر لها على التصرف بصفة موضوعية من حيث قيامه، أو صحته.

ب- **المحل أو الموضوع:** المقصود بمحل الالتزام هنا، ليس الشيء المادي الذي يُحمَلُ عليه التصرف القانوني، وإنما الغاية القانونية المحضة للتصرف نفسه، أو ما يُعرف لدى بعض الفقهاء، بالغاية الجوهرية للتصرف القانوني، كالاتزام بإنشاء حق عيني، أو الالتزام بالتسليم، أو بفعل معين، أو الامتناع عن فعل معين، ويعتبر المحل عنصراً أساسياً في تكوين التصرف القانوني، كونه يشكل مادة العملية القانونية، وهو الذي تتسلط عليه دوافع السبب².

ج- **السبب:** مما تمّ بيانه من العنصرين السابقين، تبدو عندئذ العلاقة وطيدة، وضرورية، ومتمينة، بين السبب والتصرف القانوني، وهو ما يجعله عنصراً أساسياً في تركيب الإرادة المعبر عنها، وارتباطه بالدافع للالتزام³، فليس هناك تصرف يقع دون سبب إلا إذا كان المتصرف فاقداً لوعيه أو عقله، وإن كان الحديث عن نظرية سبب الالتزام بذاتها، ليس محله هنا، وإنما لبيان العلاقة القائمة بينه وبين نظريتي الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة.

2- **المرحلة الخارجية:** وهي المرحلة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة وخروجها إلى ساحة القانون، وتحتل هذه المرحلة الحاسمة في نشأة التصرف القانوني، ثلاثة افتراضات، حيث يمكن أن يتم التعبير عن الإرادة، وعن الدوافع، وعن المحل، في نفس العملية، ويمكن أن لا يتم التعبير إلا عن السبب، وعن المحل فقط، وهو ما يحدث في التصرفات القانونية المسببة بطبيعتها، كما في العقود التبادلية التي تفترض طبيعتها التزامات محمولة على كلا الطرفين، وهو الشأن أيضاً في العقود العينية، أين يتوقف واجب إعادة الشيء على تسليمه السابق الذي تكوّن بموجبه العقد، ويمكن أيضاً الاعتداد بالمحل فقط

1- محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.152.

2- المرجع نفسه، ص.ص.152-153.

3- المرجع نفسه، ص.153.

دون اعتبار آخر، يكون عندها التصرف القانوني، تصرفاً مجرداً، كما يحدث أيضاً، أن لا يُعتد إلا بالمحل في العديد من الالتزامات الشخصية، كالوعد، والإقرار بالدين، وإحالة الحق، والاشتراط لمصلحة الغير، والإبراء، ففي كل هذه التصرفات القانونية، لا يكون التصرف القانوني في حاجة إلى سبب عند نشأته¹، لذلك يرى بعض الفقهاء، أن تعليق اللزوم على تمام التوافق بين التصرفين في العقد، أساسه يكمن فيما بين الآثار التي تتجه إليها الإرادتان في العقد من تَسَائِد (Interdépendance)، وإنه في كل حالة لا يظهر فيها ارتباط أثر الإرادة وإرادة أخرى مقابلة، يكون أثر التصرف نهائياً، ويثبت دون الحاجة إلى الارتباط بإرادة أخرى (أي تصرف آخر)، وتقدير وجود هذه الصلة بين الآثار، والتي تستلزم الاتفاق، يُرَجَع فيه إلى نِيَّة مُصَدِرِ الإرادة (التصرف)؛ فابتغاء المقابل في المعاوزات، أو قصد تحقيق صلة معينة بين المتصرف ومتلقي التبرع في التبرعات، يعتبر عنصراً في إرادة المتصرف².

وعلى أهمية الدور الأساس الذي تؤديه الإرادة في تكوين الالتزامات والحقوق وإنهائها وتعديلها، لا يمكن القول مع أنصار مبدأ سلطان الإرادة، إن قوة العقد الملزمة تنشأ من الإرادة وحدها، وإنه لا التزام إلا بعقد، فهناك التزامات يفرضها القانون، فالعقد واقعة اجتماعية لا يجوز أن يترتب آثاراً لا تتوافق مع البيئة الاجتماعية، فإذا كانت تهدف إلى غرض مفيد، وجب أن يترتب على الإرادة الأثر الذي تهدف إليه، أما إذا كانت تسعى إلى غرض ضار أو غير مفيد، وجب أن تكون عديمة الأثر، ذلك أن الإرادة في خدمة القانون، وليس القانون في خدمة الإرادة، فوظيفة القانون هي العمل على تحقيق العدل، وليس للإرادة أن تُنشئ التزامات أو حقوق إلا بالقدر الذي يتوافق مع تحقيق العدل، فالتصرف القانوني بالمحصلة، هو ثمرة تعاون القانون مع الإرادة الفردية، يكون فيه للقانون الدور الرئيس في رسم معالم وحدود هذه الإرادة³، التي يقتصر دورها في واقع الأمر، على أعمال النظام الذي وضعه الشارع لتحقيق مصالح الناس وتلبية حاجاتهم.

1- محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.153.

2- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.42.

3- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.264-267.

الفرع الثاني: العلاقات الفنية والوظيفية للعناصر المرتبطة بالالتزام الإرادي

لا أحد من الفقهاء القانوني الحديث ينكر دور الإرادة الخاصة للأفراد في إنشاء التصرفات القانونية، فهي روح الالتزامات الإرادية وجوهرها، لكن الأمر المختلف فيه، هو النطاق الذي تتحرك فيه هذه الإرادة كظاهرة نفسية مركبة، تتفاعل ضمن مجاله مع عناصر قانونية أخرى، فتستحيل أفعالاً قانونية يعتد بها القانون ويُقَرُّ قوة لزمها، فما هي طبيعة العلاقات التي تربطها مع عناصر فنية يعتبرها القانون دعائم أساسية ترافق قيام العقد صحيحاً؟ ذلك ما نحاول استكشاف خيوطه الرفيعة من خلال استعراض الروابط القانونية بينها وبين الإرادة كعنصر أساس يبنى عليه العقد:

أولاً- السبب والمحل وعلاقتهما بالإرادة: من بين الأفكار القانونية التي استشكلت على الفقهاء القانوني، تحديد دائرة كل من المحل والسبب في الالتزام والعقد، إذ حاول الفقهاء التقليدي إيجاد معايير التفرقة بين السبب والمحل، بسبب الالتباس القائم بينهما إلى حدِّ التداخل الوظيفي الذي يؤديه كل منهما في وجود العقد وصحته، وذلك من خلال قولهم إن المحل، جواب من يسأل: بماذا التزم المدين؟ وإن السبب، جواب من يسأل: لماذا التزم المدين؟ سعيًا للتفرقة بين عنصرين مختلفين، كلاهما ركن لازم لقيام العقد أو الالتزام العقدي على ما يعتقدون، ذلك لأن المحل قد يكون مشروعاً، في الوقت الذي يكون السبب غير مشروع، فيبطل العقد لعدم مشروعية السبب¹.

وعلى هذا الحال، يكون السبب عنصراً من العناصر المكونة لإرادة الالتزام، متلازماً معها، فحيث توجد الإرادة يوجد سبب، وإذا وجدت إرادة بلا سبب، كما هو الشأن لعدم التمييز أو المجنون²، فالقانون لا يعتدُّ بها، لأن الإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب، بعد أن تقلص دور الشكل مع ظهور العقود الرضائية، وبالموازاة مع ذلك، ظهرت فكرة السبب بظهور الإرادة لتكون قيدها بدلاً عن الشكل، ويُعزى هذا التقييد إلى أن الإرادة القانونية قوة تُحرِّك الآثار القانونية، فإذا افتقرت إلى هذا القيد، لا يوجد ما يُحدُّ من جموحها، فالغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.471.

2- ينظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.167. وأحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.452.

التزامه وثيق الصلة بالإرادة، ولكن ليس هو الإرادة ذاتها، ومع ذلك فهما متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر¹.

ثانيا- السبب والشكل: إذا كان السبب والإرادة عنصرين متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر، فالسبب والشكل عنصران متعارضان، فأينما حل الشكل تَوَارَى السبب، ففي القانون الروماني حيث سادت الاعتبارات الشكلية في إنشاء العقود، لم يكن للسبب أثر، ولما ضعف حظ الشكل بالموازاة مع ظهور مبدأ الرضائية، بدأت فكرة السبب في البروز مع ظهور الإرادة، ليكون قيدها لها بدل قيد الشكل، ومع تطور الفكر القانوني وسيادة مبدأ سلطان الإرادة، كادت الشكلية أن تنعدم في الوقت الذي أينعت نظرية السبب وازدهرت، إلا أن ما يميز هذين القيدين، هو أن قَيْدَ الشكلِ ذو طابعٍ تحكيمي يصل حدَّ إلغاء الإرادة، أما فكرة السبب فهي مجرد قيد نفسي²، يستدعي البحث عنه في مكان النفس، حتى وإن قام العقد صحيحا من الناحية الفنية مستوفيا أركانه وشروطه، ويفسح المجال أمام القاضي لتقدير مشروعية التصرف.

ثالثا- السبب والرضاء: يقوم الرضاء أو التراضي، عنصرا قويا في إيجاد الالتزام التعاقدي أو العقد، وهو الركن الأساس في نشوء الالتزام، ويمثل مجموع الإرادات عند انعقاد العقد، ولا يُؤْبَهُ به بعد الانعقاد، أما السبب فهو عنصر مستمر، يولد مع العقد ويحيا معه، وينقضي بانقضائه، وخاصية الاستمرار في السبب بالنسبة للفقهاء القانونيين، هي التي تبرر نظام الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، وتحمل التبعة³، فقد بدأ العقد شكليا، حيث السبب لا أثر له، ثم تطور إلى عقد رضائي حيث السبب له أكبر الأثر، سيما في القوانين اللاتينية التي لا تزال فيها نظرية السبب في العقد تشغل مكانة بارزة، على غير ما أخذت به القوانين الجرمانية التي تطورت فيها نظرية العقد إلى أن أصبح عقدا مجردا، حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد له سوى أثرا غير مباشر⁴.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.8.

2- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.471.

3- المرجع نفسه، ص.472.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.9.

رابعا- علاقة السبب بالمشروعية وعيوب الإرادة: ما إن تحررت الإرادة من الشكل، حتى أحاطها السبب بقيود تلتطف من جموحها حماية للمجتمع، عن طريق فكرة المشروعية التي تجسدت في صورة السبب المشروع، فالإرادة لكي تنتج آثارها، يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، لتتطور الأفكار حول هذه الفكرة الفلسفية بالتوازي مع تطور الحياة الاجتماعية، ومستجدات الظواهر القانونية التي تأبى الجمود، فتوسعت نظرية السبب واضعة هدفاً آخر إلى جانب الهدف الأول، وصارت تحمي المتعاقد نفسه من نفسه، في حال الهزل، أو الهذيان، أو النسيان، ومما قد يقع فيه من غلط، أو تدليس، أو إكراه، أو استغلال، ومع تحرر الإرادة من الشكلية، تحررت من العيوب التي قد تشوبها عن طريق نظرية السبب، ولعل الصورة الأولى لعيوب الإرادة، انطبعت في نظرية السبب، لتستقل عنها شيئاً فشيئاً وتكسب كياناً ذاتياً خارج منطقة السبب، فانفصل التدليس، والإكراه، وأصبح الغلط يحتل مع السبب في منطقة مشتركة، سماها الفقهاء بالسبب المغلوط، أو الغلط في السبب، وفي الفقه الحديث، ضاقت هذه الدائرة المشتركة، وأصبحت تقتصر على السبب المشروع، وهي الدائرة الأولى التي نشأ فيها السبب، عندما ظهر وازدهر تحت رعاية الفقه الكنسي، فعادت فكرة السبب إلى سيرتها الأولى¹، ففكرة أخلاقية أكثر منها قانونية، ترتبط بالضمير والوازع الأخلاقي للشخص المتصرف، وتتوارى في أغوار النفس الإنسانية.

الفرع الثالث: انعكاسات الأفكار المؤسسة للالتزام التعاقدي على تحديد مفهوم السبب

ظلّ الفقه التقليدي، يجعل من المحل والسبب عنصرين أساسيين من العناصر المكونة للعقد، باعتباره التصرف القانوني المعروف لديه، وفقاً للتصور الذي تكوّن لدى فقهاء القانون، وهم يرون العقد كياناً واحداً، يمثل الصورة الأصلية للتصرف القانوني، غير أن الفقه الحديث لاحظ أنه لا يمكن أن يوجد محل واحد وسبب واحد في كل عقد، إذ يتعدد أطراف العقد الذين يلتزمون فيه، معتبراً المحل والسبب عنصرين في كل التزام من الالتزامات التي تنشأ بالعقد، وترتب عن ذلك أن المحل والسبب يتعددان بتعدد الالتزامات في العقد، ولكن لم يستطع هذا الفقه أن يعرض قواعد كل منهما في نظرية الالتزام بوجه عام، أي مهما كان مصدر الالتزام، ولا هو استطاع إخراج دراستهما من نظرية العقد،

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.453-454.

الأمر الذي يُنمّي عن عدم إيمانه بالتغيير الذي نادى به، بخصوص كل من عناصر الالتزام والعقد، وعوضاً أن يجد حلولاً للمشكلة، خلق مشكلة أخرى بجوارها.

وتبعاً لهذه الجدلية القائمة في تحديد البناء المفاهيمي لعناصر العقد والالتزام الإرادي بشكل عام، تأرجحت الآراء والأحكام المترتبة عن كل تحليل، الأمر الذي دفع ببعض الفقهاء إلى عتبة الاختيار بين رأيين، كما هو الشأن بالنسبة للأستاذ جميل الشرقاوي، معتمداً على حجج تقترب كثيراً من منطق الأشياء، لما يقول: "وإن كان علينا الاختيار بين الرأيين، فإننا نفضل أن نعتبر السبب والمحل، عنصرين في العقد لا في الالتزام، لأن الشروط تُستلزمُ في الواقعة التي تنتج الآثار، لا في الآثار نفسها، أي في المصدر، لا في الأثر، والعقد في نظر الفقہ التقليدي هو المصدر، والالتزام هو الأثر أو النتيجة، وإن قلنا بهذا، نعود إلى مواجهة مسألة تعدد المحل والسبب في العقد الواحد، فكيف نفسرها؟"¹.

يجيب الشرقاوي بقوله: "نعتقد أن البحث عن وسيلة لحل هذه المشكلة أو بحثها، يكون حينئذ في تصحيح فكرة التصرف القانوني، وعرضها على الصورة التي تنسجم مع الوحدة الواجبة لكلٍ من المحل والسبب كعنصرين من عناصره، ويتحقق ذلك فيما نرى، في اعتبار التصرف القانوني تصرفاً فردياً دائماً، أي إرادة واحدة، وإذاك يصبح القول إن في التصرف القانوني الواحد، يوجد محل وسبب واحد قولاً منطقياً مطلقاً، لا يحتاج إلى تقييده بأي قيد، ويسهل علينا أن نفسر التعدد الذي نلاحظه في المحل والسبب في العقد الواحد، إذ يظهر أن العقد، ليس تصرفاً قانونياً واحداً، وإنما هو عدد من التصرفات تتفق مع عدد الإرادات المشتركة في إنشائه، وكل تصرف من هذه التصرفات، له محل وسبب"²، ما دام التصرف هو إرادة، ولكل إرادة سببها ومحلها الذي ارتضته.

المبحث الثالث: البنى الهجينة للفكر القانوني ودورها في ارتباك التصوير النظري للالتزامات

التعاقدية

يبالغ كثير من الشراح والمشتغلين بنظرية الالتزام، في تجريدها من كل ما تشتمل عليه من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية، ويريدون أن يحيلوها إلى قواعد فنية أساسها المنطق البحث، شأنها شأن المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية، حتى أن بلغ بعضهم في انتصاره لهذا النظر، حدّ وضع أسس

1- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص. 17.

2- المرجع نفسه.

رياضية ثابتة تضاهي النظريات الهندسية¹، إلا أن الواقع يثبت يوماً بعد يوم، أن القانون لا يمكن عزله عن بيئته ومعطياته الاجتماعية، والاقتصادية، والثقافية، والسياسية، والعقدية بشكل عام، وهي المعطيات التي نحاول سرد حيثياتها عبر المطالب الثلاثة الموالية، ابتداءً بالبيئة التي ولدت في حضنها نظرية الالتزامات بوجه عام، ومدى تأثير الفكر القانوني بالعوامل الإيديولوجية والمعتقدات الدينية والتقاليد الاجتماعية، والمرجعيات الفكرية والفلسفية للمدارس القانونية الغربية، سيما المدرسة اللاتينية بزعامه فقهاء القانون الفرنسيين.

المطلب الأول: الجذور الرومانية لنظرية الالتزامات

يجمع الفقه القانوني على المنشأ الروماني لفكرة الالتزامات، وإن كان التفكير القانوني لدى الإنسان ككائن عاقل، وهو يحاول إيجاد آليات تضبط السلوك الاجتماعي، سابق العهد عن المجتمع الروماني، إذ لا يمكن أن نتصور مجتمعاً إنسانياً يخلو من أي شكل من أشكال الضبط والتنظيم الاجتماعي، كون الإنسان أدرك للوهلة الأولى بطبعه وحسبته الاجتماعي والسياسي، حاجته إلى من يضبط سلوكه ضمن الجماعة، حتى تتحدد العلاقات بين الناس ولا يسود الظلم بينهم، معتمداً في ذلك على وسائل عدة، يستمد منها تلك المبادئ والقواعد المنظمة لحياته، الضابطة لسلوكه، كالدين والقانون، والعرف، والعادات، والتقاليد، وهي المعطيات التي نحاول استعراض حيثياتها من خلال الفروع الموالية.

الفرع الأول: الخلفية الرومانية للشريعة اللاتينية وبصمات الفقه الفرنسي القديم

لئن كان ظهور مصطلح (التزام) باللغة الفرنسية بداية القرن الثالث عشر ميلادي (1235م) للتعبير عن فعل الالتزام *Pour exprimer l'action d'engager*، المتولد عن العلاقات القانونية التي تتم بين الأشخاص كما تصوره الرومان، يربط الرجال ببعضهم البعض، استناداً إلى نظام التبادل وفكرة المعاملة بالمثل²، فإنَّ الكثير من المؤرخين والباحثين في مختلف البلاد، يرون بأنَّ النشاط الفقهي في علم القانون هو ثمرة ما خلفه الرومان من أنظمة قانونية عن مدنيتهم، وصارت ميراثاً للإنسانية، لما عرفته

1- عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.25.

2- Y. Lassard, Histoire du droit des obligations, op.cit., p.5.

من متانة علمية وتهذيب خلقي¹، ومن ذلك ما يقوله الفقيه الألماني اهرينج بأن: "روما فتحت العالم ثلاث مرات، المرة الأولى بجيشها، والثانية بدينها، والثالثة بقانونها، وكان الفتح الأخير أكثرها سلماً، وأبعدها مدى"، وقول الفقيه الإنجليزي برايس بأن: "القانون الروماني إنما هو قانون عالمي يمثل وحدة الإنسانية المتمدنة"²، وغيرهما كثير، ممن يرجعون فضل الصناعة القانونية إلى الإمبراطورية الرومانية، بفضل موقعها من الشرق واتصالها بأهل فينيقيا، حيث وُضعت تلك المبادئ القانونية التي تهذبت في الأمم الشرقية، بابل ومصر واليونان، تلك النظم القانونية التي أيدتها الكنيسة المسيحية في أول عهودها مقتبسة الكثير من مبادئها، فكان المتعاقد إذا أبرم عقداً وأقسم على احترامه، وجب عليه عدم الحنث باليمين، وإلا اعتبر مرتكباً لخطيئة تستحق العقاب، ولو لم يفرغ العقد المبرم في شكل مخصوص، فالوفاء بالوعد واجب تمليه تعاليم الدين، ومن ثمّ سهل الانتقال من فكرة العقوبة الدينية إلى فكرة الإلزام المدني، ليصبح مجرّد الاتفاق، يجوز طلب تنفيذه بدعوى أمام المحاكم الكنسية، فانتصرت بذلك على النظم القانونية الموروثة عن الرومان والجرمان، حيث استقلت الكنيسة بقانونها الكنسي خلال القرون الوسطى³، لينتقل ذلك من القضاء الكنسي إلى القضاء المدني، الذي اعتبر عدم الوفاء بالوعد خرقاً للالتزام قانوني، فصار بذلك للإرادة سلطاناً في تكوين العقد وترتيب الالتزامات.

وفي خضم هذا الزخم من التطور الذي عرفته حضارة الرومان، ظهرت نظرية الالتزامات بشكلها القانوني الغارق في التجريد، والذي بدأت معالمه الأولى تتشكل على يد الفقيه الفرنسي "دوما" حوالي القرن السابع عشر، الذي صار يقول: "إذا تم الاتفاق، فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد"⁴، ويتأكد ذلك في قول لوازيل "Loisel": "تربط الثيران من قرونها، ويربط الرجال بالكلمات"⁵، بعد أن أثرى الفقه الكنسي التجربة الرومانية في قوة الرابطة الالتزامية للعقود عن طريق

1- إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، مصر، ص.103.

2- أقوال اهرينج وبريس مشار إليها في مؤلف: إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، المرجع السابق، ص.103. الهامش رقم: 1.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.93. وإبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، المرجع السابق، ص.104.

4- مقولة "دوما" ترجمت في المادة 1134 السابقة من قانون نابليون على النحو التالي:

«Les conventions légalement formées tiennent lien de lois à ceux qui les ont faites».

5- Le dicton de Loisel est mentionné dans: Christelle Pouliquen, Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats, in *revue juridique de l'ouest*, n°04, France, 2000, p.410.

فكرة احترام الكلمة المعطاة، وهي المقولات التي ترجم مضمونها في المادة 1134 السابقة من قانون نابليون عام 1804، مكرسة بشكل لا يدع مجالاً للتردد مبدأ سلطان الإرادة، والذي تولدت عنه مبادئ شهيرة من مثل حرية التعاقد، والعقد شريعة المتعاقدين، وحسن النية، وغيرها من المبادئ المشجعة لحرية التجارة والصناعة، وترجمة عملية لفلسفة الفكر الليبرالي المنطلق في مطلع القرن السابع عشر، حاملاً لواء دعه يعمل دعه يمر، وهو الشكل الأول الذي تم تطويره من طرف الفقهاء الكلاسيكي، حيث هيمن فيه الاعتبار الشخصي للالتزام، دون أن يكون العطاء المادي بالأشكال المرسومة له إلى عهد الإمبراطور جوستينيان يشكل المعنى الدقيق للعقد، فالالتزامات عند الرومان في صورة العقد، تنشأ عن أوضاع خاصة يتم عن طريقها نقل الملكية، وهي ثلاثة أوضاع، وضع يتم بأشكال عتيقة، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء، ووضع مادي، يتم بالتسليم، وهي الأوضاع التي تتفق والحالة العقلية لتلك الحقبة الغابرة من التاريخ، إذ لم يكن يستطيع وقتئذ أن يفهم قانون دون شكلية، أكثر مما كان يفهم دين دون طقوس¹، باعتبار كلمة *Ob-ligatus* اللاتينية تفيد معنى القيد المادي، كون المدين كان يوضع في السجن مقيداً بالسلاسل والأغلال تحت تصرف الدائن، الذي له أن يسترقه أو يبيعه في السوق، وله حتى قتله، إذا لم يف بما عليه من دين اتجاه دائنه²، وهو ما يوضح مدى الالتباس الواقع في البناء النظري لهيكل التصرف القانوني، بحكم المبادئ المتباينة التي اعتمدها المدرسة اللاتينية بزعماء الفرنسيين، المتباعدة زمنياً وبالنتيجة حضارياً، والتناقضات المنطقية التي تعيق المزج بين فلسفتين مختلفتين تمام الاختلاف، بين التصوير المادي المحسوس للتصرفات القانونية، والتجريد المعنوي للمفاهيم والتصورات الفكرية لها.

الفرع الثاني: أثر الصياغة القانونية المتزامنة للالتزام ومصادره في اضطراب صورة العقد

الغالب أن أول مصدر للالتزامات عند الرومان هو الجريمة، وتلاها العقد فيما بعد، ولكن بصورة محصورة وكلية، تحيط به أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابات لا يتم العقد بدونها، ومع التطور الذي عرفه المجتمع الروماني، لم يكن هذان المصدران كافيين لتغطية جميع المصادر المولدة للالتزام، فبدأت تظهر إلى جانبها مصادر أخرى، من مثل الالتزامات الناشئة عن الأعمال

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.30، والهامش رقم: 2.

2- عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.01، ص.16. الهامش رقم: 1.

المشروعة، وغير المشروعة، التي جمعها الرومان تحت مسمى "الأسباب المختلفة"، في العهد المدرسي، وهو العهد الذي شهد تسرب الرضائية إلى العقود، تحت تأثير الحاجة التي تنامت مع تنامي المبادلات البنينة وما تتطلبه من سرعة في المعاملات، الأمر الذي دفع التفكير القانوني عند الرومان إلى التمييز بين الإرادة والشكليات في العقود، فاعتبر الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين، والشكل ليس إلا سببا قانونيا *Causa Civilis* للالتزام، ومع ذلك استمرت الشكلية حتى العصور الوسطى¹، وإن كان الفقيه "جايبوس"، في مرحلة متقدمة من تطور القانون الروماني، قد صنف المصادر التي تتولد خارج إطار العقد أو الجريمة، في خانة المصادر المستقلة بذاتها، تحت مسمى "شبه العقد" و"شبه الجريمة"، بحجة الشبه الذي يقع بالنسبة للأول على الأثر والحكم، أي أن شبه العقد ينشأ عن عمل مشروع، كأنه عقد، أما الثاني فإن الشبه فيه، يقع على المنشأ والمصدر، مثل الجريمة، كونه عمل غير مشروع²، غير أن الملاحظ أن كلا من "جايبوس" و"جوستينيان" لم يستعملا هذه الألفاظ التي استعملها "دوما" و"بوتيه" والقانون الفرنسي من بعدهما، فقد أخذ هذان اللفظان مدلولاً آخر غير الذي كان يعنيه "جايبوس"³ على رأي الأستاذ السنهوري.

وإن اختلفت الروايات حول منشأ الالتزامات، فالظاهر أن الترتيب الذي أتى به قانون نابليون هو من وحي الفقيه بوتيه، والذي سلم به الكثير من شراح القانون، وأخذت به الكثير من التشريعات المتأثرة بالمدرسة اللاتينية، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الجزائري⁴، وقد لاحظ الفقيه ديموج أن هناك فرق بين فكرة بوتيه، وفكرة قانون نابليون عن "شبه العقد"، فقد كان الفقيه بوتيه يرى بأن شبه العقد ينشأ من إرادة منفردة، التي قد تكون من المدين، مثلما تكون من الدائن، أما قانون نابليون فيرى أن الشخص لا يصبح بإرادته المنفردة إلا مدينا، ولا يصح أن يكون دائنا، طبقا لما يقتضيه التضامن الاجتماعي⁵؛ فما يطلق عليه "شبه عقد"، لا يشبه العقد من حيث أنه يولد التزامات، إذ إن الإرادة المتبادلة لطرفي العقد هي من تولد الالتزامات الناشئة عنه، ويقتصر القانون على تقرير

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.ص. 90-93.

2- بريسو "Brissaud"، تاريخ القانون الفرنسي، ج.2، ص.1358. مشار إليه في مؤلف: السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.29.

3- السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.32.

4- ينظر: الباب الأول من الكتاب الثاني للقانون المدني الجزائري.

5- R. Demogue, *Traité des obligations en générale*, op.cit., T.2, p.2.

شرعية ما أجهت إليه الإرادة، أما الالتزام الذي يقوم نتيجة فعل معين بصرف النظر عن إرادة صاحبه أو غيره في التحمل به، كالفضولي والدفع غير المستحق، فليس للإرادة أي أثر للتحمل بهذا الالتزام¹، بالإضافة إلى أن المشرعين الذين وضعوا قانون نابليون، أدركوا أن الوقائع المولدة للالتزامات لا تقتصر على العقد وحده؛ ولما أرادوا وضع نظرية عامة للالتزام اقتصر على العقد فقط، وهي طريقة قاصرة، لا يمكن من خلالها معرفة ما إذا كانت هذه النظرية تقتصر على الالتزامات التعاقدية فحسب، أم أنها تطبق على الالتزام مهما كان نوعه²، وهو ما يعرض هذا التصوير والتقسيم لمصادر الالتزام في محاولة لحصرها، إلى الفساد، استناداً إلى أهم مصدر لها على عهد الرومان، بتشبيهها تارة بالعقد، وتارة أخرى بالجريمة، نظراً لتأثير النزعة المادية المجسمة الموروثة عن الرومان، والفلسفات التي ظهرت فيما بعد بداية القرن السابع عشر، متأثرة بالتنظير الليبرالي الذي يمجّد الفرد ويمعن في إطلاق حريته وسيادته، فذاع مبدأ سلطان الإرادة الذي ولد في بيئة دينية يطغى عليها الجانب الأخلاقي، وترعرع في بيئة أخرى لا تتساق وتلك المنطلقات الفكرية، وهي شيوع فكرة القانون الطبيعي كمرجع لحرية الإنسان وتطوره، دعماً لتوجهات إيديولوجية معينة، اقتصادية وسياسية، تبرر الرأسمالية، وتدعم الخيارات الاقتصادية لأوروبا بعد ظهور بواذر الثورة الصناعية.

المطلب الثاني: أثر العوامل الإيديولوجية في رسم المعالم النظرية لفكرة الالتزام

رأينا كيف نشأت فكرة الالتزام وتطورت إلى أن تداخلت مع فكرة العقد، وتتبعنا قدر الإمكان، الخلط والالتباس الذي اعترض الفقهاء القانونيين لدى اللاتين، في تحديد مفهوم الالتزام وبيان ماهيته، وكيف كان الالتزام أثراً ينتج إما عن التبادل أو عن الجريمة لدى الرومان، حتى حال عن طريق المنهج التحليلي الذي سار عليه فقهاء القانون المدني، أساساً شيدت على لبناته نظرية الالتزام، خصوصاً بعد أن فقدت الشكلانية والطقوسية مكانها لصالح مفهوم جديد يسمى الرضائية، الذي تناوله الفقهاء التقليديين بالتحليل والبرهان، ونصب بواسطة الإرادة كسلطان، دون أن ينتبه إلى أن الهيكل العام للالتزامات التعاقدية المبنية على الإرادية، يجب أن يدرس كمفهوم مجرد وموحد بطريقة تركيبية لعناصره

1- عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج. 01، ص. 28-30.

2- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون الكويتي، المرجع السابق، ج. 01، ص. 26.

الأولية، وليس بطريقة تحليلية للآثار المتولدة عنه، التي تتجاوز الإرادة إلى مصادر أخرى يضيف عليها القانون صفة الإلزام، وهي المعطيات التي نحاول إيجازها عبر الفروع الموالية.

الفرع الأول: النزعة الفردانية لمفهوم الالتزام التعاقدي

بعد أن كان الالتزام قيدياً على حرية المدين، نادى دعاة المذهب الفردي بمبدأ حرية الالتزام أو ما عرف بالحرية التعاقدية، فأصبح الالتزام الناشئ عن العقد هو الالتزام النموذجي، أما الالتزامات الناشئة عن القانون فهي على سبيل الاستثناء، ومع ذلك حاول أنصار النزعة الفردانية تأسيسها على إرادة الفرد، بدعوى أنه قد رضي سلفاً الخضوع للالتزامات التي فرضها القانون¹، تحت تأثير الفلسفات الجديدة المنبثقة عن انتشار فكرة القانون الطبيعي، الذي تحدت على أساسه القواعد التي يقوم عليها النظام الاجتماعي، من خلال البحث عن الحقوق الطبيعية التي كان يتمتع بها الإنسان قبل أن يعرف الحياة الاجتماعية، ومن هذا الاعتقاد وضع "جون جاك روسو" نظرية العقد الاجتماعي، بعد أن استكملت أوروبا قومياتها وتخلصت من سلطان الكنيسة².

من هنا وهناك، أتى المبدأ الأساس الذي لا زال يسود التصرفات القانونية الداخلة في رحاب القانون الخاص، وهو مبدأ سلطان الإرادة *Principe de l'autonomie de la volonté*، والذي مفاده أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء التصرف القانوني، دونما ضرورة تحتم التعبير عنها في صورة معينة، أو في شكل خاص، وأنها سيدة في تحديد آثار هذا التصرف³، ومؤدى هذا النظر أنه في مقدور الفرد أن يضع الشروط التي يرتبط بها، وليس للقاضي التدخل فيما أملاه أطراف العقد عند تنفيذه، ثم إن الغير لا شأن له بالعقد، إذ هو لا يفيد منه ولا يُضار به، فالعقد من وجهة نظر الفردانيين والليبراليين، يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، فهو شريعة الطرفين، وهو المبدأ الذي كرسته جل الشرائع المتأثرة بالمدرسة اللاتينية ذات النزعة الشخصية التي تعتبر الفرد محور البناء الاجتماعي، وأن الدولة وجدت لضمان حريته وتلبية حاجاته، ولا غرابة بعد ذلك في أن تأتي الكثير من الأحكام في التشريعات اللاتينية، خصوصاً تلك التي اعتمدت النظام الرأسمالي المتوحش، متناغمة

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.31.

2- إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، المرجع السابق، ص.76-78.

3- عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.01، ص.42.

مع هذه المرجعيات الفكرية والمنطلقات الفلسفية التي سادت ابتداء من القرن التاسع عشر، ومع التحولات السياسية والاقتصادية والفكرية التي شهدتها العالم بداية القرن العشرين، سيما بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، لاحت في أفق الفكر القانوني توجهات جديدة تنتقد الوضع القائم، بما فيها النظام القانوني الذي يقوم على السلطة المطلقة لإرادة الفرد دون رادع يقلل من غُلوائه، في تأسيسه لهذا النظام على مفهومي الإرادة والعقد، ويرى فيه أنه كافٍ لتحقيق العدالة المنشودة التي توفرها الحرية التعاقدية؛ والحال أن ذلك مجرد وهم، نظرا لتباين القوى بين الأطراف المتعاقدة، فضلا أن هناك مجالات عديدة من النظام القانوني الذي يضمن الضبط الاجتماعي والاستقرار والعدالة، تخضع إلى قوانين آمرة بعيدة كل البعد عن فكرة العقد، كما هو الحال بالنسبة للقانون الجنائي، وقانون الأحوال الشخصية¹، ومن ثم بدأ التفكير خارج الأطر والمسلمات التي أسست لها المدرسة اللاتينية ذات التوجه الشخصي، والمدرسة الغربية بشكل عام.

الفرع الثاني: الأبعاد الجديدة للإرادة العقدية وبداية المراجعة النظرية لمفهوم الالتزام التعاقدي

باستثناء الجانب الهام من الفقه والتشريعات المعاصرة التي ما زالت تحافظ على النظرة التقليدية للالتزامات العقدية، مع تسليمها بتقلُّص سلطان الإرادة، بالنظر لترسانة القوانين الآمرة التي أصبحت تميز التشريعات الحديثة، فإن الجانب الآخر من الفقه أنكر على الإرادة الدور الذي تنسبه لها النظرية التقليدية، ويرى أن العقد يستمد قوته الإلزامية من القانون، مما يعطيه بعدا موضوعيا على حساب البعد الذاتي²، ومن أبرز فقهاء القانون الغربي الذين تبنا هذه الرؤية، نجد فقيه القانون العام الفرنسي ديجويه، الذي يرى بأن الحرية المطلقة التي تفترضها الإرادة العقدية تعني بالضرورة تفوق الحق الشخصي على القانون، وهو ما لا يمكن قبوله، كون القانون يهتم بتنظيم الحياة الاجتماعية³، ويقترَب من هذا التحليل لنظام العقد الفقيه كيلسن "kelsen"، الذي يقول وهو بصدد انتقاد النزعة الفردانية التي تقدس حرية الإرادة، إلى درجة أن أضحت تنافس القانون، بأن العقد ينشئه المتعاقدون ويضبطون محتواه بتفويض من القانون تبعا لسياسة تشريعية تضعها الدولة وتحدد معالمها، وبعد تحليل مستفيض لنظام العقد، ينتهي إلى حقيقة أن القوة الإلزامية للعقد لا تُستمد من الإرادة الفردية، وإنما من القانون

1- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص.46.

2- المرجع نفسه، ص.47.

3- رأي دوجيه مشار إليه في مؤلف: محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد: المرجع السابق، ص.48.

الذي يبقى أعلى درجة من العقد¹، ويؤيد الفقيه جاك غستان "J. Ghestin" هذا التوجه بقوله: إن القانون لا يصادق على نجاعة العقد، إلا إذا كان قائما على المصلحة الاجتماعية ويستجيب لعنصر العدل فيه، ولموجبات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، فالعقد ليس توافق إرادتين بقدر ما هو معاوضة، تمثل العنصر الموضوعي للعقد، المتمثل في انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى يشترطها القانون، كونه الأداة التي يتم بها تحقيق حاجيات المجتمع، ويقتصر دور الإرادة على تنظيم علاقات الترابط الضرورية بين الأفراد، التي لا يمكن تنظيمها إلا عن طريق القانون².

إن التحليل الجدي لمفهوم العقد ودور الإرادة فيه، يفرض اعتبار الدور الأساس الذي تضطلع به الدولة في الاقتصاد، التي تبقى هي المسؤولة الأولى على تنظيمه وضبط قواعده القانونية³، ولما كان العقد أداة أساسية لتحقيق الحاجيات الاقتصادية، فإن نظامه يتأثر حتما بالسياسة الاقتصادية التي تسطرها الدولة، ويصبح بالضرورة خاضعا لها، ولتطلبات السياسة الاجتماعية المنتهجة، فهل يمكن والحالة هذه، اعتماد مبدأ سلطان الإرادة لتفسير مفهوم العقد وتبرير قوته الإلزامية⁴؟

إن سلطان الإرادة المنظور إليه كتمارسه لسلطة ذات سيادة موازية ومتنافسة مع القانون، قد استبعده معظم المؤلفين، بسبب حالة التمانع التي أصبحت عليه في الوضع الحالي للقانون الوضعي، مع الاعتراف للإرادة بنوع من الصلاحية المفوضة والممنوحة للإرادات الفردية، لكي تختار القواعد التي تسوس علاقاتها الخاصة بالنسبة لتصرف قانوني معين، وتبقى المسألة في تعيين الحدود الصحيحة لهذه الاستقلالية والحرية التعاقدية؛ فلا شيء يُسوّغ جعل هذه الحرية المبدأ الوحيد الذي نستنتج منه النظرية العامة للعقد بكاملها⁵، وعلى هذا التقدير، يجب العودة إلى نظام الأحكام القيمية، كالفردانية الليبرالية، والجماعية الاشتراكية، وهو ما يقتضي أن المبدأ الأساس للاستقلالية في العقد، يركز على مفهوم فرداني ليبرالي، لا يمكن تسويغه بطريقة موضوعية وتقليدية للمعرفة العلمية⁶، يضيف الأستاذ

1- رأي كيلسن مشار إليه في مؤلف: جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.23.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.202.

3- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص.51.

4- المرجع نفسه.

5- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.193.

6- المرجع نفسه، ص.195.

جاك غستان وهو يعلق على الفرضيات المتواجدة، بصدد التنسيق بين مفهوم العقد، ومبدأ سلطان الإرادة، في ظل فلسفة قانونية تستهدف العدالة وتحقيق الاستقرار.

تُظهر المعطيات المذكورة فيما سبق، عدم ملاءمة النظرية التقليدية للعقد وقوته الإلزامية المبنية على القوة الذاتية للإرادة، التي أرستها المذاهب القانونية في القانون المدني، ليس في فرنسا وحسب، التي تعد في عرف تيار قانوني ليس بالقليل، عراب القانون الوضعي في المدرسة اللاتينية، بل يتعدى ذلك إلى معظم القوانين في مختلف المدارس والنظم التشريعية الكبرى، وتؤكد العيوب المنطقية التي ما فتئ يكتشفها النقاد، والاهتمامات الإيديولوجية التي وَجَّهت إعداد هذه النظرية عبر مسارات تاريخية معينة، سوسولوجية وتيولوجية، وعوامل أخرى يتداخل فيها الفيزيقي بالميتافيزيقي، والعلم بالفلسفة، إذ يكشف التدخل المتنامي للدولة في العقود، واتساع رقعة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، الموقف المضطرب للفقهاء القانوني في تحديد مجال العقد، أو إيجاد تعريف جديد له، وصار يتحدث عن بوادر انحدار، أو تفكك، أو ما اتفق الفقهاء على تسميته، وفي فرنسا على الخصوص ب: أزمة العقد، لخطورة ما تعرضت له الإرادة العقدية من انحسار، وعجز المبادئ والقواعد العامة التقليدية النازمة للعقد عن استيعاب العقود الجديدة التي ظهرت في ساحة المعاملات المالية، في ظل التطورات المتسارعة التي تعرفها الحياة الاجتماعية والاقتصادية، الأمر الذي أدى إلى تنظيمها بقوانين خاصة، مستقلة بذاتها عن الشريعة العامة للعقود في القانون المدني¹، وهو ما يوحي بأن تصور العقد على طريقة الفقهاء التقليدي لم يعد محل ثقة، ولم يعد أساساً لدراسة سليمة لنظرية التصرف القانوني، وبات من الضروري تعديل هذه الفكرة²، بسبب الصعوبات التي تسببها التصورات المختلفة للتصرف القانوني المؤسس على فكرة الإرادية، في سبيل إقامة نظرية متينة، شاملة ومتناسقة، تحكم بنائها وتضبط مخرجاتها.

الفرع الثالث: الأنموذج اللاتيني في القانون من العلمنة إلى العولمة، بوادر الانعطاف

ونحن نتقصى الأحقاب التاريخية لتطورات الفكر القانوني، مركزين على نشأة فكرة الالتزام من الرومان إلى القانون الفرنسي القديم، وكيف فرض القانون الروماني نفسه على المنظومة اللاتينية في

1- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد -دراسة مقارنة-، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة المنوفية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، مصر، 2020م، ص.33.

2- الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.38-39.

التقنين، ابتداء من قانون نابليون ومن سار على شاكلته من التشريعات الغربية المختلفة، والخلفيات المتنوعة التي تأسس عليها الفكر التشريعي لدى ورثة الإمبراطورية الرومانية، والتي امتزج فيها الفكر الفلسفي بالديني، والظرف الاجتماعي بالاقتصادي، تتراءى للباحث تلك المحددات الفكرية والفلسفية والإيديولوجية التي صيغت بها المفاهيم القانونية، إلى اللحظة التي شيدت عليها لبنات القانون الوضعي لما ازدهرت الفلسفات العلمانية، المنادية بفصل كل ما هو أخلاقي وديني عن القواعد القانونية المتميزة بطابعها العام والمجرد، بناء على رؤية تحررية تأثرت بالظروف المحيطة بتلك الحقبة من تاريخ الشعوب المنبثقة عن الرومان، رغبة في الانعتاق من ربكة الإقطاع والكهنوت، والثورة على حكم المماليك.

تلك هي إذن الظروف والمعطيات التي انعكست على تصورات الفقه القانوني اللاتيني، بداية من محاولة رواده حصر مصادر الالتزام، ووضع نظرية عامة تحيط بهذه المصادر وتبني عليها أحكام القانون المدني، وقد رأينا كيف تأسس مفهوم الالتزام على مفهوم محسوس، له طابع مادي، قد يترتب على الجريمة أو العقد عند الرومان، لتتحول إلى مصادر أربعة، بعد أن أضيف إليها شبه العقد، وشبه الجريمة، على يد الفقهاء الذين أخذوا على عاتقهم بحث ودراسة نظرية الالتزام بوجه عام حسب ما فهموه من المدونات التي تركها غايوس ومن بعده جوستينيان، وتداولها الفقيهان دوما وبوتيه قبل أن تستقر في قانون نابليون¹، وهو القانون الذي جراه الكثير من الفقهاء الفرنسيين، وعلى فترات متلاحقة، مثلما هو الشأن بالنسبة لـ: بلانيول وكولان وكايتان وديموج وجوسران، والمعتمد في جل القوانين المدنية ذات النزعة اللاتينية، يتقدمها القانون المدني الفرنسي، قبل أن يخضع للمراجعة والتعديل سنة 2016، بشكل مسّ المبادئ الأساسية التي ارتكزت عليها فلسفة المدرسة الفرنسية في القانون المدني، وهي المصادر التي استقرت في الفقه والتشريعات المدنية اللاتينية التوجه إلى غاية اليوم، والمتمثلة في: العقد والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والإثراء بلا سبب، والقانون²، بالرغم من اعتماد القانون المدني الفرنسي في حُلته الجديدة بعد المراجعة الجذرية لقانون العقود عام 2016، للنظرة الحديثة لمصادر الالتزام التي أخذت بها المدرسة الجرمانية، وهي الواقعة القانونية والتصرف القانوني، بالإضافة إلى القانون كمصدر لكل التزام بشكل مباشر أو غير مباشر، وهو ما يشكل تبنيًا لرأي

1- Voir: T. Cédric, La calcification des sources des obligations du droit romain à nos jours, op.cit., p.p.267-268.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.52.

التيار الفقهي ذو النزعة الجرمانية، الذي يتوافق ومنطق تعميم هذه المصادر لتشمل كافة الحقوق، والذي يبني فلسفته القانونية للالتزامات انطلاقاً من الأسباب القانونية المؤلدة لها، وهي الواقعة القانونية والتصرف القانوني، والقانون، وهو ما أقره التشريع المدني الفرنسي في تعديل 2016، والذي مسّ بصفة جوهرية المبادئ العامة التي تقوم عليها مدونة القانون المدني الفرنسي منذ تأسيسها على يد نابليون، إذ أصبح يفرد عنواناً خاصاً لمصادر الالتزامات، بدلاً من العنوان القديم -العقود أو الالتزامات الاتفاقية بصفة عامة- وأخذ بالتقسيم العلمي لمصادر الالتزامات، أسوة بباقي التشريعات المتطورة، كما شكّلت إعادة النظر في شروط قيام العقد، وإفراد عنوان خاص بالإيجاب والقبول، وتنظيم مرحلة ما قبل التعاقد¹، ثورة قانونية فعلية على المبادئ التقليدية، التي كانت تحكم نظرية العقد لما يزيد عن مائتي عام بالنسبة إلى المدرسة اللاتينية، كان الخروج عنها وإعادة صياغة المنطلقات الفلسفية والإيديولوجية لها إلى وقت قريب، يصنف ضمن الحرمانات الإيديولوجية، الأمر الذي يشكل انعطافاً حقيقياً للفكر القانوني اللاتيني، خاصة وأن المراجعة أو التراجع عن تلك القناعات الفكرية والعقائدية، قد بادر بها من نظروا ووضعوا القانون المدني على الطريقة الفرنسية أوّل مرّة، وفاخروا به العالم لعشرات السنين، في ظل هيمنة إيديولوجيا العولمة التي مست جميع المجالات، ودفعت بدول العالم في غالبها الأعم، إلى تكييف أنظمتها القانونية مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية التي فرضت عليها.

يبقى أن نشير إلى أن واضعي القانون المدني، عن قصد أم عن غير قصد، لم يستبعدوا جميع الحلول غير المتفقة مع المفهوم الإرادوي، الذي وجه دوماً وبوتيه العقد أو الالتزام التعاقدي إليه، فالأخذ بمبدأ الحرية التعاقدية كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، لم يُغنِ واضعي القانون المدني عن إخضاعها إلى النظام العام والآداب، وعلى وجه أوسع للعدالة والمنفعة العامة²، فسلطان الإرادة ليس التفسير الوحيد ولا الرئيس، الذي يسوس العقد وينتظم قواعده، في ظل النماذج الجديدة للعقد التي ما فتئت تعرفها الحياة القانونية، تبعا للمتغيرات التقنية والتكنولوجية التي يعرفها عالم اليوم، والضرورات التي تفرضها على الشعوب والدول في سعيها إلى حفظ الحقوق والمصالح العامة والخاصة، والتي ترجمت في التشريعات التي باتت تصدرها في شكل قوانين خاصة، تضيف مزيداً من الضوابط على الالتزامات

1- M. Julienne, Le régime général des obligations après la réforme, L.G.D.J. L'extenso éditions, 3^{ed}, Paris, France, 2020, p.11.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.ص. 57-59.

التعاقدية، الأمر الذي قرَّب كثيرا فكرة العقد من النظام، وسيكون لهذه المعطيات تأثيرها على التطورات التي عرفها قانون العقود الفرنسي في ثوبه الجديد الصادر في 10 فيفري 2016، خاصة بالنسبة إلى الركائز الأساسية في تكوين العقد، وعودة النقاش الفقهي حول ذلك في ظل اختفاء ركني المحل والسبب من مكونات العقد في النسخة المعدلة من القانون المدني الفرنسي، الذي يعدّ مصدر القوانين المدنية ذات التوجه اللاتيني، وهي المعطيات التي ستكون محل تفصيل وتحليل في الفصل الثاني من الباب الثاني لهذه الدراسة.

الفصل الثاني

الدلالات المختلفة لفكرة السبب في ضوء المرجعيات الفكرية والفلسفية للفقهاء المقارن

الفصل الثاني: الدلالات المختلفة لفكرة السبب في ضوء المرجعيات الفكرية والفلسفية للفقهاء المقارن

نحوض في هذا الفصل غمار البحث عن المعاني والدلالات المختلفة للفظ السبب، في مختلف العلوم، في اللغة، والفلسفة، والقانون والفقهاء المقارن، محاولين تقريب معاني هذه الكلمة من الأذهان ووضعها أمام مرآة الكشف والتحليل من زوايا متعددة، لغة واصطلاحاً، أصولاً وفقهاً، وفي الالتزامات التعاقدية على وجه الخصوص، والتي هي محور دراستنا ومرمى بحثنا.

ولأجل إدراك ولو القليل مما أحاط بفكرة السبب في الالتزامات التعاقدية، من جدل، وخلاف، ونقاش لم يتوقف منذ أن وضع القاضي والفقهاء الفرنسي جون دومار، في القرن السابع عشر، أولى لبنات نظرية السبب في العقود، ضمن دراساته الشاملة للنظرية العامة للالتزام، نحاول على قدر المتاح تسليط الضوء على مسألة السبب، من خلال السرد التاريخي لميلاد هذه النظرية، أي منذ أن رأت النور في سماء الفقهاء القانونيين الفرنسيين وتبني تقنين نابليون الشهير لها في مدونة القانون المدني عام 1804م، لنتتبع إرهابات مجيء هذه النظرية للحياة القانونية، وكيف تحمرت الفكرة في أذهان صانعيها، والظروف التي ساعدت على ذلك، ولماذا قام حولها كثير من اللغط، والجدل، من بين كل تلك الأفكار والنظريات القانونية التي ولدت ونمت ونضجت في أحضان النظرية العامة للالتزام.

وأمام الهدف المنشود، لم نجد من طريق إلى ممرانا إلا تتبع هذه الفكرة في مختلف المدارس الفكرية، في الفقه الغربي بفلسفته وفقهه، وفي الفقه الإسلامي، بأصوله وعلماء كلامه وفقهائه، ورواد مذهبهم، تحذونا في ذلك الرغبة في استكشاف فكرة السبب في جميع تجلياتها الدلالية، فكرياً وفلسفياً وحتى عقدياً، لعل الزاد يكفيننا للسير في طريق محفوف بمخاطر الانزلاق، نبحت الفكرة وخلفياتها، ونقترب من المعاني التي أريدت لها، في الفقه القانوني على الخصوص، مستعينين في هذا الاتجاه، بمخطط قد يساعدنا على وضع القارئ في صورة الفكرة اللغز التي حيرت فقهاء وشرّاح القانون، وأعلنت التمرد على الفكر البشري، بقضائه وفقهائه، وفي سبيل ذلك سنتطرق إلى الجوانب الفلسفية لهذه الفكرة وصلتها بعلم القانون، وبقانون العقود على الأخص (المبحث الأول)، ونحاول استكشاف مقارباتها الممكنة في الفقه الإسلامي وأصوله (المبحث الثاني)، لعل الأمر يتسع للأفهام لتتمكن من استيعابها، وتدرك خلفيات الجدل القائم حولها في قانون العقود،

ونختم هذا الفصل بمبحث ثالث، نحاول من خلاله إجراء مقارنة لفكرة السبب بين مختلف المدارس القانونية الكبرى والفقهاء الإسلاميين، لتمكين القارئ من تكوين فكرة ولو بسيطة، عن خلفيات الجدل والنقاش الذي رافق نظرية السبب في الالتزامات التعاقدية منذ الميلاد إلى يومنا هذا.

المبحث الأول: فكرة السبب من منظور الفلسفة والقانون والشريعة الإسلامية

لما كانت فكرة السبب بكل هذا التعقيد والشمول، والجدل والغموض، ليس لنا إلا تتبع مدلولاتها ومعانيها، من جميع الزوايا، الفلسفية، والفكرية، والفقهية، والقانونية، وحتى اللغوية، لما تمثله من أهمية في طريق البحث عن مبعث كل هذه الصعوبات التي طالما شكلتها أمام الباحثين والدارسين للعلوم القانونية، وتقفي مختلف المعاني والمدلولات التي أعطيت للسبب، كفكرة فلسفية ذات أبعاد متشعبة، وهو ما نفصل فيه في المطالب الموالية.

المطلب الأول: مشكلة السببية عند الفلاسفة

الفكرة ليست ذات قوام جوهري مستقل بنفسه في الوجود، إنها لا توجد إلا في العقل الذي يتصورها، والفكرة في ذاتها مجردة عن العقل الذي يؤديها ويهبها الحرارة في العاطفة، والاهتزاز في الإرادة، والفعل العقلي لا يحدث في الإنسان دون نصيب من العاطفة وقدر من الإرادة، مهما يكن هذا القدر ضئيلاً¹، بهذه الرؤية الفلسفية للأفكار والتصورات العقلية، نتناول الجوانب الفلسفية والفكرية لمسألة السببية، وارتباطاتها بعالم القانون، عبر ثلاثة فروع متوالية، ندرس في الأول، مشكلة السبب والسببية في الفلسفة الغربية، ونستعرض في الفرع الثاني هذا المفهوم في الفلسفة العربية والإسلامية، ونختم هذا المطلب بفرع نخصه لبحث مشكلة القانون والمنطق والعلاقة بينهما.

الفرع الأول: مشكلة السببية في الفلسفة الغربية

تعد مشكلة السببية من منظور فلسفي تجريدي، مشكلة المشاكل الفلسفية، إذ هي مشكلة العقل ذاته، لارتباطها الجوهري به، ولأن العقل في نهاية التحليل يرتد بنويًا إلى السببية في النظر

1- عبد الرحمن بدوي، دراسات في الفلسفة الوجودية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ط.1، بيروت، لبنان، 1440هـ، 1980م، ص.188.

الفلسفي، وهو التصور الذي انعكس على اللغات الأوروبية، بحيث نجد أن كلمة *Ratio* اللاتينية، أو ما اشتق منها، مثل كلمة *Raison* الفرنسية، و *Reason* الإنجليزية، تدل تارة على ملكة العقل، وتارة على علاقة السببية¹. فالحديث عن السببية عند الفلاسفة من أمثال "كانط" و "هيوم" هو حديث عن العقلانية، لأن السببية بشرطها الضرورة والكلية، تُستنبط بحسبهم من الذات، من العقل الإنساني، لا من الطبيعة، وهذا الرأي الجوهري هو ما يميز كل الفلسفات العقلانية عن الفلسفات التجريبية المحضة، التي ترى أن الروابط السببية والضرورة والكلية، إنما توجد في القوانين الموضوعية للطبيعة الخارجية، وتستقل تماما عن العقل الإنساني²؛ وقد كان هذا المعيار الحاسم والدقيق الذي يقسم التيارات الفلسفية إلى تيارين، عقلاني وتجريبي، محل سؤال حاسم للفلاسفة والإبستمولوجيين، مؤداه: هل السببية بشرطها الضرورة والكلية كصفتين للمعرفة الحقة، تستمد من التجربة أم من خصائص ذهننا وملكاته الفطرية ومبادئه القبلية؟³

إن المسألة المعرفية العامة حقا، التي تقسم التيارات الفلسفية، ليست هي درجة الدقة التي توصلت إليها أوصاف الفلاسفة للروابط السببية، أو ما إذا كانت هذه الأوصاف يمكن أن يُعبّر عنها بصيغ رياضية دقيقة، بل إذا كان مصدر معرفة هذه الروابط هو في القوانين الموضوعية للطبيعة، أو في خصائص الذهن الذي يفهم بعض الحقائق القبلية بملكته الفطرية؟⁴

لأن ندرك إمكان العلية، أي الاقتران بين وجود شيء، ووجود شيء آخر يضعه الأول بالضرورة، فإننا لا نستطيع تصور إمكان مثل هذا الشيء؛ وعدم الفهم هذا، يمتد أيضا إلى العلاقات المتبادلة بين الأشياء، لأننا لا نفهم كيف إنه يمكن من حالٍ شيءٍ، أن نستنتج حال أشياء خارجة عنه، وفي الصورة العكسية؛ كيف أن جوهرًا، يتبع جوهرًا آخر بالضرورة، مع أن كل

1- مُجّد عثمان الخشت، العقل وما بعد الطبيعة، مكتبة ابن سينا للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر، ص. 64.

2- المرجع نفسه.

3- روسونتال ويودان، قاموس الفلسفة، ص. 378-379. مشار إليهما في مؤلف: مُجّد عثمان الخشت، العقل وما بعد الطبيعة، المرجع السابق، ص. 64.

4- لينين، المادية والمذهب التجريبي النقدي، ص. 153. مشار إليه في مؤلف: مُجّد عثمان الخشت، العقل وما بعد الطبيعة، المرجع السابق، ص. 64.

جوهر له وجوده الخاص، المتميز والمنفصل¹، فالذهن والمادة جوهران مستقلان، يعرفان من خلال صفتي الفكر والامتداد، لأن كل النفوس والأجزاء المنفصلة للمادة هي نعتيه؛ فهي ليست أشياء، بل مجرد مظاهر للكائن اللامتناهي، وكل شيء محكوم بضرورة منطقية، وليس هناك إرادة حرة في المجال العقلي، أو الصدفة في المجال المادي²، مثلما هو حاصل بين التصرف كفعل، وسبب هذا الفعل أو التصرف، هل هو عنصر من ماهيته، أم مستقل عن هذه الماهية؟

يؤكد الفيلسوف (إنجلز) في بحثه لمشكلة السببية، على الفهم الديالكتيكي للسبب والنتيجة، أي ارتباط العلة بالمعلول، في أن النتيجة التي تصدر عن السبب، تمارس عادة تأثيراً معاكساً على هذا السبب، وهذه الحقيقة هي إحدى الخواص الكلية للارتباط السببي³.

وعلى شاكلة السببية عاج الفلاسفة، إشكال الغائية، التي ارتبطت عند علماء القانون بإحدى معاني السبب، لا سيما في الالتزامات الإرادية، ومن بين التعاريف التي وردت في هذا الموضوع، تعريف الفيلسوف الألماني إيمانويل كانط الذي يرى بأن: "الغاية هي تصور الموضوع من حيث أن هذا التصور يشتمل في الوقت نفسه على أساس حقيقة هذا الموضوع"، والغائية هي توافق الشيء مع تركيب الأشياء، الذي لا يكون ممكناً إلا وفقاً لغايات، فغاية الموضوع هي التصور الذي يجعل من هذا التصور نفسه سبباً لهذا الموضوع، أي أساساً واقعياً لإمكانه، والغائية في الأخير هي علية تصور بالنسبة إلى موضوعه⁴، وللوصول إلى تصور الغائية المادية والموضوعية في الطبيعة، لا بد لنا من التأمل في أشياء معطاة في التجربة، بينها علاقة العلة والمعلول، وأن هذه العلاقة تشتمل على فكرة المعلول بوصفه شرط قيامها بالفعل، لأن الغاية التي يحققها الشيء بوجوده يمكن أن توجد إما في شيء آخر، أو فيه هو نفسه، فإن كانت في شيء آخر، فإنها خارجية ونسبية، تعبر عن علاقات منفعة وملاءمة بين كائنات مختلفة، يمكن للعقل أن يتسلسل

1- إيمانويل كانط، مستقبل الميتافيزيقا، منشورات جون ريتشاردسون، ص.ص. 88-89. مشار إليه في مؤلف: محمد عثمان الخشت، العقل وما بعد الطبيعة، المرجع السابق، ص. 65.

2- بلال البازي، مفهوم السببية بين ابن رشد وسبينوزا، مجلة تبين للدراسات الفكرية والثقافية، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، العدد: 8/38، قطر، 2020م، ص. 56.

3- توفيق سلوم، المادية ومذهب نقد التجربة، دار الفرابي، ط. 1، بيروت، لبنان، 1986م، ص. 205.

4- عبد الرحمن بدوي، إيمانويل كانط، فلسفة القانون والسياسة، وكالة المطبوعات، الكويت، 1979م، ص. 411.

بها إلى الوراثة، إلا إذا توقفت عند شيء غايته موجودة في ذاته، ويمكن أن تُردَّ هذه العلاقات في أغلب الأحوال إلى ارتباطات علّية معتادة¹.

الفرع الثاني: مشكلة السببية في الفكر الإسلامي

لم يكن مفكري الأمة الإسلامية بمعزل عن التفكير الفلسفي، فقد تناول المعتزلة في القرن الأول للإسلام المسائل العقلية، من مثل مبحثهم الخاص بمفهوم العدل، وهي منطقة تجريدية تمثل الشكل الأرقى للوعي، وكذا قضية السببية التي تمسكوا فيها بمحورية هذا المبدأ في حدوث الأشياء والأفعال، كما لم يفرقوا بين مبدأ العلية في الطبيعة، وبين ما يترتب عن هذا المبدأ من مسؤولية في المستوى البشري الاجتماعي، دون أن يخضعوا أفعال الإنسان إلى الحتمية الجبرية، وقد فرقوا بين العلية في أفعال الطبيعة، والعلية في أفعال الإنسان، حيث تخضع الأولى إلى قوانين ثابتة حتمية، وتخضع الثانية إلى عنصر الإرادة، انسجاماً مع رؤيتهم القائلة بجبرية الاختيار عند الإنسان، وهي الخاصة التي تقوم على العقل².

ورغم الاعتراضات على هذا الاتجاه نحو التفكير الفلسفي التجريدي المبني على العقل والمنطق، فقد انبرى بعض الفلاسفة والمفكرين المسلمين للدفاع عن هذا التوجه، وفي هذا الصدد، يمكن إيراد رأي ابن رشد في معرض رده على أبي حامد الغزالي في كتابه الموسوم بـ: تهافت التهافت، حول مسألة السببية بين منكر لها ومؤيد إذ يقول بهذا الصدد: "وأما أن الموجودات المحدث لها أربعة أسباب: فاعل، ومادة، وصورة، وغاية، فذلك شيء معروف بنفسه، وكذلك كونها ضرورية في وجود المسببات وبخاصته التي هي جزء من الشيء المسبب؛ أعني التي سماها قوم مادة، وسماها قوم، شرطاً ومحلاً، والتي يسميها قوم صورة، وقوم، صفة نفسية، والمتكلمون يعترفون بأن للأشياء حقائق وحدوداً، وأنها ضرورية في وجود الشيء"³، فمن المعروف بنفسه، أن للأشياء ذوات وصفات، هي التي اقتضت الأفعال الخاصة بوجود موجود، وهي التي من قبلها اختلفت

1- عبد الرحمن بدوي، امانويل كانط، فلسفة القانون والسياسة، المرجع نفسه، ص.412.

2- حسين مروة، النزعات المادية في الفلسفة العربية الإسلامية، دار الفارابي، ط.2، بيروت، لبنان، 2008م، ج.02، ص.377.

3- ابن رشد، تهافت التهافت، دار الفكر اللبناني، ضبط وتعليق: محمد العربي، ط.1، بيروت، لبنان، 1993م، ص.191.

ذوات الأشياء، وأسمائها، وحدودها، فلو لم يكن للموجود طبيعة تخصه، لما كان له اسم يخصه، ولا حد¹.

وفي محاولته لبيان العلاقة بين السبب والمسبب في مسائل الأحكام الشرعية، يقول علي كاشف الغطاء في مؤلف له بحث فيه مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني بأن: "أول الأمر، يشمل الشك السببي والمسببي في آن واحد لانطباقه عليهما دفعة واحدة، ثم بعد ذلك يجيء حكم العقل بترتب الآثار الشرعية عليهما، ولكن حكم العقل بترتب الآثار في السببي، يكون مقيدا بغير ما هو مناف للمسببي"²، ويعتقد الفارابي أن الاقتران المشاهد في الوجود بين الأسباب ومسبباتها، اقتران تلازم بالضرورة، وليس في الإمكان إيجاد السبب دون المسبب، ولا وجود المسبب دون السبب، ويتلخص ذلك في قوله: "كل ما لم يكن فكان، فله سبب"³، وعليه فإن فكرة السببية تعد من الأفكار المهمة في تاريخ الفكر الفلسفي، وشغلت أذهان المفكرين قديما وحديثا، وتشعبت الآراء ووجهات النظر حولها، بهدف معرفة ما يجري في الطبيعة، وما يحيط بالإنسان في إطار العلاقة الضرورية بين الأسباب والمسببات⁴.

ويظهر مما سبق، أن مسألة السببية التي خاض فيها الفلاسفة على اختلاف عقائدهم ومشاريخهم الفكرية والعقدية، هي مسألة بالغة التعقيد ولا ريب، حيث الأسباب موجودة، ضرورية وحتمية، تمثل ناموسا من نواميس الكون، في الطبيعة وفيما ما وراءها، كما يقول فقهاء الغرب، ولكن دراسة السبب بالمعنى الذي أريد له في التصرفات القانونية، يأخذ منحى آخر لا يمت إلى السبب بصلة، كما تناوله الفلاسفة وعلماء الكلام.

1- ابن رشد، تهافت التهافت، المرجع السابق، ص.191.

2- علي بن الشيخ محمد رضا بن هادي كاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، مطبعة العاني، ط.1، بغداد، العراق، 141هـ، 1990م، ج.02، ص.109.

3- أبو نصر الفارابي، فصوص الحكم، تحقيق: الشيخ محمد حسن آل ياسين، انتشارات بيدار، بغداد، العراق، 1976م، ص.43.

4- صفية العدوي خليل، فكرة السببية عند فلاسفة الإسلام من منظور نقدي، حولية كلية الآداب، جامعة بني سويف، مجموعة 7، مصر، 2018م، ج.01، ص.100.

الفرع الثالث: مشكلة القانون والمنطق وصلتها بإشكال السبب والإرادة

يتساءل أهل القانون في الكثير من الأحيان، وهم في غمرة مناقشة وتحليل القواعد والأفكار القانونية، فيما إذا كان القانون والتحليل القانوني يخضع للمنطق؟ وفي حال ما إذا كان الجواب بالإيجاب، يثور سؤال آخر عما إذا كان هذا المنطق خاصا بالقانون؟ أم هو المنطق ذاته المعمول به في مجالات النشاطات الإنسانية الأخرى؟

المسألة في الواقع هي أكثر تعقيدا مما نتصور، ليس بسبب المعاني العديدة لعبارة "منطق" أو "قانون" فقط، ولكن بسبب تعدد النظريات المتعلقة بالقانون، وبالمنطق، وبالعلم، فكلمة قانون يمكن أن يطلق عليها عدة معانٍ، كالقانون الوضعي، أو المنظومة القانونية، أو علم القانون، ثم إنه إذا كان القانون يخضع للمنطق، فهل هو المنطق الشكلي، أم منطق آخر يستقي منهجه من النظريات القديمة للسجال الديالكتيكي؟¹ فالصعوبة الأساسية في تحليل العلاقات بين القانون والمنطق، تنأتى من حقيقة أن المنطق لا يتناول إلا بيانات صحيحة، فيما القواعد القانونية ليست قابلة لأن تكون صحيحة أو خاطئة، وإذا اعتبرنا أنه من الممكن تصور منطق قابل للتطبيق في القانون، فهل صحيح أن المنطق يحكم القانون الوضعي؟

منذ عشرات السنين نشأت عدة منظومات منطقية وُسمت بالوجوبية، أي منطق يتناول بيانات من مثل: ملزم، ممنوع، مسموح، وغيرها، بينما القانون يتألف من قواعد لا هي صحيحة ولا خاطئة، فقد كتب "كلسن" في نهاية حياته، أن القاعدة القانونية تُعبّر عن إرادة من أطلقها، والحال أن الإرادة هي واقعة *Fait*، والعلاقات بين الوقائع ليست علاقات منطقية²، بالإضافة إلى أن العلاقة بين القانون والإرادة تدخل في تعريف القانون وتتصل بجوهره وأساس وجوده، بما أن القانون هو مجموعة القواعد التي تصدر عن إرادة الدولة، وتنظم سلوك الهيئات والأفراد الخاضعين لها؛ ووفقا لذلك، فإن القانون هو نفسه عمل إرادي صادر عن الدولة، والظاهرة التي يحكمها في الوقت نفسه، هي ظاهرة إرادية، وإرادة الإنسان لا يمكن السيطرة عليها بطريقة حاسمة، إذ كثيرا ما

1- ميشال تروبير، فلسفة القانون، دار الأنوار للطباعة والنشر، ترجمة: جورج سعد، ط.1، بيروت، لبنان، 2004م، ص.ص.112-113.

2- المرجع نفسه، ص.ص.113-115.

يقع مخالفة أحكام هذا القانون من الأشخاص المخاطبين به، وتفسير ذلك أن إرادة الإنسان، وهي الظاهرة التي يحكمها القانون، تعني بحسب طبيعتها، القدرة على الاختيار¹.

ولما كان القانون الذي يعنى بتنظيم المجتمع عبارة عن قواعد قوامها الأمر والنهي، والقانون الذي يصف حوادث الطبيعة يسجل العلاقات القائمة بين وقائعها فقط، كان الفارق الأساس بينهما، أن قواعد القانون التي تنظم السلوك الإنساني توصف بأنها قواعد تقويمية، وهو الوصف الذي يصدق على الأخلاق أيضا، ويوصف القانون الذي يسجل العلاقات القائمة بين حوادث الطبيعة بأنه قواعد تقريرية ثابتة، تقرر ما هو موجود وحسب، ومعيار التفرقة بين هذين القسمين، هو نوع الظاهرة التي يحكمها كل منهما، فإن كانت الظاهرة غير إرادية، يكون العلم الذي يحكمها علما تقريريا، وإن كانت الظاهرة إرادية، فالعلم الذي يحكمها يكون علما تقويميا، وتدخل دراسة القانون ضمن العلوم التقويمية كون الظاهرة التي تحكمها قواعده هي إرادة الإنسان، وهدفها تقويم هذه الإرادة²، وانطلاقا من هذه الرؤية الفلسفية، تبدو مسألة السبب في التصرفات القانونية الإرادية، من الأفكار القانونية التي حاول من خلالها منظري القانون وفلاسفته، إيجاد صيغة تقويمية لإرادة الأفراد من خلال تتبع الأسباب التي كانت وراءها في ظل الإيديولوجية الليبرالية التي اعتنقتها أوروبا في عصور الأنوار، تحت تأثير النزعات المادية التي سادت في تلك الحقبة من التاريخ الأوروبي، وتضارب الآراء حول الفعل الإنساني بين الحرية والتقييد، والإرث المسيحي بمذاهبه المختلفة.

المطلب الثاني: فكرة السبب في الفقه القانوني

نادرا ما سلط الفقهاء الأضواء على نظرية قانونية، واستنفروا لها جُلَّ اهتماماتهم الفكرية والفلسفية، بمقدار ما خص به هؤلاء نظرية السبب في التصرفات القانونية الإرادية، وليس من بين النظريات الأساسية التي تشكل النظرية العامة للعقد، نظرية ميّزها السجال والجدال بمثل ما بحث هؤلاء ماهية السبب ومفهومه وخصائصه وحدوده، كل فقه بحسب مرجعياته العقائدية والفكرية،

1- سمير تناغو، جوهر القانون، دراسة معمقة في فلسفة القانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط.1، الإسكندرية، مصر، 2014م، ص.15.

2- المرجع نفسه، ص.ص.16-17.

خصوصاً عند بحثها ضمن الأطر التي تسوس التصرفات القانونية، وحصراً ضمن الالتزامات الإرادية، دون غيرها من المجالات التي يبحثها القانون ويضع ضوابطها، فكيف نشأت هذه النظرية؟ وما الذي تعنيه في الفقه القانوني الغربي على اختلاف مدارسها؟ ذلك ما نحاول تتبعه حيثياته عبر الفروع الموالية.

الفرع الأول: فكرة السبب في فقه المدرسة اللاتينية

بنظرة تاريخية موجزة، نستكشف عبر هذا الفرع، إرهابات تشكل فكرة السبب في الفقه القانوني اللاتيني، وريث المدرسة الرومانية في القانون، ونتطلع إلى العوامل والظروف التي ولدت فيها هذه الفكرة التي استعصى على العلماء والفقهاء والفلاسفة ضبطها، والتي لازالت تلقي بظلالها على صفحات كتب الفقه القانوني ونقاده، وتثير كثيراً من الجدل والسجال.

أولاً- فكرة السبب في القانون والفقه الروماني: إذا كان الفقه الغربي يجمع على أن الرومان هم مهد الحضارة ومصدر القانون، فإن تاريخ فكرة السبب يقول بأن السبب عند الرومان كان سبباً منشئاً، أي مصدراً للالتزام، فلقد كانت الشكليات تهيمن على العقود، أي أن الشكل المرسوم لتلك الالتزامات وتسليم الشيء، سبب لنشوء العقد، ولم يكن الرومان إلى غاية تسرب الرضائية إلى بعض معاملاتهم المالية، يتصورون أن السبب الذي حمل الشخص على التعاقد، يمكن أن يكون شرطاً لقيامه، وهو ما يفسر لنا كيف أن التزامات البائع، والتزامات المشتري، كانت مستقلة عن بعضها البعض إلى حد كبير¹.

فالعقود في العهد الروماني القديم كانت غارقة في الشكلية، ولا تنعقد إلا بأوضاع خاصة، لا علاقة لها بإرادة المتعاقدين، وهي في الواقع ليست عقوداً بالمعنى الذي نعرفه اليوم، وإنما قوالب وضعتها الرومان تُصَبُّ فيها التصرفات القانونية، فالبيع والإيجار والقرض والشركة، ومختلف العقود، كانت تتم بأشكال ثلاثة: الوزن الصوري، والعقد الكتابي، الذي يتم بكتابة خاصة، والعقد اللفظي، وهذه الأشكال هي التي كان الرومانيون يدعونها بالسبب المدني *Causa Civil*، وهو

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ج.01، ص.368.

ليس سببا للالتزام العقدي على النحو المعروف حديثا، بل هو الشكل الذي يجعل العقد يتكون ويعتد به القانون¹.

والعقود الشكلية هذه، مجردة عن سببها، والطريق الذي تنتقل به الملكية ليس العقد بذاته، بل كان لا بد من أن يتلوه وضع خاص، يتم وفق أشكال عتيقة، دون النظر إلى السبب الذي انتقلت من أجله الملكية، يبيع، أو هبة، أو شركة²، والسبب بهذا المعنى المفهوم في القانون الروماني، لم يقتصر على العقود الشكلية، بل كان بوجه عام هو المصدر القانوني الذي يُكوّن العقد، ويضفي عليه قوته الملزمة، ومن ثم يكون السبب المدني للعقود الشكلية هو الشكل، وفي العقود العينية، تسليم الشيء، وفي العقود الرضائية، التي ظهرت في مرحلة لاحقة من تطور القانون الروماني، هو مجرد الاتفاق، وفي العقود غير المسماة، يكون سببها المنشئ، هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته.

والحاصل، أن السبب حتى في العهود الأخيرة للقانون الروماني، بعد التطورات التي فرضها تنامي المعاملات المالية مع توسع الإمبراطورية الرومانية، وازدهار التجارة والمبادلات البنينة، من مثل البيع، والإيجار، والقرض، والشركة، لم يرق على أساس نفسي متصل بالإرادة، بل قام على أساس موضوعي لا صلة له بإرادة المتعاقدين، ففي عقد القرض مثلا، إذا لم يستلم المقرض القرض، فإن العدالة تقتضي ألا يلتزم بشيء اتجاه المقرض، ومن هنا دخلت فكرة السبب في العقود، فانعدام السبب يمنع تنفيذ العقد³، وفقا لما تقتضيه مبادئ العدالة والإنصاف، بعد أن كان المقرض ليس له إلا دعوى الاسترداد التي أتاحها له النظام البريتوري، متجاوزا الضرورة الفنية كما يملها القانون الروماني، التي تقيم الرابطة الإلزامية على الالتزام المقابل للمقرض بالرد، في مقابل التزام المقرض بالتسليم.

ثانيا- السبب في مفهوم الفقه اللاتيني السابق لعهد دوما: بعد أن ظهرت فكرة السبب في العقود اللفظية، بشكل غير مباشر لاتصالها بالعدالة، لا بالإرادة، كان لظهور العقود الرضائية،

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.456.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.ص.456-457.

3- H. Capitant, De la cause dans les obligations, librairie Dalloz, 3^{éd}, Paris, France, 1927, p.p.100-102.

البيع، والإيجار، والشركة، والوكالة، والتي تتدخل في تكوينها الإرادة، دور في بروز فكرة السبب بشكل جليّ، ومن خلالها اعترف القانون الروماني بفكرة السبب، ولكن إلى مدى محدود، فحيث تظهر الإرادة يظهر السبب. ولكن واقع الرومان، وفهمهم لفكرة الالتزام، لم يكن ليُتيح لهم تصور فكرة السبب خارج العقد، نتيجة تصورهم للعقد كاشتراطات منفصلة عن بعضها البعض، لا يعتد بها القانون إلا في إطارها الشكلي، حتى تكتسب القوة الإلزامية، وقد ظهر في مرحلة متقدمة من مراحل الفقه الروماني ما عرف بالحواشيّين *Glosateurs*، ومن بعدهم البارتوليون *Bartolistes*، الذين اقتفوا آثارهم في تناولهم لفكرة السبب، وركزوا بشكل خاص على العقود الملزمة للجانبين، فأبرزوا الارتباط الموجود بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود دون أن يتجرؤوا على الحدود التي رسمها القانون الروماني، فلم يصلوا إلى القول بجواز الفسخ، بالرغم من أن منطق الارتباط بين الالتزامات المتقابلة يقتضي ذلك، وميزوا بين السبب والباعث، فسموا الأول، السبب القريب *Causa Proxima* أو السبب القصدي *Causa Finalis*، وسموا الباعث، السبب البعيد *Causa Premota* أو السبب الدافع¹، ويلاحظ الأستاذ السنهوري، أن هذا التمييز ما بين السبب والباعث، غريب عن القانون الروماني، وقد ابتدعه الفقهاء الرومان مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية، إذ لم يعرف الرومان سوى السبب المدني، أي السبب المنشئ للالتزامات².

هذا التصوير الروماني للارتباط الحاصل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، هو الذي رجع إليه "دوما" في صياغته لنظرية السبب، وقبله الكنسيون الذين انتزعوها من أصلها الروماني، وقدموا الاعتبارات الأخلاقية والأدبية المستوحاة من الشريعة المسيحية على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية لقواعد نظامهم القانوني، حينما أقروا أن الوفاء بالوعد واجب، وأن الإخلال به خطيئة، وأن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع، وبهذا المعنى تغيّر مفهوم السبب بشكل جذري، من مفهومه الموضوعي المرتبط بالعقد ذاته، إلى المعنى الذاتي المرتبط بالشخص المتعاقد أو الملتزم³، فأصبحت الإرادة مجردة من الشكل، ترتبط بالغرض الذي ترمي إليه، وهو ما عرف عند الفقهاء بالسبب الدافع، أو الباعث الدافع.

1- H. Capitant, De la cause dans les obligations, op.cit, p.p.156-169.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.464-465.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.ص.465-466.

ثالثاً- فكرة السبب عند الكنسيين: تميّز الفقه الكنسي بتقديمه للاعتبارات الأخلاقية والأدبية، كفكر يستند إلى المعتقدات المسيحية، على الاعتبارات التي تتطلبها ضرورات الصياغة الفنية لقواعد القانون التي تميّز بها الرومان، وهو الأمر الذي جعلهم يعتمدون مبدأين في المعاملات المالية، المبدأ الأوّل، مؤداه أنّ الوفاء بالوعد واجب، وأنّ الإخلال به خطيئة، مستظهرين مبدأ ارتباط الالتزامات الذي يحصل في المقولة الرومانية المأثورة اللاتينية: *Non Servanda Fidemnon* *et Fidem Servanda*؛ أي ليس على الشخص أن يحترم كلمته أمام، أو في مواجهة شخص لم يحترم كلمته، وهو إقرار لمبدأ ارتباط الالتزامات، وبفضل فكرة الترابط *Connectixité*، التي كملتها فكرة التقابل، أو التعادل *Équivalence*، استطاع الكنسيون إيجاد طريق إلى تحقيق العدالة، أي التوازن العقدي، وزادوا على ذلك ضرورة ألا يخالف الالتزام الأخلاق، ليُضفوا بذلك الطابع الأخلاقي على الالتزام القانوني، بمعنى أنهم لم يكتفوا بالسبب في صورته الفنية كفكرة موضوعية مجرّدة؛ وبهذا التأويل الموسع لمفهوم السبب، لا يمكن أن يكون غير مشروع، فهو سبب الالتزام بمعناه المصلحي، الذي يفسح المجال أمام القاضي ليؤجّل مسافة بعيدة في عالم الدوافع التي أسهمت في تكوين الالتزام، حيث يستقصى في كل عقد، دون التوقف عند الدافع المباشر المجرد¹، فالسبب هنا ليس السبب الروماني الموضوعي الداخل في العقد، بل هو الباعث النفسي الخارج عن العقد، والذي يختلف من عقد إلى آخر، أو حتى في العقد الواحد بين أطرافه، باختلاف النوايا والقصود.

وما لا يُماري فيه أحد من فقهاء القانون، أن فكرة السبب على عهد الفقهاء الكنسيين قد تطوّرت تطوّراً خطيراً، إذ أصبح السبب بهذا المعنى الجديد قيّداً على الإرادة، بمجرد ظهورها عاملاً أساسياً في نشوء الالتزامات العقدية، حالاً محل الشكل، ما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها، كافياً لإلزام المتعاقد دون حاجة إلى الشكل، وبدهي أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة، وبذا استطاع الكنسيون ابتداء الوعد المسبب *Promesse Causée*، إلى جانب الاتفاق المجرّد أو العاري *Pacte Nu*، فحرروا الإرادة من عقاب الشكل والطقوس الاحتفالية، وقيدوها بالسبب الباعث حماية للمجتمع، عن طريق إبطال العقود التي تتجه لتحقيق غاية غير مشروعة²، ثمّ ما لبثوا أن جعلوا من النظرية ذاتها، أداة لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط، والتدليس،

1- عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج. 01، ص.ص. 369-370.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 01، ص.ص. 466-467.

والغش، ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع، السبب غير الحقيقي¹، فأوجدوا تلك الصلة الحقّة، بين الإرادة كمصدر لنشوء العقد، وسببها، وعند هذا المستوى من التطور، ظهر الفقيه "دوما" في القرن السابع عشر ليكرس فقهه للتنظير والصيغة الفنية للالتزامات، ويضع نظرية عامة للسبب على طريقته، في ظروف تميزت بتقلص نفوذ القانون الروماني، والفتح المبين الذي أرساه الكنسيون وأنصار القانون الطبيعي لسلطان الإرادة.

الفرع الثاني: تحديد مفهوم السبب في مختلف المدارس القانونية

ما هي المعاني والتأويلات التي أريدت لفكرة السبب في الفقه القانوني، وكيف تسرب هذا المصطلح إلى عالم القانون المدني، وبالضبط في قانون العقود؟ ثم إذا كان الفقه القانوني في غالبه الأعم يسلم بأن نظرية الالتزام هي طفرة إبداعية مسجلة باسم الحضارة الرومانو-مسيحية، فلماذا انتشرت هذه الفكرة واستقرت في الفقه اللاتيني بزعامة الفرنسيين، دون المدارس الأخرى في العالم الغربي؟ وهل كان للمذهبية الدينية والفلسفية بصمة ما في كل ذلك؟ أم أن الأمر يتعلق بأفهام مختلفة لمفاهيم عقلية مجردة، من مثل العقد والالتزام والإرادة والعدالة والحق، ومعهم فكرة السبب، وغيرها من المصطلحات التي ينبنى عليها هيكل القانون؟ أسئلة وأخرى نحاول تلمس إجابتها من خلال تتبع تطور هذه الفكرة المتمردة في الفقه القانوني.

أولاً- النظرية التقليدية في الفقه اللاتيني: تُميّز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائي، والسبب الدافع، والسبب القصدى، فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام، والسبب الدافع، هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام، وتقتصر على السبب القصدى الذي يُعرّف عادة بأنه: الغاية المباشرة، أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم، أما الباعث، فغاية غير مباشرة تتحقق بعد أن يتحقق السبب²، ويبسط الفقيه دوما "Domat" الذي وضع أولى لبنات نظرية السبب، في محاولته للإحاطة بهذه الفكرة التي ولدت في ظروف حاسمة من تاريخ تطور النظرية، ميزها انتكاص القانون الروماني، وهيمنة الرضائية وسلطان الإرادة بعد مرحلة القانون الكنسي

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.468.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.16.

وانتشار مبادئ القانون الطبيعي، في ظل هذه الظروف جاء "دوما" ليقول بأن العقود تنقسم إلى قسمين، عقود معاوضة، وعقود تبرع، ففي الأولى، يكون سبب التزام أحد المتعاقدين بحسب نظره، هو ما يقوم به المتعاقد الآخر، أي التزامه المقابل، وفي الثانية، فالسبب هو إرادة أو نية التبرع¹، محتفظاً بذلك بتقاليد القانون الروماني، على عهد فقهاء المدنيين من أمثال "كونان" و"دونو"، الذين لا يسلمون بأن الاتفاق العاري أو المجرد، عقد ملزم، على الرغم من اتباع بعضهم لما قال به الكنسيون، كالفقيهين "لوازيل" و"ديمولان"، الذين سلموا بأن الإرادة وحدها مصدر لتكوين العقد².

وسار من بعده بريفو دو لاجاناس "Prévot de la Janès"، وبوتيه "Pothier"، اللذان لم يضيفا شيئاً لنظرية "دوما"، سوى الإقرار بأن الرضا يجب أن يكون مبنياً على سبب Fondé Sur Quelque Cause، وعرفا السبب بأنه: الغرض Motif الذي دفع المتعاقد إلى الالتزام، وأنه يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف Cause Honnête، أي لا يتعارض مع الأخلاق، ومع ذلك يقول "بوتيه" بأن: سبب التزام كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين، هو ما أعطاه له الطرف الآخر، أو ما يلتزم بإعطائه له، أو التبعة التي يتحملها، أمّا في عقود التبرع، فيكون السبب هو الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين إسداءه للآخر³، وهو ما لا يتوافق ومنطق الإرادة الذي سلّم به هؤلاء، بعد أن تحررت العقود من أغلال الشكل، وأصبح الاتفاق وحده ملزماً، متأثرين في ذلك بالإرث القانوني الروماني الذي لم يكن يعنّد بالإرادة في إنشاء الالتزام، وبقيت فكرة السبب موضوعية، داخلة في العقد لا خارجة عنه، وهي واحدة لا تتغير في النوع الواحد من العقود.

ثانياً- الصورة المعدلة للنظرية التقليدية في السبب في مدونة نابليون: انتقلت نظرية السبب عن طريق "دوما" و"بوتيه" إلى قانون نابليون، ومنها إلى الفقه الفرنسي، وقد نصت المادة 1131 من تقنين نابليون لعام 1804 قبل تعديله عام 2016، على أن الالتزام الذي لا يكون مبنياً على

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.473.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.ص.467-468.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.ص.483-484.

سبب *Sans cause*، أو كان مبنيًا على سبب غير صحيح *Fausse cause*، أو سبب غير مشروع *Cause illicite*، لا يُنتج أو لا يرتب أي أثر¹.

ولكن السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية في صورتها المعدلة، هو السبب القصدي الذي يعرف بالغاية المباشرة *Fin directe*، أو الغرض المباشر *But immédiat*، الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، أي هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم *Cause proxima* أو السبب القريب، ويُفهم السبب بهذا المعنى الذي جرت عليه كتابات "دوما" و"بوتيه" في كل طائفة من العقود، بأنه شيء داخل في العقد *Intrinsèque*، يستخلص حتماً من نوع العقد، ومن طبيعة الالتزام ذاته، وهو شيء موضوعي *Objectif* لا تؤثر فيه نوايا الملتزم، وهو غير متغير *Invariable*، ويبقى واحداً في النوع الواحد من العقود، وهي دون شك الخصائص نفسها الموروثة عن القانون الروماني؛ والإضافة التي جاء بها هذان الفقيهان، هي ضرورة قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه، وهو التطور الذي أمكن به قيام نظرية الفسخ، وتحمل التبعية، والدفع بعدم التنفيذ، على عكس ما كان سائداً في القانون الروماني، الذي توقف بفكرة السبب عند تكوين العقد، ويأبى بقاء السبب بعد تكوينه، فلم يسلم بأي من النظريات الثلاث التي ذكرناها.

ثالثاً- فكرة السبب في الفقه والقوانين الجرمانية: لا تمنح القوانين المدنية في المدرسة الجرمانية السبب المكانة نفسها ولا المعنى نفسه، مثل تلك المكانة والمعنى اللذان تمنحهما له المدرسة اللاتينية، ولا يتحدث القانون الألماني أو النمساوي إلا عن التصرف المجرد، ومبدأ الإثراء بلا سبب، أو ما يسمونه الاستحواذ دون سبب قانوني، ففي الكتاب الأول من القانون المدني الألماني، الذي دخل حيّز التنفيذ في 01 جانفي 1900م، لم يتوقف هذا القانون عند النص على العناصر الضرورية لتكوين العقد، ولا تحدّث عن محله، ولا عن سبب الالتزامات التي تنشأ عنه، فقد كرّس فصول هذا الكتاب للإعلان أو التعبير عن الإرادة في التصرفات القانونية بشكل عام

1- Ancien Article 1331 du code civil Français: «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet».

2- وقد سارت أغلب القوانين اللاتينية في تلك الفترة، أسوة بقانون نابليون، نذكر منها: في أوروبا (هولندا وإسبانيا)، ودول أمريكا الجنوبية والوسطى (بولوفيا وغواتيمالا) (1877)، والشيلي (1856)، والأوروغواي (1869)، والهندوراس (1880)، وفنزويلا (1873)، وكولومبيا (1887-1873)، بالإضافة إلى دول أمريكا الشمالية، (لويزيانا) (1828)،

H. Capitant, De la cause dans les obligations, op.cit., p.p.172-174.

ينظر:

من المادة 110 إلى المادة 144 منه، ولكنها لا تقول شيئاً عن محتوى هذه الإرادة، ولا تُميّز بين مظهرها والغرض منها، والبحث عن فكرة السبب في القانون الألماني يمكن استخلاصه مما يسمونه: الإضافة إلى الذّمة *Vermögenszuwendungen*، وهي عبارة عن منفعة مالية، أو إثراء يتحقّق لصالح شخص، بمقتضى عمل إرادي مشروع (تصرّف قانوني أو عمل مادي)، يصدر من المفتقر، وسبب "الإضافة إلى الذّمة"، هو عبارة عن الغرض المباشر الذي يرمي إلى تحقيقه المضيف إلى الذمة، ويحدد هذا السبب وفق الفقه الألماني على أساس تقسيم ثلاثي للسبب، موروث عن دعاوى الإثراء في القانون الروماني، يكون السبب بمقتضاه، إمّا بالوفاء *Causa solvendi*، أو الإدانة *Causa credendi*، أو التبرع *Causa donandi*¹.

والإدانة في مفهوم الفقه الجرمني، هي التصرف بمقابل، الذي قد يكون استرداد ما أعطاه المضيف -أي الشخص الذي أضاف لذمة المدين منفعة مالية لسبب من الأسباب التي ذكرناها سابقاً-، أو استرداد قيمته، كما في القرض والوكالة، وإمّا أن يكون محله شيئاً آخر محددًا بالاتفاق، كما في العقود الملزمة للجانبين، وهذا الالتزام موجود حتى عندما يختفي السبب لاحقاً، أو عدم تحقق النتيجة المتوقعة من مضمون أو محتوى التصرف القانوني²، فالبائع يحصل على دين بالثمن، في مقابل إلزامه بنقل ملكية البيع، ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالبائع عليها، فبالنسبة للفقه الألماني، لا يجب الخلط بين السبب القانوني، والأغراض البعيدة التي يرمي إليها المضيف، أو (البواعث) التي تدفعه إلى تنفيذ التزامه، أو إلى الحصول على مقابل، أو إلى هبة، فوفاً كل سبب قانوني بواعث تختلف باختلاف الأحوال، فالهبة مثلاً، قد تتم بناء على تعاطف، أو لسبب ترضيية الرأي العام، ولكن هذه البواعث لا تدخل ضمن حساب تقدير وجود الإضافة ونتائجها القانونية، إلّا إذا كانت أشتراطت في التصرف القانوني، أي أثناء التعبير عنه³، وهو ما يتناغم والزرعة الموضوعية التي تميز الفقه الجرمني، الذي يرى بأن التعبير هو الإرادة ذاتها التي يعتد بها القانون.

1- H. Capitant, De la cause dans les obligations, op.cit., p.p.177-180.

2- «Quiconque, dit le premier de ces textes, par prestation faite par une autre personne ou de toute autre manière, fait une acquisition sans cause juridique (ohne rechtlichen Grund) aux dépens de cette autre personne, est obligé vis-à-vis d'elle à restitution. Cette obligation existe également lorsque la cause juridique disparaît ultérieurement, ou que le résultat poursuivi au moyen d'une prestation, tel qu'il ressort du contenu de l'acte juridique, ne se réalise pas». voir: H. Capitant, De la cause dans les obligations, op.cit., p.178.

3- *Ibid.*, p.p.181-182.

ففي النظام القانوني الجرماني، هناك تصرفات مسببة، وتصرفات مجردة، تمثل الأولى، طائفة عقود انتقال الملكية، والحق العيني بوجه عام، دون اعتبار للسبب، فهو مجرد، تنتقل به الملكية، سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها، معييا أم صحيحا، وليس لمن خرج عن ملكيته بعقد غير صحيح، إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها، هي دعوى الإثراء بلا سبب، وهناك طائفة العقود المنشئة للالتزامات، كالسندات، والأوراق التجارية، أو حالات منصوص عليها، كحوالة الحق، وحوالة الدين، والتنازل عن الحق الشخصي، والإبادة في الوفاء، وفي كل هذه الحالات، يكون العقد مجردا، مثلما ما هو الحال في عقود الملكية، وكالتعهد المجرد بالوفاء *Promesse abstraite de paiement*، والاعتراف المجرد بالدين *Reconnaissance abstraite de dette*، وهما صورتان العامتان للتصرف المجرد¹ في القانون الألماني، والقوانين التي تبنت الفلسفة الجرمانية، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني السويسري، والقانون المدني النمساوي؛ إذ ليس للسبب وجودا مستقلا عن التعبير، فما شاء المتعاقدان أن يُضمِّنا التعبير من سبب، يصبح جزءا منه، أي من التعبير أو الإرادة المعلن عنها، وما شاء أن يُغفِلاه، يجب استبعاده من دائرة التعاقد ولا يُعتد به، ومن ثم لا يوجد في القانون الألماني نظرية للسبب، مطوعا في ذلك نزعتة الموضوعية ابتغاء استقرار المعاملات، ولا يمكن التماس السبب خارج التعبير عن الإرادة، وهو ما يجعل منه شيئا موضوعيا لا أمرا نفسيا، ضمانا لاستقرار التعامل²، ومتساقا مع المفهوم النظري الذي رسمه الجرمان لماهية العقد، أو التصرف القانوني بشكل عام، المبني على الإرادة الظاهرة المعبر عنها، التي تبرر القوة الملزمة للعقد عن طريق ربط أجزاء التصرف القانوني، الذي يأتيه أطراف العقد كل بإرادته الواعية، المعبر عنها بكل حرية، ضمن الأطر القانونية الموضوعية له سلفا، ولا حاجة للبحث عن سبب التزامهم في مكانهم إرادتهم الباطنة، بوصفها من المسائل النفسية التي ليس في مقدور القانون الاطلاع عليها.

