

” دور الإرادة في ترتيب الالتزام التعاقدى

في القانون الرومانى ”

(بحث من متطلبات الحصول على درجة

الدكتوراة بحقوق حلوان)

/ للباحث

أحمد محمود عبد المنصف محمود

الملخص :

وَمَطْلِقًا مَطْلِقًا هَلْمِيكَ قِذْغِي أَبْلَحِبَل لِيْحَنْدَلْ أَرْكَ دُمِي لِأَنْفِي غِي طَلْبِي خِاجِ نَدْلًا .
كَوَيْلَا صَنْطَعِ أَمَةً أَمِي طَلْبِي كَيْتَلْبِي قِذْغِي كَيْتَلْبِي صَنْطَعِيَّةً نَطْلِقُ مِثْلَهُ نَظْمًا
مَقْلِقًا نَبْلِقُ مَعْدَلًا . قِوَطْلِقِي طَلْبِي كَيْوَعِ عَهْ خَلْقًا مَطْلِقًا هَلْمِي هَطْلِقُكَ مَطْلِقًا
لُدَّةً مَطْلِقًا نَجْبِيكَ نَلِي لِأَنْفِي نَفْذَةً غِي طَلْبِي مَعْدَبِ وَجَلَالًا . هَلْمِي نَطْلِقُ مَطْلِقًا هَلْمِي نَمْدُ
طَلْبِي نَبْلِقُ لَفْلِقًا مَعْدَلًا نَغْنَقُ أَقْ طَلْبِي خَلْقًا كَيْبِي غِي غِي طَلْبِي رَمْلًا نَلْمِي طَلْبِي نَبْلِقُ
قَدْمِيكَ مَعْدَلًا هَلْمِي خَعْلُ خَعْلُهُ طَلْبِي هَلْمِي طَلْبِي بِي طَلْبِي لَبْلِقُ بَعْوَجِ طَلْبِي نَبْلِقُ
طَلْبِي نَلْمِي نَغْنَقُ لَفْلِقًا لَفْلِقًا نَشْبَطُكَ نَمْدُ هَلْمِي طَلْبِي هَلْمِي هَلْمِي هَلْمِي هَلْمِي هَلْمِي
مَعْدَلًا نَبْلِقُ نَبْلِقُهُ هَلْمِي هَلْمِي نَبْلِقُ سَدِي غِي حِوَيْقُ صَدِّ غَنْقُ صَنْطَعِي طَلْبِي نَلْمِي لَفْلِقُ
لَطْلِقُ خَلْقًا كَيْوَلَا طَلْبِي طَلْبِي كَيْ هَلْمِي نَبْلِقُ بَلْمِي نَجْبِيكَ نَبْلِقُ حَشْلِقُ مَعْدَلًا مَعْدَلًا لِي نَبْلِقُ
طَلْبِي طَلْبِي كَيْوَطْلِقُ مَطْلِقًا هَلْمِي هَلْمِي .

Abstract:

Roman law never fully established the principle of the will's authority in contracts. Rather, after being refined, the conditions remained the basis for the creation of contracts, varying in strength and weakness according to the development of the law and the expansion of the scope of exchange and transactions. Until the final era of Roman law, the verbal contract remained the mold into which seemingly necessary, yet unknown, agreements were molded until they became binding. With the development of Roman law, with the spread of trade and the advancement of methods of dealing, most formal contracts disappeared. The contract of formal weight disappeared with the loss of the benefit it conferred. This was an ancient Roman claim that enabled the creditor to control the debtor's body. The written contract also disappeared with the disappearance of the private records in which it

تمهيد وتقسيم

المقصود بالالتزام في القانون الروماني "رابطة قانونية نكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بأمر ما طبقاً للقانون"^(١)، وجاء تعريف آخر للالتزام عن الفقيه الروماني بول" بأنه يكون هناك التزام اذا كان الغير يستطيع أن يجبرنا على أن نعطي شيئاً، أو نقوم بعمل ام تمتع عن عمل.^(٢)

ولابد أن نشير الى أن نظرية الالتزام في القانون الروماني مرت بمراحل متعددة قبل أن تصل الى مرحلتها الأخيرة. ففي المراحل الاولى من العصر الروماني وجدت التزامات دينية في علاقات الاشخاص كما كان هناك اشخاص يلتزمون بأجسادهم مثل المحكوم عليهم والاشخاص الذين ارتكبوا جريمة السرقة أو الاعتداء والمقترضون والكفلاء.^(٣)

ثم توحدت فكرة الالتزام في العصر العلمي ووضحت صورة الحقوق الشخصية (الالتزامات) والحقوق العينية وعرفت فكرة الاشياء وتقسيماتها المادية والمعنوية على أن الالتزامات اما ان تكون كتابية او شفوية وقامت هذه الحقوق الشخصية على مبدأ حسن النية ويراد به تعاون اطراف رابطة الالتزام بثقة وبصورة اختيارية لتنفيذ الالتزام.

وقد انتهى الامر في عهد الامبراطور جستينيان بأن اتسع نطاق الالتزامات واصبحت لها تقسيمات متعددة ولهذا لا بد من التعرف على هذه التقسيمات ثم بيان مصادر الالتزام. وباعتبار أن العقد مصدرًا من مصادر الإلتزام في القانون الروماني^(٤) إلا إنه جانب كبير من الفقه المصري^(٥) إلى عدم اعتراف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً حيث بدأت العقود فيه شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة. أما مجرد توافق إرادتين فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً.

(١) HENRI ET ;EON JEAN MAZEA UD OP. CIT P.5.

انظر مدونة جستينيان ، ص ٢٣

(٢) د/ عبدالرزاق السنهوري، شرح القانون المدني نظرية العقد، ص ١٢ الدكتور محمد مختار القاضي، اصول الالتزامات في القانون المدني القاهرة، ١٩٥١، ص ٩

(٣) انظر توفيق حسن فرج ، القانون الروماني، الدار الجامعية - بيروت، ١٩٨٥، ص ٣٨١-٣٨٠.

(٤) أنظر في تقسيم الإلتزامات د توفيق حسن فرج القانون الروماني المرجع السابق، ص ٣٩٣، د/ عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢

(٥) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ١ ص ١٢٨٤، وما بعدها.

فكان المدين يلتزم إلا لسبب سوى أنه استوفي الأشكال المرسومة، ويكون إلتزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للأداب، فالعقد الشكلي كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه.

ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعددت سبل الحياة فكان من ذلك توزيع العمل، والحاجة إلى كثرة التبادل، ووجوب السرعة في المعاملات. واقترن هذا كله يتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً للإلتزام قد توجد أسباب غيره. ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية، والعقود الرضائية، والعقود غير المسماة. وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية. وأنتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريتورية *pactes pretoriens* والعقود الشرعية *pactes legitimes*.

ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه كامل. بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات. وبقي العقد اللفظي *contrat verbal* إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزم.

ومع تطور القانون الروماني بانتشار التجارة وتقدم طرق التعامل، فاختلفت أكثر العقود الشكلية، اختفي عقد الوزن الصوري *nexum* بزوال الفائدة التي كان يوليها، وهي دعوى من دعاوي الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين *manus injection*. واختفى العقد الكتابي *litteris* باختفاء السجلات الخاصة التي كان هذا العقد يدون فيها، وكان الرومان قبل ذلك يحتفظون بها، ثم أخذوا يهجرن هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت، فانقرض بانقراضها العقد الكتابي، ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظي *verves, stipulation* لسهولته النسبية وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلي^(٦).

ثم أنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته، فالإنسان حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون، بل أن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه في نظرية توافق الإرادتين، إذ أن الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الإلتزام، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها. أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة، فقديماً كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة. فقديماً كانت الإرادة لا يوجد لها أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر، وأصبحت إرادة هي التي توجد الأثر

(٦) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ١ ص ١٢٨٤، وما بعدها.

القانوني الذي تتجه إليه، فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية، وأن نقول بأن لإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى. على أننا نتطلب رضاء الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه، ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام، بل أن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين^(٧).

• قى دُ تحقيق خ^(٧):

كانت العقود في العصر العلمي تنقسم من عدة وجوه: فهي تنقسم إلى عقود رسمية وغير رسمية، وإلى عقود تابعة للقانون المدني وعقود تابعة لقانون الشعوب، وإلى عقود فردية وعقود تبادلية، وأخيراً إلى عقود حسن النية وعقود القانون الضيق.

طقق لآك مطقق خك ز ب هغ طك ز ب:

العقود الرسمية في العهد العلمي - بعد اختفاء عقد الاستدانة - اثنان: العقد الشفوي والعقد الكتابي، وكلاهما عقد مجرد أي لا يبين فيه سببه، أي أن كلاً منهما قالب: يصاغ فيه الاتفاق مهما كان الغرض الذي يسعى الطرفان إلى تحقيقه. فالاشتراط. على الخصوص يمكن استخدامه لتحقيق كل أنواع الاتفاقات المختلفة فهو بمثابة قالب لإفراغ العقود، فكما يمكن استخدامه لتحقيق عقد من عقود التبرع كهبة مثلاً، يمكن استخدامه أيضاً لتحقيق عقد من عقود المعاوضة كبيع أو قرض ربوي. وما عداهما من العقود يخلو من الأوضاع الشكلية ولا يستخدم إلا لتحقيق غرض معين لا يتغير، فعقد البيع مثلاً يقصد به دائماً اكتساب ملكية شيء من الأشياء في مقابل ثمن.

طقق طك نى: قى خطقم طك مى هق خ فئم طك ع ا:

ويلاحظ أن مادة الالتزامات على النقيض من مادة الأشخاص أو الأشياء ترجع كل أحكامها إلى قانون الشعوب، إذ هي مادة المعاملات. لذا كانت العقود التابعة للقانون المدني والمقصورة على جماعة الرومان محدودة العدد: وتتحصر في العقد الكتابي والعقد الشفوي في صورته الأولى، أما بقية العقود الأخرى وهى عقود الإشتراط والعقود غير الرسمية فكانت جائزة فيما بين الرومان وغيرهم، إذ ظهرت كلها في قانون الشعوب.

(٧) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ١ ص ١٢٨٤، وما بعدها.

(٨) أنظر في تقسيمات العقود د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٣٤ وما بعدها.

طَق طَق ك بَطَق طَق كَلَط كَم عَح طَق كَلَك كَم :

فالعقد الفردي أو الملزم لجانب واحد هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب واحد فيكون أحد طرفي العقد دائماً غير مدين، والطرف الثاني مديناً غير دائن، مثل ذلك عقد القرض، يلتزم فيه المقترض برد المثل دون أن يلتزم المقرض بشيء ما.

والعقد التبادلي أو الملزم للجانبين هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين. فكل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت، مثل ذلك عقد البيع، فالبايع يلتزم قبل المشتري بنقل وضع اليد. المستمر ويلتزم المشتري قبل البائع بدفع الثمن. وعقد الإجارة يا تزم فيه المؤجر قبل المستأجر بتسليم العين، ويلتزم المستأجر قبل المؤجر بدفع الأجرة.

وقد قسم القانون الروماني العقود التبادلية إلى قسمين: تبادلية كاملة وتبادلية ناقصة، فالعقد التبادلي الكامل هو الذي ينشئ، منذ تكوينه، التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين مثل عقد البيع والإجارة كما تقدم أما العقد التبادلي الناقص، فهو عقد ملزم في الأصل الجانب واحد، ولكن الجانب الآخر قد يلتزم، بعد نشوء العقد، مثل عقد الوديعة، فهو لا يلزم في الأصل سوى الوديع الذي يلتزم بالمحافظة على الوديعة وردها إلى المودع عند طلبه، ولكن قد يلتزم المودع فيما بعد بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الشيء المودع، المصروفات التي أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم ينقل بحق هذا التقسيم للعقود التبادلية لأن ما يسمى بالعقد التبادلي الناقص حقيقته عقد ملزم الجانب واحد، وما عسى أن ينشأ من التزامات بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد بل هي التزامات مصدرها سبب آخر خارج عنه: فإما العمل الضار في حالة التعويض عن الضرر أو الإثراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية.

غير أن هذا التقسيم كان مفهوماً في القانون الروماني، لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر من عقود حسن النية أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة الجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر إدخال حسن النية في تنفيذها. ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث، إذ أصبحت كل العقود، سواء أكانت ملزمة للجانبين أم ملزمة الجانب واحد، من عقود حسن النية يجب أن يتوافر حسن النية في تنفيذها.

طَق طَقْظ: طَق خ ح ط ك ب ه ق خ ط ق ط ك : ط ق

ف عقود القانون الضيق لا تشمل سوى العقود الرسمية (العقد الشفوي والعقد الكتابي) وعقد القرض أو عارية الاستهلاك، أما ما عداها من العقود فمن عقود حسن النية.^(٩)

وفى إطار دراسة وبحث دور الإرادة في ترتيب الالتزام التعاقدى في القانون الروماني تناول بالدراسة والبحث تطور مفهوم الإرادة العقدية بداءة من تبنى الشكلية العقدية المفرطة كأحد ركائز القانون الروماني في بداياته واثرها على الشكل العقدي والتفسير العقدي، ومع تطور القانون الروماني بانتشار التجارة وتقدم طرق التعامل تطور دور الإرادة العقدية والتخفيف من حدة شكلية العقود وذلك بتبنى البريتور لقاعدة إن العهد كان مسؤولاً ظهور العقود الغير الرسمية وتبنى البرتور لفكرة النيابة في التعاقد، ثم دراسة دور الإرادة في إطار القواعد العامة التي تطبق على العقود جميعاً والتي تتفرع إلى قسمين: قسم يتعلق بمجال الإرادة التي تلحق بالأركان أو العناصر الجوهرية التي يجب توافرها في كل عقد بحيث لا ينعقد بدونها وهى الرضى، أهلية المتعاقدين، محل يقوم عليه الاتفاق، سبب شرعي للاتفاق، وقسم يتعلق بمجال الإرادة التي تلحق بالعناصر العرضية التي توجد في العقد أو لا توجد ولكن لا يؤثر وجودها أو عدمها على صحة العقد.

كئى ع ق خ ط ز ن ك ه ط ك ط و ل :

المبحث الأول : تطور دور الإرادة العقدية في رحاب القانون الروماني

المبحث الثانى: دور الإرادة في ترتيب الالتزام التعاقدى في إطار القواعد العامة التي تطبق على العقود

جميعاً وذلك على النحو التالى:

(٩) وبالإضافة الى ذلك فإن جانباً من الفقه قد أضاف تقسيماً آخر الى التقسيمات السابقه ألا وهو العقود الشفوية والكتابية والعينية والرضائية أنظر في تفصيل ذلك د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٢ وما بعدها.

المبحث الأول

تطور دور الإرادة العقدية في رحاب القانون الروماني

المبدأ العام في الشرائع الحالية أن العقد ملزم للمتعاقدين بمجرد الاتفاق أو الرضاء المتبادل، فكل اتفاق يقصد به إنشاء التزام يكون عقداً يؤيده القانون. هذا هو ما نعبر عنه عادة بقولنا إن الاتفاق شريعة المتعاقدين. وهو المبدأ المشهور بسلطان الإرادة أو الرضائية.^(١٠)

أما في القانون الروماني فلم يكن الأمر كذلك، لأن الاتفاق المجرد أي مجرد توافق الإرادتين، لم يكن ملزماً لأى من الطرفين ما لم يكن قد أفرغ في عقد تمت إجراءاته الشكلية فتتص الموسوعة على أنه لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي دعوى، أو بعبارة أخرى لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي التزام.

فالقانون الروماني ذاته وهو أرقى قانون عرفه البشر في العهد القديم، لم يصل حتى في آخر تطوره إلى تقرير هذا المبدأ. وإن استطاع أن يعترف بكفاية الإرادة بذاتها لإنشاء العقود الرضائية الأربعة المعروفة، وما كان يعرف بالاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية، ولكن كل هذا لم يكن إلا على سبيل الاستثناء، وظلت القاعدة هي وجوب مراعاة الشكليات، فهي لا الإرادة التي تنشئ العقد، وظل العقد اللفظي الذي تفرغ فيه الاتفاقات حتى تصبح ملزمة ومتى استوفى الشكل نشأ الالتزام، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للالتزام سبب أم لا، ولا أن تكون العقود صحيحة أو معيبة.^(١١)

المطلب الأول

الشكلية العقدية المفرطة كأحد ركائز القانون الروماني في بداياته

وأثرها على الشكل العقدي والتفسير العقدي

وفى نطا بحثنا حول الشكلية العقدة المفرطة كأحد ركائز القانون الروماني في بداياته وأثرها على الشكل العقدي والتفسير العقدي وجب علينا عرض لمزايا الشكلية العقدية وعيوبها ثم أثر تلك الشكلية على النمط العقدي وأخيراً عرض أثر الشكلية العقدية على التفسير العقدي، وذلك على النحو التالي:

(١٠) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٢٩ وما بعدها.

