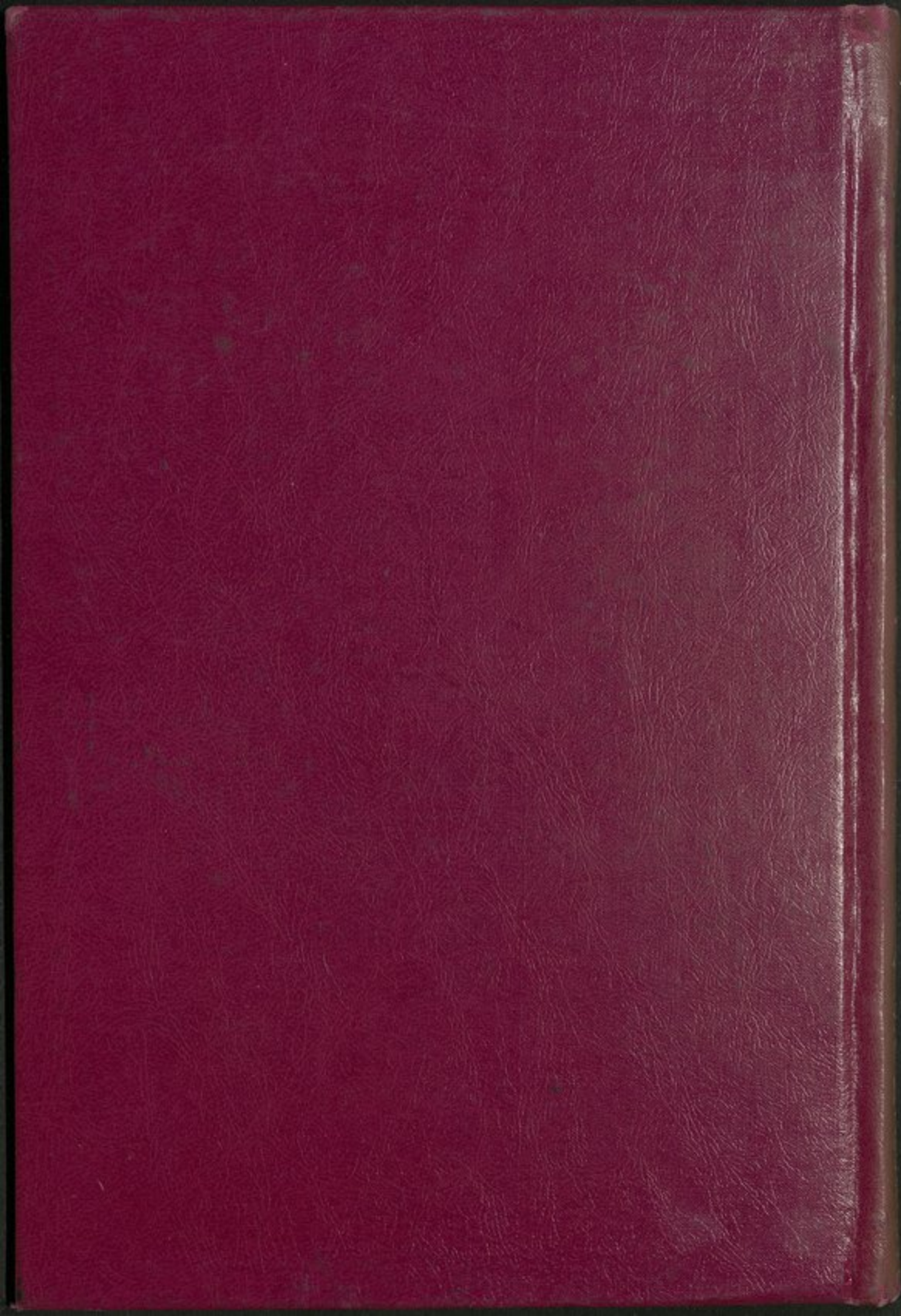




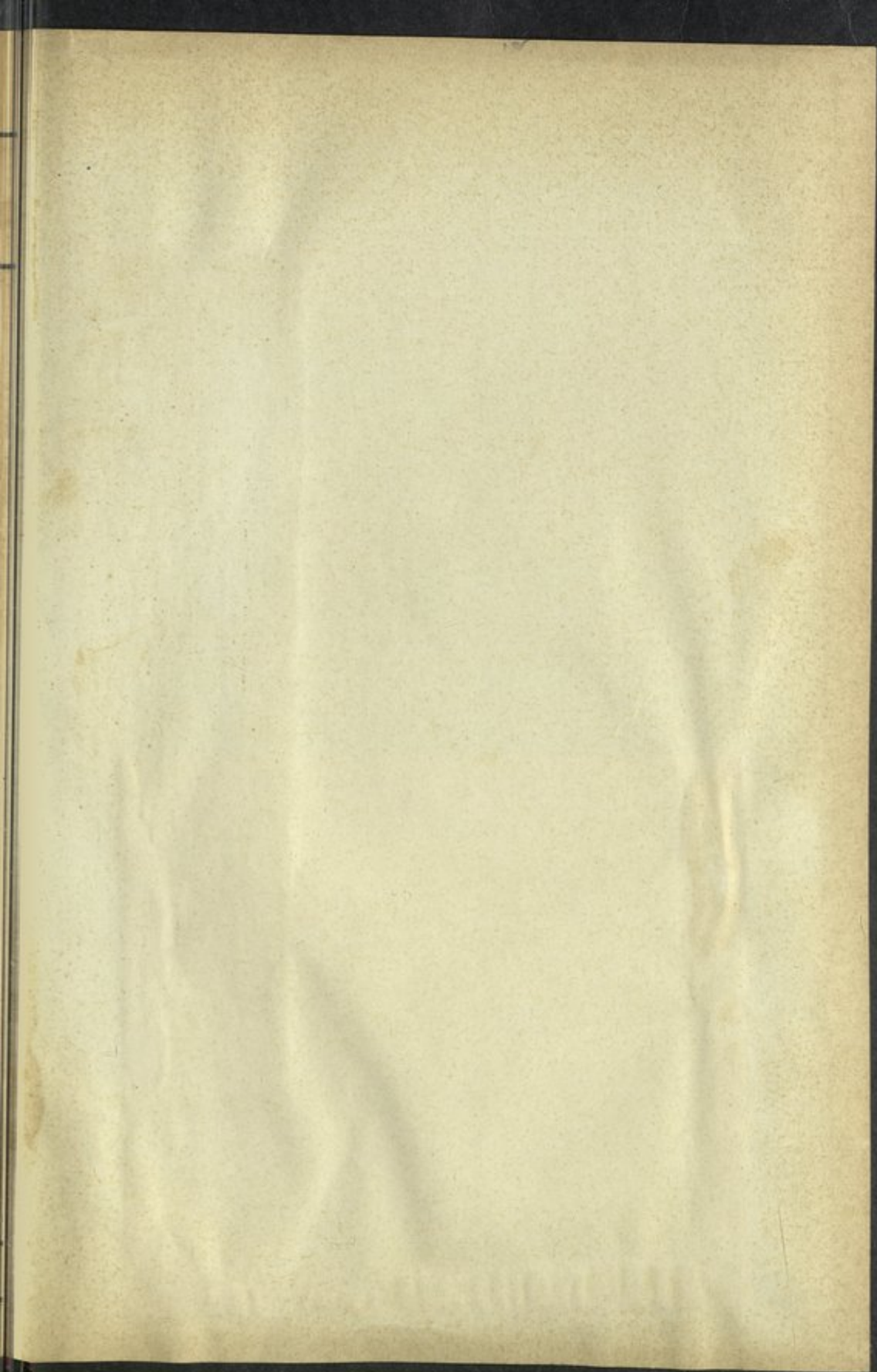
تجليله
صالح النور
بيروت - المزرعة

349.569
Z 37m A

~~Jan 12 '59~~

J. Lib.

~~- 1. 11. 1981~~



جَامِعَةُ الدَّوْلَةِ الْعِلْمِيَّةِ

مَعْدَةُ الدَّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

محاضرات
في

القانون المدني السوري

ألقاها

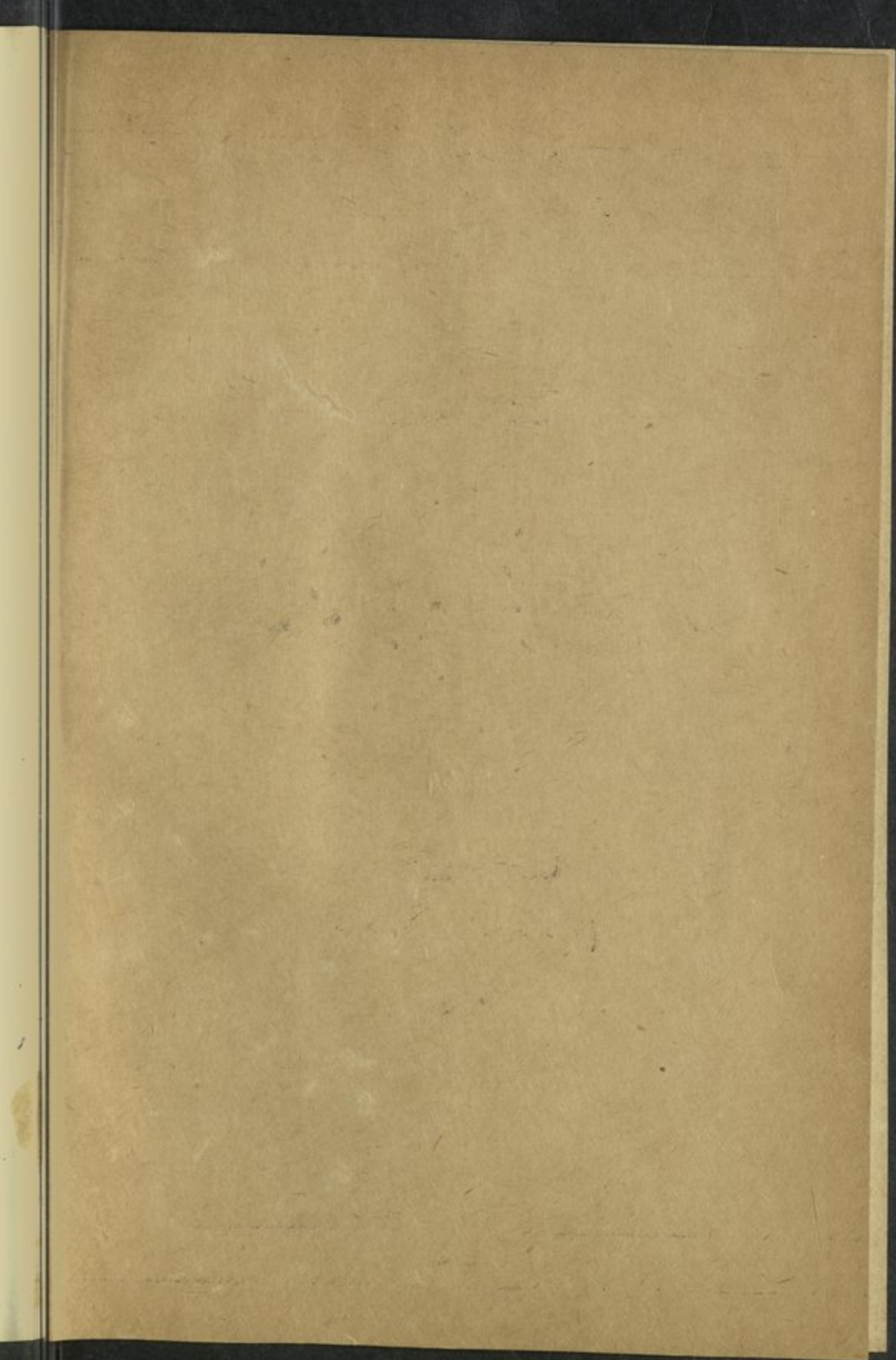
الأستاذ

مُصطَفَى الْبَرْقُومَا

[على طلبية قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٤

١٩٥٤



القانون المدنى السورى



در بیان احوال و احوال



جامعة الزيتونة

معهد الدراسات العربية العالية

محاضرات
في

القانون المدني السوري

ألقاها

الأستاذ

مصطفى الزرقا

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٤

١٩٥٤

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

في

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

30/1

30/1



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

منهاج هذه المحاضرات

إن مهمتي في هذه المحاضرات العشر التي كلفت إلقاءها في قسم الدراسات القانونية من هذا المعهد ، أن أعرض جانباً من التقنين المدني السوري ، هو نظرية العقد ، ليكون هذا الجانب ، كغيره من جوانب التقنين المدني المعروضة من البلاد العربية الأخرى ، أساساً لبحث حول إمكان توحيد التقنين المدني في البلاد العربية جميعاً .

والقانون المدني السوري العتيق . هو القانون المدني المصري الجديد بحروفه في معظم فصوله ، سوى عدة نواح منه ، بعضها أساسي وبعضها فرعي ، يختلف فيها القانونان .

ولهذا سنعتمد الإيجاز في عرض نظرية العقد ونطوى معظم المباحث التمهيدية المعتادة في مطلع شرح نظرية الالتزام العامة أو نظرية العقد منها خاصة ، كبحث منشأ نظرية الالتزام وتطورها وحصر مصادر الالتزام ، وتصنيف العقود ، الخ ... اجتناباً لتكرار المعلومات بالنسبة إلى هذا المعهد بقدر الإمكان ، لأن هذه المباحث هي فقه قانوني لا يختص بالقانون السوري وحده ، وطلاب هذا المعهد على علم به في دراساتهم القانونية السابقة .

ولسكننا سنتعرض من تلك المباحث التمهيدية للنواحي التي لنا فيها رأى خاص أو نقد ، كتعريف الحق الشخصي والالتزام والتمييز بينهما في المفهوم ، ولا سيما ما له صلة بموقف القانون السوري على ما سنرى .

وعلى ذلك سيكون ترتيب مباحثنا في هذه المحاضرات كما يلي :

١ - فصل أول يتضمن عرض مواطن الاختلاف بين القانونين السوري وأصله المصري ، لكي يكون القارئ على بينة منها سلفاً ، فيعرف أن كل ما سواها متفق بل متحد لفظاً فيهما .

٢ - فصل ثان يتضمن بعض المباحث التمهيدية التي لنا فيها رأى خاص أو نقد . وهذا الفصل يشتمل على الفروع التالية :

- (أ) التمييز بين الالتزام والحق الشخصي ، ونقد التعاريف المأثورة فيهما .
 (ب) تعريف العقد قانوناً ، وموازنته بتعريفه في الفقه الإسلامي .
 (ج) مكان نظرية العقد في ترتيب مصادر الالتزام ، ونقد الترتيب التقليدي فيها .

٣ - فصل ثالث نعرض فيه المبادئ القانونية الكبرى التي تحكم نظرية العقد في القانون السوري ، وبيان تفرعها من مبدأ سلطان الإرادة بحدوده وقيوده التي استقر عليها .

٤ - فصل رابع نلخص فيه أحكام نظرية العقد في القانون السوري وقواعدها مرتبة بحسب ترتيب القانون في أقسامها الثلاثة : إنشاء العقد ، وآثاره ، وحلّه .

الفصل الأول

مواطن الاختلاف بين القانونين

السوري وأصله المصري الجديد

١ - نبتدى في هذا العرض الإجمالي لمواطن هذا الاختلاف من آخر القانون إلى أوله ، لأن آخره هو موطن الاختلاف الأساسى الواسع بين القانون السوري وأصله المصري .

٢ - (١) فى الحقوق العينية بوجه عام :

فى قسم الحقوق العينية ، الأصلية والتبعية ، حذفت جميع الأحكام العقارية الواردة فى القانون المدنى المصرى الجديد ، وأحل محلها مواد قانون الملكية العقارية السورية اللبناى ، الذى أصدرته السلطة الفرنسية فى عهد الانتداب الفرنسى على سورية ولبنان سنة ١٩٣٢ وهو القانون المعروف بالقرار ذى الرقم ٣٣٣٩

وسبب الاحتفاظ بهذا القانون أنه قانون حديث وهو واحد فى سورية ولبنان المتجاورين ، وفى كل منهما أملاك عقارية لرعايا البلد الآخر .

ومن جهة أخرى أهم من هذه ، لوحظ أن قانون الملكية العقارية المذكور بينه وبين قوانين التحديد والتحرير وإنشاء السجل العقارى فى سورية تماسك وتعاطف ، لأنها كلها صادرة على أساس تنظيم سجل عقارى عيني فى سورية ولبنان ، بينما لا يزال السجل العقارى فى مصر شخصيا غير عيني . فالسجل العقارى السورى أرقى من السجل المصرى ، وهو المثل الأعلى فى التنظيم العقارى الذى تسعى إليه مصر نفسها .

وقد ألف القضاء في سورية أحكام هذا القانون ، واستقرت عليه اجتهادات القضاء في سورية ولبنان . فتبدله بالأحكام العقارية الواردة في قسم الحقوق العينية من القانون المدني المصري الجديد ، هو رجوع في التشريع إلى الوراثة وبليلة للقضاء ، ونسف لأسس السجل العقاري العيني الذي يعد اليوم في سورية ولبنان من أرقى ما وصل إليه التنظيم العقاري في التشريع الحديث .

لذلك كله حوفظ عند أخذ القانون المدني المصري ، على قانون الملكية العقارية المذكور في سورية ، وأحلت مواده كلها في القانون المدني السوري محل نظائرها في القانون المصري .

٣ - (ب) في حق الشفعة والاسترداد :

ألغى في القانون السوري حق الشفعة الذي احتفظ به القانون المصري ، ووجهة نظرهم في هذا الإلغاء أنها من الحقوق الضعيفة وأن الحياة الاجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لا توجب الاستمرار على الأخذ بها .

وقد كان حق الشفعة في سورية قبل القانون المدني الجديد قد حدد شموله في قانون الملكية العقارية ذي الرقم ٣٣٣٩ ، إذ ألغى شفعة الجار وقيد شفعة الخليط في حقوق الارتفاق ، وأبقى على شفعة الشريك في الملك بشرائط جديدة .

وفي نظرنا أن إلغاء حق الشفعة بتاتا ليس صوابا ، فإن حق الشفعة في الشريعة ليس سببه فقط دفع سوء الجوار ، بل هو عامل يؤدي إلى وظيفة عمرانية أخرى ، هي المساهمة في تنظيم الملكية العقارية عندما تجتمع الحصص المشاعة المجزأة وتنقل بحق الشفعة إلى يد واحدة . فيملك صاحبها عندئذ من حق التصرف المستقل في تنظيم العقار وتغيير أوضاعه وتحسينها ما لم يكن يملكه كل من الشركاء في حال الشيوع .

ولقد كان في الواقع من حوادث استعمال حق الشفعة بحدوده الواسعة التي أقرها الاجتهاد الحنفى ، وقائع كثيرة أمام القضاء تتجلى فيها الكيد وفكرة الاستغلال لهذا الحق بقصد سيء ، كي يفترق الجار جاره ، ولذا كان يكثر بين المتبايعين اللجوء لأساليب من الحيل القانونية ، ليقيا بها حائلا دون استعمال الشفيع حقه ، مما يشغل القضاء بصورة مستمرة .

ولكن يجب إلى جانب هذا أن يلحظ أن تلك الحوادث الكيدية الاستغلالية كلها تقع في نطاق شفعة الجوار ، وبعض أحوال شفعة الخطاء في المرافق . وقد زالت هذه النتائج ومشكلاتها القضائية منذ أن ألغيت شفعة الجوار ، وقيدت الأسباب الأخرى للشفعة بقانون الملكية العقارية الذي سبقت الإشارة إليه في سورية منذ سنة ١٩٣٢ .

ولا يخفى أنه لا يوجد في التدابير التشريعية في أى قانون كان ما يعد صالحاً من كل الوجوه ، أو شيئاً من كل الوجوه ، وإنما العبرة في تلك التدابير ، لغلبة النتائج الصالحة على المخاذير .

ولا شك أن الشفعة بسبب الشركة في الملك الشائع إذا لوحظ فيها شيء من المخاذير عملياً ، والاستثناء من القواعد العامة نظرياً ، فإن منافعتها أكثر ومعقوليتها أوضح . ولا يوجد قانون في العالم ليس فيه أحكام استثنائية من القواعد العامة ، في مواطن خاصة تتجلى فيها معقولية الاستثناء أكثر من اطراد القاعدة .

فإذا كان إلغاء شفعة الجوار (وهي في الأصل لا يثبتها معظم الاجتهادات الإسلامية) ، له مبررات ظاهرة ، لإزالة المشكلات التي كان معظمها راجعاً إلى حالة الجوار ، فلا مبرر لإلغاء شفعة الشركة في الملك ، لأن هذه الأولوية التي تعطىها الشريعة للشريك في العقار هي من المعقولية بحيث أن عدمها في التشريع ، هو الذي يشعر معه كل إنسان بخرج ومشكلة في حوادث بيع بعض الحصص الشائعة .

والقانون المصري الجديد كان أكثر اتزاناً في هذه الناحية، لأن إصداره لم يكن يحمل الفكرة الاندفاعية التي كانت في نفوس العاملين على أخذه في سورية ضد كل ماله صلة بالفقه الإسلامي . فالقانون المصري الجديد أبقى حتى على شفعة الجوار بقيود وشرائط حكيمة كفيلة بأن تزيل معظم محاذيرها السكيدية الملاحظة في الاستعمال .

بل إن القانون المصري أثبت في المادة ٨٣٣ منه ما يسمى في لغة القانون « حق الاسترداد » ، وهو ليس سوى شفعة في المنقول المشترك لما رأى واضعوه من معقولية الأولوية للشريك في المنقول ، عندما يبيع شريكه حصته الشائعة منه . وهذا الحق قد اختلفت اجتهادات فقهاء الاسلام في إثباته ، فمنهم من أثبتة قياساً على الشفعة في العقار ومنهم من نفاه .

أما قانوننا السوري فقد ألغى أيضاً حق الاسترداد هذا الذي أقره أصله المصري ، ولكنه حافظ على تطبيق حق الاسترداد الذي أقره القانون المصري في بيع الحقوق المتنازع عليها من فصل عقد البيع .

وهكذا أصبح القسم الثاني من القانون ، وهو قسم الحقوق العينية يختلف من تلك النواحي التي عرضناها إختلافاً كلياً عن أصله المصري :

٤ - (ج) - في إثبات الالتزام

وقد حذف من القانون المصري الجديد عند أخذه في سورية بحث إثبات الالتزام ، فأصبح القانون المدني السوري خلواً منه ، لأن موضوع الإثبات قد فصل في سورية بقانون مستقل حديث ، صدر في ١٠ حزيران (يونية) عام ١٩٤٧ تحت رقم ٣٥٩ متضمناً قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية معاً ، بدلاً من توزيعها بين القانون المدني وقانون المرافعات . ولذا اكتفى بقانون البيانات هذا وحافظ عليه . وحذف من القانون المدني باب إثبات الالتزام من أحكام الالتزام العامة في القسم الأول من القانون .

على أن قانون البيّنات السوري الجديد لا يختلف فيما تضمنه من الأحكام الموضوعية في قواعد الإثبات ، عن نظائرها الواردة في باب الإثبات من القانون المدني المصري الجديد لأن واضع مشروعهما واحد . فقانون البيّنات السوري المذكور قد كان وضع مشروعه الأستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري منذ سبع سنوات ، عندما جاء دمشق وشرع في وضع مشروع قانون مدني لها . لكن قانون البيّنات السوري المذكور ، بما تضمنه من الأحكام الشكلية وبعض التقسيات والتفصيلات الموضوعية ، قد جاء أوسع كثيراً من باب إثبات الالتزام في القانون المدني المصري ، فإن باب الإثبات هذا في القانون المصري يشتمل على ٢٦ مادة فحسب ، أما قانون البيّنات السوري فقد بلغ ١٥٩ مادة .

٥ - (د) في معدل الفائدة القانوني :

حدد القانون المصري الحد الأعلى لمعدل الفائدة القانوني بسبعة في المائة ، ومنع كل زيادة اتفاقية على هذا الحد ، لكن القانون السوري عدل هذه النسبة للحد الأعلى فرفعها إلى تسعة في المائة (م / ٢٢٨)

٦ - (هـ) في نظرية العقد :

خالف القانون السوري أصله المصري في عدة مواطن :

١ - في مدة التقادم القصير لحق الإبطال في عيوب الرضى ، فإن القانون السوري زاد في تقصير هذه المدة كما سنرى .

٢ - وفي زمان تمام العقد ومكانه وهي مسألة مرتبطة بما يختاره التشريع من النظريات المختلفة ، في الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة

أثره ، فالقانون المصرى أخذ باعتبار وقت علم من وجه إليه القبول والقانون السورى أخذ باعتبار وقت صدور القبول .

٣ - السن الطبيعى لكمال أهلية الأداء . فالقانون المصرى حددها بالحادية والعشرين تبعاً للقانون القديم . أما القانون السورى فقد خفض هذه السن إلى الثامنة عشرة .

وهناك فى موضوع الأهلية تعديل آخر طارىء على حكم تصرف المجنون بقانون الأحوال الشخصية السورى الجديد ، فأصبح الحكم مختلفاً فى تصرف المجنون بين القانونين المدنيين السورى وأصله المصرى .

وسنرى تفصيل كل هذه النواحي المختلفة من نظرية العقد مع الأسباب الداعية إلى المخالفة فى مناسباتها من البحث .

أما النواحي المختلفة بين القانونين فى غير نظرية العقد ، فقد أوضحناها فى هذا التمهيد لأننا لن نعود إلى موضوعاتها فى مباحثنا القادمة المحصورة فى نظرية العقد .

٧ - (و) - المادة الأولى :

وأخيراً نشير إلى اختلاف بين القانونين فى ترتيب درجات المستندات التشريعية التى توجب المادة الأولى من القانونين على القضاة اعتمادها فى أحكامهم :

فالمادة الأولى من القانون المصرى توجب على القضاة اعتماد نصوص القانون بلفظها أو بفحواها أولاً ، فإن لم يوجد نص فى القانون رجع القاضى إلى العرف ثم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة بهذا الترتيب .

أما المادة الأولى من القانون السورى فقد أوجبت بعد نصوص القانون

أن يعتمد القاضى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وهذا اختلاف غير ذى جدوى . وقد كان الباعث عليه ما حصل من قلق بين أنصار الفقه الإسلامى فى سورية وفى الرأى العام الإسلامى فيها ، عندما همت وزارة العدل السورية فى عهد الانقلاب العسكرى الأول ، بأخذ قانون مدنى أجنبى عن الفقه الإسلامى ، ووقفت العمل الذى كان قد بدى به فى إنشاء قانون مدنى حديث مستمد من الفقه الإسلامى . فقد أرادت وزارة العدل السورية إذ ذاك أن تجعل فى تقديم اعتماد الشريعة الإسلامية على اعتماد العرف بعد نصوص القانون تهدئة وهمية للنفوس . وواضح أن هذا التقديم والتأخير لا يقدم ولا يؤخر شيئاً بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية ، وإنما فسر به منطق الترتيب فى هذه المادة الأولى من القانون ، ذلك لأن النص على اعتماد الشريعة الإسلامية يدخل فيه الاعتماد على العرف لأن العرف من أهم المستندات التى توجب نصوص الشريعة وفقهاؤها ، اعتمادها ورعايتها . فاعتماد نصوص الشريعة من معناه اعتماد العرف الذى له فى الشريعة اعتبار أساسى هام فى بناء الأحكام ، فيكون ذكر اعتماد العرف بعد مبادئ الشريعة من قبيل الحشو الذى لا فائدة منه إلا تشويش الفهم . بل إذا فرض أنه لا يوجد للقضاء فى حادثة مستند من مبادئ الشريعة ، فهذا يستلزم أن يفرض انتفاء العرف فيها أيضاً إذ لو كان فيها عرف لما صح أن يفرض عدم وجود مستند من مبادئ الشريعة ، مادام العرف من أهم المستندات فى الشريعة .

وهذه الملاحظة لا ترد على المادة الأولى من القانون المصرى ، لأن ذكره العرف أولاً ، ثم الشريعة الإسلامية هو من قبيل التدرج من الأخص إلى الأعم ومن دائرة أضيق إلى دائرة أوسع منها تحيط بها .

٨ - هذه نظرة إجمالية في مواطن الاختلاف بين القانون المدني السوري وأصله المصري الجديد .

ومنها يتبين أن القانون السوري يتفق في القسم الأول منه (وهو أحكام الالتزام العامة والعقود المسماة) مع ما يقابله من أصله المصري اتفاقاً تاماً حرفياً سوى النواحي التي ذكرناها .

أما القسم الثاني منه وهو الحقوق العينية فيختلف في الجانب الأعظم منها (وهو الأحكام العقارية) اختلافاً كلياً .

الفصل الثاني

مباحث تمهيدية

الفرع الأول

تعريف الالتزام ، وتمييزه عن الحق الشخصي

٩ - يرى علماء القانون الأجانب ، ويتابعهم القانونيون العرب في مصر ، أن الالتزام والحق الشخصي واحد ، لأنهما طرفا رابطة قانونية واحدة بين شخصين . فإذا نظرنا إليها من أحد طرفيها فهي الحق ، وإذا نظرنا إليها من الطرف الثاني فهي الالتزام (١) .

وبناء على ذلك يعرفون الحق الشخصي والالتزام تعريفا واحدا بماحصله أن الالتزام أو الحق الشخصي هو : رابطة قانونية (أو حالة قانونية) بين شخصين توجب على أحدهما لمصلحة الآخر قياما بعمل أو امتناعا عن عمل . وبناء على ذلك جاء عنوان القسم الأول من القانون السوري وأصله

(١) — يقول مثلا الأستاذ الفاضل أحمد حشمة ابوسيت في كتابه عن نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري الجديد (ف ١٧) مانصه :

« والحق الشخصي والالتزام شئ واحد . فهو حق إذا نظر إليه من ناحية الدائن والالتزام إذا نظر إليه من ناحية المدين . ولما كانت لهذه الناحية أهميتها من حيث أن الوفاء بالحق لا يتم إلا بواسطة المدين ، فقد غابت كلمة الالتزام (الحق الشخصي) وصارت عنوانا على الرابطة كلها ، أي باعتبارها حقا ، وباعتبارها التزاما »
ومثل هذا كثير في عباراتهم . ففي « الوسيط » أيضا للأستاذ العلامة السهوري (ف / ١) مانصه :
« والحق الشخصي هو الالتزام ، ويسمى حقا إذا نظر إليه من جهة الدائن ، ودينا إذا نظر إليه من جهة المدين »

المصرى بلفظ : «الالتزامات أو الحقوق الشخصية» هكذا معطوفة فيه الحقوق على الالتزامات بالعاطف (أو) تعبيراً عن الترادف ووحدة المفهوم القانوني فيهما .

وفي رأينا أن هذا المزج بينهما غير صحيح ، فالحق الشخصي ليس مرادفاً للالتزام في مفهومه ولا يسوغ اعتباره كذلك ولا تعريفهما بتعريف واحد . وإنما هما مفهومان مختلفان ، وحقيقتان متباينتان ، لكن بينهما تقابل وتلازم في الوجود مع اتحاد في الموضوع . فلا يمكن تصور وجود حق شخصي لأحد دون التزام بموضوعه يقع على شخص آخر . كما لا يتصور قيام التزام شخص بموضوع دون وجود حق فيه لآخر .

١٠ - وهذا التلازم في الوجود والاتحاد في الموضوع هما سبب الشبهة التي حملت علماء القانون على تصوير الحق والالتزام في صورة واحدة ينظر إليها من وجهين ، وتعريفهما تعريفاً واحداً .

ولكن هذا لا يكفي ، فإننا نرى مثلاً أن إعطاء شيء معين وأخذه ، بينهما تلازم في الوجود واتحاد في الموضوع ومع ذلك لا يصح أن نقول إن إعطاءه وأخذه متحدان مفهومان بحيث يصح تعريفهما تعريفاً واحداً ، بل هما مفهومان متباينان وإن تلازما وتواردا على شيء واحد . ويمكن أن تختلف جهة الاعتبار ، ليتحقق اختلاف المعنى والمفهوم القانوني .

والواقع أن اختلاف طبيعتي الحق الشخصي والالتزام في الإيجابية والسلبية يجعل من غير المعقول إدماجهما في تعريف واحد يضيع فيه التقابل والتناظر الذي بينهما . فالحق الشخصي قوامه الدائنية ، وهي مطلب قانوني والالتزام قوامه المديونية وهي تكليف قانوني . حتى أن الاتحاد في الموضوع بينهما لا يظهر إلا إذا تصورناهما في واقعة معينة . أما إذا تصورنا حقيقة كل منهما مجردة فإنه لا يظهر فيها اتحاد موضوع . إذ في تصور الحقائق المجردة لا يوجد موضوع معين .

والتعريف لا يكون صحيحاً إلا إذا كشف الحقيقة وميزها بخصائصها الأساسية عن كل ما سواها تمييزاً تاماً . فالتعريف الصحيح للحق الشخصي والالتزام هو الذي يجلو في الأول فكرة الدائنية وفي الثاني فكرة المديونية قبل كل اعتبار آخر ، وإلا كان مزجاً لا تمييزاً . ومن ثم وجب تعريفهما بتعريفين مختلفين لا بتعريف واحد .

١١ - وأحدث تعريف للالتزام هو ما اختاره الأستاذ السهوري في الوسيط (ف / ١٤) وهو :

« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني ، أو بالقيام بعمل ، أو بالامتناع عن عمل ، وقد يكون هذا خير تعريف بالنسبة إلى التعاريف المعتادة . يحقق ما توخاه فيه الأستاذ السهوري من إبراز الناحيتين المادية والشخصية معاً في الالتزام ، وعدم ضرورة وجود الدائن منذ نشوء الالتزام . لكن هذا التعريف أيضاً يلحظ عليه ما يلي :

١ - أن الارتباط الذي عبر به إنما يفيء لغة عن الاتصال ، أو التبعية أو التلازم أو التقيد ، ولا يشعر بمعنى التكليف القانوني الذي هو المعنى الأساسي في الالتزام .

٢ - أن نقل الحق العيني يدخل في العمل فذكره لا يفيد فائدة جديدة وإنما هو تخصيص قبل تعميم . وهذا الأسلوب له مواطن أخرى قد يستحسن فيها سوى التعاريف .

تعريف : الالتزام والحق الشخصي كما نختاره :

١٢ - وبناء على الملاحظات السالفة من وجوب تعريف الالتزام والحق الشخصي بتعريفين يظهر بكل منهما مفهوم متميز لأحدهما عن الآخر ، فيبرز في الحق الشخصي معنى الدائنية ، وفي الالتزام معنى المديونية ، نضع

على هذا الأساس التعريفيين التاليين على عجل ، ولا نزع لها العصمة من العيوب ، بل نرجو أن يصقلهما النقد والتحوير ، حتى يستقرا على أفضل تصوير في اتجاه هدف التمييز الذي نرمى إليه .

(١) الالتزام : هو كونه شخص مكلفاً قانوناً تجاه غيره بعمل أو بامتناع عن عمل .

(ب) والحق الشخصي : هو مطلب مشروع قانوناً لشخص تجاه آخر بعمل أو بامتناع عن عمل .

أو هو : كونه شخص دائئاً لغيره قانوناً بعمل أو بامتناع عن عمل . ولعل هذا الأخير أفضل من سابقه لأنه أحسن تناظراً مع تعريف الالتزام . ويلحظ في التعبير بلفظ (الكونه) أنه ينبغي عن وضع يشمل معنى (الرابطة) ، إذا اعتبر الالتزام رابطة بحسب المنزع القديم إلى الفكرة الشخصية فيه ، كما يشمل معنى (الحالة) إذا اعتبر الالتزام حالة قانونية بحسب المنزع الجديد إلى الفكرة المادية فيه (١) .

(١) نأفت النظر بهذه المناسبة أنه ليس من الضروري بل ولا من الصواب ما يحرص عليه كثير من علماء القانون في مؤلفاتهم من استيعاب معان في تعريف الالتزام لا يتوقف عليها فهم حقيقته وخصائصها كقولهم : والالتزام هو رابطة قانونية محلها عمل وامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية ، بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود أو سيوجد ،

(أنظر الالتزامات للأستاذ أبي سبت ف/٢٥/ص/٢٢) بقصد إفادة أنه لا يشترط في محل الالتزام قيمة مادية ، كما لا يشترط وجود المترمل عند نشوء الالتزام بل يكفي وجوده عند الحاجة إلى التنفيذ ، أما المترمل فيشترط وجوده من ابتداء ، فكل هذه النواحي خارجة عن ماهية الالتزام وحقيقته وخصائصه المميزة له ، وإنما هي شرائط قد يشترطها قانون ويهملها آخر . ومن المقرر عليها أن الشرائط ليس محلها التعاريف . فلو أردنا مثلاً تعريف عقد الوكالة بأنها إنباء شخص لغيره عنه في التصرف ، فإن تعريفها ليس محللاً لذكر الشرائط المطلوبة في الموكل والوكيل والتصرف الذي يجوز فيه التوكيل .

١٣ - وبناء على ما أوضحناه من التباير بين مفهوم الحق الشخصي والالتزام ، يتضح أنه كان من الواجب في عنوان القسم الأول من القانون أن تعطف « الحقوق الشخصية » على « الالتزامات » بالواو لتدل على هذا التباير لا بأو الدالة على الترادف .

الفرع الثاني

تعريف العقد قانوناً

ومقارنته بتعريفه في الفقه الإسلامي

١٤ - يعرف فقهاء القانون العقد بأنه :

اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو نفي أو تعديل أو إنهاء :

والأمر البارز المميز لمعنى العقد هو أن يتجه اتفاق الإرادتين ، إلى إحداث أثر قانوني . لأنه ليس كل اتفاق إرادتين على شيء يعتبر عقداً ، إذ يتفق شخصان على عمل عادي كترافق في سفر أو تنزه ، وكقبول دعوة إلى وليمة أو ارتكاب جريمة الخ ... فالمميز للعقد عن غيره إنما هو الموضوع الذي تتفق عليه الإرادتان . فإذا كان هذا الموضوع إحداث أثر قانوني فنحن أمام عقد ، وإلا فلا .

يتبين من ذلك أن الاتفاق convention بالمعنى القانوني ، يرادف العقد contrat بمعناه العام مرادفة تامة ، لأن الاتفاق بالمعنى القانوني هو ما كان موضوعه أيضاً إحداث أثر قانوني .

ولكن الاتفاق يتميز عن العقد المسمى . لأن العقد المسمى هو في الأصل نوع من الاتفاقات القانونية ، له موضوع خاص كنقل الملكية بشمن في البيع وبلائن في الهبة ، وتمليك النافع بعوض في الإجارة وبلا عوض في الإعارة . فإذا شاع نوع من الاتفاقات وتعرف له على اسم يفي بموضوعه ، ونظم القانون له أحكاماً خاصة على سبيل الإلزام أو على سبيل التخيير ، أصبح عقداً مسمى

فالعقد المسمى أخص من الاتفاق لأن الاتفاق يشمل العقد المسمى وغير المسمى . لكنه ، أى الاتفاق بالمعنى القانوني ، يرادف العقد بمعناه العام دون فرق ما (١) .

١٥ — وإذا كان موضوع العقد بوجه عام هو إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه كما رأينا بحسب التعريف المأثور للعقد ، فإننا نرى أن معنى الإنشاء يرافق النقل والتعديل ولا ينفك عنهما ، لأن هذا النقل هو بالنسبة إلى المنقول إليه إنشاء جديد لحق أو الالتزام لم يكونا لديه من قبل . وعلى هذا نرى إمكان (تجويف) هذا التعريف بحذف وسطه فيمكن

(١) لكن بعض علماء القانون الفرنسيين يتمتعون فروقا موضوعية يميزون بها بين العقد والاتفاق بالمعنى القانوني . فيقولون : إن الاتفاق أعم موضوعا لأنه قد يكون موضوعه إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ؛ أما العقد فموضوعه العام ينحصر دائما بإنشاء التزام أو نقله فقط . ويذكرون على سبيل المثال لإنهاء الالتزام الذي يعتبر اتفاقا لا عقداً وفاء الدين فهو عند هؤلاء « اتفاق ينقضى فيه الدين بقبول الدائن لإياه » وليس هذا الوفاء عقدا ويعزى هذا التمييز بين العقد والاتفاق إلى بوتييه Polthier ودوما Domat (انظر كولان وكايتان ج ٢ فقرة ١٢ ونظرية العقد للاستاذ السهوري ف ٧٧ — ٧٨) . ويرى غيرهما أن التمييز بين العقد والاتفاق ثمرة عملية هامة من حيث الاهلية ، فإن الاهلية التي تشترط في العاقد للعقد في حالة إنشاء الالتزام هي غير الاهلية التي تشترط للاتفاق في حالة لإنشاء فيها ! ومن هذا الرأي بلانول وريبير .