رابعا- فكرة السبب عند الفقهاء الإيطاليين: يعتقد فقهاء القانون الإيطالي أن السبب هو: "وظيفة التصرف القانوني نفسه"؛ أمّا وظيفة السبب فتتمثل في تحديد نوع العقد، لأنّ مفهوم السبب في النظرية الإيطالية يمتاز بأنّه منفصل عن الإرادة الخاصة، ومتصل بإرادة القانون، ومهمته

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.508-510.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.42.

في النظام التعاقدى هي ككل العناصر الجوهرية، تحديد نوع العقد من حيث وظيفة التصرف القانوني، أو الغرض منه، ولكنه يفترق عن البواعث النفسية التي تحرك إرادة منشئ التصرف ولا يختلط بها، باعتباره الناحية المادية من التصرف، وبهذا الفهم فليس هناك إمكانية لتدخل الاعتبارات الذهنية في معنى السبب، ولا يمكن أن يختلط السبب بالبواعث الدافعة¹، إذ يؤكد الفقيه "دي رو جيرو" بصدده بياناً لوظيفة التصرف التي تأخذ معنى السبب لدى الفقه الإيطالي فيقول: "الواقع أنّ كل تصرف بذاته، وفي ذاته، أي منظوراً إليه نظرة مادية، له غرض اقتصادي قانوني يُسوِّغ وجوده، وينفصل عن البواعث الخاصة للفرد، فالسبب هو الغرض الاقتصادي القانوني، الذي يعترف به القانون ويحميه، هو الوظيفة التي يرمي إليها التصرف، منظوراً إليه نظرة مادية"²، فالفقه الإيطالي، ينظر إلى التصرف منفصلاً عن الشخص الذي يرممه، ويتخذ من الوظيفة القانونية لهذا التصرف سبباً له، ويشير وحيد سوار الدين في مؤلفه "التعبير عن الإرادة" إلى مثالين يضرهما الفقيه الإيطالي فيرارا "Ferrara" لإيضاح هذه الفكرة، حيث يقول هذا الأخير بأن: "السبب في عقد البيع يكون هو تبادل الشيء بالثمن، أي تبادل المتعاقدين المنافع الاقتصادية القانونية المتقابلة، وفي هذا التبادل يتركز التصرف بجوهره الضروري الكافي، بصرف النظر عن جميع الأغراض الداخلية المحتملة والمتميّزة التي تدفع الطرفين إلى هذا التبادل المادي، أما السبب في الهبة، فهو النية القاطعة في التخلي عن مال خاص بلا مقابل، بقصد التبرع للموهوب له، دون النظر إلى الباعث الداخلي الذي أوحى بهذا التخلي المجاني للواهب عن ماله"³، فالسبب كما يراه فقهاء القانون الإيطالي، هو الأساس القانوني للالتزام، وهو السبب المادي للحماية القانونية أو قوة التصرف الإلزامية، ولا يُبحث عنه في نية المتعاقدين بما أنه عنصر مادي خارجي،

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.477.

2- دي رو جيرو، نظم القانون المدني، ط.6، تورينو، إيطاليا، 1939م، ج.01، الفقرة: 21. مشار إليه في مؤلف: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.478.

3- فيرارا، دستور القانون الخاص، تورينو، إيطاليا، ج.1، فقرة: 191. مشار إليه في مؤلف: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.478-479.

يصحح الوعد ويبرره، ويخلع عن إعلان الإرادة أثره، فهو يعبر دائما عن إرادة القانون بالتعارض مع إرادة المتعاقدين¹.

وما يلاحظ على التحليل الذي قال به "فيرارا"، أنّ الفقه الإيطالي مثله مثل الفقه الفرنسي، يفرق بين الباعث والسبب، حيث أنّ السبب عنصر ثابت لا يتغيّر في النوع الواحد من العقود، مثل ما هو عليه الحال في النظرية التقليدية عند الفقهاء الفرنسيين، لكن ما تفرق فيه النظريتان، أنّ السبب والباعث في النظرية الفرنسية، عنصران من طبيعة واحدة، كلاهما عنصر نفسي يتصل بالإرادة الخاصة، على غير النظرية الإيطالية التي تذهب إلى أنّ السبب هو الوظيفة القانونية للتصرف نفسه، مُعْتَبَرًا بذاته، دون النظر إلى الإرادة الخاصة التي أنشأته، فالنظرية الإيطالية تستبعد العلاقة بين السبب والإرادة الخاصة، في الوقت الذي تحتفظ بها النظرية الفرنسية مبدئيًا، وهو النظر الذي يجعل من فكرة السبب في الفقه الإيطالي، فكرة مادية، تقترب من فكرة السبب كما رآها فقهاء القانون الروماني²، وتجعل من السبب عنصرا يرتبط بالقانون وليس بالإرادة الخاصة.

خامسا- فكرة السبب في الفقه القانوني الأنجلوساكسوني: سبق أن رأينا أن العقود في القانون الإنجليزي ومن اعتنق فلسفته، تنقسم إلى عقود شكلية *Act under seal deed canvenant* و *speciality*، وعقود رضائية *Simple contract promise agreement*، ورأينا أنّ العقد الشكلي لا ضرورة للاعتبار فيه، وهو أقرب إلى العقد المجرد في القوانين الجرمانية، وفي القانون الروماني، بل هو أقرب إلى القانون الروماني منه إلى القانون الجرمني، لأنّ تجريده من سببه قائم على الشكلية كما كان الأمر لدى الرومان³، على غير ما يقرره القانون الإنجليزي بالنسبة للعقود الرضائية، حينما يفرض وجود "اعتبار" *Considération* فيها إلاّ استثناء⁴، والاعتبار هذا في نظرهم، هو الثمن الذي اشترى به أحد المتعاقدين التزام الآخر، والفكرة فيه ليست المغنم الذي

1- بون فانتى، مجلة القانون التجاري، المجلد الأول، 1908م، ص.123. مشار إليه في مؤلف: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.480.

2- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.480.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.590.

4- هناك بعض العقود الرضائية في القانون الإنجليزي لا تتطلب وجود "اعتبار"، ويفرض القانون إفراغها في شكل رسمي كما هو موضح في المتن.

حصل عليه الملتزم من وراء التزامه، كما هو الأمر في السبب في النظرية التقليدية الفرنسية، بل هو المعرّم الذي تحمّله الدائن حتى يحصل على التزام المدين، فالاعتبار بهذا التصور هو ركن في الحق الشخصي لا في الالتزام، ونية التبرع في القانون الإنجليزي - كما رأينا في الفصل الأول - لا تصلح لأن تكون "اعتباراً"، في الوقت الذي تصلح لأن تكون سبباً في النظرية الفرنسية¹.

ويشترط النظام القانوني الأنجلوساكسوني في "الاعتبار" ثلاثة شروط، أولها: أن يكون معاصراً للالتزام، لا قبله ولا بعده، وثانيها: أن يكون مشروعاً، أي لا يخالف النظام العام والآداب، وثالثها: أن يكون شخصياً، أي أنّ المعرّم يتحمّله الدائن شخصياً، حتى يحقّ له أن يطالب بالالتزام الذي ترتب في ذمة المدين، ولا يشترط فيه أن يكون معادلاً للالتزام، فقد يكون ضئيلاً، أو تافهاً، ومع ذلك يصلح لأن يكون "اعتباراً"، فهو أقرب لأن يكون ضرباً من الشكلية، من أن يكون شرطاً موضوعياً².

وبناء على التحليل الذي قال به الفقه الأنجلوساكسوني، يلاحظ أنّ مفهوم الاعتبار لدى الإنجليز يقترب كثيراً من النظرية التقليدية عند الفرنسيين، فكلاهما يتناول مفهوم السبب، أو الاعتبار، في جانبه المادي، وهو ما يجعل السبب بهذا النظر يفترق عن الباعث الدافع، حيث يقرر النظام القانوني الإنجليزي، أن الاعتبار في الالتزام الناشئ من عقد ملزم للجانبين، هو الالتزام المقابل له، وفي الالتزام المترتب عن عقد عيني، هو التسليم، وهو ما يمثّل النظرية التقليدية الفرنسية، باستثناء عقود التبرع، أين يفرض القانون الإنجليزي إفراغها في قالب رسمي (شكلي)، دون أن يطلب وجود عنصر "الاعتبار" فيها³، ففي نظر هذا الفقه، قد يشتمل المقابل ذا القيمة على حق، والذي قد يكون مصلحة ربح أو منفعة لطرف ما، أو امتناع، أو ضرر، أو خسارة، أو مسؤولية يتحمّلها الطرف الآخر، ولذا نجد الوعود المجانية (عقود التبرع)، غير قابلة للتنفيذ في النظام القانوني الإنجليزي، تأسيساً على أنّ مبدأ الأخذ والعطاء يحدده وجود المقابل⁴، كما أنّ

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 591.

2- المرجع نفسه، ص. 590. الهامش رقم: 3.

3- المرجع نفسه، ص. 591.

4- صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2002م، ص. 71.

القانون والفقهاء الإنجليز يفرقان بين الدافع، والمقابل Motive and considération، إذ إنّ المقابل يعني شيئاً ذو قيمة مادية¹، والدافع لا يمكن تقديره بقيمة مادية معينة، فهو مرتبط بنفسية المتعاقد.

وبشكل مجمل، فإنّ الملمح الأساس في هذا القانون، أن يكون الشيء ذا قيمة في نظر القانون، أي يجب أن يدفع حتى يكون العقد ملزماً، وكل وعد مجاني غير رسمي، لا يرقى لأن يكون عقداً، كأن يعد شخص شخصاً آخر بهدية، لمجرد دافع عاطفي أو شفقة، فإنّ ذلك لا يمثل إلزاماً في العقد (الوعد)² بالنسبة للنظام القانوني الإنجليزي.

الفرع الثالث: معالم فكرة السبب بمعانيه المختلفة في الفقه القانوني

بعد استعراضنا للمعاني والتأويلات المختلفة لفكرة السبب في التصرفات القانونية في كبرى المدارس القانونية على تنوع مشاربها ومرجعياتها الفلسفية والعقدية، نحاول في هذا الفرع بيان أهم الضوابط التي حددتها بعض الأنظمة القانونية التي عاجلت الفكرة بطريقتها وفقاً لخصوصياتها وفلسفتها القانونية، على غرار نظرية السبب في النظام القانوني اللاتيني، وفكرة الاعتبار أو المقابل لدى المدرسة الأنجلوساكسونية.

أولاً- ضوابط نظرية السبب بمعنى الباعث في الفقه القانوني: تنازع الفقه القانوني تياران، تيار ينزع نحو التفسير الذاتي للالتزامات الإرادية، وتمثله المدرسة الفرنسية في القانون، وهي التي أخذت بالنظرية الحديثة في السبب، وتيار ذو نزعة مادية موضوعية، تمثله المدرسة الألمانية، والتي لا يعتد فيها بالباعث إلا إذا ظهر في التعبير عن الإرادة، ومنشأ الخلاف بين المدرستين، هو الإرادة المعتبرة في التصرفات القانونية، هل هي الإرادة الباطنة أم الإرادة الظاهرة؟

والمعروف عن الفقه الفرنسي اعتداده بالإرادة الباطنة؛ باعتبارها أصل الإرادة التي تظهر للوجود، أي الصيغة أو المظهر المحسوس، وما الإرادة الظاهرة إلا تعبير مادي عن الإرادة الباطنة، وهي الإرادة الحقيقية في نظر الفقه الفرنسي، التي يجب أن تكون خالية من العيوب، وأن يكون

1- صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.85.

2- المرجع نفسه، ص.43.

الباعث عليها مشروعاً، ولكي تؤدي هذه الإرادة وظيفتها ويعتد بها، وجب ألا تبقى حبيسة ضمير الشخص المتصرف، بل لا بد من التعرف عليها. ولكن ما لم يتفق حوله الفقه والقضاء الفرنسيين، هو المعايير التي يعتمد عليها القاضي في أعمال نظام السبب بمعنى الباعث كما استقر عليه الفقه القانوني الحديث، بغض النظر عن تحديده، بين من يوجب ضرورة علم الطرف الآخر بهذا الباعث، ومن يقول بمعيار المساهمة (الاشتراك) في عقود المعاوضة، والعلم في عقود التبرع، وقد استقر رأي القضاء الفرنسي على معيار العلم بالباعث، أو إمكان العلم بالنسبة للطرف الآخر¹، وفي حالة عدم علمه فإن العقد يكون صحيحاً بغض النظر عن مشروعية الباعث من عدمه، لأن صحة التصرف هنا تستند إلى الإرادة الظاهرة، شأنه شأن التصرف الذي يقوم على إرادة معينة بغلط لا يعلمه المتعاقد الآخر².

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي، في مسألة إبطال التصرفات ذات الباعث غير المشروع، بيع أو إجارة منزل بغرض استعماله فيما يخالف النظام العام والآداب، من طرف المشتري أو المستأجر، وإبطاله للقرض الذي كان باعث المقترض عليه ممارسة القمار، مع علم المقرض بذلك، سواء اشترك معه في العلم، أم لم يكن كذلك، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة، أم لم يكن³.

وبقي أن نشير، إلى أن القانون الألماني لا يعتد بالسبب بمعنى الباعث، إذا لم يتضمنه التعبير عن الإرادة، حتى ولو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر، مطوعاً بذلك نزعتة الموضوعية، التي تعتد بالتعبير، وتجعل منه الإرادة الحقيقية التي يعتد بها القانون، لأن الإرادة لا تأخذ مظهرها اجتماعياً إلا في صورة الإرادة الظاهرة، والقانون يهتم بالظواهر الاجتماعية، لا النفسية، ومع ذلك، يجب البيان أن القانون الألماني يعتد في بعض الأحوال بالباعث غير المشروع، رغم نزعتة المادية الطاغية، كما هو الشأن في التصرفات التي يشوبها الاستغلال⁴، وهو أمر نفسي ذاتي يتصل بالشخص المستغل، ويعتبرها باطلة لعدم مشروعية الباعث عليها، والمفارقة أن المذهب الفرنسي

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.27.

2- المرجع نفسه، ج.04، ص.29-30.

3- مشار إلى هذه القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في مؤلف: السنهوري، مصادر الحق في الفقه

الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.31.

4- المادة 2/138 من القانون المدني الألماني.

المتميز بنزعتة الشخصية الغالبة، لم يأخذ بعيب الاستغلال خلافا للمذهب المادي، الذي ذهب إلى بطلان العقود المشوبة بعيب الاستغلال بطلانا مطلقا، بالنظر للبائع غير المشروع لدى المستغل¹، ولكن ما يلاحظ على هذا التأويل الذي أخذه السبب في النظرية الحديثة، هو أن الضابط الذي يُقوّم به الفقه القانوني مشروعية البائع من عدمها، يتوقف على مدى موافقته للنظام العام والآداب، غير أن هذا المعيار لا يعد كافيا للإحاطة بمسألة مشروعية التصرفات القانونية، كونها مفهوم نسبي يصعب تحديده، وهو ما جعل الفقهاء والشراح يختلفون في تعيين حدوده وتعريفه، وإن كان مبدأ المشروعية يعبر بشكل عام عن الإرادة الجماعية لدى المجتمعات، التي قد تتهددها بعض الإرادات الفردية في بعض التصرفات القانونية، لتتصادم مع المصالح العليا للمجتمع، ومن ثم تدخل ضمن دائرة العمل غير المشروع.

ثانيا- ضوابط فكرة الاعتبار في النظام القانوني الأنجلوساكسوني: تحت تأثير النظريات الفلسفية ذات النزعة النفعية، التي تجعل من المنفعة غاية ما يهدف إليه الإنسان من وراء تصرفاته، تبدو المدرسة الأنجلوساكسونية في الفقه القانوني غارقة في المادية دون أن تلتفت إلى ما وراء التصرفات القانونية، وهو الأمر الذي جعل النظام القانوني الإنجليزي لا يعرف مصطلحا في قانونه يسمى "السبب"، ولا يشترط وجود سبب للالتزام، إنما يشترط وجود شيء آخر يقرب من فكرة السبب، يدعى "الاعتبار" Consideration، وفي بعض العقود فقط، وهي العقود المسماة البسيطة أو العادية²، وعليه نحاول الاقتراب من هذه الفكرة في مفهوم الفقه والقضاء الإنجليزي، ونرى ما هي الشروط التي يتطلبها الاعتبار في العقود التي يجب أن يوجد فيها.

1- يجب أن يكون الاعتبار حقيقيا: ويقصد فقهاء القانون الإنجليزي بذلك، أن قيام الشخص بتنفيذ ما أوجب عليه القانون من التزامات لا يكون اعتبارا، وكذلك التعهد بعمل غير ممكن التنفيذ، لا يمكن له تطلب الاعتبار بالمعنى الذي يُعرّف به الفقه الإنجليزي، هذا المتطلب القانوني³،

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج. 04، ص. 46.

2- راجع الجزء الخاص بالعقود في الفقه الأنجلوساكسوني، الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الأول، الفرع الثاني، الفقرة الثالثة، ص. 62.

3- حليلة آيت حمودي، نظرية البائع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الحداثة للنشر والتوزيع، ط. 1، بيروت، لبنان، 1986م، ص. 133.

فلا يكون المقابل حقيقيا في الوعود التقديرية، كمن يدعي أن الوعد يحتوي بنودا تركت مجمل الأداء لرغبة صاحب الوعد، وكذا المقابل المستحيل بسبب خطأ عندما يكون الإنجاز ماديا، ما يجعل المقابل وهيا وليس حقيقيا، وفي الحالات التي يكون فيه الواجب العام مفروضا على المدعي بموجب القانون، فإن أداء الواجب لا ينهض سببا مقابلا بالنسبة للنظام القانوني الإنجليزي الذي يقوم على أساس السياسة العامة التي يتولى تقديرها القضاء¹.

2- يجب أن يكون للاعتبار قيمة مادية: وعلى ذلك فإن الالتزام الأدبي في النظام القانوني الإنجليزي، لا يصلح لأن يكون اعتبارا، وهذه القيمة المادية التي تشترط في الاعتبار، تختلف من شخص إلى آخر باختلاف تقديرهم لهذه القيمة، فلا قيمة للاعتبار إذا لم تكن له قيمة في نظر الغير، فعلى الرغم من أن المقابل لا يجب أن يكون كافيا، إلا أنه يجب أن يكون حقيقيا، أي أنه مؤهل للتقييم فيما يخص القيمة، بمعنى أن يكون ذا قيمة في نظر القانون، فالابن مثلا، لا يدفع مقابلا لوعده أبيه بأن يدفع عنه دينه، مقابل ألا يزج الابن بالشكوى²، كل ما في ذلك أن العبرة بوجود هذا الاعتبار، وليس بتعادله، أو توازنه مع المقابل، ويكفي لصحة التصرف أو العقد أقل اعتبار، أي مهما كانت هذه القيمة قليلة، أو زهيدة³، فليس بالضرورة أن يناسب المقابل العقد، المهم أن يكون ذا قيمة في نظر القانون، والمحاكم في النظام القانوني الإنجليزي لا تسأل إن كان المقابل مناسبا للوعد الذي قطعه الواعد على نفسه، فقد يكون المقابل ذا فائدة لصاحب الوعد، أو لطرف ثالث، وقد لا يمثل منفعة ظاهرة، وإنما يمثل فقط ضررا على الموعود، وتعود فكرة تناسب المقابل إلى تقدير أطراف العقد عن طريق الاتفاق، فأبي مُدَّعٍ لا يمكنه الإتيان بدليل مختوم عليه، يثبت مشاركته في المفاوضات وتقديم مقابل أساس، ذو قيمة مهما كان شكله، يعتبر وعده خالٍ من الاعتبار⁴.

1- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.57.

2- صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.55.

3 - حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.133.

4- صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.83.

3- يجب أن يكون الاعتبار موجودا وقت التعاقد: أي أن لا يكون سابقا للخدمة التي تم أدائها، فإذا كان الاعتبار سابقا للخدمة المؤداة فلا يصلح لأن يكون اعتبارا كأصل¹، فالمقابل أو الاعتبار في النظام القانوني الإنجليزي شيء ضروري يدخل في تكوين العقد، وأي وعد غير رسمي دون مقابل لا يُمكن صاحبه من المطالبة القضائية، بالرغم من أن الموعد قد يفعل شيئا على أساسه²، وعلى هذا لا يكون المقابل الماضي مقابلا (اعتبارا)، إذ يجب أن يعطى المقابل للوعد لقاء الوعد، إذا أنجز الفعل، أو امتنع عن الفعل، الذي لا يستوجب مقابلا في زمن سابق ومستقل عن قطع الوعد، لأن ذلك لا يرقى لأن يكون مقابلا في القانون، كما لو قام بائع بضمان شيء بعد بيعه، فلن يكون في مقدور المشتري أن يقاضيه، لأن الوعد أصبح من الماضي³.

رابعا- أن يكون الاعتبار مشروعاً: بحيث لا يسمح القانون بالاتفاقيات التي تخالف الآداب والنظام العام، وقد أبطأ القضاء الإنجليزي الاتفاقيات التي يكون محلها إنشاء علاقات غير مشروعة، أو مخالفة للآداب، إلا أن هذا البطلان أساسه المحل غير المشروع وليس الباعث غير المشروع، فالقانون الإنجليزي لا يهتم بالبواعث، فالاعتبار عنصر داخل في العقد، وعنصر من عناصره، ولا علاقة له بأشخاصه⁴، وإن كان في خطوة تالية يستعلم عما إذا كان غض النظر عن حرية أخلاقية يمثل مقابلا ساريا أم لا؟ وعندما نقبل بأن أمرا مثل هذا لا يمثل مقابلا، فإن هذا يقوم على أساس السياسة العامة، وسيكون من المستحيل أن مناقشة مسألة التغاضي عن حرية أخلاقية قد لا تكون ذات نفع كبير للطرف الآخر، كأن يهدد شخص ما بأنه سيطلع زوجة شخص آخر على خطاب يحوي معلومات مضرّة كتبها هذا الأخير، ويقطع هذا الشخص وعدا لمن هددته، بدفع مقابل مالي نظير ألا يفعل ذلك، فيكون وعد عدم إخبار الزوجة مقابلا حقيقيا، لكونه ذو منفعة أكيدة لدى الشخص الثاني، لكن حتى ولو كان التغاضي عن حرية غير أخلاقية يمثل منفعة حقيقية للطرف الآخر، فهل يجب الاعتراف بأن ذلك يمثل مقابلا صحيحا؟ وعلى أي أساس يجب افتراض أنها مقابل غير صحيح؟ بالتأكيد ليس على أساس أنها اتفاق على فعل غير

1- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.134.

2- صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، المرجع السابق، ص.74.

3- المرجع نفسه، ص.58.

4- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.134.

أخلاقي، إذ مجمل الغرض من الاتفاق هو منع حدوث ذلك، وأوليس من هدف الاتفاق تربية الأخلاق، وذلك أن يدفع للموعد مقابل ألا يفعل شيئاً غير أخلاقي؟¹

يجيب "سامسوند وينفيلد" في كتاب له في "قانون العقود" بأن التعهد بعدم القيام بأي فعل إجرامي، وإن كان يبدو فيه أن المقابل ليس وهماً، أو غير قابل للفعل، مجرد أنه لا يحتوي على شيء أكثر من وعد أو إنجاز فعل ملزم يستحقه أصلاً طرف ثالث، وكيفما كان الاتفاق، فإن في هكذا حالات يعتبر فيها العقد باطلاً، ليس لعدم كفاية المقابل المناسب، بل لأنه غير قانوني ومنافٍ للسياسة العامة، ومن الصعوبة بما كان أن يعترف القانون بعقد يكون فيه المقابل مجرد وعد بعدم ارتكاب فعل إجرامي، أو الامتناع عن فعل مماثل.²

وبشكل عام، يمكن القول بأنه حتى وإن كان الاعتبار داخلاً في العقد، ويشكل عنصراً من عناصره، فالمعادلة أو المساواة ليست مهمة فيه، ويكفي أن يُطلب بجدية من الواعد، وتبدو هذه الفكرة في القانون الإنجليزي منسجمة مع ما قاله "دوما": "لا شيء بدون مقابل Rien n'est gratuit، ولو أن الأمر أقرب إلى الاعتبارات الشكلية منه للاعتبارات الموضوعية؛ ومع ذلك، تجب الإشارة بأن القضاء الإنجليزي في اجتهاداته الحديثة يراعي الاعتبارات الأخلاقية الماسة بالسياسة العامة، أو المصالح العامة للمجتمع، أما العقود التي ينص القانون على إفراغها في شكل رسمي، فلا يتطلب فيها عنصر الاعتبار.

المطلب الثالث: فكرة السبب في الفقه الإسلامي وأصوله

لما كان علم الأصول علماً نظرياً يتغلغل فيه العقل، ويمتطي صهوة أمواجه، ليغوص في أعماقه بحثاً عن نفاثس الدرّ، كان لأصول الفقه وقواعده أن تتراءى للناظر بجانب كبير من الأهمية في باب الاجتهاد، واستنباط الأحكام من الأدلة استناداً إلى دلالة اللفظ، وهو ما نسترشد به في طريق بحث مشكلة الأسباب، وعلاقتها بأحكام الشرع، كما كتب فيها علماء الأصول وفقهاء الشريعة الإسلامية.

1- صلاح علي إبراهيم، السبب والمقابل وأثره في العقود، المرجع السابق، ص. 147.

2- المرجع نفسه، ص. 148.

الفرع الأول: سببية التصرف الشرعي في أصول الفقه

بشيء من التحليل والمقارنة، نستعرض المعاني المختلفة للسبب في الشريعة الإسلامية، لغة وأصولاً، وفقها، دون أن نغفل الجوانب الفلسفية لفكرة السبب، والسببية بشكل عام، سعياً إلى إيضاح مختلف دلالات هذا اللفظ، واستشراق مكانته في فقه المعاملات المالية والتصرفات الشرعية بوجه عام.

أولاً- المعاني المختلفة للفظ السبب في اللغة والاصطلاح: تتعدد معاني السبب في اللغة والاصطلاح، وتتداخل مع معان ومفاهيم أخرى اختلف حولها أهل اللغة والفقه، من مثل العلة والحكمة، وسنحاول فيما يلي الإحاطة بدلالات هذه الكلمة، التي خاض فيها الفقهاء والمفكرون على اختلاف مشاربهم ومرجعياتهم الفكرية والمذهبية، وفي مختلف اختصاصاتهم العلمية، كالفلسفة وعلم الكلام، وفقه الأصول.

1- المعنى اللغوي للسبب: السبب لغة: هو الطريق الموصِلُ إلى الشيء، قال ابن منظور: "السبب كل شيء توصل به إلى غيره، والجمع أسباب، وكل شيء يتوصل به إلى شيء، فهو سبب، تقول العرب: جعلت فلاناً لي سبباً، أي صلة وذريعة"¹.

والسبب: الحبل، وتجمع على: أسباب أو سُبوب، أي حبال، وفي قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ يَظُنُّ أَنْ لَنْ يَنْصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ فَلْيَنْظُرْ هَلْ يُذْهِبَنَّ كَيْدُهُ مَا يَغِيظُ﴾²، أي فليمدد حبالاً إلى سقوف السماء، ثم ليقطع، بمعنى حتى ينقطع، وقيل: السبب كل حبل حَدَرْتُهُ من فوق، وقيل: لا يدعى السبب سبباً، حتى يصعد به، وينحدر به³.

1- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.06، مادة: سبب، ص.ص.128-129.

2- سورة الحج، الآية 15.

3- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.06، ص.129.

وفي الحديث الشريف: "كُلُّ سَبَبٍ وَنَسَبٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَنْقَطِعُ إِلَّا سَبِيٌّ وَنَسَبِيٌّ"¹، والنسب بالولادة، والسبب بالزواج؛ وهو من السبب، أي الحبل الذي يتوصل به إلى الماء، ثم أستعير لكل ما يتوصل به إلى الشيء، قال تعالى: ﴿إِذْ تَبَرَّأَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا مِنَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا وَرَأَوْا الْعَذَابَ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾²، أي تقطع بهم الوصل والمودة³.

فالسبب في عموم معناه يدور حول كل شيء يُتوصل به إلى غيره، وقد أورد السرخسي في أصوله، التعريف اللغوي للسبب حيث يقول: السبب لغة، الطريق إلى الشيء، قال تعالى: ﴿وَأَتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾⁴، أي طريقاً، وقيل هو بمعنى الباب، قال تعالى: ﴿لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ أَسْبَابَ السَّمَوَاتِ﴾⁵، أي أبوابها، وقيل بمعنى الحبل، قال تعالى: ﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ﴾⁶، كمدّ الحبل من سقف البيت، والكل يرجع إلى معنى واحد، وهو طريق الوصول إلى الشيء⁷.

وفي اللغة الفرنسية فإنّ لفظ Cause ذو الأصل اللاتيني *Causa*، يُقصد به الأمر الذي ينتج عنه تأثير، أو تحديد ظاهرة، أو السؤال: لماذا فعلت بعض الأشياء؟ أي العلة، والدافع، كالدافع إلى الالتزام مثلاً، أو إلى التعاقد أو الاتفاق⁸.

ويظهر من خلال المعاني التي يأخذها لفظ "السبب" في اللغة الفرنسية، كما هو الشأن في اللغة العربية، أنّه الموصل إلى الشيء أو مبرره وعلته، وإن كان معناه في اللغة العربية أوسع،

1- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي الشافعي، المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، كتاب: النكاح، الحديث رقم: 1716، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي، دار الوطن للنشر، ط.1، الرياض، السعودية، 1422هـ، 2001م، ج.05، ص.2631.

2- سورة البقرة، الآية 166.

3- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.06، ص.129.

4- سورة الكهف، الآية 84.

5- سورة غافر، الآية 36.

6- سورة الجح، الآية 15.

7- أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، والنشر، بيروت، لبنان، 1973م، ج.02، ص.301.

8- Le petit Larousse, Édition anniversaire de la semeuse, 1990-2010, Paris, France, p.170.

ويُستعمل للدلالة على عدة معانٍ، كالحبل، أو الطريق، أو الذريعة، وغيرها من المعاني، بحسب السياق الذي يذكر فيه، ثم استعير معناه للدلالة على كل ما يتوصل به إلى الشيء. وبالنظر إلى المعاني التي يأخذها لفظ السبب من الناحية اللغوية، يبدو أنه ليس هناك مناسبة تؤشر على إمكانية اعتباره ركناً يدخل في ماهية العقد، بل هو مرادف من حيث المعنى المقصود به، لأي وسيلة أو فعل يكون موصلاً إلى مقصد ما، ويكون بهذا المعنى العقد نفسه سبباً لتحقيق الغرض الذي وجد لأجله، أو علة لفعل أو نتيجة فعل، أي مبرره أو أثره.

2- المعنى الاصطلاحي للسبب: تتعدّد معاني السبب، بتعدّد المقاصد والفروق اللغوية بين الفقه الإسلامي وأصوله.

أ- السبب عند الأصوليين: يتناول الأصوليون مسألة السبب من زاوية فلسفية تتصل بعلم الكلام، لا صلة لها بالمعاني التي قصدتها فقهاء المعاملات في الشريعة الإسلامية، أو فقهاء القانون، ومن بين التعاريف التي صاغها الأصوليون بشأن السبب، نورد ما قاله القرآني بأنه: "ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه عدم لذاته"¹، ويوضح القرآني هذا التعريف من خلال إخراج محترزاته، أو القيود الثلاثة التي ضمّنها في تعريفه للسبب، حيث يقول: "ما يلزم من وجوده الوجود، احترازاً من الشرط، فإنه لا يلزم من وجوده شيء، إنّما يؤثر في عدمه عدم"²، أمّا عبارة: "من عدمه عدم"، فهي احتراز من المانع، لأن المانع لا يلزم من عدمه الشيء"³، و: "لذاته"، احترازاً من مقارنة وجود السبب، عدم الشرط، أو وجود المانع، فلا يلزم من وجوده الوجود، أو إخلافه بسبب آخر حالة عدمه، فلا يلزم من عدمه عدم"⁴.

1- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور ب: القرآني، الفروق، أنوار البروق في أنواع الفروق، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ج.01، ص.151.

2- الشرط هو الذي يلزم من عدمه عدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته. يراجع: القرآني، الفروق، المرجع السابق، السابق، ج.01، ص.151.

3- المانع، هو الذي يلزم من وجوده عدم، ولا يلزم من عدمه وجود، ولا عدم لذاته. يراجع: القرآني، الفروق، المرجع السابق، السابق، ج.01، ص.152.

4- المرجع نفسه، ج.01، ص.151.

ويعرفه الشاطبي في الموافقات بقوله: "السبب، ما وُضع شرعاً لحكمٍ وضعي أو تكليفي، لحكمة يقتضيها ذلك الحكم، كما كان الزوال سبباً في وجوب الصلاة والنصاب سبباً في وجوب الزكاة، والعقود أسباباً في إباحة الانتفاع، أو انتقال الأملاك، وما شبه ذلك"¹، وعرف العلة بقوله: "المراد بها الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي، فالمشقة علة في إباحة القصر، والفطر في السفر، والسفر هو السبب الموضوع سبباً للإباحة، وعلى الجملة، العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة، لا مظنتها، ظاهرة كانت، أو غير ظاهرة، مُنضبطة، أو غير منضبطة"².

ويلاحظ على تعريف الشاطبي، أنه يُفرّق بين السبب والعلة، فهما متباينان في نظره، فكل سبب ليس بعلة، وكل علة ليست بسبب، إذ يشترط في السبب، أن يكون وصفاً ظاهراً منضبطاً، بخلاف العلة، فإنه لا يُشترط لها هذان الوصفان، أما قوله: "الحكم، أي حكم وضعي أو تكليفي، في إباحة الانتفاع حكم تكليفي، وانتقال الأملاك حكم وضعي"³، لأن خطاب التكليف يمتاز عن خطاب الوضع بأنه لا يتعلق إلا بفعل المكلف المكسوب له، وشرط صحته علم المكلف به وقصده إليه، أما خطاب الوضع فقد يتعلق بفعل غير المكلف، كوجوب ضمان ما يتلفه الصبي أو والديه، ويتعلق بغيره بما لا كسب له فيه، كوجوب الدية على العاقلة في قتل الخطأ، ولا يشترط في نفاذه علم المكلف به أو قصده⁴.

ومع ذلك يبيّن الشاطبي أنّ لفظ السبب، قد يُطلق على العلة من أجل ما بينهما من اتصال، إذ يقول: "على أنّه قد يُطلق هنا لفظ السبب على نفس العلة لارتباط بينهما، ولا مشاحة في الاصطلاح"⁵.

1- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، المشهور ب: الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، ط. 1، بيروت، لبنان، 2004م، ص. 160.

2- المرجع نفسه، ص. 160.

3- ينظر: تعليق عبد الله دراز على الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، ص. 160، الهامش رقم: 01.

4- ينظر: تعليق أبو عبيدة بن حسن آل سلمان على الموافقات، دار بن عفان، السعودية، ص. 235. الهامش رقم: 02.

5- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، ص. 160.

مما تقدّم يتبيّن أن السبب، هو الوصف الذي جعل الشارع وجوده، علامة على وجود الحكم، وعدمه، علامة عدمه لذاته، سواء أكان مناسباً لتشريع الحكم، مناسبة ظاهرة، أم لا، فإن كان مناسباً للحكم مناسبة ظاهرة، تُسمّى سبباً فقط، ولم يُسمَّ علّة¹؛ وقد وردَ في المستصفى لأبي حامد الغزالي، بصدد حديثه عن السبب والأسباب قوله: "ونعني بالأسباب ها هنا، أنها هي التي أضاف الأحكام إليها"²، أي الخالق عزّ وجل، لقوله تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ﴾³، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾⁴، والأوصاف التي أضاف الشارع الأحكام إليها، تشمل السبب والعلّة، من مثل ما ليس فيه مناسبة ظاهرة، كدلوك الشمس لإقامة الصلاة، وشهود الشهر لصيام رمضان، وبما فيه مناسبة ظاهرة، كالزنا لوجوب الحد، والسرقة لوجوب القطع⁵، وعلى رأي الغزالي، فإن السبب أعظم من العلّة، وإنّه يشمل ما له مناسبة ظاهرة، وما ليس له مناسبة ظاهرة، ويؤكد ذلك مقارنة تعريفه للعلّة، بتعريفه للسبب، إذ يعرف العلة بقوله: "ونعني بالعلّة في الشرعيات مناط الحكم، أي ما أضاف الشرع الحكم إليه، وأناطه به، ونصّبته علامة عليه"⁶، ويضيف بأنّ: "العلّة الشرعية علامة وأمارة، لا توجب الحكم بذاتها، وإنما معنى كونها علّة، نصب الشارع إياها علامة، وذلك وضع من الشارع"⁷، فكل من السبب والعلّة عند الغزالي، ما أضاف الشرع الحكم إليه، سواء كان بين الحكم والوصف مناسبة ظاهرة، أم لا.

وعرّف معظم علماء الشافعية السبب بأنه: "الوصف الظاهر المنضبط الذي يكون مناطاً للحكم"⁸، فقد ذكر ابن الحاجب عند الكلام عن الحكم الوضعي الذي هو قسيم الحكم التكليفي، أن الأحكام الثابتة بخطاب الوضع أصناف، منها: الحكم على الوصف بالسببية، وهو

-
- 1- الضيف كيفاجي، نظرية السبب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، المرجع السابق، ص.13.
 - 2- أبو حامد مُجَدِّد بن مُجَدِّد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية ببولاق، ط.1، مصر، 1322هـ، ج.01، ص.93.
 - 3- سورة الإسراء، الآية 78.
 - 4- سورة البقرة، الآية 185.
 - 5- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المرجع السابق، ج.01، ص.93.
 - 6- المرجع نفسه، ج.01، ص.230.
 - 7- المرجع نفسه، ج.01، ص.280.
 - 8- عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، دار البشائر الإسلامية، ط.2، بيروت، بيروت، لبنان، 1421هـ، 2000م، ص.135.

جعل وصف ظاهر منضبط مناطا لوجود الحكم، سواء في ذلك السبب الوقتي، كالزوال لوجوب الصلاة، أم المعنوي، كالإسكار للتحريم، والبيع سبب للملك، والغضب ونحوه من الإتلافات، سبب للضمان، والزنا سبب للعقوبة وغير ذلك¹.

وأما الحنابلة فذهب بعضهم إلى ما ذهب إليه بعض الحنفية، من أنه كل ما دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي، والبعض يراه مثل الشافعية من أنه الوصف الظاهر المنضبط المعرف للحكم².

أما عند فقهاء الحنفية فإن السبب لا يشمل العلة، إذ يسمونه سبباً في الحالة التي لا تكون فيها مناسبة ظاهرة بين السبب والحكم، دون أن يكون علة، أما إذا حدث العكس وكانت بينهما مناسبة ظاهرة، فيسمى علة وليس سبباً، فالحنفية يرون أنّ السبب عبارة عمّا يكون طريقاً للشيء، وهو المعنى اللغوي للسبب، من سلكه وصل إليه، فناله في طريقه ذلك، لا بالطريق؛ ويضربون المثل، بمن سلك الطريق إلى مكة، فإن وصله إليها، كان بمشيه في ذلك الطريق، لا بالطريق³.

وبهذا الصدد يقول السرخسي، بعد أن ذكر التعريف اللغوي للسبب، في معرض كلامه عن السبب في الأحكام، إنّ السبب: "عبارة عن ما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم المطلوب، من غير أن يكون الوصول به، ولكنه طريق الوصول إليه، بمنزلة طريق الوصول إلى مكة، فإنّ الوصول إليها يكون بمشي الماشي في ذلك الطريق، لا بالطريق، ولكن يتوصل إليها من ذلك الطريق عند قصد الوصول إليها، وكذلك الحبل، فإنه طريق للوصول إلى قاع البئر، أو إلى الماء الذي في البئر، لكن لا بالحبل، بل بنزول النازل، أو استقاء النازح بالحبل"⁴.

والمتتبع لأقوال الحنفية في السبب، يجد أنّه يقوم على ثلاثة عناصر أساسية؛ العنصر الأول: أن السبب طريق للحكم، ولا يضاف إليه وجوب الحكم، وجوده وضعاً، والعنصر الثاني: أنّه لا

1- عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، المرجع السابق، ص.135.

2- المرجع نفسه، ص.137.

3- حافظ الدين النسفي أبو البركات عبد الله بن أحمد، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، دار الكتب العلمية، ط.1، ص.1، بيروت، لبنان، 1998م، ج.02، ص.411.

4- السرخسي، أصول السرخسي، المرجع السابق، ج.02، ص.301.

يُعقل تأثيره في الحكم، والعنصر الثالث: أنه لا بد أن يتخلل بينه وبين الحكم علة يُضاف الحكم إليها، وأن تلك العلة غير مضافة إلى السبب¹.

ولإخراج محتزات هذا التعريف يوضح علاء الدين البخاري في كشف الأسرار عن أصول البزدوي بقوله: "ما يكون طريقاً إلى الحكم"، بمنزلة الجنس، يدخل تحته السبب، والعلّة، والشرط، وغيرها، وقوله: "من غير أن يُضَاف إليه وجوب"، احترازاً عن العلة، فإن وجوب الحكم يُضَاف إليها، وقوله: "ولا وجود"، احترازاً عن الشرط، فإن وجود الحكم، يُضَاف إلى الشرط ثبوتاً عنده، وهو احتراز عن العلة أيضاً، فإن وجود الحكم يُضَاف إليها ثبوتاً بها، وقوله: "تأثيره في الحكم" أو "ولا يُعقل فيه معاني العلة"، أي لا يوجد له تأثير في الحكم بوجه من الوجوه، سواء كان بواسطة، أم بغير واسطة، وهو احتراز عن السبب الذي له شبهة العلة، وعن السبب الذي له معنى العلة، فإن كلاهما طريق إلى الحكم، من غير أن يُضَاف إليه وجوب، ولا وجود، ولكنهما لا يخلوان عن معنى العلة².

ب- تعريف العلة عند الأصوليين: العلة في اللغة اسم يتغير به حال الشيء بحصوله فيه، فيقال للمرض علة، لأن الجسم يتغير حاله بحصوله فيه، فيقال: اعتلّ فلان: إذا تغير حاله من الصحة إلى السقم، ولذلك قيل: العلة، الحدث يشغل صاحبه، وهذه علة لهذا، أي سبب له³، أما في جانبها الاصطلاحي، فقد اختلف علماء الأصول حول تعريف العلة، ويعود ذلك كما يروي الغزالي في المستصفى لأمرين، أولهما: اختلافهم في المآخذ الشرعية، هل هي العلة العقلية، أم علة المرض الذي يظهر عندها، وثانيهما: اختلافهم في المذاهب الكلامية في مسألة أفعال الله وأحكامه، هل هي مُعللة بالحكم والأغراض، أم لا، فمن اعترف بالتعليل، لم يتحرج في تعريفها بأنها المؤثر في الحكم بجعل الله سبحانه وتعالى، أو إنه الداعي إلى شرعه، ومن نفى التعليل في أحكام الله وأفعاله،

1- عبد العزيز بن علي بن الربيع، السبب عند الأصوليين، لجنة البحوث والترجمة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1499هـ، 1980م، ج.01، ص.282.

2- أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، المرجع السابق، ص.250.

3- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج.08، مادة: علة، ص.359.

اضطرّ إلى التعليل لأجل القياس، وعرفها بما لا يتنافى مع مذهبه، فعرفها بأنها المعرف للحكم، أو ما جعله الشارع أمانة عليه¹.

وعموماً، فإن العلة عند الأصوليين، هي ما شرع الحكم عنده تحقيقاً للمصلحة، أو هي الوصف المعروف للحكم، فالوصف هو المعنى القائم بالغير، والمعرف للحكم: أي الذي جعل علامة عليه، من غير تأثير فيه، ولا باعث عليه، فمعنى كون الإسكار مثلاً علة، أي أنه معروف أنه علامة على حرمة السكر؛ وقال المعتزلة: "العلّة هي المؤثر بذاته في الحكم"، بناء على قاعدتهم التي تقرر أن الحكم يتبع المفسدة أو المصلحة، وقال الغزالي: "هي المؤثر في الحكم، يجعله تعالى لا بالذات"، وقال الآمدي في "جدله": "العلّة في لسان الفقهاء تطلق على المظنة، أي الوصف المتضمن لحكمة الحكم"، أي هي الباعث على الحكم، والمراد بالباعث، كون العلة مشتملة على حكمة مخصوصة، صالحة لأن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم، أي بمعنى أنها ترتبت على شرعه، مع إرادة الشارع ترتيبها عليه، لمجرد منفعة الغير، ولا تعني أنه لأجلها شرع، حتى تكون باعثاً وغرضاً².

وتطلق العلة عند الأصوليين على معنيين؛ المعنى الأول: هو الحكمة الباعثة على تشريع الحكم، من تحصيل مصلحة يراد تحقيقها أو دفع مفسدة ينبغي تجنبها، مثل حصول المنفعة للمتعاقدین المترتب على إباحة البيع، وحفظ الأنساب المترتب على تحريم الزنى ووجوب الحد على فاعله، وحفظ العقول المترتب على تحريم الخمر ووجوب الحد بشربه، وحفظ الأموال المترتب على تحريم السرقة ووجوب القطع، وحفظ الأرواح المترتب على تحريم القتل العمد العدوان، ووجوب القصاص على مرتكبه، أمّا المعنى الثاني للعلّة عند الأصوليين: فهو الوصف الظاهر المنضبط الذي يناسب الحكم بتحقيق مصلحة الناس، إما بجلب النفع لهم أو دفع الشر عنهم، ومعنى الوصف الظاهر أي الصفة الواضحة التي يمكن إدراكها في المحل الذي ورد فيه الحكم، ومعنى المنضبط، أي الذي ينطبق على كل الأفراد على حد سواء، أو مع اختلاف بسيط لا يؤبه به، ومعنى مناسبه للحكم أي الذي يكون ارتباط الحكم به محققاً لمصلحة العباد غالباً، ومن أمثله: الإيجاب والقبول

1- مصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1986م، ص.221.

2- بدر الدين محمد بن عبد الله الشافعي، المعروف ب: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: عبد القادر عبد الله العاني، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط.2، الغردقة، الأردن، 1413هـ، 1992م، ص.ص.111-113.

هما علة لعقد البيع، فهما أمر ظاهر منضبط يترتب على تشريع الحكم عند وجوده، وهو نقل الملك بين البديلين، مصلحة للمتعاقدين وسدا لحاجتهما بدفع الحرج عنهما¹.

وللمظنّة دالتان فيما ذكر الزركشي في البحر المحيط: دلالة على المعنى، ودلالة على الحكم الشرعي، فإذا أضيفت إلى المعنى الوجودي، سُميت مظنة، وإذا أضيفت إلى الحكم الشرعي، سُميت علة له، فالسفر مثلا، يدلّ على المشقة ويُدلّل على الرخصة، فإذا أضيف إلى الرخصة، فهو علة له، وإذا أضيف إلى المشقة، فهو مظنة، فالسفر مظنة المشقة، وعلة الرخصة².

وعلى هذا، تطلق العلة على كلّ من الحكمة والوصف الظاهر، فيقال: علة وجوب الجلد مثلا: إمّا الزنا نفسها، أو حفظ الأنساب، إلا أنّ علماء الأصول، خصّوا اسم العلة بالوصف الظاهر، وأما الحكمة، فهي ما يترتب على الحكم من جلب مصلحة أو نفع، أو دفع مفسدة أو ضرر³.

ونظرا لخفاء حكمة التشريع أحيانا، وعدم انضباطها أحيانا أخرى، قرر جمهور الأصوليون منع التعليل بالحكمة مطلقا، سواء أكانت خفية أم ظاهرة، منضبطة أم غير منضبطة، وحينئذ يلتبس للتعليل وصفا ظاهرا منضبطا، يدور مع الحكمة أو يغلب وجودها عنده، أي أن المطلوب هو أن يكون الوصف مظنة لتضمنه حكمة، وعندئذ يبني الحكم عليه ويرتبط وجوده بوجوده، وعدمه بعدمه، وهذا هو معنى قول الأصوليون: إن الحكم يدور مع علته لا مع حكمته وجودا وعدمًا⁴.

ويرى الشاطبي أن المراد بالعلة، الحكيم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي، فالمشقة علة في إباحة الفطر، والقصر في السفر، والسفر هو السبب الموضوع سببا للإباحة، وعلى الجملة، فالعلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة، لا مظنتها، ظاهرة

1- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، ط.1، دمشق، سوريا، 1406هـ، 1986م، ج.01، ص.ص.647-649.

2- الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.120.

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.649.

4- المرجع نفسه، ج.01، ص.ص.650-651.

كانت، أم غير ظاهرة، منضبطة أم غير منضبطة¹، على أنه قد يُطلق لفظ السبب على نفس العلة لارتباط بينهما، ولا مَشَاحةً في الاصطلاح².

وأما المانع، فهو السبب المقتضي لعلّة، تنافي علة ما مُنِع، لأنّه إنّما يُطلقُ بالنسبة إلى سبب مقتضى لحكم العلة فيه، فإذا حضر المانع، وهو مقتضى علةً تُنافي تلك العلة، ارتفع ذلك الحكم، وبطلت تلك العلة، لكن من شرط كونه مانعاً، أن يكون مُخلاً بعلّة السبب الذي نُسب له المانع، فيكون رفعاً لحكمه³.

ج- السبب في عرف فقهاء الشريعة الإسلامية: يراد بالسبب في عرف الفقه الإسلامي أحد أربعة أشياء، الأول: ما يقابل المباشرة، كحفر بئر بالنسبة إلى التردية به، فالحافر متسبب إلى الهلاك، والدافع، هو المباشر، أما الثاني: فيطلق على علة العلة، وذلك كرمي القاتل، فإن الرمي علة للإصابة، والإصابة علة لإزهاق الروح، فالرمي، علة العلة، والمعنى الثالث للسبب في الفقه الإسلامي هو: العلة الشرعية بدون شرطها، كملك النصاب من غير حولان الحول، ورابع معنى، هو: العلة الشرعية كاملة، وتسمية العلة سبباً من باب الاستعارة، كالقتل، يكون علة للقصاص⁴.

الفرع الثاني: المقاربة الفقهية لفكرة السبب في الشريعة الإسلامية

المعروف عن الفقه الإسلامي أنه ينزع عموماً إلى الموضوعية في غالبه، حيث يعتد بالتعبير عن الإرادة، دون الإرادة ذاتها، وهو ما يجعل من فكرة السبب تأخذ مدلولات أخرى غير التي استأنس لها الفقه اللاتيني ذو النزعة الذاتية، ومع ذلك تغلب العوامل الأدبية، والخلقية، والدينية، على الفقه الإسلامي، وهذا ما يقتضي أن يُعتد فيه بالباعث، الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها، ونزاهة التعامل ومصداقيته، تحقيقاً للمقاصد الكبرى للدين الإسلامي، وسنرى فيما يأتي، كيف أمكن لبعض الفقهاء المحدثين مقارنة فكرة السبب بمعنى الباعث في الفقه الإسلامي.

1- الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج.01، ص.160.

2- المرجع نفسه.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.161.

4- عبد الرحمن السعدي، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، المرجع السابق، ص.138.

أولاً- فكرة السبب بمعنى الباعث في فقه الشافعية والأحناف: لم يعتمد الفقه الإسلامي على النظريات العامة في أي مذهب من مذاهبه، حيث اكتفى بإيراد الأحكام التفصيلية في جميع المسائل التي يعرض لها، وفق منهجيته وأسلوبه في معالجة القضايا المطروحة على اختلاف حالاتها وجزئياتها، وبالنظر للتصور التي وضعه هذا الفقه عن التصرف الشرعي، فإن أظهر ما يبرز فيه السبب، بالمعنى المراد في الفقه اللاتيني، خاصة وفق النظرة الحديثة التي تعتبره الباعث الدافع على التعاقد، هي صيغة العقد، تمثياً مع النزعة الموضوعية التي ميزت الفقه الإسلامي في غالبه.

1- الباعث متضمن في صيغة العقد: يعتد بالباعث إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة، وأظهر ما يكون السبب متضمناً في صيغة العقد هو أن يتم ذكره صراحة من خلال الإرادة المعبر عنها من طرف المتعاقدين، حيث يكشفان بيانات واضحة عن الباعث الذي دفعهما للتعاقد، فإن كان هذا الباعث المذكور في صيغة العقد مشروعاً، فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع، فالعقد باطل¹، ويمكن قراءة ذلك في عبارة قوية للشافعي في كتاب الأم، حين يقول: "أصل ما أذهب إليه، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر، لم أبطله بتهمة، ولا بَعَادَةٍ بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية لو كانت أظهرت، كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف، على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أبداً"².

فالمبدأ العام، هو أنه لا يُعتد بالسبب بمعنى الباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد، فإن تضمنته اعتد به، كأن يكشف المتعاقدان بيان واضح عن الباعث الدافع لهما عن التعاقد، فإن كان هذا الباعث مشروعاً، فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع، فالعقد باطل؛ ولكن قد لا يذكر السبب صراحة في صيغة العقد، ولكنه يكون متضمناً في العقد، ويستخلص من طبيعة المحل. وأما إذا لم تتضمنه صيغة العقد، فلا يعتد بالسبب، كعقد الكفالة، فهو عقد مجرد في الفقه الإسلامي، إذ إن

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.61.

2- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، المنصورة، مصر، 1422هـ، 2001م، ج.04، ص.152.

التزام الكفيل مجرد إلى أبعد حد، فلا يستطيع الكفيل أن يحتج على الدائن بالأوجه التي يحتج بها المدين¹، على غير ما يقرره القانون، الذي لا يُجيز للكفيل التمسك بجميع الدفوع التي للدائن أن يتمسك بها ضد المدين، كحالة عدم تقدم الدائن بدينه في التفليسة²، وفي هذا المعنى يقول السرخسي من الحنفية: "إذا كفل رجل من رجل بألف درهم بأمره، ثم غاب الأصيل، فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر، فإنه ليس بخصم في ذلك، لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة، والمال يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة، وإن لم يكن واجبا على الأصيل"³، ومعنى ذلك أن التزام الكفيل، مجرد إلى حد أن الكفيل لا يستطيع أن يحتج على الدائن، بأن الدين غير مشروع، لأنه ثمن خمر، وقد كان للمدين أن يحتج بذلك على الدائن⁴، كما ورد في البدائع للكاساني الحنفي أنه: "لو اشترى قمرية على أنها تصوّت، أو طيرا على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشا على أنه نطاح، أو ديكا على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن محمد بن الحسن، لأنه شرط فيه غرر، والوقوف عليه غير ممكن،... لأن هذه صفات يتلهى بها عادة، والتلهي محظور، فكان هذا شرطا محظورا، فيوجب فساد البيع"⁵.

2- استخلاص الباعث على التصرف من طبيعة المحل: قد لا يذكر السبب أو الباعث صراحة في صيغة العقد، ومع ذلك يمكن أن يكون متضمنا في هذه الصيغة، بدلالة المحل الذي انصب عليه تعاقد الطرفين، وعند ذلك يستخلص السبب من طبيعة المحل، وهو ما يمكن فهمه مما جاء في كتاب البدائع: "...وأما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير، كالكلب والفهد والأسد والنمر والذئب والهر ونحوها، فجائز عند أصحابنا (يقصد الحنفية)، وعند الشافعي لا يجوز،... ورؤي عن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور، واحتج الشافعي بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: ومن السحت مهر البغي وثمان الكلب، ولو جاز بيعه لما كان ثمنه سحتا لأنه نجس العين،

- 1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.ص.55-61.
- 2- تنص المادة 658 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب الإهمال".
- 3- أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج.20، ص.85.
- 4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.61.
- 5- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، ط.1، مصر، 1338هـ، 1910م، ج.05، ص.169.

فلا يجوز بيعه كالخنزير، إلا أنه رخص الانتفاع به لجهة الحراسة والاصطياد للحاجة والضرورة..¹، وفي موضع آخر يتناول مسألة التعاقد على الآلات الموسيقية كما تعرف في عصرنا الحديث حيث يقول: "ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة، لكنه يكرهه، وعند أبي يوسف ومُجَّد لا ينعقد بيع هذه الأشياء، لأنها آلات معدة للتلهي بها، موضوعة للفسق والفساد، فلا تكون أموالاً، فلا يجوز بيعها، ولأبي حنيفة أنه يمكن الانتفاع بها شرعاً من جهة أخرى، بأن تُجعل ظروفًا لأشياء ونحو ذلك من المصالح، فلا تخرج عن كونها أموالاً"²، وهو ما يظهر أن المحل قد يكون مشروعاً في ذاته، ولكن السبب الباعث عليه غير مشروع.

3- السبب غير مذكور في العقد: قد لا تتضمن بعض العقود في صيغتها ذكر السبب بمعنى الباعث، لا صراحة ولا ضمناً، وحينها لا يبحث عن السبب خارج العقد ولا يعتد به، فالعقد صحيح مستقل عن السبب³ كمن له عصير يريد بيعه، فلا بأس عليه في ذلك وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرًا، لأن العصير حلال، وله بيعه دون أن يذكر في العقد لا صراحة ولا ضمناً أن المشتري يقصد من شرائه العصير اتخاذه خمرًا، والبيع صحيح حتى لو تبين البائع أن من اشتراه قصد اتخاذه خمرًا، ذلك أن الباعث لم يذكر صراحة في العقد ولا ضمناً يمكن استخلاصه من صيغة العقد، وهذا مضمون ما جاء في مختصر الطحاوي: "من كان له عصير فلا بأس عليه بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرًا دون من يخاف ذلك عليه، لأن العصير حلال، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها"⁴، ومثل ذلك زواج المحلل، فإن ذكر في العقد شرط التحليل كان العقد باطلاً عند الشافعية وأبي يوسف، لأن الباعث عليه غير مشروع، لأن شرط التحليل المصرح به في عقد النكاح في معنى النكاح المؤقت، وشرط التأقيت في النكاح يفسده، والنكاح الفاسد لا

1- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع المرجع السابق، ج.05، ص.ص.142-143.

2- المرجع نفسه، ج.05، ص.144.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.61.

4- أبو جعفر أحمد بن مُجَّد بن سلامة الطحاوي الحنفي، مختصر الطحاوي، تحقيق: أبو الوفاء الأفعاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية، أباد الدكن، الهند، ص.280.

يقع به التحليل فهو نكاح مدة، فهو أشبه بنكاح المتعة¹، أما إذا لم يصرح بذلك في صيغة العقد فذهب الشافعية والحنفية ومن معهم إلى صحته، لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبرة، فقد ورد عن الشافعي قوله: "إذا عقد النكاح مطلقاً لا شرط فيه، فالنكاح ثابت، ولا تفسد النية من النكاح شيئاً، لأن النية حديث نفس، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم، وقد ينوي الشيء ولا يفعله، وينويه ويفعله، فيكون الفعل حادثاً غير النية"²، وهذا تغليباً لاستقرار المعاملات والاعتداد بظاهر التصرف إلى أن يثبت العكس.

ثانياً- المقاربة الفقهية لفكرة السبب بمعنى الباعث في الفقه المالكي والحنبلي: يتفق المالكية والحنابلة على حرمة نكاح المحلل وفساده، ويقولون بوجود التفريق بين المحلل والمرأة قبل الدخول وبعده، ومعاقبتهما مع الشهود إذا كانوا على علم، مع عدم حل الزوجة لمطلقها الأول³. وفي مجموع الفتاوى لابن تيمية يبطل نكاح المحلل لمناقضة القصد من عقد الزواج، واتخاذه وسيلة لأجل رد الزوجة إلى زوجها الأول، ومما قاله في هذه المسألة: "إن نكاح المحلل إنما بطل، لأن النكاح قصد ما يناقض النكاح، لأنه قصد أن يكون نكاحه لها، وسيلة إلى ردّها إلى الأول، والشيء إذا فعل لغيره يكون المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير لا إياه، فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير لا أن تكون منكوحة له، وهذا القدر ينافي قصد أن تكون منكوحة له، إذ الجمع بينهما متنافٍ، وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال، حتى يقال إنه قصد أن تكون منكوحة له في وقت، ولغيره في وقت آخر"⁴.

والحكم بهذا التصوير الفقهي، هو نفسه في مسألة بيع العنب لمن يعصره خمرًا، فعند المالكية والحنابلة البيع باطل، ومن ذلك ما جاء في حاشية الخرشبي على مختصر خليل: "ويلحق بمنع بيعه للكافر، ... بيع العنب لمن يعصره خمرًا، والنحاس لمن يتخذة ناقوسًا، وكل شيء يُعلم أن المشتري

1- الضيف كيفاجي، نظرية السبب، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.240.

2- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.05، ص.80.

3- مُجَدِّد بن أحمد بن مُجَدِّد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق: مُجَدِّد صبحي، مكتبة بن تيمية، ط.1، القاهرة، مصر، 1415هـ، 1994م، ج.02، ص.87. ينظر كذلك: الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، لبنان، 1423هـ، 2002م، ج.2، ص.699.

4- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، 1425هـ، 2004م، ج.33، ص.92-93.

قصدَ بشرائه أمراً، لا يجوز"¹، ويضيف الحنابلة إلى مسألة العلم بقصد المشتري، مختلف القرائن التي أحاطت بالعقد لاستخلاص القصد غير المشروع، ويستخلص ذلك من قول ابن قدامة في المغني حول مسألة بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذها خمراً: "إن بيع العصير لمن يُعتقد أنه يتخذها خمراً محرماً، إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم قصد المشتري بذلك، إما بقوله، وإما بقرائن مُحْتَقَّةٍ به إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يُعلم حاله، أو من يعمل الخمر والخل معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز"²، وهو ما يدل على الدور الحاسم الذي تلعبه الظروف والملابسات في إجازة العقد من منعه عند الحنابلة.

ومما أوردناه من نماذج في الفقه المالكي والحنبلي، تبدو فكرة السبب بهذا الفهم، أقرب إلى نظرية السبب بمعنى الباعث في الفقه القانوني، فالسبب هو الباعث على التعاقد، ويعتد به سواء ذكر في العقد أم لم يذكر، ما دام معلوماً من الطرف الآخر، فإن كان الباعث مشروعاً، فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع، فالعقد باطل، بل يصل الأمر في بعض الأحوال إلى أن يكون الباعث (السبب) على التصرف، مانعاً من تنفيذ العقد بعد انعقاده صحيحاً، كما في الوديعة التي يحدث أن يكون الباعث عليها لدى المودع ارتكاب جريمة، فليس للمودع لديه أن يردّها، كمن يودع سيفاً ويريد استرداده بنية القتل، أو أن يضرب به ظلماً³، وفي هذا المعنى يذكر ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين، بصدد حديثه عن الاختلاف الذي ظهر بين الفقهاء، حول مدى الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود، حتى ولو تبين خلاف المقاصد والنيات، بأن القصد في العقود معتبرة، ويجب الالتفات إليها، ومراعاة جانبها، حيث يقول في معرض حديثه عن ذلك: "وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده، على أن القصد في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده، وحلّه وحُرْمَتِهِ، بل أبلغ من ذلك، هي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد، تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً

1- مُجَدِّد بن عبد الله علي الخرشبي المالكي، حاشية الخرشبي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1417هـ، 1997م، ج.05، ص.271.

2- موفق الدين أبي مُجَدِّد بن عبد الله بن أحمد بن مُجَدِّد بن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح مُجَدِّد الحلوي، ط.1، 1406هـ، 1986م، السعودية، ج.06، ص.317-319.

3- زين الدين بن إبراهيم بن مُجَدِّد بن بكر، المعروف بـ: ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، منشورات دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م، ص.236.

تارة، وحراما تارة، باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحا تارة، وفاسدا تارة، باختلافها¹، أي باختلاف النيات والقصود من وراء العمل الذي يأتيه المكلف، ويضرب ابن القيم عن ذلك أمثلة، تؤكد ما ذهب إليه، من مثل صورة القرض، وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل، فصورتهما واحدة، لكن الأولى قُرْبَةٌ صحيحة، والثانية معصية باطلة بالقصد، وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرا، معصية ملعون فاعلها، على لسان رسول الله - ﷺ -، وعصره بنية أن يكون خلا، أو دَبْسًا (عسلا) جائز، وصورة الفعل واحدة².

ومن صور الاعتداد بالبائع عند المالكية وإن لم يُذكر في العقد، أنهم لا يجيزون بيع أرض، بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب، بقصد صنع صليب، أو شراء عبد، بقصد أن يكون مُعْتَبًا، أو استئجار كراريس فيها عبارات النواح³.

وكثيرا ما يعرض المالكية للسبب في صدد الكلام عن المحل، فإذا ذكر السبب في العقد، دخل في دائرة التعاقد، واعتد به في جميع المذاهب، أما إذا لم يذكر، لا صراحة ولا ضمنا، فإن المذهب الحنبلي يعتد به شريطة أن يكون الطرف الآخر عالما به، وقد يستخلص ذلك من القرائن وظروف الحال⁴، ولا يصح ما قُصِدَ به الحرام عند المالكية، حتى ولو كان ظاهره الجواز ويتوصل به إلى الممنوع، فمنعها أهل المذهب سدا للذريعة⁵، مثل بيع وسلف، أو من باع سيفًا ثم علم قبح فعله، وتقترب المذاهب الأخرى، غير مذاهب أهل السنة، كالزيدية والجعفرية والظاهرية، في تناولها لفكرة السبب بمعنى البائع من المذهب الحنبلي⁶.

1- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب، المعروف ب: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط.1، السعودية، 1423هـ، ج.04، ص.520.

2- المرجع نفسه، ص.520.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.72.

4- المرجع نفسه، ج.04، ص.73.

5- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1995م، ج.06، ص.ص.267-268.

6- يراجع: أبو الحسن عبد الله بن مفتاح، المنتزح المختار من الغيث المدرار، مكتبة التراث الإسلامي، ط.2، صعده، اليمن، 1435هـ، 2014م، ج.06، ص.ص.552-553. ومحمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، تحقيق: محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، ط.1، قم، إيران، 1425هـ، 2004م، ج.14، ص.ص.792-

ولا شك أن نظرية الباعث أو السبب في الفقه المالكي والحنبلي تقرب كثيرا من النظرية الحديثة في السبب لدى الفقه القانوني ذو النزعة اللاتينية، وتبعد في الوقت ذاته عن النظرية التقليدية التي وضع "دوما" هيكلها النظري في أول الأمر. وينقل السنهوري عن شكري قرداحي ما ورد في كتابه "القانون والأخلاق" قوله: "إن فكرة السبب في الفقه الإسلامي ليست فكرة مجردة خالية من الباعث الذي يقترن بها، بعيدة عن الدوافع التي تحفز الشخص إلى العمل، فليست فكرة السبب كما كان يراها "دوما"، بل هي فكرة القضاء، حيث ينطوي السبب على الباعث الدافع الذي يحفز الشخص إلى التعاقد"¹، وهو الأمر عند مالك وأصحابه، الذين اعتبروا ما يخرج من اليد ويعود إليها، لغوا، كأن يخرج من يد البائع دينارا وسلعة نقدا، يأخذ عنها عند حلول الأجل دينارين، أحدهما عوض عن السلعة، وهو بيع، والثاني، عوض عن الدينار، وهو سلف، فيلحق به ما يؤدي إلى ممنوع يكثر القصد إليه، كما لو أدى إلى الدين بالدين، ولا فرق بين إن كان المتابعان قصدا الممنوع، وتحيلا عليه بالجائز في الظاهر، أو لم يقصدها²، وهذا هو مضمون العبارة التي جاءت في مختصر خليل في كتاب البيوع "وَمُنِعَ لِلتُّهْمَةِ مَا كَثُرَ قَصْدُهُ"³، سدا للذريعة التي قد تتخذ الوسيلة التي أباحها الشرع للتحايل على ما حرمه.

الفرع الثالث: التحديد المفاهيمي للباعث في الشريعة الإسلامية

بالنسبة للشريعة الإسلامية، رأينا كيف أن فقهاءها أولوا اهتماما بالغا بالباعث في التصرفات الشرعية، ولكن على اختلاف بين المذاهب، إذ ينزع الحنفية والشافعية إلى النظرة الموضوعية للتصرفات، وعدم الاعتداد بالنوايا والبواعث، إلا إذا ظهرت في صيغة العقد، في حين يذهب المالكية والحنابلة، إلى الأخذ بنيات المتعاقدين إذا ما كانت تؤدي إلى نتائج غير مشروعة، حرصا على المشروعية المزدوجة، وسيلة وأثرا، حيث لا تكفي مشروعية المكنة الوسييلة التي أباحها الشارع

793. وأبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1352هـ، 1933م، ج.9، ص.465.

1- شكري قرداحي، القانون والأخلاق، ج.02، ص.ص.285-286. مشار إليه في مؤلف: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.ص.76-77. الهامش رقم: 2.

2- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج.06، ص.272.

3- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، تصحيح وتعليق: أحمد نصر، الطبعة الأخيرة، القاهرة، مصر، 1401هـ، 1981م، ص.177.

للناس من أجل ممارسة حياتهم وقضاء حوائجهم، لأن نحكم على مشروعية التصرف، بل لا بد من متابعة نتائج ومآلات تلك التصرفات في واقع الناس.

أولاً- مفهوم الباعث في الفقه الإسلامي: الباعث لغة، يأتي بمعنى الإرسال، والدفع، والإيقاظ، تقول العرب: بعته على الأمر، بمعنى أرسله، وبعته من منامه، أيقظه وأهبته وبعته لكذا، فانبعث، أي أرسله، فاندفع وذهب¹، وقد انعكس المعنى اللغوي للباعث على المعنى الاصطلاحي له، حيث يعرف بأنه هو: ذلك الأمر النفسي الذي يحرك الإرادة وبيعته لتحقيق تصرف معين، بحيث يكون هذا التصرف المنشأ، بمثابة الوسيلة بالنسبة إلى الباعث، حتى إذا نُقِدَ الباعث عن طريق التصرف، كان غاية ومآلاً حسيًا قائمًا²، ويُعدُّ هذا الباعث بمعناه الاصطلاحي الذي ذكره الفقهاء، هو ركن نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية.

ومن خلال التعريف السابق الذكر، يمكن استخلاص خصائص الباعث في الفقه الإسلامي، إذ إنه أمر نفسي يستكين في بواطن الأشخاص، ويختلف باختلافهم واختلاف مآربهم وغاياتهم التي يرومونها من وراء تصرفاتهم القولية والفعلية، سواء أكان ذلك في باب العبادات، أم في باب المعاملات، ثم إنَّ الباعث أمر خارجي، أي إنَّه خارج عن مقتضى التصرف أو العقد، فمن يشتري بيتاً، قد يكون الباعث على الشراء استخدامه للسكن، وقد يكون تأجيره، كما قد يكون الباعث على شرائه، تحويله إلى مكان للإفساد، كالمقامرة أو الدعارة، وكلها بواعث تختلف باختلاف النيات والأشخاص، أما الغاية النوعية من التصرف، أو مقتضى العقد، فهو في هذا المثال، امتلاك المشتري للبيت، وهذا ثابت لا يختلف باختلاف بواعث ونوايا الأشخاص³، وهذه الغاية النوعية لتصرف ما، هي التي ناقشها الفقهاء المسلمون تحت مسميات كثيرة، كالمقصد الأصلي للعقد، أو الحكم الأصلي له، أو مقتضى العقد.

1- الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص.23.

2- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.504.

3- عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الرصيفة، الأردن، ص.27.

وقد جرى على لسان الفقهاء والأصوليين الأقدمون مصطلح القصد والنوايا، ولم تجر على ألسنتهم كلمة الباعث، وفي الحالات القليلة التي استخدموا فيها كلمة الباعث، لم يقصدوا بها الدافع النفسي للمكلف، بل قصدوا بذلك معنى العلة، أو السبب الحامل على التشريع، ولما كان هذا المعنى لا يليق بالذات العلية، فُسِّرَ الباعث بمعنى تضمَّن العلة حكمة مقصودة للشارع، من تحقيق مصلحة أو درء مفسدة¹، ولعل كثرة استعمال الفقهاء المسلمين للنية مشتق من حديث رسول الله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"²؛ والنية لغة هي: انبعث القلب نحو ما تراه موافقا لغرض، من جلب نفع، أو دفع ضرر، حالا أو مآلا، أما في الاصطلاح الشرعي فيعرفها القاضي البيضاوي بأنها: الإرادة المتوجهة نحو الفعل، ابتغاء لوجه الله تعالى، وامثالاً لحكمه³، وقد تعني الباعث الدافع عند الأصوليين والفقهاء، إذا أُستعملت بمعنى القصد أو الباعث، أي الغرض البعيد غير المباشر الذي تُتخذ الفعل أو التصرف وسيلة إليه، فيكون وراء الإرادة ليوصلها إلى تحقيق غرض أو مصلحة، فلا ينفصل الباعث عن الغاية التي يتوخاها صاحبها، ومن ثمَّ يمكن إدراك الصلة الوثقى التي تربط الباعث بالإرادة أولاً، وبالغاية التي تكون مآلاً للتصرف أو الفعل ثانياً⁴.

وأعمال المكلف في الشريعة الإسلامية ترتبط بالنية، التي عن طريقها تُوزَنُ الأفعال والأقوال، لأن النية روح العمل ولُبُّه وقوامه، وعليها تتوقف صحة العمل أو فساده، سواء أكان ذلك في العادات أم في العبادات، وفي العقود والمعاملات، فكل فعل أو قول، رهين مقصد القائم به وما يريد تحقيقه، والغاية التي يقصدها من وراء عمله، فالعمل سواء أكان عبادة أم عادة، إذا تعلق به القصد، تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عَزَى عن القصد، لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون⁵، لأن الجزاء يترتب عن الأعمال الداخلة تحت التكليف.

1- زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.28.

2- رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الإيمان، باب: ما جاء أن الأعمال بالنية والحسبة، ولكل امرئ ما نوى، الحديث رقم: 54، ص.24.

3- ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المرجع السابق، ص.25.

4- زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.30.

5- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تعليق: عبد الله دارز، المرجع السابق، ص.413. كذلك: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ج.04، ص.522.

ووفقا لذلك، فإن أعمال وأقوال المكلف بالنسبة للشريعة الإسلامية تقاس صحتها وفسادها، بما قارنها من قصد صاحبها، والأمر سيان بالنسبة للعبادات أو العادات، وفي هذا المعنى يقول ابن قيم الجوزية بصدد حديثه عن التصرفات الشرعية التي يأتيها المكلف: "القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التي لم يقصد بها معانيها وحقائقها، أو قصد غيرها"¹، ويضيف مؤكداً بأن: "القصد روح العقد، ومصححه ومبطله، فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها، فإذا ألغيت، وأُعتبرت الألفاظ التي لا تُراد لنفسها، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتبارا لما يُسوّغ إغاؤه"²، وهكذا الحيل الربوية مثلاً؛ فإن الربا لم يكن حراماً لصورته ولفظه، وإنما كان حراماً لحقيقته التي امتاز بها عن حقيقة البيع، فتلك الحقيقة حيث وجدت، وجد التحريم في أي صورة رُكبت، وبأي لفظ عُبر عنها، فليس الشأن في الأسماء وصُور العقود، وإنما الشأن في حقائقها ومقاصدها، وما عقدت له³، ولا شك أن هذا هو عين الصواب بميزان العقل والفطرة السليمة، لأن الوقوف عند مباني الألفاظ دون تجاوز حدود ظاهرها، هو من قبيل الجمود، وقد أقر القانون المدني في مادته الأولى هذا المنطق السليم في الحكم على التصرفات والوقائع القانونية، بالنسبة لتنزيل النصوص منزلة التطبيق على الظواهر القانونية المختلفة والمتغيرة باستمرار، حين نص على أن القانون: "يسري على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها".

ثانياً- معايير الباعث في الفقه الإسلامي: المتبوع لفكرة السبب في الفقه الإسلامي، يجدها تدور حول معانٍ ثلاث: السبب بمعنى التكليف والالتزام، والسبب بمعنى المقصد الأصلي للتصرف، أو الحكم الأصلي له، والسبب بمعنى الباعث الدافع على الالتزام، ويتحقق المعنيان الأول والثاني، بتوفر أركان وشروط التصرف، وانتفاء موانعه، ويترتب الحكم الأصلي تبعاً لذلك، لأن الآثار من فعل الشارع وليس من فعل المكلف، ولم يبق إلا السبب بمعنى الباعث الدافع محلاً للبحث، لاتصاله بالإرادة الخاصة للمتعاقد، فما المعايير التي اعتمدها الفقهاء لإعماله؟

1- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج.04، ص.533.

2- المرجع نفسه، ج.04، ص.496-497.

3- المرجع نفسه، ج.04، ص.526.

1- معايير الباعث في الفقه الحنفي والشافعي: لقد تبين من خلال المباحث السابقة، أنّ الحنفية والشافعية، عالجوا مسألة العقود بنزعة موضوعية، تعتمد على الصيغة الظاهرة للعقد، وهو ما جعلهم يشترطون أن يكون السبب جزءاً من التعبير عن الإرادة لكي يدخل دائرة التعاقد، ومن ثم يتم الحكم على العقد صحة وبطلاناً، بالنظر إلى مشروعية السبب من عدمه، الذي يمكن استخلاصه ضمناً عند الحنفية من ملابسات التعاقد، وغير ذلك؛ فلا يُعتد بالسبب إذا لم يبرز في صيغة العقد "فليس لأحد أن يحكم على أحد إلاّ بظاهر، والظاهر ما أقرّ به، أو قامت به بيّنة، تثبت عليه"¹.

أما الحنفية، فلم يكتفوا بظاهر الصيغة المعبر عنها في التصرف أو العقد، واعتدوا بالظروف والملابسات المرافقة للتعبير في صيغة العقد، وجعلوا منها أمانة من الأمانات التي يمكن من خلالها إعمال السبب الدافع، أي الباعث، إذا ما استخلص من هذه الظروف والملابسات، عدم مشروعية الباعث على التصرف، وهو الاختلاف الذي جعل الحنفية يحكمون ببطلان التصرفات التي تُمتطى كوسيلة مشروعّة للوصول إلى مقاصد غير مشروعّة، مثلما فعلوا بالنسبة لطلاق المريض مرض الموت، حيث حكموا بحق المطلقة في الميراث ما دامت في عدتها، لأنّ إزالة رابطة الزوجية في هذا الحال، يُقصد بها إبطال حقها في الميراث، فيُرد عليه قصده ما بقيت العدة².

وخلاصة القول، إنّ معيار السبب الباعث في المذهبين الحنفي والشافعي، هو الاعتداد بالباعث إذا ذكر صراحة أو ضمناً في صيغة العقد، أي وقت التعبير عن الإرادة، ومن ثمّ يصحّ التصرف ويبطل، تبعاً لمشروعيّة السبب المذكور صراحة أو ضمناً عند إعلان هذه الإرادة، ويعلّلون ذلك بأنّ هذا من دواعي ضبط التعامل واستقراره، ويرفع عن القاضي عبء البحث في أغوار النفس، بحثاً عن دوافعها البعيدة التي دفعتها إلى التعاقد، وجعله يقف عند الإرادة الظاهرة المعبر عنها في صيغة العقد، دون أن يتخطى ذلك إلى النية المستكنة في النفس³.

1- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.01، ص.260.

2- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج.03، ص.52.

3- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.517.

2- معايير الباعث في الفقه المالكي والحنبلي: عُرِفَ الفقه المالكي، ومثله الحنبلي، باهتمامه بالمقاصد والنوايا، وهو الأمر الذي جعلهم يولون البواعث والدوافع في المعاملات المالية من عقود وتصرفات، أهمية بالغة، ويقررون صحتها وبطلانها بالنظر إلى مشروعية السبب الباعث عليها، فإن كان مشروعاً صحَّ التصرف، وإن كان غير مشروع، كان التصرف باطلاً، سواء ذكر هذا الباعث غير المشروع في صيغة العقد، أم لم يذكر، فالعبرة بالنتيجة والأثر، ولما كان هذا فقههم، فما المعيار الذي اعتمدهه للحكم على صحة التصرف أو بطلانه؟

بما أن السبب الباعث أمر نفسي، يتعدد بتعدد أشخاص التصرف أو العقد، ويتغير بتغير بواعث المتعاقدين التي تدفعهم إلى التعاقد، فإنَّ الضابط في ذلك هو علم الطرف الآخر بالسبب الباعث على التعاقد، ويمكن استخلاص ذلك من القرائن التي يفترض معها علم الطرف الآخر بالسبب الدافع (الباعث)، أو من الكثرة التي تقوم غلبة الظن كما يقول المالكية، وهم الذين حكموا بعدم جواز بيع الأرض لاتخاذها خمارة، أو كنيسة، أو بيع الخشبة لمن يصنع صليبا، أو بيع العنب لمن يعصره خمرا، وكذا النحاس لمن يتخذة ناقوساً، ومنعوا بيع آلة الحرب للحربيين، كسلاح، أو كراع، أو سرج، وكل ما يتقوون به في الحرب، أي ما هو جائز في الظاهر، مؤدي إلى ممنوع في الباطن¹.

ويظهر معيار قرينة افتراض علم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع بشكل بارز، في التصرفات الشرعية، كأن يُهدى المقترض شيئاً للمقرض قبل سداد الدين، فإنَّ ذلك يُحمل على الربا، فلا تجوز الهدية، وكالهدايا التي تُهدى لموظفي الدولة، فإنها تُحمل على الرشوة²، وينفرد المالكية بمعيار الكثرة التي تقوم مقام غلبة الظن، أي الفعل المفضي إلى المفسدة كثيراً، دون أن يبلغ درجة القطع واليقين، ولا درجة غلبة الظن، ولكن تقع المفسدة في كثير من الحالات³، وهو ما يبيِّن مدى اعتداد المالكية والحنابلة بالباعث في صحة التصرفات وبطلانها، معتمدين في ذلك على مبدأ سد

1- الخرشبي، حاشية الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج.05، ص.464. كذلك: الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج.06، ص.253.

2- الضيف كيفاجي، نظرية السبب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي-، المرجع السابق، ص.299-300.

3- الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج.06، ص.272.

الذرائع، وهو المبدأ الذي يَسُدُّ الفجوة بين الأخذ بنية العاقد، وبين ترك العقد ينتج آثاره الضارة؛ والقول باعتبار السبب الباعث، لا يعني الرجوع في شأن صحة العقود وبطلانها إلى معيار غامض لا يمكن اكتشافه، كمعيار النية أو القصد، بل يخضع إلى معيار موضوعي، هو مبدأ سد الذرائع، الذي يأخذ آثار التصرف ونتائجه التي يؤدي إليها بعين الاعتبار، وهو ما يميّز الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي، في سعيه إلى حماية المجتمع من التصرفات غير المشروعة، حين قرن بين الباعث ونتيجة التصرف، وفُرق بين مجرد النية، وبين النتيجة التي يؤدي إليها العقد غالباً، كوسيلة مشروعة قد تؤدي إلى نتيجة غير مشروعة، على غير ما ذهب إليه الفقه القانوني الذي جعل نقطة البداية في حماية المجتمع من التصرفات غير المشروعة، تبدأ من البحث عن السبب الباعث على الالتزامات التعاقدية ابتداءً، أي معرفة هذا الباعث عند إبرام التصرف، واشترط أن يكون مشروعاً ولا يعارض النظام العام والآداب¹، والأمر على هذا النحو يبدو غير مستساغ، فكيف لنا أن نعلم الباعث على التصرف وقت إبرام العقد، وقد توفرت شروط صحته ظاهراً، وليس يُنَاط بالقانون تقصي نية المتعاقدين كونها من الأمور النفسية التي لا تُعلم إلا من خلال نتائجها، أو على الأقل من الظروف المحيطة والملابسات المرافقة، فالقاعدة القانونية قاعدة سلوك، والسلوك فعل ظاهر، وليست قاعدة لسبر أغوار النفس وما يختلج في الصدور، فهذه ليست مهمتها، وكل ما يمكنها ضبطه ومراقبته هو ظاهر الأعمال، إلى أن يثبت ما يناقض ما وُضعت له.

المبحث الثاني: المقاربة الفقهية التي أغنت عن ركنية السبب ووظيفته في الفقه الإسلامي

هل غاب عن الفقهاء المسلمين وهم يتعقبون كل الفروع الفقهية التي عرضت لهم، بما فيها ماهية العقود والتصرفات الشرعية في فقه المعاملات، أن ينتبهوا بأن السبب كما نظر له الفقه الغربي، ركن لازم لانعقاد العقد؟ أم أن الإشكال في الأصول الفقهية والفكرية التي اعتمد عليها فقهاء القانون الغربي في التأسيس لمنظوماتهم القانونية؟ ثم شيعوها في بقية الشعوب كصناعة قانونية غاية في التعميم والتجريد، خاصة بالنسبة إلى نظرية الالتزام بوجه عام، يتقدمها قانون العقود،

1- جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، النهضة العربية، ط.1، القاهرة، مصر، 1969م، ص.ص.510-514.

منتشياً بالنزعة الفردانية التي سادت في الفكر الغربي إبان القرنين الثامن والتاسع عشر، نترك الإجابة عن هذا التساؤل للقارئ عبر الفروع الموالية.

المطلب الأول: التصور الفني لماهية العقد ومسألة سببية التصرفات الشرعية

يجعل فقهاء القانون من العقد أساساً لبحث فكرة السبب، انطلاقاً من فكرة ترى العقد عبارة عن سلسلة من الالتزامات، ومن ثم يحاولون بحث الأساس الذي انبنى عليه كل التزام، رغم أن الحقيقة الواقعية والمنطق القانوني يقولان بأن العقد هو مصدرها، ومن ثم يقتضي بحثها الانطلاق من المصدر وليس من الأثر، إذ لا يمكن فهم الارتباطات القائمة بينها (الالتزامات) إلا داخل العقد، وهو النهج الذي سلكه فقهاء الشريعة الإسلامية وهم يبحثون ماهية العقد والعناصر الداخلة في تركيبه، وكذا العناصر التي ترتبط به وتخرج عن حقيقته، ومن ثم لم يعرف هذا الفقه قضية اسمها السبب، وسرى من خلال الفرعين الموالين، لماذا لم يظهر هذا العنصر في الفقه الإسلامي كمكون أساس للعقد.

الفرع الأول: جعلية آثار التصرف الشرعي في الفقه الإسلامي

الركن الأبرز للتصرف في الفقه الإسلامي كما رأينا، هو الصيغة لا الإرادة، والصيغة هي التعبير الظاهر المحسوس، المجسد في الإيجاب والقبول، والآثار المترتبة على التصرف هي من عمل الشارع، لا من عمل العاقد، وهو ما عرف لدى الفقهاء المسلمين بمبدأ جعلية الآثار، ويقصدون بها أن الآثار تترتب عن العقد بجعلٍ من الشارع، وأن دور العاقد يقتصر على تكوينه¹، وقد تناول الفقهاء مبدأ الجعلية بمعنيين، معنى واسعاً، ومعنى ضيقاً.

أما جعلية الآثار بمعناها الواسع، فيقصد بها أن: "الشارع جعل لكل عقد آثاراً خاصة به، تتحقق بها الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه، فلبيع مثلاً آثار خاصة به، وللإجارة كذلك آثار لازمة لها، وهكذا، آثار كل عقد تسمى بـجُكْمِهِ، ولذلك فحكم كل عقد، هو الأثر المترتب عليه، أو الغاية المقصودة من إنشائه، وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدوداً عامة وخاصة، يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع، ولا ينالهم

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 577.

منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر، ولا يُلزموا بها على غير رضا منهم واختيار، وحتى لا يتخذونها وسيلة وطريقاً لاقتراف ما نهي الله عنه"¹.

وأما جعلية الآثار بمفهومها الضيق، فيقصد بها أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للعقد، أو المقصد الأصلي له، وينفذه في الوقت نفسه، ففي عقد البيع مثلاً تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع، بمجرد العقد، والناقل لهما هو الشارع وليس العاقد، أما الأحكام التابعة، كالتزام البائع بتسليم المبيع، فتنفيذها منوط بإرادة الأفراد، لا بإرادة الشارع²، فحكم العقد يتحقق فور انعقاده، دون الحاجة إلى عمل من العاقد لتنفيذه، لأن الشارع هو من يتولى ذلك، وتنشأ عن العقد عند انعقاده صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه، حقوقاً أصلية وأخرى تبعية، أما الأولى فهي تابعة للحكم الأصلي دون اشتراط، إذ الشارع هو من يحددها تبعاً للغاية النوعية للعقد، أما الثانية، فلا تثبت في العقد إلا باشتراط من العاقد، ويقتصر دور الشارع على تبنيها³.

والجعلية بهذين المعنيين هي ثمرة الجعلية الفلسفية التي يذهب فيها الأصوليون إلى أن العقد ليس بسبب طبيعي عقلي للآثار، ترتبط به ارتباط السبب بالمسبب، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما، ثم اعتدنا وجودها دائماً حتى اعتقدنا أنها طبيعية، يوجبها العقل وطبائع الأشياء، ويكاد الفقهاء يجمعون على أن ترتيب آثار العقود هو من صنع الشارع، لا من عمل العاقدين، فهو وحده الذي يخصص لكل عقد آثاراً معينة، ويجعل من هذه العقود طريقاً موصلاً إلى هذه الآثار⁴.

وتتنفق الجعلية بمعناها الضيق مع مبدأ سلطان الإرادة في الفقه القانوني، إذ تتجه إرادة العاقدين إلى تنفيذ الحكم الأصلي للعقد الذي قام الشارع بترتيبه، وهو الرأي الذي ردّ به عصمت عبد المجيد بكر على القائلين بوجود تعارض بين مبدأ جعلية آثار التصرف الشرعي ومبدأ سلطان الإرادة⁵، إذ يتفاوت دور الإرادة في ترتيب الأثر من تشريع إلى تشريع آخر، حسب النزعة التي

1- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1429هـ، 2008م، ص.227.

2- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.578.

3- المرجع نفسه، ص.550.

4- المرجع نفسه، ص.579.

5- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009م، ص.27.

تميزه، والنهج الذي يسلكه في مسائل التشريع الوضعي، بين المذهب الفردي الذاتي، والمذاهب الموضوعية والاجتماعية.

ومن ثمرات جعلية الآثار في الفقه الإسلامي، انتقال الملكية بمجرد العقد، وإمكان الاستغناء عن التزام البائع بنقل الملكية، وما يتبعه من إجراءات شكلية معقدة، كان يزرع تحتها هذا الالتزام في منظومة القانون الروماني، في ظل النظرة القاصرة للعقلية الرومانية عن تصور انتقال الملكية بمجرد الارتباط القانوني، وهم الذين كانوا لا يؤمنون إلا بالأمر المحسوسة، تجسدت في الإجراءات الشكلية المعروفة في القانون الروماني، وعلى هدي فقههم سار الأوروبيون، وفي مقدمتهم فقهاء المدرسة اللاتينية، والأنظمة القانونية التي تدور في فلكها، والتي لا تزال تنص في أحكامها على أن انتقال الملكية، هو التزام عقدي يترتب في ذمة البائع، رغم اعتراف القوانين الغربية الحديثة بانتقال الملكية بمجرد العقد، وهو ما أثار استغراب بعض الفقهاء من اعتبار انتقال الملكية التزاماً، في الوقت الذي يعتبر مُنقَذاً من تلقاء نفسه¹، كون الالتزام بنقل الملكية الذي كان يتولد عن العقد أصبح التزاماً أجوفاً من دون موضوع، ما دام القانون هو من يتكفل بتنفيذه، وقد تفتن لذلك الفقيه (بوانكاز) الذي نادى بوجوب حذف هذا الالتزام الموهوم، ويبقى أن العقد هو من حرّك القانون فجعله ينقل الملكية، وبالتالي فإن القانون لا العقد من رتب الأثر²، وهذه النتيجة هي مسلمة في الفقه الإسلامي، متساوقة ومنطق جعلية الآثار في مفهومها الضيق، التي يضيق فيها نطاق الإرادة ويتسع، بحسب التصرفات التي يقوم بها المكلف، فإذا ما تعلق الأمر بعقد يهيمن عليه النظام العام، كعقد الزواج، ألفينا الشرع والقانون يكادان ينفردان بترتيب آثاره، أما في المعاملات المالية، فلإرادة العاقدين ترتيب آثار تبعية، شريطة أن لا تخالف نصاً، أو ما يُكَيَّف تحت لواء النظام العام والآداب .

الفرع الثاني: مقابلة بين مبدأ جعلية الآثار ونظرية السبب في الفقه القانوني

أنصار السبب في الفقه الغربي يرون بأن لكل التزام سبب، ويقصدون بذلك الغرض المباشر الذي يريد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وقد رأينا كيف تتحقق هذه الأغراض في غالبها

1- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ج.06، ص.43.

2- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.590.

الأعم، عن طريق فكرة المقصد الأصلي للتصرف أو العقد في الفقه الإسلامي، وهو ما أغنى الفقهاء المسلمون عن نظرية السبب، التي تمسك بها أنصارها في الفقه القانوني، واعتبارها ركنا لازما في وجود العقد، وفي الفقه اللاتيني بشكل خاص.

وأما كيف تُعني فكرة الحكم الأصلي عن فكرة السبب، فعلة ذلك هو التنفيذ الفوري لحكم العقد الذي قرره الشارع، فور ارتباط الإيجاب بالقبول، فانتقال ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن للبائع في عقد البيع، هما أثران رئيسان يبغى العاقدان تحقيقهما، والشارع هو من ينفرد بهذا التحقيق فور انتهائهما من إيجاد الصيغة الشرعية التي تلائم طبيعة العقد المبتغى¹، وكنموذج على هذا الفهم لجمعية الآثار في العقود الشرعية، نقرأ في البدائع ما مفاده أنه: "ليس للمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن للبائع حتى يقبض المبيع، إذا كان المبيع حاضرا، لأن البيع عقد معاوضة، والمساواة في المعاوضات مطلوبة للمتعاوضين عادة، وحق المشتري في المبيع قد تَعَيَّن بالتعيين في العقد، وحق البائع في الثمن لم يتعَيَّن بالعقد، لأن الثمن في الذمة، فلا يتعَيَّن بالتعيين إلا بالقبض، فيُسلم الثمن أولا ليتعَيَّن، فتتحقق المساواة، وإن كان المبيع غائبا عن حضرتهما، فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع"²، وإذا ما ألزم المشتري البائع بتسليم المبيع بعدها، فليس سبب التزامه هو التزام المشتري بدفع الثمن، بل إن احتفاظه بالمبيع يؤدي إلى اختلال المراكز التعاقدية، ذلك أن الثمن والمبيع أصبحا في حوزة البائع، في الوقت الذي يملك فيه المشتري المبيع دون أن يحوزه، وتحقيقا للتكافؤ بين مركزي البائع والمشتري، يُلزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري³.

واضح إذن، أن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، انعكست على التعريف القانوني للعقد أو التصرف، بعد أن غطى مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود، في ظل تيار جارف يقدر حرية الشخص وإرادته، ويجعل من هذه الإرادة هي من تُرتب الأثر القانوني، وهو الأمر الذي لم يتسنَّ له مسايرة التطورات التي عرفتها الحياة الاقتصادية والاجتماعية، والسياسية، ومعها النظم القانونية، لإيجاد الحلول لمسائل فرضها واقع التدخلات العديدة والمختلفة للقانون على مبدأ سلطان الإرادة، الأمر الذي دفع ببعض الفقهاء في فرنسا إلى انتقاد التحليل النمطي لماهية

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.591.

2- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.05، ص.237.

3- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.591-592.