(١١) د/ عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، طبعة ١٩٩٣، الناشر دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص ٩.

الفرع الأول

مزايا الشكوية العقدية وعيوبها^(١٢)

كان النظام الشكلى الرسمي متفقاً مع الحالة القديمة لقلة المعاملات، إذا كان التعاقد في تلك العصور نادراً لا يلجأ إليه الناس إلا عند الحاجة القصوى، وكان يعتبر حادثاً خطيراً يستوجب العناية به والاحتفال بأمره مما يتفق مع الأشكال المطلوبة. وكان لهذا النظام فوائد كما كان له مضار.

فمن فوائده أنه يحمل المتعاقدين على التفكير والتروى قبل الإقدام على العقد، ثم إنه يحدد الوقت الذى يتم فيه العقد على وجه الدقة أي يحدد الوقت الفاصل بين تمام العقد وبين المحادثات أو المفاوضات السابقة عليه، كما أنه من ناحية أخيرة ويسهل عبء الدائن في الإثبات، ويحدد بوجه الدقة التزامات المدين أي مقدار دينه فلا يخشى تعسف القاضي.

وتتلخص عيوب وأضرار الشكوية في عرقلة المعاملات، لاشتراطه حضور الطرفين والتقيده بنصوص العقد وألفاظه وإهمال نية المتعاقدين، وهو يجر في كثير من الأحيان إلى بطلان العقد بسبب الشكل. فنظام الرسمية وإن كان مفيداً من حيث ضبط علاقات الأفراد بعضهم ببعض على وجه الدقة وبشكل لا يقبل التحكم، إلا إنه لا يتفق والمعاملات التجارية. وعلى ذلك فالدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بما تعهد به رسمياً، دون أن يكون له الحق في المطالبة بتعويض عن التأخير أو عن سوء النية في التنفيذ، فإن أراد الدائن شيئاً من ذلك وجب النص عليه صراحة عند الاتفاق، وبالمثل فإن المدين ملزم بما تعهد به حتى لو تعهد من غش أو إكراه، ثم إنه لا يستطيع د المطالبة بمهلة للتنفيذ.

وعليه فالشكوية كانت العنصر السائد في العقود، وعدم مراعاة هذه الشكوية يعني بطلان العقد، بصرف النظر عن إرادة الطرفين، ولتعلق روما بالشكل يصرف النظر عن الإرادة، فإن العقد كان يعد صحيحاً ولو كان المتعاقد قاصراً طالما أفرغ في الشكل المطلوب. مما كان له أبلغ الأثر على النمط العقدي وطرق التفسير العقدي^(١٣).

(١٢) د/ عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، طبعة ١٩٩٣، الناشر دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص ٩.

(١٣) د/ عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، طبعة ١٩٩٣، ص ٩. وقد اتخذت الشكوية في القانون الروماني صوراً عديدة في مجال التعاقد وسوف يتم بحثها في المبحث الثالث تحت عنوان «النتائج المترتبة على قاعدة الشكوية في مجال التعاقد».

الفرع الثاني

أثر الشككية العقدية على النمط العقدي

لم يهتم فقهاء الرومان بصياغة نظرية عامة للعقد^(١٤)، ولكنهم انصرفوا إلى دراسة العقود المختلفة، وعدم اهتمام الفقهاء الرومان بصياغة نظرية عامة للعقد يرجع من ناحية إلى عقلية الفقهاء الرومان وطريقتهم في البحث، ويرجع من ناحية أخرى إلى طبيعة القواعد القانونية لدى الرومان. فهم قد وجهوا عنايتهم نحو الجانب التطبيقي للقانون ومدى ملائمة قواعده لحاجات العمل فاكتفوا بدراسة الحلول الفردية واستخلاص القواعد العامة منها، ولم يشغلوا بالهم بصياغة هذه القواعد في نظريات عامة، وطبيعة القانون الروماني فرضت عليهم هذا المسلك فهو قانون شكلي تختلط فيه الدعوى بالحق^(١٥)، فوجهوا عنايتهم نحو دراسة الإجراءات والصيغ المقررة لكل دعوى، ولم يحدث اهتمام بالتصرف القانوني ذاته وتحليل عناصره إلا في عصر متأخر بعدما تراجعت الشككية وتغير نظام الدعاوي.

ولما كان القانون الروماني في عصوره الأولى لا يعرف سوى الشككية التامة في جميع المجالات، سواء في نطاق الأشخاص أم الأموال أم الالتزامات، ولذلك لم يكن يرتب على الإرادة ذاتها أي أثر قانوني، بل كان

(١٤) راجع د/ السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، الأثر الناتج عن تطبيق قاعدة الشككية في تقييد الإدارة في مجال التعاقد - ص ١٢٧ وما بعدها .

(١٥) يتلاحظ أن الرومان كانوا لا يعرفون إلا الحقوق التي يحدد القانون شروط وجودها، في ذلك يقول الفقيه بتي: "Pendants les premiers siècles, les romains ne purent connaître que les obligations dont le droit regloit les conditions de formation".

Petit (Eugene): Traité élémentaire de droit romain, 6^{éd}, Paris, 1909, No. 715, p. 646, No. 718, p. 651-652.

هذا وكلما أوجبت ظروف الحياة الاعتراف بنوع جديد من الحقوق، فلا يكون ذلك إلا عن طريق الدعوى، وما الدعوى في صورتها البدائية وليدة الحق، باعتبارها عنصر حمايته، كانت الدعوى عاملاً في وجود الحق والاعتراف به، وأصبحت كل دعوى لفظاً ومعنى معبرة عن حق: لفظاً، باستعمال الاصطلاح عن الدعوى للدلالة على الحق الذي تحميه، ومعنى لأنها تمثل صفات الحق، ولذا امتزجت الدعوى بالحق.

أنظر في ذلك: دكتور/ عبد الهادي يونس العطاوي، ماهية الحق في القانون الخاص، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، من ٣٣، عدد ٤، ص ٦٨٩.

- **May:** Elements de droit romain, No. 275, p. 577-578.

- **Monier (Reymond):** Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1948, Nos. 72-73, p. 91-93.

هذا الأثر يترتب على الألفاظ والطقوس والإجراءات التي يقررها القانون، ومن هنا كان أي خطأ في أي إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف، بصرف النظر عما اتجهت إليه الإرادة، وعلى العكس من ذلك فإن استيفاء الإجراءات الشكلية يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني دون اهتمام بالإرادة ذاتها، فلا يهم أن تكون سليمة أو معيبة، ولا يهم أن تكون مطابقة لحقيقة ما قصد إليه المتعاقدين أو غير مطابقة. ونتيجة لذلك ليس للإرادة أي دور في إنشاء التصرفات القانونية ولا تستطيع تحديد أثر التصرف القانوني. ومن هنا كان القانون وحده هو الذي يتكفل بتحديد الشكل الذي يتم به التصرف القانوني وهو الذي يحدد أثر كل تصرف، وكانت التصرفات القانونية واردة في القانون على سبيل الحصر، وهي كلها تصرفات شكلية، فالاتفاق لا أثر له ما لم يأخذ شكلاً من الأشكال التي حددها القانون وهي: عقد القرض الرسمي، أو العقد الكتابي أو الاشتراط الشفهي (العقد اللفظي)^(١٦).

وهذه العقود الشكلية لم يخرج الأمر فيها عن أن القانون يتطلب أن يعلن الرضا المتبادل في أشكال رسمية خصصت لإظهاره بطريقة محسوسة، وأن هذه الأشكال تتكون في ألفاظ أو في كتابة، أو في تسليم شيء ومتى تمت الأشكال المطلوبة فإن الاتفاق يصبح تصرفاً معتبراً في نظر القانون، ومن ثم فهناك اختلاط جبري بين الاتفاق والأعمال الخارجية التي تعبر عن الاتفاق، والاتجاه الطبيعي هو أن هذه الأعمال لم تكن مجرد إثبات للاتفاق، ولكنها شرط جوهري لتكوينه،^(١٧) فطريقة التعبير قد حددها القانون - في ألفاظ معينة منطوقة كانت أم مكتوبة أو في تسليم شيء بصورة لا يمكن لمن يريد إنشاء تصرف قانوني أن يحيد عنها قيد أنملة، فيلتزم بها التزام الجسد بالجسد، وإلا استحال عليه إنشاء التصرف القانوني المراد إنشاؤه، ولا نظن أنه يوجد ثمة مكان - بين مجموعة العقود الشكلية - للكلام عن التعبير عن الإرادة^(١٨).

بناء على ما سبق وطبقاً للشكلية العقدية المفرطة ظهرت عدة عقود فكانت العقود الرسمية محصورة في عقود ثلاثة: عقد الإستدانة المسمى nexum وهو عمل يتم بالنحاس والميزان (كالأشهاد في نقل الملكية)، والعقد الشفوي *contrat verbis* وصورته المهمة هي المشاركة الشفوية *stipulatio*، وينعقد بسؤال من الدائن وجواب من المدين في عبارة خاصة، فالدائن يسأل مدينه: هل تعديني بدفع مبلغ كذا؟ فيرد عليه: أعدك. والعقد الكتابي الذي يتم بكتابة الدين في سجل الدائن بموافقة المدين.

(١٦) د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٦، الناشر دار النهضة العربية، ص ٤٤٧

(١٧) Gaston May: *Eléments de droit romain*, 9éd. Paris 1907 No. 118, p. 240-241.

(١٨) د/ عبد الهادي العطاوي، صور من طرق التعبير عن الإرادة، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، مارس ١٩٧٤، العدد الأول، السنة الرابعة والأربعون، ص ٣.

ألجى - عى ئلازى ئەب آه عى طئق صئك زى :

وهذا العقد ينعقد بعبارة محددة تصدر من الدائن وحدة في حضور المدين وخمسة شهود من الرومان الذكور البالغين وحامل الميزان (الذي كان يتولى وزن السبائك قبل ظهور العملة المضروبة)^(١٩)، وكان محل هذا العقد دائما مبلغا معيناً من النقود أو قدراً معيناً من الأشياء المثلية يسلمه الدائن للمدين وينطق بالعبارة المحددة. وينتج عن النطق بالألفاظ المحددة والقيام بالإجراءات المقررة نشوء التزام على عاتق المدين محله الوفاء بما اقترضه في الموعد المحدد، وينشئ للدائن حقاً في إلقاء القبض على شخص المدين إذا لم يقيم بالوفاء في الموعد المحدد دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك، وبذلك يتضح أنه عقد شكلي من عقود القانون الضيق يلزم جانباً واحداً هو المدين (المقترض).^(٢٠)

ومنذ القرن الرابع قبل الميلاد خفت حدة التنفيذ على شخص المدين واقتصر الأمر على حبسه بدلاً من استرقاقه وأصبح من اللازم الحصول على حكم قضائي للتنفيذ على المدين، ففقد هذا العقد مزاياه وقل استعماله بالتدريج لأن لدى الأفراد وسائل قانونية أخرى أقل تعقيداً وأشهرها عقد الاشتراط الشفهي، وانتهى الأمر باندثاره منذ أوائل القرن الإمبراطوري.^(٢١)

تتموئ طئق طئف آهئ لأسئ طئف :

يعتبر الاشتراط الشفهي من أهم العقود الشكلية عند الرومان^(٢٢)، وهو ينعقد بسؤال باللغة اللاتينية بصيغة مقررّة يوجهه الدائن (المشترط) إلى المدين، ومضمونه هو ما إذا كان يتعهد بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين أو إعطاء شيء يتبعه في مجلس العقد جواب من المدين (المتعهد) باللغة اللاتينية في صيغة مقررّة مطابق لألفاظ السؤال ويتضمن رد المتعهد بالإيجاب على سؤال الدائن، ولذلك ينعقد دائماً أبداً بين حاضرين ولا يمكن أن يكون أحد طرفيه أصماً أو أباكماً، وكانت صيغة هذا العقد مجردة، ولذلك اعتبر قالبا عاماً تفرغ فيه سائر أنواع الالتزام أياً كان محلها، مثل دفع مبلغ من النقود، تسليم شيء القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ... إلخ^(٢٣).

(19) Cuq: Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, p. 411.

Girard: Manuel élémentaire de droit romain, 7eme Ed., Paris 1924, p. 500.

(٢٠) د/ السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢١) د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٦، ص ٤٤٨، دكتور/ عمر ممدوح مصطفى، الموجز في القانون الروماني، الجزء الثاني، طبعة ١٩٥٣، ص ٦٧.

(22) Girard: Manuel élémentaire du droit romain, Paris, 1929.

(٢٣) د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٦، دار النهضة العربية، ص ٤٤٩.

ويرجع الفقه السائد هذا النظام إلى الأصول الدينية أو إلى فكرة الالتزام باليمين، بيد أن البعض قد لاحظ اختلافاً بين اليمين والتعهد الرسمي، ففي اليمين لا يتحدث إلا شخص واحد بينما في التعهد الرسمي يتكلم شخصان هما الدائن والمدين، ومع ذلك فيمكن القول بأن اليمين يتضمن في الأصل كلاماً من شخصين حيث كان الكاهن يملي اليمين فيردها صاحب الشأن، مما يمكن معه القول بأن التعهد الرسمي يرجع في الأصل إلى اليمين، قبل أن يصبح له - بعد تطوره - طابع مستقل.^(٢٤)

والاشتراط كما هو واضح عقد شكلي من عقود القانون الضيق، وينشئ التزاماً على عاتق أحد طرفيه فقط وهو المتعهد.

ثُلثِيٌّ-ثُلثِيٌّ عَلَى نَأْي:

جرت عادة أرباب الأسر الرومانية منذ أواخر عصر الجمهورية على إمساك دفاتر منتظمة يقيدون فيها إيراداتهم ومصروفاتهم. وقد كان الأصل في هذه الدفاتر أن تقيد فيها الحقوق والديون الناشئة عن المصادر المختلفة للالتزامات. غير أن القيد في هذه الدفاتر كان يكفي وحده لإنشاء التزام ليس له وجود قانوني من قبل، بحيث تعتبر عملية القيد في ذاتها هي المصدر المنشئ لهذا الالتزام.

فالقيد في دفتر الدائن كان ينشئ التزاماً على عاتق المدين إذا كان المقصود بهذا الالتزام أن يحل محل الدائن التزام آخر له وجود قانوني من قبل عن طريق مصدر آخر من المصادر التي يعترف بها القانون إذا تم هذا القيد برضاء وموافقة المدين الصريحة أو الضمنية ومن حق الدائن إثبات هذه الموافقة بكافة الطرق، ومقتضى ذلك أنه يتوافر في مثل هذه الحالات اتفاق بين الدائن والمدين يعقبه قيد الدين في دفتر الدائن، ولكن مثل هذا الاتفاق لا يكون هو المصدر للالتزام وإنما يكون هذا المصدر هو عملية القيد ذاتها^(٢٥)، ومن هنا فقد سمي هذا العقد بالعقد الكتابي لأن كتابته في دفتر الدائن هي التي تضي عليه القوة الملزمة وتكسبه القدرة على إنشاء الالتزام.

وفي هذه الحالات قد يكون المقصود من هذه العملية التي تتم عن طريقها إحلال التزام جديد محل التزام قديم تغيير أحد طرفي الالتزام القديم، الدائن أو المدين، وقد يكون المقصود منها مجرد تغيير مصدره بجعله العقد الكتابي بعد أن كان مصدره مصدراً آخر من مصادر الالتزام مع بقاء أطراف الدائن والمدين دون تغيير.

(٢٤) د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، طبعة ١٩٨٨، الناشر الدار الجامعية بالإسكندرية، ص ١٨٥، دكتور/ عبد

المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري (مع دراسات في القانون الروماني)، ص ١٠٩.

(٢٥) يتلاحظ أن القيد في دفاتر الدائن ليس مجرد وسيلة للإثبات، كما هو شأن القيد في دفاتر التجار في القانون الحديث، بل هو مصدر الالتزام.

