

جامعة بنغازي

كلية الحقوق

فصل البيع عن الشراء في النظم القانونية القديمة  
بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالبة

عفاف عبد الحميد مصطفى

إشراف الدكتور

مصطفى أحمد الدراجي

## المقدمة

عرفت الحضارات القديمة ملكية الأموال ، وانتقالها من يد لأخرى عن طريق الكثير من التصرفات القانونية المعروفة لديهم من مقايضة و بيع وشراء وهبة وغيرها، وكان الطابع الغالب على تلك التصرفات آنذاك هو الطابع الشكلي وبالأخص في العصور الأولى لتلك الحضارات ، إذ كان الشكل هو الذي ينشيء الحق و يحميه، بالإضافة إلى استخدام طقوس معينة، أو التلفظ بكلمات محددة ، ناهيك عن أداء أيمان محددة أمام أحد الكهنة في المعبد، أو أدائه أمام الأمير أو القاضي لكي يتم ذلك التصرف ويعطيه قوة التنفيذ، وكان الشكل ذا طابع ديني، ينبغي احترامه وإلا تعرض الأفراد لغضب الآلهة.

وبمرور الوقت أخذ الشكل يكتسي الطابع المدني، ويخلع ثوب الطابع الديني، واستمر الأفراد في إتباعهم لشكليات معينة وطقوس وألفاظ محددة لكي تكون تصرفاتهم صحيحة في نظر القانون ومنتجة لآثارها.

إذ كان البيع والشراء ينعقدان عند الرومان في بادئ الأمر بطريق الإشهاد، وهو إجراء شكلي لنقل الملكيه ، وكان ذلك يستلزم حضور الناقل والمكتسب، وخمسة شهود على الأقل، وحامل للميزان تتوافر فيه من الشروط ما يجب توافره في الشهود، وينبغي أن يكون الميزان حاضراً إلى جانب قطعة من النحاس والمال المراد نقل ملكيته، وإذا كان المبيع عقاراً فيحضر ما يرمز إليه للدلالة على أن نقل الملكية لا يتم إلا بقبض الشيء حقيقةً لا حكماً.

فاكتساب ملكية الشيء بطريق الإشهاد كان في الأصل بيعاً حقيقياً، وكانت السبائك المعدنية يتم وزنها لأنها كانت هي التي تعد ثمن الشيء المبيع، إلا أنه بعد سك العملة أصبحت عملية الوزن عملية صورية، لأن النقود معروفة القيمة مسبقاً ولا حاجة لوزنها. وبذلك أصبح الإشهاد عملاً مجرداً لنقل الملكية مستقلاً عن السبب الكامن وراء نقل هذه الملكية ، ثم بعد ذلك أخذ الرومان في إبرام عقود البيع والشراء في صورة تعهدات شفهيته، أو ما يعرف بالاشتراط الشفهي ( stipulatio ) والذي كان كما يصفه أغلب الفقهاء بأنه قالب عام تصب فيه معظم المعاملات لتصبح بذلك مبرمة في الشكل الذي يحترمه القانون.

والاشتراط أو التعهد الرسمي - كما يُطلقُ عليه البعض- طريقة رسمية شكلية من طرق التعاقد المنشئة للالتزام، تقوم على عبارة صادرة من الدائن طالب التعهد "اتعدني ب....." وهذه العبارة تشكل الإيجاب وتليها العبارة الصادرة من المدين أي من المتعهد وهي القبول . وبهذا الأسلوب في التعاقد نجد أن التزام البائع مصدره تعهده للمشتري، في حين أن التزام المشتري مصدره تعهده للبائع بدفع الثمن.

ويقول الدكتور صوفي أبو طالب في مؤلفه "تاريخ القانون في مصر في العصرين البطلمي والروماني" : إن أول استعمال قانوني لفعل (contrahere) أي الارتباط تم في أواخر العصر الجمهوري وقد استعمل آنذاك للدلالة على معنى إبرام عمل قانوني ، أي الارتباط بعمل مشروع (contractum) والربط هو دلالة على الجمع بين عمليين قانونيين مثل الجمع أو الربط بين العمل القانوني المسمى الشراء (emptio) والعمل القانوني المسمى البيع (venditio) ويطلق عليهما معاً بعد الربط "الشراء والبيع"<sup>1</sup>

وهذا النص يدل دلالة واضحة على أن ما قبل هذه الفترة لم يكن هناك ربط بين البيع والشراء، فكان كل واحد منهما يشكل عملاً قانونياً قائماً بذاته، ومستقلاً عن الآخر.

### سبب إختيار الموضوع:

إختيارنا لهذا الموضوع كان وراءه جملة من الأسباب لعل أهمها مايلي:

رغم كثرة البحوث العلمية في مجال تاريخ القانون إلا أنه في الآونة الأخيرة قل البحث في هذا الجانب حتى كاد أن يندثر، ونحن من خلال هذه الدراسة نحاول المساهمة في إحيائه ولو بالقليل، وربما يعد هذا البحث هو الخطوة الأولى في هذا الطريق.

مسألة استقلال التزامات كل من البائع والمشتري قد أثارت الرغبة في البحث في أبعادها المختلفة ، فهذه الدراسة تبحث في أصل هذه النظم، ومدى استمرارها أو انقطاعها ، وما أسباب الإتصال ومبررات الإنقطاع وما تم استبقاؤه من هذه النظم وما طور وما استُحدث أو نُسخ .

كما أن هذه الدراسة لها فائدة كبرى في الكشف عن مدى تأثير القوانين الحديثة بما كان سائداً عبر القرون واثر ذلك الاختلاف بينها وبين غيرها .

<sup>1</sup> -صوفي ابو طالب:تاريخ القانون في مصر ،ج1، دار النهضة العربية ، القاهرة، الطبعة الثالثة،2002،ص125، الهامش رقم 1

## إشكالية البحث:

إن إبرام التعاقدات بهذا الأسلوب يثير في ذهن بعض التساؤلات التي تحتاج إلى البحث عن أجوبة، فعند الرومان، وعندما يتعهد البائع بنقل ملكية الشيء المبيع للمتعهد له، فإنه يكون ملزماً بنقلها في نظر القانون، وهنا يثار التساؤل ماذا لو امتنع الطرف المتعهد له بنقل الملكية عن التعهد بدفع الثمن؟ فهل بالإمكان إجباره على التعهد وعلى تنفيذ هذا التعهد؟ وإذا ما طلب المتعهد له من المتعهد أن ينفذ تعهده، وينقل إليه الملكية؛ فهل أمامه- أي المتعهد- سبيل للتحلل من التزامه؟

وفي القانون المصري القديم يثار التساؤل أيضاً عن مصدر التزام المشتري الذي لم يؤد اليمين وإنما اكتفى بدفع الثمن فوراً، في حين قام البائع بأداء اليمين، فإذا كانت اليمين هي مصدر الالتزام للبائع، فهل يعني ذلك أن إرادة المشتري المنفردة هي مصدر التزامه أم أنه الاتفاق بين الإرادتين؟ ثم يثار التساؤل بعد ذلك عن الشكل الذي اكتسب به هذا الاتفاق؟

## -أهمية الدراسة والهدف منها:

العلم القانوني شأنه شأن بقية العلوم الأخرى يقوم على الحقائق الثابتة التي يمكن استخلاصها من دراسة تطور الجماعات ونظمها القانونية وليس مجرد الاقتصار على دراسة النصوص الوضعية الحالية.

والدراسة التاريخية لها أهميتها بالنسبة للقوانين الوضعية الأخرى، صحيح أنه لا يمكن أن نقول أن من مصادر القانون المدني الحديث القانون المصري القديم الذي كان معمولاً به عند الفراعنة، ولكن لا يعني ذلك أن نهمل دراسة هذا القانون، فقد بدأت مصر منذ فجر التاريخ بنظام قانوني أصيل، ويعد من أقدم النظم القانونية التي عرفت الإنسانية، وقد استمر قائماً أكثر من أربعين قرناً، وهذا ما لم يتحقق مع أي نظام قانوني آخر في أي أمة من الأمم، والمعروف أن الفقه الحديث يتجه نحو القانون المقارن ليستمد منه خير الحلول وليستجلي من خلاله ما شاب النصوص من نقص أو غموض أو إبهام، وتاريخ القانون ما هو إلا مقارنة بين الماضي والحاضر، أو الماضي البعيد والماضي القريب، وإذا ما قامت المقارنة بين النظم التي

سادت البلاد في وقت من الأوقات وبين تلك التي خلفتها في نفس البلد أستطعنا أن نتبين إلى أي مدى تتلاءم بعض النظم مع حاجات البلد ودورة تطورها الفكري والإقتصادي والاجتماعي .

أما عن دراسة القانون الروماني ، فلا يخفى على أحد من أهل القانون مدى أهمية دراسة تاريخ القانون الروماني من عدة نواح.

فمن الناحية التاريخية يستطيع الباحث من خلال دراسة النظم القانونية الرومانية أن يتتبع مراحل تطور هذه النظم عبر أحد عشر قرناً من الزمن منذ العهد الذي صدر فيه قانون الألواح الإثنى عشر ، إلى العهد الذي دونت فيه مجموعة جستينيان ، إذ يلاحظ بما لا يدع مجالاً للشك فيه كيف تطورت القواعد القانونية من قواعد تناسب مجتمعاً زراعياً بسيطاً وصغيراً ومنغلقاً إلى قواعد تناسب مجتمع يمارس التجارة، ومنفتح على الشعوب الأخرى .

ومن الناحية القانونية ، فإن القانون الروماني نتيجة لمكانته البارزة في تراث العالم القديم فقد كان له الأثر الواضح في القوانين الحديثة ، فقد عُرف فقهاء القانون الروماني ببراعتهم ، وغريزتهم القانونية الفذة ، ومن ناحية أخرى فإن القانون الروماني يشمل الكثير من النظم والمصطلحات القانونية التي ورثتها القوانين الحديثة ، والتي لا يمكن فهمها واستيعابها على الوجه الصحيح إلا بالعودة إلى أصولها التاريخية .

وأخيراً تكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تحاول أن توثق لمرحلة مرت بها عقود الشراء والبيع لدى الحضارات القديمة – الفرعونية ، والرومانية – فنحاول بالتالي ومن خلال هذه الدراسة أن نسلط الضوء على فكرة استقلال البيع عن الشراء، وعلى أساسها أو نشأتها، والأثار المترتبة عليها، والنظر في كيفية تعامل تلك الشعوب مع الأثار المترتبة عليها، ذلك أن هذه الوضعية قد تسببت في عدم ظهور بعض الأنظمة التي نعدّها اليوم أفكاراً مسلماً بها لا نقاش فيها، كالفسخ، والدفع بعدم التنفيذ، وتحميل البائع تبعه الهلاك، ولعل مخالفة هذه الأنظمة التي نعدّها من المسلمات في القوانين العصرية هو ما يدفعنا للبحث في هذا الموضوع .

كما أن هذه الدراسة التاريخية قد تحيي - ولو بقدر بسيط- في نفوس الباحثين والدارسين النظرة العلمية التأملية في تاريخ القانون ، وذلك بعد أن توجهت جل الجهود البحثية نحو الدراسات العملية ، وذلك لإمكانية صياغة قواعد عامة تستمد جذورها من التراث الإنساني القديم ، فوجود نظام في القوانين القديمة لا يعني أن هذا النظام أصبح بالياً لا يتفق مع القوانين الحديثة ، فالقانون الحديث في تطوره لا يقطع صلته بالماضي أبداً.

## -منهج البحث:

إن هذه الدراسة تتطلب إستقراء النصوص القديمة ، ونماذج العقود القديمة أيضاً، والبحث في جزئياتها لكي نصل من خلالها الى بعض المبادئ التي لها صفة العمومية في ذلك الوقت، وذلك باستخدام المنهج الأستقرائي، إلى جانب المنهج التحليلي(التاريخي والوصفي) لفهم الجزئيات، كما أن الأمر لا يخلو من استخدام المنهج المقارن في المقابلة بين الشرائع المختلفة .

## نطاق البحث:

المهتمون والباحثون في تاريخ القانون والمؤرخون يرون أن القانون الروماني مر بمراحل مختلفة ، يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل هي العصر الملكي (عصر القانون القديم) ، وعصر الإمبراطورية العليا، وايضاً عصر الإمبراطورية السفلى، وستكون هذه الدراسة منصبة على عقود الشراء والبيع التي تمت خلال عصر القانون القديم والذي يتميز بالشكلية الصارمة، وإبراز دور الشكليات التي كانت سائدة في تلك المجتمعات ، وبخاصةً شكليات التعاقد التي كانت تبرم بها عقود البيع والشراء.

كما تتناول هذه الدراسة عقود الشراء والبيع في مصر الفرعونية، أي في عصر القانون المصري القديم بما يحويه من تقسيمات للدولة الى الدولة القديمة، والوسطى، والحديثة، وما يتخللها من فترات يسود فيها الحكم الإقطاعي؛ وذلك نظراً لانعكاس هذه التقسيمات على حرية الأفراد في التملك وإجراء التصرفات القانونية.

## صعوبات البحث

إن من أكبر الصعوبات التي واجهتنا في البحث هي عدم وجود دراسات سابقة تتعلق بهذا الموضوع على وجه الخصوص .

فضلاً عن عدم تعمق المراجع المتخصصة في تاريخ القانون الخاص الفرعوني في بعض المسائل التي تواجهنا في هذا البحث .

## خطة البحث

الفصل التمهيدي:

المبحث الأول:النظم القانونية وتاريخ القانون

المبحث الثاني:فكرة الالتزام في النظم القانونية القديمة

المبحث الثالث:البيع في الأنظمة القانونية القديمة

الفصل الأول:الشكلية كأساس لاستقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري

المبحث الأول:المفهوم القانوني للشكلية

المطلب الأول : تعريف الشكلية

المطلب الثاني:عوامل نشأة الشكلية

المبحث الثاني:صور الشكلية

المطلب الأول: صور الشكلية في النظم المصرية القديمة

المطلب الثاني :صور الشكلية في القانون الروماني

المبحث الثالث :دور الشكلية في تكريس استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري

المطلب الأول:دور الشكلية في مصر الفرعونية

المطلب الثاني:دور الشكلية في القانون الروماني

الفصل الثاني : آثار استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري

المبحث الأول :في حالة الاخلال بالتنفيذ "الفسخ"

المطلب الأول: الفسخ في القانون الفرعوني

المطلب الثاني: الفسخ في القانون الروماني

المبحث الثاني: اثر الاستقلال عند الإنفاسخ

المطلب الأول: تبعة الهلاك في القانون الفرعوني

المطلب الثاني: تبعة الهلاك في القانون الروماني

المبحث الثالث: أثر فكرة استقلال الإلتزامات على القوانين الحديثة

المطلب الأول: تبعة الهلاك في القانون الليبي والقانون المصري

المطلب الثاني: تبعة الهلاك في القانون الفرنسي والقانون السويسري

الخاتمة

## الفصل التمهيدي

### الالتزامات في النظم القانونية(المصرية القديمة والرومانية)

الإلتزامات في النظم القديمة هي موضوع البحث في هذا الفصل، وسنتناولها من خلال المباحث الثلاثة التالية، أولها عن النظم القانونية وتاريخ القانون ، والثاني عن نشوء فكرة الإلتزام في النظم القديمة، والثالث عن البيع والشراء في الأنظمة القديمة.

### المبحث الأول

#### النظم القانونية وتاريخ القانون

من خلال هذا المبحث نحاول أن نتعرف على مفهوم النظم القانونية ، ومفهوم تاريخ القانون في مطلب أول، ثم ننظر في أهم المراحل التاريخية التي مر بها القانون المصري القديم " القانون الفرعوني"، والقانون الروماني.

## المطلب الأول

### مفهوم النظم القانونية وتاريخ القانون

إن النظم القانونية السائدة في مجتمع من المجتمعات ليست هي ذاتها النظم التي كانت تسود ذلك المجتمع في العصور السابقة ، كما أنها لن تكون بالضرورة هي السائدة او الحاكمة له في المستقبل، ذلك لأن النظم القانونية تخضع بطبيعة الحال للقاعدة الأزلية المتمثلة في التطور المستمر ، فالقاعدة القانونية تستجيب لمقتضيات الحياة ، وتتأثر وتتعدل وفقاً لظروف المجتمع المختلفة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وإن كانت غير ذلك ، أي غير ملائمة لحالة المجتمع فستطالها يد التعديل والإصلاح<sup>2</sup>.

تتعدد المصطلحات التي تواجهنا في مجال القانون ولكي نفرق بين المعنى المقصود من بعض هذه المصطلحات مثل النظم القانونية ، وتاريخ القانون ، وتاريخ النظم القانونية يجب علينا أولاً أن نعلم أن الدراسات القانونية تقوم على مراحل ثلاث، دراسة ماضيه ، وحاضره ، ومستقبله.

#### - ماضي القانون :

وهذا المجال من الدراسات يهتم بالبحث والدراسة في النظم القانونية في أدوارها التاريخية المختلفة والمتعاقبة ، كما يعنى بالبحث في تلك المصادر التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية ، وايضاح ما أحدثته الظروف المختلفة التي تمر بها الشعوب من أثر على القاعدة القانونية ، أو على النظم القانونية بشكل عام ، كما يبرز لنا تأثير التطور الاجتماعي والإقتصادي ، وكذلك الفكري والديني على تلك النظم ؛ ذلك لأن الكثير من النظم الحالية لها جذورها التاريخية التي تمتد إلى الأنظمة القديمة، والدراسة في تاريخ القانون تكشف لنا عن تلك الجذور وتمنحنا الفرصة للإستفادة منها<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> - د.صوفي ابو طالب : مبادئ تاريخ القانون، المطبعة العالمية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر، ص4  
<sup>3</sup> - د. عبد الغني عمرو الرويمض: تاريخ النظم القانونية، منشورات جامعة الفاتح ، طرابلس ، 1995، ص11

- حاضر القانون:

وهي الدراسة التي تعنى بالبحث في القانون الحالي المطبق على شعب معين أو منطقة معينة، فتشمل دراسة القانون الوضعي وما فيه من نظم واردة في مجاميع رسمية، والقانون الوضعي هو القانون الموضوع من البشر ويعنى بسلوك الأفراد، والهدف من هذه الدراسة هو شرح النصوص القانونية المطبقة للوصول إلى فهم أفضل، وتحديد الآثار المترتبة عليها، ومجال تطبيقها على الحالات الفردية، وتسمى هذه الدراسة أيضاً بالدراسة التفصيلية لفروع القانون<sup>4</sup>.

- مستقبل القانون:

ويطلق عليه علم التشريع، ويقوم هذا العلم على نقد النظام السائد، ومحاولة إبراز نقائصه وعيوبه، وبيان عدم ملاءمته للأوضاع الحالية في المجتمع لكي تتلافها السلطة التشريعية في البلاد لذا يعرف هذا العلم كذلك بعلم وضع القوانين<sup>5</sup>.

وعلم التشريع كغيره من الدراسات القانونية يفيد من تجارب الشعوب في مجال التنظيم القانوني، فتحاول الهيئة التشريعية أن تأخذ منها ما ثبت صلاحه، وتنقح ما يمكن تنقيحه من القوانين الحالية.

ومن خلال ما أوردناه يتضح لنا أن تاريخ القانون علم من العلوم القانونية التي لها أهميتها، ويمكن أن يستفيد منه الباحث حتى لو كان مجال بحثه يدخل في إطار الدراسات القانونية الأخرى.

والواقع وكما يرى البعض أنه ليس من اليسير أن نضع تعريفاً جامعاً مانعاً لهذا العلم؛ فماضي القانون يتصل بوجود الإنسان على الأرض وحياته مع الجماعة، وإحساسه بضرورة قيام نظام يضبط سلوك الأفراد، وينظم علاقاتهم ببعض، ومن الإحساس بهذه الضرورة نشأت فكرة القانون، لذا حسبنا أن نورد تعريف بعض الفقهاء لهذا العلم بأنه "دراسة نشؤ الفكرة القانونية لدى الجماعات البشرية الأولى، والتي

<sup>4</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الإسكندرية، 1960، ص 4

<sup>5</sup> - د. عبد الغني عمرو الرويمض: المرجع السابق، ص 12

تكونت فيها المبادئ أو النظم القانونية، والوقوف على التطورات التي مرت بها من خلال العصور المتعاقبة حتى وصلت إلى حالتها الحاضرة"<sup>6</sup>

## نطاق دراسة تاريخ القانون

والبحث في تاريخ القانون يرمي بشكل أساسي إلى دراسة تاريخ مصادر القانون من جهة ، ودراسة تاريخ النظم القانونية من جهة أخرى .

- تاريخ مصادر القانون:

وتنصب الدراسة في هذا المجال على البحث في مصادر القاعدة القانونية من حيث نشأة هذه المصادر ، وتطورها في مختلف العصور سواءً أكانت هذه المصادر هي الدين أو التشريع أو العرف أو القضاء أو الفقه، وكذلك النظر في الدور الذي لعبته كل منها في تكوين القاعدة القانونية، ومدى أهمية كل مصدر على حدة في كل حقبة من الحقب التاريخية، ذلك أن لكل مصدر نصيباً معيناً في تكوين القواعد القانونية يختلف باختلاف العصور والشرائع<sup>7</sup>.