العقد، مقررًا بالدور الذي يلعبه القانون في ترتيب الآثار العقدية، ويُدَلِّلونَ على أنّ الإرادة ليست وحدها من تنشئ العقد وترتب أثره بشكل مطلق، من خلال القول بأن هناك مانعان يُحوّلان دون الأخذ بالتحليل التقليدي لماهية الالتزامات الإرادية، مانع نفسي، ومانع اجتماعي؛ أما بالنسبة للمانع النفسي، فإنه لا يمكن تصور أن إرادة الشخص في وقت مُعَيَّن يمكن أن تُقَيِّده بالنسبة للمستقبل، فقد يُعَيِّر الإنسان رأيه بعد ارتباطه بالعقد، فهل نستطيع بعد ذلك أن نقول بتلاشي ترتيب الآثار مع نسخ الإرادة اللاحقة للإرادة السابقة؟ فترتيب الآثار ليس ملازمًا للإرادة، وإنما هو منبثق عن مصدر مستقر ومستقل عن الإرادة، ذلك هو القانون؛ أما المانع الاجتماعي، فمؤداه أن الفرد لا يعيش منعزلاً عن المجتمع، وليست الإرادة غاية في ذاتها، بل الغاية هي خير المجتمع، فطبيعي أن تتقيد هذه الإرادة بما فيه خير هذا المجتمع ومصالحته العامة، فإذا انطوت على غرض مفيد للجماعة، احتضنها القانون وتبناها، وإذا انطوت على غرض ضارٍّ للمجتمع، أو غير مُجَدِّدٍ، لم تحظ باحترام القانون وإقراره¹، وهو ما يبين أن تدخل القانون من أجل حماية المصالح الاجتماعية، لا يكون إلا على حساب السلطان الممنوح للإرادة، وتدخله هذا، لا يكون متجاهلاً للإرادة، ولا معاكساً لها، بل يكون وفقاً لما اتجهت إليه، لذلك فمن الضروري أن نأخذ بعين الاعتبار كلا من الغرض الاجتماعي والإرادة الفردية². هذه الرؤية المتقدمة لعلاقة الإرادة بالتصرف القانوني، تُظهر مدى الصعوبات التي لاقت الفقه القانوني في تفسير الكثير من الأفكار القانونية المرتبطة بالتصرفات القانونية الإرادية، ومن بينها نظرية السبب، وعيوب الإرادة، التي انعكست بدورها على مسائل البطلان ودرجاته، بين الغلط في السبب، والسبب المغلوط أو الموهوم³، ومشروعية السبب بمعنى الباعث، الذي اعتمده القضاء في فرنسا، وتبناه الفقه والتشريع، في محاولة لإضفاء المبادئ الأخلاقية على القانون.

المطلب الثاني: مقومات التصرف في الفقه الإسلامي حجت وظائف نظرية السبب

تبينَ ممّا سبق، أنّ فكرة السبب وإن تناولتها أكبر المدارس الفقهية بالدراسة والتحليل، فإنها تختلف من حيث المعنى أو المقصود بلفظ "السبب" في اصطلاح كل فقه، حتى داخل المدرسة

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 572-573.

2- Voir: R. Demogue, Traité des obligations en générale, T.1, op.cit., p.p. 26-28.

3- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 967.

الفقهية الواحدة، الأمر الذي أدى إلى تعدد المفاهيم والمعاني، بحسب الزاوية التي تناول منها الفقه هذه الفكرة الفلسفية المجردة، خاصة في مسألة التصرفات الشرعية أو القانونية، أين استعصى على الفلاسفة والمفكرين وفقهاء القانون ضبطها، وتحديد معناها تحديدا دقيقا، وهو ما دفع هؤلاء إلى البحث عن معايير دقيقة لإعمال فكرة السبب، في علاقتها بالتصرفات القانونية من حيث الصحة والبطلان.

الفرع الأول: حماية المشروعية في الالتزامات التعاقدية بين فلسفة القانون والفقه الإسلامي

يسود اعتقاد في الفقه القانوني بأن فكرة المشروعية تدور حول احترام النظام العام والآداب، ويقصدون بالنظام العام مجموعة القواعد التي تحقق المصلحة العامة، ويدرجون ضمن هذه القواعد بعض روابط القانون الخاص، كالأهلية، وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في عقود الإذعان، وعدم جواز الاتفاق على سعر الفائدة خارج ما يُقرُّه القانون، إن لم تكن ممنوعة أصلا، كما هو الشأن في القرض بين الأفراد في القانون المدني الجزائري¹، بيد أن هذه المسائل تتعلق باكتمال صحة الإرادة من ناحية وعيها، ومن ناحية حريتها، أي شرطا الإدراك وحرية الاختيار، ومن ثم فهي تتعلق بالأساس الذي يقوم عليه الالتزام العقدي، الذي يدخل ضمن أصول علم القانون المدني، ولا محل لإثارة فكرة المشروعية بصدها، ولا بالقول بأنها تتعلق بالنظام العام، أو حسن الآداب، إذ لا تتفق هذه القواعد لا في الطبيعة، ولا في الجزاء، مع القواعد المستمدة من علوم أخرى² تتجاوز نطاق القانون، وهو ما جعل الفقه الحديث يقول بأن البطلان قد يكون نسبيا رغم أن القاعدة المنتهكة تتعلق بالنظام العام؛ هذا الالتباس القائم، دفع الفقه القانوني في فرنسا إلى تقسيم النظام العام إلى أنواع، كالنظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي، فاستبعد النوع الأول من تطبيق قواعد البطلان المطلق، وأخضعه لقواعد البطلان النسبي، بحجة أن قواعد النظام العام الاقتصادي، تستهدف حماية فئة معينة من المتعاقدين، خلافا لقواعد النظام

1- تنص المادة 454 من القانون المدني الجزائري على أن: "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك".

2- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام التعاقدية، المرجع السابق، ص. 223.

الأخرى¹، مما يدل على أنه حتى وهم يربطون مسألة المشروعية بالنظام العام لم يستطيعوا توحيد جميع الحلول لمسائل قانونية تتعلق بهذا العنصر الذي يتجاوز القاعدة القانونية.

وبناء على ما سبق، فإن اشتراط القانون والفقهاء ذو التوجه اللاتيني لعنصر السبب ركنا لقيام العقد والتصرفات القانونية بشكل عام، بالإضافة إلى ضرورة مشروعيتها، رغم أنه لم يستطع أن يُقصر هذه المشروعية عليه وحده، ويجعل منها ضابطا واضح المعالم، ينم عن خلل ما في تصويره لعلاقة الإرادة بالتصرف القانوني من جهة، وعلاقة هذين الأخيرين بالقانون من حيث الأسبقية، فحرية الإرادة لا يجب أن تفسر على إطلاقها، إذ هي ليست سوى حرية الاختيار التي يمنحها إياها القانون لأن تريد، بالموازاة مع إقراره للتصرف المراد وتنظيمه وتعيين حدوده، والدليل على ذلك هو أن القضاء والفقهاء القانوني الذي تبنى فكرة السبب، حتى وهو يجتهد للتوسيع من مفهوم السبب معتبرا إياه الباعث الدافع إلى التعاقد، ليتمكن من محاربة عدم المشروعية بصورة أشمل، فإنه لا يزال قاصرا عن حماية المشروعية بكل الصور، فالبواعث مسائل نفسية قابلة لأن تتغير بعد أن يقوم العقد صحيحا مستوفي الأركان والشروط، مثلها مثل الرضاء والأهلية وغيرها من المسائل التي لا بد للقانون من مراقبتها في جميع مراحل العملية التعاقدية وليس قصرها على مرحلة التكوين، ذلك لأن المجتمع يهتمُّه أن تُحمى مصالحه بغض النظر عن البواعث التي يخفيها الأفراد من وراء تصرفاتهم، فإذا ما خالفت هذه البواعث المصالح العليا للمجتمع، وجب إهدار آثارها حتى ولو كانت بواعث المتعاقدين مشروعة، فقد يحدث أن يكون التصرف في ذاته مشروعاً وقت إبرامه، ثم تستجدُّ ظروفًا تجعل من تنفيذه يمسُّ بالمصلحة العامة²، وما يعزز هذا الطرح هو ما يقوله الفقهاء بأن معيار النظام العام، هو المصلحة العامة، ومعيار الآداب العامة، هو الناموس الأدبي، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان³؛ ولسدِّ ثغرات من هذا القبيل، اتجه الفقهاء الإسلامي إلى اعتماد مبدأ سدِّ الذرائع، للتوسيع من نطاق عدم المشروعية، والاعتداد بالنتائج التي يُفضي إليها التصرف، ولو كان

1- ريبير وبلانيول وبولانجيه، مدخل إلى القانون المدني، ج. 02، الفقرة: 824. كذلك: ريبير، النظام الديمقراطي والقانون المدني الحديث، ط. 2، الفقرة: 144. مشار إليهم في مؤلف: عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام التعاقدية، المرجع السابق، ص. 223، الهامشان رقم: 1 و2.

2- عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام التعاقدية، المرجع السابق، ص. 225.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 01، ص. 437.

الباعث عليها مشروعاً¹، وحتى بعض الفقهاء في فرنسا، ذهب إلى أن تقدير المشروعية لا يقتصر على أركان العقد، وأن المواد الخاصة بعدم مشروعية المحل والسبب في القانون المدني، لا تُغني عن المادة السادسة من هذا القانون، التي تنص على أنه لا يجوز الخروج عن أحكام القوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب، إذ إنه لا يوجد ما يمنع أن يكون التصرف ماساً بأحكام هذه القوانين، دون أن يكون محل الالتزام أو سببه غير مشروع²، كما أن عدم المشروعية قد يكون غير متعلق بالسبب، لأن بطلان التصرف يقع نتيجة النظر إليه من ناحية خارجية أو موضوعية³، وهو ما كرسته القوانين الجرمانية والأنجلوساكسونية ذات التوجه الموضوعي.

وتبع ظهور النظام العام والآداب العامة بمفهوم هلامي، صعوبة في تحديد مفهوم دقيق للمشروعية في الفقه القانوني الغربي، ثم الفقه العربي، الذي حاول إيجاد التوليفة الممكنة بين أحكام القانون الوضعي، وأحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية، لكن وفق نهج وخطة الفقه القانوني الغربي، كما هو الشأن لفقيه القانون في البلاد العربية الأستاذ السنهوري، الذي بحث نظرية العقد في الفقه القانوني، والفقه الإسلامي، وأدرج ضمنها ركن السبب في دراسته المقارنة الموسومة بـ "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، أسوة بما ذهب إليه الفقه القانوني في فرنسا، والمدرسة اللاتينية بوجه عام، وفي معرض حديثه عن المشروعية وارتباطها بالباعث غير المشروع، كمفهوم حديث للسبب في الفقه والقضاء الفرنسيين، وبعد أن قابل بينه وبين الباعث الذي تحدث عنه فقهاء الملكية والحنابلة، حاول إيجاد مقارنة فقهية لمفهوم المشروعية في الفقه الإسلامي، وتوصل بعد مقارنته بين مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية، إلى أن مبدأ المشروعية أمر غير ثابت لديهم، بحكم اختلافهم في حكمها من زمن إلى آخر، وذلك آية عدم استقرارها وتعيينها وتحديدها⁴.

لكن، يبدو أن المقارنة التي عالج من خلالها الأستاذ السنهوري مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي، مبنية على نظر غير دقيق لهذه المسألة في الشريعة الإسلامية، فاختلاف الأحكام في

1- محمد أبو زهرة، مالك، حياته وعصره وآراؤه الفقهية، دار الفكر العربي، ط.2، القاهرة، مصر، 1952م، ص.276.

2- بونتوار، الملكية والعقد، ص.545. مشار إليه في مؤلف: عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام التعاقدية، المرجع السابق، ص.226.

3- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.202.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.65-70.

الفروع قد يكون مرده اختلاف الملابسات والظروف المحيطة بالواقعة، مما يكون ذا أثر في تشكيل علّة الحكم وتَحْقُوقِ مناطه¹ في الفرع، فيختلف الحكم لاختلاف علّته، وهذا ما يقضي به منطق التشريع، فالذي يقضي باختلاف الأحكام باختلاف الأزمان، إنما هو مبدأ المشروعية الثابت، إذ للواقع والظروف الملابسة أثر في تكييف الحكم، فليس الحكم الفرعي أو الجزئي، هو الذي يقضي على مبدأ المشروعية بعدم الثبات، كما ظنّ بعض فقهاء القانون، وإنما انضباط مبدأ المشروعية هو الذي قضى بتغيّر الحكم الفرعي لما لا يَبَسُّ الحادثة من ظروف، مما جعل الحكم الأصلي غير مُحَقَّقٍ لحكم الشارع²، فالمشروعية أصل ثابت في التشريع الإسلامي، وهذا المبدأ لا يُمَسُّ بالرغم من الاختلاف في الفروع والجزئيات، من حيث النظر الكلي وما يستهدفه من تحقيق مقاصد التشريع الأساسية، وما يقال عن تَغْيِيرِ الحكم بتَغْيِيرِ الزمن، يقال في اختلاف الأحكام المستنبطة عن طريق الدليل الظنيّ، لوحدة القاعدة العامة التي هي مصدر التشريع، ووحدة الغاية الكبرى التي تستقطب كافة أحكام الشريعة، القطعي والظنيّ³.

ومن الأمثلة التي توضح أن الاختلاف في التطبيق، مرّدُه إلى مراعاة مراد الشارع الذي لا يتغير في المنع والإيجاب للحالة الواحدة، مسألة التسعير الجبري في الفقه الإسلامي، حيث اختلفت في تكييفها الأنظار، على الرغم من أن الأحاديث الشريفة التي وردت في حكم التسعير، تنمي عن أن الرسول - ﷺ - لم يَرِضْهُ، بل حرّمه، ومنها ما رواه أنس بن مالك - رضي الله عنه - بقوله: "غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله - ﷺ -، فقال الناس: "يا رسول الله، غلا السعر، فسعّر لنا"، فقال رسول الله: "إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ، الْقَابِضُ، الْبَاسِطُ، الرَّازِقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ"⁴، وعلى صراحة هذا الحديث، اختلف الفقهاء حول

1- المناط هو إثبات مضمون القاعدة العامة، أو الأصل الكلي، أو "العلّة"، في الفروع والجزئيات إبان التطبيق، بشرط أن يكون كل من المضمون والعلّة متفقا عليه، فهو ضرب من الاجتهاد في التطبيق، الذي لا يمكن أن ينقطع حتى فناء الدنيا. يراجع: الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، منشورات جامعة دمشق، ط.3، دمشق، سوريا، 1411هـ-1412هـ، 1991م-1992م، ص.ص.27-28.

2- زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.102.

3- المرجع نفسه.

4- رواه الترمذي في السنن، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التسعير، الحديث رقم: 1314، دار الحضارة للنشر والتوزيع، ط.2، الرياض، السعودية، 2015م، ص.274.

التسعير، بين من ذهب إلى التحريم وفق ما هو ظاهر من الحديث، وبين من ذهب إلى جواز التسعير، غير أن جمهور الفقهاء وإن كانوا قد ذهبوا إلى الرأي القائل بالتحريم، وعللوا رأيهم بأن الناس مسلطون على أموالهم والتسعير حجر عليهم، والحاكم مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس النظر إلى مصلحة المشتري برخص الثمن، أوّل من نظره إلى مصلحة البائع بتوفير الثمن، فإن تكييف الفريق الآخر للمسألة يختلف عما ذهب إليه الفريق الأول، وبيان ذلك أن الجمهور رأى في مسألة التسعير، أنه وقد تعارضت مصلحتان فرديتان متساويتان في نظر الشارع من حيث الاعتبار، وليست إحداها بأوّل بالرعاية من الأخرى، وفي التسعير ترجيح لمصلحة المشتري، وهذه محاباة، إذ ليست مصلحة المشتري بأوّل من مصلحة البائع، فوجب النظر لهما بتركهما يتبايعان دون حَجْر، كيلا ينتفي التراضي الذي هو أساس التعاقد شرعاً¹، أما أصحاب الرأي الثاني -وهو لتأخري المالكية والحنابلة خاصة- فعللوا رأيهم بقولهم إن من تمسكوا بظاهر نصوص السنة في تحريم التسعير تحريماً مطلقاً، بأن هذه النصوص وردت في قضية معينة فلا تعم، إذ لم يكن الغلاء بفعل التجار يومئذ²، والقاعدة المحكمة التي تعتبر مصدراً من مصادر المشروعية تنص على تقديم المصلحة العامة، فإذا تعيّن التسعير الجبري لرفع هذا التعارض، حماية للمصالح العام ووجب المصير إليه، وفقاً للقاعدة المحكمة الأخرى التي تقول بأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وهي قضية عامة يقرها العقل والشرع³، وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية: "فالواجب إذا لم يمكن دفع الظلم، أن يُدْفَع الممكن منه، فالتسعير في هذا واجب بلا نزاع، وحقيقته إلزامهم أن لا يبيعوا أو يشتروا إلا بثمن المثل"⁴، وإلى هذا مال أكثر العلماء، وقد روي عن مالك أنه يجوز التسعير، والحديث دال على تحريم التسعير لكل متاع، وإن كان سياقاً في خاص، رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم⁵، وعلى هذا فالتغيّر إذا طرأ، فإنما يتعلق باللوازم من المصالح أو المضار، أي في

- 1- زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 107-108.
- 2- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ط.2، بيروت، لبنان، 1429هـ، 2008م، ج.01، ص.576.
- 3- زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.108.
- 4- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص.23.
- 5- الحافظ بن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تصنيف: مُجَدِّد بن اسماعيل الصنعاني، تعليق: مُجَدِّد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط.1، الرياض، السعودية، 1427هـ، 2006م، ج.3، ص.53.

مناطق الأحكام، والحكم شيء، ومناطه شيء آخر، وإن كانا متلازمين، فمبدأ التراضي، ومبدأ الإكراه في التعاقد، في الحالتين المتغايرتين، يحكمهما مبدأ المشروعية، دفعا للظلم أو المفسدة، ولا ريب أن هذا من صميم المشروعية في الفقه الإسلامي، لوحدة المال الذي يشكل علة الحكم الشرعي في الظرف الجديد، وهذا الحكم ثابت لا يتغير¹.

ويظهر أن مسألة المشروعية لا ترتبط بالسبب وحده - حتى ولو أن القضاء والفقه الحديث ربطها بالباعث الدافع للتعاقد-، ولا بالمحل وحده، بل تتعدى إلى ما بعد التصرف والقانون الذي يحكمه، لتتداخل مع دائرة القيم والمعتقدات القائمة في المجتمع، وهو ما يفسر تلك التوجهات التي اعتنقها الكثير من الفقه القانوني في الغرب في دراساته الحديثة رافعا لواء أخلقة القانون، تبعا لوقائع عملية فرضها التطور السريع في شتى مناحي الحياة، اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا، مما شكل تحديات جديدة أمام القضاء في تكييفه لحالات قانونية عجزت النصوص القانونية عن تقديم حلول عادلة ومتوازنة لها.

الفرع الثاني: أصالة مبدأ الرضائية والمشروعية في الشريعة الإسلامية

لقد تأسست المعاملات المالية في الفقه الإسلامي على مبدأ الرضائية ابتداء، امثالاً لقوله تعالى في محكم تنزيله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾². ولما كان نصيب الشكل في الفقه الإسلامي ضئيل، لم يبرز السبب بالشكل المعروف في الفقه اللاتيني، الذي حاول أن يجعل منه قيда جديدا على حرية الإرادة، ليكون بديلا عن الشكلية التي طالما كبتت سرعة التعامل، ووقفت حائلا أمام استيعاب التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي عرفها المجتمع الروماني؛ وغني عن البيات أن الفقه الإسلامي لم يعالج المسائل المتعلقة بفقه المعاملات على هذا النحو، فالرضائية المبنية على فكرة القدرة على الاختيار، مبدأ أصيل، لم يترك أبدا هكذا هملاً، بل وضعت له ضوابط تؤطره وتحدد معالمه، ضمن المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية؛ فنظرية اللفظية، ونظرية وحدة

1- زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 111.

2- سورة النساء، الآية 26.

الصفقة، ونظرية مجلس العقد، ونظرية الباعث في بعض مذاهب الفقه الإسلامي، وغيرها، هي بمثابة القيود الرقابية على الإرادة عند نشوء الالتزام، وعند تنفيذه¹.

فنظرية مجلس العقد، أوجدتها الصناعة الفقهية الإسلامية لكي تمرّ الإرادة في مرحلة تروّ كافٍ، قبل تحريك الشارع للحكم، ليحصل تمام الرضا المشترك، وأوجد الشارع أيضا نظرية وحدة الصفقة، لكي يصون بها استقرار المعاملات وثباتها، وأوجد نظرية الباعث، لكي تؤدّي هذه الرضائية مقاصد الشارع، وأوجد كذلك، نظرية التعادل، لكي لا تميل به الرضائية كل الميل، فتنتهي به إلى الغرر والتغابن²، ولعلّ مثل هذا الاستشراف لمآلات التصرفات المباحة شرعا وقانونا، الذي أسّس له الفقه الإسلامي ليكون صمام أمان وقيدا على الإرادة، لمنع جموحها في الاشتراط دون قيد، هو ما أرقّ الفقه القانوني بعد اعتماده مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، فسعى إلى البحث عن فكرة قانونية، يسدّ بها ثغرات القواعد القانونية الصماء، وتمكّنه من حفظ المصلحة العامة للمجتمع في مواجهة غلواء الإرادة الخاصة المتحررة من كل قيد.

وفي هذا الصدد، لا غنى عن التذكير بأن الأصل في العقود في الفقه الإسلامي، مثل الأصل في الأفعال العادية، هو الإباحة وعدم الحظر، لأنّها ليست من العبادات، وليس في الشرع ما يدلّ على تحريم جنس العقود والشروط، إلّا ما ثبت تحريمه بعينه، وانتفاء دليل التحريم، دليل على عدم التحريم، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي، عدم التحريم، فيكون فعلها إمّا حلالا أو عفوا، وما يستدل به على أنّ الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الخاصّة والاستحضر العقلي وانتفاء الحكم لانتفاء دليله، هو ما يستدل به أيضا على عدم تحريم العقود والشروط فيها، إلّا أن يكون الشرط منافيا لمقصود العقد، فيكون لغوا، أو مخالفا لمقصود الشارع، فيكون مخالفا لله ورسوله³، ولذلك نجد الفقه الإسلامي، يُعنى عناية بالغة بالغاية التي قد يصل إليها العقد، سواء في ذلك ممّا نواه المتعاقدان، أحدهما، أو كلاهما، أم لا، ذلك أن العقد ما هو إلّا وسيلة، أو ذريعة، لمقصد يجب أن يتفق مع مقصد الشارع، فكل فعل يؤدي قطعاً، أو ظناً؛ أو في الكثير الغالب إلى غاية تناقض مقصد الشارع، فهو باطل، سواء أكان ذلك

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.484.

2- المرجع نفسه، ص.485.

3- عباس حسني مجّد، العقد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.80.

عن قصد من الفاعل، أم بغير قصد منه، لأنّ العبرة بالنتيجة¹، ولا أدلُّ على ذلك من أن فقهاء الشريعة كثيراً ما يُفردون مباحث خاصّة بمقاصد الشريعة، ويذكرون بأنّها مقاصد عامّة ومقاصد خاصة، يتعلق الصنف الأوّل، بحفظ النظام وجلب المصالح ودرء المفاسد وإقامة المساواة بين الناس، ويُعنى الصنف الثاني، بالكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة²، وهذا منطوق تشريعي سديد، لأن الوسيلة لم تشرع لذاتها بل لغايتها، فإذا فاتت المصلحة التي شرعت لأجلها، لم يبق لمشروعية الوسيلة وجه، فتبطل الوسيلة بفوات مقصدها الذي من أجله شرعت، سواء أفضت إلى نقيض مقصودها أم لم تفض إليه أصلاً، بأن كان التسبب فيها عبثاً، والعبث لا يشرع، بناء على القول بأن أحكام الشريعة معللة بمصالح العباد، أما إذا أفضت إلى نقيض مقصودها، كانت محرمة قطعاً، سدّاً للذريعة³، ما يغني عن البحث عن مشروعية السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التصرف، كما هو عليه الحال في الفقه القانوني، فالعبرة بمناقضة المقصد لما شرعت له الوسيلة، حتى ولو كانت هذه الوسيلة مشروعاً، مستوفية لأركانها وشروطها الشرعية.

إنّ المعيار المعتمد لوجود العقد، أو عدم وجوده، بالنسبة للفقه الإسلامي، يختلف عن المعيار المعتمد لدى المدارس الغربية وأغلب المدارس العربية، فالفقه والقانون اللاتينيين ومن سار على نهجهم، اعتبروا الرضاء والمحل والسبب، شروطاً أساسية لقيام العقد، واشتروا المشروعية في السبب والمحل ابتداءً، كما جعلوا الأهلية وحُلُوّ الإرادة من العيوب التي قد تشوبها، شرطين لصحة التراضي، ورتبوا عن الخلل الذي يلحق الشروط الأولى البطلان المطلق، وأما الخلل الذي يلحق الثانية فجزاؤه القابلية للإبطال⁴؛ غير أن معيار وجود العقد أو عدم وجوده في الفقه الإسلامي، يختلف عن المعيار الذي وضعه فقهاء القانون، إذ يكفي تطابق إرادتين بمجرد إعلانهما (صيغة العقد) على

1- رابح بن غريب، نظرية السبب في الالتزامات والتصرفات وتطبيقاتها المختلفة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2001م، 2002م، ص.75.

2- أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية، ط.4، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، 1995م، ص.18.

3- فتحى الدين، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص.576.

4- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.153.

محلّ معيّن لإنشاء العقد، إعمالاً لمبدأ الرضائية الذي تعتبر فيه الإرادة وحدها كافية للالتزام، والرضاء الذي تضمنته هاتين الإرادتين يمكن أن يكون معيباً، بل ويمكن أن يكون غير موجود، ولكن هذا لا يحول دون تكوين العقد، ولو قام شخص بإبرام عقد دون رضاء، فهو غير ملزم بتنفيذه، فالعقد موجود، ولكنه غير نافذ، وبالتالي يكون موقوفاً¹؛ لأن الرضا يمكن أن يتغيّر تحت تأثير مختلف العناصر النفسية، مثلما هو الحال بالنسبة للأهلية، التي قد تتغيّر مع الزمن تحت تأثير ظروف مختلفة، كالسن، والمرض، أو الجنون، وغير ذلك²، لكن العقد كمفهوم قانوني تم ووجد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول.

ويقود التصوير السابق للعقد في الفقه الإسلامي إلى القول بأنه ارتباط لأجزاء التصرف الشرعي، فإذا قيل بعت واشترت، وجد معنى شرعياً، يترتب عنه حكماً شرعياً، هو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وانتقال ملكية الثمن للبائع³، فلكل عقد حكم خاص به بأمر الشارع، فحكم عقد البيع هو نقل ملكية كل من المبيع والثمن، وحكم عقد الإجارة نقل ملكية كل من المنفعة والأجرة، ولكل عقد حقوق تتعلق بحكمه، تُمثّل جميع المطالبات والالتزامات التي تؤكد حكم العقد وتنفيذه⁴، فحكم العقد، هو الأثر الأصلي له، أو المقصد الأصلي الذي تتحدد عن طريقه طبيعة التصرف ونوعه، والغرض الذي أَرادَه المتعاقدان من إنشاء العقد، فحكم المعاوضات مثلاً ومقصدها، هو إباحة هذه المعاوضة، ونقل الملكية فيها بعوض⁵، ولا تلازم بينه وبين الإرادة الخاصة، إذ هو الغاية النوعية للعقد التي لا يُتصور العقد المقصود من دونها، على عكس السبب كما ساقه الفقه اللاتيني الذي ربطه بالإرادة الخاصة للمتصرف، تبعاً لربطه الالتزام المتولد عن العقد بالشخص الملتزم، لا بالعقد الذي يترتب عليه القانون آثاراً أصلية تمثل الالتزامات الرئيسة المتولّدة عنه بحسب طبيعته، بغض النظر عمّا يشترطه المتعاقدان في الحدود التي يسمح بها القانون، والتي تكون في حكم الحقوق التبعية لأثر العقد.

1- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.153.

2- المرجع نفسه، ص.154-155.

3- ملاخسرو الحنفي، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، بحاشية أبي الإخلاص حسن بن عابدين، ج.01، ص.326.

4- عباس حسني مُجَدِّد، العقد في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.155.

5- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.504.

الفرع الثالث: التخريج الفقهي للرقابة على مشروعية البواعث في الفقه الإسلامي

وفقا لما أوردناه في الفرع الأول، وضع فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط الفقهية، تراقب مشروعية البواعث، وتضبط مشروعية النتائج، معتمدين في ذلك على مبادئ أصولية، وقواعد فقهية، توسعوا من خلالها في الاجتهاد والاستنباط الفقهي، ومنها: قاعدة الأمور بمقاصدها، وقاعدة سد الذرائع، اللتان تضبطان مشروعية الآثار والنتائج.

أولاً- قاعدة الأمور بمقاصدها: المقصد لغة إتيان الشيء، والمقصد: الوجهة، وأصل الفعل الثلاثي: قصد، ومواقعه في كلام العرب: الاعتزام، والتوجه، والنهوض نحو الشيء، والقصد: النية والإرادة، والاعتماد، وهو التوجه إلى الشيء وإرادته، غير أن القصد أقوى من الإرادة، كون لفظه يوحي بقوة العزم وصدق الإرادة¹. والأصل الشرعي لهذه القاعدة قوله -ﷺ-: "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى.."، وعلى هذا كانت المقاصد معتبرة في التصرفات، عبادات كانت أم عادات، ففي العمل الواحد، قد يقصد به أمر فيكون عبادة، ويقصد به شيء آخر، فلا يكون كذلك؛ بل يقصد به شيء فيكون إيمانا، ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا، كالسجود لله، أو الصنم²، ومن ثم يصح القول بأن كل عمل معتبر بنية صاحبه فيه شرعا تتعلق به الأحكام التكليفية، قصد به امتثال أمر الشارع أو لا، فكل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضا من الأغراض، حسنا كان أم قبيحا³، ويلخص الشاطبي كلامه هذا في قوله: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها، فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تُشرع له، فعمله باطل"⁴؛ وهكذا فإن مجال تطبيق قاعدة الأمور بمقاصدها، هو جميع تصرفات المكلف، سواء أكانت عبادات، أم معاملات، أقوالا أم أفعالا، وقد بيّن الزرقا في المدخل الفقهي العام، بصدده شرحه لقواعد المجلة العدلية مدلول هذه القاعدة المدرجة تحت عنوان المادة الثانية، على أن المراد بها أن أعمال الشخص وتصرفاته قولية كانت، أم فعلية، تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص

1- مُجَدَّ مرتضي الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، المرجع السابق، ج.08، مادة: قصد، ص.525.

2- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، ص.413.

3- المرجع نفسه، ص.415.

4- المرجع نفسه، ص.418.

من تلك الأعمال والتصرفات، فمن قتل غيره دون مُسَوِّغ مشروع، وكان عامداً، فله حكم، ومن كان مخطئاً، فله حكم آخر، ومن قال لآخر: خذ الدراهم، فإن نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة، ومن التقط شيئاً بقصد أخذه لنفسه، كان غاصباً، وإذا التقطه بنية حفظه وتعريفه ورد له لصاحبه متى ظهر، كان أميناً، فلا يضمنه إذا هلك بلا تعدي منه، أو تقصير في حفظه¹، وقس على ذلك كل تصرفات المكلف التي تجري عليها أحكام الشرع.

وتتفرع عن هذه القاعدة قواعد أخرى تجري في معناها، ويعيننا هنا قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني"، ومن أمثلتها: بيع الوفاء، الذي تجري فيه أحكام عدة عقود، منها أحكام الرهن، كون هذا هو مقصود العاقدين في بيع الوفاء²، والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض، كمن قال لآخر: وهبتك هذا الشيء بكذا، أو بشرط أن تعطيني كذا، أخذ العقد أحكام البيع، لأنه أصبح في معناه، رغم استعمال العاقد لفظ الهبة، فَيُرَدُّ الشيء الموهوب بالعيب، وَيَسْتَرِدُّ الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق³ الموهوب من يده، وكذا سائر أحكام البيع⁴.

ثانياً- مبدأ سد الذرائع: الذريعة معناها الوسيلة، ومعنى سد الذرائع، رفعها، إما بالدفع، أو المنع، أو الإغلاق، ومؤدى الكلام أن وسيلة المحرّم، مُحَرَّمَةٌ، ووسيلة الواجب، واجبة، فالفاحشة حرام، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام، لأنها تؤدي إلى الفاحشة، والجمعة فرض، فالسعي إليها فرض، وترك البيع لأجل السعي إليها فرض أيضاً⁵، يقول القراني في فروقه: "الوسيلة إلى أفضل المقاصد، أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد، أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط، متوسطة"⁶، وحقيقة

1- الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.02، ص.980.

2- بيع الوفاء ممنوع قانوناً بنص المادة 396 من القانون المدني الجزائري: "يكون البيع باطلاً إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المباع في أجل معين".

3- الاستحقاق هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره، ويثبتها بالبينة ويُقضى له بها، فإذا كان الشيء المستحق قد وصل إلى ذي اليد بطريق الشراء، يتبين أن البائع قد باع ما لا يملك، فينفسخ البيع ويرجع المشتري على البائع بالثمن، كما يرجع هذا البائع على بائعه، وهكذا... ينظر: الهامش رقم: 1. من مؤلف: مطصفي أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.01، ص.491.

4- المرجع نفسه، ج.02، ص.980.

5- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.537.

6- القراني، الفروق، المرجع السابق، ج.02، الفرق: 58، البند: 1096، ص.451.

الوسيلة عند الشاطبي هي: "التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"، والمقصود بالمصلحة هنا، هو كل ما أقره الشرع من فعل، أو بنص صريح، أو بمقتضى من قواعده وأحكامه، لأنّ المصالح من وضع الشارع الحكيم، سواء كانت دنيوية أم أخروية، وليس للإنسان أي ابتداع في ذلك، فالمفسدة إذن، هي كل ما يخالف مقاصد الشارع وأحكامه، والعامل بقصد الحظ، قد جعل حظه مقصداً، والعمل وسيلة، وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل، غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تَبَعٌ للمقاصد، بحيث لو سقطت المقاصد، سقطت الوسائل¹.

ويوضح القرابي القصد من سد الذرائع في فروقه، بقوله: "ومعناه حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة، وسيلة للمفسدة، منع مالك ذلك الفعل في كثير من الصور"²، ويذكر الباجي في فصول الأحكام، فصل البيوع الفاسدة، كالغرر وما يجانسه، ومسألة الربا وما يكون ذريعة له³، وهي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويُتوصل بها إلى فعل المحظور، مثل بيع السلعة بمائة إلى أجل، ويشترها بخمسين نقداً، فهذا توصل إلى خمسين بذكر السلعة⁴، وعلى ذلك فإنّ مبدأ سد الذرائع، يعني منع كل الوسائل المشروعة التي يمكن أن تفضي إلى مآلات غير مشروعة، سواء كان ذلك بقصد من المكلف، أم بغير قصد منه، دفعا لمآل يُوقَعُ في المفسدة، فسُدُّ الذرائع يشمل الأفعال المباحة المفضية إلى مآلات مادية بحتة التي يترتب عليها المآل الممنوع، دون قصد من المكلف، وكذا الأفعال المباحة التي يتخذها الناس وسيلة إلى تحقيق باعث غير مشروع⁵.

والذريعة تشمل الفعل والقول؛ فقد تكون قولاً، وهذه تشمل التصرفات القانونية، وقد تكون فعلاً، فتشمل التصرفات الفعلية، وهذه التصرفات الفعلية أو القولية قد تكون تصرفات مادية أو تصرفات قانونية، فإذا أدت إلى مآلات غير مشروعة لم تشرع⁶، فمن يعقد عقد بيع قاصداً به الربا، فهو يتخذ عقد البيع وهو مصلحة، وسيلة إلى المفسدة التي هي الربا، وقد حُرِّم الربا، تحقيقاً

1- الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج.02، ص.353.

2- القرابي، الفروق، المرجع السابق، ج.02، الفرق: 58، البند: 1091، ص.450.

3- أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد أبو الأجنان، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، الرياض، السعودية، 1422هـ، 2002م، ص.215.

4- الزركشي، المحيط في أصول الفقه، المرجع السابق، ج.06، ص.82.

5- حليلة آيت حمودي، نظرية البواعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.168.

6- المرجع نفسه، ص.469.

للعادل والتوازن بين التزامات وحقوق كل عاقد، إذ يعتبر كل مالٍ لا يقابله عوض في المبادلة من قبيل الربا، والأدلة في الشريعة على تحريم الربا كثيرة، منها قول الله عزّ وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾¹، وقول الرسول -ﷺ-: "من شفع لأخيه شفاعاً فأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا"²، فالتصرفات لما هي وسيلة لغاية، لا يُنظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد، أو الإذن والمنع، بل تأخذ حكم ما أدّت إليه³، فالذريعة أو الوسيلة تأخذ حكم مآلها، ولو لم يقصد من اتخذ تلك الوسيلة إلى ذلك المال، فالفقه الإسلامي إذن، غائي، يتجه إلى تحقيق مقاصد أساسية، فأحكامه لم تشرع تحكما، لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف، ولا عبثا، بل شرعت لمعان ومصالح اجتماعية واقتصادية اقتضت تشريعها، ويتقيّد استعمالها بما ظاهرا وباطنا⁴، فالشريعة الإسلامية لا تحاسب على النية وحدها، بل حتى تقتزن بالسعي إلى غرض غير مشروع.

ولا ريب أن هذا النظر الفقهي يثير التساؤل عن الصلة الممكنة بين هذين المبدئين، واللدان دون شك يهدفان إلى غاية واحدة، هي التوسيع من نطاق عدم المشروعية، والحرص على المزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال مظانّ فساد، غير أن هذين المبدئين سلكا طريقين متباينين في الوصول إلى هذه الغاية، ففي الوقت الذي يستند فيه مبدأ سد الذرائع في الأصل إلى معيار موضوعي له طابع مادي يعتدُّ بنتيجة التصرف، يستند مبدأ الاعتداد بالباعث إلى معيار ذاتي، يحفل بالدافع الشخصي، وفي كليهما تقاس الوسيلة من زاوية النتيجة التي يصل إليها المتصرف، ولكن يختلفان من ناحية أن مبدأ سد الذرائع يقيس النتيجة من زاوية مادية مباشرة، على غير مبدأ الباعث الذي يرتبط بالعامل النفسي غير المباشر للمتصرف، ويتصل بالدافع الذي كان وراء الإرادة

1- سورة البقرة، الآية 275.

2- رواه أبو داود في السنن، كتاب: الإجارة، باب: في الهدية لقضاء الحاجة، الحديث رقم: 3541، دار الحضارة للنشر والتوزيع، ط.2، الرياض، السعودية، ص.447.

3- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.176.

4- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدول في تقييده، مؤسسة الرسالة، ط.3، بيروت، لبنان، 1404هـ، 1984م، ص.84.

المنشئة للوسيلة، وهو ما يجعل من مبدأ الباعث كمعيار شخصي ذاتي، مظهرا متطورا من مظاهر مبدأ سد الذرائع¹.

وفي الحقيقة، لم يكن هذا النظر غريبا على فقه تنبع أحكامه من تعاليم دينية، أن يُعنى بالبواعث النفسية، والمبادئ الخلقية، والمثل العليا، فالفقه الإسلامي تقويمي، يتعلق بالإرادة وتوجيهها، ويُطَهَّرُ الباعث لكي لا يحرك الإرادة إلى تحقيق غايات غير مشروعة، تناقض مقصد الشارع وتهدم قواعده تحت ستار الحق، فأحكام الشريعة، وهي مناشئ الحقوق، مقيدة بمقاصدها التي هي روحها ومعانيها التي من أجلها شرعت²؛ ولأن الحقوق وسائل منحت للفرد لتحقيق الحكمة الغائية التي من أجلها تقررت، يتفرع عن هذا، أن مناقضة هذه الحكمة قصدا، أو مآلا، تبطل التصرف، الذي لا بد أن يكون مطابقا للأحكام التي قررها الشارع مبنئ ومعنى، ولا عبرة بظاهر التصرف وصورته، إذا كان الباعث غير مشروع³، ولما كان العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع، فلا شك أن الباعث يتصل بانعقاد العقد أصلا، أو بصحته عند الجمهور، ولما كان خارجا على الركن، الذي هو الإرادة، أي الإيجاب والقبول، إلا أنه هو المحرك لها، فيجدرُ اعتباره شرطا للركن، وهذا ينطبق على جميع الصور التي تصدر عن باعث غير مشروع⁴.

والأمر إذن في مجمله، يتعلق بالإرادة ومن ورائها الباعث، لأجل مراقبتها وتقويمها عن طريق إلقاء فكرة الباعث قيدا عليها، حتى لا تتنكَّب هذه الإرادة المقصد الشرعي للحق، وهي النظرية التي اتجهت إليها جميع النظم القانونية في العالم في العصر الحديث، على تفاوت بين هذه النظم، تبعا لفلسفتها القانونية، ومبادئها المجتمعية والاقتصادية، في اتجاه أخلقة القانون، والنأي به عن الصورة المجردة الصماء التي قد لا تستطيع تحقيق الغاية التي وضعت لأجلها، من تحقيق للعدالة، وضمان لمصالح واستقرار المجتمع.

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.543-544.

2- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدول في تقييده، المرجع السابق، ص.84.

3- المرجع نفسه، ص.85.

4- زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.120.

المبحث الثالث: نظرة مقارنة لفكرة السبب ووظائفها بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي

بالنظر إلى ما أوردناه سابقاً، تبدو فكرة السبب كما تناولها الفقهاء المسلمون، تدور حول ثلاثة معانٍ، المعنى الأوّل، يصوّر فكرة السبب كمصدر التكليف، أو الالتزام، والمعنى الثاني، الذي يوثق الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، ويصنع منها سبباً، يتماهى مع مفهوم الحكم الأصلي للتصرف كما يراه الفقهاء المسلمون، أمّا المعنى الثالث، فهو الباعث الدافع على التصرف، مقارنة بالمعاني التي ذهب إليها فقهاء القانون الوضعي، في معالجته لفكرة السبب في الالتزامات العقدية، ذلك ما نحاول بيانه عبر المطالب الموالية، لعلنا ندرك منشأ الخلاف بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي في نظرهم وتحليلهم لمسألة الالتزامات التعاقدية.

المطلب الأوّل: مقارنة بين مفهوم السبب كمصدر تكليف والتزام والسبب المنشئ في الفقه القانوني

لعل من تعريفات السبب التي يكاد يجمع عليها الأصوليون هو أنه الوصف الظاهر الذي جعل الشارع وجوده، علامة على وجود الحكم، وعدمه، علامة على عدم السبب لذاته، سواء كان مناسباً لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة، أم لم يكن مناسباً للحكم مناسبة ظاهرة، ووفقاً لهذا المفهوم فإنّ السبب هو المصدر المباشر للتكليف الشرعي، ويشمل بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية، جميع ما يقوم به المكلف من نشاط إنساني، سواء ما تعلّق بالعبادات، أم بالمعاملات المالية، أم بالأحوال الشخصية، أم بالعقوبات، أم بالمواد الشرعية كما يسميها الفقهاء المسلمون¹، ووفقاً للنظر الفقهي والأصولي، فإنّ السبب أوسع معنىً منه عند أهل القانون، وإن وجد بينهما أوجه للتشابه، وأوجه للاختلاف، وهو مضمون ما نحاول بيانه عبر الفروع الموالية من خلال المقارنة بين مفهومي السبب في كل من الفقه القانوني والشريعة الإسلامية.

1- الضيف كيفاجي، نظرية السبب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.432.

الفرع الأول: أوجه التشابه والاختلاف بين مفهوم السبب كمصدر تكليف والتزام والسبب المنشئ

سعيًا إلى تقريب صورة السبب من الأفهام وإيضاحها في الأذهان، نسلك نهج المقارنة بين نقاط التشابه والاختلاف، من خلال المعنى الذي أريد للفظ السبب، بين المدارس الفقهية الإسلامية والمدارس الفقهية القانونية.

أولاً- أوجه الاختلاف: أهم ما يمكن إبرازه من اختلاف، بين مفهوم السبب عند علماء الأصول وفقهاء القانون، هو أن هناك اختلاف جوهري بين المدرستين، فعلماء أصول الفقه الإسلامي، بحثوا فكرة السبب ضمن مباحث الحكم الوضعي، الذي هو قسيم الحكم التكليفي، المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تحييراً، أو وضعاً، وهذا لا صلة له بمفهوم السبب الذي بحثه فقهاء القانون، ذلك لأنّ مبحث السبب في أصول الفقه لا يتصل بمفهوم الالتزام أو العقد فحسب، بل هو فكرة فلسفية منطقية تتصل بفلسفة التشريع نفسه، حيث يبحث في الأسباب ومُسبباتها، وما يشترط لهذه السببية من شروط، وما يقف في طريقها من موانع، تحول دون وقوع المسببات عن الأسباب¹، والاختلاف الثاني، يتمثل في أن مفهوم السبب عند علماء الأصول، يغطي جميع تصرفات المكلف، كما أشرنا إليه في مقدمة هذا المطلب، أمّا فكرة السبب عند فقهاء القانون، فتقتصر على دراسة هذا المفهوم ضمن التصرفات الإرادية فحسب، ولا تتعدى إطار القانون المدني، وإن كان من فقهاء القانون، من يرى بأنّ السبب بمعنى الباعث يصلح لإلغاء القرارات الإدارية، إذا كان من ورائها باعث غير مشروع²، ولكن ما نحن بصدد بحث جدليته واضطراب فكرته، هو السبب في التصرفات القانونية في القانون الخاص، وبعبارة أدق السبب في الالتزامات الإرادية.

كما يختلف معنى السبب عند فقهاء الشريعة الإسلامية، عنه عند فقهاء القانون، كون إنّ موضوع السبب يتعلّق بإرادة الشارع، والكشف عنها بمعرفة الأمارات والعلامات التي تؤدي إليها،

1- جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.214.

2- المرجع نفسه، ص.135.

بالنسبة لمدرسة الفقه الإسلامي، في حين يتعلّق السبب في القانون الوضعي بإرادة الشخص القائم بالتصرف¹.

ثانياً- أوجه التشابه: إذا أمكن إيجاد مقارنة فقهية لفكرة السبب، كما تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية، وكما رآها فقهاء القانون، في محاولة لاستجلاء أوجه الاتفاق بين مفهوم السبب في كلتا المدرستين، فإننا لا نجد مقارنة بين السبب كما فهمه الأصوليين، والسبب المنشئ، كما ورد في الفقه القانوني، وما يلتقيان إلا في نقطتين، الأولى: هو أنّ كلا الفقهيين حصر مصادر الحقوق في مصدرين اثنين هما: التصرف الشرعي والواقعة الشرعية بالنسبة للفقه الإسلامي، والتصرف القانوني والواقعة القانونية بالنسبة للقانون الوضعي، وإن كان هناك تفاوت من حيث المفهوم لهذين المصدرين في كل فقه.

فبالنسبة لعلماء الأصول، رأينا فيما سبق أنهم قسموا الأسباب، إلى أسباب قولية وأسباب فعلية، وإلى أسباب في مقدور المكلف القيام بها، وأسباب ليس في مقدور المكلف القيام بها، وهو ما يؤدي إلى تقرير حقيقة مفادها أنّ مصادر الحقوق بالنسبة للفقه الإسلامي، ترجع إلى مصدرين اثنين: هما التصرف الشرعي والواقعة الشرعية، مهما كانت هذه الحقوق، شخصية أم عينية²، أي أنّ المصادر الكلية للالتزام لا تخرج عن هذه المصدرين.

أمّا الفقه القانوني، فيجعل خمسة مصادر للالتزام عموماً، هي القانون، والعقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والإثراء بلا سبب، وهذه المصادر يمكن إرجاعها إلى المصدرين الأساسيين لكل التزام، التصرف القانوني، والواقعة القانونية، ويقصد فقهاء القانون بمصدر الالتزام السبب المباشر، لا المصدر الأمر في إيجاب الالتزام، إذ نكون آنئذٍ أمام حقيقة أنّ جميع مصادر الالتزام، مردّها الشارع أو القانون، كونه هو من أمر بوجود الالتزام عند وجود تلك الأسباب المباشرة، فلا يقوم أي التزام إلا إذا أقرّه القانون واعترف به، ولكن بطريقة غير مباشرة، وإتّما يُعلّق نشوءها على حدوث وقائع معينة يحددها، وهي المصدر القريب المباشر لنشوء الالتزام، وهو المقصود بمصدر

1- جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.134.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.69.

الالتزام لدى فقهاء القانون¹، ولذلك، فإنّ الفقه الإسلامي وإن كان يعتمد منهجا آخر في تقسيمه للحقوق، غير المنهج الذي اعتمده الفقه القانوني في تقسيمه للحقوق إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، إلاّ أنّه مطاوع للتقسيم الثنائي للحقوق، بل إنّ أكثر مطاوعة من الفقه الفرنسي، إذ إنه يغطي جميع الحقوق، سواء نتجت عن تصرفات قولية، أم تصرفات فعلية، ولا يجلبها مثل ما فعل الفقه الفرنسي².

الفرع الثاني: مقارنة بين الحكم الأصلي للعقد والنظرية التقليدية في السبب

كما مرّ معنا سابقا، فإنّ الحكم أو المقصد الأصلي للعقد، هو الغاية النوعية التي شرع لأجلها، وهو مجموع الآثار المتولّدة عنه، وهي السبب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، والغرض الذي أراد الوصول إليه، وما يميز الحكم الأصلي للعقد، أنّه ثابت لا يتغيّر في جميع العقود من النوع نفسه، ويختلف باختلاف نوع العقد، وبهذا المعنى فإنّ السبب يتميّز بكونه أولا، هو من يحدد نوع التصرف، ويمثل وظيفة التصرف ثانيا، اقتصادية، كانت أم اجتماعية، وذو طبيعة مادية، ثالثا³.

أولا- أوجه التشابه بين الحكم الأصلي والنظرية التقليدية في السبب: يلتقي المفهومان في نقاط نذكر منها، أنّ كليهما موضوعي، داخل في العقد، لا يتغيّر، فالحكم الأصلي لعقد البيع، هو نقل الملكية بعوض، وهو ما يقابله في النظرية التقليدية سبب الالتزام، والتي تجعل من الالتزام بنقل الملكية في عقد البيع مثلا، هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، وهو الأمر الذي يكشف الغاية النوعية للعقد، ويتماهى هذا النظر مع التصرفات المسببة في الفقه الألماني، ويراد به الغرض المباشر من العقد، تمييزا له عن الباعث⁴، ولئن كان سبب الالتزام في الفقه القانوني اللاتيني، يأتي جوابا عن السؤال: لماذا التزم المدين؟ فإنّ السبب في معنى الحكم الأصلي، يأتي جوابا عن السؤال: لم عقّد العاقد العقد؟ فدون شك أنّه يعقده رغبة في الحصول على الآثار المتولّدة عنه، وهي من دفعته إلى الأخذ بتلك الوسيلة من التصرف، وإن كان العقد هو السبب الفلسفي لهذه الآثار، لأنّه

1- مُجّد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.31.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.01، ص.63.

3- الضيف كيفاجي، نظرية السبب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، المرجع السابق، ص.413.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.507. ينظر كذلك: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.491-492.

مصدرها، فإنّ هذه الآثار هي السبب النفسي لهذا العقد، كونها الغرض الذي ينبغي للإرادة الوصول إليه¹.

ويؤكد هذا النظر الفقيه المالكي شهاب الدين القرافي في فروقه، حيث يقول: "إنّ القاعدة الشرعية الأكثرية، أنّه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد، فإنّه يؤدي إلى أكل المال بالباطل، وإنّما يأكله بالسبب الحق إذا خرج من يده ما أخذ العوض بإزائه، فيرتفع الغبن والضرر على المتعاضين، فلذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمن والسلعة معاً، ولا للمؤجّر الأجرة والمنفعة معاً، وكذلك بقية الصور"².

فالمقصد الأصلي إذن، هو الحكم الأصلي الذي يجعل العقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه، وتحقيق الغاية النوعية للتصرف، وهو اصطلاح أدق من "السبب"، الذي ورد على لسان فقهاء القانون في المفهوم التقليدي لنظرية السبب، لأنّ كلمة "سبب" تعطي فكرة عن شيء سابق على العقد التام، بينما "المقصد" تدل على شيء مستقبل، أو على الأقل حاضر، يمكن الوصول إليه حين العقد، لكنها لا تدل على الماضي، فكلمة "مقصد"، أدق من السبب³، بالمفهوم الذي أراده فقهاء القانون في النظرية التقليدية، وعليه فلا مكانة لسبب الالتزام في الفقه الإسلامي.

ثانياً- أوجه التباين بين المفهومين: يتباين المقصود بالسبب في النظرية التقليدية لدى المدرسة اللاتينية، مع مفهوم المقصد الأصلي للعقد في الفقه الإسلامي، من حيث أنّ السبب يرتبط بالإرادة الخاصة للأفراد عند فقهاء القانون، وينفك مفهوم المقصد الأصلي عنها في الفقه الإسلامي، فالغرض المباشر الذي يرمي الوصول إليه المتعاقد من وراء التزامه، يتلازم وإرادة التصرف، وإن كان متميّزاً عنها، أمّا الحكم الأصلي للعقد أو التصرف، فينفك عن هذه الإرادة ولا يتلازم معها، ويقع التلازم في منطقة بين الحكم الأصلي للعقد، وإرادة الشارع التي تحدد هذا المقصد وتضعه موضع التنفيذ لا إرادة العاقد⁴، فالمقصد الأصلي باعتباره موضوعاً للعقد، يُنظر إليه

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.492.

2- القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج.01، ص.681.

3- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.500.

4- المرجع نفسه، ص.ص.503-505.

أثناء التكوين، ويتميّز عن محلّ العقد، المتمثل في المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد، وهو كل ما يلتزم به المدين، كالمبيع والتمن في عقد البيع، والشيء الموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، غير أنّ هناك ارتباط بين موضوع العقد ومحلّه في فلسفة الفقه الإسلامي، إذ من الشروط الأساسية للمحل، أن يكون قابلاً لحكم العقد، وانتفاء هذه القابلية، يُفضي إلى إبطال العقد لانعدام الغاية النوعية له¹، بمعنى أن العملية القانونية التي يأتيها المتصرف، يجب أن تقع على محل يقبل حكمه الذي وضعه الشارع، فلا يمكن القيام بعملية بيع على محلّ محرم في ذاته، أو بمآله، أي أنه يؤدي إلى نتائج يمنعها الشرع أو القانون، كما هو الشأن في مسألة بيع الحقوق الميراثية قبل وفاة المورث.

الفرع الثالث: مقارنة بين السبب بمعنى الباعث في كل من الفقه القانوني والفقه الإسلامي

يجمع الفقه القانوني المعاصر، على اعتماد النظرية الحديثة في السبب، التي ذهب مُشَيِّعوها إلى أنّ المقصود بالسبب هو الباعث الدافع على التعاقد، وليس السبب المباشر، أو الغرض، كما كان سائداً في اعتقاد التقليديين، ويقولون إنّها من ابتكار القضاء الفرنسي، مع أن الإرهاصات الأولى لإعمال البواعث في التصرفات القانونية، ظهرت على عهد الكنسيين بحكم المرجعية العقدية للشريعة المسيحية، حيث مزجوا بين السبب والباعث في سائر العقود على اختلاف أنواعها، فوسعوا بذلك من فكرة السبب، والتي تلقفها فقهاء القانون وأصبحوا يمثلون لها بمنّ يشترى منزلاً بغية إعداده للقمار ويلتزم بدفع ثمنه، ويقولون عن ذلك بأن غرضه المباشر هو الحصول على ملكية المبيع، وهو سبب مشروع، ومع ذلك لا يجب الوقوف عند هذا الغرض كما كانت تقرره النظرية التقليدية، بل يجب تَقْصِي الغرض الثاني الذي يقصده المشتري، أي السبب البعيد، وهو استعمال المنزل كنادٍ للقمار، والذي يمثل دون ريب غرضاً مخالفاً للنظام العام والآداب، ومن ثمّ أمكن إبطال العقد، وهي الفكرة التي وسعت من اعتبارات النظام العام والآداب، لتكون قيداً على الإرادة، والحِدِّ من غلوائها وانحرافها عن القيود الاجتماعية²، وسمحت بتسرب الأخلاق إلى القاعدة القانونية.

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.502.

2- مُجَّد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.227.

وعند هذا المستوى من التطور الذي بلغه الفكر القانوني، حينما جعل من الاعتداد بالباعث الذي وجّه الملتزم ودفع الإرادة للالتزام، هو السبب المقصود في الالتزامات الإرادية، واضعا بذلك معنًى مغايرا للمعنى الذي أرسته النظرية التقليدية، أصبح لنظرية السبب مفهوما أكثر خصوبة وفعالية، في نطاق القانون الخاص كما في القانون العام، خاصة وأن نظرية التعسف في استعمال السلطة في القانون الإداري، هي التي بنى عليها الفقه الغربي فيما بعد، والفرنسي منه على الخصوص، نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني من خلال تطبيقات فكرة الباعث¹.

أمّا عند الفقهاء المسلمين، فإنّ الباعث الدافع على الالتزام، هو الدافع الذي حرّك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر²، أي الغرض الشخصي الذي يتوارى وراء الغرض الموضوعي، وبهذا الفهم، فإنّ ما ذهب إليه النظرية الحديثة في السبب يلتقي مع ما توصل إليه الفقه الإسلامي، عندما اعتنى بالقصود التي يرمي إليها الناس من وراء تصرفاتهم.

فالعقد في الفقه الإسلامي، يتم وينتج آثاره بمجرد اتفاق (تراضي) الطرفين، دون أن يتوقف على شيء من الإجراءات والمراسيم الشكلية، غير أنّ هذه الإرادة قد يحركها باعث لأنّ تنشئ تصرفا ظاهرا صحيحا مستوفي الأركان والشروط، لتحقيق أغراض غير مباشرة تتجاوز الحدود الأخلاقية، أو المصلحة العامة، أو بعبارة أخرى، تناقض مقاصد الشارع، ووقاية من تعسف الإرادة وما قد يؤول إليه طغيانها في تحقيق أغراض غير مشروعة، أرسّت الشريعة فكرة الباعث كقيد عليها، أو بالأحرى على مبدأ الرضائية الذي كرّسته الشريعة الإسلامية ابتداء، اتّقاء مناقضة مقاصد الشارع فيما تنشئ هذه الإرادة من تصرفات تبدو في ظاهرها صحيحة، وبالنظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائية غير مباشرة، قد تمسّ بالمصلحة العامة، أو تهدم مقاصد التشريع³، فالباعث كما هو واضح، أمر ذاتي، وخفي، وخارج عن نطاق التعاقد، وبالنتيجة ليس ركنا في

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.497-498.

2- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، ط.4، بيروت، لبنان، 1408هـ، 1988م، ص.207.

3- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط.4، 1416هـ، 1996م، دمشق، سوريا، ص.228.

التصرف داخلا في ماهيته، ولا شرطا يتوقف عليه وجوده، ولما كان الباعث بهذا الوصف، أي أمرا ذاتيا، يتعلق بأشخاص العقد، لا العقد في ذاته، فهو متغيّر، ومن ثم يختلف باختلافهم¹.

وعلى هذا الأساس، وضع الفقهاء المسلمون مجموعة من الضوابط الفقهية، تحكم شرعية البواعث، وتضبط شرعية النتائج، ومن بين هذه الضوابط، قاعدة "الأمر بمقاصدها"، التي تحكم على شرعية البواعث، وقاعدة "المآلات" التي تضبط شرعية النتائج²، وبهذا المعنى ينطبق إعمال فكرة الباعث لدرء الاحتيال على قواعد الشرع؛ وحقيقة الحيلة كما أشار إليها الشاطبي هي: "تقديم عمل ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، أي من تحليل مُحَرَّم، أو إسقاط واجب، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع"³، وقد بيّن هذه المناقضة في قوله: "فمآل العمل فيها حَرَمَ قواعد الشريعة"⁴، أي خرق أحكامها، ومن ذلك مسائل بيوع الآجال، فإنّ فيها التَحْيُلُ إلى بيع درهم نقدا بدرهمين إلى أجل، ولكن بعقدين، كل واحد منهما مقصود في نفسه، وإن كان الأوّل ذريعة، فالثاني غير مانع، فالتحليل بوجه سائغ مشروع في الظاهر، أو غير سائغ على إسقاط حكم، أو قلبه إلى حكم آخر، بحيث لا يسقط أو ينقلب إلا بتلك الوسطة، ففُعَلُ لِيَتَوَصَّلَ بها إلى ذلك الغرض المقصود، مع العلم أنّها لم تُشرع له، كمن يبيع عشرة دراهم نقدا، بعشرين إلى أجل، فجعلَ العشرةَ ثمنا لثوب، ثم باع الثوب من البائع الأول بعشرين إلى أجل، فهذا تحليل لحرام وإسقاط لواجب⁵، فهو تَحْيُلٌ على قلب الأحكام الثابتة شرعا، إلى أحكام أُخْرٍ، بفعلٍ صحيحٍ الظاهر، لغوٍ في الباطن، سواء كانت الأحكام من خطاب التكليف، أم من خطاب الوضع⁶، لأن الأحكام شرعت لمصالح العباد، فإن كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا، والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع⁷، كالبيوع التي ظاهرها الصحة، ويقصد بها التوسل لاستباحة الربا، منعها فريق من أهل

1- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص.229.

2- الضيف كيفاجي، نظرية السبب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، المرجع السابق، ص.417.

3- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، ص.446.

4- المرجع نفسه، ص.447.

5- المرجع نفسه، ص.ص.447-453.

6- المرجع نفسه، ص.447.

7- المرجع نفسه، ص.450.

العلم، كالمالكية، نظرا إلى أن المنهي عنه يتضمن مفسدة، كان قصد الشارع درءها وسدّ الطريق دونها، فالوسيلة الموصلة إلى المنهي عنه تُعدّ عملا مناقضا لقصد الشارع¹.

والقول باعتبار السبب الباعث، ليس معناه الرجوع في شأن صحة العقود وبطلانها، إلى مقياس غامض لا يمكن اكتشافه، كالنية والقصد، وإنما يخضعان إلى معيار موضوعي، هو مبدأ سدّ الذرائع الذي يعتد بنتائج التصرف وآثاره التي يؤدي إليها غالبا، فالفقه الإسلامي يختلف عن القانون الوضعي، في مسألة مشروعية الباعث، حيث يقرنه بنتائج التصرف، وليس البحث عنه داخل العقد، أو في نية المتعاقد ابتداء، فالعقد مشروع دائما، كوسيلة شرعت للمعاملات التي تجري بين الناس لقضاء حاجاتهم، ولكن ما يؤدي إليه العقد كنتيجة قد تكون غير مشروعة، تؤدي إلى فساد العقد غالبا، وليس نية العاقد فحسب².

وأخيرا، فإنّ ما يلاحظ من خلال هذه المقارنة، بين مفهوم وضوابط الباعث في الفقه الإسلامي، وكذا في الفقه القانوني، هو إمكانية القول بأنّ هناك في الفقه الإسلامي ما يقابل الأفكار التي تناوّلها فقهاء القانون اللاتيني، ذو النزعة الشخصية أو الذاتية، وهو الاتجاه الذي يمثله الفقه المالكي والحنبلي في الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بالاعتداد بالباعث على التصرفات التي يأتونها الأفراد، الذي قد يتعارض مع مقاصد الشارع فيبطل التصرف، وإن كان في ظاهره صحيحا، واتجاه موضوعي يمثله الفقه الشافعي والحنفي، يقترب في تناوله لفكرة السبب بمعنى الباعث من المدرسة الجرمانية ذات النزعة الموضوعية، حينما يجعل استقرار المعاملات في مقدمة اهتمامات النظام القانوني، ولكن ليس إلى حد التطابق، فالفقه الإسلامي قد يمنع تصرفا صحيحا كان الباعث عليه مشروعا، يرى في مآله مناقضة للشرع، بفضل قواعد فقهية أسس لها المقاصديون، من مثل قاعدة الأمور بمقاصدها، وقاعدة سدّ الذرائع، وغيرهما كثير.

1- تعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان على الموافقات، المرجع السابق، ج.01، ص.292، الهامش رقم: 02.

2- جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.514-515.

الباب الثاني

آفاق نظرية السبب في التصرفات القانونية في ضوء الفقه القانوني الحديث

الباب الثاني: آفاق نظرية السبب في التصرفات القانونية في ضوء المراجعات العميقة

لقانون العقود في القانون المدني الفرنسي المعدل.

الباب الثاني: آفاق نظرية السبب في التصرفات القانونية في ضوء المراجعات العميقة

لقانون العقود في القانون المدني الفرنسي المعدل.

سيبقى تاريخ 02 فيفري 2016 محفورا في ذاكرة فقهاء القانون المدني الفرنسي، ومن آمن بفلسفة المدرسة اللاتينية في القانون، كيف لا وهو التاريخ الذي شهد أكبر مراجعة وتعديل للقانون المدني الفرنسي، الذي فخر به نابليون العالم منذ ما يزيد عن المائتي عام، التعديل الذي جعل أساتذة وفقهاء القانون في فرنسا وخارجها يتحدثون عن ثورة تشريعية، أحدثت زلزلا مسّ فلسفة القانون المدني الفرنسي، ومن ورائه كل النظم القانونية التي شربت من معينه، واعتنقت فلسفته في التقنين، وهو الزلزال الذي عصف بالكثير من المبادئ والمعتقدات التي ترسخت في المدرسة اللاتينية لقرنين من الزمن، ابتداء بمصادر الالتزام، إلى إعادة تعريف العقد، وإعادة النظر في الشروط الأساسية الواجب توافرها في تكوينه، والتي كان من ضحاياها ركنا السبب والمحل.

وفي هذا السياق، سنخص بالدراسة والتحليل قضية السبب وما أثير حولها من لغط وجدل، كاد يصيب القضاء وأهل القانون باليأس الفكري من مسألة استعصت على عقولهم، وأدخلت الفقه القانوني في حلقة مفرغة لا يكاد يخرج منها حتى يعود إليها، وهو ما يفرض علينا تتبع هذه الفكرة التي استشكل على الفقه والقضاء ضبطها وتحديد موقعها من الالتزامات الإرادية دون غيرها، من النشأة إلى الفقه القانوني الحديث، مع التركيز على المدرسة اللاتينية بالخصوص، كونها هي مصدر الفكرة وحاضنتها والقائلة بركنية السبب في العقود، ونفسح مجال الدراسة للاسترسال في رواية قصة السبب، من أين جاءت؟ وكيف دخلت إلى الالتزامات الإرادية؟ وكيف تطورت؟ ولماذا رافق التردد كل من اقترب منها تنظيرا وتطبيقا؟ ولم يجد لها تعريفا يشبه تعاريف الأفكار القانونية الأخرى، فغلب على معناها التعدد، وعلى مرديها التردد (الفصل الأول)، وسيق بعد ذلك الفقه والقضاء رويدا رويدا إلى رفع راية الاستسلام وإعلان التمرد، فلم تشأ الإرادة التشريعية في عقر العرين الذي رأت النور وترعرعت فيه، أن تُبقى للنظرية مكانا في تقنينها المدني، وأن يبقى السبب ركنا من أركان قيام العقد.

لقد أصبح لوجود العقد واعتداد القانون به وحمايته أركاناً وأحكاماً أخرى، يتقدمها الرضا ومضمون مشروع وحقيقي، وهو الأمر الذي أعاد نفخ رماد النقاش والجدل من جديد على مواعد فقهاء القانون، حول الإشكال الذي يأبى الحلول، إنه إشكال السبب وموقعه من التصرفات القانونية الإرادية، وماذا يمثل في نظام العقد؟ تساؤلات سنحاول الإجابة عنها من خلال الفصل الثاني من هذا الباب، لأجل بيان الصورة الجديدة للعقد أو التصرف القانوني المبني على الإرادة الخاصة، وسنرى إن كانت المدرسة الفرنسية في القانون المدني، قد مرّت حقيقة إلى مرحلة أخرى من مراحل تطور الفكر القانوني لديها، أم أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد محاولة للتكيف مع الواقع الجديد للتعاملات المالية، فرضته مخلفات العولمة واقتصاد المعرفة، ونخلص في آخر الفصل إلى آفاق النظرية في ظل التحولات الجذرية لمبادئ القانون المدني في فرنسا، ونعرض لأهم التصورات الممكنة التي بإمكانها المساهمة في تطوير نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، كونه محسوب على هذه المدرسة.

الفصل الأوّل

التجاذبات الدائرية حول نظرية السبب وتطوراتها من النشأة إلى الفقه الحديث

الفصل الأول: التجاذبات الدائرة حول نظرية السبب وتطوراتها من النشأة إلى الفقه الحديث

المتصفح لتاريخ نظرية الالتزام، يجد الكثير من الاختلاف بين فقهاء القانون حول الجذور الأولى لفكرة السبب في العقود، أو الالتزامات الإرادية، بين من يقول بوجودها في أواخر العهد المدرسي بعد انتشار الديانة المسيحية في أرجاء الإمبراطورية، وتداخل قواعد القانون بالأخلاق، وبين من ينكر ذلك بحكم منطوق القانون الروماني القائم على الطقوس الاحتفائية والأشكال العتيقة، ويرون بأنّ فكرة السبب لم تُثَرَّ وسط الفقه القانوني إلاّ إبّان القانون الفرنسي القديم، ومهما يكن فما لا يختلف فيه فقهاء القانون وشراحه، هو الهوية اللاتينية لهذه الفكرة المثيرة وسط الفقه القانوني، وقد استقرت في القانون المدني الفرنسي، ومن ورائه التشريعات المدنية ذات النزعة اللاتينية، منذ أن أقر نابليون التقنين المدني في مطلع القرن التاسع عشر، معتبرا إياه نصرا مبينا لا تضاهيه انتصاراته في الكثير من المعارك التي خاضها في زوايا العالم الأربع.

لكن، فكرة ونظرية السبب لم يبرح ساحتها الخلاف والجدل والسجال، منذ أن رأت النور على يد دوما وبوتييه، وتبناها التقنين المدني الفرنسي لعام 1804م، كعنصر أساس من العناصر الواجب توافرها عند تكوين العقود والتصرفات القانونية الإرادية بشكل عام، وهو ما طرح أكثر من سؤال، لعل أبرزها هو: لماذا كل هذا اللغط حول هذه النظرية من بين جميع النظريات التي تفرعت عن النظرية العامة للالتزام؟ وما خلفيات ذلك؟ وهل وقع هناك خطأ تاريخي في التأسيس لهذه النظرية؟ أم أن الايدولوجيا الليبرالية ولوبيات المصالح الرأسمالية هي التي دفعت باتجاه الاستقطاب الذي وقع بين النظريات القانونية، وواقع التطبيقات العملية لهذه النظرية، التي انعكست على يوميات المجتمع، وبدى وكأنها تهدد الأمن القانوني والقضائي، واستقرار المعاملات في المجتمعات الغربية؟

يمكن أن تكون محاولة الإجابة عن مثل هذه الأسئلة وغيرها، بمثابة مفاتيح أولية لدراسة عميقة للأفكار والآراء الفقهية والتجاذبات التي تداولت نظرية السبب في العقود بالنسبة للمدرسة اللاتينية في القانون لما يزيد عن قرنين ونيف، إذ ما كان السجال والجدال والنقاش الفقهي المحتم حول جدوى هذه النظرية وأهميتها ينزع نحو الاستقرار والهدوء، حتى يبعث من تحت رماد الفقه القانوني من جديد، بقدمه وحديثه، ليطفو على سطح الكتابات والاجتهادات الفقهية والقضائية،

حاملًا همّ السؤال المتجدد الذي طرح في بداية القرن التاسع عشر تزامنًا وميلاد فكرة السبب بشكل رسمي في قانون نابليون، حول صحة وفائدة نظرية السبب في قانون العقود؟ خاصة بعد أن تخلى المشرع المدني الفرنسي عنها مؤخرًا في تعديل 2016م، والذي يعد الأب الشرعي لنظرية السبب، وما يمثله ذلك من اهتزاز على مستوى أعتى التشريعات المدنية التي عرفها العالم بعد انتشار موجة التقنين، الأمر الذي بعث النقاش مجددًا حول موقع هذه النظرية من خارطة قانون العقود، وعاد لينفخ الروح في فقه يأبى الاتفاق على رأي يقبله المنطق القانوني، ويمهد الطريق لوضع معايير ثابتة ومضبوطة تحدد معالم فكرة السبب في وجود وصحة التصرفات القانونية الإرادية.

المبحث الأول: الروابط التاريخية للفقه القانوني الفرنسي بالقانون الروماني وانعكاساتها

على ظهور فكرة السبب في الالتزامات التعاقدية

المصادر التاريخية لفكرة الالتزام، تقول بأنّ الفكرة وليدة الفكر الروماني، الذي لم يكن يعرف فكرة العقد ولا الالتزامات الإرادية، وعبر قرون من تطور الحياة القانونية لدى المجتمع الروماني، لاح في أواخر عهودهم بصيص من الرضائية، التي ترسخت في مرحلة تالية على يد فقهاء الكنيسة، وإفرازات واقع الحياة العملية للمجتمع الروماني الآخذة في التوسع والانتشار، وبالنتيجة مزيدًا من التعقيد في المسائل القانونية المستجدة، وهو ما نحاول سرد تفاصيله عبر المطالب التالية، نتبع في الأول منها تطور الفكرة من القانون الروماني إلى أن استقرت في القانون والفقه الفرنسيين، ثم نعرض في المطالب الثاني للسجلات التي عرفت بها نظرية السبب بين مؤيد وعارض، وننتهي في المطالب الأخير إلى الحديث عن التفسير المزدوج لفكرة السبب في العقود.

المطلب الأول: تطور نظرية السبب في النظام القانوني اللاتيني

نظرية السبب كما نظّر لها أنصارها لم تكن من وحي الفراغ، بل تطوّر مفهومها على يد فقهاء القانون المدني الروماني منذ العهد المدرسي، ممزوجة بإيحاءات الفقه الكنسي، إلى أن صنع منها الفقيه "دوما" وهو ينظر للالتزامات بوجه عام، نظرية مكتملة الأركان، والمفارقة أن الفقه كثيرا ما يتساءل عمّا إذا كانت هذه الفكرة موجودة حقيقة في القانون الروماني؟ أم أنّ التأويلات المختلفة لفقهاء القانون المدني الذين تولّوا تفسير مدوّنات جايوس وجوستينيان، هي التي وضعت لبناتها الأولى، من خلال ما كتب عن دعوى الاسترداد في القرض الممنوحة من قبل البريتور لصالح

المقترض الذي لم يتسلم القرض؟ أم أنّ تأثير المبدأ الذي أرساه الكنسيون بضرورة الوفاء بالوعد، هو من ساهم في ظهور فكرة السبب في الالتزامات التعاقدية؟ أسئلة وأخرى نحاول بحث إيجاباتها ونحن نتتبع الحثيات والظروف التاريخية التي دخلت فيها نظرية السبب إلى النظرية العامة للالتزام، ثم ارتبطت وظيفتها بقانون العقد، وذلك من خلال الفروع الموالية.

الفرع الأول: فكرة السبب على عهد الرومان بين الإقرار والإنكار

يوعز أنصار السبب فكرة نشوئه إلى حالة عقد القرض إذا وقع على مبلغ من النقود، أين تأثر فيها العقد اللفظي تأثيرًا مباشرًا، فقد جرت العادة في القانون الروماني، بأنّ يتعهد المقترض برد القرض عن طريق عقد لفظي، ثمّ بعقد مكتوب يُكتب فيه الشرط اللفظي بدل التفوه به، ويلاحظ على هذا النمط من التعاقد أن المقترض قد التزم قبل أن يتسلم مبلغ القرض، والتزامه هذا يعتبر صحيحًا ما دام قد استوفى الشكل المطلوب، وإذا ما أراد الاستعانة بدعوى الاسترداد، فلا بد أن يثبت أنه لم يستلم شيئًا حتى يلتزم برده، فلا يُكلف المقرض بإثبات السبب، وهو ما فسح المجال أمام المقرضون للتعسف اتجاه المقترضين، وهذا مناقض للمغزى من وضع القواعد القانونية، ومجافاة للعدالة، ما حتم تدخل البريتور، والقضاء بأن على المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقترض قد تسلّم القرض، ومعنى هذا أنّ الدائن يجب أن يثبت وجود سبب للالتزام، وإلاّ كان العقد غير نافذ، ومن هنا -على رأي الفقيه كاييتان- دخلت فكرة السبب عن طريق العقد اللفظي، ليتم في فترات لاحقة تعميم هذه القاعدة لتشمل جميع العقود¹.

ويواصل كاييتان في سرده لقصة السبب في مؤلفه الشهير "في سبب الالتزامات"، بأنه من المعلوم أنه في الحقبة الرومانية قد ظهرت إلى جانب العقود الشكلية، عقود غير شكلية، أهمها العقود الرضائية، وهي: البيع، والإيجار، والشركة، والوكالة، والعقود العينية، المتمثلة في القرض، والعارية، والوديعة، والرهن الحيازي، وكذا عقود التبرع، والعقود غير المسماة، ولما كانت أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينها، لاحت فكرة السبب في أفق العقود بالتزامن مع ظهور الإرادة في تكوينها، وأصبح التزام البائع في عقد البيع، سببًا للالتزام المشتري، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع، امتنع التزام المشتري لانعدام المحل، لا لانعدام السبب، وعند هذا الحد تتوقف فكرة السبب،

1- H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit., p.p.100-101.

فلا تتعدى مرحلة تكوين العقد، وهو ما يبرر امتناع الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، وتبعية الهلاك، فقد كان لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن، إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، ولا يجوز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع، إذا امتنع المشتري عن دفع الثمن، فالتزام كلا الطرفين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر، وهو الواقع الذي دفع المشرع الروماني إلى منح المشتري دعوى الغش، والحق في حبس المبيع للبائع لاعتبارات تستند للعدالة، وليس لكونها أثراً من آثار عقد البيع، والأمر ذاته بالنسبة للفسخ، وتبعية الهلاك، وهو ما يُظهر إمعان القانون الروماني في الفصل بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ، في حين كان المنطق يقتضي أن تنشأ دعوى كل منهما عن عقد البيع، لو كان لعقد البيع أن يُوجد ارتباطاً بين التزامات المتعاقدين¹، في العقيدة القانونية لدى الرومان.

أما في عقود التبرعات، فيضيف الفقيه كاييتان، بأن القانون الروماني قد اعترف بفكرة السبب إلى حد كبير، فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع *Animus donadi*، وهي سبب التزام المتبرع، فإذا انعدمت بطل التبرع لانعدام سببه، إلا حالة الهبة المقترنة بشرط *Donatio nesubmado*، فيكون الشرط سبباً لها، إذا كان هو الدافع للتبرع، وللواهب أن يسترد هبته إذا لم يتم الموهوب له بتنفيذ الشرط، عن طريق دعوى استرداد *Conditio causa data, causa non secuta*، وله كذلك أن يجبره على تنفيذ الشرط؛ وفي الوصية، وهي تصرف بإرادة منفردة، يعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد مزجه بالبائع، كأن يعتقد الموصي أن وارثه قد مات، فيوصي بماله لأجنبي، ثم يتبين أن الوارث لا يزال حيّاً، وهنا إذا تمكن الوارث من إثبات أن الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصي أن وارثه مات، فإن الوصية تكون باطلة لانعدام سببها².

وأما في العقود غير المسماة، كعقد المقايضة مثلاً، فإذا سلم أحد المتعاقدين العوض الذي يقايض به، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض، وهذا الالتزام لا يقوم على إرادة المقايض وحدها، بل يضاف إليه أن سببه تحقق، لأن سبب إرادة المتعاقد الأول في الالتزام بتسليم الشيء المقايض به، هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الآخر، وقد تسلمه فعلاً، فتحقق السبب، فالإرادة هنا تُؤخذُ مقرونة بسببها لا مجردة عنه³.

1- H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit., p.p.201-202.

2- Ibid., p.p.120-122.

3- Ibidem., p.p.114-115.

ويبقى أن نشير بأن كل هذه التحاليل والحجج التي ساقها الفقيه كايبتان، والتأويلات المختلفة لقواعد قانونية ضاربة في القدم، نشأت في ظروف وبيئة مختلفة، لم يكن يعرف فيها الرومان فكرة قانونية تسمى العقد، ولا صلة للإرادة بإنشاء الالتزام، إلا إرادة التقيد بالأشكال الموضوعية مسبقا للالتزامات التعاقدية، وكل ما ذهب إليه جاء في سياق دفاعه عن نظرية السبب ضمن مؤلفه المطول "في سبب الالتزامات"، حيث لم تذكر المصادر التاريخية للقانون الروماني وجود نظرية للسبب، ولا نظرية للعقد، ولم يعرف الرومان فكرة الحق، ولم يجز على لسان فقهاء القانون الروماني سوى مصطلح الالتزام، أما السبب *Causa* الذي ذكر في مدوناتهم، فلم يكونوا يعنون به سوى السبب المدني، أي المصدر القانوني للالتزام.

الفرع الثاني: تطور فكرة السبب في الفقه والقضاء الفرنسيين

يمكن تقسيم فترة الولادة القيصرية لفكرة السبب في الالتزامات الإرادية في القانون الفرنسي القديم، إلى فترتين، الفترة التي سبقت مجيء "دوما"، ثم الفترة التي ما بعده، والتي تَوَلَّى فيها وضع اللبنة الأولى لنظرية الالتزامات بمكوناتها العضوية والوظيفية، وبأبعادها الفلسفية والعقدية.

فقد تداول في الفترة السابقة للفقيه "دوما" فكرة السبب فريقان من فقهاء القانون، الرومانيين *Romaniste*، والكنسيين *Canoniste*؛ ولم يسجل تاريخ نظرية السبب لرواد الفقه الرومانيين، سوى أنهم حافظوا على الفكرة الرومانية في الالتزامات، ورجعوا بها إلى الفكرة الموضوعية الشكلية، حيث يكون سبب وجود الالتزام الأول، وجود الالتزام المقابل؛ وعلى هديهم سار المتأثرون بفقهم ممن أطلق عليهم لقب "الحواشيون" *Glossateurs*، فلم يبرحوا التصور الذي وضعه من سبقهم عن فكرة السبب في ظل هيمنة الشكلية على الالتزامات التعاقدية، لتبقى الفكرة أمرا شكليا محضا، لا يعدو أن يتم بمجرد ذكره في الورقة المثبتة للعقد، ليأتي من بعدهم البارثوليون *Bartolistes*، ويؤسسوا فقهم القانوني في مسائل الالتزامات على ما وصل إليه من سبقهم في دراسة القانون الروماني، مولين الاهتمام بشكل خاص للعقود الملزمة للجانبين، فأبرزوا الارتباط الموجود بين الالتزامات المتقابلة في هذا النوع من العقود، ومع ذلك التزموا حدود القانون الروماني، ولم يصلوا إلى القول بجواز الفسخ في عقد البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، رغم أن منطق الارتباط كان يقضي بذلك، وعلى غرار الحواشيين، ميّز البارثوليون بين السبب والباعث، وقالوا

بأنّ السبب دون الباعث هو من يؤثر في العقد، وإن كان هذا التمييز غريب عن القانون الروماني، وهو من ابتداء فقهه الذي استلهم ذلك من الفلسفة اليونانية، لأنّ الرومان كما سبق وأن ذكرنا، وكما يتفق عليه الغالب الأعم من المهتمين بتاريخ القانون الروماني، لم يعرفوا إلاّ السبب المدني *Causa civilis*، وهو السبب المنشئ للالتزامات، أي مصدرها¹.

وبالموازاة مع ذلك، كان الفقهاء الكنسيين يقدمون الاعتبارات الأدبية والأخلاقية على اعتبارات الصياغة الفنية للقانون الروماني في تناولهم لمسائل الالتزامات الإرادية، وقرروا أن المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده، إعمالاً لقاعدتهم الشهيرة "الوفاء بالوعد واجب، والإخلال به خطيئة"، ومن ثم أصبحت الإرادة لا الشكل هي من تُنشئ العقد وتجعله ملزماً، وتمشيّاً مع هذه النزعة الأخلاقية، أقرّوا مبدأ المشروعية وبسط نفوذ الأخلاق على العقود، حيث منعوا تنفيذها إذا كانت تهدف إلى غرض غير مشروع، لتبرز فكرة السبب في صورة أخرى، غير الصورة التي رُسمت لها من قبل، فتحوّلت إلى عامل نفسي زاخر بالقوة بعيد الأثر، وهو ما ينسجم ومبدأ قيام العقد بمجرد الاتفاق، أي أن الإرادة وحدها كافية للالتزام، وهي التي لا يمكن لها أن تنفصل عن غرضها الذي تهدف إليه. وعند هذا الحد من التطور، أصبح السبب هو الباعث الدافع للمتعاقد، وليس السبب الموضوعي الداخل في العقد، لتتضاف بذلك طائفة جديدة للعقود الرومانية الملزمة *Pacta vestita* تسمى الوعود المسببة *Promesses causées*، وهي الحقائق التي تثبت بأن فكرة السبب بمعناه الواسع ونسخته الأصلية، هي من ابتداء الكنسيين، بهدف حماية المجتمع، والفرد في حدّ ذاته، بتحرير إرادته من الغلط، والتدليس، والغش، عن طريق ابتداعهم لفكرة السبب غير الحقيقي، إذا وقع غلط أو تدليس في الباعث على التعاقد²، ليأتي "دوما" إبان القرن السابع عشر ويقول فيما كتبه عن نظرية السبب في مؤلفه: "القوانين المدنية في إطارها الطبيعي"، بأن كل اتفاق ملزم، سواء أطلق عليه اسماً معيناً أم لم يطلق، على غير ما كان سائداً عند الرومان بعد أن استقر مبدأ الرضائية، ثم قسم العقود إلى قسمين، عقود معاوضة، وعقود تبرع، حيث يكون سبب التزام أحد

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.464-465.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.ص.466-467.

المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة، فإذا انقطع سبب الالتزام الذي قام عليه بعد ذلك، بطل العقد، وأنّ الغلط في السبب يبطل العقد، ثمّ ميّز بين السبب والباعث في الهبات¹.

ويُعقب الأستاذ السنهوري في تعليقه على قول "كابيتان" بأنّ: لـ "دوما" الفضل في دعم نظرية السبب ووضعها على أساس، بأنّ ذلك ليس مستساغاً، كونه لم يكن مبتدعاً في تحليله لنظرية السبب، بل أعاد ما كان مقرّراً في عصره، بل الأبعد من ذلك، يضيف الأستاذ السنهوري، بأنّ "دوما" أعاق تطورها الطبيعي، معيدا إياها إلى سيرتها الأولى، أي إلى وضعها الروماني، فكرة موضوعية جامدة، على الرغم من أنه كان من أنصار القانون الطبيعي ودعاة الإرادة الحرة للإنسان، ومحسوب على كوكبة مذهب التفكير المنطقي في فقه القانون المدني، الذي لا يخضع إلاّ لأحكام العقل والمنطق². ويقرّ الأستاذ السنهوري بأن فضل الفقيه "دوما" على نظرية السبب يتمثل في مزيّتان: مزيّة النظرة الشاملة التي أحاط بها النظرية، حيث صاغ منها نظرية مجبوكة الأطراف مكتملة البناء، ومزية تحريره الكامل للإرادة من الأشكال والرسوم والأوضاع التي ميّزت التصرفات القانونية³ لقرون من الزمن، ولم يضيف خلفاء "دوما" الذين أتوا من بعده عما قاله عن هذه النظرية، سوى أن يقولوا إنّ الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب⁴، ويسجل الفقه فيما كتب الفقيه "بوتيه" عن فكرة السبب في الالتزامات الإرادية، أنّه أفاض في ذكر السبب غير المشروع⁵، وقرنه بالسبب غير الموجود، والسبب غير الصحيح، فوضع بذلك الأساس الثلاثي لشروط السبب في النظرية التقليدية، وميّز بين السبب بمعنى مصدر الالتزام، والسبب بمعنى الغرض الذي يقصد إليه الملتزم، واضعاً بذلك بذرة التقسيم الثلاثي لمعنى السبب⁶، ومن ثمّ ميّزت النظرية التقليدية في السبب، بين السبب الإنشائي Cause efficiente، والسبب الدافع Cause impulsive، والسبب القصدي Cause final، وتقف عند هذا الأخير وتعني به السبب، وهو الغاية المباشرة Fin direct، أو الغرض المباشر But immédiat، الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، على غير معنى

1- J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, libraire de meffaigneurs les enfants France, 2^{ed}, Paris, France, T.1, p.p.64-65.

2- ينظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.470. الهامش رقم: 1.

3- المرجع نفسه، ص.470.

4- H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit., p.p.170-171.

5- Ibid.,p.170. citation.4.

6- ينظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.485، الهامش رقم: 1.

الباعث الذي يُعد غاية غير مباشرة، أو سببا بعيدا *Causa promota*، يتحقق بعد أن يتحقق السبب¹، أو ما عرف عند بعض الفقه بسبب السبب، واشترط دعاة جوهرية السبب كركن أساس لقيام العقد في النظرية التقليدية، أن تتوافر فيه ثلاثة شروط، وهي أن يكون موجودا، وصحيحا غير موهوم ولا مغلوط، وأن يكون مشروعاً²، وبهذا المستوى من الفهم لصورة عنصر السبب ومكانته في الالتزامات الإرادية، انتقل إلى قانون نابليون في مادته 1131 السابقة قبل تعديل 2016، والتي نصت على أن الالتزام الذي لا يكون مبنيا على سبب *Sans cause*، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح *Fausse cause*، أو سبب غير مشروع *Cause illicite*، لا يُنتج أو لا يربط أي أثر³.

ولكن الممارسة العملية أثبتت قصور وضيق أفق النظرية التقليدية في تطبيقاتها العملية، مما اضطر القضاء إلى البحث عن حلّ يداري به مستجدات الواقع، ويتخطى من خلاله تلك الحواجز التي أقامتها المدرسة الكلاسيكية بين السبب والباعث، فالصياغة الفنية للقاعدة التي اعتمدها قانون نابليون لا تف بالغرض الذي وجدت لأجله، ابتغاء حماية المجتمع من التصرفات غير المشروعة، فلم يكن أمام القضاء إلا الخلط بين المفهومين خلطا تاما، وتعميم ذلك على سائر العقود، والحرص على التوفيق بين مصلحتين تحفظ التوازن في المجتمع، هما: تحقيق العدالة، واستقرار المعاملات، فاجتهد في تحديد مواصفات السبب الذي يُعتد به عند رقابة القانون على التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي، ومن ثم النظر إلى الدافع الرئيس لإبرام العقد؛ ولكن التطلع إلى استقرار المعاملات يستوجب النظر في هذه الدوافع، وإليها فقط، دون البواعث الأخرى، ومن هنا اقتضى الأمر التمييز بين الباعث والسبب، إذ إنّ الباعث يبقى أمراً خارج العقد، كونه عنصرا نفسيا كامنا في النوايا الداخلية للملتزم، ويتصل بشخصه، بينما يكون السبب غير منفصل عن

1- حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص.169.

2- المرجع نفسه، ص.169.

3- Ancien Article 1331 du code civil Français: «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet».

3- بينا سابقا أن أغلب القوانين اللاتينية في تلك الفترة، سارت على منوال قانون نابليون، وذكرنا منها: في أوروبا (هولندا وإسبانيا)، ودول أمريكا الجنوبية والوسطى (بولوفيا وغواتيمالا) (1877)، والشيلي (1856)، والأوروغواي (1869)، والهندوراس (1880)، وفنزويلا (1873)، وكولومبيا (1873-1887)، بالإضافة إلى دول أمريكا الشمالية، (لويزيانا) (1828). يراجع: H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit, p.172-174

ظهور الإرادة المنشئة للعقد¹، فالباعث على التعاقد أمر شخصي يتغيّر من عقد لآخر، بل وفي العقد ذاته بين أطرافه، وهو ما يتطلب وضع قاعدة ثابتة تضمن استقرار التعامل، وتحفظ حقوق ذوي النية الحسنة في الالتزامات التعاقدية التي قد تنتفي والمشروعية²، فالباعث بمفهوم القضاء، أو ما عرف بالنظرية الحديثة، لا يعتبر سبباً إلا إذا دخل الحقل التعاقدية.

لكن مع التسليم بالمعنى الجديد للسبب، اختلفت أنظار فقهاء القانون الوضعي حول معايير الباعث الذي يرتقي إلى مرتبة السبب، ففي الوقت الذي قال بعض الفقه بالباعث الرئيس والحاسم، ذهب بعض الاجتهاد إلى وسمه بالسبب الفعال، أو الدافع، خصوصاً في الهبات³، فيما ربطه الأستاذ السنهوري بالإرادة، ما دام أنها أصبحت حرة طليقة في إنشاء ما تشاء من التزامات، ولا بد أن هناك باعث يدفعها إلى ذلك؛ إلا أنّ البواعث تبدو كثيرة، ولا يمكن الاعتداد عند ذلك إلاّ بالباعث الرئيس، وهذا هو السبب بمنطق النظرية الحديثة⁴، وقد أظهر الأستاذ مختار القاضي تأييده لهذا المفهوم الجديد للسبب، بقوله إن السبب هو الباعث الموجّهة إلى إبرام تصرف مُعين، ولكن الصعوبة تكمن في تعدّد الدوافع، فالمقرض الذي يقدم قرضاً لصديقه لأجل المقامرة، قد تكون الصداقة هي الدافع الحقيقي له، أو الرغبة في إعانته على اللعب، وراء هذا التصرف، وهو ما يوجب على القاضي تَقْصِي الدافع الرئيس عبر سَبْرِ نوايا المتعاقدين⁵.

وإلى ذلك، انحازت الأغلبية الساحقة من فقهاء القانون، سواء في فرنسا أم في غيرها من الدول ذات التوجه اللاتيني، وهي النظرية التي أعملها القضاء الفرنسي، التي يقول الفقهاء بأنّها من ابتداعه، مستلهما فيها روح القانون الكنسي، ومع تأييدهم ومباركتهم لنظرية القضاء، لم يستطيعوا مبارحة المنطق التقليدي الذي عالج به "دوما" ومؤيديه نظرية السبب، فلجؤوا إلى فكرة قوامها ازدواجية السبب، بمعنى أنه لا يوجد في مجال العقد سبب واحد يعتد فيه بالعرض المباشر الأول، وبالباعث الدافع في آن واحد، وإنما يوجد هناك سببان، سبب للالتزام، وسبب للعقد، وحددوا

1- H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit., p.82.

2- مُجَّد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت، لبنان، 2004م، ص.70.

3- المرجع نفسه، ص.71.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.497.

5- مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، دار الضياء، ط.1، القاهرة، مصر، 1962م، ص.132.

سبب الالتزام في الغرض المباشر الأول، أي السبب القصدي Cause finale، أما سبب العقد، فهو الباعث المستحث الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد، وهو الأمر الذي لم يوليه التقليديون اعتبارًا عند تحديدهم للسبب كركن لازم لقيام العقد¹، مكتفين بالمعنى المادي للسبب تكريسا لطبيعته الموضوعية، حيث لا يمكن البحث عنه خارج نطاق العقد.

المطلب الثاني: نظرية السبب في قانون العقود بين المعارضة والتأييد

النظرية التقليدية في السبب كما رأينا، لم تبارح المربع الأول الذي وضعها فيه فقهاء الرومان والفقه الفرنسي القديم، نظرية مادية موضوعية داخلية في العقد، ولا يمكن تلمسها خارجه، يصعب فيها تحديد المعنى المراد بالسبب وإيجاد شروط واضحة لإعماله، الأمر الذي غذى هجوما شرسا من فريق غير قليل من الفقهاء على الفكرة من أساسها، وإنكار وجودها أصلا في نظرية الالتزام، بغض النظر عن قانونيتها، ناهيك عن أنها مدعاة للتردد والاضطراب، وهو ما لا يستقيم وخاصة القاعدة القانونية، المتميزة بالتعميم والتجريد وشيء من الثبات، فكيف تلقى فقهاء القانون هذه النظرية التي أخذت مكانا لها في النظرية العامة للالتزام، وآوت إلى ركن مكين في قانون العقد لدى اللاتينيين؟ ذلك ما نعرض له في الفروع الموالية من خلال طرح مختلف الآراء التي رافقت نشأة النظرية، والتطورات التي عرفتها عبر عقود من الزمن، سواء على مستوى القضاء، أم على مستوى اجتهادات الفقهاء، والحجج والبراهين التي ساقها كل فريق لتبرير ما ذهب إليه، عند أنصار السبب الذين أكدوا ضرورته، كما عند معارضيهم، الذين نفوا صحة النظرية من الأساس.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض لنظرية السبب في قانون العقود

أول من شنَّ هجوماً عنيفاً على نظرية السبب وجاهر بذلك، هو الفقيه البلجيكي والأستاذ بجامعة "ليياج" أرنست "Ernest" الذي نشر مقالا مطوّلا عام 1826م في مجلة Bibliothèque Du Jurisconsulte Et Du Publicité، تحت عنوان: "السبب هل هو شرط أساس لصحة الاتفاقيات؟"، بيّن فيه بالبراهين والحجج، أن السبب في الالتزام ليس ركنا متميزا في العقود، ويمكن الاستغناء عنه، لأنه ببساطة يندمج في بقية الأركان، بحسب طبيعة كل نوع عقد، فالسبب يختلط بالحل في العقود الملزمة للجانبين، وبالرضاء في عقود التبرع، ويستخلص من ذلك أن السبب لا

1- مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، المرجع السابق، ص.445.