وقد ذهب البعض إلى أن نطاق تطبيق العقد الكتابي كان أوسع من ذلك، فوفقاً لرأي هذا البعض كان يمكن عن طريق عملية القيد في دفتر الدائن إذا ما تمت برضاء المدين، فوق ذلك تحويل الالتزام الأخلاقي أو الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، بحيث يصبح هذا الدين متمتعاً منذ قيده على هذا النحو بالدعوى التي تحمي العقد الكتابي ويجوز للدائن المطالبة به بعد أن كان محروماً من أي دعوى.^(٢٦)

ويلاحظ في جميع الصور التي ينشأ فيها الالتزام عن طريق الكتابة في دفتر الدائن أنها تفترض اتفاقاً سابقاً بين الدائن والمدين على إجراء هذا القيد. وهذا العقد عقد شكلي من عقود القانون الضيق، وينشئ التزامات على عاتق المدين وحده، ويستمد نشأته وقوته من القيد الذي يجريه الدائن في دفتره، ولذلك يمكن أن ينعقد بين غائبين، وهو يرد دائماً على مبلغ من النقود، وقد بدأ هذا العقد في الأندثار منذ العصر العلمي بعد انصراف الرومان عن عادة إمساك الدفاتر، ولم يبق مستعملاً إلا في نطاق ضيق بين أصحاب المصارف خلال العصر الإمبراطوري.^(٢٧)

الفرع الثالث

أثر الشككية العقدية على التفسير العقدي

كانت النتيجة الحتمية للفصل بين الإرادة الخاصة والتصرف القانوني المرموز إليه بالشكل أن تخضع التصرفات القانونية في تفسيرها لطريقة مادية أو مطلقة.^(٢٨) Methode Objective d'interpretation – ووفقاً لهذه الطريقة لا قيمة لإرادة لم يعبر عنها، بل بالعكس يعطي لما قيل دون أن يراد كل القيمة، حتى ولو ثبت – في أي الحالتين – اختلاف اللفظ عن الإرادة بوضوح لا يترك مجالاً للشك، حتى ولو كان الخصم على علم بذلك، ويبرر ذلك بأنه ما دامت قيمة التصرف مستقرة في الألفاظ التي تعبر عنه، ولا شيء غير هذه الألفاظ

^(٢٦) د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، طبعة ١٩٨٨، طبعة الدار الجامعية، ص ١٨٦.

^(٢٧) د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم الثانوية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٦، دار النهضة العربية، ص ٤٤٨.

^(٢٨) يعتبر سبب هذه الطريقة في التفسير لتصرفات القانون الضيق هو أن جوهرها ينحصر في الشكل المرسوم لها، مع التحفظ بالنسبة لعقد القرض mutum، وهو بالرغم من أنه عقد ديني غير شكلي إلا أنه يعتبر من عقود القانون الضيق، ويفسر البعض هذا الشذوذ أحياناً بأن تسليم الشيء في عقد القرض له قيمة الشكل المدني، وفي هذا المعنى ألكسندرسكو "Alexandresco" في رسالته «الوعد غير المسبب» باريس ١٩١٢ ص ٧ مشار إليها برسالة الدكتور/ محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري والمقارن، ص ٤٧، دكتور/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٦، ص ٤٥٠، وفي نفس المعنى:

Ihering: Esprit du droit romain, t. 3, p. 139.

Girard: Manuel de droit romain, 8éd 1929, p. 498.

فلا سبيل إلى تغيير طاقة اللفظ المختار اختياراً جيداً بطريقة الفن أو التفسير، إذ نتيجة التفسير معروفة مقدماً على وجه التأكيد.^(٢٩)

وهذه الحرفية في تفسير تصرفات القانون الضيق، وشأنها كما رأينا استبعاد الإرادة والتعلق بالشكل، هي ما نعتقد أنها من نتائج تجريد التصرفات في القانون الروماني من الإرادة. والشكلية هي التي حتمت على الفقهاء تفسير القواعد القانونية والتصرفات القانونية تفسيراً حرفياً^(٣٠)، وكذلك فإن القاضي يلتزم بتفسير العقد تفسيراً حرفياً، ولذلك تسمى العقود الشكلية بأنها من عقود القانون الضيق، حيث يلتزم القاضي بالوقوف عند حرفية الاتفاق ولا يتجاوزها إلى محاولة الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ولا تفسيرها في ضوء العرف الجاري، فالالتزام ينشأ بمجرد استيفاء الشكل ولو كانت الإرادة معيبة أو منعقدة، وذلك لأن الشكل كان يغطي كل الدفوع المستمدة من أسباب اختلاف الشكل عن الإرادة كالصورية والغلط والتدليس والإكراه... إلخ^(٣١)، وإذا لم يرد في الاتفاق تحديد موعد للتنفيذ لا يستطيع القاضي تحديد موعد مناسب للتنفيذ.^(٣٢)

المطلب الثاني

تطور دور الإرادة العقدية والتخفيف من حدة شكلية العقود

إن قاعدة عدم كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء الالتزام وما يترتب عليها من عجز الإرادة عن تحديد شروط وأثار التصرف المتصرف القانوني تصطدم بقاعدة أخرى مؤداها "أن العهد كان مسئولاً" التي أعلن عنها البريتور في منشوره بقوله: "سأعمل على حماة الاتفاقات". pacta convent servabo (موسوعة: ٢، ١٤، ٧، ٧)^(٣٣) والتي تعتبر تطوراً محدثاً في مفهوم الإرادة العقدية.

ومن ناحية أخرى فإن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت باتساع أرجاء الدولة الرومانية على أثر الفتح والغزو، فكان أن كثرت التبادل واتسعت التجارة، والتجارة تستدعي السرعة وإمكان التعامل بين الحاضرين

(29) Ihering: Esprite du droit romain, t. 3, p. 147.

(٣٠) د/ صوفي أبو طالب، الوجيز القانون الروماني، ج ١، ص ٧٤.

(٣١) يتلاحظ أن التصرف في القانون الروماني لا يقع إلا إذا كان قد استوفى شرائط قيامه في نظر القانون وهي الشكل والأهلية، فإذا تخلف أحد الشرطين كلياً أو جزئياً وقت إبرام التصرف يكون التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، أي يعتبر كأنه لم يوجد أصلاً، انظر في ذلك كولينييه "Collinet" مذكرات غير مطبوعة في القانون الروماني، باريس ١٩٣٦، ١٩٣٧، ص ٥٨ وما بعدها، مشار إليه برسالة د/ محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، هامش ص ٤٨.

(٣٢) د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٦، ص ٤٤٩.

(٣٣) د/ صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٣، ص ١٤.

والغائبين. واقترن ذلك بتقديم في التفكير القانوني. مما أدى إلى التمييز بين الشكل في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني، كذلك روى أنه ليس من العدالة أن يترك أحد الطرفين لغش الطرف الآخر أو إكراهه على التعاقد. لذلك أنشئت منذ أواخر الجمهورية طرق للعقاب على الغش والإكراه في العقود. وظهرت بجانب العقود الرسمية العقود العينية والرضائية والعقود غير المسماة. وانتصر مبدأ سلطان الإرادة انتصاراً كاملاً في العقود الرضائية، وانتصر بعد ذلك في عقود أخرى عرفت بالاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية، إلى أن وصل الأمر إلى سلم الرومان تدريجياً بفكرة النيابة، وعلى الخصوص بفضل تدخل البريتور بإمكان النيابة في بعض الأحوال خروجاً على مبدأ عدم جواز النيابة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تبنى البريتور لقاعدة (إن العهد كان مسؤلاً)

ومن هنا يظهر الفارق الجوهرى بين القانون الروماني والشرائع الحديثة، فهذه لا تفرق بين العقد باعتباره مصدراً للالتزام والاتفاق فهما تعبيران مترادفان لمعنى واحد هو توافق إرادتين بقدر إحداث أثر قانوني. أما القانون الروماني، طبقاً للرأي السائد، فيفرق بين العقد *contractus* من ناحية والاتفاق من ناحية أخرى (ويُعبّر عن الاتفاق بلفظ *pactum* آه بلفظ *convention* بالنظر إلى الشكلية التي سادت فيه طيلة عصور تطوره.^(٣٤))

فالاتفاق لا يرقى إلى مرتبة العقد، ومن ثم لا يتولد عنه التزام، إلا إذا أفرغ في القالب الشكلي العام الذي يخلع صفة الإلزام على سائر الاتفاقات، إلا وهو الاشتراط الشفهي. والالتزام هنا لا يتولد عن واقعة التراضي ذاتها بل عن التلفظ بالألفاظ التي حددها القانون، ويجوز أن يتولد عن الاتفاق التزام. بعد التطور الذي حدث القانون الروماني. إذا أمكن إدراجه تحت أحد النماذج التي اعترف بها القانون مثل العقود الكتابية، والعقود العينية، والعقود الرضائية، والاتفاقات البريتورية، والاتفاقات الشرعية، والعقود غير المسماة. فإن استحالة إدراج الاتفاق تحت أحد هذه النماذج ولم يقم المتعاقدان بإفراغه في صورة الاشتراط بقى الأثر في نظر القانون، اللهم إلا ذلك الأثر المحدود وهو أن البريتور يمنح دفعاً *exception* لحمايته في بعض الحالات^(٣٥). ويرى جانب من الفقه أن تطور ظروف المجتمع الروماني بعد الحروب البونية أدى إلى تبني البريتور لمبدأ سلطان الإرادة بإستحداثه قاعدة "أمطععه دُم لَع لَإ" ولكن طبيعة النظام القانوني الروماني التي لا تجعل من البريتور مشرعاً ولا قاضياً وتقتصر وظيفته على تطبيق القانون المدني اضطرتته إلى التحايل على

(٣٤) د/ صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، ص ١٣.

(٣٥) د/ صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، ص ١٣.

نظم القانون المدني بحيث يحترمها في الظاهر ويستحدث من الوسائل العملية ما يكفل تحقيق العدالة وتطوير النظم القانونية بما يجعلها متلائمة مع ظروف المجتمع الجديد ولو أدى به الأمر إلى عدم تطبيق قواعد القانون المدني. وقد أدى هذا الوضع إلى ازدواج النظم القانونية الرومانية بحيث نجد بجانب النظم المقررة في القانون المدني نظماً أخرى تقررت في القانون البريتوري، وهذا الازدواج لم يندثر إلا باندماج القانون البريتوري في القانون المدني في عصر جستينيان، وقد ظهر أثر هذا الازدواج في نطاق سلطان الإرادة فالقانون المدني لا يعترف للإرادة بسلطان ويجعل من الشكلية أصلاً عاماً ويعتبر الاشتراط الشفهي هو القالب العام الذي تفرغ فيه سائر أنواع الاتفاقات حتى تكتسب الحماية القانونية، أما البريتور فقد ابتدع أصلاً جديداً آخر هو الرضائية حينما جعل من الاتفاق المجرد من الشكل جديراً بحماية القانون. وقد ظل النظامان — الشكلية والرضائية — يعملان جنباً إلى جنب كفرسي رهان خلال العصور المختلفة للقانون الروماني، وكانت الغلبة دائماً للرضائية وانتهى الأمر إلى تراجع الشكلية وانتصار الرضائية منذ عصر الإمبراطورية السفلى حينما اندمج القانونان البريتوري والمدني في نظام موحد. فالشكلية كانت أصلاً عاماً في القانون الروماني قررها وحماها القانون المدني أما الرضائية فلم تكن استثناء، كما يذهب الرأي السائد، بل كانت أصلاً عاماً أيضاً قررها وحماها القانون البريتوري. وكما أن الاشتراط الشفهي يصلح لإنشاء سائر أنواع الالتزامات أو لتجديدها أو لانتقالها أو لانقضائها أو لكفالتها فقد البريتور اعترف للاتفاق المجرد من الشكل بقدرته على القيام بنفس الوظائف التي يؤديها الاشتراط^(٣٦).

وقد حاول شراح القانون الروماني إزالة التعارض بين هاتين القاعدتين بمحاولة التوفيق بينهما، ولكن كل المحاولات، فيما اعلم — كانت تنتهي إلى تغليب قاعدة "الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام" واعتبارها أصلاً عاماً وحصر دائرة تطبيق قاعدة "أن العهد كان مسؤولاً" في مجال الاتفاق على انقضاء الالتزام، وهو ما يعرف باسم الاتفاق على الإبراء من الالتزام *pactum de non petendo* والاتفاقات الشبيهة به، واعتبار الدفع بالاتفاق *exception pacti conventi* هو الوسيلة الوحيدة لحماية مثل هذا الاتفاق، ويلحق بالاتفاق على الإبراء في هذا المجال الاتفاقات التي تقترن عقد من العقود وهي ما تعرف لدى الشراح باسم الاتفاقات المقترنة *pacta adjecta*. ومعنى ذلك أن قاعدة "أن العهد كان مسؤولاً" التي وردت في منشور البريتور لا تعدو أن تكون مجرد استثناء من الأصل العام الذي يجعل من الاتفاق المجرد عديم الأثر. وهذا التفسير الضيق يجعل هذه القاعدة البريتورية عديمة الأثر من الناحية العملية بالرغم من أن صياغتها توحي بأنها قاعدة عامة التطبيق، ومن ناحية أخرى فإن هذا التفسير الضيق يتعارض مع عدة نصوص تعرف الاتفاق *pactum* (موسوعة: ٢، ١٤، ١، ٢) بأنه "توافق إرادتين أو أكثر في موضوع معين"، وهذا التفسير الضيق الذي

(٣٦) د/ صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٥، ص ١٦.

يحصر حماية الاتفاق في الدفع الذي يمنحه البريتور يتعارض مع كثير من النصوص التي تقرر منح دعاوي *actiones* لحماية كثير من التصرفات التي تتم بمجرد التراضي، ومعنى ذلك أن هذه التصرفات يتولد عنها الالتزام لأن الدعوي والحق كان يختلطان ببعضهما في القانون الروماني^(٣٧).

وقد قام الأستاذ ماجدلان *magdelain* بمحاولة جديدة للتوفيق بين قاعدة "الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام" والقاعدة البريتورية التي تقضي بأن "العهد كان مسئولا" وخالصة رأيه أن دعاوي حسن النية كانت في أصلها دعاوي بريتورية وأن القاعدة التي وردت في منشور البريتور كانت في الأصل تحمي الاتفاقات التي تحميها دعاوي حسن النية، والتي أصبحت تعرف في القانون الروماني باسم العقود الرضائية، وكذلك العقود العينية - والقرض لا يدخل فيها بطبيعة الحال لأنه ليس من عقود حسن النية وليس ذا أصل بريتوري-، وأن البريتور افرد حماية خاصة للاتفاقات التي عرفت باسم الاتفاقات البريتورية لأنها تقرر أحكاما خاصة تشدد مسؤولية المدين فيها، ولكن هذا التفسير، بدوره، بالرغم من انه قضي على كثير من صور التناقض بين القاعدتين الا انه لم يقضي عليها جميعا، ذلك أن الاتفاقات التي أصبحت تعرف باسم العقود غير المسماة لا تشملها، في نظره، القاعدة الواردة في منشور البريتور، ولأنه أنكر على الاتفاقات البريتورية وصف اتفاق *pactum* ومن ثم مازالت حمايتها قائمة على أساس أنها استثناء من الأصل العام ولذلك لا تشملها القاعدة البريتورية التي تقضي بأن الاتفاق المجرد لا تنشأ عن دعوي^(٣٨).

و بعد زوال الدولة الرومانية واصل مبدأ رضائية العقود سيره، ووجود العصور الوسطى اكبر العون من الكنيسة، التي ما فتئت تنادي بضرورة احترام العقود والمواثيق. على أن هذا المبدأ وصل إلى ذروة مجده في القرون الثلاثة الأخيرة، أي ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى تفشي المذهب الفردي خلالها. فهذا المذهب يقوم على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساس. وهو أن يجل الفرد، فانه يبجل فيه بالضرورة كل مقوماته ومظاهر حياته فهو يبجل فيه حياته وحرية وحقوقه وتفكيره وإرادته. ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة. فمادام الإنسان حرا في نفسه وغى تفكيره، فأن هذا المنطق يؤدي به إلى أن يكون حرا في إرادته، بمعنى أن يكون لتلك الإرادة بذاتها أن تقرر، بالنسبة إلى صاحبها، الأثر القانوني الذي تراه. وقد ابرز هذه الفكرة *DOMAT*، وهو من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم، بقوله "إذا تمت الاتفاقات، فكل ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها". ولم ير واضعو مجموعة نابليون في فرنسا، لتسجيل مبدأ سلطان الإرادة، أفضل من تبني عبارة *DOMAT* السابقة

(٣٧) د/ صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٤.

