

يسرى على الماضي . وهو يتضمن النص الآتي : « تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرنك والجنيه التركي) . ولا يترتب عليها أى أثر . ولا يخفى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون » .

ومنذ صدور هذا التمانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١) . ولا يزال هذا التمانون سارياً إلى اليوم . لأن القانون المدني الجديد لم يعرض لهذه المسألة ، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة (٢) . وقانون سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذي يرجع إليه في بطلان شرط الذهب . دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية .

= شروط الدفع ذهباً . وفي مصر يحكى نظام أوراق البكوت من حيث سعرها الرسمى والإلزامى ما هو حاصل في وقتنا هذا بأمريكا وبين سنتي ١٨٦٦ و ١٨٨١ في إيطاليا . ذلك أنه يوجد نص صريح لا يمتثل أى تفرقة بين العقود التي يسرى عليها حكمه « مجموعة القوانين والمراسيم والأوامر الملكية لسنة ١٩٣٥ من ١٧٣ - من ١٧٥ » .

(١) محكمة الاستئناف المختاطة في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م : ٤٨ م : ١٤٢ . وقد قضت هذه المحكمة في حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م : ٥٠ م : ٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المانعة في عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التي اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتهما في صدد طريقة وفاة الدين و مواعيد الوفاء والفوائد وغير ذلك . وحيث يكون شرط الذهب مشروطاً فإنه يكون باطلاً سواء كان مشروطاً أو ضمناً ، يكون إذن باطلاً كل شرط - أياً كانت صورته - أملاء اعتبار يرجع لعدم الثقة في العملة الوطنية ، وبخاصة الشروط التي يخبر بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية . وأن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ م يند على وجه قاطع التمييزاً بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية . وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه معتدراً باطلاً ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسؤولية التقديرية ويدعوى الفسخ بمبلغ مساوي لما خسره من جراء نزول الجنيه المصري ، فإن ذلك يكون تخالفاً منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستتبع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب - ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختاطة في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة : ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م : ٤٨ م : ٢٤٢ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م : ٤٩ م : ٣ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ في الهامش) أن المشروع التمهيدي تضمن نصاً (١٨٧ م) يحرم شرط الذهب ولكن يبيح في الوقت ذاته شرط الإيداع بنقود أجنبية محسوبة بسرها . وقد حذف النص في المشروع النهائي لأنه يقرر سكالاً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص . وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف في صحة شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسرها . والآن وقد حذف النص فإن الخلاف في صحة هذا الشرط يبقى قائماً . وقد رأينا أنصار أحكام القضاء المختص في هذه المسألة .

المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

(dans le commerce)

(نظام العام والآداب)

٢٢٧ - منى بمنزلة الشيء غير قابل للتعامل فيه : يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه . فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام . إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له بأمر ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد . كالشمس والذوء والبحر . ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته (١) . وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يمحصرها المصور (الفوتوغرافي) . والهواء يستعمله الكيمائي في أغراضه . والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للائتمان . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتناقض مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف ، يجعل ريعه لسلسلة من المتنفعين ، يقتضي ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقتاً . وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار ، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو «كابينات» على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره . والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع

(١) أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا ملك له ، فهو مال مباح ، كالطرد في الهواء والسمك في البحر ، وتلك من يتولى عبه ويستطيع أن يتعامل فيه .

إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتناقض مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتناقض معه فهو جائز .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذى ينبغ من التعامل فى الشيء يكون مبدئياً على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لها معاً . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض . كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلية . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده . كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه . كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن إن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب . سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد . وتقرر المادة ١٣٥ من القانون المدنى الجديد هذه القاعدة العامة فى العبارات الآتية : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العتد باطلاً (١) » . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام ، ويتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٨ من المشروع التيهدى على النحو الآتى :

« يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب » . وفى لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضى بإعلان العتد ، فأصبح « باطلاً للنص الذى انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١٣٩ . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥ ، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٤٢ — ص ٢٤٤) .

٢٢٨ - النظام العام والآداب (*) L'ordre public et les bonnes moeurs

moeurs : القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصدها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . تتعلق نظام المجتمع لأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وحقيقتها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوا بانهاقات فيما بينهم ، حتى لو حفت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية . فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضييقاً إذ تمت ترعة المذهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا تعالت الرعة الاشتراكية ومذاهب النظام الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبح للدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد . وتتولى حماية الضعيف ضد القوي . بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى . فهو شيء متغير . يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة « مصلحة عامة » . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد « النظام العام » تحديداً مطابقاً يتمشى على كل زمان ومكان . لأن النظام العام شيء نسبي . وكل ما استطاعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار « المصلحة العامة » ، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى (١)

(*) بعض المراجع: بارتان (Bartın) في الشروط المتحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب —

سافاتييه (Savatiere) آثار الواحد الأديز وجزاؤه (رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦) —
مارميون (Marmion) في قوانين النظام العام رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) — ريبير (Ripert)
في القاعدة الحلقية في الالتزامات — تشاندروف (Chavdaroff) في الآداب (رسالة من باريس سنة ١٩٢٧) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد . يأتي : « ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد نتج من أمر مروتها أن عمد القنين الألمان إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨ . فعلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشتاج انتهى الأمر إلى استبعاد نص صريح عنها . ذكر عند الخالف الآداب وللنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تعنى على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة ، من بينها أن القاضي ربما أبلغ نفسه أن يتعد من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التوزيع =

والآداب . في أمة معينة وفي جيل معين . هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدن أثر كبير في تكيفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقي ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك . بل في الصحيح منه . ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر . كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له . ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومعيار الآداب أو «الناموس الأدبي» ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي . بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت . يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالاسترقاق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية . وكانت

العاملة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام . وكان يرى من ذلك إلى اعتبار كل عهد لا يتفق ومبادئه حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام . على أن هذه النتائج بذاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريستاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظري ، وترغب في وضع معيار عملي يمتح قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الإجماعي للآداب العامة (تعليقات على التقنين الألماني الجزء الأول ص ١٥٤ - ص ١٥٥) . ومهما يكن من أمر فليس في الوسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك اضراح ما تمسك واستقر من التقاليد . وقد رؤى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لثقل متفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه يخلق بالتصافي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في المدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يتنصيه أن يخلق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٣) .

من قبل غير ذلك (١) .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تندخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والحلقية ، فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والحلقية فى الجيل والبيئة . وتوسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضى يفسره التفسير الملائم لروح عصره . فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعاً فى هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة (٢) . ونحن فى العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثير القانون المضطرب بالعوامل الحلقية . حتى صبح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الحلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit) (٣) . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب . فتبعثان فيما الحصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

(أولاً) فكرة المعيار . فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة ، ومعيار الآداب هو التاموس الأدبى ، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .
(ثانياً) فكرة النسبية ، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين .

(١) وقد يستعين القانون على جعل التواعد الحلقية تتدخل فى الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعى . فالاعتراف بالجيل قاعدة حفية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا تكريماً منه بل اعترافاً بجميل عليه ، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعى وليس تبرعاً . فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاتفاق الخائب الآداب باطلاً . وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذى تأمر به التزاماً طبيعياً فى دمة الدين .

(٢) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة القضاء .

(٣) وما هو جدير بالذكر أنه حيث تنسج دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة ينسج المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب .

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك ، فنستعرض اتفاقات تحالف النظام العام ، وأخرى تحالف الآداب ، في عصرنا الحاضر .

المطلب الأول

الاتفاقات التي تحالف النظام العام

٢٢٩ - روابط القانون العام وروابط القانون الخاص : حاول

بعض النقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون العام . وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك . وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها .

§ ١ - روابط القانون العام

٢٣٠ - أنواع هذه الروابط : القانون العام ينظم روابط الأفراد

باليهيات العامة وروابط الهيات العامة بعضها ببعض . وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز للأفراد أن يتفوقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقياً لمصالحهم الفردية .

وبشمل القانون العام فيما يشمله : (١) القواعد الدستورية والحريات العامة . (٢) النظم الإدارية والمالية . (٣) النظام القضائي . (٤) القوانين الجنائية . ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع .

٢٣١ - القواعد الدستورية والحريات العامة : فالقاعدة الدستورية

التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز

لناحب أن يتفق مع مرسح على إخطائه موته ، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لخالفته للنظام العام . كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي ينتمى إليها ، فلا يجوز أن يقبل نفسه بالتفائق على أن يقول موته أرأى معين ، كما لا يجوز له النزول عن عضويته .

والجواب العامد إلى مرتبة لا يجوز هي أيضاً من النظام العام ، وذلك كالتجربة الشخصية . وما توسع عليها من حرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرمة النفس والمأزومة الأدبية . وحرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة .

فلا يجوز لأحد النزول عن حرمة الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من القانون المدلل الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة الخدم . فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أوجب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز مع عمل بعد نفاذه خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من القانون المدني الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه « لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية . ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المثينة في القانون » . ومع ذلك يجوز أن يتعهد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك ، كما يجوز أن يتعهد شخص بداره الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لهذا التعهد . وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العيني .

وحرية الزواج من النظام العام . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً . كان هذا التعهد في الأصل باطلاً ، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تتزوج أصلاً . ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يرهد الزوج أن يكفل لهم رعاية أهمهم بعد موته . وإذا كان

التعهد صحيحاً ، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه ، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له . وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتعهده ، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد ، ولا يكون مسئولاً بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأً .

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجهه الضرورة ، كالاتفاق على المباراة أو الملاكمة أو المصارعة . وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها . وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، وكل اتفاق يقيد الشخص بعبادة معينة أو بذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره ، في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . أكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضماً إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبتى بعيداً عن النقابات (١) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٤٧ وسبويه ١٩٢٠ - ١ - ١٧ مع تعليق بنكاز - أنظر في هذه المسألة بلانويل وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٤٨ .

ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان . وأكثر ما ترد القيود الاختصاصية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر منجره . فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصي بمقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر يتزعج به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعرضاً للمشتري ووجب الضمان . ولكن المشتري لا يكتفي عادة بهذا الضمان الذي يقرره للقانون ، بل يشترط في عقد البيع أن يكف البائع عن العمل في هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول ، فيأمن بذلك على أسرار الصناعة أن يستغلها العامل في منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده . فإذا تعهد شخص بألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان ، كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً (١) . ثم بدأ ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار في الصحة والبطالان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان لولا يتقيد ، بل المهم أن

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢ بولية سنة ١٩٠٠ - سيريه ١٩٠٤ - ١ - ١٧٥ - حكم ثان في ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ - سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٤٥٤ - حكم ثالث في ١٥ بولية سنة ١٩٢٢ - سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢٠٠ .

وانظر محكمة مصر الملكية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسبية ١٣ رقم ١٢٠ من ٢٥٠ - محكمة بني سويف في ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسبية ١٤ رقم ٩٥ من ١٨٤ - محكمة مصر الملكية الوطنية في ٢٩ بولية سنة ١٩٣٠ المجموعة ١١ رقم ٣٢٥ من ٦٥٥ . عمدة الاستئناف المختلطة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ من ٤٦ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٢ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ من ١٥٦ .

يكون التعهد معقولاً (raisonnable) لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان ، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان . فالعبارة إذن بمعقولة التعهد لا بتقييده (١) .

وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن ، فأشترط لصحة التقييد أن يكون مقصوداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م ٦٨٦) ، وإذا انفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته (م ٦٨٧) (٢) .

٢٣٢ - النظم الإدارية والمالية : كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق

مصلحة عامة ، فهي إذن من النظم العام . ولا يجوز للأفراد ، باتفاقات خاصة ، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة .

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر . على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩١١ - بيه ١٩١٣ - ١ - ٢٥٣ -
محكمة الاستئناف المختاطة في ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢٠ - ٢٦٠ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤٤ - ٤٢ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ م ١٦٢ رقم ١٤٦ - محكمة مصر الكلية الوضعية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٤٢٩ : ٧٩٠ .

وانظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - ليون سنة ١٩٢٥ - وانظر أيضاً لاباتى (Labatut) في القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسي - تولوز سنة ١٩٢٨ .

(٢) ولكن الصنف في العملاء يجوز على النحو الآتي : يصعد طبيب مثلاً ألا يباشر مهنة الطب في جبة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد - وهو الدائن في هذا التعهد - لعملائه على اعتبار أنه خليفة ، وبصح هذا التعهد في الغالب تمازج من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذي حمل فيه عيادته . (انظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٠٣ هامش رقم ٢) .

كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رعى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً . يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف . فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحمّ النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقد باطلاً . فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو «مقابلة» يرسو «العتاء» عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام (١) . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه بل إن هناك من المهن . كالطب والحاماة ، ما ينظم تنظيم إدارياً . ولا يجوز لمن يمارسها أن يخالط بينها وبين أعمال التجارة (٢) .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد . ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصورى المكتوب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل المزمم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانى بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ من ٢٥٥ (السمى للحصول على رتبة أو نشان) — وانظر أيضاً في المني ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ المحقوق ٦ من ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢ / ٨٥ .

(٢) فلا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدل على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدل ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للمحامى أن يأخذ في مقابل «أنتابه» جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

وقدر أينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعمللة تعتبر من النظام العام. وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٢٣٣ - النظام الفضائي : نظم التقاضي تحقق في مجموعها «مصلحة عامة»

، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فتحديد اختصاص المحاكم - فيما عدا الاختصاص المحلي - يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي . فإرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية أوقضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية . وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري . أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة (٢) .

٢٣٤ - القوانين الجنائية: ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات

خاصة . لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام . فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلا أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية . والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون . كأن

(١) أنظر آفاً فقرة ٢٢٦ .

(٢) أنظر قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام . نظرية المقعد للدولف فقرة ٤٨٧

يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً . فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة معينة على سبيل الحصر (١) .

٢٩ - روابط القانون الخاص

٢٣٥ - **الأموال الشخصية والمعاملات المالية** : هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية . أو داخلية في دائرة المعاملات المالية .

٢٣٦ - **الأموال الشخصية** : كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام . فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك . بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها . فنصت المادة ٥٠ على أنه « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ونصت المادة ٥١ على أنه « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مرر . ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز الزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام . فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدني الجديد على أنه « ليس لأحد الزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وكالأهلية الولاية . فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

(١) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري - في البيع بالقبض - على أن يسما البيع إجماراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج . فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق (١) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فلأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام . تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها .

٢٣٧ - المعاملات المالية : ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة

عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد ، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

فن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز أن يقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

(١) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الصريعة ولا لنظام العام . لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل آتة هي انطية إلى ذلك (تقص مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥) . وكيف التعهد بأنه التزام أصلي معلق على شرط موقوف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

(م ٨٣٤ من القانون المدني الجديد) . لأن الشبوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف مآقره القانون في صدق عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م ٢٢٧ من القانون المدني الجديد) .

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسئولته عن الغش الذي يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثاني

الاتفاقات التي تخالف الآداب

٢٣٨ - **المعرفات الجنسية** : كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذي يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي .

٢٣٩ - بيوت العهارة : وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة

يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري . فيبيع بيت يدار للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ، وإنشاء شركة لاستغلاله . وإقراض مال للإعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب . وسنرى عند الكلام في السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها . إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

٢٤٠ - المقامرة : ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان

لمخالفته للآداب . ولمن خسر أن يسرد ما دفعه في خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٧٣٩ من القانون المدني الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه . ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من القانون المدني الجديد) . وبعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء في ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت العهارة

٢٤١ - أمثلة أخرى لانقضاء مخالفات الآداب : وبعد مخالفاً للآداب

كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلا ،

كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر . كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك . ولا يجوز الخديعة ولا الاحراف عن واجب الذمة في التعامل . فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئولته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب . وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسدون بالهتافة (claque) بستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح . لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك . وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يبدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المنتدئين . ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه . مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه . بل كشف له عن سر حقيق كان يحمله .

الفرع الثالث

السبب (٥)

(La Cause)

٢٤٢ - السبب عنصر مميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها :

نعرف السبب تعريفاً أولاً بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه

(*) بعض المراجع : كايان : السبب في الالتزامات - لوى لوكا (Louis Lucas) العين

والعهد - جوسران : الناعث في الأعمال القانونية - ربيح : القعدة الخلفية في الالتزامات - ديتوح

في الالتزامات جزء ٢ - سكار ملحق بودرى جزء ٢ - دراسات كايان : سيمونيوس (

Simonius) في السبب في القانون السويسري ص ٧٥٣ - فان كان (Van Kani) أصل الالتزام

دون سبب في القانون المدني ص ٨٧٥ - نظرية العهد للمؤلف من فقرة ٥٠٧ - المذكور

بهبج ادوى من فقرة ١٠٠ - المذكور حشمت أبوستيت من فقرة ٢٢٠ - الرسائل والمقالات :

أرتير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ - بريمو (Brissard) سنة ١٨٧٩ - تمال (Timbal)

تولوز سنة ١٨٨٢ - كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ - سيفريادرس (Séfériales)

باريس سنة ١٨٩٧ - بلانيل (Plsnila) باريس سنة ١٩١٠ - بيثون (Pichon) باريس

سنة ١٩١٥ - سافاييه (Savatier) بوانتييه سنة ١٩١٦ - ديبريل (Dubreuil) ليون سنة ١٩١٩ -

لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ - دابان (Dabin) بروكل سنة ١٩١٩ =

من وراء التزامه . والفرق بينه وبين المحل - كما يقال عادة - هو أن المحل جواب من يسأل : بماذا التزم المدين (Quid debetur) ، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين (Cur debetur) (١) .