- تاريخ النظم القانونية:

كما يهتم تاريخ القانون بدراسة مصادر القانون، فإنه يهتم كذلك بدراسة تاريخ النظم القانونية والنظام القانوني كما عرفه البعض هو "مجموعة من القواعد القانونية، تكتنف أنواعاً من الروابط الإجتماعية أو العلائق القانونية ، تهدف إلى غرض واحد، عام ومشترك". مثال ذلك ما نراه بالنسبة لنظام الزواج أو الملكية أو التعاقد... وبالإمكان في إطار التحديد السابق ان نرتقي درجة ، فنصعد بمجموعة من النظم التي يجمعها هدف واحد إلى نظام أعلى ، ومثال ذلك نظام الخطبة ، والدوطة، والزواج، والطلاق ، والإرث يمكن أن نجعلها في نظام واحد وهو " نظام الأسرة" كما يمكن أن نرتفع بنظم مختلفة إلى نظام أعلى يشتملها إلى بقواعده العامة، كأن نجعل نظام الزواج والتعاقد والملكية ونرتقي بها درجة إلى نظام القانون الخاص باعتباره يمثل الدرجة الأعلى لهذه النظم<sup>8</sup>.

وكذلك الحال بالنسبة إلى نظم القانون العام ثم منها جميعها يتكون النظام القانوني العام للدولة.

<sup>6</sup> - د.عباس العبودي: تاريخ القانون ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى، 1998، ص9

<sup>7</sup> - د. عبد الغني الرويمض: المرجع السابق، ص14

<sup>8</sup> - د. محمود السقا: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1978، ص23

ودراسة تاريخ النظم القانونية يختلف عن دراسة تاريخ مصادر القانون من حيث أن الأولى تعنى بدراسة النظم القانونية في حد ذاتها، وبصرف النظر عن مظهرها أو صورتها التي تشكلت بها سواء كانت في صورة تشريع أو عرف أو حكم القضاء أو رأي فقهي، وبعبارة أخرى بغض النظر عن مصدرها، ويستوي في ذلك أنظمة القانون العام والقانون الخاص ، لذا يُطلق على هذا الجانب من جوانب تاريخ القانون " التاريخ الداخلي للقانون" في حين يُطلق على تاريخ المصادر "التاريخ الخارجي للقانون"<sup>9</sup>

### أهمية دراسة تاريخ القانون:

العلم القانوني شأنه شأن العلوم الأخرى يقوم على الحقائق الثابتة التي يمكن استخلاصها من دراسة تطور الجماعات ونظمها القانونية وليس مجرد الإقتصار على دراسة النصوص الوضعية.

كما أن دراسة تاريخ القانون لها أهميتها التي لا يمكن إنكارها، فالبعض يقلل من قيمتها بدعوى إنتفاء الفائدة العملية من نتاج مثل هذا النوع من الدراسات، إلا أننا نؤيد الرأي القائل أن نفي الفائدة العملية للدراسة التاريخية لا ينفي عنها الفائدة العلمية، فدراسة نشأة النظم وتطورها ومدى الارتباط بينها وبين ظروف المجتمع الذي طبقت فيه لا غنى عنه للباحث والدارس لأن الإقتصار على الدراسة العملية فقط من شأنه أن يجرد القانون من طبيعته العلمية. ، فالقانون نتاج تاريخي، والمعرفة التاريخية للقانون عنصر لا يستغنى عنه في تعلمه والعمل به، ذلك لأن الطالب أو الدارس في مجال العلوم القانونية يحتاج أن يتقصى أصل القاعدة القانونية ونشأتها وجذورها التاريخية ويتتبع تطورها كي يفهمها بوضعها الحالي، فليست الغاية من دراسة تاريخ القانون فقط إثبات أن القانون يتطور ، فذلك أمر مفروغ منه، وإنما من غايته وأهدافه أيضاً معرفة الظروف الفكرية والسياسية والإقتصادية والإجتماعية التي كانت وراء تطور القاعدة القانونية أو النظام بأكمله، والكشف عن الصلة بين تلك الأنظمة ومثيلاتها في القوانين الحالية، وكما ينتفع طالب العلم بدراسة تاريخ القانون فإن القاضي أيضاً بحاجة إلى فهم روح النصوص القانونية التي يقوم بتطبيقها عند الفصل في النزاع، ولا

<sup>9</sup> د. محمود السقا: المرجع السابق، ص24

يكون ذلك إلا بفهم نشأتها التاريخية، وكذلك لا يتجه المشرع الى تشريع نظام قانوني معين حتى ينظر في مدى صلاحه أو فساده مستنداً في ذلك إلى الدراسة التاريخية لهذا النظام.

كما أن الدراسة التاريخية للقانون لها أهميتها في الدول العربية على وجه خاص، بإعتبار أنها دولا لها تاريخ عريق من حيث الحضارات التي نشأت في أراضيها مخلفة وراءها إرثاً حضارياً كبيراً في شتى المجالات، وبالأخص في مجال القانون .

ويجدد بنا هنا لكي تكمل هذه الدراسة غايتها وتصل إلى هدفها - ونحن نطرق فكرة قانونية تاريخية "استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه في النظم القانونية القديمة" - أن نخصص توطئة لملامح ظهور الالتزام في هذه الحضارات القديمة وكيفية تطوره، وإعطاء نبذة عن عصور تاريخ القانون المصري القديم وكذا القانون الروماني ومفهوم البيع عندهم ، وخصائص هذا العقد ، وتميزه عن المقايضة ، وكل ذلك تمهيداً لتحديد فكريتي البيع والشراء في هذه النظم.

## المطلب الثاني

### الملامح الأساسية والمراحل التي مر بها القانون المصري القديم والروماني

#### الفرع الأول: المراحل التاريخية البارزة للقانون المصري القديم

تقتضي دراسة تاريخ النظم المصرية القديمة الإلمام بصفة عامة بالمراحل الكبرى التي مر بها تاريخ هذا القانون إلى القرن السادس قبل الميلاد، أي إلى العهد الذي فقدت فيه مصر استقلالها ، وأصبحت فيه ولاية أجنبية ، تتبع إمبراطورية الفرس، وهو العهد الذي بدأ عام 525 ق.م باستيلاء قمبيز ملك الفرس على هذه البلاد<sup>10</sup>.

حيث يذهب معظم المؤرخون إلى تقسيمه إلى ثلاث مراحل أساسية ، وتلك المراحل تتزامن مع فترات ازدهار وانهيار الحضارة في المجتمع المصري القديم، وهذا التقسيم لا يبتعد كثيراً عن التقسيم الذي ارتضاه علماء التاريخ السياسي لمصر القديمة ، إذ قسموها مبدئياً إلى ثلاثين أسرة ، و أساس هذا التقسيم يرجع إلى المؤرخ المصري القديم ( مانيتون ) في العصر البطلمي ، و ضل سائداً حتى الآن بين العلماء المعاصرين ، ويمكن تقسيم هذه الحقبة من الناحية السياسية إلى ثلاثة عصور رئيسية ازدهرت فيها الحضارة المصرية ، وأعقب كل واحدة منها فترة انهيار ، والملاحظ على هذا التقسيم أن العلماء لم يأخذوا في الاعتبار فترة ما قبل الأسرات ، ولا عهد الأسرتين الأولى والثانية ، إذ لا يوجد أدلة تاريخية كافية لمعرفة ملامح الدولة والمجتمع المصري في هذه الفترة التي تمثل في نظرهم عهد الطفولة للدولة المصرية<sup>11</sup>.

والعصور التي مرت بها مصر القديمة تتمثل كما ذكرنا في ثلاثة عصور وهي:

<sup>10</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق، ص 133

<sup>11</sup> - أ. د. صوفي أبوطالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون تاريخ نشر، ص 292

## عصر الدولة القديمة

ويمثل مدة حكم الأسرات من الأسرة الثالثة حتى الأسرة العاشرة، وقد بلغت الدولة المصرية أوج مجدها في عهد الأسرات من الثالثة حتى الأسرة السادسة، وقد استمرت مدة زادت على ما يربوا على خمسمائة عام وذلك في الفترة (2780ق.م- 2270 ق.م)، ومن أشهر ملوك هذه الأسر الملك "زوسر" والملك "خوفو" و"خفرع" و"منقرع"، وما ينسب إليهم من إنجازات على صعيد التقدم والتمدن والإنشاء، ويلى هذه الفترة حالة إنهيار، حيث اضطل سلطان الفراعنة، وساد فيها الإقطاع بكل مساوئه، وهي الفترة التي حكمت فيها مصر الأسر من السابعة حتى العاشرة<sup>12</sup>.

## عصر الدولة الوسطى

ويبدأ هذا العصر عام 2000ق.م وينتهي عام 1788ق.م، وهي تمثل مدة حكم الأسرتين الحادية عشرة والثانية عشرة، وتمتاز هذه الفترة بازدهار المدنية، وقد ساد خلال هذه الحقبة نظام اشتراكية الدولة، أو الأقتصاد الموجة، وينتهي هذا العصر بغزو الهكسوس، وبغزوهم سادت الفوضى والإضطرابات، واستمرت دولة الهكسوس هذه لمدة قرن ونصف القرن، وهي مدة حكمت فيها الأسرات من الثالثة عشر حتى السابعة عشر<sup>13</sup>.

## عصر الدولة الحديثة

ويسمى البعض بعصر الإمبراطورية الحديثة، والتي امتدت الى ما يقرب من خمسة قرون، من عهد الأسرة الثامنة عشر وحتى نهاية الأسرة العشرين، وبعض المؤلفات تعود بها إلى عهد الأسرة السادسة عشر بعد أن استرد المصريون استقلالهم، واستمرت مصر خلال هذه الفترة في امجادها وفتوحاتها، فقد حققت أمجاداً كبيرة كما يرى المؤرخون خلال حكم "تحوتمس الثاني" و"الثالث" و"أمينوفيس الثاني"<sup>14</sup>.

وقد تعرضت الدولة إلى الاضطراب السياسي والديني بسبب تخلي الفرعون "اخناتون" عن ديانتة، فهي من ناحية دولة راقية، ومن ناحية أخرى هي دولة مضطربة، واستمرت الدولة تتأرجح بين النهوض والإضطرابات، واستمر الإنهيار

<sup>12</sup> - أ.د. صوفي أبوطالب : المرجع السابق ، ص292

<sup>13</sup> - د. شفيق شحاته : تاريخ القانون الخاص في مصر ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1950، ص9، د. عمر ممدوح

مصطفى : المرجع السابق ، ص134

<sup>14</sup> - د. صوفي أبوطالب : المرجع السابق، ص293

خلال حكم الأسر الحادية والعشرين حتى الخامسة والعشرين، وازدهرت الدولة مجدداً في عهد الأسرتين الخامسة والعشرين والسادسة والعشرين ، ورغم ذلك لم يذكر المؤرخون قيام دولة أخرى بعد الدولة الحديثة، ولقد انتهت مدة حكم هذه الأسرة باحتلال " قمبيز" ملك الفرس لمصر 525 ق.م، ثم استعاد المصريون استقلالهم لفترة ليست بالطويلة حتى عاد إليهم الفرس مجدداً، ولم يكن خلال هذه الفترة من الصد والرد بين المصريين والفرس ازدهار حضاري يذكره التاريخ<sup>15</sup>.

وما أوردناه يتعلق بالتاريخ السياسي للدولة المصرية ، والذي أثر في شكل التقسيم الذي انتهجه بعض الباحثون في تاريخ القانون المصري القديم؛ إلا أن الغالبية منهم قاموا بدراسة القانون المصري القديم مستندين إلى فكرة الدورات التاريخية ، حيث تزدهر الحضارة وتتألق، ثم تأتيها مرحلة الشيخوخة والهرم، ثم ما تلبث أن تستعيد نهضتها وشبابها ، ثم تشيخ وتنهار وهكذا ، فالقانون المصري القديم قد مر بثلاث دورات رئيسية<sup>16</sup>

## - الدورة الأولى

وتبدأ من عهد الدولة القديمة وتنتهي بنهاية الأسرة العاشرة ، أي تبدأ من بداية الأسرة الثالثة وتستمر في نهضتها خلال الأسرتين الثالثة والرابعة، ثم تليها فترة الإقطاع التي تبدأ مع الأسرة الخامسة وتزداد ضراوة مع عهد الأسر الثامنة والتاسعة والعاشرة .

## - الدورة الثانية

وتشمل عهد الدولتين الوسطى والحديثة، أي تبدأ مع بداية عهد الأسرة الحادية عشر ، وتمتد حتى عهد الأسرة الخامسة والعشرين.

## - الدورة الثالثة

<sup>15</sup> - د.عمر ممدوح مصطفى :المرجع السابق ، ص135  
<sup>16</sup> - د.صوفي أبوطالب : المرجع السابق ، ص293

وتبدأ بالنهضة التي ظهرت في مصر في عهد الأسرة الخامسة والعشرين والسادسة والعشرين؛ إلا أن هذه الدورة تنقطع بسبب احتلال الفرس لمصر وفقدان البلاد استقلالها عام 332 ق.م<sup>17</sup>

## الفرع الثاني : عصور القانون الروماني

والقانون الروماني هو القانون الذي نشأ وطُبق في المجتمع الروماني منذ نشأة روما في القرن السابع أو الثامن قبل الميلاد حتى تقنينه في مجموعة جستنيان في القرن السادس الميلادي.

واعتبار صدور مجموعة جستنيان نقطة ينتهي عندها الحديث عن تاريخ القانون الروماني لا يرجع ذلك إلى أنه لم يعد مطبقاً منذ ذلك التاريخ -إذ ظل مطبقاً في أوروبا حتى صدور التقنيات الحديثة خلال القرن التاسع عشر- وإنما يرجع ذلك إلى أن مجموعات جستنيان كانت خاتمة المطاف في تطور القانون الروماني<sup>18</sup>.

وقد جرى معظم العلماء على تقسيم تاريخ الدولة الرومانية إلى أربعة عصور يمكن إجمالها فيما يلي:

- العصر الملكي ، ويبدأ بنشأة روما عام 754 ق م<sup>19</sup> حتى قيام النظام الجمهوري.
- والعصر الجمهوري من 509-27 ق م-وعصر الإمبراطورية العليا ويبدأ بتولي الإمبراطور اغسطس للسلطة عام 27 ق م، وينتهي بتولي الإمبراطور دقلديانوس للسلطة عام 284 م

<sup>17</sup> - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 9

<sup>18</sup> - د. صوفي أبو طالب، تاريخ القانون المصري في العصورين البطلمي والروماني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2002، ص 41

<sup>19</sup> - د. عبد العزيز فهمي: مدونة جستنيان، دار الكاتب المصري، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 3

- عصر الإمبراطورية السفلى ويسمى كذلك بالعصر البيزنطي، ويبدأ بحكم دقلديانوس عام 284م وينتهي بوفاة الإمبراطور جستنيان 565م<sup>20</sup>

كما قسموه من الناحية العلمية - أي بالنظر إلى تطور النظم القانونية - إلى ثلاثة عصور: عصر القانون القديم ، والعصر العلمي ، وعصر الإمبراطورية السفلى

### أولاً: عصر القانون القديم

ويشمل الفترة الزمنية ما بين نشأة روما عام 754 ق.م حتى منتصف القرن الثاني قبل الميلاد ، وهو تاريخ صدور القانون المشهور في روما وهو قانون ايبوتيا، وهو القانون الذي أحل نظام دعاوى البرنامج محل دعاوى القانون<sup>21</sup>، ويتميز هذا العصر من الناحية السياسية بسيادة النظام الملكي ، ثم تلاه بعد ذلك النظام الجمهوري.

ومن الناحية الإقتصادية فقد كان المجتمع الروماني مجتمعاً زراعياً ، محدود الصلات والمعاملات ، قليل الإتصال بالعالم الخارجي ، ويعتمد على مبدأ الاكتفاء الذاتي ، وجل معاملاته كانت تقوم على المقايضة حتى ظهرت النقود المتمثلة في السلع ذات القيمة الثابتة<sup>22</sup> ، ثم النقود المعدنية ، وانحصرت مصادر القانون في هذه الفترة في التقاليد العرفية ذات الأصل الديني ، وغابت عليها الشكلية والجمود ، غير أن تطور المجتمع أدى إلى انفصال القانون عن الدين منذ صدور قانون الألواح الإثنى عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ، واختفى أثر الدين منذ أواخر القرن الثالث قبل الميلاد ، وظلت الشكلية هي الطابع المميز له طوال هذه الفترة مع تجريد الشكلية من الطابع الديني<sup>23</sup>.

### ثانياً: العصر العلمي

ويبدأ هذا العصر بصدور قانون ايبوتيا في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد ، وينتهي ببداية حكم الإمبراطور "دقلديانوس" 284ق.م ، وهذا العصر يمثل العصر الذهبي للقانون الروماني ، فهو عصر النضوج ، والارتقاء بالفكر القانوني ، ومن

<sup>20</sup> - د.صوفي أبوطالب ، المرجع السابق ،ص41، وا نظر أيضاً د/عمر ممدوح مصطفى :القانون الروماني، دار المعارف،الإسكندرية،الطبعة الثالثة 1959،ص20

<sup>21</sup> - د.عمر ممدوح مصطفى ،المرجع السابق ،ص21

<sup>22</sup> - أ.بطارق محمد خليل الأعرج : اقتصاديات النقود والبنوك ، الأكاديمية العربية المفتوحة ، الدنمارك،ص5) خلال فترات سالفه استخدم الإنسان فيها الذهب أو الفضة ومعادن وسلع أخرى لتقوم ببعض المهام التي تقوم بها النقود حالياً، إذا كانت لها قيمة تبادلية إلى جانب قيمتها كسلعة، وهو ما يعرف بالنقود السلعية، مثل استخدام الصوف كإداة للتبادل

<sup>23</sup> - أ.د.صوفي أبوطالب : تاريخ القانون في مصر في العصرين البطلمي والروماني ،المرجع السابق 2002 ،ص44

الناحية السياسية فإن هذا العصر يشمل ما تبقى من العصر الجمهوري ، وكل عصر الإمبراطورية العليا.

وقد امتد سلطان روما الى حوض البحر المتوسط والعالم القديم ، كما يتميز هذا العصر عن سابقة من الناحية الاقتصادية ، إذ تحول فيه المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري، وساد الإقتصاد الحر ، والتخصص في الإنتاج ، وانتشار الملكيات الكبيرة، وظهور الطبقات الغنية إلى جانب الطبقات الفقيرة<sup>24</sup>.

ومن الناحية الفكرية فقد تأثر الرومان بفلسفة الإغريق وديانة الشرق ، وانتشار تيار النزعة الفردية ، وكان لهذا التأثير مظهره في القانون الروماني من حيث تطوير القانون وتفسيره، وظهور عدة أفكار أسس عليها الرومان الكثير من القواعد القانونية مثل فكرة القانون الطبيعي ، والعدالة وحسن النية والإعتداد بالإرادة الحقيقية وتغليبها على الشكلية في بعض المجالات ، كما تعددت مصادر القانون في هذا العصر، فلم تقتصر على التقاليد العرفية والتشريع فحسب ، وإنما ظهرت مصادر أخرى إلى جانبها ، هي قانون الشعوب ، والقانون البريتوري ، والفقهاء ، مما دعى بعض الفقهاء إلى وصف هذا العصر بخصوبة المصادر<sup>25</sup>.

### ثالثاً: عصر الإمبراطورية السفلى "العصر البيزنطي":

ويبدأ هذا العصر بتولي الإمبراطور "دقلديانوس" السلطة عام 284م ، وانتهى بوفاة الإمبراطور جستنيان عام 565 م ، ويعرف هذا العصر لدى الباحثين في القانون الروماني بعصر تدهور القانون الروماني ، وجموده وتقنيته<sup>26</sup>.

ويتميز هذا العصر من الناحية السياسية بتعرض الإمبراطورية لغزو القبائل الجرمانية مما أسفر عنه انقسام الإمبراطورية عام 395م وذلك من النواحي السياسية والإدارية والمالية إلى إمبراطوريتين: شرقية عاصمتها القسطنطينية ، وغربية عاصمتها روما ، ولكنها مع ذلك ظلت موحدة من الناحية القانونية ، وبعد ذلك انتهى الأمر بسقوط الإمبراطورية الغربية عام 476م في أيدي الجرمان ، أما الشرقية فقد

<sup>24</sup> - د. عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص 286 وما يليها

<sup>25</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، المرجع السابق ، ص 93 وما بعدها

<sup>26</sup> - د. عبد العزيز فهمي ، المرجع السابق ، ص 4

ظلت قائمة - رغم سقوط معظم أجزائها في أيدي المسلمين - إلى أن سقطت عاصمتها القسطنطينية في أيدي الأتراك عام 1453م<sup>27</sup>.

أما من الناحية الفكرية فقد كان لظهور الديانة المسيحية وانتشارها بعد أن أصبحت هي الديانة الرسمية للدولة عام 391 م ، فقد كان لذلك بالغ الأثر على النظم القانونية، كما ظهر أثر التقاليد العرفية الشرقية في القانون الروماني بعد أن تبنى بعض الأباطرة الكثير من النظم والتقاليد الشرقية ، وضمنوها ما أصدره من تشريعات<sup>28</sup>.