لكن المتأمل ، بعد ما أسلفنا بيانه ، يرى أن كل هذه المحاولات للتفرقة القانونية بين الاتفاق والعقد بمعناه العام هي غفلة أو أوهام لا دليل عليها :

أ — فلما التمثيل للإنهاء الذي هو اتفاق وليس عقداً بمسألة وفاء الدين ، فإن الوفاء تنفيذاً وليس اتفاقاً يحتاج إلى توافق إرادات !! حتى أن المدين بيمين لو وضعه بين يدي الدائن في محل يصبح فيه الأداء يعتبر ذلك وفاء منهيلاً للترامه ولو رفض الدائن القبض .

ب — وأما اختلاف الاهلية فإن مناطه القانوني إنما هو اختلاف طبيعة التصرف وخطره . فقد يشترط في بعض الاتفاقات أهلية أتم مما يشترط في بعض العقود المسماة ، كالعقد الذي يعتبر نقماً محضاً في حق أحد العاقدين ، والاتفاق الذي يشتمل على ناحيتين تقع وضرر .

على أن العقود المسماة نفسها تختلف الاهلية المطلوبة قانوناً في بعضها عن بعض للسبب الذي ذكرناه وكلها عقود بلا خلاف .

فالصحيح ما يبناه من أن الاتفاق والعقد بمعناه العام مترادفان تماماً بالنظر القانوني ، وإنما الفرق بين الاتفاق والعقد المسمى فالأول أعم والثاني أخص .

في تعريف العقد قانوناً أن يقال : هو اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو إنهاء
فالإنشاء كما في البيع والهبة والإجارة والشركة والرهن . أما الإنهاء فكما
في الإقالة والفسخ والاتفاق .

١٦ - مقارنة هذا التعريف بتعريف العقد في الفقه الإسلامي :

يعرف فقهاء الفقه الإسلامي العقد بأنه :

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

وبهذا التعريف جاءت المجلة : (م / ١٠٣ - ١٠٤) إياه أخذ القانون
المدني العراقي .

والإيجاب offre هو أول تعبير عن الإرادة الجازمة في التعاقد يصدر من
أحد الطرفين المتعاقدين .

والقبول acceptance هو التعبير من الطرف الآخر عن إرادته الجازمة
في الموافقة على انعقاد العقد بالوجه الذي تضمنه الإيجاب .

إيضاح هذا التعريف :

متى وجد الإيجاب والقبول بشروط الشرعية ، اعتبر بينهما ارتباط
هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين المتعاقدين في موضوع العقد وأثره .
فثبتت غاية العقد وهي حكمه المقصود أي أثره الأصلي في المعقود عليه ،
ويصبح كل من الطرفين ملزماً بما التزم في العقد . ففي البيع مثلاً تنتقل ملكية
المبيع إلى المشتري ويستحق البائع الثمن . وفي عقد الرهن يثبت كنتيجة وأثر
للارتباط المقدر بين إيجابه وقبوله ، حق للدائن المرتهن في احتباس المال
حتى وفاء الدين .

فاللـ المرهون هو محل العقد أي المعقود عليه ، وحق الاحتباس هو
موضوع العقد وغايته . فإذا تم الانعقاد بتقدير حصول الارتباط المشروع

بين الإيجاب والقبول ، أى بين الإرادتين اللتين يعبر ويترجم عنهما الإيجاب والقبول ، تثبت تلك الغاية فتكون أثراً للعقد الواقع فى ذلك المال المعقود عليه ، فيصبح هذا المال مثقلاً بحق الاحتباس الذى اعتبره الشارع ثابتاً للمرتن كنتيجة للعقد .

١٧ - الفوارق بين التعريفين :

(١) - أن التعريف القانونى يتجلى فيه المنزع الشخصى أى الذائق فهو ينظر فى العقد إلى الإرادتين مباشرة : وهو يساير فى صياغته نظرية الإرادة الباطنية .

أما تعريف الفقه الإسلامى فيتجلى فيه المنزع المادى ، فهو يساير فى صياغته نظرية الإرادة الظاهرة . ولذلك تميز ببيان الأداة العنصرية لعقد العقد وهى الإيجاب والقبول ، كطريق أصلية فيه . على أن الفقهاء بصرحون بأن الإيجاب والقبول يقوم مقامهما كل ما يدل دلالتهم على اتجاه قصد الطرفين إلى انعقاد العقد .

(٢) التعريف القانونى إنما يعرف العقد بواقعة المادية وهى الاتفاق أو تلاقى الإرادتين .

أما تعريف الفقه الإسلامى فيعرف العقد بواقعة الشرعية وهى الارتباط الاعتيادى الذى يقدر الشارع حصوله بين الطرفين ، إذ أن العقد لاقيمة فيه للوقائع المادية فى سبيل تكوينه ، لولا الاعتبار الذى يسبغه عليه الشارع ، وهذا ما تشعر به كلمة (ارتباط) وتؤكدده عبارة (على وجه مشروع) .

وعلى هذا فالتعريف القانونى يشمل العقد الباطل لأن فيه اتفاق إرادتين وإن لم يحصل فيه ارتباط فى نظر القانون .

أما تعريف الفقه الإسلامى فلا يشمل إلا أنواع العقد المنعقد ، لأن الباطل لا وجود له شرعاً ، فلا يجوز أن يتناول التعريف الذى يجب أن يكشف عن حقيقة أمر موجود لا عن معدوم .

ويلحظ أن جملة (يثبت أثره في محله) تعبر عن الموضوع القانوني المميز للعقد عن الاتفاقات في الأمور العادية، أي أن يكون موضوع الاتفاق إحداث أثر قانوني كما تقدم ، وهو ما تعبر عنه في التعريف القانوني عبارة (على إنشاء حق أو إنهائه) .

يتضح مما سلف إيضاحه، أن التعريف القانوني أوضح تصويراً ، وتعريف الفقه الإسلامي أدق تصوراً ، أما نتيجتهما من حيث المآل فواحدة سوى شمول التعريف القانوني للعقد الباطل .

الفرع الثالث

مكان نظرية العقد

في ترتيب مصادر الالتزام

١٨ - الترتيب القانوني التقليدي في مباحث النظرية العامة للالتزام هو أن يبدأ أولاً بمصادر الالتزام ، وهذا معقول .

وإذا كانت هذه المصادر متعددة فقد جرت العادة أن يرتب بحث هذه المصادر فيما بينها بالترتيب التالي : العقد ، فالإرادة المنفردة ، فالفعل الضار ، فالإثراء بلا سبب ، فالقانون . وهكذا تأتي مباحث نظرية العقد في مطلع النظرية العامة للالتزامات .

والقانون السوري وأصله المصري الجديد ، قد اتبعوا هذا الترتيب نفسه في بحث مصادر الالتزام .

١٩ - لسكننا نرى أن تقسيم نظرية العقد ليس هو الترتيب المنطقي السديد ، بل الترتيب السديد يوجب تقديم نظرية الفعل الضار على نظرية العقد ، فيكون الفعل الضار هو أول مصادر الالتزام بحثاً . وذلك لسببين ، تاريخي وموضوعي :

(١) فأما السبب التاريخي فهو أن الفعل الضار سبب مادي للالتزام ذو وجود حسي ، والعقد سبب إرادي ذو وجود اعتباري ، ولا شك أن الأفعال المادية المحسوسة قد عرفت بنتائجها الحقوقية قبل أعمال الإرادة الاعتبارية في تاريخ الشرائع . لأن إدراك معنى العقد وضرورة ترتيب الآثار الحقوقية عليه بالنسبة إلى إدراك الفعل الضار وما يقتضيه من أثر حقوقي ، يعد كالمركب بالنسبة إلى البسيط .

نظير ذلك أن الشخصية الطبيعية بسبب وجودها الحسى قد عرفت لها حقوق فى تاريخ التشريع قبل أن توجد فكرة الشخصية الاعتبارية فى عالم القانون ، لأنها شخصية افتراضية يحتاج العقل البشرى فى تصورهما إلى مزيد مرونة وقدرة على التجريد والتركيب . فالعقد بالنسبة إلى الفعل الضار كالشخصية الاعتبارية بالنسبة إلى الشخص الطبيعى .

(ب) وأما السبب الموضوعى فهو أن المسؤولية التعاقدية ، وهى من نتائج العقد قد تنطبق فى كثير من الحالات ويبقى الشخص مسؤولاً ، وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وهى من نتائج الفعل الضار . ومن ثم نجد فى نظرية العقد إحالات كثيرة على أحكام المسؤولية التقصيرية . من ذلك جميع حالات إبطال العقد وفسخه التى يستحق فيها تعويض ، فإن هذا التعويض يحال به فى نظرية العقد على قواعد المسؤولية التقصيرية ، لأنه لا يمكن أن يستند إلى المسؤولية التعاقدية بعد زوال العقد . فلذا يجب أن تكون أحكام المسؤولية التقصيرية معلومة أولاً لاسيما بالنسبة إلى الأسلوب التعليمى . وهذا بخلاف المسؤولية التقصيرية فإن أحكامها تحتاج مباحثها القانونية إلى إحالة على المسؤولية التعاقدية .

فهذان السببان ، التاريخى والموضوعى ، يوجب كل واحد منهما أن يقدم بحث الفعل الضار على العقد فى ترتيب مصادرها الالتزام ، فإذا اجتمع السببان كان ذلك أوجب .

وقد يلحظ أن العقد أكثر وقوعاً ودوراناً ، وأعظم شأنًا فى النظام المدنى ، ولكن هذا لا يوجب عكس الترتيب المنطقى ، ولا سيما بالنسبة إلى حاجة الأسلوب التعليمى .

٢٠ - والآن بعد تلك الملاحظات التمهيدية ننتقل إلى الموضوع الأسمى المقصود ، فنلخص المبادئ والأسس القانونية فى نظرية العقد فى

القانون المدني السوري ، وسنعالج ذلك في الفصلين التاليين الثالث والرابع :
 ففي الفصل الثالث التالي نحمل الأسس القانونية الكبرى التي تسود نظرية
 العقد كلها في القانون السوري وتعتبر كالدعائم أو القوائم فيها .
 وفي الفصل الرابع الأخير نلخص أحكام نظرية العقد في مراحلها
 الثلاث : إنشائه ، وآثاره ، وحله في القانون المذكور .

القانون المدني السوري ، وسنعالج ذلك في الفصلين التاليين الثالث والرابع :
 ففي الفصل الثالث التالي نحمل الأسس القانونية الكبرى التي تسود نظرية
 العقد كلها في القانون السوري وتعتبر كالدعائم أو القوائم فيها .
 وفي الفصل الرابع الأخير نلخص أحكام نظرية العقد في مراحلها
 الثلاث : إنشائه ، وآثاره ، وحله في القانون المذكور .

القانون المدني السوري ، وسنعالج ذلك في الفصلين التاليين الثالث والرابع :
 ففي الفصل الثالث التالي نحمل الأسس القانونية الكبرى التي تسود نظرية
 العقد كلها في القانون السوري وتعتبر كالدعائم أو القوائم فيها .
 وفي الفصل الرابع الأخير نلخص أحكام نظرية العقد في مراحلها
 الثلاث : إنشائه ، وآثاره ، وحله في القانون المذكور .

القانون المدني السوري ، وسنعالج ذلك في الفصلين التاليين الثالث والرابع :
 ففي الفصل الثالث التالي نحمل الأسس القانونية الكبرى التي تسود نظرية
 العقد كلها في القانون السوري وتعتبر كالدعائم أو القوائم فيها .
 وفي الفصل الرابع الأخير نلخص أحكام نظرية العقد في مراحلها
 الثلاث : إنشائه ، وآثاره ، وحله في القانون المذكور .

الفصل الثالث

الأسس القانونية الكبرى التي تحكم نظرية العقد

مبدأ سلطان الإرادة وفروعه وقيوده :

٢١ - يمكن القول بالنظر إلى الأحكام التي جاء بها القانون السوري في نظرية العقد ، إن هذه الأحكام تسير في ظل مبدأ سلطان الإرادة العقدية Rincipe de l'autonomie de la volonté ، ذلك المبدأ الأعظم الذي يسود سلطانه نظرية العقد في جميع أدواره وخاصة في تكوينه وآثاره ، بالحدود والقيود التي استقر عليها مبدأ سلطان الإرادة هذا في الشرع المدنى الحديث . ونحن هنا لا نريد أن نشرح هذا المبدأ ، ونبين ما قام حوله منذ نشأته في عصر النهضة الحديثة بأوروبة إلى عصرنا الحاضر من أخذ ورد ، وما اعتراه من جزر ومد انتهى إلى المبدأ بسلطان مقيد غير مطلق ، تكفل قيوده حفظ التوازن بين إرادة العاقد والنظام العام ، فكل ذلك التفصيل يخرج عن هدفنا في هذه الدراسة .

وإنما الذي يهمنا مبدئياً هنا ، هو أن نشير بإشارة عابرة إجمالية إلى آثار هذا المبدأ ، والحدود التي تقف في وجهه وتحد منه في ميدان العقد .

إن مبدأ سلطان الإرادة النظري تتفرع منه عملياً في التطبيق القانوني ثلاثة مبادئ هامة وهي :

(١) مبدأ رضائية العقد .

(٢) مبدأ حرية التعاقد .

وهذان المبدآن يتعلقان بتكوين العقد

(٣) ومبدأ القوة الملزمة في العقد ، وهذا يتعلق بآثار العقد .

(١) مبدأ الرضائية :

٢٢ - العقد الرضائي هو الذي يتم انعقاده بمجرد التراضي بين الطرفين ،
والعقد الشكلي هو الذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي بل لابد من
توافر بعض مراسم شكلية يشترطها القانون لانعقاد العقد كالكتابة العادية
أو الكتابة الموثقة (الرسمية) أو التسجيل وهي إشارة إلى العقد تقيد في سجل
رسمي مخصوص كالسجل العقاري .

إن مبدأ سلطان الإرادة يرمي إلى تحرير العقد من المراسم الشكلية التي
كانت تسوده وترهق الإرادة في القديم . ولذا يقضى مبدأ سلطان الإرادة
أن تكون العقود رضائية بحيث تنعقد وتنتج آثارها بمجرد اتفاق الإرادتين ،
لأن العقد مادام من عمل الإرادة وتصرفها فمن الواجب أن تكون تلك الإرادة
هي المعول عليها والمنظور إليها في إنشاء هذا التصرف .

فبأي وسيلة أو طريق أمكن أن يحس أن إرادة العاقد قد تحركت وتلاقت
وفاقاً مع إرادة العاقد الآخر ، فذلك كاف للحكم بوجود التصرف
وانعقاد العقد .

٢٣ - الاستثناءات من هذا المبدأ :

لكن مبدأ الرضائية المطلقة يتنافى في بعض الأحيان مع ما تقتضيه
المصلحة التشريعية من بعض شكلية مبينة في عقد بعض العقود إما لفرض
رقابة حكومية على إجراءاتها ، أو لمقاصد تشريعية أخرى . ولذا كان هذا
المبدأ في الفقه القانوني الحديث ، مقيداً بما تعرضه المصلحة العامة من شكلية في
بعض العقود . وإلى الشارع يعود تحديد تلك الشكليات والعقود التي تفرض

فيها . ومعنى ذلك أن رضائية العقد هي المبدأ الأصلي ولا تثبت شكلية في عقد من العقود إلا بنص قانوني ، لأنها استثناء من الأصل .

وأبرز ميادين الشكلية التي تتفق عليها الاتجاهات التشريعية في العقود ، عقد الزواج والعقود العقارية .

والغالب أن يكون التسجيل مشروطاً في القانون لا لانعقاد العقد ، بل لحصول بعض آثاره كانتقال الملكية في البيوع العقارية ، فإنه يتوقف على التسجيل في القانونين السوري والمصري ، بالنسبة إلى العاقدين وإلى الغير معاً ، أما العقد فنعقد ومنتج لآثاره الأخرى قبل التسجيل .

وقد تكون الكتابة مشروطة في القانون لإثبات العقد لا لانعقاده . وحينئذ لا تكون الكتابة المشروطة للإثبات مخرجة للعقد عن مبدأ الرضائية ، بل يبقى العقد رضائياً في انعقاده وإن كان لا يقبل إثباته أمام القضاء عند الاختلاف إلا بالنية الخطية .

والشكلية قد كانت في القانون الروماني أصلاً في انعقاد العقود ، دون الإرادة بحيث أن المراسم الشكلية المشروطة في العقد متى توافرت حينئذ يتم العقد دون نظر إلى الإرادة . أما في التشريع الحديث فإنه يأخذ بالشكلية استثناء من مبدأ الرضائية ، حيث تقتضيها المصلحة على أساس أن الشكلية تنزل قيماً على الإرادة ولا تحل محلها . فالإرادة هي الركن ، والشكلية ليست سوى شريطة في هذا الركن .

٢٤ - والقانون السوري قد جرى على هذا الأساس فاتخذ مبدأ رضائية العقد أصلاً ، وأوجب مراعاة ما يفرضه القانون من مراسم شكلية استثناء . وهذا ما عبرت عنه المادة ٩٢/١ إذ تقول :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك مع أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ومن العقود التي أوجب فيها القانون السوري كأصله المصري شكلية الرسمية لانعقادها الهبة العقارية ، فقد أوجبت المادة /٤٥٦/ أن تكون هذه بسند رسمي تحت طائلة البطلان .

وفي الوعد بالعقد الشكلي أوجب القانون أن يتوافر في الوعد ما يشترطه القانون في العقد الموعد من مراسم شكلية . (م / ١٠٢)

٢٥ - وقد كان هناك شكلية أخرى في بعض العقود ، هي :

شكلية التسليم في العقود التي تسمى بالعقود العينية ، إذا كانت تلك العقود (وهي خمسة : الإيداع والإعارة والهبة والقرض ورهن المنقول) لا تتم إلا بتسليم العين التي هي محل العقد .

ولكن القانون السوري كأصله المصري قد جمع تلك العقود العينية إلى رضائية محضة سوى عقدين :

(١) هبة المنقول إذا كانت بغير سند رسمي فقد اشترط القانون التسليم لتمامها (م ٤٥٦)

(٢) رهن الأشياء المادية المنقولة ، فقد اشترط القانون السوري لتمام التسليم (م / ١٠٣٠)

وفي هذا يختلف القانون السوري عن أصله المصري الذي لم يحتفظ بمبدأ عينية العقد إلا في هبة المنقول فقط ، إذا كانت بغير سند رسمي كما تقدم .

٢٦ - ملاحظة :

يتبين مما سلف أن عقد الإيداع وغيره من العقود الخمسة التي كانت تؤلف الزمرة العينية ، قد انسلخت عنها جميعاً صفتها العينية ، وأصبحت في القانون السوري رضائية محضة سوى ما استثنى من رهن المنقول وهبته . فالمعير أصبح ملزماً بالتسليم ، والوديع المودع عنده ملزم باستلام الوديعة بمجرد التعاقد .

وإذا كان قلب العقود العينية إلى رضائية له نصيب من المعقولة في القرض والرهن والهبة ، فإن هذه المعقولة تبدو بعيدة في الإعارة وأبعد منها في الإيداع . ذلك لأن كلا من هذين العقدين يقوم على فكرة المعونة والثقة الشخصية معاً ، وليس فيه معاوضة أو تملك أو توثيق حق مما يبرر فكرة الإلزام بمجرد التعاقد قبل التنفيذ بالتسليم .

فقد يبدو للمعير قبل التنفيذ ما يسلب ثقته بحسن استعمال المستعير للعارية ، وقد يبدو للوديع ما يجعله في مشقة وارتباك من حفظ الوديعة لم يكن يتوقعهما . فالإلزام المعير والوديع قبل التسليم يتنافيان مع طبيعة هذين العقدين ، ولا سيما الوديعة التي لا يعقل فيها ولا يمكن أن يعتبر للعقد صفة الوديع المسؤول بالحفظ قبل أن تصبح الوديعة في حوزته . وهذا ما جعل عقد الإيداع في الفقه الأجنبي أقل تعرضاً للنقد الذي وجه إلى الصفة العينية في هذه العقود .

وفي رأينا أن الوديعة كانت أولى بأن يحافظ فيها على الصفة العينية من هبة المنقول ، التي احتفظ لها القانونان السوري وأصله المصري بهذه الصفة ، ومن رهن المنقول الذي انفرد فيه القانون السوري بالمحافظة على الصفة العينية فيه .

(ب) مبدأ حرية التعاقد :

٢٧ — هذا المبدأ بإطلاقه ينحل إلى الأسس الثلاثة التالية :

الأول : أن لا إجبار على عقد

والثاني : أن لا منع من عقد

والثالث : للعاقدين أن يشرطا ما يشاءان من الشروط (١) في

(١) يحسن التمييز اصطلاحاً في استعمال بين « الفرائط » و « الشروط » . فالفرائط (جمع شرط) يخص بما يشترطه الشارع لثبوت حكم تشريعي . والشروط (جمع شرط) يخص =

العقد لتحديد الحقوق والالتزامات بينهما

٢٨ - الأساس الأول :

فأما الأساس الأول وهو أن لا إجبار على عقد فهو عنصر في ميدان سلطان الإرادة ، يكاد يكون مطلق السيادة لأن الاستثناءات من الأسس إنما تسوق إليها المصلحة العامة في صيانة حق عام أو صيانة بعض حقوق خاصة يكون من المصلحة العامة صيانتها . ومن البعيد أن نتصور أن المصلحة العامة توجب إكراه إنسان على عقد بحكم القانون

على أن مما يمكن تخريجه مخرج الاستثناء من هذا الأساس فيما نرى . حالات نزع الملكية الجبري إما تنفيذاً لالتزام أو استملاكاً لأجل نفع عام (١) .

٢٩ - الأساس الثاني :

وأما الأساس الثاني وهو أن لا منع من عقد فبمقتضاه يجوز للناس أن

== بما يشترطه العاقد في العقد ، أي الشروط العقدية

وعلى هذا الاصطلاح جربنا هنا وفي سائر كتبنا ، ورجاء شيوخ هذا التمييز المفيد ، وإن كان اللغزان في الأصل مترادفين بمعنى واحد في لسان فقهاء الشريعة والقانون .

ذلك أن الاشتراط الشرعي لصحة التصرف هو تشريع ، أما الاشتراط العقدي لتوزيع وتحديد الالتزامات العقدية بانفاق الطرفين هو تعاقد وتطبيق . فينبغي أن يستعمل في كل مقام لفظ اصطلاحى غير الآخر . فغير من الترادف بين الشرطة والشرط أن يوزعا على هذين المقامين في الاصطلاح الفقهي .

وعما أن لفظ « الشرط » هو أكثر شيوعاً في الاستعمال ، يحسن أن يخص بالحالة الأكثر وقوعاً ودوراناً وهي العقود ، فيبقى لفظ « الشرطة » للتعبير عن الناحية التشريعية .

وهذا نظير ما يميز علماء القانون العرب بين إبطال العقد وفسخه ، وهما في الأصل بمعنى واحد ، وكذا يميزون بين إجازة العقد وإقراره وهما كذلك في الأصل بمعنى واحد ، وإنما الغرض التمييز في التعبير بين الحالات المختلفة المتشابهة استغناء عن التفسير والتقييد في التعبير .

(١) وكلاهما موجود في أحكام الشريعة الإسلامية . ويضاف إليهما في الشريعة وما توجه أحبائاً من بيع ببيع سلطة القاضي في ظروف خاصة كما في حالة الاحتكار المضر فإن فقهاء الشريعة يقررون للقاضي سلطة بيع الأموال المحسكرة على صاحبها لحسابه إذا امتنع عن بيعها . (أنظر رد المحتار كتاب الحظر والإباحة ، ج ٥ ص / ٢٥٩ الطبعة البولاقية الأولى ، والمدخل الفقهي العام للمؤلف فقرة / ١٠٥)

يعقدوا فيما بينهم ما يشاؤون من عقود في أى موضوع كان ، ولو لم تكن مذكورة في القانون .

وهذا الأساس يرد عليه في القانون نوعان من الاستثناءات : عامة ، وخاصة .

(١) فأما الاستثناءات العامة ، فهي أنه يمتنع تحت طائلة البطلان كل عقد يخالف النظام العام والآداب .

والنظام العام ، كما هو مصلوم ، مفهومه لا حدود له ، بل هو مختلف الحدود والتطبيق ، ومتطور باختلاف الأزمنة والأمكنة والعادات ، وكذلك الآداب العامة . على أن الآداب تدخل في النظام العام فيمكن الاكتفاء به في التعبير .

وإجمالاً يعتبر في كل قانون من النظام العام ، ما تضمنه النصوص الآمرة فيه من أحكام .

والنصوص الآمرة هي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها . وهذه النصوص الآمرة لا تجمع في مكان مخصوص من القانون ، تتميز بوجودها فيه عن سواها ، وإنما يستدل على تمييز النص الأمر من غيره عادة بدلائل من صيغته ، كالتعبير بصيغة (يجب) أو (لا يجوز) وما في معناهما ، وتارة من التصريح ببطلان الاتفاق على خلافه .

والقانون السورى كأصله المصرى قد أقر هذا الاستثناء العام من هذا الأساس القانونى ، فنصت المادة ١٣٦ فى بحث محل الالتزام العقدى على أنه : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً »

(ب) وأما الاستثناءات الخاصة فتجلى فى المواطن التالية :

(١) المنع من البيع في بعض الحالات القانونية .

ويدخل في حالات المنع من البيع فيما نرى ، نظام الشفعة التي احتفظ بها القانون المصري أخذاً من الشريعة الإسلامية ، فإن في نظام الشفعة منعاً للمالك من البيع لغير الشفيع القانوني إذا أراد الشفيع الشراء . فإذا باع كان للشفيع حق الاسترداد . ويعتبر الشفيع متلقياً للملك من المالك البائع لا من المشتري .

ويلحق بالشفعة في الاستثناء حق الاسترداد الذي نص عليه القانون المصري في المادة ٨٣٣ منه ، وفي بيع الحقوق المتنازع عليها ، فإن هذا الحق ليس سوى شفعة في المنقول أو في الحق المتنازع فيه .

أما القانون السوري فلم يحتفظ من هذا الاستثناء إلا بحق الاسترداد في بيع الحقوق المتنازع عليها (م / ٤٣٩) كما سلفت الإشارة إليه .

(٢) المنع من الشراء في بعض الحالات

ويرى ذلك في منع القضاة والمساعدين العدليين والمحضرين في المحاكم والدوائر القضائية والمحامين ، من أن يشتروا بأسمائهم أو بأسماء مستعارة حقاً متنازعا فيه كله أو بعضه تحت طائلة البطلان ، إذا كان النظر في النزاع القائم حوله يدخل في اختصاص المحكمة أو الدائرة القضائية التي يباشرون أعمالهم في منطقتها .

وكذا منعوا المحامين من أن يتعاملوا مطلقاً مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها . (م / ٤٣٩ و ٤٤٠)

٣٠ - الأساس الثالث :

وأما الأساس الثالث وهو حرية الاشتراط ، فبمقتضاه يحق للمتعاقدين أن يشترطا في العقد ما يشاءان من شروط عقدية ، ولو أن القانون قد نظم للعقد الذي يعقدونه أحكاماً تخالف الشروط التي يشترطانها . ذلك لأن الأصل في النظر

القانوني ، أن الأحكام التي ينظمها القانون للعقود المسماة هي أحكام غير آمرة . فإذا لم يشترط العاقدان خلافها تعتبر إرادتهما منصرفه إليها استغناء بما في القانون عن استيعابها في العقد ، وهذه هي فائدة تنظيم القانون لأحكام العقود المسماة رغم أنها غير إلزامية ، فإن تنظيمها قانونا يغني العاقدين عن استيعابها في كل عقد يباشرانه .

ولكن لهما أن يشترطا خلافها بحسب حاجتهما ورغبتهما ، فعندئذ يتبع ما يشترطان ويترك حكم القانون لأنه غير إلزامي ، ما لم يعتمد العاقدان . لكن هذا الأساس أيضا يرد عليه في القانون الاستثناءات العامة التي وردت على الأساس الثاني السابق . فلا يجوز للعاقدين أن يشترطا في العقد من الشروط ما يخالف النظام العام ، أو النصوص الآمرة التي يستفاد منها عدم جواز الاتفاق على خلافها . وهذه النصوص كثيرة في نظرية العقد من القانون السوري وأصله المصري الجديد .

فمن ذلك مثلا عدم جواز اشتراط إسقاط حق العاقد المذعن في عقود الإذعان بطلب تعديل الشروط التعسفية (م / ١٥٠) ، أو اشتراط إسقاط حق تعديل الشرط الجزائي المرهق (م / ٢٢٤ و ٢٢٥) ، أو اشتراط إسقاط ضمان الاستحقاق أو ضمان العيب إذا كان البائع سيء النية بأن تعمد إخفاء حق الأجنيبي أو إخفاء العيب (م / ١٣ و ٤٢١) ، إلى غير ذلك مما هو كثير في القانون .

(ج) مبدأ القوة الملزمة في العقد :

٣١ - هذا المبدأ الثالث من فروع سلطان الإرادة العقدية هو ما يسمى **قانونه العقري** . ومؤداه أن عقد الشخص ملزم له بمضمونه كالإلزام القانوني للمكلف ، وإن اختلفا في المصدر من حيث أن القانون يلزم المكلف بإرادة غيره وهو الشارع . أما العقد فيلزم صاحبه بإرادته . وكما لا يستطيع أن يتحلل من التكليف القانوني إلا بتنفيذه ، لا يستطيع أن يتحلل من الرابطة

العقدية وما فرضته عليه من التزامات بإرادته إلا بموافقة المتعاقد الآخر أو بتنفيذ العقد ، أو بمسوغ يقره القانون .

قد عبر القانون السوري كأصله المصري عن هذا المبدأ في المادة ١٤٨ بقوله : العقد شريعة المتعاقدين^(١)

وأصل هذا التعبير في المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي التي تقول :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites

(الاتفاقات المعقودة بصورة قانونية تقوم مقام القانون في حق عاقيها) (٢)

وكون العقد معقودا بصورة قانونية أى موافقة للشرائط التي يشترطها القانون لصحته ، هو شريطة أساسية لاكتساب العقد هذه القوة كما جاء في النص الفرنسي .

(١) — ننضل في هذا المقام التعبير بلفظ « قانون » بدل من « شريعة » . ذلك لأن كلتي « شريعة وشرع » تدلان على مجموع ما في الدولة من قوانين ، أما التشريع الواحد في موضوع معين فهو « قانون » .

وهذا هو المقصود بكلمة « Loi » الواردة في المادة / ١١٣٤ / من القانون المدني الفرنسي .
فالتعبير الأصح في نظرنا عن هذا المبدأ هو أن يقال : « العقد قانون المتعاقدين » .

(٢) — قارن هذا بما جاءت به الشريعة الإسلامية وفقها في هذا المعنى ، كقول القرآن : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « المؤمنون عند شروطهم » وقول عمر بن الخطاب : « مقاطع الحقوق عند الشروط » ثم بعبارة ابن تيمية التي تعتبر بحق أحسن صياغة فنية فقهية دستورية لمبدأ سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي ، وهي قوله رحمه الله :

«الأصل في العقود رضی المتعاقدين ونفجها هو ما أوجباه

على أنفسهما بالتعاقد

وهذا المبدأ بعمومه ينحل إلى الأصلين التاليين :

١ - العقد نافذ على عاقديه وملزم لهما كالقانون .

٢ - وهو غير نافذ على غيرهما .

٣٢ - الأصل الأول ومستثناه :

فأما الأصل الأول فقد أوشحناه . ولكنه كغيره من المبادئ والأصول لا يخلو من استثناءات تقتضيها المصلحة التشريعية في صيانة الحقوق وحفظ التوازن .

وقد أقر القانون السوري وأصله المصري تلك الاستثناءات التي يقرها الفقه القانوني ، ونشير إليها إجمالاً فيما يلي :

١ - حالات شوائب الإرادة أو عيوب الرضى .

ففى تلك الحالات - وسنراها فى الفصل الثانى من محاضراتنا هذه - يفقد العقد قوته هذه رغم انعقاده صحيحاً منتجاً لآثاره ، فيحق للعاقـد الذى شـيبت إرادته بـعبـب من عيوب الرضى التى تصاحب تكوين العقد ، أن يطلب إبطال العقد . أى أن العقد يكون غير ملزم وقابل للإبطال : annulable (١)

٢ - حالة تخلف أو تأخر أحد العاقدين فى العقود الملزمة لجانبين عن تنفيذ أحد التزاماته العقدية ، حيث يسوغ للعاقـد الآخر طلب فسخ العقد ولا ينحصر حقه فى طلب التنفيذ العيى ، كما يسوغ له الدفع بعدم التنفيذ فى وجه ذلك العاقـد إذا طلب التنفيذ .

وهذا ما سنراه أيضاً آخر الفصل الثانى فى بحث انحلال العقد .

(١) وإذا لوحظ فى هذا المقام أن العقد يعتبر غير معقود بصورة قانونية من كل الوجوه ، إذ وجد فى الإرادة شائبة يقتضى القانون عدمها لا يكون فى قابلية الإبطال حينئذ استثناء من هذا الأصل القانونى

٣٣ - الأصل الثاني ومستنباته :

وأما الأصل الثاني من ذلك المبدأ الثالث ، وهو عدم نفاذ العقد على غير عاقيه ، فهو النتيجة المنطقية للأصل الأول . لأن سلطة الشخص في الالتزام تنحصر في نطاق حقوقه ، ولو تجاوزت إلى غيره لانهدم مبدأ سلطان الإرادة وتداعى من أساسه . فما دام كل شخص إنما ينفذ عقده على نفسه فإن من اللوازم الطبيعية أن لا ينفذ على غيره .

ومن تطبيقات هذا المبدأ في القانون السوري وأصله المصري أن التعهد عن الغير ، لا يلزم ذلك الغير وإن رتب على المتعهد مسؤولية عقدية تجاه من تعاقد معه (م / ١٥٤) .

على أن هذا الأصل أيضاً يرد عليه استثناءان في القانون :

١ - أن التزامات العقد تنفذ على الخلف العام في نطاق واسع ، وعلى الخلف الخاص في نطاق أضيق كما سنرى في بحث آثار العقد من الفصل الثاني . والنظر القانوني أن الخلف يعتبر في هذه الحال تبعاً للعاقد أى في حكم العاقد .

٢ - الاشتراط لمصلحة الغير ، فإن القانون قد أقر صحة هذا الاشتراط بأحكام نظمها في المواد (١٥٥ - ١٥٧) وفقاً للنظر التشريعي الحديث المبني على مقتضيات المصلحة الزمنية وتطور الأوضاع الاقتصادية ، وبرز عقد التأمين في ميدان التعامل .

٣٤ - هذا عرض إجمالي لآثار مبدأ سلطان الإرادة العقدية في القانون السوري ، ذلك المبدأ الذي يعتبر بفروعه ومستنباته قوام نظرية العقد كلها .

والآن ننتقل إلى الفصل الثانى من هذه المحاضرات، فنعرض فى فروع ثلاثة،
بجمل الأحكام الأساسية التى تتكون منها نظرية العقد فى مراحل الثلاث: إنشاء
العقد، وآثاره، وانحلاله، فى القانون السورى، لنبين ما فيها من مخالفات فى
بعض المواطن عن أصله المصرى، ونبدى ما يبدو لنا من ملاحظات
ومقارنات خلال ذلك.

الفصل الرابع

أحكام نظرية العقد وقواعدها في القانون السوري

الفرع الأول

إنشاء العقد^(١)

٣٥ - إنشاء العقد هو تكوينه بين طرفيه ، ويكون ذلك باتفاق إرادتهما على انعقاده بينهما بطريقة مشروعة .
وتكون الطريقة مشروعة إذا كان محل العقد (وهو الشيء المعقود

(١) القانون المدني السوري كأمه المصري قد بحث في إنشاء العقد تحت عنوان « أركان العقد » . وقد تناول تحت هذا العنوان أحكام النواحي التالية : الرضاء وما يتبعه من أهلية العاقدين ، ثم المحل ، ثم السبب . فدل بذلك على أن أركان العقد هي هذه النواحي . وهو في ذلك يحارى في التسمية مايجرى عليه علماء القانون ، من اعتبار العاقدين والمحل والسبب أركاناً في العقد كالرضاء ، باعتبار أنها جميعاً يحتاج إليها العقد في تكوينه ويتوقف وجوده عليها لكن بذلك تختلط الأركان بالشروط فأنها جميعاً يتوقف وجود العقد ويعسر التمييز بينهما . والفقه الإسلامى يجرى في ذلك على اصطلاح أدق تميزاً فركن العقد عند فقهاء إنا هو التراضى المعبر عنه بالإيجاب والقبول أو ما يقع مقامهما في الدلالة . أما العاقد والمحل فليسا أركاناً في العقد بل هما عناصر خارجية عن عملية التعاقد يتوقف عليها وجود العقد . ذلك أن الركن عندهم هو الجزء الذائى الداخلى في ماهية الشيء الذى هو ركن فيه وبه قوامه ، كالزوايا من بزيان البيت . وعلى هذا ليس العاقد والمحل ركنين في العقد لأن العاقد ليس جزءاً من عملية العقد ، وكل عامل ليس جزءاً في عمله وإن توقف وجود العمل عليه . ولأنما ركن العقد هو التعبير عن الإرادتين المكونتين للعقد أى الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما . وبذلك يتميز الركن عن الشروط ، لأن الشروط أمور خارجية عن الماهية وإن توقف عليها الوجود ، فأهلية العاقد شريطة وليست ركناً في العقد . ولهذا اخترنا في هذا المقام من البحث التعبير بإنشاء العقد بدلاً من التعبير بأركانته ، فإنه في نظرنا التعبير المفضل لأنه تعبير شاملى يغطى تحت كل ما يحتاج إليه وجود العقد من أركان وشروط ، ويمشى على كلا النظريتين في الفقه الإسلامى والقانون .

عليه) قابلاً لموضوعه في نظر القانون، وكان السبب الباعث الدافع الى التعاقد مشروعاً .

يتضح من ذلك أن عملية التعاقد الصحيح في القانون تحتاج إلى العناصر الآتية :

— اتفاق معتبر بين إرادتين . وهذا هو الركن الحقيقي للعقد ويستدعي ذلك وجود طرفين متمتعين بالأهلية اللازمة لاعتبار إرادتهما .
— ومحل يسوغ فيه التعاقد .

— وسبب مشروع يجوز استناد العقد اليه .
ومن ثم تشعب أحكام إنشاء العقد في القانون السوري إلى الشعب التالية :

- ١ — التراضي ، ويقال له (ركن الرضى) وطرق التعبير عنه .
- ٢ — الطرفان ، وهما المتعاقدان .
- ٣ — عيوب الرضى ، وأثرها في العقد .
- ٤ — المحل ، وهو المعقود عليه الذي يراد تنفيذ العقد فيه .
- ٥ — السبب ، وفي تفسير معناه في القانون السوري كلام سنراه في موضعه .
- ٦ — الجزاء الذي يرتبه القانون على فقدان بعض هذه العناصر واختلاله ، وهو البطلان وحق الإبطال .

الشعبة الأولى

التراضي وطرق التعبير عنه

٣٦ — قلنا إن التراضي هو الركن الحقيقي في التعاقد ، لأنه هو عمل الإرادتين المكون للعقد .

والإرادة اتجاه نفسى لا يحس بوجوده إلا عند وجود ما يدل عليه

ويترجم عنه ، ومن هنا وجب لانعقاد العقد أن يوجد تعبير عن الإرادة . وهذا يكون بما يسمى الإيجاب والقبول ، أو بما يقوم مقامهما في الدلالة . وهذا التعبير الظاهر قد يتفق تماما مع الإرادة الحقيقية الباطنة ويترجم عنها ترجمة مطابقة من كل الوجوه . وقد يختلف ظاهره عن باطنها .

ومن ثم نشأت نظريتان حول الإرادة العقدية المعبرة في انعقاد العقد ، هل هي الإرادة الظاهرة أى التعبير من هو أهل للتعبير عن إرادته دون نظر إلى الإرادة الباطنة المعبر عنها لأنها خفاء ، وذلك حرصاً على استقرار المعاملات ؛ أو المعبر هي الإرادة الباطنة لأنها الأصل .