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام - بل يقتصر على الالتزام العقدي إذ الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة . والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة . فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة . ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب ، أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه ، لذلك كان السبب . وإن تميز عن الإرادة ، متصلاً بها أوثق الاتصال . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى ، كإرادة المجنون . ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتميز ، فالإرادة المتعبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

ويكفي إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة . ولكن الركنين متلازمان ، لا ينفك أحدهما عن الآخر (٢) .

= ومقال له في المصائر الحديثة لنظرية السبب في الالتزامات في بنجيك القضاية سنة ١٩٢٩ - موزى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ - يونسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٣ ، ومقال في مجلة القانون المدني الإقليمية سنة ١٩٣١ - سيليس (Célice) باريس سنة ١٩٢٣ - كاسان في مجلة القانون التجاري السنوية سنة ١٩٢٣ - ماكرون (Macqueron) باريس ١٩٢٥ - شيفرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ - برس (Bresso) في السبب في القانون الإنجليزي ديجون سنة ١٩٢٩ - رينو (Ronaud) باريس ١٩٣٠ - فيدل (Vedol) في السبب في القانون الإداري تولوز سنة ١٩٣٤ - بواجيزان (Bois Juzan) بوردو ١٩٣٩ - الأستاذ عبد الحميد رشدي مقال في الحماسة السنة العاشرة - الأستاذ نصيف زكي مقال في الحماسة السنة الحادية عشرة .

(١) وأول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب هو الأستاذ أودو (Audou), ثم قلها عنه كثير من الفقهاء : أوبرى ورو ٤ ص ٥٤٦ هامش رقم ٢ - هيك ٧ ص ٧٥ - ديغولومب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥٥ - لوران ١٦ فقرة ١٠٩ - بزدى وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ - ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولاسيه ٢ فقرة ٢٧٩ .
(٢) أنظر أيضاً فقرة ٦٨ .

٢٤٣ - السبب والإرادة معياراً متوازماً ، ولكن السبب

والشكل معياراً متعارضاً : وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد . وضعف حظ الشكل . زادت أهمية السبب . ذلك لأن الإرادة . من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية . إذا انطقت من قيود الشكل . وجب أن تنقيد بالسبب . وعند ما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذى يكون العقد . لم يكن للسبب من أثر . وبدأ السبب فى الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل . وكالما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب . إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة محل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب . وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . وهكذا كانت الحال فى القانون الرومانى : فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . وما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية . بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلاً من الشكل . وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم : فإن السبب لم يكده يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود . فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تسره . وبرز قوياً ليحوط الإرادة بقيود محل محل قيود الشكل . وهكذا هى الحال فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأبنت نظرية السبب وتطورت . بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت فى القانون الكنسى . لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلى فى الانتقاص من سلطان السبب .

٢٤٤ - عمرف السبب بالمشروعية وبعبوب الإرادة: منذ تحررت

الإرادة من الشكل ، حاطها السبب بقيود على ما قدمنا . وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفى صورة السبب المشروع . فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب . وذلك حماية للمجتمع . ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول ، فصارت تحمى المتعاقد نفسه من هزله ونسيانه .

ومما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه . وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب . وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع ، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً .

ولعل أول صورة تمتثل لعيوب الإرادة انطبعت في نظرية السبب . ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً ، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب . فانفصل الإكراه ، ثم انفصل التدليس . وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط في منطقة مشتركة ، هي منطقة السبب المغلوطة أو الغلط في السبب . وقد أتم القانون المدني الجديد هذا التطور ، ففصل بين الغلط والسبب فصلاً تاماً . وأصبح السبب في هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع . وهذه الدائرة المحدودة - دائرة السبب المشروع - هي الدائرة الأولى التي نشأ فيها السبب عندما بدأ يظهر في القانون الكنسي . وبذلك رجع السبب سيرته الأولى ، وعاد كما بدا .

٢٤٥ - تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي مسبب إلى

عقد رضائي مجرد : وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى . فسيقرتنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا . ثم تطور إلى عقد رضائي (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر . ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر . وسرى أن القانون المصري الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته ، ولم يسر في ذلك على نهج القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى في دائرة القوانين اللاتينية ، حيث لا يزال العقد رضائياً ، وحيث تشغل نظرية السبب في العقد المكان البارز ، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا في دائرة محدودة أضيقه .

٢٤٦ - نظرة البحث في نظرية السبب : ونستعرض نظرية السبب في

مبحثين ، نتعقب في المبحث الأول منهما كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت ، ونبسط في المبحث الثاني نظرية السبب في القانون الحديث .

المبحث الأول

كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ - القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم : في هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يأتي التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الرومان ظل يعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكالية . وقد نبئت النظرية ثم ترعرعت . منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا . وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يعاير طبيعتها . وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية . وبقيت كذلك عهداً طويلاً . وانتمت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث . ضعيفة الأثر ، قليلة الجدوى . وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جذتها في العهد الأخير ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية .

المطلب الأول

نظرية السبب في القانون الروماني

§ ١ - العهد القديم

٢٤٨ - العقود كانت شكالية فلم يكن للسبب فيها أى أثر : كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكالية . فكان العقد يتحدد بأوضاع وأشكال خاصة . ولم يكن الإرادة أى دخل في تكوينه . وكانت العقود الشكالية ثلاثة : عقد يتم بوزن صوري (nexum) . ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي (litteris) ويتم بكتابة على نحو خاص . والعقد اللفظي (verbis) ويتم بالألفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكالية عقوداً بالذات ، بل كانت قوالب تصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقروض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه

الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها «السبب المدني» (causa civilis). فهي ليست سبباً للالتزام العتدي على النحو المعروف في القانون الحديث ، بل هي سبب لانعقاد العقد . أو هي الشكل القانوني الذي يجعل العقد يتكون (١) . وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد . وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده . فهو ضروري لأن العقد بدون لا ينعقد . وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم ؛ وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة ، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع . فالشكل وحده ، لا الإرادة . هو الذي يوجد العقد . ومن ثم يبين أن السبب في هذه العتود الشكلية لم يكن له أي أثر في تكوين العقد ، فسواء وجد أو لم يوجد ، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع . فإنه لا شأن له بالعقد ، مثله في ذلك مثل الإرادة . ومتى توافر للعقد شكله القانوني انعقد ، دون نظر إلى الإرادة ، ودون نظر إلى السبب .

٢٤٩ - وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب

فيها أي أثر: وكما كانت العتود في العهد القديم شكلية مجردة عن السبب ، كذلك كانت طرق نقل الملكية . فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد . بل كان العقد يتلوه وضع خاص هو الذي ينقل الملكية . وكانت هذه الأوضاع هي أيضاً ثلاثة : وضع يتم كالمعتاد (mancipatio) ، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (in iure cessio) ، ووضع مادي يتم بالتسليم (traditio) . وأى وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية ، دون نظر إلى السبب الذي انتقلت من أجله كبيع أو شراء . فإذا باع شخص من آخر شيئاً ، وتم وضع من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشتري ، انتقلت الملكية ، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم . ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب .

(١) لم يقتصر «السبب المدني» (causa civilis) في القانون الروماني على العتود الشكلية ، بل كان يوجه عام هو المصدر القانوني الذي يكون العقد وينشأ عليه تزامنه العتدي . ومن ثم يكون «السبب المدني» للعتود الشكلية هو الشكل ، والعتود المعيبة هو تسليم الشيء ، والعتود الرسالية هو مجرد الاتفاق ، والعتود غير المسببة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

§ ٢ - العهد المدرسي

٢٥٠ - **انقضاء أكثر العقود الشكلية** : تطور القانون الروماني بانتشار التجارة وتقدم طرق التعامل . فاخضت أكثر العقود الشكلية . اختفى عقد الوزن الصوري (nexum) بزوال الفائدة التي كان يوليها . وهي دعوى من دعاوى الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين (manus injectio) . واختفى العقد الكتابي (litteris) باختفاء السجلات الخاصة التي كان هذا العقد يدون فيها . وكان الرومان قبلاً يحتفظون بها . ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت . فانقرض بانقراضها العقد الكتابي . ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظي (verbis, stipulatio) لسهولته النسبية وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلية .

٢٥١ - **بروز ظهور السبب في العقد اللفظي** : على أن العقد اللفظي مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الروماني من أن بأثر بفكرة السبب . تأثر بها تأثراً غير مباشر في ناحيتين ، ثم تأثر بها تأثراً مباشراً في ناحية ثالثة . فإذا كان العقد اللفظي سببه غير موجود أو غير مشروع . فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر في القانون الحديث . بل كان العقد يبقى صحيحاً . ولكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني (condictio sine causa) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب أو بسبب غير مشروع . وهذه الدعوى قد يلجأ إليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن . فهو إذا لجأ إليها كدفع يستطيع أن يتوفى مطالبة الدائن له بالتزام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع . وإذا لجأ إليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام ، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفى به . وسرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه (١) . ويلاحظ أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الروماني المدني (Jus civil) .

(١) ومن ثم كان أول مطبقاً لفكرة السبب في نظورها مطبقاً اتخذت فيه صورة الإثراء بلا سبب ، على فرق ما بين معنيتي «السبب» في الماليتين .

أما القانون البريطوري (droit prétorien) فقد جعل للمدين في الحالة المتقدمة دفعاً هو الدفع بالغش (exceptio doli) يستطيع به أن يتولى مطالبة الدائن ، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع .

هاتان هما الناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً غير مباشر . ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً بأن تمنع نفاذه ، بل بقي العقد صحيحاً نافذاً . ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب ، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ . عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول . وقد كان ذلك في ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود . فقد جرت العادة في القانون الروماني بأن يتمهد المقرض ببرد القرض بعقد لفظي . ثم بعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظي بدلا من التفوه به ، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض . فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً . والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب . فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد . فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده ، ولا يكلف المقرض بإثبات السبب . وكان من وراء ذلك أن تعسف المقرضون بالمقرضين . إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد . ويقع عليهم مع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام . فأدخل قانون إمبراطوري (constitution impériale) تعديلاً في هذه الأحكام بقضى بأنه إذا التزم المقرض . واعترف كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم في الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae) . وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقرض قد تسلم القرض . ومعنى هذا أن الدائن في هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام ، وإلا كان العقد غير نافذ . ومن هنا دخلت فكرة السبب في العقد اللفظي عن طريق مباشر . فإعداد السبب يمنع نفاذ العقد . ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد

أن يصير العقد نافذاً (١) .
ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب في العقد اللفظي . فإن السبب لم يرق على أساس نفسى متصل بإرادة المتعاقد ، بل قام على أساس موضوعي لا صلة له بهذه الإرادة . فهو قد قام على واقعة أن المقترض لم يتسلم القرض ، وأن العدالة تقضى في هذه الحالة ألا يلتزم بشيء نحو المقترض . فالسبب هنا كالسبب في الفرضين السابقين - دعوى الاسترداد والدفع بالغش - إنما قام على اعتبارات تنصل بالعدالة لا بالإرادة . وبتبیت الشكائية في العقد اللفظي مانعة من ظهور السبب متصلاً بالإرادة . ذلك أن الشكائية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان ، وإذا طردت الشكائية الإرادة فإنها تطرد في الوقت ذاته السبب بمعناه النفسى وهو المعنى المتصل بالإرادة .

٢٥٢ - ظهور السبب في العقود غير الشكائية : وقد ظهر إلى جانب العقود الشكائية في القانون الروماني عقود أخرى غير شكائية ، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع . ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينه . فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة في تكوين العقد .

أما في العقود العينية - وهي القرض والعارية والوديعة والرهن - فإن الإرادة لم تكن ظاهرة ، وكان أساس الإلزام في هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم ، فهو ملزم بردها لأنه تسلمها وإلا كان مثيراً دون سبب . وعلى النقيض من ذلك العقود الرضائية - وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة - فالإرادة فيها تتدخل في تكوين العقد ، بل هي وحدها كافية

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر في العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد نفذ (cautio discreta) أى إذا لم يعترف المدين كتابةً أنه تسلم مبلغ القرض . فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم . ولم تنف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد المير ، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثليات غير النقود : وعمت القاعدة بعد ذلك ، فأصبحت تشمل جميع العقود (أنظر كابتان في السبب فقرة ٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٨٤) .

تكوينه . ومن ثم ظهرت فكرة السبب في هذه العقود ظهوراً واضحاً . في عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشتري ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يرقم التزام المشتري لانعدام السبب . ولكن فكرة السبب في عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد ، فلا تتجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه . ويظهر ذلك في امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفي امتناع الفسخ وفي تبعة هلاك المبيع . وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب . فكان لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن ، فالالتزام كل المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . وإذا كان القانون الروماني جعل للمشتري فيما بعد دعوى العرش لبيع عن دفع الثمن حتى يتسلم المبيع . وجعل للبائع الحق في حبس المبيع حتى يقبض الثمن ، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته ، بل لاعتبارات ترجع للعادلة . ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضى بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة من عقد البيع (actio ex empto) (١) . كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يرقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، ويطلب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ ، حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يرقم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك على المشتري لا على البائع . وفي هذا إمعان في تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ . ذلك أنه إذا استحال على البائع هلاك المبيع تنفيذ التزامه . بقي المشتري مع ذلك ملزماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . ويبدو هذا الحل الروماني قاطعاً في المعنى الذي أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع في القانون الروماني لم يكن ينشئ في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، ولم يكن المشتري يصبح مالكا للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال - كما قيل في

(١) أنظر كابتين في السبب ص ٩٤ .

القانون الفرنسي - إن المشتري يتحمل تبعه الهلاك لأنه أصبح مالكا . ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند تكوين عقد البيع حتى صبح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر ، فإن هذا الارتباط منعقد عند تنفيذ البيع ، بل يصحح كل التزام في تنفيذه مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الآخر ، وتقف فكرة السبب كما قدمنا عند تكوين البيع ، دون أن تجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ (١) .

وفي العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتي : في عقد المقايضة مثلا إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذي يملكه ، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض . وهذا الالتزام الأخير يقوم لاعلى إرادة الملتزم وحدها ، بل على هذه الإرادة مضافاً إليها أن سببها قد تحقق . ذلك أن سبب إرادة المتعاقد الآخر في أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول ، وقد تسلمه فعلا . فتحقق السبب . فأرادته هنا تؤخذ مقرونة بالسبب لا مجردة عنه (٢) .

وفي الهبة - وهي أهم عقود التبرعات - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (animus donandi) ، وهي السبب في التزام المتبرع . وترتب على ذلك نتيجة هامة ، هي أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعاً ، ويبطل تعهده لانعدام السبب . والهبة المقررة بشرط (donatine sub modo) يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع . فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط ، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (conditio causa data , causa non secuta) ، وله

(١) أما في عقد الإيجار فإن الارتباط يجاوز التكوين إلى التنفيذ ، إذ كانت الأجرة في هذا العقد تقابل الانتفاع ، فإذا تعذر الانتفاع ولو بقوة فاهرة ، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه ، فإن الأجرة لا تجب . وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للوئجر الحق في استرداد العين المؤجرة (كابتان في السبب ص ٩٨) . ويرجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمني ، الزمن فيه عنصر جوهرى ، وهو محل العقد ذاته .

(٢) وإذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول ، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قدمنا . وكان له أيضاً أن يسترد ما سلمه بدلا من المطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هذا أترأ من دعوى الاسترداد التي كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقد المسماة ، أو قد يكون الحق في الاسترداد نتيجة لفسخ العقد ، وفي هذا اعتراف بالسبب فهو الذي بي على تحلله فسخ العقد (كابتان في السبب فقرة ٥١) .

أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط . وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالبائع . فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبي ، وتبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن البائع على الوصية هو اعتقاد لموصي أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها (١) .

٢٥٣ - موقف القانون الروماني من نظرية السبب: ويتبين مما قدمناه

أن القانون الروماني اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif) ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque) ، وهو واحد لا يتغير (invariable) في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فزجوه بالبائع ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه (٢) . وسنرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما (Domat) ، في صياغته لنظرية السبب .

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم . قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد .

الطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

٢٥٤ - عهدانه : بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال

القرون السبعة التي سبقت التقيين المدني الفرنسي : من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر .

(١) كابتان في السبب فقرة ٥٥ .

(٢) على أن هذا التصوير الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكائية ، فلم تضع الرومان أية حجرة للسبب ، بل إنهم كانوا إذا أطلقوا كلمة «السبب» فصعدوا بها «السبب المدعي» (causa petitis) الذي رأيناه وما تقدمه

وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر . إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة ، بعد أن نهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقتة . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعته النخفاء في صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب . حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي .

فنحن نتبع تطور نظرية السبب في كل من هذين العهدين : (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذي بدأه دوما .

١٤ - نظرية السبب في العهد الذي سبق دوما^(١)

٢٥٥ - الرومانيون والكفسبوره : تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من النخفاء : فريق الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes) . فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية في السبب ، وهي فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا . ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت في القانون الروماني . أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة . فانزعجوها من أصلها الروماني إلى أفق أرحب . وجعلوها فكرة مؤثر فعالة . وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين .

٢٥٦ - فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين : عباد المحشون

(glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية . وتظنوا السبب في مختلف العقود . ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً ، والمهم ليس هو وجوده بالفعل ، بل هو مجرد ذكره في الورقة المثبتة للعقد .

أما البارتوليون (Bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم . وعزوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانيين . فأرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الروماني . فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ في البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ،

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد كاييتان في السبب فقرة ٥٧ - فقرة ٧٧ - شيريه (Chuvrier) في تاريخ السبب في الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ - بوا حوتن (Bois - Juzan) في السبب في القانون الفرنسي بوردو سنة ١٩٣٩ من ١١٠ - ص ١٤٤ - والمراجع المشار إليها في هذه المؤلفات .

بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك . وميز البارتوليون ، كما فعل المحشون ، بين السبب والباعث . فسموا الأول «السبب القريب» (causa proxima) وكان المحشون يسمونه «السبب القصدى» (causa finalis) ، وسموا الباعث «السبب البعيد» (causa remota) وكان المحشون يسمونه «السبب الدافع» (causa finalis) . وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى العقد . وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى ، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية . أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه «بالسبب المدنى» (causa civilis) وهو السبب الإنسانى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شىء آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث . ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب . ولكنهم كما قدمنا لم يجاوزوا الحدود التى ألزمتها القانون الرومانى . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا نفسية : داخلية فى العقد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

٢٥٧ - فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكنسيين : أما فريق الفقهاء

الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم . هى الاعتبارات الأدبية المسيحية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين :

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم - لا الشكل - هى التى تنشئ العقد وتجعله ملزماً . وتدرج الفقهاء الكنسيون فى هذا المبدأ حتى أقرروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين ، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه .

والمبدأ الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهاجس غرض غير مشروع . ذلك أن القيام بعمل غير مشروع بعد خطيئة ، ولا يصح الاحتجاج

بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد . والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً . فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط ، بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع . الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة . وتنفيذه يعد خطيئة أخرى . وها نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق . فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في تعاقدته . وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلاً . وإذا كانت الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع ، وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها في القانون الرومانى . شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملاً نفسياً زائراً بالقوة . بعيداً في الأثر . ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة - بعد أن جردوها من الشكل - الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه . وربطوها به : فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه . وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى . الموضوعى : الداخلى في العقد . والذى يبنى واحداً لا يتغير في نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى ، الخارج عن العقد . والذى يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة :

أولاً - أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً في تكوين العقد .

ثانياً - أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً . فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً - أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيماً على الإرادة . فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد منجهاً لتحقيق غاية مسروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يدوروا مبادئ القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً

صريحاً ، وأمكهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العارى (pacte nu) ملازم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العارى» عبارة «الوعد المسبب» (promesse causée) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة (pacta vestita) طائفة جديدة هي طائفة «الوعود المسببة» .

رابعاً - أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى . إذ حررها من الشكل . وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تنتج لتحقيق ، غاية مشروعة .

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الروماني الضيق ، بل بمعناها الجديد الواسع .

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادئ الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التي تنتج لتحقيق أغراض غير مشروعة ، فإنهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية المرد وتخريب إرادته من الغلط والتدليس والغش . ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع ، في إبطال العقد ، السبب غير الحقيقي . فإذا وقع غلط أو تدليس في الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقي . وبطل العقد . ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام في نظرية الغلط .

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة ، إليه وحده يعود الفضل الأكبر . إيجاد النظرية الصحيحة للسبب . وقد تبع رجال الكنيسة في نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين (civilistes) من أمثال أوازيل (Loysel) (١) ودومولان (Dumoulin) ، فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد ، وأصلين في هذا ما بين الإرادة والسبب ، وجاعلين لسبب المعنى الذي فهمه الفقهاء الكنسيون . وبقى فقهاء مدنيون آخرون ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau)

(١) وهو صاحب المثل المشهور : « يربط البقر بقرونه ، ويربط الرجل بكلامه ، ومجرد الوعد أو الاتفاق يعدل المقود الانطية في القانون الروماني » . « On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit Romain » . (Inst. cont. max. 357).

محففين على تقاليد القانون الروماني . فلا يسلمون بأن الاتفاق العارى عقد ملزم . ولا يفهمون السبب إلا في ضوء الفكرة الرومانية الضيقة . ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثانى . فاعترف الفقه والقضاء في فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التى تهدف لتحقيقها غاية مشروع . وفهم السبب بالمعنى الذى ابتدعه الكنسيون : الباعث الدافع إلى التعاقد . فأبطلت العتود التى تهدف لاستغلال النفوذ . واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها ، وأصبح الباعث يؤثر في التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات . وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما بصوغ نظرية عامة للسبب . ونظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء .

٢٥ - نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدني الفرنسي (١)

٢٥٨ - العوامل التى أثرت في هذا العهد وفقراته البارزونه :

جاء دوما في القرن السابع عشر . وبدأ عهداً جديداً كان من العهود الحاسمة في تاريخ تطور نظرية السبب . والعوامل البارزة التى كانت تؤثر في التفكير القانوني لرجال هذا العهد ثلاثة :

أولاً - انتكاص القانون الروماني وتقلص نفوذه . وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية . وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات بريطورية واتفاقات شرعية . كل هذه التقسيمات الدقيقة أخذت تهجر ففسر في طريقها إلى الاندثار . على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية في السبب كما قدمنا .

ثانياً - أثر القانون الكنسي . وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبدى في ميدان سلطان الإرادة . فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة ، ويسير وراءهم في ذلك كثير من الفقهاء المدنيين .

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد : كايثان في السبب فقرة ٧٧ - فقرة ٨٠ -

شيفريه ٢٤٦ - وما بعدها - تبال من ٨٨ وما بعدها - يوناكو من ٤٢ وما بعدها -

بواجيران من ١٥٥ وما بعدها

ثالثاً - انتشار مبادئ القانون الطبيعي . وقد حمل لواءها جروسيس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف . وهي مبادئ توحى بنذب ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة . وتحكم العقل في كل ذلك فلا يتردد في إقصائها وتحرير الإرادة منها .

وهذا العهد الجديد بدأه دوما كما ذكرنا . وطبعه بطابعه . وبقي أثر هذا الفقه الفرنسي الكبير حياً في النفوس طوال الأجيال . واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترديد ما كتبه في نظرية السبب ، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر ، غير الإسهاب في بعض التفاصيل . وأبرز هؤلاء الفقهاء ققيهان : بريثودي لاجانيس (Prévôt de la Janès) وبوتيه (Pothier). ونستعرض أولاً ما كتبه دوما في نظرية السبب . ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقهاء .

٢٥٩ - نظرية السبب عند دوما: لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه في

نظرية السبب. بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً. أعندما كان يقرر هذه النظرية في كتابه «القوانين المدنية» . كان يبسطها بسطاً موجزاً. دون مناقشة أو بحث ، كما يبسط أمراً من الأمور المقررة في عصره ، ولا يرى نفسه في حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة . لذلك كان من المبالغة أن يقال - كما قال كثيرون - إن دوما له حظ كبير من الابتداع في نظرية السبب. بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية في السبب، من أمثال الفقيه الكبير كايبتان : رأيهم من أن دوما له فضل عظيم في دعم نظرية السبب على أساس صحيح . فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن ، وعاق تطورها الطبيعي ، وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجذبة . والغريب أن دوما قد انتقاد في هذا ، لا لحكم العقل وقواعد المنطق التي ألفها وسار عليها في كتابه (١) ، بل إلى البقية من أثر القانون

(١) فقد كان دوما من دعاة القانون الطبيعي ، عرف بأنه هو الذي أحى التفكير للمنطق في الفقه المدني . فوضع كتابه المشهور «القوانين المدنية» بالنظام الطبيعي (Lois Civiles dans leur ordre naturel) ، ولم ينهج فيه نهج من سبقه من الفقهاء في شرح نصوص القانون الروماني (Corpus Juris Civilis) ، بل كان لا يرجع إلى هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقره من أحكام العقل والمنطق ، فيكون ذلك أبدياً في الإلتئاع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit au repos) كما يقول .

الرومان التي تسربت إلى القانون الفرنسي القديم على أيدي الفقهاء الرومانيين (romanistes) وفريق من الفقهاء المدنيين (civilistes) الذين تأثروا بالأولين . على أن لدوما مزيتين لا ينكران في هذا الشأن : (أولاهما) هذه النظرة الشاملة التي أحاط بها موضوع السبب . فصاغ منه نظرية عامة محبوكة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذي قام به هو . كانت هناك أحجار مهيدة للبناء . فشيء منها دوما بناء مدعما متماسكاً ، هو هذا الذي انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء . ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التي ظلت سائدة طوال القرن الماضي . (والمزبة الثانية) أن دوما سجل في وضوح كامل ما وصل إليه عصره في تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع . فقد كانت التقسيمات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دانت دولتها ، وزالت التفرقة بين الاتفاق العاري غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة . وأصبح كل اتفاق ملزماً . ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق في عبارات جلية واضحة فيقول في كتابه «القوانين المدنية» (١) : «كل اتفاق ، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن . ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه ... ولم يعد هناك محل لأن نبسط ما كان القانون الروماني يقيمه من فروق بين العقود التي لها اسم معين والعقود التي لا اسم لها . فهذه التمييزات التي تنطوي على دقة زائفة لم تعد مقبولة في عرف عصرنا . وهي مدعاة للاضطراب من غيرما فائدة » . ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة في عصره ، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة . فقد كانت القاعدة التي تقرر أن «الاتفاق وحده ملزم» (Solus consensus obligat) قد ظفرت في النهاية ، وفاز أصحابها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الروماني .

أما العيب الجوهرى في نظرية دوما فهو أنه تأثر في هذه النظرية ، كما قدمنا ، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أمناء للقانون الروماني ، فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة (٢) . وهنا يتولانا شيء من العجب . فإن دوما ، وهو من

(١) الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول فقرة ٧ .
(٢) ويذكر كابتان في كتابه في السبب (ص ١٦٠ - ص ١٦٣ و ص ١٦٣ هامش رقم ١) أن دوما تأثر في نظريته في السبب بفقهاء مدنيين ينتمون إلى الفقهاء الرومانيين ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) - أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيسول وريير وبولانجه ٢ فقرة ٢٨٧ .

أنصار المنطق والقانون الطبيعي ، وقد رأيناه يقول بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطووع في ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الكنسي . يرجع الفهقري عندما يتولى بسط نظرية السبب ، فلا يسير في منطقته إلى مداه ، ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تنقيد بالغرض الذي اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب ، يأتي دوماً أن يكون منطقياً في نظريته للإرادة والسبب ، ويرجع إلى الفكرة الرومانية ، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير في نوع واحد من العقود ! وقد يعلل ذلك أن دوماً أثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها . ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوبة النظرية الكنسية في السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ .

وهذا ما يقوله دوماً وهو يبسط نظرية السبب ، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة ، الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع : « في الأقسام الثلاثة الأولى من العقود يجرى التعامل دون أن يكون فيه أي تبرع ، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس للالتزام الآخر . وحتى في العقود التي يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم . كما في اقراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقرض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذي ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً في جانب الآخر . ويكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن مبنياً في الواقع على سبب » (١) . ثم يتابع دوماً بسط نظريته ، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول : « وفي الهبات ... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحقة ، كخدمة أسداها الموهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة في عمل الخير من جانب الواهب . وهذا

(١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول - وقرر دوماً في موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذي تم على سبب انقطع بمجرد ذلك يصبح باطلاً (الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول فقرة ١٣) ، فهو يستصحب السبب من نكوب العقد إلى تنفيذه .

الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى طرف الذي أخذ ولم يعط شيئاً (١) .
وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة ، دوما يرى أن السبب في التبرعات
قد يكون هو الباعث . كما كان الأمر في القانون الروماني على ما قدمنا .
ولكنه في موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول : « يجب في الهبات أن
نميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التي يعلن الواهبون أنها هي أسباب تبرعهم
وبين الشروط التي يفرضونها في هباتهم . وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشروط
في الهبة المنتزعة بشرط يضلها . فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث
التي ذكرت فيها ليست صحيحة . فلو أنه ذكر في هبة أنها تمت لخدمات أسديت
أو لتمكين الموهوب له من أن يمتلك شيئاً يريد . فإن الهبة لا تبطل حتى لو
ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم . وذلك لأن
إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة . وقد تكون له بواعث أخرى غير التي أعلنها (٢) .»
ويستخلص الأستاذ كايبتان من هذه العبارات أن دوما يميز في عقود التبرع
بين السبب والباعث . فالسبب هو الذي يؤثر في صحة التبرع ، أما الباعث
فلا أثر له (٣) .

ويتبين ما قدمناه أن دوما يشترط قيام السبب في جميع العقود . فالسبب
في التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجائين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ،
أي التزامه المقابل . والسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد
هو ما قام به المتعاقد الآخر . أي التسليم الذي تم من جانبه في مبدأ الأمر .
والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع في أن يتبرع ، أي نية التبرع .
ومن ذلك نرى أن نظرية دوما في السبب قامت على الفكرة الرومانية
الضيقة . وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون
الروماني .

(١) • القوانين المدنية • الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول .

(٢) • القوانين المدنية • الكتاب الأول - الباب الثالث - الفرع الأول فقرة ١٣ .

(٣) كايبتان في السبب فقرة ٧٦ . فان بواجبران (ص ١٥٠ - ١٥٥) وهو يستخلص

من هذه العبارات أن دوما يعد الباعث في التبرعات ، ويجعل له آثراً في صحتها - ويدو
أن دوما يميز بين الباعث الدافع للهبة ، ومضره أن يكون شرطاً مبروفاً في العقد ، وهو يؤثر
في صحة التبرع . وبين الدومع التي تذكر في العقد دون أن تترس شروطاً ، وهذه لا تؤثر
لاحتمال أن يكون هناك دوماً أخرى حدث على التبرع .

٢٦٠ - نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء : ولم يزد الفقهاء

الذين خلفوا دوما في القانون الفرنسي القديم على أن يرددوا ما قاله دوما في نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء ، كما قدمنا ، فقيهان : بريغودى لاجانس وبوتيه .

كان بريغودى لاجانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون في جامعة أورليان في النصف الأول من القرن الثامن عشر . وقد توفي في سنة ١٧٤٩ . ذكر في كتاب له (١) أن الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause) . وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذي دفع المتعاقد إلى الالتزام . ولكنه بين ما يريد بكلمة « الغرض » عند الكلام في البيع ، فذكر أن السبب في التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر المقابل له . فالسبب عنده في العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوما (٢) .

أما بوتيه (Pothier) الفقيه الفرنسي المعروف - وقد خلف بريغودى لاجانس في أستاذية القانون بجامعة أورليان - فكان أوضح بياناً من سلفه في بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما في هذه النظرية . ذكر في كتاب «الالتزامات» (٣) ما يأتي : «يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête) . ففي عقود المعاوضة يكون السبب في الالتزام الذي يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه له ، أو التبعة التي يتحملها . وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يعقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أي سبب ، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذي يتضمنه . ثم ينتقل بوتيه إلى السبب غير المشروع فيقول : « إذا كان السبب الذي عقد

(١) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions.) القسم

الثاني - الباب الثامن - الفصل الثاني .

(٢) كابنان في السبب فقرة ٨٠ - ويرى بريغودى لاجانس أن التعهد المكتوب يكون

ذا سبب صحيح إذا ذكر التعهد أنه يقرب بدويته وتعهد بالتدفع . (اللائحة بالنيويورك سبب كاف

لالتزام (بواجيزان ص ١٥٨ - ص ١٥٩)

(٣) فقرة ٤٢ .

من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو آداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs ، فالالتزام باطل ، ويطل العقد الذى يتضمنه (١) .

ونرى من ذلك أن پوتيه ردد فى وضوح وإسهاب ما سبقه إليه دوما . وإذا كان قد زاد عليه فى التفصيل . فى المسائل الثلاث الآتية : (١) لم يكتف بأن يحدد السبب فى العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، بل حدده أيضاً فى العقود الاحتمالية وجعله التبعة التى يتحملها المتعاقد . (٢) ذكر فى وضوح أن السبب فى التبرعات هو نية التبرع . وكان دوماً غير واضح فى ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا . (٣) أفاض فى ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح . فوضع الأساس لشروط السبب فى النظرية التقليدية (٢) .

وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما وپوتيه فى المواد ١١٠٨ و١١٣١ - ١١٣٣ . وصارت هذه النصوص هى الأساس الذى تقوم عليه النظرية التقليدية فى السبب .

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب . أوردناه فى شيء من التفصيل حتى نتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهى تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيا ، سواء فى ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة . ومنتقل الآن لبسط نظرية السبب فى القانون الحديث .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الحديث

٢٦١ - ترتيب الموضوع : انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسى القديم إلى قانون نابليون ، وبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو

(١) « الالتزامات » ، فقرة ٤٣ .

(٢) وراد پوتيه أيضاً فى أنه ميرين سبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذى يقصد إليه الالتزام ، فوضع مبدأ التفسير ثلاثاً للسبب أى سبباً فى النظرية التقليدية .