وما يتميز به هذا العصر عن غيره هو أن أصبح مصدر القانون فيه إرادة الإمبراطور وذلك من خلال ما يصدره من دساتير إمبراطورية ، كما يتميز بتقنين قواعد القانون الروماني، ومن أشهر هذه التقنيات مجموعة جستنيان ، وبالتالي لم تكن دساتير الإمبراطور وحدها هي المطبقة ، فالقواعد التي كانت سارية في العصر العلمي ، والتي تكونت بفضل المصادر القديمة ظلت سارية ما لم تنسخها الدساتير الإمبراطورية ، وقد أطلق عليها في هذا العصر اسم " القانون القديم"<sup>29</sup>.

وإذا كانت تلك هي أهم ملامح النظم القانونية التي اخترناها نموذجاً لدراستنا تبقى مسألة أخرى تحتاج إلى شئ من البيان وهي تحديد الملامح الرئيسية لفكرة الإلتزام في هذه النظم ، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث التالي

27 - أ.د. عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص 295

28 - أ.د. صوفي أبوطالب ، تاريخ القانون في مصر في العصرين البطلمي والروماني ، المرجع السابق ، ص 47

29 - د. أحمد إبراهيم حسن : تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي مع دراسة في القانون الروماني ، ص 22 ، صوفي أبوطالب ، المرجع السابق ، ص 72

## **المبحث الثاني**

### **نشوء فكرة الالتزام وتطورها في النظم القديمة**

#### **(الفرعونية والرومانية)**

إن البحث في نشأة فكرة الالتزام لدى الحضارات القديمة قد تشوبه بعض الصعوبات، ذلك أن نشأتها أو ظهورها لدى تلك الحضارات لم يكن على ذات الدرجة من الوضوح في الوثائق التاريخية المتبقية عن تلك الحضارات، ففي القانون الروماني ما تشير إليه الوثائق تجعل فكرة الالتزام تبدو أكثر تحديداً وتفصيلاً مما علمناه عن الالتزام في القانون الفرعوني، لذا سنبحث هذا الموضوع من خلال المطلبين التاليين، أولهما عن الالتزام في القانون المصري القديم ، وثانيهما عن الالتزام في القانون الروماني.

## المطلب لأول: الالتزام في القانون المصري القديم

من الصعب أن نحدد كيف ومتى نشأت فكرة الالتزام في القانون المصري القديم، وبالأخص أن تاريخ هذا القانون في عهد الأسرتين الأولى والثانية لم يصلنا منه إلا النزر اليسير- كما يرى بعض العلماء- فالتقنين الذي كان سائداً في تلك الحقبة لم يكن مدوناً، ولكن جميع الوثائق التاريخية التي تعود إلى ما بعد عهد الأسرتين الأولى والثانية تثبت لنا أن فكرة الالتزام كانت موجودة لديهم وبشكل واضح، إذ عُثر على العديد من نصوص لعقود مختلفة ترتب التزامات على عاتق أطرافها.

كما أن الالتزام كان ينشأ في بعض الأحوال عن غير العقد، وبتعبير أوضح ينشأ عن الفعل الضار، ففي جرائم السرقة كان السارق يرد ثلاثة أضعاف قيمة الشيء المسروق، كما أنه يلتزم بتعويض صاحب المال عن الضرر الذي أصابه من ضياع المال المسروق، ومن جهة أخرى إذا اتلف أحد الأشخاص مالا مملوكاً للغير، فإن المتلف يلتزم بتعويض الضرر، كما كان يلتزم صاحب الحيوان بتعويض الضرر الناشئ بفعل الحيوان إذا لم يشأ التخلي عن الحيوان للمجني عليه على سبيل التعويض<sup>30</sup>.

ويبدو أن رابطة الالتزام في العهود التي سادت فيها النزعة الفردية كان محلها مجموع أموال المدين الضامنة أي ذمته، وكان المتعاقد يستطيع أن يطالب بالتنفيذ عيناً، فإن تعذر عليه ذلك كان له اللجوء إلى التنفيذ بمقابل<sup>31</sup>.

أما في العهود الإقطاعية فالظاهر أن رابطة الالتزام كانت تقع على شخص المدين، إذ وجد من النصوص والنقوش ما يشير إلى أن السيد كان من حقه أن يضرب أتباعه إذا ما أخلوا بتنفيذ التزاماتهم قبلاً، كما يذهب البعض من المؤرخين إلى أن الدائن كان من حقه استرقاق مدينه إذا لم يف بالتزامه<sup>32</sup> وبيعه عبداً في الأسواق إذا لم يف بالتزاماته.

<sup>30</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، المرجع السابق، ص 208، ص 220

<sup>31</sup> - د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص 222

<sup>32</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص 210

كما ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على شرط جزائي ينفذ في حال ما أدخل المدين بالتزامه، ويختلف هذا الشرط الجزائي بحسب الأحوال ، فتارةً يكون نوعاً من الإكراه البدني وتارةً أخرى يكون إكراهاً مالياً يتمثل في صورة دفع غرامة مالية للدائن عند امتناع المدين عن الوفاء بالدين الذي عليه<sup>33</sup>.

ويرى البعض أن "بوخوريس" ألغى نظام الإكراه البدني، فلا يُسأل المدين عن الدين إلا في ذمته ، كما اعتبر الزوجة والأبناء غير مسؤولين عن ديون رب الأسرة ، ومعنى ذلك أن لكل منهم ذمته المالية المستقلة والقائمة بذاتها فلا يُسأل إلا عن ديونه الشخصية<sup>34</sup>.

وقد ميز القانون المصري القديم بين الحق العيني والحق الشخصي "الالتزام"، فكانت المنقولات محلاً لتملك الأفراد، وكان حقهم عليها مطلقاً يشمل عناصر الملكية الثلاثة من استعمال واستغلال وتصرف، أما ملكية الأراضي الزراعية فيميل بعض العلماء إلى أن مصر طيلة عصورها القديمة لم تعرف نظام الملكية الفردية للأراضي الزراعية ، وأن الملكية العقارية كانت دائماً من الحقوق العامة ، فالملك يمتلك جميع الأراضي ، ولا يملك الأفراد سوى حق الانتفاع ، أي حق الإستعمال والإستغلال دون حق التصرف<sup>35</sup>، في حين يرى البعض الآخر أن الملكية العقارية حتى في العهود الإقطاعية لم تكن مقصورةً على الملك فقط، وسبب إغفالها عند إحصاء الثروة التي يملكها الأفراد راجع إلى أن الملك قد خصصها للكهنه وكبار الموظفين والجنود<sup>36</sup>.

كما كانت هناك اتفاقات قانونية معمول بها كالارتفاقات الخاصة بالري، كحق المسيل والمجرى المقررة لبعض الأراضي، وذلك مستفاد من وجود مصلحة للري تقوم بتوزيع المياه بين المزارعين.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> - د. أحمد إبراهيم حسن: تاريخ النظم، أنظمة القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998، ص 190

<sup>34</sup> - د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص 267

<sup>35</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى: المرجع السابق، ص 198

<sup>36</sup> - د. أحمد إبراهيم حسن: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999، ص 432

<sup>37</sup> - د. عمر ممدوح: المرجع السابق، ص 207

## المطلب الثاني: الالتزام في القانون الروماني

### الفرع الأول: تعريف الرومان للالتزام

يرى كثير من العلماء أن الفضل في استخلاص فكرة الالتزام وفي وضع تعريف لها يعود للفقهاء الرومان، ولا زالت تلك التعريفات التي وضعها المتأخرون من فقهاءهم متداوله لدى المشتغلين بالدراسات القانونية، وقد حفظت لنا النصوص الرومانية تعريفين شهيرين للالتزام، فالأول ورد في كتاب النظم "جستيان"، نقلاً عن فقيه روماني يدعى "فيورينتيوس" إذ يقول "الالتزام رابطة قانونية نكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بشيء ما طبقاً لأحكام قانوننا المدني"<sup>38</sup> والتعريف الثاني للفقهاء بولص، وقد ورد في موسوعة جستيان، ويقول فيه "إن جوهر الالتزام ليس في حصولنا على ملكية شيء أو على حق ارتفاق، وإنما هو في إجبار الغير على أن يعطينا شيئاً أو على أن يعمل أو يقوم بأداء أمر ما لمصلحتنا"<sup>39</sup>

وقد انتقلت التعريفات السابقة إلى الفقه الفرنسي إذ أخذ بها بوتيه، كما أشار إليها القانون المدني الفرنسي في المادة 1101 حين عرف العقد فقال "العقد إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل"<sup>40</sup>

كذلك ورد في أولى مراحل إعداد التقنين المدني المصري تعريف للالتزام بأنه "حالة قانونية يجب بمقتضاها على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل" ومن خلال ذلك حاول البعض أن يضع تعريفاً للالتزام بأنه عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر، بمقتضاها يجب على شخص ويسمى المدين أن يقوم بأداء مالي قد يكون عملاً أو امتناعاً أو إعطاء شيء لمصلحة الشخص الآخر وهو الدائن<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> - د. عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 365

<sup>39</sup> - د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 365

<sup>40</sup> - د. ثروت حبيب: المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة الليبية، بنغازي، 1972، ص 13

<sup>41</sup> - نفس المرجع السابق، ص 16

## الفرع الثاني: نشوء فكرة الالتزام عند الرومان

القانون الروماني لم يكن يعرف سوى ثلاثة أنواع من المصادر ، أولها الجريمة وهذه لم تكن تصدق إلا على جرائم معينة على سبيل الحصر ، فلم تكن هناك قاعدة كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم مرتكبهُ بالتعويض.

والمصدر الثاني هو العقد وهو يشمل أيضاً عقوداً معينة فقط على سبيل الحصر ، بعضها يتم بأوضاع خاصة ، وهي العقود الشكلية ، وبعضها يتم بتسليم الشيء محل التعاقد وهذه هي العقود العينية وهي الوديعة والعارية ورهن الحيازة، وبعضها يتم بمجرد التراضي وهي العقود الرضائية التي كانت قاصرة على البيع والإجارة والشركة والعارية ، ثم عرف القانون الروماني إلى جانبها ما يسمى بالإتفاقات البريتورية والشرعية.

والمصدر الثالث هو الأسباب المختلفة ، وهذه تشمل الأعمال التي تُنشئ التزامات لا يمكن ردها إلى جريمة أو عقد.

ومما تجب ملاحظته أن هذا التقسيم لم يرد فيه ذكر شبه الجريمة ولا شبه العقد لأن هذان المصدران قد أُدخلا ونسبا إلى القانون الروماني نتيجة تحويل في التقسيم الروماني أدى إلى خطأ في فهم نصوصه حتى خرجت عن معناها الصحيح ، فالفقيه الروماني جاييس لاحظ أن المصدر الثالث الذي عُبر عنه بالأسباب المختلفة يشتمل على أعمال مشروعة وأخرى غير مشروعة، فرأى أن يضع الالتزامات الناشئة عن الأعمال المشروعة إلى جانب الالتزامات الناشئة عن العقد باعتبار أن الطائفتين تتفقان في الأثر، وعبر عن ذلك بقوله أن الملتزم يلتزم في تلك الالتزامات كما لو كان يلتزم بعقد ، كذلك قام بوضع الالتزامات الناشئة عن أعمال غير مشروعة لا تدخل في الجرائم إلى جانب الالتزامات الناشئة عن الجريمة لنفس العلة وبنفس التعبير فهو لم يكن يقصد بهذا التقريب أن لهذه الالتزامات مصدراً يشبه العقد أو الجريمة وإنما كان يقصد هذا الشبه فحسب من حيث الأثر.

وقد أخذ جستنيان تقسيم جاييس ولكنه قام بتحويل الألفاظ تحويراً ولو أنه لا يغير المعنى إلا أنه في الواقع كان مصدر الخطأ الذي أدى إلى التقسيم التقليدي الذي يذكره الفقهاء في كتبهم ، فتكلم عن التزامات تنشأ كما لو كانت قد نشأت عن عقد أو عن جريمة ، وأي من هذين الفقيهين لم يستعمل تعبير " شبه العقد " أو " شبه الجريمة".

وفي عهد القانون الفرنسي القديم وقع تعديل في التعبير الروماني على أيدي جماعة من المفسرين أدى إلى تبديل في المعنى فأصبحت هذه الالتزامات تعتبر ناشئة

عن شبه العقد أو شبه الجريمة ، أي أن التشابه بعد أن كان يتناول الأثر انتقل إلى المصدر.

وعن هؤلاء المفسرين أخذ بوتييه وأضاف مصدراً خامساً وهو القانون ، فأصبحت مصادر الالتزام عنده هي العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون، وانتقل هذا التقسيم إلى القانون الفرنسي القديم وما زال يقول به كثير من الشراح، وهو ما جاء إلا نتيجة لفهم خاطئ في نصوص القانون الروماني وهو ما هاجمه كثير من الفقهاء الفرنسيين من بينهم بلا نيول وبوتييه<sup>42</sup>

اختلفت آراء الفقهاء حول تفسير كيفية نشوء الالتزام عند الرومان، فذهب فريق منهم إلى أن البحث في كيفية نشوء الالتزام يجب أن يكون في إطار قانون العقوبات ، فالالتزام نشأ عن ارتكاب الجرائم ، وبصدد توقيع العقوبة على الجاني ، ومقاضاة الجاني وإنزال العقوبة به كان موكولاً للقضاء الفردي إذ تقوم عشيرة المجني عليه بمحاكمة الجاني وتأخذ الثأر منه على أساس مبدأ القصاص والأخذ بالثأر، فالجريمة هي المصدر الغالب للالتزام ، بل أن فكرة الالتزام يبدو فيها الطابع الجنائي بشكل واضح ، فمثلاً في القانون الروماني القديم كانت كلمة *reus* يراد بها الجاني والمدين في نفس الوقت<sup>43</sup>.

ويرى أنصار هذا الرأي أن أفراد الجماعة فكروا بعد ذلك في نظام آخر غير القصاص، يُرضي المجني عليه وذويه ، ولا يُلحق الأذى البدني بالجاني، وهذا النظام هو "الدية"، وهذا النظام مر بمرحلتين تاريخيتين، فقد كان في بادئ الأمر نظاماً إختيارياً، بمعنى أن يتصالح ذوي الشأن على دفع الدية ليتفادى الجاني بذلك القصاص، ومن ثم كان الأمر يتعلق بمفاوضات جماعية<sup>44</sup>.

ثم بعد ذلك تدخلت الدولة وفرضت الدية لمصلحة المجني عليه فأصبحت الدية قانونية بعد أن كانت إتفاقية إختيارية، فهذه العقوبة الجنائية - وكما يرى أنصار هذا الرأي- هي الأصل والأساس الذي تولدت عنه فكرة الالتزام، ومن ثم فإن الالتزامات حتى المدنية منها وجدت أول تطبيق لها في قانون العقوبات.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه لم يصمدوا أمام الإنتقادات التي وُجّهت لهذا الرأي، حيث أنه يغض الطرف عن العديد من المناسبات التي يتم فيها تبادل الثروات

<sup>42</sup> - بلانيول: بحثه في المجلة الانتقادية ، 1904، ص 224

3, s, 224 et Revue critique 1904, Planiol, Dela classification des obligations, وكتابه المختصر، ج 2، ف 806 وما بعدها، مشار إليه لدى حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ، بدون، ص 36

<sup>43</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص 407

<sup>44</sup> - د. عبد المجيد الحفلوي: تاريخ القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ، ص 210

بين الأفراد بصورة جماعية أو فردية كالخطبة والزواج وغيرها، فما من شك أن الجريمة تخلق الحالة السابقة على الالتزام التقصيري، وهي حالة الخسارة أو إختلال التوازن المالي بين الأفراد مما يقتضي إعادة التوازن بينهم من جديد، وبالتالي كلما حدث إختلال في التوازن المالي بين الأفراد نشأ الالتزام، ولايهم ما إذا كان هذا الإختلال حدث بطريق مشروع أو غير مشروع.

وعلى صعيد الالتزام الناشئ عن الفعل المشروع فقد عرف الرومان نظامين يُعدان من أقدم الانظمة، ولازال أصل نشأتها يشوبه الغموض وهما عقد القرض القديم المسمى النكسوم، والتعهد الشفهي، وسنورد ايضاحهما في موضع لاحق، ويرتب هذان العقدان من الأثر ما يرتبه الالتزام الناشئ عن الجريمة.

### الفرع الثالث: التطور التاريخي لفكرة الإلتزام عند الرومان

كان من طبيعة قواعد الإلتزام ومن التوفيق الذي حالف الرومان في صياغة هذه القواعد ما مكن للنظرية من أن تعيش طويلاً بعد عهد الرومان حتى بقي الكثير من قواعدها قائمة حتى اليوم، وصحيح أن طابع العمومية والتجريد الذي اصطبغت به هذه النظرية يجعل لها من الثبات النسبي ما لم تظفر به أية نظرية أخرى في القانون، وصحيح أن توفيق الرومان في صياغة نظرية الإلتزام ساعد على بقائها زمناً طويلاً حتى ظلت بعض قواعدها إلى اليوم، إلا أن هذا لا ينفى أن هذه النظرية تخضع لسنة التطور الإقتصادي والإجتماعي والأدبي، ويكفي أن ندلل على ذلك ببعض الأمور

- ففي نطاق العقد لم يصل القانون الروماني إلى الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة بل كان يتطلب لتكوين العقد صيغاً وأوضاعاً معينة، ثم اعترف في آخر عهده للإتفاق بالقدرة على إنشاء عقود معينة على سبيل الحصر وهي البيع والإجارة والشركة والوكالة، ثم جاء القانون الكنسي فاعترف بهذا المبدأ ومن بعده قانون نابليون وحصل بعد ذلك أن انكمش هذا المبدأ بحكم التطور مراعاة لمصلحة الجماعة.

- وفي نطاق العمل غير المشروع لم يصل الرومان إلى الأخذ بمبدأ عام يقرر مسؤولية المخطئ عن الضرر الذي تسبب فيه، بل كان يقصر هذه المسؤولية على حالات معينة، فلم يتقرر هذا المبدأ إلا في عهد القانون الفرنسي القديم، وقد أخذ التطور مجراه في هذا الشأن حتى انتهت المسؤولية المدنية الآن إلى صور مختلفة تماماً عما هي عليه في هذا التقنين.

و سبب ذلك هو العوامل الإقتصادية والإجتماعية التي كان لها الأثر البالغ في هذا التطور، فالحياة الإقتصادية في العصر الحديث تتطلب السرعة في تداول الأموال وهو ما أدى إلى ظهور المذهب المادي في الإلتزام إلى جانب المذهب الشخصي ، كما أدى ظهور الآلات الميكانيكية الحديثة إلى وجود أنواع جديدة من المخاطر كان لها أثرها في خلق صور من المسؤولية لا تقوم على خطأ واجب الإثبات وفق ما تقضي به القواعد العامة ، وعلى أثر تقدم الصناعة وتجمع رؤوس الأموال وجدت أنواع من العقود لم تكن معروفة من قبل كعقود الإذعان والعقود النموذجية والعقود الجماعية وعقود التزم المرافق العامة<sup>45</sup>.

بصفة عامة الإلتزام في القانون الروماني - وكما يبدو من تعريف الفقهاء الرومان له- قائم على ركنين وهما:

- ركن الدين أو محل الإلتزام ، وهو ما يجب على المدين الوفاء أو القيام به لحساب الدائن.

- ركن المسؤولية، ويعني التعرض للجزاء في حالة التخلف عن الوفاء بالإلتزام، وقد كانت المسؤولية شخصية في ظل القانون القديم - كما يعبر البعض- أي بمعنى أن الإلتزام سلطة تعطى للدائن على جسم المدين، ومتصلةً به بالقدر الذي كان به الحق العيني متصلاً بالعين المقرر عليها، بحيث يسلم المدين الذي يتخلف عن الوفاء للدائن، ويفقد وصفه كرجل حر، ويجوز للدائن أن يقوم بحبسه وتقييده بالأغلال ، أو بيعه، أو حتى قتله، فالعلاقة بين الدائن والمدين كانت علاقة مادية تنصب على جسم المدين لا على أمواله، وكان هذا الأثر يترتب أيضاً في غير الجرائم من بعض العقود كعقد القرض القديم المسمى النكسوم<sup>46</sup>.