(٣٨) د/ صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٥.

فمضمونها المادة ١١٣٤، التي جاءت تقول "الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها". (٣٩)

الفرع الثاني

ظهور العقود الغير الرسمية (٤٠)

نتيجة لما سبق ونتيجة لمبدأ سلطان الإرادة ظهرت عدد من العقود والتي من بينها عقد القرض وعقود حسن النية العينية والرضائية، والاتفاقات البريتورية، العقود اللارسمية أو الغير المعينة، الإتفاقات الإمبراطورية أو الشرعية وذلك على النحو التالي:

ألجي - عي طقف ص (آك عي ع و)

ففي القرن الروماني السادس تحت تأثير التقدم الاقتصادي نشأ أول عقد غير رسمي تابع لقانون الشعوب، هذا العقد هو عقد القرض أو عارية الاستهلاك، وهو تسليم نقود أو مثليات لاستهلاكها مع رد قيمتها أو مثلها. وقد كان المقترض في القديم غير ملزم بالرد إلا إذا تعهد بإحدى العقود الرسمية المتقدمة ثم اعتبر أن مجرد تسليم العين أو النقود أو المثليات يجعله ملزماً بالرد إلى المقترض فالالتزام إنما ينشأ من تسليم العين لا من الاتفاق ذاته ولذا سمي هذا العقد بالعقد العيني، وعقد القرض هذا كالعقد الشفوي وكالعقد الكتابي ينشأ عنه التزام معين القيمة على جانب واحد هو المقترض وحده، وهو من عقود القانون الضيق.

تتموي - عي خ ح طك بطع بطف صق ب:

وفي نهاية القرن السادس أو القرن السابع لروما - حوالي ١٥٠ سنة قبل الميلاد- تحت تأثير نفس العوامل الاقتصادية، وتحت تأثير مبادئ الفلسفة اليونانية نشأت عقود جديدة مبنية على حسن النية في التعامل، هذه العقود نوعان: (ك طق لآك) منها عقود عينية أي تتعقد بتسليم العين موضوع العقد، وتشمل عقود الثقة أو الائتمان وعقد عارية الاستعمال، وعقد الوديعة، وعقد الرهن الحيازي، و(ك طق ئمى) عقود يطلق عليها الآن العقود الرضائية لأنها تتعقد بمجرد التراضي وهي أربعة: عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد الشراكة، وعقد الوكالة وتسمى أيضاً عقود قانون الشعوب.

(٣٩) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع السابق، ص ٤٤، ص ٤٥.

(٤٠) أنظر في تفصيل في ظهور العقود الغير رسمية د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٥٦ وما بعدها، وأنظر د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٣١ وما بعدها.

وتتميز العقود العينية، عدا عقد القرض، والعقود الرضائية عن العقود الرسمية بأنها عقود تبادلية بمعنى أنها ملزمة للطرفين. فكل منهما دائن ومدين، بينما العقود الرسمية فردية بمعنى أنه لا ينشأ عنها سوى التزامات على طرف واحد، وتختلف كذلك عن العقود الرسمية في أنها من عقود حسن النية أي أن للقاضي عند الفصل فيها حرية التقدير، فهو يفسر التزاماتها بما يقتضيه حسن النية والشرف في المعاملات، وبحقيقة ما يقصده الطرفان من التعاقد بدلا من أن يكون مقيدا بالكلمات أو العبارات التي قيلت أو كتبت في العقد كما هو الحال في العقود الرسمية التي يطلق عليها اسم عقود القانون الضيق أو العقود الحرفية التنفيذية.

ثُلثِيٌّ لِيْلِقْفَنَدُ هَلِكُ ذ ب:

وفى نفس الوقت الذي قرر فيه القانون المدني عقوداً مبناها حسن النية تتعقد بمجرد التراضي، عمل البريتور من جانبه على تعديل المبدأ القديم القائل بأنه لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي التزام. فمن جهة كان يشل بطريق الدفع الدعوى التي يرفعها المدعى خروجاً على الاتفاق المجرد. ومن جهة أخرى كان يمنح من جانبه دعاوى بريتورية للمطالبة بتنفيذ بعض الاتفاقات المنشئة لالتزامات من طرف واحد، ويقال لها الاتفاقات البريتورية وهي اتفاق القسم واتفاق تأجيل الدين والاتفاق على دفع دين الغير^(٣٠).

عَنْ هَيْئِ طَلَبِي خَطِكِ لِذَرِ بَ آ طَلَعِ لِي ب:

كذلك أقر القانون في عهد الإمبراطورية بعض إتفاقات لا تدخل تحت أي نوع من الاتفاقات التبادلية السابق ذكرها والتي لها اسم معلوم، ولذلك سميت بالعقود غير المسماة. وهى عبارة عن الاتفاقات التي لا تصبح ملزمة إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه مثل عقد البذل، فكأن تنفيذ أحد الطرفين لا مجرد الاتفاق هو الذي يجعلها ملزمة، أي هو الذي يلزم الطرف الآخر^(٣١) كما اتجه جانبا من الفقه إلى تحديد صور أربع بحسب ما إذا كان الاتفاق بإعطاء شيء مقابل شيء كما في المقايضة - وهى مرادفة لعقد البذل -، أو إعطاء

(٤١) وبمقتضاه يتفق الخصمان في الدعوى طلباً لحسم النزاع على أن يقسم أحدهما على صحة دعواه فإذا نكل عن اليمين من تعهد بأدائها، أعتبر في حكم المقر بدفاع خصمه، إنما له أن يرد اليمين على خصمه الذي طلبها وفى هذه الحالة يجب على الأخير أن يؤدي اليمين وإلا قضى عليه، وما زالت هذه اليمين مقررة في الحديثة بأسم اليمين الحاسمة بإعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات (راجع المجموعة المدينة المصرية المادة ٤١٠ وما بعدها).

(٤٢) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٣٣ البند رقم ٦٠٩.

شئ مقابل القيام بعمل كما في الهبة بشرط، أو بأداء عمل مقابل شئ كما في عقد التقدير^(٣٢)، أو أداء عمل مقابل عمل كما في عقد الصلح.^(٣٣)

خُد لي شئ لأفقد شئ لآلئ ذب آطك ب:

وأخيراً في العصر البيزنطي عمل الأباطرة من جانبهم، وتحت تأثير التعاليم اليونانية على هدم القاعدة القديمة، فأيدوا بقوانين. منهم - وهي المصدر الأول للتشريع في هذا العصر - بعض الاتفاقات الغير الرسمية التي عرفت بالاتفاقات الشرعية وهي الهبة واتفاق المهر واتفاق التحكيم إذا كان مؤيداً باليمين أو الكتابة. وفيما عدا ما تقدم، أي في غير العقود الرضائية والاتفاقات البريتورية أو الشرعية بقيت القاعدة الأصلية القديمة، وهي أن الدعوى لا تنشأ من مجرد الاتفاق، معمولاً بها حتى في عهد جوستنيان. حيث بقي الاتفاق المجرد غير ملزم في بعض حالات إلا إذا أفرغ في صورة عقد شكلي أي في اشتراط stipulatio. ومن هذه الحالات الاتفاق على الفوائد، والوعد بالبيع، والوعد بالقرض أو ما نسميه أيضاً فتح الاعتماد، والاتفاقات التبادلية التي تصبح بتنفيذ أحد الطرفين من العقود اللاسمية وذلك قبل التنفيذ من أحد الطرفين مثل الاتفاق على البدل، فهو غير ملزم بنفسه لأى من الطرفين إذا لم يتم أحدهما بتسليم ما التزم بنقل ملكيته إلى الآخر، والاتفاق على التحكيم إذا لم يؤيد باليمين أو الكتابة.

الفرع الثالث

النيابة في التعاقد^(٤٥)

تسلم التشريعات الحديثة بمبدأ النيابة في التصرفات القانونية، بمعنى أن الشخص يصح أن ينيب عنه غيره في مباشرة التصرف، فإذا أجرى النائب التصرف انصرفت آثاره جميعاً إلى الأصل مباشرة، ولم يلتزم النائب بأي التزام من التصرف الذي أجراه، فكأن التصرف قد أجرى في الواقع بواسطة الأصل نفسه، وتنشأ العلاقة مباشرة بينه وبين من تعامل معه النائب.

^(٣٢) عقد التقدير estimatoria هو إتفاق تاجر بالجملة مع شخص آخر على تقدير ثمن معين لبضائعه على أن يبيعها الأخير بالقطاعى على أساس الثمن المتفق عليه وعلى أن يرد إليه البضائع التي لم يتمكن من بيعها، وله ما زاد عن الثمن إذا باعها بثمن أعلى من الثمن المقدر .

^(٣٣) د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٥٨ وما بعدها.

^(٤٥) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٦٠ وما بعدها.

هذا المبدأ الذي أصبح مسلماً في الشرائع الحديثة لم يسلم به القانون الروماني حتى في عهد جوستينيان، فلم يكن من الجائز أن يبرم شخص عقداً لينتج آثاره في ذمة الغير، فإذا عهد شخص إلى آخر بالقيام بعقد معين وقام به انصرفت آثار هذا العقد إلى هذا الأخير، فهو الذي يلزم أمام المتعاقد الآخر وهو الذي يلتزم بآثار العقد، وبعدئذ يجب على النائب أن ينقل إلى الأصل ما اكتسبه من حقوق وما التزم به من ديون من العقد.

وفي المجال العقدي فيرجع السبب في عدم قبول الرومان لمبدأ النيابة إلى رسمية العقود، وبيان ذلك أن الإجراءات الرسمية الشكلية التي تتم بها التصرفات القانونية تنتج آثارها. في شخص من باشرها لا في سواه. ومن جهة أخرى كان الالتزام يتميز بأنه علاقة شخصية فلا يجوز أن يوجد إلا بين الأشخاص الذين عملوا على إنشائه.

ولا شك أن لعدم التسليم بالنيابة بعض المزايا، وعلى الخصوص إذا راعينا الظروف الاجتماعية والاقتصادية لروما القديمة. فالمتعاقد لا يعرف سوى من يتعاقد معه. وهو الذي يضع فيه ثقته، وتكليفه بالتحري عن يسار الأصل قد يكون من الأمور العسيرة. ومن جهة أخرى فإن المتعاقد لا يلزم بالتحري عما إذا كان النائب يعمل في حدود وكالته أم لا. ولعل هذه المزايا هي التي حدت بالمشرعين المصري والفرنسي إلى إبقاء مبدأ عدم النيابة في القانون التجاري بالنسبة للوكيل بالعمولة.

ولكن لعدم قبول مبدأ النيابة مساوي كثيرة من ناحية أخرى، فهو يؤدي إلى التعقيد، إذ أنه كان يستوجب عملية خاصة لنقل ما كسبه النائب وما تحمل به إلى الأصل. وهو فضلا عن ذلك قد يعرض الأصل للخطر إفسار النائب، فقد يكون هذا الأخير معسراً فلا يستطيع أن ينقل إلى الأصل ما اكتسب من حقوق لصالحه. ولهذا سلم الرومان تدريجياً، وعلى الخصوص بفضل تدخل البريتور بإمكان النيابة في بعض الأحوال خروجاً على مبدأ عدم جواز النيابة والتي تمثل في حد ذاتها إنتصاراً لمبدأ سلطان الإرادة والنظر إلى إرادة الأصل باعتبارها إرادة معتبرة لها وجود قانوني حتى وإن لم يكن حاضراً وقت القيام بالتصرف القانوني، حيث كانت النيابة التي أجازوها في هذه الأحوال نيابة ناقصة في الغالب، أي نيابة تبنى علاقة مباشرة بين الأصل وبين الغير، ولكنها في الوقت نفسه لا تعفي النائب من المسؤولية أمام الغير الذي تعاقد معه، أما النيابة الكاملة، أي التي يترتب عليها نشوء علاقة مباشرة بين الأصل وبين الغير وخروج النائب نهائياً، فلم يجزها الرومان إلا استثناء في حالات قليلة وذلك على النحو التالي: (٣٥)

(٤٦) أنظر في أحوال النيابة د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٦٢ وما بعدها.

آلجـك د بطك دلكب:

ومعناها أن إرادة النائب تنوب عن إرادة الأصل في مباشرة التصرف وكأنما الأصل هو من يباشر التصرف بنفسه بإرادته المنفردة مما يترتب عليها نشوء علاقة مباشرة بين الأصل والغير، دون أن يستطيع الغير الرجوع على النائب الذي تعاقد معه، وهذه النيابة الكاملة لا نجدها في القانون الروماني إلا في حالات استثنائية:

كك لك بئ لآلهو - مئ د ل كى مئف ي لآ ك ب لآه شئد؟ طفق دلب):

يلتزم النائب بإدارة أموال المشمول بالوصاية أو القوامة، فهو وحده المسئول أمام الغير عن كل التصرفات التي يجريها الحساب ناقص الأهلية ولكن عند انتهاء الوصاية وبعد تقديم الحساب تنتقل آثار التصرفات التي أجزاها الوصي لزمة ناقص الأهلية، سواء أكانت هذه التصرفات منشئة الحقوق أم التزامات. ومع ذلك يستطيع الصبي بعد بلوغه الرجوع على الغير الذين تعاقدوا مع وصيه بدعاوى أعطها البريتور بطريق التوسع، فإذا طالب الوصي السابق الغير استطاع هذا الأخير أن يصد دعواه بدفع، وكذلك يستطيع الغير ممن تعامل مع الوصي السابق الرجوع على القاصر بعد بلوغه مباشرة، فإذا رجع على الوصي استطاع هذا الأخير أن يرد على دعواه بدفع يؤدي إلى عدم قبولها، فيبدو في هذه الحالة أن البريتور أجاز - بعد انتهاء الوصاية - النيابة المباشرة الكاملة.

طك ثم ب: في عقد القرض العيني وذلك من ناحية المقرض والمقرض. فإذا اقترض شخص نيابة عن الغير استطاع المقرض الرجوع مباشرة على الأصل دون النائب، وكذلك إذا أقرض النائب الغير استطاع الأصل الرجوع على المقرض مباشرة.

طك ك ب: وكذلك أعطيت للأصل دعوى بريتورية مباشرة ضد الغير إذا فلس النائب الذي أقامه لإدارة مشروع تجارى أو تجارة بحرية، وذلك حتى لا تدخل الحقوق التي يكتسبها لصالح الأصل في ذمته ويقسمها دائنوه، وإنما يختص بها الأصل وحده مباشرة في هذه الحالة.

طك ع ب: وأخيراً، منذ القانون القديم، كان رب الأسرة يستطيع اكتساب الحقوق بواسطة تابعيه من أرقاء وأبناء فيصبح هو دائناً للغير، وذلك لأن هؤلاء ليست لهم ذمة مستقلة عن رب الأسرة. ولكنه من جهة أخرى لا يمكن أن يلزم بعقودهم.

تتمويـك د بطك نف بـك ك بطك ع بككئ):

لقد سبق لنا القول بأن الرومان سلموا تدريجياً، وعلى الخصوص بفضل تدخل البريتور بإمكان النيابة في بعض الأحوال خروجاً على مبدأ عدم جواز النيابة والتي تمثل في حد ذاتها إنتصاراً لمبدأ سلطان الإرادة

والنظر إلى إرادة الأصيل بإعتبارها إرادة معتبرة لها وجود قانوني حتى وإن لم يكن حاضراً وقت القيام بالتصرف القانوني، حيث كانت النيابة التي أجازوها في هذه الأحوال نيابة ناقصة في الغالب، أي نيابة تبنى علاقة مباشرة بين الأصيل وبين الغير، ولكنها في الوقت نفسه لا تعفي النائب من المسؤولية أمام الغير الذي تعاقد معه وذلك وجدت نيابة ناقصة في جميع الأحوال التي يظل فيها النائب ملتزماً بآثار العقد وذلك بنشوء علاقة قانونية بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب، فيكون النائب والأصيل كلاهما ملزمين أمام الغير. ولقد وجدت النيابة الناقصة بواسطة البريتور في الحالات التي أصبح يلزم فيها رب الأسرة بعقود تابعيه وأرقائه، ثم توسع البريتور وقاس على هذه الحالات أحوالاً يكون فيها النائب شخصاً غير تابع للأصيل وذلك على النحو التالي:

• على ذى لأزب لىق خطك ى قى طءءعك ن ءن:

كان المبدأ القديم يقضى بأن كل ما يكسبه الابن أو العبد يؤول مباشرة لرب الأسرة، وبمعنى آخر يستطيع رب الأسرة أن يصبح دائماً للغير عن طريق التابعين لسلطته، ولكن دون أن يلزم بالديون التي عقدها هؤلاء.