الذى رأيناه عند دوما وبوتيه . وهذه هى النظرية التقليدية فى السبب . ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدبة ، إذ هى مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا ، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام . وأثارت هذه الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب فى ذاتها . سواء فى صورتها التقليدية أو فى صورة أخرى لها معدلة . ولكن القضاء فى فرنسا كان بمعزل عن هذه الخصومات الفقهية ، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية المحصية وهى النظرية التى تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى منتجاً فعلاً . ومن ثم قامت النظرية الحديثة فى السبب على أنقاض النظرية التقليدية ، قامت فى أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذى عبد لها الطريق كما رأينا ، ثم تبع الفقه القضاء فى ذلك . وقد تلى القانون المدنى الجديد النظرية وهى فى مرحلة متقدمة من مراحل تطورها ، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الغلط فصلاً تاماً وكانا من قبل يتلاقيان فى منطقة مشتركة .

فنحن نتكلم : (أولاً) : نظرية التقليدية . (ثانياً) فى النظرية الحديثة (ثالثاً) فى نظرية السبب بعد انتقالها إلى القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى السبب

٢٦٢ - النصوص فى القانون المدنى الفرنسى وفى القانون المدنى

المصرى القديم : تلى قانون نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما ، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسى . وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر (١) . وسرى ونحن نبسط ما قرروه أنهم لم يبتعدوا عما قرره دوما وبوتيه مما سبق بيانه .

وقد دخلت النظرية التقليدية فى نصوص قانون نابليون من النحو الآتى :

(١) أنظر سلفاً وأيضاً للنظرية التقليدية للسبب فى ديملومب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

نصت المادة ١١٣١ من هذا القانون على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause)، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (fausse cause) . أو على سبب غير مشروع (cause illicite) .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه .
ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا جرمه القانون ،
أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام .

وقد نقل القانون المدنى المصرى القديم عن قانون نابليون هذه النصوص
بعد أن أوجزها فى نص واحد على الوجه الآتى :

نصت المادتان ٩٤ / ١٤٨ من القانون المدنى المصرى القديم على أنه « يشترط
لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .
والأصل الفرنسى لهذا النص العربى أدق . فهو يقضى بأن « الالتزام لا يوجد
إلا إذا كان له سبب محقق مشروع (١) » . فجعل السبب شرطاً فى وجود
الالتزام لا فى صحته فحسب .

وتتناول الآن النظرية التقليدية . فتتكلم أولاً فى معنى السبب فى هذه النظرية
وفى الشروط التى يجب توافرها فيه . ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التى تقدم
بها خصوم السبب فى تنفيذها ، والحجج التى تقدم بها أنصاره فى تأييده .

١٤ - معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه
١ - تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية

٢٦٣ - السبب الإنشائى والسبب الدافع والسبب القصدى :
تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائى (cause efficiente) والسبب
الدافع (cause impulsive) والسبب القصدى (cause finale) (٢) .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى : « L'obligation n'existe que si elle a une cause certaino et licite » .

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما نقله المحشون والبارتوليون عن الفلسفة اليونانية من
التمييز بين السبب (causa proxima, finalis) والباعث (causa remota, impulsiva)
(أنظر آفاً فقرة ٢٥٦) ، وفى التمييز الذى قال به بوتييه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب
بمعنى تعرض الذى يقصد إليه الملتزم (أنظر آفاً فقرة ٢٦٠ فى الهامش) .

فالسبب الإنشائي هو مصادر الالتزام . وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهذا المعنى لا بعيننا هنا ، ويجب أن نستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام . فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكنائه ، أو أن يجعل منه مثلاً لعمله ، أو أن يديره للعمارة . أو أن يجعل منه نادياً للمقامرة ، الخ الخ . ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شيء خارجي عن العقد (extrinsèque) . فلا يذكر في الاتفاق ضرورة ، ولا يستخلص حتماً من الالتزام . (٢) هو شيء ذاتي للملتزم (subjectif) ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شيء متغير (variable) ، لا في كل نوع من العقود فحسب . بل في كل عقد على حدة ، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر . ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد . فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام . فهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف . مبتثقاً مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى - وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية - وإذ أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة - يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima) ، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

٢٦٤ - السبب في الطوائف المختلفة للعقود . وتستعرض النظرية

التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب - ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدى - في كل طائفة منها ، على النحو الذي جرى عليه دوماً وبوتية .

في العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام

الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع ، وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع - هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويلتزم المشتري بدفع الثمن ، وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد المشتري أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن - هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالتقايط والإيجار وعقد المقاوله وعقد العمل .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد . إذا كان العقد عينياً . قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة (١) . يكون سبب التزام المتعاقد الملزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد . فالمقرض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه .

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً . كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائي . وهو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه . وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق (٢) .

وفى عقود التبرع السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له ، وهذا هو السبب فى تبرعه .

٢٦٥ - خصائص السبب: ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب فى

النظرية التقليدية هي عكس خصائص الباعث. فالسبب شيء داخلى فى العقد (intrinsèque) يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . وهو شيء موضوعى (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملتزم . وهو غير متغير (invariable) ، فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود . ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع . وهذه الخصائص الثلاث هي عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب

(١) وهذا فى غير القانون المصرى الجديد الذى ألغى العقود العينية كما رأينا ، ولم يبق منها إلا هبة المنقول . ثم هذا يفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

(٢) كابنتان فى السبب فقرة ٢٨ .

في الفكرة الرومانية القديمة .

٢٦٦ - قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه :

وتحصر النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد . ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم في العقود الملزمة للجانبين . فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هي نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ، وهذه هي نظرية تحمل التبعة . وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل في مواضعها . ويكفي أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقاءه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة . فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه ، ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، أو أن يطلب فسخ العقد ، أو أن يجعل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعه هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذي انقطع سببه (١).

ب - الشروط الواجب توافرها في السبب

٢٦٧ - شروط ملزمة : يخلص من النصوص التي أوردها في القانون

المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم أن السبب يجب أن تتوافر

(١) ويلاحظ أن القانون الروماني كان يأبى أن يدفع فكرة السبب في عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد ، بل كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد ، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ . فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث : الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعه استحالة التزامه (أنظر آتقاً فقرة ٢٥٢) . فالنظرية التقليدية في السبب متقدمة في هذه الناحية على القانون الروماني .

فيه شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً .

٢٦٨ - وهو السبب : تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن يكون له سبب . ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء ، بل هو الشيء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم .
ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب الموهوم لا يدخل في دائرة هذا الشرط الأول . بل يدخل في دائرة الشرط الثاني كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود . أي غير واهمين في وجوده . وبصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك ؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد .

فهو يتحقق عند التعاقد في فروض مختلفة نذكر منها فرضين : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين . أي لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود . وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلا لانعدام السبب . ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً ، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلا لانعدام السبب . ويستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة لا عقداً ، فإن السبب ركن في كل الترام إرادى ولو لم يكن التزاماً عقدياً . (٢) يكون السبب غير موجود . دون أن يكون هناك وهم أو إكراه . فيما يسمى بسند المحاملة (effet de complaisance) . وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً . فيمضى سنداً المصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى

المدين . فیدفعها هذا الحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو فى حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم : لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند انجامة . ولا يحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية . ونسكن فى العلاقة ما بين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب (١) .

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد . ويقع ذلك فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ؛ فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد . وانعدام السبب بعد وجوده فى هذه الأحوال هو الذى يبرز نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢٦٩ - **سبب السبب** : ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً . فالسبب غير الصحيح (fausse cause) لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : (١) إما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط (cause erronée) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صورى (cause simulée) .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث . فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه فى الميراث . فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمضى لإقراراً بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث . فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بعين فى التركة أن يعطيه مبلغاً من المال فى نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه

(١) ويتحقق انعدام السبب، دون وهم أو إكراه، فى عقد احتمالى يسمى «كرة الثلج» (boule de neige) (أنظر فى ذلك نظرية المقدم المؤلف من ٥٥١ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق فى سائر العقود الاحتمالية - وهى عقود السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة فى كل من الجانبين - فإذا انعدم هذا الاحتمال فى جانب اعدم سبب الالتزام ، وقد يكون ذلك عن بينة وفى غير إكراه .

موهوم . مدين يتفق مع دائته على تجديد الدين : فيتين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه . فلتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقي السبب الصورى . والعقد الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب . فإن الصورية فى ذاتها ليست سبباً فى البطلان . ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب . فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى . ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقى . فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقى موهوم لا لأن السبب الظاهر صورى . وإن كان السبب الحقيقى غير مشروع . وقد أضحى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب : سقط الالتزام أيضاً . لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقى . أما إذا كان السبب الحقيقى مشروعاً غير موهوم : فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر (١) .

٢٧٠ - مشروعية السبب : ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً .

والسبب المشروع هو الذى لا يخرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب (٢) . وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام فى المحل غير المشروع . ونبين هنا أن مشروعية السبب . عند أصحاب النظرية التقليدية . شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة : نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية :

(أولاً) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه : فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه - وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة - غير مشروع .

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية

٢ ص ٢٢٧) .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ المتوفى ١٦ ص ١٧٩ . محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩ - وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١١٩ .

فلا يقوم هذا الالتزام . لا لعدم مشروعية المحل . بل لعدم مشروعية السبب .
(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع . فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة ، وتعهد الثاني بدفع مبلغ من النقود ، وكلا المحلين مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثاني بدفع النقود ، وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثاني بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع . ومن ذلك نرى أن كلامنا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع . وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة ، وكالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق ، وكالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد ، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(ثالثاً) عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقده غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء (١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والحديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود (٢) . والقضاء

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٥٥٣ - لاروميير ١١٣٢ فقرة ١٦ - ديبلومب ٢٤

فقرة ٣٣٥ - لوران ١٦ فقرة ١٥٠ - بنوار ٥٤١ .

(٢) تقس درسى في أول مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٥ - ١ - ١٤٧ .

في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية (١) ببطان العقد ، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج ، في أمر زوجته بسبب انزعال المرأة عن الرجل (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة (٣) بصحة العقد إذ أن الغرض الذي يرمى إليه مشروع ، فهو يسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية . فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عهده تم الزواج أو لم يتم . ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأي كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالعثور على زوج صالح . ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج .

§ ٢ - خصوم السبب وأنصاره

١ - خصوم السبب

٢٧١ - الهجوم على النظرية التقليدية : منذ أن استقرت النظرية

التقليدية ، منقولة عن دوما وهوتنيه على النحو الذي بسطناه ، بقيت مبعثراً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج . وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكي إرنست (Ernst) وكان أستاذاً في جامعة لياج . كتب

(١) محكمة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .
(٢) ويؤيد هذا الرأي والتون (جزء أول من ٢٨٥ - من ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات من ٢٥٤) .

(٣) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٨٣ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ من ٩٠ .

مقالاً في سنة ١٨٢٦ في مجلة (Bibliothèque du juriconsulte et du publiciste) (١) بين فيه أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً . فهو يختلط إما بالخل في العقود الملزمة للجانبين ، وإما بالرضاء في عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له . وتغنى عنه أركان الالتزام الأخرى . ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent) (٢) وكورنيل (Cornil) (٣) ، وهما أيضاً قتيبان بلجيكيان . وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين ، هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة في رسائلهم (٤) .

ولسكن الحملة على نظرية السبب لغتت النظر بنوع خاص عندما انحاز بلانيول إلى خصوم السبب (٥) ، وردد الأستاذان بودرى وبارد صدى هذه الحملة (٦) . وكذلك فعل دابان (Dabin) (٧) ووالتون (٨) .

ونقف عند نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية ، ففيه خلاصة واضحة للحملات التي قام بها خصوم السبب ، وكان هو المعول الفعال في هدمها .

٢٧٢ - نقر بهلنيول لنظرية السبب التقليدية : يقول بلانيول إن

نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، ثم هي غير ذات فائدة .

(١) سنة ١٨٢٦ ص ٢٥٠ - ص ٢٦٤ .

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١ .

(٣) في رسالة عنوانها : « بمناسبة تنقيح القانون المدني ، السبب في العقود » بروكسل سنة ١٨٩٠ :

« A propos de la révision du Code Civil — De la Cause dans les conventions » . Bruxelles 1890 .

(٤) تذكر منهم أرتير (Artur) في السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي باريس سنة ١٨٧٨ — تامبال (Timbal) في السبب في العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ — سيربادس (Séferiades) بحث انتقادي في نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ — أنظر أيضاً هيك الجزآن السادس والسابع .

(٥) الجزء الثاني فقرة ١٠٣٧ — فقرة ١٠٣٩ .

(٦) الجزء الأول فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٧ .

(٧) « نظرية السبب » بروكسل سنة ١٩١٩ .

(٨) وينول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية مثار للنقد الشديد ، ويتوقع أن التقنين المدني عند تنقيحه يستعد فكرة السبب كركن في الالتزام ، ويسير في ذلك على نهج تنقيح الألمان والبريسري (والتون ١ ص ٥٩ — ص ٦٠) .

أما أنها غير صحيحة ، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب في فروضه الثلاثة :
العقد الملزم للجانبين والعقد العيني وعقد التبرع . ففي العقد الملزم للجانبين
لا يجوز القول . كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الالتزامين
المتقابلين هو الالتزام الآخر ، فإن في هذا استحالة منطقية . ذلك أن الالتزامين
يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو العقد . فلا يمكن أن يكون أحدهما
سبباً للآخر . لأن السبب يتقدم المسبب ، وهما قد نشأ معاً كما رأينا . وفي
العقد العيني يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين . ولكن التسليم ليس
إلا المصدر الذي كون العقد فأنشأ الالتزام ، فيختلط هنا السبب بالمصدر
ويصبحان شيئاً واحداً . وفي عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية
التبرع . وهذا قول خال من المعنى ، وإلا فأية قيمة لنية التبرع في ذاتها
إذا لم تقرن بالعوامل التي دفعت إليها !

وأما أن النظرية غير ذات فائدة . فلأننا نستطيع الاستغناء عنها بشيء
آخر . ففي العقود الملزمة للجانبين يكفي أن نقول إن الالتزامين المتقابلين
مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني ،
وتعني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب . وفي العقود العينية
وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المنهومي من النظرية التقليدية هو انعدام
التسليم في العقد العيني وانعدام نية التبرع في الحقة . وهذا معناه انعدام العقد
ذاته . فنسنا إذن في حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام
العقد ذاته غير موجود .

ب - أنصار السبب

٢٧٣ - الدفاع عن فكرة السبب : أما أنصار السبب فكثيرون .

منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها ، وعلى رأس هؤلاء
كابتان في كتابه المعروف « السبب في الالتزامات » (١) . ومنهم من يدافع
عن فكرة السبب في ذاتها ، ولكنه يهجر في الدفاع عنها النظرية التقليدية

(١) أنظر أيضاً علماء الفقه التقليدي كأوبري ورو وديمولوب وبيدان وبفتوار . وانظر
بريسو في رسالة من بوردو سنة ١٨٧٩ ، وكولان في رسالة من باريس سنة ١٨٩٥
ويوتسكو في السبب سنة ١٩٢٣ .

إلى النظرية الحديثة التي وضع القضاء أسسها على ما سئرى .
ونبسط هنا دفاع كايبتان عن النظرية التقليدية ، ثم نشير في إيجاز إلى
بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة .

٢٧٤ - دفاع كايبتان عن نظرية السبب التفسيرية : يمكن الدول ان

كايبتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب . ولكنه وهو في صدد الدفاع
عنها قد حورها تحويراً جوهرياً في بعض نواحيها .

فعند كايبتان أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل
ذاته . بل هو تنفيذ هذا الالتزام (١) . ويقول ، رداً على ما أخذه بلانيول
على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً ،
إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو
السبب والمسبب . ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية
أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته . فلا يصح أن يقال مع ذلك إن
الشيء الواحد يعتبر سبباً ومسبباً ، إلا إذا فهم السبب بمعنى « السبب
الإشائي » ، فعند ذلك يستحيل منطقياً أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر
وناشئاً عنه في آن واحد . ولكن السبب هنا معناه «السبب القصدى» أي
الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه . ويسهل مع هذا
المعنى أن نفهم أن الغرض الذي قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو
التزام المتعاقد الآخر بالذات ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ،
ولا يكون في هذا خروج على المنطق .

أما الالتزام الذي ينشأ من عقد عيني فسيبه هو تسليم الشيء كما تقرّر النظرية
التقليدية . وهذا صحيح في نظر كايبتان في عقود عينية ثلاثة هي القرض والعارية

(١) ويبي كايبتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباطاً . فكل من
الالتزامين المتقابلين يصير الالتزام الآخر . ويرتب على هذا الارتباط نظريات الصخ والدفع
بعدم التنفيذ وتحمل التبعة ، فهذه النظريات جميعاً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب
هو تنفيذ الالتزام لا وجوده .

ويحدد كايبتان السبب في العقد الملزم للجانبين إذا كان اختيارياً بوجود الاحتمال ذاته في العقد
(السبب بقرة ١٨ ص ٤٠) ، وفي العقد الملزم للجانبين الذي يتوحد به جميع المتعاقدين غرضاً
مشتركا . كالجمعيات والشركات ، بالمرم المشترك الذي قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب بقرة ١٩) .