والواقع أن كل قانون لا يستطيع أن يبني على الإرادة الظاهرة وحدها ، لأنه عندئذ يقيم كثيراً من العقود على غير أساس ، وكذا لا يستطيع قانون أمة يبني على الإرادة الباطنة وحدها ، لأنه عندئذ يززع استقرار المعاملات ويعرضها للانتقاص بعوامل خفية ، فينقض اطمئنان كل عاقد إلى نتيجة عقده ، وليس هذا من المصلحة التشريعية في شيء .

وإنما القوانين الحديثة تتمايز بغلبة النزعة إلى الإرادة الظاهرة أو إلى الإرادة الباطنة في نظرية العقد .

٣٧ - والقانون السوري كأصله المصري في هذا الموضوع يأخذ من كلا النظريتين بطرف ، فيبنى على الإرادة الظاهرة وفي الوقت نفسه ينظر إلى الإرادة الباطنة ويقيم لها وزناً . فإذا تبين أنها كانت معدومة لا انعقد العقد ، وإذا كانت مشوبة بعيب ينقص من كمالها ، فإن العقد رغم انعقاده يفقد أثره الإلزامي ويكون قابلاً للإبطال .

ويتجلى بناؤه على الإرادة الظاهرة من المادة الأولى في نظرية العقد منه (٩٢ / ٣) إذ تقول :

« ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين

متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد .

ويتجلى اعتباره أيضاً للإرادة الحقيقية الباطنة من الأحكام التي قررها في عيوب الرضى التي سيأتى بيانها في محلها .

التراضى بتعلق بناهيتين : أصل العقد ومستمرة الفرعية :

التراضى المطلوب فى إنشاء العقد يتعلق بناهيتين :

١ - التراضى على أصل العقد والأمور الجوهرية فيه .

٢ - والتراضى على المسائل الفرعية .

وإن موقف القانون وحكمه يختلف فى هاتين الناهيتين . وسنعرض ذلك فى المباحث التالية .

المبحث الأول

التراضى على أصل العقد وطرق التعبير فيه

٣٨ - فالتراضى على أصل العقد هو الأساس فى انعقاده . ويلحق بأصل العقد جميع الأمور الجوهرية التى لها موقع أساسى فى نظر العاقدين . ويجب أن يكون التراضى على أصل العقد واضحاً لا شك فيه ، وذلك بأن يكون التعبير عنه دالاً عليه دلالة كافية .

وفى طريق التراضى يوجد أحكام مشتركة بين الإيجاب والقبول وأحكام تختص بالإيجاب ، وأخرى تختص بالقبول .

٣٩ - الأمطام المشتركة بين الإيجاب والقبول :

قبل القانون فى هذا المقام جميع طرق التعبير عن اتفاق الإرادتين متى توافرت فيها الدلالة الكافية . فيجوز أن يكون ذلك باللفظ أو بالكتابة

أو بالإشارة المتداولة عرفاً ، كالإيحاء بالرأس إلى الأسفل مثلاً ، أو باتخاذ أي موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على الإرادة الجازمة ، كعرض البضاعة مكتوباً عليها سعرها ، فإنه يعتبر من قبيل الإيجاب .

ويستوى في الإشارة أن يكون الشخص الموصى قادراً على التكلم أو الكتابة أو غير قادر ، كما يستوى في الكتابة أن تكون بين حاضرين أو بين غائبين .

وكذلك يجوز أن يكون التعبير ضمناً غير صريح ، ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان اتفاقاً سابقاً على لزوم كونه صريحاً . (ق/ ٩٣)

وذلك كما لو عرض على شخص دار للإيجار فانتقل إليها ، أو عرض عليه شيء للبيع فتصرف فيه ببيع ونحوه ، أو كان الشيء المعروض مأكولاً فتناوله وأكله ، فإنه في هذه الحال يعتبر مشترياً له بالثمن المعروض ، ولا يعتبر متلفاً له دون مسوغ وضامناً على أساس المسؤولية التقصيرية في الفعل الضار ، لأن هذا الفعل منه بعد العرض ، يفسر بأنه مبني على قبول ملحوظ من خلال هذه الأعمال ، وهذا هو التعبير الضمني .

٤٠ - والفارق المميز بين التعبيرين الصريح والضمني ، هو أن يكون طريق التعبير مخصصاً عرفاً للدلالة عليه أو يكون هو الشائع المألوف فيه بحيث لا يتبادر منه إلى الأذهان إلا هذه الدلالة . فالإيحاء بالرأس إلى أسفل بعد إيجاب سابق فيه هذا التعبير الصريح عن القبول . ووقوف عجلة الركوب أو السيارة في المواقف العامة المخصصة لها فيه هذا التعبير الصريح عن الإيجاب .

أما أكل الطعام المعروض للبيع ، والانتقال إلى الدار المعروضة للإيجار فليس عملاً مخصصاً عرفاً للتعبير عن إيجاب أو قبول ، وإنما يستفاد ذلك منه إذا حصل بطريق الاقتضاء والاستلزام .

أما السكوت المجرد أي الذي لا يصحبه عمل أو موقف مفسر ، فالأصل

القانوني فيه أنه لا يكون تعبيراً عن الإرادة لا إيجاباً ولا قبولاً ، لأن الإرادة حركة والسكوت سكوت ، أى أن الإرادة عمل إيجابى ، والسكوت موقف سلبى .

وهذا مبدأ مطرد بالنسبة إلى الإيجاب ، لأنه هو الإرادة المبتدأة التى تكون الشق الأول من العقد فلا بد من أمر إيجابى يدل عليها .

أما بالنسبة إلى القبول فإن السكوت قد يعتبر قبولاً على سبيل الاستثناء لأن سبق الإيجاب قيد يكون فى أحوال أو معاملات تجعل من السكوت دلالة على الرضى ، إذ يكون الظاهر من الحال أن الموجه إليه التعبير لو لم يرضى لبادر إلى إظهار الرفض وهذا ما يسمى بالسكوت الملابس (silence circonstancié)

٤٣ — وقد نص القانون السورى على هذه القابلية فى السكوت لأن يكون قبولاً ، إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى (١) أو أى طرف آخر ، تدل على أن الواجب لم يكن لينظر تصريحاً بالقبول ، فينشد يعتبر تاماً إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب .

واعتبر القانون السكوت قبولاً بصورة خاصة كقرينة قانونية فى التعبير عن الإرادة فى حالتين :

١ — إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، كما لو كان الطرفان قد اعتادا أن يطلب أحدهما من الآخر للغائب أن يرسل إليه البضائع فى رسالتها ، دون أن يؤذنه بالقبول ، وفى هذه الحال إذا أرسل العميل كعادته طلباً وسكت الآخر كان هذا قبولاً .

(١) يذكر على سبيل المثال للعرف التجارى فى هذه الحال ما قضت به بعض المحاكم فى مصر من أن المصروف إذا أرسل بياناً لعمله عن حسابه لديه وذكر أن عدم الاعتراض عليه بعد إقراره فسكت العميل (ر : الوسيط فقرة / ٣١١) وكذا تقديم الوكيل لموكله حساباً إذا لم يعترض هذا عليه (ر : الالتزامات الجديد للاستاذ حشمة أى سبب فقرة / ٨٢) ونحن مع التسليم بالمبدأ لا نرى هذه الأمثلة من قبيل القبول فى العقد إذ لا عقد هنا ، وإنما السكوت هنا اعتراف وإقرار بحق .

٢ - إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه (م / ٩٩) ، ذلك لأن عدم الرفض والسكوت يفقد دلالة على القبول في موقف فيه مجال للموازنة بين نفع وضرر . والمفروض في مثل هذه الحال ، أن الإيجاب يحمل نفصاً محضاً للموجه إليه ، فعدم الرفض فيه دلالة كافية على القبول . كالإيجاب في الإعارة وفي الهبة التي لا تشترط فيها الرسمية وهي هبة المنقول (١)

والفقه الإسلامي يقرر بالنسبة إلى السكوت قاعدة مشهورة تقول :
ولا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة
إلى البيان بيان ، (المجلة / م ٦٧)

وهذه القاعدة كما ترى تتلاقى مع المبدأ القانوني العام في السكوت . أنه ليس تعبيراً ، ومع مستثنياته الآنفة الذكر فهي تقبل اعتبار السكوت تعبيراً على سبيل الاستثناء ، عندما تحفه ظروف ملائمة تجعل فيه هذه الدلالة .

٤٣ - ما يختص بالإيجاب

١ - حرية الموجب في الرجوع عن إيجابه :

الأصل في النظر القانوني أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل القبول ، ذلك لأن العقد لا يتم إلا بالقبول . فقبل ذلك لا يكون الموجب قد ارتبط بعقد . وإذا رجع عن الإيجاب بطل ولم يبق صالحاً لبناء قبول عليه .

غير أن القانون السوري كأصله المصري ، قد ألقي على هذا الأصل قيداً قيد به حرية الموجب في الرجوع ، وذلك إذا عين ميعاد للقبول ، فحينئذ يلتزم

(١) ر : الوسيط فقرة ٢١١/

ويجب أن يلاحظ هنا أنه ليس معنى ذلك تمام عقد الهبة بهذا السكوت من الموهوب له ، بل لا بد لتأمله من القبض . ذلك لأن القانونين السوري وأصله المصري قد احتفظا بصفة العينية في هبة المنقول إذ لم تقع بصورة رسمية ، فأوجبا لتأملها التسليم كأساس لبيانها .

الموجب بالبقاء على إيجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد ، سواء أ كان تعيينه صراحة في الإيجاب . أو كان يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، كما لو كان الإيجاب في بيع بشرط التجربة ، فإن هذا ينبيء بالبقاء على الإيجاب طوال المدة اللازمة للتجربة .

وهذا في القانون من تطبيقات مبدأ الالتزام بالإرادة المنفردة .

وفيما سوى حالة تحديد موعد للقبول صراحة أو ضمناً ، يعتبر الإيجاب غير ملزم ما لم يقترن به القبول قبل سقوطه .

٤٤ - بطور الإيجاب :

يبطل الإيجاب في حالات قد يختلف فيها المبطل بحسب كون الإيجاب ملزماً أو غير ملزم :

— فإذا كان الإيجاب ملزماً يبطل بما يلي :

١ — برفض الموجه إليه ولو قبل انقضاء الموعد المعين للقبول .

٢ — بانقضاء المدة المعينة للقبول ، ولو لم يرفض من وجه إليه ، وذلك لأن تحديد موعد للقبول كما ينبيء بالالتزام ، ينبيء أيضاً بأن الموجب لا يريد البقاء على إيجابه أكثر من هذا الموعد .

— أما اذا كان الإيجاب غير ملزم فيبطل :

١ — برفض الموجه إليه رفضاً صريحاً أو مستتجاً .

والرفض المستتج يكون بكل ما يدل على الإعراض وعدم الرغبة . ومن ذلك انفضاض مجلس العقد دون قبول ، لأن انفضاض المجلس يكون بالانصراف عن عملية التعاقد ، وهذا الانصراف ينطوي على الإعراض المفسر بالرفض . وسنرى قريباً تحديد مجلس العقد . ومن الرفض المستتج بطلان كل عطاء في المزايدات بعطاء لا حق يزيد عليه كما سنرى

(رف/٤٩)

٢ - بموت الموجب أو فقد أهليته قبل القبول . وكذا بموت الموجه إليه الإيجاب ، أو بفقد أهليته قبل صدور القبول منه . أما إذا مات أحدهما ، بعد وقوع القبول ، فإن العقد يكون قد انبرم بمجرد القبول في القانون السوري ، لأنه قد أخذ في إنشاء العقد بنظرية تمام العقد بوقوع القبول . أما في القانون المصري فالمسألة فيها تفصيل ، بناء على أخذه بنظرية علم الموجه إليه التعبير عن الإرادة . وفي القانون المصري نص على بقاء التعبير عن الإرادة ولو مات صاحبه حتى يعلم الموجه إليه (م/٩٢) لحذف في القانون السوري . وعلى هذا لم يبق في القانون السوري ما يختلف فيه التعاقد بين حاضرين ، عن التعاقد بين غائبين ، إلا من حيث تحديد مجلس العقد ومكان العقد كما سنرى ، (ر/٥٦)

هذا ، وقد سبقت الإشارة الى أنه اذا بطل الإيجاب لم يبق صالحا لأن يبني عليه قبول . فإذا صدر قبول من الموجه إليه الإيجاب بعد بطلانه يعتبر ذلك القبول إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الموجب الأول .

٤٥ - ما يختص بالقبول :

يُبين في مناسبة سابقة أن القبول قد يكون بطريق السكوت في حالات خاصة ، استثناء من القاعدة العامة في السكوت ، أنه ليس تعبيراً لافي الإيجاب ولا في القبول . فتللك حالات يختص بها القبول ، إذ يتم بطريق السكوت الملابس وعلاوة على ذلك يجب في القبول قانونا ما يلي :

والأمور التي تتعلق بالقبول في القانون السوري هي النواحي الأربع التالية :

١ - مطابقة القبول للإيجاب .

٢ - اتصال القبول بالإيجاب ، وقضية مجلس العقد .

٣ - القبول في العقود التي تعقد بطريق المزايدة .

٤ - القبول في عقود الإذعان .

وسنلخص فيما يلي ما يتصل بهذه النواحي الأربع من الأحكام .

٤٦ - مطابقة القبول للإيجاب :

يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب تمام المطابقة ، وليس معنى ذلك تطابق التعابير في صيغتها أو صورتها ، وإنما المعنى أن تكون الإرادة المعبر عنها بالقبول مطابقة لما تضمنه الإيجاب من دلالة على إرادة الموجب (م/٩٢) والتطابق يقتضى التوافق في جميع ما تضمنه الإيجاب من أمور أساسية وفرعية ، لأنه إذا اختلف القبول عن الإيجاب في ناحية ولو غير جوهرية ، لم تكن الإرادتان من حيث النتيجة متفقتين على الانعقاد : إذ أن كلا من الجانبين عندئذ غير راضٍ بما رضى به الآخر ، ولذا أوجب القانون أن تكون الإرادتان متطابقتين (١) .

فإذا اختلف القبول عن الإيجاب من حيث المضمون في شيء زيادة أو نقصاً أو تقييداً أو تعديلاً اعتبر رفضاً للإيجاب . وقد تقدم أن الإيجاب يبطل بالرفض .

ولكن القبول المخالف لا يكون في ذاته باطلاً ، بل يعتبر إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول مطابق من الموجب الأول ، (م/٩٧) ، لما تقدم أن الإيجاب هو أول تعبير عن الإرادة الجازمة من أحد الطرفين أياً كان .

٤٧ - اتصال القبول بالإيجاب بين الحاضرين ، أو ودية مجلس العقد :

في التعاقد بين حاضرين يجب أن يصدر القبول في مجلس العقد قبل أن يوجد مبطل الإيجاب .

ومجلس العقد هو الفترة الزمنية التي تكون بعد الإيجاب ، والطرفان فيها

(١) وهذا لا ينافي ما سيأتى قريباً في البحث التراضى على الأمور الفرعية ، من أن التراضى على الأمور الجوهرية كاف لانعقاد العقد ولو لم يتم الاتفاق على النواحي الفرعية ، لأن عدم الاتفاق هناك ليس معناه الاختلاف بل إرجاء البت في النواحي الفرعية التفصيلية من العقد .

مقبلاً على التعاقد دون إعراض من أحدهما عنه . فمجلس العقد يقطعه الإعراض كما يقطعه الانصراف الفعلي .

وهذا ما لم يعين الإيجاب موعداً للقبول ، فإذا عين له موعد فالعبرة للموعد لا لمجلس العقد .

والأصل نظرياً يوجب أن يصدر القبول عقب الإيجاب فوراً ويتصل به ، وإلا تحلل الموجب من إيجابه . ولكن هذا من الوجهة العملية متعسر من جهة ومخرج للموجه إليه القبول من جهة أخرى إذ لا يترك له مجالاً للتروى . لذلك اكتفى القانون بأن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد، إذا لم يوجد ما يدل على عدول الموجب عن إيجابه (م/٩٥) (١)

ويجب أن تلاحظ هنا أن مجلس للعقد قد يأخذ في الأوضاع القانونية شكلاً آخر كما في المزايدات ، ولا سيما الحكومية التي يكون العطاء فيها كتابة ولو كان المزايد حاضراً ، وقد تدوم المزايدة في الشيء الواحد أياماً أو أسابيع أو شهوراً بانتظار أصحاب الرغبة حتى انقضاء المدة المحدودة . والظاهر أن يعتبر هذا كله مجلس عقد واحداً .

أما في التعاقد بين الغائبين ، فإن مجلس العقد يبدأ منذ وصول الإيجاب إلى علم الموجه إليه ، ويمتد المدة المعتادة للإجابة بحسب طبيعة العتد وعرف التعامل .

والتعاقد بالهاتف (التليفون) ونحوه من الوسائط التي تنقل الكلام آلياً يعتبر من قبيل التعاقد بين حاضرين (م/٩٥) ، لكن سنرى أن هناك فرقاً من حيث تحديد مكان العتد يستنتج من نصوص القانون (رف: ٥٦)

(١) وفي هذا المعنى يقول فقهاء الشريعة الإسلامية : إن مجلس العقد يجمع المنفقات ، فيعتبر الإيجاب والقبول ولو فصل بينهما فاصل زمني ضمن مجلس العقد، كأنما تعاقبا متصين بلا فاصل .

٤٨ - القبول في عقود المزايدات :

والقبول في عقود المزايدات يكون في حكم القانون السورى بالإحالة القطعية فقط .

فالعطاء الذى يعرضه أحد المتزايدين هو الإيجاب . ثم بمجرد توقف المزايد بعد آخر عطاء لعدم وجود من يزيد عليه ، لا يعتبر صاحب المزايد قابلاً بالعطاء الأخير ، بل ينتظر قبوله . ويكون هذا القبول منه عادة بالموافقة على إحالة الصفقة إلى اسمه .

وفى القانون السورى عبّر عن هذه الموافقة بلفظ « الإحالة القطعية » (م / ١٠٠) لأن هذا اللفظ هو المستعمل فى سورية . أما فى المادة المقابلة من أصله المصرى فقد عبّر بلفظ « رسو المزايد » وجاء فى المذكرة الإيضاحية التعبير لإرساء المزايد من قبل من يملك حق الإرساء ، وهذا فى معنى الإحالة التى عبّر بها القانون السورى ، فليس المراد بالرسو توقف المزايد بعدم وجود من يزيد على العطاء الأخير ، بل إقرار الصفقة لحساب صاحب الزيادة الأخيرة وهو معنى الإحالة فى القانون السورى .

وإذا كان المزايد رسمياً ، أى تجريبه دائرة حكومية قضائية أو إدارية ، فإن هذه الإحالة تمر بمرحلتين أولى وثانية ويبنهما فاصل زمنى ، والثانية تسمى « الإحالة القطعية » . والمقرر فى هذه المزايدات الرسمية أن العبرة لهذه المرحلة الثانية من الإحالة ، أما الأولى فلا يتم بها التعاقد ولا تمنع استئناف المزايد . ومن ثم عبّر القانون السورى بالإحالة القطعية . فإذا كان المزايد غير رسمى ، فإن مجرد إحالة الصفقة فيه على اسم آخر من زاد تعتبر إحالة قطعية .

٤٩ - وقد نص القانون على أن كل عطاء (إيجاب) يسقط بالعطاء اللاحق الذى يزيد عليه ولو كان هذا الأخير باطلاً فى ذاته (م / ١٠٠)

ذلك لأن صاحب المزايد يفرض فيه من ظروف الحال ، أنه بوجود العطاء الأزيد قد رفض العطاء الأقل السابق وقد تقدم أن الإيجاب يبطل بالرفض ولو كان الرفض مستتبجا غير صريح (ر : ف / ٤٤)

وصورة العطاء الباطل في المزايدات أن يكون المزايد قاصراً أو ممنوعاً قانوناً عن مباشرة هذا العقد كالتقاضى بالنسبة إلى شراء ما هو تحت النزاع من الحقوق الداخلية . في منطقة نفوذ محكمته كما هو مقرر في عقد البيع (م / ٤٣٩)

٥٠ - القبول في عقود الإذعان :

عقود الإذعان هي عقود لا تجرى في إنشائها المفاوضات المعتادة في العقود العادية . لأنها تكون بين طرفين أحدهما محتكر السلع ، أو مرافق ضرورية للناس احتكاراً مكتسباً بطريق قانونية لتنظيم إنتاج تلك الحاجات وتوزيعها ، والآخر مستهلك أو منتفع كعقود الاشتراك في النور والغاز والماء والهاتف (التليفون) ونحوها .

وبسبب هذا الاحتكار لا يكون أمام المستهلك إلا أن يقبل بما يضعه الجانب المحتكر ، من أسعار وشروط ، أو يستغنى عن هذه الحاجات . والمفروض أنه لا غنى له عنها ، فهو مضطر إلى التعاقد عليها مع محتكرها القانوني لأنه لا يجدها عند غيره . ومن ثم يسمى هذا المستهلك : الطرف المذعن ، ويعتبر هو جانباً ضعيفاً بالنسبة إلى الطرف الآخر ، يحتاج إلى حماية قانونية تقيه من تعسف الطرف الآخر القوي ومن تحكمه فيه . وهذا ما فعله القانون في الأحكام التي قرر بها للقضاء سلطة ورقابة ، ترميان إلى حماية الطرف المذعن كما سنرى في الفصل الثاني عن آثار العقد .

أما هنا فقد نص القانون على أن القبول في عقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررّة يضمنها الموجب (وهو الجانب القوي المحتكر) ، ولا يقبل مناقشة فيها .

فكل ما يدل على إذعان أحد المستهلكين لشروط العقد التي قررها الجانب المحتكر ووجهها إلى الجمهور يعتبر قبولاً يتم به العقد وتترتب عليه نتائج و التزاماته بين الطرفين . ويكون ذلك عادة بتقديم طلب اشتراك من الطرف المذعن ، أو بتوقيعه على قائمة شروط مطبوعة ونحو ذلك .

المبحث الثاني

التراضى على الأمور الفرعية

٥١ - نص القانون السوري في المادة / ٩٦ / منه على أنه :

« إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم .

وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ،

ومعنى هذا أن التراضى على المسائل الفرعية التفصيلية ، ليس له في نظر القانون ذلك الشأن الذى للاتفاق على الأمور الجوهرية ، لأن الأمور الفرعية يغلب أن يتساهل فيها الطرفان أنفسهما ، فليس من المنطق أن يكون القانون أحرص عليها منهما . وهى لتفاهتها مهما اختلفت وجهة النظر بينهما فيها لا تؤدى إلى كبير فرق . فإذا أرجأ المتعاقدان البت في هذه المسائل التفصيلية ، لا يكون هذا مانعاً من انعقاد العقد الذى حددت فيه المسائل الجوهرية وتم الاتفاق عليها .

والقانون هنا يعطى للقاضى سلطة تكميلية لها مساس بإنشاء العقد ، وإن كان الأصل أن إنشاء العقود ليس شأن القضاء الذى تنحصر مهمته في فصل النزاع على أساس قانون نافذ وعقد قائم . ولكن الاتجاه الحديث في التقنين يميل إلى منح القاضى سلطات تكميلية تارة كما هنا ، وتعديلية تارة أخرى

كسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي إذا رأى فيه غلوأ .
على أن الاكتفاء في انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على الأمور الجوهرية
دون الفرعية ، هو كما يفيد النص فيما إذا أرجىء الاتفاق عليها ، بمعنى أن
الطرفين قد اتفقا على انعقاد العقد دون تحديد تلك التفاصيل ، فعندئذ
ينعقد العقد ، ثم إذا اختلف عليها تسويها المحكمة .

أما إذا اختلفا عليها من الابتداء ، فلا مجال لانعقاد العقد إذ يكون
التراضي على انعقاد العقد عندئذ غير حاصل . وقد تقدم أن اختلاف
القبول عن الإيجاب ولو في أمر جزئي لا ينعقد معه العقد ، بل تجب المطابقة
بينهما من كل الوجوه . ومثل ذلك ما لو جعل الطرفان انعقاد العقد متوقفاً
على البت في تلك الأمور الفرعية .

أما في حالة الإرجاء التي هي موضوع المادة القانونية ، فإن الاتفاق على
الانعقاد حاصل .

المبحث الثالث

زمانه العقد ومكانه والنوع بالعقد

المطلب الأول

زمان العقد ومكانه

٥٢ - لتحديد زمان العقد ومكانه نتائج هامة جداً . فعرفة زمان
العقد يتوقف عليها تحديد مبدأ ترتب آثاره التي عقد من أجلها . وتحديد
القانون الذي يحكمه عند تنازع القوانين الزماني . ومعرفة مكان العقد
توقف عليها كذلك معرفة القانون الذي يسوده عند تنازع القوانين المكاني ،
وكذا معرفة المحكمة التي يرجع إليها في حسم النزاع الذي قد يقوم حوله .

٥٣ - (أ) وزمان العقد:

فأما زمان العقد فهو ساعة تمامه . وقد تقدم أن القانون يعتبر العقد قد تم بمجرد حصول انقضاء الإرادتين في العقود الرضائية . أما في العقود الشكلية فيشترط تمامها فوق ذلك ما يوجب القانون في كل منها من مراسم معينة لانعقادها (م/٩٢) . فتم حصل ذلك اعتبر العقد قد تم ، وكانت تلك الساعة التي يتم فيها هي زمان العقد الذي ينتقل فيه العاقدان من وضع قانوني إلى وضع قانوني آخر ، ويصبح كل منهما ملتزما بما يوجب العقد بينهما من التزامات (١) .

٥٤ - (ب) - مكان العقد:

وأما مكان العقد فالأصل في تحديده أنه هو المكان الذي ينتج فيه القبول أثره ، ومن ثم يظهر الفرق بين تعاقد الحاضرين في مكان واحد وتعاقد الغائبين في مكانين مختلفين .

ففي التعاقد بين حاضرين ، يكون مكان العقد هو المكان الذي كانا فيه حين إتمام العقد بينهما ، وهذا واضح لا شبهة فيه ولا مجال فيه للاحتمالات . وأما في التعاقد بين الغائبين ، فمكان العقد يختلف باختلاف النظريات حول الوقت الذي ينتج فيه القبول أثره : هل هو وقت إعلان القبول ، أو إرساله أو وصوله إلى الموجه إليه أو علم هذا الأخير به ؟

والقانون المصري قد أخذ بالنظرية الأخيرة ، فبمقتضى المادة ٩١/ منه ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه .

(١) يجب أن يلاحظ في هذا المقام أن الالتزام العقدي إذا كان مرتبطا بشرط موقوف فان زمان العقد يبقى هو زمان اتفاق الإرادتين لا زمان وقوع الشرط ، وإن كانت آثار العقد لا تنبئ قبل وقوع الشرط . ذلك لأن الشرط الموقوف الذي يشترطه العاقدان لا يمنع انعقاد العقد في النظر القانوني ، وإنما تقف آثار العقد معلقة تنتظر وقوع الشرط ، فإذا وقع ثبتت تلك الآثار مستندة إلى تاريخ العقد لا مقصورة على تاريخ وقوع الشرط ، ما لم يتفق على خلافه (م/٢٧٠) .

وعلى هذا يكون مكان العقد هو مكان الطرف الموجب ، لأن تمام العقد هو وقت علمه بالقبول .

٥٥ - أما القانون السوري فقد أخذ بالنظرية الأولى في القبول . فبمقتضى المادة / ٩٨ / منه يتم العقد بين الغائبين ، في المكان والزمان اللذين صدر فيها القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك ، .

وعلى هذا يكون مكان العقد في القانون السوري هو مكان الطرف القابل لا مكان الموجب ، لأن العقد قد تم حيث صدر القبول من القابل دون توقف على وصوله إلى الموجب أو علمه به .

والسبب في أن القانون السوري قد خالف أصله المصري في هذه الناحية ، هو أن القانون اللبناني قد أخذ بنظرية تمام العقد بإعلان القبول . وبالنظر إلى كثرة المعاملات بين سورية ولبنان كان من المصلحة توحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين المتجاورين ، لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى ارتباك في المعاملات وإضرار بحقوق ذوي العلاقة فيهما .

٥٦ - ملاحظة :

وضح هنا ما كنا أشرنا إليه ووعدنا بإيضاحه (ر : ف / ٤٤) من أنه في القانون السوري لم يبق من فرق بين تعاقد الحاضرين وتعاقد الغائبين إلا من حيث تحديد مكان العقد . ذلك لأن زمان العقد لا يختلف في تعاقد الحاضرين عن تعاقد الغائبين في ظل نظرية إعلان القبول ، التي أخذ بها القانون السوري . لأن زمان الانعقاد في الحالين هو وقت صدور القبول ، يستوى في ذلك صدوره من غائب أو من حاضر . بخلاف النتيجة في نظرية علم الموجه إليه ، لأن زمان علمه بالقبول يختلف عن زمان صدور القبول من القابل الغائب . أما مكان العقد فيختلف باختلاف مكان الطرفين ، وواضح أن

مكانهما يختلف متى كانا غائبين ، ويتحدد متى كانا حاضرين ، ومن ثم يختلف تعاقد الحاضرين عن تعاقد الغائبين من حيث تحديد مكان العقد في جميع النظريات .

على أنه بالنسبة الى وسائل التخاطب الحديثة ، قد أصبح من الممكن بحسب حكم القانون أن يختلف مكان المتعاقدين اللذين هما في حكم الحاضرين . وعندئذ يختلف تحديد مكان العقد بحسب اختلاف النظريات ، كما في تعاقد الغائبين . وذلك كما في التعاقد بالهاتف (التليفون) فقد نص القانون السوري (كأصله المصري) على أن التعاقد بالهاتف يعتبر من قبيل التعاقد بين حاضرين ، كما تقدم لكن هذا ظاهر بالنسبة الى الزمان وهو المقصود بهذا النص . أما بالنسبة الى المكان فإنه يعتبر كتعاقد الغائبين لاختلاف مكان المتعاقدين .

وبما أن القانون السوري أخذ بنظرية اعلان القبول يجب أن يعتبر مكان العقد هو مكان القابل بالهاتف . بخلاف الحكم في القانون المصري اذ يجب أن يعتبر مكان الموجب هو مكان العقد المعقود بالهاتف ، لأن العبرة لا بصدور القبول ، بل بوصوله الى علم الموجب ، فيعتبر اذن مكان علمه بالقبول هو مكان العقد . وهذا ما كنا وعدنا بإيضاحه (ر : ف / ٤٧)

المطلب الثاني

الوعد بالعقد

Promesse de contrat

٥٧ - الوعد بإجراء عقد معين إذا برز في شكل اتفاق بين الواعد والموعود ، يعتبر في نظر القانون كعقد تمهيدى بين الطرفين ، يلزم الواعد بإجراء العقد الموعود به متى استوفى الشروط التالية .

١ - أن تعين في الوعد المتفق عليه جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به ، والمدة التي يجب إبرامه فيها .

٢ - أن يستوفى الوعد جميع الشرائط الشكلية التي يشترطها القانون في العقد الموعود به ، إذا كان من العقود الشكلية . فإذا كان الوعد ببيع عقار مثلاً يجب أن يسجل الوعد لدى يسرى حكمه على الغير بالطريقة التي يسجل فيها البيع نفسه في السجل العقاري .

والوعد بالعقد هو تدبير قد تدعو إليه ضرورات الناس . فقد يتوقع صاحب مصنع أن يحتاج إلى أرض مجاورة لا يستطيع شراءها للحال ؛ أو يرغب مستأجر في أن يجري على حسابه ترتيبات في المحل المأجور ، تكلفه نفقات كبيرة ، فيحصل كل منهما على وعد من المالك بالبيع متى أبدى رغبته في الشراء بشمن معين وخلال مدة محددة .

لذلك نظم القانون أحكام الوعد بالبيع وحدد شرائطه المذكورة في المادة / ١٠٢ .

وقد كان قانون الملكية العقارية السوري ذو الرقم / ٣٣٣٩ (الذي أصبح الآن جزءاً من القانون المدني) قد أدخل نظام الوعد الملزم ببيع العقار لكن المادة المذكورة من القانون المدني جاءت بحكم عام في الوعد بالعقد يشمل العقار ، والمنقول ، والبيع وغيره .

٥٨ - وقد نصت المادة / ١٠٣ / على حكم هذا الوعد وقوته الملزمة ، فقررت أنه إذا نكل الواعد عن تنفيذ الوعد المستوفى شرائطه يقضى عليه بناء على طلب الموعود ، ويقوم الحكم مقام العقد الموعود به (١) .

(١) ملاحظة :

ذكر القانون هنا في هذا الموقع من مباحث الرضى قبل بحثه عن طرق العقد ، مسألة دفع العربون وأعطاهها حكماً في المادة / ١٠٤ / منه . والحكم الذي قرره فيها يتعلق بالقوة الملزمة للعقد ، فعليه المناسب في نظرنا هو بحث آثار العقد لا بحث الرضى . فلذا أرجى الكلام عليه مع انتقاد الحكم القانون فيه إلى بحث آثار العقد .

الشعبة الثانية

طرفا العقد

٥٩ - يتناول البحث عن طرفي العقد في القانون المدنى السورى أهلية العاقدين ، ونيايتهما .

وقد قدم القانون السورى وأصله المصرى أحكام نيابة العاقد على أحكام أهليته فى البحث . ونحن نرى أن الترتيب المنطقى يقتضى العكس ، لأن أحكام أهلية العاقد يخضع لها العاقد بالنيابة كالعاقد بالاصالة ، فيجب عند بحث النيابة أن تكون أحكام الأهلية معروفة قبلها .

المبحث الأول

الأهلية

٦٠ - الأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء

فالأولى هى أهلية الشخص لثبوت الحقوق والالتزامات له وعليه .
والثانية أهليته لممارسة التصرفات والحقوق .

ولم يبحث القانون صراحة عن أهلية الوجوب ، لكنها قد تستفاد من المادة / ٣١ / التى تنص على بدء شخصية الإنسان بولادته حيا ، وتشير إلى حقوق الحمل ، فإن أهلية الوجوب ملازمة للشخصية ، وليست مرتبطة بالعقل والرشد كأهلية الأداء .

وقد بحث القانون عن أهلية الأداء فى الأشخاص بوجه عام فى بحث الأشخاص من مقدمته ، وخصها بالمواد / ٤٦ - ٥٠ .

أما فى نظرية العقد فقد بحث عن أهلية التعاقد ، وهى فرع من أهلية

في القانون المدني السوري. ٦١

الآداء في المادة / ١١٠ / فبيّن فيه بوجه عام ، أن كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحيد منها بحكم القانون ،

ثم بين في المواد / ١١١ - ١٢٠ / الحالات التي تسلب أو تنقص فيها أهلية التعاقد ، ونتائج عدم الأهلية ونقصانها بالنسبة إلى العقد .

ومن ثم تنقسم أحكام أهلية التعاقد في القانون على مطلبين : (١) حالات فقدان الأهلية (٢) وحالات نقصانها .

المطلب الأول

حالات فقدان الأهلية

ونتايجها في العقد

٦١ - (١) الصغير غير المتميز :

اعتبر القانون السوري الصغير غير المتميز عديم أهلية الآداء مطلقاً فليس له حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة (م/١١١) وحدث التمييز في القانون بلوغ السابعة من العمر ، فمن لم يبلغها يعتبر غير متميز (م/٤٧) (١) ولا يحتاج سلب أهلية الصغير غير المتميز إلى حجب قضائي بل يعتبر محجوراً بطبيعته ، لأن صغره ونزوله عن سن التمييز ، هو آية كافية في التنبيه إلى عدم أهليته كي يحتجب الناس التعاقد معه ، ويدركوا أن ليس له إرادة معتبرة وهذا أيضاً حكم الشريعة الإسلامية .

٦٢ - (ب) المجنون والمعتوه :

أما المجنون والمعتوه الكبيران فقد ميز القانون في أمرهما بين حالتين :

(١) يلحظ في هذا المقام أن القانون غير بلوغ السابعة مما يدل على عدم اشتراط تمامها ، خلافاً لحكم الفقه الإسلامي .

١ - فإذا كان الجنون والعتة فيهما شائعاً وقت التعاقد ، أى معروفاً مشهوراً في محيطهما ، أو لم يكن شائعاً ولكن الطرف الآخر المتعاقد معهما عالماً بهما ، فإن أهليتهما تكون مسلوقة ، والتعاقد معهما باطل .

٢ - وإذا كان الجنون والعتة فيهما غير شائع وقت التعاقد ، فإن سلب أهلية التعاقد عنهما يحتاج إلى قرار من القاضى بحججهما . ويشترط لنفاذ حكم هذا الحجر أن يشهر قراره وفقاً للمراسيم القانونية في طريقة الشهر والإعلان . فما كان منهما من عقود قبل شهر قرار الحجر كان صحيحاً ، وما يقع بعد شهر قرار الحجر يكون باطلاً (م / ١١٥)

والعتة اختلال في التوازن العقلي غير مصحوب باضطراب كالجنون ، وسبب تصحيح عقودهما قبل شهر قرار الحجر رغم وجود الجنون أو العتة إنما هو الحرص على استقرار المعاملات ، لأن أحوال الجنون والعتة ربما تخفى على المتعاقد معهما وقت التعاقد . والمفروض أن الجنون أو العتة غير شائع ولا معلوم لدى ذلك المتعاقد ، بخلاف الصغير غير المميز ، فإن سنه دليل كاف فوجب في المجنون والمعتوه الحجر القضائي والشهر يقوم مقام العلم أو الاشتهار (١)

٣٣ - لكن يلحظ في هذا المقام أن المادة ٤٦ / ٤ من القانون السورى و / ٤٤ / من أصله المصرى الجديد تنص على أن :

« كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية »

فهذه المادة تناقض حكم المادة ١١٥ المشار إليها آنفاً في نظرية العقد ؛

(١) والفقهاء الإسلامى يخالف هذا النظر في المجنون ، فلا يشترط لبطان عقوده سبق الحجر القضائى عليه ، لأنه لا يمكن أن يعتبر كامل الأهلية مع ثبوت جنونه وقت التعاقد . والفقهاء القانونى يلحظ هذا التناقض فيما يظهر فيسوغ أبطال عقد المجنون قبل الحجر من طريق الضمن بانتشاء الإرادة العقدية لا بانتشاء الأهلية . (ر : الالتزامات لأبى سببت ف / ١٣٨) لكن معنى هذا أن حكم القانون بأهلية المجنون قبل الحجر يصحح عديم القيمة

لأنها تقتضى أن من بلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية لا يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه . ذلك لأن من المقرر في علم أصول الفقه أن ما يشترط لشبوه عدة شرائط يفتنى بانتفاء إحداها ، إذ يجب للشبوه توافر الشرائط جميعاً . والمادة /٤٦/ المذكورة تشترط كمال الأهلية فيمن يبلغ سن الرشد شرطين : العقل وعدم الحجر . فإذا انتفى واحد منهما كالعقل مثلاً انتفى كمال الأهلية ، دون حاجة إلى حجر أو شيوع . فهذا ينافى اشتراط الحجر الوارد في المادة /١١٥/ من نظرية العقد عند عدم شيوع الجنون . ويمكن التوفيق بين المادتين بأحد تأويلين :

(١) إما أن يقال إن تصحيح عقد المجنون والمعتوه في حالة عدم الحجر والاشتهار ليس مبنياً على اعتبار كمال الأهلية ، بل هو حكم استثنائي مقرر في العقد ، مع اعتبار عدم الأهلية نظراً إلى المصلحة في استقرار المعاملات وعدم نقضها عند عدم معرفة المتعاقد بخذون من يتعاقد معه .

(٢) أو يقال إن هذا الحكم الوارد في نظرية العقد محمول على الجنون الطارئ ، فهذا هو الذي يحتاج إلى الحجر لا الجنون الأصلي المرافق لبلوغ سن الرشد المقصود في المادة /٤٦/ .

المطلب الثاني

حالات نقصان الأهلية ونتائجها في العقد

٦٤ — الصغير المميز :

دور التمييز هو ما بين بلوغ السابعة وتام الثامنة عشرة من العمر . وفي هذا يختلف القانون السوري عن أصله المصري الذي يجعل مبدأ سن الرشد في تمام الحادية والعشرين

والقانون هنا بالنسبة إلى عقود الصغير المميز قد أخذ بتفصيل مقرر في الفقه الإسلامي خلاصته أن العقود التي يباشرها الصغير المميز تحتاف أهليته لها بحسب

نوعها وآثارها في ثروته وحقوقه . وميز القانون في ذلك بين ثلاثة أحوال :

(١) فما كان من العقود نافعا له نفعاً محضاً ، فالصغير المميز أهل لمباشرته ويصح عقده كالراشد . وذلك كعقود التبرع للصغير .