ولا شك أن الغير كانوا يحجمون عن التعاقد مع هؤلاء، إذ معظم العقود الدائرة هي عقود ملزمة للطرفين، ولا يقبل الغير أن يصبح رب الأسرة دائماً دون أن يلتزم بآثار العقد من جهة أخرى، وقد أدى اتساع التجارة وكثرة المعاملات التجارية إلى تدخل البريتور بوسائل من شأنها إلزام رب الأسرة بالعقود التي يعقدها تابعوه لحسابه فأوجد طائفة من الدعاوى يمكن للغير بواسطتها الرجوع على رب الأسرة على أساس العقد الذي باشره الابن أو العبد. وتتضمن صيغة هذه الدعاوى بيان اهم التابع الذي باشر العقد وصفته، وفي الجزء من الصيغة الذي يبين فيه البريتور للقاضي ما يحكم به يكلفه بالحكم على رب الأسرة إذا ثبت له صحة ادعاء المدعى. وليست هذه الدعاوى إلا الدعاوى العادية الناشئة عن العقود مع التعديل السابق الذي يسمح بتوجيه الحكم فيها إلى رب الأسرة.

وتختلف مسؤولية رب الأسرة باختلاف الأحوال. فهو في بعض الأحوال يلتزم بكل ما التزم به التابع بالغاً ما بلغ. وذلك إذا كلفه بتصرف معين كبيع أو شراء، أو إذا كلفه بإدارة تجارة برية أو بتصرف معين أو بإدارة تجارية بحرية

ويسأل رب الأسرة في بعض الأحوال الأخرى في حدود معينة: في حدود الحوزة التي سلمها للابن أو العبد أو في حدود الإثراء الذي. عاد عليه من عمل قام به التابع في غير حدود التكليف في هذه الأحوال السابقة كلها نستطيع أن نقول أن هناك نيابة في الالتزام بمعنى أن التابعين يلزمون رب الأسرة بعقود

يعقدونها، ولكنها ليست نيابة تامة بل نيابة ناقصة. فالتابعون يظلون ملزمين بالعقد، وهم يسألون مدنياً إذا كانوا أبناء، وطبيعياً إذا كانوا أرقاء. فكأن تقرير مسئولية رب الأسرة لم يعف هؤلاء من المسئولية أمام الغير.

• تطبيق خلكى فى مدغ طك دُع :

أجاز البريتور النيابة الناقصة في بعض الحالات التي يكون فيها النائب شخصاً مستقلاً بحقوقه أو تابعاً لغير الأصل، وذلك بالقياس على نيابة التابعين لغيرهم عن رب الأسرة، وأول ما أجاز البريتور النيابة كان بالنسبة للوكلاء التجاريين. فقد منح عن طريق التوسع من تعامل مع الوكيل التجاري دعوى التجارة البرية ودعوى التجارة البحرية ليرجع بها على رب العمل، وإلى جانب هذه الدعوى المعطاة ضد رب العمل يحتفظ الغير بدعواه الناشئة من العقد ضد النائب، فله الخيار بين الدعوى المدنية ضد الوكيل وبين الدعوى البريتورية ضد الأصل.

أما بالنسبة للوكالة المدنية (أي الخاصة بأعمال غير تجارية) فقد انتهى القانون الروماني إلى تقرير النيابة الناقصة فيها هي الأخرى، وذلك بفضل الفقيه بابليان في القرن الثالث الميلادي، فأعطى الغير في هذه الحالة دعوى على غرار دعوى التجارة البرية والنيابة في هذه الحالة هي نيابة ناقصة أيضاً، للغير فيها حق الرجوع على النائب أو على الأصل.

وقد وجدت في قانون جوستينيان دعوى أخرى هي دعوى الإثراء لتكمل الدعوى السابقة. وأساسها التزام رب العمل بتعويض الغير عن الإثراء الذي أصابه من فعل قام به للغير.. وتستعمل هذه الدعوى على وجه الخصوص في حالة قيام فضولي بعمل أصاب رب العمل منه فائدة، فيلزم بتعويض من تعامل معه الفضولي عن هذا الإثراء ولو لم يقر رب العمل ما التزم به الفضولي. وكذلك تعطى هذه الدعوى للغير ضد الموكل في حالة تجاوز حدود الوكالة.

• حى لآشد غى طك جظ عوطكغ :

ولنا أن نتساءل الآن عما إذا كان للأصيل، وقد أصبح للغير الرجوع عليه وعلى النائب في الأحوال السابقة، أن يرجع هو أيضاً على هذا الغير مباشرة. والرأي الغالب في العصر العلمي أن الأصل لا يكون له رجوع على من تعاقد مع النائب بل يكون هذا الرجوع حقاً للنائب وحده. والسبب في ذلك أن النائب يظل مسئولاً كما قدمنا عن الالتزامات التي تعهد بها للغير، وأن تقرير مسئولية الأصل لم يعف النائب من هذه المسئولية. ولذلك كان للنائب وحده حق الرجوع على الغير، ويحتفظ بالحق الناشئ لصالحه ضد الغير ما دام أن هذا الغير يستطيع الرجوع عليه ففي احتفاظه بهذا الحق ضمان له.

ولذلك إذ لم تبق للنائب مصلحة في الاحتفاظ بالدعوى ضد الغير، انتقلت هذه الدعوى إلى الأصل. ويكون ذلك في حالة ما إذا لم يعد النائب معرضاً لرجوع الغير عليه. فمثلاً إذا وكل شخص غيره في الشراء، واشترى النائب ودفع الثمن كان للأصيل حق مطالبة البائع بتسليم المبيع، لأن الثمن الذي التزم به النائب قد دفع للبائع، ولم يعد هناك احتمال لرجوع هذا الأخير عليه، وقد أعطى الأصل أيضاً حق الرجوع مباشرة على من تعامل مع نائبه إذا أعسر هذا الأخير. وذلك حتى لا يقع الحق في ذمة النائب ويقتسمه دائنوه ففي هذا الرجوع المباشر ضمان الأصل، ولم يعمم حق الأصل في الرجوع على الغير إلا في قانون جوستنيان متأثراً في ذلك بما جرى عليه الحال في البلاد الشرقية.

المبحث الثاني

دور الإرادة في ترتيب الالتزام التعاقدى في

إطار القواعد العامة التي تطبق على العقود جميعاً

تقتضي دراسة هذا المبحث التطرق بالبحث والتفصيل لبيان جزئيتين هامتين الأولى وهى تحديد مجال الإرادة التي تلحق بالأركان أو العناصر الجوهرية التي يجب توافرها في كل عقد بحيث لا ينعقد بدونها، والثانية بيان مجال الإرادة التي تلحق بالعناصر العرضية التي توجد في العقد أو لا توجد والتي لا يؤثر وجودها أو عدمها على صحة العقد وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مجال الإرادة التي تلحق بالأركان أو العناصر الجوهرية

التي يجب توافرها في كل عقد

إن الشروط اللازمة لانعقاد العقد في القانون الروماني ثلاثة: الرضى، والأهلية، والموضوع، أما السبب فلا يعتبر كقاعدة عامة شرطاً لصحة العقد، ولقد سبق أن بينا مناط الأهلية وذلك عند حديثنا عن الشخصية القانونية والأهلية ما بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني الأمر الذي نرى معه تجاوز دراسة الأهلية لعدم التكرار.

الفرع الأول

مجال الإرادة التي يلحق بركن الرضى

ذكرنا فيما تقدم أن هناك جانباً من الفقه قد أضاف تقسيماً آخر بجانب التقسيمات السابقة الا وهو تقسيم العقود إلى عقود شفوية وكتابية وعينية ورضائية^(٤٧)، ولم يظهر لنا الرضاء كافياً وحده لانعقاد العقد إلا في العقود الرضائية. على أنه إذا تميزت العقود الرضائية عن العقود الأخرى من هذه الوجهة، فإنها تتحد معها من حيث اعتبار الاتفاق أو التراضي شرطاً أساسياً فيها جميعاً سواء ما كان منها ملزماً لطرف واحد أو ملزماً للطرفين، وسواء ما كان منها رسمياً أو غير رسمي، فإذا انعدم الرضاء أو الاتفاق فلا عقد.

(٤٧) أنظر: د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الإسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٠ وما بعدها.

والاتفاق يستلزم رضاء طرفي العقد، فأعلان الإرادة من طرف واحد لا ينشأ عنه كقاعدة عامة أي التزام. على أن هناك استثناءات ثلاثة نص عليها القانون الروماني، واعتبرت فيها الإرادة المنفردة ملزمة لصاحبها بمجرد إعلانها وهي (١) النذر الصادر إلى أحد الآلهة، (٢) الحبة الصادرة إلى إحدى المدن، (٣) الإعلان عن جائزة لمن يعثر على عبد هارب، فالإيجاب الصادر من أحد الطرفين في غير هذه الحالات الاستثنائية لا يلزم صاحبه، وللموجب العدول عنه حتى صدور القبول من الطرف الآخر. (٤٨)

ولا يشترط في القانون الروماني وجود العاقدین في مجلس العقد إلا في عقد الإشتراط إذ من الجائز أن يتم العقد فيما بين الغائبين بواسطة رسول أو بطريق المراسلة. (٤٩)

ويشترط في إرادة الرضا حتى تنتج أثرها أن تكون حقيقية أو جدية أي غير صادرة على سبيل الهزل وإلا كان العقد باطلاً، وألا تكون صورية، بأن يقصد به عقد آخر غير العقد الظاهر الذي اتفق عليه العاقدان، مثال ذلك الهبة المستترة في صورة عقد بيع. فالعقد لا يصح حينئذ إلا إذا توافرت جميع الشروط الخاصة بالعقد المستتر أي الهبة لأنه العقد الذي يقصده المتعاقدان حقيقة، وأخيراً ألا تكون صادرة عن غلط أو تحت تأثير الغش أو الإكراه أو مشوبة بغبن.

فالغلط والغش والإكراه في أغلب الأحيان في القانون الحاضر من العيوب المفسدة لإرادة الرضا، وهي تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً نسبياً أي بطلاناً يترك التمسك به لمن وقع رضاه معيباً له إن شاء طالب به وإن شاء تنازل عنه وأجاز العقد، أما في القانون الروماني فكانت تعتبر مانعة من الرضا وبالتالي من العقد. فهي تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً في جميع الأحوال. فالقانون الروماني لا يعرف إلا نوعاً واحداً من البطلان هو البطلان المطلق.

• ع ائ لأفخك ي تك ا طك صد:

إن عيوب الإرادة التي تلحق بركن الرضا هي الغلط، والإكراه، والغش أو التدليس، والغبن وسنوالى شرح هذه العيوب تباعاً.

(٤٨) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٣٨.

(٤٩) ومع ذلك فقد أصبح من الجائز في عصر جستنيان إتمام هذا العقد كتابة في غير مجلس العقد بين شخصين موجودين في بلد واحد.

آلجى-كسجك (٤٠):

الغلط هو الاعتقاد خطأ في وجود أمر غير موجود في الواقع فيدفع المتعاقد إلى التعاقد. والغلط الذي يعدم إرادة الرضا هو الذي يقع في أحد أمور ثلاثة:

١. إذا وقع في طبيعة العقد، كأن ينقد شخص آخر مبلغاً على سبيل القرض فيأخذه الآخر معتقداً أنه هبة، فلا ينعقد العقد لعدم توافق الطرفين على نوع العقدي، إذ لا يوجد هنا هبة ولا قرض.

٢. إذا وقع في شخص المتعاقد معه، بأن اعتقد أحد الطرفين أنه تعاقد غيره، وذلك على الأقل في العقود التي يكون شخص المتعاقد فيها محل اعتبار، كالوكالة والشركة، مع شخص معين مع أنه تعاقد مع وكذلك القرض.

٣. إذا وقع في ذاتية الشيء موضوع العقد. كما إذا اعتقد المشتري أنه يشتري منزلاً معيناً بينما البائع يتعاقد معه على منزل آخر.

أما الغلط في مادة الشيء فلا يؤثر على صحة العقد في عقود القانون الضيق ما دام أن المتعاقد لم يبين في العقد الصفة التي يتطلبها. وما دام لم يقع من المتعاقد الآخر تدليس. أما إذا كان العقد من عقود حسن النية كعقد البيع فإن في جوهر الشيء يعدم الرضا ويمنع من انعقاد العقد. والمقصود بالجواهر هنا المادة التي يتكون منها الشيء، فمثال الغلط في الجوهر أن يشتري شخص آنية على أنها من ذهب فإذا بها من نحاس أو من فضة مذهبة، أو أن يشتري زجاجات من النبيذ يظهر فما بعد أنها خل، أو يشتري رقيقاً ذكراً ثم يتضح أنه أنثى. أما الغلط في الصفات التي لا ترجع إلى جوهر الشيء فإنه لا يؤثر على صحة الرضاء، مثال ذلك شخص يشتري آنية معتقداً أنها من ذهب خالص فإذا بها من ذهب رديء.. وكذلك ألحق بالغلط في الشيء الغلط في قيمته، كغلط البائع في قيمة المبيع، أو غلط المستأجر في قدر الأجرة.

تتمويئى لأتهن (٤٠)

(٥٠) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٣٩، أنظر د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الإسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٥ وما بعدها.

(٥١) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٤٠-٥٤١، أنظر د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الإسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٧.

هو غصب الملتزم على التعاقد بالإرهاب. ولا يمنع الإرهاب من أن يكون لمن تعاقد تحت تأثيره إرادة وإن كان الإرهاب هو الموجب لها. ولذلك فلا يترتب عليه بحال من الأحوال عدم قيام العقد لعدم الرضاء. غير أنه يلاحظ أن الوسائل التي قررها البريتور للعقاب على الإكراه والتي سبق دراستها في باب الجرائم تمكن المكره في الواقع من فسخ العقد، سواء بدفع دعوى الدائن عند مطالبته بتنفيذ العقد بدفع الإكراه أو باستعمال دعوى الإكراه وهي كما رأينا دعوى تحكيمية بأربعة أمثال القيمة، وتؤدي في أغلب الأحيان إلى فسخ التصرف إذ يفضل المدعى عليه دائماً تنفيذ أمر القاضي برد ما يكون قد حصل عليه كرها حتى يتفادى بذلك الحكم عليه بأربعة أمثال الضرر، أو يطلب إعادة الشيء إلى أصله.

ولا فرق فيما تقدم بين عقود القانون الضيق وعقود حسن النية. غير أن هناك أحكام خاصة بعقود حسن النية فيجوز فيها لمن تعاقد تحت تأثير الإكراه أن يمتنع عن تنفيذها بدون حاجة إلى طلب إدماج الدفع بالإكراه في برنامج الدعوى المرفوعة عليه، إذ يعتبر هذا الدفع ضمناً دائماً في عقود حسن النية، وله أن يثير الإكراه لأول مرة أمام القاضي رغم خلو صيغة محب الدعوى من الدفع به. وذلك لأن القاضي. في دعاوى حسن النية - أن يفصل في النزاع مع مراعاة ما يقضى به حسن النية في المعاملات، ويجوز له أيضاً الطعن في العقد بسبب الإكراه بنفس الدعوى الناشئة عن العقد، وهي تفضل دعوى الإكراه في أنها غير مؤقتة فهي لا تسقط بمضي سنة كدعوى الإكراه، كما أنه يجوز رفعها ضد ورثة المكره أو من استفاد من الإكراه لأنها دعوى مدنية.