وذلك بعكس الحال في العصر العلمي إذ أصبحت العلاقة بين الدائن والمدين علاقة مالية، فأموال المدين هي الضامنة للوفاء بدينه لا شخصه، ومن ثم المسؤولية ترمي للضغط على المدين لحثه على الوفاء بما عليه خوفاً من بيع أمواله بالمزاد العلني والتنفيذ عليها<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> - انظر د. عبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزام ج1، ص28، و د. اسماعيل غانم، احكام الإلتزام ،ص21

<sup>46</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، المرجع السابق، ص407

<sup>47</sup> - د. عبد المجيد الحفلوي :تاريخ القانون، المرجع السابق، ص218

ويعبر البعض عن هذا الوضع بقوله أن الفكرة الجوهرية للالتزام تظهر بوضوح في القانون الروماني القديم ، فهي رابطة قوية تقيد المدين وتضمن الوفاء بالدين ، واستقر منذ ذلك الوقت أن الدين والمسؤولية هما العنصران المكونان للالتزام ، إلا أن مسؤولية المدين مازالت مرتبطة بشخصه هو لا بذمته، وبسبب ذلك دخلت طبقة العوام في مواجهة مع الأشراف وطالبت بتحسين وضع المدينين وتوفير الضمانات الكافية التي تحول دون سوء معاملة الدائنين للمدينين، وبناءً عليه صدر قانون بيتيليا ببريا في عام 326 ق.م وجعل هذا القانون مسؤولية المدين مالية تطل بذمته لا شخصه، ولم يتبق من المسؤولية التي توقع على شخص المدين إلا الالتزامات الناشئة عن الجرائم<sup>48</sup>.

وفي عصر الإمبراطورية تقرر للمدين تجنب الحبس بالتخلي عن أمواله للدائن، واعتُبر في عداد الأحرار أثناء حبسه بعد أن كان يُعد من الرقيق، كما ألغيت السجون الخاصة في القرن الرابع من الميلاد 388م، وبذلك تم القضاء نهائياً على نظام التنفيذ على شخص المدين ، واصبح الالتزام علاقة قانونية يلتزم فيها المدين بذمته لا بجسده وحرية<sup>49</sup>.

#### الفرع الرابع: تمييز الرومان بين الحق العيني والحق الشخصي "الالتزام"

ظهر التمييز أو المقابلة بين الحق العيني والحق الشخصي "الالتزام" أول ما ظهر في كتابات شراح القانون الروماني في العصور الوسطى، ومصطلح الحق العيني لم يظهر إلا في كتاباتهم؛ ولكنهم استمدوا أصل هذا التقسيم من الفقهاء الرومان ، حيث كانت الدعوى تختلط بالحق الذي تحميه، إذ لم تكن هناك حقوقاً عينية وحقوقاً شخصية بالمعنى الذي نعرفه اليوم ، وإنما كانت هناك دعاوى عينية ودعاوى شخصية حيث كان البريتور يبين في مرسومه الذي يصدره كل عام الحالات التي يمنح فيها دعاوى معينة ، وهذا يعد بمثابة الاعتراف بحق من الحقوق ولذا كان اهتمامهم بالدعوى أكثر من اهتمامهم بالحق موضوع الدعوى، وقد قاموا بتقسيم الدعوى إلى تقسيمات رئيسية منها تقسيمها إلى دعاوى شخصية ودعاوى عينية، والدعاوى الشخصية كما يعرفها الفقيه جايوس (القرن الثاني الميلادي) بقوله: "وتعتبر الدعوى الشخصية إذا رفعناها ضد شخص التزم في

<sup>48</sup> - د.عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص218

<sup>49</sup> - د.عمر ممنوح مصطفى : القانون الروماني ، المرجع السابق ، ص408

مواجهتنا بمقتضى عقد أو جريمة"، ويعرف الدعوى العينية بقوله "وتكون الدعوى عينية إذا ادعينا ملكية شيء معين أو حقاً آخر مثل حق الاستعمال، حق الانتفاع، حق المرور، حق الصرف، حق التعلّي، حق المثل، وللخصم أن يُنكر ما ندعيه بدعوى الإنكار" <sup>50</sup>.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، فقد ميز الرومان بين طبيعة الحق الذي تحميه كل من الدعويين، فالفقيه بولس يقرر أنه "ليس من جوهر الالتزام أن يكسبنا ملكية شيء أو حق ارتفاق، ولكنه يخول لنا جبر المدين على إعطاء شيء أو القيام بعمل" ولكن لم يضعوا تعريفاً للحق العيني وظلوا يقتصر على بيان الدعوى العينية وصورها المختلفة، كدعوى الملكية وقرروا أنها تعطي صاحبها سلطة كاملة تامة على ماله <sup>51</sup>، وبجانب ذلك قرروا وجود تكاليف على مال للغير، وأطلقوا عليها حقوقاً مقررة على عين مملوكة للغير، أو الارتفاقات *servitues* وقسموها إلى نوعين ارتفاقات عينية مقررة لمصلحة عقار، وارتفاقات شخصية وهي أحدث عهداً، كما أنها في طبيعتها مقررة لمصلحة شخص على عقار أو منقول تبيح له الإنتفاع به فترة محددة من الزمن تنتهي بوفاته ولا تنتقل لورثته.

وشرّح القانون الروماني في العصور الوسطى هم من جمع بين حق الملكية والارتفاقات، وأطلقوا عليها مجتمعةً تعبير الحق العيني، وقابلوا بينها وبين الحق الشخصي (الالتزام)، أما الفقهاء الرومان فكانوا يقابلون بين الدعوى العينية والدعوى الشخصية، ثم أخذوا يقابلون بين الالتزام من جهة والملكية والارتفاقات من جهة أخرى <sup>52</sup>.

وإذا كان هذا هو مضمون الالتزام في الأنظمة "الفرعونية والرومانية" يثار التساؤل بعد ذلك حول نظرة هذه الأنظمة لفكرتي البيع والشراء، وهو ما يدعونا إلى الوقوف على تحديد نشأة عقود البيع والشراء في تلك المجتمعات، وهو مالا يمتنعنا - باعتبار أن موضوع البحث متعلق بالتزامات البائع والمشتري واستقلال كل منهما عن الأخرى- من تحديد ماهية البيع وإبراز خصائصه، بالقدر الذي يخدم موضوع البحث، إذ لن نتعرض لموضوعات سبق طرحها على بساط

<sup>50</sup> - د. صوفي أبو طالب : تاريخ القانون المصري في العصرين البطلمي والروماني، المرجع السابق، ص 106، وانظر أيضاً د. عبد

العزیز فهمي، المرجع السابق، ص 267

<sup>51</sup> - د. عبد العزیز فهمي، المرجع السابق، ص 267

<sup>52</sup> - أ.د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 107

البحث ، وإنما نحاول الوقوف فقط على توضيح ما يجب إيضاحه لكي يكون ذلك مدخلاً تتحقق منه الغاية للوصول بهذه الدراسة لأهدافها.

## المبحث الثالث

### فكرة البيع والشراء في النظم المصرية القديمة والقانون الروماني

إن عقود البيع والشراء لم تكن معروفة في المجتمعات الأولى، حيث كانت الوسيلة الأولى التي عرفها الأفراد في معاملاتهم تقتصر على تبادل السلع عن طريق المقايضة، غير أن عيوب المقايضة والتي تتمثل في عدم التوافق بين رغبات المقايضين، واختلاف السلع وتفاوتها في القيمة، لم يحقق للأفراد الغرض الذي ينشده مما دفعهم إلى التفكير في وسيلة أخرى للتعامل، وأدى هذا الوضع إلى تطور المقايضة، وبدأ هذا التطور باتخاذ سلعة لها منفعة عامة يقبلها جميع الناس، مقياساً تُقاس به السلع، وكانت هذه السلعة في البداية تتمثل في الأغنام أو الحبوب، ثم استُبدلت في مرحلة تالية بالذهب والفضة بحيث أصبحت المعادن الثمينة ثمناً للسلع، وظهرت بعدها النقود المعدنية ثم النقود الورقية وكان إصدارها حكراً على الدولة وحدها، وبذلك أصبحت المقايضة لا تتم إلا في حدود ضيقة جداً، وأصبح للبيع مركز الصدارة في التعامل بين الناس في المجتمع، وصار نقل الملكية يتم في مقابل ثمن نقدي بعد أن كان يتم في مقابل سلعة أخرى<sup>53</sup>.

وسنتحدث في هذا المبحث عن تعريف عقد البيع وخصائصه، ومدى معرفة هذه الأنظمة لهذه العلاقة التعاقدية في مطلب أول، ثم نتحدث عن العلاقة بين عقدي البيع والمقايضة والتمييز بينهما في مطلب ثان.

<sup>53</sup> - د. إبراهيم أبو النجا: العقود المسماة في القانون المدني الليبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1997، ص12

## المطلب الأول: مفهوم البيع

يمكن تعريف البيع لغةً بأنه مقابلة الشيء بالشيء، على وجه العوض، ولفظه في الأصل مصدر، فلذا أُفرد وإن كان تحته أنواع<sup>54</sup>.

فهو تملك المال بالمال، وهو بمعنى التعريف الأول.

ويرى البعض أن البيع في اللغة هو إخراج ذات عن الملك بعوض، أي بمعنى تملك الغير للمال، فتمليك منفعة الشيء بالإجارة لا يسمى بيعاً، أما الشراء هو إدخال ذات في الملك بعوض، أو هو تملك المال بالمال، إلا أن اللغة تعتبر اللفظين من الأضداد فتطلق كلاً من البيع والشراء على معنى الآخر، فيقال لفعل البائع البيع والشراء، كما يقال ذلك لفعل المشتري، فباع وشري بمعنى واحد، وابتاع واشترى بمعنى واحد، قال تعالى " وشروه بثمن بخس دراهم معدودة"<sup>55</sup> أي باعوه<sup>56</sup>.

كما يُسمى البيع صفقةً لإحتمال أن كلا المتعاقدين يُصافح الآخر عند التعاقد<sup>57</sup>، تعبيراً منهم عن إتمام هذه الصفقة.

أما البيع في الإصطلاح فله معنيان، عام وخاص

**المعنى العام:** هو معاوضة مال بمال تملكاً وتملكاً على التأييد، وهذا المعنى يشمل المقايضة<sup>58</sup>.

**أما المعنى الخاص:** فيراه البعض بأنه مبادلة غير المنافع بعوض<sup>59</sup>، بينما يراه الآخرون بأنه مبادلة العين بالنقد على وجه مخصوص<sup>60</sup>.

54 - ابن منظور : لسان العرب، ج8

55 - سورة يوسف ، الآية 20

56 - ابن منظور : لسان العرب ، ج8، حرف ش ، مادة شرى .

57 - أ.باسم محمد سرحان : مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين، ص9

58 - ابن الهمام الحنفي : مشار إليه لدى باسم محمد سرحان ، المرجع السابق ، ص9، هامش رقم 5

59 - د.محمد بن عامر : ملخص الأحكام الشرعية في المعتمد من مذهب المالكية ، الطبعة الثانية 1972، ص207

وقد وردت العديد من الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية في إباحة البيع فقال تعالى(وأحل الله البيع) البقرة الآية275، وقوله تعالى ( واشهدوا إذا تباعتم)البقرة الآية282،وقول ايضاً (إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم)النساء الآية29

وعن رسول الله ﷺ أنه قال ( البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)متفق عليه<sup>61</sup>

وعلى الرغم من أنه قد أطرر استعمال البيع ومثله هذا في الشراء على أنه من الأضداد بما يفيد المعنيين جميعاً ، فإن هناك مع ذلك من أبرز أن الفقه الإسلامي إذا أطلق استعمال "كلمة بيع"فإنها تفيد إخراج المبيع من المالك بعوض مالي قصداً ، ويقال " بعث الثوب" على معنى أخرجه من يدي ، وإذا أطلق البائع فالتبادر إلى الذهن أنه باذل السلعة<sup>62</sup>.

ونحن إذ نتحدث عن البيع والشراء في الأنظمة القديمة نتساءل هنا هل عرفت هذه الأنظمة عقد البيع كما نعرفه اليوم؟

يرى البعض من الفقهاء أن هذا العقد لم يكن معروفاً عند الرومان حين تدوين قانون الألواح لذا لم ينص عليه هذا القانون، ذلك لأن عقد البيع نشأ في المجتمعات بظهور النقد ، أما قبل ذلك فالتبادل كان يتم بطريق المقايضة ، وحين ظهر النقد كان البيع يقتصر على المنقولات الزهيدة التي يمتلكها الفرد،أما الأموال الثمينه فكانت ملكاً للأسرة ، وكان يتم بيعها وشراؤها بإجراءات شكلية ودقيقة (المانسياسيو)- وسيرد ايضاحها- وكان العقد يتم بتصرفين قانونيين اولهما نقل ملكية المبيع الى المشتري (الشراء)والثاني تسليم الثمن إلى البائع وهو(البيع)، ثم ظهر البيع بأجل فكان الالتزام بالوفاء يتم بالتعهد الشفهي<sup>63</sup>.

والصحيح من وجهة نظري أن يقال أن البيع لم يكن معروفاً بلفظه كعقد ، وإنما كانت عملية البيع والشراء تُمارس ؛ ولكن بصورة شكلية أدت إلى تجزأتها إلى تصرفين شكليين.

<sup>60</sup> - د.عبد الرحمن الجزيري : المرجع السابق،ص148،وانظر ايضاً باسم محمد سرحان ، المرجع السابق ،ص10، علي السالوس ، المرجع السابق ص1

<sup>61</sup> - محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري :صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، باب البيعان بالخيار ،دار بن حزم ،القاهرة ،طبعة الاولى ،2008،ص251

<sup>62</sup> - انظر :الباهوتي كشاف الأصلاحات ج1،ص136، والفراء ،معاني القرآن ج1،ص56، والمصباح المنير ،مادة"بيع"  
<sup>63</sup> - د.عبد السلام الترماني : المرجع السابق ، ص388

وعند الرومان لم يكن من طبيعة العقد أن ينقل الملكية وإنما كان فقط ينشئ تعهدات على عاتق الأطراف<sup>64</sup>.

وقد استعمل الرومان كلمة (Contrahere) أي الإرتباط في أواخر العصر الجمهوري للدلالة على معنى إبرام عمل قانوني أي الأرتباط بعمل مشروع (contractum) والربط هو دلالة على الجمع بين عمليتين قانونيين مثل الجمع أو الربط بين العمل القانوني المسمى الشراء (emptio) والعمل القانوني المسمى البيع (venditio) ويطلق عليهما معاً بعد الربط "الشراء والبيع" "venditio-et-emptio"<sup>65</sup>.

وما يؤيد ذلك ما جاء في مدونة جستنيان في الباب الثالث والعشرون تحت عنوان (في البيع والشراء) إذ لم تغن أي من الكلمتين عن الأخرى وقد يكون ذلك بسبب تأثير الرواسب الفكرية المنبعثة من العهود السابقة لعهد جستنيان والتي تنظر إلى كل من البيع والشراء كعمليتين قانونيين قائم كل منهما بذاته، وعلى استقلال.

وقد عبّر الفقيه بولس paulus في نص نقله عنه جستنيان في مجموعته أنه لم يكن هناك فرق بين سلعة merx و ثمن pretium ولا بين بائع ومشتري ، ولم يكن للفرقة بين بائع ومشتري ومبيع و ثمن اثر من حيث الطبيعة القانونية للتصرف إذ بقي حكمه نقل الملكية في البديلين في الحال

أما في القوانين الوضعية فقد عرفه المشرع الليبي في المادة 407 من القانون المدني بقوله " البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري شئ أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي" وقد جاءت هذه المادة مطابقة تماماً للمادة 418 من القانون المدني المصري .

كما تبناه كذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني، وقد أكد هذا التعريف على ان المقابل ثمن نقدي، وفي ذلك تمييز جلي له عن عقد المقايضة، فمحل العقد في البيع هو المبيع من ناحية، والثمن من الناحية الأخرى، وذلك بخلاف بعض التشريعات العربية

<sup>64</sup> - أ. ربحي محمد أحمد هزيم: ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين نابلس 2007، ص8

<sup>65</sup> - أ.د. صوفي أبوطالب: تاريخ القانون في مصر، المرجع السابق، ص125 هامش رقم 1، emptio بمعنى شراء أو ابتاع، venditio بمعنى بيع، عقد تملك، venditio، بمعنى بيع "sale -salling" انظر حارث سليمان الفاروقي: المعجم القانوني، مكتبة لبنان، ص246-729

التي لم تحدد طبيعة العوض في عقد البيع وإنما اكتفت فقط ببيان طبيعته من حيث أنه ناقلاً للملكية، ومن أمثلة ذلك التشريع الأردني إذ عرف البيع في المادة 465 من القانون المدني "البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"<sup>66</sup>

## المطلب الثاني: خصائص عقد البيع

---

<sup>66</sup> - أ. ربحي محمد أحمد هزيم ، المرجع السابق ، ص 11

يتميز عقد البيع وفقاً للتعريف الذي تبناه المشرع الليبي بأنه عقد رضائي، وعقد معاوضة، وملزم للجانبين، ناهيك عن كونه عقد مُسمى تولى المشرع تنظيمه في القانون المدني من م407 إلى م470، ويقوم هذا العقد على نقل الملكية لقاء ثمن نقدي.

#### 1- عقد رضائي:

ويقصد بذلك أنه ينعقد بمجرد اتفاق الأطراف ، أي بتبادل الرضا بين الطرفين دون حاجة لإجراءات معينة ، أو إتباع شكل محدد، ومهما كانت الطريقة التي تم بها التعبير عن إرادة الأطراف صراحةً أو ضمناً ، شفاهاً أو كتابةً أو بالإشارة<sup>67</sup>.

والأصل في عقد البيع هو الرضائية، ولكن قد يخرج المشرع عن هذا الأصل إستثناءً بنص صريح مراعاةً منه لمصلحة معينة يقدرها كتبئبه المتعاقدين إلى خطورة وأهمية التصرف الذي يجرونه ، على غرار تنبئبه للمتعاقدن في عقد الهبة م477 مدني ، والوعد بالهبة م479 مدني، فيستلزم أن يكون العقد في شكل رسمي .

والشكالية حين يتطلبها القانون لانعقاد العقد تكون من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وإبرام عقودهم بدون الشكل المطلوب قانوناً، أما الرضائية في العقود فهي ليست من النظام العام ، فيجوز للأطراف الاتفاق على أن التصرف لا ينعقد إلا إذا أخذ شكلاً معيناً ، كتدوينه في سند رسمي أو سند عادي ، ويكون الشكل في هذه الحالة للإنعقاد لا للإثبات<sup>68</sup>.

ولكن يثور التساؤل حين يتفق المتعاقدان على شكل معين دون أن يحددا صراحة وظيفة هذا الشكل هل هي للانعقاد أم للإثبات .

لم يعالج القانون الليبي هذا الوضع ، شأنه شأن القانون المصري ، وترك الأمر للفقهاء ، وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشكالية هنا مشترطة للإثبات ، لإن الأصل في العقود الرضائية ، فمتى لم يذكر المتعاقدان أن الشكل مشترط لانعقاد وجب العودة إلى الأصل وهو الرضائية<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> م90 مدني"1-التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود...2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحاً".

<sup>68</sup> - د. إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، ص17

<sup>69</sup> - انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج1، مطابع دار النشر للجامعات المصرية 1960، ص154

وذهب فريق آخر من الفقه إلى أن الشكل هنا للانعقاد وليس للإثبات ، وحجتهم في ذلك أن المشرع استوجب أصلاً الكتابة لإثبات التصرفات إذا كانت قيمة الالتزام في غير المواد التجارية تزيد على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة ، مالم يوجد نص أو إتفاق يقضي بغير ذلك م387 مدني، وطالما أن القانون استلزم الكتابة للإثبات فلا يمكن أن نقول أن المتعاقدين قد قصدا اشتراط الكتابة للإثبات<sup>70</sup>.

ونرجح الأخذ بالرأي الأول ،لقوة حجته ، فالشكليه ما هي إلا استثناء على الأصل، فمتى لم ينص عليها القانون بنص صريح ، ولم تكن إرادة الأطراف واضحة صريحة في اشتراطها لغرض الإنعقاد وجب العودة إلى الأصل وهو الرضائية ، فالشكل إستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه .

## 2- عقد البيع عقد معاوضة:

ويعني ذلك انه ليس عقد تبرع ، فكلاً من المتعاقدين يحصل على مقابل لما يعطيه،فالبائع يحصل على الثمن عوضاً عن المبيع ، والمشتري يحصل على المبيع مقابل الثمن الذي دفعه، فعقد البيع عقد يحتمل الربح والخسارة ، بمعنى أنه عقد معاوضة دائر بين النفع والضرر، فيخضع للقواعد العامة الخاصة بتنظيم الأهلية بالنسبة للمتعاقدين ،فينبغي للمتعاقد أن يتمتع بأهلية التصرف ، ذلك ببلوغه سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه لأي سبب من الأسباب ،وذلك إعمالاً لنصوص القانون المدني م44 ، وقانون تنظيم احوال القاصرين رقم17 لسنة 1992 م83 ،وبناءً على ذلك إذا أبرم قاصر هذا العقد كالصبي المميز و ذي الغفلة والسفيه بعد رفع دعوى الحجر، فإن هذا البيع يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية إعمالاً لنص المادتين 5، 16من قانون تنظيم احوال القاصرين حيث تنص المادة الخامسة منه على أنه " تكون تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة له نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارةً به ضرراً محضاً ، أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فهي قابلة للإبطال لمصلحة الصغير" كما نصت م 16 على أنه " لا يبطل تصرف ذي الغفلة أو السفيه قبل رفع دعوى الحجر؛ إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ.