ضرورة له، وتغني عنه أركان الالتزام الأخرى¹، وتبعه في ذلك العديد من الفقهاء البلجيكيين عبر رسائل دكتوراه حول مسألة السبب في العقود، يتقدمهم الفقيه لوران "Laurent"، ومن بعده الفقيهان أرتير "Artur"، وتمبال "Timbal"، وتوالت الرسائل في موضوع السبب في الالتزامات، لتتسبَّ هجومًا دون هوادة على نظرية السبب، وأبرز هؤلاء الفقهاء، كورنيل "Cornil"، وهيك "Huc"، وسفرياديس "Séferiadès"²، وكذا الفقيه "ديباج" الذي قال بأن في ركن المحل ما يغني عن السبب، على أن يُفهم محل الالتزام بمعنى مزدوج، يشمل الفائدة الشخصية والنفع الاجتماعي³.

وتجب الملاحظة أن الحملة على نظرية السبب لم تقتصر على فقهاء القانون في بلجيكا وحسب، بل تعدتها ووصلت إلى دائرة أبرز الفقهاء الفرنسيين، عندما تبني الفقيه "بلانيول"⁴ الرأي القائل بعدم ركنية السبب في الالتزامات الإرادية، وأيده الكثير من الفقهاء أبرزهم بودري، وبارد، ودبان، ووالتون⁵.

ومما قاله بلانيول حول نظرية السبب، في مؤلفه المطول في شرح القانون المدني، بأنها نظرية غير صحيحة، وغير مفيدة، فضلا عن وقوع خطأ تاريخي في نسبتها؛ لأنّ التزام كل من الطرفين في العقود الملزمة للجانبين، هو التزام الطرف الآخر، وهذا يتجاني والمنطق، إذ يستحيل أن يكون التزام كل من الطرفين سببا لالتزام الآخر مع أنهما توأمان ينشآن في اللحظة نفسها، والتعاقب الزمني غير مستساغ في نشأة الالتزامات، في عملية قانونية مترامنة تحدث في وقت واحد. أما بالنسبة للعقود العينية التي يقول السببيون بأن سبب الالتزام فيها، هو استلام العين، مع أن هذا الاستلام ذاته، هو الذي أنشأ العقد العيني، أي المصدر الذي وُلدَ الالتزام، فإن هذا خلط بين السبب

1- J. Ernest, La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions? *Bibliothèque du jurisconsulte et de publiciste*, Université De Liège, Belgique, 1826, p.p.249-263.

2- ينظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.558-559.

3- آراء الفقهاء المذكورين مشار إليهم في الهوامش: 1، 2، 3، 4. في مؤلف: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.01، المرجع السابق، ص.486.

4- M. planiol, *Traité élémentaire droit civil*, op.cit., T.2, p.p.355-356.

5- الفقهاء المذكورين من خصوم نظرية السبب مشار إليهم في الهوامش: 3، 4، 5. في مؤلف: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.487.

الإنشائي وما سماه السببيون السبب القصدي، أو الغرض المباشر. وفيما يتعلق بعقود التبرع، فإن نية التبرع التي يعتبرونها السبب في تلك العقود ليست في حقيقة الأمر إلا الرضا ذاته¹، ويكون غياب السبب، غياباً للعقد ذاته، سيما وأن عقد التبرع هو التصميم النظري الذي وضعه بعض الفقهاء في محاولتهم للتمييز بين السبب والدافع، وقالوا بأن سبب التبرع ليس إرادة الإعطاء فقط، بل هو الرغبة في إسداء الجميل، وهو تصميم بلا معنى، فأين هذه الإرادة الخالية من الدوافع؟ وكيف يمكن تقدير قيمتها الأخلاقية؟²

أما أن هذه النظرية غير مفيدة؛ فذلك لأننا نستطيع الاستغناء عنها بحلول أخرى أكثر بساطة، ففائدتها بالنسبة للسببيين هي أننا نصل عن طريقها إلى إبطال الالتزام الذي لا سبب له، أو القائم على سبب غير مشروع، وهذه النتيجة يمكن الوصول إليها من طريق أقصر وأسهل، ففي العقود العينية وعقود التبرع، فإنّ انعدام السبب في الأولى، يعني انعدام التسليم، أي عدم نشوء الالتزام أصلاً، وبالتالي انعدام العقد ذاته، وفي الثانية، فإن انعدمت نية التبرع، فقد انعدم الرضا، وبالنتيجة انعدام العقد ذاته، أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، فيكفي أن نقول بأن الالتزامين مرتبطين، ويتوقف مصير كل منهما على مصير الآخر، فإذا بطل أحدهما لانعدام المحل، وجب بطلان الآخر³، وفي الحالة التي يكون فيها السبب غير مشروع، فإنّ الالتزام يبطل لعدم مشروعية المحل، لا للسبب، كما في المثال الذي صاغه أنصار السبب، وهي الحالة التي يلتزم فيها شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل ارتكاب جريمة. وبهذا التصوير الذي ساقه بلانيول يمكن الاستغناء عن السبب عن طريق بقية أركان العقد، من رضا، ومحل، وتسليم⁴.

ويفيد بعض الفقه في تعقيبه على هذه النظرية وأنصارها الذين ينسبونها إلى القانون الروماني، بأن ذلك ليس ثابتاً، وأن النظرية هذه عُرفت في القانون الفرنسي القديم الذي تلقاها عن القانون الكنسي كفكرة، وصاغها على غير المعنى الذي أراه الفقهاء الكنسيون، متأثرين في ذلك بالإرث الفقهي الروماني، وأنصار القانون الطبيعي الذين حاولوا قطع أي صلة للقاعدة القانونية بدائرة الأخلاق، ثم إن ما اتفق عليه غالب الفقهاء هو أن منظومة القانون الروماني لم تعرف من هذه

1- M. planiol, Traité élémentaire droit civil, op.cit., T.2, p.356.

2- Ibid., p.357.

3- سليمان مرقس، الوافي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.02، ص.ص.172-173.

4- M. planiol, Traité élémentaire droit civil, op.cit., T.2, p.p.357-358.

التسمية إلاّ السبب المدني *Causa Civil*، وهو السبب المنشئ للالتزام، علاوة على أن من مساوى هذه النظرية ضعف الصياغة الفنية، حيث بدى عليها التأثير الواضح بالنظرية التقليدية في السبب التي صاغها الفقيهان دوما وبوتيه، ومن أبرز الأمثلة على ذلك، أنّ نية التبرع في الواقع ليست غرضاً، ولا يمكن أن تكون كذلك، لأن ما ينويه المتبرع من وراء تبرعه، لا يشكل سوى وسيلة لغرض، ولا تشكل غرضاً في حدّ ذاتها، وفي العقود العينية، هل يمكن القول بأن واقعة الرد تشكل غرضاً؟ أم أنّها المبرر القانوني للرد؟ وهل يمكن القول بأن رد الوديعة غرضه التسليم ويشكل بذلك سببها؟ فالرد هو الغرض من التسليم، وليس التسليم هو الغرض من الرد، فواقعة التسليم لا تصلح لأن تكون غرضاً، وإنما تصلح أن تكون مبرراً، يضيف الأستاذ مختار القاضي معقبا على ما ذهب إليه أنصار السبب، ويردف قائلاً بأن الصياغة الجديدة للنظرية التقليدية تقتضي اعتبار السبب في العقود، هو المبرر المادي والأدبي المباشر لافتقار الملتزم¹، ويعلّل عبارة (المبرر المباشر) بأنه يقصد بها إخراج البواعث الأخرى من معاني السبب في سبيل الحفاظ على النظرية التقليدية، كما أن اعتبار السبب هو المبرر، قد ورد على لسان أحد الفقهاء الإيطاليين، الذي قال بأن السبب هو المبرر لقوة التصرف القانوني وإلزاميته، أي هو الذي يبرر حماية القانون للتصرف وللالتزامات الناشئة عنه².

كما يُعاب على النظرية التقليدية كذلك، أنّها قصرت السبب على كونه عنصراً داخلياً في العقد، وذا طابع موضوعي، دون أن تلتفت إلى الباعث الدافع لإبرام التصرف، ولم تهتم بعدم مشروعيته، مما جعلها تتصف بالقصور والجمود في مواجهة عقود غير مشروعة، فضلاً على أن دور السبب لا يقوم في وقت واحد بالنسبة إلى جميع العقود، ففي عقود التبرع، فإن السبب يسبق تكوين العقد، أي هو من يحرك الرضا، وفي العقود العينية يمتزج بهذا التكوين، أي يكون هو والرضا ركناً واحداً يصعب التمييز بينهما، وفي العقود الملزمة للجانبين يشكل نتيجةً لهذا التكوين، فلا يتدخل إلا بعد قيام العقد، ويلعب دوراً تفسيريًا لعملية التعاقد³.

1- مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، المرجع السابق، ص.65.

2- المرجع نفسه، ص.66.

3- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص.211-212.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لنظرية السبب

استمات أنصار السبب في الدفاع عن نظريتهم، معتبرين بأن الانتقاد التاريخي لبلانيول ومن ولاه لم يكن فعالاً، وأن الاجتهاد مستمر في الاستعمال الثابت لمفهوم السبب، إذ إنه على ما يعتقدون، وسيلة لتأمين الإنصاف وأخلاقية العقد، وينبغي تركه يؤدي دوره، بالبحث عن وسائل تقنية لسد الحاجات التي يؤمنها مفهوم السبب¹. وقد حاول أنصار النظرية تفنيد الادعاءات التي دفع بها اللاسبينيون لإلغاء نظرية السبب من قانون العقود، وقالوا بأنها صحيحة ومفيدة، على نقيض ما ذهب إليه خصوم النظرية، ثم بسطوا نظرهم لفكرة السبب في التصرفات القانونية، واستعرضوا أهميتها في جميع أنواع العقود.

ففي العقود الملزمة للجانبين، التي قيل بعدم وجودها إلا إذا نظرنا إلى السبب المنشئ، أي المصدر، حيث يستحيل أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر، وناشئاً عنه في آن واحد، فرد أنصار السبب بأنه إذا نظرنا إلى السبب القصدي الذي هو عبارة عن الغرض المباشر للالتزام، فليس هناك ما يحول دون أن يكون كلا من الالتزامين، سبباً للآخر دون الحاجة إلى تعاقب زمني؛ وفي عقود التبرع، فإنه لا يوجد خلط بين الرضا والسبب كما يدعي خصوم النظرية، إذ يقتضي الأمر تحليل إرادة الواهب إلى عنصرين، الأول، هو إرادة الواهب في أن يلتزم، والثاني، إرادته في أن يكون التزامه دون مقابل، أي على سبيل التبرع، وهذا هو السبب، وأما بالنسبة للعقود العينية، فقالوا بأنها عقود رضائية بطبيعتها، ويكون القرض، والوديعة، والعارية، ورهن الحياة، عقوداً ملزمة للجانبين، وكذا الوديعة إذا كانت بأجر، وعلى ذلك، فلا اختلاط بين السبب القصدي والسبب المنشئ، وأن التسليم الناشئ عن العقد، يشكل ركناً لازماً لقيامه، والسبب للالتزام الطرف الآخر².

أما القول بأنها نظرية غير مفيدة، يمكن الاستغناء عنها بواسطة العناصر الأخرى المكونة للعقد، كالحل، والرضا، فإن أنصار السبب يستندون في دفعهم للحجج التي عددها خصوم

1- غابريال مارتى وبيار راموند، السبب في عقود المعاوضة، ص.198. نقلاً عن: محمد عبده، نظرية السبب، المرجع السابق، ص.58.

2- يراجع: سليمان مرقس، الوابي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج.02، ص.ص.173-174. وأنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.156. وصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج.01، ص.226.

السبب أو اللاسببيين، كما عرفوا في الأوساط الفقهية، إلى مقتضيات الحاجة في إبطال بعض العقود التي تمس بمصالح المجتمع، رغم مشروعيتها محلها، وأن فكرة الارتباط في العقود التبادلية بحد ذاتها، هي فكرة السبب بتعبير آخر، ناهيك عن أن هذه النظرية تؤمّن العقد عن طريق بقاء سببه من التكوين إلى التنفيذ، وهو ما يبرر فكرة الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، وتحمل التبعة، كما أنها تنفي فكرة وجود العقد المجرد، لأن الرضا لا يكفي وحده لوجود العقد، بل لا بد أن يكون مبررا¹.

ويعد الفقيه "هنري كابيتان" عميد اللاسببيين في العصر الحديث، الذي ترجم تمسكه بالنظرية وضرورتها في قانون العقود، في مؤلف له بعنوان: "في سبب الالتزامات" De la cause des obligations، أبدى من خلاله دفاعا مستميتا عن جدوى نظرية السبب وأهميتها في الالتزامات التعاقدية، مع إدخال بعض التعديلات الجوهرية عليها، وقد أسهب في تحليل فكرة السبب كركن ضروري في الالتزامات الإرادية، وفي مختلف أنواع العقود، وفي هذا الصدد يرى بأن الالتزام الذي ينشأ من عقد ملزم للجانبين، سببه ليس الالتزام المقابل له، كما تقول النظرية التقليدية، وإنما تنفيذ هذا الالتزام المقابل، وهو ما أعتبر تعديلا جوهريا في مفهوم السبب كما نَظَر له التقليديون، فهناك فرق بين وجود الالتزام وتنفيذه، ولا يجوز بعد ذلك الاعتراض بحجة أن الالتزام هو السبب والمسبب، أما الالتزام الذي ينشأ عن حق عيني، فسببه هو تسليم الشيء، كما تقرر النظرية التقليدية، لأن عقودا من مثل القرض، والعارية، ورهن الحيازة، هي عينية من حيث الصياغة، ولكنها رضائية من حيث طبيعتها، والتسليم ليس حتما السبب المنشئ للالتزام، بل هو الغرض الذي يسعى إليه المقرض من وراء التزامه برد الشيء، ولكن عند مناقشته للسبب في عقد الوديعة، يسلم الفقيه "كابيتان" بأنها عقد عيني بطبيعته، ملزم لجانب واحد إذا كان بغير أجر، ويرى بأن سبب التزام المودع لديه، ليس هو تسليم الشيء، إذ يختلط في هذه الحالة السبب الإنشائي بالسبب القصدي، بل إن السبب هو رغبة المودع لديه بقبوله حفظ الشيء دون مقابل، أي إسداء الجميل للمودع، أما إذا كانت الوديعة بأجر، فتصبح عقدا ملزما للجانبين، ويصير سبب كل التزام، هو تنفيذ الالتزام الآخر²، ويعرّج "كابيتان" على العقود الملزمة لجانب واحد، كالوكالة بغير أجر، التي يكون فيها سبب الالتزام تماما مثل الوديعة بدون أجر، أي هو إسداء الجميل، أما

1- مُجَدَّ عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص. 58-59.

2- H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit., p.63.

الوعد بالتعاقد، فسبب الالتزام فيه هو إتمام العقد النهائي. وعند تناوله لفكرة السبب في الالتزام بوفاء دين، فإن الصورة تبدو غير واضحة بالنسبة للفقيه كاييتان، فالسبب يختلف في هذا النوع من الالتزام، فتارة يؤسس له على فكرة التبرع، وتارة على فكرة التجديد، وتارة أخرى، يكون سبب الالتزام في الوفاء بدين، تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدني. أما الكفالة فسبب الالتزام فيها عنده، هو العلاقة بين الكفيل والمدين، وكذا الأمر بالنسبة للإلانة في الوفاء، كما يمكن أن يكون سبب الالتزام تبرعا، وقد يكون وفاء دين في ذمة الكفيل للمدين، أو في ذمة المناب للمنيب، أو قرضا يعطيه الأول للثاني¹، كل هذه الأحوال والاحتمالات، يمكن أن تكون سببا للالتزام على رأي "كاييتان"، وهو ما ينمي عن ضبايية هذا المفهوم واضطراب فكرته بالنسبة للتصرفات القانونية المختلفة المبنية على فكرة الإرادوية.

ويُعبّر "كاييتان" في دفاعه عن السبب، باستعراض مكانته في عقود التبرع، ويؤكد بأن سبب الالتزام في هذا النوع من العقود، هو نية التبرع ذاتها، مثلما تقول به النظرية التقليدية، لكن هذه النية لا تختلط بالرضاء كما يقول "بلانيول" ومن معه، لأن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين، العنصر الأول، هو إرادة الالتزام، وهذا هو الرضاء، والعنصر الثاني، هو إرادة الملتزم في أن يكون التزامه دون مقابل، وهذا هو السبب الذي يتميز عن الرضاء، ودليله في ذلك، أن الرضاء بالالتزام قد يثبت وجود السبب، وهو نية التبرع، كما إذا كتب شخص سندا بدين في ذمته لآخر، ثم استطاع هذا الشخص أن يثبت بأن الدين لا وجود له، فإنه يبقى له بعد ذلك، ضرورة إثبات نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفي منه قيمة السند، ويضيف بأنه في هذا الفرض نجد أن رضا المدين بالالتزام، ثابت، دون ثبوت نية التبرع؛ ثم يتجاوز هذه النية إلى الباعث الدافع، فيجعله هو السبب في حالة ما إذا اقترن التبرع بشرط، ويكون هذا الشرط هو الدافع إلى التبرع، أو في حالة الوصية، حيث لا توجد إلا إرادة واحدة، فلا يجوز الوقوف عند نية التبرع، بل لا بد من البحث عن الباعث الذي دفع الموصي إلى تبرعه، وهو الذي يعتبر سببا للوصية²، وعند هذا الحد يُسلم كاييتان باختلاط الباعث بالسبب، برغم إصراره على الطابع الموضوعي للسبب.

1- H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit., p.p.64-78.

2- Ibid., p.p.82-84.

وما يستخلص من تحليل "كابيتان" للسبب في مختلف العقود، هو أنه وإن أضاف الكثير من التعديلات على نظرية السبب في ثوبها التقليدي، وحاول أن يقي على المعيار الموضوعي للسبب في الالتزامات الإرادية، إلا أن واقع المعاملات ومنطق الأشياء، دفعه من حيث لا يدري إلى الاعتراف بالباعث في عقود التبرع، واختلط عليه مفهوم السبب، لأن السبب بمعنى الباعث، ذو معيار ذاتي (شخصي) يتصل بشخص المتعاقد، وبالتالي يبحث عنه حتما خارج العقد، لا داخله، على عكس النتيجة التي سعى إلى برهنتها، وهي موضوعية القانون الوضعي، والنأي به عن أي مصدر آخر خارج القواعد القانونية المكتوبة، نصرة للمذهب العلماني الداعي إلى علمنة القواعد القانونية الوضعية، عن طريق الفصل التام بينها وبين القواعد الأخلاقية.

المطلب الثالث: فكرة السبب بين ازدواجية المفهوم واضطراب الأساس القانوني

بين التأسيس النظري الذي وضعه أنصار السبب في ثوبه التقليدي، وما توصل إليه القضاء في تطبيقاته لفكرة السبب في التصرفات القانونية، وأيده الكثير من الفقه الحديث الدائر في فلك المدرسة اللاتينية، والذي أرسى مفهوما جديدا للسبب، في صورة الباعث الدافع إلى التعاقد، ظهر تيار ثالث ذو نزعة فقهية توفيقية، حاول الجمع بين النظريتين، في صورة مفهوم مزدوج للسبب، وهو ما أكد صعوبة الفكرة وتعقيداتها في الفقه القانوني، وفيما يلي نحاول عرض تفاصيل هذا التوجه عبر فروع هذا المطلب، للوقوف على مدى علاقة تعدد مفاهيم السبب بمشاشة النظرية، وضعف أساسها القانوني.

الفرع الأول: التأويل المزدوج لفكرة السبب في الالتزامات الإرادية

إن مجال السبب في الالتزامات الإرادية، وارتباطه الموضوعي والوظيفي بالعقد، والصورة التي رسمها الفقه اللاتيني عنه، صعب مهمة الفقه والقضاء في ضبط مفهوم موحد له، ووضع معايير واضحة ودقيقة لإعماله؛ وهذا ما أدى إلى تعدد معاني السبب، بين الذاتية والموضوعية، هذا فضلا عن الخلط الذي حدث بينه وبين عيب الغلط المرتبط ارتباطا وثيقا بالإرادة، مما زاد من مفهومه غموضا وتعقيدا، وهو ما نستعرض حيثياته فيما يلي:

أولاً- فكرة السبب بين التأويل الموضوعي والتأويل الذاتي: صعوبة تحديد ماهية السبب كركن مستقل بذاته في الالتزامات التعاقدية، وضعت الفقه القانوني في زاوية حادة، لم يستطع معها صياغة تعريف جامع مانع لهذا العنصر ذو الطبيعة الفلسفية المجردة، بحيث تتحدد أطرافه فلا يلج إليه عنصراً دخليلاً، استناداً إلى المفاهيم الأولى التي أسس عليها الهيكل النظري لفكرتي الالتزام والعقد، المتصل بالموروث الروماني في فقه القانون، والتطورات التي عرفها مع دخول فقهاء الكنيسة على خط الفتاوى والأحكام القضائية، في الوقت الذي أخذت فكرة الرضائية في العقود مكاناً لها، ممهدة الطريق لأنصار القانون الطبيعي المتشبعين بفكرة علمنة القواعد القانونية، وفصلها فصلاً تاماً عن دائرة الأخلاق وتعاليم المسيحية، وعلى هديها تناول الفقه اللاتيني مسألة السبب وتفسيراته المختلفة.

فالسائد في الفقه الفرنسي، وفي البلاد التي تأثرت قوانينها بالقانون المدني الفرنسي، هو أنّ الالتزام العقدي، يجب أن يكون له سبب، وبالأحرى الالتزام الإرادي يجب أن يكون وراءه سبب، وليس السبب ركناً في الالتزام التعاقدى وحده، فالالتزام الإرادي الذي ينشأ عن الإرادة المنفردة، يجب كذلك أن يكون له سبب، والسبب بالنسبة لهذا الفقه، هو المبدأ الذي يبرر أي نشاط قانوني، فإذا سلمنا به في العقد، فإنه يكون من الغريب أن لا نسلم به في التصرف القانوني الناشئ عن الإرادة المنفردة¹، انطلاقاً من الفهم الكلاسيكية للعقد التي لم تستطع أن تتجاوز الصورة النمطية له، التي تمنع نشوءه بأقل من تطابق إرادتين، وأن الإرادة المنفردة لا يمكن أن تُنشئ عقداً، بل هي مصدر منفرد للالتزام، وهو ما ولّد اضطراباً لدى الفقه القانوني ذو النزعة اللاتينية، في تحديد عنصري المحل والسبب، بين العقد والالتزام، ووفقاً لهذا الفهم فإن كلمة سبب، تستعمل للدلالة على فكرتين مختلفتين، فتارة تستعمل للدلالة على الدافع للالتزام، والذي يكون واحداً عند جميع الأشخاص في النوع الواحد من الالتزامات التعاقدية، كالتزام المشتري بدفع ثمن المبيع، فإن سببه واحد عند جميع المشتريين، وهو الرغبة في الحصول على الملكية، والتزام البائع بنقل الملكية، سببه واحد عند جميع البائعين، وهو الرغبة في الحصول على الثمن²، وهذا هو السبب بالمعنى

1- عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.365.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.336.

الموضوعي الذي صاغه "كاييتان" ومن ذهب مذهبه، فهو بنظرهم أقرب الدوافع التي دفعت الملتزم إلى الالتزام.

وهناك سبب يستعمل للدلالة على دافع خاص بكل ملتزم، يختلف من شخص لآخر حتى في النوع الواحد من العقود، وهي الرؤية التي أدت إلى تعقيد نظرية السبب، ودفعت ببعض الفقه من أمثال موري "Maury" إلى القول بأن: "اختلاف وظائف السبب يؤدي إلى التفريق بين فكرتين: سبب الالتزام الذي يبرر وجوده، وهو في عقود المعاوضة، المقابل المقصود، وفي عقود التبرع، الباعث الرئيس عند التصرف، وسبب العقد، الذي هو الغرض من التصرف القانوني، والذي يمكن من خلاله الحكم على قيمته، وبالتالي على مشروعيته"¹.

وحسب التصوير التقليدي للسبب، فإن كل التزام يجب أن يكون سببه هو الالتزام المقابل في ذمة المتعاقد الآخر، وهذا ساعد الفقه فيما بعد على تبني فكرة السبب الموضوعي المجرد دون تردد²؛ ولكن دخول الكنسيين على خط الفقه القانوني وربطه بالقيم المسيحية، جعلهم يشترطون لصحة الالتزام أن لا يكون مخالفا للآداب، رغبة منهم في إضفاء الصبغة الأخلاقية على الالتزامات الناشئة على الإرادة، وهذا ما يعني أنهم لم يكتفوا بالصياغة الفنية لفكرة السبب كما أرادها فقهاء القانون المدني المتأثرين بالقانون الروماني، بل كانوا يتطلبون سببا آخر، بمعناه المصلحي الذي يتجاوز الدافع المباشر المجرد، إلى استقصاء الدافع الخاص الذي دفع الملتزم إلى الالتزام، وهو ما يعطي القاضي سلطة البحث في الدوافع الكامنة في نفس المتعاقد التي أسهمت في تكوين الالتزام، وكلما ثبت له ما يخالف النظام العام والآداب، كان له أن يبطل التصرف³، فالإرادة وهي في طريقها إلى أن تلتزم تكون مليئة بالبواعث والدوافع، ولكن هذه البواعث أو الباعث، لا يفسر وحده إرادة الشخص الذي التزم، إذ لا يمثل إلا الحلقة الأخيرة في سلسلة يُعتبر الفعل الإرادي فيها هو الحلقة النهائية⁴، ووفق هذا النظر، يبدو أنّ الاختلاف في وظائف السبب يؤدي إلى التمييز بين مفهومين لفكرته، السبب الذي يبرر وجود الالتزام في عقود المعاوضة، وسبب العقد، أو نهاية

1- M. Maury, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, *revue internationale de droit comparé*, 1951, p.485-516. Vol.3, n°3 juillet-septembre. p.502.

2- عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.369.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.380.

4- "N'est qu'un chaînon, le dernière dans la chaîne dont l'acte de volition est l'anneau final". Voir: M. Maury, Le concept et le rôle de la cause des obligations, op.cit., p.496.

التصرف القانوني الذي يسمح بالحكم على قيمته، وبالتالي مشروعيته، ويقودنا مثل هذا التحليل إلى استنتاج رئيس، يتمثل في الوظيفة المزدوجة لعنصر السبب في الالتزامات الإرادية، واستخدام نظرية الثقة، والسوابق القضائية، لإلغاء التصرفات المخالفة للأخلاق؛ وبصورة عامة، يمكن القول بأنه إذا كان مفهوم السبب يظهر بهذه الصورة النسبية، فإن ذلك راجع إلى مفهوم التقنية التي يقتضيه القانون، لضمان الحماية العادلة، ومواجهة الإرادات غير المشروعة أو اللاأخلاقية¹.

وقد خطى القانون المدني الفرنسي ومن سار على هديه خطوات كبيرة في هذا الاتجاه، باعتماده المفهوم المزدوج للسبب في الالتزامات التعاقدية، حينما نص على أن الالتزام لا يكون صحيحا إلا إذا كان له سبب، وهي الفكرة التي تستند إلى فقه الكنسيين في الأصل، الذي أثار مسألة السبب في الالتزامات الإرادية إبان القرن الثالث عشر²، وهي الفكرة التي تلقفها الفقيه "دوما" في بنائه لنظرية السبب ولكن بنظرة مادية صرفة تحاكي موضوعية القاعدة القانونية، ولا تتواءم والخلفية الأخلاقية لدى الكنسيين المستمدة من الشريعة المسيحية، ولعل هذا التحليل الموضوعي للأفكار القانونية، هو الذي جعل القانون المدني الفرنسي والقوانين التي تبنت فلسفته تتجاهل فكرة الإثراء بلا سبب في الالتزامات التعاقدية، وليس على من يدعي أن التزامه مع غيره، لا مقابل له في الالتزامات التعاقدية، إلا أن يثبت أن التزامه ليس له سبب حتى يمكن له إبطاله لتخلف ركن السبب³، على غير ما تقرره القوانين الجرمانية التي تأخذ بفكرة الالتزام المجرد، وتقول بكفاية الرضا لصحة الالتزام، بحيث لا يؤدي إثبات عدم وجود السبب إلى بطلانه، حتى وإن لم يتحقق السبب أو كان غير مشروع، لأن الالتزام المجرد يتميز عن الالتزام السببي في أن الأداء في الالتزام المجرد يُفصل عن سببه بصورة مصطنعة، فيصير السبب خارجا عن التصرف، بمعنى أن الملتزم يصرف النظر عن المصير الحالي للغرض الذي يستهدفه؛ أي أن من يقوم بالأداء المالي يرتضي ألا يحقق الغرض من هذا الأداء فورا ويكتفي بأن يحققه في وقت لاحق، وفيما بعد إذا لم يتحقق السبب أو كان السبب غير مشروع، فإن المدين مع عدم استطاعته إبطال الالتزام، يستطيع أن يحمي نفسه بوسائل أخرى تتيحها القوانين الجرمانية، كدعوى الإثراء بلا سبب⁴، أي في الحالة التي

1- M. Maury, Le concept et le rôle de la cause des obligations, op.cit., p.502.

2- ينظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.388. الهامش رقم: 16.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.388.

4- المرجع نفسه، ج.01، ص.407.

يؤدي فيها المدين ما ترتب في ذمته، ويصبح دائنا، ويتبين فيما بعد أن السبب لم يتحقق أو أنه غير مشروع.

ومجمل القول، فإن تأثير الفهم الكنسي لفكرة السبب، الذي يقر فقهاء القانون بأنها من ابتداعه، يبدو واضحا في مسألة المعنى المزدوج الذي قال به الفقه الفرنسي وتبناه قانون نابليون، وقد علمنا بأن فقهاء الكنيسة أرادوا بفكرة السبب في بادئ الأمر حماية المجتمع من العقود التي تتجه إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، ثم ما لبثوا أن جعلوا منها أداة لحماية الفرد ذاته، بتحرير إرادته من الغلط، والتدليس، والغش، بعدما أضافوا فكرة السبب غير الحقيقي لإبطال العقود، إذا ما حصل عيب من عيوب الإرادة المذكورة، تمشيا مع الخلفية الأخلاقية التي وجهوا العقد إليها، وهي المنطقة التي اختلقت فيها نظرية الغلط بنظرية السبب، كما سيأتي ذكره فيما يلي في محاولة لاستكشاف حدود العلاقة بينهما.

ثانيا- علاقة الغلط بالسبب وجه آخر لازدواجية مفهومه: عالج المشرع المدني الفرنسي الغلط كسبب للإبطال من خلال المادة 1110¹ السابقة من القانون المدني، ولم يتحدث إلا على الغلط الواقع على مادة الشيء، أو على شخصية المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار وهي الدافع لإبرام العقد، ولكن الفقهاء الفرنسيون لم يتقيدوا بحرفية النص، خصوصا في الغلط الواقع على مادة الشيء، لأن العبرة ليست بالغلط الواقع على مادة الشيء أو قيمته، بل العبرة في البحث عن السبب الدافع على التعاقد، وهنا يظهر الربط بين الغلط وسبب العقد، وفق معيار ذاتي له صلة بأشخاص الاتفاق²، مما يعني أن الغلط لم يعد مرتبطا بمادة الشيء فقط، وبالتالي بسبب الالتزام كما تصوره الفقه التقليدي، بل يرتبط كذلك بسبب العقد، ليصبح عاملا نفسيا يقع عبء إثباته على مدعي الغلط، وهذا ما يدعو إلى القول بأن علاقة السبب بالغلط، هي علاقة عائلية ومزدوجة³، فالغلط يرتبط بسبب الالتزام من جهة، ويسبب العقد من جهة أخرى، وهذه العلاقة تؤكد ازدواجية مفهوم السبب بالنسبة للفقه الفرنسي، وليس أدل على ذلك من الجزاء المختلف

1- Ancien article 1110 du code civil Français: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet, elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter...».

2- مُجَّد على عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص.326-327.

3- H. Capitant, De la cause des obligations, op.cit., p.p.220-221.

الذي يُقرره في كلتا الحالتين، حالة الغلط في وجود سبب الالتزام، وهو غلط مانع يؤدي إلى بطلان العقد، وحالة الغلط الواقع على سبب العقد، الذي يؤدي إلى البطلان النسبي لمصلحة الشخص الذي عاب الغلط رضاه، دون أن يكون مطلقاً، وقد تركز هذا التأويل المزدوج لعنصر السبب في بعض القوانين العربية على غرار قانون الموجبات والعقود اللبناني¹ الذي وضعه الفقيه الفرنسي جوسران، فضلاً عن تأويلات أخرى لبعض المؤلفين في دراسات معاصرة، الذين تحدثوا عن دور السبب كأداة لوصف العقود، إذ يرون بعد تحليل معمق للفقه والاجتهاد، أن وصف الأعمال القانونية وبالتالي العقود، يتركز على فكرة السبب، مع فرض أن يكون مفهومه موسعاً، وقد قدم بوييه "Boyer" في أطروحة له حول مفاهيم السبب في التصرفات القانونية²، بناءً أصيلاً لفكرة السبب، مع توضيح الصلة الوثيقة بين وصف العقد وسببه، حيث ميّز بين السبب (الطارئ) أو سبب الالتزام، والسبب (الفئوي)، أو سبب العقد، فالسبب الأول هو ركن ذاتي صرف، متغير حسب كل حالة، وعدم وجوده هو دائماً نتيجة عيب في إرادة أحد المتعاقدين، أما السبب الثاني، فهو المقابل الذي يتحدد كركن موضوعي خارجي عن إرادة الطرفين، كما يحدد السبب الذي يُفسّر وجود العقد بحد ذاته ويجعله ممكناً، ودوره الأساس هو تحديد الفئة العقدية للتصرف، وغيابه هو عيب من طبيعة موضوعية صرفة، تترجم الاستحالة المطلقة لتحقيق العقد الذي أراده الطرفان، حتى ولو كان رضائهما خال من أي عيب، في حين أنّ الغلط في السبب، هو عيب من طبيعة ذاتية ناتج عن الاختلاف الموجود بين التصورات النفسانية الحاسمة لإرادة أحد المتعاقدين، والانتظارات المادية المحققة، وعدم وجود السبب الطارئ، أو بتعبير آخر، الغلط في السبب، يتيح إبطال الالتزام وبالتالي إبطال العقد ذاته، في حين عدم وجود السبب الفئوي المناظر للمفهوم التقليدي لغياب السبب بالمعنى الضيق، ليس له تأثير على صحة الالتزامات المتولدة عن العقد، وإنما تشويبه³.

1- مُجّد على عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص.105.

2- L. Boyer, La notion de transaction à l'étude des concepts de cause et l'acte déclaratif, Thèse de doctorat, faculté de droit, Toulouse, France, 1947, p.203.

مشار إليه في: جاك غستان، تكوين العقد، ص.940.

3- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.941.

وعن هذا التحليل المختلف لعنصر السبب في الالتزامات العقدية، يعلّق جاك غستان بأنه: إذا كان يبدو من الصحيح أن تعريف مبدأ السبب، يناظر القصدية ذاتها للفئة العقدية المعنية، فإن غياب السبب المقابل لا يمكن أن يقود إلى مجرد تشويه العقد، أي إلى تعديل وصفه، إذ إن حلاً مثل هذا يناقض أحكام المادة 1131 السابقة من القانون المدني الفرنسي، التي تقضي بأن الالتزام دون سبب، أو لسبب مغلوط، أو غير مشروع، ليس له أي أثر؛ إنّه يتنكر للقانون الوضعي الذي يجعل من غياب السبب حالة إبطال خارج التأكد من عيب في الرضا؛ ويفرق الفقه إضافة إلى ذلك، بين إعادة وصف العقد وغياب السبب المقابل لتسويغ إبطاله¹، ومع ذلك أقرّ بوييه "Boyer"، بأن هذه النتيجة لا تُغني عن افتراض غلط المتعاقدين المسوّغ لإبطال العقد².

واضح إذن، الالتباس الخطر لمفهوم الغلط في السبب، إذ يظهر السبب كمفهوم هجين، يصعب تعريفه وتحديد ماهيته، وتظهر هذه الصعوبة خاصة، عندما يكون المقصود تحديد خصائص البطلان لعلّة الغلط في السبب، فبعضهم يجعل منه بطلاناً نسبياً، وبعضهم يجعله بطلاناً مطلقاً، ثم إنّ الغلط في السبب يفترض دائماً تحليل إرادة من يتذرّع به، وهو ما يجعله يُشكل غلطاً يتناول سبب الالتزام³، وهذا الالتباس هو نتيجة طبيعية للمفهوم الموضوعي الذي أعطاه الفقه القانوني للسبب، وفق النظرة الموضوعية لقواعد القانون التي جعل منها فقهاء القانون الفرنسي نقطة ارتكاز أساسية في تحليلهم لفكرة السبب.

الفرع الثاني: مظاهر الازدواجية على مستوى شروط السبب والجزاءات المترتبة عنها

التجاذب الدائر حول مفهوم السبب، والأهمية العملية التي يمثلها في مختلف العقود من منظور الفقه القانوني، بين الدور الذي يؤديه سبب الالتزام، والدور المنوط بسبب العقد، حيث يقوم سبب الالتزام كركن من أركان العقد، ويأتي سبب العقد كشرط لتأمين صحة ومشروعية التصرف، يظهر الاختلاف في الشروط التي يتطلبها كل من السببين، وبالتالي الجزاء المترتب عن كل منهما.

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.941.

2- L. Boyer, La notion de transaction à l'étude des concepts de cause et l'acte déclaratif, op.cit., p.204

مشار إليه في: جاك غستان، تكوين العقد، ص.940.

3- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.967. الهامش رقم: 5.

أولاً- مظاهر الاختلاف على مستوى الشروط بين سبب الالتزام وسبب العقد: يُظهر الاختلاف في النظرة إلى كل من سبب الالتزام وسبب العقد، اختلافًا في النظام القانوني لكل منهما، ويتجلى ذلك في الشروط الواجب توافرها في كليهما، فإذا نظرنا في شرط الوجود، فإن تصوره في سبب الالتزام يكون مقبولاً، وفي سبب العقد يكون من باب المغالاة والتزديد؛ لأن كل إرادة يجب أن تستند إلى سبب، إلا إذا كانت صادرة عن فاقد للعقل أو صبي غير مميز، أما بالنسبة لشرط الصحة، فسبب الالتزام يجب أن يكون صحيحاً، لا صورياً من جهة أولى، ولا مغلوطاً من جهة ثانية، والأمر كذلك بالنسبة لسبب العقد، الذي يجب أن يكون صحيحاً وحقيقياً، أما بالنسبة لشرط المشروعية، فطالما أنّ سبب الالتزام هو من الأمور الموضوعية المجردة، فلا يمكن تصور عدم مشروعيته. ويذهب بعض الفقه من الذين أخذوا بالأنواع الثلاثة للبطلان، وهي الانعدام والبطلان النسبي والبطلان المطلق، وقالوا باختلاف كل من الانعدام والبطلان من حيث المفهوم واتحادهما من حيث النتائج¹، إلى أن الجزاء على عدم مراعاة السبب في العقود، يختلف بين سبب الالتزام وسبب العقد، انطلاقاً من الدور الذي يؤديه كل منهما في العقد، فتختلف سبب الالتزام يجعل العقد فاقداً لكيانه القانوني، أي معدوماً، طالما أن سبب الالتزام يعتبر ركناً من أركان العقد، وقد انعدم وجوده، في حين إن عدم مشروعية سبب العقد، تستوجب بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، باعتبار أن العناصر اللازمة لقيامه توافرت، لكن إحداها معيب²، ويبين مثل هذا التحليل مدى التداخل الواقع بين نتيجة الحكمين، بالنسبة لغياب سبب الالتزام، وعدم مشروعية سبب العقد، وعدم اليقين الذي ميز الفقه في تحديده لمفهوم البطلان ودرجاته، استناداً لنظرية السبب.

1- شرط الوجود وسبب العقد: يتساءل الفقه القانوني منذ أن هيمن مبدأ سلطان الإرادة على الالتزامات التعاقدية، عما إذا كان بالإمكان تجريد الإرادة من سببها، وحول هذه الفكرة انقسمت التشريعات إلى اتجاهين، اتجاه يعتبر السبب عبارة عن فكرة موضوعية، حيث يمكن تجريد الالتزام من سببه، دون أن يكون لذلك تأثير في صحة العقد، حتى وإن كان سببه غير مشروع، ويمثل هذا الاتجاه التقنيات ذات التوجه الجرماني التي تعتبر الإرادة المعبر عنها كافية وحدها لقيام العقد

1- ينظر: محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 464-466.

2- المرجع نفسه، ص. 335.

وصحته، وما دام التعبير هو الرضا، فإنّ العقد يستمد صحته ووجوده منه وحده، ويبررون ذلك بأن ضمان استقرار المعاملات أولى من الحماية الفردية، فحاولوا منذ القرن التاسع عشر إضعاف الصلة التي تربط الالتزام بسببه¹، ولم يسلموا بالتصرفات المسببة إلى جانب التصرفات المجردة إلاّ مع نهاية القرن التاسع عشر، أمّا الاتجاه الثاني، فتمثله المدرسة اللاتينية، التي اعتبرت بأنه لا يمكن أن ننظر إلى الإرادة دون الاعتداد بالسبب الذي دفعها إلى الالتزام، فالإرادة والسبب عنصران متزامنان، لأن الإرادة لا تتحرك إلاّ لتحقيق غرض أو هدف معين، ولا يمكن تصور أن يلتزم شخص دون سبب، إلاّ إذا كان في غير قوّه العقلية².

وطالما لا يمكن تصور الرضا كركن من أركان العقد، دون وجود سبب دافع يقف وراءه، أصبح شرط الوجود بالنسبة إلى سبب العقد هو من باب التزويد، فكيف يمكن تصور الإرادة دون بواعثها التي دفعتها للالتزام³، وهو المنطق الذي جعل بعض التشريعات لا تشترط في سبب العقد إلاّ شرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، أي أن يكون مشروعاً، أسوة بما توصل إليه القضاء في فرنسا، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 97 من القانون المدني في صياغتها العربية، على غرار بعض التقنينات المدنية العربية الأخرى.

2- شرط الصحة وسبب الالتزام: يكون السبب غير صحيح حسب أنصار المفهوم المزدوج له في حالين؛ أولهما: إذا التزم المتعاقد لسبب وهمي، كأن يعتقد خطأً أنه موجود، أي أنّ عدم صحة السبب تتحقق عندما يحصل غلط بشأنه، ما يجعله موهوماً أو مغلوطاً، ويضربون لذلك مثالا بالوارث الذي يتفق مع شخص آخر على إعطائه مبلغاً من المال مقابل التنازل عن حصته في التركة، معتقداً أنه من الورثة، ثمّ يتبين أن ذلك الشخص ليس من الورثة، فيقع الوارث في غلط بتوهمه سببا لالتزام غير موجود أصلاً، أي أنّ التزامه كان نتيجة سبب غير صحيح⁴، وتجد هذه الرؤية لمفهوم السبب سندها في المادة 1131 السابقة من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، التي تعتبر أن الالتزام لا ينتج أثراً، إذا لم يكن مبنيًا على سبب، أو كان مبنيًا على سبب غير

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.404.

2- H. Capitant, De la cause dans les obligations, op.cit., p.17.

3- مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، المرجع السابق، ص.343.

4- أحمد الضو، السبب المغلوط والغلط في فاعلية السبب، مجلة معهد الدروس القضائية، المجلد: 121، بيروت، لبنان،

ص.5. مشار إليه في مؤلف: علي عبدة، نظرية السبب، المرجع السابق، ص.417.

صحيح، أو على سبب غير مشروع¹، وهو ما جعل الاجتهاد والفقه الفرنسيين يدمج ما بين السبب المغلوط، وغياب السبب، أي بين الصحة والوجود، إذ في الواقع بالنسبة لهذا الفقه أنّ السبب المغلوط يعني أنّ لا سبب للالتزام، ويرتد بذلك إلى عدم وجود السبب².

أما الحالة الثانية، فهي حالة السبب الصوري، ويجب التنبيه أن العقد حينها لا يكون باطلا لصورية سببه؛ لأن الصورية في ذاتها ليست سببا للبطلان. ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب، فعلى الدائن إثبات السبب الحقيقي، ويكون الالتزام قائما أو غير قائم تبعا لهذا السبب الحقيقي. فإن كان هذا السبب موهوما، سقط الالتزام، لأن السبب الحقيقي موهوم، لا لأن السبب الظاهر صوري. وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع، وقد أخفي تحت ستار سبب مشروع وهو الغالب، سقط الالتزام كذلك، لا لصورية السبب الظاهر، ولكن لعدم مشروعية السبب الحقيقي³. ولما كان الالتزام يسقط في الحالتين، فثمة خلل ما في تصور سبب الالتزام وتحديد شروطه.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فيرى الأستاذ السنهوري أن القانون المصري الجديد حينما أخذ بالنظرية الحديثة في كل من السبب والغلط، وجعل جزاء الغلط في كل من السبب والباعث، هو القابلية للإبطال؛ يكون قد تلافي تناقضات النظرية التقليدية التي نتج عنها خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط⁴.

ويوعز الأستاذ شفيق شحاتة، حيرة الفقه وتردده في هذه المسألة الدقيقة، إلى تطور النظريات القانونية وتداخلها مع بعضها البعض، حيث تبقى الحلول القديمة قائمة بالرغم من أنها قاصرة في استيعاب التطور الحاصل، فقد كان مسلما في النظريات التقليدية، بأن السبب غير الباعث، ونتج عن ذلك، أنّ الغلط في السبب يجعل العقد باطلا، أمّا الغلط في الباعث فلا يؤثر في صحة العقد، ولكن مع تطورات النظرية التقليدية في الغلط واستبدال المعيار الموضوعي بالذاتي، أصبح الباعث

1- Ancien Article 1131 du code civil Française: «L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause, illicite ne peut avoir aucun effet».

2- محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص. 419-420.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 01، ص. 483.

4- المرجع نفسه، ص. 327.

يؤثر في صحة العقد، ومع ذلك لم تتزعزع الرؤية الفقهية التي تميز بين الغلط في السبب بمعناه التقليدي، والغلط في الباعث¹.

3- شرط المشروعية: يشترط في سبب الالتزام بالنسبة للتشريعات التي أخذت به أن يكون موجودا، وألا يكون وهميا أو مكذوبا، وأن يكون مشروعاً، ومنطقيًا لا يمكن لعنصر في أن يكون غير مشروع، باعتباره يمثل الالتزام المقابل، الذي لن يكون إلا عنصرا ماليا، فشرط المشروعية لا بد أن يكون متعلقا بالسبب باعتباره عنصرا مصلحيا لا باعتباره عنصرا فنيا²، وقليلة تلك القرارات التي أبطل فيها القضاء الفرنسي العقود لعدم مشروعية سبب الالتزام، بسبب تعلقه بوجود هذا الالتزام ذاته، فعدم مشروعية سبب التزام أحد المتعاقدين في العقود التبادلية، تقتضي عدم مشروعية محل التزام المتعاقد الآخر؛ وبهذا النظر، لا بد أن يكون سبب الالتزام دائما مشروعا طالما أنه يتمتع بالصفة المجردة³، إلا أن القضاء ومعه التشريعات الحديثة لما آثر الاعتداد بالباعث الذاتي حين يكون غير مشروع، وسمّاه سبب العقد، يكون قد ارتد إلى النظرية الكنسية التي أراد "دوما" أن يهدمها بتحليله لعنصر السبب تحليلا موضوعيا لا نفسيا ولا شخصيا⁴، وتحليله هذا تبين أنه لا يستوعب كافة الحالات التي يُراد فيها تقرير البطلان لعدم المشروعية، وهو ما استدعى تجاوز الفهم التقليدي للسبب، والمرور إلى مرحلة أخرى بالبحث عن الباعث الدافع، أو ما سمّاه الفقه التقليدي بسبب العقد، والنظر إلى السبب بمعنى الباعث الدافع لإبرام تصرف معين، الذي لا يشترط فيه إلا أن يكون مشروعاً، بدعوى أن نظرية السبب لم تقم في الفقه القانوني إلا لأجل المشروعية وحدها، وأن سبب العقد وحده كافٍ لحمايتها⁵، ولكن حتى من هذه الزاوية، فإن السبب بهذا المعنى لا يمكن البحث عنه داخل العقد، إذ هو أمر خارجي يتعلق بذات المتعاقد، وقد أثبتت التطبيقات العملية للقضاء بأنّ حماية النظام العام والآداب العامة، من خلال البحث عن الباعث الدافع الذي كان وراء إبرام تصرف معين، يكون بفحص شروطه، فإذا وجد القاضي شرطا من شروط العقد

1- C. Chahata, Théorie générale de l'obligation, op.cit., p.p.42-43.

2- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.389.

3- «La cause de l'obligation doit être licite, elle est généralement en raison son caractère abstrait». Voir: H, L, J. Mazeaud, leçon de droit civil, obligations: théorie générale, 9^{ed}, France, 1998, T.2, p.p.257-259.

4- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.421.

5- مُجد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص.440.

مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فإنه يحكم حتما ببطلان العقد بأكمله، إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع لإبرامه، بينما يقتصر على الحكم ببطلان الشرط وحده إذا لم يكن كذلك، ومن ثم، فإن المشروعية تتصل في جوهرها بشروط العقد لا بأشخاصه، وحينذاك فإن اشتراط مشروعية الباعث تبدو من الأمور التي يصعب إثباتها، فالباعث أمر نفسي يتصل بشخص المتعاقد، وقد يتغير في أي مرحلة من مراحل التعاقد، فكيف للقاضي أن يتأكد من مشروعيته عند تكوين العقد إن لم يتفحص العقد من خلال نتائجه، أو بعد إبرامه على الأقل؟

ثانيا- مظاهر الاختلاف على مستوى الجزاء بين سبب الالتزام وسبب العقد: منذ العصور الوسطى، وإلى عهد القانون الفرنسي القديم، لم تُوضع أسس واضحة، وقاعدة عامة لإبطال العقود، ولم تكن قوانين تلك الحقبة من تاريخ القانون تميّز بين أنواع البطلان، ومع تطور القانون الفرنسي الحديث، بادر بوضع قواعد لنوعين من البطلان، بطلان مطلق، وبطلان نسبي، بعد أن هجر نظرية الانعدام التي لم تعمّر طويلا، فازدواجية الجزاء تستمد أساسها من التمييز بين شروط قيام العقد، وشروط إنتاج آثاره، طالما أنّ السبب يلعب دورين مختلفين، يؤمّن الأول من خلاله وجود العقد (سبب الالتزام)، ويهدف الثاني إلى تحقيق المشروعية (سبب العقد)، ولا شك أنّ الجزاء يختلف، بين حالة غياب سبب الالتزام، أي عدم وجوده، وحالة عدم مشروعية سبب العقد.

ومن المسلم به في الفقه والقانون، أن كل اتجاه للإرادة من أجل إحداث أثر قانوني تنتج عنه علاقة قانونية ملزمة، ولكي يكون البناء صحيحا، لا بد من توافر أركان لقيام العقد نصت عليها التشريعات المدنية ذات التوجه اللاتيني، وهي: الرضاء، والمحل، والسبب، وشروط لصحة التراضي تتمثل في: الأهلية، وسلامة الرضاء من العيوب، فإذا اختل أحد أركان العقد أو أحد شروطه ما عدا شروط صحة التراضي ترتب البطلان المطلق، وأما إذا لم يتوفر للتراضي شروط صحته، فيكون العقد قابلا للإبطال. فهل حققت هذه القاعدة عموميتها بالنسبة لجميع الحالات والقضايا القانونية المعروضة على القضاء؟

1- وجود المقابل الحقيقي يستبعد فكرة الغياب الجزئي للسبب: يقدم التيار الفقهي المؤيد لفكرة الغياب الجزئي للسبب تطبيقا تشريعا يبرر صحة هذه الفكرة التي ابتدعها القضاء الاجتهادي في فرنسا، مستندا على حالة الهلاك الجزئي للشيء المبيع، إذ يتيح القانون للمشتري،

مكنة الخيار بين فسخ البيع، أو طلب الجزء السليم المتبقي من الشيء الذي كان محلا لعقد البيع، مقابل إنقاص الثمن المقابل المتفق عليه عند إبرام العقد¹، وهو الحكم الوارد في المادة 1601/2² السابقة من القانون المدني الفرنسي، والتي يقابلها نص المادة 370 من القانون المدني الجزائري: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ العقد إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"، وهي الفكرة التي تم تبناها الفقهاء كوسيلة لإعادة النظر في الشروط الجائرة أو التعسفية في عقود الإذعان، على رأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصده، كون المشرعان الفرنسي والمصري لم يأخذا بالغبن عامة في جميع العقود، ويستدل على ذلك بربط الفقيه "دموج" بين فكرة السبب والغبن بقوله: "إذا لم يمكن تفسير الالتزام إلا جزئيا بواسطة الالتزامات المقابلة المتعهد بها أو بواسطة ظروف الدعوى، كان هناك محل لمعرفة أثر هذا السبب الجزئي، لأن هذا يكون مراعاة للغبن في كل العقود"، ويضيف بأن الفقيه "جونو" تحمس لهذه الفكرة في صورتها العامة، ويرى أن السبب أيا كان لا يكفي، وأنه يجب أن يكون هناك سبب يتناسب مع الالتزام، وأن يكون هناك تعادل بين الفوائد والتضحيات المتبادلة بين الطرفين، فالعدالة هي الانسجام، وفي العقود التبادلية هي التوازن والمساواة، والميزان رمزها، والعقد لا يستحق حماية القانون إذا لم يكن بين الخدمات المتبادلة تقابل عادل³، إلا أن حلا مثل هذا المبني على فكرة الغياب الجزئي للسبب، وإن لم تصرح به النصوص؛ باعتبار أن وجود المقابل يعني قيام توازن اقتصادي فيما بين الالتزامات المتبادلة، في صورة توازن كمي في العقود التبادلية، لم يعد الاجتهاد في فرنسا يراه بهذا التأويل، فقد بدأ ينظر لحقيقة المقابل بشكل متطور لا يكتفي بالصفة الشيعية للمقابل، أي النظرة المادية البحتة للالتزام المقابل، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية إبطال النكول في عقد وعد بالبيع أحادي الجانب يتعلق بعقار، وتسديد مبلغ من العملة لصالح الواعد في حالة عدم استعمال الخيار في المهلة المتفق عليها،

1- أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، 1429هـ، 2008م، ص.223.

2- Ancien article 1601/2 du code civil Français: «Si une partie seulement de la chose est prié, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée...».

3- عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص.345. نقلا عن: أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.ص.221-222.

وفسرت ذلك، بأن لهذا التعهد سبب، يكمن في الفائدة التي يُؤمّنُها له الواعد بامتناعه عن التصرف في الشيء الموعود به لشخص آخر خلال المهلة المتفق عليها، معتبرة النكول مقابلا للمهلة الممنوحة له في استعمال الخيار، بيّد أن الأثر الرجعي للإبطال، يجعل قطعة الأرض غير قابلة للبناء، ويحرم تسديد التعويض من سببه، طالما كانت إمكانية البناء سببا لهذا التعهد¹.

وتجد مثل هذه الحلول القضائية سندا لها في الفقه، إذ يرى بعضهم إنه ولأجل تقدير وجود السبب من عدمه، لا يمكن مواجهة العقد في أحد أجزائه فقط، وإنما يجب أن يكون ذلك في مجموعه، بحيث تتم الموازنة بين الالتزامات المتبادلة لطرفي العقد، ناهيك عن أن القانون إذا كان يستلزم وجود السبب، فهو لا يستلزم التعادل بين السبب والالتزام المسبب، فالسبب لا يتضمن كفاية ولا تجاوزا، وإنما هو عنصر قانوني لا يقاس، أي أن القانون لا يستلزم حدّا أدنى يقاس به تقابل الالتزامات، فكل سبب موجود يعتبر كافيا، فالقانون عندما يستلزم مقابلا، فليس معناه أن هذا المقابل يمثل قيمة حسابية مساوية لقيمة الالتزام الذي يعتبر مبرره الاقتصادي والقانوني².

كما لم تتردد محكمة النقض الفرنسية، في نقض حكم أبطل اتفاقية لغياب السبب، بحجة أنها كانت تحدد الدخل العمري بمعدل أدنى من المعدل الناتج عن تحديد المبلغ وفقا لمؤشر متحرك، ورد في الاتفاقية الأولى، وقد لاحظت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، بأن المدعين قبلوا إبطال الآثار أو المفاعيل السابقة لهذا التحديد الأدنى، وأن المدعى عليهم وعدوا بأن يرفعوا مبلغ الدخل من 1000 فرنك فرنسي إلى 1100 استنادا إلى مؤشر جديد له، وعليه فإن هذا التعهد يصلح لأن يكون سببا للالتزامات التبادلية التي تعاقدها عليها الطرفان³، وهو القرار الذي يشير إلى أن البحث عن وجود المقابل الحقيقي، يتطلب في بعض الحالات التفحص اليقظ والدقيق لاقتصاد الاتفاقيات، لكون أنه عندما يكون محل الاتفاقية غير محدد بدقة، فإنه يستحيل تقويم

1- نقض مدني، مجلة القانون العقاري، 1983م، ص.78. مشار إليه في مؤلف: جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.954.

2- عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول سابقا، القاهرة، مصر، 1946م، ص.345-349. مشار إليه في رسالة: أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.225.

3- نقض مدني، مؤرخ في 12 جانفي 1977، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، النشرة المدنية 1، رقم: 26، ص.19. مشار إليه في مؤلف: جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.957.

المقابل، مما يؤدي إلى بطلان العقد لغياب السبب¹، ومثل هذه القرارات والأحكام القضائية، تظهر مدى تطور الاجتهاد على مستوى القضاء في إعادة تحديد المقصود بسبب الالتزام، والاقتراب أكثر من فكرة المقابل، والتوسع فيه على حساب فكرة السبب بالنسبة للمدرسة الفرنسية في القانون، فوجود المقابل الحقيقي يكفي بصورة عامة لاستبعاد البطلان لغياب السبب، حتى ولو لم يتعلق بالشيء محل الالتزام، أو بجزء منه، وهو ما يحيلنا إلى إعادة قراءة التصور الفقهي الذي رسمه الفقه اللاتيني عن العقد والالتزامات الناشئة عنه في حد ذاتهما، اللذين قدمهما تحت تأثير النظر الروماني، في صورة يغلب عليها الطابع المادي الصرف، على الرغم من التغييرات الجوهرية التي أحدثها مبدأ سلطان الإرادة على ماهية الالتزامات الإرادية وطبيعتها، الأمر الذي كان له انعكاس بصورة أو بأخرى على باقي العناصر القانونية الأخرى المرتبطة بهما، من مثل السبب والمحل، وتعريف العقد في حد ذاته.

2- تطور الأفكار وتحليل أعمق لحقيقة المقابل: أدى تطور الذهنيات بالاجتهاد على مستوى محكمة النقض الفرنسية في قراراتين صادرتين عنها عام 1961، إلى الحكم بأنه ليس ثمة قانون أو نص قانوني، يمنع ورثة طبيب من التنازل عن العيادة الطبية التي كان يستثمرها مورثهم، والتعهد بمناسبة هذا التنازل بتقديم المتنازل له للزبائن، فنقل زبائن مدينين للمهن الحرة الذي يقوم به الورثة، لا يُعتبر في مبدئه مجرداً من السبب، فالمقصود تكثيف الالتزامات التي كان يمكن أن يقدمها الطبيب المتوفى نفسه²، إذ ليس من المهم أن تكون إحدى الوقائع التي كان لها تأثيرها الحاسم في الرضا موجودة، طالما أن المقابل الجدّي يؤخذ بعين الاعتبار، فقد أصبح الاجتهاد على مستوى محاكم النقض الفرنسية يفرّق بدقة وعناية، بين وجود المقابل الحقيقي والدوافع، ففي عقود الغرر مثلاً، يقوم الغرر مقام المقابل، غير أن طابع الغرر لا يتيح أثناء تكوين العقد معرفة ما إذا كان المقابل سوف يتم تلقيه فعلياً³.

وفي قرار آخر مؤرخ في 13 جوان 1973، يؤكد التأويل الموضوعي لعنصر السبب في التصرفات القانونية من قبل القضاء، بينت فيه محكمة النقض في فرنسا بشكل واضح، أن تكوين

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.957.

2- المرجع نفسه، ص.957.

3- المرجع نفسه، ص.969.

شركة لاستثمار أموال في الأماكن المؤجرة، كان بالنسبة للطرف المؤجر دافعا ذاتيا صرفا، وليس سببا للاتفاقية، وهي عقد ملزم للطرفين تُلَقَى فيه التزامات كلا الطرفين سببها في التزامات الطرف الآخر¹، وهو ما يعني أن الإبطال لغياب السبب في عقود المعاوضة لا يفترض أي تحليل نفساني، أو أي تقدير للتقديمات، بل يجب أن لا يتضمن التزام المدعي أي مقابل، حتى يعتبر هذا المقابل وهيا، وبالتالي فهو معدوم عندما لا تكون له أي قيمة جدية وأية فائدة حقيقية، والقيمة والفائدة هاتان، تقتضيان بصورة عامة أن لا تكونا مقدرتين تبعا للوضع الشخصي للمدعي، وليس مُهْمًا أن لا يُمَثَّل التقديم المقابل أي منفعة، عقب ظروف خاصة بالمدعي، ما دام المقابل له قيمة حقيقية². ويظهر مما سبق، أن الاجتهاد يكفي بصورة عامة بالبحث عما إذا كان العقد المنتقد يتضمن في ذاته مقابلا حقيقيا.

لكن ما يسترعي الانتباه، هو إنه إذا كان هذا التحليل الذي انتقل بسبب الالتزام من المفهوم الكلاسيكي، إلى مفهوم جديد يدعى المقابل، وهو اصطلاح مستعار من الفقه والقضاء الأنجلوساكسونيين، مستساغا في العقود التبادلية، أين يكون سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، وتسليم الشيء موضوع العقد في العقود العينية، هو سبب الالتزام، مقابل تعهد الآخر بالمحافظة عليه، فالأمر مختلف في عقود التبرع، أو ما يُعرف في الفقه الفرنسي بالعقود المجانية، فما يميّز هذه العقود هو أنّها تحصل بدون مقابل، وتشكل نية التبرع سببًا لالتزام الواهب، وبانتفائها ينتفي سبب الالتزام، ويعود العقد كأنه لم يكن، فكيف يمكن تبرير السبب بمعنى سبب الالتزام بغض النظر عما إذا كان بالإمكان البحث عن مشروعيته؟!

الفرع الثالث: مظاهر الاختلاف على مستوى الإثبات بين سبب الالتزام وسبب العقد

الإثبات بوجه عام هو تأكيد أمر ما بأيّ برهان أو دليل، وهو متنوع الأساليب، تبعا لتنوع العلوم والأبحاث التي يتصل بها، أمّا الإثبات القضائي، فهو تأكيد لحق منازع فيه بالأدلة التي يجيزها القانون، فالقاضي ليس حرًا في اعتقاد ما يشاء من طرق الإثبات، والحق يفقد فاعليته إذا لم

1- نقض مدني مؤرخ في: 13 جوان 1973، الغرفة المدنية الثالثة 3، النشرة المدنية، رقم: 407، ص.294. مشار إليه في

مؤلف: جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.960. الهامش رقم: 1.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.963.

يتمكن الدائن من إثبات صحة ما يدعيه¹، وفي الموضوع الذي نحن بصدده، يهمننا إثبات السبب بصورة حصرية، وهل هناك اختلاف بين إثبات سبب الالتزام، وإثبات سبب العقد، إذا ما سايرنا رأي من قال بالمفهوم المزدوج لعنصر السبب؟ كما نتساءل عن كيفية إثبات سبب الالتزام، بالنظر إلى شرطي الوجود والصحة المتعلقان به، دون سبب العقد الذي لا يشترط فيه إلا أن يكون مشروعاً؟

عندما يكون العقد مكتوباً، فهناك قرينة لصالح الدائن مفادها أن لهذا العقد سبباً، وعلى المدين إثبات العكس، وهذا يعني أنه يكفي الدائن إبراز العقد المكتوب وحسب، ولا يلزم بتقديم دليل آخر، أي أنه غير ملزم بإثبات وجود سبب الالتزام، لكن قد تثار مسألة عدم صحة السبب، إذا ادعى أحد المتعاقدين غياب السبب، أو عدم صحته، وهو ما يستوجب التطرق إلى إثبات صورية السبب من جهة أولى².

يبدو من قبيل المنطق أن لا تطرح مسألة إثبات سبب الالتزام عند التصريح به في العقد، لكن المشكلة تظهر عندما يدعى أحد المتعاقدين أن السبب المصرح به في العقد غير صحيح، أي ليس سبباً حقيقياً، وتبرز مسألة عدم صحة السبب المصرح به في العقد في العديد من الحالات، كإقامة دعوى بطلان قبل تنفيذ العقد من قبل أحد المتعاقدين، أو من الغير، إذا كان البطلان مطلقاً، أو دعوى من شأنها إثبات عدم التنفيذ، وهو ما يشكل إخلالاً جوهرياً بالعقد، حيث يدفع المدعي بغياب السبب لإبطال العقد، مما يجعل المدعى عليه مدعياً، ويترتب عليه إثبات ادعائه³، فالسبب الظاهر لا يكون في الأساس مبطلاً للعقد بنفسه، بل يبقى العقد صحيحاً إذا كان السبب الحقيقي للالتزام مباحاً ومشروعاً، ومن ثمّ، يعود للقاضي وحده التحري عن السبب الحقيقي للالتزام، فإذا وجد مشروعاً كان العقد مشروعاً، والعكس الصحيح، فالعقد يبطل لعدم مشروعيته وليس لصورية السبب، فالالتزام الذي يكون سببه المصرح به غير صحيح، ويخفي سبباً حقيقياً يكمن في القيام بصفقة مشروعة، ويكون صحيحاً، إذا كان هذا الالتزام سابقاً لقيام الصفقة، فقد اعتبرت الاجتهادات في المحاكم الفرنسية أن الكمبيالة (السفتجة) لا تُلغى إذا كان

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.02، ص.ص.13-14.

2- علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص.673.

3- المرجع نفسه، ص.574.

السبب الصوري يخفي سببا حقيقيا، لأن السبب الصوري لا يشكل بحد ذاته سببا لبطلان العقد، إذا كان السبب الحقيقي مشروعاً¹، وعدم المشروعية هذه بالنسبة لسبب الالتزام لا تجد لها تطبيقاً إلا إذا كان المحل غير مشروع، كمن يتعاقد على القيام بعمل مناف للأخلاق مقابل مبلغ من المال، أما في عقود التبرع، فلا يمكن تصور عدم مشروعية نية التبرع التي تتصف بالصفة المجردة، وهو ما حذا بالقضاء الفرنسي في اجتهاداته، إلى النظر إلى الدافع الحاسم (الباعث) الذي أجريت من أجله هذه العقود²، والأمر على هذه الحال ذو معيار ذاتي شخصي يتصل بشخص المتعاقد، وهو بالطبيعة يختلف عن سبب الالتزام ذو المعيار المادي الصرف، وهو ما يؤكد مرة أخرى أن فكرة السبب بهذا المعنى (الباعث الدافع) موجودة خارج كيان التصرف القانوني، ولا يمكنها أن تكون جزءاً من ماهيته، وهي منفصلة تماماً عن فكرة التصرف القانوني أو العقد، ولا يمكن تحديد العلاقة بينهما إلا من خلال نتائج التصرف بالنظر إلى أشخاصه، لا إلى التصرف في حد ذاته، لأنه من الناحية القانونية لا يزال سليماً، حتى يثبت العكس، كون أن مشروعية سبب العقد مفترضة بنص القانون، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، وليس على الدائن إثبات مشروعية سبب العقد الذي يطالب بتنفيذه.

المبحث الثاني: أثر المحددات النظرية لفكرتي العقد والالتزام على اضطراب فكرة السبب

تثير محاولات الفقه الفرنسي لتعريف السبب إشكالات متعددة الأوجه، خصوصاً عندما أراد هذا الفقه إعطاء مفهوم مزدوج لفكرة السبب، بين سبب الالتزام وسبب العقد، فظهرت مشكلة أخرى بجوار مشكلة السبب، تجسدت في هذا التداخل المزعج بين محل الالتزام وسببه، ومحل العقد وسببه، وكيف يمكن تحديد كل منهما في قانون العقود، وتحديد معايير ضابطة، وشروط واضحة، لكل منهما، يليق بمقام القاعدة القانونية التي توصف بالعمومية والتجريد، لاستيعاب عموم الحالات القانونية التي تعرض للقضاء على الأقل، إن لم يكن جميعها، وهي الإشكالات التي نتناولها بالمناقشة والتحليل فيما يلي.

1- علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص. 577-756.

2- المرجع نفسه، ص. 616.

المطلب الأول: أثر التحليل النظري للعقد والالتزام على التحديد الدقيق لعناصرهما

الأفكار القانونية المركبة على أنقاض تصورات فكرية وفلسفية متباعدة من حيث الزمان والمكان، أوقعت من أخذوا على عاتقهم التنظير للنظرية العامة للالتزامات في العديد من المناقشات والفراغات التي يصعب سدها، ولا شك أن هذه الحقيقة ألفت بظلالها على تناول الفقهي والقانوني لفكرة السبب، ذلك ما نحاول استعراض حيثياته عبر الفروع الموالية.

الفرع الأول: الطابع الرضائي للعقد يتيح استغراق الإرادة لعنصري المحل والسبب

أورد المشرع الفرنسي شرطي المحل والسبب إلى جانب الرضاء والأهلية في تقنينه المدني قبل تعديله سنة 2016¹، مما يشير إلى انفصالها عن بعضهما البعض، مع أنّ الأصل التاريخي لهما يكاد يكون واحداً، فالفكرتان ولدتا تقريبا بشكل متزامن بهدف تأمين العملية التعاقدية، واتساقها مع المتطلبات الشرعية والقانونية الكنسية²، لكن فقه "دوما" ومن بعده "بوتيه"، اللذان اعتبرا السبب أمراً موضوعياً داخلاً في العقد، لا خارجاً عنه، وفق نظرة مادية فيها الكثير من تقاليد القانون الروماني، وفلسفة القانون الطبيعي، جعلت الإمبراطور نابليون يتبنى تلك الأفكار الحديثة في تلك الحقبة من الزمن، ويضع أول تقنين مدني للفرنسيين عام 1804، ومنذ ذلك الوقت ونظرية السبب تثير اللغط والجدل بين مؤيد ومعارض³، فقد أظهر الفقيه روات "Rouette"، في تصوره لمفهوم العقد ارتباك نظرية السبب، وأكد بأنه يتعذر على فكرة السبب في نظام توافقي رضائي، أن لا تكون إلا مسلمة ذاتية، ويتساءل عما إذا كان الطابع الموضوعي لهذا المفهوم لا يحمل اعتداءً جدياً على مذهب الرضائية أو التوافقية⁴، إذ يرى بأنّ الاستناد في تبرير السبب إلى مبدأ المعاوضة، ليس مجرد حدّ من مبدأ الرضائية (التوافقية)، بل هو تناقض حقيقي، ويلاحظ بأنه من السهل الاعتراف إنه إذا كان الالتزام غير موجود، فذلك ليس لأن الإرادة لم يكن لها سبب

1- Ancien article 1108 du code civil Français: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui formé la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation».

2- D. Mazeaud, *La cause in 1804-2004, le code civil, un passé un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, France, 2004, p.469.

3- Voir: G. Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, 17^{éd}, Paris, France, 1993, T.4, p.224.

4- Voir: P. L. Lucas, *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif de éléments générateurs du lieu obligatoire en droit privé*, librairie de la société du «Recueil Sirey», 08^{éd}, Paris, France, 1918, p.15.

سليم للالتزام، وإثما بحجة هذا الواقع الموضوعي بأنّ الأداء أو التقديم المقابل غير موجود، في حين أن التحول النفساني للحفاظ بكل قوة على المفهوم الذاتي للسبب، وإنقاذ التوافقية (الرضائية)، ليس سوى محاولة عديمة الجدوى¹، وبصدد مناقشته للتصور النظري لحقيقة العقد وماهيته، يضيف الأستاذ رووات، بأن هذا كان مفهوم "دوما"؛ باعتبار أنه كان متموضعا على أرضية قانونية، وبالتالي تمّ تفضيله على مفهوم الفقهاء الكنسيين الذين لم يتفحصوا سوى (الالتزام الأخلاقي، أو الضميري)، وهو ما جعل من السبب يظهر كعنصر موضوعي، كونه ليس كافيا كتصور فكري وإنما تمّ تجسيده في حقيقة مادية؛ ومن ثمّ، فإنّ الغياب الموضوعي للسبب، هو الذي يُبنى عليه بطلان العقد، بغض النظر عن إرادة الدائن في الأداء المقابل، الذي لا يستمد قيمته (المقابل) من كونه متوافقا مع نية المتعاقدين، وإنما من أنّهما إذ يريدانه، فإنهما يتقيدان بالأوامر القانونية، فالسبب بهذا الفهم، هو الضرورة التعويضية الداخلة في تقديم أو أداء يحقق أثرا كافيا، ليكون المصدر الموضوعي والسند الكمي للالتزام الذي يلتزم المستفيد منه اتجاه المفتقر²، تكريسا للنظرة المادية للتصرفات القانونية المستمدة من الطبيعة المحسّمة للالتزامات الإرادية الموروثة عن النظام القانوني الروماني، وتأكيدا لعملية الفصل التام بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق.

ولا تبدو بالنسبة للشريعة الإسلامية هذه الصعوبة التي لاقاها الفقه القانوني، خصوصا بالنسبة للتفسير المزدوج لمفهوم السبب ووظيفته، ذات محل؛ إذ جعلت من التعادل والتوازن في مضمون العقد، قاعدة عامة في العقود اللازمة، فضلا عن ضرورة تحقيقها للغاية المشروعة منها، فالشق الأول من نظرية السبب المتمثل في تحقيق التوازن العقدي بين حقوق العاقد والتزاماته، يحقق الحماية الفردية له، سواء في مرحلة التكوين أم في مرحلة التنفيذ، وإذا اختل التوازن بطل العقد لعدم مشروعية السبب، لأنّ المعاوضة في هذه الحالة تكون غير مشروعة³، وأساس ذلك كما أورد الأستاذ صلاح الدين الناهي في رسالته: "الامتناع المشروع عن الوفاء"، أن الشريعة الإسلامية لا تخلو من فكرة التبادل بين الالتزامات في عقود المعاوضات، لا لفكرة السبب ذاتها من حيث ترتيب بعض الالتزامات المتقابلة وتنفيذها، والتي تكون سببا لبعضها البعض، بل إن ترتيب الالتزامات وتنفيذها مستقل عن إرادة المتعاقدين، بمقدار ما هي مُلزَمة في نظر الشارع، ومردّ مراعاة

1- P. L. Lucas, Volonté et cause, op.cit., p.452.

2- Ibid., voir les pages suivantes: p.140. p.155. p.p.456-459.

3- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.ص.154-155.

التبادل في الشريعة الإسلامية هو معيار العدالة الذي يراعي تكافؤ المراكز التعاقدية، ومعيار التكافؤ هذا، أساسه العدالة التي يرومها الشارع وليس السبب المتصل بإرادة الفرد¹، أما الشق الثاني من مفهوم السبب المتعلق بالمشروعية، فإن الشارع يفرض على كل متعاقد أن يصبو من وراء عقده إلى تحقيق الغاية المشروعة منه، أي الغاية المقصودة من الشارع، وفي هذا حماية اجتماعية من التصرفات غير المشروعة²، وهو التوجه الذي بدأ الفقه القانوني يتبناه عندما بدأ يتكلم عن ما أسماه بعيمة العقد، قاصداً به تلك الطرق التي يتدخل بها الشارع في تنظيم التصرفات القانونية في جوانب عدّة، سواء عند تكوين العقد، أم عند تنفيذه، أم في مضمونه، بمقتضى قواعد آمرة أو بمعرفة القاضي عند الضرورة، فقد يوجد المتعاقدان في وضع قانوني يختلف كل الاختلاف عن الوضع الذي أراداه عند إبرام العقد، كإلغاء شرط من شروط العقد يراه المشرع يخل بالعدالة العقدية، أو يناقض قصد الشارع، وقد يستمر في مراقبة تنفيذه كما هو الشأن بالنسبة لعقود المدة، إذ ما يكاد يعقد هذا العقد حتى يتلقفه المشرع ويبيح لنفسه عن طريق تمثليه، أن يضيف أو يلغي منه شيئاً معيناً، بهدف تحقيق الغرض الاقتصادي والاجتماعي³ الذي وضع لأجله، ومواءمته مع ما تقتضيه العدالة والمصلحة العامة. وعليه، يمكن القول إن سبب الالتزام الإرادي ومحله، مستغرقان في رضا الأطراف الذي يمثل جوهر العقد، الذي ينفرد القانون بتحديد مصيره، سواء بالنسبة إلى محله أم سببه، بالنظر إلى المحددات التي يرومها الشارع من وراء إباحته للوسيلة العقدية، كتصرف قانوني مشروع تقتضيه الحياة الاجتماعية والاقتصادية.

الفرع الثاني: الوظائف الفنية المتداخلة لكل من شروط السبب ومحلي الالتزام والعقد

يؤسس الفقه القانوني الفرنسي مفهوم المحل على المادة 1108 السابقة من القانون المدني قبل تعديله سنة 2016، التي تشترط محلاً عينياً يشكل مادة التعهد، وتعالج المواد السابقة من المادة 1126 إلى المادة 1130، المحل أو الموضوع *Objet*، ووفق ذلك يمكن تحديد مفهوم المحل

1- رأي صلاح الدين الناهي مشار إليه في مؤلف: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.494.

2- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.154 وما بعدها.

3- يراجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج.01، ص.268 وما بعدها.

بثلاثة مفاهيم على الأقل؛ محل الالتزام، ومحل الأداء، ومحل العقد¹، فمحل الالتزام ينشأ عن العقد، وليس للعقد محلاً بخصر المعنى، بالنسبة للفقه المسيطر في المدرسة اللاتينية، إذ للعقد آثار تتحلل إلى التزام أو أكثر، ومحل الالتزام هو ما يلتزم به المدين، أي التقديم أو الأداء الموعود به، ويتغير محل الالتزام بحسب إرادة المتعاقدين التي تحدد مضمونه، ويؤوّل دائماً هذا المضمون إلى الالتزامات الأساسية الواردة في المواد 1101 إلى 1126 السابقة من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديله سنة 2016، وهي القيام بعمل، أو الامتناع عنه، أو نقل الملكية (إعطاء شيء)² *darre*، على أن الالتزام بنقل الملكية في حقيقته هو أثر آلي للعقد، لكن المادة 1128 السابقة من القانون نفسه، فرضت إلى جانب محل الالتزام تخصيص مكان للشيء الذي يشكل محل التقديم أو الأداء الموعود به³، وأصبح بذلك محل التزام البائع مثلاً، هو تسليم المبيع، ومحل الأداء هو الشيء المبيع في حد ذاته، لكن مع تطور الحياة الاقتصادية وظهور كثير من العقود الجديدة، أصبح محل الالتزام فيها يتناول أكثر فأكثر القيم غير المادية، كالتعاقد على المهارة والإشهار ونقل التكنولوجيا⁴، وهو الأمر الذي يؤكد قصور التصور الفقهي والتشريعي لدى الفقه الفرنسي واللاتيني بشكل عام، لعنصر المحل في الالتزامات العقدية، اعتباراً من الصورة غير الدقيقة التي درس بها هذا الفقه نظرية العقد ضمن النظرية العامة للالتزام.

ويبدو أن الخلط الواقع بين مفهوم المحل ومفهوم السبب، يعود إلى التعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي في تقنينه المدني لعام 1804م، والذي أسس من خلاله لفكرة المحل أو الموضوع *L'objet*، كشرط أساس لقيام العقد، ومعها برزت الإشكالات المفاهيمية المرتبطة بالخلط الواضح بين محل العقد ومحل الالتزام من جهة، والخلط بين الشيء محل العقد، وكيفية تنفيذ العقد، من جهة أخرى، كنتيجة للتكييف القانوني المصطنع لفكرة محل الالتزام، الذي هو الشيء الذي يقع عليه العمل القانوني، ومحل العقد، الذي هو العمل القانوني ذاته⁵.

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.738.

2- R. Caberilac, Droit des obligations, Dalloz, 18^{ed}, Paris, France, 2008, p.p.58-59.

3- Ancien article 1128 du code civil Français: «Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions».

4- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.739.

5- M. Planiol, Traite élémentaire de droit civil, op.cit., T.1, p.344 et suite.

وقد نص القانون المدني الفرنسي قبل تعديله عام 2016م، في مواده الخمس المتعلقة بالأحكام العامة للعقود بالنسبة للمحل (1126-1130)، على أن لكل عقد محل، يتمثل في الشيء الذي يلتزم به أحد المتعاقدين، سواء أكان، القيام بعمل، أم بالامتناع عن عمل، وبأنه يمكن أن يكون مجرد استعمال الشيء أو حيازته، محلاً للعقد، كالشيء ذاته، ويشترط أن الأشياء القابلة للتعامل التجاري فقط هي التي تصلح لأن تكون محلاً للتعاقّد، ثمّ يُصيّف بأنّ محل الالتزام يجب أن يكون محدّدًا لجهة نوعه على الأقل، وأن مقدار الشيء محل الالتزام يمكن أن يكون غير محقق شرط أن يكون تحديده ممكنًا، وبأن الأشياء المستقبلية يمكن أن تكون محلاً للالتزام، رغم أن شراح القانون المدني وفقهاءه ممن تبنا فلسفة التقنين المدني الذي وضعه نابليون، يتفقون بأن فكرة محل العقد كركن من أركانه، شأنه شأن ركن السبب، ليس لها أصل في القانون الروماني، الذي كان يركّز على فكرة الشيء المكوّن للعقد، دون التمييز بين الأشياء الجوهرية وغير الجوهرية لهذا الشيء، ولم يظهر التكييف القانوني الذي يميز بين هذه العناصر إلّا على يد الفقيه "Azon"، واكتملت الفكرة في القرن السابع عشر عندما تمّ تصنيف ركائز القانون المدني إلى أشخاص القانون، وموضوعاته، على يد الفقيه لينيّز "Leibniz"، مستبعدًا فكرة الشيء عن موضوعات القانون¹، لتتحول هذه الفكرة إلى التعبير عن محل الالتزام على يد الفقيه بوتيه "Pothier"، الذي أدخل هذا المفهوم للمرة الأولى إلى القانون المدني الفرنسي².

إنّ التدقيق في تعريف محل العقد أو موضوعه في القانون المدني الفرنسي قبل تعديله سنة 2016، من حيث كونه شيئًا يلتزم أحد المتعاقدين بأدائه، أو بعمله، أو بالامتناع عن عمله، يوضح أن هذا التحليل يتطابق مع التصور العملي لمحل الالتزام، لا لمحل العقد، وفي الوقت ذاته تمّ إلباس فكرة الشيء التي هي حقيقة محل العقد، فكرة هذا المحل الذي يجب تنفيذه في ضوء الالتزام؛ وهذا في الحقيقة هو محل العقد وليس محل الالتزام، لكن هذا المحل هو ذاته الشيء الذي اتفق المتعاقدان على القيام به، ما جعل خلق فكرة محل الالتزام، فكرة بذاتها موضع شك وريبة، كونها تخلط بين موضوع الالتزام وموضوع العقد، وتتسرّب بلبس الموضوع الذي هو الشيء محل العملية

1- جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، بيروت، لبنان، 2020م-2021م، ص.39.

2- R. J. Pothier, Traité des obligations, op.cit., T.1, p.p.54-55.

التعاقدية. وأمام القصور الذي ميز تحديد مفهوم العقد في الجوانب التطبيقية لموضوع الالتزام من حيث كونه شيئاً يلتزم أحد المتعاقدين بأدائه، أو يلتزم بعمله أو بالامتناع عن عمله، خرجت فكرة الانتفاع بالشيء بالاستعمال أو بالحيازة من دائرة المحل، وهو ما أدى إلى ضرورة تقرير المادة 1127¹ السابقة في التقنين المدني الفرنسي لمعالجة هذه المسألة².

والحقيقة أن هذا الخلط لم يقتصر على هذا الجانب فقط، بل كان قائماً حتى بين نظرية الالتزام ونظرية العقد لجهة طغيان هذه الأخيرة على الأولى، وهي السمة البارزة في تقنين نابليون.

الفرع الثالث: المشروعية كشرط مشترك بين المحل والسبب تنمي عن ضباية وظيفة السبب في الالتزامات التعاقدية

يشترط القانون أن يكون الشيء محل التعاقد مشروعاً، وعدم المشروعية هذه، قد يعود إلى نص في القانون، أو إلى مخالفة النظام العام والآداب العامة، لكن الملاحظ في التشريعات والقوانين الوضعية أنّ النص الذي يمنع مثلاً التعامل في شيء ما، كما هو الشأن بالنسبة لتركة إنسان على قيد الحياة (المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري)، هو في ذاته مبني على اعتبارات النظام العام والآداب، لذلك يمكن القول إن عدم المشروعية، يتجاوز النص عليه في القانون، لأن النظام العام والآداب، هي أمور تتعلق بظروف البلد وتقاليد، وتتغير بتغير الزمان والمكان، والسبب غير المشروع يفترض وجود محل غير مشروع، وفكرة المقابل المأمول في الالتزام، موجودة في السبب، كما هي موجودة في المحل، فإذا فرضنا أنّ سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين، هو الالتزام المقابل، وأن انتفاء هذا المقابل يعني انتفاء العقد، فإنّ التصور الذي أطلق عليه لفظ السبب هو في حقيقته الشيء المقابل في الالتزام، والذي هو محل الالتزام، بمعنى أن عدم مشروعية المقابل في العملية التعاقدية، تؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد لعدم مشروعية محله³.

فمن غير المستساغ منطقياً تكييف التزام الطرف الأول بمحل العقد، والتزام الطرف الثاني بسبب العقد، في الوقت الذي يكون مصطلح محل العقد، أكثر دلالة من حيث اللغة من مصطلح

1- Ancien article 1127 du code civil Français: «Le simple usage ou la simple possession d'une chose même, l'objet de contrat».

2- جمال حسن لوياني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.39.

3- المرجع نفسه، ص.38.

السبب، بما أن الأمر يتعلق بالجانب المادي الملموس لالتزام الطرفين، فالمسألة يجب أن تكون واحدة، فإمّا أن نكون أمام نظرية السبب في الفرضين، أو نظرية المحل في الفرضين، ومن ثمّ لا يبقى لما اصطلاح عليه الفقه القانوني بسبب العقد، إلاّ دلالاته الشخصية التي استمد فكرتها في الغالب من العقود التبرعية، والعقود التي تُعبّر عن سبب الالتزام البعيد المرتبط بالبعد الشخصي لكل طرف في الالتزام، والذي لا يمت بصِلّة إلى العملية العقدية كعملية قانونية، وهو الذي على أساسه قامت نظرية السبب من حيث الأصل¹، يُضاف إلى هذا المفهوم المشترك للمحل والسبب، أنّ كلا منهما لا يخلو من التعقيدات الخاصة به، والتي تنعكس بالضرورة على صحة العقد، سواء ما ارتبط منها بفكرة المحل، أم بفكرة السبب².

وبالمقابل يفرق بعض الفقه بين محل الالتزام ومحل العقد، ويقولون بأن محل الالتزام يمكن أن يكون مشروعاً، في الوقت الذي يكون محل العقد غير مشروع، ويمثلون لذلك بحالة التعاقد على إرث مستقبلي، طالما أنّ الوريث يلتزم وحده بنقل الحقوق المستقبلية، غير أن ذلك سيكون محلاً لعقد تسوية تركة مفتوحة والتصرف فيها³، وهو ما تمنعه المادة 1130 السابقة من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، فالمحل كركن مُكوّن للعقد وشرط لصحته يمكن أن ينظر إليه من ثلاثة مظاهر، حقيقة المحل، وقيمته (أي مسألة الغبن أو تفاوت الأداءات)، والطابع المشروع لمحل العقد⁴، وهو ما دفع بعض الفقه في فرنسا إلى التساؤل عما إذا كان الالتزام بإعطاء *darre* الموروث عن القانون الروماني، ما زال له دور في القانون الفرنسي، حيث من الصعب فهمه في نظام يكون فيه نقل الملكية أمر فكري (معنوي) ناتج عن العقد بقوة القانون⁵، وقد كان هذا التمييز موضع نقد قوي في الفقه القانوني، حول مفهوم الالتزام بإعطاء شيء، لأن هذا الشرط مشكوك فيه من حيث المبدأ، إذ لا تنتقل الملكية تحت تأثير التزام، ولكن هو تأثير تلقائي للعقد، فلا يوجد ما يمنع تحديد سبب الالتزام تبعاً للعقد الذي ينشئه، واستنتاج النتائج التي تهم العقد

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.497.

2- جمال حسن لوياني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.38.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.414-415.

4- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.742.

5- المرجع نفسه، ص.810.

بكامله، أي لجهة صحته أو لوصفه، فالأمر يتعلق بالتزام تعاقدي¹، بالرغم من قولهم إن سبب الالتزام هو عنصر موضوعي مرتبط بالعقد، وسبب العقد عنصر شخصي خارجي لا يرتبط بالعقد، وهو الخلاف الذي يتصل في حقيقته بمفهوم الالتزام ذاته، وبالصورة التي رسمها الفقه القانوني في المدرسة اللاتينية لماهية العقد، والذي قد تعدد الغايات منه، ويبقى في جوهره عقداً، ولا ينفي اختلاف هذه الغايات من شخص إلى آخر كونه جزء من العملية التعاقدية، فليس من المناسب الحديث عن مفهوم السبب في الالتزام، وربطه بالعقد وهو جزء منه، وبالتالي فإن ارتباط سبب العقد بنية المتعاقدين، لا يعني أنه عنصر خارج العقد²، ويوضح هذا التداخل بين مفاهيم السبب من منظور شخصي، ومفهومه من منظور موضوعي، مع عناصر أخرى تشكل محتوى الالتزام العقدي، مدى الصورة المضطربة لفكرة السبب في الالتزامات الإرادية، وصعوبة ضبط حدودها، وموقعها من العملية التعاقدية.

مثل هذا التحليل، الذي تبنّاه العديد من الفقهاء في فرنسا، لا سيما المتأثرين بفلسفة القوانين الاجتماعية، كقانون العمل، وقانون الضمان الاجتماعي، وقانون حماية المستهلك، والذين أكدوا أن إلغاء مفهوم السبب أصبح ضرورة حتمية، ولم يعد له مكانا في النظام القانوني الفرنسي الذي اتجه إلى الارتكاز أكثر على فكرة العدالة العقدية القائمة على الإرادة الحرة، وهو ما يوجب أن يكون لكل التزام مقابل، وليس سببا مقابلا، الأمر الذي يستوجب تصحيح المفاهيم من قبل المشرع الفرنسي بالنسبة لنظرية العقد، القائمة على مبدأ الحرية التعاقدية والعدالة العقدية، المستندة على مبدأ التوازن العقدي³.

المطلب الثاني: الطبيعة الذاتية للمحل والسبب ودورهما الوظيفي في الالتزامات الإرادية

ولدت نظرية السبب لتكون النظرية اللغز في التقنين المدني الفرنسي قبل إلغائها خلال التعديل الجذري الذي عرفه هذا القانون عام 2016، ومن ورائه التشريعات التي سلكت نهجه،

1- M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, *HAL.SHS (human and social sciences), Revue trimestrielle de droit civil*, vol.1, 1996, France, p.85 et suite.

2- J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité de contrat, L.G.D.J. France, 2016, p.657.

3- M. Alby, J. Bouffards et S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, entre autonomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun, la réforme du droit des contrats: *acte de colloque, 1^{er} journée Cambacérès, 3 juillet 2015*, Université De Montpellier, France, 2015, p.255.

لتطرح العديد من الأسئلة وتثير الكثير من النقاش، سواء من حيث الأصل، أم المفهوم، أم الوظيفة المسندة إليها في قانون العقود، نتيجة تداخل مخرجاتها مع المحل، فكانت بحق الفكرة السراب التي كلما طاردها الفقه القانوني كلما ابتعد النيل منها، ويؤكد ذلك التذبذب الحاصل في إسناد فكرة السبب تارة للالتزام، وتارة للعقد، رغم أن الفقه القانوني في مجمله يقر باتصالها الوثيق مع الإرادة، التي تشكل ركيزة العقد وجوهره، وهو الإشكال الذي نسعى إلى بيان خلفياته عبر الفروع الموالية.

الفرع الأول: اتصال الغاية بإرادة الملتزم يؤكد ذاتية فكرة السبب

لا يثور الشك في أن السبب عنصر نفسي، أي عنصر في الإرادة، ذلك أن تعريفه السائد هو أنه الغاية التي يقصد إليها الملتزم من وراء التزامه¹، والغاية لا يمكن أن تكون شيئاً غير نفسي، ومع ذلك يلاحظ أن هذه الصفة النفسية رغم أنها لم تُنكر في أي وقت من الأوقات التي ناقش فيها الفقه الفرنسي هذه الفكرة المضطربة، فإنّ الفقه التقليدي لم يحتفظ دائماً بهذا التحديد؛ إذ إنه كرس الصبغة المادية لفكرة السبب، رغم أنه لم ينف صلة السبب بالإرادة؛ بدليل تفرقه بين الباعث Motif وهو الغاية، وبين السبب الذي يدخل في اعتبار القانون، وهو ما وضعه في حدود قانونية بالغة الضيق تفصل بين السبب والإرادة، وتجعله عنصراً مجرداً، لا يتصل بظروف المتعاقد بأي صورة من الصور²، ولكن الممارسة الفعلية فرضت منطقتها على القضاء الفرنسي، من خلال القضايا التي تُعرض عليه، ودعمت يقينه بقصور هذا النظر وضيق أفقه، فلم يقف جامداً أمام القيود التي وضعها الفقه القانوني التقليدي، حيث توسع في فكرة السبب وخلط معناها بالباعث، وجعل من السبب كل غاية رئيسة تدفع المتصرف إلى التعاقد، فصار السبب وثيق الصلة بالإرادة وعنصراً منها، قابل للتغير من حال إلى آخر، ولا يمكن اعتباره ركناً قائماً بذاته، منفصلاً عنها. وفي خضم التطورات التي عرفتتها فكرة السبب، وجد الفقه الحديث نفسه يسير وراء ما ذهب إليه القضاء، وهو ما يتسق مع القول بأن السبب عنصر في التصرف القانوني باعتباره الإرادة الواعية

1- A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil Français, Librairie Dalloz, 2^{éd}, T.2, Paris, France, 1920, p.298.

2- جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.378.

التي تتجه إلى إنتاج أثر قانوني¹، سواء تعددت هذه الإرادة أم انفردت، فالأمر سيان، وليس للقانون إلا إعمال رقابته عليها نشأة وأثر.

ويلتمس الأستاذ أبو عافية²، في رسالته عن التصرف المجرد، وهو يعلق على هذا التوجه الذي ذهب إليه الفقه التقليدي الفرنسي، نوعاً من العذر فيما يظهر من تناقض بين البداية والنهاية، ويعلل ذلك بأنه راجع إلى مسايرة هذا الفقه لمسلك المشرع الفرنسي، الذي نصّ على ركينة السبب كشرط أساس في إنشاء العقد في المادة 1101 من تقنينه المدني لسنة 1804م، بشكل مستقل عن الإرادة التي تُكوّن الرضا، قبل أن يتراجع عن ذلك في تعديل عام 2016.