ثُلثِيٌّ-طَيْعٌ آطَعُكَ (٤١):

هو إيهام شخص بأمر غير مطابق للواقع وحمله بذلك على التعاقد، ويؤدي الغش إلى إيقاع من صدر ضده في غلط. وعلى ذلك إذا كان الغلط الذي وقع فيه مما يجيز له طلب الإبطال على أساس الغلط بأن كان راجعاً إلى طبيعة العقد أو إلى شخص المتعاقد أو إلى موضوع العقد ذاته كان العقد منعماً بسبب الغلط كما تقدم، أما إذا كان الغلط في غير ما تقدم كما إذا حصل الغش في صفات الشيء أو في قيمته فإنه لا يعدم الرضاء وبالتالي لا يمنع من انعقاد العقد، بل إنه ظل عديم الأثر على صحة العقد حتى أواخر عهد الجمهورية حيث اعتبر الغش جريمة من الجرائم البريتورية.

وقد قرر البريتور لمعالجة آثار الغش وسائل ثلاثة: دفع الغش ودعوى الغش، وإعادة الشيء إلى أصله. وتؤدي هذه الوسائل كما في حالة الإكراه إلى إبطال آثار العقد الذي تم تحت تأثير الغش.

(٥٢) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٤١-٥٤٢، أنظر د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٥ وما بعدها.

ويجب التمييز في استعمال هذه الوسائل بين عقود القانون الضيق وعقود حسن النية. ففي عقود القانون الضيق، إذا نفذ المتعاقد تعهده، استطاع أن يرفع دعوى الغش أو يطلب إعادة الشيء إلى أصله، أما إذا لم يكن قد قام بعد بالتنفيذ، فليس له إلا أن ينتظر دعوى الدائن فيطلب من البريتور إدماج الدفع بالغش في صيغة الدعوى.

أما في عقود حسن النية^(٥٣)، وهي التي تتضمن الدعوى الناشئة عنها شرطاً يوجب على القاضي البحث في التزامات الطرفين وفقاً لمقتضيات حسن النية، فإن المتعاقد الذي لم ينفذ تعهده المبني على الغش ليس مجبراً على أن يطلب من البريتور إدماج الدفع بالغش في صيغة الدعوى، إذ أن هذا الدفع موجود في صيغة الدعوى ضمناً كما تقدم. وعلى ذلك فهو يستطيع التمسك بالغش أمام القاضي رغم خلو صيغة الدعوى من الدفع بالغش.

أما إذا كان المتعاقد - في عقود حسن النية - قد قام بتنفيذ التزامه، فليس له أن يرفع دعوى الغش إذ أن هذه الدعوى، وهي تلحق الوصمة، احتياطية ولا يمكن استعمالها إلا إذا انعدمت أمام الشخص السبل الأخرى، وفي هذه الحالة التي نحن بصددنا يستطيع المتعاقد أن يرجع على خصمه بالدعوى الناشئة من العقد نفسه، إذ أن هذه العقود تفترض امتناع كل من طرفيها عن ارتكاب أي غش. فمثلاً إذا دلس البائع على المشتري، استطاع هذا الأخير أن يرجع على البائع. بدعوى الشراء ليعوضه عما أصابه من ضرر بسبب التدليس. وهذه الدعوى الأخيرة نظراً لكونها دعوى مدنية تفضل دعوى الغش (الجنائية) من عدة وجوه: فهي غير مقيدة بمدة سنة، وليست احتياطية وتنتقل كاملة ضد الورثة.

عقود الغش (٤٣):

هو عدم التناسب بين قيمة ما أعطاه أحد المتعاقدين للطرف الآخر في العقد وبين ما أخذه منه. فالغين إذن قائم على فكرة اقتصادية ولا شأن له بعيوب الرضاء، والأصل أن الغين مهما كان فاحشاً لا يؤثر على الرضاء وبالتالي على صحة العقد، فإن الرجل ذا الأهلية يتحمل نتائج تصرفه، وليس له حق الشكوى من عمل نفسه.

(٥٣) أشار بعض الفقه إلى أن هذه العقود تبادلية، فكل من العاقدين دائن ومدين للآخر، ولكل منهما بناء على ذلك دعوى قبل الآخر أنظر د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٦ وما بعدها.

(٥٤) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٤٢-٥٤٣، أنظر د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٧-٦٨.

ويستثنى من ذلك الذين ضد مصلحة القاصر عن ٢٥ سنة فقد سمح له البريتور طلب فسخ التصرف وإعادة الشيء إلى أصله إذا لحقه غبن ولو لم يكن ناشئاً عن غش الطرف الآخر. كذلك يجوز للبائع أن يطلب فسخ بيع العقار واسترداد المبيع إذا زاد الغبن عن نصف قيمة المبيع الحقيقية إلا إذا قبل المشتري تكملة الثمن إلى النصف. وكذلك في عقد الشركة، إذا ترك تحديد نصيب كل من الشركاء إلى حكم قسمها بغبن على أحدهم. وكذلك في القسمة إذا غبن أحد المتقاسمين.

الفرع الثاني (٥٥)

مجال الإرادة التي يلحق بركن الموضوع أو الحل

موضوع العقد هو ما تعهد المدين بالوفاء به إلى الدائن، ففي العقود التبادلية، حيث تتولد عنها التزامات متعددة يتعدد فيها الموضوع يتعدد هذه الالتزامات، فالكلام على موضوع العقد ينصب في الواقع على موضوع الالتزام التعاقدى، فقد يكون إعطاء شيء أو نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني كالتزام المشتري بدفع الثمن والمستأجر بدفع الأجرة، وقد يكون عملاً كموضوع التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، وقد يكون بنقل وضع اليد كالتزام البائع، وأخيراً قد يكون موضوع الالتزام امتناعاً عن عمل، وفي إطار بحث ودراسة مجال الإرادة التي تلحق بركن الموضوع أو المحل التطرق بالدراسة والعرض لبيان القيود الواردة على إرادة المتعاقدين في رحاب هذا الركن وبيان المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقد وما يتبعه من دراسة أحكام الإشتراط لمصلحة الغير في القانون الروماني وذلك على النحو التالي:

ألبي - طلق خطيئتي عوون خطي عئفي أم ذ طك صظ آطك :

ومهما تنوع موضوع الالتزام فإنه إرادة المتعاقدان تتقيد عند مباشرة التصرف العقدي ببعض الشروط والتي تعتبر صفات لازمة لصحة العقد خالفو هذه القيود هي أن يكون المحل معيناً فلا قيمة لتعهد شخص بإرادته المنفردة بأن يبيع لآخر قمحاً دون تعيين المقدار مثلاً. ويتم التعيين باتفاق الطرفين دون أن يترك لأحدهما، على أنه يصح ترك التعيين لشخص ثالث. ويعين المال القيمي بوصفه وما يحدد ذاتيته كتعيين العبد باسمه مثلاً، أما المثلى فيتحدد عادة ببيان نوعه (قمح) ومقداره (١٠ أردب) وصفه (أفريقي).

(٥٥) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٤٤ وما بعدها، أنظر أيضاً د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٦٩ وما بعدها.

نتمم هذا أن يكون المحل أمراً مشروعاً بالأب لا يكون مخالفاً للقانون أو الآداب، فالتعهد بارتكاب جريمة أو بيع حق الميراث في تركة قبل وفاة صاحبها باطلان المخالفة لموضوع الأول للقانون والثاني للآداب. إذ يتضمن التصرف الأخير الرغبة في تعجيل وفاة المورث، على أنه قد أبيض مثل هذا التعاقد في قانون جوستينيان إذا رضى به المورث.

هناك أيضاً أن يكون أمراً ممكناً مادياً وقانوناً فلا يصح التعهد بأمر مستحيل مادياً كبيع رقيق مات، أو قانوناً كبيع رجل حر أو شيء ديني. ولا يشترط أن يكون المحل موجوداً حتماً عند التعاقد، فيصبح التعاقد على شيء مستقبل، كبيع ثمار حديقة.

وغيره أيضاً أن يكون فيه مصلحة للدائن فإذا انعدمت المصلحة فلا التزام كمن يشتري ملكه. ومن هذا أيضاً أن يترك تقدير الثمن إلى المشتري في عقد البيع أو تقدير الأجرة إلى المستأجر في الإجارة لأن مثل هذا الشرط قد يؤدي إلى انعدام مصلحة البائع أو المؤجر، ويشترط في المصلحة أن تكون حقيقة ومالية أي يمكن تقويمها نقداً؛ فلا تكفي المصلحة الأدبية، كان يتعهد شخص لآخر بتحسين سلوكه. إلا أن الشراح في العصر الأخير من الإمبراطورية كانوا يميلون إلى اعتبار المصلحة الأدبية كافية للالتزام في عقود حسن النية، كما إذا وكل عبد شخصاً في أن يشتريه من ليحرره بعد ذلك، فإذا نفذ الوكيل الجزء الأول من الوكالة وهو الشراء دون الجزء الثاني وهو تحرير العبد، فقد أباح الفقهاء في العصر العلمي للسيد بالرغم من انقطاع صلته بالعبد بعد الشراء رفع دعوى الوكالة المباشرة *actio mandat directa* على المشتري ومطالبته بعقد العبد اكتفاء سيده بعاطفه المحبة أو الحنان على العبد.

وترتبط بالقاعدة المتقدمة قاعدة أخرى هي أن يكون موضوع التعهد أمراً يقوم به المدين للدائن لا لغيره، ويقوم به المدين نفسه لا لغيره؛ وذلك لأن العقد رابطة شخصية بين المتعاقدين فلا يصح أن يلحق أثره غيرهما فإذا اشترط الدائن أمراً من الأمور لمصلحة غيره أو تعهد المدين بعمل يقوم به غيره كان هذا الاشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير باطلاً، ولا يمكن أن يطالب بتنفيذه، فالقاعدة إذن أن العقد لا يمكن أن يفيد أو يلزم غير عاقديه، لذا وجب علينا التعرض بالبحث والدراسة إلى الإجابة على التساؤل التالي مدى جواز إمتداد أثر العقد إلى الغير؟؟

تنمويء طءفءه ل طءف وك أم ب آت طءفءق : (٤٥)

إذا كانت الإرادة هي قوام التصرف القانوني، فهي التي تنشئه وترتب - في حدود القانون الأثر الناتجة عنه، فإن مبدأ نسبية الإتفاقات يضحى وطيد الصلة بمبدأ سلطان الإرادة، فالفرد يتعاقد أو يبرم تصرفاً على

(٥٦) راجع د/ السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، أحكام الإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، ص ٢٨١ وما بعدها .

النحو الذي يرتضيه وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة، ولأنه وحده الذي تعاقده مهو وحده الذي يجب أن يلتزم بالأثر الملزم للعقد، وهذا هو مبدأ نسبية أثر العقد، وهكذا يلزم العقد هؤلاء الذين إرتضوا أثاره، أما الغير الذي لم يعرب عن إرادة الالتزام فلا مبرر لإلزامه بهذه الأثار. (٤٦)

إذن فبالنسبة الدقيقة هي المبدأ الرئيسى الذى يهيمن على الموقف، فلا يمكن لشخص أن يستفيد أو يضر من عقد لم تتجه إليه إرادته، فإرادة الالتزام بالأثر هي وحدها مناط إعتبار الشخص طرفاً في هذا الأثر أو اجنبياً عنه، ذلك لأن الأثر الملزم ليس في الواقع إلا المضمون الداخلى للإرادة التي أنشأت التصرف، فمن لم ترتض إرادته إنصراف الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأثر فلا يصبح بموجبه دائناً أو مديناً، وعليه يظل الأثر الملزم وليد الإرادة قاصراً على الأطراف وحدهم يؤثر على ذمهم سلباً أو إيجاباً وبموجبه يصبحون دائنين أو مدينين أو الأمرين معاً فالمفهوم الفنى لهذا المبدأ يعنى في جميع الأحوال حظر إمتداد أثر قانوني لشخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد اليه. (٤٧)

إذا كان هذا هو المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقد، فما هو الموقف في القانون الروماني؟. لما كان العقد رابطة شخصية بين المتعاقدين فلا يصح أن يلحق أثره غيرهما، فإذا إشتراط الدائن أمراً من الأمور لمصلحة غيره أو تعهد المدين بعمل يقوم به غيره كان هذا الإشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير باطلاً، ولا يمكن أن يطالب بتنفيذه، فالقاعدة إذن أن يمتد العقد لا يمكن أن يفيد أو يلزم غير عاقيه. (٤٨)

• آح لى لى لى ك ك بطئغ غى طئقئ مئك ه لئى:

الأصل أن الدائن يشترط التعهد لمصلحته، وعلى ذلك فإن إشتراطه لغيره كان التعهد باطلاً بالنسبة له لإنتقاء المصلحة، وحيث لا مصلحة فلا دعوى، كما أن الغير الذي أشرتت التعهد لمصلحته لا يمكنه مطالبة المدين بالوفاء، لأنه لم يكن طرفاً في العقد. وقد ذكرت مجموعة قوانين جستنيان (code:4,50,6) في هذا الصدد ما يأتى: "وحيث إنك لا تريد أن تملك نفسك فإنك لا تستطيع أن تمتلك غيرك" على أن للقاعدة المتقدمة

(٥٧) راجع في شأن الربط بين مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ نسبية أثر العقود د/ عبد الرازق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد، الجزء الاول، ص ٦٢٤ .

(٥٨) د/ نبيلة إسماعيل رسلان، النظرية العامة للعلاقات الثلاثية في القانون المدنى المصرى، رسالة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق بجامعة طنطا، ص ٧٦ .

Chevallier :Levolonte source d'obligation dona le projet du code civil revise,Al-qanoun Wel ،
ikticade,1942, 12, annee,p.212.et annee 13,p.39.

(٥٩) د/ السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ٢٨٢ .

إستثناءات أجاز فيها الإشتراط لصالح الغير، فأعطى في بعضها للمشتري دعوى لجبر المتعهد على التنفيذ. وفي البعض الآخر أعطى للغير أي المنتفع من الإشتراط الحق في مطالبة المتعهد بالوفاء. (٥٠)

ك بك : فيحق للمشتري مطالبة المتعهد بتنفيذ تعهده لصالح الغير، متى كان له مصلحة شخصية في ذلك كما في الأحوال الآتية:

- إذا إشتراط المشتري على المتعهد بجانب التعهد الأصلي المشروط الغير شرطاً جزائياً يقدر عادة نقداً، ويلاحظ أن الشرط الجزائي لا يصح التعهد لمصلحة الغير، وإنما يؤدي إلى تنفيذه فعلاً، إذ من مصلحة المتعهد الوفاء إلى الغير ليتفادى الحكم عليه بالشرط الجزائي وهو عادة أثقل حملاً من التعهد الأصلي، فالشرط الجزائي طريقة فعلية لإجبار المتعد على التنفيذ لصالح الغير. فإذا لم ينفذ المتعهد إسطاع المشتري الرجوع عليه بقيمة الشرط الجزائي.

- حالة ما إذا إشتراط الدائن على مدينه الوفاء إليه أو الغير، ويقال للغير هنا بالدائن الثانوي، ووظيفته قبض الدين ومطالبة المدين بالوفاء.

- وقد توسع الرومان في إشتراط هذه المصلحة الشخصية للمشتري كما في الحالات الآتية: إذا كان لناصر وصيان ثم إنقطع أحدهما عن الإدارة ولكنه إشتراط على الوصي الآخر التعهد بالمحافظة على سلامة أموال الناصر، فمثل هذا التعهد صحيح لأن للوصي المشتري - بالرغم من أن الإشتراط في مصلحة الناصر - مصلحة شخصية في تنفيذ التعهد إذ هو مسئول بطريق التضامن مع شريكه في الوصاية عن إدارة أموال الناصر. ومع ذلك أيضاً جواز إشتراط البائع على المشتري عدم إخراج المستأجر حتى لا يعود عليه هذا الأخير بدعوى إذ هو أخرج من العين. (٥٠)

ك بك فظ: الأصل أن التعهد لمصلحة الغير باطل فلا يحق للغير (المنتفع) المطالبة بتنفيذه لعدم كونه طرفاً في العقد إلا أنه وجد لهذه القاعدة إستثناءات عديدة في عهد جستنيان أجاز فيها للمنتفع مطالبة المتعهد بالوفاء، ويمكن حصرها فيما يلي:

- كافة التعهدات المضافة إلى ما بعد الموت باطلة في القانون القديم، إلا أنه أجاز منذ العصر العلمي إشتراط الدائن الوفاء له ولورثته، فلوارث ولو لم يكن طرفاً في العقد المطالبة بالوفاء بعد وفاة مورثه. وأجاز جستنيان نوعان أخران للإشتراطات المضافة إلى ما بعد الموت، وهما إشتراط الدائن حصول

(٦٠) دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، طبعة ١٩٥٦، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ص ٥٤٦.