(٢) وما كان ضاراً بحقوقه ضرراً محضاً ، فهو ليس بأهل له مطلقاً ، ويعتبر باطلاً إذا بشره . وذلك كالتبرع من مال الصغير ، والعقد الذي فيه غبن فأحسن له في المعاوضات .

وما كان دائراً بين النفع والضرر أى محتملاً لأن يكون للصغير منه ربح أو خسارة ، فإن أهليته له ناقصة ، فيصح منه لو بشره ، لكنه يقبل الإبطال لمصلحة القاصر بإرادة نائبه الشرعى من ولى أو وصى .

فإذا أجز هذا العقد من نائبه الشرعى بعد وقوعه ، أو من المحكمة عند عدم وجود نائب أو من الصغير نفسه بعد بلوغه سن الرشد ، أصبح صحيحاً من كل وجه وامتنع إبطاله . (م / ١١٢)

وقد أعطى القانون ناقص الأهلية حق طلب إبطال هذا النوع من عقودهم ، واسكنه جعله خاضعاً للالتزام بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ويوهم المتعاقد معه أنه كامل الأهلية . (م / ١٢٠)

وينوب عن الناقص الأهلية في هذه العقود نائبه الشرعى من ولى أو وصى ، وتكون تصرفات الأولياء والأوصياء صحيحة نافذة في الحدود التي يرسمها القانون .

٦٥ - هذا وقد فسح القانون مجالاً لتمرين المميزين وتنمية بصيرتهم

المالية ، في التصرفات ، تهيئة لرشدهم . فسوغت المادة ١١٣ / منه إعطاء الإذن للصغير المميز الذى بلغ الخامسة عشرة (١) من عمره فى تسلم أمواله لإدارتها ،

(١) وفى هذا التعديد أيضاً يختلف القانون السورى من أصله المصرى الجديد الذى يحدد لإمكان هذا الإذن أن يبلغ الصغير الثامنة عشرة . لكن القانون السورى نزل عن هذا الحد لأنه اعتبر الثامنة عشرة سن الرشد وكال الأهلية .

ففي هذه الحال تعتبر أعمال الإدارة وعقودها كالإيجار ، وبيع الحاصلات وشراء اللوازم الزراعية ، والإصلاح والترميم ، والاستخدام ، كلها صحيحة إذا صدرت منه في الحدود التي رسمها القانون . والقانون المقصود الذي يرجع إليه في تحديد تلك الحدود هو قانون الأحوال الشخصية .

٦٦ - ويلحظ في هذا المقام أن الإذن للصغير المميز في أصل النظر الفقهي في الفقه الإسلامي كان يجوز منحه إياه لأعمال الإدارة والتجارة (التصرف) على السواء بدء من التمييز أي تمام السابعة . ويمنحه هذا الإذن نائبه الشرعي ، أو المحكمة عند عدمه . وذلك بغية تمرين القاصر كما أشرنا إليه ، فيملك بمقتضى هذا الإذن أن يتصرف ويتعاقد إلا فيما كان ضرراً محضاً . لكن قانون الأحوال الشخصية الجديد الذي صدر في سورية أخيراً في ١٧ / ٩ / ١٩٥٣ . قد قيد جواز منح الإذن للصغير الخير في التصرف بأن يبلغ سن الخامسة عشرة ، وفقاً لما جاء في القانون المدني نظراً لتعدد المعاملات وكثرة الاحتيال والإغفال . وقد حصر هذا الإذن بالقاضي دون الوصي الشرعي ولكن بعد سماع أقوال الوصي . . وجعل الإذن مبدئياً لأعمال ولا يجوز للصغير فيها إيجار عقاره لأكثر من ستة بموافقة صريحة من القاضي ، وأوجب على القاصر المأذون تقديم حساب سنوي إلى القاضي . وللقاضي عند اللزوم الحد من الإذن الممنوح للقاصر أو سلبه إياه .

وقد منح القانون المذكور القاصر الذي بلغ الثالثة عشرة حق إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص دون حاجة إلى إذن ، وحدد ضمانه الديون الناشئة عن هذه الإدارة بأن لا يتجاوز هذا المال . (ر : قانون الأحوال

الشخصية السوري ، م / ١٦٤ - ١٦٩)

٦٧ - (ب) المغفل ^(١) والسفيه :

اعتبر القانون الغفلة والسفه من العوارض التي تنقص أهلية التعاقد .

(١) عبر القانون عن المغفل بذي الغفلة . وقد أثرنا استعمال لفظ « المغفل » (بتثديد الفاء المفتوحة) لأنه كلمة واحدة تامة الدلالة على المعنى المقصود ، وهو لفظ فصيح ، ألوف الاستعمال .

ولكنه اشترط في ذلك أن يقترن بحجر قضائي ، وأن يشهر قرار الحجر ، لأن المجنون إذا كان يحتاج تقرير نقص أهليته إلى حجر قضائي لكي تبطل عقودة كما تقدم ، فالسفيه والمغفل أولى . وقد اعتبر القانون المغفل والسفيه بعد حجرهما في حكم الصغير المميز ، وقبله كالراشدين .

فما يصدر عن المغفل والسفيه من عقود بعد شهر قرار الحجر يجري فيه التفصيل الثلاثي المتقدم في أحكام عقود الصغير المميز .

وما صدر عنهما من عقود قبل الحجر أو قبل شهر قراره كان صحيحاً لا يقبل الإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ . وذلك حرصاً على استقرار المعاملات .

وقد أجاز القانون منهما الوقف والوصية بإذن المحكمة . ولم يقيد القانون الوقف منهما بأن يكون على نفسه وذريته (كما يقيد فقهاء المذهب الحنفي في الفقه الإسلامي) فشمّل حكم القانون الوقف الخيري المحض .

وسوغ القانون الإذن للسفيه بتسلم أمواله لإدارتها ، وحينئذ تصح منه أعمال الإدارة في الحدود التي يرسمها القانون . (م / ١١٧)

وإنما خص القانون هذا الإذن بالسفيه دون المغفل ، لأن المغفل ناقص المواهب العقلية والنباهة واليقظة عن الحدود المتوسطة في الناس ، فلا يرجى منه تحسن لكي يختبر بالإذن . أما السفيه فلا تنقصه المواهب الفطرية ، ولكنه يغلبه الطيش وتستغفه الأهواء حتى يبدد ماله في غير الوجوه المعقولة . وهذا يؤمل صلاحه ورشده بعد الحجر . فلذا سوغ القانون اختياره في إدارة المال بإذن المحكمة .

لكن قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بعد القانون المدني ، قد أجاز هذا الإذن للمغفل والسفيه على السواء ، ملاحظاً إمكان استفادة المغفل من التجارب .

٦٨ - (ج) الأصم الأبكم ومن في حكمه :

إذا اجتمع في شخص علتان من ثلاث : الصم ، والبكم ، والعمى ، بأن كان أصم أبكم ، أو أصم أعمى ، أو أبكم أعمى ، وتعدر عليه بهذه العلل أن يعبر عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً ليعينه في تصرفاته العقدية ، التي تستدعي مصلحته فيها معاونا . أى أن هذا المساعد يمكن تعيينه للمساعدة في نوع من التصرفات دون آخر . وتنحصر مهمته في التصرفات التي تقرر المحكمة مساعدته فيها .

ذلك لأن هذه العلل إنما تؤوف أدوات الاطلاع والبيان في الشخص دون العقل والإدراك اللذين هما مناسط الرشد . فالمساعدة هنا للعجز لا للقصور العقلي . فلذا تقررها المحكمة فيما يحتاج إلى المساعدة من تصرفات هذا الشخص .

ويحتاج تقرير هذه المساعدة وتعيين المساعد ، إلى شهر وإعلان ، كما في الحجز . وعندئذ يجب للزوم العقد أن لا ينفرد ذلك الشخص فيه دون معاونة مساعده . فإذا عقد عقداً مما يخضع للمساعدة دون معاونة مساعده كان عقده هذا قابلاً للإبطال .

المبحث الثاني

النيابة

٦٩ - يجوز أن يكون طرفا العقد أصيلين يعقدان لأنفسهما ، كما يجوز أن يكونا نائبين يعقدان لغيرهما . ويجوز أيضاً أن يكون أحدهما أصيلاً والآخر نائباً . ويستوى في ذلك أن تكون النيابة قانونية (الولاية) أو قضائية (الوصاية) أو اتفاقية (الوكالة) ، وإن كانت الأوليان تحتفلان عن الأخيرة في بعض الاعتبارات الفرعية كما سنرى .

٧٠ - المبدأ القانوني في النيابة وسرائطه : (١)

والمبدأ القانوني العام في العقد بالنيابة ان عقد النائب إذا استوفى سرائط النيابة يضاف حكمه إلى الأصل المنوب عنه ، فيثبت له وعليه ما يفرضه عقد النائب عنه من حقوق والتزامات ، ولو كان ناقص الأهلية كما لو باشره هذا الأصل بنفسه وهو كامل الأهلية . وعندئذ تغيب شخصية النائب من الميدان في نظر القانون ، ويصبح الأصل هو طرف العقد ، ويحمل الطرف الآخر المسؤولية العقدية تجاهه بصورة مباشرة .

والنائب تشترط فيه أهلية التعاقد كما تشترط في الأصل ، الذي يعقد لنفسه . غير أنه في النيابة الاتفاقية وهي الوكالة ، لا يشترط أن تكون أهلية الوكيل مساوية لأهلية الموكل . فيمكن أن يكون الوكيل ناقص أهلية الاداء كالصغير المميز أو محجورا عليه ، لأنه معتمد ومفوض بإرادة الأصل المنوب عنه ورضاه ، وإن حجره مقصور على تصرفاته في حقوق نفسه ، وهو في عقده الموكل به لا يلزم نفسه وإنما يلزم الأصل الذي اختاره وفوضه ؛ وله حق هذا الاختيار والتفويض . وإنما يجب في الوكيل أن

(١) السرائط جمع (شرطة) والشروط وجمع (شرط) لفظان مترادفان بمعنى واحد لغة واصطلاحاً لدى علماء الشريعة والقانون .

لكنتي جريت في جميع كتبى على اصطلاح جديد في هذين اللفظين (الشرطة والشرط) أرجو أن يعم لانه ضرورى فيما أرى للتمييز بين موضوعين مختلفين يجب التمييز بينهما . وهذا الاصطلاح هو تخصيص لفظ (الشرطة وجمعها السرائط) بما يشترطه الشارع لصحة التصرفات ، وتخصيص لفظ (الشرط وجمعه الشروط) بما يشترطه المتعاقدان في العقود ، لأن كلا من هذين المقامين يتميز عن الآخر في المفهوم والآثار : فما يشترطه الشارع تشريع ، وما يشترطه العاقد تصرف خاضع للجان . فيجب التمييز بينهما في التسمية . وخير من ترادف اللفظين أن يخص كل منهما بمقام من هذين المقامين ، فتكون السرائط هي القانونية والشروط هي العقدية . ولم نعكس لأن لفظ الشروط هو الأكثر شيوعاً في مقام التعاقد .

وعلى هذا الاصطلاح سنجرى في هذه المحاضرات أيضاً .

تتوافر لديه القدرة على التعبير عن إرادته ، وهذه يكفي فيها التمييز (١) .
وهذا النظر القانوني هو الذي يقرره الفقه الإسلامي أيضا من قبل .
ويصرح فقهاء الإسلام بأن قبول الصغير المميز للوكالة عن غيره لا يتوقف
على إجازة وليه أو وصيه ، لأنه من التصرفات النافعة له نفعا محضا إذ تفيده
تمرينا وبصيرة على حساب غيره وهو الموكل (٢) .
أما النيابة القانونية والقضائية فلا بد فيها من أن يكون النائب
كامل الأهلية .

شروط النيابة في التعاقد

٧١ - يشترط لكي يتحقق معنى النيابة في التعاقد ، وتنتج مفعولها
في إضافة آثار العقد إلى الأصل ثلاثة شرائط ، يقرر الفقه القانوني أولاهما
وتفهم الشريطان الآخرين من نص القانون .

٧٢ - الشريطة الأولى : أن يعبر النائب عن إرادته هو في العقد ،
لا أن ينقل إرادة الأصل نقلا فيظهر بمظهر الوسيط المترجم عن الأصل ،
وإلا كان رسولا وكلا . وهذه الشريطة يقرها الفقه القانوني .

فالنيابة تفترق عن الرسالة افتراقا جوهريا في الموضوع ، لأن الرسول
ناقل لإرادة المرسل على سبيل الحكاية ، فهو لا يصدر عن إرادته الشخصية
ومشيئته هو في التعاقد . أي أنه مجرد مبلغ بين الطرفين .

أما النيابة فإن النائب فيها ذو إرادة شخصية . يستعملها ويتصرف بمقتضاها
حساب المنوب عنه .

(١) ر : الالتزامات للاستاذ حشمت أبي سنيت ف/١٢٦

(٢) ر : المدخل الفقهي العام للمؤلف ف/٤٣٤

وهذا الفارق بين النيابة والرسالة في الموضوع تترتب عليه فوارق بينهما في الأحكام مقررة في الفقه القانوني . ففي النيابة تكون إرادة النائب مثلا هي محل الاعتبار بالنظر إلى عيوب الرضى كما سنرى ، أما في الرسالة فإن إرادة المرسل هي محل الاعتبار إذا شابها شائبة لأنه مجرد ناقل (١) . وفي التعاقد بواسطة رسول يعتبر التعاقد حاصلًا بين غائبين ولو كانا في مجلس واحد ، لأنه تعاقد مع المرسل لا الرسول ؛ أما التعاقد بواسطة وكيل فإنه يعتبر بين حاضرين إذا كانا في مجلس واحد .

٧٣ - الشريطة الثانية أن يصرح النائب بأنه إنما يتعاقد نيابة عن الأصل .

وهذه الشريطة تستفاد من المادة / ١٠٧ / من القانون . فإن لم يصرح بذلك فالمبدأ القانوني في الأصل أن العقد لا ينعقد ، لأن أحد طرفي العقد لم تتفق عليه إرادتا المتعاقدين ، ولكن هذا المبدأ يقود إلى إشكال كبير يعتثر به كثير من التصرفات بالنيابة ، لأن معظم النائبين في الحالات والحاجات العادية ، من أوصياء وأولياء ووكلاء ، عندما يتعاقدون لمصلحة من ينوبون عنهم من بيع أو شراء أو غيرهما في المنقولات بوجه عام لا يصرحون بالنيابة ،

(١) جاء في الوسيط للاستاذ السهوري ف / ٨٥ / فيماختلف فيه الرسالة عن النيابة مانعه:

«والعبرة — أى في الرسالة — بإرادة الأصل لإذ الرسول يبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنونًا أو غير مميز مادام بقدر ماديا على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة»

وتابعه في ذلك حشمت أبو سنيت في كتابه في الالتزامات (ف / ١٢٨)

أقول : كيف يمكن اعتبار المجنون والطفل غير المميز قادرين على التبليغ الصحيح ؟ فإن للمرسل إليه أن يشك في صحة النقل . فالقدرة هنا ليست قدرة جسم بل هي وعى وضبط . وفقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون المجنون والطفل غير المميز غير أهل للتعبير الحقوقي مطلقًا ، وهذا يشمل الأصالة والرسالة . وهو النظر السديد فيما نرى .

ولا يهم المتعاقد معهم أن يكونوا أصلاء عن أنفسهم أو نائبين عن غيرهم ولا سيما إذا كان عقده معهم سينفذ فوراً .

٧٤ - ولذا ألقى فقهاء القانون على هذا المبدأ استثناءات تصحح معظم هذه العقود، التي لا يصرح فيها النائب بنيابته بحيث أصبحت تلك الاستثناءات هي الأصل ، والمبدأ الأصلي النظري استثناء .!! فاستثنوا من ذلك المبدأ : (أ) ما لو كان المتعاقد مع النائب يعلم بنيابته، أو كان من المفروض حتماً أنه عالم بها من دلائل الحال . كخادم يشتري حاجات المنزل الذي يخدم فيه من عند من يعلم بأنه خادم . ففي هذه الحالة ينعقد العقد لحساب المنوب عنه ولو لم يصرح النائب بنيابته عند التعاقد .

(ب) ما لو كان المتعاقد مع النائب يستوى لديه أن يتعاقد معه أو مع المنوب عنه، كبائع يبيع قطعة نسيج أو غيرها من المنقولات، وكصانع يوصي على صنع شيء الخ... ففي هذه الأحوال أيضاً يصح العقد ويضاف أثره إلى الأصل ولو لم يصرح النائب بنيابته في العقد .

وبذلك وردت المادة / ١٠٧ / من القانون المدني السوري (١)

٧٥ - الشريطة الثالثة : أن لا يتجاوز النائب حدود نيابته .

وهذه الشريطة تستفاد من المادة / ١٠٦ / من القانون : فالنيابة القانونية يعين القانون حدودها ، والاتفاقية يعين حدودها عقد التوكيل . فعلى النائب أن يتقيد بتلك الحدود فإذا تعداها في عقده لا ينتج العقد أثره في حق الأصل

(١) يلحظ هنا أن الفقه الإسلامي كان أكثر منطقاً وواقعية في هذا الموضوع . فقد عكس موقفه من هذا الشرط القانوني في التعاقد بالنيابة ، فلم يواجه هذه الإشكالات العملية التي أوجبت إلى استثناءات أوسع نطاقاً من المبدأ الأصلي المستثني منه .

فالأصل في الفقه الإسلامي أن التعاقد بالنيابة لا يشترط فيه أن يصرح النائب بنيابته إلا استثناء في بعض العقود كالنكاح : فالأب مثلاً يشتري لابنه القاصر والوصي لمن تحت وصايته ، والوكيل لموكله ، ويقع الشراء لأولئك المنوب عنهم بنية النائب وقصده إلى الشراء لهم .

ومن الاستثناءات عقد النكاح فتجب إضافته إلى الموكل لأن الوكيل إذا خاطب المرأة التي يعقد زواجها لموكاه بقوله : تزوجتك فقبلت يقع الزواج له لا للموكل ، فيجب أن يقول لها في الإيجاب ، زوجتك من موكل فلان .

إلا إذا أجازته وهو أهل لإجازته (١). وعلى هذا لو تبرع الوصى من مال القاصر الذى تحت وصايته لا يصح تبرعه ولو أجازته ذلك القاصر لأنه لا يملك هذه الإجازة. أما لو حدد الموكل لوكيله بالشراء مقدار الثمن، فاشتري الوكيل بأكثر منه فأجازته الأصيل الموكل جاز. ويكون للإجازة استناد، فينفذ بها العقد من تاريخ صدوره لا من تاريخ إجازته.

٧٦ - فإذا لم يحجز الأصيل هذا التجاوز، ظل العقد غير نافذ عليه، وكان النائب مسئولاً بالتعويض تجاه المتعاقد معه إذا كان هذا حسن النية. على أنه قد يسرى على الأصيل تجاوز النائب فى بعض الأحوال على سبيل الاستثناء. من ذلك ما جاء فى المادة / ٦٦٩ / من القانون :

«إن الوكيل الخروج عن حدود وكالته متى كان من المستحيل عليه إخطار (٢) الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة»

(١) يميز القانونيون العرب فى التسمية بين حالتين متشابهتين: إجازة المقدم وإقراره، فيعبرون بالإجازة عن الحالة التى يمضى فيها الماقد نفسه عقداً له فيه حق الإبطال كما فى حالات عيوب الرضى. ويعبرون بالإقرار عن الحالة التى يمضى فيها شخص ثالث عقداً يمس حقوقه ولا يسرى عليه، كما فى حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته إذا أعقبتها رضى الموكل بالعقد الواقع. وهذا التمييز فى التسمية إنما هو تبع لاصطلاح الفقه الأجنبى الذى يسمى الحالة الأولى confirmation والثانية Ratification. والفقه الإسلامى يستعمل لفظ الإجازة فى الحالتين، لأن التمييز بينهما فى الاسم ليس بذى فائدة. على أننا نستحسن التمييز بينهما ولكن على العكس أى استعمال الإجازة لعقد الغير كما فعلنا هنا لأسباب بطول بنا شرحها الآن.

(٢) هكذا يعبر القانون دائماً فى مثل هذا المقام عن الإخبار الذى يوجب القانون من شخص لآخر بلفظ «الإخطار» وهو الشائع فى المعاملات القانونية بضمير أكثر من لفظ «الإنذار» وفى سوربة العكس فلفظ الإنذار فيها أكثر استعمالاً وشيوعاً، وهو الصحيح لغة لأن الإخطار فى اللغة لا يستعمل بمعنى الإخبار والإبذان المقصود هنا. (ر: المصباح وغيره فى المادتين) فلذا سنستعمل نحن لفظ الإنذار فى كل موطن يبر فيه القانون بالإخطار لإحينا ننقل نفس المواد القانونية.

وهذا في الحقيقة تطبيق لقواعد الفضالة في القانون (ر : الوسيط ف/ ٨٨ ح)

٧٧ - العبرة لإرادة النائب وعلمه :

والعبرة لإرادة النائب لا الأصل في النظر إلى شوائب الإرادة وعيوبها الآتي بيانها في بحثها الخاص من غلط أو إكراه أو غيرهما . فلو وكل شخص آخر طائعا مختاراً ، فعقد الوكيل تحت تأثير إكراه أو غلط أو تدليس كان العقد قابلاً للإبطال .

وكذا العبرة لعلم النائب وجهله دون الأصل في الظروف التي يختلف فيها حكم العقد بين العلم والجهل بها كالعلم بعيب البيع مثلاً .

فالوكيل بشراء شيء إذا اشتراه عالماً بعيب قديم فيه لا يثبت له ولا للأصيل حق في ضمان العيب المقرر في فصل البيع ، ولو كان الأصل جاهلاً بالعيب . لكن هذا لا ينافي أن الأصل لا يكون ملزماً تجاه الوكيل بقبول الشيء المشتري إذا لم يكن توكيله له شاملاً شراء الشيء المعيب . لأن الوكيل عندئذ يكون متجاوزاً حدود وكالته ويكون هو المسؤول تجاه المتعاقد معه . ولو تواطأ الوكيل مع شخص مدين معسر ، فتعاقد معه عقداً لتهريب أمواله من وجهه الدائن ، كان للدائن أن يدعى بدعوى إبطال التصرف (الدعوى البولصية) ولو كان الأصل حسن النية لم يتصل عليه بشيء من هذا التواطؤ .

٧٨ - غير أن هذا المبدأ (وهو أن العبرة لعلم النائب وجهله دون الأصل) قد يؤول بإطلاقه إلى حالات تنافي منطق المسؤولية ، وبفسح المجال للأصيل أن يستغل هذا المبدأ بسوء نية للتهرب من مسؤوليات يجب أن يخضع لها . فقد يكون الأصل على علم ببعض الظروف التي للعلم بها تأثير في نتائج التصرف ، فياجباً إلى إنابة شخص في هذا التصرف جاهل بتلك الظروف ، ويرسم له تعليمات معينة ليتصرف وفقاً لها ، كما لو كان في مثالنا السابق أن الأصل عالم بإعسار المدين ومتواطئ معه فوكل وكيلاً بشراء

أموال هذا المدين بضمن بخس ، والوكيل لا يعلم من الأمر شيئاً .
 ففي مثل هذه الحال احتاط القانون فنص على أن الوكيل إذا لم
 يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن
 يتمسك بجعل وكيله لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أنه
 يعلمها (م/١٠٥) فعلم الموكل هنا معتبر ومؤثر ولو كان الوكيل حسن النية
 جاهلاً بتلك الظروف المؤثرة في التصرف .

أما لو كان الوكيل في مثل هذا الظرف الذي يجله ، لم يقيد بتعليمات معينة
 من موكله ، وإنما تصرف بإرادته المحضة فالعبرة عندئذ لعلمه هو وفقاً لأصل
 المبدأ لا لعلم موكله . وذلك كما لو كان الموكل يعلم بإعسار شخص مدين
 ورغبته في تهريب أمواله ، ولكن الموكل لم يقيد وكيله بالشراء أن يشتري
 منه ، وإنما وقع اختيار الوكيل على الشراء منه وهو حسن النية فليس للدائن
 عندئذ حق إبطال التصرف بحجة علم الموكل بحال البائع .

وكذا لو كان الموكل يعلم بعيب خفي في شيء لدى شخص ، فوكل وكيله
 بشراؤه بعينه ، فاشتراه له . فليس للموكل حق في ضمان العيب ولو كان وكيله
 جاهلاً به عند الشراء . أما لو وكله بشراء شيء من هذا النوع ولم يعطه تعليمات
 تقيده بشراء ذلك الشيء المعيب بعينه ، فوقع اختيار الوكيل عليه في الشراء
 وهو جاهل بعيبه الخفي ، فإن ضمان العيب يثبت على البائع وليس له أن يحتاج
 بعلم الموكل بالعيب لأن الموكل لم يقيد وكيله بشراء هذا الشيء .

تصرف النائب جاهلاً بانقضاء النيابة :

٧٩ - ومن تطبيقات مبدأ العبرة لعلم النائب ما لو تصرف النائب في
 حدود نيابته بعد انقضاءها جاهلاً بالانقضاء ، كما لو عزل الموكل وكيله ، أو
 مات ، فتصرف الوكيل بعد ذلك قبل أن يبلغه خبر عزل الموكل له أو موته .
 ففي مريان حكم العقد على الموكل أو على خلفائه تفصيل : فإذا كان من

تعاقد معه الوكيل يجهل أيضا انقضاء وكالته، كان العقد نافذاً على الموكل في حالة العزل وعلى خلفائه في حالة الوفاة، رعاية لاستقرار المعاملات ونظراً لحسن نية المتعاقد. أما إذا كان ذلك المتعاقد يعلم بسبب انقضاء الوكالة عند التعاقد فإن العقد لا يسرى (م / ١٠٨) (١)

٨٠ - تعاقّد النائب مع نفسه :

قد يوكل شخص وكيلاً ببيع شيء مثلاً فيرغب هذا الوكيل أن يشتريه لنفسه، أو يوكله بشراء شيء معين بالنوع ويكون عند الوكيل منه فيرغب أن يبيعه لموكله . وقد يكون وكيلاً عن شخص بالبيع مثلاً وعن آخر بالشراء فيرى الوكيل أن يبيع بنفسه مال الأول من الثاني بمقتضى نيابته عن الاثنين وتمثيله لهما .

ومثل ذلك يتصور في النيابة القانونية كوصى أو أب، يريد أن يبيع شيئاً من ماله للقاصر أو يشتري شيئاً من مال القاصر لنفسه، أو يبيع مال أحد قاصرين تحت ولايته أو وصايته من الآخر .

هذا ما يسمى في اصطلاح القانونيين : **تعاقّد الشخص مع نفسه** ، وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية : **تولى الشخص طرفي العقد** .

٨١ - ويتضح من الأمثلة التي أوردناها أن النائب في النيابة الاتفاقية أو القانونية، إذا أراد أن يتعاقد مع نفسه قد يكون أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، وقد يكون نائباً عن الطرفين فهل له أن يتولى طرفي العقد فيكون هو الموجب وهو المقابل في هذه الحالات ؟

(١) ذكر الأستاذ السهوري في الوسيط هذه المسألة مثالا على الحالات الاستثنائية التي يسرى فيها على الأصل تجاوز النائب حدود نيابته . وتابعه على ذلك الأستاذ حشمت أبو ستيت (ر : الوسيط ف / ٨٨ / والالتزامات لأبي ستيت ف / ١٣٠)
ولكننا نرى أن هذا ليس من قبيل تجاوز حدود النيابة ، لأن المفروض فيه أن موضوع التصرف داخل في حدود النيابة ولكنه واقع بعد وجود سبب انقضاءها ، فهو من تطبيقات مبدأ العبرة لعلم النائب لا من تطبيقات صفة تجاوز النائب حدود النيابة .

اختلفت القوانين ونظريات علماء القانون في تجويز ذلك وتخريجه على القواعد .

والقانون السوري ، وكذا أصله المصري ، قد قرر منع النائب من التعاقد مع نفسه مبدئياً إلا في حالات استثنائية ، سواء أكان النائب يتعاقد بالأصالة عن نفسه ، أى لحسابه الخاص أو كان نائباً عن الطرفين لحسابهما (م/١٠٩) لأن الغالب في هذه الأحوال تعارض المصالح بين النائب والمنوب عنه ، مما يخشى معه أن يضحي بمصلحة الأصل في سبيل مصلحته ، إذا كان النائب يتعاقد بالأصالة عن نفسه بالنيابة عن طرفي العقد .

وهذا هو الأقرب إلى قصد المنيب ، لأن من يوكل غيره بعقد إنما يقصد عادة أن يتعاقد الوكيل مع سواء لا مع نفسه .

الاستثناءات:

٨٢ - وقد استثنى القانون من هذا المنع الحالات التالية :

١ - إذا أذن الأصل للنائب أن يتعاقد مع نفسه أو أجاز تعاقد هذا بعد الوقوع . وذلك لأن المنع إنما هو صيانة لحق الأصل لا لحق عام ، فإذا وثق بنائبه ورضى بتعاقد فلا مانع .

٢ - إذا كان القانون يحيز بعض حالات هذا التعاقد كتعاقد الأب مع نفسه عن طفله ، إذ تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية المستند إليها لأن في شفقتة وحرصه على طفله ضماناً كافياً .

٣ - ما يقضى بتجويزه عرف التجارة وقواعدها ، كما في وكيل العمولة وممسار الأوراق المالية ، فإن من المعتاد بين التجار أن هؤلاء عند ما يفوضون بيع أو شراء قد تستدعي الظروف أن يشتروا لأنفسهم ما فوضوا بيعه أو يبيعوا من عندهم لمفوضهم ما فوضوا بشرائه ، أو يعقد أحدهم صفقة بنفسه نيابة عن طرفين أحدهم قد فوضه بالبيع والآخر بالشراء . وفي حرص هؤلاء على ثقة عملائهم ضمان كاف لإقرار أعمالهم هذه .

الشعبة الثالثة

عيوب الرضى وتأثيرها في العقد

٨٣ — إن المباحث المتقدمة تتعلق بوجود التراضي في إنشاء العقد ، وبشرائط اعتباره من طرق تعبير عن إرادة العاقد ، وصفات مطلوبة قانونية فيه أما البحث هنا فيتعلق بسلامة الرضى وكال اعتباره ، وذلك بخلوه من العيوب التي تنقص من اعتباره وتضعف من نتيجته .

والفرق بين وجود الرضى وسلامته ، أن وجوده بالطرق والشرائط المعتمدة ، وعدم وجوده هكذا يترتب عليهما انعقاد العقد أو بطلانه . أما سلامة الرضى من العيوب بعد أصل وجوده المعتبر أو عدم سلامته ، فيترتب عليهما أن يكون ذلك الرباط العقدي محكماً ملزماً أو كونه قابلاً للإبطال بإرادة الطرف الذي شيب رضاه بالعيوب رغم انعقاد العقد .

وهذا الموضوع متصل أوثق اتصال بمبدأ سلطان الإرادة ، فلكي يكون للإرادة العقدية سلطان على العاقدين وقوة إلزامية يجب أن تكون حرة سليمة من الآفات ، وإلا لم تكن لها تلك القوة القانونية .

٨٤ — فعيوب الرضى في الاصطلاح القانوني ، هو اختلال في رضى العاقد ناشئ عن بعض عوامل تخل بسلامة اختياره ، لولا تأثيرها الدافع في نفسه لما أقدم على العقد .

هذه العوامل التي تورث عيب الرضى هي أربعة : الغلط ، والتدليس والإكراه ، والاستغلال .

(١) أن عيوب الرضى إنما هي شوائب تشوب إرادة العاقد عند تكوين العقد . أما إذا وجد رضاه سليماً عند التعاقد ، فما يطرأ عليه بعد ذلك من مؤثرات ومغيرات لا يعتبر من قبيل عيوب الرضى ولو كان مما يسوغ له فسخ العقد .

(٢) إن تلك العوامل التي تعيب رضى العاقد منها ما يكون من فعل غيره (العاقد الآخر أو سواه) كالتدليس والإكراه ، ومنها ما يقع فيه من تلقاء نفسه وهو الغلط . وسنلخص فيما يلي ما يتعلق بعيوب الرضى الأربعة من أحكام في أربعة مباحث :

المبحث الأول

الغلط

٨٥ — تعريف الغلط وشأنه في النظر القانوني :

الغلط هو توهم يصور للعاقد غير الواقع واقعا ويحملة على التعاقد . ونظرية الغلط في إنشاء العقد نظرية أساسية في الفقه القانوني ، وشأنها هذا في ازدياد مع الاتجاهات القانونية الحديثة ، بعكس نظرية التدليس التي تضائل شأنها في الفقه القانوني الحديث ، كما سنرى في موضعه من بحث التدليس . والغلط يمكن أن يقع في جميع النواحي المتعلقة بالعقد من ركنه وطرفيه ومحله ، وغير ذلك من العوامل الدافعة إلى إنشاء العقد كالقيمة والباعث والحكم القانوني .

وهذه النواحي التي يمكن أن يقع فيها الغلط يتفاوت شأنها ودرجة اعتبارها . ومن ثم وجدت حول الغلط نظريتان قانونيتان قديمة وحديثة ، تختلفان في تأثير الغلط ومدى تأثيره في العقد بحسب الناحية التي يقع فيها .

وأيضاً حلاً للموضوع وتبسيطاً له نرتبه كما يلي :

- (١) تمييز أنواع الغلط بحسب النواحي التي يقع فيها .
- (٢) موقف النظريتين القديمة والحديثة من هذه الأنواع .
- (٣) موقف القانون المدني السوري وأصله المصري منها ، والمعيار الذي أخذ به في الغلط .

١ — التمييز بين أنواع الغلط بحسب الناحية التي يقع فيها :

٨٦ — إن النواحي العقدية التي يمكن أن يقع فيها الغلط هي كثيرة كما أشرنا إليه ، وأنواع الغلط التي كشف عنها الفقه القانوني إجمالاً ، وميز بينها بحسب تلك النواحي التي يمكن وقوع الغلط فيها ، هي الأنواع الآتية عشر التالية نسوقها بالترتيب :

(١) الغلط في ماهية العقد .

وذلك كما لو أعطى شخص لآخر مبالغاً من النقود يريد به القرض ، واعتقد الآخر أن المبلغ معطى على سبيل الهبة .
ويحصل هذا في الكتب العلمية كثيراً ، فقد يعطى صديق صديقه كتاباً ليطلعه على سبيل العارية ويعتقد الآخذ أنه هدية .

(٢) الغلط في عين المحل المعقود عليه .

وذلك كما لو باع شخص لآخر أحد فرسين يملكهما ، واعتقد المشتري أنه إنما يشتري الأخرى .

(٣) الغلط في سبب الالتزام .

وذلك كما لو تصالح الوارث مع الموصي له عن الوصية ، على مبلغ من المال ثم تبين أن الوصية ملغاة بوصية لاحقة .

(٤) الغلط في نقل الإرادة إذا حرفها الرسول الناقل .

(٥) الغلط المادى . وهو الذى لا يكون غلطاً في التصور والتفكير ، بل ذهولاً في التعبير .

وذلك كالغلط في ضبط الاسم أو جمع الحساب ، ونحو ذلك مما يسمى في العرف : سبق قلم أو سبق لسان .

(٦) الغلط في صفة **جهريته** للشيء .

وذلك كمن اشترى كتاباً يظن ورقه من نوع مخصوص فظهر بخلافه .

(٧) الغلط في شخص العاقد أو صفته إذا لم تكن شخصيته أو صفته

هى محل الاعتبار في التعاقد .

وذلك كمن باع شيئاً من شخص يظنه فلاناً وهو غيره ، أو باعه لظنه طبيباً وهو مهندس ، ويستوى عند البائع أن يبيع منه أو من غيره .

(٨) الغلط في صفة **جهريته** للشيء .

وذلك كما لو اشترى شخص ساعة يظنها من ذهب أو أنها أثرية ، ثم تبين أنها مذهبة تذهيباً ، أو أنها غير أثرية .

(٩) الغلط في شخص **العاقد أو صفته** إذا كانت شخصيته أو صفته **هى محل الاعتبار في التعاقد .**

وهذا أغلب ما يكون في التبرعات . كما لو وهب شخص شيئاً لآخر يظنه خلافاً فإذا هو سواه ، وفي عقود الأعمال التي تحتاج إلى خبرة فنية ، كما لو تعاقد مع شخص ليشرّف له على بناء ، وهو يظنه مهندساً يحمل شهادة ثم تبين أنه ليس بمهندس .

وقد يقع في غير ذلك من العقود كما لو أجر شخص منزله لامرأة يظنها شريفة ثم تبين أنها فاسدة السلوك .

١٠ - الغلط في قيمة محل التزام .

وذلك كمن باع أو اشترى قطعة أثربة بمبلغ على ظن أنه قيمتها الحقيقية ، ثم تبين أنها تساوى أكثر منه بأضعاف كثيرة .

١١ - الغلط في الباعث على التعاقد .

كما لو اشترى سيارة لاعتقاده أن سيارته تحطمت في حادثة ، ثم اتضح أنها سليمة ، أو أجر موظف منزله لما بلغه أنه نقل إلى بلد آخر ثم تبين أنه لم ينقل .

١٢ - الغلط في الحكم القانوني .

كما لو خارجت زوجة عن نصيبها الإرثي على ظن أنه الثمن ثم تبين لها أن نصيبها الربع .

وكما لو راجع رجل مطلقة بعد انقضاء عدتها ووهبها شيئاً وهو جاهل أن الطلاق الرجعي يصبح بائناً بانقضاء العدة فلا يقبل الرجعة . فبهته هذه تكون مبنية على غلط في القانون .

تلك هي اثنا عشر لونا نوعيا من ألوان الغلط في العقد ، قدمناها بين يدي البحث لتكون مادة أولية تساعد على فهم مرتب وتلخيص واضح .

والنوع الأخير الثاني عشر يقال له : غلط في القانون . وما سواه من الأنواع الأخرى كلها يقال لها : غلط في الواقع ، نظراً لأن النواحي التي يتعلق بها الغلط كلها من قبيل الوقائع .

٢ - موقف النظريتين القديمة والحديثة من هذه الأنواع

٨٧ - فأما الأنواع الأربعة الأولى (وهي الغلط بماهية العقد، وفي عين المحل، وفي سبب الالتزام، وفي نقل الإرادة) فهي خارجة عن موضوع عيوب الرضى الذى نحن بصدده باتفاق الأنظار القانونية قديمها وحديثها. ذلك لأن هذه الأنواع الأربعة، من الغلط تنفى الرضى من أساسه ولا تعيبه عيباً فقط. فهي إذا وجد أحدها فى العقد منع انعقاده لا تنقاه ركنه.

ولذلك يسمى كل من هذه الأنواع الأربعة الغلط المانع (erreur-obstacle) لأنه يمنع الانعقاد. وعيوب الرضى إنما تكون فى عقد منعقد متوافر الركن وشرائط الانعقاد. لأن الشئ المعيب موجود.

فعندما يبحث عن الغلط فى العقود كعيب من عيوب الرضى. إنما يراد به ما سوى هذا الغلط المانع من سائر الأنواع التى تقع عند تكوين العقد لكنها لا تنفى الإرادة من أصلها، ولا تمنع من تطابق الإرادتين (١)، وهى الأنواع الثمانية الباقية. فهذه هى التى ينحصر فيها بحث الغلط المعداد من عيوب الرضى.

هذه الأنواع الثمانية الباقية تصنف إلى ثلاث زمر بالترتيب الذى سردناها به.

٨٨ - (١) فالزمرة الأولى لا تعيب الإرادة أصلاً، ولا تأثيرها فى العقد باتفاق الأنظار القانونية قديمها وحديثها (٢). وهذه هى الأنواع الثلاثة التى نتولع لطل المانع، وهى النوع الخامس (الغلط المادى)، والسادس (الغلط فى صفة غير جوهرية)، والسابع (الغلط فى الشخص الذى ليس هو محل الاعتبار).

(١) ر: الوسيط، ف/ ١٦٥

(٢) وهذا بعكس الغلط المانع الذى يمنع الانعقاد أصلاً واستبعدناه من موضوع بحث عيوب الرضى.

فالعقد هنا صحيح مع هذه الأنواع من الغلط كأنما هو بلا غلط . لكن في الغلط المادى يصحح الغلط تصحيحاً ، ويمضى العقد على الأساس الصحيح وهذا أيضاً باتفاق الأنظار القانونية في الغلط قديماً وحديثاً .