<sup>70</sup> - د.ابراهيم أبو النجا: المرجع السابق ، ص19

أما إذا صدر التصرف بعد رفع دعوى الحجر فيسري عليه ما يسري على تصرف الصغير المميز<sup>71</sup>"

3- ومن الخصائص البارزة لعقد البيع أنه عقد ليس ملزماً لجانب واحد فقط وإنما يلقي بالالتزامات على عاتق المتعاقدين ، فكل منهما دائن ومدين في نفس الوقت، فالبايع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري لقاء أخذه الثمن ، والمشتري يلتزم بدفع الثمن لقاء حصوله على المبيع.

### الالتزام بنقل الملكية:

وفي ظل القانون الليبي - الذي حذا حذو القانون المصري- لا تنتقل الملكية مباشرة بمجرد التعاقد وإنما العقد ينشئ إلتزام على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري إذ تنص المادة 407 من القانون المدني الليبي ، وكذلك المادة 418 من القانون المدني المصري على أن(البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي).

وهذا الإلتزام يُنفذ في الحال بالنسبة للأشياء المعينة بالذات ، ويتم تنفيذه في المستقبل بالنسبة إلى الأشياء المحددة بالنوع ، والأشياء المستقبلية، مع مراعاة ما نص عليه القانون بخصوص بعض العقود التي لا تنتقل فيها الملكية إلا بالتسجيل في الدوائر الرسمية المختصة كبيع العقارات، وذلك بخلاف بعض القوانين العربية، كالقانون المدني العراقي الذي جعل العقد ينقل الملكية مباشرةً ، ولا يقتصر أثره على إنشاء التزام على عاتق البائع بنقلها، حيث نصت المادة 531 منه على أن (إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان بيعاً جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز)<sup>72</sup>.

ولا يقتصر الإلتزام الذي يقع على عاتق البائع على نقل ملكية الشئ المبيع، بل يشمل الإلتزام بتسليم المبيع والإلتزام بضمان التعرض وضمان الاستحقاق، فهذه الإلتزامات تعد تابعة للإلتزام الأصلي ، وهو الإلتزام بنقل الملكية.

<sup>71</sup> - أ.د. لكوني عبودة: المدخل لعلم القانون ، نظرية الحق المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، الطبعة الثانية ،

1998، ص 139-151

<sup>72</sup> - د. إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، ص 21

كما أن البيع قد لا يقوم على نقل ملكية شيء بل قد يتطلب نقل حق مالي، فالمادة 407 مدني ليبي كانت واضحة صريحة في أن العقد يُنشئ التزام على عاتق البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر، وبناءً على ذلك قد يكون المبيع حقاً عينياً آخر غير الملكية، كحق الانتفاع، أو حقاً شخصياً كما في حوالة الحق.

أما عقد البيع عند الرومان في صورته الأولى يُعد عملاً غير ناقل للملكية، فالبائع لم يكن مُلزماً بنقل الملكية، والبيع لم يكن عقداً ناقلاً للملكية، وفي مرحلة متأخرة عرف الرومان البيع والشراء كعمليات قانونية تولد التزامات على عاتق أطرافها، وليس كعقد ناقل للملكية، فلم يكن البائع مُلزم إلا بتمكين المُشتري من الحصول على المبيع ووضع يده عليه، إذ يكون مُلزم بنقل الحيازة الهادئة، والمُشتري هو مُلزم بنقل ملكية الثمن، أما إذا اراد أن ينقل الملكية إليه وجب إتباع إجراءات خاصة، وأوضاع معينة، وإذا لم يتعرض للمُشتري أحدٌ لم يكن له حقٌ في مطالبة البائع بشيء ما وعلى الأخص نقل الملكية إليه<sup>73</sup>.

### نقل الملكية لقاء ثمن نقدي:

إن نقل ملكية المبيع - وفقاً لأحكام القانون - يجب أن يكون لقاء ثمن نقدي، أي أن يدفع المُشتري للبائع قيمة المبيع التي تم الإتفاق عليها نقداً، ويعد الثمن النقدي عنصراً أساسياً في عقد البيع، فإن تم نقل الملكية دون ثمن لم يكن العقد بيعاً وإنما هبة، وإن تم نقل الملكية نظير شيء آخر غير النقود كان العقد مقايضةً لا بيعاً، مع ملاحظة أن بعض القوانين العربية - كالقانون العراقي - أجازت أن يكون الثمن مالاً آخر غير النقود<sup>74</sup>.

وهذا ما وفقنا لإيراده فيما يتعلق بخصائص عقد البيع، ولكن هذه الخصائص تتناسب عقد البيع الذي نظمته القانون الليبي، وكذلك المصري وغيرهما من القوانين المماثلة لهما في الصياغة، ولكن لا يمكن أن نصف بهذه الخصائص العملية القانونية التي كانت تتم عند الرومان وبالأخص في ظل القانون القديم، والتي نسميها البيع والشراء - دون أن نغفل أياً من اللفظين - فما كان يجري عند الرومان لا يمكن أن

<sup>73</sup> - د. رمضان أبو السعود : عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، 2000، ص14  
<sup>74</sup> - تنص م506 مدني عراقي على انه "البيع مبادلة مال بمال" كما نصت م507 من هذا القانون " البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البع مطلقاً، وإما أن يكون بيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة"، انظر د. إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص22

نصفه بالرضائية، فالتعاقد آنذاك كان يتم بأوضاع شكلية خاصة وإجراءات معقدة ، كما أن التزامات الطرفين لا تنشأ عن عقد واحد - كما سنرى - وإنما عن عقدين، أو عمليتين قانونيين مستقلين عن بعضهما البعض، كذلك العقود التي كانت تتم في ظل النظام الإقطاعي في مصر القديمة ، فهي أيضاً تتم بصورة شكلية دينية ، متمثلة في أداء الأطراف لليمين ، وهذا ما سنعرض له في هذه البحث.

### تمييز عقد البيع عن عقد المقايضة

إن لخصائص عقد البيع الدور الأمثل في تمييزه عن غيره من العقود، وبالأخص وجود مقابل ، وهذا المقابل يتمثل في النقد وليس في شيء مادياً ، وكونه عقداً ناقلاً للملكية، فتكييف العقد أي إعطائه الوصف القانوني الصحيح يستلزم البحث في وجود هذه العناصر المميزه له عن غيره من العقود.

ويُعتبر عقد البيع من أكثر العقود شهرةً وذيوعاً في التعامل على الإطلاق، في الماضي والحاضر؛ إلا أن عقد القرض سبق عقد البيع في الظهور، كما أنه يمثل المرحلة الأولى في التبادل بين الأفراد، بل إن الناس قديماً وقبل اكتشاف النقود يستعملون كلمة "بيع" في معنى كلمة "مقايضة" وكناتهما تؤدي معنى المعاوضة أي مبادلة شيء بشيء، وقد أدى تطور المقايضة بمرور الوقت إلى ظهور عقد البيع، حيث لم تف المقايضة بحاجة المتقايضين ورغباتهم، لذا بحثوا عن سلعة ذات منفعة عامة تنسب إليها قيم باقي السلع، فاكتشفوا في البداية وساطة المعادن الثمينة، وبخاصة الذهب والفضة، واستخدمت كمقابل للسلع حيث يزن منها المتعاقدان ما يُقدران أنه ثمن للسلع المشتراة، ثم أُنشئت دورٌ للصك ، وفي البداية كانت عملية الصك خارج رقابة الدولة؛ إلا أنها وبمرور الوقت بسطت الدولة رقابتها عليها ، ثم استأثرت هي بسك العملة، وبالتالي أصبحت النقود تشكل الوساطة الأساسية في التعامل ، ومن هنا - وكما يذهب البعض - ظهر عقد البيع وانتشر ، وصار بإمكان النقود أن تشكل المقابل لجميع أنواع السلع، وحل البيع بهذه الكيفية محل المقايضة<sup>75</sup>.

وما نلاحظه على هذا الرأي هو ربطه بين ظهور البيع وبين استعمال النقود المسكوكة .

<sup>75</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج4 البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1960، ص35

في حين يذهب البعض الآخر إلى إعتبار الصورة الأولى لعقد البيع كانت متمثلة في التصرف في الشيء مقابل كمية معينة من المعادن مقدرة سلفاً<sup>76</sup>، وبالتالي وفقاً لهذا الرأي تعتبر العقود التي تستخدم فيها المعادن النفيسة واسطة لتقييم السلع عقود بيع وليست عقود مقايضة، أما العقود التي استخدمت فيها السلع ذات الثبات في القيمة كالغلال والجلود وغيرها والتي تشكل مرحلة ليست بالطويلة في تاريخ التبادل بين الأفراد، فهي عقود مقايضة وليست ببيع<sup>77</sup>.

وبذلك يمكن أن نعتبر أن عقود البيع والشراء ظهرت في الجماعات البشرية قبل ظهور النقود المسكوكة، مع العلم إن البعض من العلماء يرون أن النقود المسكوكة المعدنية ظهرت في القرن السابع قبل الميلاد، كما ظهرت كذلك النقود الورقية ولكن على نطاق أضيق<sup>78</sup>.

وأقدم القطع النقدية كان على شكل بيضاوي منبعج الوسط، يحمل على أحد الجوانب طابعاً كان في الأصل محفوراً ثم صار بارزاً، وعلى الجانب الآخر كانت توجد تجاعيد قُصد بها منع تزيف هذه العملة، ثم ظهرت بعد ذلك بفترة النقود المنبسطة شبه الدائرية، وكان انتشار النقود سريعاً في العالم الأريقي وامتد انتشارها من الشرق إلى الغرب إذ انتقلت من آسيا الصغرى إلى بلاد اليونان الأوروبية ثم إلى مرسيليا في القرن الرابع، ولندرة الذهب كان الغالب استعمال العملة الفضية.

وفي مصر استعملت النقود البرونزية، وحوالي سنة 360 أصدر أحد ملوك الأسرة الثلاثين "تاخوس" للوفاء بأجر مرتزقة اليونان قطعاً من الذهب لها وزن الدارق darigue، وحوالي سنة 400 ضرب القرطاجيون النقود في صقلية وأغلبها من البرونز وكذلك ضربها الروم خلال القرن الرابع قبل الميلاد.

أما عن ظهور البيع في القانون المصري القديم فقد ذهب معظم العلماء الى أن الإقتصاد المصري في عهد الأسرتين الثالثة والرابعة كان قد تجاوز نظلم المبادلة، فقد اشارت العقود التي عُثر عليها والتي تعود إلى تلك الحقبة إلى عملة تسمى ال(شعت)،

<sup>76</sup> - د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص14

<sup>77</sup> - أ. هناء عبد الرحمن: التطور التاريخي للنقود، مجلة إقتصاديات دوريه فصلية تصدر عن دائرة الدراسات والبحوث الإقتصادية بمركز الدراسات والبحوث اليمني، س1، ع3، يوليو سبتمبر 2009، ص2

<sup>78</sup> - أ. صلاح عبد الستار محمد الشهواني: النقود في التراث العربي والإسلامي، مجلة الداعي الشهرية، دار العلوم ديوبند، ع4-5، س2011، ص1 ويضيف "أن اللبيدون في آسيا الصغرى أول من تمكن من سك عملة نقدية معدنية من الذهب والفضة في عهد ملكهم أريديس 625-652 ثم تطورت المسكوكات المعدنية في المدن اليونانية القريبة والبلاد الرومية والفارسية فيما والصينية فيما بعد الظهور الحقيقي للنقود"

وقد استخدمها المتعاقدان لتقييم السلعة المباعة، ويقرر علماء الآثار أن الشعث هو عبارة عن خاتم أو حلق كان بمثابة عملة يستخدمها الأفراد لتقييم مختلف أنواع السلع، ذلك أن قيمته كانت محددة، فقد كانت قيمته تساوي سبع جرامات ونصف جرام من الذهب<sup>79</sup>؛ إلا أن البعض يرى أن البيع في هذه الحقبة لا زال مختلطاً بالمقايضة لأن العقد الذي عُثر عليه لم يدفع فيه المشتري الثمن بالشعث إلى بائع الدار، وإنما استُخدم الشعث فحسب في تحديد قيمة الدار المباعة ومؤدياً بذلك وظيفة العملة الحسابية، وفي مقابل المنزل قدم الكاهن المشتري أمتعةً قُدِّرت بدورها بما يساوي عشرة أشعثات وهي ثمن المنزل.

ومع ذلك نؤيد الرأي القائل بأن هذا العقد بيعاً وليس مقايضة لأن البائع يصرح في نهاية العقد بأنه تلقى الثمن عن طريق الاستبدال بما يفيد أن المشتري كان ملزماً في الأصل أن يدفع الثمن نقداً ولكنه أوفى من طريق الوفاء بمقابل، وقد قبل البائع ذلك، كما عرف القانون المصري القديم في مرحلة لاحقة (الدين) و(الكدت) وهي عبارة عن قطع فضية تشكل نقوداً تدفع مقابل السلع المباعة ولا يدفع المشتري أشياء مختلفة بدلاً منها، ومن ثم يمكن أن نقول إن عقد البيع تميز تميزاً واضحاً عن المقايضة<sup>80</sup>، وهناك العديد من العقود الشبيهة في وثائق عصر الدولة الحديثة في القرن الرابع عشر قبل الميلاد وفي وثائق عهد الأسرة السادسة والعشرين من القرن السابع حيث تم تبادل أنعام وأراض وملابس، وأيام عمل بعد تقويمها بأوزان من الذهب والفضة بوصفها مجرد مقياس للقيم أو عملة حسابية

أما عند الرومان فقد ظهرت عقود البيع والشراء منذ عهد القانون القديم، حيث ظهرت في بادئ الأمر السلع ذات النفع العام، وكانت متمثلةً في رؤوس الماشية، ومنذ عام 454 ق.م ظهرت النقود المعدنية متمثلةً في صورة سبائك من البرونز تتحدد قيمتها حسب مقدار وزنها، ومنذ عام 325 ق.م تولت الدولة سك العملة وكانت الوحدة النقدية هي الأس، وهي سبيكة من البرونز تزن حوالي 327 جراماً، ثم ظهرت بعد ذلك العملة الفضية ما بين عامي 268 و269 متمثلةً في الدينار الفضي (DENARUS) وهو

<sup>79</sup> جاك بيرين: تاريخ حضارة مصر القديمة، ج1، باريس 1961، ص149  
<sup>80</sup> - د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص53، ص264

يعادل عشر آسات ، وفي عام 217ق.م سكت الدولة أول عملة ذهبية وهي ما عُرف باسم أوري (AURI)<sup>81</sup>

وقد ظهرت في الفقه الروماني مجموعة من النظريات تفرق بين البيع والمقايضة على أساس من فكرة السوق، أو من "الطلب" فعارض السلعة على الجمهور هو "البائع" والمشتري هو من يعوضه وفق إمكانياته ، وقد قامت على هذا الأساس نظرية المدرسة السابينية في الفقه الروماني ، وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على نصوص إغريقية في الإلياذة والأودسا<sup>82</sup> لهوميرو homer الذي كان في عصر ما قبل استعمال النقود (القرن التاسع) قبل الميلاد.

وأما الرأي الثاني فالتفرقة بين البيع والمقايضة فيه لا تقف عند مجرد تمييز المقايضة بأنها مبادلة مال مقصود لذاته من أحد الطرفين بمال مقصود لذاته من الطرف الآخر، وإنما تتطلب في البيع أن يكون في مقابل سلعة ذات ثبات في القيمة، وعبر عن هذه النظرية الفقيه الروماني بولس paulus ، وبقي حكم التصرف نقل الملكية في الحال في البدلين ، ولم يكن لاستعمال النقود أثر في تغيير هذا الحكم، وإنما كان أثره عند الروم في الاستثناء من الوزن الذي أصبح الرمز إليه يؤدي دور الشكل في تصرف مجرد.

ولم يقف الأمر عند الرومان عند البيع الفوري وإنما ظهر عندهم نوع من البيع جديد هو البيع الرضائي المنشئ للالتزامات على طرفيه جميعاً.

والذي اقتضى استحداث هذا النوع من البيع هو ضرورة التعامل مع الأجانب مع شدة التزمتم الشكلي في تصرفات القانون الروماني الذي لا ينطبق أصلاً إلا على الوطنيين وحدهم ، وبهذا اتسم البيع في القانون الروماني بسمات عجلت التمييز بينه وبين المقايضة بل وكذلك بينه وبين البيع الفوري ، ومن أهم هذه الفروق:

1- في البيع يلتزم البائع بنقل الحيازة الهادئة ، والمشتري ينقل ملكية الثمن ، في حين أن المقايضة يجب فيها نقل ملكية البدلين.

<sup>81</sup> - انظر د. صوفي أبوطالب، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 44

<sup>82</sup> - نصوص الإلياذة والأوديسا عرضها أرنجوبوز في كتابه بالإيطاليه البيع في القانون الروماني ج 1 ص 8 وما بعدها - نص الأودسا (1:428) يعبر عن فكرة الطلب وفيه صور رغبة أحد الأفراد في الحصول على أمة معينة (بعوض صاحبها عنها) فقص أحد الطرفين أن يحصل على شئ يرغب فيه يقابل قصد الطرف الآخر أن يأخذ أي شئ يعوضه حالاً أو استقبالاً ، فظاهرة العرض في النص جعلت أحدهما في منزلة المشتري

2- في البيع ينشأ الالتزام بمجرد الرضا في حين أنه الالتزام في المقايضة لا ينشأ حتى يقوم أحد الطرفين بالتنفيذ.

3- يترتب على إختلاف محل الالتزام السابق جواز بيع ملك الغير وعدم جواز المقايضة به

وانتقلت هذه التفرقة إلى جميع القوانين التي تأثرت بالقانون الروماني كالقانون المصري والليبي ، ولم تظهر هذه التفرقة في القوانين السابقة لإنشاء روما كقوانين مصر الفرعونية وآشور و بابل وغيرها .<sup>83</sup>

والمقايضة كما عرفها المشرع في م471مدني لبيبي،م482 مدني مصري "عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود"

ومن خلال هذا التعريف يتضح الفارق بين البيع والمقايضة، بحيث لا يختلط أحدهما بالآخر، وهو أن في البيع يتم فيه نقل الملكية في مقابل ثمن نقدي ، في حين يكون المقابل في المقايضة شيئاً آخر ليس من النقود.

كما نلاحظ أن المقايضة تدخل في عموم التعريف الذي سبق إيراده فيما يخص البيع عند من يعرفون البيع بأنه مبادلة المال بالمال، فيشمل هذا التعريف البيع ، والمقايضة، كما يشمل كذلك الصرف.

وفي الختام يمكننا أن نقول أنه في هذا الفصل قد حاولنا أن نمهد لموضوع البحث بالحديث أولاً عن مفهوم تاريخ القانون باعتباره أحد العلوم القانونية وعن تاريخ النظم القانونية وتاريخ مصادر القانون باعتبارهما مجالين رئيسين للبحث في تاريخ القانون ،كما أوضحنا بشكل مختصر أهم عصور تاريخ القانون بالنسبة لمصر القديمة والقانون الروماني،كما تناولنا ظهور الإلتزام في هذه الحضارات القانونية وكيف تطور، ثم أتمنا ذلك بالحديث عن ظهور عقد البيع باعتباره من أهم مصادر الإلتزام وعن تطوره مع مرور الزمن، وخصائصه التي تسهم في تمييزه عن غيره من العقود، وعلى وجه الخصوص تمييزه عن المقايضة ، وقد رأينا أن أولى مراحل

<sup>83</sup> - انظر رانجو رويز ، المرجع السابق ج 1، ص7،8 ، وانظر في المقايضة ماركو بالزريني في أحدث موسوعة إيطالية ج2، ص992 وما بعدها

التعامل بين الناس بلا شك مرحلة المقايضة TROC أو كما يقال مرحلة الاقتصاد الطبيعي في مقابلة الاقتصاد النقدي، ذلك لأن الاقتصاديين يستعملون مصطلح troc ليعبروا به عن عملية مبادلة شيء بشيء آخر بغير استعمال النقود ، أما القانونيين فيستعملون مصطلح مقايضة ليعبروا به عن معنى مغاير لمعنى البيع أو الشراء، حتى أن الفقهاء المحدثين يكادون يجمعون على أن عقد البيع إنما هو تصرف قانوني يقابل المقايضة وان اختلافه الجوهرى عنها إنما نشأ من ضرورة أن يكون الثمن فيه نقداً وجرى التشريعات الحديثة على النص فعلاً على هذا كما هو الحال في القانون المدني الليبي الذي عرف البيع بأنه عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي.

وإذا كنا قد انتهينا في الفصل التمهيدي من هذه الدراسة التي تعد بمثابة إلقاء الضوء على بعض العموميات والقواعد الأساسية التي يحتاجها موضوع بحثنا فإننا سننتقل إلى الحديث عن الشكلية كأساس لاستقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في الفصل الأول من هذه الدراسة.