إنّ الأهداف المتابعة عن طريق إبرام هذا النوع من التصرفات، هي ولا شك تدخل ضمن الحقل العقدي Champ Contractuelle لا سيما الصفات النوعية الخاصة بالشيء محل التعاقد التي يسعى إليها المتعاقدان أو أحدهما، إذ هي أيضاً ضمن الحقل العقدي بالاستناد إليها، مع الأخذ بالحسبان الظروف الخاصة بالعملية التعاقدية وتوقعات المتعاقد الآخر³، وقد أكدت التطبيقات الاجتهادية للقضاء في فرنسا ذاتية السبب وارتباطه الشخصي بالمتعاقد، من خلال إقرار البطلان لسبب غير مشروع أو لا أخلاقي، والأمر على هذا النحو بصورة خاصة في الاتفاقيات التي تهدف إلى التحايل على القانون لعلّ سببها غير المشروع، كالاقرار بدين لصالح زوجة أخرى، بهدف تجريد الولد الأول من نصابه في الإرث⁴، كما أبطل القضاء الاجتهادي في فرنسا جميع العقود المبرمة من أجل إقامة دار لممارسة الرذيلة أو الاستثمار فيها، أو الإفادة من قرض لأجل شراء هذه الدار⁵، إذ يترتب عن ذلك بطلان العقد لعدم مشروعية سببه، أو لا أخلاقيته،

1- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.379.

2- تعليق محمود أبو عافية مشار إليه في الهامش رقم: 3 من مؤلف: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.378.

3- فان أومسلاغ، ملاحظة على نظرية السبب في القضاء والفقه الحديث، المجلة النقدية للاجتهاد البلجيكي، 1970م، ص.328، وما بعدها. مشار إليها في مؤلف: جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.933.

4- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، النشرة المدنية لمحكمة النقض، 26 مارس 1980م، الغرفة المدنية الأولى، المجلد: 1، ص.85. مشار إليه في مؤلف: جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.1007.

5- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.1009.

ما دام أنّ هناك في الواقع سببٌ غير مشروع، أو غير أخلاقي، وما دام دافع أحد المتعاقدين مشوباً باللامشروعية واللاأخلاقية¹.

كل الدلائل إذن، تشير إلى الطبيعة الشخصية لفكرة السبب، وصلتها الوثيقة بالإرادة ذاتها، كعنصر من مكوّناتها ومحرك لها في الوقت نفسه، ومن ثمّ لا يمكن تصوّر السبب كركن قائم بذاته مستقل عن الرضا، الذي هو أساس التصرف وعلّة وجوده، ومكمن اعتداد القانون به وحمايته، في حدود المصلحة العامة للمجتمع، التي توازن بين مصالح الفرد، ومصلحة الجماعة.

الفرع الثاني: الطابع الذاتي لفكرة المحل

إن كانت الخاصة الذاتية للسبب بارزة في الفقه والقضاء، فإنّ الأمر على غير ذلك بالنسبة للمحل، إذ لا يهتم الفقه بشكل عام إلا بتحديد طبيعة المحل، كونه يفترض موضوعية المحل على خلاف ما يتجه إليه من شخصية (ذاتية) السبب Subjectivisme؛ لكن التصور الموضوعي للمحل كعنصر خارج عن الإرادة في التصرفات القانونية، ليس إلا نتيجة الخلط الواقع من طرف الفقه القانوني بين محل العقد ومحل الالتزام، محاولاً معالجة هذا الإشكال بتصويره للمحل كركن في الالتزام، ويحدد محله (الالتزام) بأنه يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، ويجعل من الشيء محلاً للالتزام إذا تعلق بالإعطاء *donner* ذا الأصل اللاتيني *darre*، وهذا التحليل يوضح الصفة المادية للمحل، التي تجعله على الأقل صفة خارجية، وليس هناك عيب في تحديد محل الالتزام على هذه الصورة، ولكن العيب يظهر إذا أريد نقل هذا الوصف المادي إلى نطاق التصرف القانوني لأجل تحديد محله، ذلك أن التصرف القانوني هو نتاج الإرادة، التي لا يمكن أن تكون شيئاً مادياً، وباعتباره كذلك، فهو كائن تصوري، أي شيء معنوي، ولا يمكن أن يدخل المادي (الخارجي)، عنصراً في المعنوي الذاتي، فالمحل كعنصر للإرادة، يجب أن يكون ذاتياً مثله مثل السبب، وهو عندئذ تصوّر *Représentation* تحقيق شيء ما، وأما ترتب هذا الالتزام فعلاً، فهو أثر التصرف القانوني، ومحل الالتزام هو العمل، أو عدم العمل، ووفق هذا النظر الذي يضيفي الصبغة المعنوية على عنصر المحل، ويجعل منه عنصراً قانونياً، فهو عنصر في الإرادة مثله مثل السبب².

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.1020.

2- جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.280-281.

ولعل هذا يوضح الالتباس الحاصل في الفقه القانوني عند بحث عنصر المحل، بين دراسته في العقد أم في الالتزام، فالأداء الذي على عاتق البائع في عقد البيع مثلاً، هو الشيء المستحق، ولا يفهم ثمن الشيء كأداءٍ مقابل، وإلاّ نكون بصدد محليّ التزام، التزام البائع والتزام المشتري، وليس محل العقد، وبالتالي عدم إمكان تحقيق العلاقة بين الأدائين اللذان يُسببهما الفقه الإسلامي (العوضين)، وهما محل العقد الذي وقع عليه تراضي المتعاقدين، والمعاوضة هي عملية مبادلة تحتاج أكثر من طرف، وتعتبر العنصر الأساس في العقود اللازمة¹، وفكرة المبادلة في العقود الملزمة للجانبين، هي فكرة منطقية في جميع الشرائع، ومكمن الخلاف يظهر في الحدود التي ترسمها كل شريعة لتلك المبادلة².

وبناءً على هذه الرؤية الشخصية (الذاتية) للمحل والسبب، فإنه لا يوجد ما يمنع تقريب أحدهما إلى الآخر، كون التداخل الموجود بينهما لا يسمح بالفصل بينهما، إذا علمنا أن المحل يتحدد على ضوء الغاية التي يقصد إليها الملتزم، فكلاهما يكون موضوعاً للإرادة، وبالنتيجة موضوع التصرف القانوني وغايته، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ جميل الشرقاوي إنه: "من باب أولى أن نطلق عليهما معاً تسمية واحدة أعم من كل منهما، هي: محتوى الإرادة Contenu de la volonté"³، ما دام أن النية والقصد هما من يحددان الجانب الغائي للإرادة، وهذه الغاية تحتل جانبيين: جانب موضوعي يتواجد خارج الذات، ويتمثل في الهدف الذي يريد أن يصل إليه الشخص من وراء قيامه بالتصرف، وجانب ذاتي يتعلّق بذات الشخص، من حيث المنفعة التي يتوقعها، وهي الغاية التي يمكن أن تكون مشروعيتها محلّ نظر⁴.

فالأمر إذن، يتعلق بتصوّر غير دقيق لماهية التصرف القانوني المؤسس على الإرادوية في حدّ ذاته، خصوصاً إذا علمنا مدى التباعد الفكري بين المبدأ الذي بنى عليه الفقه اللاتيني تصوره للعقد، وهو مبدأ سلطان الإرادة، والإسقاطات التي قام بها دوماً وبوتيه في صياغتهما لنظرية

1- اللزوم في العقد، هو عدم إمكان الرجوع عن العقد بالإرادة المنفردة.

2- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.ص. 154-155.

3- المرجع نفسه، ص. 282.

4- عبد الله دراز، دستور الأخلاق في القرآن الكريم، مؤسسة الرسالة والبحوث العلمية، ط. 1، بيروت، لبنان، 1973م، ص. 510.

الالتزامات، استنادا إلى الفقه والنظام القانوني الموروث عن الرومان في تصورهم لماهية الالتزامات في ظل رؤية مادية مجسّمة لم تعرف للإرادة عنوانا، إلا إرادة الدخول في الأشكال والطقوس المرسومة لها، وهو ما لا يمكن تركيب مفاهيمه البنيوية المنبثقة عن فلسفات متباعدة؛ فلسفة مادية لا تؤمن إلا باللمس، وفلسفة ذات أبعاد معنوية تعتمد مفاهيم عقلية مجردة، لا يمكن تلمسها إلا عن طريق آثارها.

المطلب الثالث: شروط كل من المحل والسبب وعلاقتها بتعيّب التصرف القانوني وبطلانه

يحدد الفقه القانوني شروط المحل في ضرورة وجوده وإمكانه، وأن يكون معينا أو قابلا على الأقل للتعين، ثمّ يردف شرط المشروعية كشرط أخير، وإن لم تتحقق هذه الشروط أو أحدها كان التصرف أو العقد باطلا، أما شروط السبب، فهي كما حددها النظرية التقليدية في السبب، شرط الوجود، أي أن يكون موجودا، وأن يكون صحيحا، غير موهوم وغير صوري، وشرط المشروعية، والملاحظ أن هذه الشروط تكاد تكون مشتركة بين كل من المحل والسبب، إلا في تفاصيل دقيقة، تتحدد على ضوءها أسباب بطلان التصرف القانوني، إلا مسألة السبب المكذوب، فهي تحصيل حاصل للغلط الذي يقع فيه المتعاقد، وبالتالي فهو يتصل بالرضاء الذي هو شيء معنوي، ولا يرتبط بالأثر المحسوس للتصرف القانوني في مظهره المادي، وسنرى عبر فروع هذا المطلب مدى التداخل الموجود بين شروط المحل وشروط السبب وعلاقتها ببطلان التصرفات القانونية.

الفرع الأول: شروط السبب في ثوبه التقليدي وعلاقتها ببطلان التصرف القانوني

حددت النظرية التقليدية في السبب ثلاثة شروط، شرط الوجود، أي أن يكون موجودا، وأن يكون صحيحا، لا موهوما ولا صوريا، وأن يكون مشروعاً، وقد أخذت بعض القوانين اللاتينية بهذا التصور أسوة بفلسفة القانون المدني الفرنسي في المواد 1126 وما بعدها قبل تعديله¹، مثلما هو الحال لقانون الموجبات والعقود اللبناني، وخاصة في مسألة ركنية السبب وشروطه، على غرار جل القوانين المدنية العربية الأخرى، التي نصت على المحل والسبب كركنين أساسيين لقيام العقد، إضافة إلى التراضي، إذ يعتبر الفقه القانوني أن أي تخلف للمحل والسبب يستوجب بطلان

1- وإن كان لا ينص على الاستحالة كسبب لبطلان التصرف، كما هو الشأن في القوانين المدنية ذات التوجه اللاتيني، على غرار القانونين المدنيين الجزائري والمصري.

التصرف القانوني بطلانا مطلقا، باعتبارهما ركنين لا وجود للعقد دونهما، وفي اعتقاد هذا الفقه أن المحل والسبب عنصران في التصرف القانوني، أو العقد، ينفصلان عن الرضاء، ولهما وجودا قائما بذاته، ويظهر ذلك بوضوح من خلال اختلاف الحلول التي يقررها القانون بشأن الجزاء المترتب عن عدم صحة التراضي، وهو القابلية للإبطال أو ما يسمى بالبطلان النسبي، وجزاء تخلف المحل أو السبب الذي يرتب البطلان المطلق، ويورد أنصار هذا الرأي فيما يتعلق بتخلف السبب، حالة انعدام الثمن الجدّي في عقد البيع، أو هلاك الشيء المبيع قبل حصول العقد، أو التأمين على خطر غير موجود، وكذا سندات المجاملة، أما فيما يتعلق بتخلف المحل فيذكرون حالات من مثل: هلاك الشيء المبيع قبل البيع، أو التأمين على هالك قبل إبرام عقد التأمين، أو انقضاء حق قبل انعقاد الحوالة¹، ففي كل هذه الأمثلة يعتبر هذا الفقه وجود المحل صورة من صور الإمكان Possibilité بالنسبة للأشياء² Choses.

ويُظهِر مثل هذا التحليل أمرين اثنين، أولهما: الخلط الواضح بين محل الالتزام، ومحل التصرف القانوني أو العقد، الذي يعتبر الالتزام في حقيقة الأمر أثرا له، وثانيهما: الشيء الذي يتعلق به العمل محل الالتزام، وهذا العمل بحدّ ذاته³، ولذلك يقول الأستاذ الشرقاوي: "نرى هذا الفقه يتكلم عن قمع مبيع على أنه محل التصرف في عقد البيع مع أنه الشيء الذي يُباشَرُ عليه العمل (نقل الملكية) محل الالتزام الناشئ عن تصرف قانوني"، ويوضح بأن التصرف القانوني هو: "إرادة الأثر القانوني، وهذه الإرادة، لا يُتصوّر لها الوجود الفعلي دون أن تكون مُنصبة على محل، ومتعلقة بغاية، أي أن وجود محتوى الإرادة هو نتيجة ملازمة لوجودها الفعلي، إن تخلّفت تخلف، وإن وُجدت وُجدت"، مما يُظهر أن وجودها الفعلي ليس شرطا في التصرف، ما دام استلزامه ليس فرضا من القانون، بل هو نتيجة طبيعية لصدور هذه الإرادة⁴، وهو ما أشار إليه الفقيه كاييتان في مؤلفه عن السبب في الالتزامات، بصدد مناقشته للأفكار والتحليل التي قال بها الفقيه الألماني إيهرينج⁵. وعليه، يمكن القول بأن القانون بتدخله، يعاين بأن لكل تصرف قانوني محل وسبب، وليس

1- يراجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.470، وص.530.

2- المرجع نفسه، ص.ص.465-466.

3- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.284.

4- المرجع نفسه.

5- H. Capitant, De la cause dans les obligations, op.cit., p.p.7-8.

لاستلزام هذا الوجود، وإن كان للقانون أن يضع من الشروط ما يضيف عليها القيمة القانونية¹، وما يدعم هذا النظر أن الكثير من فقهاء القانون، لا سيما منهم رواد المدرسة اللاتينية، وأنصار السبب بالذات، يُقرّون بأن الإرادة لا يمكن تصورها دون غاية تهدف إليها (أي سبب)، إلا إذا كانت صادرة عن فاقد للعقل²، ومع ذلك يتحدثون عن انعدام السبب مستقلا عن انعدام الإرادة³، وفي هذا الخصوص يقول الأستاذ أبو عافية في رسالته عن التصرف المجرد، إن القضاء الفرنسي حتى وهو يأخذ بالسبب بمعنى الباعث الدافع، لم يترك الكلام عن انعدام السبب في أحكامه، وهو برأيه سوء استعمال في التعبير⁴، بدليل الحكم المتعلق بالغلط الذي وقع على الساحة التي يجوز بناؤها مدرسة، ويتكلم مع ذلك عن انعدام السبب، مستقلا على انعدام الإرادة⁵.

ولكن كيف يمكن تفسير الأمثلة التي تُضرب لأحوال تخلف المحل والسبب؟ عمليا فإنّ الفروض التي يتخلف فيها هذان العنصران في هذه الأمثلة، يكشف أن أساس البطلان فيها ما هو إلا عيب في الرضاء، إما عن غلط أو إكراه، ما عدا حالة سند المجاملة فهي حالة صورية⁶، لأنه يصعب تصور التزام شخص بإرادته لغير سبب، إلا إذا كان مجبراً، أو واهماً⁷، ومن باب أولى لا يمكن تصور شخص يصدر إرادة دون أن يكون لها محل يقصد تحقيقه، وتصوره للمحل موجود في تلك الإرادة منذ أن اتجهت إليه عند صدورهما، وهو ما يعني أن المحل وُجد مع وجود الإرادة، ما يجعل من تخلف كل من المحل والسبب لا يقوم سببا لبطلان التصرف القانوني، لأن وجودهما ليس شرطاً لقيام هذا التصرف، وإنما يظهر كسبب لبطلانه، عند ما تكون الإرادة معيبة بغلط أو إكراه،

1- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.284.

2- H. Capitant, De la cause dans les obligations, op.cit., p.17.

3- *Ibid.*, p.347.

4- محمود أبو عافية، التصرف المجرد، فقرة 27. مشار إليه في مؤلف: جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.286. الهامش رقم: 8.

5- وقائع وحيثيات هذه القضية ذكرها محمود أبو عافية في رسالته، التصرف المجرد، فقرة 26. مشار إليها في مؤلف: جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.285. الهامش رقم: 1.

6- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.285.

7- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.548.

أما بالنسبة للسبب الصوري فليس الأمر في الواقع إلا تصرف صوري، غير موجود حقيقة، لأن إرادة القائم بالتصرف، كانت عارفة بعدم تحقق المحل عند صدورها¹.

الفرع الثاني: استحالة المحل كسبب للبطلان تؤكد اندماجه في عنصر الرضا

رغم أن المحل في الفقه القانوني هو محل الالتزام، والاستحالة تنصب على هذا المحل، فإن البطلان ينصرف إلى العقد، الذي يترتب هذا الالتزام، أو الذي كان من المفروض أن ينتج عنه، والاستحالة كما هو معلوم هي سبب للبطلان المطلق، بشرط أن تكون مطلقة وسابقة لنشأة الالتزام، مهما كانت، سواء استحالة قانونية أم طبيعية، وإذا سلمنا بأن التصرف القانوني هو إرادة الأثر القانوني، وأن المحل هو عنصر من هذه الإرادة، وأنه يمثل نتيجة معينة، وإذا واجهنا فرض استحالة محل الإرادة مواجهة عملية، فإن ثمة عدة فروض، فقد يكون المتصرف غير عالم بحقيقة الصعوبات التي تحول دون تحقيق غايته، وقد يكون عالما بكل الظروف المحيطة ولكن عند إصداره التصرف قد يكون هازلا، وقد يكون جادا، وهنا يكمن التساؤل عن أثر الاستحالة؟ ثم إن استحالة المحل الذي تنصب عليه الإرادة، قد تكون استحالة قانونية، أي أن القانون هو من يعترض على تحقيق هذا المحل، وهذا يعني أنه غير مشروع، وهذه الاستحالة تضعنا في صورة عيب آخر، هو عدم مشروعية التصرف، نتيجة عدم مشروعية محتواه²، ولعل جعل المحل من أركان الالتزام، والخلط بين محل الالتزام ومحل التصرف القانوني، هو الذي ساق الفقه إلى جعل بطلان التصرف وسيلة للقول بسقوط الالتزام لاستحالة محله، مع أن النتيجة تقع بغير حاجة إلى القول ببطلان التصرف، بمجرد تأكيد استحالة المحل عند التنفيذ، ولا أثر لصحة التصرف عند نشوئه³، بما أن الرضا لم يجد محلا يقع عليه.

الفرع الثالث: تأسيس بطلان بيع ملك الغير على غياب السبب يندمج مع غياب المحل

بطلان بيع ملك الغير، هو الحالة التي يكون فيها محل التصرف مستحيلا على البائع الفعلي، ولكنه ممكن بالنسبة للمالك الحقيقي، وقد وضع القانون المدني الفرنسي نصا خاصا (المادة

1- جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.286.

2- المرجع نفسه، ص.ص.288-289.

3- المرجع نفسه، ص.ص.292-293.

(1599)، يخالف به حكم القاعدة العامة في هذه المسألة، إذ قضى ببطلان بيع ملك الغير، رغم توافر جميع شروط وأركان البيع، وقد سلك هذا النهج المشرع الجزائري (المادة 397 قانون مدني) أسوة بالمشرع المصري (المادة 466)، نزولا عند عبارة النص الفرنسي، حيث سلم غالب الفقه ببطلان بيع ملك الغير، ولكن ما أفضّ مضجع هؤلاء الفقهاء هو أنهم لم يستطيعوا تحديد نوع البطلان، أهو نسبي أم مطلق؟ كما لم يستطيعوا إيجاد أساس واضح لهذا البطلان، بين من يؤسسه على غياب السبب، وبين من يؤسس له على المنع القانوني، ويجعل منه بطلانا مطلقا، فيما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه بطلان نسبي، مؤسس على عيب الغلط، ويذهب البعض الآخر إلى تأسيسه (البطلان النسبي) على الغياب الجزئي للسبب¹. والواقع أن إرادة الأثر القانوني إن لم تكن مبنية على تصور مُحدّد لغايتها، لا يمكن أن تكون باثة، ولا تكون كذلك، إلا إذا استقرت على محل معين بصورة محددة، ويتم الكشف عن ذلك بتفسير التعبير عن هذه الإرادة حسب القواعد الموضوعية له، فإذا كشف التفسير عن عدم الاستقرار على محل محدد تحديدا كافيا، كان هذا كشفا عن الإرادة بأنها ليست باثة²، وهذا يؤكد ارتباط الإرادة بسببها وبالمحل الذي وقعت عليه، كعنصرين يندمجان في الرضاء، ولا يمكن فصلهما عنه بداعي أنهما جوهران مستقلان في العملية التعاقدية، وقد يكون هذا من بين الأسباب التي أدت إلى تراجع فكري المحل والسبب في الفقه القانوني وتقدم فكرة المضمون التي تسمح بتجميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد Substance du Contrat، دون أن تفترض بينها رابطة منطقية غير معروفة كما فعل الفقه الفرنسي³، على اعتبار أن فكرة المضمون يمكنها أن تؤدي جميع الأدوار الوظيفية التي كانت تقوم بها فكري السبب والمحل، سواء بالنسبة إلى التحقق من وجود محل الالتزام وتحديدته، أم بالنسبة لتعادل الأداءات، أم مشروعية العقد برمته، وبالتالي تفادي الصعوبات التي كانت تعترض تطبيقهما (المحل والسبب) في الميدان العملي، بوجهيهما الموضوعي أو الذاتي.

1- جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.294.

2- المرجع نفسه، ص.297.

3- G. Rouhette, Regard sur la l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *R.D.C.*, n°64, France, 2007, p.1371.

المبحث الثالث: الأساس المرتبك لنظرية السبب وموقف التشريعات العربية منها

اعتنقت غالبية التشريعات المدنية في العالم العربي فلسفة ومنهج القانون المدني الفرنسي، والمدرسة اللاتينية في التقنين بوجه عام، ومع ذلك احتفظ كل مشرع بخصيسته المجتمعية ورؤيته الإيديولوجية، وإن كان في عمومها قد تبني فكرة السبب في الالتزامات الإرادية، ولكن بتناول مختلف، كل بحسب ما تأثر به وما يراه، على الرغم من التأويلات الجديدة لمفهوم السبب من قبل القضاء الاجتهادي والفقه الفرنسيين، الذي يعد صاحب براءة الاختراع لفكرة السبب في الالتزامات الإرادية، رغم ارتبائه الظاهر في بناء النظرية على أرضية صلبة وأساس متين، يضيف عليها منطق وصلابة القاعدة القانونية، وهي المعطيات التي تقودنا إلى بحث التوصيفات التي بات الفقه والقضاء يصف بها عنصر السبب في الالتزامات التعاقدية (المطلب الأول)، وكذا العوامل والظروف التي ساهمت في ذلك (المطلب الثاني)، ونختتم هذا المبحث، بإطلالة سريعة على مواقف التشريعات العربية بخصوص مسألة السبب في التصرفات القانونية (المطلب الثالث)، نركز فيها على المشرع الجزائري، خاصة وأن أغلب هذه الأنظمة القانونية تحسب على المدرسة اللاتينية، غير أن ذلك لم يمنعها من أن تتمايز فيما بينها في تبني هذه النظرية بشقيها التقليدي والحديث.

المطلب الأول: التوصيفات المتجددة لعنصر السبب تؤثر على صعوبة تحديد مفهومه

استقر الفقه القانوني اللاتيني على أن لاصطلاح السبب معنيان، سبب الالتزام، وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه، وسبب العقد، وهو الباعث الدافع إلى التعاقد، ويرى هذا الفقه بأن سبب الالتزام يجب أن يكون موجودا، وسبب العقد، يجب أن يكون مشروعاً، ويفسرون هذا التعليل المزدوج لفكرة السبب، بأن سبب الالتزام هو القيمة الاقتصادية التي يمثل فيها السبب الجانب الموضوعي بصفة جوهرية، أما سبب العقد، فهو الباعث الدافع على التعاقد، ويمثل غاية التصرف القانوني، الذي يسمح بتقدير قيمته وشرعيته¹، ولغرض تبرير ما ذهبوا إليه فرقوا بين الوظيفة الفنية للسبب والوظيفة المصلحية له في العقود (الفرع الأول)، فيما ربط آخرون فكرة السبب بفكرة العادل والنافع في نظام العقد (الفرع الثاني).

1- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.ص. 103-104.

الفرع الأول: التوصيف الفني والمصلحي للسبب كمحاولة لتبرير أهمية السبب

تحليل فكرة السبب بشكل مزدوج وتوزيعه بين الالتزام والعقد، الذي يمكن تسميته بالفقه التبريري لما تَرَسَّخَ في القانون المدني الفرنسي، والجمع بين النظرية التقليدية والحديثة في السبب، دفع بعض الفقهاء إلى التفرقة بين مرتبتي السبب في التصرفات القانونية، والاصطلاح على ما سموه سبب الالتزام، بالسبب الفني، وتسمية سبب العقد بالسبب المصلحي، إمعانا في مطاوعة المعنى المضطرب لفكرة السبب التي اشتهرت به المدرسة اللاتينية.

أولاً- السبب الفني: وسمي كذلك بوصفه عنصرا فنيا، وضرورة منطقية، ذلك لأنه لا يجوز عقلا أن يلتزم شخص بغير سبب، كون أن الإرادة وهي في طريقها لأن تلتزم، تكون مليئة بشتى البواعث والدوافع، وهذه البواعث منها ما هو قريب من الالتزام، ومنها ما هو بعيد عنه، ومن البواعث كذلك ما يوجد بصورة واحدة في كل الالتزامات التي هي من نوع واحد، رغم اختلاف الملتزمين، ومنها ما يختلف في النوع الواحد من الالتزام باختلاف الملتزمين، ففي عقد البيع مثلا، يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري، ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وهو الدافع المباشر الأكثر قربا من الالتزام الذي يسبق إرادة الالتزام، ولهذا يسمى بالدافع المجرد، الذي يكون واحدا في النوع الواحد من العقود¹، وبهذا المعنى، فإنَّ السبب هو الذي يُبيِّن نوع العقد، ما إذا كان عقدا معاوضة، أو عقدا عينيا، أو عقدا تبرع.

ويعتقد الفقه القانوني الذي دافع عن نظرية السبب بثوبها التقليدي، بأن لسبب الالتزام دور في تكوين العقد وفي تنفيذه، فهو الذي يتيح إبطال العقود في الحالات التي لا يمكن إبطالها للمحل وحده، إذا ما كان المحل مشروعاً، والسبب غير مشروع، كمن يتعاقد على دفع مبلغ من المال لقاء التشهير بشخص معين؛ كما أن فائدة السبب تبدو واضحة عند تنفيذ العقد حسب التعديل الذي أوجده الفقيه "كابيتان"، حيث يفسر سر ارتباط مصير كلاً من الالتزامين المتقابلين بمصير الآخر، ويقدم لنا الأساس القانوني لنظام الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، وتحمل التبعة².

1- عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج.01، ص.373.

2- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.474.

وفي واقع الأمر، فإنّ سبب الالتزام، بالمعنى الذي أعطته إياه النظرية التقليدية، ليس هو الغرض المباشر الذي يرمي إليه العاقد من وراء التزامه، أي أن سبب التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع مثلاً، ليس هو التزام البائع بتسليم المبيع، وإنما هو في حقيقته الغاية النوعية لعقد البيع، أي نقل الملكية بعوض، وارتباط الالتزام بسببه، هو ارتباط ضروري مادي شبيه بارتباط الوسيلة بالغاية، لا ارتباط نفسي معنوي كما هو الحال في السبب في مفهومه اللاتيني التقليدي¹، ثم إن بطلان الالتزام لتخلف السبب بهذا المعنى لا يظهر إلا في العقود التبادلية، ففي عقود التبرعات لا يمكن تصور تخلف نية التبرع، وإذا حدث ذلك، لا نكون بصدد تخلف السبب، بل بصدد تخلف الإرادة، أي أن العقد لا يبطل لتخلف ركن السبب، ولكن لتخلف ركن الرضاء بذاته، وهو ما يسمح بالقول إن التزام المتبرع ليس له سبب فني، وإنما له باعث بعيد يختلف من متعاقد إلى آخر²، وهذه النتيجة المنطقية، تقلل من جدوى نظرية السبب الموضوعي المجرد، أو سبب الالتزام كما سماه السببيون، ويوسع من دائرة الغموض والاضطراب حول ركنية السبب في التصرفات القانونية القائمة على الإرادة، ويعيد طرح السؤال المتجدد ما إذا كان سبب الالتزام ركناً في الالتزام، أم في العقد؟

ثانياً- السبب المصلحي: إذا كان السبب الفني، هو أقرب الدوافع إلى الالتزام بالنسبة للفقه القانوني، فإنّ السبب المصلحي لديه، هو سبب العقد، أو سبب السبب كما يقول بعض الفقهاء، أي هو الدافع البعيد، ووظيفته تتعدى سلامة الالتزام من الناحية الفنية، إلى منع صحة عقد يتبغى الوصول إلى نتائج غير مشروعة بوسائل فنية مجردة، ومن هنا كان السبب المصلحي وسيلة احتياطية لإبطال عقد صحيح من الناحية الفنية، حُطراً من الناحية الاجتماعية، أي عندما يُساء استعمال الوظيفة الوسيطة للعقد، ويجعل من التصرف وسيلة لتحقيق أغراض مناهضة للجماعة، عندما يكون ثمة غرض غير مشروع، وهو ما أثار فضول البحث لدى فقهاء القانون عن مسألتين يطرحهما مثل هذا التحليل: المسألة الأولى هي: البحث عن الغرض البعيد الذي يهدف إليه المتعاقدان، والمسألة الثانية هي: كيف يكون هذا السبب غير مشروع؟

1- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.512.

2- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج.01، ص.379-380.

بما أنّ الغرض الذي يستهدفه المتعاقدان، ليس هو الغرض القريب الذي رأيناه في السبب الفني، فتحديد هذا الغرض البعيد يُعدّ أمرًا شاقًا، لأن كل عقد ينطوي على جملة بواعث تتوزع بين أشخاصه، لكنها ليست على درجة الأهمية نفسها، الأمر الذي حدا بالفقه القانوني إلى اعتبار الباعث، هو الدافع الرئيس الذي استحث المتعاقدين على التعاقد *Motif ou Mobile déterminent*، الذي لولاه لما أقدم المتعاقدان على إبرام العقد، والقاضي في طريقه إلى البحث عن هذا الدافع الرئيس، أو الباعث المستحث، يستخلص ذلك من الخطابات التي تتم بين المتعاقدين، أو الاعترافات التي تصدر منهما أثناء التعاقد أو بعده، أو بأي طريق آخر، يُكوّن لديه اعتقادًا بأنّ باعثًا مُعيّنًا، كان هو الباعث المستحث¹، ذلك أن المتعاقدين قد يستعملان الوسائل الفنية المشروعة للوصول إلى غايات غير مشروعة، وعند ذلك لا يمكن للقانون أن يقرّ تصرفات قانونية تجافي المشروعية، وتقذح في المصلحة العليا للمجتمع، فاسحا الطريق أمام القاضي لتعقّب تلك الغايات التي سعى المتعاقدان الوصول إليها.

أما كيف يكون هذا الغرض البعيد الذي هو الباعث الدافع، غير مشروع، فذلك يحدث عندما يخالف النظام العام والآداب العامة²، وهذه مسألة نسبية، متحركة، ومتغيّرة، بحسب الزمان والمكان، للقاضي واسع النظر في تقديرها، ولكن المفارقة، أنّ السبب غير المشروع يتعلّق بوقت انعقاد العقد، أي عند مرحلة التكوين، وهذا فرق آخر بينه وبين السبب الفني الذي يُنظر إليه في وقتين، وقت الانعقاد، ووقت التنفيذ، وهي الوظيفة الفنية التي اعتمدها أنصار السبب في التأسيس لنظام الدفع بعدم التنفيذ، ونظام الفسخ، ونظام تحمل التبعة، على غير وظيفة السبب المصلحي، الذي يُعتبر جزاءً على خطأ، وهو ابتغاء غاية غير مشروعة، أو مخالفة النظام العام والآداب، فينظر إليه ابتداءً عند تكوين العقد، أي وقت الانعقاد ويكون الجزاء عليه واحدًا، هو البطلان المطلق³، بحكم أنه ركنٌ أساسٌ في تكوين العقد، وهذا خروج عن النطاق الفني لسبب الالتزام، لأن مقتضيات الفنية لا تستطيع أن تميز بين المشروع وغير المشروع، وما دامت الوسيلة الفنية الموضوعية عاجزة عن الكشف عن الغاية التي يستهدفها المتعاقدان، لم يكن بد من اللجوء إلى

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.422-425.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.425.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.434.

وسيلة نفسانية، تتيح للقاضي الولوج إلى منطقة البواعث والنوايا الذاتية للمتعاقدين، فإن وقف فيها على الباعث غير المشروع الذي كان هو الباعث الدافع إلى التعاقد، أبطل العقد¹، وهو الأمر الذي لا يمكن التعرف عليه بالضرورة عند إنشاء العقد، وتؤكد صعوبة إيجاد أساس منطقي لهذا الاتجاه الفقهي من خلال التحليل الثنائي لفكرة السبب، في قول العميد "ديجويه": "إنه لضرب من الخيال أن يراد إنشاء قانون مدني موضوعي بحت لا نخفل فيه البتة بنوايا المتعاقدين"²، وهو ما يدعم فكرة السبب باعتبارها عنصرا مصلحيا الذي سماه الفقه القانوني بـ"سبب العقد"، ولكنه يقع خارج منطقة العقد، ويتصل بشخص المتعاقد ذاته من جهة، وبالمصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى.

وتجب الإشارة في الأخير، إلى أنّ السبب الباعث الدافع، أو سبب العقد، أو الغرض البعيد الذي قصده المتعاقدان من وراء العقد، أطلق عليه فقهاء القانون اصطلاح السبب المصلحي، في إشارة إلى الدور الحمائي الذي أنيط به، لحماية مصلحة المجتمع من التصرفات التي لا تتوافق والمشروعية التي فرضها القانون، فمقتضى السبب المصلحي، هو أن لا يقف القاضي عند مجرد توافر شروط التصرف وأركانه من الوجهة الفنية، بل يترتب عليه تحريم البواعث والدوافع التي حركت إرادة صاحب التصرف، إذ لا يكفي توافر الإيجاب والقبول بصورة متطابقة، وأهلية تامة للمتعاقدين، ومحل قابل لحكم العقد، لكي يحكم القاضي بصحة التصرف، ذلك لأن المتعاقدين قد يستعملان وسائل فنية مشروعة لتحقيق غايات غير مشروعة، وعندئذ يتعين على المشرع أن يقرها على ذلك، وعلى القاضي أن يتعقب تلك الغاية المشروعة التي يرميان إليها، مسترشدا في ذلك بمعيار النظام العام والآداب، في إطار التشريع الذي بين يديه³، ذلك أن العقد إلى جانب كونه وسيلة فنية يقصد بها الوصول إلى أغراض عملية معينة، فهو كائن اجتماعي يولد ويحي في المجتمع، الذي لا مناص من مراعاة أهدافه ومصالحه التي يراها القانون.

وبشكل مجمل، ووفق كل هذه التجاذبات حول مفهوم السبب، سواء بالنسبة للفقه أم القضاء، فإن السبب على ضَعفه كعنصر قانوني على الصعيد المفاهيمي، فإن قيمته على صعيد

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج.01، ص.ص.418-419.

2- مقولة ديغويه مشار إليها في مؤلف: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج.01، ص.419.

3- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.514.

القانون الوضعي، تتلخص بشكل أساس في سعي القانون الوضعي إلى إبراز الضرورة الاجتماعية للعقد في تحقيق المنفعة والعدالة، كون العقد أداة في خدمة القانون الموضوعي، يتم مراقبة طابعه المشروع أو الخلقى عن طريق سببه، فالعقد لا يُقره القانون الوضعي إلا إذا كان نافعا ومفيداً، وفي مستوى ثان، يكون السبب كعنصر للوصف يُعبّر عن الطابع النوعي لهذه العمليات القانونية، عن طريق المقابل الحقيقي، ويرتبط من جهة أخرى بدور الإرادة، بحثاً عن الدوافع والبواعث التي تترجم حرية المبادرة للأفراد¹، والسعي إلى التوفيق بين منفعة العقد الاجتماعية، والعدالة العقدية، وهو ما يبرز الدور والمفهوم المختلف للسبب، ويضيف عليه عدم اليقين، ومزيداً من الغموض الذي تراكم لقرون عبر التعليقات والتحليلات الفقهية المتضاربة، حيث لا يجد السبب وحدته إلا كرباط يُوجّد عناصر مختلفة تسوّغ الالتزام العقدي، كتوافق سببه مع النظام العام والآداب العامة، وتلاؤمه مع القصدية الاجتماعية للعقد، الأمر الذي يقود إلى التساؤل عما إذا كان استخدام هذا المفهوم من قبل الفقه الفرنسي، واللاتيني بشكل عام، وبصورة أكثر تحديداً من قبل القضاء، مرضياً تماماً، ومقنعاً بالاعتبار الذي تتطلبه القواعد القانونية المجردة؟ يجيب الفقيه غستان على هذا التساؤل الذي ينمي عن التردد وعدم اليقين، بأن ملاحظة التشريعات الأجنبية تتيح الشك في ذلك، فإذا كانت القوانين اللاتينية تتفق على ضرورة وجود السبب كشرط لصحة العقد، وتقوم فكرة الاعتبار في القوانين الأنجلوساكسونية بدور يقترب نوعاً ما من فكرة السبب، وإن كان دوره مختلفاً، فإن عدة تقنيات حديثة تجهل هذا المفهوم كشرط ضروري لصحة الالتزامات التعاقدية².

الفرع الثاني: فكرة النافع والعاقل في نظام العقد وعلاقتها الوظيفية بعناصره

قاد تطور دور الدولة والنمو الكبير للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، إلى التفريق بين النظام العام للإدارة، والنظام العام للحماية، الذي يهدف إلى حماية فئات المتعاقدين الذين يكونون في مركز قانوني أدنى، بحيث لا تضمن ممارستهم لإراداتهم العدالة العقدية أبداً، مثل ما هو حادث بالنسبة للأجراء، حيث جرى تنظيم محتوى عقود العمل، والنقل، والتأمين، في الوقت الذي لا يهدف النظام العام للإدارة بالمقابل إلى حماية فئة معينة من الأشخاص، وإنما يفرض مفهوماً معيناً

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.1065.

2- المرجع نفسه، ص.1065.

للمصلحة العامة، والمنفعة العامة، كتنظيم المبادلات المالية والنقد الوطني¹، وبهذا يمكن أن تكون قواعد النظام العام الاقتصادي والاجتماعي مرتبطة بالنافع عندما تكون الحماية هي المقصودة، وإلى جانب هذه الحماية على صعيد الاقتصاد العام، فإن هدف سياسة الاستهلاك هو الإسهام في توازن أفضل لاقتصاد السوق، وهو ما يجعل من هذه الرؤية ذات مقصود مزدوج لتأمين النافع والعدل، إلا أن هذين الهدفين قد يكونا محل تعارض في بعض الأحيان، عندما يتعلق الأمر بالعدالة التبادلية أو الملقطة، حيث يمنع القانون مثلا الشروط غير المألوفة، كاستبعاد الفائدة المفرطة التي يجنيها أحد أطراف العقد، أي اختلال فاضح في التوازن المأمول، ويتلاشى هذا التعارض عندما تكون القاعدة الحمائية مستلهمة من العدالة التوزيعية، كما هو الحال للأجر الأدنى المضمون، المستلهم من العدالة الملقطة، بحيث يكون لكل عضو في المجتمع أن يتلقى ما يعود إليه، أي الحد الأدنى الضروري لحياة طبيعية، وهنا تصبح العدالة التوزيعية داعما للمنفعة العامة²، والتفريق بهذا الشكل، بين النافع والعدل، والنظام العام للإدارة والنظام العام للحماية، يمكن تطبيقه على العناصر المكونة للعقد: الرضاء، المحل، السبب.

أولا- الرضاء: يتعلق النظام العام الاقتصادي والاجتماعي بفئات واسعة من الأشخاص، إذ تحوي قوانين النظام العام تدابير مختلفة معدة لجعل رضاء المستهلك يمارس هامشا أوسع من الحرية، ويكون أكثر تنوّرا، وأعمق تفكيرا، فالمخالفات تشكل جرائم معاقب عليها على الصعيد المدني أو الجزائي، ولا يمكن لها تسويغ إبطال العقد إلا بالتبعية، والحال أن المصدر التاريخي لعيوب الرضاء، هي الأحكام المماثلة في القانون الروماني، فالتدليس (الخداع)، والإكراه (العنف)، جرى شجبهما كجرائم مدنية تخدش النظام العام، قبل أن يسوّغا إبطال العقد³، وعيوب الرضاء بشكل عام بدل أن تكون حماية مجردة للسند الإرادوي للعقد، تصلح عمليا لتصحيح اختلال التوازنات القيمية بين غايات التبادل، فحماية الرضاء ليست سوى وسيلة لاحترام قصدية العقد والعدالة التبادلية، إذ إن مذهب استقلالية الإرادة يرى في سلامة الرضاء غاية في ذاتها، وهكذا يفهم الغبن الذي هو

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.271.

2- المرجع نفسه، ص.272.

3- Ph. Malaurie, L'inflation et le droit des obligations, cours doctorat, Paris 2, France, 1973-1974, p.p.18-19.

اختلال في التوازن الموضوعي للأداءات، بأنه يفترض عيبا ما في الرضاء¹، وهو ما يظهر نوعا من التجاوب بين نظرية عيوب الرضاء، وقوانين النظام العام، اللذان يستهدفان حماية رضاء المستهلك، وقد تكرر ذلك في قرارات محكمة النقض الفرنسية، تمثلت في الحكم بالبطلان لعلة الكتمان التديليسي، بالموازاة مع تطور الالتزام بتوفير المعلومات، الناجم عن سلسلة من القوانين الخاصة من النظام العام، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام بالإعلام السابق للتعاقد، والالتزام بالإفصاح، لمنع أطراف العقد من إعطاء معلومات غير صحيحة، حتى وإن كان ذلك عن حسن نية²، وتوسوع الملاحظة بصورة خاصة، اتجاه قوانين النظام العام التي تستهدف حماية المستهلكين، إلى وضع تدابير مختلفة، تجعل من رضاء المستهلك أكثر حرية وتنورا، حفظا لشرعية العقد ومشروعيته، كوسيلة لتلبية الحاجات المختلفة والمتجددة للمجتمع.

ثانيا- المحل: الميزة البارزة التي تفرضها الأحكام القانونية في محل العقد أو موضوعه، هي المشروعية، والتي ترتبط دون شك بطريق مباشر بالنظام العام بجميع أوجهه، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والخلقية، وهذه الأخيرة تفرض مفهوما معينا للمصلحة العامة والمنفعة العامة، ويميل الأخذ بالطابع غير المشروع للمحل، إلى الاستناد إلى السبب غير المشروع، أي إلى مبدأ النظام العام الذي يترجم أفكارا قانونية عقلية، تصون المصالح الأساسية للمجتمع³، كما ترتبط مسألة الغبن من جهتها، وهي الحالة التي تمثل التفاوت الكبير في الأداءات بين المتعاقدين، بالنظام العام للحماية والعدالة العقدية، إذ يستهدف التسعير الذي تتولى ضبطه السلطة الإدارية، والذي يحدد ثمن الأموال والخدمات، تجنب العقود المنطوية على غبن ولو جزئيا، بفرض ثمن عادل، لأن عيبا مفرطا في التكافؤ يصطدم بصورة خطيرة جدا بمبدأ العدالة الأساس، ويوحي هاجس التوفيق بين النافع والعادل الحلول الممكنة بهذا الصدد⁴.

ولكي يكون العقد نافعا، يجب أن يكون ذلك في المقام الأول من حيث المحل، خصوصا فيما تعلق بتحديد الثمن، فعدم تحديده بالنسبة لواقعي مدونة التقنين المدني الفرنسي، يجعل من

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.276.

2- المرجع نفسه، ص.276، وص.650.

3- المرجع نفسه، ص.277، وص.901.

4- المرجع نفسه، ص.858.

تنفيذ العقد مهدداً، لعدم الاتفاق على عنصر جوهرى، إذ يناظر هذا ضرورة بنيوية عندما لا يمكن تنفيذ العقد لغياب هذا التحديد الذي يتطلبه القانون، وبالتالي فهو غير نافع، غير أن هذا لا يكفي، بل يجب كذلك أن يكون العقد عادلاً، عن طريق حماية الطرف الذي وضع نفسه بإرادته الحرة إلى حد ما تحت رحمة نتائجه، فيتدخل القانون لإبطال العقد الذي يجافي العدالة¹، ويهدد استقرار المعاملات ويلحق التردد والشك بالثقة المشروعة المفترضة بالتعامل.

ثالثاً- السبب: بالنسبة لهذا العنصر، يظهر المقصدان المختلفان لهذا المفهوم المعقد، فهناك السبب غير المشروع أو اللاخلقى، وهو عقوبة تقليدية لانتهاك النظام العام التقليدي، السياسي، والاقتصادي، والخلقي، التي تنضوي بشكل منطقي تحت مسمى النظام العام، ولا ينازع أحد من فقهاء القانون في أن المساس به يؤدي إلى البطلان المطلق²، ويتعلق التطبيق الأكثر بساطة لمفهوم السبب في جانبه المادي ابتداءً، بالانتظارات التي يتوقعها المتعاقدان، والمثال الأكثر وضوحاً في هذا الجانب لمفهوم السبب، هو عقد البيع الملزم للطرفين، فقد يبطل البيع لغياب السبب، إذا ما تبين بأن التزام البائع أو المشتري كان مجرداً من المقابل الحقيقي، لأن النفع غير المشروع مجرد من السبب، أي أنه لا يمكن أن يكون سبباً للالتزام، دون النظر إلى الجانب النفساني للمتعاقدين، ولا إلى تكافؤ التقديرات أو الأداءات، ويكفي أن يكون أحد الالتزامين لا يتضمن أي مقابل جدي³، وإن كان هذا الحل ينازع فيه العديد من المؤلفين وشرح القانون، إذ يرون بأن البطلان المقرر في هذه الحالة يخدم أحد الطرفين دون الآخر، وأن الطرف الذي يدعي غياب السبب، هو وحده من يمكنه طلب البطلان، وبالتالي فإن البطلان نسبي، كونه يتعلق بمصلحة خاصة، وهو النقد الموسَّع على قدر ظهور الغياب التام للمقابل في صورة غبن بارز، وهو ما لا يتوافق ومبدأ العدالة العقدية، ومع ذلك يمكن اعتبار مثل هذا العقد لا يتجاوب والمنفعة الاجتماعية، وهو ما يفسر الطابع المطلق للبطلان⁴، طالما أن هذه المنفعة هي من تسوّغ القوة الإلزامية للعقد التي يقرها القانون، وهذا ما يوضح تلك الخيوط الرفيعة التي ترتبط فيها فكرة السبب بفكرة النافع والعدل في نظام العقود.

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.277.

2- المرجع نفسه، ص.278.

3- المرجع نفسه، ص.954.

4- المرجع نفسه، ص.278.

ومجمل القول، فإنه من أبعاد الالتزامات التعاقدية أنه عندما يتعاقد طرفان على محل معين، فإن كلا منهما يهدف إلى تحقيق المنفعة التي يرغب فيها من تعاقد، فإذا حصل خلل في تعادل المنافع، وكان سببه عامل تدليس أو غبن استغلالي، أو غلط، أو إكراه، اعتبر القانون الإرادة المنشئة للعقد معيبة¹، وبالتالي المساس بمبدأي العدالة واستقرار المعاملات، والحرص على عدالة العقد من موجبات الاستقرار الذي ينشده القانون، وهذان العاملان ولا ريب، يتصلان بدورهما بفكرة النظام العام والآداب العامة، ومن ثم فإن المساس بمبدأي العادل والنافع، هو مساس بالنظام العام بطريق غير مباشر، وبالتالي مجافاة المشروعية التي يحرص الشارع على ضرورة مراعاتها.

المطلب الثاني: العوامل المساهمة في التأويلات الجديدة لمفهوم السبب

منذ أن استقر مبدأ سلطان الإرادة في الفقه والتشريع القانوني، وبشكل خاص في الفقه اللاتيني، لم يتوقف الفقه والاجتهاد، عن محاولاته الحثيثة لإيجاد مقاربة منطقية تبرر مفهومه للتصرفات الإرادية المنشئة للالتزامات التعاقدية، من حيث الماهية والمفهوم، والعناصر الأساسية التي ينبنى عليها كيانها، سيما في جوانبها العملية التي أبانت في كل مرة عن تلك الثغرات والنقائص التي أسس عليه البناء النظري للعقد والالتزام، ومطابقتها مع الضرورات الاجتماعية والاقتصادية (الفرع الأول) وهو الأمر الذي جعل الفقه الحديث ينحى بفلسفة العقد إلى منح أخرى لم تكن لتظهر في الفقه التقليدي، لولا الإكراهات التي فرضها التطور المتنامي للمعاملات المالية في العصر الحديث، والتحديات الجديدة التي ما انفك يواجهها نظام العقد ومبدأ الرضاوية المستند على فكرة الإرادة الحرة للأفراد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخلات الدولة والأنظمة التوجيهية

برزت في العصر الحديث التدخلات المتكررة للدولة في تنظيم الإنتاج وتوزيع الأموال والخدمات، التي يشكل العقد أداتها الرئيسية، وتولي في هذه الرؤية الجديدة أهمية خاصة للعنصر الموضوعي، المادي، لنقل قيمة من ذمة مالية إلى أخرى، كالثمن في عقد البيع، ومهلة أو آجال الرد في عارية الاستعمال، وهي عملية تبادلية بوجهتي نظر مختلفتين: منظور موسع، ينظر إليها على أنها عملية ذات بعد أو غاية اقتصادية، فقد كان فقهاء القانون الروماني يعتبرونها منتمية إلى التبادل

1- مصطفى العوجي، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.131.

Sunallagma، سواء كانت مفهوماً كعملية اقتصادية، حيث تكون الأداءات أو التقديمات متبادلة، أم من منظور ضيق كعملية قانونية بحصر المعنى، حيث تكون فيها الالتزامات متبادلة وحسب¹، وعقد التبادل، هو العقد الذي يعرف فيه كلا الطرفين أهمية القيمة المتبادلة والمعتبرة متعادلة منذ إبرام العقد، وقد يكون عقد غرر عندما تكون إحدى التقديمات، على الأقل، متوقفة في وجودها أو مبلغها على حدث غير يقيني، ويتناول عدم اليقين هذا، مبلغ التقديم في المثال التقليدي لبيع العقار مقابل دفع مرتب على مدى الحياة، ويتوقف الثمن الفعلي على مدة حياة المستفيد من الدخل، كما ينطبق عدم اليقين هذا، على عقود الغرر، كعقد التأمين على الحوادث، إذ يتوقف دفع المؤمن مبلغاً من المال على احتمال حصول الحادث، ويعطي وجود الصدفة، مظهراً خاصاً لتعادل التقديمات الذي يميز عقود التبادل، ويهم أيضاً سبب العقد، واللجوء إلى الإبطال لعلّة الغبن²، وتظهر قيمة فكرة التبادل هنا، كمفهوم أوسع وأشمل يغطي جميع العمليات الأحادية الجانب، متجاوزة الفكرة التقليدية لعقد يقتصر على التبادل فقط، وهو المفهوم الذي أعاد له الاقتصاديون الاعتبار، بعد أن تخلّى عنه واضعي مدونة التقنين المدني الفرنسي عام 1804.

وقد لفت هذا التحليل الاقتصادي للعقد انتباه بعض القانونيين، الذين استمدوا منه عناصر جديدة لتسوية العودة إلى مفهوم أكثر واقعية للقانون بصورة عامة، وللعقد بشكل خاص، وبدأ بعض المؤلفين من مثل أوبري، ورو، وديمولومب، وموري، ينظرون إلى تبادل الالتزامات من زاوية اقتصادية، فالعقد بنظرهم هو عملية اقتصادية مبنية على التوازن الموضوعي، أو الذاتي للقيم المتبادلة، ويتم تحليل المفهوم المعقد للسبب وفق هذا المعيار³، وهكذا أمكن التفكير بضم اتفاق الإرادتين إلى معيار آخر، هو معيار التبادل الاقتصادي الذي يكون العقد أداته الأساس؛ ومع ذلك، فإن المنفعة الاجتماعية للعقود تجيز الرقابة على إساءة الاستعمال المرتكبة في تكوينها أو تنفيذها، وبعيدا عن الحدود الخارجية لحق إبرام هذا العقد أو ذلك، يأخذ القانون في الاعتبار الحدود الداخلية للحقوق، بمفهوم اجتماعي أو قصدي لإساءة استعمال الحق، والمقصود بذلك حسب مفهوم جوسران، تبني رقابة ما إذا كان تنفيذ حق شخصي معترف به للأفراد، خاصة حق

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.ص. 234-237.

2- المرجع نفسه، ص.ص. 971-972.

3- المرجع نفسه، ص. 236.

إبرام العقود، يسير باتجاه الخير العام والمصلحة العامة، فمن الملائم أن يمنع القانون إتاحة استعمال الحق داخل حدوده القانونية، للحصول على نتيجة معاكسة لقصدته الاجتماعية¹.

على أنه عند العودة إلى العناصر المكونة للعقد، يبدو من المنطقي التفريق بين مرحلتين، تتعلق الأولى بوصف العقد قبل أن يتم، وتتعلق الثانية، بمراقبة وتفحص ما إذا كان هذا العقد صحيحاً، وعند ذلك يكون التفريق صعباً عندما تكون عناصر الصحة، موضوعاً لكي تكون عناصر مكونة للعقد في الوقت نفسه، وتبدو شروط المادة 1108 السابقة من القانون المدني الفرنسي، ابتداء بالأهلية، ضرورة منطقية لأن ترد في تعريف العقد لجهة وصفه، أما الرضاء والمحل، فعدم وجودهما، يتيح استبعاد العقد ذاته، ولكن من المقبول عموماً أن عقداً ما، شاب الرضاء فيه عيب من العيوب، يبقى عقداً، ولا يمنع أن يستخرج منه بعض النتائج فيما تعلق بالدور الصحيح للرضاء، فليس ثمة عقد يسوغ الوصف، إلا أن يكون اتفاق الطرفين قد تناول تقديمات محلها محدد بما فيه الكفاية، لكي يكون تنفيذها إلزامياً، وبصورة مفيدة ممكنة، ولعل مسألة السبب تبقى كما أثارها الفقه الإيطالي، هي المنفعة الفردية والاجتماعية لهذه العملية القانونية، أي الوظيفة الاقتصادية للعقد، ووفق هذا المفهوم على الأقل بالنسبة لوجود العقد، فهي علة وجوده، وتفترض الحصول على مقابل، أو هدف يقوم مقامه، كدافع معقول وعادل، مثل خدمة تُقدّم، أو مزية ما تمنح للموهوب له، أو مَسْرَّة فعل الخير²، ويمكن في هذا السياق، تقريب الاعتبار في النظام القانوني الأنجلوساكسوني من نظام السبب في الفقه اللاتيني، من خلال الوصف الذي يعطيه للتعهد الإلزامي بأنه ليس هناك تعهد من طرف عاقل بدون دافع، وهو ما يجعل من السبب ينزع إلى الاختلاط بالرضاء نفسه، مما يتيح لبعض الأنظمة القانونية، مثلما هو الحال في القانون الألماني، لأن يجعل منه الاقتصاد، أي المظهر المادي النفعي للعقد على الأقل من الناحية الشكلية، والهدف أو الغاية في التعريف الفرنسي للعقد، يندمج في حقيقة أن الإرادتين يجب أن تكونا معدتان لإنتاج آثار قانونية، وهو ما يجعلنا أمام التساؤل عما إذا كان من المناسب تخصيص مكان لتعريف السبب بمعنى المقابل؟ أي التعبير الآخر للتبادل الذي يشكل العقد أدواته الأساس، إذ هو الأداة المميزة للتوقع على الصعيد الفردي وتحقيق الأمن القانوني، وكذا الحرية والمسؤولية (تحمل

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.239.

2- المرجع نفسه، ص.251.

التبعة) الواجب توافرها على الصعيد المجتمعي¹، بعيدا عن التعريف المنازع فيه لعنصر السبب ذو المعاني المتعددة.

لقد ظلت فكرة السبب منذ نشأتها محط جدال ونقاش فقهي لا يكاد ينتهي إلا لبدأ، سواء من حيث المفهوم أم من حيث الوظيفة، أم من حيث الأصل، حتى قيل في هذه الفكرة التي استعصى على الفقه تحديد معالمها بدقة، تضاهاي دقة القواعد القانونية في مبنائها ومعناها، "إن نحن شرحنا السبب بشكل صحيح، نكون قد أخطأنا"²، ففكرة السبب ما فتئت تشكل نقطة التقاء وافتراق بين عديد القوانين الغربية، ذلك أن المفهوم يبعده الموضوعي المجرد، وإن اختلفت المسميات، لا يختلف عن نظرائه في التشريعات الأوروبية، في الوقت الذي يختلف وبعمق في مضمونه الشخصي الذي تميزت به المدرسة الفرنسية، وتوسعت فيه إلى حد المغالاة، إلى درجة جعلت من هذا المفهوم يتصف بطبيعة متأرجحة³، يصعب تحديد أساسه الذي يستند إليه، ومعايير واضحة تضبط تطبيقاته.

الفرع الثاني: الضرورة التشريعية ومؤيدات تطوير مفهوم السبب

التطور الحاصل لمفهوم السبب فقها واجتهادا، يوحى بالتردد والشك في صلاحية الفكرة كما أرادت التشريعات القانونية، التي نهلت من فلسفة القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، ومحاولاتها المتوالية لتكييفه مع المتغيرات والظروف القانونية التي ترافق العقد، منتقلين بنظرية السبب من العقد الموضوعي "المقابل في الالتزام" وفق المفهوم الذي أسس له الفقه التقليدي، أين يكون السبب هو الالتزام المقابل المعلن في العقد، إلى العقد من منظور شخصي، "الباعث على التعاقد"، وفق مفهوم الدافع إلى التعاقد، دون تجاوز الخلط الواقع بين مفاهيم الباعث والدافع والغاية، وما صاحب ذلك من نقاشات فقهية وسجلات فكرية حادة، تصل حد التناقض، في محاولاتها الدؤوبة لإيجاد التكييف القانوني الصحيح لفكرة السبب في التصرفات القانونية المؤسسة على مبدأ الإرادية، بالرغم من قولهم إن سبب الالتزام هو عنصر موضوعي مرتبط بالعقد، وسبب العقد عنصر شخصي خارجي لا يرتبط بالعقد؛ وهو الخلاف الذي يتصل في حقيقته بمفهوم الالتزام ذاته،

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.ص. 251-252.

2-J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité de contrat, op.cit., p.25.

3- ينظر: جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.41. الهامش رقم: 1.

وبالصورة التي رسمها الفقه القانوني اللاتيني لماهية العقد، الذي قد تتعدد الغايات منه، ويبقى في جوهره عقداً، ولا ينفي اختلاف هذه الغايات من شخص إلى آخر، كونه جزء من العملية التعاقدية، فليس من المناسب الحديث عن مفهوم السبب في الالتزام، وربطه بالعقد وهو جزء منه، وبالتالي فإن ارتباط سبب العقد بنية المتعاقدين، لا يعني أنه عنصر خارج العقد¹، وهو ما يظهر أن البعد التحديثي الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية التي جعلت من السبب هو "الجدوى من الالتزام"، أو "الجدوى من العقد"، بحسب القراءة الجديدة لمفهوم المقابل المأمول، أو المرجو من العقد، أعاد ربط البعد الموضوعي بالبعد الشخصي له².

ولئن كان للعقد فائدة شخصية يجنيها كلا المتعاقدين، فإن للعقد وجهاً آخر، وهي الفائدة العامة التي يمثلها، كوسيلة تبادل في العلاقات المالية، بحيث يحرص المشرع على توفير الثقة به من خلال القوة الإلزامية له، وضمان سلامة المعاملات التي تجري بين الناس، بحيث يقف بالمرصاد لكل عقد يخالف النظام العام أو الآداب العامة، ويجرح العدالة، لأن العقد ينشأ وينفذ ضمن نظام اقتصادي واجتماعي معين يشكل الإطار العام لوجوده، وليس للمتعاقدين إلا الانصياع لتلك المقتضيات التي يراها القانون ويضمن احترامها، مستهدفاً تحقيق العدالة والاستقرار، وأي انحراف عن الخط المرسوم لذلك، يقف النظام القانوني، الذي أمد العقد بالقوة الملزمة لأطرافه وللغير، مُتَيَقِّظاً، لأن يوعز للجهاز القضائي بالتصدي له وإبطال مفعوله³.

وقد اتجهت التشريعات الحديثة في العديد من الدول، إلى التدخل في تنظيم العقود التي ظهرت حديثاً، بغض النظر عن تلك التي نص عليها القانون المدني، بهدف توفير إطار قانوني أفضل لحسن أداء العقد لوظيفته الاقتصادية والاجتماعية، بشكل يحمي أطرافه من كل عبث، أو سوء استعمال للحق الناشئ عنه، أو استغلال لمركز اقتصادي أقوى، وهو ما يدعم عدالة العقد بالإضافة إلى فائدته⁴، من مثل العقد الإطار أو العقود النموذجية.

1-J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité de contrat, op.cit., p.657.

2- جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.43.

3- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.129.

4- المرجع نفسه.

هذه الفلسفة الجديدة التي أعطت أبعاداً أخرى للعقد، توفق بين مصدرين أساسيين للقوة الملزمة له، الأول: وضعي نابع من المبادئ العامة التي كرسها القانون الوضعي، والثاني: شخصي نابع من إرادة طرفي العقد، سواء أكان الباعث أدبياً، أم أخلاقياً، أم اقتصادياً، أم نفعياً، أم معنوياً، أم دعماً للثقة بالتعامل وحسن النية، أو الإنصاف والعدل¹، وتتأكد فكرة النافع والفائدة من العقد، في أنه في حالة انتفاء المصلحة من الدعوى، التي تشترطها أصول المحاكمات كما هو عليه الحال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التشريع الجزائري²، تُرد دعوى صاحبها. وبصدد مناقشة هذه القضية، طرح الفقه مسألة ما إذا كانت المصلحة التافهة كافية لتبرير الادعاء، وقد مالت الآراء نحو رد الدعوى في هذه الحالة، حيث يقول الأستاذ إدوار عيد في هذا الصدد بأنه: "وإن جاز مبدئياً قبول الدعوى التي تستند إلى مصلحة ذات قيمة تافهة، فإن هذه المصلحة لا يجوز أن تبرر الادعاء في الحالات التي يبرز فيها بوضوح بالنظر إلى ظروف القضية، أن المدعي لا يقصد من خلالها سوى الكيد والتعسف، وإيقاع الضرر بخصمه، دون أن يجني منها منفعة ذات شأن، ويعود للقضاء في كل الحالات تقدير ظروف الادعاء أو طلب التنفيذ، مستنداً في ذلك إلى نظرية التعسف في استعمال الحق"³، وهكذا قضت محاكم النقض الفرنسية إنه إذا كانت الفائدة من طلب تنفيذ العقد عينياً ضئيلة وغير مجدية، أو أن الطلب حصل على سبيل النكاية، فيكون آتخذ مشوباً بسوء النية ويُرد، إلا أنه يُقضى بالتنفيذ البديلي إذا وُجد أنه ذو منفعة للدائن⁴، وقد كان هناك ما يناظر هذه القاعدة في القانون الروماني، حيث لم يكن يمنح للدائن حق الادعاء إذا لم تكن له فائدة، أي مصلحة من تنفيذ العقد⁵، والحال على هذا النحو يبدو من الأمور البديهية، لأن التزام أطراف العقد بالتزامات معينة، يعني أنهما يسعيان إلى تحقيق غاية مفيدة لكل طرف، وقد ارتضيا بهذه الغاية وبالوسائل المؤدية إلى تحقيقها، فإن جنحت إرادة التنفيذ عن غايتها، وُسِّمت

1- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.126.

2- تنص المادة 1/13 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

3- إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، ص.94. مشار إليه في مؤلف: مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.128.

4- Cass. civ., 06 juin 1984, J.C.P. France, n°04, p.260.

5- R. Monier, Traite élémentaire de Droit Romain, les obligations, T.2, édition Domat Montchrestien, Paris, France, 1984, p.85.

بسوء استعمال الوسيلة العقدية لغاية تناقض تلك التي كانت مرتجاة عند إبرام العقد، وإن كان ظاهر الحال يدل على ممارسة حق كرسه (العقد)، ولكن هذا الظاهر ما هو إلا تمويه لإرادة أخرى خفية تستبطن الإساءة للغير، فتعطل الفائدة من العقد¹، ومثل هذا التحليل، يقودنا إلى مقتضى من مقتضيات مبدأ آخر من المبادئ التي تشكل أركان النظام القانوني، وهو مبدأ حسن النية، الذي يملي على المتعاقد التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ لأجلها، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع².

كما أن صيرورة العقد كأداة للسياسة الاجتماعية والاقتصادية، رشّد من تدخل الدولة في المجال الاقتصادي والمعاملاتي بشكل عام، وتبرز اتفاقيات العمل الجماعية، واتفاقيات الضمان الاجتماعي، كمصدر عقدي في مجالات لم تكن تستند إلى نظام العقد كإطار وحيد للعلاقات، ولم تعد فيها الحرية العقدية تسعى للمصلحة الفردية وحسب، أو الخلاف معها على أقصى تقدير، بتفضيل المصلحة العامة التي تضغط على هذه الحرية وتقيدها، بل وصل العقد إلى مرحلة من التطور فرض فيها التعايش بين المصلحتين، إلى حد التركيب بينهما وتعديلهما في صيغة موحدة، كما هو الشأن في ذلك التزاوج الذي خلقه قانون المعاملات والأعمال بين عقود الاستهلاك وقانون المنافسة؛ وإلا كيف جُسدت حماية المستهلك وهو الطرف الضعيف، جنباً إلى جنب مع المهنيين أو المحترفين، والذين أصبحت تحكمهم بيئة أخلاقية، حيث تراكمت فيها قواعد حققت فعلاً، ما هو نافع، وما هو عادل، وظهر بذلك وجود مجتمع عقدي في تنظيم العلاقات، تم من خلاله تعميق فكرة الكيان العقدي *Entité contractuelle*، كونه فكرة ليست حديثة، بعد أن برزت العقود المنشئة لمراكز قانونية، كعقد العمل، وعقد الوكالة، وعقد الامتياز، وهي من قبيل العقود التي تكتسي أهمية اقتصادية؛ ولعل التصور الاقتصادي للعقد انعكس على القانون الوضعي، وإلا كيف نفسر الاتجاه إلى الإبقاء على الرابطة العقدية والمحافظة على استمرارها، حيث أصبحت المسألة تتعلق باللجوء إلى تقنية التعديلات المؤثرة على طبيعة الأداءات والالتزامات، أو التي تتعلق بكيفية دفع الثمن وغيرها، ولعل اعتماد أدوات جديدة في القانون الوضعي من أجل تقييد حق

1- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ج. 01، ص. 123.

2- المرجع نفسه.

إنهاء العقود غير محددة المدة من جانب واحد، أو وفق تنفيذ العقد على أساس ظرف معين، بدل الفسخ غير المناسب للعقد، تحقق للعقد مضمونه النفعي في التصور الغائي له¹، هو ما يبرر تماثل قواعد العصرية والحداثة من خلال الصيغ التركيبية للعدالة العقدية، ولم يعد تصور العقد على أنه مجرد اتفاق بين إرادتين لإحداث أثر قانوني معين، كما كان سائدا إلى وقت قريب.

ومن كل ما أوردناه سابقا، يبدو أن الفقه القانوني في مجاراته للاجتهاد القضائي، نحى بمفهوم السبب منح عدة، لم تبق تقتصر على المقابل أو الباعث الدافع، أو مبرر التصرف القانوني، أو كما كان سائدا لوقت ليس بالقليل، بل ذهب إلى أكثر من ذلك وربطه بالمصلحة من العقد، الذي لم يشرع إلا لتلبية حاجات ومصالح المجتمع، سواء أكانت هذه المصلحة عامة أم خاصة، كونه اقتنع بأن العلاقة التي تربط بين المصلحتين، علاقة جدلية، تخدم كلاهما الأخرى، ومال بذلك إلى تتبع آثار التصرف ومظهره المادي المحسوس، الذي يمكن للقانون كقواعد موضوعية لضبط السلوك الإنساني بسط رقابته عليها، وابتعد رويدا رويدا عن تلك المسائل الفلسفية المعقدة التي لا يمكن الفصل فيها بشكل جازم، كونها من المفاهيم العقلية المجردة، التي تطغى عليها النسبية والأفهام المتغايرة تبعا للخلفيات الفكرية والمرجعية لكل فقه، وهو الواقع الذي يفتح آفاقا جديدة أمام الفقه القانوني في العالم العربي لإعادة قراءة التشريعات العربية، والنظر في الثغرات الموروثة عن الفقه القانوني اللاتيني، والغربي بشكل عام، والدفع بالإرادة التشريعية في هذه الأوطان إلى الارتكاز أكثر على التطوير الذاتي للفكر القانوني، دون الاعتماد المبالغ فيه على ما يأتي من وراء البحار، بالالتفات للموروث الفقهي الثري للأمم والتعويل على تشجيع الاجتهاد، من أجل الانبعاث الحضاري وريادة الأمم كما تحقق ذات زمن لفقهاؤها الأوائل.

المطلب الثالث: موقف التشريعات المدنية العربية من نظرية السبب

التشريعات المدنية العربية في غالبها تأثرت بفلسفة ومنهجية القانون المدني الفرنسي الذي وضعه نابليون عام 1804، وإن كان هذا التأثير يبدو متفاوتا من بلاد إلى أخرى، بحسب نسبة الاقتباس التي عمد إليها المشرع المدني لكل دولة على حدة، بالرغم من الحضور البارز لفلسفة التشريع المدني المصري في ثوبه الحديث، الذي ألقى بظلاله على كافة القوانين المدنية العربية، وهو

1- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.430.

الذي استلهم منهج قانون نابليون وغيره من القوانين الأجنبية، وطعمه ببعض الأحكام من المجلة العدلية، ومرشد الحيران لكي يكون أكثر توافقاً والبيئة العربية مما يتساقق وحضارتها ومعتقداتها الفكرية ومنظوماتها الاجتماعية، وسنرى تفاصيل موقف التشريعات العربية من خلال استعراض موقف المشرع المدني الجزائري والمشرع المصري من نظرية السبب باعتبار التقارب الحاصل بين هذين التشريعين (الفرع الأول)، وكذا الأحكام الواردة حول إثباته في الالتزامات التعاقدية (الفرع الثاني)، ثم نعرض في قراءة سريعة مواقف التشريعات العربية في مجملها من ركنية السبب في العقود (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نظرية السبب في التشريعين المدنيين الجزائري والمصري

تناول المشرع الجزائري ركن السبب في العقود في المادتين 97 و98 تحت عنوان مكرر 2: السبب، بموجب القانون 05-10¹، الذي يعدل القانون المدني الجزائري، حيث كان قبل هذا التاريخ يكتفي بإدراج أحكام السبب تحت عنوان المحل، وهو عيب شكلي وموضوعي، سعى إلى تصحيحه من خلال تعديل 2005، حيث أفرد عنواناً خاصاً ومستقلاً لعنصر السبب كركن مستقل عن المحل، وتمييزاً عنه، انسجاماً مع القوانين المرجعية التي استقى منها فلسفته، وهما القانونان المدنيان لكل من فرنسا ومصر.

وإذا ما أردنا استكشاف موقف المشرع المدني الجزائري من نظرية السبب، فلا ريب أن ذلك يتحدد من خلال الشروط التي يخضع لها ركن السبب في العقود، بمقتضى أحكام المادتين 97 و98 من القانون المدني، حيث يظهر من خلال القراءة الأولية لهذين النصين أن اهتمام المشرع انصبّ على مشروعية السبب، إذ نصت المادة 97 منه على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً"، كما تقضي المادة 1/98 بأن: "كل التزام يفترض أن له سبباً مشروعاً"، وهو ما حدا بكثير من شراح القانون المدني إلى القول بأن المشرع الجزائري أخذ بمشروعية السبب لا بوجوده، أي أنه اعتنق النظرية الحديثة في

1- القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005م، يعدل ويتمم الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. رقم: 44 المنشورة بتاريخ: 26 جوان 2005.

السبب¹، أسوة بما فعل المشرع المصري الذي اقتبس منه هذه النصوص، من خلال نص المادتين 136 و 137 اللتان يذهب من خلالهما عموم فقهاء القانون المدني في العالم العربي، وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري، في معرض شرحه للقانون المدني المصري الجديد، إلى القول بأن المشرع المصري قد أخذ بالنظرية الحديثة، أي السبب بالمعنى الذي أراده له القضاء الفرنسي، وهو الباعث الدافع إلى التعاقد، الذي لا يشترط فيه سوى أن يكون مشروعاً، مستبعداً بذلك النظرية التقليدية في شتى صورها²، ويدلل على ما ذهب إليه بما ورد في المذكرة الإيضاحية لمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، حول نص المادة 136 المتعلقة بالسبب، التي جاء فيها: "يقصد بالسبب معناه الحديث، كما يتمثله القضاء ان المصري والفرنسي في العصر الحاضر، فهو بهذه المثابة، الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة، لا فرق في ذلك بين المعاوضات والتبرعات"³.

غير أن بعض الفقه يرى بأن نص المادة 136 من القانون المدني المصري، ونص المادة 97 من القانون المدني الجزائري في نسختها الفرنسية⁴، توحى بازدواجية السبب، فهي تجمع بين النظريتين التقليدية والحديثة، أي السبب بمعنى الغرض المباشر الأول، والسبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد⁵، ويرتكز هذا الرأي في التدليل على ما ذهب إليه، على الصياغة الفنية للنص، ويستوحي ذلك من عبارة "إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب مخالف للنظام العام..." الواردة في المادة 97 من القانون المدني الجزائري، والتي يفهم منها بمفهوم المخالفة أن الالتزام لا بد من أن يكون له سبب، والأمر نفسه بالنسبة لعبارة "إذا لم يكن للالتزام سبب..." في المادة 136 من القانون المدني المصري، حيث يستفاد منها أيضاً شرط وجود السبب، وهو بالضرورة الغرض المباشر

1- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 271. ينظر كذلك: صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ج. 01، ص. 230.

2- يراجع: السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج. 01، ص. 623 وما بعدها. كذلك: حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 230. وأنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 165.

3- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج. 02، ص. 227.

4- Article 97 du code civil Algérien: «Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs».

5- يراجع: عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ج. 01، ص. 441. وحشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 230. وصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ج. 01، ص. 230.

الأول، كما ورد في النظرية التقليدية للسبب، لأنه وببساطة، إن السبب بمعنى الباعث الدافع لا بد أن يكون موجوداً ما وُجدت الإرادة، فلكل إرادة باعث يحركها، إلا إذا تعلق الأمر بإرادة مجنون أو عديم التمييز، ثم إن عبارة: "ويعتبر السبب المذكور في العقد"، تدل على أن المقصود هو السبب بمعناه التقليدي الذي يعد جزءاً لا يتجزأ من العقد، على غير الباعث الذي هو خارج نطاق العقد¹، وما يدعم هذا الطرح هو نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري في صيغتها المحررة باللغة الفرنسية، التي تتحدث بشكل لا يدع مجالاً للتأويل، عن بطلان العقد إذا لم يكن للالتزام سبب²، ناهيك عن إشارة المشرع في كلتا المادتين (97 و 98 من القانون المدني الجزائري) إلى (سبب الالتزام)، لا إلى سبب العقد، وهو ما دفع ببعض شراح القانون المدني إلى القول بأن المشرع الجزائري أخذ بازدواجية السبب، متأثراً بالاجتهاد القضائي الفرنسي وكذا القانون المدني المصري، بغض النظر عن اشتراط مشروعية السبب.

لكن يبدو أن المسألة برمتها، بين الرأي القائل بأن المشرعين الجزائري والمصري -والأمر نفسه بالنسبة للقوانين العربية التي تكاد نصوصها تتطابق- قد أخذوا بالنظرية الحديثة، وبين من يقول أنهما أخذوا بالنظريتين معاً، قد بُني تحليلها على منطلقات خاطئة ابتداءً، حينما فصل الشراح بين معنى السبب في النظرية التقليدية، ومعناه في النظرية الحديثة، معتقدين بأن النظرية الحديثة جاءت على أنقاض النظرية التقليدية لتنفي كل ما أسست له هذه الأخيرة، والحقيقة أن المعنى الحديث للسبب لم يكن إلا مكماً لمفهوم السبب³، تحت تأثير رأي "كاييتان" الذي لم يجد بداً من الاعتراف بالباعث في عقود التبرع، دون أن يستطيع الخروج من التصور المادي الموضوعي للسبب⁴، مقتفياً أثر من سبقوه من فقهاء المدرسة اللاتينية في القانون، ذات المرجعية الرومانو-مسيحية، والمنطلقات الفلسفية المشبعة بإيديولوجية إحداث القطيعة التامة بين القواعد القانونية والموروث الديني والعقدي للمجتمعات الأوروبية.

1- حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.230.

2- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.272.

3- مصطفى عبد الجواد، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005م، ص.388.

4- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.998.

الفرع الثاني: إثبات السبب في القانون المدني الجزائري وما شابهه من القوانين المدنية

تفترض المادة 1/98 من القانون المدني الجزائري بأن لكل التزام سبب مشروع، حتى ولو لم يذكر في العقد، ما لم يتم دليل يثبت غير ذلك، وعندئذٍ، لا يكون لإغفال المتعاقدين ذكر السبب أثر على قيام العقد، فالسبب موجود بافتراض من القانون، وهو أمر غير متنازع فيه بالنسبة للقوانين ذات النزعة اللاتينية، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري والفرنسي والمصري، وغيرها من القوانين التي تنص على ركنية السبب في التصرفات القانونية، سواء كان المقصود به الباعث الدافع، أم الغرض المباشر، ومع ذلك، فإنّ للمتعاقد أن يدفع إذا اقتضى الأمر بعدم وجود السبب أو بعدم مشروعيته لإبطال التصرف، وله أن يتمسك بعدم التنفيذ، حتى لا يجبره المتعاقد الآخر على تنفيذ ما التزم به، وهو ما يؤكد أنّ افتراض وجود السبب من قبل القانون مجرد قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها؛ لكن كيف يكون الأمر في التصرفات المجردة التي لا يُعتد فيها بالسبب؟ كما هو عليه الحال في القوانين الألمانية، حيث ينعقد العقد صحيحاً دون النظر إلى وجود السبب من عدمه، والتجريد كما يقول عبد الحي حجازي في معناه العام: "هو اعتبار الشيء من حيث هو، بغض النظر عن عناصر تحقيقه"¹، ولكن هذا لا يعني أن المتعاقد يلتزم من دون غاية بشكل مطلق، وإلاّ كان التزام المجنون معتبراً من الناحية القانونية، وهو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية، كالسفتجة، أو السند لأمر، والشيك، حيث يحرم المتعاقد من الطعن بأي دفع كان، يتعلق بالسبب²، وكذلك حالة الإنابة في القانون المدني الجزائري في المادة 296 منه، التي تنص على أنّه: "يكون التزام المناب اتجاه المناب لديه صحيحاً، ولو كان التزامه اتجاه المنيب باطلاً، أو كان خاضعاً لدفع من الدفع، ما لم يرجع المناب على المنيب، وما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"، إذ لا يمكن للمدين في كل هذه الحالات أن يدفع بعدم وجود السبب لإبطال التصرف القانوني، ومن ثمّ فإنّ الأمر هنا لا يتعلق بمسألة إثبات السبب، بل بانتفائه كركن في التصرف³.

ولكن ما يثير الجدل حول نص المادة 98 من القانون المدني الجزائري، وما شابهها في القوانين اللاتينية التي تقول بركنية السبب في التصرفات القانونية، هو أن افتراض القانون للسبب،

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة لالتزامات، المرجع السابق، ج.01، ص.403.

2- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.ص.274-275.

3- المرجع نفسه، ص.275.

وفتحه المجال لإثبات انعدامه أو عدم مشروعيته، أو حتى كونه مغلوفاً إذا ما أخذنا بنص المادة 98 في صياغتها الفرنسية، التي اعتمدت المفهوم المزدوج للسبب، فإن السبب مفترض من حيث الوجود والمشروعية، وحتى في النص العربي للمادة نفسها، يقول الشراح بأنه لا يجوز إثبات صورية السبب عندما يكون السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي، لأن ذلك يقتضي وجود سببين: سبب ظاهر، وهو السبب المذكور في العقد، وسبب خفي، وهو السبب الحقيقي، وإذا ما استطاع المدين إثبات عكس القرينة القانونية المتعلقة بحقيقة السبب المذكور في العقد، فإن لمن يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ذلك، فكيف يتعامل القانون مع من استطاع إثبات صورية السبب، وكان السبب الحقيقي غير مشروع؟¹، وإقامة قرينة بسيطة على أن لكل عقد سبب حقيقي ومشروع، يقلل من أهمية نظرية السبب، والدور الذي تؤديه كقيد على حرية الإرادة، ومنفذ الأخلاق إلى العقد.²

الفرع الثالث: موقف التشريعات المدنية العربية من نظرية السبب

تباينت مواقف التشريعات العربية في أخذها بنظرية السبب، بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، أو الجمع بينهما، أو الأخذ ببعض الشروط دون الأخرى، وانفرد المشرع اليمني بعدم اعتماده لنظرية السبب كركن لوجود التصرف القانوني، واكتفى بالنص على إثبات السبب، وهو ما نوجزه فيما يلي:

أولاً- تشريعات عرفت السبب القصدي وذكرت الشروط الثلاثة: أي شرط الوجود والصحة والمشروعية، وهي: المشرع الأردني في المادة 165 من القانون المدني، والمشرع السوداني في المادة 84 من قانون المعاملات المدنية، والمشرع الإماراتي في المادة 207 من قانون المعاملات المدنية، والمشرع القمري في المادة 1131 من القانون المدني، والمستنسخة من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله سنة 2016، والمشرع اللبناني في المادة 195 من قانون الموجبات والعقود، والذي صاغه الفقيه الفرنسي الشهير جوسران، تحت عنوان سبب الالتزام، مع أخذه بسبب العقد، وشرط المشروعية في المادتين 200 و201 من القانون نفسه.

1- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.ص. 276-277.

2- مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 390.

وما يلاحظ على هذه التشريعات أن بعضها عرفت السبب بمعناه المادي أي المقابل، أو سبب الالتزام كما عرفته النظرية التقليدية، وأدرجته تحت عنوان سبب العقد، كما هو الحال بالنسبة للمشرعين الأردني والسوداني، في حين عرفته بعض التشريعات الأخرى على غرار المشرع الإماراتي، بأنه السبب الدافع بالمعنى الذي فسرت به النظرية الحديثة، وتميّز المشرع اللبناني من بين التشريعات العربية، بتبنيه للنظريتين التقليدية والحديثة في السبب، أي التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد، مع تعريفهما.

ثانيا- تشريعات أخذت بشرط الوجود وشرط المشروعية: وهي: المشرع الجزائري في المادة 97 من القانون المدني، في الصياغة الفرنسية، والمشرع المصري في المادة 136 من القانون المدني، والمشرع السوري في المادة 137 من القانون المدني، والمشرع العراقي في المادة 132 من القانون المدني، والمشرع العماني في المادة 121 قانون المعاملات المدنية، والمشرع الفلسطيني في المادتين 135 و01/137 من القانون المدني، والمشرع المغربي في الفصل 62 من قانون الالتزامات والعقود، والمشرع الموريتاني في المادة 82 من قانون الالتزامات والعقود، والمشرع التونسي في الفصل 67 من مجلة الالتزامات والعقود، والمشرع الكويتي في المادة 176 من القانون المدني، والمشرع القطري في المادة 155 من القانون المدني، والمشرع البحريني في المادة 111 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أن المشرعين الفلسطيني والكويتي والقطري والبحريني اعتدوا بالسبب الباعث في تحديد شرط المشروعية، فيما تحدث المشرع الصومالي في المادة 133 من قانونه المدني عن جزاء عدم وجود السبب وعدم مشروعيته ضمن المحل المخالف للمشروعية.

ثالثا- تشريعات ذكرت شرط المشروعية فقط: وهي: المشرع الجزائري في المادة 97 من القانون المدني في صياغتها العربية، والمشرع الليبي في المادة 136 من القانون المدني.

رابعا- تشريعات تحدثت فقط عن إثبات السبب: وقد انفرد بذلك المشرع اليمني في المادة 197 من القانون المدني، التي اعتبرت السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ولم تتحدث عن السبب كركن في العقد، حيث يقوم العقد في هذا القانون على: التراضي، والطرفين، والمعقود عليه (محل العقد)، ونص على أن الباعث غير المشروع، سبب لعدم صحة العقد وانفساخه، وذكر ذلك

ضمن المحل في المادة 195 من القانون المدني¹، ولم يتحدث عن بطلان العقد انسجاماً مع فلسفة قانونه المدني التي لا تعتبر السبب ركناً في العقد، واعتماده لتقسيمات الفقه الإسلامي للعقود من حيث آثارها في المادة 139، التي ذكرتها على الترتيب وهي: عقد صحيح، وعقد غير صحيح، وعقد نافذ، وعقد موقوف، وعقد لازم، وعقد غير لازم، وهي الأحكام التي يُستشفُّ منها ملامح البصمة الفقهية الإسلامية المالكية والحنبلية، في هذا الاختيار الذي تبناه المشرع اليمني.

1- تنص المادة 195 من القانون رقم: 14 لسنة 2002 بشأن القانون المدني اليمني على أنه: "إذا تبين من العقد أن محله أو قصد العاقدين منه حرام شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة الشرعيين كان العقد غير صحيح وينفسخ العقد إذا تبين أن قصد العاقدين كذلك..."

الفصل الثاني

فكرة السبب في ضوء المقاربة الجديدة لنظام العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل

الفصل الثاني: فكرة السبب في ضوء المقاربة الجديدة لنظام العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل

نظرية السبب كما رأينا هي وليدة الفقه المدني الفرنسي، ومن بعده فقهاء المدرسة اللاتينية التي استلهمت قواعد القانون المدني الفرنسي في التنظير لقانون العقود، أو التصرفات القانونية القائمة على الإرادة كركن أساس، ومنذ أن وضع "دوما" أساس النظرية المكتملة للسبب لم يتوقف الجدل والنقاش حول مفهوم هذه الفكرة المشكّلة، ومدى صحتها، والفائدة التي تقدمها لقانون العقد، وهو ما أدى إلى تأويلات متعددة لمفهوم السبب ومحلّه من قيام التصرفات القانونية المبنية على الإرادة الخاصة للأفراد.

لقد أحدثت التعديلات الجذرية التي أقرّها المشرع الفرنسي على قانون نابليون، بموجب الأمر الرئاسي رقم: 131-2016، ثورة على المبادئ العامّة التي قام عليها التقنين المدني الفرنسي منذ صدوره عام 1804، والذي وصف آنذاك بدستور المجتمع المدني الفرنسي، في مقابل الدستور السياسي للدولة الفرنسية¹، هذه الثورة التي وُصفت بالثورة الصغيرة التي حدثت في فرنسا، بمناسبة التعديل الجوهري الذي طال المبادئ المؤسسة لنظرية الالتزامات في جانبها الفلسفي والعقائدي، كحرية التعاقد، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ حسن النية²، أثارت نقاشاً وجدلاً فقهيين أسال الكثير من حبر أساتذة وممارسي القانون، حول دواعي وأسباب هذا التعديل غير المسبوق، وانعكاساته على الأسس النظرية الكبرى التي قام عليها هذا القانون الذي تعدى حدود فرنسا، وذاع صيته في الكثير من دول العالم، ليصنع لنفسه مكانة مرموقة ضمن الأنظمة القانونية عند باقي الشعوب والحضارات، وبات النموذج القانوني الوحيد، لأولئك الذين قرروا أو فكروا في وضع قانون مدني في بلدانهم، لمدة زمنية استغرقت القرن التاسع عشر كله³.

ولعل إعادة النظر بشكل جذري في قانون العقد وشروط قيامه، تبرز مدى عمق التعديلات التي لحقت بالتقنين المدني الفرنسي من حيث المبادئ والأفكار التي تأسس عليها بنيانه، فاعتماد

1- جان سيمانس وكارولين كالوم، الإصلاحات في نظرية الالتزام في التقنين المدني الفرنسي، ترجمة: نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، المجلد: 2017، العدد: 20، لبنان، ديسمبر 2017م، ص. 117.

2- Voir: Les articles 1102-1104 du code civil Français modifier.

3- M.Grimaldi, L'exportation du code civil, revue pourvois, n°107, France, 2003, p.84. disponible sur le site web: <https://revue-pouvoirs.fr/l-exportation-du-code-civil-vue-le-21-05-2023>. à 14^h: 40^m.

مصادر الالتزام التي أقرها الفقه القانوني الحديث، وإلغاء عنصرين كانا إلى وقت قريب شرطان أساسيان لقيام العقد، المتمثلان في المحل والسبب، وإدراج فكرة قانونية جديدة عن مفردات مدرسة القانون المدني ذو النزعة اللاتينية، تحت مسمى محتوى أو مضمون العقد، أربك الفقه القانوني الفرنسي منه على الخصوص، ذلك ما ننبري لتتبع حيثياته ومناقشة الأفكار الجديدة التي جاءت بها التعديلات التي عرفها التقنين المدني الفرنسي، وموقف المشرع الجزائري من ذلك، وآفاق تطوير منظومة التقنين المدني وعصرنتها، عبر ثلاثة مباحث، نتولى فيها دراسة إشكال السبب ودوره في نظام العقد، والحلول الجديدة المطروحة في الساحة قضاء وفقها وتشريعا.

المبحث الأول: إشكال السبب ومؤشرات التحول الشامل في النظام القانوني للعقد

منذ وقت ليس بالقريب، ظل المهتمون من فقهاء القانون المدني وشراحه، يطالبون بإدخال تعديلات على قانون نابليون بغرض تحديثه وجعله يتواءم والقوانين الحديثة، سيما قانون العقود الذي بات من الضروري ملاءمة محتوياته مع الواقع الاقتصادي الجديد الذي فرضته مقتضيات العولمة والمحيط الأوروبي، كي تصبح قواعده وأحكامه أكثر فهما ووضوحا، بهدف تبسيط القانون أمام الناس وتسهيل الوصول إليها، نظرا للصعوبات التي باتت تواجه منظومة القانون الفرنسي في مواكبة الاقتصادات العالمية في ظل ثورة وسائل الاتصال الحديثة، والحلول المختلفة التي دأب القضاء والفقه في فرنسا يطرحها للتكيف مع واقع الحال، وسنرى عبر المطالب الثلاثة الموالية العوامل والمؤشرات التي أدت إلى التحول الجذري في النظرة القانونية للالتزامات التعاقدية في التقنين المدني الفرنسي.

المطلب الأول: التطوير الاجتهادي لمفهوم السبب في التصرفات القانونية

لم يتوقف القضاء في فرنسا عن إبداع حلول جديدة لقضايا متنوعة طرحت عليه، بالاعتماد على التأويل المختلف لفكرة السبب في التصرفات القانونية، وصرفها إلى معان مختلفة وحلول متنوعة، تستهدف تحقيق التوازن العقدي، وتحقيق العدالة، وإضفاء مسحة أخلاقية على الالتزامات التعاقدية، تتعدى النصوص القانونية الصماء إلى فضاء أرحب يكون فيه للقاضي اليد الطولى في تطويع النص وإعادة قراءته بشكل مختلف، فمن الغلط في السبب إلى التخلف الجزئي له، ثم اعتبار الشرط التعسفي كمييار للحكم بعدم كفاية السبب، أو المقابل، تأويلات عدة أوجدها القضاء في

طريقه إلى تحقيق العدالة، جعلت من فكرة السبب في الالتزامات التعاقدية محل ريبه وشك قد تمس بالأمن القانوني، وهو ما نعرض له في الفروع الثلاثة الموالية.

الفرع الأول: الانتقال بتأويل التعريفين الوظيفيين للسبب من الغياب الجزئي للسبب إلى الشرط التعسفي

يسود رأي غالب في الفقه اللاتيني، والفرنسي منه على الخصوص، على أن هناك تعريفان وظيفيان للسبب على الأقل، أحدهما: مجرد، ومشارك في جميع العقود من النوع نفسه، وثانيهما: شخصي، ومتغير إلى ما لا نهاية، تبعاً للدوافع التي حتمت الرضا¹.

وأول ما أخذ عملي لاحظه الفقه، في صدد الغلط في السبب، هو أنه جرى الخلط بين الغلط وغياب السبب، ومن ثمّ يظهر السبب كمفهوم هجين، يصعب ضبطه من الناحية القانونية، فمن غير المستساغ على صعيد الصياغة القانونية الدقيقة والمجردة، استخدام تعبير واحد للدلالة على مفاهيم لها معان مختلفة، فوجود السبب يُقدّر عند إبرام العقد، فإذا انعدم السبب قبل توقيع العقد أو عند إبرامه، بطل العقد، أما إذا زال السبب بعد توقيع العقد، فيجري أعمال القواعد التي ترعى إلغاء العقد، أو فسخه، حسبما تكون عليه الحالة، حالة ما إذا كان لم يُنفذ أصلاً، أو زال السبب بعد بدء التنفيذ إذا ما تم طلب ذلك، فيكون حكم الحالة الأولى إلغاء العقد، وفسخ في الحالة الثانية إذا ما طلب ذلك، أو تُعدّل الالتزامات بالقدر الذي يجعلها متناسبة مع بعضها، كإنقاص البدل، أو الاكتفاء بدفع ثمن جزئي مقابل تسليم جزء من البضاعة²، وهذه الحلول التي قدمها القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام، يُعمل بها في الحالات التي يضمنحل فيها الالتزام المقابل، أي أن المقابل كان موجوداً عند إبرام العقد، ثمّ توجّه نحو الاضمحلال، وهو ما يعادل فقدان السبب، مما يؤدي إلى إلغاء العقد أو فسخه³، أو ما سماه بعض الفقه بالغياب الجزئي للسبب.

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.1004.

2- عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، لبنان، 1988م، ص.327. مشار إليه في مؤلف: مصطفى العوجي، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019م، ج.01، ص.335.

3- مصطفى العوجي، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.335.

وتؤكد هذه الحلول الاجتهادية، أن أحكام القضاء الفرنسي الحديثة توسعت في مفهوم سبب الالتزام، بحيث لم تعد تكتفي بالتحقق من مجرد وجوده، بل امتدت رقابة القضاء إلى التحقق من كفاية السبب، وبالتالي مراقبة توازن الأداءات المتقابلة، هذا التوسع في مفهوم سبب الالتزام، دفع محكمة النقض الفرنسية إلى استخدامه كأداة لاستبعاد البنود العقدية التي تُقدّر بأنها تعسفية، بالنظر إلى افتقارها للمقابل¹، باعتبار أن فكرة الشرط التعسفي بنيت أساساً على مبدأ محاربة المصلحة المفرطة التي يحققها أحد طرفي العقد على حساب مصلحة الطرف الآخر، كما في التصرفات القانونية التي تكيف كعقود إذعان يتحمل بها الطرف المدعى التزاماً ليس له مقابلاً حقيقياً؛ ويعود أول اجتهاد حسب ما جاء في رسالة الأستاذ عبد المنعم فرج الصده "في عقود الإذعان" إلى محكمة النقض الفرنسية، أين تمّ بموجب حكم صادر عنها بتاريخ 24 فبراير 1891 الإنقاص من أجر الوكيل استناداً إلى فكرة الغياب الجزئي للسبب، إذا كان الأجر المتفق عليه لا يتناسب مع الخدمة المؤداة²، وقد دأب القضاء في فرنسا إصدار أحكام مشابهة منذ ذلك التاريخ³ إلى أن تأكد ذلك بشكل واضح في القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية فيما عرف بـ "قضية كرونوبوست" Chronopost⁴، وتتلخص وقائع هذه الدعوى التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية، أن إحدى الشركات Banchereau التي رغبت في الاشتراك في إحدى المزايدات، أرسلت بريدها بواسطة شركة نقل البريد السريع Chronopost، ولكن البريد المرسل من طرف الشركة لم يصل في الوقت المحدد، مما أضع عليها فرصة المشاركة في المزايدة، فرفعت الشركة دعوى على شركة البريد السريع مطالبة إياها بالتعويض، فرفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب مستندة إلى أن شركة Chronopost للبريد السريع لم ترتكب أي خطأ، إضافة إلى أن العقد المبرم بينها وبين شركة Banchereau، يتضمن شرطاً يتعلق بتحديد المسؤولية، بالنسبة لشركة البريد السريع،

1- مُجّد حسن قاسم، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.2، بيروت، لبنان، 2018م، ج.01، ص.326.