ورهن الحيازة . فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة ، فهي من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين . فالمقرض والمقرض مثلما يتفقان على القرض ، ويتم العقد بالاتفاق . فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقرض برد مثله . ومن هنا نرى أن التسليم . إذا رجعنا إلى طبيعة العقد ، ليس هو حتماً السبب المنشئ للالتزام ، بل هو الغرض الذي يسعى إليه المقرض من وراء التزامه برد الشيء . فلا يخاطف في هذه العقود الثلاثة « السبب الإنشائي » و « السبب التصدي » كما يزعم خصوم نظرية السبب . ولا يفتي من العقود العينية إلا الوديعة . وهنا يسلم كايبتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر ، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء ، إذ يختلط بذلك السبب الإنشائي بالسبب التصدي ، بل هو رغبة المودع عنده . وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل ، في أن يسدى جميعاً للمودع . أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجانبين ، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر (١) .

أما في عقود التبرع ، فسبب الالتزام هونية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية . ولا تختلط هذه النية بالرضا كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم . وهذا هو الرضا . والعنصر الثاني هو إرادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب يتميز عن الرضا كما نرى . والدليل على ذلك أن العنصر الأول ، وهو الرضا بالالتزام ، قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهو نية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر ، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود

(١) كايبتان في السبب فقرة ٢٥ - ويتعرض كايبتان العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد : فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إهداء حبل للموكب كما في الوديعة بغير أجر - والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائي - والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه ، فهو نارة يكون فكرة التبرع ، وضرورياً يكون فكرة التعهد ، وثالثة يكون تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدني (ويرى كايبتان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي ليس تعديداً له بل هو إنشاء لالتزام مدني السبب فيه هو الالتزام الطبيعي) - والسكفالة سبب التزام الكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين ، وكذلك الإنابة في الوفاء ، وقد يكون هذا السبب تبرعاً ، وقد يكون واهدين في ذمة الكفيل للمدين أو في ذمة النائب للنتب ، أو قرصاً يعطيه الأول لثاني (كايبتان في السبب فقرة ٢٦ - فقرة ٣٢) .

له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند . فهذا مثل نرى فيه رضا المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة . على أن كايبتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب في حالتين : (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه ، كما إذا وهب شخص مالا للجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشئ بهذا المال مستشفى أو ملجأ . فإن سبب الهبة في هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذي اقترن به التبرع . (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هي إرادة الموصى ، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع ، بل إن الباعث الذي دفع الموصى إلى تبرعه هو الذي يجب اعتباره سبباً للوصية . وفي هاتين الحالتين يسلم كايبتان باختلاط الباعث بالسبب .

ومن ذلك نرى أن كايبتان أدخل تحويراً في النظرية التقليدية ، حيث يجعل الباعث يختلط بالسبب في الحالتين المتقدمتين . وحيث يحدد السبب في العقد الملزم للجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، وحيث يحدد السبب في عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة . ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية ، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يختلط بينهما إلا في فروض نادرة (١) ، ويجعل المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً . فيكون السبب عنده شيئاً داخلاً في العقد لا منفصلاً عنه . وهو واحد لا يتغير في أي نوع من العقود .

٢٧٥ - أنصار السبب الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية

الحدسية : وإلى جانب كايبتان قام فقهاء يدعون عن فكرة السبب . ويتنادون بوجود الاحتفاظ بها . ويخالفون بذلك بلايول وغيره من خصوم السبب

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كايبتان يختلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يستند فيها كايبتان بالباعث أيضاً ، وذلك إذا أدخل التعاقدان الباعث في دائرة التعهد (champ contractuel) . وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه . وهناك كايبتان في هذا عن النظرية الحديثة . فعنده لا يكفي للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعقد كما يقول النظرية الحديثة . بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كايبتان في السبب من ٢٤٤) .

الذين يقولون بوجود حذف هذه الفكرة من القانون .

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب . ومن أبرزهم چوسران وريبير ودينوج وبنكاز . لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط في النظرية التقليدية . بل يتوسعون فيه ويخففونه بالباعث . ويهجرون لنظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع أساسها القضاء الفرنسي . والتي نتولى الآن بسطها .

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في السبب

٢٧٦ - **موجوب التوسع في تحديد السبب** : لم يرض القضاء ، وهو الذي يواحه الحياة العملية . عن النظرية التقليدية في السبب . فهي نظرية ضيقة عتيقة لا غناء فيها . وسار في طريق غير طريق الفقه التقليدي . وتوسع في تحديد السبب . فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنسيين . لأنها هي النظرية التي تنتج في العمل . وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة ، إذ أدرك ماى مما فيها من خصوبة ومرونة . ولم يكن بد من أن تقرن الإرادة بالباعث الذي يحركها . وهذا هو التصرف المسبب وهو لأصل والتاعدة - أو أن تجرد عن هذا الباعث . وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء .

فحين نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية . (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد (acte abstrait) .

§ ١ - استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ - **السبب الجوهرى في النظرية التقليدية** : رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساحت كثيراً في تكييف نظرية السبب التي نقلها دوما

عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية . والعيب الجوهرى فى هذه النظرية ليس فى أنها غير صحيحة . فهى ، حتى لو كانت صحيحة ، عقيمة على كل حال . وهى لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية ، إذ هى تحدد السبب فى أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً . وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب فى صورته المختلفة ، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يركز الاستغناء عنه دون عناء .

٢٧٨ - كيف نستغنى عن السبب الموهوب : تخرص النظرية التقليدية

على أن تشترط وجود السبب ، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم . وتأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ، ومثل من أمضى سند محاملة عن بينة واختيار .

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فإن العقد يكون باطلاً . ولا يكفي هنا استظهار الإكراه ، فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب ، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم . فحل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته . فالالتزام المقرض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده . إما لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائي (وفقاً للقانون الجديد) لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه (١) . وفى الحالين يسقط التزام من أمضى

(١) ويعتبر القرض فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين ، يلتزم به المقرض أن يسلم للمقرض مبلغ القرض ، ويلتزم به المقرض أن يرد هذا المبلغ المقرض . فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين ، وسنرى أن فكرة الارتباط فى العقود الملزمة للجانبين تفرق عن فكرة السبب . فإذا لم ينعقد المقرض التزامه ، سقط التزام المقرض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين .

السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري ، فإن قواعد الصورية هنا تكفي وتغنينا عن نظرية السبب . فالسند صوري . والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر . على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً ، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه .

فالالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها پلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزء واحداً في الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية ، وفي هذا التفريق عيب فني واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطلق الارتباط يقضى بأن العقد لا يوجد . وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضى بعد وجوده - أي يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد .

أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد العيني سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يقم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العيني . وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضی أن يتبرع ، فرضاؤه يتضمن حتماً نية التبرع . فإذا تبين أن هذه النية منعدمة ، فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الهبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .

٢٧٩ - كيف نستغنى عن السبب الصحيح : ومن السهل أيضاً أن

نستغنى عن السبب الصحيح كما استغنينا عن السبب الموجود . والسبب غير الصحيح : كما رأينا : إما سبب موهوم أو سبب صوري .

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق معدم . وهذا هو حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذي يحدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه .

أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم ، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

٢٨٠ - كيف نستغنى عن نظرية السبب المشروع : ومن السهل أن

نستغنى عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة المحل . إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . والوسيط الذي يتعهد بالنجاح في العثور على زوج صالح في مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع .

أما في العقود العينية والتبرعات ، فإن اشترط مشروعية السبب غير منهوم . فالسبب في العقود العينية هو التسليم ، ولا يتصور أن يكون سبباً غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع . وعند ذلك لا يتعقد العقد لعدم مشروعية

المحل لالعدم مشروعية السبب . والسبب في التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كاييتان ، ينجحون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع . بل إن القانون الروماني ذاته يعدد بالباعث في الوصايا وبعض الخبثات كما أسفنا .

٢٨١ - وجوب استبعاد النظرية التقليدية في أية صورة من صورها:

ويتبين مما قدمناه ، أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة . وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التي يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب .

ويستوى في ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هي على أصلها ، أو أن تكون محورة على النحو الذي يقول به كاييتان . وهناك من الفقهاء من يستبقى النظرية التقليدية ، ويقصرها على السبب في الالتزام ، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء ، ويجعلها في العقد لا في الالتزام ، وبذلك تمكن المقابلة بين السبب في الالتزام والباعث في العقد (١) . فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية .

وفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية نفعاً يخول لها حتى البقاء ، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أبا كان الثوب الذي تلبسه . وما هي إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية النديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها ، على أن تكون هي الفكرة الحسنة المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي . وانتقل الآن إليها .

(١) أنظر بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ - فيفرونو في المصدق المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص ٤٣٢ - ٤٣٣ - أنظر أيضاً أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٥ ص ١٠٥ رقم ١ - ديمانت وكوليه دي سانتير ٥ فقرة ٤٦ .

§ ٢ - الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢ - السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد : لم تستطع النظرية

التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يعيش في عمار العمل أن ينتفع بها . لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً ، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث . وخلط بينهما خلطاً تاماً . لا في التبرعات فحسب ، بل فيها وفي سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية في يده منتجة نافعة لا غنى عنها (١) .

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et déterminé) للملتزم في أن يلتزم . وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يجرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي ، فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به . ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون ذو السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة (٢) ، وسائر الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق (٣) .

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين في السبب . وهي النظرية الحصبة المنتجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية

(١) أنظر في المقابلة ما بين جود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بكاك ملحق بودرى ٢ فقرة ٥٥٠ وفترة ٦١٣ .

(٢) أنظر في تحليل القضاء إلى دابان في نظرية السبب فقرة ١٥٢ - فقرة ١٦٥ .

(٣) دمجوج ٢ فقرة ٧٤٦ ص ٥٤٣ - ليفي أولان في مذكراته في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٢٠ و ص ٣٢٨ - ص ٣٣٤ - بكاك ملحق بودرى جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ - جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية (١).

٢٨٣ - مرونة الباعث وكيف ينضبط : والباعث بالتحديد الذى

أسلفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب ، نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لئرى النقيض إلى جانب النقيض . فقد قدما أن السبب معياره موضوعى وهو داخل فى العقد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود ، أما الباعث فمعياره ذاتى وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفهم من البواعث . وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للترزعزع والقلقلة فى التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد - وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك . وقد رأينا مثل هذا فى العلق .

لما هو هذا الضابط ؟ أيكفى أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسد بين هذين الحدين ، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً فى الباعث الذى دفع

(١) وليست نظرية الباعث خصبة لحب فى نطاق القانون المدنى والقانون الحاس بوجه عام ، بل هى أيضاً خصبة فى نطاق القانون العام . فنظرية التصف فى استعمال السلطة فى القانون الإدارى - وهى التى بنى على غرارها نظرية التصف فى استعمال الحق فى القانون المدنى - إنما هى تطبيق لفكرة الباعث . فإذا كان الباعث للموظف الذى صدر منه القرار الإدارى غير مشروع ، كان القرار باطلاً للتصف فى استعمال السلطة .

وكما جاز أن يقال بالتصف فى استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث ، ألا يجوز أن يقال بالتصف فى استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً لفكرة ذاتها ؟ فلا يكون السبب فى التشريع أن يكون مخالفاً للدستور بحسب ، كما يخالف القرار الإدارى القانون ، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع منطوقاً على تصف إذا هو مثلاً مس حقوقاً مكتسبة لاينفى أن تحس ، أو إذا كان تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول فى الواقع إلا حالة فردية ذاتية ؟ هذا أمر نسكتفى بالإشارة إليه ، وإسب هنا مكان البحث فيه .

الطرف الأول إلى التعاقد . دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

وأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها . فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله ، وفي هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد (١) . وقد يكون المقرض صديقاً للمقرض ، عالماً بغرضه ، دون أن يقصد بالإفراض تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه . فيفتقدان على الترض للاستمرار في المقامرة . وهذه هي مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

رأينا كايبتان يقول بوجود الوصول إلى مرتبة الاتفاق . فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده في نظر كايبتان هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد (dans le champ contractuel) (٢) . ولا شك في أن الفقيه الفرنسي الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب ، ولكن دون أن يدخل في نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين . وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، كما هي الحال في الغلط . وسنرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تدور كلها في هذا النطاق .

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيتطلب في الأولى مرتبة أعلى .

(١) ومع ذلك يعتد بزبير الباعث حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يملكه المتعاقد الآخر ، إغراقاً منه في فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٣٥ ص ٦٥) .

(٢) انظر آفةً فقرة ٢٧٤ في الهامش — وانظر كايبتان في السبب ص ٢٤٤ .

ولكن التفتاه يختلفون في تحديد هذه المرتبة .

فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من التعاقد الآخر ، حتى يكون في هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع . أما في التبرعات فإن الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده . فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف . سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالتبرع أو ببادرة واحدة كالوصية . وهو لذلك يعند بالباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه ، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه (١) .

ويذهب بواجيزان (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاضين شيئاً من عنده ، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد . ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع . أما في التبرعات فإن إرادة المتبرع وحدها هي الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل . ومن ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم . فهي كافية لاستقرار التعامل (٢) .

وإذا كان الذي يعيننا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

٢٨٤ — تطبيقات عقبية من القضاء الفرنسي : نستعرض للقضاء

الفرنسي بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذي دفع إلى التعاقد ، مرجحين قضاء المصري إلى حين الكلام في نظرية السبب في القانون المدني الجديد . ونتبع في هذا الاستعراض التقسيم الثلاثي المعروف للتصرفات إلى عقود

(١) أظر جوسران في البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ وفقرة ١٦٠

ص ٢٠٣ .

(٢) أظر بواجيزان (Bois-Juzan) في السبب في القانون الفرنسي ص ٥٧٣ — ص ٥٨٠ .

ملزمة للجانبين و عقود عينية و تبرعات .

ففي العقود الملزمة للجانبين ، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع . وإن كان السبب ، بالمعنى الذي نقول به النظرية التقليدية . مشروعاً في هذه العقود . فالبيع أو الإيجار . إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعهارة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر ، يكون باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسي . وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين . (١) منزل معد للعهارة يباع أو يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان . وفي هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلاً لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعهارة . باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشتري أو المستأجر أن يبره للعهارة . وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً طبقاً للنظرية التقليدية التي تميز بين السبب والباعث (١) . ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد في الفرضين ، جاعلاً السبب هو الباعث . جريباً على النظرية التي يأخذ بها (٢) . ويفعل القضاء الفرنسي ذلك أيضاً في الأماكن التي تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (٣) .

(١) لوران ٢٥٥ فقرة ٦٥ — بودرى وقال ١ فقرة ١٥٧ .

(٢) أنظر كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ١١٣ س ١٥٧ — وانظر أيضاً كابتان في السبب فقرة ١١٠ — ومن الأحكام الفرنسية التي قضت ببطال عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إدارته العين المؤجرة للعهارة : محكمة ليون الاستئنافية في ١١ بولية سنة ١٨٦٢ سببه ٦٣ — ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ حازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ . وهناك أحكام قضت ببطال عقد الاستخدام في محل يدار للعهارة : محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ١ — ٤٨٤ . وأحكام قضت ببطال عقد بيع معروشات لمحل يدار للعهارة : محكمة السين التجارية في أول مايو سنة ١٨٨٨ حازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ . وأحكام قضت ببطال بيع مشروبات اشرباها مرشح في الانتخابات لتقدمها إلى الساحب حتى يحلهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشتري : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية في ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ .

(٣) محكمة بو الاستئنافية في ٢٨ بولية سنة ١٩٠٦ سببه ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ (متجر) — محكمة نيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ حازيت دى تريبيو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ (مجرد مكان)

وفي العقود العينية ، يبطل القضاء الفرنسي قرضاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن . وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (١) . ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للعمارة (٢) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (٣) . وكالقرض رهن الحيازة (٤) .

أما في التبرعات فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب . ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل ، أكان يريد الخير في ذاته ، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة . أم يرى إلى غرض غير مشروع . فإذا تبين أن الباعث الذي دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع . والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها : (أولاً) التبرع لولد غير شرعي : يقضى القانون المدني الفرنسي بأن يكون نصيب الولد غير الشرعي في مال أبويه . تبرعاً أو ميراثاً : محصوراً في حدود ضيقة . فإذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإنقاص إلى هذا الحد واجباً .

أما إذا كانت البتة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً . فالتبرع جائز ولو زاد على الحد ، ما دام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعي . ولكن القضاء الفرنسي يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هي علاقة بتوبة غير شرعية ، فيجعل الباعث هو السبب . ولا يكتفى بإنقاص التبرع إلى الحد الجائز ، بل يبطله جميعه (٥) . (ثانياً) تبرع الخليل لخليلته : ويبطل القضاء الفرنسي تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد

(١) نقم فرنسي في ٤ بولية سنة ١٨٩٢ داللووز ٩٢ - ١ - ٥٠٠ .

(٢) نقم فرنسي في أول أبريل سنة ١٨٩٥ سبويه ٩٦ - ١ - ٢٨٩ .

(٣) نقم فرنسي في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللووز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ .

(٤) أنظر مذكرات الأستاذ لبي أوغان في الاتراعات في الربع الأول من القرن العشرين

ص ٣٢٧ .

(٥) نقم فرنسي في ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ داللووز ٧٧ - ١ - ٤٩٢ - وفي ٢٩

بولية سنة ١٨٨٧ سبويه ٨٧ - ١ - ٣٥٨ .

كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستيقظها أو لإعادتها (١) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الحليمة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو في الواقع يعتبر وفاء للالتزام الطبيعي (٢) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في محل الالتزام المخالف للآداب . (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون ، أو يكون بالطلاق . وفيما عدا هاتين الحالتين فالإتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع . فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودي يكون سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع . ويبطل التبرع (٣) . (رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع . بطل الشرط ، وبقي التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي . إلا أن القضاء الفرنسي قيد من هذا الحكم بفضل نظريته في السبب . فقد ميز في الشرط الذي يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع ، فالثاني وحده هو الذي يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً . أما الشرط الدافع إلى التبرع . أي الباعث على هذا التبرع : فقد اعتبره القضاء سبباً للالتزام المتبرع ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع ، فإن التبرع جميعه يكون باطلاً ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (٤) .

(١) قضي فرنسي في ٨ يوليوسنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٤ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ داللو ١٩٢٧ - ١ - ١١٣ .

(٢) قضي فرنسي في ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ - ١ - ١٧٠ .

(٣) قضي فرنسي في ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللو ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧ .

(٤) قضي فرنسي في ١٧ يوليوسنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ١ - ٣٠٥ - ربي ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللو ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٠ - وفي ٢٣ يوليوسنة ١٩١٣ داللو ١٩١٥ - ١ - ٤٩ - وفي ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللو ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩ .

٣٤ - التصرف المجرد

(L'acte abstrait)

٢٨٥ - التصرف المسبب والتصرف المجرد

من أركان الالتزام ، لا يقوم الالتزام إلا به ، على فرق ما بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعناه في النظرية الحديثة . وقد كان القانون الروماني لا يعتمد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها في العقود الشكنية . ثم انتصر مذهب الرضائية في القرون الوسطى على يد الكنسيين . فأصبحت الإرادة وحدها - مجردة من الشكل - ملزمة . ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحلت من هذا القيد ، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل .

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كتأخذ في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالتوازيين اللاتيين . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحوز الإرادة من عيوبها وأن تقرن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي الذي حرك هذه الإرادة . ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . فالدين في التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف نعيب في الإرادة أو لعيب في السبب . وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائته ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسرد ما دفع إذا كان قد وفى . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان ، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني . ومنذ انتكصت

الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية ، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترده ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي ، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد ، تطوراً تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلي ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد - على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة - لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى التقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة في ذلك ، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية (١) . ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية .

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد في كل من القوانين الجرمانية

(١) يفسر الدكتور أبو عافية - في رسالته « التصرف المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ - التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة . وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذي يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها) . ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد « نظام استثنائي خارج على القواعد العامة ، ولا فرق في ذلك بين القانون الألماني والقانونين المصري والفرنسي » (فقرة ٨٥) . ويرفض أن يكون العيار في التصرف المجرد هو تجرده عن السبب ، ويذهب إلى أن العيار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة ليمتحن لإرادة ظاهرة .

ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد في الوقت ذاته عن السبب ، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلاً عن الإرادة الباطنة كما هي الحال في القوانين اللاتينية ، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما هي الحال في القانون الألماني . فالتصرف المجرد يتميز في جميع الأحوال بتجرده عن السبب . على أن المذهب الذي يقول به الدكتور أبو عافية يضيف شيئاً جديداً ، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب محض ، بل أيضاً بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها .

والقوانين اللاتينية ويدخل القانون امصرى في هذه القوانين الأخيرة .

٢٨٦ - التصرف المجرى في القوانين الجرمانية : لا نجد في التقنيات

الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنيات اللاتينية . فالتقنين الساموى لا يشير إلى السبب إلا في المادة ٩٠١ ليقدر أن الباعث لا أثر له في صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد . والتقنين الألماني لا يعرض للنظرية بنص صريح . وتقنين الالتزامات السويسرى لا يعرض لها إلا في صورة عرضية عندما ينص في المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه . ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنيات تأثرت بالقانون الرومانى . وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تبيّن لها نتائج عملية إلا في نطاق محدود ، وبخاصة في نطاق دعاوى الإثراء . ولكن بالرغم من أن هذه التقنيات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschäfte) وهى أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً . والنوع الثانى هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschäfte) لا يعتد فيها بالسبب ولا بعبوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتى بيّانها . فالسبب لا يزال إذن موجوداً في القوانين الجرمانية ، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعى المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث . ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباعث فلا أثر له في صحة العقد ولو كان هو الذى دفع إلى التعاقد (١) .

(١) أنظر كايتمان في السبب فقرة ٨٣ - فقرة ٨٤ وبنوع خاص ص ١٨١ - ص ١٨٢ . ويستعرض الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) نظرية السبب في القانون الألماني من ناحية التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب . فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان « الإضافة إلى الثروة » (Vermögenszuwendung) ، وهى عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخصى بمقتضى عمل إرادى مشروع (تصرف قانونى أو عمل مادى) يصدر من المفقّر . وسبب « الإضافة إلى الثروة » هو عبارة عن الفرض المباشر الذى يرمى إلى تحقيقه المضيف للثروة . ويحدد هذا السبب وفقاً لثقته الألماني على أساس تقسيم ثلاثى للسبب موروث عن دعاوى الإثراء في القانون الرومانى ، يكون السبب بثبواه إما الوفاء (causa solvendi) أو =

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة ، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا . ومى طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنتقل بها الملكية - والحق العيني يوجد عام - دون اعتبار للسبب . ذلك أن الملكية في هذه التقنيات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقاري ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق في السجل العقاري (Livre Foncier) . وعقد انتقال الملكية : في القانون الألماني نوع خاص ، عقد مجرد . تنتقل به الملكية سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا اضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب . فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب . وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات . فما على الشخص حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري . فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك ، ولو كان في ذلك تضحية للمالك الحقيقي - أما التقنين السويسري فلا يحمي الغير الذي اعتمد على السجل العقاري إلا إذا كان حسن النية (م ٩٧٣ من

الإدانة (causa credentii) أو التبرع (causa donandi) . والإدانة هي التصرف بتقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كافي القرض وفي الوكالة ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما في العقود المزمرة لاجانبين ولبائع يحصل على دين بالمقابل الترامه بنقل ملكية المبيع . ولا يتخاط سبب الإضافة إلى الذمة بالبايع عليها . ويلاحظ الفقيه الألماني فون تور أنه « لا يجب الحاطب بين السبب القانوني والأعراض البعيدة التي يرى إليها المضيف ، أي البواعث (Beweggrunde) التي تدفعه إلى تنفيذ الترامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة . فوزراء كل سبب قانوني بواعث تختلف باختلاف الأحوال . ولجهة مثلا قد تم بناء على عطف أو سبب الرأي العام ، ولكن هذه البواعث لا تدخل في حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة وتناجها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت في التصرف القانوني » . وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني . ويكتفي هنا أن نشير إلى التقارب الواضح بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة في الفقه الألماني .

أنظر أيضاً في نظرية مادية السبب في الفقه الإيطالي ، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف وطبقاً قانونية بهذه الوظيفة هي السبب ، إلى رسالة المذكور أن نافية انشار إليها فقرة ٣٦ .

التقنين المدنى السويسرى). ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج . وتأيداً لذلك نسوق مثلاً آخر نأتى به من القانون المصرى . فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها ، ويرتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك فى عقار وهو حسن النية . ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق : يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار . والقاعدة كما نرى تنطوى على ضرب من التجريد .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل : (وُلاً) حالات معينة بذاتها . منصوصاً عنها . وهى - عدا الأوراق التجارية والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . ف يتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل . فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام النائب بالنسب لدية بالوفاء التزام مجرد عن السبب . فلا يستطيع النائب أن يحتج على النائب لدية بما كان له أن يحتج به من دفع ضد النائب (أنظر فى التقنين الألمانى : م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق : وم ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين ، وم ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى . وم ٧٨٤ للإنابة فى الوفاء - وأنظر فى تقنين الالتزامات السويسرى : م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ، وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين . وم ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى . وم ٤٦٨ للإنابة فى الوفاء) . (ثانياً) التعهد المجرّد بالوفاء (promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرّد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) ، وهما صورتان العامتان للتصرف المجرّد . فنضع التقنينات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرّد . وتجزئ أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه

بالدين مجرداً . فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب ، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام (١) . واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألماني لصحة الالتزام الجرد أن يكون في ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة . ولا يشترط تقنين الالتزامات السويسري الكتابة إطلاقاً (م ١٧) (٢).

٢٨٧ - التصرف الجرد في القوانين اللاتينية وفي القانون المصري :

أما القوانين اللاتينية ، وهي مشبعة بنظرية السبب كما رأينا ، فلا تسلم بالتصرف الجرد . أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية . وإذا كان هناك نص في كل من القانونين المصري والفرنسي يقضى بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من القانون المصري الجديد وم ١١٣٢ من القانون الفرنسي) ، فسرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين . وهناك فرق بين التزام مسبب ، يلقي على المدين فيه عبء إثبات انعدام السبب ، والالتزام مجرد عن السبب . فالالتزام الأول ، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع ، يكون العقد فيه باطلاً . أما في الالتزام الثاني : وهو الالتزام الجرد ، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته ، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول .

(١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألماني في إجازة الالتزام الجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان ، تحت تأثير إلهربج الفقه الألماني المعروف ، أقر هذا الضرب من الالتزام .
(٢) أنظر في موضوع التصرف الجرد في القوانين الجرمانية كايبتان في السبب فقرة ٨٥ — فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ — فقرة ١٧٤ — سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٦ — مذكرات الأستاذ ليفي أولان ص ٣٦١ — ص ٣٦٤ — فيفونرو فقرة ١٢٨ — ديموج ١ فقرة ٩١ و٢ فقرة ٨٤٧ . ويربط ديموج نظرية الالتزام الجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها ، فأخذنا تأخذ بالإرادة الظاهرة كما هي فلا شأن لنا بالغاية التي تسعى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث التي حركها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٠) .

فالالتزام في القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها بذاتها ، وهي قليلة العدد . وقد نص القانون التجارى - حيث تشدد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها ، هي الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما القانون المدنى فقد نص على حالتين : التزام المناب في الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن .

ونقتصر هنا على ما ورد في هذا الصدد في القانون المدنى المصرى الجديد . فقد نصت المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المناب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المناب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » (١) . أما في الكفالة فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه

(١) أنظر في هذا المسمى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - وقررن حكماً لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ قصرت في هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهي التي لا تنطوي على تجديد الدين) ، أما القانون الجديد فنصه هو كما رأينا عام مطلق لا يميز بين الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة . أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٦٢ .

ويذهب الدكتور أبو عافية (التصرف المجرد فقرة ٦١) إلى أن المناب لا يجوز له أيضاً أن يتمسك بالدفع التي تكون للمنيب قبل المناب لديه ، فلو دفع المناب الدين للمنيب لديه فإن هذا لا يمنع المناب لديه أن يطالب المناب بالدين الذي التزم به ، ويرجع المناب في هذه الحالة بدعوى الإثراء على المناب لديه . ونرى ، مع محكمة الاستئناف المختلطة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) التي اتفقت الدكتور أبو عافية حكماً ، أن المناب إذا دفع الدين للمنيب لديه كان هذا الرجوعاً في الإنابة يستطيع المناب أن يتمسك به ، فإذا طالب المناب لديه بعد ذلك المناب بالدين ، جاز لهذا أن يدفع المضالفة باقتضاء الدين ، وليس في نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع . ولكن إذا حول المناب لديه حقه قبل المناب إلى أجنبي ، بقي التزام المناب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبي - ذلك أن التصرف المجرد زيادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن النسب ، وفقاً لما يقضى به القانون نسلخة يتوخاها . فالقانون هو الذي يمسك بزمام التجريد ، فلا يبيعه إلا بصورته ، ويقدر هذه الضرورة . ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذي تقتضيه الضرورة . وفي المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى المناب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه ، وبقي بالنسبة إلى الأجنبي لأن الضرورة تستوجب بقاءه .

التي يمتنع بها الدين (٧٨٢ م مصري جديد) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كتل الكفيل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن ينقل عقار الكفيل . ولم يوفى المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً . ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوفوا بما تعهد به من تحايص عقار الكفيل من الرهن (١) .

ويتبين مما قلناه أن القانون المصري قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية . وبقي في حظيرتها كما أسلفنا الإشارة . فاشتراط في التصرفات أن تكون مسببة ، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا في حالات معينة بدواتها (٢) .

(١) أظن في هذا الذي يحكم الاستئناف المختصة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ س ٤٧٠ - الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٩ - فقرة ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن التعرّات التي تأخذ بالإرادة الظاهرة يطلب ألا تنجح مجالاً واسعاً لنظرية السبب ، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية ، وتقر التصرف المجرد . رأينا ذلك في القوانين الجرمانية ، ويقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزي . والشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد . ويظهر أن هذا هو الذي منع من تقدم نظرية السبب فيما مع أنها شريعة مشعة بالروح الدينية والحقيقية كالقانون الكنسي الذي هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة . وإذا أمكن أن نتخلص من نصوص الفقه الإسلامي نظرية السبب ، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية . ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامي التمييز ما بين الغرض المباشر الذي قصد المتعاقدان الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التعاقد . فالباعث لا أثر له في صحة العقد (إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الاتفاق) (أظن بجناً في هذه المسألة في نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٢) .

والقانون الإنجليزي كالشريعة الإسلامية نظرية السبب به نظرية مادية . والغفود عنده إما شكلية وهذه يكفي في صحتها الشكل وحده ، وإما رصائية وهذه لا بد فيها من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يقابل السبب بأسمى المفهوم من النظرية التقليدية : أي السبب المادي الداخلي الذي لا يتغير . ويختلف « الاعتبار » عن « السبب » في أمرين : (١) الفكرة في الاعتبار ليست هي الغم الذي حصل عليه المتعزم من وراء التراب كما هو الأمر في السبب ، بل هو الغم الذي عمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين (٢) ية التبرع لا تصاحبه اعتباراً في القانون الإنجليزي وتصلح « سبباً » في النظرية التقليدية . ومن هنا كانت عقود التبرع في القانون الإنجليزي شكلية لمبوهما من « الاعتبار » (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦١) .

المطلب الثالث

نظرية السبب في القانون المصرى الجديد

٢٨٨ - مسائل مهمّة: تلقى القانون الجديد النظرية الحديثة في السبب

ميراثاً عن القانون القديم والقضاء المصرى ، فقد كان النقه والقضاء في مصر ، قبل صدور القانون الجديد ، قد عبد الطريق لنبد النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبه . ولكن القانون الجديد خطأ خطوة أخرى إلى الأمام . إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان في يد الفقهاء الكنسيين عاملاً لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملاً لتحصيل الإرادة من عيوبها . ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط . واقتصر في شروط السبب على المشروعية دون الصحة . ثم عرض في نص هام لإثبات السبب .

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب . (٢) الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد . (٣) إثبات السبب .

١٤ - اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب

٢٨٩ - النصوص القانونية: نص القانون الجديد في المادة ١٣٦

على ما يأتي :

«إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى على

الوجه الآتى : م ١٨٩ : يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون سبب أو لبب غير مشروع — م ١٩٠ : يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة على الوجه الآتى : «إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» . وأصبح رقم المادة ١٤٠ في المشروع النهائى — ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فلتت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٨) .

وكان القانون القديم ينص في المادتين ١٤٨/٩٤ على أنه « يشترط لصحة التعهات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .
ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين . فنص القانون القديم يشترط في السبب الصحة والمشروعية . أما نص القانون الجديد فلا يشترط إلا المشروعية ، إذ السبب غير الصحيح يدخل في منطقة الغلط كما قدمنا .

ولم يصرح القانون الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » . ولكن لا شك في أنه يعتق النظرية الحديثة ، وينبذ النظرية التقليدية . فقد كان هذا هو شأن القانون القديم ، وهو لا يزيد في صراحة التعبير عن القانون الجديد . وكان الفقه والقضاء في مصر يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية . ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاة المصريين والفرنسي . وقد ذكر ذلك صراحة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى : « لم ينهج المشروع نهج التقنينات الحرمانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على التقيض من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية وانصر معها هذه النظرية . والواقع أن السبب كما بصوره القضاة الفرنسي والمصري بمعنى الباعث المستحث يدخل في نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يجد من نزعته المادية ، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها في بعض الأحيان » (١) . وجاء في موضع آخر من المذكرة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استحدثهما القانون الجديد فقالت : « ورغم أن المشروع قد التزم حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتست معالها في التقنينات اللاتينية ، إلا أنه عرض له تعديلين متفوق الأهمية . فبراعى أولاً أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تنازعه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنص من نصوص القانون . وهو بإغفال هذه الإشارة يخالف ما اتبعه التقنين الفرنسي وأكثر التقنينات اللاتينية معتداً في ذلك بعين الاعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل . والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون لإرطاطها في السعة أو تجردها من الفائدة . فهى تتجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة « نص القانون » إلى الأحكام التشريعية كافة . وهى تصح عديمة القناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشيئة الأفراد . وبراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق لنواق . وهذا هو أهم التعديلين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥) .

الإيضاحية ما يأتي : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات » (١) .

فالسبب إذن ، فى نظر القانون الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد (cause finale) . وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . وكل ما أوردناه عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى القانون الجديد . ولا بد فى القانون الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من التعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن التعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحاً . ويقوم لاعلى الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم التعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به ، وقد مر بنا ذلك (٢) .