(٦١) د/ عمر ممدوح مصطفى، الوجيز في القانون الروماني، طبعة ١٩٥٣، دار نشر الثقافة بالإسكندرية، الجزء الثاني في الالتزامات، ص ٨٧.

الوفاء في اليوم السابق على الوفاء وإشتراطة حصول الوفاء لو ارتهبعد الوفاة فللوارث مطالبة المدين في المثالين المتقدمين، ولو لم يكن طرفاً في العقد^(٥١)

- في الهبة بشرط العوض، فإذا وهب شخص إلى آخر شيئاً على أن يؤدي أمراً إلى شخص ثالث عند وفاته أو بعد زمن معلوم، فالغير وهو المنتفع الثاني أن يطلب من الموهوب إليه أو ورثته الوفاء بالتعهد المذكور ولو لم يكن طرفاً في العقد.
- إذا أودع الوديع الوديعة لدى شخص آخر على أن يسلمها للمالك عند طلبه، كان للمالك مطالبة الوديع الثاني مباشراً ولو لم يكن طرفاً في عقد الوديعة الثاني، كذلك إذا أودع المستعير الشيء المعار عند شخص ثالث على أن يرده إلى مالكه، كان لهذا الأخير مطالبة المودع لديه برد الشيء المعار ولو أنه لم يكن طرفاً في العقد.
- إشتراط المتعاقد لمصلحة الغير في عقد المهر، بأن يشترط شخص على آخر أن يعطي مهراً لشخص ثالث، فالمنتفع مطالبة المتعهد بالمهر.
- إذا باع الدائن المرتهن رهناً حيازياً العين لإستيفاء دينه منها وإشتراط على المشتري رد العين إلى الراهن فإذا رد هذا الثمن إليه، فالراهن أن يستفيد من هذا الشرط ومطالبة المشتري برد العين إليه متى رد إليه الثمن.^(٥٢)

• ىح لىطك عه ع طئعغ غى طئقئم طك هلىمى:

الأصل أن الإنسان يتعهد عن نفسه وليس له أن يتعهد عن غيره إلا برضاء ذلك الغير أي بطريق الوكالة، فإذا تعهد شخص عن غيره كان هذا التعهد باطلاً سواء كان ذلك بالنسبة للمتعهد نفسه لأنه لم يلتزم شخصياً في العقد وبالتالي لم يصبح مديناً، أما بالنسبة للغير الحاصل عنه التعهد لأنه لم يكن طرفاً في العقد، وفي هذه الحالة لا يكون للمشتري دعوى مطالبة بتنفيذ التعهد لاقبل المتعهد نفسه ولا قبل الغير.^(٥٣)

لك بك عه : يصح التعهد عن الغير إذا إلتزم المتعهد بحمل الغير الذي تعهد عنه على القيام بالالتزام، لأن المتعهد إنما يضمن في هذه الحالة قيام المتعهد من جانبه بفعل شخصي وهو الحصول على رضاء الغير بالتعهد، ويسمي هذا الاتفاق بعقد الإستيثاق Promesse de porte fort، وهو يخول للدائن دعوى

^(٦٢) إستخدمت الإشتراطات المتقدمة لتحقيق ما تحققه عقود التأمين على الحياة في الوقت الحاضر.

^(٦٣) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، طبعة ١٩٥٦، الناشر مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ص ٥٤٨.

^(٦٤) د/ عمر ممدوح مصطفى، الوجيز في القانون الروماني، طبعة ١٩٥٣، دار نشر الثقافة بالأسكندرية، الجزء الثاني في الالتزامات، ص ٨٩.

مباشرة بالتعويض قبل المتعهد في حالة عدم قيام الغير بالوفاء، ويقصد به معالجة موقف لا يمكن الحصول فيه على رضاء ذي الشأن لسبب ما. مثال ذلك شركاء على الشيوخ يتصرفون في الشئ المشترك بينهم وفيهم شريك غير حاضر وقت العقد، ولا يمكن من إنتظاره خوفاً من ضياع الصفقة فيتعهدون عنه لإتمام التصرف. كذلك يصبح المتعهد عن الغير ملزماً شخصياً إذا التزم بدفع مبلغ من النقود على سبيل الجزاء في حالة عدم قيام الغير بالوفاء، ويكون للمشرط دعوى لمطالبة المتعهد بالشروط الجزائي إذا لم يتم الغير بالوفاء بالمتعهد. (٥٤) ..

مك بكعك عك دك ع نك ع ه : وهو لا يلزم أصلاً بالمتعهد لأنه لم يكن طرفاً فيه إلا في أحوال معينة ترجع كلها إلى تعهدات يفرضها المورث على ورثته، فقد أجاز الفقهاء في العصر العلمي أن يتعهد الشخص بتنفيذ التعهد يوم وفاته لا بعد موته أو أن يتعهد عن نفسه أو عن ورثته إذا ما أراد أن يلزم ورثته بالمتعهد، ثم جاء جستينان وأجاز التعهد عن الوارث ولو بغير الشروط المتقدمة. (٥٥)

الفرع الثالث

مجال الإرادة التي يلحق بركن السبب (٦٧)

لكلمة السبب أكثر من معنى واحد، فقد تفيد الأساس أو السند القانوني الذي يستند إليه الالتزام، أو بعبارة أخرى مصدر الحق. ويقال للسبب بهذا المعنى السبب الإنشائي، أو السبب القانوني. وقد يعرف بأنه الباعث الذي حمل العاقد على التعاقد وهو يختلف باختلاف ظروف كل عقد وكل عاقد، فشخص يبيع ماله لاحتياجه إلى النقود وآخر لرغبته في استبدال غيره به وهكذا. وأخيراً فقد يعرف بأنه السبب الذي أوجب الالتزام أو الغاية القانونية المباشرة التي يقصد العاقد الوصول إليها من وراء التزامه والتي حملته على التعاقد: فشخص يتعهد شفويماً بأن يدفع لآخر مبلغاً من النقود بقصد القرض أو بقصد التبرع أو بقصد الوفاء بدين سابق ويقال للسبب بهذا المعنى السبب القصدي.

(٦٥) دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، طبعة ١٩٥٦، الناشر مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ص ٥٤٨ .

(٦٦) د/ عمر ممدوح مصطفى، الوجيز في القانون الروماني، طبعة ١٩٥٣، الناشر دار نشر الثقافة بالأسكندرية، الجزء الثاني في الالتزامات، ص ٨٩.

(٦٧) أنظر في تبيان ركن السبب د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٤٩ وما بعدها، أنظر أيضاً د/ عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الأسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٧٤ وما بعدها.

• آه بظك عمه نطك فك بغي نطك خ:

١. بظك خ مع وطق خ ذ: إن العقود الرضائية التي تتم بتوافر العناصر الثلاثة السابق الكلام عليها وهي الرضا والأهلية والمحل لا يشترط فيها علاوة على هذه الشروط أي شرط خارجي، فجرد الاتفاق هو مصدرها. بخلاف العقود الرسمية فيشترط لانعقادها عدا العناصر الثلاثة. المتقدمة، توافر سبب إنشائي تستند إليه هو المنشئ لها، وهذا السبب هو الكتابة في العقود الكتابية أو العبارات الشفوية في العقد الشفوي. وكذلك يشترط في العقود العينية والعقود اللاسمية أن يكون لها سبب وقد يكون كما رأينا تسلم شيء أو القيام بعمل، ذلك أن العقد العيني لا ينشأ إلا بتسليم عين معينة، والعقد غير المسمى لا ينشأ إلا إذا قام أحد الطرفين بالعمل الذي تعهد به فعندئذ ينشأ على الطرف الآخر التزام.

٢. السبب بمعنى الباعث: لا يؤثر الباعث على صحة العقود طبقاً للقاعدة المشهورة.

٣. السبب القسدي: والسبب بهذا المعنى، أي الغاية المباشرة التي من أجلها تعهد المدين. شرط لصحة العقود والتعهدات في القانون الفرنسي والقانون المصري (١٢٦ مدنى مصري وما بعدها)، فهما يشترطان أن يكون للالتزام سبب موجود وغير مخالف للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً.

وكما سبق لنا القول من تعريف الإرادة بأنها تلك الدافعية الوجدانية النابعة من الذات الإنسانية للقيام بأمر ما سواء أكان هذا الأمر نافعاً أم ضاراً، فإذا تحققت تلك الدافعية، وتحقق ذلك الأمر، سواء كان هذا الأمر قولاً أو فعلاً، أو أيه حركة يقوم بها الإنسان، فقد أصبحت الإرادة الإنسانية أمراً واقعا مسموعاً، أو مشاهداً، بعد أن كانت نية وعزيمة وجدانية، غير مسموعة أو مشاهدة^(٦٨).

وهو ما يدعونا إلى التساؤل حول إلى أي حد وفى أي العقود عرف القانون الروماني فكرة السببية بهذا المعنى - السبب القسدي الداخلى أو الإرادة القصدية، وإرتباطة بالسلوك المادى الخارجى - الإرادة الظاهرة كشرط أساسى لصحة العقود والتعهدات؟

و للجواب عن هذا السؤال يجب علينا عرض التطور الذى لحق بدور الإرادة فى هذا الركن وذلك بحصرها فى ثلاثة مراحل بدء من إنتفاء فكرة السبب القسدى أى الإرادة القصدية فى القانون القديم، ثم فى مرحلة تالية عرض التطور الذى لحق بمفهوم الإرادة العقدية السببية فى العصر العلمى وانتهاء بدورها بعصر الإمبراطورية السفلى وذلك على النحو التالى:

(٦٨) الأستاذ/ محمد عثمان حلس، الإرادة الإنسانية فى ضوء القرآن الكريم دراسة موضوعية للحصول على درجة الماجستير فى التفسير وعلوم القرآن ٢٠٠٩ الجامعة الإسلامية غزة عمادة الدراسات العليا كلية أصول الدين قسم التفسير وعلوم القرآن.

المرحلة الأولى

إنتفاء فكرة السبب القصدى أي الإرادة القصدية في القانون القديم

آلجى-ؤفءء؟ غبظك طحق آ طءأئخ طحق بى طحق خك ز ب:

حيث كانت العقود مستقلة عن السبب القصدى على العكس فهى مرتبطة بالسلوك المادى الشكلى، فالقاعدة أن المدين يلتزم بناء على القيام بالشيكات والرسميات المعروفة. فهو يلتزم مثلا، لأنه نطق بعبارة التعهد الشفوي. ومعنى ذلك أن الرومان لم يعرفوا في هذا العهد سوى السبب الإنشائي أي مصدر الالتزام المادى الملموس والخارجي: فالمدين يلتزم بناء على الإجراءات الشكلية، ولا يهم بعد ذلك القصد من التعهد أو ما نسميه في الوقت الحاضر السبب القصدى. وبعبارة أخرى لم يبحث الرومان في هذا العهد في ملاسبات الرضاء وفي الغرض منه، بينما الشرائع الحديثة تجعل من هذا الرضاء عملا مركبا يجب تحليله لمعرفة أغراضه ومقاصده الذاتية والنفسية.

تتموئ-ؤفءء؟ غبظك غى طحق خكع ب:

عندما وجدت العقود العينية، لم تعرف فيها هي الأخرى فكرة السبب القصدى، وتذهب النظرية التقليدية في الوقت الحاضر إلى أن السبب في هذه العقود هو تسليم الشيء. موضوع التعهد، فسبب التزام المقترض في عقد القرض مثلا هو قبضه الشيء المقترض. ولكن رأينا أن الرومان كانوا يرون في هذا التسليم السبب المنشئ للالتزام أي مصدر الالتزام وذلك لأن التسليم هو شرط انعقاد القرض وبدونه لا ينعقد.

تلكئ-ؤفءء؟ غبظك غى طحق خك صئ ب طحق خ غ طك ب:

في الوقت الحاضر يعتبر التزام كل من الطرفين في العقود التبادلية - أي الملزمة للطرفين سببا للالتزام الطرف الآخر. فسبب التزام البائع بنقل الملكية مثلا هو التزام المشتري بدفع الثمن، والعكس بالعكس. وهذا بخلاف الحال في القانون الروماني، فإن فكرة السببية لم تظهر في العقود الرضائية التبادلية، ولا في العقود غير المسماة.

ففي العقود الرضائية لم يستخلص الرومان فكرة الترابط بين الالتزامات الناشئة على كل من طرفي العقد، ففي عقد البيع مثلا كانت التزامات كل من البائع والمشتري مستقلة تماما بعضها عن البعض، وهذا أثر من آثار العهد القديم الذي كان يتم فيه البيع باشرططين شفويين مستقلين صادر أحدهما من البائع والآخر من المشتري، ولذلك إذا كان المبيع شيئا معيناً وهلك قبل تسليمه، التزم المشتري رغم ذلك بدفع الثمن.

وفي العقود غير المسماة، لا نجد أيضا فكرة السبب القصدي أو الإرادة القصدية الداخلية، وقد أخطأ الشراح الأقدمون حين ذهبوا إلى أن القانون الروماني كان يعرف فكرة السبب القصدي بالنسبة لهذا النوع من العقود.. وقد استند هؤلاء الشراح وعلى الخصوص دوما على نص وارد في موسوعة جوستينيان (١٤ - ٧ - ٢) يشير إلى وجود السبب في هذه العقود. ولكن السبب الذي يشير إليه النص المذكور ليس هو السبب القصدي، ولكنه السبب الإنشائي أي السبب بمعنى مصدر الالتزام، ذلك أن قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه أي بتسليم الشيء. أو بقيامه بالعمل، هو مصدر التزام الطرف الآخر وشرط نشوئه، لأن هذه العقود كما أسلفنا لا تصبح ملزمة إلا إذا قام أحد طرفيها بتنفيذ الاتفاق بالفعل. ومع ذلك شاد دوما نظرية السبب على هذا النص، ومنه انتقلت إلى القانون الفرنسي والقانون المصري.

نستخلص من ذلك كله أن القانون الروماني قد فصل تماما بين الإرادة القصدية والمتمثلة في السبب القصدي عن الركن المادي المكون لتلك الإرادة أخذين في الاعتبار هذا الركن الأخير فقط معياراً لهم وأساساً لصحة الإجراءات الخاصة بالعقد لذا فلم يعرف فكرة السبب القصدي - بمعنى الغاية القريبة والمباشرة التي من أجلها التزم المتعاقد - في العقود الرسمية في القانون القديم، وفي العقود العينية والعقود الرضائية أو العقود غير المسماة.

المرحلة الثانية

تطور في مفهوم الإرادة العقدية في العصر العلمي

آلجى - ه ذغبك ططق غى ططق خك ز بغي ططق ططقى:

لم تظهر فكرة السببية كما نفهمها الآن إلا في العقود الرسمية وعلى الخصوص في عقد الاشتراط، فقد رأينا أنه في القانون القديم كان يترتب على الاشتراط أثره بمجرد تمامه دون بحث في إرادة المتعهد والغرض من تعهده. ولذلك إذا لم يتحقق السبب الذي يسعى إليه المتعهد من تعهده الرسمي، أو كان غير مشروع، لم يؤثر ذلك في صحة الاشتراط، بخلاف الحال في القوانين الحديثة حيث يعتبر التعهد باطلاً. إلا أن الرومان في العصر العلمي توصلوا إلى جعل الاشتراط في هذه الأحوال عديم الأثر، وذلك بوسائل تدخل في باب المرافعات والإجراءات.

ففي الاشتراط الشفوي الذي يستعمل بقصد تحقيق القرض: إذا تعهد شخص (أ) لآخر (ب) بدفع مبلغ ١٠,٠٠٠ مسترس، لأن (ب) سيسلمها إليه في نفس اليوم على سبيل القرض ولم يتم (ب) بعد أن تعهد له (أ) بتسليم المبلغ إليه، لم يكن للمتعهد (أ) رجوع على (ب) بل يظل ملزماً بتعهده رغم عدم تحقق الغرض الذي صدر التعهد لتحقيقه. فليس للمتعهد في هذه الحالة إلا أن يلوم نفسه، لعدم احتياظه بقبض المبلغ قبل

إعطائه التعهد. ويرجع ذلك إلى أن الاشتراط عمل رسمي ومجرد أي يترتب عليه أثره بمجرد صدوره، أي بمجرد تبادل الكلمات الرسمية. فلم يكن السبب - كما أسلفنا - يدخل في عقد الاشتراط، وهذا هو الحل المسلم حتى بدء العصر العلمي، حيث وجد أنه مما يخالف العدالة أن يلزم المتعهد في هذه الحالة على الرغم من عدم تسلمه المبلغ الذي تعهد بوفاته.