٨٩ - (ب) **والزمرة الثانية** تعيب الإرادة باتفاق الأنظار القانونية قديماً وحديثاً ، وتؤثر في العقد رغم انعقاده وترتب جميع آثاره عليه تأثيراً يجعله قابلاً للإبطال بطلب من وقع في هذا الغلط .

وهذه الزمرة هي النوعان اللذان يتلوان في ترتيبنا الزمرة الأولى ، وهما

الثامن (أى الغلط في صفة جوهرية للشيء) ، **والتاسع** (أى الغلط في شخص العاقد إذا كانت شخصيته هي محل الاعتبار)

فهذان النوعان من الغلط هما الميدان المتفق عليه لتطبيق نظرية عيوب الرضى في الغلط ، تطبيقاً إيجابياً تثبت فيه النتيجة القانونية لعيب الإرادة وهي صيرورة العقد قابلاً للإبطال .

وبذلك يتضح أن هذه الزمرة من أنواع الغلط هي حد وسط بين الغلط المانع الخارج عن موضوع عيوب الرضى والغلط غير المؤثر الذى يؤلف الزمرة الأولى الآتفة الذكر : فإن هذه الزمرة الثانية ينعقد معها العقد ويكون صحيحاً منتجاً لجميع آثاره بين العاقدين (خلافاً لحكم الغلط المانع الذى لا ينعقد معه العقد) . ولكن العقد المانع مع ذلك الغلط من الزمرة الثانية قابل للإبطال لمصلحة الغايط وبطلبه فقط (خلافاً للغلط من الزمرة الأولى الذى ليس له في العقد أى تأثير) .

٩٠ - (ج) **والزمرة الثالثة** وهي الأنواع الثلاثة الأخيرة ، أعني

العاشر (الغلط في القيمة) ، **والحادي عشر** (الغلط في الباعث) **والثاني عشر** (الغلط في القانون) هي محل اختلاف بين النظر بين القديم والحديث في حكم الغلط .

النظرية القديمة في الغلط :

فالنظرية القديمة ، وتسمى النظرية التقليدية، يرى أصحابها أن هذه الزمرة الثالثة من الغلط هي كالزمرة الأولى منه، لا تعيب الإرادة ولا تؤثر في العقد شيئاً، لأن الغلط في القيمة — كما لو اشترى شخص شيئاً بثمن معين ثم انضح أنه لا يساويه — إنما هو في الواقع غبن مجرد ، والغبن ليس مطعناً في العقد إلا في مواطن استثنائية يعينها القانون بالنص (١). لأن القانون لا يحرص على إقامة توازن اقتصادي بين العاقدين ، فهذا متروك إلى يقظة كل منهما وحرصه على مصلحته ، وإنما يحرص القانون على إقامة تكافؤ قانوني بين العاقدين ، بأن يكون كل منهما كامل الأهلية. حبر الإرادة وقت التعاقد. (١) وكذا الغلط في الباعث على التعاقد كما لو ظن شخص أن سيارته تحطمت في حادثة فاشترى غيرها ثم تبين أنها سليمة ، فإن الباعث هنا أمر خارج عن منطقة الإرادة عندما تعمل عملها في تكوين العقد ، فلا يقام له وزن . وكذلك الغلط في القانون ، فإنه جهل بحكمه ، والجهل بالقانون ليس عذراً ، وهو كذلك أمر خارجي عن العقد أشبهه بالباعث .

فلو اعتبرت هذه الزمرة من أنواع الغلط مؤثرة في العقد ، لتوسعت دائرة الإبطال كثيراً بما يؤدي إلى اضطراب المعاملات وتعرضها للنقض وقلة الاستقرار وعدم اطمئنان العاقد إلى نتيجة عقده .

هذا نظر أصحاب النظرية القديمة التقليدية . وهو كما ترى يقوم على تصنيف ومعيار ماديين في الغلط ، لا ينظر فيه إلى العوامل الفكرية والنفسية المنبئة عن الغلط والمؤثرة في الإرادة العقدية بقدر ما ينظر فيه إلى المواقع المادية التي يقع فيها الغلط .

(١) كالقبن في بيع عقار الفاسر إذا توافرت فيه شرائط قانونية معينة .

(٢) ر : محاضرات الأستاذ ودع فرج في الالتزامات بجامعة فؤاد الأول لعام

/ ١٩٤٨ - ١٩٤٩ / ص ١٦ - ١٧ / وعقد البيع في القانون المدني السوري للمؤلف ف / ٣١ .

٢ - وأن يكون المتعاقد الآخر واقعاً أيضاً في الغلط نفسه ، أو على علم بغلط رفيقه ، أو من السهل عليه أن يتبينه .

ثم فسرت المادة / ١٢٢ / في الفقرة الأولى منها الغلط الجوهرى بأنه هو الغلط الذى يكون بالنسبة لمن وقع فيه جسيماً . وفسرت جسامه الغلط بما لو كان الطرف الغالط لا يقدم على التعاقد لو لم يقع في هذا الغلط . ثم خصصت الفقرة الثانية منها بالذكر نواحي وحالات على سبيل المثال لا الحصر . أعتبرت الغلط فيها جوهرى بالمعنى المقصود في القانون . وهذه الحالات هي :

(أ) إذا وقع الغلط في **صفة للشيء**، جوهرية في نظر العاقلين ، أو كانت الظروف المحيطة بالعقد وقاعدة حسن النية المفروضة فيه تدل على أن تلك الصفة جوهرية في نظرهما .

وذلك كما لو اشترى شخص قطعة من تاجر مختص بتجارة الأشياء الأثرية ، وهو أى المشتري ، يعتقد أنها قطعة أثرية ، ثم تبين خلافه . فظروف العقد هنا — وهى كون الشراء من تاجر يتجر بالأثرىات — تدل على أن الصفة الأثرية هى الدافع إلى شراء القطعة ، ولولاها لما أقدم المشتري على الشراء . كما تدل في الوقت نفسه على أن البائع إما معتقد كرفيقه بأن القطعة أثرية (فيكون الغلط عندئذ **مستترا**) وإما أنه عالم بكونها غير أثرية ، وأن رفيقه غلط في توهمها أثرية (فيكون عندئذ سىء النية) .

(ب) إذا وقع الغلط في ذات الشخص المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت ذاته أو صفته تلك هى السبب الرئيسى في التعاقد ، أى كانت هى محل الاعتبار في نظر الغالط كمن تعاقد مع شخص يظنه رساماً أو مهندساً ثم يتبين خلافه .

ر : النوع التاسع من أنواع الغلط السالفة البيان ف / ٨٦)

٩٣ - وبذلك يكون القانون السوري كما ذكرنا قد أقر اعتبار الغلط في الواقع عيباً في الإرادة مسوغاً لإبطال العقد في أي ناحية وقع بشرط أن تكون هذه الناحية جوهرية بالمعيار الشخصي المذكور ، دون تقييده بنواح نوعية معينة كما عليه المعيار المادى الذى تتبناه النظرية القديمة . فهو شامل للغلط في القيمة وفي الباعث متى كان الغلط جوهرياً بمعنى أنه لولاه لما أقدم الغالط على التعاقد . واشترط القانون فوق ذلك ، حرصاً على استقرار المعاملات أن يكون الغلط مشتركاً أو يكون الطرف غير الغالط سيئ النية .

٩٤ - أما الغلط في الحكم القانونى فقد خصه القانون السوري بالذكر في المادة / ١٢٣ / فقد نصت هذه المادة على أن الغلط في القانون أيضاً يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا توافرت فيه شرائط الغلط في الواقع الآتية الذكر سوى ما تقتضى الأحكام القانونية باستثنائه من هذا المبدأ . وهذا الاستثناء ، كما في عقد الصلح حيث تصرح المادة / ٥٢٤ / بأنه :

« لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون ،

وذلك لأن عقد الصلح موضوعه وغايته حسم النزاع ، وهو يقوم على أساس تنازل كل من المتصالحين عن جانب من الحق الذى يزعمه . والصلح عادة يكون بعد نزاع يدرس فيه كل من الطرفين مامعه وما عليه من نصوص القانون ثم يصالح على بصيرة . فليس من المصلحة فسخ المجال فيه لادعاء الغلط في القانون وإعادة النزاع (ر : « التقنين المدنى الجديد » ، للعطيفى ، وللدكتور محمد على عرفة تحت المادة / ٥٥٦) .

ثم قضت المادة / ١٢٤ / من القانون السوري بأن « مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم (وهو ما يسمى : الغلط المادى كما تقدم) لا يؤثر في صحة العقد وإنما يقتضى تصحيح الغلط فقط » . وهذا كما سبق بيانه حكم متفق عليه بين أصحاب النظريتين القديمة والحديثة .

نظرية الغلط حماية للإرادة وليست سنداً للتعسف

٩٥ — وقد أتى القانون المدني بحكم أراد به أن يخفف من وطأة الطابع الشخصي في معيار الغلط ، وأن يحول دون إستغلال الغلط حقه في إبطال العقد استغلالاً يتنافى مع حسن النية ويدخل في حدود التعسف . فنصت المادة / ١٢٥ / على أن من وقع في الغلط يكون ملزماً بالعقد إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالصورة التي كان الغلط يتصورها ويقصد إليها . وعلى هذا إذا غلط بائع أو مشتري في القيمة فأظهر الطرف الآخر استعداده لتعديل القيمة بالقدر الذي وقع فيه الغلط ، فليس للغالط أن يظل متمسكاً بطلب إبطال العقد ، بل يصبح ملزماً .

وكذا إذا باع شخص سنداً وكان يجهل أن السند قد ربح جائزة كبيرة ، فرضى المشتري أن ينزل له عن هذه الجائزة ، فإن البائع يصبح ملزماً وليس له أن يظل متمسكاً بإبطال العقد .

ذلك لأنه لا يجوز لمن له حق في طلب إبطال العقد للغلط أن يبقى متمسكاً به بعد زوال علة إعطائه هذا الحق ، وحصوله على ما كان يبتغيه ، وإلا كان متعسفاً قاصداً أن يسيء استعمال حقه ، ويستغله لغير الوجه الذي شرع له .

المبحث الثاني

التدليس : Le dol

٩٦ - تعريف ونطاقه :

التدليس في الاصطلاح القانوني هو :

خبرية توقع الشخص في وهم يدفعه الى التعاقد

وذلك كما لو أوهم البائع مريد الشراء أن الشيء الذي يستامه سيفقد من الأسواق حتى حمّله على المبادرة إلى شرائه بما يطلبه البائع فيه من ثمن . وكما لو أوهم البائع للسيارة ببعض الوسائل من يفكر بشرائها ، أن استهلاكها للبازين قليل بالنسبة إلى المعتاد ، وكان في الواقع كثيرا لو علمه المشتري قبل العقد لما اشتراها .

فكل أسلوب يلجأ إليه شخص لتضليل آخر وإيهامه وهما يحمله على إبرام عقد لولا هذا التضليل والإيهام لما أقدم عليه هو تدليس بالمعنى القانوني ، ولو كانت وسيلة هذا التضليل مجرد سكوت من التعاقد المدلس عن أمور يعلمها ويقضى حسن النية ببيانها بحيث يكون كتمانها هو الذي ساق المتعاقد الآخر إلى التعاقد الواقع .

فيدخل في التدليس كتمان عيب في المبيع لو علمه المشتري لما اشترى (١)

(١) وعلى هذا إذا دلس البائع عيب المبيع تدليسا بأن كان يعلمه فكتمه وأوهم المشتري أنه سليم حتى اشتراه ، يكون أمام المشتري قانونا طريقان : طريق إبطال العقد وهو الجزء المقرر قانونا للتدليس ، وطريق تضمين البائع ضمان العيب مع الاحتفاظ بالعقد ، وهو موجب ظهور العيب القديم في المبيع ولو لم يكن مدلسا تدليسا كما هو مقرر في فصل البيع . والنتيجة المالية قد تتقارب لأن إبطال العقد للتدليس يخضع معه المدلس للتعويض أيضا . ولكن الفرق بين الطريقتين أن التعويض في التدليس يستند إلى المسؤولية التقصيرية . وضمان العيب إلى المسؤولية العقدية .

ولكن التدليس لا ينحصر في كتمان العيب بل هو أعم وأوسع نطاقاً .

والقانون اللبناني (قانون الموجبات والعقود) يستعمل لفظ « الخداع » بدلا من التدليس الذي اصطلح عليه القانونيون العرب في مصر ترجمة لكلمة *doi* في القانون الفرنسي (١)

٩٧ - التمييز بين التدليس والغش :

ويميز علماء القانون بين التدليس بمعناه المشروح الذي يعتبر من عيوب الرضى وبين الغش *fraude* .

(١) ونرى أن لفظ « الخداع » في هذا المقام — كما اختاره القانون اللبناني — أصبح دلالة على المفهوم القانوني المقصود من لفظ « التدليس » . لأن التدليس لغة وفي اصطلاح الفقه الإسلامي إنما يدل مباشرة على كتمان وإخفاء لا على تضليل وإيهام . وإن كان التضليل نتيجة لازمة للإخفاء في بعض الأمور .

وأول استعمال اصطلاحى للفظ « التدليس » إنما وجد عند علماء الحديث النبوي في علم أصول الحديث . فالتدليس عندهم أن يسقط الراوى واسطة من سند الحديث الذى يرويه . فيسند به إلى من فوقها . وهو من أسباب ضعف الحديث . أما في الاصطلاح الفقهى فالتدليس عند المالكية كتمان البائع عيب المبيع وهو عالم به .

لكن المقصود به في المفهوم القانوني إنما هو تضليل وإيهام للمتعاقد لا يختص بحالات الكتمان ، بل الأصل فيه استعمال وسائل إيجابية احتمالية لإيقاع المتعاقد في التوهم الذى يحمله على إبرام العقد . ولفظ الخداع أقرب دلالة على هذا المعنى من لفظ التدليس .

وأفضل من اللفظين في رأينا لفظ آخر ورد في الحديث النبوي مراداً به هذا المعنى القانوني تماماً وهو لفظ « الخلابة » (بكسر الخاء) فقد ورد في الحديث الصحيح أن أحد الصحابة ، وهو حبان بن منتذ شك إلى النبي عليه السلام كثرة غبن الناس له في المعاملات . فأرشده النبي إلى اشتراط الخيار وقال له : « إذا اشتريت قل لا خلابة ولئى الخيار ثلاثة أيام » .

لفظ « الخلابة » هذا خير في هذا الموضوع من لفظ « الخداع » أيضاً لأن الخداع يشعر بممارسة وسائل الخديعة ولا يشعر بتأثيرها في التعاقد . أما الخلابة فتشعر بالتأثير وهو المقصود في موضوع عيب الإرادة . إذ يقال في الفعل : « خلبه خلباً » بمعنى أوهمه وأثر في نفسه . ومنه البرق الخلب (وزان سكر) وهو الذى يؤهم أن وراءه معطراً وليس كذلك بخلاف خادعه خداعاً فإنه لا يفيد وقوع الانخداع .

فالتدليس كما رأينا هو الخديعة أو الخلافة التي تصاحب تكوين العقد وتدفع إلى التعاقد . أما الغش فهو الخديعة التي تقع في تنفيذ العقد بعد تمام انعقاده ، أو تقع في موضوع آخر خارج نطاق التعاقد .

وذلك كما لو استعمل البائع مثلاً وسائل احتيالية بعد العقد أو هم بها المشتري ، أن البضاعة التي يريد تسليمه إياها هي من الصنف والدرجة الميدين في العقد ، كما لو أراه بيانات وقوائم عائدة لغيرها وأوهمه أنها عائدة لها ، فاستلمها المشتري ورضى بها ثم تبين أنها من درجة أردأ . فهذا غش وقع في تنفيذ العقد وليس تدليساً وقع في تكوين العقد .

فالغش بهذا الاعتبار حادثة منفصلة واقعة خارج نطاق التعاقد ، فلا تؤثر في أصل العقد بل تأخذ حكمها مستقلاً في النطاق الذي وقعت فيه .

٩٨ - عناصر التدليس :

يتضح مما سبق بيانه أن التدليس بالمعنى القانوني المشروح لا يتحقق مفهومه إلا إذا توافر فيه عنصران : أحدهما مادي ، والآخر معنوي .

٩٩ - العنصر المادي :

فالعنصر المادي هو استخدام وسيلة من وسائل الخلب والإيهام كعرض رسائل غير صحيحة ، أو مخططات «خرائط» تخالف حدودها ومساحاتها الحقيقية في بيع الأراضي والمباني ، أو استشهاد شهود زور .

ومن هذا القبيل الكذب في واقعة معينة ذات تأثير في نظر المتعاقدين الآخر ، كما لو أعطى طالب التأمين بيانات كاذبة لشركة التأمين يخفي بها أخطاراً يتعرض لها وتزيد في تبعات الشركة .

لكن الكذب المعروف بين الناس أنه من أساليب الترويج كالكذب الدارج بين الباعة في أوصاف المبيع العامة ومزاياه وأفضليته ونحو ذلك ،

فإنه لا يكفي لتحقيق التدليس ، إذ المفروض أن المتعاقد يدرك هذه الأساليب الدارجة ، ويستطيع الحذر منها (١) .

أما السكتان فإنه مبدئياً لا يعتبر عنصراً مادياً كافياً في التدليس ، لأن المتعاقد ليس من الوجهة النظرية مكلفاً ببيان جميع ما يحيط بالعقد والمعقود عليه من معلومات ، لما في ذلك من حرج .

ولكن إذا تعلق السكتان بناحية يوجب القانون أو طبيعة العقد بيانها ولا يسهل على المتعاقد معرفتها من طريق آخر ، كما في عقد التأمين إذا كتم المؤمن أموراً ذات تأثير في نظر شركة التأمين . وكذا لو كانت تحيط بالعقد ملابسات تجعل من المفترض فيه انتفاء الأمر المكتوم ، كما لو باع شخص عقاراً وكتم عن المشتري أنه قد شرع في معاملة نزع ملكيته لمنفعة عامة . أو صالح الوارث مدين التركة المعسر على ترك جزء من الدين ، وكان في مقابل الدين رهن ضامن لأدائه كتم المدين خبره عن الوارث . وهذا ما تفيد به المادة ١٢٦ من القانون إذ تعتبر فقرتها الثانية من التدليس سكوت المتعاقد عمداً عن واقعة أو ملابسة ما كان الطرف الآخر ليبرم العقد لو علم بها .

١٠٠ — العنصر المعنوي :

وأما العنصر المعنوي الذي يجب وجوده ليتحقق معنى التدليس القانوني فهو أن يكون ذلك العنصر المادى الذى لجأ إليه أحد المتعاقدين هو الدافع بالمتعاقدين الآخر إلى إبرام العقد بصورته الواقعة . وهذا قد أصبح مفهوماً من الأمثلة السالفة البيان .

(١) في الفقه الإسلامى هذا النوع من السكذب الدارج الترويحى يسمى : تغريراً . فإذا اقترن بغبن في القبة كان من اجتماعهما (أى الغبن مع التغريير) عيب في الإرادة كاف لمنح المعاقدين حقاً في إبطال العقد يسمى : خيار الغبن مع التغريير . (ر : المجلة ٣٥٦ — ٣٥٧ ومرشد الحيران ٤٣٨)

وبذلك يتضح أن العنصرين المادى والمعنوى موزعان على العاقدين :
فالمادى يوجد من الطرف المدلس ، والمعنوى يوجد لدى المدلس عليه (١)
فإذا تحقق التدليس فى العقد بتوافر عنصريه هذين المادى والمعنوى ، عاب
الإرادة وسوغ للمدلس عليه طلب إبطال العقد إذا توافرت فيه
الشروط التالية :

١٠١ - شروط التدليس :

يشترط فى التدليس ليكون عيباً فى الإرادة مسوغاً لإبطال العقد شرطتان

١٠٢ - الشريطة الأولى :

يشترط أولاً أن يكون التدليس واقعاً من العاقد أو نائبه . فإذا صدر
من أجنبي عن العقد لا يكون التدليس مسوغاً لإبطال العقد (٢) حرصاً على
استقرار المعاملات إذ ليس العاقد مسؤولاً عن عمل غيره ، إلا إذا كان المتعاقد
المستفيد من تدليس غيره عالماً بهذا التدليس أو مفترضاً حتماً أنه عالم به .
(قم / ١٢٧) .

ومن أمثلة افتراض علم العاقد بتدليس غيره ما لو قام ترجمان أو دليل
بتضليل سائح مثلاً وإيهامه حتى حمّله على شراء شئ من أحد تجار العاديات
الأثرية ، شيئاً تافهاً ضئيل القيمة بشمن باهظ لا يدفع عادة إلا على أساس
أن الشئ من الأثرىات النادرة الثمينة . ففي مثل هذه الحال يفرض أن التاجر

(١) هذا ما نرى أنه هو التحليل السديد لعنصرى التدليس . وبعض الفراح
يصورون العنصر المعنوى فى صورة أخرى ، فيقولون إنه هو نية التضليل للوصول إلى
غرض غير مشروع .

ونحن نرى أن نية التضليل هى لازم لا يتفك عن العنصر المادى الذى قوامه الخيلة الخادعة .
أما الغرض غير المشروع فهو من الشروط لا من العناصر وعلى هذا جرينا فى ترتيب
الموضوع وعرضه .

(٢) وإنما للمدلس عليه أن يلاحق الأجنبي المدلس بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية
فى العمل غير المشروع .

المذكور بسبب خبرته يدرك حتماً أن الترجمان أو الدليل قد ضلل السامع ودلس عليه ، ليستفيد من مبلغ العمولة مثلاً .

١٠٣ - الشريطة الثانية :

ويشترط ثانياً أن يكون غرض الطرف المدلس غير مشروع ، وذلك كما في الأمثلة المتقدمة . فلو كان غرضه مشروعاً لا يكون التدليس عندئذ عيباً في الإرادة مسوغاً لإبطال العقد . وذلك كما لو لجأ الدائن إلى طرق احتيالية حتى أخذ من المدين الذي تبين له أنه غير أمين رهناً بالدين (١)

وكذا لو لجأ الموعد بعقد وعداً قانونياً صحيحاً ، إلى وسائل احتيالية حمل بها الواعد الماطل على إبرام العقد الموعد به .

فالتدليس هنا لم يكن إلا وسيلة لعقد يصون حقاً ثابتاً أو يوصل إليه . وهذا العقد في حدوده هذه غرض مشروع ، فلا يكون هذا التدليس عيباً فيه . وهذه الشريطة الثانية لم يرد عليها نص في القانون ، ولكن قواعد العامة وكذا المادة ١٢٦ منه قد توحى بها إجماعاً ، والفقهاء القانونيون والشروح تقررهما .

١٠٤ - النسبة بين نظريتي الغلط والتدليس وهل تنفي الأولى

عن الثانية

رأينا في تعريف التدليس وتعريف الغلط أن التعاقد فيهما واقع في توهم يحمله على التعاقد ولو لا هذا الوهم لما أقدم على إبرام العقد .

(١) جاء في الوسيط تعليقاً للغرض المشروع في التدليس بما لو استعمل المودع وسائل احتيالية حتى أخذ من المودع إقراراً بالوديعة «الوسيط» ف | ١٨١ | ص ٣٢٥ ونابغه في ذلك الأستاذ الفاضل الدكتور حشمة أبو ستيت في كتابه الجديد في الالتزامات (ف | ١٧٣ | ص | ١٦٢) ونحن مع تسليمنا بالفكرة لا نجد المثال في محله ، لأن موضوع البحث إنما هو في تدليس واقع في عقد . والإقرار ليس بعقد .

فالوهم هو الأثر الدافع في كل من الغلط والتدليس على السواء . وإنما الفرق بين الغلط والتدليس أن هذا الوهم الحاصل في الغلط المجرد إنما يقع فيه العاقد من تلتواء نفسه فهو غلط تلقائي . أما في التدليس فإن هذا الوهم يقع فيه العاقد بفعل المدلس كنتيجة للأساليب الاحتمالية التي اتخذها عمداً لتضليل المتعاقد ودفعه إلى التعاقد . أي إن التدليس تغليب مربر من شخص آخر غير الغالط . والنسبة بين الغلط والتغليب هي النسبة التي تكون بين الوقوع والابقاع في التدليس فعل ضار أورث الغلط .

ولذا كان من المقرر في الفقه القانوني أن إبطال العقد في الغلط المجرد بطلب من الغالط لا يوجب على الطرف الآخر تعويضاً لأنه ليس هناك شخص مسئول تجاه الغالط عن غلظه التلقائي . أما إبطال العقد للتدليس فإنه يوجب للمدلس عليه حقاً على المدلس في التعويض عن ضرره يستند إلى قواعد المسؤولية التقصيرية التي تتوجه على مرتكب الفعل الضار .

١٠٥ — يتضح من هذه الموازنة أن كل تدليس من شخص يورث غلطاً لدى المدلس عليه . فالغلط دائرة عامة ، والتدليس حالة خاصة تقع في نطاقها .

وبهذا الاعتبار تكون نظرية الغلط في القانون مغنية عن نظرية التدليس ، ومن ثم كانت نظرية الغلط في الفقه القانوني تسير إلى اتساع ، ونظرية التدليس إلى ضيق وتلاش . فكان أن سادت النظرية الحديثة في الغلط فجعل الغلط في الباعث وفي القيمة من أسباب إبطال العقد بشرائطه السالفة البيان ، وتبنتها التقنيات الحديثة ومنها قانوننا السوري وأصله المصري الجديد . وأما التدليس فقد أهمل ذكره بتاتا في بعض التقنيات الحديثة كما في القانونين البرتغالي والنمساوي ، اكتفاء بنظرية الغلط .

والواقع أن كل حالة يمكن إبطال العقد فيها للتدليس يمكن إبطالها فيها للغلط

في ظل النظرية الحديثة التي تجعل الغلط في الباعث أو القيمة أو القانون كالغلط فيما سواها ، لأن الناحية الجوهرية التي تشترط في الغلط أصبح معيارها شخصيا في القانون السوري وفقاً للنظرية الحديثة ، لا موضوعيا كما هو في النظرية القديمة .

أما النظرية القديمة في الغلط فإنها لا تغني عن نظرية التدليس ، لأن العقد في ظل تلك النظرية القديمة كان يمكن إبطاله للتدليس في حالات لا يمكن إبطاله فيها للغلط ، كما لو كان الغلط في الباعث أو في القيمة أو في القانون ناشئاً عن تدليس وخلا من أحد العاقلين للآخر ، فإنه لم يكن من الممكن إبطال العقد في هذه الحالة للغلط ولكن يمكن إبطاله للتدليس . فنظرية التدليس كان من اللازم أن توجد إلى جانب نظرية الغلط كتمثيل لها في القوانين التي تأخذ في الغلط بنظريته القديمة وقواعدها . أما في القانون السوري وأصله المصري الجديد فلا حاجة إليها بعد أن تبيننا في أحكام الغلط قواعد النظرية الحديثة .

١٠٦ - بقي أن يقال إن إبطال العقد للتدليس يفسح مجالاً للتعويض على المدلس عليه عن ضرره الذي يثبت ، أما في الغلط التلقائي (أي المجرد عن التدليس) فلا مجال للتعويض كما أسلفنا بيانه . فهذا تكون نظرية الغلط غير مغنية عن نظرية التدليس ، بل يجب وجودهما معا في القانون .

والجواب أن التعويض في التدليس يستند إلى ما في التدليس من فعل ضار ، وهذا أمر مستقل يأخذ حكمه على حدة ولا يوجد في قواعد نظرية الغلط ما ينافيه . فإذا كان الغلط التلقائي لا يستلزم التعويض على الغالط إذا اختار إبطال العقد ، فذلك لأنه لا يوجد مسئول عن الغلط سوى الغالط نفسه . وليس معنى هذا أن التخليط لا يوجب تعويضا ، بل أن إيجاب التعويض فيه

يبقى مفهوما من قواعد المسؤولية التقصيرية فتمت انطبقت قواعدها على التغليب
أوجبت التعويض عند إبطال العقد . وعندئذ تتلاشى نظرية التدليس نهائيا
وينبت بدلا عنها عنوان التغليب في مباحث نظرية الغلط .

وهكذا كان ينبغي أن يستغنى قانوننا عن نظرية التدليس ، ولكنه أبقى
عليها رغم عدم فائدتها بعد أحكام الغلط التي تبناها ، رعاية للطريقة التقليدية
في بحث عيوب الرضى .

المبحث الثالث

الإكراه

١٠٧ - تعريف والأموال التي تشملها :

الإكراه في المفهوم القانوني هو ضغط من شخص على آخر بواسطة

مرهبة لمحمد على تنفيذ أمر ما .

والمراد هنا في نظرية العقد الإكراه على إبرام عقد .

والإكراه من أبرز عيوب الإرادة التي تجعل العقد قابلاً للإبطال . وقد يتبادر إلى الذهن أنه كان ينبغي أن يعتبر العقد معه غير منعقد لأن المكره بحسب الظاهر عديم الإرادة .

لكن الواقع خلاف ذلك فإن من يباشر عقداً بتأثير الإكراه إنما هو مرید لهذا العقد لأنه يباشر بنفسه ترجيحاً لأهون الشرين عندما يجد أن المخذور الذي سيقع فيه أن يباشر العقد هو أعظم ضرراً له من العقد . فهو مستعمل إرادته ، لكن هذه الإرادة فاسدة لأنها ليست حرة في مجال الاختيار بل هي إرادة مضغوطة بين شرين فرّت من الأشد إلى الأخف .

والحق الذي يسمه الإكراه بالضرر إنما هو حق خاص لمن وقع عليه الإكراه . وقواعد التشريع في صيانة الحقوق الخاصة المهضومة تقضي بأن يفتح باب الصيانة لأصحابها حتى إذا شاقوا ولجوه ، ولا تقضي بأن يلزموا بهذه الصيانة إلزاماً كما في الحقوق العامة . فلذا كان المنطق التشريعي يقضي بأن يعتبر العقد المكره عليه قابلاً للإبطال لا باطلاً ، لأن الإرادة معيبة لا معدومة ، في موضوع يمس حقاً خاصاً لا عاماً .

وهذه أيضاً وجهة نظر الفقه الإسلامي الذي يعتبر العقد الواقع بالإكراه منعقداً موقوفاً على إجازة عاقده بعد زوال الإكراه : فإن شاء أبطله وإن شاء أمضاه ، لأن المقصود صيانة حقه الخاص الذي كان الإكراه مظنة لضرره فيه . فقد يتبين لهذا العاقد بعد زوال الإكراه أن مصلحته في العقد الواقع فيبقى عليه .

(ر : المدخل الفقهي العام للمؤلف ، ف/١٨٥)

١٠٨ - تحليل التعريف :

والتعريف المذكور عام يشمل كل إكراه مؤثر في الإرادة مهما كان نوعه ووسيلته :

(أ) فمن حيث النوع يشمل الإكراه الحسي والإكراه النفسي .
والمراد بالحسي ما يحصل فيه إيقاع الأذى فعلاً على الشخص من ضرب أو تعذيب أو غيرهما ، حتى يستجيب ويعقد العقد المراد إكراهه عليه .
والمراد بالإكراه النفسي مجرد التهديد باستخدام الوسيلة وإيقاع الضرر المكروه في جسم الشخص أو ماله أو شرفه الخ .. وإن لم تستخدم فعلاً ، متى كان هذا التهديد كافياً لإحداث الرهبة في نفس المتعاقد ، وماتقيا في روعه أن الأمر المهدد به سيقع إن لم يستجيب .

(ب) ومن حيث الوسيلة يشمل التعريف الوسيلة المادية كالضرب والتعذيب والإتلاف ، كما يشمل الوسيلة المعنوية كالتهديد والتحقير .

(ج) ومن حيث الأشخاص يشمل التعريف ما لو كان الضرر المهدد به واقعاً على العاقد المهدد نفسه أو على شخص آخر يحرص هذا العاقد على إنقاذه من قريب أو صديق أو أجنبي لا فرق في ذلك .

(د) ومن حيث الوقت الذي يقع فيه الضرر المرهب يشمل التعريف الضرر العاجل الحالى ، والضرر الآجل المستقبل ، إذ أن المنظور إليه في

الإكراه هو أن تكون الإرادة قد تأثرت عند العقد بالرهبة التي ولدها الإكراه في نفس من وقع عليه .

هذه الحالات تعتبر إكراها كافياً لأن يعيب الإرادة ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال متى كان هذا الإكراه يختلف أنواعه ووسائله من شأنه أن يلقى الرهبة في روع الشخص . فالأساس المنظور إليه قانوناً في الإكراه وتأثيره هو أن يكون المتعاقد إنما أقدم على العقد تحت تأثير الرهبة التي ولدها الإكراه في نفسه من ضرر واقع يلجأ إلى العقد لدفعه . أو ضرر متوقع يلجأ إلى العقد لدفعه . فلا يشترط أن يكون الضرر آنياً ، بل يكفي أن يكون آنياً متى كان الشخص المكره يتوقعه ويرهبه .

١٠٩ - الرهبة وعملقتها بالمعيار القانوني في الإكراه :

يتضح مما تقدم أن الرهبة التي تدفع الشخص إلى التعاقد في حالة الإكراه هي التي تعيب الإرادة وتورث في العقد قابلية الإبطال .

وهذه الرهبة التي هي الأساس المنظور إليه تستلزم أن يكون الضرر الذي يرهب وقوعه ضرراً **جسماً محرفاً** بالشخص المكره . ذلك لأن الضرر التافه الخفيف لا يولد في النفس رهبة . كمن هدد آخر بإتلاف قطعة ورق عادية له مثلاً إن لم يبرم العقد المطلوب . فهذا لا يعتبر من الإكراه المقصود في شيء ولو أن إتلاف الورقة سيكون محققاً عند الرفض .

والفصل في أن الرهبة قد كان من شأنها أن تحمل الشخص المكره على العقد الواقع ، أو لم تكن كذلك هو من مسائل الموضوع التي يعود تقديرها لقاضي الأساس .

وإذا كانت الرهبة هي الأساس المنظور إليه في تأثير الإكراه في العقد ، وجب أن يكون معيار الإكراه شخصياً لا موضوعياً ، أي أن يكون التأثير المعبر قانوناً للإكراه تابعاً لحال الشخص الذي يقع عليه ولظروفه المحيطة

به وقت الإكراه ، لا أن يكون تابعا لنوع من الضرر دون آخر . حتى أن
جسامة الضرر ، وهي ناحية موضوعية ينظر إليها بهذا المعيار الشخصي . لأن
الضرر الجسمي بالنسبة إلى شخص أو في حال معينة قد يكون تافها بالنسبة
إلى غيره أو في حال أخرى .

وعلى هذا يراعى في تأثير الإكراه بنفس من وقع عليه فما يرهب المرأة
ربما لا يرهب الرجل وتراعى أيضا سنة فما يرهب الحدث ربما لا يرهب الكهل .
وتراعى أيضا حالته الاجتماعية والصحية . فما يرهب الشريف أو المريض ربما
لا يرهب الوضع أو الصحيح . وهكذا يراعى كل ظرف من شأنه أن يؤثر في
جسامة الإكراه .

ويجب أن تكون تلك الرهبة قائمة على أساس فإذا كانت توهم فلا عبرة
لها كالتهديد بأمر مستحيل ، وكتهديد شخص لمن له قضية في محكمة بأنه
سيجعل القاضى يقضى ضده . فهذا لا عبرة له لأن المفروض أن القانون
ودرجات القضاء حماية كافية ، وأن القاضى منفذ للقانون لا للرغائب
الشخصية ، وليس آلة في يد أحد من الأشخاص يسخرها كيف يشاء .

١١٠ - كل هذه النواحي التي أوضحناها حول الإكراه ودرجة تأثيره
في الإرادة ، وتعريفه والأحوال التي يشملها والرهبة والمعيار الشخصي الذي
تستلزمه ، هي مستفادة صراحة أو استنتاجا من نص المادة ١٢٨ من القانون
المدنى السورى . ونصها هو كما يلي :

١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت
سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت
قائمة على أساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف
الحال تصور للطرف الذى يدعى (١) أن خطراً جسيماً قد يهدده

(١) أى يدعى الرهبة فيزعم أنه إنما تعاقد تحت تأثيرها

هو أو غيره في النفس ، أو الجسم ، أو الشرف ، أو المال .

٣ - ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه ، وسنّته ، وحالته الاجتماعية والصحية ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه .

وبعد ما أسلفنا من بيان ، أصبحت هذه المادة واضحة دون حاجة إلى إيضاح

١١١ - الشرائط القانونية لحكم الإكراه :

رأينا أن الإكراه الذى يعيب الإرادة في نظر القانون يجعل العقد المعقود تحت سلطانه قابلاً للإبطال بطلب الطرف الذى وقع عليه الإكراه .
لكن هذا الحكم المقرر قانوناً للإكراه ، لا يثبت إلا بشريطين يوجبهما القانون .

١١٢ - الشريطة الأولى :

أن يكون الإكراه صادراً من أحد العاقدين للآخر أو يكون عالماً به ، فإذا لم يكن الإكراه صادراً من أحد العاقدين أو معلوماً لديه فإن هذا الإكراه رغم أنه قد عاب إرادة من وقع عليه - لا يسوغ إبطال العقد رعاية لحق الآخر ، وحرصاً على استقرار المعاملات ذلك لأن العاقد غير مسؤول عن فعل غيره ؛ وهو إنما تعاقد مع المكره بنية سليمة ، غير عالم بالإكراه الدافع له . وإبطال العقد فيه شيء من معنى الجزاء ، فلا يستحقه من ليس له صلة بالموجب . ولولا ذلك لفقد كل متعاقد ثقته بنتيجة عقده إذ كل عقد يحتمل أن يكون أحد عاقيه مكرهاً . ولضحية الإكراه طريق آخر لصيانة حقه غير إبطال العقد ، وهو الرجوع على الأجنبي الذى أكرهه على العقد بالتعويض عما أصابه من ضرر ، وفقاً لقاعدة المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار .
أما إذا كان العاقد غير المكره عالماً بالإكراه الواقع على المتعاقد الآخر فهنا يتبدل وجه القضية ، كما هو ظاهر ، ويأخذ الإكراه حكمه ، فيكون سبباً مسوغاً حق الإبطال .

والعلم المشروط يكفي في هذه الحال أن يكون مقدراً تقديراً حتمياً ، ولا يجب أن يثبت تحققه بصورة مباشرة . فإذا كان الطرف الذي تم فيه التعاقد يحوى من الدلائل ما يجزم معه حتماً بأن المتعاقد الآخر على علم بالإكراه الواقع على رفقته كان ذلك كافياً في ثبوت العلم . وهذا ما عبر عنه القانون بقوله في المادة / ١٢٩ :

مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه (١)

(١) يلحظ في هذا المقام أن القانون في بحث الغلط الواقع من أحد العقدتين دون الآخر اشترط لإبطال العقد أن يكون العاقد الآخر على علم بغلط رفقته ، أو يكون من السهل عليه أن يتبينه ، أما في التدليس وفي الإكراه الواقعتين على أحد العاقدتين من شخص أجنبي عن العقد فقد اشترط القانون أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بذلك أو من المفروض حتماً أنه عالم به . ومعنى ذلك أنه حيث يشترط القانون علم العاقد الآخر في هذه العيوب الثلاثة يجعل مجال لإبطال العقد في حالة الغلط أوسع منه في حالتى التدليس والإكراه الواقعتين من أجنبي إذ يتشدد في استخلاص العلم المشروط في هاتين الحالتين ليتمكن لإبطال العقد .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الجديد (الذى هو أصل القانون السورى) يسوى بين الحالات الثلاث في الاكتفاء بإمكان العلم ، فيشترط في التدليس والإكراه من أجنبي أن يكون العاقد الآخر مستطيعاً أن يتبينه كما في الغلط . ولكن بعد ذلك في مجلس الشيوخ المصرى جرى تعديل النصوص على هذا الشكل الأخير الذى ميز بين الحالات الثلاث ، فتشدد في استخلاص العلم المشروط في التدليس والإكراه ، وترك النص في الغلط على حاله .

وقد انتقد واضع المشروع التمهيدى الأستاذ العلامة السهورى هذا التعديل ، وذكر في « وسيطه » أن هذا التمييز بين درجات العلم المشروط في الحالات الثلاث لا مبرر له ، واستحسن عدم التشدد في هذه النفرقة عند التطبيق العملى (: الوسيط ص / ٣٣١ و ٣٣٧ / الحاشية) وتابعه على ذلك الأستاذ حشمت أبوسنت في كتابه الجديد في الالتزامات (ص / ١٦٥ / الحاشية)

لكننى أرى أن هذا التمييز الذى جرى عليه التعديل النهاى لمشروع القانون معقول جداً والفارق بين الغلط وغيره ظاهر وموجب لهذا التعديل .