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها ، كما قدمنا ، الفقه والقضاء فى مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

٢٩٠ - الفقه فى مصر : أخذ بعض الفقهاء فى مصر بالنظرية التقليدية

فى السبب ، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردناها فيما تقدم (٣) . ولكن كثرة فقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهى نظرية القضاء الفرنسى ، فأثروها على النظرية التقليدية (٤) .

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب ، فاستبقى النظرية التقليدية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) وقد يقال أيضاً - كما قيل فى صدد الغلط والتدليس والإكراه - إن العقد يقوم لاعلى التراضى ، بل على سبيل التوىض .

(٣) أنظر الدكتور عبد السلام ذهبى بك فى النظرية العامة فى الالتزامات ص ١٤٥ وما بعدها - الدكتور محمد صالح بك فى أصول التمهيدات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٤) أنظر والتون ١ ص ٦١ - ٦٣ - الدكتور محمد وهبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٣١٨ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٤ - فقرة ٥٤٨ .

وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبناني (١) .
 ونحن لا نرى مفضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكليفها بالنظرية الحديثة .
 وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها والاستغناء عنها ميسور .
 هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يختلفان
 كل الاختلاف في النزعة وفي الأصل التاريخي . وقد رأينا أن إحداهما تسربت
 إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون الوسطى وهي تحمل أثر الصعفة الرومانية ،
 والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية دينية
 وبعدها بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية .
 فقيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر ! وما الجدوى في هذا
 الربط ، والنظرية التقليدية يمكن الاستغناء عنها ، والنظرية الحديثة فيها وحدها
 كل الغناء !

٢٩١ - القضاء في مصر : والقضاء في مصر كان أكثر تمشياً من

الفقه مع النظرية الحديثة : فأخذ بها في كثير من أحكامه ، وقد اقتفى في
 ذلك أثر القضاء في فرنسا .

فقضت محكمة الاستئناف الوطنية في دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً
 عند رجل يأتته ، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور في

(١) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إلى نظرية السبب الزدوجة التي
 أخذ بها التقنين اللبناني ولم يأخذ بها القانون الجديد ، فقالت في هذا الصدد ما يأتي : « ووفق
 التقنين اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد (١٩٤م) . فسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع
 إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يمثل في صورة واحدة في كل ضرب من ضروب الالتزام ،
 ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه . فهو في العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل ، وفي العقود
 المبنية على تسليم العقود عليه ، وفي التبرعات نية التبرع ، وفي المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام
 مدني أو طبيعي كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (١٩٥م) . أما سبب العقد فهو الباعث
 الشخصي الذي يدعو التعاقد إلى إبرامه، وهو لا يعتبر شقاً من التعاقد، فهو يختلف باختلاف الأحوال
 في العقد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب في الفقه
 التقليدي وبين دلالة الحديثة كما استخلصها القضاء . ولما كان التصور التقليدي ضيق الحدود فقد
 روى الإعراض عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢م ٢٢٧) - أنظر أيضاً جوسران ٢ بقرة ١٤٨ .

ومن يقول بازدواج السبب الدكتور حشمت أبو سنيت بك بقرة ٢٤٢ ، وهو صريح في
 هذا المعنى . أنظر أيضاً الدكتور بهجت بدوي بك م ١٧٣ - م ١٧٤ .

مقابل أن يكتب له عقداً يبيع سبعة أفدنة - بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع ، وأن الأمين الخائن لا حق له في طلب ملكية العين ولا في الثمن (١) . ويلاحظ في هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشتري فيه ثمناً ، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع . أما إذا كان ، كما هو الغالب ، هبة في صورة بيع ، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب - وقضت هذه المحكمة أيضاً أنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلاً ، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاملة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً (٢) - وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث في هذه الحالة أمراً ملاحظاً في العقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد (٣) .

على أن النظرية التقليدية في السبب لم تعد لها مكاناً في القضاء الوطني ، وقد تردد صداها في بعض الأحكام . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث في عقد البيع في الأسباب التي يدعيها البائع كباعث على صدور العقد ، لأن الباعث من الأمور التي لا يلتفت إليها في صحة العقد ، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما (٤) . وقضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقرض ، ومن هذا الدفع بتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد (٥) . ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به ، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذي عتته في حكمها هو السبب المنشئ لعقد القرض .

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطني في الأخذ بالنظرية

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الصرائح ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠ .

(٢) ١٣ بونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ - المحفوظ ٢٤ ص ٢٣٠ .

(٣) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢ .

(٤) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ .

(٥) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ .

الحديثة في السب . وإذا كانت محكمة الاستئناف المختصة قضت في حكم قديم لها (١) بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان المستأجر أو المقرض قصد إدارة العين للعھارة أو استعمال المبيع المقرض في إدارة العين للعھارة . وحتى لو كان المؤجر أو المقرض عاملاً بذلك ، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية . وأخذت في أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة . فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر ، يكون باطلاً لعدم مشروعية السب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم (٢) . وقضت بأن اتفاق البائع والمشتري على الثمن الحقيقي للصفقة ، مع ثباته محمياً حتى يذكراً ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقي . فيتمكن المشتري بذلك من احتيـص رسوم التسجيل بطريق الغش . يكون اتفاقاً باطلاً لعدم مشروعية السب . ولا يستطيع المشتري التمسك بالثمن الحقيقي في مواجهة الشئع . كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن في مواجهة المشتري (٣) . وقضت بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد (٤) . لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلاً في المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ من ١٨ .

(٢) ٢٧ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٣٦ .

(٣) ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٧٠ — ومحكمة النفس قضاء في مسألة كدهي الصوري ، فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقي ما دامت له مصادقة في ذلك . وعندما أن الشئع لا يعتد من عرف في عقد البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري الخمس ، لأن العرف في الصورية هو شخص ثبت له حق على العين على التصرف الصوري دون أن يكون هذا الحرف ناشئاً عن التصرف الصوري ذاته . والشئع شخص ثبت له حق على العين للمجموعة ناشئاً عن البيع الصوري فلا يكون «غيراً» . وإذا أراد الأخذ بالشفعة وجب أن يدفع الثمن الحقيقي ، قال هذا الثمن عما هو مذکور في العقد أو زاد . وسعرت لهذه المسألة تهجين أولى عند الكلام في الصورية . أما قضاء محكمة الاستئناف المختصة الذي أوردناه هنا ، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة في السب . ولكن تأخذ عليه أنه إذا اختلف لانعاق على الثمن الحقيقي باطلاً لعدم مشروعية السب . وجب أيضاً أن يعتد بالاتفاق على الثمن الصوري عند وجود لصوريته ، وسقط الاعاق في المأثور . ولا يستطيع الشئع أن يتمسك بالثمن الصوري ولا بالثمن الحقيقي ، بل هو لا ينطق بالأخذ بالشفعة ، بل بالمال الذي يريده إليه الأعداء . وهو لا يمدد لهم .

(٤) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٣٩٤

صحيحاً (١) . وقضت بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب (٢) ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به (٣) . وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل و خليلته كان العقد باطلاً ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخلية من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح (٤) . ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لولد غير شرعي باطلاً . بل يعتبره وفاء للالتزام طبعي ، ويعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث (٥) .

وإذا كان القضاء المصري - لا سيما القضاء الوطني - قد أخذ في الماضي بالنظرية التقليدية في بعض أحكامه ، فام يعد بعد صدور القانون الجديد محل للأخذ بهذه النظرية . وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التي اعتنقها القانون الجديد ، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيما قدمناه .

٢٤ - الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد

٢٩٢ - إبعاد « السبب غير الصحيح » من دائرة السبب إلى دائرة الغلط :

قدمنا عند الكلام في نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط في الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية في كل من الغلط والسبب قائمة . فالنظرية التقليدية في الغلط كانت تميز بين الغلط في السبب وهو يجعل العقد باطلاً ، وبين الغلط في الباعث وهو لا يؤثر في صحة العقد ، والنظرية التقليدية في السبب كانت تميز بين السبب أي الغرض المباشر من الالتزام وهو الذي يعتد به ، وبين الباعث وهو عديم الأثر ، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً وأن الغلط في الباعث لا يؤثر في صحة العقد ، لأن السبب بالمعنى التقليدي ألتصق بالعقد من الباعث

(١) ٢٤ يولية سنة ١٩٣١ حازت ٢٢ رقم ٢٧٩ من ٢٤٩ .

(٢) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٠٣ .

(٣) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ من ٥٠ .

(٤) ٨ يولية سنة ١٩١٦ حازت ٦ رقم ٥٣٦ من ١٧٦ .

(٥) محكمة الاسكندرية المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٠ .

فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد ، أما الباعث فأمر خارجي عن العقد فلا يعتد بالعنف فيه .

ثم تطورت نظرية الغلط . فاستبدلنا بالنظرية التقليدية المصرية الحديثة . وأصبح الغلط في الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلاً للإبطال . وإذا نحن واحدها هذه النظرية الحديثة في الغلط بالنظرية التقليدية في السبب ، يبقى الفرق قائماً بين الغلط في السبب بمقتضى التقليدى وهو الغرض الماثم من الالتزام وبين الغلط في الباعث ودأمر خارجي عن العقد . وأمكن تبرير الفرق في الحكم : فالغلط في السبب اللصيق بالعقد يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث الخارج عن العقد فلا يعمل العقد إلا قابلاً للإبطال .

ولكن لما تطورت نظرية السبب إلى الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة . وأصبح السبب هو عين الباعث . لم يعد هناك محل للتمييز بين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط في الباعث . فكلاهما غلط في الباعث . ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب . حتى تدخلت كل دائرة في الأخرى . فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما . وإلا وقعنا في المحذور الذى أشرنا إليه عند الكلام في نظرية الغلط . ووقع خلط عجيب ما بين نظريتي السبب والغلط . إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما . فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة في كل منهما بالنظرية التقليدية . وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء ، ولكنهم لم يثيروا في ذلك برأى حاسم (٢) .

(١) أنظر آفا فقرة ١٧٣ .

(٢) من ذلك ما ورد في بلايول وريبه وبولانيه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢٠٥ فقرة ٢٠٥ ودهرد ٣٠٤ وبقرة ٨٢٤ (وقد سبقت الإشارة إليها آفاً في حاشية الفقرة ١٧٣ من هذا الكتاب) . من أن الغلط في الباعث هو في الواقع غلط في السبب . والخبراء في المختلن هو الطلاق الذى لا الطلاق المطلق . وذلك لأن شرط الصحة في السبب إرادى حاية مصلحة فردية ، =

أما القانون الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط . واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب المغلوط) هو والغلط في الباعث شيء واحد ، كلاهما غلط في الباعث كما قدمنا . وكلاهما يجعل العقد قابلاً للإبطال . وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذي بيناه . استخلصها القانون الجديد للغلط ، واختفى من نصوص السبب في القانون الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح . وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية .

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث ، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط في السبب الضيق للصيق بالعقد الذي تقول به النظرية التقليدية في السبب . بل صار هو عين الغلط في الباعث الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط . ووجب أن يعطى الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذي يعطى للغلط في الباعث ، وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه . فيترشح الغلط في السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط . ولا يصبح هناك محل للكلام عن السبب غير الصحيح في نظرية السبب ، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً في الباعث . ومحل الكلام عنه إنما يكون في نظرية الغلط . أما الغلط في السبب بمعناه التقليدي فقد قدمنا أنه غلط يمنع من تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام الخلل . فالكلام

جزء الإخلال به البطلان النسبي ، أما شرط المشروعية فتزاد به حماية مصلحة عامة ، فجزء الإخلال به البطلان المطلق — أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣ .

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلمي بهجت بدوى بك (أصول الالتزامات من ١٧٩ و ١٨٦ و ٢٣٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، فهو يصوغه على أنه قصور الفرض المباشر الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقد عن إجابة الحافز الرئيسي الذي حفزه للتعاقد ، ويقول إن هذه الصيغة هي بعينها صيغة السبب غير الصحيح ، وهي على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تفسير الغلط إلى غلط في الشخص وغلط في الشيء وغلط في غير ذلك ، لأن العبرة ليست بذات الشخص أو بذات الشيء وإنما بالفرص الداعي أي بالحافز الرئيسي . فإذا ما خلاص له أن حالي الغلط والتدليس هما بعينهما حالة السبب غير الصحيح ، جعل الجزاء في كل هذه الأحوال البطلان النسبي لا البطلان المطلق . فهو يلحق الغلط بالنسب في ماهيته ، ثم يلحق السبب بالغلط في جزائه . وقد سبق الإشارة إلى ذلك (أنظر آتياً حاشية الفقرة ١٧٣) .

فيه هو أيضاً لا يكون في نظرية السبب (١) .

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب . وكيف استخدم الفقهاء الكنسيون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا . فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب . وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة . وقد استخدموها بادية الأمر لحماية مصلحة عامة هي المشروعية . ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول . فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هي تحرير الإرادة من عيب الغلط . فمن وقع في غلط دفعه إلى التعاقد . كمن تعاقد لسبب غير مشروع . يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب . وظاهر أن فكرة الغلط دخيلة على نظرية السبب . فالأولى تحمي مصلحة خاصة للأفراد . أما الأخرى فتحمي مصلحة عامة للجماعة . والأولى رجاء نظرية السبب سيرتها الأولى ، فتمحض لحماية المصلحة العامة . وينتقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الغلط ، ولا يبقى في دائرة السبب إلا السبب غير المشروع . وهذا ما فعله القانون الجديد .

٢٩٣ - لا يبرهن السبب في القانون الجزيري إلا شرط واحد هو

أنه يكون مشروعاً : ومن ثم لانجد في القانون الجديد عبارة « السبب الصحيح » التي كنا نقرأها في القانون القديم ، فقد اختفت وأخلت باختفائها الميدان للسبب المشروع وحده . وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من القانون الجديد تنص على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب غير الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا هو أهم التعديلات . فالخبر أن الغلط وهذا الشأن لا يعدو أن يكون غلطاً في الباعث . وقد كان يخلق التباساً إلى ما في الإبقاء على التفرقة بين الغلط والسبب غير الصحيح من حيث بأهداب الضحايا والفوارق الصناعية ، بعد أن أصابت فكرة الغلط من السعة ما جعلها تتجاوز نطاقها المادي الضيق ، وتصبح فكرة تفسد تناول الباعث المتبعت ، وتنتهي بذلك إلى صورتها السوية في « الغلط الجوهري » . ولهذا رؤى إخراج « السبب غير الصحيح » أو الغلط في السبب من بين أسس البطلان المطلق واعتباره سبباً للبطلان النسبي . شأنه في ذلك شأن سائر شروط الغلط . ولم يتبق للمشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب العوزي . ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية ، وجعل السبب الخفي مرجع الحكم فيما يرتب العدم من آثاره . فإن كان هذا السبب مشروعاً صح العقد . وإن كان غير مشروع بطل العقد لعدم مشروعيته . لا لمشروعيته » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦)

إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا . وكان القانون القديم في المادتين ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً .

فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً . ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت في القانون الجديد .

والموافق من الأمر أن السبب . بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد . يجب استبقاؤه . على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التعاقد . ذلك أنه هو وحده الذي يستطيع أن يقوم بهذه الحماية في صورة السبب المشروع ، ولا يفتى عنه ركن آخر ، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء (١) . ولكن عند هذا الحد يجب أن تنفص مهمته . فلا تتجاوز ذلك إلى حياة العاقد ضد الغلط في صورة السبب الصحيح ، فإن نظرية الغلط تعنى عندئذ عن نظرية السبب ، بل وتفضلها من حيث الجزاء .

وقد فهم القضاء ، في مصر وفي فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه . فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال العقد . وقل أن نجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالغلط . ويكفي للثبوت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصري والفرنسي في السبب لئراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح (٢) . وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن القضاء قد اتجه اتجاهاً عملياً متبعاً في نظرية السبب . وقد قام على هذا

(١) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستثناء عن مشروعية السبب ، والافتصاع على اشتراط أن يكون العقد غير مخالف لنظام العام أو الآداب كما فعل التقنين الألماني مثلاً . فإن هذا الاشتراط لا يستقيم إلا إذا قيل إن المقصود به أن يكون غرض العقد غير مخالف لنظام العام أو الآداب . وغرض العقد هو سببه ، والتعبير عن الغرض بالسبب أدق من ناحية الصياغة الفنية .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩) ص ٢٠٢ .
٢٨١ ، وقد جاء في هذه الفقرة ما يأتي : « لم يستخدم القضاء كثيراً فكرة انعدام السبب والسبب غير الصحيح . فقد كان لديه هذا الغرض أداة أخرى هي إبطال العقد بالغلط . ولكنه على النقيض من ذلك استخدم إلى مدى بعيد فكرة السبب غير المشروع ، فقد أعطته المادة ١١٣٣ وسيلة من وسائل الصنعة الفنية لترتيب جزاء للفاعلة التي اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي » .

النحو بمهمته خير قيام . أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمته هو الآخر . فيعين القضاء على شق طريقه ، ويصوغ له نظرية جديدة في السبب تمتشى مع مقتضيات العمل . وقد سبق القانون الجديد الفقه إلى ذلك ، فخطأ بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة في تاريخ تطوره الحديث . فأتسع أفق السبب بعد هذا الضيق الذي كان ملحوظاً في النظرية التقليدية ، وخلص من الشواثب التي كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هي نظرية الغلط .