2- نقض مدني فرنسي مؤرخ في: 24-02-1891، دالوز، 1891-5-536. نقلا عن: الصده، في عقود الإذعان، ص.346. الهامش رقم: 03. مشار إليه في رسالة: أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.224.

3- Voir par exemple: Cass. civ., 8 mars 1897: D.P. 1897, 321. Cass. civ., 30 mars 1943: DC 1944, p.13. Cass. com., 23 octobre 1950: Bull. civ., 1950, III, n°300, p.200. Cass., 1^{re} civ., 19 Décembre 1990, inédit, RTD civ., 1990, p.325. Obs. J. Mestre.

القرارات مشار إليها في رسالة: رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص.224-225.

4- Cass. com., du 22-10-1996, n°93-18632.

وينص على التزام الشركة ببذل الجهد الكافي لإيصال بريد المتعاملين معها في الوقت المحدد، وإنه في حال حصول ضرر لأحد متعاملليها نتيجة عدم احترام الوقت المحدد، فإن مسؤولية الشركة تقتصر على إعادة مقابل النقل، غير أن محكمة النقض، اعتبرت أن تخلف الشركة عن التزامها الأساس، أي سرعة إيصال البريد، يقتضي اعتبار شرط تحديد المسؤولية كأنه لم يكن، لتعارضه مع نص المادة 1131 السابقة، من القانون المدني الفرنسي¹.

هذا القرار الذي ذاع صيته في الفقه الفرنسي المعاصر، رأى من خلاله المتابعون للشؤون القانونية والقضائية في فرنسا، أن محكمة النقض الفرنسية قد جدّدت في استخدام مفهوم السبب، من خلال إعلانها بطلان شرط تحديد المسؤولية، على خلاف ما كان سائدا في القضاء التقليدي، حيث يؤدي مثل هذا الشرط إلى بطلان العقد بأكمله، وهو التجديد الذي يفسح المجال أمام القاضي وبطريقة غير مباشرة، بتعديل العقد ومراقبة التعادل أو التناسب بين التزامات المتعاقدين² باعتباره شرطا يخل بمصلحة أحد طرفي العقد إخلالا بيّنا.

ويرى بعض الفقه الفرنسي، في معرض تعليقه على هذا القرار بشأن التأويل الجديد لمفهوم السبب، أن هذا الأخير لم يعد يقتصر على المحافظة على حد أدنى من التوازن لحماية المتعاقدين من غياب السبب أو تخلف الالتزام المقابل، بل أصبح يستخدمه لمراقبة الفائدة *L'intérêt*، أو المصلحة من العقد منذ إبرامه إلى حين تنفيذه، ويفهم على أنه هدف مشترك ينتظره أطراف العقد، كفاءة دفعتهم إلى إبرامه³، أي الأخذ بالاعتبار الهدف المتابع من أطراف العقد الذي يكون أوضح من الإسناد إلى مفهوم السبب.

الفرع الثاني: ظهور اصطلاح المقابل الجدّي في الاجتهاد القضائي الفرنسي أشر لبداية

الاستغناء عن فكرة السبب

طالما أن المقابل الجدّي يؤخذ بعين الاعتبار، فليس من المهم أن تكون إحدى الوقائع التي كان لها موضوعيا تأثيرها الحاسم في الرضا موجودة، هكذا اعتبرت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة

1- J. P. Chazali, Théorie de la cause et justice contractuelle à propos de l'Anet Chronopost, *J.C.P.*1998, 1, p.152.

2- J. Gustin, L'absence de cause d'engagement absence de contrepartie convenue, *J.C.P.* Paris, France, 2006, p.177.

3- مُجّد حسن قاسم، العقد، المرجع السابق، ص.329. الهامش رقم: 1.

النقض الفرنسية أن يبيع إحدى البلديات قطعة أرض كانت موضوع إعلان منفعة عامة بصورة لاحقة، له السبب الكافي للثمن المعلن عنه¹، ويكتفي الاجتهاد بصورة عامة بالبحث عما إذا كان العقد المنتقد يتضمن في ذاته مقابلا حقيقيا أي جدّيا، ورفضت أن تأخذ في الحسبان بأن هذا المقابل قد جعل وهما لأسباب شخصية لأحد الطرفين، ما دام الالتزام موضوعا حقيقيا، وليس مهمّا أن يكون هذا الموضوع وهما اتجاه الهدف الذي تابعه طالب الإبطال².

فإذا كان المقابل الذي ينتظره أحد الطرفين غائبا كليا، يكون المقصود واقعة مادية صرفة، نستطيع الكشف عنها بمجرد تفحص موضوعي لاقتصاد العقد، ويكون طالب البطلان في وضع أكثر ملاءمة، إذ لا يجب عليه إثبات غلظه، ولا التأثير الذي مارسه هذا الغلط على إرادته، ويكفيه أن يبين بأن التزامه لم يكن يحوي أي مقابل جدي، وهو ما يجعل من السبب الخاطئ إلى جانب الغلط في الصفات الجوهرية، يتميزان من حيث الإظهار، فالأول لا يتطلب سوى تفحص موضوعي للعقد، أما الثاني فيتطلب تحليلا دقيقا للإرادة الحقيقية³، فاختلال التوازن الموضوعي في الأداءات المتبادلة، يحمل على الافتراض بالنسبة للقانون على وجود عيب في الرضا، مثلما هو الحال في مسألة الغبن، التي يخللها بعض المؤلفين كغياب جزئي للسبب، ولكن يبقى غياب السبب معاقب في ذاته بالاستقلال عن عيب الرضا الذي يمثل تفسيره النفساني، في حين يفترض غياب السبب المنصوص عليه في المادة 1131 السابقة من القانون المدني الفرنسي، غياب عنصر موضوعي وغير متغيّر بحسب طبيعة العقد، ويوجد في جميع العقود التي تحقق تبادلا، مقابلا يسوّغ إبطال التعهد لعلّة غياب السبب⁴.

ومثل هذه الحلول التي بدأت تتوالى في القضاء الاجتهادي للمحاكم الفرنسية، تجد تأييدها من خلال آراء بعض الفقهاء الفرنسيين، فقد كان لويس لوكاس "Luis Lucas" قد أقام قطيعة تامة بين السبب والإرادة، فالإرادة بالنسبة إليه هي الترجمة القانونية لعنصر نفساني، والسبب هو

1- نقض اجتماعي في: 17 آذار (مارس) 1970، النشرة المدنية: 5، رقم: 203، ص.159. المجلة الفصلية للقانون

المدني، 1970، ص.760. مشار إليه في مؤلف: جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.960.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.960.

3- المرجع نفسه، 965.

4- المرجع نفسه، ص.968.

الترجمة القانونية لعنصر اقتصادي، والنظام العام هو الترجمة القانونية لعنصر معنوي¹، فاعتبار السبب ضرورة تعويضية ذات طابع اقتصادي، لا يتيح أي رقابة على أخلاقية الالتزام ومشروعيته، ولا يمكن أن يكون هناك في الواقع تقدير خلقي لعنصر كمي صرف، وهذا يقودنا إلى القول بأن المفهوم الموضوعي للسبب، وإن كان في تناقض أكيد مع القانون الوضعي، فإن له فائدة لفت الانتباه إلى الضرورة الاقتصادية والخلقية للمقابل، وحتى لنوع التوازن بين الأداءات في عقود المعاوضة، أي بيان أن هذا التوازن يمكن أخذه بعين الاعتبار خارج أي اعتداء على الإرادة، ويمكن أن تكون وظيفة السبب هي تأسيس هذا التوازن²، ولذلك يرى بعض الفقه أنه لا يجب الخلط بين غياب السبب وعدم التوازن ما بين الالتزامات، لأن السبب يتحقق وجوده بمجرد أن يُوفي الطرف الآخر بالتزامه، حتى ولو كان هذا الالتزام يقلُّ قيمة عن الالتزام المقابل³.

وتقضي المادة 1133 السابقة من القانون المدني الفرنسي، فيما تعلق بمعيار تحديد عدم مشروعية السبب، بأنه: "يكون السبب غير مشروع، عندما يحظره القانون، أو يكون مخالفاً للآداب العامة أو النظام العام"، فيكفي لتسويغ إبطال العقد أن يكون سبب هذا العقد مخالفاً للآداب العامة أو النظام العام، دون أن يكون الحظر القانوني الصريح ضرورياً، حتى أنه تم الأخذ برأي مفاده أن النظام العام لا يوجد إلا خارج القواعد الآمرة، فهو الذي يعطي القاضي سلطة تقدير المشروعية في الحالات الخطرة، عندما لا يقوم القانون بذلك⁴، ويتيح مفهوم السبب غير المشروع أو اللاخلفي، الرقابة القضائية على العقود المخالفة للنظام العام السياسي، والأخلاقي، والاقتصادي، والاجتماعي، ويهدف إلى معاقبة الاتفاقيات أو التصرفات التي لها موضوعاً مشروعاً، وتخفي دوافع غير مشروعة، وترتكز رقابة كهذه على الأخذ بالاعتبار التغيّر اللامتناهي للبواعث والدوافع الفردية⁵.

1- L. Lucas, volonté et cause, op.cit., p.93.

2- جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.22.

3- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, les obligations, 8^{ed}, Dalloz, Paris, France, 2002, p.358.

4- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.116، وص.1003.

5- المرجع نفسه، ص.1003.

وكما هو ملاحظ، فإن التطور الحاصل في مفهوم السبب فقها واجتهادا، يُظهر أن كلا من الفقه والقضاء قد حاول تطوير هذا المفهوم مرات عديدة لجعله متكيفا مع متغيرات الظروف القانونية التي قد تصاحب العقد، منتقلين بهذه النظرية من العقد في بعده الموضوعي "المقابل في الالتزام"، وفق مفهوم السبب بمعنى المقابل للالتزام المعلن عنه في العقد، إلى العقد ببعبه الشخصي "الباعث على التعاقد"، وفق مفهوم الدافع إلى التعاقد، دون إغفال الخلط القائم بين مفهوم الدافع الباعث، ومن ثم الغاية، وما رافقهما من نقاشات فقهية حادة حول التكييف القانوني لكل منهما¹، لأن الطابع غير المشروع أو اللاأخلاقي للسبب، يجر حتما إلى البطلان المطلق للعقد، على خلاف الجزاء المترتب عن غياب السبب، الذي يعتبره الاجتهاد عيبا له خطورته الخاصة التي تتعلق بالصالح العام ويؤدي كذلك إلى البطلان المطلق، في حين أن عيوب الرضا أو الغبن لا تسوّغ إلا بطلانا نسبيا، فغياب السبب معاقب في ذاته بالاستقلال عن عيب الرضا الذي هو تفسيره النفساني².

على أنه، حتى وإن أخذنا بالتعريفين الوظيفيين للسبب، وأخذنا بضرورة التوفيق بين المنفعة الاجتماعية للعقد، والعدالة العقدية، فإن المفهوم ذاته لعنصر السبب له دوران متباينان إلى حد كبير، يضاف إلى ذلك أنه مُعرّف بطرق مختلفة، مما يعطي لهذا المفهوم عدم يقين كبير³، ويضرب المصادقية القانونية لفكرة السبب كركن أو شرط أساس لقيام العقد، وبالمحصلة أفول أهميته في قانون العقد.

الفرع الثالث: التوسع في مفهوم السبب وتعدد مفاهيمه أفقد السبب أهميته

التأويلات المختلفة التي عرفتها فكرة السبب في الفقه والقضاء، بشكل مبالغ فيه إلى حد الخروج عما أراده المشرع المدني الفرنسي عند وضعه للقانون المدني في بداية القرن التاسع عشر، من خلال إبطال العقود التي لا تتحقق بها الغاية المرجوة أو المأمولة من إبرامها، وإبطال الالتزامات التي تؤثر على التناسق الداخلي للعقد، فضلا عن إبطال الالتزامات التي تخلو من أيه فائدة أو

1- J. Ghestin, Cause de l'engagement et la validité du contrat, op.cit., p.657.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.967.

3- المرجع نفسه، ص.1064.

مصلحة، حيث منح القضاء مُكِنَّةً مراقبة توازن الأداءات المتقابلة عن طريق فكرة السبب، بحثًا عن تحقيق التوازن العقدي في جانبه الاقتصادي¹، جعل بعض الفقه يتحدث عن التهديد الخطير الذي يعرفه المفهوم العقدي المبني على مبدأي الإرادة والحرية، ومن ثمَّ عدم الثقة بالعلاقة العقدية، لأنَّ مثل هذه الحلول التي توصل بها القضاء الفرنسي، تشجع المتعاقدين على الإهمال وغياب الحرص أثناء الولوج إلى العلاقات العقدية، ويصبح متاحًا لكل من يريد التحلل من التزاماته أن يجد الطريق مفتوحًا أمامه، ومعه اضمحلال القوة الملزمة للعقد، أو القاعدة الشهيرة التي تبنتها جل القوانين المدنية "العقد شريعة المتعاقدين".

إن استخدام مفهوم تركيبي ومتعدد الأشكال من وجهة نظر فقهية، لإظهار العلاقات التي توحد مجموعة حلول، لا يسوغ على صعيد القانون الوضعي أن يحوي هذا المفهوم نفسه عدّة تعاريف لوظائف مختلفة، إذ يمثل ذلك مجازفة خطيرة، كما تؤكد الممارسة القضائية²، فمن المناسب على صعيد مفردات اللغة القانونية، استبعاد الصيغ القانونية الغامضة، كصيغ الغلط في السبب، عندما لا يضيف هذا الإسناد شيئًا سوى مجازفة جدية في مزيد من اللبس، وهو ما يدعو إلى القول بأن لا طائل من إدخال مفهوم السبب لتفسير الرباط القائم بين أطراف العقد، أو عدّة عقود تساهم في تحقيق الهدف نفسه، فالاستناد المباشر لهذا الهدف، يمكن أن يكون بدرجة أوضح وأؤكد³، أي أن الهدف المتابع من قبل المتعاقدين هو من أسهم في تكوين رضاهم وارتباطهم بالعقد كوسيلة تصرف يتيحها القانون ويراقب نتائجها.

لقد حرص رواد النظرية التقليدية على التمكين لفكرة السبب في قانون العقود بالنسبة للمدرسة اللاتينية، لتأمين فكرة الالتزام دون سبب يستند إليه في المقابل المادي المحسوس، وحاول أنصار النظرية الحديثة التحول بالفكرة إلى مقام الدافع الباعث على التعاقد ذي المفهوم غير المباشر، ومع ذلك وبالرغم من محاولة الفقه القانوني إيجاد مساحة لهذا التحليل، وحجج مقنعة للتعليل، فيما تعلق بالسبب في قانون العقود، إلا أنّ ذلك لم يكن كافيًا للإحاطة بمختلف جوانب

1- D. Mazeaud, Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, ne risque-t-on pas d'aller trop loin? Colloque «la nouvelle crise du contrat», May 2001, par le centre René Démogue de L'université de Lille, France, Dalloz, 2003, p.146.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.1067.

3- المرجع نفسه، ص.1069.

البواعث والدوافع التي تدفع الشخص للتصرف، لا سيما في عقود الغرر أو العقود الاحتمالية، حيث تبرز فكرة السبب بمكانة ثالثة في العقد بين سبب الالتزام وسبب العقد، بين المقابل في العقد، وسبب العقد، الباعث على التعاقد، إذ إن فكرة المخاطرة في هذا النوع من العقود تحتاج إلى توصيف دقيق في طبيعتها ومكانتها ضمن العقد، هل هي سبب العقد، أم سبب الالتزام؟ أو أنهما يتموضعان في مكان مختلف؟ أسئلة جعلت القضاء ومعه الفقه يتجه إلى التوسيع من مفهوم السبب متجاوزاً حدود المقابل كمفهوم مجرد صرف، إلى مفهوم الجدوى من العقد أو المأمول، أي المقابل المنتظر، ضمن مفهوم الفاعلية الاقتصادية، ومدى تحقق المقابل المرجو (المأمول) من الالتزام، حيث أصبحت المنفعة الاقتصادية للعقد من مفردات السبب، لكن ليس لحظة إبرام العقد، وإنما أثناء تنفيذه¹.

المطلب الثاني: أزمة العقد ومؤشرات المراجعات الفكرية للتقنين المدني الفرنسي

لم تكن الأفكار القانونية التي كرسها التقنين المدني الفرنسي الذي وضعه نابليون عام 1804م، بحاجة إلى كثير من الوقت، لتبدأ الدراسات والشروح الناقدة لها، إن على المستوى الشكلي أو الموضوعي، ولعل أكثر الأفكار القانونية التي كانت عرضة لسهام النقد والتمحيص نظرية العقد، باعتبارها شكلت ولا تزال العمود الفقري للقانون المدني ونظرية الالتزام بوجه عام، هذه الفكرة القانونية الجوهرية هي التي حامت حولها الكثير من الشكوك فيما تعلق بدقة بنائها وتصويرها النظري، بالنظر لارتباطاتها العضوية والوظيفية بأفكار قانونية كثيرة تدور في فلكها، سواء من حيث التكوين أم التنفيذ، وما يتصل بذلك من أحكام مختلفة، حتى قيل في وقت ما إن العقد في أزمة (الفرع الأول)، الأمر الذي حرك عديد الأصوات القانونية في فرنسا وخارجها للمناداة بضرورة مراجعة الاختلال المسجل، والعمل على إدراك التأخر الذي بات يميز انسجام أحكام القانون المدني الفرنسي مع نظرائه في العالم المتقدم (الفرع الثاني)، وهو ما ألقى بظلاله على آخر التعديلات التي أدرجت ضمن نصوص التقنين المدني الفرنسي (الفرع الثالث)، وهو ما نتابع تفصيلاته ضمن الفروع التالية.

1- جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.42.

الفرع الأول: أزمة العقد أم أزمة الفقه القانوني؟

أدت التحولات الاقتصادية والاجتماعية على الساحة الأوروبية إلى ظهور تيار فكري ينادي بفكرة اجتماعية العقد، من خلال السياسات الحمائية التي ما فتئت تفرضها السلطة التشريعية لكبح جماح الاختلال الفاحش في المراكز القانونية للمتعاقدين، سيما بعد ظهور الشركات والمؤسسات الاقتصادية العملاقة العابرة للحدود، وهيمنها على الحياة الاقتصادية للمجتمعات، الأمر الذي دعا الدول الرأسمالية التي نادى بالحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، إلى سن تشريعات تسمح للدولة بالتدخل في علاقات القانون الخاص باستخدام قواعد القانون العام، وهو ما عرف عند الفقه بعيممة العقد، ويقصدون بذلك توغل قواعد القانون العام في العقد عوض الشريعة العامة للعقود، فلم يعد العقد يقتصر على أطرافه وحسب، وإنما أصبح للإرادة العامة (الدولة) دورا حاسما في كينونة العقد، ورسم حدوده وآثاره، بهدف الحفاظ على المصلحة العامة وتحقيق العدالة العقدية¹.

هذا التوجه الفكري الجديد في معالجة نظام العقد الذي فرض سياسات جبرية على العمليات التعاقدية، لم يكن المبرر الوحيد الذي جعل الفقه يتحدث عن ما أسماه بأزمة العقد، بل كان لظهور العديد من النماذج العقدية الجديدة بحكم التطورات الاقتصادية والاجتماعية، وعجز القواعد العامة للقانون المدني عن تنظيمها، عاملا آخر لأن يكتشف الفقه والممارسون للقانون، بأن القانون المدني لم يعد مناسبا لتلبية السياسات الاقتصادية الجديدة، وتطلعات الدول لتحقيق العدالة الاجتماعية، وهو ما دفعها إلى تنظيم أحكام العقود المستجدة بتشريعات خاصة مستقلة بذاتها، والتي قد تتعارض مع الأحكام والمبادئ العامة النازمة للعقود والالتزامات الإرادية، ومع تعاقب القيود الواردة على العقد والإرادة العقدية، استقر رأي تيار غالب في الفقه القانوني على أن العقد فقد دوره المركزي والمحوري² الذي شكل العمود الفقري للنظرية العامة للالتزامات.

1- فاضل خديجة، عيممة العقد، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2016م، الجزائر، ص.ص. 3-4.

2- بكر عبد السعيد مُجَّد أبو طالب، أزمة العقد، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، المرجع السابق، ص.ص. 31-32.

لكن هذا الفقه الذي أسهب في الحديث عن الأزمة التي يواجهها العقد، بعد أن أصبحت القواعد العامة قاصرة عن استيعاب العقود الجديدة، وتزايد التدخل التشريعي للدولة عن طريق القوانين الخاصة الناظمة للعقود، لم يلتفت يوماً لقراءة جديدة للبيان الذي تأسست عليه نظرية الالتزام، وإعادة النظر في ماهية العقد كفكرة قانونية قائمة بذاتها، تتيح للأفراد الالتزام بإرادتهم الحرة والواعية لتلبية حاجاتهم المتنوعة، وطبيعة هذه الإرادة وحدودها ضمن المجموع الذي يشكل الإرادة العامة للمجتمع، وهو ما يفسر الحديث المبكر لبعض الفقهاء من رواد المدرسة اللاتينية عن ضرورة البحث عن تعريف آخر للالتزام التعاقدى بعد أن استصعب هذا الفقه إيجاد أساس منطقي للالتزامات التي تتم بالإرادة المنفردة رغم تصنيفها ضمن دائرة العقود، مثلما فعل الفقيهان ديموج وديجويه وغيرهما¹، لما حاولا إعادة قراءة مصادر الالتزام بعد أن تبين لهم أن التصنيف الموروث عن الرومان والفقه الفرنسي القديم تعوزه الكثير من الدقة ويجافي منطق القانون.

وفي هذا الصدد وقف " روني ديموج " في مؤلفه المطول عن الالتزامات، عند التصرفات القانونية الإرادية، التي أسهب في تحليلها، حيث نقل التعريف الذي ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الألماني، التي تعتبر التصرف القانوني إرادة خاصة معلنة، تتجه إلى إحداث أثر قانوني يحميه القانون، لأن الإرادة تعلقت به، وهو تعريف يجعل من التصرف هو الإرادة ذاتها، ولكن ديموج يأخذ على التعريف الذي قال به الجرمان، أنه يغفل الغاية الاجتماعية للقانون، في وقت لم يعد فيه لسلطان الإرادة واحترام الإرادة لذاتها المقام الأول، وقد حاول بناء على تحليله هذا، وضع تعريف خاص للتصرف القانوني، مبرزاً الغاية الاجتماعية فيه بقوله إن: "التصرف القانوني هو الذي تتفق فيه الغاية الاجتماعية المتوخاة مع الإرادة الخاصة"، ثم ينظر ديموج في تحديد الأساس الذي تقوم عليه القوة الملزمة للتصرف، فيرى ذلك في اطمئنان الغير إلى صدور هذا التصرف من صاحبه، ولو جاز له أن ينقض تصرفه لأخلّ بالثقة المشروعة التي وضعها الناس بهذا التصرف، ومن ثم استقرار التعامل، الذي هو أساس القوة الملزمة للتصرف القانوني² برأيه، لينتقل بعد ذلك إلى تقسيم التصرف القانوني إلى قسمين، تصرف بإرادة منفردة، وتصرف بإرادات متعددة، وهذا

1- للمزيد من التفاصيل حول هذه المحاولات الفقهية لتعريف التصرف القانوني يراجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس مقدمة لقسم الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الفيوم، القاهرة، مصر، 1953م-1954م، ص.38 وما يليها.

2- R. Demmoge, Les obligations, op.cit., T.2, p.p.32-33.

النوع الأخير هو ما يعرف بالاتفاق أو العقد، ويعدد تصنيفاته للتصرفات بالإرادة المنفردة، في الوصية، واستعمال حق الخيار، والتنازل عن الحق، وغيرها من التصنيفات التي أوردها "ديموج"¹، وبعد تحليله المعمق لطبيعة هذه التصرفات وتعداد أنواعها، يعود إلى القول بأن مصادر الالتزام هي العقد، وشبه العقد، وإرادة المدين المنفردة، والجريمة، وشبه الجريمة، والواقعة البسيطة، في الوقت الذي كان من الأجدر أن يواكب المنطق الذي سار عليه إلى نهايته، وهو يحاول تحليل مصادر الالتزام وحصرها في مصدرين اثنين، هما: الواقعة القانونية والتصرف القانوني، أسوة بما استقر عليه القانون الألماني².

ومن جهته، أدلى فقيه القانون العام "ديجويه" بدلوه في هذه المسألة، مقدما تحليلا عميقا للتصرف القانوني، مزج فيه بين القانون وعلم النفس بعد تحليله للإرادة بوجه عام، ليصل في الأخير إلى القول بأن التصرف القانوني هو عمل إرادي يصدر عن شخص بقصد إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عليه، فإذا لم يقصده، عُدَّ واقعة قانونية وليس تصرفا، إذ ليس كل شيء يحدث أثرا قانونيا يكون تصرفا قانونيا، فالميلاد والموت والتلف العارض، وقائع غير إرادية تحدث آثارا قانونية، حاصرا بذلك التصرف القانوني في الأعمال الإرادية المقصودة دون غيرها، والذي لا بد من أن تتوفر فيه عناصر ثلاثة: الأهلية، والمحل، والسبب، مفرقا بين هذين العنصرين الأخيرين، فالأول (المحل) في رأيه، هو ما يقع عليه التصرف القانوني، سواء كان ذلك بشكل مباشر أم غير مباشر، ويشترط أن يكون مشروعاً، أما السبب، فهو الغاية المتوخاة من التصرف القانوني، وهو شيء نفسي، يتمثل في الغرض الجوهرية الذي تصور الشخص تحقيقه من وراء إتمام التصرف القانوني، وهو الدافع الحاضر على إبرام التصرف³، ويقسم ديجويه التصرف القانوني بدوره إلى ثلاثة أقسام: التصرف المنظم، والتصرف الشرطي، والتصرف الذاتي، ومن كل هذه الأنواع الثلاثة، يعتبر النوع الثالث (التصرف الذاتي) هو ما يدخل ضمنه العقد، حيث يكون عبارة عن التزام شخصي يترتب في ذمة المدين يقع عليه تنفيذه، إذ هو حالة فنية وقانونية مآلها الزوال، ثم يقسم هذا النوع من التصرفات القانونية إلى قسمين: تصرف بإرادة منفردة وتصرف بإرادات متعددة، وهنا يعترف

1- R. Demmoge, Les obligations, op.cit., T.2, p.p.36- 38.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس مقدمة لقسم الدكتوراه، المرجع السابق، ص.38.

3- لتفاصيل أكثر حول ما قاله ديجويه يراجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس مقدمة لقسم الدكتوراه، المرجع السابق، ص.ص.43-46.

ديجويه بأن المذهب الفردي هو الذي لا يزال غالباً في الفقه الفرنسي الذي يعتبر أن الإرادة المنفردة عاجزة عن إحداث أثر قانوني، إلا إذا نص المشرع على ذلك، أما إذا لم ينص على ذلك، فلا بد من تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني، ويؤكد بأن العقد لا بد له من طرفين متقابلين¹، الأمر الذي يبين بوضوح بأن الفقه القانوني الفرنسي برغم محاولاته المتعددة لإيجاد تعريف للتصرف القانوني ذو الطابع الإرادي، لم يستطع مغادرة المنطقة التي وضعه فيها الفقه الفرنسي القديم المستند إلى التصور الروماني للالتزامات الإرادية، وبقي يعتقد دوماً بأن التصرف القانوني هو الصورة الأصلية للعقد، وهو ما جعله يعجز عن تفسير الكثير من التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة وضبط مقوماتها، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الهشاشة التي ميزت البناء النظري للالتزامات الإرادية سواء انفردت أم تعددت، وأوحى للفقه من بعد بأن العقد في أزمة، والواقع أن الإشكال يرتبط بما فهموه عن "دوما" و"بوتيه" وما أقره نابليون في قانونه، وخير دليل على ذلك التراجع الشبه كلي عن المبادئ التي أسس عليها بنیان النظرية العامة للالتزام، إن على مستوى المفهوم، أم المصادر، أم الأحكام، في التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على القانون المدني عام 2016، وهو الواقع الذي يمكن القول من خلاله إن الأزمة كانت في الفهم الذي أسست عليه صورة العقد في هذا الفقه، وليست في العقد ذاته، كون هذا الأخير يبقى وسيلة قانونية لا يمكن الاستغناء عنها، وجدت مع وجود الإنسان، باعتباره مكنة قانونية يصل من خلالها إلى قضاء حاجاته المختلفة في ممارسته للحياة، وأن ما ذهب إليه الفقه القانوني، سيما منه الفقه اللاتيني، كان يحمل بذور انسداد أفقه في ذاته، استناداً إلى المرجعيات الفكرية والعقدية المتناقضة التي أسس عليها تصوراته للالتزامات التعاقدية، ولأن الحكم على الشيء جزء من تصوره، لم يستطع وضع قاعدة عامة للالتزامات العقدية مهما كانت صورها، تسير تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية للشعوب، ومن ثم ظهر الاستثناء تلو الاستثناء، حتى بدى أن الاستثناء في ذاته قاعدة، وظهرت معه القوانين الخاصة التي تدخل ضمن نطاق قانون العقد خارج القواعد المقننة في القانون المدني.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس مقدمة لقسم الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 49.

الفرع الثاني: الظروف والدوافع المحيطة بالتعديل الجوهري للتقنين المدني الفرنسي

في ظل التغيرات المتسارعة الناجمة عن تيار العولمة الجارف، والآثار التي خلفها على مستويات مختلفة، اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا، في عالم حوّلته تكنولوجيا الاتصال إلى قرية صغيرة، وبروز أنماط جديدة في المعاملات التجارية والعلاقات الاقتصادية، لم يكن المجتمع الأوروبي بمنأى عن آثارها المباشرة وغير المباشرة، لا سيما بالنسبة للدولة الفرنسية المعروفة بمدربستها المتفردة في القانون المدني، فلم يكن للقائمين عليها بد من التكيف مع الوضع الجديد، ومطابوعة الأنظمة القانونية السائدة في العالم الغربي، خاصة في محيطها الأوروبي القريب، حفاظا على مصالحها الاقتصادية، وتبسيط القوانين الناظمة للمعاملات البينية، في ظل سوق حرّة تعرف تنافسا شرسا في أوروبا وفي غيرها.

وقد لاحت مؤشرات التعديل الجوهري الذي عرفه التقنين المدني الفرنسي منذ نهاية القرن الماضي، حيث توالى الدراسات الأكاديمية والنقاشات الفقهية في الأوساط القانونية الفرنسية، مبرزة أوجه القصور التي ما فتئت تظهر على قانون العقود في النظام القانوني الفرنسي وضرورة إصلاحه، لتتبلور هذه الآراء والدراسات الفقهية أكثر مطلع الألفية الجديدة، حيث دعت إلى تجديد التشريع المدني الفرنسي وتكييفه مع القوانين الغربية المتطورة، سيما في محيطه الأوروبي، كما هو الشأن في التشريعات الألمانية والإنكليزية¹، فقد ظل الممارسون للقانون يطالبون بهذا الإصلاح منذ أمد طويل لغرض تحديث القانون المدني، بوصفه شريعة عامة تستوعب قواعدها وأحكامها جل القضايا التي تطرح خلال الممارسة إن لم تكن كلها، إلى أن صدر القرار التاريخي عن الرئاسة الفرنسية المتضمن للأمر رقم: 131-2016 بتاريخ 10 فبراير 2016، المتعلق بإصلاح قانون العقود وإثبات الالتزامات في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 11 فبراير 2016.

وفي الواقع، فقد كان من الضروري تحديث قانون العقود لكي تتوافق محتوياته مع الحقائق الاقتصادية الجديدة التي فرضها نظام العولمة، من أجل استعادة بريق القانون المدني الفرنسي وتصبح قواعده ونصوصه أكثر وضوحًا وفهمًا، ومن السهل الوصول إليها، وهو الهدف المعلن من قبل الحكومة الفرنسية عند إصدارها للقانون المتضمن قرار التعديل دعما للأمن القانوني، من خلال

1- C. Aubert De Vincelles, Droit des obligations, Prépa Dalloz, examen du C.R.F.P.A, France, 2014, T.1, p.p.20-21.

إضفاء سهولة القراءة والتعامل في قانون العقود، والتغلب على بعض المشكلات التعاقدية وعدم التوازن¹، التي ما فتئت تعترض الممارسين على مستوى التطبيق من جهة، ولدعم وتشجيع جاذبية القانون الفرنسي على المستوى السياسي والثقافي والاقتصادي من جهة أخرى، وهي الأهداف التي انبثق عنها التعديل الجوهري الذي أحدث العديد من المعايير الجديدة في التقنين المدني الفرنسي، لم تكن لأزيد من قرنين شيئا مذكورا، من خلال تقنين مبادئ القضاء والفقه القانوني الحديث، ومن أبرزها تنظيم مرحلتي ما قبل التعاقد وإبرام العقد، وهما مرحلتان غاية في الأهمية؛ وهي المبادئ التي صيغت على شكل نصوص قنن من خلالها المشرع الفرنسي ما كان مقررا من قبل القضاء الاجتهادي التي دأبت عليه محكمة النقض الفرنسية، متبنيا أحكامها الصادرة في أوقات سابقة، لما كانت تنعدم النصوص التشريعية التي تنظم أحكام هاتين المرحلتين، وما يتعلق بصحة العقد والشروط المقتزنة به، أو بالأحرى المقيدة له، وكذا تنظيم المشكلات الناشئة عن عدم التنفيذ، والأمثلة على ذلك عديدة؛ فقد شكلت إعادة النظر في شروط قيام العقد، وإلغاء عنصري المحل والسبب، وإفراد عنوان خاص بالإيجاب والقبول (المواد 1113 إلى 1122) ثورة قانونية فعلية على المبادئ التقليدية، التي كانت تحكم نظرية العقد في التقنين المدني الفرنسي لما يزيد عن مائتي عام، كان الخروج عنها وإعادة صياغة المنطلقات الفلسفية والإيديولوجية لها ثورة حقيقية قام بها المشرع الفرنسي، تجسدت في تعديل 10 فيفري 2016، الذي استجاب أخيرا لتلك الدعوات المتواصلة من طرف كبار الفقهاء الفرنسيين²، الذين طالما نادوا بضرورة تعديل قانون بدأت تظهر عليه علامات الشيخوخة، وتجاوزه الأحداث من حوله، نظرا لما سجلته التقنيات المنافسة في محيطه القريب أو البعيد من تقدم، الجالبة للاستثمار والمشجعة لانتقال رؤوس الأموال، بغرض إضفاء المرونة اللازمة على دواليب الحياة الاقتصادية والمعاملات البنائية، وتبسيط القانون أمام الناس، وفق مقتضيات فرضتها الجغرافيا تحت مظلة الاتحاد الأوروبي، وإكراهات الواقع الجديد الذي صاغت قوانينه نظرية العمولة.

1- Loi n°2015/177 du 16 février 2015, Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, J.O.F n°0040 du 17 février 2015, p.2961.

2- M. Julienne, Le régime général des obligations après la réforme, op.cit., p.11.

وضمن هذا التوجه، فقد تمّ تقديم مقترحات مشاريع مختلفة، وعلى فترات متقاربة منذ مطلع الألفية الثانية، تتعلق بتعديل القانون المدني الفرنسي، وإصلاح قانون العقود بدرجة أولى، ابتداءً بمشروع قانون شانسيليري Chancellerie لعام 2008، ومشروع قانون كاتالا Catala، عام 2013¹، ومشروع تيري Terré² عام 2008، المنشور من قبل وزارة العدل الفرنسية سنة 2015³، وهي المشاريع التي يعتبرها المؤلفون وشرح القانون والنقاد بمثابة الأرضية التي استند إليها المشرع المدني الفرنسي في صياغته لكل تلك التعديلات الجوهرية، دون إغفال المصادر الأوروبية ذات الصلة، كمشروع مبادئ القانون الأوروبي للعقود Uni droit⁴، المنشور من طرف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، المتعلق بعقود التجارة الدولية سنة 1994، والمعتمد من طرف المجلس الأوروبي للقانون في دورته الثالثة والثمانون بالعاصمة الإيطالية روما، المنعقدة أيام 19 إلى 21 أبريل 2004⁵، وهي السنة التي تمّ فيها أُوْرَبَة القانون الخاص، وصادفت احتفال الفرنسيين بمرور مائتي عام على تقنينهم المدني الخالد، حيث كان عليهم أمام التطورات التي عرفتها قوانين المجموعة الأوروبية، الاستنتاج بأنّ قانونهم لم يكن له كبير أثر في التشريعات الأوروبية، ولاحظوا أنّه تمّ اعتماد الكثير من الحلول التي يقدمها كلا من القانون الألماني والإنجليزي، وبدرجة أقل القانون الهولندي الجديد لعام 1992، بالإضافة إلى التقرير الذي أعدّه البنك الدولي حول الأعمال التجارية، والذي تضمّن تصنيفاً للأنظمة القانونية بالنظر إلى معيار جاذبيتها للتجارة الدولية، وكانت فرنسا في المرتبة الرابعة والأربعين (44)⁶.

هذه المعطيات الاقتصادية والسياسية، والتطورات المتسارعة في المحيط الأوروبي والعالمي، وبمرافقة من الفقه والقضاء الفرنسيين، دفعت مراكز القرار في فرنسا إلى فتح ورشات إصلاح عميق في قانون الالتزامات والعقود، لاستدراك التطور الحاصل في التشريعات الأوروبية والغربية بشكل عام، بهدف تعزيز الأمن القانوني والثقة بالتشريع الفرنسي، وجعله أكثر جذبا على أوسع نطاق،

1- P. Catala, avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (la documentation française), France, 2016.

2- F. Terré, pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009, Paris, France.

3- Loi n°2015-177 du 16 février 2015, J.O.F, n°0040 du 17-02-2015, p.2961.

4- Principes d'uni droit, relatif aux contrats du commerce national, France, 2004.

5- E. Charpentier, Les principes d'uni droit: une codification de lex-mercatoria, les cahiers de droit, faculté de droit de L'université L'aval, 2005, p.193.

6- جان سيمنس وكارولان كالوم، الإصلاحات في نظرية الالتزام في التقنين المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص.119.

كون أن القانون ما هو في الأخير إلا قواعد ضبط للسلوك الاجتماعي المتميز بالحركية والتغيير المستدامين، ضمن منظومة سياسية واجتماعية واقتصادية معينة، مبنية على استراتيجية هدفها الأسمى خدمة مصالح الدولة والمجتمع، وضمان التوازن المطلوب بين الحقوق والواجبات.

الفرع الثالث: الوضع التناظري المتأخر للتقنين المدني الفرنسي وموجبات إصلاح قانون

العقود

لم تكن نظرية العقد كما أسس لها الفقه القانوني الفرنسي وتبنته المدرسة اللاتينية، لتتواءم مع مختلف التطورات التي طرأت على هذه النظرية، سواء فيما يرتبط بالجانب التأصيلي، أم بالجانب التقني، أم فيما تعلق بالجانب القانوني المقارن للقانون المدني عامة، ولنظرية العقد بالأخص¹، فعلى المستوى التأصيلي فإن نظرية العقد في التقنين المدني الفرنسي لم تتعرض إلى تعديل تقنيي يذكر إلا ما تعلق بالتعديلات اللذين تناولوا على التوالي، تلطيف الشروط الجزائية في حالة المغالاة في الشرط أو التقليل منه، في عامي 1975م و1985م، وتمثل التعديل الجوهري الثاني في تبني القواعد القانونية الخاصة بالعقود المبرمة إلكترونياً عامي 2004م و2005م، حسب ما جاء في تقرير "السينا" أو ما يعرف بمجلس الشيوخ في الجمهورية الفرنسية²، في الوقت الذي عرفت فيه نظرية العقد تطورات متتالية بعيداً عن التقنين المدني الرسمي، الأمر الذي جعل النصوص الناظمة لهذه النظرية في حالة انفصام حقيقية بالنسبة لواقع الحال، نظراً للجمود الذي ميز قواعدها في التقنين المدني لما يزيد عن مائتي عام، بالموازاة مع تنامي تطور القواعد المنظمة للعقد على المستوى القانوني الفعلي³، من خلال القوانين الخاصة التي ما فتئ صدورها يتوالى بانتظام، لمعالجة الثغرات التي لم يكن في مقدور القواعد العامة التي أرساها التقنين المدني استيعاب مسائلها.

1- مُجَّد عرفان الخطيب، إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي رقم: 131/2016 المعدل لنظرية العقد في القانون المدني الجديد، التبي والآثار، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد: 04، ربيع ثاني/جمادى الأولى 1442هـ، ديسمبر 2020م، ص.331.

2- Rapport n°215 de sénat au nom de la commission des lois constitutionnelles, du 14 janvier 2015, France.

3- J. Carbonnier, Paroles de J. Carbonnier, Propos retranscrits par verdier, *revue du droit et cultures*, n°48, France, 2004, p.p.231-251

نقلا عن: مُجَّد عرفان الخطيب، إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي، المرجع السابق، ص.332.

فلا أحد من أهل القانون ينكر بأن نظرية العقد بمفهومها العام، تم تهجينها عن طريق العديد من القواعد الخاصة الواردة في القوانين الخاصة، لعل أبرزها قانون حماية المستهلك وقوانين التجارة والمنافسة، وقانون العمل، فكل من هذه القوانين أملى جانبا من تأطيره الفلسفي لمفهوم العقد على هذه النظرية، بين البعد الحمائي لقانون حماية المستهلك، والبعد الاقتصادي لقانون التجارة والمنافسة، والبعد الاجتماعي لقانون العمل¹، لا سيما فيما تعلق بمفهوم التوازن العقدي والقيمة الاقتصادية للالتزام التعاقدي، والشروط التعسفية بالنسبة لعقود الاستهلاك، وارتباط العملية التعاقدية برمتها بالنظام العام الاجتماعي، وهي التي أصبحت قواعد قانونية عامة واجبة التطبيق، بوصفها جزء من القواعد العامة التي تحكم العقود، وليست محصورة في قانون بعينه، مما جعل من القواعد القانونية الواردة في التقنين المدني قاصرة عن أن تشكل الإطار العام لنظرية العقد².

أما على المستوى التقني فإن الاجتهاد القضائي الذي بات يطرح بعض الحلول القانونية بعيدا عن صياغة النص القانوني في التقنين المدني، جعل نظرية العقد تخرج من حافية النص المقنن إلى دائرة النص الاجتهادي غير المقنن، فجعلت من النظام القانوني المدني الذي يسوس العقد وينظمه، نظاما هجينيا يعاني أزمة الهوية والمصدر، ذلك أن القانون المدني في ثوبه الجديد في صُورَه الفعلية لا التقينية، لم يعد ينتمي إلى المدرسة اللاتينية التي تعتمد على التقنين، ولا إلى المدرسة الأنجلوساكسونية التي تعتمد على السوابق الاجتهادية للقضاء، فقد أخذ المعنى الخاص للقانون المدني Civil law من المدرسة الأنجلوساكسونية وفقا لدلالة التقنين الفرنسي للتشريع المدني Droit civil، والمعنى العام للقانون Common law، الأمر الذي أفقد التشريع المدني الفرنسي الذي يمثل قاطرة المدرسة اللاتينية، صفة التقنين التي كانت محل فخر نابليون ومن ورائه الفرنسيون، وجعلت منه قانونا مختلطا، نصوصه العامة مقننة، وقواعده التفسيرية اجتهادية³.

1- مُجَّد عرفان الخطيب، إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي، المرجع السابق، ص.332.

2- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. chénéde, Droit civil, les obligations, édition refondue n°12, Dalloz, 2019, France, p.p.355-356.

3- سافو، مفهوم النظرية العامة وتطبيقاتها في قانون العقود، النظرية العامة للعقد والنظرية العامة للعقود الخاصة، ص.4. نقلا

عن: مُجَّد عرفان الخطيب، إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي، المرجع السابق، ص.333.

ويفسر الفقه أزمة الهوية التي عانى منها التشريع المدني، بأنها وليدة أزمة المصدر، نظرا للدور التكميلي الذي لعبته المؤسسة القضائية منذ زمن بعيد لأجل تلافي العيوب التي اعترت نظرية العقد، وأفقدت قانونها جانبا كبيرا من طبيعته التقنية، بسبب إغفال نصوصه لكثير من المسائل المتعلقة بهذه النظرية، مثلما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد، وبمراحل تنظيم العقد وتنفيذه وإنهائه، إضافة إلى النظريات التي تعترض تنفيذه، المرتبطة بالظروف الطارئة وقواعد التعويض وعدم التنفيذ، وغيرها من المسائل التي أغفلها التقنين المدني في ثوبه التقليدي¹، وهو الواقع الذي دفع بالنص القانوني غير المقنن الصادر عن القضاء الاجتهادي لمواجهة الحلول القانونية غير المقننة، والتي أصبحت الأكثر حضورا على حساب النص القانوني المقنن، وهو ما اعتبره بعض الفقه انحرافا عن فكر وفلسفة منهج التقنين المدني الفرنسي، باتجاه محاكاة المدرسة الأنجلوساكسونية، الأمر الذي جعله محل شك من حيث صدقية المنظومة القانونية التقنية للعقود بوصفها نظرية غير مقننة وغير مكتملة، بل وغير آمنة، ذلك أنه مهما أعمل القضاء جهده في إكمال النص التشريعي، فإنه لا يستطيع أن يغطي على حقيقة الطبيعة غير الرسمية للحلول التي يقدمها القضاة من جهة، وعدم استقرارها من جهة أخرى، وهو ما رأى فيه الفقه وأهل القانون أمرا خطيرا يمس بالأمن القانوني لنظرية العقد².

وفي مستوى ثالث، لعبت التحولات المفصلية على مستوى القانون المقارن الذي سجلته منظومة التشريعات المدنية الأوروبية سواء على المستوى الوطني أم الاتحادي، دورا حاسما في وضع المشرع الفرنسي أمام موقف تناظري حرج، حيث لم يعد في مقدوره أن يبقى بمنأى عن تأثير المنظومات القانونية الجديدة، كما هو الشأن للمبادئ القانونية الموحدة الخاصة بالعقود التجارية الدولية لعام 1994 المعدلة على مرتين عامي 2004 و2010، ومبادئ القانون الأوروبي للعقود الذي تمت صياغته ما بين 1995 و2003، ومشروع قانون العقود الأوروبي عام 2000، ومشروع الإطار القانوني المشترك المرجعي الذي شمل مختلف جوانب القانون المدني عام 2008،

1- محمد عرفان الخطيب، إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي، المرجع السابق، ص.333.

2- Ph. Rémy, Droit des contrats, questions, positions, propositions, *In le droit contemporain des contrats*, economica, France, 1987, p.271 et suite.

بغض النظر عما قدمته بعض المنظمات القانونية والتشريعية في فرنسا، كما هو الحال لجمعية هنري كايبتان التي ساهمت بتقديم مقترح مشروع يؤطر المبادئ التعاقدية العامة في السنة نفسها¹.

المطلب الثالث: مظاهر التحديث في مشاريع تعديل التقنين المدني الفرنسي

بعد أن اقتنع الجميع في فرنسا بأن القانون الذي تركه نابوليون وكان محل فخرهم، تجاوزته الأحداث وتوارى بريقه مع الزمن، ووجدوا أنفسهم يواجهون واقع التكيف مع محيطهم الأوروبي، ومواكبة تيار العولمة، وتحت ضغط الأحداث والمعطيات الجديدة، قررت الحكومة الفرنسية مع مطلع القرن الواحد والعشرون، حسم قرار الذهاب إلى تعديل التقنين المدني، لتتوالى على إثر ذلك مقترحات مشاريع التعديل من كبار الأساتذة والخبراء القانونيين في الجمهورية الفرنسية، وهذا ما نتناوله عبر الفروع الموالية.

الفرع الأول: مشروع كاتالا وتكريس فكرة السبب في العقود

لم يتخل الأستاذ بيار كاتالا في مشروعه المقترح لتعديل التقنين المدني الفرنسي، عن فكرة السبب كركن من أركان العقد، وإن كان أضفى عليه مزيداً من التفصيل مقارنة بما كانت عليه في التقنين المدني في نسخته السابقة، فضمّن الفكرة أبعاداً جديدة، مستلهما التطورات التي أسس لها القضاء الفرنسي، فقد أكد في المادة 1108 من مشروعه ضرورة اعتبار عنصر السبب كشرط من شروط صحة الاتفاق، وحدد لقيام العقد وصحته شروطاً أربعة، وهي: رضا الأطراف، وأهليتهم للتعاقد، ومحل يشكل مادة التعهد، وسبب يبرر التعهد².

ووفق الرؤية التحديثية المعتمدة في مشروع "كاتالا"، فقد تم تناول ركن السبب باعتباره أحد المكونات الأساسية الواجب توافرها لقيام العقد في المواد 1124 إلى المادة 1126³، إذ نصت المادة 1124 في فقرتها الأولى على أنه: "يكون الاتفاق صحيحاً عندما يكون للتعهد سبب حقيقي Réelle ومشروع Licite يبرره"، متفادياً بذلك المصطلحات التي كانت متداولة في التقنين

1- مُجّد عرفان الخطيب، إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي، المرجع السابق، ص.ص. 334-335.

2- «Le consentement des parties contractantes, leur capacité de contracter, un objet qui forme la matière de l'engagement, une cause justifiant l'engagement». Voir: P. Catala, l'avant-projet de réforme du droit des obligations, rapport à monsieur pascal clément, ministre de la justice, du 22 septembre 2005, France, p.70.

3- Ibid., p.p.79-80.

المدني الفرنسي قبل تعديله، من مثل سبب الالتزام، وسبب العقد، مكتفيا بمصطلح (سبب التعهد)، وتضمنت الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر المقترحة ضمن مشروع التعديل، مسألة افتراض وجود السبب ومشروعيتها، حيث نصت على أن: "الاتفاق يكون صحيحا ولو لم يصرح بسببه، ويقع على عاتق من يدعي بأن للتعهد سببا آخر غير مشروع مُتضمناً في الاتفاق إثبات ذلك"، وكما هو ملاحظ، فإن هذا النص لا يعدو أن يكون سوى تأكيداً لما جاء في نص المادة 1133 السابقة من التقنين المدني الفرنسي، التي كانت تتضمن الحكم نفسه، والذي يفترض مشروعية السبب، مثلما هو الشأن في المادة 98 من القانون المدني الجزائري، وجل القوانين المدنية في العالم العربي؛ فيما نصت المادة 1125 المقترحة في المشروع، على الحالة التي يكون فيها التعهد غير مبرر *Sans justification*، لعدم وجود سبب طبيعي ابتداءً، أي عند تكوين العقد، حيث يكون المقابل المتفق عليه *La contrepartie convenue*، وهمياً *Illusoire*، أو زهيدا *Dérisoire*، ويُعتبر كل شرط لا يتوافق مع حقيقة السبب كأن لم يكن، ومؤدى هذا النص، أن السبب هو مبرر الالتزام أو التعهد، وأنه يشترط فيه أن يكون حقيقياً، وأن العبرة بتقدير حقيقة المقابل وقت تكوين العقد؛ ويكون المقابل غير حقيقي، إذا كان وهمياً أو زهيداً (تافها)¹، واهتمت المادة 1/1125 من هذا المشروع بأحكام سبب التعهد برّد شيء *Restituer une choses* أو مبلغ من النقود، حيث نصت على أن السبب هنا، يكمن في التسليم السابق للشيء أو المبلغ إلى من يلتزم *Ce lui qui oblige*، وفي حالة ما إذا كانت القيمة المقدمة أقل من قيمة التعهد، وجب تخفيض التعهد إلى القدر الذي يعادل سببه، ما لم يكن الفرق مبرراً في الاتفاق²، وخصت الفقرة الثالثة من المادة نفسها، العقود الاحتمالية بحكم خاص، إذ نصت على أن هذا النوع من العقود، يكون دون سبب حقيقي أصلاً، عندما يكون المقابل المتفق عليه وهمياً أو زهيداً، نظراً لغياب الاحتمال³.

1- P. Catala, L'avant-projet de réforme du droit des obligations, op.cit., p.80.

2- مُجّد حسن القاسم، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.341.

3- المرجع نفسه، ج.01، ص.341.

وما يلفت الانتباه في أحكام هذه المادة، هو نص الفقرة الرابعة منها (4/1125)¹، المقترحة من قبل الأستاذ "كاتالا" في مشروع تعديل التقنين المدني الفرنسي، والتي خصصها لحكم السبب بالنسبة للهبة والوصية، أي عقود التبرع، حيث أكد بأنها لا تقوم دون نية التبرع، أسوة بما هو سائد في الفقه الفرنسي منذ قرنين، مضيفاً بأن التصرفات الشرعية تكون مجردة من سببها الحقيقي، حال عدم وجود الباعث الذي لم يكن المتبرع ليتصرف بدونه²، مما يعني أن نص الفقرة الرابعة من المادة 1125 المقترحة ضمن مشروع كاتالا لم يغير شيئاً في حكم السبب في التبرعات، ولم يستطع الخروج عما قال به الفقه والقضاء في فرنسا على مدى عشرات الأعوام، من أن السبب في عقود التبرع، هو نية التبرع، وكأنه تبني رأي كاييتان الذي لم يستطع تفسير سبب التبرع إلا بالباعث الذي تضمنته نية التبرع، واستثنى من ذلك الهبة المشروطة، حيث يكون الشرط سببها.

أما فيما تعلق بمسألة مشروعية السبب، فإنّ المادة 1126 من المشروع ذاته، تنص على عدم مشروعية السبب Cause illicite عند إبرام العقد من قبل أحد العاقدين، على الأقل لهدف يخالف النظام العام والآداب، أو بصفة عامة لقاعدة أمرة في القانون³، أي أن يكون المتعاقد عالماً بعدم مشروعية السبب وقت إبرام العقد وليس قبله أو بعده، وهو تكريس لرأي القضاء فيما تعلق بمسألة علم الطرف الآخر بهذا الهدف غير المشروع، أو المشاركة فيه، مع ضمان تعويض الطرف الآخر الذي لم يكن يعلم بهذا الهدف الذي يجافي المشروعية، ويستبعد ذلك عندما لا يكون الطرفان على علم بذلك.

الفرع الثاني: مشروع التعديل المقدم من طرف وزارة العدل الفرنسية

من جهتها أصدرت وزارة العدل الفرنسية القانون رقم: 2015-177 المتعلق بعصرنة وتبسيط القانون الفرنسي، والذي تبنت من خلاله مشروع تعديل التقنين المدني الفرنسي المقدم من قبل الأستاذ "تيري" عام 2008، وهو المشروع الذي أحدث قطيعة مع فلسفة القانون المدني الذي وضعه نابليون عام 1804 في جانبه الشكلي والموضوعي، حيث تخلّى تمامًا عن فكريتي السبب والمحل لصالح فكرة قانونية بديلة ظهرت ضمن المصطلحات الجديدة في قاموس القانون

1- Article 1125-4 de projet Catala: «Il n'y a pas de donation ni de testament à défaut d'intention libérale».

2- P. Catala, L'avant- projet de réforme du droit des obligations, op.cit., p.80.

3- Ibid.

المدني الفرنسي، وهي فكرة المصلحة أو الفائدة *Intérêt* من العقد¹، وقد جاء بشأن تعديل قانون العقد في المادة 49 من المشروع الوزاري أو الحكومي، أن شروط صحة العقد، هي: رضا الأطراف، وأهليتهم للتعاقد، ومضمون حقيقي *Contenu certain*، ومشروعية العقد *licite de contrat*، وعلى هذا النحو لم يعد السبب ركنا في العقد، معوضاً إياه بفكرة الفائدة أو المصلحة من العقد من المادة 85 إلى المادة 87 من مشروع التعديل، تحت عنوان: المصلحة في العقد *L'intérêt au contrat*².

وقد تضاربت الآراء بين فقهاء القانون المدني في فرنسا حول هذا المصطلح الجديد، المقترح ضمن مشروع وزارة العدل الفرنسية، بشأن الإضافة التي يمكن أن يقدمها مثل هكذا مصطلح لقانون العقود، في ظل ضبابية المقصود بالمصلحة وجدواها في عالم القانون، فتعريف المصلحة هو بمثابة المستحيل، ولن يُغيّر شيئاً من الغموض والضبابية التي تكثر فقها وقضاءً مع مفهوم السبب، فكلاهما (المصلحة أو السبب) تتعدد معانيهما، وبالتالي تتعدد تأويلاتهما في الجوانب العملية، وهذا دون شك يسهم في تهديد جدي لاستقرار المعاملات³، حتى إن بعض الفقه ذهب إلى القول بأن هذا المفهوم الجديد الذي جاء به مشروع التعديل الحكومي، أستهلم مما قاله الفقيه كاربونييه "Carbonnier"، بأن مفهوم المصلحة هو الترجمة الأكثر ملاءمة لمفهوم السبب، ويمكن أن يحل محله في المادة 1131 السابقة من التقنين المدني الفرنسي، من خلال تأكيد ضرورة أن تكون هذه المصلحة موجودة، وجدية، ومشروعة⁴.

كما نصت المادة 87 من المشروع نفسه، وهي آخر مادة تنضوي تحت عنوان "المصلحة" على أن: "الشرط الذي يفرغ أو يحرم العقد من مصلحته يعتبر كأنه لم يكن"، وتبدو صياغة هذه المادة مستوحاة من اجتهاد القضاء الفرنسي الذي استند إلى فكرة السبب لاستبعاد الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية، لما تُلحقه من إخلال بالالتزام الأساس في العقد، مما يحول دون

1- D. Houtcief, Le contenu de contrat, *in pour une réforme du droit des contrats*, (sous la direction de Terré), France, p.183 et suite. et p.198 et suite.

2- Article 85 de projet ministérielle: «Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement».

3- مُجّد حسن قاسم، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.343.

4- المرجع نفسه، ج.01، ص.344.

تحقق مصلحة الدائن في العقد¹، حيث يفسح هذا النص الطريق أمام القضاء للتدخل وإعادة التوازن إلى العقد، معتبرا الالتزامات المتفق عليها التي تدرج في العقد دون مقابل كأنها لم تكتب، أو كأنها لم تكن، فضلا عن فتح المجال أمام إنهاء العقد برمته، إذا كان تنفيذه مستحيلا وفق الاقتصاد الذي أراده المتعاقدان، أو لم يعد يُلبّي الأهداف التي كان ينشدها المتعاقدان عند إبرامه، كما أنّ اصطلاحات من مثل التناسق والتناغم داخل العلاقة العقدية، هي مفاهيم فضفاضة ليس من السهل تحديد مضمونها²، وما قيل عن هذه الاصطلاحات التي اقتحمت دائرة القواعد القانونية، يقال عن العديد من المصطلحات المستعارة من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون، من مثل حسن النية، والعدالة، والمشروعية، والثقة المشروعة، والتضامن، والتعاون، وغيرها.

الفرع الثالث: ملامح التجديد في فلسفة قانون العقد بعد تعديل 2016

يكاد يتفق المهتمون والمشتغلون بفلسفة القانون، بأن غالب الأحكام التي صيغت نصوصها في تعديل القانون المدني الفرنسي، تستمد أفكارها الرئيسية من الأحكام والقرارات القضائية، التي ما انفكت تعمل على تطويع قواعد التقنين المدني وتستقرئ روحها، بحثا عن حلول لمسائل عجز النص المقنن عن استيعابها، تم تطويرها بمرافقة من الفقه، مواكبة للمستجدات الاجتماعية والاقتصادية، وغالبا ما يهتدي القضاء إلى تبرير أحكامه وقراراته بأوصاف أخلاقية تستمد روحها من دوائر خارج التشريع المدون، ولكنها تدخل ضمن المفهوم الموسع للقانون، وهي المبادئ التي تنص عليها هذه التقنينات كمخارج مفتوحة أمام القاضي لما يعوزه النص المقنن، من مثل المعتقد الديني، ومبادئ العدالة، والأعراف المجتمعية، وهو ما يمكن استعراض مقارباته من خلال ما لاحظته الفقه، من أن جل الأحكام الجديدة هي في الواقع عملية تقنية للحلول الاجتهادية التي قال بها القضاء، والتي كانت تصب في غالبها في دائرة أخلقة القانون.

فقد استحدثت المشرع المدني الفرنسي في هذا الاتجاه، الكثير من الأحكام في النصوص الجديدة في تقنينه المدني، لعل أبرزها فرض الالتزام بحسن نية عبر كافة مراحل التعاقد، ابتداء من

1- D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, Recueil Dalloz, France, 2009, p.308.

نقلا عن: مُجدِّ حسن قاسم، العقد، المرجع السابق، ج.01، ص.345.

2- بكر عبد السعيد أبو طالب، أزمة العقد، المرجع السابق، ص.182.

مرحلة التفاوض على العقد، إلى إبرامه، وحتى تنفيذه، واعتبار ذلك من النظام العام، وهو مضمون المادة 1104/1¹ المستحدثة بموجب الأمر الرئاسي رقم: 131-2016 المتضمن تعديل قانون العقود والالتزامات، على غير ما كان مقررا في المادة 3/1134 السابقة، التي تحدثت عن مبدأ حسن النية في حدود المرحلة المتعلقة بتنفيذ العقد، وقد تأكد إعمال هذا المبدأ في جميع مراحل العملية التعاقدية حتى وإن كانت مجرد دعوة إلى التفاوض من خلال المادة 1112/2²، التي توجب مراعاة حسن النية في جميع الأحوال، بما فيها مرحلة المفاوضات، أي قبل التعاقد، سيما وأن هذا الالتزام القانوني يتعلق بالنظام العام ويترب عن مخالفته البطالان، وهو ما يظهر مدى الحماية التي وفرها المشرع لأطراف العقد تعزيزا للثقة والائتمان بينهم، وفي العملية التعاقدية برمتها، بغض النظر عن المركز القانوني للمتعاقد، محترفا كان أم لا، وهو ما اعتبره الفقه تقينا لما استقر عليه القضاء³، ويُبرز ظاهرة العودة بالقانون إلى دائرة المبادئ الأخلاقية، التي تعد أكثر التصاقا بوصف المشروعية، وهي المتطلب القانوني الذي عجز الفقه القانوني عن تحديد ماهيته ومعايير ضبطه، في ظل فلسفة القانون المدني التي توجب على القاضي التزام النص المقنن لأقصى درجة.

ولأن موضوع أخلقة العلاقة العقدية، كان ولا يزال الهاجس الذي يؤرق الأجهزة القضائية والتشريعية لأجل تحقيق العدالة وإقامة المساواة بين أفراد المجتمع، والحيلولة دون استغلال بعضهم لبعض، لاختلاف مراكزهم القانونية ووضعهم الاقتصادي، ظلت التشريعات تعمل على تجسيد الجانب الأخلاقي عبر العديد من النصوص القانونية تكريسا لمبدأ أخلقة العلاقات التعاقدية، من خلال خلق التزامات قانونية جديدة، كالالتزام بالإعلام، والالتزام بالتبصير، والالتزام بالنزاهة، والتضامن والتعاون، والتي تعتبر نتيجة طبيعية للالتزام العام بحسن النية، حفاظا على الوسيلة العقدية كتقنية قانونية لخدمة المجتمع، ومن ثم يكون تأثير القاعدة الأخلاقية على القاعدة

1- Nouveau article 1104/1 du code civil Français: «les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi».

2- Nouveau article 1112/01 du code civil Français: «d'initiative, le découlement et la rupture des négociations précontractuelles son libres, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi».

3- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع -القانون أداة للإصلاح والتطوير- 10/09 ماي 2017، ملحق خاص، العدد: 02، ج.02، نوفمبر 2017، ص.296.

القانونية من خلال تصور العلاقة بينهما، باعتبار القاعدة الأخلاقية من المفاهيم النسبية والمتطورة، تتغير وتتبدل مع تبدل الزمان والمكان، وبالنتيجة تأثيرها على مضمون العقد¹.

وما يوحى إلى الحرص الذي أولاه المشرع المدني الفرنسي لمبدأ حسن النية في العمليات التعاقدية في النسخة المنقحة لتقنينه المدني، هو ما جاء في المادة (1112-1/01) التي نصت على أنه: "يجب على من يعرف من الأطراف معلومات هامة ومحددة لتكوين رضاء الطرف الآخر أن يقوم بإعلامه بها، متى كان هذا الأخير يجهلها على نحو مشروع قانوناً أو كان منحه ثقته"²، إذ يعد الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض أحد مقتضيات حسن النية، مع وضع شروط معيّنة له تضبط طبيعة هذا الالتزام وتخرجه من دائرة العمومية، بحيث يجب أن تكون هذه المعلومات هامة وجوهرية في تشكيل رضا الطرف الآخر، وأن يكون أحد الأطراف عالماً بها في الوقت الذي يكون المتعاقد معه جاهلاً بها، أي أن هذا الأخير إذا كان يعلم بها من قبل، فليس ثمة إخلال بواجب الالتزام بالإعلام، بالإضافة إلى ضرورة ألا يكون جهل الطرف الآخر أو ثقته التي منحها بمن تفاوض معه، راجعة إلى تقصير منه، بمعنى أنه لا يمكن التمسك بدعوى الإخلال بهذا الالتزام متى كان يتعين عليه أن يعلم، أو كان قد وضع به ثقة مفرطة، وهو ما عبر عنه المشرع بعبارة أن يكون عدم العلم مشروعاً قانوناً، وهي الصياغة التي تحتفظ للقاضي بقدر كبير من السلطة التقديرية للموازنة بين التزامين متقابلين لكلا الطرفين، وهما الالتزام بالإعلام والالتزام بالاستعلام، على أن هذا الالتزام العام الذي جاءت به أحكام المادتين السابقتين، لا يجوز أن يخل بما تقتضيه بعض الصور الخاصة التي كرسها القضاء الاجتهادي الفرنسي في بعض العقود بوجه خاص، على عاتق الطرف المحترف لمصلحة الطرف الآخر، سواء كان غير محترف أم محترفاً في غير موضوع العقد³.

وكقاعدة عامة يمكن استخلاصها من أحكام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي نصت عليه المادتين السالفتي الذكر، المدرجتين في القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم: 2016-

¹ - محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد: 22، العدد: 04، 2014م، العراق، ص.776.

2- Nouveau article 1112-1/01 du code civil Français: «Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre, doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette information ou fait confiance à son contractant».

3- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.297. الهامش رقم: 18.

131، هو أنه لا يجوز الاتفاق على الحد أو الإعفاء من الالتزام بالإعلام، وأنه في حالة قطع المفاوضات بسوء نية، يمكن للطرف المتضرر من ذلك المطالبة بالتعويض في حدود ما لحقه من خسارة، دون ما فاتته من كسب، حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها (2/1112)، ويترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام إمكانية إبطال العقد بناء على أحكام المادة 1130 وما يليها (المادة 1112-05/1)¹.

المطلب الثالث: المقومات الجديدة للعقد في التقنين المدني الفرنسي 2016

تمنح الأحكام الجديدة التي تؤطر العقد وتحكمه، أبعادا وتصورات أخرى غير تلك الصورة التي سادت في أذهان الفقه وممارسي القانون خاصة في المدرسة اللاتينية، من أن العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء، أو الالتزام بعمل أو الامتناع عنه، وسيكون على الفقه مهمة إيجاد تعريف أكثر دقة، لهذه الفكرة القانونية البالغة الأهمية في القانون، على ما تمثله من دور محوري في المعاملات المالية منها وغير المالية، وسنرى عبر هذا المطلب النظرة المتجددة التي أصبح يُنظر بها إلى العقد في ظل المراجعات العديدة التي خاضها الفكر القانوني منذ عقود.

الفرع الأول: مراجعة جذرية لمفهوم العقد وأحكامه

القراءة الأولية لمضمون التعديل الجذري الذي مس القانون المدني الفرنسي عام 2016، تبين بوضوح التوجّه الجديد الذي أخذه القانون المدني الفرنسي في جانبه النظري والتنظيمي، حيث بادر في الباب الثالث من الكتاب الثالث، إلى تقديم مصادر الالتزام في نص المادة 1100²، الذي أصبح ينشأ عن التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، أو بسلطة القانون فقط، مستلهما التقاليد القانونية الجرمانية، على عكس ما كان سائدا قبل التعديل، وهو تغيير مثير للاهتمام مسّ تصنيف مصادر الالتزام التي بقيت على الشكل الذي وضعه الفقيه الروماني "جاوس" في كتاب النظم سنة 170م، وبهذا يكون التقنين المدني الفرنسي قد التحق بالتقنينات

1- Nouveau article 1112-1/05 du code civil Français: «Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants».

2- Nouveau article 1100/1 du code civil Français: «Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi».

التي تعتمد مفهوم التصرف القانوني بالنسبة للالتزامات التعاقدية، كما هو الحال بالنسبة للتقنين الألماني والتقنين الهولندي¹، حيث جاء التعديل بفلسفة جديدة في جانبه الشكلي، من خلال تقنيته لثلاثة مبادئ تتعلق بنظرية العقد، وهي: الحرية التعاقدية، مع إخضاعها للنظام العام، والقوة الملزمة للعقد، وحسن النية، التي امتدت إلى مرحلتى التفاوض وإبرام العقد بعد أن كانت تقتصر على مرحلة تنفيذه، وهي الأحكام التي تضمنتها المواد 1102 و1103 و1104 على التوالي من التقنين المدني الفرنسي المعدل، كما أعيد تقنين أنظمة قانونية أخرى تمّ تطويرها على مدى قرنين من الممارسة القانونية، مثل ما هو الشأن بالنسبة لنظام الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد التي تكفلت بإيراد أحكامه المادة 1124 الجديدة، والوعد بالتمضيّل بموجب المادة 1123، وحالات البطلان المنصوص عليها في المادة 1178 وما بعدها، لا سيما المادة 1184 التي تضمنت أحكام البطلان النسبي، وإنهاء العقد بطريق الإعذار حسب المادة 1221، ووضع تعريف جديد للقوة القاهرة في المادة 1122 وإنقاص الثمن في المادة 1223، وإقرار التقنين المدني الفرنسي في نسخته المعدلة سنة 2016 لقاعدة انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد في المادة 1196، وإعادة صياغة أحكام النصوص المتعلقة بعيوب الإرادة، الغلط، والتدليس، والإكراه، في المواد 1130 إلى 1144، إذ قننت المادة 1143 الجديدة مبدأً من المبادئ التي يعتبرها الفقه القانوني صنعة قضائية، ويتعلق الأمر هنا باصطلاح جديد دخل قاموس القانون المدني الفرنسي، ونعني بذلك اصطلاح الإكراه الاقتصادي *Violence économique*²، عندما يساء استخدام حالة التبعية التي يجد الطرف المتعاقد معه نفسه فيها، وهو الحال ذاته بالنسبة للكثير من النصوص المذكورة آنفاً، التي تعتبر تقنيناً لمسائل قانونية تم تخريج أحكامها من قبل القضاء الاجتهادي.

1- جان سيمانس وكارولان كالوم، الإصلاحات في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 10-11.

2- Nouveau article 1143 du code civil Français: «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif».

وبخصوص تكوين العقد، فقد نصت المادة 1128 من الأمر رقم: 2016-131، المتضمن تعديل قانون العقود والقواعد العامة لإثبات الالتزامات، على الشروط الأساسية لذلك، وهي: اتفاق الأطراف، وأهلية المتعاقدين، ومضمون مشروع وحقيقي¹.

ويُظهر هذا النص لأوّل وهلة، الاختلاف الجوهرى في شكله ومضمونه، مع ما كانت تنص عليه المادة 1108 من مدوّنة القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، فالصيغة الجديدة للنص خلت من شرطين كانا يُعدّان أساسيين لقيام العقد، والمتمثلان في المحل والسبب، وإدماجهما في عنصر مستحدث تحت مسمّى "محتوى أو مضمون العقد" Contenu، مع إعادة صياغة نص المادة 1101، التي كانت تعرّف العقد على أنّه: "اتفاق يلتزم بموجبه، شخص، أو عدّة أشخاص، اتجاه شخص، أو عدّة أشخاص، بالقيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل، أو بإعطاء شيء"، في محاولة لتجاوز الخلط الذي كان واقعا بين مفهومين قانونيين مختلفين، العقد والالتزام، والذي كثيرا ما انتقده الفقه ونبّه إلى التناقضات التي يحملها في دلالاته القانونية، حيث جاء التعريف الجديد مُنقّحا من الشوائب الاصطلاحية التي علقت به لأكثر من مائتي عام، وأصبح منطوق النصّ المعدّل يقرّر أنّ العقد هو: "توافق إرادات بين شخصين أو أكثر، يهدف إلى إنشاء التزامات، أو تعديلها، أو نقلها، أو إنهاؤها"².

ويبدو التعريف الجديد أكثر ميلا للتركيز على طبيعة التعاقد المؤسّس على الإرادة الموحّدة لأثر قانوني، على خلاف التعريف القديم الذي تميّز بالعمومية³، واستعمال ألفاظ لها دلالاتها الخاصة في الاصطلاح القانوني، كاعتبار ألفاظ (الالتزام والعقد) مترادفين يفسّران بعضهما، وهو ما يعد نزولا عند آراء وتحليل الفقه القانوني في فرنسا وخارجها، ممّن تأثرت أنظمتهم القانونية بقانون نابليون، على غرار الكثير من الدول العربية⁴، رغم أن الملاحظ على التعريف الجديد أنه لا يزال يعتقد ويعتمد الطابع الثنائي لمفهوم العقد تحت تأثير الصورة النمطية التي ترسّخت عنه في المدرسة

1- Nouveau article 1128 du code civil Français: «Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1) Le consentement des parties; 2) Leur capacité de contracter; 3) Un contenu licite et certain».

2- Nouveau article 1101 du code civil Français: «Le contrat, est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

3- نجوى رويني، مقارنة في أسس تكوين العقد، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد: 3، 2019م، المغرب، ص.5.

4- المرجع نفسه، ص.5-6.

اللاتينية، والتي ترى بأن العقد هو الصورة الأصيلة للتصرف القانوني، في حين أن الواقع غير ذلك، وأن الالتزام بالإرادة المنفردة يدخل أيضا ضمن مفهوم التصرف القانوني، ويخضع لقانون العقد بإقرار من فقهاء ومشرّعي هذه المدرسة نفسها، ولعل إفراده للوعد الملزم لجانب واحد والوعد بالترتيب بمادتين مستقلتين، يؤكد الصورة المضطربة لدى الفقه القانوني لماهية العقد، رغم إدراج كل منهما تحت عنوان العقد.

الفرع الثاني: التحول التشريعي من فكرة المحل والسبب إلى فكرة المضمون

جمع التشريع المدني الجديد لقانون العقد فكري السبب والمحل في مفهوم واحد، اصطلاح عليه بـ "المضمون"، واشترط لصحة العقد أن يكون هذا المضمون حقيقي ومشروع، ملغيا بذلك المادة 1108 من التقنين المدني السابق، والتي كانت حجر الزاوية في نظرية العقد، إذ أنّ ركنا السبب والمحل، هما شرطان جوهريان في كينونة العقد، وقد حاول المشرع المدني الفرنسي بهذا التعديل تبسيط المفاهيم المرتبطة بكيان العقد، والتي طالما شكلت عقبة أمام القضاء والمشتغلين على القانون في تطبيقاتها العملية ومخرجاتها الفقهية، ففكرة مضمون العقد من شأنها أن تحقق الوظائف الثلاثة التي كانت تتصل بعنصري المحل والسبب؛ وهي التحقق من مشروعية العقد، ووجود محل الالتزام أو محل التعاقد، ومراقبة التعادل بين الأداءات في العقد، وبالتالي يمكن لهذه الفكرة أن تختصر الأدوار التي كانت تقوم بها فكري المحل والسبب، فعن طريقها يمكن التحقق من كون الالتزام المقابل موجودًا، وأن العقد مشروعًا، ولا يخالف النظام العام أو الآداب العامة¹، وهي الأهداف التي سعى التعديل الجديد لتحقيقها بشكل أكثر وضوحا وبساطة، بعيدا عن التعقيدات التي كان يشكلها المفهوم الهلامي لفكرة السبب في الالتزامات التعاقدية، ويؤكد ذلك التقرير المرفق بالأمر المتضمن للتعديل، الصادر عن الرئاسة الفرنسية، بصدده شرحه لأسباب التعديل الجوهري الذي مس قانون العقد، والذي يعد بمثابة المذكرة الإيضاحية له، حيث أورد في عرضه للأسباب التي أدت بالمشرع لإلغاء نظرية السبب من التقنين المدني الفرنسي، بأنه: "نظرًا لصعوبة وضع تعريف محدد لمفهوم السبب، والانتقادات التي واجهها من الفقه، باعتباره مصدرًا لعدم اليقين القانوني، وعائقًا في وجه الفاعلية القانونية، فقد استقر الخيار على عدم الإبقاء على هذا المفهوم واستبداله

1- جمال حسن لوباني، تطور نظرية العقد في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.ص. 46-47.

بقواعد أكثر وضوحًا، تتيح للقاضي الوصول إلى نتائج عملية، دون الصعوبات التي يثيرها مفهوم السبب¹.

إن التحول في موقف المشرع الفرنسي عن نظريتي المحل والسبب في قانون العقد، جاء من خلال المواد العشر المكوّنة للقسم الخاص بمضمون العقد في التقنين المدني الفرنسي المعدل، وما يلاحظ للوهلة الأولى، هو الغياب شبه التام لمصطلح المحل، والغياب التام لمصطلح "السبب"، من النصوص التي تسوس العقد وترسم معالمه، حيث استعاض عنهما بمصطلح جديد، لم يعرفه القانون المدني الفرنسي من قبل، وهو اصطلاح "مضمون العقد" مع اشتراطه أن يكون مشروعًا وحققيًا *Contenu licite et certain*، الأمر الذي جعل الفقه يتساءل عن طبيعة هذا التحول وحدوده، فواقع الحال يقول بأننا أمام نظرية قانونية جديدة، ويتعلق الأمر بـ "نظرية مضمون العقد"، التي حلّت محلّ ركني المحل والسبب، وفق تصور قانوني جديد، تكرّس فيه الوجود القانوني لمحل العقد من خلال إدماجه في مضمون العقد، وأعيد فيه النظر من الموقف القانوني اتجاه سبب العقد، من خلال ترك المفهوم الموضوعي والشخصي لهذه النظرية، لصالح فكرة قانونية أخرى هي "المقابل المأمول" من العقد، وهو ما يستدعي مناقشة نتائج هذا التحول على مستوى نظريتي المحل والسبب².

فعلى مستوى المحل، فقد نصت المادة 1163 الجديدة على أن الالتزام يكون له موضوع، قوامه أداء حالّ، أو مستقبلي، ممكن ومعين، أو قابل للتعيين، أي أن لكل عقد مضمون ثابت، يتمثل في الأداء المعبر عنه بموضوع العقد، والذي يجب أن يكون ممكنًا، وقابلًا للتعيين، إمّا وفقًا للعقد، أو العرف، أو لتعامل سابق بين الأطراف، دون الحاجة لوجود عقد جديد، ولكن المفارقة أنه ورغم التجديد الذي أحدث ثورة في المبادئ والمفاهيم القانونية التي عرف بها، إلا أنه يلاحظ بأن المشرع المدني الفرنسي، مازال يمزج بين نظريتي العقد والالتزام، إذ يتناول نص المادة السالفة

2- «Le sort réservé à la **notion de cause** doit être souligné: si le mot de «cause» n'apparaît plus dans le code civil, cela ne permet pas de conclure à sa disparition pure et simple dans notre droit positif, dans la mesure où certaines de ses fonctions traditionnelles ou plus modernes sont maintenues ou consacrées». voir: rapport au président de la république relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. France, 2017. <https://www.assemblee-nationale.fr>. Vue le: 23-05-2023. à 15^h: 23^m.

2- جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.46.

الذكر فكرة العقد وفكرة الالتزام في الوقت نفسه، عندما يتحدث على أن الالتزام إما يكون بمحل أو بأداء حال أو مستقبلي¹، في الوقت الذي كان عليه تجاوز هذا الخلط بين الفكرتين، بالتركيز على فكرة العقد كفكرة قانونية موحدة، سيما وأن باقي النصوص المتعلقة بهذا القسم ذكرت وبوضوح فكرة العقد وليس الالتزام، إضافة إلى التحديد الجديد لمصادر الالتزام، بالنسبة للقانون المدني الفرنسي المعدل، وهي على التوالي، التصرف القانوني، والواقعة القانونية، والقانون، أسوة بالنظريات الحديثة، وبذلك فإنّ فكرة المحل، أصبحت جزءاً من العقد، ومرتبطة بمضمونه، في حين أصبح الأداء الذي يمثل موضوع العقد منفصلاً عنه، إذ يمثل جانبه التطبيقي جوهر ما اتفق عليه المتعاقدان.

أما على مستوى فكرة السبب ووظائفها الكلاسيكية، فيذهب البعض من شراح القانون وفقهائه فيما يتعلق بشرط عدم مخالفة العقد للنظام العام، من حيث الغاية أو الهدف منه، حسبما نصت عليه المادة 1162 الجديدة، بأن المقصود بذلك، هي الشروط التي يضعها المتعاقدان في عقدهما، والهدف المتابع من طرفهم، ويربطون بينها وبين البواعث التي تُتأبع من طرف المتعاقدان بالنظر إلى اتصال الغاية أو الهدف بالباعث الدافع، ويدعمون رأيهم بمضمون العبارات التي صيغ بها نصّ المادة 1170 التي تقرر بأنه: "يعتبر كأن لم يكتب، كل شرط يجرم الالتزام الرئيس للمدين من مضمونه"، وهو ما دفع هذا التيار من الفقهاء إلى القول بأنّ المشرع الفرنسي احتفظ بكل خصائص السبب المتضمنة في نصوص أخرى، التي أسندها له القضاء² وأن اختفائه من نصوص التقنين المدني الفرنسي ليس إلا اختفاء ظاهرياً.

والأهم أن فكرة مضمون العقد، تعتبر واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم: 131-2016، الذي جاء بأفكار ومبادئ جديدة في نطاق القانون المدني، فضلاً عن إلغائه لأحكام ومفاهيم قانونية ظلت ملازمة لهذا القانون لأزيد من قرنين، وفي

1- Nouveau article 1163 du code civil Français: «L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire».

2- حسن عبد الله عبد الرضا الكلاي، مضمون العقد، دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي، والقانون المدني الفرنسي المعدل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: 17، العدد: 01، العراق، 2018م، ص.672.

مقدمتها فكري المحل والسبب في العقد، اللذان كانا يمثلان بوابة التشريع المدني الفرنسي واللاتيني، إلى أعمال فكرة المشروعية في التصرفات القانونية المؤسسة على فكرة الإرادوية.

الفرع الثالث: خلفية تلافي النص على المحل والسبب في تعديل 2016

من أهم ما تضمنه التعديل الجذري لقانون العقد في القانون المدني الفرنسي، كما أسلفنا هو التخلي الصريح عن عنصري المحل والسبب وإدماجهما في فكرة واحدة تحت مفهوم جديد على مفردات اللغة القانونية في التشريع والفقهاء القانونيين الفرنسيين، هي فكرة محتوى أو مضمون العقد *Le contenu de contrat*، واشترط فيه أن يكون مشروعاً وحقيقياً *Licite et certain*، وهو ما يوحي بأن المشرع الفرنسي سحب هذين الشرطين من العنصرين السابقين (المحل والسبب) اللذان كانا يمثلان جزءاً من ماهية العقد، ليضمهما إلى مفهوم أكثر اتساعاً، يستوعب كافة العناصر المحيطة بالعملية العقدية، ففكرة المضمون بإمكانها أن تحقق الوظائف الرئيسة الثلاثة التي كانت تتوزع على العناصر المكونة للعقد، وهي: التحقق من مشروعية العقد، والتحقق من وجود محل الالتزام، والتعادل بين الأداءات¹، كما سبق وأن أشرنا إليه.

ولذلك، فإن إلغاء نظرية السبب من نصوص التقنين المدني الفرنسي، في التعديل الذي تمّ سنة 2016، كان منتظراً حسب رأي بعض الفقهاء، فقد ظلت وظيفة السبب غير واضحة تماماً، بمفهوم مزدوج بين موضوعية السبب وذاتيته، بالإضافة إلى تداخله مع مبادئ لها أهميتها القانونية ضمن المبادئ التي تسوس العقد، مثل نظرية المحل، ونظرية الغلط، وهي الإشكالات التي ما فتئت تظهر في قرارات محكمة النقض وتعليقات الفقهاء، نظراً للالتباس الخطر لمفهوم السبب، خاصة عندما يكون المقصود، تحديد خصائص البطلان لعلّة الغلط في السبب، فبعضهم يجعل منه بطلاناً نسبياً، ويجعله البعض الآخر بطلاناً مطلقاً²، وهو الإشكال الذي يرى بعض الفقهاء بأنه: "يأتي بسبب تأثير رأي "كاييتان" الذي يماثل بين الغلط في الصفات الجوهرية، والغلط في السبب، وهذا المفهوم، يُنسَبُ بين جميع الفرضيات التي تقتضي أن يؤخذ الغلط بعين الاعتبار، وهو ما يستدعي

1- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.305.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.967.

تحليل إرادة من يتدرّج به كونه سببا لالتزامه¹، مما صعب مأمورية تبرير الأساس الذي يبني عليه البطلان ودرجته، ويضيف الأستاذ جاك غستان بصدد تحليله للإشكال الذي تطرحه فكرة السبب في الالتزامات التعاقدية بأنّه: "من المناسب على صعيد مفردات اللغة القانونية، استبعاد الصيغ الغامضة، كصيغ الغلط في الفعالية القانونية للسبب، أو الصيغ الملتبسة، كصيغة الغلط في السبب"²، إذ تبرز المصادر التاريخية، والمعنى الذي أُعطي لاحقا لنصوص مدونة القانون المدني الفرنسي، حول عيوب الرضا، أو السبب، المزيج المعقّد للمبادئ المطبّقة، والمصالح المأخوذة في الاعتبار³، فمذهب الإرادة يقضي بكفايتها وحدها لإنشاء الالتزام، دونما حاجة لاستلزام أوضاع شكلية، فالتعبير عن الإرادة على أيّ نحوٍ، يكفي لتولّد الأثر القانوني⁴، وإذا كان الأمر بهذه الصورة، فلا يجوز فصل الإرادة عن الغرض الذي تسعى إليه⁵، فكل شخص يلتزم اتجاه شخص آخر، محكوم باعتبارات الغاية التي يهدف إلى تحقيقها عن طريق هذا الالتزام، فالإرادة في الالتزام التعاقدية، هي دوما وبالضرورة محكومة بالرغبة في الوصول إلى مقصد، وبالمحصلة فإنّ الالتزام من دون غاية أو هدف (سبب)، لا يمكن أن يصدر إلّا من مجنون⁶.

لقد أدّت الحلول المختلفة، والوظيفة المزدوجة لنظرية السبب، إلى التباس حقيقي في تحديد مفهوم دقيق، ومعايير واضحة، تضبط المقصود بالسبب في الالتزامات التعاقدية وتقدير مشروعيتها، والوقت الذي يتم فيه ذلك، هل عند تكوين العقد؟ أم عند تنفيذه؟ أم في الوقتين معا؟ أم أنّ مفهوم المشروعية يتجاوز العناصر المكوّنة للعقد، إلى نتائج العقد أو التصرف في حدّ ذاتها؟

فقد ينشأ العقد صحيحا مستوفيا جميع شروطه، ويؤول إلى نتيجة غير مشروعة، فظاهر التصرف يستجيب لكل ما يطلبه القانون، وآثاره في الواقع تناقض القانون الذي منحه الوجود والحماية، وتحدث هنا عن القانون بمفهومه الواسع، أي بمصادره التي يحيل هو نفسه القاضي عليها في حالة غياب النص، وهو ما يُنبئ بأن النص القانوني قاصر على أن يتوقع ما سيحدث

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.968.

2- المرجع نفسه، ص.1069.

3- المرجع نفسه، ص.61.

4- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.39.

5- المرجع نفسه، ص.25.

مستقبلا في خضم تفاعلات الظواهر الحياتية، وأن لا مفر من اللجوء لحلول أخرى توجد خارج النصوص القانونية، يناط دور الاجتهاد فيها إلى القاضي، بناء على معايير موضوعية يستنتجها من الواقع المادي للتصرف.

المبحث الثاني: المفهوم المضطرب لنظرية السبب ومآلات اختفائها من قانون العقود

التأويلات المختلفة لفكرة السبب في التصرفات القانونية الإرادية، سواء بالنسبة للقضاء أم الفقه، وقصور العديد من الأنظمة القانونية المنبثقة عن التصوير النظري للعقد في الفقه القانوني، كمنظية بطلان التصرفات القانونية، والفسخ، والدفع بعدم التنفيذ، والالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة، وأساس القوة الملزمة للعقد، وغيرها من التقنيات القانونية التي تتصل بنظام العقد، أشرت للإرهاصات الأولى لبداية التفكير في البحث عن مخارج وحلول جديدة للمأزق الذي وقع فيه القضاء والفقه الفرنسيين، في معالجتهم للمسائل المطروحة بالنسبة لقانون العقد، في ظل الحلول العديدة والمختلفة التي باتت تُؤسس لها الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء، وتعقيدات الواقع الجديد الذي وجدت المنظومة الفرنسية للتقنين المدني نفسها فيه، جراء تأثير التحولات المتسارعة في العالم سياسيا، واقتصاديا، واجتماعيا، وحتى ثقافيا، ابتداء بما فرضته المنظومة الأوروبية من وتيرة جديدة في عالم الاقتصاد والمعاملات البنينة، وانتهاء بنظام العولمة الذي فرض قواعده الجديدة للعبة الاقتصاد والسياسة والاجتماع، وهو ما قاد المشرع الفرنسي إلى إحداث ثورة في قانون الالتزامات والعقود، سنخص فيها من خلال المطالب الآتية، بحث مسألة السبب ومآلاته في هذا القانون ومظاهر التجديد فيه وخلفياته، وكيف يمكن مراقبة مشروعية التصرفات القانونية في غياب نظرية السبب في التقنين الجديد.

المطلب الأول: مآلات السبب في التصرفات القانونية في التقنين المدني الفرنسي

مستت التعديلات المدخلة على التقنين المدني الفرنسي أكثر من ثلاثمائة مادة، تعلق أغلبها بالنص على مبادئ وأحكام جديدة تنتظم العقد وتحدد شروطه، وتجعله أكثر مرونة ومواءمة للقوانين المتطورة، وفي هذا الاتجاه جاء قرار الحسم من المشرع الفرنسي بتعديل تقنينه المدني، الذي طالما كان مرجعا لعديد من الأنظمة القانونية حول العالم، ليقلب الطاولة على ما اعتقده طيلة قرنين، ويعيد النظر بشكل جذري في قانون العقد ومتطلباته، معتنقا فلسفة جديدة في مدرسة

القانون المدني خارج الموروث الفقهي والقانوني للفرنسيين، مؤلّياً شطر الرؤى الجرمانية للتصرفات القانونية، ومنظومة الكامنلاو في القانون، ولعل أبرز ضحايا هذا التعديل تمثل في التخلي عن عنصري المحل والسبب كركنين يشكّلان قوام العقد، وهو ما نحاول استكشاف خلفياته عبر الفروع الموالية مع التوقف عند موقع السبب من منظومة التقنين المدني الفرنسي في حلته الجديدة.

الفرع الأوّل: اضطراب الأساس النظري لعنصر السبب حمل عوامل فنائه في ذاته

ظلت أحكام مدوّنة القانون المدني الفرنسي منذ صدورها عام 1804، تقرر في المادة 1134 أنّ: "الاتفاقيات المكوّنة شرعا، تقوم مقام القانون بالنسبة للذين أبرموها"¹، أي أنّ الإرادة تستمدّ قوّتها من ذاتها، وهي الصيغة المأخوذة عن "دوما"، التي يجيلها هو نفسه إلى القانون الروماني، والتي تعني أنّ العقد إلزامي وحسب²، القاعدة التي جعلت الفقيه الفرنسي "جونو"، يتساءل في رسالة له بعنوان "مبدأ استقلالية الإرادة"، عما إذا كانت الإرادة وحدها هي من تنشئ العقد؟ وهل أنّها هي المصلحة العامّة التي يفترض أنّه يتعاون معها؟ هل هي شيء أسمى من العدالة الموضوعية المطلوب تحقيقها؟ ثم يعقب "جونو" على تلك التساؤلات في شكل إجابة تحتل أكثر من تأويل بأنّ: "الصيغة الواسعة والمرنة للمادة 1134 السابقة من القانون المدني الفرنسي، لا تستبعد أيّ من هذه التفسيرات، إذ ما هي في الواقع اتفاقية مكوّنة شرعا؟ فالمادة 1134 المذكورة آنفا، لا تحدد لنا مفهوما دقيقا وواضحا، وتكتفي بطرح المشكلة ولا تحلّها"³.

وفي معرض محاولة بحثه المقاربة التي تأسست عليها قواعد وأحكام مدونة القانون المدني الفرنسي، يتعرّض الأستاذ جاك غستان للمادة 1131 السابقة من القانون المدني الفرنسي بالتحليل والمناقشة، وهي التي كانت تنص على أنّ: "الالتزام دون سبب، أو المبني على سبب خاطئ، أو على سبب غير مشروع، لا يمكن أن يكون له أي أثر"، وفي خضم التحليل المعمق لأبعاد هذا النص وخلفياته، يتساءل عما إذا كان يشير ولو بشكل افتراضي، إلى تبعية الإرادة

1- R. Cabrillac, H. Lécuyer, F. Nammour, Droit des obligations, droit français-droit libanais, perspectives européennes et internationales, L.G.D.J. 1^{ed}, Fance, 2007, p.15.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.60.

3- المرجع نفسه، ص.60.

التعاقدية للعدالة؟¹ ما دام السبب لصيقا بالظاهرة الإرادية؛ مما يستفاد منه بصورة ضمنية، بأنه ليس الإرادة وحدها من تنشئ العقد وتحدد آثاره وتتعبق نتائجه وتراقبها، ويوضح أيضا، بأن الإرادة الخاصة وإن كان لها دور في إحداث هذه الآثار، فإن ذلك يكون بشكل نسبي، وأن هناك إرادة أخرى توازيها وتتفوق عليها في القوة، هي ولا ريب إرادة القانون الذي يعبر عن الإرادة العامة للجماعة، وهو ما يبين وبوضوح أن الفلسفة التي استوحاها قانون نابليون مما فهمه "دوما" و"بوتيه" عن الحلول التي أوجدها الرومان للالتزامات العقدية، تحت تأثير الصورة النمطية التي تشكلت لديهم عن ماهية العقد، والتي تجسدت في الشكلية كأداة لإظهار المعنويات في صورة مادية مُجَسِّمَة²، لم يكن من المستساغ مطابقة نتائجها مع نتائج مبدأ سلطان الإرادة، الذي تسرب إلى العقود الرومانية تحت ضغط الضرورات العملية التي فرضتها تطورات الحياة الاجتماعية والاقتصادية في العصر العلمي، ثم تكرر كقاعدة عامة في جميع العقود تحت تأثير الفهم الكنسي للالتزامات التعاقدية الممزوج بالنزعة الأخلاقية، تلقفها أنصار القانون الطبيعي وعلمنة القانون، وفي مقدمتهم الفقيهان الفرنسيان "دوما" و"بوتيه"، ومرروها لقانونهم الشهير، ومن ثم اختلطت عليهم المفاهيم ذات المرجعيات المختلفة، فعالجوا المفاهيم المعنوية الماورائية، بمنهج مادي صرف تحت تأثير المنهج التجريبي في علوم المادة الذي بدأ يعرف تقدما سريعا بداية من تلك الحقبة، سبقه ازدهار الفلسفة والعلوم العقلية، مما عزز إيمانهم بصدق القاعدة القانونية في جميع الأحوال استنادا إلى علم المنطق.

فالحرية التعاقدية، كنتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة، كان يجب أن تتفق مع اهتمامات أخرى، كالمنفعة الاجتماعية والخير العام، الذي عبّر عليه فقهاء القانون بالنظام العام والآداب العامة، أي احترام القاعدة الأخلاقية والأمن القانوني، اللذان يمثلان الأداة الفاعلة لحماية الاستقرار على طريق ترسيخ الثقة والائتمان، وتحقيق العدالة بكافة صورها، وهي غايات سامية تستوجب الاستقامة والإنصاف وحسن النية، وأوصاف أقرب إلى الخلال الأخلاقية منها إلى منطق القانون وصرامة قواعده، وعلى ما يبدو فإن هذا المعطى هو منشأ ظهور إشكال فكرة السبب في

1- جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.60.

2- محمود أبو عافية، التصرف المجرد، 1948، ص.ص.6-9. نقلا عن: عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص.13.