## الفصل الأول

الشكلية كأساس لاستقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري

## الفصل الاول

### الشكلية كأساس لاستقلال التزامات

#### البائع عن التزامات المشتري

إن إبراز دور الشكل في استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في النظم القديمة يتطلب منا تسليط الضوء على ماهية الشكل أو مفهومه، وعلى الدور الذي لعبه الشكل في ترسيخ هذا الاستقلال، لذا سنتناول هذه المواضيع على التوالي في المباحث التالية، سنخصص الأول منها لمفهوم الشكلية، وأما الثاني فسيكون عن صور أو وسائل الشكلية، والثالث سنخصصه لدور الشكل في تكريس الاستقلال بين التزامات كل من البائع والمشتري.

#### المبحث الأول

## المفهوم القانوني للشكالية

إن للشكالية مفهومها الخاص كمصطلح قانوني ، كما أن هناك عدة عوامل في الماضي كانت وراء ظهور صور متنوعة للشكل في التصرفات القانونية في الأنظمة القديمة .

هذه المواضيع هي ما سيتم تناوله في هذا المبحث ، وذلك من خلال مطلبين، إذ سيكون الأول منهما عن تعريف الشكالية ، وأما الثاني فسيكون عن عوامل نشأة هذه الشكالية

### المطلب الأول

#### تعريف الشكالية

لن نتمكن من الوصول إلى مفهوم الشكالية ما لم نتناول تعريف الشكالية، لنعرف فيما إذا كانت الشكالية ذات تصور واحد في القوانين القديمة والحديثة أم لا .

ماذا نعني بالشكالية؟ الشكل في اللغة هو صورة الشيء المحسوسة والمتوهمة، وجمعها أشكال، ويقال مسائل شكالية أي المسائل التي يهتم فيها بالشكل دون الجوهر<sup>84</sup>

أما الشكل في الاصطلاح فهو عبارة عن أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة، يفرض بصورة إلزامية من قبل المشرع ويكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد<sup>85</sup>.

فالشكالية هي عدم الاكتفاء بالإرادة ذاتها لإنشاء التصرف القانوني، بل يجب فوق ذلك إفراغها في شكل معين يحدده القانون لكي يتم هذا التصرف، ويشبه البعض الشكل بالرداء الذي تظهر به الإرادة عند التعبير عن نفسها ، وبناءً عليه فإن الشكل يتصل بالتعبير عن الإرادة، لا بالإرادة ذاتها، وذلك أن الإرادة تعدّ أمراً باطنياً، من كوامن النفس ولا يمكن الإطلاع عليها ، ومعرفتها إلا إذا باشر صاحبها إظهارها إلى الوجود المادي بتعبير يصدر عنه للدلالة على ما أراد، فإظهار الإرادة إلى العالم

<sup>84</sup> - أ.علي عبد العالي خشان الأسدي: النظام القانوني للشكل في قانون المرور، مقال منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 14، ع2، ص206، 2008، ص206  
<sup>85</sup> - نفس المرجع السابق، ص206

الخارجي بشكل مادي محسوس هو مايمكننا من فهمها، والتأكد من جديتها في الانصراف إلى إحداث أثر قانوني معين<sup>86</sup>.

لكن هل يمكن أن نعتبر كل تعبير عن الإرادة شكلاً في الاعتبار القانوني، أي في نظر القانون ، أم أن الأمر يتطلب التعبير في صورة خاصة ، وليس التعبير ذاته ؟

وهذه المسألة رغم بساطتها ووضوحها إلا أنها أثارت خلافاً فقهيّاً كبيراً ، فهناك من يرى أن التعبير عن الإرادة بحد ذاته يعدّ شكلاً بالمعنى القانوني، واستند أصحاب هذا الرأي في اتجاههم هذا إلى أن الإرادة شيء خفي ، لا يمكن معرفتها إلا بإظهارها إلى الوجود المادي بالتعبير عنها ، وهذا التعبير ما هو إلا شكلاً للتصرف القانوني .

وهذا الإتجاه لا يمكن الأخذ به أو التعويل عليه ، لأنه يدفعنا إلى القول بأن جميع التصرفات القانونية هي تصرفات شكلية ، وهذا الأمر غير منطقي،بالإضافة إلى ما فيه من إلغاء تام لمبدأ الرضائية في العقود.

وهناك اتجاه آخر- وهو الذي يظهر في التعريف الذي تبنيناه للشكلية - يرى أنه لا يمكن تصور الشكلية إلا إذا كان هناك شكل محدد يجب التقيد به ، وأن التصرف لا يعتبر شكلياً إلا إذا تم التعبير عنه بشكلية مفروضة ، وهذا الاتجاه يضيق من نطاق الشكلية بحيث تقتصر التصرفات الشكلية على تلك التصرفات التي يتخذ فيها التعبير عن الإرادة وضعاً أو شكلاً خارجياً معيناً ،ومن مؤيدي هذا الاتجاه الفقيه "هرنج" والذي يرى ((أن الشكلية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه))<sup>87</sup>

ومن هذا كله نصل إلى أن العقد الشكلي هو العقد الذي لا يتم بمجرد التراضي بين المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك إتباع شكل مخصص يعينه القانون ، وبدونه لا يوجد العقد قانوناً ولا يرتب أثراً ولا يمكن الإحتجاج به، وأكثر ما يكون الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد، ويقوم بتحريرها شخص مكلف قانوناً وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود ، ولم يتبق في القانون الحديث إلا عدداً قليلاً من العقود الشكلية، والغرض من إستبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى

<sup>86</sup> - د.وسن قاسم غني ، المرجع السابق ، ص13

<sup>87</sup> - نفس المرجع السابق ، ص14

خطر ما يقدمون عليه من تعاقديات أو حماية الغير في بعض الأحيان كما في عقد الهبة (هبة العقار) التي نصت عليها المادة 1/477 مدني ليبي بقولها " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر"، وكذا عقد الرهن الرسمي 1/1034 مدني ليبي، وقد تكون الشكلية في صورة الكتابة العرفية كما هو الحال في الإتفاق كتابياً على إنشاء ملكية الأسرة بين مجموعة من الأشخاص إذا كانوا أعضاء أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة م855 مدني ليبي؛ إلا أن ذلك لا يعني دائماً أن الشكل كفكرة لا تقوم إلا حيث يتطلبها القانون؛ إذ يجوز للمتعاقدين على أن يكون العقد الذي سيوجد بينهما في المستقبل سيأخذ شكل معين كتحريره في ورقة رسمية، أو في ورقة عرفية، وعندئذ يعتبر الشكل في هذه الحالة ركناً ضرورياً في العقد لا يوجد بدونه ولكن بشرط أن يكون مقصدهما واضح الدلالة بما يفيد هذا المعنى.

وتختلف الشكلية الحديثه عن الشكلية القديمة في أنها- أي الشكلية الحديثه - لا تكفي وحدها في تكوين العقد، بل لابد أن تقترن بأرادة المتعاقدين، فالأرادة هي التي يقع عليها الشكل، وبعبارة أخرى فإن الشكل يضاف إلى الإرادة ولا يغني عنها.

أما الشكلية القديمة - كذلك التي كانت معروفة في القانون الروماني القديم- فقد كانت تعد وحدها هي العنصر المكون للعقد، لذلك لا يجوز الطعن عليها بالغلط أو التدليس أو الأكره أو غير ذلك من الدفع الموضوعية، فالشكل كان هو العقد لا الإرادة<sup>(88)</sup> ومتى تم الشكل انعقد العقد بغض النظر عن وجود الإرادة أو خلوها من العيوب.

وهناك إجماع بين الباحثين على أن القانون الروماني اصطبغ تماماً بالشكلية وكانت هي الطابع المميز له طيلة عصر القانون القديم، ولا غرابة في ذلك فالمجتمع الروماني في تلك الحقبة الزمنية كان مجتمعاً زراعياً محدود الصلات بالعالم الخارجي، ومن ثم كان يعيش طبقاً لمبدأ الأكتفاء الذاتي، وهذه الشكلية كانت تحتم القيام بإجراءات وطقوس معينة أو التلفظ بألفاظ محددة أو استعمال الكتابة.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> - د. السنهوري: الوجيز في القانون المدني، ص35-36

<sup>89</sup> د. محمود السقا: معالم تاريخ القانون المصري، مكتبة القاهرة الحديثه، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص400

وقد أخذت هذه الشكليات تضعف وتراجع تدريجياً تحت تأثير الظروف الحضارية والأقتصادية والأجتماعية.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن مجرد الإتفاق في القانون الروماني لا ينشئ إلتزاماً بل يجب أن يوطر في قوالب شكلية ، بحيث إذا توفر الشكل المرسوم أصبح هذا الإتفاق ملزماً، ولم يكن بعد ذلك للمدين التحلل من هذا الإتفاق بحجة أن الغرض الذي تعاقد لإجله لم يتحقق أو لعيب في إرادته ، ذلك لأن القانون الروماني لم يكن يعرف حتى في آخر مراحل تطوره مبدأ كفاية الرضا لإنشاء العقد خلافاً لما عليه الحال اليوم ؛ إذ يكفي إتفاق الأطراف لإنعقاد العقد ، فالإرادة تستطيع بذاتها أن تقيم العقد وليست بحاجة إلى إجراء شكلي آخر يساندها ، وتستطيع أن تحدث ما ترغبه من الآثار على العقود إلا فيما اشترطه القانون لبعض التصرفات المهمة ، أو الأحكام التي تتعلق بالإثبات ، فالكتابة مثلاً وإن كانت غير لازمة لإنعقاد التصرف ؛ إلا أنها تشكل قيلاً على الإرادة ، ذلك أن تخلفها قد يؤدي الى ضياع الحقوق.

## المطلب الثاني

### عوامل نشأة الشكلية

للشكلية في القوانين القديمة عوامل متعددة نبعت منها ، و كانت المصدر الأساسي والأول في ظهورها والإصرار عليها في الحضارات القديمة، وهذه العوامل يمكن إجمالها فيما يلي :

#### العامل الأول:العامل الديني

إن أول ما يمكن أن نشير إليه كعامل أساسي أدى دوراً كبيراً في ظهور هذه الشكليات هو الدين ، والسبب في ذلك يعود الى عدم قدرة الشعوب القديمة على إدراك الظاهرة القانونية في مفهومها الصحيح ، والنظر إلى القانون باعتباره أحد الظواهر الاجتماعية التي تنشأ تلقائياً من تفاعل العوامل الأخرى التي تسود المجتمع سواء كانت عوامل اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، كما تصوروا عدم قدرة الإنسان على خلق القواعد التي تحكم سلوكه في علاقته مع الآخرين ، ونظروا الى القانون نظرتهم الى الظواهر الطبيعية الأخرى ، ونسبوا كل الظواهر التي يجهلون مصدرها الى القوى الخفية غير المنظورة التي تتحكم في هذا الكون أي نسبوه إلى الآلهة<sup>90</sup>، لأن الإنسان من وجهة نظرهم كان عاجزاً عن صياغة القواعد القانونية التي تضبط سلوك الأفراد.

وقد عبر البعض الآخر عن هذا المعنى بقوله أن الشعوب القديمة كانت عاجزة عن إدراك قانون السببية سواء في مجال الطبيعة أو في مجال تنظيم المجتمع، فكان من نتيجة ذلك أن نسبت القواعد القانونية إلى القوى الغيبية.<sup>91</sup>

وكان من نتاج ذلك أن صُيغت القاعدة القانونية بالصيغة الشكلية ،ذلك لأن النظم القانونية نشأت متأثرة بالأفكار الدينية ،والتي تتطلب ضرورة التلطف بألفاظ معينة ،أو القيام بأعمال محددة كعنصر أساسي لصحة التصرفات القانونية<sup>92</sup> ،فالتعاقد مثلاً في العهد الفرعوني القديم كان يجري على نظام ديني أو شكلي ، وفي المعابد مما يعطيه

<sup>90</sup> أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق،ص284

<sup>91</sup> محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية،دار الثقافة للطباعة والنشر، الإسكندرية1979،ص36

<sup>92</sup> - عبد الرحمن بن محمد المكي جابري : مناقشة آراء المستشرقين حول التشابه والاختلاف في القواعد والأحكام بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، رسالة ماجستير ،جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الدعوى ، 1994،ص26

قوة التنفيذ وبالتالي فهم ينظرون إلى القانون على أنه وحي من الآلهة ، وهو إرادة إلهية تصدر في كل قضية على لسان رجال الدين ممن كانوا يمتازون باتصالهم بالآلهة، وبالقدرة على تعرف مشيئاتهم وتلقي أحكامهم، وكانوا يجمعون بين أيديهم الوظيفة الدينية والقضائية<sup>93</sup> لأنهم كانوا في نظرهم يمثلون إرادة الآلهة، وينقلونها إلى الشعب؛ لذا أتسمت القاعدة القانونية بالثبات وعدم القابلية للتعديل حتى لو تغيرت الظروف التي وضعت في ظلها القاعدة، واتسمت أيضاً بالشكلية، فالحقوق والالتزامات ارتبطت بالدين من حيث الشكل والذي يتمثل في ضرورة التلفظ بألفاظ معينة، ومراعاة صيغ دون غيرها .

#### العامل الثاني: القضاء

كان القاضي -عند الفصل في النزاع- ينطق بالحكم الذي الذي هو -في نظرهم- إلهام من الآلهة، وكان هذا الوحي يصدر في كل نزاع على حدة، غير أنه بمضي الزمن وتكرار الحوادث المتشابهة أصبح من المؤلف صدور الحكم الملهم متشابهاً أو متحداً في كل نوع من أنواع هذه الحوادث ، لأن الناس لا يحبون الانحراف عن شيء يعرفونه إلى شيء يجهلونه ، كما أن القضاة يخشون غضب الآلهة إن هم حادوا عن الأحكام السابقة ، فأخذ الخلف يهتدي بالسلف في أحكامه ، ويقلد آباءه وأجداده فانتقلت بذلك من جيل إلى جيل صورة هذه الأحكام في عبارات موجزة وصيغ محددة تستوعبها الحافظة ، فرسخت في النفوس واستقرت فيها ، واستعاض الناس عن هذه الأحكام التي أدركها النسيان بهذه الصيغ<sup>94</sup>

#### العامل الثالث: العامل الاجتماعي

وكما أن الدين – كما رأينا – لعب دوراً كبيراً وأساسياً في نشأة الشكلية فإن للعامل الاجتماعي أيضاً دوره في هذا المضمار، فقد كانت البنية الاجتماعية البدائية تقوم على أساس من التضامن والعبادة المشتركة، فالمجموعة الواحدة متضامنة في عقيدتها فتعبد آلهتها ولا يحق لشخص غريب أن ينتمي إليها إلا إذا شاركها في ممارسة هذه العقيدة وعباد آلهتها، والفرد في إطار هذه الجماعة لا يتمتع بالشخصية المستقلة أو بملكية مستقلة عن ملكية الجماعة لذا ليس للفرد أن يتصرف بشيء يعود للملكية

<sup>93</sup> عمر ممدوح مصطفى : أصول تاريخ القانون، المرجع السابق 1960، ص35

<sup>94</sup> نفس المرجع السابق، ص68

الجماعية إلا بإذن الجماعة وموافقتها، كما أنها- أي الجماعة- تتحمل مسؤولية الأعمال التي تصدر عنه<sup>95</sup>.

ولما نشأت المدينة وتم تدوين عاداتها وأعرافها لتشكل بذلك قانونها، نجد أنها قد حافظت على تقاليدها السابقة، وبالأخص ما يتعلق بفكرة التضامن بين أفراد الجماعة الواحدة، وظل أثر هذه الفكرة واضحاً في إجراءات التقاضي، وفي التصرفات القانونية.

ففي إجراءات التقاضي فإنها كانت تتم بحضور حشد من أقرباء المدين وكانهم قد أتوا لنصرته بالدفاع عنه ولدفع الكفالة ولإنقاذه من الرق، وأما في مجال التصرف القانوني فالكثير من التصرفات لا تكون صحيحة إلا بإشهاد شهود يمثلون الجماعة.<sup>96</sup>

كما احتفظت الكثير من الشرائع القديمة ببعض النظم التي تعود إلى عهد القوة حيث نجد القوة مصدراً لبعض الحقوق ووسيلة لحمايتها، فمثلاً إكتساب الملكية لدى الرومان كان يقوم في بعض الأحيان على أساليب تظهر فيها أثر القوة حيث كانوا يصورونها على أنها استيلاء من جانب المكتسب ففي إجراءات الإشهاد لا ينطق ناقل الملكية بكلمة واحدة بل نجد المكتسب هو الذي يقبض على المال بيديه وينطق بالعبارات المحددة، كما استعملوا كلمة *capere* للدلالة على الملكية وهي تعني الأخذ أو القبض، واستخدموا العصا إشارةً إلى الرمح الذي كان يرمز إلى الملكية المكتسبة بطريقة أكيدة لأنهم يعتبرون أكثر أنواع الملكية ضماناً وتوكيداً هي التي غنموها من الاعداء.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> - السلام الترماني: الوسيط في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة الكويت، 1982، ص186

<sup>96</sup> نفس المرجع السابق، ص187

<sup>97</sup> - د. صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون ص266

## المبحث الثاني

### صور الشكلية

تميزت بعض النظم القديمة بتوجيه الأفراد نحو الاهتمام بالشكليات الدقيقة لأنها تمثل عنصراً فعالاً لهم في صراعهم من أجل الحق ، حيث يتعرضون لخطر فقدان الحق لأقل خطأ فيها ، وهذه الشكلية تكمن في الصور التي كانت متبعة في المعاملات التي تنظمها تلك القوانين.

### المطلب الأول

#### صور الشكلية في القانون المصري القديم(القانون الفرعوني)

رغم احتدام الجدل في الأوساط الفقهية التي عُثرت بتاريخ القانون حول طبيعة العقد عند قدماء المصريين فيما إذا كانت العقود ذات طبيعة شكلية أم رضائية، فإن النظر فيما حملته البرديات والآثار والنقوش وما تناوله كبار الفقهاء من تفسير لنصوص وعقود تم العثور عليها يكشف لنا عن بعض صور الشكليات التي تظهر بجلاء في معاملاتهم ، فبعض هذه المعاملات نجدها مدونة تدويناً منظماً على يد كاتب، وتحمل توقيعات الأطراف والشهود والكاتب ، كما كانت هناك سجلات رسمية خاصة يتم فيها تسجيل العقود ، ومع ذلك نجد الكثير يذهب إلى القول إلى أن العقود - في بادئ الأمر وعلى اختلاف أنواعها شفوية<sup>98</sup> يضمن فيها الملتزم وفاء الالتزام بيمين يحلفها في حضرة الشهود ، وبعد ذلك - في عهد الدولتين الوسطى والحديثة - حل العقد الكتابي<sup>99</sup> محل العقد الشفهي ولكنه لم يتخلص تماماً من بعض آثار الشكلية ، فكان العقد يتم عن طريق أداء اليمين أمام القاضي ، ثم يقوم الكاتب بتدوين محتوياته ، وانتهى الأمر بأن أصبح العقد يتم كتابته دون حاجة إلى حلف اليمين، إلا إذا نشأ عن

<sup>98</sup> - والمقصود بالعقد الشفهي هنا العقد الشكلي الذي يتم بأداء اليمين  
<sup>99</sup> - العقد الكتابي يقصد به العقد الرضائي المثبت بالكتابة

العقد التزام يجب الوفاء به مستقبلاً ، ففي هذه الحالة لابد من إثبات واقعة أداء اليمين بشهادة الشهود الذين جرى الحلف بحضورهم<sup>100</sup> .

ومهما كانت نتيجة هذا الجدل ، فإننا لا نستطيع أن نغض الطرف عن صور للشكالية تظهر بوضوح في معاملاتهم وهي كما يبدو لنا كالآتي:-

## البند الأول: الكتابة

هناك العديد من النقوش وأوراق البردي تحوي عقوداً مدونةً أي مكتوبة تم العثور عليها ، وتناولها العلماء بالفحص والدراسة ، والتدقيق ، وترجع هذه العقود المكتوبة لمراحل مختلفة من تاريخ الدولة المصرية الفرعونية .

ويختلف دور الكتابة في هذه العقود ، تارةً نجد الكتابة شرطاً للانعقاد، وتارةً نجدها لتوثيق التصرفات التي تتم وإثباتها ، وفي أحيان أخرى نجد كتاباً لشهر التصرف الوارد على العقار.