ففي التدليس والإكراه الواقعتين من أجنبي إذا ضيق على العاقد المتضرر باب لإبطال العقد فإن أمامه باباً آخر مفتوحاً لازالة ضرره هو الرجوع بالتعويض على فاعل الضرر (وهو المدلس أو المسكروه) فيكون من المصلحة تضيق باب الإبطال صيانة لحق المتعاقد الآخر لحسن النية ، وحرصاً على استقرار المعاملات .

أما الغلط فليس هناك مسئول ثالث عن غلط العاظم من المتعاقدين ، فإذا ضيق باب الإبطال لم يكن أمام العاظم مجال آخر لجبر ما يحبره عليه الغلط من ضرر ، لذلك أبقي فيه نص المشروع التمهيدى على سعة في الاكتفاء بإمكان العلم لا مكان للإبطال .

١١٣ - الشريطة الثانية :

ويشترط ثانياً أن يكون الإكراه إنمسا وقع لغرض غير مشروع . وقد عبر القانون عن ذلك في المادة ١٢٨ التي تقدم نصها بقوله « إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه ، **دونه هو** ، فإذا كان ذلك بحق كان غرضه مشروعاً ، فلا يفيد العقد .

وهنا يرى أن المشروعية وعدمها يمكن أن تتناول وسيلة الإكراه أيضاً كما تتناول الغرض منه .

١ - فقد تكون الوسيلة والغرض غير مشروعين كمن هدد آخر بضرب أو تشهير أو إفشاء سر مخبر حتى حمّله على إبرام عقد معه لا يوجهه عليه القانون .

٢ - وقد تكون الوسيلة مشروعة دون الغرض ، كدائن يهدد مدينه المعسر برفع الدعوى عليه أو بالحجز ، حتى يحمله على إبرام عقد معه لا يجب عليه . ففي هاتين الحالتين يعتبر الإكراه المذكور مسوغاً لإبطال العقد بلا ريب .

٣ - وقد يكون الغرض والوسيلة كلاهما مشروعين . كمن يهدد مدينه برفع الدعوى أو بالحجز حتى يعطيه رهناً ، وكمن يهدد سارقه بالتبليغ عن سرقة حتى يحمله على التعهد له برد ما يعادل قيمة المسروقات . وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الإكراه تأثير في العقد الواقع .

٤ - وقد تكون الوسيلة غير مشروعة ، والغرض مشروعاً . كمن يهدد بضرب ونحوه لئلا يسارق على التعهد برد القيمة أو لئلا يمدد المماطل على إعطاء رهن .

وهذه الحالة محل نظر : فبالنظر إلى الغرض المشروع وهو المنظور اليه قانوناً وفقهاً ، يكون الإكراه هنا غير ذي تأثير ! على أساس أن الغاية تبرر الوسيلة ، لأن الرهبة التي يبعثها الإكراه في نفس المتعاقد عندئذ إنما يبعثها

عن حق. وبالنظر إلى الوسيلة يكون الأمر بالعكس والفرص موقعه في النظر أعظم من الوسيلة. لكن أعظم الآراء القانونية فيما رأينا هو التفصيل:

أ - فإذا كانت الوسيلة غير المشروعة لم ترتق إلى درجة الجريمة المعاقب عليها قانوناً، كالتهديد بإفشاء سر، فإن الإكراه لا يؤثر في العقد مادام الغرض مشروعاً

ب - وإن كانت الوسيلة ترتق إلى درجة الجريمة كالضرب والتعذيب، كان الإكراه مؤثراً ومسوغاً لإبطال العقد (ر: الالتزامات الجديد للأستاذ أبي ستيت ف/١٨٢/الحاشية)

١١٤ - الجزاء في الإكراه وإبطال ونعوبض :

هذا ويجب أن يلحظ ختاماً أن الجزاء القانوني في الإكراه عند توافر شرائطه، لا يقتصر على حق من وقع عليه الإكراه في طلب إبطال العقد، بل يسوغه أيضاً طلب التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، لأن الإبطال في الإكراه (وفي التدليس أيضاً) لا يقوم على فكرة تأثير الإرادة وحدها كما في حالة الغلط، بل يقوم أيضاً على اعتبار أن الإكراه فعل خاطئ غير مشروع.

المبحث الرابع

العيب الاستغلالي^(١)

Le lésion par exploitation

١١٥ - العيب الرابع والآخر من عيوب الرضى فى القانون المدنى هو

العيب الاستغلالي :

والمراد به فى المفهوم القانونى أن يرى أحد المتعاقدين فى الآخر طبيئاً بيئاً ، أو هوى مباحاً فى أمر من الأمور ، بحيث يجب هذا الطيش أو الهوى فيه ملكة الموازنة والتبصر ، فيفتصر ذلك المتعاقد منه هذه الفرصة ليستغل طيشه أو هواه ، ويستجره به إلى عقد يغبنه فيه بحيث لا تتوازن فيه التزاماته التى التزمها بهذا العقد مع ما فاد منه ؛ أو مع التزامات ذلك العاقد الغابن المستغل ، ولم يكن الطرف المغبون ليبرم هذا العقد لو لا هذا الاستغلال من الطرف الآخر .

هذا هو التصوير القانونى لهذا العيب من عيوب الرضى كما صورته الفقرة الأولى من المادة / ١٣٠ / من القانون المدنى السورى .

ومن أمثلة ذلك وصوره الكثيرة فى الحياة الواقعية أن يتزوج رجل مسن من امرأة فى مقتبل شبابها ، فتعتمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتستكتبه من العقود لنفسها أو لأولادها ما تشاء . وكذا لو تزوجت امرأة مسنة غنية من فتى شاب عن ميل وهوى ، تعمد الزوج إلى استغلال هواها هذا لا يتراز ما لها عن طريق عقود يملها عليها .

ومثل ذلك ما يحدث كثيراً بين الشباب الطائش الذين يرثون ثروات كبيرة والمرابين ، إذ يلقي أحد هؤلاء الشباب بنفسه فى أيدي المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من معظم أمواله ، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد ، وطيشه البين . (الوسيط ف / ٢٠٧)

ويتضح من ذلك أن هذا العيب من شوائب الإرادة لا يقوم إلا بعنصرين اثنين : أحدهما مادي (وهو الغبن) ، والثاني نفسي (وهو الاستغلال) . وليس أحدهما وحده بكاف لأن يعتبر عيباً في الإرادة العقدية يتأثر به العقد. (١)

١١٦ - الغبن المجرد :

والقاعدة في الغبن المجرد أنه وحده لا يكفي لأن يورث العقد عيباً ، ولا يحمي القانون منه . وذلك كما لو اشترى شخص شيئاً أعجبه بشمن يعادل ضعف قيمته من لا يقبل أن يبيعه إلا بهذا الثمن . فعلى كل إنسان أن يحمي نفسه من الغبن في معترك المعاملات وهو يستطيع ذلك باليقظة المعتادة . فالقانون كما أشرنا إليه سابقاً (ف / ٩٠) ليس من شأنه أن يحرص على إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين ، لأن فيما فطر عليه الناس من حرص على مصالحهم الخاصة وحماية منافعهم ، ما يكفي لإقامة هذا التوازن بينهم بصورة أتم مما لو أراد القانون أن يتدخل في أقامته . وإنما مهمة القانون أن يحرص على إقامة توازن قانوني بين المتعاقدين بأن يكون كل منهما كامل الأهلية سليم الإرادة . فإذا اختل هذا التوازن القانوني اختلا لا يجعله مظنة لأن يضر بمصلحة أحد العاقدين وحقوقه ، تدخل القانون عندئذ لحمايته بالأحكام المؤدية إلى هذه الحماية ، كما في حالات عيوب الرضى الثلاثة السالفة البيان . وهذا المبدأ هو المقرر قبلاً في فقه الشريعة الإسلامية وأحكامها ، فإن

(١) وهذا ما قد جعلنا نرجح تسمية هذا العيب بهذا الاسم المركب « الغبن الاستغلالي » خلافاً لما يجري عليه الفراح المصريون من تسميته بالاستغلال فقط والقانون لم يعطه اسماً كما أعطى الغلط والتدليس والإكراه . وإنما تحدثت عنه المادة / ١٣٠ / منه ، فوصفت اجتماع العنصرين (عدم تعادل الالتزامات المتقابلة في العقد ، وكون الدافع بالمغبون إلى التعاقد الاستغلال الطرف الآخر فيه طليشاً بيناً أو هوى جامعاً)

وقررت الحكم القانوني عند توافرها ، وهو حكم يخفف عن حكم سائر عيوب الرضى الأخرى من بعض الوجوه كما سنرى . فالقانون قد صور هذا العيب في صورة مركبة لا يدل عليها إلا هذا التركيب الوصفي في التسمية كما عبرنا به ، دون كل من التعبير بالاستغلال وحده أو الغبن وحده .

الغبن المجرد عن التغيرير والأساليب الخادعة لا يعيب العقد فيها ولا يوجب فيه تعديلاً في نظر جمهور الفقهاء المجتهدين ، إلا في حالات استثنائية محدودة ، كما إذا وقع الغبن في حق شخص قاصر ، أو حق وقف أو حق بيت مال ، وعلى كل حال لا عبء للغبن إلا إذا كان فاحشاً في حدود معينة ، لأن التغاير اليسير يختلف فيه الأنظار ، ولا تخلو منه المعاملات . (ر : المجلة / ٣٥٦)
والقانون المدني السوري جرى على هذا المبدأ في الغبن المجرد فلم يمنعه ولم يتدخل للحماية منه إلا في حالات محدودة :

منها مالو وقع الغبن في بيع عقار القاصر في حالات وشرائط مفصلة في فصل البيع من كتاب العقود المسماة في القانون

ومنها مالو وقع الغبن في قسمة المال المشترك أو في أجرة الوكيل في عقد الوكالة ، أو في مجاوزة حد الفائدة القانوني . (ر : ٢٢٨ و ٣٩٣ و ٦٧٥ و ٧٧٩)

١١٧ - الاستغفار المجرد :

وكذلك الاستغلال المجرد عن الغبن وعيوب الإرادة الثلاثة . كما لو استغل أحد المتعاقدين طيش الآخر أو هواه الجامع استغلالاً يقتصر على مجرد اغتنام فرصة اندفاعه بدافع هذه الصفات ، فأبرم معه عقداً لا غبن فيه ، ولا يصحبه عيب من عيوب الرضى الثلاثة السابقة البيان . فإن مثل هذا الاستغلال لا يعيب العقد ولا يضره وإلا لامتنت معاملتا الطائشين وذوى الأهواء الجامحة . وإنما المقصود أن لا تستغل هذه الصفات فيهم استغلالاً يهدف إلى اتخاذها فرصة لغبنهم والطمع في افتراس حقوقهم .

فإذا اجتمع الغبن مع الاستغلال كان لاجتماعهما من التأثير في عيب الإرادة والعقد ما ليس لانفراد كل منهما .

١١٨ - ما هو الطيسم البين والهوى الجامع :

الطيش خفة وقلة ائزان في أعمال الإنسان وأوضاعه .
والهوى ميل نفسى إلى ناحية تغلب فيه العاطفة الإرادة . والمراد من

وصف الطيش بالبين والهوى بالجامح أن يكونا قوين متجاوزين الحدود التي ترى في كثير من الأفراد ولكنها لا تجعل من الشخص ميداناً لاستغلال ذوى الأطماع.

ولكن هل لهذا التجاوز الذي وصفه القانون بالبين والجامح مقياس أو حدود؟ ليس هناك مقياس، وإنما يعود تقدير هذا الإفراط والتجاوز للحدود العادية إلى تقدير قاضي الأساس، وليس هذا بالأمر العسير إذا ما نظر القاضي إلى أحوال الشخص وتصرفاته، والملايسات التي أحاطت بالعقد.

١١٩ - هل الغبن المقصود هنا ضرر؟

إن القانون في المواطن التي يحمي فيها الشخص من الغبن المجرد على سبيل الاستثناء من القواعد، يحدد للغبن الممنوع حداً يعتبره هو الحد الفاحش . ففي بيع عقار القاصر والقسمة مثلاً يعتبر هذا الغبن الفاحش ما يزيد عن خمس القيمة وقت التعاقد، وفي معدل الفائدة ما يزيد عن تسعة في المائة . أما في الغبن الاستغلالي فلم يقم القانون حداً للغبن الذي إذا صحبه الاستغلال تكون منهما عيب في الإرادة يؤثر في العقد . وإنما اشترط في المادة / ١٣٠ / كما تقدم أن تكون « التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ».

وهذا يرجع تقديرة إلى قاضي الأساس يستعين فيه بأهل الخبرة . فتي كان التفاوت بين هذه الالتزامات والفوائد ظاهراً لا تختلف فيه الأنظار . كان هذا كافياً لتحقيق معنى الغبن المقصود هنا دون تقييد بمقدار في هذا التفاوت . ذلك لأن الغبن هنا ليس عاملاً وحده كما في تلك الحالات الاستثنائية ليتطلب بلوغه نسبة معينة، بل هو مصحوب باستغلال للهوى أو الطيش في الشخص المغبون، مما يزيد في بروز صفة العيب في هذا الغبن الظاهر، ويقوى تأثيره مهما كان مقداره .

على أن القاضي يجب أن يراعي ظروف الحال في نظير وضعية الشخص

الخاصة وعرف الناس في أمثالها . فقد يكون أحد هواة السجاد أو الطوابع مثلاً تنقصه قطعة تتم مجموعته فيبذل في سبيلها ثمناً أكبر بكثير مما يساويه أمثالها بالنسبة إلى غيره . ولا يعد هذا اختلالاً في عرف الناس ، ما لم يكن قد بولغ فيه إلى حد كبير يتجاوز ما يقره العقلاء المتزنون في مثل هذا الحال .

١٢٠ - في أي العقود يجري عيب الغبن الاستغلالي؟

إن المجال الطبيعي للغبن الاستغلالي كعيب هو عقود المعاوضات المحددة ، وهي التي يعرف فيها كل من المتعاقدين مقدار ما أخذ وما يعطى بالعقد على وجه التحديد كالبيع بالاجارة والصلح . أما العقود الاحتمالية كمعقد التأمين وكذا عقود التبرع كالهبة ، فليست مجالا طبيعياً لهذا العيب ، لأن العقد الاحتمالي يقوم بطبيعته على شيء من المجازفة والمغامرة ، ويتوقع فيه التفاوت بين الالتزامات والحقوق ، وأبعد منها عن هذا المجال عقود التبرع لأنها تقوم على أساس أن المتبرع يعطى ولا يأخذ .

لكن من الممكن أن يجري في العقود الاحتمالية حكم الغبن الاستغلالي إذا كان اختلال التعادل فيها مفرطاً مادام يصحبه الاستغلال وكذا الحال في التبرع ، فإن من الممكن تصور هذا الاستغلال فيها بل قد يكثر في بعض أنواع التبرع نوع من الاستغلال الذي ينطبق على المفهوم القانوني هنا ، وكذلك كما يحصل من هبة شخص لزوجته الجديدة وأولاده منها ، أو وصيته لهم دون أولاده الآخرين من سواها ، ويكون ذلك نتيجة استغلال الزوجة الجديدة لهواه (ر : الوسيط ف ٢٠٦)

والقانون يستفاد من نصه أن الغبن الاستغلالي قد يجري حكمه في غير المعاوضة ، فقد قالت المادة / ١٣٠ / في الفقرة الثالثة منها ما نصه :
« ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن ،

فذكر المعاوضات في هذا السياق يدل على أن حكم الغبن الاستغلالي يجري في سواها أيضاً ، وإلا لما احتيج الى ذكرها في هذه الفقرة لتخصيصها بالحكم

الاستثنائي المذكور فيها، وهو عدم إبطال العقد، والاقتصار على رفع الغبن. (١)

١٢١ — حكم الغبن الاستثنائي :

عرفنا في عيوب الرضى الثلاثة المتقدمة قبل هذا ، أن الحكم العام فيها هو أنها تجعل العقد الذى يداخله أحدها قابلاً للإبطال بطلب من الطرف الذى عيب رضاه .

هذا الحكم العام فى عيوب الرضى ثابت أيضاً لعيب الغبن الاستثنائي الذى نحن بصدد بحثه . فإذا ثبت بالصورة السالفة البيان كان له هذا التأثير فى العقد ، فيحقق للطرف الذى استغل طيشه أو هواه استغلالاً حملاً على التعاقد الذى كان فيه مغبوناً أن يطلب إبطال ذلك العقد ، (بشرط أن يتبين أنه لو لا استغلال هذا الطيش أو الهوى فيه لما أبرم العقد) .

لكن الإبطال هنا ليس إلزامياً على القاضى . بل جعل القانون للقاضى هنا خياراً بين أن يجيب إلى إبطال العقد ، أو يكتفى بالنقص من التزامات المتعاقد المغبون إلى الحد الذى يعيد الالتزامات إلى التوازن والاعتدال .

والقاضى فى هذا الموقف إنما يستهدى بظروف القضية وملايساتها ، فان رأى أن الاستغلال لم يبلغ حـد إفساد الإرادة ، بل كان الطرف المغبون مستعداً للتعاقد دون هذا الاستغلال بشروط أقل كلفة ، لجأ القاضى إلى تعديل الالتزامات بدلاً من إبطال العقد . والقاضى هنا مستقل فى تقديره لايخضع لرقابة محكمة التمييز (محكمة النقض) .

(١) قد يترامى فى شمول هذا العيب للتبرعات ما يتناقض مع التسمية المركبة التى اقترحتها فيه ومى (الغبن الاستثنائي) ويرجح الاقتصار على اسم (الاستغلال) فقط ، لأن الغبن قد يوحى بوجود المعاوضة ، إذ يتبادر منه معنى الفرق بين ما يأخذ الشخص وما يعطى فى العقد . والجواب أن الغبن فى هذا العيب — هو عنصر ضرورى بنص القانون (رقم / ١٣٠) ، فيجب أن يؤخذ الغبن بمعناه العام وهو الخسار المالى مطلقاً سواء أكان فى معاوضة أو تبرع . فالتبرع متحمل لخسار مالى على كل حال أكثر من المعاوض . فإذا كان هذا التبرع لا تقابله مصلحة معقولة ولو معنوية ، وتبين أنه كان نتيجة استغلال لطيش أو هوى عنيف صح القول بأن التبرع مغبون غبناً استثنائياً ، وأن رضاه ، فى الحقيقة مشوب بعيب بالنسبة إلى الرضا الحر الخالى من كل تأثير .

وهذا يجري في التبرعات كما في المعاوضات على السواء ، فلقاضي إبطال التبرع أو رده إلى الحد الذي يراه معقولا .

١٢٢ - أنه هذا الخبر الذي منحه القانون للقاضي يفرد الى محكمين

تعيين يستلزمهما ، وهما :

(١) أن للمغبون الحق في أن يدعى رأساً بطلب تعديل التزاماته ونقصها دون أن يطلب إبطال العقد . ذلك لأن ما يحق للقاضي فعله يحق للبتقاضي طلبه .

وهنا مجال للتساؤل : هل للقاضي أن يلجأ إلى إبطال العقد إذا حصر المغبون طلبه بتعديل التزاماته ؟ الظاهر فقهاً أنه ليس للقاضي ذلك ، لأنه عندئذ قضاء بأكثر من الدعوى ، وهذا غير جائز في أصول المحاكمات .

(٢) إن للطرف المستغل الغايب أن يتوقى إبطال العقد ويحول دونه ولو طلبه المغبون ، وذلك بطريقة عينها القانون هي أن يعرض الغائب ما يراه القاضي كافياً لرفع الغيب وإعادة التوازن (رقم / ١٣٠ ف ٣) . وذلك أيضاً لأن ما يحق للقاضي فعله يحق للخصم المدعى عليه طلبه . وعلى كل حال يرجع تقدير ذلك إلى رأي القاضي .

وهذه النتيجة الثانية تذكرنا بما تقدم في بحث الغلط من أن نظرية الغلط إنما هي حماية للإرادة ، وليست سنداً للتعسف . فمن وقع في الغلط يكون ملزماً بالعقد إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالصورة التي كان الغلط يتصورها ويقصد إليها (ر : ف / ٩٥) فالفكرة القانونية في المواطنين واحدة ، وهي الحيلولة دون استعمال صاحب الحق حقه بصورة تعسفية تتنافى مع ما يجب في العقد من حسن النية .

١٢٣ - المهلة القانونية لاستعمال حق الإبطال في الاستغفال :

أوجب القانون رفع دعوى الإبطال في حال الاستغلال خلال سنة

واحدة من تاريخ العقد ، أى من وقت تمامه ، وذلك تحت طائلة السقوط .
 فإذا لم ترفع خلال ذلك كانت غير مقبولة .
 وسنرى فى بحث البطلان والإبطال أن القانون السورى جعل مدة
 التقادم فى حق إبطال العقد بصورة عامة سنة واحدة (خلافا لأصله المصرى
 الذى يجعل مدة تقادم حق الإبطال ثلاث سنوات) .
 ولكن الفرق بين أجل السنة الذى جعله القانون هنا فى بحث
 الاستغلال نهاية المهلة القانونية لرفع دعوى الإبطال ، وبين السنة التى نص
 عليها فى بحث البطلان ، أن السنة هناك هى مدة تقادم يتقادم فيها حق الإبطال
 فى سائر عيوب الرضى ، فتخضع لعوارض التقادم من توقف وانقطاع
 الخ . . . أما مدة السنة هنا فى عيب الاستغلال فهى مدة سقوط ، فلا تؤثر
 فيها المعاذير التى تؤثر فى التقادم ، بل يسقط حق الإبطال على كل حال إذا
 لم ترفع به الدعوى خلال السنة المذكورة من تاريخ العقد ، وذلك بمقتضى
 ما يفيدته نص الفقرة الثانية المشار إليها من المادة / ١٣٠ .

الشعبة الرابعة

المحل : L'objet

المبحث الأول

معلومات عامة

١٢٤ - في الأنظار القانونية حول المحل آراء لا طائل تحتها هي أنه هل المحل ركن في العقد أو في الالتزام ؟

وقد أسلفنا الإشارة أول الفصل الرابع إلى النظر الصحيح هو أن المحل ليس ركناً في العقد ، لأن ركن العقد هو اتفاق الإرادتين أما الطرفان والمحل فهي عناصر يتوقف عليها الوجود كتوقف الفعل على آله ومكانه الخ ... (ر : ف / ٣٥ / الحاشية)

ومثل ذلك يقال في الالتزام فإن الالتزام ليس سوى أثر لمصدره ، فمضى وجد المصدر المؤثر مستوفياً شرائطه القانونية أنتج أثره ، وهذا الأثر يحتاج إلى محل يقع عليه .

ومحل الالتزام العقدي هو محل العقد نفسه .

وعلى كل حال إنما يبحث عن المحل وشرائطه القانونية في العقد وتصرف الإرادة المنفردة حيث يلتزم الشخص بإرادته فيجب أن يلتزم في محمل مشروع أى قابل لذلك الالتزام قانوناً . أما في الالتزامات الناشئة عن مصادر أخرى فلا محل فيها لبحث المحل لأن الملتزم لا يلتزم فيها بإرادته ، فحيث يوجب القانون مسؤولية وتكليفه في محل معين يصبح ملتزماً .

ولذا سنبحث في المحل على أساس أنه محل للعقد يثبت فيه أثره وهو الالتزام .

١٢٥ - تعريف محل العقد وتمييزه عن الموضوع :

محل العقد هو المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد أى أثره ويجرى عليه التنفيذ العيني . وذلك كالمبيع والثن فى عقد البيع ، والموهوب فى الهبة ، والمرهون فى الرهن ، والدين المسكفول به فى عقد الكفالة ، والمتعة الزوجية بين الزوجين فى عقد النكاح ، وهكذا يستوى فى ذلك أن يكون المعقود عليه عيناً أو عملاً أو حقاً ، كبيع الحق أو حوالته .

وهنا يجب الانتباه إلى تمييز محل العقد عن المكان من جهة ، وعن الموضوع من جهة أخرى :

١ - فالمكان هو الموقع الظرفى الذى يتم فيه التعاقد ، وهو البقعة المعينة من بلد معين . ولاختلاف المكان نتائج هامة تقدمت الاشارة اليها فى بحث التراضى (ر : ف / ٥٢) بخلاف محل العقد فانه فى الاصطلاح بمعنى الشيء المعقود عليه . وهذا التمييز بين محل العقد ومكانه واضح لا يشتبه على أحد من القانونيين .

ب - أما موضوع العقد فهو الغاية النوعية ، أى المقصد الاصلى الذى جعل العقد طريقاً مشروعاً للوصول اليه .

فموضوع عقد البيع مثلاً هو نقل الملكية بعوض ، وموضوع الاجارة هو تملك المنفعة بعوض ، وموضوع عقد الهبة هو نقل الملكية مجاناً ، وموضوع الاعارة هو تملك المنفعة مجاناً ، وموضوع عقد الرهن هو احتباس مال ، لتوثيق استيفاء دين ، وموضوع عقد النكاح هو حل المتعة الزوجية وتأسيس حياة مشتركة بين الزوجين .

فالمتعة الزوجية فى ذاتها هى محل يجرى فيه التعاقد أما حلها وارتفاع حاجز الحرمة المانعة فيها فهو موضوع لعقد النكاح . ومثل ذلك يقال فى عقد الرهن : فالمال المرهون محله ، وحق احتسابه لأجل استيفاء الدين موضوعه .

يتضح من ذلك أن الموضوع والأثر هما شيء واحد ، وإنما يختلف مفهومهما باختلاف وقت النظر إليهما : فالموضوع هو قبل العقد غاية (أى أنه المقصد الذى يسمى المتعاقدان قبل العقد إلى تحقيقه عن طريق العقد) وهو بعد العقد حكم قانونى يثبت فى المحل (أى أنه أثر العقد ، حيث تصبح تلك الغاية قبل العقد نتيجة متحققة بعد العقد) أما فى المرحلة التى بين ذلك ، أى خلال التعاقد . فإن تلك الغاية موضوع التعاقد .

هذا نظر الفقه الإسلامى (١) وليس فى الأنظار القانونية ما ينافيه . لكن كثيراً من القانونيين العرب لا يميزون فى الاستعمال بين كلمتي المحل والموضوع ، فيعبرن بالموضوع عن معنى المحل ، وهو استعمال غير مناسب إذ يوجب اختلاطاً فى مفاهيم اصطلاحية يجب التمييز بينها فى الأسماء

المبحث الثانى

نظرية القانون السورى فى المحل

١٢٦ - إن نظرية القانون المدني السورى فى محل العقد أو الالتزام يمكن تلخيصها بأنه يجب لانعقاد العقد أن يتوافر فى محله شريطتان : احدهما سلبية ترمى إلى حماية المصلحة العامة ، والأخرى إيجابية تتعلق بإمكان تنفيذ العقد .

١٢٧ - الشريطة الأولى :

فأما الشريطة الأولى السلبية التى ترمى إلى حماية المصلحة العامة ، فهى أن محل العقد يجب أن يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وإلا كان العقد باطلاً (قم/١٣٦)

هذا مبدأ تتفق عليه الشرائع والنظريات القانونية ، وإن كان مفهوم النظام العام والآداب العامة الواجب صيانتها وحمايتها يختلف تطبيقاتهما وحدودهما

(ر : المدخل الفقهى العام للمؤلف ف / ١٤٧ - ١٤٩)

زماناً ومكاناً . وبحسب العقائد والتقاليد الاجتماعية . فهما مفهومان متطوران غير محدودين . فما يكون من الأعمال والتصرفات في مكان أو زمان منافياً للنظام العام والآداب قد يكون غير منافٍ لها في مكان آخر أو زمان آخر . ففي روسيا الشيوعية مثلاً له تطبيقات وحدود تختلف عما في أمريكا . وهكذا إن تعدد الزوجات مثلاً في البلاد الإسلامية غير منافٍ للنظام العام ، وفي أوروبا وأمريكا (١) يعتبر منافياً بل جريمة يعاقب عليها القانون . ومثل ذلك يقال في الطلاق وفي الاستتراف بين الماضي والحاضر ، وفي التعامل بالنقود الذهبية اليوم . فالتعامل بهذه النقود ممنوع لمخالفته النظام العام في سورية ولبنان وكثير من الدول ، ومباح في المملكة العربية السعودية وكثير من الدول الأخرى بل هو فيها العملة الأساسية .

١٢٨ - يتضح من ذلك أن النظام العام قد يكون متعلقاً بصيانة مصالح الأسرة أو مصالح اجتماعية أو اقتصادية أو تشريعية أو سياسية . وتقديره في الأصل يعود إلى الشارع فما أمر به إلزاماً أو منع منه كان من النظام العام . وللاجتهاد القضائي مجال في الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص عليه بطريق القياس نظراً إلى غرض الشارع وروح النصوص والنصوص الآمرة جميعاً في القانون (وهي التي توجد فيها صراحة أو تحفها دلالة تقييد عدم جواز الاتفاق على خلافه) تعتبر مضموناتاً من قبيل النظام العام ، فلا ينعقد العقد إذا كان في محله ما يخالفها .

وفي نظرنا أن التعبير بالنظام العام وحده يغني عن ذكر الآداب العامة لأن صيانة الآداب هي من النظام العام وداخله في مفهومه لأنه أعم منها

(١) - نذكر هذه المناسبة أن طائفة المورمون من الطوائف المسيحية في الولايات المتحدة الأميركية ومركزها الرئيسي في بلدة البحيرة الملحة (سولت لاك سيتي Salt lake city) يدينون بتعدد الزوجات دون تقييد بعدد . وقد اجتمعت بطريق من رؤسائهم في رحلتي إلى أميركا العام الماضي ومنهم أكثرية أساتذة الجامعة وعمدائها ويردون أن أول من حل تلك البلدة من رؤسائهم منذ قرن وربع كان له تسع عشرة زوجة لكن دستور الولايات ينهم عملياً من تعدد الزوجات الآن .

وكذا لا يجوز الاتجار بالمواد الممنوعة كالمخدرات من الحشيش والأفيون والكوكائين (إلا فيما يجيزه القانون للصيادلة في الحدود الطبية) وكالأسلحة الحربية الممنوعة ، ونحو ذلك .

١٣٩ - الشريطة الثانية :

أما الشريطة الثانية الإيجابية في المحل وهي التي تتعلق بإمكان التنفيذ فتحل إلى نقطتين : الإمكان والتعيين .

١ - فالإمكان يراد به قابلية التحقق والوجود ، وذلك بأن لا يكون محل العقد أو الالتزام مستحيلاً في ذاته (قـم / ١٣٣) فإذا وقع التعاقد على أمر مستحيل كان العقد باطلاً . ذلك لأن المقصود من العقد تحقيق موضوعه بالتنفيذ ، فإذا كان المحل مستحيلاً وقت التعاقد كان التنفيذ مستحيلاً ، فكان العقد غير منتج نتيجة التي جعله الشارع طريقاً إليها ، فلا ينعقد .

ويستوى في ذلك أن تكون الاستحالة طبيعية كبيع شيء تبين أنه كان قد احترق ، وكتعهد بالامتناع عن عمل وقع قبل التعاقد ، أو أن تكون الاستحالة قانونية ، كالتوكيل باستئناف قضية قد انقضت مدة استئنافها . والاستحالة الذاتية هي التي تكون مطلقة أي بالنسبة إلى جميع الناس . فإن لم تكن هذه الاستحالة في المحل مصاحبة لتكوين العقد بل حصلت بعده كما إذا هلك المبيع قبل التسليم بعد العقد ، فهذا أمر طارئ لا علاقة له بأصل الانعقاد (١)

وأما إذا لم يكن المحل مستحيلاً في ذاته بل بالنسبة إلى العاقد الملتزم فقط ، كتعهد شخص بعمل فوق قدرته ، فهذه لا تمنع الانعقاد ، لأنها عجز شخصي لا استحالة ، فينقذ العقد ، ويحمل الملتزم مسؤوليته ، وللدائن أن يطلب تنفيذ الالتزام على حساب المدين ، أو يطلب التنفيذ بطريق التعويض

(١) وحكمها القانوني أن الالتزام فيها ينقضي لاستحالة التنفيذ الطارئة بسبب لادنيه للملتزم وجبئذ ينفسخ العقد ، وتؤول القضية إلى المسألة القانونية المعروفة بعنوان : مسألة تحمل ثبوت الهلاك

أو يطلب فسخ العقد لتخلف المدين عن التنفيذ ، مع التعويض ان كان له موجب .

يتضح من ذلك ان إمكان التنفيذ المنظور اليه حين تكوين العقد كشرطة لانعقاده إنما هو إمكان التنفيذ العيني لا بطريق التعويض ، لأن التنفيذ العيني هو المقصود من العقد .

ب - وأما تعيين محل العقد أو الالتزام ، فلمراد به تحديده بصورة يمكن معها التنفيذ ، لأن المحل المجهول ، لا يمكن التنفيذ فيه .

وهذا التعيين على أنواع ودرجات ، ويجرى في حكمه القانوني التفصيل التالي :

١٣٠ - التعيين بالذات والتعيين بالنوع :

تعيين الشيء إما أن يكون تحديداً لذاته وعينه في الوجود الخارجي بحيث لا يشاركه في حدوده المعينة شيء آخر أصلاً .

ولا ينطبق هذا التعيين على فرد سواه . وذلك كتعيين الشيء بالإشارة إليه ، سواء أكان قيمياً كبيع هذه الفرس ، أو مثلياً كبيع هذا الجئوالق من السكر ، أو هذه العلب من السمن القلاني . وهذا يسمى تعييناً بالذات وهو أتم صور التعيين .

ولا ينحصر التعيين بالذات بطريق الإشارة ، بل يمكن بكل طريق آخر يقطع المشاركة ويحصر العقد في ذات مخصوصة محدودة ، كبيع السجادة الموجودة في بيت البائع ولا يوجد سواها .

وإما يكون تعيين الشيء تحديداً لنوعه فقط دون ذاته وعينه ، بحيث يميز النوع عن غيره من الأنواع ولا يميز الفرد عن غيره من الأفراد ، فلا يقطع التحديد إلا مشاركة الأنواع الأخرى ، ويبقى التحديد الواقع منطبقاً على أفراد كثيرة ضمن النوع المحدد كل منها صالح لأن يوفى به الالتزام وفاء موافقاً للتحديد الواقع ، وذلك كبيع مائة علب من المعلبات (الكونسروة)

الفلائية ، أو بيع طن من السمن أو السكر أو الورق المحددة النوع .

١٣١ - فإذا كان محل الالتزام معيناً بذاته فالأمر ظاهر إذ يكون التنفيذ ممكناً على أكمل وجه حين التعاقد ، فينعقد العقد ، ويثبت حكمه في محله المعين بعد توافر الشريطة الأولى السابقة فيه ، وهي أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام .

وأما إذا كان معيناً بالنوع فقط دون الذات فقد أوجب القانون لانعقاد العقد أن يكون المحل معين المقدار أيضاً في صلب العقد ، أو يكون مقداره ممكن التعيين استناداً إلى العقد نفسه . أي بأن يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار ، وإلا كان العقد باطلاً لعدم إمكان التنفيذ (قم/١٣٤)

فلو قال شخص لآخر أجرتك داراً بأجرة سنوية ، أو قال بعثك كمية من السكر بمبلغ كذا لا ينعقد العقد ولورضى الآخر . أما إذا قال له : بعثك كمية من السكر بمبلغ كذا بسعر السوق ينعقد العقد لأنه قد تضمن بذكر سعر السوق ما يمكن معه تعيين المقدار المعقود عليه من السكر .

هذا ، وإذا لم يتفق الطرفان بعد تعيين نوع المحل على درجة جودته فقد أوجب القانون أن يلجأ القاضى في تحديد الجودة إلى العرف أو أى ظرف آخر يدل عليها ، فإن لم يمكن يقضى بصنف متوسط الجودة .

وإذا كان محل الالتزام نقوداً من نوع معين فالعبرة قانوناً بعددها المحدد دون أن يكون لارتفاع سعرها وانخفاضه وقت الوفاء عن وقت العقد أى تأثير ، ما لم ينص القانون على حكم مخالف فيما يتعلق بقاعدة تحويل النقود الأجنبية . (قم/١٣٥) .

المحل القائم والمحل المستقبل ؟

يتضح مما تقدم في بحث هذه الشريطة الثانية في المحل أن القانون يتوسع في تصحيح العقد ما أمكن حرصاً على استقرار المعاملات ، فلا يلجأ إلى

الحكم بطلان العقد ما دام تعيين المحل الذي هو وسيلة إلى التنفيذ ممكنا بأي طريق كان، ولو استنباطا من الظروف والدلائل .

وبناء على هذا النظر والاتجاه لم يوجب القانون أن يكون محل العقد شيئاً قائماً موجوداً حين التعاقد ، بل سوغ أن يكون شيئاً مستقبلاً سيوجد ، أى ممكن الوجود لانه لم يمنع إلا المستحيل (رقم ١٣٢) ، ذلك لأن الحياة الاقتصادية أصبحت تدعو إلى التعامل فى الأشياء المستقبلية كمحصول قطن يراد إنتاجه ، ومصنوعات يتعاقد عليها صاحب المعمل قبل إنتاجها ، وصورة فنية يبيعها الرسام قبل أن يتم لوحها ، وهكذا . وهذا يقابله فى فقه الشريعة الإسلامية عقد السلف أو السلم لكنه فى القانون أوسع من الحدود التى صورها فقهاء الشريعة .

١٣٢ - استثناء التعامل فى التركات المستقبلية :

على أن القانون قد استثنى من هذا المبدأ فمنع التعامل فى التركات المستقبلية أى فى تركة إنسان قبل أن يموت (قم / ١٣٢) فلا يجوز له ولا لورثته الذين يتوقع أن يرثوه تعامل فى تركته وهو حى ، بأى وجه كان من بيع أو رهن أو هبة أو غيرها إلا ما نص القانون على جوازه . وهذا المنع من فروع الشريعة الأولى المتعلقة بالنظام العام ، لان هذا التعامل يعتبر مما ينافى الآداب الاجتماعية أو يقود إلى الجرائم .

فإذا نص القانون على جواز شئ . من ذلك اقتصر الجواز عليه بحدوده كالوصية مثلاً ، فان القانون يعتمد فيها لدينا حكم الشريعة الإسلامية التى تميزها ، بل تحض عليها ، لما فيها من خير وبر .

الشعبة الخامسة

السبب

١٣٣ - ليس لبحث السبب محل إلا في الالتزامات العقدية دون سواها من الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى غير العقد ، لما سنرى ولذلك يبحث عن السبب في نظرية العقد .

ونظرية السبب بمعناه الاصطلاحي المقصود في الفقه القانوني طارئة على نظرية الالتزام ، وليس لها أصل في القانون الروماني . وإذا كان للسبب ذكر في القانون الروماني في عهد متأخر فيمعنى السبب الممتنع .

ثم نشأت فكرة السبب تبعاً لمبدأ الرضائية في العقود كنتيجة لهذا المبدأ لتكون السببية قيداً للرضائية ، ووقاية مما قد يجرحه مبدأ الرضائية من محاذير . ولكن نظرية السبب جاءت نتيجة مصطنعة متكلفة ، فهي نتيجة غير طبيعية ولا بحكمة الصنع والوضع . ولذا نثار حولها في الفقه القانوني من الخلاف والجدل والنقد وتضارب الآراء ما لم يثر نظيره حول نظرية قانونية أخرى . وقد اختط الاجتهاد القضائي في فرنسا لنفسه مسلكاً جديداً في تطبيق النظرية ، والنص المبني عليها في القانون الفرنسي بغية التعديل من شذوذها وجمودها ، فأصبح بذلك لنظرية السبب طوران : طور تقليدي قديم ، وطور قضائي حديث . ثم جاءنا القانون المدني السوري وأصله المصري الجديد في نظرية العقد بنص عن السبب مضطرب متناقض مع مذكرته الايضاحية .

وسنوضح ذلك فيما يلي بما يمكن من إيجاز وإجمال ، بعد عرض معاني السبب المختلفة في الاستعمال القانوني .

١٣٤ - معاني السبب في الاستعمال القانوني :

لفظ السبب مشترك في الاصطلاح القانوني بين معان ثلاثة :

١ - المصدر المولد للالتزام ، أى السبب **المقتضى** : cause

فالعقد سبب efficiente للالتزامات والمسؤوليات العقدية الناشئة به؛
والفعل الضار سبب للمسؤولية التقصيرية عن نتائجه ، الخ ..
وعلى هذا المعنى يقع مثل التعبير بقولهم : الاثر بلا سبب وهو المعنى
الأصلي للفظ السبب . وهو أيضاً معناه فى الفقه الاسلامى .