٢٩٤ - مأخذاه على القانون الجديد :

القانون الجديد . تجمعا في العبارة التي صدرت بها المادة ١٣٦ . فقد جاء في صدر هذه المادة : « إذا لم يكن للالتزام سبب » . فالسبب قد نسب إلى الالتزام ، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دنا نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذي تمييز (١) .

والعبارة التي نتنتدها ألتق بالنظرية التقليدية ، ففي هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود . ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فإن الأعمال التحضيرية صريحة في أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة (٢) .

§ ٣ - إثبات السبب

٢٩٥ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد

على ما يأتي :

١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

(١) وكان من الخير أن تصاغ المادة ١٣٦ على الوجه الآتي : « إذا أتمم التعاقد لسبب مشروع ، كان العقد باطلاً » .

(٢) نازر الدكتور أبو غنيم في النصف المحرد فقرة ٥٤ من ١٩٩ هامس رقم ٥ .

٢٥ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن الالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه « (١) .
وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم . ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة . فقد كان القضاء المصرى يطبقها من قبل . ولم يفعل التسانون الجديد إلا أن قلبها لما لها من أهمية عملية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :
« أما فيما يتعلق بإثبات السبب فتتمه قاعدتان أساسيتان : (أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يضمن في العقد . (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يتم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على المدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية » (٢) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور

(١) سراج النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - يقتصر في كل التزام أن له سبباً مشروعاً . ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك . ٢ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ - فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه . وقد اقترح في لجنة المراجعة لإدماج الفترتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة وحذف عبارة « أو على عدم مشروعيته » من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب ، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظى على الفقرة الأولى . فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات . وأصبح نص المادة النهائية (١٥١) مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من لفرد الثانية وهى : « فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » ، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات ، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرارها . وأصبح رقم المادة ١٣٧ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ عر ٢٢٥ - ص ٢٢٢) .

(٢) مح. عم. الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

في العقد . (والثاني) أن يكون هناك سبب ذكر في العقد (١) . ونستعرض كلا من الفرضين .

٢٩٦ - السبب غير مذكور في العقد : وهذا هو الفرض الوارد في

الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ . وقد كان المنطق القانوني يقضي بأن الدائن ، وهو المكلف بإثبات الدين ، هو الذي يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونَه . ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما في ذلك البيينة والقرائن (٢) . وقد كان الفقه (٣) والقضاء (٤) في مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص ، فجاء القانون الجديد مؤيداً لها كما قدمنا .

(١) سواء ذكر في السند المكتوب الذي يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغني عن البيان أن السبب الذي يذكر في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإن كان الباعث قل أن يذكر في العقد . ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من القانون الجديد أكثر مسaire للسبب بمعناه في النظرية التقليدية ، لا سيما عندما تتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب . ولكن لا شيء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث في العقد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته .

(٢) قض مدني في ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥٢ ص ٢٨٤ - وفي ٢١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ ص ٥١٧ - استئناف وطلي في ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ ص ١٦١ - محكمة استئناف مصر في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٤٩ ص ١٠٥ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلاً كما رأينا ، أما الثاني فلا يبطل ولكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فيخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه . وقد تقدم ذكر ذلك في التصرف المجرد .

(٣) دى هانس ٣ ص ١١٧ فقرة ١٤ - هالتون ١ ص ٢٤١ - والتون ص ١٠٢ - عبد السلام ذهني بك فقرة ١٧٣ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٩ - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١٠٦ - الدكتور حشمت أبو سنيت فقرة ٢٤٤ .

(٤) استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠ - وفي فبراير ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ - وفي فبراير سنة ١٩٤٠ م ٤٢ ص ٣٢٤ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٣١ - =

وبلاحظ أنه إذا ادعى المدعى أن للعقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك ، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . ويستوى في ذلك ألا يكون السبب المذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتي .

٢٩٧ - السبب المذكور في العقد : وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة

الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضى المدعى أن يلتزم من أجله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدعى أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي ، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية . وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن (١) . (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع .

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيهات . وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات إذا كان

== ٤٣ س ٣٩٠ - وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ س ١١٦ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ س ١٨٣ .

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر في العقد فهو مفروض ، وعلى المدعى إثبات العكس . أما إذا ذكر وأثبت المدعى صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقي ينتقل إلى الدائن (نقض مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ س ١٣٨ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ : مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ س ٤٦٩) . وانظر في أحكام القضاء المصري في هذه المسألة نظرية العقد للدولف س ٥٧٩ هامش رقم ٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقي ، كان لإقراره هذا غير قابل للتجزئة ، وكان الالتزام دائماً وصحياً ما لم يثبت المدعى أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ س ١٥٠ - وفي هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ س ٢٠٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من التمسك به . فإذا كانت سندات الدين المذكوراً فيها أن قيمتها دفعت هذا ، ثم انضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مسببها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات =

السبب الصوري مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة .
وإذا أراد المدعي أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك
بجميع الطرق ومنها البيينة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً ،
ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش . والغش يجوز
إثباته بجميع الطرق (١) .

الفرع الرابع

الجزاء : نظرية البطلان (*)

٢٩٨ - نظرية البطلان في القانون القديم وفي القانون الجديد :
بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملاً مستوفية

وعمدها أنها كانت تستجدي المدعي وتتكبر له إحسانه وترعه لها ، وبهذه الوسائل يجوز اعتبارها
دليلاً كتابياً كافيًا في نفي وجود فرض حقيقي (١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم
٦٧ ص ١٣٨ - ويلاحظ أن السبب هنا مقبول بالعلمي المعروف في النظرية التقليدية ، وبقي
عنه ركن التراضي على عقد القرض ، فيكون عقد القرض ذاته في هذه القضية هو العقد الصوري ،
ولا محل للسكام في صورية السبب ، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه ، وهذا ما يقع غالباً) .
(١) استئناف مصر الوطنية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ -
وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ - وفي ٢٣ يناير
سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ - استئناف مختلط في ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م
٢٩ ص ٤٨٩ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م
٣٥ ص ٤٨٣ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٥ - هذا وإذا تبين أن
سبب السند هو الربا الفاحش فللمدين إثبات ذلك بجميع الطرق لأن السبب غير مشروع
(استئناف مصر الوطنية في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ -
استئناف مختلط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م
١٠ ص ٤٨) . يحى أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكون تذييل في إثباته ، إذ أ.أ.
لا يجوز قبول الإثبات بالتمتع على ما يخالف المكتوب ، لا يتبدل الوضع الناتج في الدعوى على أن
هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف وطني في ٢ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة
الرسمية ١٤ رقم ٨٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ -
استئناف مختلط في ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ - وفي ٤ مارس
سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣) . فإذا ثبت أن هناك تواتر ربوي ، فعلى
الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقرض ، فإذا لم يثبت ذلك فإن المحاكم قبل اعتراف المدعي
(استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم
الذي سبق الإشارة إليه) .

(٢) بعض المراجع : جازيت ١٤٦ ص ١٥٦ - سكار (ملحق بودري) ص ١ =

شروطها . على النحو الذي يبيانه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن نتكلم في بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام في أركانه .

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان . بل كنا نجد القواعد العامة في البطلان تحتويها نصوص متناثرة في أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن القانون المدني الفرنسي . أما القانون الجديد فقد عني بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً . جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد (م ١٣٨ - ١٤٤) . ونحن نبسط نظرية البطلان في هدى هذه النصوص (١) .

= وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها — إيرنج : أعمال المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — هيمار في بطلان الشركات والشركات الواقعية — دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — لوابيه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ — جايو (Japiot) رسالة من ديون سنة ١٩٠٩ — بييد أيفير (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — جيبيار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — كافاليوتي (Cavaliotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — هلسنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — لوتزسكو (Lutzesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — برتران (Bertrand) رسالة من ليل سنة ١٩٣٩ — السندور (Al-indor) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — دي سوتو (Di Sotto) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ — نظرية العقد المؤقت فقرة ٥٦٥ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ١٤٥ . وما بعدها وفلانه في آثار الشركات الباطلة في مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٧٩ وما بعدها ص ٣١٧ وما بعدها — الدكتور حشمت أبوستيت بك فقرة ٢٤٨ وما بعدها .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهي في النظرة العامة لبطلان ما يأتي:
« اتفق المشروع ما تستهدف له التثبيت اللاتينية من مأخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات في صعيد واحد . وقد نهج في هذا الشأن نهج التقنين البرازيلي . وجعل لبطلان نظرية جامعة ، فيها بذلك مكاناً مناسباً لضافته من الأحكام تناثرت وانقرض عقدها مع ما بينهما من سبب جامع . كالتصوص الخاصة بالترام نافر الآهية برد ماله عند إعطال العقد . وقد استمسك المشروع بتأيد المذهب اللاتيني فيما استحدث في هذا الشأن بوجه عام . على أن المذهب الجرمانى لم يعدم أثره في هذه الناحية . وقد اقتبس لمشروع أحكاماً هامة من التقنين الألماني والسويسرى . فمن ذلك ... نظرية انقراض العقود ونظرية تحويل العقود أو إقلاها . وتطبيق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبى على شئ من العقد . وتطبيق الثانية إذا توافرت لعقد الباطل أو القابل لبطلان شروط انقضاء عقد آخر (أنظر المادتين ١٣٩ ، ١٤٠ من التقنين الألماني) . ويراعى من جهة أخرى أن المشروع قد نص على تقديم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات ، مستنهماً في ذلك من الالتزامات السويسرى (أنظر المادة ٢٢٩ وهي =

٢٩٩ - ضرورة تمييز البطالون عما يقاربه من النظم : وبمحسن منذ

البداية أن نميز البطالان (nullité) عما يقاربه من النظم . نميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité) ، وبينه وبين الفسخ (résolution) .
فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك .

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى في حق الغير . فالعقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين . غير نافذ في حق الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتاج به على الغير . والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير . والعقد الذي أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائته صحيح فيما بين المتعاقدين . ولكن لا يسرى في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصة . والبيع في مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسرى في حق الغير . فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري ، ثم هو لا يسرى في حق المالك الحقيقي . وقد يميز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification) . ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن « الغير » ليس له مدلول واحد ، فيختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر .

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد . أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر ، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين .

== تحمل المدة سنة واحدة)، هذا فضلاً عن التقادم الضويل المقرر بمقتضى القواعد العامة . ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير في هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الضويل ، وذلك يكون لهذا التقادم الضويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث (بمعية الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤) .

٣٠٠ - أنواع البطلان : لما كان البطلان يعده العقد . فإن المنطق يقضى بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج . إذ العدم لا تفاوت فيه . ولكن نظرية البطلان مع هذه البساطة المنطقية ، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية . ولاعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية . ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثي للبطلان . وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين : ففكرة الفقهاء يكفون بتقسيم ثنائي ، وبعضهم لا يكفيه التقسيم الثلاثي ويذهب إلى تنوع البطلان مراتب متعددة .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبي (nullité relative). وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون . ولهذا الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل . وركن من هذه الأركان - وهو الرضاء - لا بد أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً . وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل في العقود الشكائية . فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً . وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً ، وشرط السبب أن يكون مشروعاً ، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كقلط أو تدليس أو إجراه ، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً .

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . إذ التمييز يصطدم مع المنطق : وليس بذى فائدة . أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني . فهو يستوى في الانعدام مع العقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم كما قدمنا . وأما أن التمييز غير ذى فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه

الفرنسي في مناسبة عقد الزواج ، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص ، صيانة له من الزرع . فقامت حالات بطلان لا شك فيها ، ولكن لم يرد في شأنها نص ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد ، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه . فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات . وكان الأولى عدم التقييد بالقاعدة الضيقة التي تقضى بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج ، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية .

وهناك من الفقهاء من يذهب ، على النقيض مما تقدم ، إلى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية . فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات . وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اخل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط ، فتتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون (١) . ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية ، كما في إجازة الواهب أو ورثته لجهة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩ جديد) ، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م ٤٦٧ جديد) ، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م ٥٠٧ جديد) ، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً ، وهي لتوسيع نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها (٢) .

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من نشئت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً

(١) أنظر دروجول (Droguoi) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص ٢٠٦ وما بعدها — جايو (Japiot) في رسالته في بطلان العقود ص ١٥١ و ص ١٥٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانبول وريبير وبولانجيه فقرة ٨١٩ — فقرة ٨٢٠ .

مطلقاً (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر كما سنرى على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) يلقي فيها العقد أحد مصيرين . فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقدّم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشأً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح . وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي . فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعدو في ما له أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقدّم . أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا ثقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيزول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان . يندمج فيها البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام (١) .

٣٠١ - تاصيل البطلان : على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى

البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني . فهو لا يسر الصياغة الفنية لنظرية

(١) وقد ورد في « نظرية العقد » للوئلف (ص ٦١٨ هامش رقم ١) في هذا العدد ما يأتي : « لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو تمييز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، وتمييز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متصراً على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بل الصحة والبطلان المطلق » .

البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضى شيئاً من النوع . والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي ، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً . أو كما يقول القانون الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . وتنف عند هذا التقسيم ، على أن نتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلى الذى لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ، ولكن بالقدر الذى يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يعين له الجزء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه إجازة . وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتاج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون . صنعه على عينه ، ويقده على القالب الذى يختاره (١) . ونحن نرى هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - تتمشى مع القائمين بتنوع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص فى القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما فى بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفى بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥م جديد) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع فى شأنه النص الذى يعالجه . ولكن البطلان الذى يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية نتولى الآن تفصيلها . ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هى الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أى ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعياً ، ويكون باطلاً . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب يشترط فيه المشروعية . فشروط التمييز والتقابل والتطابق فى الرضاء ، وشرط

(١) أنظر آناً فقرة ١٣٥ فى المائس .

الإمكان والتعيين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية في المحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونه . فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً (١) . والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة . والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً . فلا ينتج أثراً . ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن في العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة ، وهذا هو الرضاء . فالرضاء كما رأينا يكور موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح . وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه ، فهو منعقد ترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد ، كما له أن يجيزه ، وإذا سكت سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاه من نقص (٢) .

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً ، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتي :

« يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية :

(أ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً .

(ب) إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية .

(ج) إذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون باطلاً بدونهُ ولم يتعرف العقد هذا الشكل .

أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً في تكوين العقد .

(د) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان » .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي « لأن أحكامها منصوص عنها في المواد السابقة » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ في الهامش) .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد قابلاً للإبطال .

فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتي :

« يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية :

وليس فيما قدمناه من تأصيل للبطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدى إليها .
ومعلولات معقولة لعلل ظاهرة (١).

== (١) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية .

(ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

(ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ في الهامش) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهدي في هذا الصدد ما يأتي : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تقريباً على ذلك أو كاتفاه الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، في حكم الواقع . وحكم القانون ، بحول دون انتقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء فيسبب عيب يداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاء العيب أو من لم تكتمل أهليته . ومن المحل أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد في مرحلتين متابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد فيها باطلاً لاحقاً له من وقت نشوئه . فليست في مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبي بمقتضى نص خاص في القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٥ - ٢٥٦) .

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة ، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة ، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجها العقد الباطل من الآثار .
فالقانون الألماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (١٤١م - ١٤٢) . بل إن الفقه الألماني يعرف العقد النعوم .

ويعرّف قانون الالتزامات السويسري بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (١١م و١٩ و٢٠) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (٢١م و٢٣ و٢٥ و٢٦ و٢٨ و٢٩) .

والقانون الإنجليزي يعرّف بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد النعوم ، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالأخير عقداً صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كعقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة . مثل هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا يمكن المطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا نفذ الماتزم اختياراً فليس له أن يسترد ما دفع . وظاهر أن هذا الفرع هو إحدى حالات الالتزام الطبيعي في القانونين المصري والفرنسي . ولما كان القانون الإنجليزي لا يعترف بالالتزام الطبيعي كمنظريّة عامة ، فقد وضع إحدى حالاته في نصه البطلان .

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . ومرتبات العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل ، ثم الفاسد ، =

٣٠٢ - **خط البحث** : والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان . فالعقد الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يتقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم فينقلب صحيحاً . ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم .

فالأدوار إذن ثلاثة : (١) ترتيب الآثار . (٢) الإجازة والتقادم . (٣) تقرير البطلان . ونتولى بحث كل من هذه الأدوار .

المبحث الأول

الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

٣٠٣ - **الآثار العرضية والآثار الأصلية** : العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه عمل مادي (acte matériel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً ، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية . على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقداً ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

ثم الموقف ، ثم النافذ ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب المتوهم من حيث ظهور الأثر . فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أي ما كان في ركنه أو في محله حلال ، وهو لا ينقذ أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض . والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوضفه ، بأن يكون المقعود عليه أو بدله مجهولاً جهالة دحسة ، أو يكون العقد خالياً من الفائدة ، أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد . وهو لا يفيد الملك في المقعود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه . والعقد الموقوف هو ما كان الماقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه ، أو كان صيباً مميّزاً . فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازهُ المالك في الصورة الأولى ، والولى أو الوصى في الصورة الثانية . والعقد النافذ هو ما صدر من ذي أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة : خيار التعين وخيار العرط وخيار الغيب وخيار الرؤية . ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف اختلافًا واضحاً عن قواعد البطلان في القانون الحديث .