تتموي- ع اى لأفخ طك ي تك ا طك غى طكع طكع و:

لقد كان من مثالب النظام السابق هو النظر إلى الإرادة باعتبارها تصرف مادي شكلي فقط دون التطرق بأى حال من الأحوال إلى السبب القصدى أو الباعت الداخلى الذي إتجه إليه المتعاقدان، إلا أنه مع بزوغ العصر العلمى بات النظر إلى الإرادة الداخلية وما يقصده المتعاقدان أمراً هاماً وجوهرياً أول ماتم النظر إليه هي عيوب التي تلحق بتلك الإرادة.

حيث كان البريتور أول من تدخل لصالح المدين الذي لا تحميه قواعد القانون المدني، فأعطاه الحق في أن يدفع بالغش الدعوى التي يرفعها عليه الدائن المشتراط مطالباً إياه بتنفيذ الاشتراط. وبمقتضى هذا الدفع يتفادى المتعهد الحكم عليه.

وقد سمح الفقهاء في هذه الحالة للمتعهد برفع دعوى، يطالب بها المشتراط بتقرير براءته من الالتزام وإجباره على إنهاء هذا الالتزام، أو يطالبه فيها برد السند المثبت الدين إذا كان هذا الاشتراط قد أثبت في محرر، وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب.

إلا أنه في الحاليتين المتقدمتين، أي سواء سلك المدين سبيل الدفع أو الدعوى، كان يجب على المدين أن يقيم الدليل على عدم قبضه قيمة القرض وهو عبء ثقيل، إذ يقع الإثبات على واقعة سلبية، وإثبات النفي عسير إن لم يكن مستحيلاً.

وفى سبيل التيسير على المدين رؤى منذ أواخر العصر العلى رفع عبء الإثبات من عليه، وذلك عن طريق المنازعة بعدم قبض النقود، وهذه الوسيلة يمكن استعمالها عن طريق الدفع أو الدعوى. ومن شأنها إلزام الدائن بإثبات قبض المدين للمبلغ بمجرد إنكار هذا الأخير: وكان يجب في العصر العلمى استعمال هذه الوسيلة في ظرف سنة من تاريخ العقد.

وأخيراً استخلص الرومان فكرة السبب غير المشروع والمخالف للآداب. ففي القانون القديم كان الاشتراط صحيحاً وملزماً ولو كان الغرض منه غير مشروع. ولكن البريتور تدخل هنا أيضاً فسمح للمدين بأن يتخلص من التزامه عن طريق الدفع بالغش ثم أجاز الفقهاء أيضاً للمدين بأن يرفع دعوى لاسترداد ما أوفى بناء على سبب غير مشروع أو منافع للأخلاق ولكنهم اشتراطوا أن يكون السبب غير مشروع من جانب المتسلم فقط، أما إذا كان غير مشروع من الجانبين لم يكن للمدين أن يرفع دعوى استرداد ما دفع، وعلى ذلك

إذا تعهد شخص بأن يدفع لآخر مبلغاً نظير عدم ارتكابه جريمة. كان له استرداد ما أوفاه بناء على هذا التعهد، لأن عدم المشروعية راجع إلى الدائن وحده. أما إذا كان التعهد نظير ارتكاب جريمة، لم يكن له أن يسترد ما دفعه، لأن عدم المشروعية مشترك بينه وبين الدائن، ولا يصح أن يستمع القضاء لادعائه. وكذلك اشترط الفقهاء في العصر العلمي لصحة عقود حسن النية ألا تكون مبنية على سبب غير مشروع أو مخالف للأخلاق، لأن هذه العقود تركز أساساً على حسن النية والأمانة. فإذا كان سببها غير مشروع كانت باطلة.

المرحلة الثالثة

تطور فكرة السبب في عصر الإمبراطورية السفلى

أصابت فكرة السبب بعض التقدم في عصر الإمبراطورية السفلى فقد أجاز للمدين استعمال وسيلة المنازعة في قبض النقود، في حالة ما إذا وجد سند مثبت لعقد قرض عيني، أو في حالة ما إذا نشأ الالتزام من كتابة حسب ما كان متبعاً في البلاد الشرقية، وقد رفعت المدة الجائز فيها استعمال هذه الوسيلة إلى خمس سنوات ثم أنقصها جوستينيان إلى سنتين. فإذا مضت هذه المدة كان عبء الإثبات على المدين نفسه...

كما ميز جوستينيان - في استعمال وسيلة المنازعة في قبض النقود - بين حالتين **كك** لك **بئ** لآلهو: إذا ذكر في السند المثبت للدين أن المدين قد تسلم المبلغ، وفي هذه الحالة على المدين نفسه إثبات العكس، وهو لا يستطيع إثبات ذلك إلا كتابة.

كك لك **بئ** ثم ب: إذا لم يذكر في السند إلا قدر الدين دون أن يبين به أن المدين قد قبضه، فيصح تكليف الدائن في هذه الحالة بإثبات قبض المدين للدين حقيقة.

ومن جهة أخرى أجاز جوستينيان للدائن الذي حرر مخالصة بالدين، الطعن في هذه المخالصة في خلال ثلاثين يوماً من تحريرها.

المطلب الثاني

مجال الإرادة التي تلحق بالعناصر العرضية التي توجد في العقد

أوصاف الالتزام العقدي^(٦٩)

إلى جانب الشروط الجوهرية اللازمة لإنعقاد العقد (الرضا والأهلية والمحل والسبب) قد يوجد في العقد بعض عناصر عرضية تسمى أوصافاً، ويقصد بها بعض الاشتراطات الخاصة التي توجد في بعض التصرفات القانونية فتؤثر على نشوئها أو تعدل من آثارها. وأهم ما قد يقترن بالتصرف القانوني من أوصاف هو الشرط والأجل ويجمعها أن آثار العقد تتوقف على حادثة مستقبلية.

الفرع الأول

مجال الإرادة بعنصر الأجل

تقع سقوى الآج : هو حادثة مستقبلية محققة الوقوع، يتوقف عليها نفاذ الالتزام أو إنقضاءه، ومن هذا التعريف يبدو أن الأجل نوعان: أجل واقف وأجل فاسخ.

- سقوى الآج : هو الأجل الذي يتوقف به الأجل على تحقق سقوى الآج بطرفين (ب):

وإذا درسنا هذا العنصر العرضي من ناحية إرادة المتعاقدين نجد أن العقد يحوي إرادتين الأولى هي إرادة نشوء الالتزام وهي إرادة أصلية خالصة من كل قيد أو شرط سابقة في نشأتها على الإرادة الأخرى والتي تعتبر قيدياً عليها وهي إرادة إستحقاقه والمعلقه بكونها على الأجل، لذا فإن الأجل بنوعيه السابقين لا يعتبر قيدياً على إرادة المتعاقدين في نشوء الالتزام ولكنه في الحالة المقابلة يعتبر قيدياً على إرادة إستحقاقه على التفصيل التالي:

آلي سقوى الآج بطرفين (ب):

سبق القول بأن الأجل الواقف هو الذي يتوقف عليه نفاذ الالتزام، فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى إشتراط أجلاً محدداً لنفاذ الالتزام إن كان محدداً بتاريخ معين كالالتزام بوفاء مبلغ معين بعد سنة مثلاً، وقد تتجه تلك

(٦٩) د/ محمد عبد المنعم بدر، د/ عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦ ص ٥٥٥ وما بعدها.

آلياً لأغضبك بطؤقف ب:

الشرط الواقف هو حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع يتوقف عليها وجود الالتزام، وهو في هذا يختلف عن الأجل الواقف، فالأجل لا يقع إلا على ميعاد استحقاق الالتزام لا على وجوده. والكلام عن أثر الإرادة الشرطية الواقعة يجب أن نفرق بين فترتين زمنييتين الأولى أثر الإرادة الشرطية الواقعة في الفترة السابقة على تحقق الشرط والتي لا يعلم فيها ما إذا كان الشرط سيتحقق أم لا، وأثر الإرادة في الفترة اللاحقة على تحقق الشرط أو ثبوت عدم تحققه، وذلك على النحو التالي:

• آتئ لأغضبك بطؤقف بغيظك بئق ب عؤوة ق طك :

في هذه الحالة لا يوجد التزام بعد وبالتالي عدم الإعتداد بإرادة المتعاقدين، ولكن يمكن في بعض الأحوال ترتيب بعض آثار على العقد بالإعتداد بإرادة المتعاقدين وعلى الأمل في نشوء الالتزام ويترتب على ذلك ما يأتي:

ففى طك عؤ بئ لآهؤ قلنا إن الالتزام لم ينشأ بعد وبالتالي عدم الإعتداد بإرادة المتعاقدين واعتبارها كان لم تكن، وعلى ذلك إذا أوفى المدين جاهلاً بوجود الشرط كان له الحق في استرداد ما أوفاه، بدعوى رد ما دفع بدون وجه حق، ومن جهة أخرى إذا هلك موضوع الالتزام الشرطي هلاكاً كلياً بدون خطأ المدين لم ينعقد العقد لانعدام المحل. وكذلك لا يصلح العقد المعلق على شرط سبباً صحيحاً للتقادم قبل تحقق الشرط، فإذا باع شخص ما لا غير مملوك له وسلمه للمشتري على ألا يملكه إلا تحت شرط لم يستطع هذا الأخير تملكه بالتقادم قبل تحقق الشرط.

أما فى طك لك بئق ئم ب فهناك أملاً في نشوء الالتزام والإعتراف بإرادة المتعاقدين وقت نشوء الالتزام ويترتب على ذلك:

أ. لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام بإرادته المنفردة، إذ أن الرابطة القانونية تنشأ بمجرد انعقاد العقد.
ب. يجب ألا يعمل المدين ما من شأنه عدم تحقق الشرط، وإلا اعتبر الشرط متحققاً، كما يجب عليه ألا يتصرف في الشيء المدين به أو يغير فيه، فإذا فعل وتحقق الشرط التزم بتعويض الدائن عن عدم إمكانه التنفيذ.

ج. يرجع في تقدير أهلية المتعاقدين إلى وقت انعقاد العقد. وعلى ذلك فإذا عقد عبد أو ابن أسرة عقداً أفاد رب الأسرة من هذا العقد حتى لو تحقق الشرط في وقت أصبح فيه العبد حراً أو تحرر فيه الابن من سلطة رب الأسرة.

د. يصح ضمان الالتزام الشرطي برهن مثلاً.

هـ. وأخيراً اعتبر واضعو مجموعات جوستينيان الالتزام الشرطي عنصراً من عناصر الذمة، فيصح انتقاله للورثة إيجاباً وسلباً ويصح استبداله. ويجوز للدائن الاحتمالي اتخاذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه المحتمل كطلب وضع اليد على أموال المدين الاحتمالي في حالة إعساره.

• أتى لأئفحك بطوف بغيك بطلك لإلحق بدعوة قك آهة كذ:

وهي تخلف الشرط أعتبر العقد كان لم ينشأ، أما إذا تحقق الشرط أصبح العقد بسيطاً غير موصوف، ويترتب على العقد آثاره، لا من يوم تحقق الشرط، ولكن من تاريخ انعقاد العقد، ولهذا يقال إن لتحقق الشرط أثراً رجعياً. وهذا الأثر الرجعي للشرط قد سلم به القانون الفرنسي (مادة ١١٧٩) والقانون المصري (مادة ٢٧٠).

تمويئى لأئفحك بطفدز ب:

الشرط الفاسخ هو حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع، يتوقف على تحققها زوال الالتزام. وليس هناك من الناحية المنطقية ما يحول دون اقتران الالتزام بشرط فاسخ، كما يجوز اقترانه بشرط واقف.

لكن الرومان لم يعرفوا منذ القدم سوى الشرط الواقف، وإن استعملوه في أغراض تتحقق عن طريق الشرط الفاسخ عادة، فمثلاً بدلاً من الاتفاق على أن آثار العقد تقف عند تحقق شرط معين كعدم دفع المشتري الثمن مثلاً، كانوا يتفقون على أن العقد لا يبدأ تنفيذه إلا إذا دفع المشتري الثمن.

ثم لجأ الرومان إلى إضافة اتفاق خاص إلى العقد يقصد به فسخ العقد إذا تحققت واقعة معينة، فيكون فسخ العقد معلقاً على شرط معين. وتجرى مثل هذه الاتفاقات عادة في عقد البيع. ومنها الاتفاق على الفسخ، وهو شرط يحتفظ به البائع بحقه في فسخ البيع إذا لم يدفع الثمن في موعد معين. ومنها الشرط الذي يحتفظ به البائع بحقه في فسخ العقد إذا وجد مشترياً بشروط أكثر ملاءمة له. ومنها الشرط الذي كان يحتفظ به البائع لنفسه يفسخ البيع إذا رد المشتري الثمن، وهذا هو بيع الوفاء ومنها أيضاً الشرط الذي يحتفظ به المشتري بحق فسخ البيع إذا لم يرق له المبيع في فترة معينة، وهذا هو البيع مع خيار التجربة.

فإذا تحقق الشرط في مثل هذه الأحوال السابقة أعطى المتعاقد دعوى شخصية هي الدعوى الناشئة من العقد يطالب بها بفسخ العقد واسترداد الشيء الذي سلمه. ولكن هذه الدعوى لا يصيب أثرها الغير، فإذا طلب البائع الفسخ لم يستطع استرداد المبيع من اشتراه من المشتري مثلاً.. ولكن جوستينيان جعل لدعوى الفسخ أثراً عملياً. بمعنى أنه بمجرد الفسخ يعود المال مباشرة إلى ملك البائع، وله بناء على ذلك استرداده من أي شخص يوجد تحت يده.

الخاتمة

لم يتعرف القانون الروماني في بداياته لمبدأ سلطان الإرادة و إحتكاره وحده بتحديد الشكل الذي يتم به التصرف القانوني وهو الذي يحدد أثر كل تصرف، وكانت التصرفات القانونية واردة في القانون على سبيل الحصر، وهي كلها تصرفات شكلية، فالاتفاق لا أثر له ما لم يأخذ شكلاً من الأشكال التي حددها القانون، حيث أن المبدأ المهيمن في القانون الروماني هو أن الاتفاق وحده غير كاف لنقل الملكية من ذمة شخص إلى آخر، إذ لا بد أن يضاف إلى العقد عمل مستقل عنه لتنتقل الملكية به، وهو عمل رسمي أو مادي يقصد به نقل ملكية المال، ولكن مع تطور الحضارة الرومانية باتساع أرجاء الدولة الرومانية وتقدم التفكير القانوني، ظهور قاعدة مؤداها " أن العهد كان مسئولاً " والتي تعتبر تطوراً محدثاً في مفهوم الإرادة العقدية، مما أدى إلى التمييز بين الشكل في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني، كذلك رؤى أنه ليس من العدالة أن يترك أحد الطرفين لغش الطرف الآخر أو إكراهه على التعاقد. لذلك أنشئت منذ أواخر الجمهورية طرق للعقاب على الغش والإكراه في العقود، وظهرت بجانب العقود الرسمية العقود العينية والرضائية والعقود غير المسماة. وانتصر مبدأ سلطان الإرادة انتصاراً كاملاً في العقود الرضائية، وانتصر بعد ذلك في عقود أخرى عرفت بالاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية، إلى أن وصل الأمر إلى سلم الرومان تدريجياً بفكرة النيابة، وعلى الخصوص بفضل تدخل البريتور بإمكان النيابة في بعض الأحوال خروجاً على مبدأ عدم جواز النيابة.

قائمة المراجع

١. د. السيد عبد الحميد على فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،
٢. د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٦،
٣. د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني - الجزء الأول، مطابع البصير الإسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٥٤
٤. د. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، الناشر دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية طبعة ١٩٩٣،
٥. د. عبد الهادي يونس العطاوي، ماهية الحق في القانون الخاص، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، من ٣٣، عدد ٤.
٦. د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، طبعة ١٩٨٨، الناشر الدار الجامعية بالإسكندرية،
٧. د. توفيق حسن فرج، القانون الروماني، الدار الجامعية - بيروت، ١٩٨٥.
٨. د. محمد مختار القاضي، اصول الالتزامات في القانون المدني القاهرة، ١٩٥١، ص ٩
٩. د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٦