٢ - الباعث الدافع : cause impulsive وهو الغرض البعيد غير
المباشر الذى يبغي المتعاقدان تحقيقه بعد حصول النتائج المباشرة للعقد .

وهذا الباعث شخصى مختلف باختلاف الأشخاص وآراءهم . فقد
يستأجر شخص منزلاً ليسكنه ، وآخر ليؤجره ، وثالث ليجعل منه مقراً
لأعمال مشروعة أو غير مشروعة وبائع يبيع ليفى ديناً عليه ، وآخر
ليتاجر ، وثالث يهرب ماله من وجه دائن الخ ..

٣ - الغرض المباشر ، وهو المقصد الأول الذى يبغيه العاقد من عقده
مباشرة cause finale أو but direct كقبض الثمن بالنسبة إلى البائع ،
وامتلاك المبيع بالنسبة إلى المشتري .

فقبض الثمن هو غاية مباشرة يحققها البيع للبائع بمقتضى نوع هذا
التصرف قبل كل غاية أخرى . أما قصد الاتجار بهذا الثمن ، أو المقامرة ،
والانفاق مثلاً بعد قبضه فهذه بواعث .

مراحل نظرية السبب

١٣٥ - المرحلة الأولى ، أو مفساً نظرية السبب :

من المعلوم المقرر أن العقد فى الشرع الرومانى يقوم على أساس الشكلية
المفرطة . ففى ظل تلك الشكلية لم يكن التشريع يحفل بالارادة الحقيقية ، ومتى
استوفى العقد المراسيم الشكلية التى يقوم بها العاقدان اعتبر العقد منعقداً .
فكأنما العقد انما يعقد بتلك الاجراءات الشكلية دون نظر إلى التراضى الحقيقى

ثم ظهر فيما بعد في الأفق القانوني مبدأ رضائية العقود الذي كان ظلاً ملازماً لمبدأ سلطان الإرادة ، وكان ظهوره في زمرة القوانين ذات الأصل اللاتيني في أوروبا على يد علماء القانون من الدينين السكسنين في العصور الوسطى ؛ فكان ظهور مبدأ الرضائية هذا واستقراره هو السبب في ولادة **نظرية السبب** وقيادة الفكر القانوني إليها . وإليك إيضاح ذلك :

١٣٦ - إن مبدأ الرضائية في العقود يقتضي أن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد اتفاق الإرادتين دون توقف على شيء من الاجراءات والمراسيم الشكلية .

فلما ظهر هذا المبدأ واتجه إليه الفقه القانوني والتشريع لوحظ أن الرضائية المطلقة واحترام الارادة دون قيد في الالتزامات العقدية يؤدي إلى احترام جميع العقود وإلزام عاقيها بالتزاماتها لمجرد اتجاه الارادة إليها والتراضي عليها ؛ وفقاً لمبدأ الرضائية المذكور ، يبنأ أن العقد في بعض الحالات قد يكون موضوعه التزامات لا ينبغي أن يقبل في المنطق القانوني إقرارها وتصحيح التعاقد فيها لمنافاتها القواعد الأخلاقية ، والأهداف القانونية . كما لو استأجر شخص آخر على ارتكاب جريمة لقاء مبلغ دفعه له أو تعهد بدفعه ، أو وهب شيئاً أو تعهد بإعطائه لامرأة عاهرة كي تستمر معه على علاقة غير مشروعة . ومثل ذلك إقراض شخص لآخر أو تعهده بإقراضه مبلغاً لمتابعة المقامرة أو للمتاجرة بالمخدرات وغيرها من الأشياء الممنوعة .

فلإبطال أمثال هذه العقود والالتزامات الإرادية المتولدة منها فكر علماء القانون الروماني الدينيون من رجال الكنيسة وهم أول من استخلص مبدأ سلطان الإرادة ورضائية العقد في أوروبا (١) بوجوب إلقاء قيد على

(١) نقول في أوروبا ، لأن الشريعة الإسلامية هي التي سجلت سبق المطلق في تقرير مبدأ رضائية العقود قبل أن تعرفه أوروبا بقرون كثيرة .

الإرادة العقدية يمنع تجاوزها على الحدود الأخلاقية والأهداف التشريعية. فإذا شذت الإرادة في تصرفاتها وتجاوزت على تلك الحدود والأهداف كان جزاء شذوذها بطلان التصرف ، والحرمان من ثمرته ، وهي الالتزامات المقصودة به .

١٣٧ - وإذا كانت نقطة الانطلاق في ترتيب القواعد القانونية في نظرية الالتزام العامة ذات الأصل الروماني هي الالتزام نفسه ، لأن هذه النظرية في صياغتها الفنية انما ترتب تلك القواعد والاحكام العامة بالنظر إلى الأثر القانوني وهو الحق الشخصي والالتزام ، لا بالنظر إلى المصدر لهذا الأثر (١) وهو التصرف القانوني والواقعه القانونية ، لذلك عمد أولئك القانونيون إلى معالجة ذلك الشذوذ المتوقع من الإرادة في ظل مبدأ سلطان الإرادة ورضائية العقد من طريق الالتزام نفسه لامن طريق العقد ، فآلقوا على الالتزام قيداً قانونياً قرروا بمقتضاه أنه يجب أن يكون سبب الالتزام مشروعاً .

١٣٨ - معنى السبب عند السببيين الأوائل :

والمراد بالسبب في هذه المرحلة الأولى من نشوء نظريته على يد القانون الروماني من رجال الكنيسة إنما هو **الباعث الرئيسي** الدافع إلى التعاقد والالتزام . وهذا الباعث باطني وشخصي يختلف باختلاف الأشخاص والحوادث في النوع الواحد من العقود . ففي الاستئجار مثلاً نرى أن شخصاً قد يستأجر بيتاً للسكنى ، وآخر قد يستأجره ليجعله مأوى للفحش والدعارة وآخر قد يستأجره لغير ذلك . وفي عقد التبرع مثلاً نرى شخصاً يتبرع بدافع

(١) وهذا من أهم العيوب التي تنخر في جذر نظرية الالتزام وتهدها بالسقوط تحت معاول النقد القانوني الحديث لتحل محلها نظرية قانونية عامة تقوم في ترتيبها على أساس آخر أصبح ينظر فيه إلى المصدر نفسه ، ويجعل نقطة الانطلاق في ترتيبها هو تقسيم مصدر الحقوق والالتزامات إلى تصرف قانوني وواقعة قانونية . وهو المحاولة التي بدأها القانون الألماني (ر : « التصرف القانوني المجرد للدكتور محمود أبي العافية » الحاشية)

إنساني إلى الاحسان المجرد ، وآخر يبرع بقصد الرشوة ، وآخر يبرع لأجل الاستمرار في الإقامة على الفجور مع فاجرة .

فهذا الباعث ، الذي يكون هو الدافع إلى الالتزام والتعاقد يجب أن يكون مشروعاً ، صيانة للحرمان الاخلاقية والمقاصد التشريعية . وهذا في الحقيقة يتصل بفكرة النظام العام . فإذا كان الباعث الدافع إلى التعاقد غير مشروع كاستئجار بيت بقصد اتخاذه مقراً للعهر ، وبيع السلاح ولو لمن هو مأذون به — بقصد التمكين من ارتكاب جريمة ، ونحو ذلك من البواعث غير المشروعة كان الالتزام باطلا ، وترتب على بطلانه بطلان العقد الذي أريد به إنشاء هذا الالتزام ، ولو توافر اتفاق الإرادتين في مظهره الصحيح وتم فيه التراضي .

وهكذا ألقى بفكرة السبب — بمعنى الباعث — وشريطة المشروعية فيه قيد على الإرادة العقدية عندما أريد تحريرها من القيود الشكلية ، فحل السبب محل الشكل قيماً على الإرادة في تصرفاتها ، حماية للقواعد الأخلاقية والمصلحة العامة ، ووقاية من المحاذير التي قد تؤدي إليها قاعدة الرضائية في العقود ، تلك القاعدة التي كانت أولى ثمرات مبدأ سلطان الإرادة الذي ظهر إذ ذاك في الأفق القانوني .

١٣٩ — من ذلك يتضح ما كنا أشرفنا إليه في مطلع البحث أن نظرية السبب لا محل لها في غير الالتزامات العقدية ؛ ذلك لأن نظرية السبب إنما خلقت لتسكون وسيلة إلى إبطال عقود والالتزامات ليس من المنطق التشريعي تصحيحها ، ولم يكن يرى مستند قانوني لإبطالها من طريق المحل في ظل مبدأ سلطان الإرادة ورضائية العقد . (١) فهي ، أي نظرية السبب ، جاءت لتحد

(١) فاللزام الملتزم به في مقابل ارتكاب جريمة ، أو بقصد استمرار علاقة غير مشروعة هو محل قابل للالتزام وقد تم فيه التراضي بإرادة حرة . وهذا يقتضي صحة الالتزام بالنسبة إلى هذا المال . لكن بالنظر إلى السبب الباعث أمكن إبطاله لعدم مشروعية الباعث ، وهو الجمل على ارتكاب الجريمة مثلاً .

من طغيان تصرف الارادة الحرة على حدود الأخلاق والمصلحة العامة . وهذا لا يكون إلا في الالتزامات العقدية لأنها هي ميدان تصرفات الارادة ، إذ في الالتزامات الأخرى الناشئة عن مصدر آخر غير العقد لا يلتزم الشخص بإرادته لكي نلتقي على إرادته قيداً موضوعياً يمنعها من تجاوز الحدود ، وإنما يلتزم بناء على واقعة أوجب القانون فيها عليه التزاماً ، سواء أراد هو هذا الالتزام أو لم يرد .

وقد اعتيد في ترتيب نظرية الالتزام العامة إدخال بحث السبب في مباحث نظرية العقد من مصادر الالتزام دون مباحث أحوال الالتزام في ذاته ، لأن تلك الأحوال عامة لا تختص بالالتزام العقدي .

ويتضح أيضاً أن نظرية السبب في مرحلتها الأولى هذه التي أخذ فيها السبب بمعنى الباعث قد كانت ترمى إلى إدخال عنصر أخلاقي في النظام القانوني وهي تتناسب مع النظر إلى الارادة الباطنية في تكوين العقد .

١٤٠ — المرحلة الثانية: أو تيرل مفهوم السبب ونعقده :

بعد تلك المرحلة الأولى التي نشأت فيها فكرة السبب بمفهوم يسوده المعنى الأخلاقي ، ويقع على معنى الباعث الدافع ، ويتطلب في هذا الباعث أن يكون مشروعاً ، بدأ يتسكون حول نظرية السبب في الفقه القانوني نظر آخر يرمى إلى بناء فكرة السبب على أساس موضوعي لا شخصي ، وساعد على ذلك عودة قاعدة الارادة الظاهرة إلى الاعتبار والظهور في ميدان العقد ، حرصاً على استقرار المعاملات ، الى جانب قاعدة الإرادة الباطنة التي تنبأها القوانين ذات الأصل اللاتيني .

فقد لوحظ أن السير وراء البواعث التي هي أمور باطنية من شأنه أن يقلقل استقرار المعاملات ، لتوقف صحتها حينئذ على أمور نفسية خفية ، فينتفي اطمئنان العقائد الى نتيجة عقده مع اناس يجمل بواعثهم وغاياتهم من

التعاقد . وهذا يجر القضاء أيضاً إلى الارتباك في سبيل الكشف عن تلك البواعث والمقاصد الخفية .

ولوحظ أيضاً من جهة ثانية أن نظرية السبب في حدودها الأولى هذه غير كافية لتعليل البطلان في جميع الحالات التي يوجب المنطق القانوني فيها بطلان العقد والالتزامات الناشئة عنه ، وإنما تصلح فقط لتعليل البطلان في الحالات التي يسكون للالتزام فيها غاية ممنوعة بالقانون كتسهيل ارتكاب جريمة مثلاً . أما في الحالات التي يجب فيها بطلان الالتزامات العقدية في النظر القانوني رغم أن كلا منها بمفرده مشروع ، ولا يخرج شيء منها عن دائرة القانون فان نظرية السبب بحدودها الأولى لا تصلح مستنداً لبطلان هذه الالتزامات وعقودها التي أريد بها إنشاؤها .

وهذا كما لو اتفق شخص مع آخر على أن يمتنع عن ارتكاب إحدى الجرائم لقاء مبلغ يدفعه له ذلك الشخص . فمثل هذا التعاقد واجب البطلان أيضاً في المنطق القانوني ، ولسكن الحكم بالبطلان في هذه الحالة ليس من السهولة والوضوح بالدرجة التي نراها في نحو استئجار شخص على ارتكاب جريمة . وفكرة الباعث غير المشروع لا تسعفنا في تعليل ذلك البطلان لأن كلا من الالتزامين المتقابلين (دفع المبلغ ، والامتناع عن فعل الجريمة) مشروع ذاتاً ومحلًا ، بل أحدهما وهو الامتناع عن ارتكاب الجريمة واجب يحتمه القانون على كل شخص ، فبماذا نعلل البطلان في هذه الحال ؟

١٤١ — تبدل مفهوم السبب ونشوء النظرية الانقلابية فيه :

لهذه الاعتبارات التي تسكونت في الفقه القانوني حول نظرية السبب بمفهومه الأول لجأ بعض علماء القانون إلى بناء نظرية السبب على أساس جديد آخر يستند إلى نظر موضوعي على ضوء تلك الملاحظات التي وجهها الفقه القانوني إلى النظرية الأولى . وقد قام الأستاذ القانوني الفرنسي (دومات Domat) في القرن السابع عشر بصياغة نظرية السبب بصياغة جديدة على

الأساس الذى أطلق عليه فيما بعد اسم : النظرية التقليدية Théorie classique

١٤٢ - والسبب هنا فى اصطلاح أصحاب هذه النظرية ليس هو الباعث الدافع كما كان فى نظر السببيين الأوائل من علماء القانون الكنسيين ، بل السبب عند أصحاب هذه النظرية الثانية التقليدية معناه هو السبب الغائى cause finale ويفسرونه بأنه الغاية أو الغرض المباشر directe الذى يريد المتلزم فى الالتزام العقدى حصوله قبل كل غرض آخر . وفى سبيله ومن أجله تحمل الالتزام عن طريق التعاقد ، وهو الذى يصح أن يقع دائماً جواباً لسؤالنا بقولنا : لماذا التزم فلان فى عقده بكذا ؟ وذلك كقبض الثمن بالنسبة إلى البائع ، وكتملك المبيع بالنسبة إلى المشتري فى عقد البيع .

فقبض الثمن هو سبب التزام كل بائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن هذا القبض هو الغرض المباشر الذى يقصد إليه البائع ، ويحققه له عقد البيع .

وتملك المبيع هو كذلك سبب التزام كل مشتر بدفع الثمن ، لأن هذا التملك هو الغرض المباشر الذى يبتغيه المشتري من الشراء ويبتغيه له عقده . أما ما وراء ذلك من مقاصد غير مباشرة أى مما لا يحققه العقد مباشرة ، وإنما ينويه العاقد شخصياً ويهدف إليه فى النهاية من مقاصد مشروعه أو غير مشروعة فتلك هى البواعث الشخصية التى يختلف فيها عاقد عن آخر . وذلك كقصد البائع مثلاً أن يقامر بالثمن ، أو أن يتاجر به فى المواد الجائزة أو الممنوعة ، أو أن يفي به ديناً ، أو يدفعه فى سبيل ارتكاب جريمة إلخ . . . ومثل ذلك مقاصد المشتري الممكنة المختلفة من وراء تملك المبيع ، كما لو كان المبيع بيتاً مثلاً وهو يريد أن يسكنه أو أن يؤجره أو يتخذ منه مركزاً لعصابة إجرام إلخ . . . فكل ذلك وأمثاله بواعث شخصية تدفع صاحبها إلى العقد والالتزام وتختلف باختلاف العاقدين ، وهى نوايا خفية ليست أغراضاً مباشرة ظاهرة من نوع العقد وطبيعته كغرض قبض الثمن ، وملك

المبيع ، فإن هذا غرض مباشر ظاهر من نوع العقد ويحققه كل بيع للتبايعين .

فهذا الغرض الموضوعي المباشر هو المقصود بلفظ السبب لدى أصحاب النظرية التقليدية ، دون الباعث الشخصي الدافع إلى التعاقد ، والمختلف بين عاقد وآخر .

١٤٣ - ومن الواضح أن ذلك الغرض المباشر ليس واحداً في جميع العقود ، بل يختلف في بعضها عنه في بعض آخر . فقبض الثمن مثلاً ، وهو الغرض المباشر للبائع في عقد البيع ، لا يمكن تصوره في الهبة لأنها تبرع . ونية التبرع إذا اعتبرت هي الغرض المباشر للواهب ، أي سبباً لالتزامه اتجاه الموهوب له ، هي أيضاً غير منطبقة على الرهن أو القرض أو الايداع أو الشركة أو الوكالة الخ بيدنا أن نظرية السبب قد أوجدت لتسكون سنداً فنيا قانونياً لبطلان كل عقد إذا تجاوزت فيه الإرادة حدها وطغت على المقاصد التشريعية ، فيجب أن تكون نظرية السبب قابلة التطبيق على كل التزام عقدي مهما كان نوعه ، وأيا كان العقد المنشئ له .

لذلك لجأ أصحاب النظرية التقليدية في السبب إلى تصنيف العقود أنواعاً عديدة ، يشتمل كل نوع على زمرة من العقود تجمع بينها صفة مشتركة وحددوا في كل نوع سبب الالتزام بصورة تتفق في أفراد النوع وتختلف ما بين نوع ونوع من العقود .

١٤٤ - ما هو سبب الالتزام في كل نوع من العقود :

وهكذا رسموا للسبب صوراً شتى مضطربة موزعة على العقود فقالوا :
(١) في العقود الملزمة لجانبين كالبيع والاجارة والصلح يعتبر سبب التزام كل جانب هو الالتزام المقابل له من الجانب الآخر . فالتزام المستأجر بالاجرة مثلاً سببه التزام المؤجر بتسليم المنفعة والتمكين منها ، وهكذا . . .

(٢) وفي العقود الملزمة لجانب واحد يحددون السبب كما يلي :

١ - إذا كان العقد عينياً (قرصاً أو إعاره أو إيداعاً أو رهن حيازة) يعتبر سبب التزام المستلم بالرد هو تسلمه . فهذا التسلم هو غرضه المباشر الذي يلتزم لاجله برد ما يقبض .

ب - وإن كان العقد رضائياً ففيه أيضاً تفصيل : فإن كان وعداً يبيع أو إجارة أو نحوه كان سبب التزام الواعد هو إتمام العقد الموعد به . وهو سبب احتمالي قد يتحقق أو لا يتحقق .

وإن كان تعهداً بوفاء دين فسبب الالتزام هو وجود دين يريد المتعهد وفاءه .

(٣) وفي التبرعات كالهبة يعتبر سبب التزام المتبرع هو نية التبرع .

(٤) وفي عقود التفضل كالوكالة والكفالة بلا أجر يعتبر سبب الالتزام هو إسداء خدمة للدائن .

١٤٥ - يتضح من ذلك أن السبب في النظرية التقليدية يتصل بموضوع العقد اتصالاً وثيقاً ، ومن ثم كان سبباً موضوعياً لا شخصياً . وهو لذلك ثابت لا يتغير في زمرة العقود التي هي من نوع واحد ، ولا يختلف باختلاف العاقدین ومقاصدهم ، وإنما يختلف باختلاف نوع العقد أي ما بين زمرة وزمرة . وهو معلوم مقرر لكل عقد قبل التعاقد بحسب موضوعه النوعي . وهذا بعكس الباعث الدافع في كل هذه الصفات والخصائص .

وعلى هذا يمكن أن يقال : إن سبب الالتزام العقدي في النظرية التقليدية هو في الحقيقة : **النوعية** للعقد منظوراً إليها من زاوية الالتزام الاسامي الذي يحمله أحد العاقدین لامن زاوية العقد كله بمجموع نتيجته . فالغاية النوعية للعقد تتعلق بالعاقدین معاً وبمجموع حقوقهما والتزاماتهما الأساسية التي جعل العقد المعين طريقاً لإنشائها ؛ وهي الموضوع (١) المحدد

(١) أنظر ما قدمناه في أول بحث المحل عن موضوع العقد والفرق بينه وبين المحل .

سلفاً لكل عقد من العقود المسماة . فالشطر الذي يتعلق بأحد العاقدين من تلك الغاية النوعية للعقد هو سبب التزام ذلك العاقد في نظر أصحاب النظرية التقليدية .

ونود أن نلاحظ هنا أن إطلاق لفظ السبب على هذا المعنى هو تسمية مشتبهة غير موفقة . أورثته كثيراً من الشبهات والاختلاط ، وأحوجته إلى كثير من التجلية والإيضاح الذي زاد النظرية التقليدية تعقيداً ، وكانت هذه التسمية فيما نرى من العوامل المغذية لما ثار حول هذه النظرية من جدل عنيف ، وغبار كثيف .

١٤٦ - ركنية السبب وسريظته في النظرية التقليدية:

تعتبر النظرية التقليدية السبب ركناً في الالتزام ، وتشتط فيه المشروعية . فلا بد لقيام الالتزام من وجود سبب له ، لأن الشيء لا يقوم دون ركنه . ولا بد من أن يكون السبب مشروعاً ، لأن غير المشروع كالمعدوم اعتباراً . والنتيجة أن الالتزام العقدي إذا بطل لعدم وجود سبب له أو لعدم مشروعية ذلك السبب بطل العقد الذي أريد به إنشاء ذلك الالتزام .

فمفكرة السبب بقيت في النظرية الثانية التقليدية ، كما كانت في النظرية الأولى ، قيداً للإرادة العقدية التي أطلقت من عقال الشكلية ، ووسيلة لإبطال العقود التي تشذ فيها إرادة العاقد عن جادة النظام والأخلاق . وإنما تبدل في السبب مفهومه ومبناه : فكان الباعث الشخصي الدافع ، فأصبح الغرض الموضوعي المباشر .

وقد ضربت النظرية التقليدية مفكرة الباعث الدافع من الأساس . فمضى وجد سبب للالتزام بالمعنى المشروع في النظرية التقليدية وهو الغرض الموضوعي المباشر ، وكان مشروعاً صح العقد وقام الالتزام ولو كان الباعث غير مشروع .

فمن أجر بيتنا ، أو أقرض مبلغا . أو تبرع ، وكان السبب الموضوعي موجوداً حقيقة ومشروعاً ، (وهو هنا في هذه الأمثلة قصد قبض الأجرة ودفع مبلغ القرض على أساس الاسترداد ، ونية التبرع) فالعقد صحيح والتزاماته قائمة معتبرة ، ولو كان الباعث على عقد الإيجار جعل البيت مقراً للدعارة أو إيواء المجرمين والباعث على القرض المقامرة ، والباعث على التبرع التشجيع على جريمة أو استمرار علاقة غير مشروعة ، لأن هذه البواعث في نظر أصحاب النظرية التقليدية ، مآرب شخصية باطنية خارجة عن نطاق التعاقد ، أي لا يلمس لها أثر في دائرة العقد وعناصره من رضى طرفين ومحل ، كما أن تلك البواعث الشخصية غير ثابتة بل مختلفه متبدلة ما بين شخص وآخر ، بل قد تتبدل في نفس الشخص الواحد بعد العقد ، فلا يقام لها وزن ، ولا تقلق لأجلها المعاملات .

١٤٧ - عدم وجود السبب :

ويصور أصحاب النظرية التقليدية عدم وجود السبب بحالات عديدة معظمها يظهر فيها التكاليف والتحمل ، نجتزئ منها بالأمثلة التالية :

- (١) إذا تخارج وارث مع آخر يعتقد أنه وارث ، ثم ظهر أنه غير وارث
- (٢) إذا صالح الوارث الموصى له عن الوصية ، ثم تبين أن الموصى راجع عن وصيته .

- (٣) إذا انفق مدين مع دائئه على تجديد دين ، ثم تبين أن الدين القديم قد انقضى أو أنه باطل لعدم السبب ، وفي النتيجة يعتبر العقد باطلا . لأن كل التزام إرادى لا بد له من سبب بمقتضى النظرية التقليدية .

١٤٨ - ملاحظة :

يتضح مما تقدم أن التصرف العارى عن السبب غير مقبول في ظل نظرية

السبب التقليدي. وهذا يسمى في الاصطلاح القانوني: **التصرف القانوني المجرد** وذلك مثلاً كالتعهد بدفع مبلغ بلا سبب .

وهذا غير ما لو كان الدفع على سبيل التبرع ، لأن نية التبرع عندئذ هي سبب له كما تقدم . والمراد به أيضاً غير ما لو كان السبب ليس بمذكور أو ليس بمعلوم لأنه حينئذ يفرض أن له سبباً وإنما المراد أن يثبت كونه بلا سبب . وهذه قضية **إثبات عدم السبب** ، وععبه الإثبات فيها يقع على عاتق الملتزم المدين وبهذا جاءت المادة /١٣٨/ من القانون المدني السوري كما سيأتي .

وزمرة القوانين الجرمانية التي تغلب اعتبار الإرادة الظاهرة في التصرف تقبل مبدأ التصرف المجرد لأنه أدعى إلى استقرار المعاملات .

وقانوننا السوري وأصله المصري الجديد لم يأخذ بمبدأ التصرف المجرد جرياً مع زمرة القوانين اللاتينية إلا استثناء . ويرى مثال هذا الاستثناء في الإنابة في الوفاء ، فقد اعتبر القانون التزام المناب في وفاء الدين تجاه المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه تجاه المنيب باطلاً (رقم /١٣٧/ ٣٥٩)

١٤٨ - عدم مشروعية السبب :

أما عدم مشروعية السبب فمعناها مخالفته للآداب أو النظام العام (١) ومن أمثلة عدم مشروعية السبب أن يتعهد شخص لآخر بدفع مبلغ مقابل ارتكاب جريمة يريد بها الأول . فالمبلغ محل مشروع ، أما فعل الجريمة فغير مشروع ، وهو سبب للالتزام المقابل بالمبلغ لما رأينا من أن سبب كل من الالتزامين في العقود الملزمة لجانين — ومنها المعاوضة — وهو الالتزام المقابل . فيبطل الالتزام بفعل الجريمة لعدم المشروعية ، وبطلانه يوجب

(١) سبق أن بينا في بحث محل العقد أن الآداب العامة تدخل في النظام العام فلا حاجة إلى قرننها به في الذكر دائماً كما اعتادته أقلام القانونيين . فإذا أريد ذكرها معه في بعض المناسبات رغبة في التوضيح فينبغي أن تذكر الآداب أولاً ثم يعطف عليها النظام العام ليكون ذكره بعدها مفيداً من قبل التعميم بعد التخصيص ، كي لا يكون ذكرها بعده تكراراً .

بطلان الالتزام المقابل بالمبلغ رغم مشروعيته لأنه يصبح بلا سبب ، وفي النتيجة يبطل العقد .

أما إذا تعهد شخص بمبلغ لآخر لقاء عدم فعل جريمة ينويها ذلك الآخر ، فالالتزام بالمبلغ أيضاً يعتبر باطلاً ، ولكن العلة هي عدم وجود السبب في كلا الالتزامين . ذلك لأن الشخص مكلف بالامتناع عن الجريمة بحكم القانون دون حاجة إلى عقد ، فالزام بهذا الامتناع من الوجهة العقدية عدم ، فيبقى الالتزام بالمبلغ دون سبب ، فيبطل (١) .

هذه مباني النظرية التقليدية في السبب وخلاصتها ، كما صاغها الأستاذ دوما الفرنسي في القرن السابع عشر الميلادي بعد أن تركزت في الفقه القانوني قبله خلال عدة قرون ، ودعمها وشرحها من بعده طائفة من القانونيين كالأستاذ بوتيه Pothier . وقد سادت هذه النظرية الفكر القانوني حتى انتقلت في الحقوق الحديثة إلى القانون المدني الفرنسي الذي وضع في عهد نابوليون ، ومنه إلى القانون المصري القديم .

١٤٩ - الانتقادات التي هوجمت بها النظرية التقليدية في السبب

بعد أن أخذت النظرية التقليدية في السبب مركزها في القانون الفرنسي الحديث ، وانتقلت من حين النظريات إلى حين التقنين ، وبسطت بذلك سلطانها الفعال قوة تشريعية ، ظهرت مساوئها وضيقها وعقمها في التطبيق ، وبدأ يتكون في الفكر القانوني حولها إحساس عميق بأنها نظرية خيالية استعمرت الفكر القانوني قروناً بطريق التقليد بقوة الاستمرار ، وأنها نظرية أقرب إلى الأوضاع الشكلية الجوفاء منها إلى الحقائق الجوهرية .

وقد بدأ الثورة على هذه النظرية الأستاذ البلجيكي أرنست Ernst

(١) هذا ما نراه الوجه الصحيح في تخريج هذه الصورة ، خلافاً لما يقال أن البطلان هنا لعدم مشروعية السبب ، لأن الامتناع عن فعل جريمة هو المشروع ولكن الالتزام به من طريق العقد غير منعقد لأنه تحصيل حاصل .

سنة ١٨٢٦/ ثم تلاه النقاد حتى تركزت حملة النقد الحاسمة فيما كتبه الأستاذ الفرنسي بلانيول، فكان المعول الذي قوض أركانها، وبين فسادها في ذاتها وعدم فائدتها لأن القواعد الأخرى المقررة في نظرية الالتزامات تغني عنها :
(١) فهي فاسدة لما يلي :

- ١ - في العقد الملزم للجائين لا يصح القول بأن كلا من الالتزامين المتقباين سبب للآخر، لأنهما ينشآن معاً بالعقد، والسبب يجب أن يتقدم المسبب.
- ٢ - وفي العقد العيني يقولون أن سبب التزام مستلم العين بالرد هو التسليم الواقع إليه، بينما هذا التسليم في العقد العيني عنصر متمم للعقد المنشئ للالتزام، فهو جزء من مصدر الالتزام وليس غرضاً مباشراً كما يفسرون السبب لديهم، فهنا يختلط السبب بالمصدر.
- ٣ - وفي عقد التبرع يقولون أن سبب التزام المتبرع هو نية التبرع، وهذا لا معنى له لأن نية التبرع في ذاتها لا قيمة لها إذا لم تقترن بالعوامل التي دفعت إليها (١)

(ب) ثم إن نظرية السبب غير مفيدة لأنها مستغنى عنها بالقواعد الأخرى :

- (١) قدرد على هذه النقطة بأن لنية قيمة على كل حال متى صاحبت الفعل بقطع النظر عن العوامل والبواعث الدافعة إليها.
- فالأحسن في الرد فيما نرى أن يقال : أن نية التبرع لا تصلح أن تعتبر سبباً بالمعنى الذي يقصده السببيون وهو الغرض المباشر :

- (١) لأن غرض المتبرع ليس هو النية بل حصول التبرع.
- (ب) ولأنهم يوجبون في الالتزام وجود سبب وبطلون الالتزام عند عدمه . ومعنى ذلك أن السبب بمعناه لديهم يتصور فيه الوجود والعدم . فكيف يمكن في عقد التبرع عدم نية التبرع مع افتراض أنه تبرع !! اللهم إلا أن يكون العقد صورياً، لكن المفروض في نظرية السبب انطباقها على جميع العقود الحقيقية .

ويقول الأستاذ كاربوني carbouien عميد كلية الحقوق الحالي في جامعة بواتيه بفرنسا في محاضراته غير المطبوعة لهذا العام ١٩٥٤ عن نظرية السبب : أن النية عنصر في التراضي وليست سبباً، وإلا ساغ القول، بناء على هذه النظرية، أن سبب الالتزام في عقد البيع أيضاً هو نية لإجراء بيع :

L'intention est un élément du consentement, et pas une cause. On peut dire — d'après cette théorie — que la cause dans la vente aussi est l'intention de faire une vente.

١ - ففي العقود الملزمة للجانبين يكفي أن نقول أن الالتزامين المتقابلين مترابطان بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الآخر . ففكرة الارتباط هذه وهي فكرة صحيحة واقعية ملحوظة في هذه العقود تغني عن فكرة السبب المخترعة .

٢ - في العقود العينية وعقود التبرع لا يتصور انفكك السبب بالمعنى الذي يصورونه - وهو التسليم في الأولى ونية التبرع في الثانية - عن العقد . فعدم السبب معناه عدم العقد ، فلا حاجة إلى تعليل بطلان الالتزام بعله عدم وجود السبب مادام العقد ذاته غير موجود (ر : الوسيط المستأنس العلامة السهروري ف/٢٧٢) .

ويخلص خصوم نظرية السبب من تلك الانتقادات إلى نتيجة هي وجوب الاستغناء عن هذه النظرية ، وحذف نصوصها من القانون .

١٥١ - وقد دفع السببيون من أنصار النظرية التقليدية في وجه تلك الانتقادات التي وجهها اليها خصومها برودود حاولوا بها دعم النظرية . وتبنى الأستاذ كاييتان من المعاصرين حملة الرد انتصاراً للنظرية ، كما تبني قبله بلانيول حملة النقد .

ولئن أظهرت الردود ضعف بعض الانتقادات (١) فإنها لم تستطع أن تثبت صحة النظرية وفائتها وعدم إمكان نقضها من وجوه أخرى .

ولذا لجأ الأستاذ كاييتان إلى تعديل في النظرية . فهو يرى مثلاً أن سبب الالتزام في العقد الملزم لجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته ، بل هو

(١) وهو الانتقاد الأول الذي يبتنى على أن السبب يجب أن يتقدم على السبب . فقد ردوا على هذا الانتقاد بأنه إما يصح لو كان السبب الذي تعنيه النظرية هو السبب المنشئ ؛ أي المصدر المولد للالتزام . ولكن اصطلاح النظرية في السبب أنه بمعنى المقصد المباشر كما سلف إيضاحه . وبهذا المعنى لا مانع من أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين في العقود الملزمة لجانبين مقصداً مباشراً للالتزام الآخر .

أقول : أن هذا هو الرد الوحيد السديد من بين الردود التي رد بها السببيون على انتقادات الأستاذ بلانيول . ولكنهم واقعون فيما ردوا عليه ، فهم لم يستطيعوا أن يمتنعوا معنى السبب المنشئ في تفسير نظرهم : ألا ترى أنهم حددوا السبب في العقود العينية بأنه تسليم العين ، وفي التبرعات بأنه إرادة التبرع وفي كليهما معنى من المصدر المولد أو السبب المنشئ !!

تنفيذ هذا الالتزام . وينفذ من هنا إلى قاعدة حق الفسخ في العقود الملزمة لجانبين إذا امتنع أحد التعاقدين عن تنفيذ التزامه ، فيزعم أن حق الفسخ الممنوح قانوناً للعقود الآخر في هذه الحال مبني على نظرية السبب (١) وهكذا يحاول السببيون أن يقيموا لنظرية السبب التقليدية دعائم من أوهام ، ويجعلوا منها بطريق الخيال جملة عصية للالتزام !! وهم يرقعونها على الدوام ، ولكن فساد الأساس يأتي عليها التماسك .

هذا ، وقد رأينا في ردود الأستاذ بلانيول أن فكرة الارتباط السكائن بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين كافية لربط مصير كل من الالتزامين بمصير الآخر ، ومن هذا المصير حق فسخ العقد ، والدفع بعدم التنفيذ عند تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه . ولكن السببيين يقولون : ما الذي أوجد هذا الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم لجانبين لا شك في نظرهم أن الذي أوجده هو السبب .

والجواب أن هذا الارتباط قد أوجده العقد نفسه ، وإلا فما معنى العقد ؟ إن موضوع البحث في التزامات عقدية لا في التزامات فردية . فمن طبيعة العقد ، وهو الاتفاق الذي أنشأ تلك الالتزامات المتقابلة معاً ، أن يربط هذه الالتزامات بعضها ببعض ، لأن العقد رباط ، ففيه الكفاية لتعليل هذا الارتباط دون حاجة إلى التعليل بأي سبب آخر . فكم ينشئ العقد تلك الالتزامات المتقابلة ينشئ بينها التلازم .

١٥٢ - المرحمة الثالثة : أوجع الجواهر الفضائي بالسبب إلى

فكرته الأولى الصحيحة :

في خلال تلك المعركة المحتدمة بين خصوم نظرية السبب وأنصارها ، اتضح أن نظرية السبب التقليدية قد حولت السبب عن فكرته الأولى النفسية

(١) يلحظ هنا أن قاعدة الفسخ عند الامتناع عن التنفيذ مقررة في الفقه القانوني والتقنينات قبل أن يلبأ الأستاذ كايثان أخيراً إلى تحويل معنى السبب في العقود الملزمة لجانبين من الالتزام المقابل إلى تنفيذه ، فكيف تكون قاعدة الفسخ مبنية على نظرية السبب ؟

التي كانت قيماً حكيماً ورقيباً عتيداً على اتجاه الإرادة العقدية لمنع استهتارها ولضمان بقاء نشاطها ضمن الأهداف المشروعة ، كي لا تتخذ من الحرية ومبدأ الرضاية ميداناً للشذوذ ، فاستبدلت النظرية التقليدية بفكرة الباعث الدافع هذه فكرة أخرى موضوعية جامدة هي أقرب إلى تحديد معاني العقود منها إلى تقييد الإرادة العقدية .

وقد وجد القضاء الفرنسي في النظريات التقليدية نقصاً وجوداً يحولان دون استجابتها لمقتضى المصلحة العامة ، لا سيما بعد أن استقر الرأي الحديث في مبدأ سلطان الإرادة على أنه مبدأ غير مطلق ، وأول قيوده النظام العام . لذلك اتجه الاجتهاد القضائي في فرنسا اتجاهاً آخر يرجع بالسبب إلى فكرته الأولى ، فيقيّد الاتجاه الذي تجرى فيه الإرادة العقدية ، ويعيد إلى فكرة الباعث الدافع قيمتها الاعتبارية التي سلبتها إياها النظرية التقليدية . وهكذا تكونت في الاجتهاد القضائي نظرية ثالثة حديثة هي النظرية القضائية تفسر السبب بما يشمل معنى الباعث ، مستفيدة من إطلاق كلمة السبب الواردة في المواد/ ١١٣١ - ١١٣٣ / من القانون المدني الفرنسي . فهذه المواد لم يفسر فيها السبب تفسيراً يحصره بحدود النظرية التقليدية ، ويمنع اعتبار الباعث الدافع .

١٥٣ - تحديد معنى الباعث وما يشترط فيه :

المراد بالباعث في النظرية القضائية هو الغاية النهائية الدافعة التي حملت المتعاقد على التعاقد .

هذا الباعث يجب أن يكون مشروعاً وإلا بطل العقد . ومعنى مشروعيته أن لا يكون مخالفاً للآداب العامة والنظام العام . فإذا تعددت البواعث في العقد الواحد ، كما لو كان قصد البائع بعد قبض الثمن (وهو الغرض المباشر بحسب النظرية التقليدية) أن يتاجر بجانب من الثمن في مواد جائزة أو ممنوعة ، وأن يوفى منه دنيا ، ويتخذ خلية أو حلية ويؤسس مكتبةً للسمرسة في شئون مختلفة إلخ . .

فالعبرة عندئذ المباعث الرئيسى فهو الذى يجب أنه يكون مشروعاً :
 والباعث بهذا المعنى لا يبحث عن وجوده وعدمه - كما تشترط النظرية
 التقليدية وجود السبب - لأن كل عقد لا يخلو عن باعث دفع بالعاقدة إلى
 التعاقد ، وإنما يبحث عن مشروعيته .

١٥٤ - لكن بطلان العقد عند عدم مشروعية الباعث إذا جرى على
 الإطلاق كان منافياً لاستقرار المعاملات ، ذلك لأن هذا الباعث أمر خفى
 فهو نية باطنة لدى أحد المتعاقدين قد يصعب أو يتعذر على الآخر معرفتها .
 وبذلك لا يستطيع عاقد أن يطمئن إلى نتيجة عقده ، بما يمكن أن يظهر فيما
 بعد من بواعث لدى المتعاقد الآخر . وقد رأينا أن هذا المعنى كان من جملة
 العوامل على ظهور النظرية التقليدية التى ضربت فكرة الباعث الشخصى
 وهى النظرية الأولى فى السبب - وأحلت محلها فكرة الغرض المباشر
 الموضوعى (ر : ف / ١٣٩)

فلا بد من قيد يقي من هذا المحذور عندما تراءد العودة إلى اعتداد الباعث .
 لذلك استقر الاجتهاد القضائى على أن الباعث غير المشروع لا يكون سبباً لبطلان
 العقد إلا إذا كان معلوماً لدى المتعاقدين الآخر فإذا كان هذا عالماً كان معاوفاً
 وكان البطلان جزاء عادلاً لم يفاجئه من ممكن ، ولم يأت به من مأمّن .