### أولاً: في الدورة الأولى "عصر الدولة القديمة":

1- في النصف الأول من هذا العصر – في عهد الأسرتين الثالثة والرابعة- نجد الكثير من التصرفات التي تم تدوينها كالهبات والوصايا والإجازات وعقود البيوع والشراء، ونلاحظ أن العقود الناقلة للملكية خلال هذه الفترة تتم كتابتها لغرض التوثيق والشهر ، فالعقد كان يكتب ويوقع عليه الطرفان بالإضافة إلى عدد من الشهود ، ثم تعطى منه صورة إلى كل من الطرفين ، وهذه الوثيقة التي تعد في شكل رسمي تسمى "أ" أو "أنيسوت" وتحفظ في مكاتب التوثيق<sup>101</sup>، ويتم الرجوع إلى هذه الوثائق المكتوبة لإثبات التصرف ، وفوق ذلك تخضع العقود الناقلة لملكية العقارات لإجراءات الشهر ، حيث كانت هناك مصلحة تقوم على مسح الأراضي (الكادسترا)، وقد أثبت المؤرخون وجودها منذ عهد الأسرة الأولى ، وكانت هذه المصلحة تتولى مهمة إحصاء الملكيات والملاك ، وكانت تثبت في سجلاتها اسم المالك مع بيان ما يملك من الأراضي أو العقارات ، وهي لذلك كانت ترصد في سجلاتها (مجات) السند الناقل للملكية ، وهذا التسجيل يسمى في عرف أهل مصر القديمة (إيمي – رن- ف) وكان هذا التسجيل

<sup>100</sup> - د. شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، ص 216 - وانظر أيضاً د. عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ص 259

<sup>101</sup> - د. شفيق شحاتة ، المرجع السابق ص 42

يجعل من التصرف حجةً على الغير<sup>102</sup>، ولإتمام عملية الشهر كانوا يدونون نص الوثيقة الناقلة للملكية على نصب حجري ويوضع بالعقار الذي ورد عليه التصرف.

أما فيما يخص عقود البيع والشراء في هذه الفترة على وجه التحديد فقد اكتشف علماء الآثار ملخصاً منقوشاً على نصب من الحجارة لعقد صادر من أحد الكتاب وهو المدعو "تنتي" إلى الكاهن "كيمابو"<sup>103</sup> وهذا العقد قد يكون أقدم عقد في العالم وصلتنا به وثيقة من عقود القرون الأولى من الألف الثالث قبل الميلاد، تم في مصر في عهد بناء الإهرام، والمبيع فيه منزل أعطاه الكاتب (تنتي) thenti إلى الكاهن كيمابو kemapou، ويقيم بثمن هو عشرة أشعاث (الشعث هو حلقة من الذهب تزن حوالي سبعة جرامات ونصف) ولكن هذا الثمن لم يدفع إلى بائع الدار، وإنما استخدم فحسب في تحديد قيمتها مؤدياً بذلك وظيفة العملة الحسابية، وفي مقابل المنزل قدم الكاهن المشتري أمتعة قدرت بدورها بما يساوي عشرة أشعاث<sup>104</sup>.

وقد يذهب البعض إلى اعتبار الكتابة في هذا العقد هي للانعقاد، إلا أن القول بذلك يتطلب التدقيق في صياغة هذا العقد، فقد ورد الحديث على لسان المشتري بصيغة الماضي "قد أخذت هذه الدار من الكاتب تنتي بعوض، وقد أعطيت مقابلها..." الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن العقد قد تم الإتفاق عليه أي انعقد بمجرد التراضي بين طرفيه البائع والمشتري، وأن كل طرف نفذ التزامه كاملاً في مواجهة الطرف الآخر، فالبايع قد نفذ التزامه بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري، كما أن المشتري قد أوفى بالتزامه بدفع الثمن المتفق عليه<sup>105</sup> وكل ذلك تم قبل كتابته، مما يفيد أن دور الكتابة في هذا العقد تقتصر على توثيقه وتسجيله، ولا يغير من طبيعة العقد كونه رضائياً أن يشترط القانون لإثبات التصرفات العقارية أن يكون العقد موثقاً<sup>106</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الكهنة في هذه الفترة هم الذين يقومون بتوثيق العقود لأن التعاقد في هذا العصر كان يتم على نظام ديني (شكلي) في المعابد كما ذكرنا مما يعطيه قوة التنفيذ

102 - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 43

103 - نفس المرجع السابق ص 47 - ترجمة العقد كاملة لدى شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 47-48

104 - جاك بيرين المرجع السابق، ج 1، باريس، 1961، ص 149

105 - د. مصطفى صقر: مبدأ الرضائية في الشرائع القديمة، 1998، ص 90

106 - نفس المرجع السابق، ص 93

أما عن إعتبار الكتابة ركناً أساسياً لازماً لصحة التصرف، فإن ذلك يتبدى واضحاً وجلياً في الوصايا والهبات، إذ عثر العلماء على وصيتين يرجع تاريخهما إلى عهد الأسرة الرابعة<sup>107</sup>.

والوصية كانت تعد عملاً كتابياً<sup>108</sup>، وهي لا تصح عندهم إلا إذا صدرت كتابة، وكان الموصي صحيح العقل والبدن<sup>109</sup>.

كما كانت الهبة معروفة هي الأخرى في هذا العصر، وإن كانت تختلط في كثير من الأحيان بالوصية، ونصوص عقود الهبة التي تم العثور عليها، والتي تعود الى عهد الأسرة الرابعة، يجري فيها الحديث على لسان الواهب، إلا أنه قد جاء في وثيقة ترجع الى عهد الأسرة الخامسة ما يفيد أن الموهوب له قد قام بنفسه بتحرير السند الكتابي المثبت للهبة<sup>110</sup>.

**2-العصر الإقطاعي الأول،** فإذا ما انتقلنا الى المرحلة التالية من عهد الدولة القديمة، وهي الفترة الإقطاعية أو مايسمى **بالعصر الإقطاعي الأول** فقد ذهب البعض إلى أن دور الكتابة قد تراجع كثيراً في هذا العهد، ورغم ذلك نلاحظ استمرار خضوع الوصية لذات الشروط الشكلية التي كانت تخضع لها في العهد السابق، فقد كانت تدون كتابة وفي نص وصية "نكعنخ" الخاص بوظيفة كبير الكهنة نجد العبارة الآتية: "أنه قد حرر مكتوباً لأولاده لكي يصبحوا كهنة حتحور سيدة قوص"، وكذلك في وصية أخرى نجد الوصية قد كتبت في حضرة شهود عديدين، وهو ما عليه الحال في الهبات<sup>111</sup>.

بصفة عامة فإن الكتابة في العهد الإقطاعي فقدت الكثير من قيمتها، فصحيح أن الوصايا والهبات التي ترجع إلى عهد الأسرة السادسة قد تمت عن طريق الكتابة حيث ذكر فيها صراحةً أنها دُونت كتابةً، إلا أن استقرار النظام الإقطاعي في عهد الأسر

<sup>107</sup> -الوصية الأولى للوزير نيكاورع يوصي بأملاكه لأفراد أسرته، حيث يذكر أولاً أحد ابنائه وما أوصى له به، ثم يذكر ابنته وماخصها به، ثم ابنه الآخر، وأخير أزوجته...والوصية الثانية لتنتي حيث يوصي بما آل إليه من والدته لأخيه وزوجته... انظر د.سليم حسن : موسوعة مصر القديمة ج 2، الهيئة المصرية لعامة للكتاب، القاهرة، ص504-506

<sup>108</sup> - د.عبد المجيد الحفناوي : تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية ص452

<sup>109</sup> - د.عمرمدوح مصطفى : أصول تاريخ القانون، مؤسسة المطبوعات الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1960، ص195

<sup>110</sup> - د.شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص39

<sup>111</sup> - نفس المرجع السابق ص34 وما بعدها، د.سليم حسن، المرجع السابق، ص523

الثامنة والتاسعة والعاشر أدى إلى التقليل من شأن الكتابة ، ولم تعد هناك إجراءات تتعلق بالتسجيل يخضع لها العقد الناقل للملكية<sup>112</sup>.

فالكتابة لم تعد وسيلة للانعقاد ، ولا حتى للإثبات ، فالعقد كان شكلياً ينعقد بصدور التعبير عن الإرادة شفاهةً أمام أمير الاقطاعية أو القاضي مصحوبة باليمين ، وكان حضور الأمير والشهود توثيقاً للعقد<sup>113</sup>، أي أن هذا العهد عرفت فيه العقود الشفهية، مما جعل الكتابة تفقد قيمتها في الإثبات ، وإن احتفظ العقد بصورة عامة بالصيغ الدينية واليمين والتي من خلالها استمد العقد قوته الملزمة في هذه المرحلة.

### ثانياً: دور الكتابة في الدورة الثانية "عهد الدولتين الوسطى والحديثة"

عادت للكتابة مكانتها في توثيق العقود بعد أن انتهى العهد الاقطاعي بما يسوده من شكليات ، ويعبر البعض من أهل الفقه عن التحول الذي حدث خلال هذه الفترة بقوله : (أنه في عهد الدولة الحديثة حل العقد الكتابي محل العقد الشفهي ، ولكنه لم يتخلص تماماً من آثار الشكلية التي كانت سائدة من قبل ، وقد بدأ هذا التطور نحو العقد الكتابي منذ عهد الدولة الوسطى<sup>114</sup>).

فعلى الرغم من حلول العقد الكتابي محل العقد الشفهي إلا أن ذلك لا يعني أن العقد عندهم أصبح يستلزم لانعقاده الكتابة - بإستثناء بعض التصرفات كالوصايا والهبات"- لذلك نحن نميل إلى الرأي الفقهي الذي يستبعد أن يتطلب القانون أن تكون جميع التصرفات مدونة حتى تكون صحيحة ، حيث أن في ذلك عرقلة للتعامل وتحميل للناس فوق ما يطيقون<sup>115</sup>، فالكتابة المعنية هنا هي أمر لازم لتوثيق العقد لا لانعقاده.

وفيما يتعلق بالوصايا فهناك مجموعة من النصوص لعدد من الوصايا التي ترجع الى عهد الأسرة الثانية عشرة ، وهذه الوصايا مدونة على أوراق من البردي، والذي يتضح من هذه الوصايا أنها كانت تدون كتابةً ، ويودع أصلها في مكاتب التسجيل، وكان يحضر كتابتها شهود عدة، وكذلك الهبات فقد كانت تكتب هي الأخرى

112 - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 115

113 - أ. د. صوفي أبوطالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية القاهرة 1984، ص 350

114 - د. عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، المرجع السابق، ص 208

115 - د. أحمد إبراهيم حسن: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص 456

في ثلاث وثائق، الأولى لإثبات أصل ملكية الواهب ، والثانية لإثبات المشاركة، والثالثة لبيان الإعيان الموهوبة وكانت تسجل في مكتب التسجيل<sup>116</sup>

أما عن دور الكتابة في غير ذلك من العقود ، وعلى وجه الخصوص في عقود البيع والشراء، فيمكن أن نتفهمه من خلال عريضة دعوى تعود إلى عهد الأسرة الثانية عشر- أي من عهد الدولة الوسطى - وهذه العريضة يطالب فيها المدعي رد إحدى الوظائف إليه بعد أن باعها والده المتوفى إلى شخص آخر ولكن المشتري لم يدفع الثمن ، وفي هذه العريضة يفصح المدعي - وعلى وجه الدقة - عن كيفية انعقاد العقد بين والده والمشتري<sup>117</sup> .

ومن خلال ما تم ذكره بخصوص كيفية انعقاد العقد حيث أن العقد تم برضا الطرفين، بالإضافة إلى وجود كاتب قام بتوثيق هذا العقد ، ومجموعة من الشهود قام الكاتب بتوثيق اسماءهم ، مما يتضح معه أن الكتابة كانت للتوثيق ليس إلا .

ومن جهة أخرى فقد وجدت مجموعة من النقوش على نصب حجري يرجع تاريخه إلى عهد الأسرة السابعة عشر، وهذه النقوش تمثل في شطرها الأول عقداً كتابياً ناقلاً للملكية (لنقل ملكية محافظ الكاب من المدعو "كبسي" إلى قريبه المدعو "سبك نخت") وهو عقد بيع ، تم بين المتعاقدين قبل تدوينه، إذ يرد الحديث على لسان المدعو كبسي بصيغة الماضي أي قبل التدوين، فيقول (قد أوفى لي بالثمن وقدره 60 دين ذهب) ، وفي الشرط الثاني نجد مشاركة دفع الثمن .

<sup>116</sup> - ترجمة نصوص الوصايا انظر د. شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 148-154

<sup>117</sup> - حيث يقول في عريضة الدعوى:

(( وقد قال إمياتب لوالدي: "سأعطيك رأس المال ، وسأحمل جميع الديون التي عليك)) هكذا قال .

وقد سأل مدير الحقول - المفوض من القاضي المختص - والدي في ذلك قتلاً: هل ترضى بأخذ رأس المال المذكور وجميع الديون التي عليك ثمناً لوظيفتك؟

فقال والدي: (نعم أرضى بذلك)

فقال مندوب القاضي : فليحلف الطرفان قائلين :إنا راضيان.

فطلب من كل من الطرفين حلف اليمين- قسماً بحياة الملك له الحياة والصحة والعافية- بحضور الأمير

..... من مدير الحقول ، مندوب القاضي المختص

قائمة الشهود الذين حضروا ذلك

الكاتب "عم" ... انظر د. شفيق شحاته ، المرجع السابق، ص 179-180

ويتضح من هذا العقد أنه قد قام بتدوينه أحد الموظفين العموميين وبحضرة شهود من كبار الموظفين والكهنة ، وقد أودع مكتب الوزير وتم تسجيله في اليوم التالي ليوم كتابته مباشرةً وجميع العقود السابقة تعود إلى عهد الدولة الوسطى<sup>118</sup> .

وإذا ما رجعنا إلى العقود في عهد الدولة الحديثة فالأمر لا يختلف عن ذلك، فالعقود كانت تكتب ، وكان الغرض من كتابتها هو توثيقها لا انعقادها، فقد عثر الباحثون في علم الآثار على عقد بيع عقار يرجع تاريخه إلى عهد الأسرة الثامنة عشر مثبتاً في ورقة من البردي ببلدة كاهون بالقرب من الفيوم، ويبدو أن هذه الوثيقة قد حُررت بعد انعقاد العقد بينهما بالتراضي ، فالكاتب عند تحريره لهذه الوثيقة يذكر في صلب الوثيقة ( إن البائع يوم تحرير الوثيقة صدرت منه عبارة الإيجاب من جديد) مما يفيد أن العقد انعقد قبل تحريره على يد الكاتب وأن هذه الوثيقة ما أعدت إلا لإثبات واقعة دفع الثمن<sup>119</sup> .

كما وُجِدَت وثائق أخرى لعقود إيجار رقيق مدونة على يد كاتب عمومي، كان هذا الكاتب قد أفرغها في الصورة الرسمية، وصدرها باسم الملك وذكر أسماء الأطراف والشهود، وما تم أدائه من يمين أمام هؤلاء الشهود أو أمام القاضي<sup>120</sup> .

**ثالثاً: الدورة الثالثة، العصر الإقطاعي الثاني،** فبعد عهد الدولتين الوسطى والحديثة بدأ عهد إقطاعي آخر، إثر استيلاء الكهنة على مقاليد الأمور في البلاد فاصطبغت الدولة بالصبغة الدينية منذ عهد الأسرة الحادية والعشرين، حيث ظهرت عبادة الآلهة آمون، حتى أن الدولة سميت آنذاك بالدولة الأمونية<sup>121</sup> .

ومن سمات النظام الإقطاعي بصفة عامة تقييد حرية المتعاقدين ، وهذا بدوره ساهم في إضعاف سلطان الإرادة، إلا أن الإقطاع لم يكن قوي السطوة في هذه المرة، فقد زال بزوال الدولة الأمونية، كما نسب المؤرخون إلى "بوكخوريس"<sup>122</sup>

118 - شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص186، عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، المرجع السابق، ص223

119 - شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص163

120 - د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص261، وإيضاً د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، المرجع

السابق، ص215

121 - د. أسامة حسن: مصر الفرعونية، مطابع الوادي الجديد دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى 1998، ص47 وما بعدها، د. سليم حسن،

موسوعة مصر القديمة، ج6، ص475 وما بعدها

122 - بوكخوريس مؤسس الأسرة الرابعة والعشرين في مصر ومدة حكمه بدأت 718 ق.م وانتهت عام 712 ق.م وقانونه جمع النظم والقوانين المصرية مع إدخال التعديلات عليها، وقد امتدت إليه يد الإلغاء بين الحين والحين، ولكن الملك نفيريت مؤسس الأسرة الثامنة والعشرين أعاد العمل به، واستمر العمل به حتى في العهد البطلمي حيث سماه الإغريق باسم قانون العقود ، وكان يطبق على المصريين دون الإغريق .

قانوناً ينظم المعاملات المالية على أساس حرية التعاقد، خضعت له البلاد فترة من الزمن فتأثرت به النظم القانونية في جنوب الوادي كذلك، ومن عهد هذا الحاكم تحرر العقد الكتابي من صيغة اليمين التي كانت تؤدي أثناء انعقاده، فأصبح عقداً مدنياً غير متأثر بالنزعة الدينية.

وبناءً على ذلك فإن العقود في هذه المرحلة كانت شكلية شفوية، وغالباً ما تتم أمام الكاهن آمون، فهي شكلية ذات صبغة دينية واضحة، وبعد ذلك أصبح أسلوب التعاقد يتطور تدريجياً، فانعقد العقد بعد ذلك بالتراضي، أي بتلاقي الإيجاب والقبول، ولكنه يوثق كتابة في سجلات المعابد، ثم أخذوا بعد ذلك يوثقونه في السجلات الملكية، ومن خصائص التوثيق في هذا العهد أن الشهود الذين كانوا يحضرون التوثيق لا يوقعون إلا بعد كتابة ملخصات للعقد بعدد الشهود الموقعين، فكل شاهد يوقع على ملخص لمضمون العقد منفرداً.

وكانت التصرفات الناقلة للملكية في عهد بوكخوريس تحرر في وثيقتين، الأولى تعد لإثبات المشاركة، والثانية لإثبات نقل الملكية، ويذهب بعض علماء تاريخ القانون المصري إلى القول بأن هذا النظام في التوثيق هو المتبع في كل العهود التي سادت فيها النزعة الفردية في تاريخ مصر<sup>123</sup>، في حين يرى البعض الآخر أن هذا النظام أو الأسلوب في التوثيق يرجع إلى بوكخوريس أو إلى أمازيس الذي جاء من بعده<sup>124</sup>.

والذي يبدو لنا أن هذا الأسلوب في توثيق العقود هو الجذر المؤثر في العصر البطلمي، حيث اقتبس الإغريق الإجراء من القانون المصري، وحرروا لكل عقد وثيقتين "عقد مال" و "عقد تنازل"، يثبت الأول انتقال الملكية وحقوق المشتري وأما الثاني فيتضمن تنازل البائع عن كافة حقوقه على الشيء المبيع<sup>125</sup>.

بصفة عامة يشير وجود العقود المكتوبة على أيدي كتاب، ووجود سجلات خاصة لتوثيق التصرفات المدونة إلى أن المصريين كانوا يهتمون جداً بالكتابة

---

أخذ بوكخوريس بمبدأ حرية التعاقد والرضائية في إنشاء العقود، كما أخذ بمبدأ التعاقد بالكتابة ووجوب تسجيل كافة العقود في مكاتب الشهر، كما ألغى الإكراه البدني وجعل المدين مسؤولاً في ماله، كما أنه وضع سعر للفائدة... د. عمر ممدوح، أصول تاريخ

القانون، ص 228-229

<sup>123</sup> - د. محمود السقا : فلسفة تاريخ القانون والنظم القانونية، المرجع السابق، ص 323

<sup>124</sup> - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 269

<sup>125</sup> - د. أحمد إبراهيم حسن : تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي، المرجع السابق، ص 81 - وانظر أيضاً د. محمود

السقا: معالم تاريخ القانون المصري، ص 381

وتعلمها ، وكانت وظيفة الكاتب وظيفه مرموقة ومرغوب فيها ، وكلما اتسعت الدولة وقوي نظامها الإداري ونشط ، كلما وجد الكتاب المجال الواسع لعملهم ، لذا كان المصريون يهتمون بالكتابة ، وكانت المدارس عندهم تسمى "بيت الحياة" وهذا الإسم وحده كاف للدلالة على أهمية الكتابة ووظيفة الكاتب<sup>126</sup> .

ومن خلال ما سردناه عن رحلة الكتابة عبر تاريخ مصر الفرعونية نجد أن الكتابة لم تكن في أي مرحلة من مراحل تاريخ هذه الأمة شرطاً أساسياً أو أمراً لازماً لصحة العقود، فحتى في العهود التي ظهرت فيها أهمية الكتابة ، واهتم فيها الفراعنة بكتابة العقود ، وتسجيلها في سجلات خاصة ، فإن هذه الكتابة كانت فقط لمجرد توثيق هذه العقود ، للتمكن من الاستشهاد بها -أي بالنسخ الموثقة- عند حدوث نزاع بين أطرافها ، باستثناء عقود الهبة ، والوصايا ، فإنها كانت تدون تارة على يد كاتب ، وتارة أخرى على يد الموصي أو الواهب ، وتذكر الكتب المتخصصة في تاريخ القانون أنها -أي الكتابة- في هذه التصرفات بالذات كانت شرطاً لتمام صحة التصرف، كما يذكر البعض أن المصريين قد إنتبهوا لمسألة تنبيه المتصرف في التصرفات التبرعية لخطورة تصرفه، كما كان القانون المصري أسبق القوانين إلى إحاطة التبرعات بقيود بقصد حماية المتبرع<sup>127</sup>

### البند الثاني :العقد الشفهي "اليمين"

إن الدولة الفرعونية دولة يغلب عليها الطابع الديني ، وكان لذلك أثره في كيفية التعاقد ، فعند الشعوب التي هكذا كان حالها كان الأفراد يحلفون اليمين بألهتهم عند إبرام العقد ، وهذا اليمين يحمل الشخص على تنفيذ التزامه ، لأن عدم التنفيذ يعتبر حنثاً باليمين ، وهو ما يعرضه لغضب الآلهة وانتقامها<sup>128</sup> ، وهو ما يؤكد البعض الآخر بقوله أن التمسك بأهداب الدين عند الفراعنة أدى إلى ترسيخ الشكلية في التعاقد، حيث لعبت "صيغة اليمين" دوراً رئيساً في هذا المجال ، فكل تعاقد كان مشفوعاً باليمين سواءً تم أمام القضاء أو في المعابد أو خارج نطاقهما<sup>129</sup> .