الالتزامات التعاقدية لدى الفقه القانوني اللاتيني، التي حاول من خلالها القضاء والفقه الفرنسيين، البحث عن مخارج قانونية لمتطلبات المشروعية، كمقصد يوجد في عالم الأخلاق والمثل، أكثر منه في عالم القانون.

وفي واقع الأمر، فإنّ المبدأ الذي كان متعارفاً عليه منذ مدّة ليست بالقصيرة لدى الفقه التقليدي، المتمثل في المقابل في الالتزام، والمشروعية في الالتزام، والذي تطور إلى مفهوم أكثر حداثة، أوجدته اجتهادات محكمة النقض الفرنسية، ورسمت من خلاله معالم جديدة لمفهوم السبب، إذ أصبح من معانيه ليس المقابل فحسب، وإنما توسع إلى المنفعة والجدوى المتوخاة من العقد، هو الاجتهاد الذي تَوَجَّهَ منتقدي نظرية السبب بإقرار عدم جدواه وضرورة العمل على تجاوزه، كون الزمن قد تجاوزه، ومن ثم وجب إلغاؤه¹.

بالمقابل، ظهر تيار فقهي محافظ يريد الإبقاء على النظرية التقليدية، مع إلباسها ثوبا جديداً في شكل حلول مستحدثة، وهو ما أعاد طرح السؤال القديم الجديد: هل فكرة السبب هي الضامن الوحيد للوصول إلى الغاية المرجوة من فكريتي المقابل والمشروعية؟ أم أن هناك من الأدوات القانونية ما يوصلنا إلى ذات الغاية دون المرور بفكرة السبب ذات المفهوم الفلسفي المعقد؟

أمام هذه الأسئلة المتجددة، ظهر هناك رأيين، أو بالأحرى فرضان: السبب كمفهوم، ومدى حاجة قانون العقود له، سيما في القانون المدني الفرنسي الذي يُعدّ عراب هذه الفكرة في التصرفات القانونية الإرادية، والسبب كتطبيق، ومدى الحاجة إليه ضمن هذا القانون، ثم هل يمكن تصور التزام دون سبب؟

الحقيقة والمنطق يقولان بأن القانون، كقاعدة لضبط السلوك البشري وكمظهر حياة، ليس معنيا بالتأكد من وجود السبب وصحته ابتداءً، لأن هذين الأمرين مفترضان إلى أن يثبت العكس، في ظل مبدأ الحرية التعاقدية كأحد النتائج المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، والاتصال الوثيق لهذه الأخيرة بسببها، ولن يكون بالإمكان القول بمشروعية السبب من عدمها إلا عبر مظهره المادي اعتباراً لآثار التصرف المقصود، وعندئذ، يمكن قياس سببه من حيث الوجود والمشروعية، ولا يمكن القول ابتداءً، إن هذا الالتزام من دون سبب لأنّ القانون لم يعلم به، وأن

1- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, Droit civil, les obligations, op.cit., p.448.

ذلك ينفي وجوده، وإلا وجدنا القانون يتدخل بنوايا الأشخاص لجهة الوجود أثناء إنشاء العقد، وهو أمر خارج عن نطاق القانون، الذي من المفترض أنه لا يهتم بالنية لجهة الوجود، وإنما يهتم بها لجهة الأثر، ومثل هذا التحليل إنقَادَ الكثير من فقهاء القانون المدني حديثاً، إلى الحد الذي سلموا فيه بأن فكرة المشروعية أصبحت اليوم منفصلة عن فكرة السبب، حتى في نظريته القائمة على الاعتبار الشخصي، بما فيها فكرة الباعث، كما الدافع، وحتى الغاية أو الغرض، وهو ما يبرر غياب السبب عن أركان العقد في معامله الجديدة بعد إعادة النظر في جدوى نظرية السبب¹، وعدم ظهورها في القانون المدني الفرنسي الذي يعتبر النموذج الملهم للمدرسة اللاتينية في القانون.

الفرع الثاني: التأويل الفقهي للنصوص الجديدة في التقنين المدني المعدل، بحث في فائدة

السبب

إن غياب عنصري السبب والمحل، كركنين استقرّا في التقنين المدني الفرنسي، وفي هذه المدرسة ككل، لروح من الزمن، حتى استيأس الفقه واعتقد أن امتلاك مقادير الجرأة على المساس بنصوص مدونة نابليون في القانون المدني، مغامرة محفوفة بالمخاطر، ولكن سنن الحياة اقتضت أنّ لا أحد يملك ناصية الحقيقة، بما في ذلك أفكار ومعتقدات الإنسان، خاصة في العلوم الإنسانية، وقد يطال التغيير الجذري ما كان يعتبر إلى وقت قريب من المسلّمات، واقع جعل فقهاء القانون المدني وشراحه في حيرة من اختفاء نظرية السبب في التعديل الذي أجراه المشرع الفرنسي، وغذى الخلاف والجدل وتضارب الآراء من جديد حول موقعها من قانون العقود، بعد الثورة التشريعية التي حدثت في التقنين الذي أرسى قواعدها (نظرية السبب).

لقد ظلّت فكرة السبب منذ ظهورها في الشريعة العامة للعقود في القوانين اللاتينية، بمثابة الفكرة التي ولدت وهي تحمل عوامل فنائها في ذاتها، إذ كلما أعمل الفقه فكره في ماهيتها وأساسها القانوني، محاولاً الإمساك بزمامها، انقلب إليه الفكر وهو حسير، لا يجد أساساً قانونياً قوياً وثابتاً يؤسس لرؤيته، الأمر الذي أثار الكثير من الجدل والخلاف حول الطبيعة القانونية لهذه الفكرة في قانون العقد، وجدواها في الإطار التعاقدي المبني على فكرة الإرادية، وهو ما كرس الوظائف المختلفة لنظرية السبب، خصوصاً في التطبيقات القضائية التي غالباً ما تلجأ إليها (فكرة

1- جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.43.

السبب)، كلما تاقت إلى تحقيق التوازن والعدالة العقدية¹، فهل تحلّى المشرع الفرنسي حقيقة عن السبب كفكرة تشكّل ركنا من قوام العقد؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون تموقعا جديدا لا يظهر للعيان؟

عند الرجوع إلى الأمر رقم: 131-2016، المعدّل للتقنين المدني الفرنسي، نلاحظ تجاهله لمفهوم السبب في العقود لصالح مفاهيم قانونية أخرى، من قبيل "الاعتبار" و"المقابل"، وهما الاصطلاحان المحسوبان على مدرسة (الكامنلاو)، خصوصا في عقود المعاوضة²، وهي الملاحظة التي توحى بأن المشرع الفرنسي قد هجر فكرة السبب فعلا، نظرا لما اكتنفها من غموض وصعوبات جمة أرقّت القضاء ومن ورائه الفقه، ودون شك أن هذا المسعى يحقق ميزتين للتقنين المدني الفرنسي، الأولى، تجسد التقارب والانسجام مع العديد من القوانين المجاورة التي سبقته في هذا الاتجاه، والثانية، هي تكريس مبدأ إعادة التوازن في العلاقات العقدية، التي شكلت اهتمام القضاء الفرنسي واجتهاده³، وهو ما يستخلص من نص المادة 1169 الجديدة، التي تتحدّث عن المقابل الوهمي، أو الزهيد، وتعتبرهما كافيين لبطلان العقد⁴.

هذه المفاهيم الجديدة التي وظّفها المشرع الفرنسي في صياغة الأحكام الناظمة للعقود، انقسمت آراء المعلّقين وشرح القانون بشأن مدلولها القانوني إلى اتجاهين؛ يرى الاتجاه الأول، بأنّ المشرع الفرنسي وإن كان تحاشى ذكر مصطلح السبب في التعديل الأخير، فإنّه أبقى على وظائفه في بعض أحكام المواد، 1162، و1169، و1170، و1178 وكذا المادة 1135، من الأمر رقم: 131-2016، من خلال توظيف فكري المشروعية والتوازن العقدي، ومن ذلك مثلا الأحكام التي نصت عليها المادة 1162 الجديدة بقولها إنه: "لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام، لا بشروطه، ولا بهدفه، سواء كان هذا الأثر معلوما من جميع الأطراف، أم لا"، وفكرة النظام العام ذات مفهوم واسع، تكون في أبسط صوّرها عبارة عن مجموع القوانين واللوائح التي لا

1- مُجّد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ج.01، ص.11.

2- نجوى رويني، مقارنة في أسس تكوين العقد، المرجع السابق، ص.9.

3- Rapport au président de la république relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. <https://www.ligifrance.Gouv.fr>. Vue le: 11 mars 2023. à 09^h: 22^m.

4- Nouveau article 1169 du code civil Français: «Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de ce lui qui s'engage est illusoire ou dérisoire».

يمكن تجاوزها من طرف الإرادة الخاصة، وهو ما نصّت عليه المادة 6 من القانون نفسه، كما هو الحال بالنسبة لقوانين حماية المستهلك، أو متطلبات الشكلية في بعض الاتفاقات، وقد تكون افتراضية أو محسوسة، والقاضي هو من يملك تقدير ذلك مسترشداً بمعيار المصلحة العامة، أو المصلحة العليا للمجتمع¹، وكذلك ما نصت عليه المادة 1170 من بطلان الشرط أو الشروط العقدية التي تحرم الالتزام الرئيس من جوهره، أو ما جاء في المادة 1178 بأن العقد يقع باطلاً متى كان مضمونه غير مشروع *Licite* أو غير حقيقي *Certain*² وفق ما نصت عليه المادة 03/1128 الجديدة.

وعلى رأي بعض الدراسات الحديثة في القانون المدني الفرنسي، فإن إسناد جزاء البنود أو الشروط غير المتسقة مع نطاق الالتزام الذي قدمه الطرف المتعاقد، حيث لا يمكن اعتبار المقابل إلا زهيدا في ضوء نطاق الالتزام الذي قدمه المستفيد، وبالتالي المقابل المتوقع من الطرف الآخر، من منظور الدوافع، والتي تفترض توصيف الحد الأدنى من الاهتمام بالعقد، بأخذ الالتزام المتعهد به في الاعتبار بالنسبة للفائدة المتوقعة في المقابل، فمن المرجح أن يؤدي الخلل التعاقدية الخطير إلى عدم كفاية الفائدة أو المقابل للمستفيد، الذي لا يمكن أن يكون كافيا وبالتالي مرضياً، من حيث شرط وجود سبب كاف للالتزام، بمعنى أن زهادة المقابل تؤدي إلى عدم كفاية السبب الذي دفع المتعاقد إلى إبرام التصرف، وبالنتيجة اتصاله بالرضا؛ وقد تم ابتداءً مثل هذا الحل لأول مرة في السوابق القضائية المتعلقة بالبنود المتعلقة بتحديد المسؤولية في عقود الإذعان، قبل تكريسها في جميع العقود خلال تعديل عام 2016 في المادة 1170 من التقنين المدني، التي يمكن من خلال أحكامها السيطرة على الفائدة التي يجنيها الطرف المقابل لحظة إبرام العقد، وتجعل من الممكن اعتبار أن عناصر الرضا متكاملة على هذا النحو من قبل الأطراف، وإن كانت ليست مؤكدة، ومع ذلك يمكن أن تشكل الحد الأدنى من الأسباب للالتزام، وتجعل التأكد من وجود السبب ممكنة³.

1- L. Tranchant et V. Égéa, *Les obligations, les mémentos Dalloz*, 22^{éd}, édition refondue intégrant la réforme du droit des contrats, ordonnance de: 10-02-2016, p.p.42-43.

2- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.307.

3- C. Delangle Bretelle, *Les motifs du contrats à titre onéreux, étude comparative des droits Français, Anglais et Allemand*, thèse présentée pour obtenir le grade de doctorat, Université de Bordeaux, France, 2020, p.p.179-180.

وعلى النقيض من ذلك، يذهب تيار فقهي ثان من شراح القانون المدني، إلى القول بأن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأوّل، القائل بأن المشرع الفرنسي قد احتفظ بخصائص نظرية السبب من خلال تضمينها في بعض المواد، هو تأويل تعوزه موجبات الدقة وعمق التحليل للنصوص الجديدة التي وردت في التعديل الجديد، وخلفيتها الفكرية والمرجعية، ويقولون بأنّ المشرع الفرنسي لم يكن يقصد بذلك سوى البنود التعاقدية، والهدف من العقد، وليس السبب الدافع إلى التعاقد، الذي هو مسألة شخصية كامنة في نيّة الشخص المتعاقد وإرادته الباطنة، بينما المشروعية المقصودة، هي تلك التي تتعلّق بالبنود التعاقدية التي يتفق عليها المتعاقدان، وتشكل مضمونه الذي يستمدّ مشروعيته من بنود العقد والغرض منه، إذ هي مسألة موضوعية تتعلّق بالأثر، أي النتيجة التي تتصل بالدافع إلى التعاقد¹.

ويبدو الرأي الأخير أقرب إلى الرجحان، وما يعزز هذا الطرح، هو أنّ مضمون العقد في النظام القانوني الفرنسي الجديد *Contenu*، يقترب كثيرا من المفهوم الذي أعطاه إياه القانون الإنجليزي، عندما حدّد المضمون العقدي بالاشتراطات المتضمّنة في العقد *Stipulations*، والهدف، أو الغاية، أو الغرض، أو القصد من العقد، الذي لا يجب أن يتعارض مع النظام العام²، وهو ما يؤكده التقرير الموجه إلى رئيس الجمهورية الفرنسية، بصدده شرحه للتعديلات الجديدة التي تضمنها الأمر رقم: 131-2016، في معرض التعليق على أحكام المادة 1162³، التي توجب عدم مخالفة بنود العقد للنظام العام، من حيث مشروعية هدفه وموضوعه، وإلا كان العقد باطلا، حتى وإن كان الطرف الآخر لا يعلم، بعدم هذه المشروعية⁴، فمضمون العقد يتحدّد تبعا لما اتفق عليه المتعاقدان من بنود نتيجة نقاش ومفاوضات، شرط ألا يكونا قد خالفا نصوصا أمرّة واعتبارات النظام العام، حيث يعتبر المشرع الفرنسي بموجب المادة 1128، المضمون المشروع والحقيقي شرطا أساسا لوجود العقد وصحّته⁵، ومثل هذا التحليل يسمح بالقول إنّ المشرع

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.672.

2- Nouveau article 1162 du code civil Français: «Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties».

3- Réforme du droit des obligations, un supplément au code civil 2016, à jour de l'ordonnance n°2016-131, du 10 février 2016, Dalloz, France, p.p.13-14.

4- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.675.

5- Réforme du droit des obligations, un supplément au code civil 2016. op.cit., p.9.

الفرنسي تحلّى عن فكرة السبب كركن من أركان العقد، على الأقل بمفاهيمها السابقة، إضافة إلى ركن المحل، وتم إدراجهما ضمن مفهوم جديد يدعى في صلب النص "مضمون العقد"، وهي فكرة أقرب إلى منطق الطابع الرضائي للعقد، حيث يشكل مضمونه ما تراضى عليه أطرافه بإرادتهم الواعية بحكم العقد الذي أبرموه، ولعل الاضطراب الذي ميز فكري المحل والسبب في الفقه القانوني منذ البداية، والتداخل المزعج بينهما، والصعوبات التي لاقت القضاء والفقه والقانون في وضع تعريف جامع مانع لعنصر السبب، يستوعب فكرة السبب بمختلف أبعادها، ويضبط معاييرها وأساسها القانوني، جعل من عنصر السبب في العقود، يتنافى ومنطق التشريع وخصائص القاعدة القانونية الموسومة بالعمومية والتجريد، وهو ما يُعد من قبيل المبررات المنطقية لسحب النظرية من قانون العقود، تبسيطا له وجعله أكثر سهولة في جانبه العملي.

وبناء على ما ذكر، فالأجدر أن يتساوى السبب والمحل ويعاملان معاملة واحدة، بإفناء هذين العنصرين في مضمون الإرادة الذي يتحدّد من خلاله غرضها، وهو نهج القضاء الإنجليزي الذي تجنّب تعريف المضمون، مركّزا على عناصره التي تكوّن فيما بعد هذا المضمون، وهو التوجّه الذي اختاره المشرع الفرنسي في تعديله الأخير لقانون العقود كما يبدو، تاركا التعريفات للفقه الذي هو مكانها الطبيعي، والاشتغال على وضع الحلول العملية¹ تبسيطا وتسهيلا للنصوص والقواعد القانونية، لأن ما يميز فكرة "مضمون العقد" هو أنها تحقق ثلاثة وظائف رئيسة، أولها: التحقق من مشروعية العقد، وثانيها: التأكد من وجود محل الالتزام، وثالثها: التعادل بين الأداءات في العقد، وهو ما يتيح إمكانية قيام فكرة المضمون بالدور ذاته الذي كانت تقوم به فكري المحل والسبب، مع تفادي الكثير من الصعوبات التي تكتنفهما، بحكم التداخل الذي يميزهما من حيث الشروط والوظائف من الناحية العملية، فبواسطة هذه الفكرة، يمكن التأكد من أن الأداء موجود حقيقة، ومحدد، ومشروع، وهو الدور الذي كانت تؤديه فكرة المحل؛ كما يمكن له من جهة ثانية، القيام بدور السبب، من خلال التحقق من وجود الالتزام المقابل ومشروعيته، وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة²، وهي الوظائف التي أنيطت بعنصر السبب في التصرفات القانونية ذات الطابع الإرادي، الواردة في المادة 1131 السابقة من التقنين المدني الفرنسي، من أن الالتزام لا

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.675.

2- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.307.

يكون له أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح، أو كان سببه غير مشروع.

المطلب الثاني: مظاهر التجديد وخلفياته ومصادره في التقنين المدني الفرنسي المعدل

يعتبر تعديل القانون المدني الفرنسي، ثورة حقيقية على المفاهيم القديمة، التي عرفت استقرارا قَلما يحدث في عوالم العلوم الإنسانية والاجتماعية، بوجه خاص، نظرا لحجم التعديلات المدرجة على هذا القانون الذي يفتخر به الفرنسيون، والتي تجاوزت 300 مادة، وكذا الجانب الشكلي لهذه التغييرات التي طرأت على المفاهيم القانونية بمضامينها المختلفة، ومنطلقاتها الفلسفية المتباينة، وسنرى عبر فروع هذا المطلب ماهية الركن الجديد للعقد الذي استعاض به المشرع الفرنسي عن عنصري المحل والسبب، والحلول الجديدة التي يمكن لفكرة المضمون أن تقدمها على مسار قانون العقد .

الفرع الأول: هل تغني فكرة المضمون عن فكريتي السبب والمحل؟

حسب تحليل بعض الفقه، فإنّ فرضيتي السبب بمعنييه، سبب الالتزام، الذي كان يشترط فيه الوجود والصحة والمشروعية، وسبب العقد بمعنى الباعث، الذي يشترط فيه المشروعية، أصبحت مشمولتين في المضمون المشروع والحقيقي، وهو الشرط الثالث لقيام العقد في التقنين المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، وأن ما استقر في هذا التقنين لأكثر من قرنين، كان عيبا تشريعا عنوانه تأكيد المؤكد، حيث لا يمكن تصور وجود التزام دون سبب، وأن السبب المفترض للالتزام هو مشروع بالضرورة، كون القانون لا يمكنه التأكد بشكل استباقي من سرائر الناس، ولا تنزل أحكامه حول هذه المسألة إلاّ في حالة ثبوت العكس، إمّا استنادًا لمخالفة التصرف للنظام العام، أو لعدم وجود السبب¹.

هذه الرؤية التحليلية المتقدمة لماهية الالتزام الإرادي أساسا، جعلت الكثير من الفقهاء وشراح القانون الفرنسيين على الخصوص، بغض النظر عن الفقه القانوني بصفة عامة، لا يجدون حرجًا في القول بأن نظرية السبب ولدت ميتة، من حيث الأصل والمفهوم، وتعدد الوظائف، وأنه

1- جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص.44.

بالإمكان الاستغناء عنها بإعمال نظريات أخرى أكثر بساطة ووضوحًا، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي بالرغم من اعتداده بقوة قانونه المدني وثقافته اللاتينية، كونه عراب هذه المدرسة في مجال القانون، إلى الاعتراف ولو على مضمض بأنّ لا مكان لهذه النظرية في قانون العقد، التي كلفت الكثير من الشرح والتحليل والجدل، وأسالت حبر أهل القانون عبر عشرات السنين، دون الوصول إلى نتيجة ترضي المنطق القانوني، وأن المحاولات التي يخوضها بعض الفقه في سبيل الإبقاء عليها، لا تعدو أن تكون مجرد نفخ في جسد دون روح¹.

وواضح أنّ استحداث شرط مضمون العقد، كأساس من أسس وجوده وصحته، إلى جانب توافق الإرادات، وأهلية المتعاقدين، عوّضَ شرطي المحل والسبب، فكرة جديدة عن مفردات التقنين المدني الفرنسي، فيها الكثير من الجرأة والثورة على المبادئ التي ترسخت في الفقه والقانون المدني، دون أن يقدم لها المشرع الفرنسي أيّ تعريف في ثنايا التعديل الجديد، على غرار ما هو عليه الحال في النظام القانوني الإنجليزي، وهو ما ولد شيئًا من الحيرة والإرباك عند الفقه الفرنسي، ولدى شراح القانون المدني في دول أخرى ممن تأثرت تشريعاتها المدنية بفلسفة التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804، كون تعديل 2016 وما أحدثه من ثورة على المبادئ والأفكار القانونية التي أسست لفلسفة مدرسة القانون المدني، لم يأت بتعريف لفكرة مضمون العقد، الأمر الذي يوجهنا إلى دراستها في القوانين التي عرفت مثل هذه الفكرة القانونية، للتعرف على ماهيتها ومعناها ومدلولها في قانون العقد، فكل المؤشرات تدل على أن هذه الفكرة (المضمون)، جديدة على قاموس المفردات القانونية في المدرسة اللاتينية بالنسبة لقانون العقود، وليست من بنات أفكار المشرع المدني الفرنسي، فقد سبقته إليها العديد من النظم القانونية، لا سيما القانون الإنجليزي الذي استقاها من قضائه، وعليه يبدو من الضروري بحث هذه الفكرة المستحدثة في التشريع المدني الفرنسي، باعتماد المقارنة مع النظام القانوني الإنجليزي.

ففكرة المضمون التي أقرّها المشرع الفرنسي في تعديل 2016، ذات مفهوم واسع بالمقارنة مع مفهوم المحل والسبب، وقد لاحظ بعض الشراح أنّ الصياغة الجديدة يكتنفها بعض الغموض، لا سيما نص المادة 1163 منه²، التي تتحدّث عن "محل أو موضوع الالتزام"، في حين تورد المادة

1- X. Lagarde, Sur l'utilité de la théorie de la cause, *Recueil Dalloz*, 2007, France, p.740.

2- Nouveau article 1163/1 du code civil Français: «L'obligation a pour objet une prestation présente ou future».

1162 مصطلحي "الغاية أو الهدف"، ومع ذلك يمكن اعتبار مضمون العقد، هو الأداء الموعد به، أو المنتظر من قبل الدائن مهما كانت طبيعته، ويمكن اعتباره كذلك، العبارات أو البنود التي اتفق حولها المتعاقدان¹، ولترجيح المسألة يبدو من المنطق بحث مضمون فكرة "المضمون"، في النظام القانوني الإنجليزي، الذي عرف هذه الفكرة قبل ولوجها إلى قائمة المصطلحات القانونية في النظام القانوني اللاتيني، ووضع لها قواعدا أساسية تحدد ماهيتها في الالتزامات التعاقدية، ومن ذلك؛ أنّ مضمون العقد يتمّ تحديده من قبل أطرافه، لأنّ القاضي الإنجليزي لا يستطيع أن يضع شرطا، أو يضيف بندا في العقد، إذ يعد ذلك من صلاحية أطرافه وحدهم، ليقرروا ما يُضمّنوا عقدهم من شروط، وما يدرجوا في مضمونه على شكل بنود، خلال مرحلة المفاوضات العقدية؛ ولنهم المقصود بمضمون العقد، لا بد من معرفة البند التعاقدية²، سيما وأنّ الفقه الداعم لفكرة المضمون، يبرّر موقفه بأنه ما دامت الإرادة هي من تحدد مضمون العنصر النفسي في العقد، فإنّه وجب تساوي السبب والمحل، ومعاملتها معااملة واحدة، وإفناؤهما في مضمون الإرادة، فلا يوجد في العقد سوى تلك العناصر المتضمنة في الإرادة، والتي تحددها هي بذاتها، وبالتالي فمن أبعديات المنطق أن يتحدد غرضها في هذا المضمون، وعند ذلك يجب احترام ما وضعته³، وعموما فإنّ المشرع الفرنسي اقتفى أثر القضاء والنظام القانوني الإنجليزي، وتجنب تعريف فكرة المضمون، مركزاً اهتمامه على تحديد عناصره التي تكوّن فيما بعد هذا المضمون، متوخيا في ذلك ما دأبت عليه غالب التشريعات عندما تركت مسألة التعاريف والمفاهيم للفقه، والاهتمام بإيجاد الحلول للمسائل العملية⁴.

الفرع الثاني: مقارنة مفاهيمية للبند التعاقدية

لأجل التعرّف على البند التعاقدية وطبيعته القانونية وما يمثله في العقد، لا بد من بحث المسألة أساسا في النظام الإنجليزي، باعتباره المرجع الأصلي لاصطلاح البند التعاقدية، ونرى إن

1- L. Tranchant et V. Égéa, Les obligations, op.cit., p.40.

2- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.669.

3- جليل حسن الساعدي، العنصر النفسي في العقد، دراسة في القانونين العراقي والإنجليزي، مجلة العلوم القانونية، المجلد: 27، العدد: 02، بغداد، العراق، 2012م، ص.71.

4- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.675.

كان البند التعاقدى الذي ورد في نصوص التقنين المدني الفرنسي الجديد، يأخذ المفهوم نفسه في النظام القانوني الإنجليزي، أم أن له معنى آخر بحسب ما يراه الفقه الفرنسي؟

أولاً- ماهية البنود التعاقدية: تمثل البنود التعاقدية مضمون العقد وتعدّ جزءاً لا يتجزأ منه، فهي ما اتفق عليه المتعاقدان، ومن الضروري تنفيذ العقد وفق البنود الواردة فيه وفقاً لما نصت عليه، والغرض الذي تؤديه، ولكن هل يحمل البند التعاقدى الدلالة نفسها في كل من النظامين القانونيين الإنجليزي والفرنسي؟

1- مفهوم البند التعاقدى في النظام القانوني الإنجليزي: يرى بعض الفقه أنّ البند التعاقدى، عبارة عن بيان أو تصريح من أحد طرفي العقد، يلقي قبولاً من الطرف الآخر، ويصبح جزء من العقد، فيما يذهب آخرون إلى أنّه، العبارات التي يستخدمها أطراف العقد للوصول إلى اتفاهم، ومعنى ذلك، أنّ البند التعاقدى، هو اتفاق على المسائل الجوهرية كآفة، والثانوية للعقد، وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان، ويقبلان بها¹.

ويميّز الفقه الإنجليزي بين البيانات السابقة على التعاقد، مثل المبالغة في مدح البضائع، وبين البيانات التعاقدية التي تعتبر بنوداً للعقد، ومن ثمّ فإنّ هذه البيانات هي وقائع تدفع الشخص إلى التعاقد، فالنظام القانوني الإنجليزي يميز بين التأكيد الذي يدفع إلى إبرام العقد، وبين بنود العقد التي تعتبر جزء منه، وتمثّل مضمونه².

وبصورة أكثر تفصيلاً فإن البند التعاقدى في النظام القانوني الإنجليزي عبارة عن بيان أو تصريح State ment صادر من أحد الطرفين المتعاقدين، يلقي قبولاً من الطرف الآخر، ويصبح جزء من العقد، بينما يقول البعض الآخر بأنه العبارات أو الكلمات Words التي يستخدمها أطراف العقد للوصول إلى اتفاهم، ومهما يكن المقصود بالبند التعاقدى، سواء كان يمثل بياناً، أم تصريحاً، أم عبارات اتفق عليها أطراف العقد، فإنّ هذه العبارات تصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد، وبدون هذه البنود التعاقدية، لا يمكن معرفة على ماذا اتفق المتعاقدان، ومن ثمّ يكون العقد غير قابل للتنفيذ؛ فالبند التعاقدى، هو اتفاق على المسائل الجوهرية والثانوية في العقد، وصياغتها

1- حسن عبد الله الكلابي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.675.

2- المرجع نفسه، ص.670.

عبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح بمثابة دستور العقد الذي يجب الالتزام به، أو في العقود المستقبلية التي تنشأ عن هذا العقد¹.

غير أن القضاء والفقهاء الإنجليز يميزان بين البيانات السابقة على التعاقد، كالمبالغة في مدح البضائع Puffs، وبين البيانات التعاقدية Représentation التي تصبح لاحقاً بنوداً للعقد، حيث أن هذه البيانات هي في حقيقتها وقائع تدفع الشخص المتعاقد، ومن ثمّ يجب أن تكون مضمونة بالنسبة للشخص الذي أصدرها، على غير ما هو الشأن بالنسبة للبيانات السابقة للتعاقد، حيث لا أثر قانوني لها إذا كانت تمثل مجرد مدح أو إطراء للبضاعة، أما إذا كانت هذه البيانات تتضمن تعهدات أو معالجات لاختلال التوازن العقدي، فإنّها تعتبر من البنود التعاقدية²، كما يعتبر البيان بنداً تعاقدياً، إذا كان يمثل شرطاً في العقد Condition، أو ضماناً في العقد Warranty، أو شرطاً لحل النزاع Inter médiate terms، أو شرط تحديد أو إعفاء من المسؤولية Exclusion clauses³، مع الإشارة إلى أنه في النظام القانوني الإنجليزي يتم التمييز بين التأكيد الذي يدفع إلى إبرام العقد Représentation، وبين بنود العقد Terms، التي تعتبر جزءاً من العقد نفسه، وتمثل مضمونه⁴.

ووفق هذا النظر، فإنّ العبارات أو البيانات التي تذكر خلال فترة المفاوضات العقدية، قد ترقى إلى مستوى بند تعاقدي Terms، أو تأكيد دافع Représentation، لذا يعدّ مهماً معرفة طبيعة العبارات التي ذكرت خلال فترة المفاوضات؛ وعلى ضوء ذلك، يتحدد فيما إذا كانت بنداً في العقد، وبالتالي جزءاً من مضمونه، أو ما إذا كانت دافعا لإبرامه، لأجل تحديد سبب الدعوى ونوع التعويض، فإذا كانت بنداً تعاقدياً ولم يتم الالتزام به، فللطرف حسن النية مقاضاة الطرف الآخر ومطالبته بالتنفيذ، أو التعويض، لإخلاله بتنفيذ مضمون العقد، أما إذا كانت العبارات مجرد دافع للتعاقد، واتضح بعد إبرام العقد أنّها غير حقيقية، فللطرف حسن النية رفع دعوى بناءً على

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص. 669.

2- المرجع نفسه، ص. 670.

3- المرجع نفسه.

4- فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن، مطبعة كرموز، الإسكندرية، مصر، 1978م، ص. 279.

استغلال عدم معرفته، أو نقص خبرته، أو جهله؛ ويعود تحديد ما إذا كانت العبارة شرطاً، أو دافعاً للعقد، إلى تقدير القاضي، من خلال مراعاة نية الطرفين، والخبرة في التعاقد، وأهمية العبارات، ووقت التعاقد¹، ولأجل التمييز بين التأكيد الدافع لإبرام العقد، وبين بنود العقد، يضع الفقه الإنجليزي معايير يستند إليها القاضي في بسط سلطته التقديرية، فإذا وصل البيان، أو التصريح، إلى درجة وعد، أو تعهد من أحد الأطراف، فإنّ عدم التزامه به سيجعله مسؤولاً عن عدم تنفيذ هذا التعهد، وبمفهوم المخالفة فإنّ التصريح أو البيان الذي لا يتضمن تعهداً، أو وعداً من الطرف المتعاقد، لا يمكن اعتباره بنداً عقدياً، وفي كل الحالات فإنّ تقدير ما إذا كان البيان أو التصريح المتنازع حوله بنداً تعاقدياً، أي جزءاً من العقد، أو لا، يعود للقضاء وحده، مسترشداً في ذلك بأهمية القضية المعروضة، وما إذا كان العقد مكتوباً أم لا، وخبرة ومهارات طرفا العقد، والمدة الزمنية بين العقد والبيانات أو التصريح².

2- مفهوم البند التعاقدى في القانون المدني الفرنسي: اكتفى المشرع الفرنسي في تعديله المتعلق

بقانون العقود لسنة 2016، بالإشارة في المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي المعدل، إلى أنّ العقد لا يجب أن يخالف النظام العام، من خلال بنوده، أو غرضه، سواء كان ذلك معلوماً من قبل أطرافه، أم غير معلوم³.

يتبين من خلال قراءة المواد المتعلقة بشروط قيام العقد، بأنها لم تعرف مضمون العقد، ولا البند التعاقدى، واكتفت بالتركيز على فكرة مشروعية البنود التعاقدية، بعد أن ألغى المشرع الفرنسي فكريتي المحل والسبب من تقنينه المدني، وهو ما يدعو إلى التساؤل عما إذا كان مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل، هو نفسه في النظام القانوني الإنجليزي Le Contenu du Contain of contract و contrat؟

يبدو أن المشرع الفرنسي قد حدد مضمون العقد في بنوده أو اشتراطاته Stipulation، والهدف، أو الغرض من العقد، كما يظهر من نص المادة 1162 السابقة الذكر، والذي اشترط

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.670.

2- المرجع نفسه، ص.671.

3- Nouveau article 1162 du code civil Français: «Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties».

بشأنه عدم مخالفة للنظام العام¹، وقد اختلفت الآراء حول المقصود من مضمون ما جاء في هذا النص.

فبعض الفقه يرى أنّ مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل، يتحدد بالالتزامات الملزمة للطرفين، والتي تعتبر نتيجة طبيعية للحرية التعاقدية، حيث أنّ المتعاقدين أحرار في تحديد مضمون العقد في نطاق ما يكفله لهم مبدأ الحرية التعاقدية²، ويحاول البعض الآخر أن يعطي لمضمون العقد بعداً أخلاقياً من خلال إظهار القيم الأخلاقية التعاقدية بين الأفراد، وتأثير القاعدة الأخلاقية على القاعدة القانونية، وتصور هذه العلاقة وانعكاسها على مضمون العقد³، وإن كان من ينتقد هذا الرأي، ويرى بأن مضمون العقد يمثل مصالح المتعاقدين التي اتفقا على صياغتها في شكل بنود عقدية، غير أنّ التقرير الذي يوضح مضمون التعديلات المدخلة على التقنين المدني الفرنسي عام 2016، الموجه إلى الرئاسة الفرنسية، وفي معرض شرحه للأسباب والمقاربات المعتمدة في التعديل التشريعي لقانون العقود، اكتفى بصدد تعليقه على نص المادة 1162 الجديدة، بتأكيد ضرورة عدم مخالفة بنود العقد للنظام العام، من حيث مشروعية هدفه وموضوعه، ولا يبطل العقد ما دام مشروعاً، إلاّ إذا كان هدفه غير مشروع، سواء علم الطرف الآخر بعدم المشروعية هذه، أم لم يعلم، ويذهب هذا التيار من فقهاء القانون المدني الفرنسي، إلى أنّ فكرة المشروعية التي يتم تحديدها من خلال فكرة النظام العام لا تعتبر فكرة أخلاقية، بل هي فكرة قانونية بحتة⁴، فضلاً عن أنّ مضمون العقد يتحدد بما اتفق عليه المتعاقدان من بنود نتيجة نقاش ومفاوضات، مع ضرورة ألاّ يخالف النصوص الآمرة، واعتبارات النظام العام والآداب العامة، استناداً إلى نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي المعدل⁵.

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.671.

2- C. François, présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle, sous- section 3, «Le contenu du contrat», panthéon Sorbonne, Université Paris 1, I.E.J Jean Domat, Paris, France. Disponible sur site web: <https://iej.univ-paris1.fr>. Vue le: 22-05-2023. à 20^h:20^m.

3- مُجدّ عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد: 22، العدد: 04، العراق، 2014م، ص.776.

4- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.673.

5- Nouveau article 1104 du code civil Français: «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public».

ثانياً- تحديد الطبيعة القانونية للبنود التعاقدية وأنواعها: يتحدد مضمون العقد لدى الفقه الإنجليزي من خلال البنود التعاقدية التي تكون محل اتفاق المتعاقدين، ويقسمها إلى أربعة أقسام هي: الشروط Condition، والضمانات Warranty، واتفاقات الإعفاء وتحديد المسؤولية Exclusion clause، وبنود تسوية المنازعات Inter médiate terms.

1- الشروط والضمانات: يفرق الفقه والقانون الإنجليزي بين الشروط والضمانات، فالشرط هو بند أساس في العقد، شفهيًا كان أم كتابيًا، فهو يتعلق بأصل العقد، ويكون جوهريًا بالنظر لطبيعة العقد، ويمنح القانون الإنجليزي للطرف الحسن النية حق نقض العقد في حالة الإخلال به (الشرط)، فهو جذر المسألة الذي يتوقف عليه العجز في تنفيذ الالتزام، إذ هو الذي يمنح ضمانًا أفضل لتنفيذ العقد بصورة صحيحة، وهو الذي يحدد ما على الطرف المتعاقد من التزامات، وما له من حقوق، وفي حال الإخلال بهذا الشرط من الطرف الذي وضعه، نكون بصدد اختلال التوازن العقدي، ولا يعرف أي من الطرفين ما هو الالتزام الذي يقع على عاتقه¹.

أما بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي المعدل، فقد اعتبرت المادة 1163 منه، بأن الالتزام هو الأداء Prestation الذي يشترط أن يكون موجودًا، أو ممكن الوجود، وأن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد، ويستخلص ذلك من العقد، أو طبيعة المعاملة، أو العادات السابقة بين أطراف العقد، دون الحاجة إلى اتفاق جديد²، ويمكن القول بأن هذه الشروط ما هي إلا الالتزامات أو الأداءات التعاقدية التي اتفق عليها الطرفان، وهي على العموم أحد البنود التعاقدية التي تحدد مضمون العقد، وتمثل الأداء الرئيس فيه، أي الالتزام الجوهري الذي يلتزم به أطراف العقد في الحاضر أو المستقبل³.

1- J. Beaston, A. Burrows, J. Cartwright, Anson's law of contract, 29^{ed}, Oxford, USA, 2010, p.143. نقلا عن: حسن عبد الله الكلابي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.67.

2- حسن عبد الله الكلابي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.676.

3- Nouveau article 1163 du code civil Français: «L'obligation a pour objet une prestation présente ou future celle- ci- droit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation et déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire».

أما الضمانات، فهي بنود غير أساسية في العقد، بالنسبة لبعض الفقه في النظام القانوني الإنجليزي، وهي لدى البعض الآخر بمثابة بند قانوني في العقد بالنسبة للغرض الأساسي فيه، ولكن ليس له أثر في انقضاء العقد، حيث لا يُحوّل للطرف الحسن النية، اعتبار العقد مُنقضيًا، ولا يمنحه سوى حق إقامة دعوى التعويض¹، ولذلك فإنّ أثر البند العقدي في الحال الذي يكون فيه عبارة عن ضمان، يكون أقل أهمية عند الإخلال به، ولا يُحوّل للمقرر لمصلحته إلاّ طلب التعويض عن الضرر، دون حق طلب فسخ العقد، وتُعدّ مسألة تحديد أهمية هذا النوع من البنود مسألة ذاتية (شخصية)، تستخلص من اللغة المستخدمة في العقد، من قبل أطراف العقد²، ومعيار تحديد ما إذا كان هذا البند شرطًا، أو ضمانًا في العقد، هو أن يُنظر لهذا البند ما إذا كان أساسيًا في العقد، والذي لولاه ما كان الطرف الآخر ليدخل في العلاقة التعاقدية³، أي يكون بمثابة الدافع الرئيس الذي جعل المتعاقد يقبل بالدخول في العلاقة التعاقدية.

لكن عند مقارنة ما هو مقرر في الفقه الإنجليزي بموقف المشرع الفرنسي، فإنّ الأمر مختلف، إذ نجد المادة 1166 من التقنين المدني الفرنسي في حلته الجديدة، قد جاءت بحكم جديد، يعالج من خلاله الحالة التي يُغفل فيها المتعاقدان بيان درجة جودة أو نوعية الأداء المنتظر أو المتوقع *Qualité de prestation*، وعدم وجود مؤشرات لتحديد ذلك، بينت المادة سالفة الذكر، أن الأداء يجب أن يكون منسجمًا، أو متناسبًا، مع توقعات الدائن المشروعة، أو النتيجة التي يتوقعها المتعاقد من العقد، مع مراعاة طبيعة الالتزام، والعرف، والالتزام المقابل⁴، وعليه يظهر بأنّ درجة جودة الأداء المنتظر من العقد، تقترب من فكرة الضمان عند الإنجليز وتمثل جزءًا منه، من حيث أنّها بند لا يترتب عليه بطلان العقد، ولكن يُقدم كضمان للمتعاقدين في حال عدم تحديد الجودة المطلوبة، ويتم ذلك بالرجوع إلى مضمون العقد، والبحث عن مؤشرات يستطيع من خلالها القاضي، تحديد الدرجة المطلوبة من جودة الأداء المنتظر.

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص. 677.

2- المرجع نفسه، ص. 678.

3- المرجع نفسه.

4- Nouveau article 1166 du code civil Français: «Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie».

2- اتفاقات المسؤولية وتسوية المنازعات: يقتضي مبدأ حرية التعاقد أنّ العقد شريعة المتعاقدين، ولأطرافه كامل الحرية في وضع بنوده شفاهة، أو كتابة، تبعا لطبيعة العقد المبرم بينهما، والظروف التي رافقت تعاقدتهما، ومن بين ما يدرجه المتعاقدون من بنود في عقودهم، ما يُعرف بنود الإعفاء أو تحديد المسؤولية، ووسائل حلّ أو تسوية المنازعات العقدية التي قد تطرأ على العلاقة التعاقدية؛ وشرط الإعفاء، أو تحديد المسؤولية، هو عبارة عن شرط يستثني أو يقيد من مسؤولية الطرف المتعاقد المخطئ، ويُقرر لمصلحة طرف دون الآخر¹، وقد ظهرت هذه العقود بشكل مطبوع ومتداول في المجتمع بشكل مستمر لضرورتها العملية، كعقود الكهرباء والغاز، والماء، أو تذاكر السفر، أو عقود التأمين الإجبارية، وقد أطلق عليها في النظام القانوني الإنجليزي مسمى "عقود الأشكال النمطية" Standard from contrat، أو ما يعرف في النظام القانوني الفرنسي أو اللاتيني، عقود الانضمام أو الإذعان Contrats d'adhésions، وقد درج محرّروا هذه العقود على تضمينها بنودًا تعفي مُصدِّرها من المسؤولية عن الإخلال بالعقد، أو عن الخطأ أثناء تنفيذه²؛ والنظام القانوني الإنجليزي يعرف ثلاثة أنواع من بنود الإعفاء وتحديد المسؤولية هي: الإعفاء التام من المسؤولية، أو تقييد المسؤولية بمبلغ نقدي محدد، أو تقييد ممارسة الحقوق التعاقدية خلال فترة زمنية محددة، ويسقط هذا الحق خلاف ذلك³.

ووفق ما ذكرناه سابقا، يبدو تأثير المشرع المدني الفرنسي واضحاً بمحيطه الأوروبي فيما جاء به تعديل 2016، سيما مبادئ القانون الأوروبي للعقود Uni droit، والقانون الإنجليزي، هذه القوانين التي تتصدى في أنظمتها لفكرة المضمون، دون الاعتماد على فكرة المحل والسبب التي كانت سائدة في القوانين المدنية اللاتينية، وفي مقدمتها التقنين المدني الفرنسي، ويستشف ذلك، من خلال تأكيد المشرع الفرنسي مشروعية العقد من خلال بنوده وهدفه، متخليا بشكل صريح عمّا كان مقررا في النصوص السابقة لفكرتي المحل والسبب، حيث تمّ إلغاؤها من التقنين المدني، وقد تناول المشرع الفرنسي فكرة مضمون العقد في عشرة مواد جديدة (1162-1171)، مستعيضا بها عن فكرتي المحل والسبب، منحازًا بذلك للرأي الذي ينادي بإلغاء نظرية

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.680.

2- جيوف مانون، ص.54. مشار إليه في مقال: حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.680.

3- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص.677.

السبب من قانون العقود، نظرًا للصعوبات التي تواجهها فقها وقضاء من حيث تحديد معناها، باعتبارها مسألة نفسية ذاتية، تتعلق بالشخص المتعاقد لا بالعقد، مما يجعل تحديدها من الصعوبة بما كان، فضلًا على أنّ فكرة المضمون هي مسألة موضوعية، تتيح للقاضي تحديدها بالرجوع إلى مضمون بنود العقد التي اتفق عليها الطرفان، وبذلك يمكن له الوصول إلى الأهداف ذاتها، التي أمكن الوصول إليها من خلال فكرة السبب، سواء من حيث مشروعية المحل، أم الغاية، أم الهدف المتوخى من العقد، أم من ناحية توازن الأداءات وحقيقة وجودها¹.

المطلب الثالث: المقاربة التشريعية الحديثة لمشروعية العقد

أثبتت الممارسة العملية للقضاء، أن مسألة المشروعية وضرورة حمايتها التي طالما شكلت كابوساً لدى الفقه القانوني، تتجاوز المفاهيم القانونية البحتة، وترقى لأن تكون سقفًا يجب أن يغطي كل مظاهر الحياة البشرية، إذ لا بد لكل تصرف قولي أو فعلي أن يكون مشروعًا، حتى ولو كانت الوسيلة مشروعة، فلا بد ألا يتوصل بها إلى اللامشروع، ولما كان هذا المفهوم عصي على الحصر والتعريف، لم يبق لأهل القانون إلا التركيز على الآثار المادية التي يمكن للقانون أن ييسر رقابته عليها، أي على المظهر المادي للتصرفات القانونية سواء أكانت فعلية أم قولية، والتي يعد العقد من بينها، فكيف تتحقق مشروعية العقد في الاجتهاد الفقهي والقانوني الحديث؟ ذلك ما نحاول مقارنته عبر الفروع الموالية.

الفرع الأول: الطابع الحمائي للالتزام الرئيس عنصر أساس في مشروعية العقد

ينزع المشرع المدني الفرنسي عبر النصوص الجديدة نحو إضفاء الطابع الحمائي على العملية التعاقدية، حيث وضع في المادة 1170 مبدأً عامًا لمواجهة الشروط العقدية التي تحرم الالتزام الرئيس للمدين من جوهره، معتبرا إياها كأنها لم تكتب أو لم تكن²، وقد تميز هذا النص بعموم صياغته حيث أهدر كل شرط من شأنه أن يحرم الالتزام الرئيس من ماهيته أو جوهره، دون أن يقصر هذا الحكم على شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، متجاوزا بذلك ما جرى عليه القضاء من قصر هذا الحكم على هذين النوعين من الشروط، وبذا كرس نص المادة 1170 حماية

1- حسن عبد الله الكلاي، مضمون العقد، المرجع السابق، ص. 674.

2- Nouveau article 1170 du code civil Français: «Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite».

واسعة للالتزام الرئيس في مواجهة أية شروط عقدية تحرمه من جوهره، ومن بينها بدهة الشروط المخففة أو المعفية من المسؤولية، والتي تكون تحت طائلة الحكم نفسه، ولا يمكن أن يكون لها أثر، ما يجعلها تعوض نص المادة 1131 الملغاة التي كان القضاء يؤسس عليها أحكامه بالبطلان في مثل هذه الحالات استناداً إلى تخلف السبب¹.

أولاً- مفهوم شرط تعديل المسؤولية: الحديث عن الشروط المعدلة للمسؤولية، يقودنا إلى التساؤل عن طبيعة هذه الشروط ومفهومها، إذ يعرف الشرط المعدل للمسؤولية بأنه: "بند في العقد يؤدي إلى إعفاء أحد أطراف العقد من مسؤوليته عن الإخلال في حالات معينة"، أو هو: "الشرط الذي يستبعد مسؤولية أحد الطرفين أو يقيدتها أو يخفف منها إذا صدر منه سلوك خاطئ محدد في العقد"، أو هو: "الشرط الذي يستهدف إبعاد مسؤولية المتعاقد عن الإخلال بالعقد أو تقييدها بمقدار معين"²، وحتى يمكن لأحد المتعاقدين التمسك بهذا الشرط، يجب عليه أن يثبت وجوده في العقد كبنود من بنوده، تمهيداً لتفسير محتوى هذا الشرط، الذي يثبت في العقد بطريقتين، صريح وضمني؛ إذ يثبت كبنود في العقد بشكل صريح من خلال تحرير العقد كتابةً وتوقيع الطرفين عليه، أو من خلال قيام الطرف الذي يكون الشرط في مصلحته بإعلانه للطرف الآخر، ويجب على من يتمسك به أن يثبت اتخاذه خطوات ملائمة ومعقولة لإعلام الطرف الآخر بهذا الشرط، فالمسألة من مسائل الواقع، وهي من مقتضيات المعيار الموضوعي، ولكي يكون إعلانها معقولاً، يجب على المحاكم تفسير إرادة الطرف المتضرر، بأنها كانت متجهة إلى قبول البنود المألوفة فقط، أما غير المألوفة فيتطلب علمه وقبوله بها أمراً زائداً كي يكون إعلانها له معقولاً، كما يجب أن يثبت أن الشرط موجود ضمن محتويات الإيجاب عند صدور القبول، لأن الشرط إذا جاء بعد القبول لا يصادف مقابلاً يعطى من أجله³.

1- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.311.

2- وردت هذه التعاريف في مؤلف مشترك ل: وليد خالد عطية وعلي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية -دراسة في القانون الإنجليزي- منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت، لبنان، 2016م، ص.11.

3- ريتشارد تايلور ودمان تايلور، القانون التوجيهي للعقد، ص.295. نقلاً عن: وليد خالد عطية وعلي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص.ص.18-19.

كما يمكن الحكم بوجود شرط في العقد من هذا القبيل بطريق ضمني، من خلال وجود تعامل سابق مطرد بين الطرفين، يتضمن اتفاقهما على شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في جميع العقود التي أبرماها خلال مرحلة التعامل هذه، ويشترط في هذه الحالة، أن يكون هذا الشرط ثابتا في العقود السابقة، وبنفس الطرق التي ذكرناها في الشرط الصريح، أي بالتوقيع أو بالإعلان، وفي هذه الحالة تفسر إرادة الطرفين بأنها كانت متجهة إلى التعاقد بالشروط التي اعتادها المتعاقدان في العقود السابقة¹، ويذهب القضاء الإنجليزي إلى أبعد من ذلك، إذ يعتبر أن ثبوت هذه الشروط في العقد محل النزاع، لا يشترط فيه أن يكون التعامل المطرد جاريا بين المتعاقدين أنفسهما وحسب، بل يمكن أن يكون هناك عرف، أو عادة مطردة، في ميدان معين من ميادين التعامل التجاري الذي ينتمي إليه العقد محل النزاع، فإذا تعارف التجار على وجود شرط إعفاء أو تخفيف في مجال معين، وكان العقد داخلا ضمن هذا المجال، فإن هذه الشروط تكون جزءا منه حتى وإن لم يتم إعلانه إعلانا كافيا، شرط أن يثبت علمهم بوجود هذا العرف، بافتراض اتجاه إرادة المتعاقدين إلى جعل هذه الشروط الشائعة في المعاملات التجارية جزءا من العقد².

ثانيا- القيود المعطلة لشروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية: إذا خلصت المحكمة إلى تفسير الشرط بصورة تجعله يبرر الإخلال الحاصل في العقد، فإن النظام القانوني الإنجليزي يقر من خلال السوابق القضائية عدة حالات يتعطل فيها شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التعاقدية، ويجعلها بلا أثر رغم وجودها في العقد، دون أن يتعدى ذلك إلى إبطاله، مثلما هو الحال في القيود التشريعية، ومن أهم القيود المستمدة من السوابق القضائية نذكر حالة التدليس، فعندما يضع المتعاقدان توقيعهما على وثيقة تعاقدية تتضمن شرط إعفاء أو تخفيف من المسؤولية، فإنهما يكونان ملزمين بها، بغض النظر عما إذا كان أحدهما قرأها أم لا، ولكن بشرط عدم الغش أو التدليس، إذ تُعْمَلُ المحكمة في هذه الحالة المعيار الشخصي، وتعتد بما قام في ذهن المتعاقد الذي وضع توقيعته، ذلك أن الطرف الآخر قد تسبب في خلق اعتقاد لديه بوجود بنود في المستند، تختلف عن تلك الموجودة فيه واقعا؛ كما يجعل القضاء الإنجليزي شرط الإعفاء أو التخفيف بلا

1- وليد خالد عطية وعلي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص.ص. 20-21.

2- ريتشارد تايلور ودمان تايلور، القانون التوجيهي للعقد، ص. 134. نقلا عن: وليد خالد عطية وعلي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص.ص. 22-23.

أثر، في حالة ما إذا خالف المدين تعهدا شفهيها ذا أهمية خاصة، أُعطي للمدعي وقت إبرام العقد أو قبل ذلك، ويتعارض مع مضمون الشرط، وكذلك الأمر في العقود التبعية، وهي تلك التي يترتب عليها إعطاء ضمان من أحد الطرفين للآخر، فإذا وجد مثل هذا العقد فإن شرط الإعفاء أو التخفيف لا أثر له في العقد الرئيس، إذا كان يتعارض مع الضمان المترتب بموجب العقد التبعية¹.

أما القيود الواردة في التشريع الإنجليزي فقد ضمنها في تشريع خاص يُعرف بقانون البنود العقدية غير المشروعة عام 1977م، وكذلك أنظمة البنود غير المشروعة في عقود الاستهلاك عام 1999م، الذي أبطل من خلاله المشرع الإنجليزي شروط الإعفاء من المسؤولية عن الموت، أو الإصابات الجسدية الناتجة عن الإهمال، وعدم جواز المطالبة بالسماح بتقديم شيء غير ما حصل في الاتفاق، كأن يطلب السماح بتقديم أداء آخر يجعل تنفيذ العقد مختلفا جوهريا عما التزم به، أو مخالفا للتوقعات المعقولة للمستهلك، أو كأن يتمسك التاجر بالشرط الذي يستبعد مسؤوليته التجارية أو يخفف منها فيما يتعلق بالإخلال الذي يصدر عنه، أو الإخلال بالبنود الجوهرية في العقد المؤدي إلى تخلف جوهر العقد².

وعليه يمكن القول، بأن العقد يستمد مشروعيته من مضمونه، كما جاء به المشرع الفرنسي في نسخته المعدلة للتقنين المدني سنة 2016م، وهو بلا شك يتعلق بالبنود التعاقدية التي يتحدد من خلالها الهدف من العقد، وليس السبب الدافع إلى التعاقد، الذي هو مسألة شخصية كامنة في نية الشخص المتعاقد وإرادته الباطنة، بينما المشروعية المقصودة، هي تلك التي تتعلق بالبنود التعاقدية التي يتفق عليها المتعاقدان، والتي تستمد مشروعيتها من الالتزام الرئيس في مضمون العقد والغرض منه، وبالنتيجة مشروعيته (العقد)، أسوة بما هو موجود في النظام القانوني الإنجليزي.

الفرع الثاني: تأكيد مبدأ العدالة العقدية وربطها بصحة العقد

إذا كانت المادة 1170 تتناول كافة الشروط التعاقدية التي تحرم الالتزام الرئيس من جوهره، فإن المادة التي تليها مباشرة المستحدثة بموجب الأمر رقم: 131-2016، خصت فئة معينة

1- وليد خالد عطية وعلي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص.25.

2- المرجع نفسه، ص.ص.23-31.

بالحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان بشأن إهدار كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بالتوازن العقدي بين المتعاقدين، واعتباره كأن لم يكن، من خلال نصها على أنه: "في عقود الإذعان يعتبر كأن لم يكن كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ولا عبرة في تقدير هذا الإخلال الجسيم بموضوع العقد الرئيس ولا بمدى ملاءمة الأداء المقابل"¹، وفكرة الإخلال الجسيم الواردة في هذا النص كميّار للشرط التعسفي ليست جديدة على التشريع الفرنسي، حيث وردت في نص المادة 212-1-1 من قانون الاستهلاك التي عرفت الشرط التعسفي بقولها: "تعد شروطا تعسفية كل الشروط التي تنطوي سواء من حيث موضوعها، أم من حيث أثرها، وفي غير مصلحة المستهلكين، على إخلال جسيم بحقوق والتزامات أطراف العقد"²، ويعود أصل هذا النص إلى التوجيه الأوروبي رقم: 13 لعام 1993م بشأن تعريفه للشروط التعسفية³.

ويلاحظ أن العبرة في تقدير وجود اختلال جسيم في التوازن العقدي بين المتعاقدين، يعتمد معيارا موضوعيا يرتبط بالتوازن الاقتصادي في العقد، وليس بالنظر إلى كل شرط على حدة، ولا عبرة لوجود الاختلال من عدمه حتى بالالتزام الرئيس في العقد أو بمدى ملاءمة الأداء المقابل، وإن كانت المادة 1171 المستحدثة ضمن الأحكام النازمة للعقد في التقنين المدني الفرنسي المعدل، قد استلهمت فكرة الاختلال الجسيم بين حقوق والتزامات أطراف العقد كميّار للشرط التعسفي من المادة 422-6 من قانون التجارة قبل تعديلها، إلا أن لكل منهما نظاما خاصا مستقل بأحكامه، إذ لا تخضع الشروط المتعلقة بالثمن أو المقابل لمفهوم الشرط التعسفي بحسب صريح نص المادة 1171 من التقنين المدني الفرنسي، أي للقواعد العامة للعقد، بل تندرج تحت هذا

1- Nouveau article 1171 du code civil Français: «Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

2- Article 212-1 alinéa 1 du code de la consommation Français: «Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat».

3- تعليق أشرف جابر على نص المادة 212-1، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.313.

الهامش رقم: 1.

المفهوم وفقا لقانون التجارة، وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن المشرع المدني الفرنسي كان أكثر حرصا على احترام القوة الملزمة للعقد في القواعد العامة وقانون الاستهلاك، منه في قانون التجارة¹، فالعبرة إذن في تحديد مفهوم الشرط التعسفي، إنما تكون بالرجوع إلى قانون الاستهلاك، ذلك لأن المادة 1171 من القانون المدني اكتفت ببيان جزاء وروده في العقد ولم تأت بتعريف له، على غير ما جاء في المادة 1-212 من قانون الاستهلاك، التي ذكرت بأن الشرط التعسفي هو: كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بحقوق والتزامات أطراف العقد².

كما أن اهتمام المشرع المدني الفرنسي في النسخة المعدلة للتقنين المدني، بتنظيم مدة العقد وحظره للالتزام المؤبد بشكل صريح ضمن أحكام المادة 01/1210، يعد تقينا لتطبيقات قضائية قضت بحظر تأييد العديد من العقود، كالإيجار والوديعة والشركة، وأصبح بمقتضى هذا النص حظر تأييد أي التزام قاعدة عامة دون الحاجة لنص خاص³، ويظل للقضاء سلطة تقدير ذلك في ظل عدم إيراد النص معيارا يحدد من خلاله ضابط التأييد، وهو الذي قضى في أكثر من مناسبة بأن الالتزام يكون مؤبدا إذا لم يرد بالعقد تحديدا لمدته، أو إذا ورد به شرط يحظر إنجاءه بالإرادة المنفردة، أو إذا ورد بالعقد تحديدا للمدة لكنها أطول من المعتاد⁴، وحتى وإن لم يرتب المشرع جزاء البطلان على مثل هذا الالتزام، فإنه أجاز للمتعاقدين إنهاء العقد بذات الشروط التي تجري على العقود غير محددة المدة⁵، وبالتالي إهدار الشروط التي تؤيد الالتزام واعتبارها كأن لم تكن، وهو ما يمكن معه القول بأن مثل هذا الحظر يجعل من مسألة تضمين العقد شروطا من قبيل تأييد الالتزام، أو المبالغة في مدته، غير مشروعة كقاعدة عامة، يبطل فيها الشرط ويصح العقد، أي أن إعادة التوازن للعقد من إعادة المشروعية لمضمونه الذي تجسده شروطه وبنوده.

وفضلا عما سبق، يمكن تحليل المادة 1169 من التقنين المدني الحالي في هذا الاتجاه، حيث أكدت فكرة أخذ كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطيه، وحكمت ببطلان عقود المعاوضة إذا كان

1- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.314.

2- المرجع نفسه.

3- Nouveau article 1210/01 du code civil Français: «les engagements perpétuels sont prohibés».

4- Cass. 1^{re} civ., 07 mars 2006, n°04-12914. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, n°99-21209. <https://www.legifrance.gouv.fr>. Vue le: 20-07-2023. à 11^h: 23^m.

5- Nouveau article 1210/02 du code civil Français: «Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée».

المقابل وهميا أو زهيدا¹، وهو ما يعني تركيز المشرع المدني الفرنسي في نظريته الجديدة لصحة ومشروعية العقد، على التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين في عقود المعاوضة وربطها بصحة العقد، وبالنتيجة مشروعيته، كون ذلك يتصل بالمنفعة والعدالة العقدية، التي يمكن للقاضي تقدير وجودها بناء على معايير موضوعية، لتكون بمثابة القرينة على عدم مشروعية الهدف المتوخى من العقد، إذ يمكن اعتبار متطلبات العدالة التبادلية ضمن أخلاقيات وآداب التبادل، بما أن كلا من المتعاقدين يتوقع الحصول على قدر مساوٍ لما قدمه، وهذا جوهر العدالة التعاقدية، انطلاقاً من القيم المجتمعية²، كما تبرزه تلك الأفكار التي ما فتئ الفقه القانوني منذ زمن بعيد يصلها بدائرة القانون، من مثل فكرة التضامن التعاقدية، والتعاون، والثقة المشروعة، وحسن النية، وغيرها، وبالتالي يمكن اعتبار خرق مثل هكذا قيم مجتمعية عن طريق شروط تناقض مقصدها، بنوداً تعسفية قد تكون مبرراً كافياً لفسخ العقد أو إبطاله.

الفرع الثالث: مشروعية الغرض من العقد من مشروعية شروطه

تؤكد المادة 1162 من التقنين المدني الفرنسي في نسخته الحالية، تحديد هدف العقد، وتشترط ألا يكون مخالفاً للنظام العام، إذ أقر المشرع المدني الفرنسي بنداً جديداً في المادة المذكورة أنفاً يبطل كل عقد يكون هدفه غير مشروع، سواء أكان أطراف العقد يعلمون به أم لا، وقد تم الاتفاق منذ وقت بعيد على أن للقاضي الحرية في تعريف النظام العام، كونه مصطلحاً غير ثابت، شديد الحركة والتغير، يضيق ويتسع بحسب ما يعتبره أفراد مجتمع معين في زمن معين، مصلحة عامة، وهو ما يجعل من هذه الفكرة ذات طابع نسبي ترتبط بالحياة الاجتماعية للإنسان في كل زمان ومكان، وقد عرف بعض الفقه النظام العام بأنه: "القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، تتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد"³.

1- Nouveau article 1169 du code civil Français: «Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire».

2- عبد الرحمن عدنان صيداوي، البند التعسفي في العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط.1، بيروت، لبنان، 2021م، ص.ص. 27-28.

3- Ph. Malaurie, L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France-Angleterre, U.R.S.S., France, T.1, 1953, p.69.

وبدهيا، فإن الغاية الأساس من تحديد الهدف من العقد، هي السيطرة على الغرض الذي دفع المتعاقدين لإبرام العقد من خلال فرضيات عدّة، قد لا تحدث بسبب التعاقد على محل غير مشروع، وهي الحالة التي تنافي مشروعية العقد، أي ليس بسبب مضمون التزامهم وإنما بسبب هدفهم من العقد، كأن يتم تأجير محل لتاجر مخدرات، فلا شك أن المحل مشروع في ذاته، لكنه يجافي المشروعية بهدفه، وهذا الهدف يرتبط بمضمون ما اتفق عليه المتعاقدان من مسائل جوهرية وثانوية في هذا العقد، والتي يجب أن تصاغ بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وهذه العبارات لن تكون إلا مجموعة من الاتفاقات أو الشروط التي أدرجها المتعاقدان في عقدهم، وهي التي يوجب القانون ألا تكون مخالفة للنظام العام من حيث الهدف أو الخدمة في العقد¹، وبالمحصلة فهذه الشروط على اختلاف أنواعها تتعلّق بالبنود التعاقدية التي اتفق عليها المتعاقدان، وتُشكّل مضمونه، وبداية ترتبط مشروعيتها بالغرض من العقد، كونها تمثل ما توافق عليه المتعاقدان، فالأمر يتعلق بمسألة موضوعية لها صلة وثيقة بالأثر، أي بالنتيجة التي يصل إليها المتعاقدان، ومن ثم تتصل بالدافع إلى التعاقد الذي حرك إرادة أطراف العقد، لتملي هذه الشروط أو البنود المتوافق عليها.

المبحث الثالث: المقاربة الحديثة لنظام العقد وآفاقه في التشريع الجزائري

كيف يمكن النظر إلى العقد في ظل التطور الذي عرفه في الفقه القانوني الحديث، الذي يحاول مجارة التشريعات المدنية التي وجدت نفسها مرغمة على مسايرة واقع المعاملات المالية، في ظل الثورة التكنولوجية التي يعرفها عالم اليوم، فقد برزت أشكال جديدة من العقود، كعقود الإطار، والعقود النموذجية، وآليات جديدة تختصر الزمان والمكان، بفضل الشبكة العنكبوتية للاتصال عبر الإنترنت، حيث أصبحت العقود يفاوض عليها وتبرم على بعد آلاف الأميال، وفي أوقات متزامنة، فهل تبقى النظريات الكلاسيكية التي تتعلق بالعقد وأحواله، كالبطلان، والفسخ، والدفع

نقلا عن: هوزان عبد المحسن عبد الله، مضمون العقد في ظل التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي -دراسة مقارنة بالفقه المالكي- مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد: 17، العدد: 02، ديسمبر 2020، الإمارات العربية المتحدة، 2020م، ص.618.

1- هوزان عبد المحسن عبد الله، مضمون العقد في ظل التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص.620.

بعدم التنفيذ، وغيرها من الأنظمة القانونية التي تتصل بالصورة التقليدية للعقد، بالأساس نفسه الذي رسمه الفقه اللاتيني منذ قرون؟ أم أنها أمام حتمية التحوير والتطوير تبعا للنظرة المتجددة لنظام العقد كفكرة قانونية لا يمكن الاستغناء عنها؟ ذلك ما نحاول الإجابة عنه عبر المطالب الثلاثة الموالية، من خلال مناقشة الأحكام الجديدة للعقد، ومدى استيعابها لجميع عناصر العملية التعاقدية، وآفاق النظرية في التشريع المدني الجزائري.

المطلب الأول: دور الاجتهاد القضائي والقانون المقارن في التجديد التشريعي لأحكام العقد

أظهرت التعديلات المدخلة على التقنين المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم: 131-2016 المؤرخ في 10 فيفري 2016، بصورة واضحة لا يتسرب إليها الشك، محورية اجتهادات محكمة النقض الفرنسية ومبادئ القانون المقارن في الثورة التشريعية التي حدثت في فلسفة التقنين المدني الفرنسي، وقد برز ذلك في العديد من النصوص المعدلة أو المستحدثة التي جاء بها التعديل، والتي لا تخرج في غالبها الأعم عن ما توصل إليه القضاء عبر فتاويه الاجتهادية على مر السنين، أو ما وصلت إليه القوانين الدولية والأوروبية على الخصوص من تقدم في مجال قانون العقود، لأسباب اقتصادية واجتماعية، وسنرى من خلال الفروع التي تأتي فيما يلي أهم التحولات التي عرفتها أحكام العقد، وانعكاساتها على تطور الرؤى الفقهية والتشريعية له.

الفرع الأول: تلاشي دور السبب في البطلان تبعا لمفهوم المصلحة من العقد

إلى وقت قريب كان التقنين والفقه المدني الفرنسيين يعتمدان درجتين لبطلان العقود، بطلان نسبي يتعلق بالعيوب التي تشوب إرادة المتعاقد، أو باختلال شرط من شروط أهلية التعاقد، ويرتب البطلان المطلق على انتفاء ركن من أركانه، ومعلوم أن الممارسة القضائية كانت تصطدم بالكثير من الصعوبات في تأسيس بطلان الكثير من العقود بين عدم كفاية السبب أو الغلط، وبين عدم مشروعية المحل أو السبب، الأمر الذي جعلها تصدر على مر السنين العديد من الأحكام الاجتهادية التي طورت من هذه المفاهيم، وابتكرت مفاهيم واصطلاحات أخرى تؤسس عليها أحكامها الصادرة بالبطلان بنوعيه.

وفي التعديل الأخير الذي أدخله المشرع المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم: 231-2016، ميز بين جزأين لانتفاء شروط صحة العقد، هما البطلان La nullité والإعدام أو السقوط La Caducité، بحيث يتعلق الأول بانتفاء شروط الصحة عند تكوين العقد، فيما يختص الثاني بالحالة التي تنتفي فيها هذه الشروط بعد تكوينه، وقد عالج التقنين المدني الفرنسي في نسخة 2016 أحكام ذلك في المواد 1178 إلى 1185، مكرسا مجموعة من الأحكام المستحدثة، وفي هذا الصدد نصت المادة 01/1178 على أن: "العقد الذي لا يستوفي شروط صحته يكون باطلا، ويجب أن يحكم بالبطلان بواسطة القاضي"¹، وقد لاحظ الفقه مدى التردد وعدم الانسجام في الأحكام التي جاء بها هذا النص في شطريه، إذ يقرر البطلان بقوة القانون لكل عقد لم يستوف شروط صحته من جهة، ثم يستلزم لذلك صدور حكم من القاضي من جهة أخرى، وهو ما لا يتساق مع منطق تناسق وانسجام القاعدة القانونية، إذ يعتبر حكم القاضي بالبطلان مجرد تأكيد لما هو مقرر قانونا، ثم أردف حكما آخر يعتبر استثناء من القاعدة، يتعلق بحالة اتفاق أطراف العقد على البطلان²، وهو ما يجعل من البطلان نوعين، بطلان قضائي وبطلان اتفاقي، وإذا كان الأول لا يثير صعوبة فيما يتعلق بالاحتجاج به في مواجهة الغير، فإن الإشكال يظهر حول حالة ما إذا تقرر البطلان بالاتفاق بين المتعاقدين، ثم إن النص على هذا النوع من البطلان الذي يتم بإرادة الطرفين، أغفل النص على مدى جواز البطلان بالإرادة المنفردة، وهو ما تناولته أنظمة قانونية أخرى³.

ووفق هذه النظرة الجديدة، فقد أصبح التمييز بين درجات البطلان يتوقف على طبيعة المصلحة محل الحماية، ففي الحالة التي ينطوي فيها العقد على الإخلال بقاعدة ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة، يكون البطلان مطلقا، أما إذا كان الإخلال لا يمس سوى المصلحة الخاصة فالبطلان يكون نسبيا⁴، غير أن ما يضيفي على هذا النص نوعا من الصعوبة في الجانب التطبيقي،

1- Nouveau article 1178/01 du code civil Français: «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord».

2- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.318.

3- المرجع نفسه.

4- Nouveau article 1179 du code civil Français: «La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

رغم اعتماد معيار المصلحة المحمية في تحديد نوع البطلان، هو ماهية وطبيعة المعايير التي يعتمد عليها الممارسون في الميدان، للتفريق بين ما إذا كانت هذه المصلحة المرجوة من العقد، عامة أم خاصة، فالأمر شديد التداخل بين المصلحتين، مع الإشارة إلى أن المقاصدين في فقه الشريعة الإسلامية، لا يرون تناقضا بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، إذ إن حماية هذه الأخيرة هي حماية للأولى في إطار التوازن الذي تقيمه الشريعة الإسلامية بين الفرد والجماعة، فقد أفرد فقهاء الشريعة مباحث خاصة بمقاصد الشريعة، ويصنفونها إلى مقاصد عامة ومقاصد خاصة، يُعنى الصنف الأول بحفظ النظام، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، وإقامة المساواة بين الناس، ويتعلق الثاني، ببيان الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، وحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة¹.

وبهذا النظر بالنسبة للأحكام المستحدثة في التقنين المدني الفرنسي، يترتب على الأخذ بمعيار المصلحة المحمية كأساس للتمييز بين درجتي البطلان نتيجة مهمة، وهي التوسع في تقرير من له حق التمسك بالبطلان، سواء أكان نسبيا أم مطلقا، وفيما يتعلق بهذا الأخير، لم يعد التعبير الذي كان سائدا في النصوص التقليدية التي كانت تقول بأحقية طلب البطلان لكل ذي مصلحة، يقتصر على طرفي العقد أو خلفهما العام أو خلفهما الخاص، أو دائني كل منهما، بل أصبح يشمل أصنافا أخرى من الغير، بما فيها السلطة العامة (الدولة) نفسها، متى أثبت هذا الغير توافر مصلحة لديه في ذلك، إذ لا يمكن التغطية عليها (أي المصلحة) من خلال تأكيد العقد²، وكل ما يمكن إثباته هنا، هو إنه ثمة مصلحة عامة قد وقع الإخلال بها، وهو ما اعتبره بعض الفقه تكريسا لمبدأ المشروعية³، ولعل مثل هذا الرأي جرى القول به عند علماء المقاصد في الشريعة الإسلامية، خاصة

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé».

1- يراجع الفرع الثاني الخاص بالمشروعية في الشريعة الإسلامية، المطلب الثاني، المبحث الثاني، من الفصل الثاني، الباب الأول، ص.165.

2- Nouveau article 1180 du code civil Français: «La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.

Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat».

3- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.320.

بالنسبة للفقهاء المالكي، عندما أبطل العقود التي يكون مآلها غير مشروع، منافيا لمصلحة المجتمع ومقاصد الشارع، حتى وإن كانت صحيحة من الناحية الفنية¹.

وحتى بالنسبة للدرجة الثانية من البطلان، أي البطلان النسبي، فإن نص المادة 1/1181 تقرر بأن الحق في التمسك به يكون للطرف الذي قصد القانون حمايته فحسب²، ولكن من المقصود بهذا الطرف؟ قد يقول البعض بأنه المتعاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته، فلو كان كذلك لنص عليها المشرع صراحة، وهو ما دفع ببعض الفقهاء إلى القول بأنه يجب أن يُفهم المقصود بالطرف الذي أراد القانون حمايته على ضوء التمييز بين درجتي البطلان، وهو طبيعة المصلحة المحمية، فالبطلان النسبي يتقرر متى كانت المصلحة المحمية التي تم الإخلال بها خاصة، ولكن هذه الأخيرة ليس بالضرورة أن تكون مصلحة أحد المتعاقدين، بل يمكن أن تكون مصلحة طرف أو شخص من الغير، فما ورد في نص المادة السالفة الذكر يجب أن يحمل على مدلول إجرائي أكثر منه عقدي³، وإذا أخذنا بنص المادة على إطلاقه فإنه يمكن طلب الإبطال لمصلحة خاصة تتعلق بالغير، وهو ما يجعل حتى البطلان النسبي يتصل بالمصلحة العامة بطريق غير مباشر، وبالنتيجة بمشروعية التصرف، لاتصال كلا المصلحتين ببعضهما البعض، اتصالا جدليا، بحيث تخدم كل مصلحة الأخرى، على طريق تحقيق العدالة والاستقرار، وبالتالي لم يبق لنظام السبب كتنقية قانونية لإبطال العقود التي يعتربها عدم توازن فاحش في الالتزامات المتقابلة، أو انعدام الالتزام المقابل، أو عدم مشروعيتها، دور يلعبه في ظل النظرة الجديدة للعقد كوسيلة قانونية وجب أن تكون مفيدة ونافعة وعادلة.

الفرع الثاني: تمكين المتعاقدين من إعادة التفاوض حول شروط العقد قبل زواله

هناك العديد من النظريات لم يكن التقنين المدني الفرنسي يستوعبها في نصوصه، كمسألة الغبن الاستغلالي، وتنظيم الإيجاب والقبول، ونظرية الظروف الطارئة التي كان القضاء الفرنسي يعترض عليها ويرى فيها مساسا بالقوة الملزمة للعقد، ويمنح الأولوية للأمن العقدي على حساب

1- ينظر الفرع الخاص بالتخريج الفقهي لمشروعية التصرفات في الفقه الإسلامي، الفصل الثاني من الباب الأول ص.169.
2- Nouveau article 1181/1 du code civil Français: «La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger».

3- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص.321.

العدالة، مانعا بذلك القاضي من التدخل في الشروط التي ارتضاها المتعاقدان، ومع التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المجتمع الفرنسي، أبدت محكمة النقض الفرنسية مرونة اتجاه إمكانية إعادة النظر في شروط العقد حال حدوث تغيير في الظروف، وقد كان القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض بباريس، بتاريخ 03 نوفمبر 1992 بمثابة المنعرج الذي أرنح لتحول في فلسفة العدالة الفرنسية، عندما فرضت ولأول مرة التزاما بإعادة التفاوض وبجسنة في العقود التي تعتبرها حالة من عدم التوازن العقدي¹، وإذ كان على المشرع المدني الفرنسي الخروج من قوقعة المفاهيم التقليدية لتقنينه المدني، وتبني ما توصل إليه القضاء من خلال إقراره مراجعة شروط العقد، وإعادة التفاوض عليها بما يعيد التوازنات الضرورية بين أطرافه، حالة وقوع ظروف لم تكن متوقعة، وهو الحكم الذي صيغ في نص المادة 1195 المستحدثة بموجب التعديل الصادر في 10 فيفري 2016، حيث جاء فيها بأنه: "إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، من شأنها أن تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض، وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض، جاز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في الوقت والشروط التي يحددها، أو أن يطلبوا من القاضي تحديد مصير العقد، فإن لم يتفق الطرفان على مدة معقولة، جاز للقاضي بناء على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو إنهائه في الوقت والشروط التي يحددها"²، وما يهمنا في هذا النص هو أثر هذه الظروف غير المتوقعة في تحديد مصير العقد، حيث منح المشرع للمتعاقدين معالجة هذه الحالة إما بالاتفاق عن طريق إعادة التفاوض حول شروط العقد، وفي حالة الرفض أو فشل ذلك، كان لهما فسخ العقد، أو اللجوء إلى القضاء لتحديد مصير العقد، وهي الحالة التي تنقلص فيها حرية المتعاقدين، وهما يرهنان مصير

1- Cass. com., du 3 novembre 1992, 90-18.547, publié au bulletin, cour d'appel de Paris, du 31 mai 1990, Paris, France. <https://www.legifrance.gouv.fr>. Vue le: 23 Juliet 2023.

2- Nouveau article 1195 du code civil Français: «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation.

A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

عقدتهما بين أيدي القاضي لمساعدتهما على الاتفاق على شروط جديدة تتناسب والظروف التي وجدا أنفسهما فيها، وفي حالة تعذر ذلك، أي عدم الاتفاق حتى أمام القضاء، يتولى القاضي بنفسه تحديد مصير العقد دون تدخل منهما ويكون حكمه ملزما لكلا الطرفين، وهذه المرحلة الأخيرة تدل على مدى حرص المشرع على المصلحتين العامة والخاصة، بحكم أن العقد وسيلة قانونية وجدت لخدمة الفرد والمجتمع في آن واحد، وتنفيذ العقود أولى من إبطالها.

كما أن تمكين المتعاقدين من فسخ العقد غير المحدد المدة عن طريق إنهائه بالإرادة المنفردة لأي من طرفيه شرط احترام مهلة الإعذار المتفق عليها، أو مهلة معقولة في حال عدم الاتفاق على ذلك حتى ولو لم يُخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته وفق الأحكام التي جاءت بها المادة 1211¹ من التقنين المدني الفرنسي المعدل، والمكنة التي أتاحتها المادة 1164 من القانون نفسه لأطراف العقد في عقود الإطار بإمكانية الاتفاق على تحديد المقابل في العقود اللاحقة بالإرادة المنفردة، مع فرضها تبرير هذا المقابل في حالة ما إذا اعترض الطرف الآخر على ذلك، بحيث إذا ما تبين بأن الطرف الذي حدد المقابل بشكل منفرد قد تعسف في ذلك، أمكن للطرف الآخر مقاضاته أمام المحكمة المختصة للحصول على تعويض عن الضرر، أو فسخ العقد عند الاقتضاء²، واعتبار عقد المعاوضة باطلا إذا وضع المقابل لمصلحة الطرف الذي يلتزم بشكل وهمي أو بضمن زهيد طبقا للمادة 1169³، حيث ذهب بعض الفقه إلى أن هذه المادة لم يجعل منها المشرع المدني الفرنسي أداة للتحكم في حالة التوازن العقدي فحسب، ولكنه أكثر من ذلك جعل منها أداة لفرض جزاء على عدم وجود مقابل، وأن نص المادة 1169 ذو طبيعة مزدوجة يحمل فكرتين؛ فبخلاف الفكرة السابقة التي كانت تعتمد على ركن السبب في العقود الملزمة للجانبين

1- Nouveau article 1211 du code civil Français: «Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable».

2- Nouveau article 1164 du code civil Français: «Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages

et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat».

3- Nouveau article 1169 du code civil Français: «Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire».

والتبادلية، فإن أحكام هذه المادة يمكن تطبيقها على جميع العقود، عقود المعاوضة، وعقود التبرع، والعقود التبادلية، والعقود الملزمة لجانب واحد، والعقود المحددة، والعقود الاحتمالية، لتحديد الجزاء يعتمد فقط على المقابل الوهمي أو الثمن الزهيد، وهي بذلك قابلة للتوسع، مع خلوها من أي إشارة للسبب¹.

ويمكن البيان كذلك، إلى أن أفراد التقنين المدني الفرنسي للفرع الأول من القسم الخامس في التعديل الذي تضمنه الأمر رقم: 131-2016 لمسألة الدفع بعدم التنفيذ في المادتين 1219 و1220، اللتان أجازتا لأي طرف أن يرفض أداء التزامه، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه حتى عندما يكون مستحقاً، بحيث يجوز لأي طرف تعليق أداء التزامه بمجرد أن يتضح أن الطرف المتعاقد معه لن يقوم بذلك في تاريخ الاستحقاق، وأن عواقب عدم الأداء أصبحت خطيرة بما يكفي بالنسبة له، شرط إخطاره بهذا التعليق في أقرب وقت ممكن²، يوحي بأن استعمال المشرع المدني الفرنسي لوصف الخطورة التي تهدد الأداء المستحق، بتوفير الحماية للطرف الذي يكون في مركز قانوني أضعف ويثبت بأن مصلحته مهددة تهديداً جدياً، على غير ما كان سائداً من أن الدفع بعدم التنفيذ مبرره غياب السبب المقابل، وأصبح مجرد التوقع بأن عواقب تنفيذ ذلك الأداء أصبح من الخطورة بما كان، يجيز للدائن بهذا الأداء الدفع بعدم التنفيذ، وهو ما يكرس الاتجاه العام لفلسفة التقنين المدني الحديثة نحو إضفاء أكثر عدالة وتوازن في الأداءات بين الأطراف المتعاقدة، بحيث يفسح أمامهم طريقاً مشروعاً للامتناع عن الوفاء، وهو في حقيقته تقنين لمبدأ أخلاقي ساد في القانون الكنسي، يقتضي ضرورة الوفاء بما على الطرف الأول لكي يوفي الطرف الثاني بما عليه، ليضاف إليه شرطاً آخر يُمكِّنُ الدائن الذي يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام أصبح خطيراً بما فيه الكفاية، أي مؤكداً ويهدد مصلحته بجدية، أن يدفع بعدم التنفيذ.

1- هوزان عبد المحسن عبد الله، مضمون العقد في ظل التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص.632.

2- Voir les nouveaux articles 1219 et 1220 du code civil Français: «Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave».

«Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle.

Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais».

ويبدو أن مثل هذا الحل مأخوذ عن فكرة الإخلال المبتسر بالعقد، التي نصت عليها اتفاقية فيينا في المادة 1/71 وكرستها مبادئ اليونيدروا عام 2010 في المادة 3/3/7 تحت عنوان عدم التنفيذ المسبق، بأنه لما يتبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد، أن أحد الطرفين سيرتكب مخالفة جوهرية للعقد، جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد¹، ووفقاً لذلك، يكون للمتعاقد غير المخل بالتزاماته حق فسخ العقد دون الحاجة إلى انتظار استحقاق أجل التنفيذ، عندما يظهر له أن الطرف الآخر الذي تعاقد معه، سيرتكب مخالفة جوهرية للعقد عند حلول موعد التنفيذ، من خلال قيامه هو أو وكيله، بعمل أو امتناعه عن عمل، أو الإعلان بشكل قاطع عدم نيته المثابرة على التنفيذ، ولو لم يكن متعمداً، طالما كان من شأن ذلك أن يُظهر بوضوح إخلالاً جوهرياً بالتزاماته غير الحالّة، ما يعني أن أساس منح حق الفسخ يعود لثبوت احتمال وقوع مخالفة جوهرية بشكل معتبر، أيّاً كان سبب هذه المخالفة، وبصرف النظر عن سوء أو حسن نية الطرف المخل، ودون المساس بحق المتعاقد المتضرر من الإخلال، في المطالبة بالتعويض عندما يكون له مسوّغ قانوني²، وبالتالي فإن هذه المادة ترسخ مبدأ يقضي بأن عدم التنفيذ المنتظر أو المبكر للعقد، يعد وكأنه عدم تنفيذ فعلي للعقد عند حلول أجل التنفيذ³.

ويعود الفضل في ظهور نظرية الفسخ المبتسر أو المبكر للعقد في الأصل، إلى اجتهادات القضاة الإنجليزي، التي أصبحت مبدأً راسخاً في نظام الكامنلاو، حيث تم الإقرار بإمكانية طلب التعويض عن الإخلال العقدي قبل حلول أجل التنفيذ، ومنذ ذلك الحين ظهرت فكرة الإخلال المسبق بالعقد في الأنظمة الأنجلو-أمريكية، والتي تأثرت بها فيما بعد اتفاقية "فيينا" للبيع الدولي للبضائع، ومبادئ اليونيدروا⁴.

1- Article 7-3-3 du principes d'Uni droit relatifs aux contrats du commerce international: «Une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie».

2- محمود دودين، الإخلال المبتسر بالعقد، تحليل مقارن بين الوثائق الدولية الموحدة للبيع والقانونين المدني والتجاري القطريين، المجلة الدولية للقانون، كلية الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2015م، ص.3. شوهد يوم: 13 أوت 2023 على الموقع: <http://dx.org>

3- أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت، لبنان، 2017م، ج.2، ص.978.

4- محمود دودين، الإخلال المبتسر بالعقد، المرجع السابق، ص.2.

وخلاصة القول أن مبررات تقنية الفسخ عن طريق الدفع بعدم التنفيذ، لم تعد تؤسس على غياب عنصر السبب المقابل، كما كان يقول به الفقه القانوني اللاتيني في المدرسة التقليدية، بل على منطق قانوني قوامه تحقيق العدالة واستقرار المعاملات، من خلال الحرص على إيجاد التوازن الضروري بين الالتزامات والحقوق في الالتزامات التعاقدية لجميع الأطراف حماية لمصالحهم، أو بعبارة أخرى ضمان أن يكون العقد نافعا وعادلا.

الفرع الثالث: تكريس الحلول الوقائية وتقوية سلطة القاضي

تبدو النزعة الذاتية للعقد في القواعد العامة للتقنين المدني الفرنسي، وفي غيره من التقنينات المدنية التي تبنت فلسفته، ظاهرة للعيان، بحكم التصور الذاتي للالتزامات التعاقدية، المستمد من فلسفة المذهب الفردي القائم على سيادة الإرادة وسلطانها، إلا أنه ومع متطلبات الواقع الاجتماعي والاقتصادي المتغير، كان على المشرع الفرنسي تبني بعض الأحكام الخاصة وفقا للتصور الموضوعي كحالة استثنائية، وفي حالات محصورة كمسألة الغبن في بيع العقار، حيث كانت المادة 1118 السابقة من التقنين المدني الفرنسي، لا تقر عيب الغبن إلا في بعض العقود ولبعض الأشخاص فقط¹، وقد ظل التشريع الفرنسي على هذا الحال محدودا، بالمقارنة مثلا بما أخذت به بعض التشريعات العربية، بمجاراتها للقانون المدني المصري، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 358 من القانون المدني الخاصة بالغبن في بيع العقار، والغبن الناتج عن عقد القسمة في المادة 732 من القانون نفسه، وكذا الغبن الاستغلالي في المادة 90 منه، وحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان المنصوص عليه في المادة 110 أيضا، والتي تجيز للقاضي التدخل لتعديل الشروط التعسفية الواردة فيه، أو إعفاء الطرف المدعن منها وفق مقتضيات العدالة، ذلك لأن القانون يستطيع أن يمنح القاضي سلطة الرقابة والمراجعة، فالقضاء له أن يتدخل في الكثير من الحالات، سواء أثناء تكوين العقد أم أثناء تنفيذه، من خلال تفسير أو تطبيق الأحكام التشريعية المتعلقة بالنظام العام، ويمكن أن يعطي القانون سلطة خاصة للقاضي في تفسير

1- Ancien article du code civil Français 1118: «La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ainsi qu'il sera expliqué en la même section».

الفصل الثاني: فكرة السبب في ضوء المقاربة الجديدة لنظام العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل

وتحديد الشروط التعسفية، كما يخول القانون مراجعة الشرط الجزائي الناتج عن العقد، واستبعاد بعض الشروط بإعماله الإرادة الضمنية للمتعاقدين¹.

وقد كرس التقنين المدني الفرنسي المعدل سلطة القضاء، بعد أن كان يجد كثيرا من ذلك في أحكامه السابقة بدعوى عدم فسح المجال كثيرا أمام القضاة وتقييدهم بالنصوص القانونية، حفاظا على تناسق الأحكام والقرارات التي يصدرها القضاء، وضمان المساواة بين المتقاضين، ومن الملامح التشريعية البارزة في تعديل 10 فيفري 2016، هي تزايد سلطة القاضي اتجاه العقد، ابتداء من المرحلة السابقة للتعاقد إلى مرحلة إبرامه، وكذا تنفيذه، حتى قيل إن القاضي أصبح طرفا ثالثا في العقد²، بالنظر لتعدد أدواره التي ترافق العقد عبر كافة مراحلها، بدءا بالدور الإنشائي للقاضي خلال المرحلة السابقة للتعاقد، من خلال اعتبار العقد منعقدا بحكم قضائي، أو فرض التزامات جديدة على أطراف العقد استنادا إلى الالتزام العام بحسن النية عبر جميع مراحل العملية التعاقدية، كالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام بالنزاهة كالتزام مبدئي بين المتعاقدين، والالتزام بالتحذير، بحيث أصبح للقاضي مكنة التدخل من أجل توقيع جزاء على الطرف الذي يخرج بسلوكه عن الثقة التي يضعها به الطرف الآخر، باستعمال معيار الثقة المشروعة لقياس مدى خروج المتعاقد بتصرفه عن النزاهة، ونتيجة ذلك أصبح الطرف السيئ النية، خاصة في العقود التجارية، هو ذلك الطرف الذي يبدأ المفاوضات أو يستمر فيها قصد الحصول على معلومات سرية حول سير وعمل الشركة الأخرى، أو تعطيلها عن إبرام صفقات مع متعاملين آخرين، أو دخولها في مفاوضات مع متعاقدين آخرين، دون أن تكون له نية صادقة في الوصول إلى اتفاق مع المتعاقد الآخر، كما اعتبر البعض إجراء مفاوضات مع العديد من الأطراف دون إعلامهم بذلك، يعد من قبيل التصرف غير النزهي؛ وبصورة عامة، فإن طبيعة المفاوضات تفرض الالتزام بالتعاون، أي بذل الجهد المناسب لجعل الظروف ملائمة لإبرام العقد، وبمفهوم المخالفة، الامتناع عن كل تصرف

1- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، مطبعة الرغبة، الجزائر، 1990م، ص.ص. 170-171.

2- Voir: N. Diatta, Le juge et le contrat: étude comparative des droit français et sénégalais, thèse pour obtenir le grade de doctorat, Université de Perpignan Via Domitia, 2022-2023, France, p.p.26-27.

يعرقل المفاوضات أو يفشلها¹، وقد ذهب الأستاذ جاك غستان إلى حد القول بأن قطع المفاوضات بشكل تعسفي يقيم مسؤولية المتعاقد الذي قطعها، على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق الذي يكفله مبدأ الحرية التعاقدية²، ويبقى للقاضي واسع النظر في تقدير مدى مشروعية هذا القطع، الأمر الذي يجلي بوضوح المكانة التي أصبح يتمتع بها القاضي في ظل الفلسفة التشريعية الجديدة التي جاء بها التقنين المدني الفرنسي المعدل، بفضل منحه سلطة تقدير وتقييم التصرفات القانونية التي تكون محل نزاع، واتساع دائرة عدم المشروعية وفقا للقيم الأخلاقية التي تم تقنينها من قبل المشرع، المنبثقة عن مبادئ حسن النية والاستقامة والإنصاف والعدالة، فقد أصبحت السياسة التشريعية الحديثة، تعتمد استراتيجية وقائية لحماية الفرد والمجتمع، في ظل ازدياد النشاط الإنساني وتضارب المصالح وتراجع القيم الأخلاقية، عمادها قدرة القاضي على خدمة العدالة واستقرار المجتمع، وهو ما يؤكد الدور الذي أنيط بالقاضي في إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة منفردة، والذي أصبح جائزا كقاعدة عامة.

وعموما، فإن التطور الذي عرفه قانون العقود عبر مراحل طويلة من الاجتهاد الفقهي والقضائي، أثبت بأن القوة الملزمة للعقد لا تستمد أساسها من الإرادة الخاصة وحدها، كما نظّر لها أنصار المذهب الفردي، بل كان لا بد من أن تتكيف مع مقتضيات العدالة، ومن ثم مراجعة الكثير من المفاهيم التي تضبط العلاقة العقدية، وفق ما تقتضيه المنفعة والعدالة الاجتماعية، والتسليم بنسبية الحرية التعاقدية وسلطة الإرادة الفردية في تحديد آثار العقد، وهو ما يحقق الاستقرار والعدالة والأمن القانوني الذي تنشده مختلف المنظومات القانونية، ولا شك أن ذلك لن يتأتى إلا بتفعيل الدور الايجابي للقاضي في المعادلة العقدية.

1- عثمان بلال، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: 15، العدد: 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2017م، ص.ص. 431-434.

2- J. Ghestin, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, *La semaine juridique*, édition générale, n°20-21, France, 16 mai 2007, p.17.

نقلا عن: عثمان بلال، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المرجع السابق، ص.434.

المطلب الثاني: آفاق نظرية السبب في القانون المدني الجزائري في ضوء تطورات القانون المقارن

لما كان المشرع المدني الجزائري قد وضع القانون المدني في ظروف معينة، فقد ورث عيوباً عديدة عن المرجعيات التي استند إليها في صياغة الكثير من نصوصه، وأمام المراجعة والتحديث اللذان طالا هذه الأنظمة القانونية، وتحليلها عن الكثير من مرتكزاتها الفلسفية والمبدئية في التعديلات التي عرفها تقنينها المدني، أصبح إحداث التغيير في منظومة القانون المدني الجزائري ومعتقده الفلسفي، أمراً بدهياً لمواءمة نصوصه مع الواقع الجديد، وهو ما يمكن الإشارة إليه عبر فروع هذا المطلب، التي نحاول من خلالها مناقشة بعض الفراغات التي يجب الالتفات إليها، والحلول الممكنة التي قد تسهم في تطويره، سيما في نظرية العقد كونها تشكل محور القانون المدني كشرية عامة تستند إليها باقي القوانين الناظمة للمعاملات المالية.