وللقضاء فى فرنسا وكذا فى غيرها تطبيقات كثيرة لنظرية الباعث هذه
 فى مختلف أنواع العقود ولاسيما فى التبرعات . فقد أبطل القضاء عقوداً من
 النوع الملزم لجانبين لأنها تدور حول إنشاء بيوت العهر والقمار ، كما أبطل
 التبرع الذى ابتغى به إنشاء خلافة مع خليفة ، أو استمرارها ، أو أوصلها بعد
 انقطاع . وأبطل أيضاً تبرع أحد الزوجين للآخر لخله على الانفصال الودى ،
 وتبرع الرجل لامرأة بشرط أن لا تتزوج إذا كان الشرط هو الباعث على
 التبرع . (ر : د الالتزامات ، الجديد للاستاذ أنى ستيت ف / ٢٣٢) .

وهكذا شقت النظرية القضائية طريقاً للخروج بالسبب من نطاق
 الفكرة السقيمة العقيمة التى تقوم عليها النظرية التقليدية وتجعل من السبب

نظاماً آلياً جامداً في العقود ، فنقلته النظرية القضائية إلى فكرة جوهرية منتجة تتصل بأهداف التعاقد وال النظام العام ، وأصبحت هذه النظرية هي السائدة اليوم ، واتجه إليها التقنين العصري .

١٥٥ — النظرية القضائية تكميل للتقليدية ، لا بدل منها :

هذا ، وإن النظرية القضائية في السبب هي في نظر المحققين من علماء القانون تكميل للنظرية التقليدية ، وتعديل توسيعي لها عن طريق اعتبار الباعث الدافع إلى جانب الغرض المباشر الذي رسمته النظرية التقليدية ، فالنظرية القضائية لم تخرج الغرض المباشر — بمعناه في النظرية التقليدية — من دائرة الاعتبار وتستبدل به الباعث الدافع كما أخرجت النظرية التقليدية الباعث . وإنما أضافت النظرية القضائية في تفسير السبب فكرة الباعث إلى الغرض المباشر . ومن ثم يرى المحققون أن النظرية القضائية الحديثة في السبب هي تكميل للنظرية التقليدية لا نسخ لها وقضاء عليها .

وهذا صحيح في نظرنا لأن نصوص القانون الفرنسي في المواد /١١٣١-١١٣٣/ إنما تمشي مع النظرية التقليدية التي كانت عند وضع القانون هي السائدة بلا منازع ، وأراد واضع القانون تقنينها بهذه النصوص . والقضاء يستطيع بالاجتهاد أن يستكمل معاني لم يمنعها النص . ولا يستطيع أن يلغى ما تناوله النص .

لكن النظرية القضائية تعني عن التقليدية لأن فكرة الباعث ومشروعيته أوسع مدى في إبطال العقود المخالفة للنظام من طريق النظر إلى الباعث ، وهي الطريق المعقولة التي تحد من النزعة المادية المفرطة في القانون بما يدخله اعتبار الباعث الدافع من عنصر خلقي ومصلحي في نظام التعاقد ، وهو القيد الصحيح الواجب إلقاؤه على الإرادة العقدية بعد تحريرها من قيد الشكليات الفارغة وذلك لكي لا تكون حرية الإرادة عامل فساد اجتماعي بما تنطوي عليه

بعض الإرادات من شذوذ فثل هذا الشذوذ لا ينبغي أن يتخذ من نظام التعاقد حصناً له ويسخر القانون لحمايته .

ويذهب بعض علماء القانون وفي طليعتهم جوسران في الجمع بين النظريتين إلى الازدواج في معنى السبب : فالغرض المباشر بمعناه المشروع في النظرية التقليدية هو سبب الالتزام ، أما الباعث المقصود بالنظرية القضائية الحديثة فهو سبب العقد .

وبهذا الازدواج أخذ القانون اللبناني (قانون الموجبات والعقود) في المادة / ١٩٤ / منه .

رأينا في نظرية السبب

١٥٦ — قدمنا أن منشأ فكرة السبب كان منبعثاً من الحاجة القانونية إلى تقييد الإرادة العقدية عندما أخذ مبدأ سلطان الإرادة ورضائية العقد في الظهور لأول مرة على مسرح العقد في أوروبا ، وأصبحت الشكلية في العقد استثنائية بعد ما كانت هي الأصل .

والمنطق العقدي في ذاته لا يستدعي فكرة السبب كما يستدعي وجود إرادة وأهلية ، ومحل ذي قابلية . وإنما نشأت نظرية السبب عند نشوء نظرية سلطان الإرادة ورضائية العقد لتكون لجاماً يلجم تلك الإرادة عن أن تجمع وتستغل حريتها في الشذوذ إلى طريق يخرج عن نطاق تنظيم الحقوق إلى نطاق من المفاسد الاجتماعية ينافي غاية التشريع في التنظيم والضبط ، ويتسلح بما يمنح للعقد من حرمة ، ولإرادة العاقد من احترام .

ولذا نشأت نظرية السبب لتقييد الإرادة العقدية ، ولتكون سنداً لإبطال العقد إذا ابتغى به غير ما شرع له من الأهداف الصالحة المحترمة . وبناء على ذلك يجب أن تكون فكرة السبب موصلة إلى تحديد اتجاهات إرادة العاقدين وأهدافهما الشخصية التي يمتطيان العقد إليها . وهذه هي الفكرة المعقولة التي قامت عليها نظرية السبب في مرحلتها الأولى على يد علماء القانون من رجال الدين في أوروبا عندما أسسوا نظرية السبب على معنى الباعث

الدافع إلى التعاقد وأوجبوا فيه أن يكون مشروعاً . فكما يكون القانون حماية للإرادة العقدية يجب أن يكون في الوقت نفسه حماية لمقاصد التشريع والمصالح الأخلاقية من طغيان تلك الإرادة وشذوذها .

١٥٧ - - لسكن النظرية التقليدية التي كانت المرحلة الثانية لفكرة السبب قد خرجت به عن معناه المعقول المناسب مع غايته تلك ، وأعطته معنى مضطرباً يختلط بمعنى الغاية النوعية للعقود ، ويختلف في كل طائفة منها (١) ويتجلى فيه الوهم والعقم .

ففكرة السبب كما تصوره النظرية التقليدية لا يحتاج إليها النظام القانوني في العقد أصلاً وهي نظرية طارئة كان النظام القانوني مستغنياً عنها ، فيمكن أن يظل مستغنياً . وخصوصاً نظرية السبب التقليدية يبرهنون على عدم فائدتها ويبطلون العقود التي وضعت هذه النظرية الوهمية لإبطالها دون استناد إلى السبب .

١٥٨ - والواقع أن نظرية السبب التقليدية إن دلت على شيء فإنما تدل على ضيق في زاوية النظر القانوني لدى مبتدعيها ومتبعيهم الذين لم يستطيعوا أن يروا الطريق الطبيعية القرني للوصول إلى النتائج المقصودة في نظام العقد ، فسلسكوا طريقاً بعيدة وعرة مضللة ، وأضاعوا جهودهم عبثاً في تعبيدها .

(١) لإيضاح ذلك أن أصحاب النظرية التقليدية أرادوا صرف النظر عن الباعث على التعاقد وأن يحددوا سلفاً لكل التزام عقدي سبباً موضوعياً بمعنى الغرض المباشر بالنسبة إلى كل عقد ، وإذا كانت الالتزامات في العقود كثيرة متنوعة قسموا العقود ثلاث زمر (معاوضات وتبرعات وعقود عينية) وجعلوا الالتزام في كل رمز سبباً ثابتاً مستمداً من موضوع العقد ثابتاً في عقود كل زمرة ومختلفاً بالنسبة إلى الزمر الأخرى كما تقدم (ف/ ١٤٢) فتعقدت فكرة السبب وتنوع معناه وهذه أهم نقاط الاقتراق بين السبب بمعنى الباعث والسبب بمعنى المقصد المباشر الذي عليه النظرية التقليدية . فالباعث لا يمكن تحديده سلفاً قبل التعاقد لأنه دافع شخصي متغير لا ينحصر ، وإنما يحدد بعد التعاقد ، بخلاف المقصد المباشر لأنه متصل بموضوع العقد .

ومن ثم يظهر عدم فائدة نظرية السبب التقليدية ، لأن اشتراط المشروعية في موضوع العقد وبحله يغني عنها . وهذا ما سلكه الفقه الإسلامي كما سنرى .

ونعيد إلى المذاكرة التمييز بين الموضوع والمحل كما سلف لإيضاحه في بحث محل العقد .

وإيضاح ذلك أن النتيجة الأصلية المقصودة من نظرية السبب إنما هي التوصل إلى إبطال بعض العقود التي يتوافر فيها ركن الإرادة ولا يجوز في المنطق التشريعي إقرارها .

والنظر السديد في ذلك هو أن يسلك أقرب الطرق إلى هذه الغاية وهو طريق شرائط الانعقاد في العقد نفسه . فشرائط الانعقاد تحت تصرف الشارع يستطيع أن يزيد فيها فيقيّد الإرادة العقدية أو ينقص فيطلقها بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة وسياسة التشريع . وهذا هو المسلك الطبيعي المباشر أن تعالج صحة العقد وبطلانه من طريق شرائط العقد نفسه .

ولكن السببيين أصحاب النظرية التقليدية لم يسلكوا هذا المسلك الطبيعي المعقول ، بل لجأوا إلى إبطال هذا النوع من العقود من طريق أثرها وهو الالتزام ، لامن طريق شرائطها . فهم يسرون في البطلان من الفرع إلى الأصل لا من الأصل إلى الفرع . وهذا في نظرنا هو نقطة الانطلاق في فساد مبنى نظرية السبب التقليدية .

وهكذا خلقوا للالتزام العقدي ركناً أسموه **السبب** بالمعنى الذي تقدم شرحه وهو الغرض المباشر ، مع أن الالتزام أثر لمصدره وهو العقد ، ولا يعقل أن يكون الركن للأثر بل للمصدر . وهذا من عيوب نظرية الالتزام العامة وفساد ترتيبها وصياغتها (ر : « التصرف القانوني المجرد » ، للدكتور محمود أبي العافية في الخاتمة ص ٣٠٥ - ٣٠٧)

وقد ساعد على تضليل فكرهم حالات يكون فيها العقد قد توافرت مقوماته وشرائطها بحسب الظاهر ، ورغم ذلك يجب بطلانه ، كتعهد بمبلغ لقاء الامتناع عن ارتكاب جريمة . فركن الإرادة حاصل بالتراضي ، وأهلية المتعاقدين متوافرة والمحل ممكن ومشروع ، وهو عدم ارتكاب الجريمة من جانب ودفع المبلغ من الجانب الآخر .

فما السبيل القانونية لبطلان مثل هذا العقد ؟

لا سبيل في نظرهم إلا من طريق ما أسموه سبب الالتزام كما تقدم ، لتوافر الشرائط في جميع نواحي العقد. وهذا دليل ضيق الفكر كما قلنا ، فقد فاتهم أن شرائط الانعقاد لا ينحصر تعلقها في الرضى والعاقدة والمحل ، بل كل ناحية ذات صلة بالعقد يمكن أن يلقي التشريع عليها ما يشاء من شرائط كموضوع العقد وباعثة على ما سنرى .

١٥٩ - منطقية الفقه الإسلامى في هذا المقام :

والفقه الإسلامى قد سلك الطريق القويمية في إبطال هذه العقود التى جاءت نظرية السبب التقليدية في الفقه الأجنبى لإبطالها ، فقد توصل الفقه الإسلامى بمنتهى السهولة والبساطة إلى الحكم ببطلانها من طريق شرائط انعقاد العقد رغم توافر ركن الإرادة وشرائطها في هذه العقود .

ولنأخذ أبرز الأمثلة العقدية التى يظن أنها تستعصى على البطلان لولا نظرية السبب التقليدية ، وننظر كيف يبطلها الفقه الإسلامى من طريق شرائط العقد ، وهما الاتفاق على دفع مبلغ لقاء ارتكاب جريمة ، أو لقاء الامتناع عن ارتكابها :

١٦٠ - (١) فالمثل الأول (وهو الاتفاق على دفع مبلغ لقاء ارتكاب جريمة) يوجب الفقه الإسلامى فيه بطلان العقد لفقدان بعض شرائط المحل ، إذ يشترط في محل العقد أن يكون مشروعاً وارتكاب الجريمة ممنوع فيبطل العقد . وببطلانه يبطل التزام العاقدة بدفع المبلغ لأن صحة الالتزام العقدى فرع عن صحة العقد الذى ينشئه ، فإذا بطل الأصل بطل الفرع . وهذا كما ترى منطق سديد في غاية الإنسجام .

لسكن السببيين في الفقه الأوروبى يقولون :

إذا كان التزام المتعهد بارتكاب الجريمة باطلا لعدم مشروعية محله . فإن التزام الطرف الآخر بدفع المبلغ محله ذلك المبلغ ، وهو محل مشروع فكيف يمكن الحكم ببطلانه لولا نظرية السبب ؟

والجواب أن الملتزم بالمبلغ لم يلتزمه بإرادة منفردة بل بإرادة عقدية ، فلا يصح أن ننظر إلى التزامه منفرداً بل في إطار العقد . فإذا انهار هذا العقد سقط جميع ما كان ضمن إطاره ، كما تموت جميع فروع الشجرة بقطع جذعها . ونقطة الخطأ عند السببيين أنهم يحاولون تحليل بطلان الالتزامات العقدية كلا بمفرده ويقطعون النظر عن ارتباطها بالمصدر المنشئ . وهو العقد ثبوتاً وسقوطاً كارتباط الفرع بأصله . ومن هنا يتجلى ما أسمىناه : ضيق الفكر في نظرية السبب التقليدية .

١٦١ - (ب) والمثل الثاني (وهو الاتفاق على دفع مبلغ لقاء عدم ارتكاب جريمة) تتجلى فيه وفي نظائره عند السببيين الحاجة المبرمة إلى نظرية السبب ولا يمكن في نظرهم بطلان العقد فيه دون الاستناد إلى تلك النظرية لأن محل الالتزامين المتقابلين فيه محل مشروع (دفع مبلغ ، وعدم ارتكاب جريمة) .

هذا العقد يبطله الفقه الاسلامي من طريق شرائط الانعقاد أيضاً بمنتهى السهولة والبساطة ، لأن من شرائط انعقاد العقد في الفقه الاسلامي أن يكون العقد صفيحاً . ومعنى كونه صفيحاً أن يكون العقد على تقدير صحته محققاً لموضوعه أي أن تكون له في نطاق موضوعه نتيجة حقوقية جديدة بين الطرفين لم تكن حاصلة قبل التعاقد . فالعقد الملزم لجانبين مثلاً كالمعاوضات من بيع وإجارة ونحوهما يجب لانعقاده أن يكون على تقدير صحته منشئاً لالتزامات متقابلة بين الطرفين لم تكن حاصلة لولا التعاقد . وعقد التبرع كالهبة مثلاً يجب لانعقاده أن يكون على تقدير صحته ناقلاً للموهوب إليه ملكية لم تكن حاصلة له من قبل . فإذا لم يكن للعقد هذه الثمرة كان باطلاً ، لأنه غير مفيد فهو من قبيل تحصيل الحاصل .

وعلى أساس هذه الشريطة في العقد قرر فقهاء الشريعة بطلان أمثلة كثيرة :

— فأبطلوا استئجار الرجل زوجته على عمل من أعمال إدارة البيت بأجرة

معينة ، وعللوا البطلان بأن هذه الإدارة المتعاقدة عليها واجبة شرعاً على المرأة بمقتضى الزوجية قبل هذا الاستئجار ، فلم يوجب عليها الاستئجار التزاماً جديداً لم يكن واجباً عليها لو لا التعاقد. وإذا بطل عقد الاستئجار بطل التزام الزوج بدفع الأجرة أيضاً لتفرعه عن العقد ، كما يقوم في المثل الأول وهكذا كل استئجار لشخص على فعل واجب عليه شرعاً قبل التعاقد.

— وأبطلوا أيضاً عقد الرهن في مقابل الوديعة أو العارية. لأنه غير مفيد إذ أن الوديعة والعارية غير مضمومتين على الوديع والمستعير إذا هلكتا دون تعد أو تقصير . وفائدة الرهن إنما هي التوصيل إلى استيفاء الدين من قيمة المال المرهون ، فإذا صح رهن المستعير لدى المعير شيئاً في مقابل العارية وهلك عند المستعير لا يضمن للمعير شيئاً يمكن استيفاءه من المرهون فيبقى عقد الرهن غير منتج . ومثل ذلك يقال بالنسبة إلى هلاك الوديعة . فلذا يبطل الرهن من الأصل ولا ينعقد .

(ر : المدخل الفقهي العام للمؤلف ف / ١٦٩ / ورد المختار ٥ / ٣١٧ والبدائع في الاجارة ٤ / ١٩١ - ١٩٢)

١٦٢ — فعلى هذا الأساس نقول في مثال التعهد بدفع مبلغ لقاء عدم ارتكاب جريمة إنه في نظر الفقه الإسلامي باطل بمقتضى هذه الشريطة من شرائط انعقاد العقد ، لأن عدم ارتكاب الجريمة هو واجب بحكم الشرع على الشخص قبل التعاقد ، فلم يوجب التعاقد فيه التزاماً جديداً ، فيبطل العقد لعدم فائدته . ويبطلانه يبطل التزام الطرف الآخر بدفع الأجرة لأنه فرع عن صحة العقد .

وهكذا ترى أن كل عقد يبطله السببون لعدم وجود سبب الالتزام أو لعدم مشروعية ذلك السبب يمكن إبطاله من طريق شرائط العقد نفسه وهو الطريق الصحيح القريب . فما فائدة نظرية السبب التقليدية إذن على ما فيها من خيالية وتناقض ؟ لا شك أنها كالعقد غير المفيد ، باطلة مثله ١١

على أن السببيين يزعمون لنظريتهم ثمرة قانونية أخرى غير التوصل إلى إبطال مثل هذه العقود ، فيقولون أن قاعدة الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم لجانبين متفرعة عن نظرية السبب ، كما تقدم .

لكننا قد أسلفنا أن قاعدة الفسخ هذه يمكن تقريرها دون حاجة إلى نظرية السبب (ر : ف / ١٥١ ح) وهي أيضاً غير متفرعة عن نظرية السبب لأن قاعدة الفسخ أقدم منها فهي موجودة في القانون الروماني وفي بعض اجتهادات الفقه الاسلامي وكلاهما لم تعرف فيه نظرية السبب الطارئة على القانون والتي استعمرت الفكر القانوني في أوروبا بالغفلة والوهم قروناً عديدة ١٦٣ - لكن النظرية المعقولة إنما هي النظرية القضائية الحديثة في السبب ، أي نظرية الباعث الدافع ، فهي نظرية منتجة ومتصلة اتصالاً وثيقاً بفكرة النظام العام .

والفقه الاسلامي يختلف اجتهادات فقهاءه في مدى اعتبار مشروعية الباعث واشتراط مشروعيته لانعقاد العقد . فكثير من الاجتهادات الاسلامية يبطل العقد إذا كان الباعث الدافع للعقد الى التعاقد غير مشروع ، كما في النظرية القضائية الحديثة في القانون الأوروبي تماماً . ومنهم من لا يقيم كبير وزن واعتبار لمشروعية الباعث الشخصي بعد أن يكون محل العقد وموضوعه مشروعين ، إلا في نطاق ضيق . والمذهب الحنفي من أقل المذاهب الاجتهادية اعتباراً لمشروعية الباعث .

١٦٤ - موقف القانون المدني السوري من نظرية السبب :

كان لا بد لنا من عرض نظريتي السبب القديمة والحديثة في الفقه الاجنبي بالقدر الذي سلف بيانه لكي يمكن الحكم على موقف القانون المدني السوري بين هاتين النظريتين ، ومعرفة ما إذا كان في المواد التي تكلم فيها عن السبب قد بنى على النظرية التقليدية أو القضائية الحديثة ، أو اختار طريقاً ثالثاً . ذلك لأن موقف القانون السوري وأصله المصري الجديد في هذا

الموضوع مضطرب متناقض ما بين ظاهر النص وغرض واضعه وشارعه .
 بحث القانون المدنى السورى وأصله المصرى الجديد عن السبب فى
 المادتين (١٣٧ - ١٣٨ = ١٣٦ - ١٣٧) .
 أولاها تبحث عن ضرورته ومشروعيته ، والثانية عن إثباته . ونصهما
 فى القانونين كما يلى :

$$١٣٦ = ١٣٧ / م$$

إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب
 كان العقد باطلا .

$$١٣٧ = ١٣٨ / م$$

١ - كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً
 ما لم يقيم الدليل على غير ذلك .

٢ - ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم
 الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى
 أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه .
 وواضح للتأمل فى عبارة هاتين المادتين أنهما تمدان بأيديهما إلى النظرية
 التقليدية فى السبب ، للملاحظات التالية :

١ - أن المادة الأولى منهما توجب لصحة الالتزام وجود سبب
 مشروع له ، وتبطل الالتزام بالعقد عند عدم وجوده أو عدم مشروعيته .
 ولا يخفى أن النظرية التى تبحث عن وجود السبب وعدمه إنما هى النظرية
 التقليدية ، أما النظرية القضائية الحديثة فإنما تبحث عن مشروعية السبب فقط
 لا عن وجوده وعدمه كما سلف بيانه ، لأن السبب عند أصحابها بمعنى الباعث
 الدافع إلى العقد ، ولا يخلو عقد من باعث دافع إليه ، وإلا كان العاقد
 عابثاً أو مجنوناً .

٢ - أن الفقرة الأولى من المادة الثانية تبنى على أساس أن السبب

في القانون المدني السوري ١٤٩

بحسب العادة يذكر في العقد فنصت على أنه إذا لم يذكر يجب أن يفترض أن
للالتزام سبباً مشروعاً .

ولا يخفى أن السبب الذي يذكر عادة في العقد إنما هو السبب في النظرية
التقليدية بمعنى الغرض المباشر كما تقدم . أما البواعث فلا تذكر عادة في
العقود وإنما هي أهداف أخيرة ينويها العاقدان .

٣ — أن الفقرة الثانية من المادة الثانية تبحث عن المسكف بإثبات سبب
مشروع عند ثبوت صورية السبب المذكور في العقد .

ولا يخفى أن الباعث الدافع — وهو نية ومقصد شخصي مضمّن خارج
عن نطاق التعاقد — لا تتأق في الصورية ، لأن هذه الصورية لا تتصور
إلا في أمر قانوني ظاهر .

١٦٥ — هذا ما يستفاد من تحليل نصوص القانون الواردة في السبب
فهى كما ينما تمد بأيديها إلى النظرية التقليدية .

لكن واضع القانون ينقد النظرية التقليدية في المذكرة الإيضاحية
للقانون ، أشد النقد ، ويصرح بعدم فائدتها أصلاً ، وبأن القانون قد هجرها
ملياً ، وأنه رجع بالنسب إلى أصله المعقول وهو الباعث الدافع الذى جرت
عليه النظرية القضائية ، ويقول : إن السبب في القانون الجديد لا يقصد به
إلا الباعث الدافع إلى التعاقد ، ولا يشترط فيه سوى شريطة واحدة هى
المشروعية (ر : الوسيط ف / ٢٩٣ / والمذكرة الإيضاحية تحت المادتين
١٣٦ و ١٣٧ من القانون المصرى الجديد) (١)

(١) وقد أقرت هذا جميع اللجان التى مر عليها القانون المصرى فى مراحل النظر فيه فى
مجلسى النواب والشيوخ المصريين .
وقد قدمنا أن النظرية التقليدية تشترط فى السبب بمعناه لدى أصحابها شريطين : الوجود
والمشروعية .

فاذا قيل فى المذكرة الإيضاحية : لم يبق للسبب فى القانون الجديد إلا شريطة واحدة هى المشروعية
فقط فعنى ذلك أن القانون لا يشترط وجود السبب بل مشروعيته . فأين هذا من قول القانون
فى المادة الأولى من مائة فى السبب : « إذا لم يكن للالتزام سبب كان العقد باطلاً » ؟

ويعترف واضع المشروع الأستاذ السهورى فى وسطه بأن صياغة هذا النص القانونى فى بحث السبب معيبة ، وأنها أقرب إلى النظرية التقليدية لكنه يرى إمكان تنزيله على نظرية الباعث دون أن يبين كيفية هذا التزويل والتأويل .

لكن الأستاذ أحمد حشمة أباً ستيت يرد بشدة على هذه المحاولة من الأستاذ السهورى ويرى أن نصوص القانون المذكورة لا يمكن تمثيلها إلا على النظرية التقليدية ويدافع عن هذه النظرية بقوة ، ويرى أنه عند اختلاف النص عن المذكورة الإيضاحية يجب اعتبار النص لأنه هو القانون وترك ما فى المذكورة الإيضاحية (ر : الالتزامات الجديد للأستاذ أبى ستيت ف / ٢٣٤ - ٢٤٠)

١٦٦ - رأينا فى نص القانون فى السبب :

إننا نسلم بأنه عند تعارض نص القانون مع المذكورة الإيضاحية تكون العبرة لنص القانون . ولكن هذا عندما لا يمكن تأويل النص وتنزيله على ما فى المذكورة الإيضاحية ولو بشئ من التكلف والخروج عن ظاهر النص ذلك لأن المذكورة الإيضاحية تكشف عن مراد الشارع وغرضه فعند إمكان التوفيق بين نصه ومراده يكون هذا التوفيق أولى ، ولا سيما إذا كان هذا المراد الذى صرحت به المذكورة الإيضاحية هو الذى تقتضيه المصلحة ، وإليه يتجه التشريع الحديث الذى يجب أن يتقدم إلى الأمام فى البناء على الأسس المنطقية السديدة لا أن يرجع إلى الوراء . فيجى نظريات ثبت فسادها ، ولفظتها أوطانها ، ولفت فى أكفانها .

وكل ما فى الأمر - إن أمكن حمل النص القانونى على ما يوافق مذكرته الإيضاحية - هو أن يعتبر فى هذا النص سوء تعبير . وهذا خير وأهون من التمسك بظاهر النص الذى يؤدنا إلى التشبث بنظرية صرح الشارع

نفسه بأنه نبذها ولم يأخذ بها لفسادها وعدم فائدتها . فسوء التعبير عندئذ هو أهون الشرين .

١٦٧ — وطريقة التأويل فيما نرى هي أن نفسر السبب في كل جملة جاء فيها لفظة من المادتين المذكورتين بمعنى الباعث .

(١) وعندئذ : يكون قول القانون في المادة الأولى منهما :

« إذا لم يكن الالتزام سبب له العقد باطل » معناه إذا لم يكن للالتزام العقدي باعث .

والذي يرد على هذا التأويل أن الباعث لا يتصور انتفاؤه مع أن النص يتكلم عن حالة انتفائه ويرتب عليها جزاء البطلان فيفيد إمكان هذا الانتفاء والجواب أنه لا مانع من أن تبقى هذه الجملة في القانون نظرية محضة غير قابلة الوقوع ، فتكون نصاً صحيح المعنى لكنه مستغنى عنه لعدم إمكان تحقق مضمونه ، وهذا سوء صياغة ، وسقم عبارة ، لكنه أهون من حمل النص على النظرية التقليدية .

(ب) ويكون قول القانون في المادة الثانية التي تبحث عن إثبات السبب

« ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي : . . . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن الالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ، معناه أنه يعتبر الباعث المذكور في العقد هو الباعث الحقيقي إلخ . . .

والذي يرد على هذا التأويل أن البواعث لا تذكر عادة في العقود لأنها دوافع خفية في نفس العاقد ، فليست بما تجرى فيه الصورية لأن الصورية تكون في الإرادات الظاهرة التي تبرز بالتعبير عنها .

والجواب أنه إذا لم يكن من المعتاد التصريح بالباعث في العقد فليس ذلك بممتنع ، إذ يمكن أن يصرح بالباعث في العقد لتكون مشروعيته

ظاهرة بدلا من أن تكون مفترضة افتراضاً عند عدم ذكره . وعندئذ إذا ذكر الباعث في العقد — وإن كان ذكره خلاف المعتاد — أمكن أن تجرى فيه الصورية ، بأن يذكر باعث مشروع ، ويقوم الدليل على أنه ليس هو الباعث الحقيقي وأن الباعث الحقيقي غير مشروع . وعندئذ على مدعى المشروعية أن يثبتها بدليل معاكس .

وإذا أمكن تأويل السبب في هذه الجملة هكذا بمعنى الباعث سهل تفسيره كذلك في بقية مواقع من المادتين المذكورتين ، لأن بقية المواقع أكثر قابلية للتفسير بمعنى الباعث . كل هذا مع تسليمنا بأنه تأويل في غاية التكلف ولكن يشفع له أنه هو الذي يجعلنا نمشي مع مراد الشارع وصرحة مذكرته الايضاحية ، وفيه يتحقق الانجاء التقديمي الاصلاحى في هذه الناحية من القانون .

١٦٨ — هذا ، وقد كان الواجب على واضع القانون إذ عزم على اجتناب النظرية التقليدية في السبب أن يهجر لفظ السبب بتاتاً في هذا المقام فلا يعبر به ، ويعبر بلفظ الباعث المقصود رأساً ، فإننا نرى أن من عوامل الاضطراب والتعقد في نظرية السبب في الفقه الأوروبى استعمال لفظ السبب cause نفسه . لأن أشهر معنى للفظ السبب هذا معنى المصدر المنشئ . فتحويله إلى تلك المعانى الأخرى أورث كثيراً من الشبهات .

هذه الملاحظة اللفظية نزجها بمناسبة ما بلغنا أن هناك تفكيراً في مصر بتعديل نص المادتين المذكورتين من القانون المدنى بصورة تتفق في ظاهر العبارة مع المذكرة الايضاحية فيدل دلالة واضحة على معنى الباعث ومشروعيته كما هو مقرر في النظرية القضائية الحديثة ، ويستبعد كل احتمال لتزويل النص على النظرية التقليدية في السبب .

فتعديل النص فكرة حسنة جداً ، على أن يعبر بلفظ الباعث ويدفن لفظ السبب نهائياً في هذا المقام ، فلا يستعمل في القانون إلا بمعناه الاصلى وهو المصدر المنشئ . للالتزام .

الفهرس

١ - منهاج المحاضرات

٢ - الفصل الأول :

مواطن الخلاف بين القانونين السوري وأصله المصرى الجديد

(١) فى الحقوق العينية بوجه عام : ٧ - (ب) فى حق الشفعة

والإسترداد : ٨ - (ح) فى إثبات الإلتزام : ١٠ - (د) فى

معدل الفائدة القانونى : ١١ - (هـ) فى نظرية العقد : ١١ - (و)

المادة الأولى : ١٢

٣ - الفصل الثانى : مباحث تمهيدية

(١) الفرع الأول : تعريف الإلتزام وتمييزه عن الحق الشخصى : ١٥ -

تعريف الإلتزام والحق الشخصى كما نختاره : ١٧

(ب) الفرع الثانى : تعريف العقد قانونا ومقارنته بتعريفه فى الفقه

الإسلامى : ٢٠ - الفوارق بين التعريفين : ٢٣

(ح) الفرع الثالث : مكان نظرية العقد فى ترتيب مصادرها للإلتزام : ٢٥

٤ - الفصل الثالث : الأسس القانونية الكبرى التى تحكم نظرية العقد .

مبدأ سلطان الإرادة وفروعه وقيوده : ٢٨ -

(١) مبدأ الرضاية : ٢٩ - الاستثناءات من هذا المبدأ : ٢٩ -

ملاحظة : ٣١

(ب) مبدأ حرية التعقد : ٣٢ - الأساس الأول : ٣٣ - الأساس

الثانى : ٣٣ - الأساس الثالث : ٣٥

(ح) مبدأ القوة الملزمة في العقد : ٣٦ - الأصل الأول ومستثنياته :

٢٨ - الأصل الثاني ومستثنياته : ٣٩

٥ - الفصل الرابع : أحكام نظرية العقد وقواعدها في القانون السوري :

الفرع الأول إنشاء العقد : ٤١ - الشعبة الأولى التراضي وطرق

التعبير : ٤٢

(أ) المبحث الأول : التراضي على أصل العقد وطرق التعبير فيه : ٤٤ -

الأحكام المشتركة بين الإيجاب والقبول : ٤٤ - ما يختص بالإيجاب

: ٤٧ - بطلان الإيجاب : ٤٨ - ما يختص بالقبول : ٤٩ - مطابقة

القبول للإيجاب : ٥٠ - اتصال القبول بالإيجاب بين الحاضرين ،

أو وحدة المجلس : ٥٠ - القبول في عقود المزايدات : ٥٢ - القبول

في عقود الإذعان : ٥٣

(ب) المبحث الثاني : التراضي على الأمور الفرعية : ٥٤

(ح) المبحث الثالث : زمان العقد ومكانه والوعد بالعقد : ٥٥ -

المطلب الأول : زمان العقد ومكانه : ٥٥ - ملاحظة : ٥٧ - المطلب

الثاني : الوعد بالعقد : ٥٨

الشعبة الثانية طرفا العقد : ٦٠

(أ) المبحث الأول : الأهلية : ٦٠ - المطلب الأول : حالات فقدان

الأهلية : ٦١ - الصغير غير المميز : ٦١ - المجنون والمعتوه : ٦١ -

المطلب الثاني : حالات نقصان الأهلية وتناجها في العقد : ٦٣ -

الصغير المميز : ٦٣ - المغفل والسفيه : ٦٥ - الأصم الأبكم ومن

في حكمه : ٦٧

(ب) المبحث الثاني : النيابة : ٦٧ - المبدأ القانوني في النيابة وشروطه :

٦٧ - شرائط النيابة في التعاقد : ٦٩ - الشريطة الأولى : ٦٩ -

الشريطة الثانية : ٧٠ - الشريطة الثالثة : ٧١ - العبرة لأرادة النائب

وعليه : ٧٣ تعاقد النائب مع نفسه : ٧٥ - الاستثناءات : ٧٦ -

الشعبة الثالثة عيوب الرضا وتأثيرها في العقد : ٧٧

(أ) المبحث الأول : الغلط : ٧٨ - التمييز بين أنواع الغلط : ٧٩ -

موقف النظريتين القديمة والحديثة من هذه الأنواع : ٨٢ -

النظرية القديمة في الغلط : ٨٤ - نظرية الغلط لحماية لإرادة وليست

سندا للتعسف : ٧٧

(ب) المبحث الثاني : التدليس : ٨٨ - التمييز بين التدليس والغش : ٨٩ -

عناصر التدليس : ٩٠ - شرائط التدليس : ٩٢ - النسبة بين نظريتي

الغلط والتدليس وهل وتغني الأولى عن الثانية : ٩٣ -

(ج) المبحث الثالث : الاكراه : ٩٧ - الرهبة وعلاقتها بالمعيار القانوني

في الاكراه : ٩٩ - الشرائط القانونية لحكم الاكراه : ١٠١ -

الجزاء في الاكراه إبطال وتعويض : ١٠٤

(د) المبحث الرابع : الغبن الاستغلالي : ١٠٥ - الغبن المجرد :

١٠٦ - الاستغلال المجرد : ١٠٧ - ماهو الطيش البين والهوى

الجامح : ١٠٧ - حكم الغبن الاستغلالي : ١١٠

الشعبة الرابعة المحل : ١١٣

(١) المبحث الأول : معلومات عامة : ١١٣ - تعريف محل العقد وتمييزه

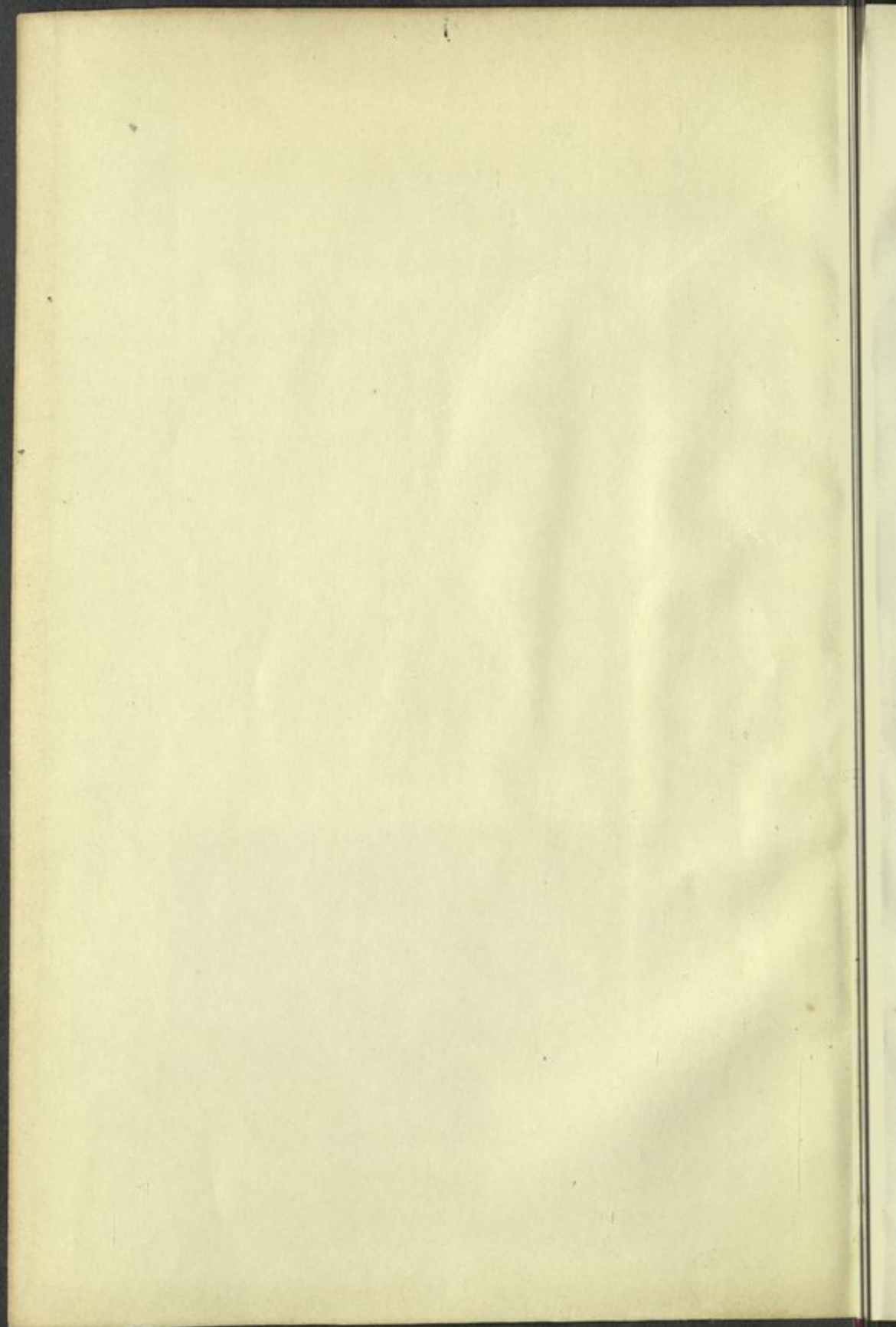
عن الموضوع : ١١٤ -

(ب) المبحث الثاني : نظرية القانون السوري في المحل : ١١٥

الشعبة الخامسة السبب : ١٢١ - معاني السبب في الاستعمال القانوني

١٢١ - مراحل نظرية السبب : ١٢٢ - المرحلة الأولى : ١٢٢ -

المرحلة الثانية : ١٢٦ - الانتقادات التي هوجمت بها النظرية
التقليدية في السبب : ١٣٤ - المرحلة الثالثة أو رجوع الاجتهاد
القضائي بالسبب إلى فكرته الأولى الصحيحة : ١٣٧ - تحديد معنى
الباعث وما يشترط فيه : ١٣٨ - النظرية القضائية تكهيل للتقليدية
لا بديل منها : ١٤٠ - رأينا في نظرية السبب : ١٤١ - مطنقية الفقه
الاسلامي في هذا المقام : ١٤٤ - موقف القانون المدني السوري
من نظرية السبب : ١٤٧ - رأينا في نص القانون في السبب : ١٥٠



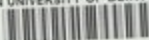
DATE DUE



349.569:Z37mA:c.1

معهد الدراسات العربية العالية
محاضرات في القانون المدني السوري

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



0182388

American University of Beirut



349.569
Z37m A

General Library