الفرع الأول: واقع نظرية السبب في القانون المدني الجزائري

المعروف عن القانون المدني الجزائري، أنه من بين القوانين المدنية التي استقبلت بطريق غير مباشر مبادئ وفلسفة قانون نابليون عن طريق النموذج المصري، الذي أخذ عن النماذج الغربية والفرنسية على الخصوص، من حيث الشكل والموضوع، وهو ما جعله يستمد الكثير من الأحكام والمفاهيم والاصطلاحات من التقنين المدني الفرنسي لعام 1804، باتباع تقسيماته والتصنيفات التي جاء بها، وطريقة تحرير المواد الواردة فيه، على غرار تعريف العقد وموجبات وجوده وصحته، مع تطعيمه ببعض الحلول من القانون المدني السويسري، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات، وبعض المواد والأحكام المأخوذة من الشريعة الإسلامية¹، كما هو الحال بالنسبة لأحكام مجلس العقد، وتصرفات الصبي المميز، وتصرف المريض مرض الموت، وحق الشفعة، وعقد الوقف، وغيرها من الأحكام التي وردت في فقه الشريعة الإسلامية.

وقد تناول المشرع الجزائري شروط العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني للكتاب الثاني من القانون المدني، وهي: الرضا والمحل والسبب، دون أن يشير إلى الشكلية كركن رابع في العقود التي ينص القانون على ضرورة إفراغها في قالب رسمي، وبغض النظر عن الخلط الذي وقع فيه في بعض

1- خدوجة علي موسى، الطابع العالمي للقانون المدني الفرنسي وأثره على القوانين العربية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد: 35، عدد خاص، الجزائر، 2021م، ص.72.

المسائل المتباينة من حيث الاصطلاح، كما هو الحال بالنسبة للالتباس الحاصل بين أركان العقد وشروطه، وهي مسألة تكتسي طابعا مهما من حيث الجزاء، بخصوص التفرقة بين وجود العقد وصحته، فانعدام الركن يترتب عنه بطلان العقد بطلانا مطلقا، بينما الإخلال بشرط من شروط صحته يجعل العقد قابلا للإبطال، فإنه زيادة على ذلك لم يذكر في صياغته الأولى الصادرة عام 1975 ركن السبب صراحة¹، حيث كان يضع السبب والمحل معا ولم يفصل بينهما فصلا تاما مع أنه يقر بأنهما ركنان مختلفان، وإن كان استدرك الوضع بموجب القانون رقم: 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني، بحيث أفرد عنوانا خاصا بركن السبب، وليته لم يفعل، بعد أن تحلى عنه القانون الذي أسس لنظريته ابتداء خلال تعديل 2016، وهو ما ينمي عن الارتباك الحاصل في صورة هذه النظرية ومكانتها في قانون العقد.

وبما أن القانون المدني الجزائري قد اعتنق النظرية الحديثة في السبب، أي الباعث الدافع على التعاقد على رأي بعض الفقهاء والشرح²، وباعتباره كذلك يرى الأستاذ علي سليمان بأن الغلط في سبب العقد يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال قياسا على كل أنواع الغلط، على غير الحكم الذي كانت تعتمد النظرية التقليدية في السبب، التي كان يقول دعائها بأن الغلط في السبب يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا³، وإن كان مثل هذا النظر لا يستساغ إلا إذا أخذنا بالرأي القائل بازدواجية مفهوم السبب، حيث يكون هناك سببا للالتزام الذي يمكن أن يعتره الغلط، باعتباره يمثل الالتزام المقابل الذي يبرر وجود الالتزام الأول، وسببا للعقد الذي يمثل الباعث الدافع إلى إبرام التصرف، وهذا النوع الثاني من السبب لا يشترط فيه سوى المشروعية، وعلى هذا فإن ما ذهب إليه الأستاذ علي سليمان يحمل في ثناياه نوعا من التناقض، إذ رغم ترجيحه بأن المشرع الجزائري قد تأثر بالمفهوم المزدوج للسبب من خلال نصي المادتين 97 و1/98، حيث أسند في الأولى السبب إلى العقد، ثم عاد ليُقرنه في الثانية مع الالتزام⁴، يذهب مع الرأي القائل بأن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة، والتي لا تأخذ بالحسبان سوى سبب العقد الذي هو

1- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.96.

2- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.5، الجزائر، 2003م، ص.76.

3- المرجع نفسه.

4- المرجع نفسه، ص.75.

الباعث الدافع على التعاقد، وتشترط فيه أن يكون مشروعاً، ثم يتحدث عن الغلط في السبب الذي يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، وفي الواقع فإن مسألة الغلط في السبب، تتعلق بالجانب المادي للسبب الذي كانت تسميه النظرية التقليدية سبب الالتزام، قبل ظهور النظرية الحديثة في الغلط، التي هجر فيها الفقه الحديث المعيار المادي وأخذ بالمعيار الذاتي الذي يتعلق بشخص المتعاقد، حيث أصبح الغلط هو ما يراه المتعاقد جوهرياً، ويبلغ حداً من الجسامه ما لو علم به ما كان ليبرم العقد.

وإن كان الظاهر أن المشرع الجزائري اهتم بمشروعية السبب من خلال ما يستخلص من أحكام المادتين 97 و98 من القانون المدني، حيث أن العبرة بمشروعية السبب لا بوجوده، وبالنتيجة فإن المشرع قد أخذ بالنظرية الحديثة التي تُعنى بمشروعية السبب، الذي سماه الفقهاء بسبب العقد، أي الباعث الدافع إلى التعاقد، ويجد هذا الموقف مبرره كما يرى بعض الشراح، في أن هذا النص جاء في ظروف تتسق مع المحيط الاجتماعي والاقتصادي والثقافي وقت إصدار القانون المدني، حيث اتجهت سياسة الدولة الجزائرية إلى تشييد مجتمع اشتراكي ينشد العدالة الاجتماعية وحراسة القيم، مما يعني أن مراقبة المعاملات ونتائجها كانت أمراً ضرورياً، لكي لا تخرج المعاملات التعاقدية عن النظام الاقتصادي والاجتماعي والثقافي للمجتمع، ومن ثم فسح المشرع الجزائري المجال أمام الجهاز القضائي لمراقبة الدوافع الرئيسة للمتعاقدين، خصوصاً في ظل التراجع الذي عرفه مبدأ سلطان الإرادة¹ لدى مُشيعيه من أنصار الفكر الليبرالي اللذين طالما تغنوا بهذا المبدأ ودعموا رسوخه في البناء النظري لنظرية العقد، مدفوعين بخلفية فلسفية تدين بسيادة الفرد وحرية المطلقة، خدمة للتوجه الاقتصادي للرأسمالية العالمية، تحت غطاء الحريات الشخصية.

وعلى اختلاف وجهات النظر بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من نظرية السبب، بين قائل باعتناقه للنظرية الحديثة، وقائل باعتماده النظريتين معاً، نظراً للالتباس الحاصل في تفسير عبارات المادتين 97 و98 بحكم استعمالهما لاصطلاح الالتزام تارة والعقد تارة أخرى، ناهيك عن أن النص الفرنسي للمادة 97 يتحدث صراحة عن شرط الوجود، وهو شرط يتعلق بسبب الالتزام لا

1- حليلة آيت مودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.104. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.ص.271-272. مُجّد صبري السعدي، الواضح، العقد والإرادة المنفردة، الرجوع السابق، ج.1، ص.258.

بسبب العقد كما تراه النظرية الحديثة، والتي تعني بركن السبب في العقود، الباعث الدافع للتعاقد، ولا تشترط فيه سوى المشروعية؛ والباعث كما هو معلوم، أمر نفسي لا ينص القانون على ضرورة الإفصاح عنه، مما يستدعي البحث عنه خارج دائرة العقد، وهو الأمر الذي يزيد من صعوبة إثباته، ويعود البحث عن سبب العقد، كمن يبحث عن الإبرة في كومة القش، وما يؤكد أن الارتباك الحاصل في تفسير أحكام هذه المواد بين النظريتين التقليدية والحديثة بالنسبة للمشتغلين على الفقه القانوني وممارسيه في الجزائر، لم يقتصر على شرح القانون المدني وفقهائه، هو القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء (المحكمة العليا حاليا) عام 1987 في قضية تتعلق بعقد إيجار منزل متنازع عليه، مُعدُّ لاستغلاله في الدعارة، حيث أعاب المجلس الأعلى للقضاء، وهو الذي يمثل بهذه الصفة محكمة قانون لا محكمة موضوع، على قضاة مجلس قسنطينة بصدده تعقيبهم على قرار صادر عن هذا الأخير، بتاريخ 29 أكتوبر 1984، مناقشته لهذا العقد واعتماده كوثيقة ترتبت عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا، تأسيسا على المادة 97 من القانون المدني، ويبرز في أعلى القرار كمبدأ قانوني أسس عليه قضاة المجلس الأعلى للقضاء قرارهم بالنقض، عنوانا مفاده أن: سبب الالتزام غير المشروع أو المخالف للنظام العام والآداب يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، دون أن يذكروا سبب العقد، الذي من المفروض أن المشرع الجزائري قصده بالمشروعية¹، أي الباعث الدافع إلى التعاقد، كما استقر عليه أنصار النظرية الحديثة، والذي على أساسه ذهب الفقه الغالب ممن تناولوا القانون المدني الجزائري بالشرح والتحليل، إلى القول بأن المشرع الجزائري أخذ بها.

والواقع، إنه إذا كان شرط المشروعية يقتضي أن يكون الباعث إلى التصرف مشروعاً، لغرض مراقبة المعاملات من حيث مطابقتها للنظام العام، الاقتصادي، والاجتماعي، والأدبي، والأخلاقي، فإن السبب بهذا المعنى يمتنع عن التحديد بالنسبة للقانون الوضعي لعاملين جوهريين؛ يتمثل العامل الأول في اختلاف السبب بمعنى الباعث باختلاف الأشخاص والتصرفات القانونية، فلا يمكن أن تتطابق بواعث المتعاقدين من وراء قيامهم بالتصرف، فقد يشتري شخصا محلا لممارسة التجارة، أو لتوسيع استثماراته في العقارات، أو التبرع به لجمعية خيرية، وقد يكون القرض الذي يطلبه المقرض، لغرض تلبية حاجاته العائلية، كبناء سكن أو تأثيثه، وقد يكون لاستثماره

1- قرار رقم: 43098، مؤرخ في: 12-04-1987، المجلة القضائية، العدد: 04، الجزائر، 1990م، ص.85.

في مشروع مبرح، كما قد يكون لغرض المقامرة، أو المتاجرة في الممنوعات، وقد يكون المتبرع قاصدا بتبرعه الإحسان للمتبرع له، كما يمكن أن يكون لأجل شراء ذمته لكتمان أمر غير مباح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن العامل الثاني الذي يجعل من أعمال السبب بمعنى الباعث كركن تفترض مشروعيتها وسيلة بالغة التعقيد، هو أن افتراض مشروعية سبب الالتزام الذي نصت عليه المادة 98 من القانون المدني الجزائري، كقريئة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها، يحمل في ثناياه تناقضات منطقية من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، فإذا كانت نية المشرع تذهب إلى الاعتداد بشرط المشروعية كما استقرت عليه النظرية الحديثة، فمعنى هذا أننا بصدد الحديث عن سبب العقد، أي الباعث الدافع إلى التعاقد، فكيف نفترض مشروعية سبب الالتزام، وهو الحق المترتب للدائن في ذمة المدين، والذي لن يكون إلا حقا ماليا، ويعبر عن الالتزام المقابل الذي يترتب عن العقد، والذي لا يمكن إلا أن يكون مشروعاً، فهو ليس ممنوعاً في ذاته، وإلا كنا بصدد عدم مشروعية المحل، وبالتالي فمثل هذا الافتراض ليس إلا تأكيد المؤكد، لأن ما يريده القانون هو شيء معنوي يوصف بالمشروعية، يتعلق بمآل التصرف من حيث غرضه البعيد، وليس بمشروعية الالتزامات المترتبة عنه، ثم إن التصرف دون باعث أمر لا يعقل بالنسبة للشخص، إلا إذا كان فاقدا للعقل أو صبيا غير مميز؛ هذا من وجه، ومن وجه آخر، وفي حالة صورية السبب التي نصت عليها المادة نفسها، ما العمل إذا ما تم إثبات أن السبب الحقيقي غير مشروع؟ فالعقد يكون باطلا لعدم مشروعية سببه وليس لصورته، سواء كان السبب صوريا أم حقيقيا، وهذا يعني أن نظام السبب سواء بمعنى الباعث الدافع إلى التصرف، أم بمعنى سبب الالتزام، لا دور له في إثبات مشروعية العقد من عدمها، إلا إذا كان المحل غير مشروع، وأن مسألة مشروعية نتائج التصرف القانوني تتجاوز فكرة السبب بمعنييه، كونه يطلب ابتداء عند إبرام العقد، ويدخل ضمن موجبات وجوده، وهو ما لا يمكن مراقبته في هذه المرحلة، سيما إذا علمنا بأن الباعث أمر شخصي لا يمكن إدراكه إلا إذا ربطناه بنتائج التصرف، وحتى إذا ذهبنا مع القائلين بسبب الالتزام، فإن مشروعيته ليست سوى مشروعية المحل، كونه يشكل المظهر المادي للسبب.

ولعل هذا ما يدعو لإعادة النظر في كثير من المفاهيم والأحكام المتعلقة بالعقد، إن على مستوى مفهوم العقد ذاته، أو على مستوى العناصر المرتبطة بأحكامه من رضائية ومحل وسبب، ودورها في التأسيس لنظريات أساسية في قانون العقد، كنظريات البطلان، والفسخ، والدفع بعدم

التنفيذ، وتحمل التبعة، وغيرها، كنتيجة طبيعية لطغيان الطابع النظامي على العقد، من خلال التدخلات التشريعية والقضائية، خاصة أن ركنية السبب في العقود، كمكوّن أساس يدخل ضمن ماهية العقد في ذاته، لم تثبت يوما، حتى عند فقهاء المدرسة الفرنسية التي أسست لمدرسة القانون المدني، وظل الجدل قائما حول أهمية هذا العنصر في التكوين القانوني للعقد، إلى أن تخلى عنه المشرع المدني الفرنسي في تعديلاته الجذرية الأخيرة، التي أدخلها على قانون العقود والالتزامات سنة 2016.

الفرع الثاني: التصوير الدقيق لفكرة الالتزام التعاقدية يعني عن فكرة السبب ووظائفه

لما كانت نظرية السبب مرتبطة ارتباطا وثيقا بالفقه الروماني ممزوجا بالفقه الكنسي، وشيوع مبدأ الرضائية، حتى بدت من أكثر المسائل حساسية وأكثر النظريات غموضا، وعرفت الكثير من الانقسامات في الفقه القانوني حول جدواها وفائدتها في قانون العقد، سيما بعد أن أصبحت وثيقة الصلة بقواعد الأخلاق والنظام العام، ما بوأها لأن تكتسب مكانا لها في التشريعات التي تحفل بالمبادئ الخلقية والمثل العليا.

ومن الواضح أن هذا الدور المحوري لمبدأ التقدير الأخلاقي، لا يتعين إلا بنية حقيقية تنبثق من مكامن النفس الإنسانية، حيث تنعقد هذه النية وتشكل البواعث والدوافع الواقعية للإرادة حين تنطلق لتحقيق غايتها، وهذا الجانب الغائي للإرادة يُحمل على وجهين، يمثل الوجه الأول الغاية الموضوعية، وهي التي يراها الضمير خارج الذات أساسا، وأن فائدتها التي تستطيع الذات أن تجنيها من ورائها لن تكون في حساب الإرادة من حيث هي موضوعية، وإنما تكون هدفا لحركة أخرى من حركات الإرادة، وذات قيمة أخلاقية، يطلق عليها الهدف، أما الوجه الثاني الذي يمثله الجانب الغائي لهذه الإرادة، فهو الغاية الذاتية، وهي النتيجة التي تنتظرها الذات من نشاطها، من حيث هو نافع لها، وهذه الغاية تمثل الغاية الوجودية أو الثمرة، وهي التي يمكن أن تكون مشروعيتها مجالا للجدل¹.

فقد نلاحظ أن النظر الذي نوجّهه للأثر أو المسبب، لا يزودنا بدافع العمل، ولكنه يزودنا بشرط مسوّغ للتشريع، أي أن فائدة هذا النظر في دفع الإرادة، أقل من فائدته في إضاءة الطريق

1- عبد الله دراز، دستور الأخلاق، المرجع السابق، ص.ص. 509-510.

أمام فهم الواجب، طالما أنه ينبغي أن يتم من قبل أن يصبح أمر الواجب مفروضاً على الإرادة، لأن الواقع يقتضي أن يكون الضمير واعياً أولاً بالشروط الكاملة للعمل الذي تؤديه، ومن ثم قد يُعْتَبَرُ الوعي هذا العمل تكليفاً مطلقاً، وقد يتبلور في صورة تطمئنا مسبقاً إلى أنه لا يستتبع بشرّاً، أو أن الواجب الذي نتصوره لا يطله واجب آخر أكثر منه جوهرية، وحين يتم إقرار نظام العمل على هذا النحو، يمكن للنتائج المتوقعة من هذا العمل أن تصبح غايات تعتمد عليها الإرادة في التنفيذ¹، وحين ذاك يمكن تقدير القيمة الأخلاقية لنتيجة العمل، ليس كإسهام في تحديد الواجب، وإنما كمحرك للإرادة التي وعت وعياً كافياً موضوع نشاطها.

فالموضوع المباشر للإرادة الفاعلة هو العمل الذي تشرع في أدائه، ولكن هذا الشروع لا يكون ممكناً كشروع إرادي على وجه الكمال، إلا حين يلمح الإنسان من ورائه في صميم العمل شيئاً من الخير أياً كان، يزيكه في نظره، وينشئ له سبب كينونته، وفي هذا يكمن الموضوع غير المباشر، أو الغاية الأخيرة التي يقصد إليها الجهد العاقل الواعي، والتي يتطلع إلى بلوغها؛ وتطلق كلمة "غاية" Fin أو "هدف" But على ذلك الموضوع البعيد، من حيث هو حقيقة مستقلة يتعين السعي إليها وبلوغها، ولكن من حيث هو فكرة تحفز النشاط الإرادي وتمهد له، يطلق عليه "باعث" Motif أو "دافع" Mobile، فهما كلمتان معتبرتان بعامّة، مترادفتان تماماً، غير أنهما تشتملان على قدر كاف من الألوان الدلالية، تحدد لتصوراتنا دوراً مختلفاً في الإعداد لهذا العمل، فباعتبار أنها "باعث"، تُصوّر فكرة الخير الأسمى حالة عقلية صرفة، تُستخدم في تسويق العمل المعتمد وجعله معقولاً، وبيان مطابقتها للقانون والشرع، وعند تجاوز هذه المرحلة العقلية، نجد أن فكرة الهدف But، تتمثل لنا كقوة محركة تدفع نشاطنا حين ننظر إليها من وجهة هذا التأثير على الإرادة، فنطلق عليها اسم الدافع Mobile².

ومثل هذا التحليل، قد يقودنا إلى ما قاله الأصوليون عن السبب، لما رأوا بأنه هو كل حادث ربط به الشرع أمراً آخر وجوداً وعدمًا، وهو خارج عن ماهيته، أي أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب، كما عدم السبب يستلزم عدم المسبب، وإن كان يلاحظ أن السبب يشبه الركن من حيث ارتباط مسببه به وجوداً وعدمًا، ولكنه افترق عنه من حيث أن سبب الشيء أمر

1- عبد الله دراز، دستور الأخلاق، المرجع السابق، ص.ص. 508-509.

2- المرجع نفسه، ص.ص. 421-422.

خارجي عنه وليس جزءاً من ماهيته، ومن علامة السبب أن يضاف إليه غالباً حكمه المسبب عنه¹، ولما كان الأمر بهذا الحال فإن ركنية السبب في العقد كما هو عليه الحال في القانون المدني الجزائري ليس لها سند منطقي، والاستغناء عنه ممكن، خاصة وأن هذا القانون قد أخذ ببعض الاصطلاحات الفقهية في تنظيمه لأحكام العقد من الشريعة الإسلامية، التي أدرجها ضمن مصادر التشريع في نص المادة الأولى من القانون المدني، والتي في مقدورها احتواء هذه المسألة، مثل ما هو الأمر بالنسبة لصيغة العقد، التي عبر عنها بالإيجاب والقبول في مجلس العقد (المادة 64 من القانون المدني الجزائري)، والتي تمثل الحقيقة العقدية في جوهرها، ببيانها للعناصر المكونة له، أي الأجزاء التي يتركب منها العقد في نظر التشريع؛ فاتفق الإرادتين في ذاته، لا يُعرّف وجود العقد، وإنما الذي يكشف عنه هو الإيجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر العقدة الظاهرة، بما فيها الإعراب عن تحرك الإرادتين نحو بعضهما وتلاقيهما متوافقتين، وهذا هو المعوّل عليه في الانعقاد، فمتى حصل الإيجاب والقبول بشروطهما الشرعية أو القانونية، أعتبر بينهما ارتباط، هو في الحقيقة ارتباط بين شخصين بموضوع العقد، وهو الذي يمثل الأثر المقصود منه الذي شرع العقد لأجله، أي حكمه الشرعي أو القانوني، فيصبح كل منهما ملزماً بالحقوق التي ترتبت عنه²؛ ومن شروط الإيجاب كما هو معلوم، أن يكون جازماً وباتاً، أي أن يصدر عن نية قاطعة وحاسمة، ويعكس عزماً نهائياً على التعاقد، بحيث ينشأ العقد بمجرد قبوله، دون توقف على أمر آخر، والإيجاب الذي يتوافر فيه هذا المعنى، يشكل الحد الفاصل بين المفاوضات من جهة، ومرحلة إبرام العقد من جهة أخرى؛ كما إنه يُشترط في الإيجاب أيضاً أن يكون محدد³، أي يتحدد به نوع العقد المراد إبرامه، بيعاً كان أم قرضاً أم شركة مثلاً، بحيث لا يختلف التصور ما بين الطرفين حول طبيعة هذا العقد أو نوعه، وإلا كان ذلك مانعاً من قيامه، مما يعني أن طبيعة العقد وغايته الموضوعية، تتحدد في الصيغة التي تشكل المظهر المادي للتراضي الحاصل حول موضوع العقد، عن طريق توافق الإرادات الواعية بحكمه، أي أثره الأصلي الذي حدده الشرع أو القانون، ومن ثم يمكن بسط الرقابة على نتائجه، بحيث لا يجب أن يناقض ما شرع له، وإذا أمكن فهم العقد بهذا التصور يمكن مراقبة مشروعيته في أي مرحلة من مراحلها، دون الحاجة لأن نقحم عنصر السبب كركن وجب

1- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج.01، ص.391.

2- المرجع نفسه، ج.01، ص.ص.383-384.

3- يراجع: علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.ص.118-120.

توفره ابتداء لقيام العقد، ثم نستثنى من ذلك تصرفات قانونية لا تقتضي طبيعتها وجود عنصر السبب ونسبها تصرفات مجردة، أي تجريدتها عن سببها بنص القانون، مثلما هو الحال في تداول الأوراق التجارية، كأدوات ائتمان تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار، فيكفي أن يكون التراضي موجودا وصحيحا لكي نكون بصدد عقد، يتولى الشارع تكييفه وتحديد آثاره ومراقبة نتائجه التي لا يجب أن تناقض ما شرع لأجله.

الفرع الثالث: مراقبة مشروعية التصرفات في ظل التصور الجديد للالتزام التعاقدية

لم يعد السبب ركنا أو شرطا لقيام العقد في القانون المدني الفرنسي، الذي استقت منه التشريعات العربية قوانينها المدنية، سواء بطريق مباشر أم غير مباشر، مثله مثل عنصر المحل، إذ اندججا في عنصر أوسع وأشمل سماه المشرع الفرنسي المضمون، أو محتوى ما وقع عليه رضاء أطراف العقد، وكأنه تبنى ما كان يقوله الفقه والقانون الألمانيين، بأن السبب ليس له وجود خارج التعبير الصادر عن المتعاقدين، فما شاؤوا أن يضمنوا التعبير من سبب يصبح جزءا منه، وما شاؤوا أن يغفلوه يجب استبعاده من دائرة التعاقد ولا يعتد به، مما يؤشر على النزعة الموضوعية التي عالج بها المشرع المدني الفرنسي أحكام العقد وشروطه، فالقاضي لا يستطيع أن يتجاوز ما تضمنه التعبير إلى النيات الباطنة للمتعاقدين، ولا يمكن الاعتداد بالباعث إلا إذا اندرج في التعبير وكان جزءا منه، وحينذاك، إذا كان هذا الباعث غير مشروع كان التعبير باطلا في حد ذاته، أي أن الإيجاب أو القبول اللذان يشكلان تعبيرا مشتركا بين طرفي العقد، والوجه الظاهر لانعقاده باطلا، وغير مسوغة قانونا، وليس على القاضي إلا أن يبطل هذا التعبير، دون أن يكلف نفسه عناء البحث فيما إذا كان هذا الأمر غير المشروع هو السبب أو الباعث، فهو أمام تصرف غير مشروع ابتداء، لا تفره الآداب العامة، وبالتالي لا يعتد به القانون، وليس للقاضي إلا أن يبطل التصرف بوصفه حارسا لهذه الآداب¹.

وعليه يمكن للمشرع الجزائري اعتماد مقاربة أخرى لشروط قيام العقد ومراقبة مشروعيته، من خلال إعادة النظر في المقومات الأساسية التي يقوم عليها العقد، والفرقة بين الركن والشرط وبيان أنواعه، كما سبق وأن قام بذلك في تعديله لقانون الأسرة، من خلال اعتماد الرضا كركن أساس

1- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج.04، ص.42.

لقيام العقد، ودرجعة العناصر الملازمة للرضا، إلى مرتبة الشروط، كما فعل بخصوص عقد الزواج¹، ويكون بذلك قد حقق الانسجام في نظرية العقد كفكرة قانونية ذات مفهوم موحد، ومن جهة أخرى يكون المحل والسبب شرطين ملازمين للرضا، وجب التحقق من وجودهما ومشروعيتهما بالإضافة إلى الأهلية، وضمن هذا المسعى يمكن الاقتباس من المقاربة التي اعتمدها المشرع اليميني في معالجته لأركان وشروط العقد² مع إدخال بعض التعديلات على تعريفه كأن يكون العقد هو: "الرضا الصادر من أهله الواقع على مضمون قابل لحكمه غير مناف للنظام العام والآداب"، ومن ثم يصبح الرضا هو الركن الأساس لوجود العقد سواء كان بإرادة منفردة أم أكثر، عندما يصدر ممن هو أهل لذلك، يشترط فيه أن يقع على مضمون يقبل الحكم الذي يقرره القانون بحسب طبيعته، كأن يكون بيعا أو إيجارا، أو شركة، أو هبة، أو غير ذلك من العقود كيف ما كانت، وأن لا يخالف مضمون العملية العقدية برمتها النظام العام والآداب، وبذا يكون أمام القاضي أن يتحقق من وجود العقد من خلال وجود الرضاء وصحته، بناء على ما وقع عليه، فهو من يشكل محتوى العملية التعاقدية، سواء بالنسبة للمحل ومدى توفر شروطه، أم بالنسبة لنتائج العقد، كون الرضا يشكل محتوى ما أراه المتعاقدان، وما ضَمَّنَا عقدهما من شروط سواء أكانت مادية أم معنوية، فهي في الأخير تشكل مضمون العقد؛ وهذه الإرادة المعبر عنها هي دون شك تتضمن محلا وقعت عليه وسببا حركها اتجاهه، وهي واعية بنوع العقد الذي أقدمت عليه، وحكم القانون بشأنه، مادام أنها صدرت من طرف أهلا لذلك في نظر القانون.

1- تنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري المعدل على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وتكفلت المادة 9 مكرر ببيان شروطه".

2- تنص المادة 136 من القانون المدني اليميني رقم: 14 لسنة 2002 على أن أركان العقد هي: "التراضي، طرفا العقد، المعقود عليه (محل العقد)".

خاتمة

خاتمة

يبدو أن تناول الاختلافات القائمة لدى فقهاء القانون حول موقع فكرة السبب من التصرفات القانونية، وجودا وعلما، يعود بالباحت إلى المربع الأول الذي ظهرت فيه فكرة الالتزام القانوني، منذ ما قبل الميلاد، في بيئة رومانية بدائية لا تؤمن إلا بالمحسوس، إلى عهد "جايوس" ومن بعده "جوستينيان"، اللذان ساهما في وضع أولى لبنات المنظومة القانونية للالتزامات والعقود؛ وقد تبع الفقه الفرنسي هذا النهج، وحاول صياغة قانون ينظم بشكل موحد المبادلات البينية بين الناس، معتمدا في ذلك على الكثير من الحلول الرومانية، ودون إغفال التطور الذي لحق مبدأ الرضاية؛ ولعل هذا ما ساهم في عدم انسجام أحكام التصور الجديد للالتزام التعاقدية، المؤسس على جوهرية الإرادة كعنصر أساس في وجود العقد وقوته الملزمة، مع المفهوم المختلف للعقد المستمد من الشريعة الرومانية، بحكم الأصل الشكلائي له، المحاط بالكثير من الطقوس الاحتفالية، تكاد تستقل فيه التزامات أطرافه عن بعضها البعض، لتلامس حد الانفصال؛ وهذا التصوير القديم لفكرة العقد في حقيقته، يناقض تماما التصوير الجديد المبني على النزعة التوافقية التي تُوجَدُ العقد، أو الالتزام الإرادي، بمجرد التراضي، إلا ما خصه المشرع استثناء بشكل معين. ومن المؤكد أن مثل هذا التباين في تصور مدى كفاية الإرادة في إنشاء العقد، كان له كبير الأثر في اختلاف الصياغة الفنية لأحكامه لدى المدارس القانونية والفقهية على تعدد مشاربها، اختلاف في حقيقته مبني على خلفيات دينية وفكرية وفلسفية واجتماعية وسياسية، خارجة عن التفكير القانوني المحض.

وقد بينت الدراسة أن فكرة السبب لا تضاهيها فكرة من الأفكار القانونية الأخرى، التي ولدت من رحم فكرة الالتزام التعاقدية الإرادي، من حيث الجدل والخلاف والمناكفات الفكرية والفلسفية، بحثا عن محلها من وجود التصرفات القانونية الإرادية وصحتها وشرعيتها ومشروعيتها؛ نظرا لارتباطها الوثيق، الفني والوظيفي، بباقي مكونات كيان التصرف كفكرة قانونية موحدة.

ولعل ما تناوله هذا البحث قد يشكل خطوة على مسار الفكر القانوني الممتد، في تكوين فكرة ولو بسيطة عن ماهية السبب ومفهومه في مظاهره المتنوعة، من اللغة، إلى الفلسفة، إلى الفقه الغربي، وكذا الفقه الإسلامي. وقد توصلنا ونحن نسير على نهج التأصيل للمسألة التي أثارها الكثير من اللغظ والجدل الفقهي لدى فقهاء القانون، أنّ فكرة السبب بمختلف معانيها، ظهرت بشكل جلي في المدرسة اللاتينية، بزعامة الفقه القانوني الفرنسي، دون أن يكون لها كبير أثر في باقي المدارس القانونية الغربية، أما الفقه الإسلامي فلم يتناول الفكرة كما طرحها شراح وفقهاء القانون، لاختلاف الخلفيات

والمراجع، والرؤى والمناهج. وقد ألفينا أن المدرسة الفرنسية في القانون، هي التي انفردت بنظرية السبب في العقود، وجعلت منه ركنا لازما لقيام العقد، وشرطا لصحته، لكنها لم تتفق على معايير إعماله، ولم تفلح في إيجاد براهين راجحة تثبت أساسه؛ ومنذ ذلك الحين، ولردح من الزمن، والمعارك الفقهية قائمة حول جدوى هذه النظرية في قانون العقود، إذ لا تكاد تضع أوزارها حتى تنهض من جديد، لتطفو مرة أخرى إلى سطح الفقه القانوني، خصوصا بعد تخلي المشرع الفرنسي بعد تعديل سنة 2016، عن نظرية السبب التي كانت مصدر إلهام للمدرسة اللاتينية في القانون، وعلى هديها سارت أغلب النظم القانونية في العالم، خاصة في عالمنا العربي.

وقد تتبعنا من خلال هذه الدراسة أولى إرهاصات اهتزاز نظرية السبب، ورأينا كل تلك التجاذبات التي طالتها عبر أزيد من قرنين من الوجود، وأشرت لأولى علامات أفول بريقها، تحت تأثير التطورات المتسارعة التي عرفتها المنظومات القانونية العالمية، والارتدادات التي خلفتها رياح العولمة، ومطارق الانتقادات الموجهة إليها من فقهاء وأساتذة القانون المدني الفرنسي في عقر الدار التي رأت النور فيها، وترعرعت تحت أعين عرابيها من أعمدة الفقه القانوني ذو النزعة اللاتينية، بعد أن احتدّ النقاش حول موقع هذه النظرية من قانون العقود، والفائدة التي تجنى من تطبيقاتها.

ومن النتائج التي توصلنا إليها من خلال بحث فكرة السبب في جميع تجلياتها، والتجاذبات التي ميزت الدراسات الفقهية والأحكام القضائية التي تعاقبت عبر السنين، إلى غاية التخلي عن النظرية من التقنين المدني الفرنسي عام 2016، ما يلي:

أولا- تعود نشأة نظرية السبب وما أثارته من جدل وخلاف، إلى الفقه القانوني اللاتيني بزعامة المدرسة الفرنسية، أكثر من أي مدرسة أخرى من المدارس التشريعية. وقد وقفنا على مدى تأثير فكرة السبب ببعض المفاهيم القانونية من مثل الالتزام والعقد، بداية من القانون الروماني، إلى قانون نابليون الذي جاء متأثرا بأفكار القاضي والفقيه "جون دوما" ومن بعده "جوزيف بوتيه"، اللذان أسسا لنظرية عامة في الالتزامات، ولكن بمقدمات غير متجانسة، تجمع بين فقه ومعتقدات وقوانين الرومان، ومبادئ الحرية وسيادة العقل، وهو ما أوقع الفقه من بعدهما في كثير من التناقضات المعرفية والمنطقية، من خلال التنظير للالتزامات الإرادية بالشبه والاستمداد من ميراث النظم القانونية للرومان، ومحاولة إسقاط تصوراتها الفنية على نظرية الالتزام في غير بيئتها العقدية والمعرفية.

ثانيا- لقد لعب التصور الفني للالتزام التعاقدي دورا كبيرا في اضطراب فكرة العقد ومكوناته، بالنظر إلى الأصل الروماني لفكرة الالتزام، حيث كان العقد ينشأ في صورة شكلية تتساوق مع معتقدات البيئة الرومانية الغارقة في التجسيم، بحيث تكاد التزامات المتعاقدين أن تنفصل عن بعضها البعض، وبعد تسرب فكرة الرضائية في مرحلة من مراحل تطور القانون، ثم التسليم المطلق بمبدأ سلطان الإرادة في الالتزامات التعاقدية، حدث نوعا من القطيعة المعرفية لدى فقهاء القانون، في إيجاد الروابط المنطقية بين القوة الملزمة للعقد التي تقتضيها الصياغة الفنية للقواعد القانونية، وبين آثاره التي قد تكون على غير ما يرتضيه القانون وينشده، فتتنكب نتائجها المشروعية ومبادئ الأخلاق. وأمام هذا الوضع اضطر الفقه إلى تبني فكرة السبب المستلهمة من الفقه الكنسي؛ ولكن حرصهم على موضوعية القاعدة القانونية، ومحاولة فصلها عن بيئتها من قبل أنصار القانون الطبيعي، وإعادة صياغتها وفق رؤية مادية صرفة، ثم ربطها بالمشروعية، كقيمة قانونية وأخلاقية، خلق مشكلة أخرى بجانبها، تجاوزت الفقه والقضاء والقانون بذاته، لامتناع إضفاء الصبغة المادية البحتة على المفاهيم المعنوية المجردة.

ثالثا- لقد بدت فكرة السبب بمثابة الفكرة الفلسفية المجردة، التي لا يمكن ضبط معناها في مختلف المدارس الفقهية، على تنوع مشاربها ومرجعياتها الفكرية والعقدية، وبهذا الاعتبار فهي لا تتوافق وما تصبو إليه القاعدة القانونية من دقة في المبنى والمعنى، لكي يسهل تطبيقها. وقد رأينا كيف تعددت معاني السبب في اللغة والفقه والفلسفة، وكيف لم تفِ فكرة السبب بالغرض حتى وهي تُؤوَّل إلى معنى الباعث، بحكم أن هذا الأخير لا يمكن إدراكه عند تكوين العقد، ولا حتى أثناء تنفيذه، كونه مسألة خفية تتوارى في مكامن النفس البشرية، والقانون كقاعدة تضبط السلوك لا يعنى بالنيات الباطنة، ويقتصر مجاله على ما ظهر من الأفعال والأقوال.

رابعا- إن فكرة السبب في الالتزامات الإرادية لم تظهر بهذا التعقيد والغموض إلا في المدرسة اللاتينية على أيدي فقهاء القانون الفرنسيين، وبعدها عمّرت لأكثر من قرنين، تخلّى عنها المشرع الفرنسي في تعديله الأخير سنة 2016، في محاولة لتصحيح الكثير من المفاهيم المتعلقة بنظام العقد ومكوناته وطبيعته، بعد أن أصبح الفقه القانوني في فرنسا يتحدث عن أزمة للعقد، باتت تهدد ميراثه الفقهي والفلسفي والإيديولوجي، الذي كان يمثل عراقا المدرسة الفرنسية في القانون المدني.

خامسا- إن كثرة الاستثناءات التي جاءت بها القوانين الخاصة من مثل قانون العمل، وقانون المنافسة، وقانون الاستهلاك، وقانون التجارة الإلكترونية، وغيرها من القوانين الخاصة، على الأحكام الكلية لنظريتي الالتزام والعقد، جعلت الفقه يعيد النظر في هذه القواعد الكلاسيكية، التي بدت وكأن الأحداث تجاوزتها، بسبب البناء النظري لها وعدم قدرتها على استيعاب المسارات الجديدة للتعاملات البنينة التي جاء بها نظام العولمة، وهو الأمر الذي أرغم المشرع المدني في فرنسا إلى الاقتناع بضرورة مراجعة عميقة لقانون نابليون، والثورة على المبادئ والقواعد الكلية التي تكرست لما يزيد عن قرنين من الزمن.

سادسا- إن عدم توافق الفقه القانوني على نظرية واضحة بشروط ومعايير محددة، ينهي به الجدل القائم حول ركنية السبب في العقود، يؤكد الريبة والاضطراب التي عرفها عنصر السبب في التصرفات القانونية، بدليل الحلول المختلفة التي بات يقدمها القضاء للمسائل المطروحة بشأن موضوعه عبر سنين من التطبيقات القضائية، والاجتهادات الفقهية، وهو ما رأى فيه الكثير من الفقه تهديدا جديا بالأمن القانوني، يستدعي إعادة النظر في مدى صحة وأهمية ركنية السبب بكل تصوراتها ومعانيه المختلفة؛ وقد استجاب المشرع الفرنسي لمناشدات هذا التيار، وألغى النظرية من قانون العقود مطلع العام 2016م، ليفتح بذلك صفحة أخرى للنقاش الفقهي والفكري حول المقاربة الجديدة لنظريتي العقد والالتزام في التشريع الفرنسي، ومصير فكرة السبب عند التشريعات الأخرى.

سابعا- رأينا في آخر الدراسة أن التخلي عن هذه النظرية التي شغلت الفقه والقضاء والتشريع، ممكن، إذا ما اعتمدنا مقاربة أخرى لنظام العقد تجعل منه أكثر بساطة ووضوحا، تُدرك من خلالها الحقيقة العقدية المبنية على الحرية والاختيار في حدود ما يميز لها الشارع، وفق النظر الفقهي الذي يجعل من الإرادة الواعية المعبر عنها، عنوانا لإلزام مُصدرها، سواء عند التقائها بقبول يمثل تعبيرا عن إرادة ثانية مختارة وواعية بما ارتضته، أم عندما تلزم صاحبها بنفسها، وهو واع بما يرتبه الشارع من ذلك. كما أن هذا التخلي عن السبب يكون ممكنا إذا حللنا عنصري الإيجاب والقبول تحليلا صحيحا ومنطقيا، يبين شروطهما وعناصرهما، باعتبارهما المظهر المادي المنشئ للعقد أمام القانون، حتى يتمكن من بسط نفوذه على التصرف القائم.

ثامنا- لقد بينت الدراسة المقارنة، سواء بين المدارس القانونية الغربية، أم بين المذاهب الإسلامية المختلفة، أم بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أنه يمكن الإفادة من التجارب المتعددة

في تقنين المسائل القانونية ذات الأهمية الإستراتيجية لضمان الاستقرار داخل المجتمع، بما يمثل نظام العقد من حقيقة حيوية في المجتمعات والحياة الاقتصادية للأمم والشعوب، بحيث تنعكس القاعدة القانونية على حياة الناس اليومية سواء بالسلب أم بالإيجاب، من خلال مظاهر التطور التي تعرفها المعاملات المالية والاقتصادية، وضمان الأمن القانوني الذي يخدم العدالة ويحقق الاستقرار.

تاسعا- إن اعتماد القانون المدني الجزائري على ركنية السبب لإبطال التصرفات القانونية غير المشروعة، حماية للمجتمع منها، في محاولة لتبني ما قال به أنصار السبب الباعث الدافع وفق النظرية الحديثة، لا يكفي لمراقبة نتائج التصرف ومآلاته، لتعلق هذا الباعث بنية المتعاقدين، مع اشتراط توفره عند إبرام العقد، وهنا تظهر مشكلة هذه الحماية المقررة من طرف الشارع؛ لأنها تتطلب سبب العقد بمعنى الباعث عند إبرامه، وهو ما لا يمكن تصوره عمليا، فليس في مقدور القانون أن يعلم خبايا ما يحتلج في صدور المتعاقدين وقت التعاقد، لأن المنطق القانوني يقتضي تنظيم وضبط السلوك الظاهر الذي يميز النشاط الإنساني، وليس الحكم على النيات التي قد تتبدل بين الفينة والأخرى.

ووفق ما تم بيانه في ثنايا هذا البحث حول نظرية السبب، وما تم التوصل إليه من نتائج، يمكن اقتراح التوصيات التالية:

أولا- ضرورة إيلاء العناية القانونية اللازمة لتصنيف الشروط وتعريفها وبيان أنواعها وأثرها في الالتزامات التعاقدية، كما جرى لدى فقهاء الشريعة الإسلامية؛ لأن ذلك يغني عن مسألة السبب ووظائفه التي أرادها له الفقه القانوني، إذا علمنا بأن التعاقدات الجارية في عالم الناس، ليست في الأخير سوى جملة من الشروط، وإن اختلفت مصادرها بين الإرادة العامة التي يمثلها الشارع، والإرادة الخاصة للأفراد؛ ومن ثم تكون للقاضي مكنة حماية المشروعية التي يرومها القانون، وفق مضمون العملية التعاقدية ونتائجها بشكل مجمل، يجعل من شرط المشروعية شرطا مطلوبا في جميع مراحل التعاقد النافع والعادل، سواء بالنسبة لأطرافه أم بالنسبة للغير.

ثانيا- نظرا لما لنظرية السبب كفكرة فلسفية متعددة الأبعاد، وارتباطاتها مع مختلف العلوم ومناحي الوجود، فإن تناول مسألة السبب بالبحث والدراسة هي من المسائل التي تكتسي أهمية بالغة بالنسبة للأكاديميين والباحثين في العلوم القانونية، لأجل الإحاطة أكثر بماهيتها وتأثيرها في مسائل المعاملات المالية، خاصة في التصرفات القانونية، بهدف إعادة تحديد ماهية الالتزامات التعاقدية في

القانون، وبيان عناصرها بدقة؛ وهو ما قد يمكن القائمين على التشريع من الوصول إلى صياغة سليمة ودقيقة للنصوص الخاصة بهذا المجال، وتحقيق الجودة التشريعية، التي تساهم في تحقيق الأمن القانوني.

ثالثا- يمكن استلهام أفكار جديدة مما وصلت إليه التشريعات الحديثة، كما هو الأمر في قانون العقود الذي اعتمده الاتحاد الأوروبي، ومبادئه التي استقى منها المشرع الفرنسي أغلب النصوص الجديدة التي ضمنها في تقنينه المدني الحالي، مع تكييفه مع الثوابت الوطنية للبلد، اعتمادا على النصوص والموروث العلمي والفكري الثري للأمم، وقد رأينا كيف تفرّد المشرع اليمني بعدم الاعتماد على نظرية السبب في تكوين العقد، وانتهج مقاربة أخرى مستقاة من الفقه المالكي، هي أكثر بساطة وسهولة من حيث التطبيق، ودون أن يشكل ذلك عائقا أمام قيام العقود مع مراقبة مآلاتها بشكل صحيح.

رابعا- لغرض تمكين القانون من بسط رقابته على مشروعية التصرفات القانونية، يجب اعتماد مقاربة أخرى تستمد نواتها من الاجتهادات التي توصل إليها الفقهاء في باب الحكم على مشروعية التصرفات من عدمها، من خلال منح القاضي مكنة قانونية لمراقبة مآلات التصرف، وهي الحلول التي رأينا بعضها عند استعراضنا لمسألة المشروعية في الفقه الإسلامي، والمعايير التي يمكن من خلالها الحكم على مشروعية التصرف من عدمه.

خامسا- يمكن اعتماد مقاربة جديدة تتساقق والنظرة الحديثة للالتزامات التعاقدية، من خلال تبسيط القاعدة القانونية، وجعلها أكثر سهولة من حيث التطبيق، بإعادة صياغة أحكام العقد وكيفية مراقبة مشروعيته نشأة وآثارا، كفكرة المضمون المستحدثة في التقنين الفرنسي المعدل، والاستغناء عن فكري السبب والمحل، اللتان يصعب تطبيقهما في بعض العقود الحديثة، كعقد الإطار الذي يستتبع بعقود أخرى تشكل مضمونه. كما يجب مواءمة نصوص التصرف القانوني المتعلقة بالمشروعية، بوضع معايير موضوعية تمكن القاضي من تقييم تلك المشروعية من عدمها، كإعمال نظرية الشروط الباطلة، وسد الذرائع، ومبدأ العادل والنافع، وغير ذلك.

سادسا- إن اعتماد فكرة مضمون العقد كبديل لركني السبب والمحل، يمكن أن يمنح للقاضي مساحة أوسع لإيجاد الحلول المتعلقة بالتوازن العقدي، باعتبار أن هذه الفكرة تمثل المحتوى التعاقدية وما ارتضاه المتعاقدان برمته، في جانبه المادي والمعنوي.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

I- المصادر والمراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب القانونية:

- 01- ابن حامد لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، مطبعة الرغاية، الجزائر، 1990م.
- 02- أبو زهرة مُجَد، الملكية ونظرية العقد، دار الفكرة العربي، القاهرة، مصر، 1996م.
- 03- أبو ستيت حشمت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، مصر، 1945م.
- 04- آيت حمودي حليلة، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الحدائة للنشر والتوزيع، ط. 1، بيروت، لبنان، 1986م.
- 05- بقبق مُجَد، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط. 1، تونس، 2009م.
- 06- دواس أمين وآخرون، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، بيروت، لبنان، 2017م.
- 07- الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدول في تقييده، مؤسسة الرسالة، ط. 3، بيروت، لبنان، 1404هـ، 1984م.
- 08- الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، ط. 4، بيروت، لبنان، 1408هـ، 1988م.
- 09- الدريني فتحي، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط. 4، دمشق، سوريا، 1416هـ، 1996م.
- 10- الزين مُجَد، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط. 2، تونس، 1997م.
- 11- الزلمي مصطفى إبراهيم، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، إحسان للنشر والتوزيع، ط. 1، العراق.
- 12- حجازي عبد الحي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق، الكويت، 1982م، ج. 01.
- 13- الحيايني إبراهيم عمر فتحي، حقوق العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط. 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2020م.
- 14- الحكيم عبد المجيد، البكري عبد الباقي، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ج. 02.
- 15- حماد نزيه، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية، دار القلم، ط. 1، دمشق، سوريا، 2010م.

- 16- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، العقد، المنشورات الحقوقية صادر، ط.5، بيروت، لبنان، 2019م، ج.02، ج.06.
- 17- سوار مُجَّد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، مطبعة رياض، دمشق، سوريا، 1400هـ، 1980م، ج.01.
- 18- سلطان أنور، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م.
- 19- سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.5، الجزائر، 2003.
- 20- السنهوري أحمد عبد الرزاق، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات مُجَّد الدايدة، لبنان.
- 21- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.2، بيروت، لبنان، 2000م، ج.01، ج.02.
- 22- السنهوري أحمد عبد الرزاق، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس مقدمة لقسم الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الفيوم، القاهرة، مصر، 1953م-1954م.
- 23- السعدي مُجَّد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ط.4، الجزائر، 2007م، ج.01.
- 24- عبده مُجَّد علي، نظرية السبب في القانون المدني -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت، لبنان، 2004م.
- 25- عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، مصر، 1984م، ج.01.
- 26- عبد الجواد مصطفى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، الحلة الكبرى، مصر، 2005م.
- 27- عبد الله فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن، مطبعة كرموز، الإسكندرية، مصر، 1978م.
- 28- العوجي مصطفى، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019م، ج.01.
- 29- عياد عبد الرحمن، أساس الالتزام التعاقدية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- 30- فيلالتي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط.3، الجزائر، 2013م.
- 31- صيداوي عبد الرحمن عدنان، البند التعسفي في العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط.1، بيروت، لبنان، 2021م.
- 32- قاسم مُجَّد حسن، الالتزامات، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.2، بيروت، لبنان، 2018م، ج.01.
- 33- القاضي مختار، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، دار الضياء، ط.1، القاهرة، مصر، 1962م.

- 34- الشكري إيمان طارق، أثر الشرط في حكم العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط.1، بيروت، لبنان، 2018م.
- 35- الشرقاوي جميل، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1990م، ج.01.
- 36- الشرقاوي جميل، نظرية بطلاق التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993م.
- 37- الشرقاوي عبد الرحمن، القانون المدني، دراسة حديثة للنظم العامة للالتزام، جامعة مُجَّد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، ج.01.
- 38- تناغو سمير، جوهر القانون، دراسة معمقة في فلسفة القانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط.1، الإسكندرية، مصر، 2014م.
- 39- الذنون حسن علي، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1980م.
- 40- غستان جاك، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، ط.2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008م.

ثانياً - كتب الشريعة الإسلامية:

أ- كتب التفسير:

- 41- ابن عطية أبو مُجَّد بن غالب، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي مُجَّد، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 2001م، ج.01.
- 42- دراز عبد الله، دستور الأخلاق في القرآن الكريم، مؤسسة الرسالة والبحوث العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1973م.
- 43- الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: مُجَّد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1992م.

ب- كتب الحديث الشريف وشروحه:

- 44- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، دار الحضارة للنشر والتوزيع، ط.2، الرياض، السعودية، 2015م.
- 45- أبو عبد الله مُجَّد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي، دار الوطن للنشر، ط.1، الرياض، السعودية، 1422هـ، 2001م، ج.5.
- 46- البخاري أبو عبد الله مُجَّد بن إسماعيل، صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه)، دار ابن كثير، ط.1، دمشق، سوريا، 2006م.
- 47- مسلم بن حجاج بن مسلم بن ورد بن كشاذ القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار السلام للنشر والتوزيع، ط.2، الرياض، السعودية، 2000م.

- 48- النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن سنان، سنن النسائي، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الحضارة للنشر والتوزيع، ط.2، الرياض، السعودية، 2015م.
- 49- العسقلاني بن حجر، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تصنيف: مُجَدِّد بن إسماعيل الصنعاني، تعليق: مُجَدِّد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط.1، الرياض، السعودية، 1427هـ، 2006م، ج.03.
- 50- الشافعي أبو عبد الله مُجَدِّد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي، دار الوطن للنشر، ط.1، الرياض، السعودية، 1422هـ، 2001م، ج.05.
- ج- كتب الفقه وأصوله:**
- 51- ابن إسحاق خليل، مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، تصحيح وتعليق: أحمد نصر، الطبعة الأخيرة، القاهرة، مصر، 1401هـ، 1981م.
- 52- ابن حزم أبو مُجَدِّد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1352هـ، 1933م، ج.09.
- 53- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن مُجَدِّد بن بكر، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، منشورات دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1999م.
- 54- ابن قدامة موفق الدين أبي مُجَدِّد بن عبد الله بن أحمد بن مُجَدِّد، المغني، دار عالم الكتب، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح مُجَدِّد الحلو، ط.1، السعودية، 1406هـ، 1986م، ج.06.
- 55- ابن قيم الجوزية أبو عبد الله مُجَدِّد بن أبي بكر أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط.1، السعودية، 1423هـ، ج.03، ج.04.
- 56- ابن الربيعة عبد العزيز بن علي، السبب عند الأصوليين، لجنة البحوث والترجمة والنشر، جامعة الإمام مُجَدِّد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1499هـ، 1980م، ج.01.
- 57- ابن رشد الحفيد مُجَدِّد بن أحمد بن مُجَدِّد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق: مُجَدِّد صبحي، مكتبة بن تيمية، ط.1، القاهرة، مصر، 1415هـ، 1994م، ج.02.
- 58- ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، 1425هـ، 2004م، ج.33.
- 59- ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 60- ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم، العقود، تحقيق: مُجَدِّد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، مصر.
- 61- أبو زهرة مُجَدِّد، مالك، حياته وعصره وآراؤه الفقهية، دار الفكر العربي، ط.2، القاهرة، مصر، 1952م.
- 62- الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: مُجَدِّد أبو الأجفان، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، الرياض، السعودية، 1422هـ، 2002م.

- 63- باشا مُجَّد قدري، مرشد الحيران، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1308هـ، 1891م.
- 64- البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1997م، ج.04.
- 65- الدريني فتحي، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، منشورات جامعة دمشق، ط.3، دمشق، سوريا، 1411هـ-1412هـ، 1991م-1992م.
- 66- الدريني فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ط.2، بيروت، لبنان، 1429هـ، 2008م، ج.01.
- 67- الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، ط.1، دمشق، سوريا، 1406هـ، 1986م، ج.01.
- 68- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط.2، دمشق، سوريا، 1985م، ج.05.
- 69- الزركشي بدر الدين مُجَّد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: عبد القادر عبد الله العاني، دار الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع، ط.2، الغردقة، الأردن، 1413هـ، 1992م.
- 70- الزرقا مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، ط.2، دمشق، سوريا، 1425هـ، 2004م، ج.1، ج.02.
- 71- حافظ الدين النسفي أبو البركات عبد الله بن أحمد، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1998م، ج.02.
- 72- الخطاب الرعيني أبو عبد الله مُجَّد بن مُجَّد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1995م، ج.06.
- 73- الخطاب الرعيني أبو عبد الله مُجَّد بن مُجَّد بن عبد الرحمن، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام مُجَّد الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط.1، بيروت، لبنان، 1984م.
- 74- حيدر علي، درر الحُكَّام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، الرياض، السعودية، 1423هـ، 2003م، ج.01.
- 75- الطحاوي أبو جعفر أحمد بن مُجَّد بن سلامة، مختصر الطحاوي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية، أباد الدكن، الهند.
- 76- الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، ط.1، مصر، 1338هـ، 1910م، ج.05.
- 77- الكيلاني عبد الله إبراهيم زيد، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الرصيفة، الأردن.

- 78- محمود جمال الدين، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، النهضة العربية، ط.1، القاهرة، مصر، 1969م.
- 79- الميداني عبد الغني الغنيمي، الباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج.03.
- 80- ملاخسرو الحنفي، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، بحاشية أبي الإخلاص حسن بن عابدين، ج.01.
- 81- السعدي عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، دار البشائر الإسلامية، ط.2، بيروت، لبنان، 1421هـ، 2000م.
- 82- السرخسي أبو بكر مُجَّد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1973م، ج.02.
- 83- السرخسي أبو بكر مُجَّد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج.20.
- 84- العاملي مُجَّد جواد الحسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، تحقيق: مُجَّد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، 1425هـ، 2004م، ج.14.
- 85- عبد الله بن مفتاح أبو الحسن، المنتزع المختار من الغيث المدرار، مكتبة التراث الإسلامي، ط.2، صعده، اليمن، 1435هـ، 2014م، ج.06.
- 86- الفقي علي عثمان، فقه المعاملات، دراسة مقارنة، دار المريخ للنشر، الرياض، السعودية، 1986م.
- 87- الصنهاجي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، المشهور ب: القراني، الفروق، أنوار البروق في أنواع الفروق، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ج.01.
- 88- الريسوني أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية، ط.4، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، 1995م.
- 89- الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 2004م.
- 90- الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات، ضبط وتعليق: أبو عبيدة بن حسن آل سلمان، دار بن عفان، السعودية، ج.01.
- 91- الشافعي مُجَّد بن إدريس، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، المنصورة، مصر، 1422هـ، 2001م، ج.04.
- 92- شبير مُجَّد عثمان، المدخل إلى فقه المعاملات، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط.2، عمان، الأردن، 2010م.
- 93- الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1429هـ، 2008م.
- 94- الخرشبي مُجَّد بن عبد الله علي، حاشية الخُرشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، لبنان، 1417هـ، 1997م، ج.05.

95- الغزالي أبو حامد مُجَّد بن مُجَّد، المستصفي من علم الأصول، المطبعة الأميرية ببولاق، ط.1، مصر، 1322هـ، ج.01.

96- الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، لبنان، 1423هـ، 2002م، ج.02.

ثالثاً- كتب الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون:

97- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

98- بكر عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009م.

99- الحكيم عبد المجيد، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، ط.2، العراق، 1963م، ج.01.

100- كاشف الغطاء علي بن الشيخ مُجَّد رضا بن هادي، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، مطبعة العاني، ط.1، بغداد، العراق، 1410هـ، 1990م، ج.02.

101- السنهوري أحمد عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط.2، بيروت، لبنان، 1998م، ج.01، ج.04.

102- القره داغي علي محي الدين، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط.2، 2002م، ج.01.

103- الشاذلي حسن علي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ط.1، السعودية، 1430هـ، 2009م.

104- شحاتة شفيق، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاعتماد، مصر، ج.01.

105- الذنون حسن علي، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1364هـ، 1946م.

رابعاً- الكتب العامة:

106- ابن رشد الحفيد، تهافت التهافت، دار الفكر اللبناني، ضبط وتعليق: مُجَّد العربي، ط.1، بيروت، لبنان، 1993م.

107- إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، مصر.

108- بدوي عبد الرحمن، امانويل كانط، فلسفة القانون والسياسة، وكالة المطبوعات، الكويت، 1979م.

- 109- بدوي عبد الرحمن، دراسات في الفلسفة الوجودية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ط.1، بيروت، لبنان، 1440هـ، 1980م.
- 110- مروة حسين، النزعات المادية في الفلسفة العربية الإسلامية، دار الفارابي، ط.2، بيروت، لبنان، 2008م، ج.02.
- 111- سلوم توفيق، المادية ومذهب نقد التجربة، دار الفارابي، ط.1، بيروت، لبنان، 1986م.
- 112- الفارابي أبو نصر، فصوص الحكم، تحقيق: الشيخ محمد حسن آل ياسين، انتشارات بيدار، بغداد، العراق، 1976م.
- 113- تروبير ميشال، فلسفة القانون، دار الأنوار للطباعة والنشر، ترجمة: جورج سعد، ط.1، بيروت، لبنان، 2004م.
- 114- الخشت محمد عثمان، العقل وما بعد الطبيعة، مكتبة ابن سينا للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر.

خامسا- رسائل الدكتوراه والماجستير:

أ- رسائل الدكتوراه:

- 115- كيفاجي الضيف، نظرية السبب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2015م، 2016م.
- 116- فاضل خديجة، عيممة العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016م.
- 117- رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، 1429هـ، 2008م.

ب- رسائل الماجستير:

- 118- بن غريب رايح، نظرية السبب في الالتزامات والتصرفات وتطبيقاتها المختلفة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2001م، 2002م.
- 119- لوباني جمال حسن، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، بيروت، لبنان، 2020م، 2021م.
- 120- علي إبراهيم صلاح، السبب والمقابل وأثره في العقود، رسالة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2002م.

سادسا- المقالات:

- 121- البازي بلال، مفهوم السببية بين ابن رشد وسينوزا، مجلة تبين للدراسات الفكرية والثقافية، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، العدد: 8/38، قطر، 2020م.
- 122- باقر مُجّد عدنان، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد: 22، العدد: 04، العراق، 2014م.
- 123- جابر أشرف، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع -القانون أداة للإصلاح والتطوير- 10/09 ماي 2017، ملحق خاص، العدد: 02، ج.02، نوفمبر 2017م.
- 124- دودين محمود، الإخلال المبتسر بالعقد، تحليل مقارنة بين الوثائق الدولية الموحدة للبيع والقانونين المدني والتجاري القطريين، المجلة الدولية للقانون، كلية الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2015م.
- 125- هوزان عبد المحسن عبد الله، مضمون العقد في ظل التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي، دراسة مقارنة بالفقه المالكي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد: 17، العدد: 02، ديسمبر 2020، الإمارات العربية المتحدة، 2020م.
- 126- الكلابي حسن عبد الله عبد الرضا، مضمون العقد، دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي، والقانون المدني الفرنسي المعدل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: 17، العدد: 01، العراق، 2018م.
- 127- الساعدي جليل حسن، العنصر النفسي في العقد، دراسة في القانونين العراقي والإنجليزي، مجلة العلوم القانونية، المجلد: 27، العدد: 02، بغداد، العراق، 2012م.
- 128- سيمانس جان وكالوم كارولين، الإصلاحات في نظرية الالتزام في التقنين المدني الفرنسي، ترجمة: نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، المجلد: 2017، العدد: 20، لبنان، ديسمبر 2017م.
- 129- العدوي خليل صافية، فكرة السببية عند فلاسفة الإسلام من منظور نقدي، حولية كلية الآداب، جامعة بني سويف، مجموعة 7، مصر، 2018م، ج.01.
- 130- علي موسى خدوجة، الطابع العالمي للقانون المدني الفرنسي وأثره على القوانين العربية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد: 35، عدد خاص، الجزائر، 2021م.
- 131- عثمان بلال، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: 15، العدد: 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2017م.
- 132- صاحب علي يوسف، مفهوم العقد في القانون الأنجلو-أمريكي، دراسة مقارنة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد: 3، العدد: 1-2، العراق، سبتمبر 2010م.
- 133- روبني نجوى، مقارنة في أسس تكوين العقد، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد: 3، المغرب، 2019م.

134- الخطيب مُجَّد عرفان، إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي رقم: 131/2016 المعدل لنظرية العقد في القانون المدني الجديد، التبنّي والآثار، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد: 04، ربيع ثاني/جمادى الأول 1442هـ، ديسمبر 2020م.

سابعاً- المعاجم والقواميس:

- 1- ابن منظور مُجَّد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، ضبط وتعليق: خالد رشيد القاضي، دار الأبحاث، ط.1، الجزائر، 2008م، ج.05، ج.06، ج.08.
- 2- الجرجاني علي بن مُجَّد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق: مُجَّد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر.
- 3- الزبيدي مُجَّد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: نواف الجراح، دار الأبحاث للترجمة والنشر والتوزيع، ط.1، الجزائر، 2011م، ج.08، ج.09.
- 4- حماد نزيه، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، الدار الشامية، ط.1، بيروت، لبنان، 2008م.
- 5- مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط.4، مصر، 2004م.
- 6- الفيروز آبادي مُجَّد الدين مُجَّد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008م.
- 7- الرازي مُجَّد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، طبعة خاصة، بيروت، لبنان، 1986م.

ثامناً- النصوص القانونية:

- الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 78.
- القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق ل 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. رقم: 24 المنشورة بتاريخ: 12 جوان 1984م. المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005م.
- القانون رقم: 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005م، يعدل ويتمم الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26-09-1975م، المتضمن القانون المدني، ج.ر. رقم: 44 المنشورة بتاريخ: 26 جوان 2005م.
- القانون رقم: 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1449هـ، الموافق ل 25 فيفري 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، ج.ر. رقم: 21 المنشورة بتاريخ: 23 أبريل 2008م.
- القانون رقم: 14 لسنة 2002م بشأن القانون المدني اليمني.

تاسعا- القرارات القضائية:

- قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم: 43098، مؤرخ في: 12-04-1987، المجلة القضائية، العدد 04، الجزائر، 1990، ص.85.

II- المراجع باللغة الأجنبية:

A- Ouvrages:

- 1- Aubert De Vincelles (C), Droit des obligations, Prépa Dalloz, examen du C.R.F.P.A, France, 2014, T.1.
- 2- Caberilac (R), Droit des obligations, Dalloz, 18^{éd}, Paris, France, 2008.
- 3- Cabrillac (R), Lécuyer (H), Nammour (F), Droit des obligations, droit français-droit libanais, perspectives européennes et internationales, L.G.D.J, 1^{éd}, France, 2007.
- 4- Carbonnier (G), Droit civil, les obligations, 17^{éd}, Paris, France, 1993, T.4.
- 5- Catala (P), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (la documentation française), France, 2016.
- 6- Charpentier (E), Les principes d'uni droit: une codification de lex-mercatoria, les cahiers de droit, faculté de droit de L'université L'aval, 2005.
- 7- Chehata (C), Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanafite, éditions Sirey, Damas, Sirey, 1969.
- 8- Demogue (R), Traité des obligations en générale, Librairie Arthur Rousseau, T.1, Paris, France, 1923.
- 9- Domat (J), Les lois civiles dans leur ordre naturel, librairie de meffaigneurs les enfants France, 2^{éd}, Paris, France, T.1.
- 10- Ghestin (J), Cause de l'engagement et validité de contrat, L.G.D.J. France, 2016.
- 11- Julienne (M), Le régime général des obligations après la réforme, L.G.D.J, l'extenso éditions, 3^{éd}, Paris, France, 2020.
- 12- Lévy (J.P) et Castaldo (A), Histoire du droit civil, Dalloz, 2^{éd}, Paris, France, 2010.
- 13- Lucas (P.L), Volonté et cause, étude sur le rôle respectif de éléments générateurs du lieu obligatoire en droit privé, librairie de la société du «Recueil Sirey», 08^{éd}, Paris, France. 1918.
- 14- Mainguy (D), Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, Recueil Dalloz, France, 2009.
- 15- Malaurie (Ph), L'inflation et le droit des obligations, cours doctorat, Paris 2, France, 1973-1974.
- 16- Manqueront (J), Histoire des obligations, le droit romain, centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité Rome, série mémoire et travaux n°1, Aix-en-Provence, France, 1971.
- 17- Mazeaud (H), (L), (J), Leçon de droit civil, obligations: théorie générale, 9^{éd}, France, 1998, T.2.
- 18- Monier (R), Traite élémentaire de Droit Romain, les obligations, T.2, édition Domat Montchrestien, Paris, France.
- 19- Planiol (M), Traité élémentaire droit civil, 9^{éd}, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, France, 1923, T.1, T.2.
- 20- Principes d'uni droit, relatif aux contrats du commerce national, France, 2004.
- 22- Réforme du droit des obligations, un supplément au code civil 2016, à jour de l'ordonnance n°2016- 131, du 10 février 2016, Dalloz, France.
- 23- Saleilles (R), Étude sur la théorie générale des obligations, le premier projet du code civil pour l'empire d'Allemagne, Librairie cotillon, Paris, France, 1901.

24- Terré (F), Simler (Ph), Lequette (Y), Droit civil, les obligations, 8^{éd}, Dalloz, Paris, France, 2002.

25- Terré (F), Simler (Ph), Lequette (Y), chénéde (F), Droit civil, les obligations, édition refondue n° 12, Dalloz, 2019, France.

26- Terré (F), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Paris, France, 2009.

27- Tranchant (L) et Égéa (V), Les obligations, les mémentos Dalloz, 22^{éd}, édition refondue intégrant la réforme du droit des contrats, ordonnance de: 10-02-2016.

B- Thèses:

28- Bellis (K), Système de l'obligation naturelle, thèse de doctorat de droit privé, École De Droit Privé Université Panthéon. Assas, Paris 2, France, 2018.

29- Bretelle (D), Les motifs du contrats à titre onéreux, étude comparative des droits Français, Anglais et Allemand, thèse présentée pour obtenir le grade de doctorat, Université De Bordeaux, France, 2020.

30- Cedric (T), La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours, thèse de doctorat en histoire du droit des institutions et des faits sociaux, Université Lyon, 2011, France.

31- Diatta (N), Le juge et le contrat: étude comparative des droit français et sénégalais, thèse pour obtenir le grade de doctorat, Université De Perpignan Via Domitia, 2022-2023, France.

C- Articles:

32- Alby (M), Bouffards (J) et Chaudouet (S), Le déséquilibre significatif, entre autonomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun, la réforme du droit des contrats: *acte de colloque, 1^{er} journée Cambacérès, 3 juillet 2015*, Université De Montpellier, France, 2015.

33- Carbonnier (J), Paroles de J. Carbonnier, Propos retranscrits par verdier, *revue du droit et cultures*, n°48, France, 2004.

34- Chazali (J.P), Théorie de la cause et justice contractuelle à propos de l'Anet Chronopost, *J.C.P.*1998, 1.

35- Ernest (J), La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions? *Bibliothèque du jurisconsulte et de publiciste*, Université De Liège, Belgique, 1826.

36- Fabre-Magnan (M), Le mythe de l'obligation de donner, *HAL.SHS (human and social sciences), Revue trimestrielle de droit civil*, vol.1, 1996, France.

37- François (C), présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle, sous- section 3, «Le contenu du contrat», panthéon Sorbonne, Université Paris 1, I.E.J Jean Domat, Paris, France.

38- Ghestin (J), L'absence de cause d'engagement absence de contrepartie convenue, *J.C.P.* Paris, France, 2006.

39- Ghestin (J), La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, *La semaine juridique*, édition générale, n°20-21, France.

40- Grimaldi, L'exportation du code civil, *revue pourvois*, n°107, France, 2003.

41- Houtcief (D), Le contenu de contrat, *in pour une réforme du droit des contrats*, (sous la direction de Terré), France.

42- Lagarde (X), Sur l'utilité de la théorie de la cause, *Recueil Dalloz*, 2007, France.

43- Maury (M), Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, *revue internationale de droit comparé*, 1951, Vol.3, n°3 juillet-septembre.

44- Mazeaud (D), *La cause in 1804-2004, le code civil, un passé un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, France.

45- Mazeaud (D), Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, ne risque-t-on pas d'aller trop loin? *Colloque «la nouvelle crise du contrat»*, May 2001, par le centre René Démogue de L'université De Lille, France, Dalloz, 2003.

46- Pouliquen (Ch), Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats, *in revue juridique de l'ouest*, n°04, France, 2000.

47- Rémy (Ph), Droit des contrats, questions, positions, propositions, *In le droit contemporain des contrats*, economica, France, 1987.

48

- Rouhette (G), Regard sur la l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *R.D.C.*, n°64, France, 2007.

D- Dictionnaires:

1- Garnier (Y), La rousse, veuf, Paris, France, 2002.

2- Le petit Larousse, Édition anniversaire de la semeuse, 1990-2010, Paris, France.

E- Lois et Rapports:

- Code civil des français, édition original, l'imprimerie de la république française, Année XII, 1804.

- Lois 93-949 de 26-07-1993 relative au code de la consommation Français.

- Loi n°2015/177 du 16 février 2015, Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, J.O.F., n°0040 du 17 février 2015.

- L'ordonnance n°131-2016, de 10 février 2016, portant réforme de droit des contrats, du régime général et de La preuve des obligations, J.O.F. de: 11-02-2016, la république Française.

- Principes d'Uni droit relatifs aux contrats du commerce international, 1994, Rome, Italie, adoption et entrée en vigueur le 19/21 Avril 2004.

- Rapport n°215 de sénat au nom de la commission des lois constitutionnelles, du 14 janvier 2015, France.

- Rapport au président de la république relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligations.

- Catala (P), l'avant-projet de réforme du droit des obligations, rapport à monsieur pascal clément, Ministre de la justice, du 22 septembre 2005, France.

F- Jurisprudences:

- Cass. civ., 06 juin 1984, J.C.P, France, n°04.

- Cass. com., du 22-10-1996, n°93-18632.

- Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, n°99-21209.

- Cass. 1^{re} civ., 07 mars 2006, n°04-12914.

- Cass. com., du 3 novembre 1992, 90-18.547, publié au bulletin, cour d'appel de Paris, du 31 mai 1990, Paris, France.

G- Les sites électroniques:

- <https://revue-pouvoirs.fr/l-exportation-du-code-civil>.

- <https://iej.univ-paris1.fr>

- <https://www.legifrance.gouv.fr>

- <http://www.researchgate.net>.

- https://fr.wikisource.org/wiki/Code_civil_des_Français_1804.

- <http://dx.org>

فهرست الموضوعات

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	إهداء
	شكر وعرفان
05	قائمة المختصرات
08	مقدمة
22	الباب الأول: إشكال السبب بأبعاده الفكرية والفلسفية وعلاقته بالأساس النظري للعقود
25	الفصل الأول: التصور النظري للالتزام التعاقدي في القانون والفقہ المقارن ودوره في ظهور إشكال السبب
26	المبحث الأول: التحديد المفاهيمي للالتزام
26	المطلب الأول: البناء النظري لمفهوم الالتزام في الفقه والقانون
26	الفرع الأول: المعاني اللغوية للفظ الالتزام
29	الفرع الثاني: الالتزام في الفقه والقانون المقارن
29	أولاً- المذهبان الشخصي والموضوعي في الالتزام
29	1- المذهب الشخصي في الالتزام
32	2- المذهب الموضوعي في الالتزام
34	3- النظريتان الشخصية والموضوعية في ميزان المنطق القانوني
35	ثانياً- الالتزام في القوانين المدنية
36	ثالثاً- خصائص الالتزام في الفقه القانوني
37	1- الالتزام علاقة قانونية
37	2- الالتزام علاقة ذات قيمة مالية
37	3- الالتزام علاقة بين شخصين
37	4- الالتزام رابطة مؤقتة
38	الفرع الثالث: تطور الأفكار حول حقيقة الرابطة الإلزامية
42	المطلب الثاني: الالتزام من منظور الفقه الإسلامي والفكر القانوني والفلسفي
42	الفرع الأول: التباين المفاهيمي لاصطلاح الالتزام بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي
43	أولاً- خصائص الالتزام في الفقه الإسلامي
46	ثانياً- عناصر الالتزام
46	ثالثاً- طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي
48	الفرع الثاني: مقارنة مفاهيمية للالتزامات التعاقدية في الفقه الإسلامي

فهرس المحتويات

48	أولاً- النهج الوسطي لفقهاء الشريعة الإسلامية في معالجة الالتزامات التعاقدية
49	ثانياً- اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي
51	الفرع الثالث: الالتزام في علم المنطق والفلسفة
53	المبحث الثاني: التصرف القانوني في الفقه والتشريع المقارن وصلاته الفنية مع عناصره
54	المطلب الأول: التحديد الدلالي والمفاهيمي للتصرف القانوني
54	الفرع الأول: المعنى اللغوي والاصطلاحي لفظ التصرف
54	أولاً- المعنى اللغوي لفظ التصرف
56	ثانياً- المعنى الاصطلاحي للتصرف
56	1- التصرف القانوني في مفهوم الفقهاء المسلمين
58	2- العقد والوعد
59	الفرع الثاني: التصرف القانوني في الفقه القانوني المقارن
59	أولاً- مفهوم التصرف القانوني في الفقه الفرنسي
60	ثانياً- مفهوم التصرف القانوني في الفقه الجرمني
62	ثالثاً- التصرف القانوني في الفقه والقضاء الأنجلو-أمريكي
64	الفرع الثالث: الأبعاد الإرادية لكيان التصرف القانوني
65	أولاً- المفهوم اللغوي والاصطلاحي للعقد
65	1- المدلول اللغوي للعقد
66	2- مفهوم العقد في الفقه المقارن
68	أ- المعنى العام للعقد
68	ب- المعنى الخاص للعقد
69	3- التراضي في العقود
73	المطلب الثاني: الممانعة الحاصلة بين مبدأ الرضائية والمفهوم التقليدي للعقد
73	الفرع الأول: تردد الفقه القانوني في التصور الفني لمفهوم العقد في ظل مبدأ الرضائية
77	الفرع الثاني: التباين المفاهيمي بين العقد والالتزام والإلزام من أسباب ظهور إشكال السبب
80	المطلب الثالث: قوام العقد
80	الفرع الأول: أركان العقد
81	أولاً- المدلول المختلف للركن والشرط في الفقه المقارن
85	ثانياً- التحليل الفلسفي للإرادة

فهرس المحتويات

86	ثالثا- مراحل تكوين الالتزام الإرادي
86	1- المرحلة الباطنية
87	2- المرحلة الخارجية
89	الفرع الثاني: العلاقات الفنية والوظيفية للعناصر المرتبطة بالالتزام الإرادي
89	أولا- السبب والمحل وعلاقتهما بالإرادة
90	ثانيا- السبب والشكل
90	ثالثا- السبب والرضاء
91	رابعا- علاقة السبب بالمشروعية وعيوب الإرادة
91	الفرع الثالث: انعكاسات الأفكار المؤسسة للالتزام التعاقدى على تحديد مفهوم السبب
92	المبحث الثالث: البُنى الهجينة للفكر القانونى ودورها فى ارتباك التصوير النظرى للالتزامات التعاقدية
93	المطلب الأول: الجذور الرومانية لنظرية الالتزامات
93	الفرع الأول: الخلفية الرومانية للشريعة اللاتينية وبصمات الفقه الفرنسى القديم
95	الفرع الثانى: أثر الصياغة القانونية المتزامنة للالتزام ومصادره فى اضطراب صورة العقد
97	المطلب الثانى: أثر العوامل الإيدولوجية فى رسم المعالم النظرية لفكرة الالتزام
98	الفرع الأول: النزعة الفردانية لمفهوم الالتزام التعاقدى
99	الفرع الثانى: الأبعاد الجديدة للإرادة العقدية وبداية المراجعة النظرية لمفهوم الالتزام التعاقدى
101	الفرع الثالث: الأنموذج اللاتينى فى القانون من العلمنة إلى العولمة، بوادر الانعطاف
106	الفصل الثانى: الدلالات المختلفة لفكرة السبب فى ضوء المرجعيات الفكرية والفلسفية للفقه المقارن
107	المبحث الأول: فكرة السبب من منظور الفلسفة والقانون والشريعة الإسلامية
107	المطلب الأول: مشكلة السببية عند الفلاسفة
107	الفرع الأول: مشكلة السببية فى الفلسفة الغربية
110	الفرع الثانى: مشكلة السببية فى الفكر الإسلامى
112	الفرع الثالث: مشكلة القانون والمنطق وصلتها بإشكال السبب والإرادة
113	المطلب الثانى: فكرة السبب فى الفقه القانونى
114	الفرع الأول: فكرة السبب فى فقه المدرسة اللاتينية
114	أولا- فكرة السبب فى القانون والفقه الرومانى
115	ثانيا- السبب فى مفهوم الفقه اللاتينى السابق لعهد دوما
117	ثالثا- فكرة السبب عند الكنسيين

فهرس المحتويات

118	الفرع الثاني: تحديد مفهوم السبب في مختلف المدارس القانونية
118	أولاً- النظرية التقليدية في الفقه اللاتيني
119	ثانياً- الصورة المعدلة للنظرية التقليدية في السبب في مدونة نابليون
120	ثالثاً- فكرة السبب في الفقه والقوانين الجرمانية
122	رابعاً- فكرة السبب عند الفقهاء الإيطاليين
124	خامساً- فكرة السبب في الفقه القانوني الأنجلوساكسوني
126	الفرع الثالث: معالم فكرة السبب بمعانيه المختلفة في الفقه القانوني
126	أولاً- ضوابط نظرية السبب بمعنى الباعث في الفقه القانوني
128	ثانياً- ضوابط فكرة الاعتبار في النظام القانوني الأنجلوساكسوني
131	المطلب الثالث: فكرة السبب في الفقه الإسلامي وأصوله
132	الفرع الأول: سببية التصرف الشرعي في أصول الفقه
132	أولاً- المعاني المختلفة للفظ السبب في اللغة والاصطلاح
132	1- المعنى اللغوي للسبب
134	2- المعنى الاصطلاحي للسبب
134	أ- السبب عند الأصوليين
138	ب- تعريف العلة عند الأصوليين
141	ج- السبب في عرف فقهاء الشريعة الإسلامية
141	الفرع الثاني: المقاربة الفقهية لفكرة السبب في الشريعة الإسلامية
142	أولاً- فكرة السبب بمعنى الباعث في فقه الشافعية والأحناف
142	1- الباعث متضمن في صيغة العقد
143	2- استخلاص الباعث على التصرف من طبيعة المحل
144	3- السبب غير مذكور في العقد
145	ثانياً- المقاربة الفقهية لفكرة السبب بمعنى الباعث في الفقه المالكي والحنبلي
148	الفرع الثالث: التحديد المفاهيمي للباعث في الشريعة الإسلامية
149	أولاً- مفهوم الباعث في الفقه الإسلامي
151	ثانياً- معايير الباعث في الفقه الإسلامي
152	1- معايير الباعث في الفقه الحنفي والشافعي
153	2- معايير الباعث في الفقه المالكي والحنبلي

فهرس المحتويات

154	المبحث الثاني: المقاربة الفقهية التي أغنت عن ركنية السبب ووظيفته في الفقه الإسلامي
155	المطلب الأول: التصور الفني لماهية العقد ومسألة سببية التصرفات الشرعية
155	الفرع الأول: جُعلية آثار التصرف الشرعي في الفقه الإسلامي
157	الفرع الثاني: مقابلة بين مبدأ جعلية الآثار ونظرية السبب في الفقه القانوني
159	المطلب الثاني: مقومات التصرف في الفقه الإسلامي حجبت وظائف نظرية السبب
160	الفرع الأول: حماية المشروعية في الالتزامات التعاقدية بين فلسفة القانون والفقه الإسلامي
165	الفرع الثاني: أصالة مبدأ الرضائية والمشروعية في الشريعة الإسلامية
169	الفرع الثالث: التخريج الفقهي للرقابة على مشروعية البواعث في الفقه الإسلامي
169	أولاً- قاعدة الأمور بمقاصدها
170	ثانياً- مبدأ سد الذرائع
174	المبحث الثالث: نظرة مقارنة لفكرة السبب ووظائفها بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي
174	المطلب الأول: مقارنة بين مفهوم السبب كمصدر تكليف والتزام والسبب المنشئ في الفقه القانوني
175	الفرع الأول: أوجه التشابه والاختلاف بين مفهوم السبب كمصدر تكليف والتزام والسبب المنشئ
175	أولاً- أوجه الاختلاف
176	ثانياً- أوجه التشابه
177	الفرع الثاني: مقارنة بين الحكم الأصلي للعقد والنظرية التقليدية في السبب
177	أولاً- أوجه التشابه بين الحكم الأصلي والنظرية التقليدية في السبب
178	ثانياً- أوجه التباين بين المفهومين
179	الفرع الثالث: مقارنة بين السبب بمعنى الباعث في كل من الفقه القانوني والفقه الإسلامي
184	الباب الثاني: آفاق نظرية السبب في التصرفات القانونية في ضوء الفقه القانوني الحديث
187	الفصل الأول: التجاذبات الدائرة حول نظرية السبب وتطوراتها من النشأة إلى الفقه الحديث
188	المبحث الأول: الروابط التاريخية للفقه القانوني الفرنسي بالقانون الروماني وانعكاساتها على ظهور فكرة السبب في الالتزامات التعاقدية
188	المطلب الأول: تطور نظرية السبب في النظام القانوني اللاتيني
189	الفرع الأول: فكرة السبب على عهد الرومان بين الإقرار والإنكار
191	الفرع الثاني: تطور فكرة السبب في الفقه والقضاء الفرنسيين
196	المطلب الثاني: نظرية السبب في قانون العقود بين المعارض والتأييد
196	الفرع الأول: الاتجاه المعارض لنظرية السبب في قانون العقود

فهرس المحتويات

200	الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لنظرية السبب
203	المطلب الثالث: فكرة السبب بين ازدواجية المفهوم واضطراب الأساس القانوني
203	الفرع الأول: التأويل المزدوج لفكرة السبب في الالتزامات الإرادية
204	أولاً- فكرة السبب بين التأويل الموضوعي والتأويل الذاتي
207	ثانياً- علاقة الغلط بالسبب وجه آخر لازدواجية مفهومه
209	الفرع الثاني: مظاهر الازدواجية على مستوى شروط السبب والجزاءات المترتبة عنها
210	أولاً- مظاهر الاختلاف على مستوى الشروط بين سبب الالتزام وسبب العقد
210	1- شرط الوجود وسبب العقد
211	2- شرط الصحة وسبب الالتزام
213	3- شرط المشروعية
214	ثانياً- مظاهر الاختلاف على مستوى الجزاء بين سبب الالتزام وسبب العقد
214	1- وجود المقابل الحقيقي يستبعد فكرة الغياب الجزئي للسبب
217	2- تطور الأفكار وتحليل أعمق لحقيقة المقابل
218	الفرع الثالث: مظاهر الاختلاف على مستوى الإثبات بين سبب الالتزام وسبب العقد
220	المبحث الثاني: أثر المحددات النظرية لفكرتي العقد والالتزام على اضطراب فكرة السبب
221	المطلب الأول: أثر التحليل النظري للعقد والالتزام على التحديد الدقيق لعناصرهما
221	الفرع الأول: الطابع الرضائي للعقد يتيح استغراق الإرادة لعنصري المحل والسبب
223	الفرع الثاني: الوظائف الفنية المتداخلة لكل من شروط السبب ومحلي الالتزام والعقد
226	الفرع الثالث: المشروعية كشرط مشترك بين المحل والسبب تنمي عن ضباية وظيفة السبب في الالتزامات التعاقدية
228	المطلب الثاني: الطبيعة الذاتية للمحل والسبب ودورها الوظيفي في الالتزامات الإرادية
229	الفرع الأول: اتصال الغاية بإرادة الملتزم يؤكد ذاتية فكرة السبب
231	الفرع الثاني: الطابع الذاتي لفكرة المحل
233	المطلب الثالث: شروط كل من المحل والسبب وعلاقتها بتعيب التصرف القانوني وبطلانه.
233	الفرع الأول: شروط السبب في ثوبه التقليدي وعلاقتها ببطلان التصرف القانوني
236	الفرع الثاني: استحالة المحل كسبب للبطلان تؤكد اندماجه في عنصر الرضا
236	الفرع الثالث: تأسيس بطلان بيع ملك الغير على غياب السبب يندمج مع غياب المحل
238	المبحث الثالث: الأساس المرتبك لنظرية السبب وموقف التشريعات العربية منها

فهرس المحتويات

238	المطلب الأول: التوصيفات المتجددة لعنصر السبب تؤثر على صعوبة تحديد مفهومه
239	الفرع الأول: التوصيف الفني والمصلي للسبب كمحاولة لتبرير أهمية السبب
239	أولاً- السبب الفني
240	ثانياً- السبب المصلي
243	الفرع الثاني: فكرة النافع والعدل في نظام العقد وعلاقتها الوظيفية بعناصره
244	أولاً- الرضاء
245	ثانياً- المحل
246	ثالثاً- السبب
247	المطلب الثاني: العوامل المساهمة في التأويلات الجديدة لمفهوم السبب
247	الفرع الأول: تدخلات الدولة والأنظمة التوجيهية
250	الفرع الثاني: الضرورة التشريعية ومؤيدات تطوير مفهوم السبب
254	المطلب الثالث: موقف التشريعات المدنية العربية من نظرية السبب
255	الفرع الأول: نظرية السبب في التشريعين المدنيين الجزائري والمصري
258	الفرع الثاني: إثبات السبب في القانون المدني الجزائري وما شابهه من القوانين المدنية
259	الفرع الثالث: موقف التشريعات المدنية العربية من نظرية السبب
259	أولاً- تشريعات عرفت السبب القصدي وذكرت الشروط الثلاثة
260	ثانياً- تشريعات أخذت بشرط الوجود وشرط المشروعية
260	ثالثاً- تشريعات ذكرت شرط المشروعية فقط
260	رابعاً- تشريعات تحدثت فقط عن إثبات السبب
263	الفصل الثاني: فكرة السبب في ضوء المقاربة الجديدة لنظام العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل
264	المبحث الأول: إشكال السبب ومؤشرات التحول الشامل في النظام القانوني للعقد
264	المطلب الأول: التطوير الاجتهادي لمفهوم السبب في التصرفات القانونية
265	الفرع الأول: الانتقال بتأويل التعريفين الوظيفيين للسبب من الغياب الجزئي للسبب إلى الشرط التعسفي
267	الفرع الثاني: ظهور اصطلاح المقابل الجدّي في الاجتهاد القضائي الفرنسي أشر لبداية الاستغناء عن فكرة السبب
270	الفرع الثالث: التوسع في مفهوم السبب وتعدد مفاهيمه أفقد السبب أهميته
272	المطلب الثاني: أزمة العقد ومؤشرات المراجعات الفكرية للتقنين المدني الفرنسي
273	الفرع الأول: أزمة العقد أم أزمة الفقه القانوني؟

فهرس المحتويات

277	الفرع الثاني: الظروف والدوافع المحيطة بالتعديل الجوهري للتقنين المدني الفرنسي
280	الفرع الثالث: الوضع التناظري المتأخر للتقنين المدني الفرنسي وموجبات إصلاح قانون العقود
283	المطلب الثالث: مظاهر التحديث في مشاريع تعديل التقنين المدني الفرنسي
283	الفرع الأول: مشروع كاتالا وتكريس فكرة السبب في العقود
285	الفرع الثاني: مشروع التعديل المقدم من طرف وزارة العدل الفرنسية
287	الفرع الثالث: ملامح التجديد في فلسفة قانون العقد بعد تعديل 2016
290	المطلب الثالث: المقومات الجديدة للعقد في التقنين المدني الفرنسي 2016
290	الفرع الأول: مراجعة جذرية لمفهوم العقد وأحكامه
293	الفرع الثاني: التحول التشريعي من فكرة المحل والسبب إلى فكرة المضمون
296	الفرع الثالث: خلفية تلافي النص على المحل والسبب في تعديل 2016
298	المبحث الثاني: المفهوم المضطرب لنظرية السبب ومآلات اختفائها من قانون العقود
298	المطلب الأول: مآلات السبب في التصرفات القانونية في التقنين المدني الفرنسي
299	الفرع الأول: اضطراب الأساس النظري لعنصر السبب حمل عوامل فنائه في ذاته
302	الفرع الثاني: التأويل الفقهي للنصوص الجديدة في التقنين المدني المعدل، بحث في فائدة السبب
307	المطلب الثاني: مظاهر التجديد وخلفياته ومصادره في التقنين المدني الفرنسي المعدل
307	الفرع الأول: هل تغني فكرة المضمون عن فكري السبب والمحل؟
309	الفرع الثاني: مقارنة مفاهيمية للبند التعاقدي
310	أولا- ماهية البنود التعاقدية
310	1- مفهوم البند التعاقدي في النظام القانوني الإنجليزي
312	2- مفهوم البند التعاقدي في القانون المدني الفرنسي
314	ثانيا- تحديد الطبيعة القانونية للبنود التعاقدية وأنواعها
314	1- الشروط والضمانات
316	2- اتفاقات المسؤولية وتسوية المنازعات
317	المطلب الثالث: المقاربة التشريعية الحديثة لمشروعية العقد
317	الفرع الأول: الطابع الحمائي للالتزام الرئيس عنصر أساس في مشروعية العقد
318	أولا- مفهوم شرط تعديل المسؤولية
319	ثانيا- القيود المعطلة لشروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية
320	الفرع الثاني: تأكيد مبدأ العدالة العقدية وربطها بصحة العقد

فهرس المحتويات

323	الفرع الثالث: مشروعية الغرض من العقد من مشروعية شروطه
324	المبحث الثالث: المقاربة الحديثة لنظام العقد وآفاقه في التشريع الجزائري
325	المطلب الأول: دور الاجتهاد القضائي والقانون المقارن في التجديد التشريعي لأحكام العقد
325	الفرع الأول: تلاشي دور السبب في البطلان تبعا لمفهوم المصلحة من العقد
328	الفرع الثاني: تمكين المتعاقدين من إعادة التفاوض حول شروط العقد قبل زواله
333	الفرع الثالث: تكريس الحلول الوقائية وتقوية سلطة القاضي
336	المطلب الثاني: آفاق نظرية السبب في القانون المدني الجزائري في ضوء تطورات القانون المقارن
336	الفرع الأول: واقع نظرية السبب في القانون المدني الجزائري
341	الفرع الثاني: التصوير الدقيق لفكرة الالتزام التعاقدي يغني عن فكرة السبب ووظائفه
344	الفرع الثالث: مراقبة مشروعية التصرفات في ظل التصور الجديد للالتزام التعاقدي
347	الخاتمة
354	قائمة المصادر والمراجع
	ملخص الدراسة

ملخص الدراسة

ملخص الدراسة

لا يختلف اثنان حول ضرورة النقاش والجدل القائم حول ركنية السبب في التصرفات القانونية، مثلما لا يختلفان في سعة نظرية السبب وشمولها وتشعباتها وامتداداتها على مستويات عديدة، لاتصالها بالكثير من فروع العلوم والمعرفة الإنسانية، سواء كان ذلك من حيث التصور والتنظير، أم من حيث اتصالها بالتصرفات الفعلية والقولية التي يأتيها الإنسان في ممارسة حياته اليومية، لأجل معرفة أسبابها المعلنة والخفية، ومن هنا ذاع صيت هذه النظرية وأهميتها في صحة التصرفات القانونية، كسلوك قانوني يجب ألا يكون مناقضا لما شرع له، ابتغاء صيانة المجتمع مما قد يتسرب إليه من التصرفات التي تمس بنظامه، وقيمه وأخلاقه، والحفاظ على نزاهة الوسيلة العقدية، كمبدأ قار يتيح سيرورة الحياة الاجتماعية والاقتصادية للشعوب والدول، من خلال إيجاد التوازن المطلوب، بين مبدأي الرضائية والحرية التعاقدية من جهة، وحماية القيم العليا للمجتمع عن طريق مبدأ المشروعية من جهة أخرى، وما يلاحظ على الدراسات التي تناولت فكرة السبب في التصرفات القانونية، وموقعها منها، أنها لم تستطع الخروج من الخلاف الدائر حول مسألة ركنية السبب من عدمها في الالتزامات التعاقدية، واكتفت بمجارة المدرسة اللاتينية في تناولها الفقهي لماهية العقد والأسس التي يقوم عليها، دون أن تنتبه إلى أن أصل المشكلة يتعلق بالتعريف القانوني للعقد في ذاته، الذي لم تظهر فيه عناصره المكونة له، والتداخل الحاصل بينه وبين نظرية الالتزام، وهو الأمر الذي كان له دون شك أثر ولو بشكل غير مباشر على الضبابية التي خيمت على تعريف العقد كفكرة قانونية منفصلة عن فكرة الالتزام، ومن ثم بحث العناصر المكونة لكل منهما.

وقد تبين من خلال البحث في ثنايا الفقه والاجتهاد، حول مسألة السبب في الالتزامات التعاقدية، بأن القضية أكثر ما أثرت وعرفت الجدل والخلاف كانت في الفقه القانوني اللاتيني بزعماء المدرسة الفرنسية من بعد قانون نابليون إلى يومنا هذا مروراً بالتعديلات الجوهرية التي مست نظرية العقد وترسمت سنة 2016.

Summary

No two of them differ on the necessity of the discussion and the controversy existing at the corner of reason in legal actions, just as they do not differ in the extent of the theory of reason, its completeness, its ramifications and its extension on many levels, due to its connection with many branches of Science and human knowledge, whether in terms of perception and theorization, or in terms of its connection with reality and the maintenance of society of what may escape it from actions that affect its system, its values and morals, and the maintenance of its integrity. On the one hand, and the protection of the higher values of society by the principle of legality on the other hand, which is noted on studies that dealt with the idea of the reason for legal actions, and its location from them, that it could not get out of the dispute on the question of the corner of reason or not in contractual obligations, and this concerns the legal definition of the contract itself, in which its constituent elements did not appear. And the overlap between it and the theory of obligation, which undoubtedly had an impact, although indirect, on the ambiguity that obscured the definition of the contract as a legal idea distinct from the idea of obligation, then the elements that make up each of them.

It has been revealed through research in the folds of jurisprudence and jurisprudence, on the question of the reason for contractual obligations, that the question that was most raised and that defined the controversy and disagreement was in the Latin jurisprudence conducted by the French school from the Napoleonic Code to the present day, through the fundamental amendments that affected the theory of the contract and drawn up in 2016.