126 - د.سليم حسن ، المرجع السابق ، ص16 ، كذلك انظر وول ديورانت بقصة الحضارة، المجلد الأول ، دار الجبل للنشر والطبع

والتوزيع، القاهرة ، الطبعة الثالثة 1961، ص308 وما بعدها

127 - د.شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، ف32 ، هامش رقم 1 ، ص38

128 - أ.د.صوفي أبو، تاريخ النظم القانونية ، المرجع السابق ، ص67

129 - د.شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، ص116 ، هامش رقم 3 ، ص96 - د.محمود السقا ، فلسفة تاريخ القانون والنظم القانونية، المرجع

السابق ، ص325

وثمة تفرقة أقامها المناصرون لهذا الرأي حيث قرروا أن أصل الالتزام التعاقدى كان اليمين بالنسبة للأفراد العاديين، ولكن إذا كنا بصدد "الكهنة" فإنهم لا يلتزمون بقسمهم بل كان مصدر الزمام مؤسساً على عنصر حقيقي موضوعي يتمثل في نقل الشيء المعطى لهم<sup>130</sup>، كما يرون أن اليمين هو ما يجعل لعبارة الملتزم قوة الإلزام وليس توافق الإرادة بين المتعاقدين، ويقيمون نوعاً من الشبه بين العقد في القانون الفرعوني وبين الاشتراط الشفهي، الذي كان معروفاً عند الرومان والذي سيرد ذكره في مواضع لاحقة .

وبعد هذا الإجمال فإن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل لنقف على الدور الذي كان يؤديه اليمين في التعاقد عبر المراحل المتعاقبة التي عاشتها مصر الفرعونية .

### أولاً: الدورة الأولى "في عهد الدولة القديمة "

1- في النصف الأول منها وبالتحديد في عهد الأسرتين الثالثة والرابعة، وتتميز هذه المرحلة - كما يرى معظم الفقهاء - بالنزعة الفردية، حيث تمتع الأفراد بحرية التعاقد، وانتعش بذلك مبدأ سلطان الإرادة .

وهناك عقود كثيرة تعود إلى هذه الفترة الزمنية، وقد تناولها العلماء والفقهاء بالبحث والدراسة، وقد ورد في نصوص هذه العقود صيغة اليمين، ومن أهم تلك العقود العقد الصادر من الكاتب "ثنتي" إلى الكاهن "كيمابو" والذي يعتبره الفقهاء نموذجاً للعقد في هذه المرحلة، وقد ورد في نص هذا العقد يمين صادرة من البائع إذ يقول: "قسماً بحياة الملك سأعطي ما هو حق، وستكون أنت مستوفياً بذلك كل ماتفيده الدار"، حسب اعتقادهم في ذلك الوقت.

ويرى البعض أن ورود القسم في هذا العقد دليل على شكلية العقد، إلا أن المتأمل لنص العقد - وقد سبق الحديث عنه - يجده قد انعقد بالتراضي، وذلك على الرغم من اقتران عبارة الملتزم بالقسم "اليمين"، فهذا القسم لم يكن متطلباً قانوناً لانعقاد العقد، وإنما لكي ينتج العقد بعض الآثار الآجلة، أي الآثار التي يتم تأجيل تنفيذها مثل ضمان الاستحقاق، وضمن العيوب الخفية، وغالبية الفقهاء قد اتفقوا على ترجمة عبارة "سأعطي ما هو حق" بأن البائع قد التزم بضمن الاستحقاق، كما

<sup>130</sup> -د. محمود السقا، فلسفة تاريخ القانون، المرجع السابق، ص 325

ترجموا عبارة "ستكون مستوفياً كل ماتفيده الدار" بأن الدار لا عيب فيها وأنها مستوفية لجميع الشروط التي تجعل الانتفاع بها كاملاً غير منقوص، وهذا هو الالتزام بضمان العيوب الخفية.<sup>131</sup>

ويرى البعض أن العقد لا يعتبر بسبب ذلك شكلياً، وأن شرط الضمان لا يعتبر جزءاً من عقد البيع، وهذا الشرط وحده اقترن باليمين لأنه يولد التزاماً يجب الوفاء به مستقبلاً، إضافةً إلى أن القسم بحياة الملك - وقد كان يعتبر إلهاً من وجهة نظرهم - كان يصحب جميع التعهدات التي يُلزم المدين بأدائها مستقبلاً<sup>132</sup>

## 2- في العصر الإقطاعي الأول (من الأسرة الخامسة حتى الأسرة العاشرة)

وفي هذه المرحلة ساد النظام الإقطاعي بما يتميز به من تضيق لحرية التعاقد، كما خضعت العقود للشكليات التي يحددها القانون، وتتمثل هذه الشكليات في صدور التعبير عن الإرادة شفاهةً أمام أمير الإقطاعية مصحوبة بيمين وفي حضرة الشهود، وبالتالي لا ينتج العقد أي أثراً إلا إذا اتخذ الصورة التي عينها له القانون<sup>133</sup>، بمعنى أن يصدر التعبير عن الإرادة مصحوباً باليمين من كلا الطرفين، وهذا الأمر لازم لتمام التصرف وحضور الأمير والشهود يعتبر بمثابة توثيق للتعهد<sup>134</sup>.

### ثانياً:- الدورة الثانية "في عهد الدولتين الوسطى والحديثة"

بعد انهيار النظام الإقطاعي، وبعد أن أخذت الدولة المصرية تلتقط انفاسها إثر الثورة الشعبية، وبدأ يظهر على الصعيد القانوني النظام الفردي عاد هذا النظام للظهور منذ عهد الأسرة الحادية عشر، إلا أنه ظل مشوباً بنوع من مظاهر العهد السابق، ولم يتحرر منها تماماً إلا في نهاية الأسرة الثامنة عشر، حيث تدل الآثار على أن هناك عريضة دعوى تعود إلى الأسرة الثانية عشر - وقد سبقت الإشارة إليها - يتحدث فيها المدعي عن وظيفة لوالده باعها هذا الوالد لشخص آخر، ويورد المدعي نص العقد الذي كان بين والده والمشتري للوظيفة، ويبين أنه تم أمام مدير الحقول

<sup>131</sup> - د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999، ص 461

<sup>132</sup> - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 50- 51 هامش رقم 4

<sup>133</sup> - أ. د. صوفي أبوطالب، تاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص 350

<sup>134</sup> - وقد عبر د. زكي عبد المتعال عن ذلك بقوله: كانت التعهدات على إختلاف أنواعها شفوية، فلم تكن العقود مكتوبة بل تتم بيمين "صنك" يصدر من المتعهد للمتعهد له بأداء ما اتفق عليه، وبحضور عدد من الشهود، انظر د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 116، ف 96 هامش رقم 3

المفوض من القاضي المختص، والذي طلب من الطرفين أن يؤديا اليمين قائلين "إننا راضيان"، ثم يورد ذكر قائمة بأسماء الشهود وعليها توقيع الكاتب<sup>135</sup>.

والملاحظ على هذا العقد الذي يعود إلى هذه الفترة هو أنه لم يتحرر تماماً من الشكل والذي يبدو في "اليمين"، فالعقد رغم ماورد به من رضا المتعاقدين بالمشاركة التي أملاها عليهم مدير الحقول والتي يربط فيها المبيع بالثمن، وعلى الرغم من تدوينه على يد كاتب، ومن وجود الشهود، إلا أنه ظل محتفظاً باليمين.

فقد أدى كلا المتعاقدين اليمين، مما يثير التساؤل حول دور اليمين في هذه الفترة هل هو شرط لازم للإنعقاد وبالتالي يكون العقد شكلياً، أم أن دوره فقط ينحصر في ضمان تنفيذ العقد، وإن كنت أميل إلى أنه لضمان التنفيذ وليس شرطاً للإنعقاد، ذلك أن المتعاقدين أديا تراضيهاا بمبادلة المبيع بالثمن بلفظ واضح وذلك حين أجابا القاضي "إننا راضيان" ولم تكن اليمين بعد ذلك إلا لبث شيء من القداسة الدينية على العقد لضمان تنفيذه، وتخويف العقادين من غضب الآلهة إذا امتنع أياً منهما عن التنفيذ.

إضافةً إلى أن بعض المؤرخين ذكروا أن هناك عقد بيع وظيفية آخر يعود إلى عهد الأسرة السابعة عشرة وقد ورد منقوشاً على نصب من الحجارة، والمتأمل لنص العقد يجد فيه أن المدعو "كيسي" باع وظيفية مدنية "محافظ الكاب" إلى قريبه "سبك نخت" فقد كان العقد مكتوباً، وتم تدوينه على يد كاتب مع وجود الشهود الذين تم ذكرهم بوثيقة العقد، ويذكر الكاتب أن كلا الطرفين قد توجها إلى مكتب الوزير، ومعهما المستندات لكي يتخذ المكتب الإجراءات اللازمة، وقد حلفا اليمين في مكتب الوزير، فالظاهر أن اليمين من شروط إتمام إجراءات توثيق عقد بيع الوظيفة<sup>136</sup>.

وحتى في عهد الدولة الحديثة فقد كان هناك العديد من العقود التي تم العثور عليها، وكانت هذه العقود توثيقاً لعمليات بيع (عقارات ومنقولات)، ولم يرد بها ذكر اليمين من جانب الأطراف، وإنما كانت توثق على يد كاتب حيث يثبت في الوثيقة الإيجاب وواقعة دفع الثمن، مشفوعةً بتوقيع الشهود، وفي حالات أخرى يكون التدوين مجرد إيصال لإثبات دفع الثمن، إذ يرد فيه تعداد للأشياء المعطاه كثمن مع تقدير قيمتها.

<sup>135</sup> - ترجمة نص العقد عند د. شفيق شحاتة، ص 179-180  
<sup>136</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، ص 211

وبصفة عامة فإن معظم الفقهاء يرون أن العقود في عهد الدولتين الوسطى والحديثة تنعقد بالتراضي، وتترتب الالتزامات في ذمة المتعاقدين بمقتضى هذا التراضي، ولم تظهر اليمين إلا في عقود بيع الوظيفة، في زمن الدولة الوسطى .

ويعبر البعض عن ذلك بقوله "إنه في عهد الدولة الحديثة حل العقد الكتابي محل الشفهي، ولكنه لم يتخلص بشكل كامل من آثار الشكلية"، وقد بدأ التطور نحو العقد الكتابي منذ عهد الدولة الوسطى، حيث كان العقد يتم بحلف اليمين أمام القاضي ثم يقوم الكاتب بتدوين محتوياته، وانتهى الأمر بأن أصبح العقد يتم بدون حاجة إلى يمين إلا إذا نشأ عن العقد التزام يجب الوفاء به مستقبلاً<sup>137</sup>.

والعقد الكتابي هنا المقصود به هو العقد الرضائي الذي يتم بتراضي الطرفين، ثم يتم توثيقه كتابةً.

## ثالثاً:- الدورة الثالثة:

### 1-العصر الإقطاعي الثاني

بعد انهيار الدولة الحديثة بدأ عهد إقطاعي ثاني - كما سبق وأن أشرنا آنفاً - وذلك نتيجة لاستيلاء الكهنة على مقاليد الأمور في البلاد، فاصطبغت الدولة بالصبغة الدينية منذ عهد الأسرة الحادية والعشرين، وعُرف هذا العصر بالعصر الأموني؛ نتيجة لسيطرة كهنة آمون على عرش الفراعنة .

والمعاملات في هذا العصر كانت شفوية، فعقد البيع عاد إلى عهد العقد الشفهي بعودة النظام الإقطاعي للمرة الثانية، ولذلك كان عقداً شكلياً، وكانت هذه الشكلية ذات صبغة دينية واضحة جداً، فالعبارات التي تترتب الإلتزام في ذمة الملتزم يتم النطق بها أمام الكاهن آمون<sup>138</sup>، فقد دلت الآثار على وجود وثيقة صادرة من صائغ يدعى "إيتي" يثبت فيها أنه إشتري مساحتين من الأراضي من شخصين مختلفين وأنه نقد كلاً منهما ثمن ما اشتراه، والمشتري قد قام بشهر التصرف بكتابته على نصب حجري ووضع العقار ليتثبت دفعه للثمن ليُبرئ ذمته ويؤكد ملكيته للأرض، فالحديث كان يدور على لسان المشتري، ولم يرد في الوثيقة أسماءً للشهود ولا للكاتب، ويبدو من هذه

137 - د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص259، د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص208  
138 - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص264

الوثيقة أن العقد انعقد شفاهةً، وأنه قد تم وفقاً للأوضاع المعروفة في العهد الإقطاعي ، فلم يركز على إيجاب وقبول ، ولم يكن يخضع لإجراءات التوثيق التي كانت تصاحب عادةً العقد الرضائي أو الكتابي كما يسميه البعض <sup>139</sup> .

## 2- عهد بوكخوريس:

وسرعان ما تطورت الأمور في عهد بوكخوريس فأصبحت العبارة الصادرة من العاقد تدون كتابةً ، وكذلك عبارات الكاهن الموثق ، و منذ ذلك الحين أصبح العقد يتم بالتراضي، ويثبت بالكتابة، ولا يركز مطلقاً على اليمين ، أو على العبارات التي تصدر من العاقد ، وإنما يتم بتبادل الإيجاب والقبول <sup>140</sup> ، حيث وجد عقد يرجع إلى عهد الأسرة الخامسة والعشرين ، ووجد فيه إحدى المغنيات تباع عشرة أوارير إلى الكاتب "تكن فو" ، وقد تم توثيق هذا العقد في السجلات الملكية لا في سجلات المعبد ، كما وُجد منقوشاً على نصب حجري لغرض شهره ، ويلاحظ أن صياغة العقد قد تطورت، فلم تقتصر على إيراد عبارة المشتري ، مما يشعر بأن العقد بدأ يعود إلى حاله الأول، وأصبح يتم بتبادل الإيجاب والقبول <sup>141</sup> .

وإجراءات التقاضي عند الفراعنة لم تكن بمعزل عن الشكليات، فهذه الإجراءات كانت تتم أمام جميع المحاكم في شكل كتابي، حيث تبدأ بعريضة يكتبها المدعي، ويودعها قلم الكتاب، ويقوم الخصوم بتقديم المستندات المثبتة لإدعاءاتهم ، وفي بعض الأحيان تقوم المحكمة بتوجيه اليمين إلى الخصم ، بعد صدور الحكم يقوم معاونوا السلطة القضائية بتنفيذه <sup>142</sup> .

أما عن إجراءات التقاضي في العهد الإقطاعي فقد اصطبغت هذه الإجراءات بالصبغة الدينية ، فأمر الإقطاعية يتولى بنفسه القضاء داخل إقطاعيته ، أو ينصب الأشراف من إقطاعيته في هذا المنصب ، ويكون القضاء في معبد إله الإقليم، وتنسب الأحكام إلى إله الإقليم وباسمه، وليس باسم الملك لذا لم تعد الأحكام تستأنف أمام المحكمة العليا بالعاصمة ، كما أصبح من المستحيل الاعتماد على وثائق مكتوبة تصدر من جهات رسمية، فحل بذلك اليمين وشهادة الشهود محل الإثبات بالكتابة ،

<sup>139</sup> - انظر نص العقد عند شفيق شحاتة ،، ص 262-263

<sup>140</sup> - د. عمر ممدوح ، أصول تاريخ القانون ، المرجع السابق، ص 228

<sup>141</sup> - د. شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، ص 261

<sup>142</sup> - أ. د. صوفي أبوطالب ، تاريخ النظم القانونية ، المرجع السابق ، ص 324

وتدل وثائق الأسرة العشرين على الالتجاء إلى تمثال الإله آمون لإثبات الحق بعدما سيطر رجال الدين على السلطة.<sup>143</sup>

وبعد هذا العرض لصور الشكلية في الأنظمة القانونية الفرعونية إلا أن ثمة مبدأ يحكم الشرائع جميعها ، وهو أنه بقدر ما يتقدم المجتمع نحو المدنية والحضارة تتحرر التصرفات من قيود الشكل والرسمية، ويصبح للأفراد مطلق الحرية في التعبير عن إراداتهم في التعاقد دون الزامهم بشكل معين، ولا تخرج الأنظمة القانونية في مصر القديمة عن هذا المبدأ، فقد كانت - وكما رأينا - تمر تارةً بفترات من الخمول الحضاري، وذلك حين يسود الإقطاع، ويتبعه تأخر في أساليب التعاقد، فيسود الشكل في العملية التعاقدية، ثم يلي ذلك مراحل من التطور الفكري الحضاري ، فتنعش العقلية القانونية، وتسود حرية التعاقد، ومن الثابت أن العقد في مصر القديمة كان في عهد بوكخوريس يتم بتبادل الإيجاب والقبول ، أي بمجرد التراضي ولا يركز على اليمين أو غيره من الإجراءات الشكلية، والبعض يعتبر أن هذه هي بداية ظهور العقود الرضائية، أي أنه لم تظهر إلا في عهد بوكخوريس، إلا أننا نعتبر عهد بوكخوريس هو بداية استقرار الأمر للرضائية في التعاقد، بمعنى أن الرضائية تقرر في هذا العصر بشكل واضح ، مع الإعراف بوجود فكرة الرضائية في التعاقد قبل ذلك والتي تظهر في العقود التي تعود إلى بعض المراحل التاريخية لمصر، حيث سادت فكرة الفردية ، وحظيت الإرادة بنوع من التقدير.

## المطلب الثاني

### صور الشكلية في القانون الروماني

قد مر القانون الروماني بعدة حقبة زمنية متتالية ، تدرج فيها الفكر القانوني عند الرومان عبر هذه الأزمنة أو الحقبة، ويجمع الباحثون في القانون الروماني على أنه أصطبغ بالطابع الشكلي في عصوره المختلفة وبالأخص في عهد القانون القديم، ويرجعون ذلك إلى أن الطابع الشكلي هو ما يناسب هذه المرحلة ، فالمجتمع

<sup>143</sup> - د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 326

الروماني كان مجتمعاً زراعياً، محدود الصلات بالعالم الخارجي، ويعيش على مبدأ الاكتفاء الذاتي والشكلية تقتضي القيام بطقوس معينة، وإجراءات محددة، والتلفظ بألفاظ مخصصة .

والشكلية في هذا العصر كافية لإنشاء التصرفات وإن انعدمت فيها الإرادة ، فالقاعدة التي سادت هي أن شكل الشيء قوام وجوده، ويترتب على ذلك أن أقل خطأ في الشكل يؤدي الى البطلان<sup>144</sup> ؛ حيث كان الشكل يطغى على الإرادة، فلا ينعقد العقد إلا إذا تم في شكل معين، أو أفرغ في عبارات معينة، وكانت العبارات الخاصة هي موضع الاعتبار في التعاقد دون إعتداد على الإطلاق بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

ويرى شراح القانون الروماني أن هذا القانون في عصره القديم لا يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه، فالإرادة لا تنشئ التصرف القانوني بذاتها ، كما أنها عاجزة عن تحديد شروطه وآثاره ، ذلك أن الإرادة لا تنشئ تصرفاً لم يتولى القانون تنظيمه، وآثار التصرف لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون وتناولها بالتنظيم، فالشكل هو العنصر الوحيد المكون للتصرف والذي يهتم به القانون، وإن كانت الإرادة معيبة، وأن التصرف بدون سبب<sup>145</sup> كما سبق وأشرنا.

وأهم التصرفات الشكلية التي عرفها القانون القديم هي: التصرف بالسبيكة والميزان ويعتبر الإشهاد (mancipatio) من أهم تطبيقاته، والدعوى الصورية (injure cession) والأشراط الشفهي (stipuiatio).

وقد وجه فقهاء هذا العصر عنايتهم نحو دراسة صيغ التصرفات القانونية، وتحديدتها بمنتهى الدقة والإيجاز حتى يتمكن الأفراد من استعمالها على الوجه الذي يرضى به القانون، ويحقق أغراضهم التي يرغبونها من إبرام هذا التصرف، ويجنبهم الوقوع في الخطأ الذي يترتب عليه البطلان.

<sup>144</sup>- د. محمود السقا: معالم تاريخ القانون المصري، المرحع السابق، ص400

<sup>145</sup>-أ.د. صوفي ابوطالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1964، ص7

أما في العصر العلمي فقد تطور المجتمع الروماني بعض الشيء نتيجةً لإتصاله بثقافات وشعوب أجنبية، مما نجم عنه اعتراف القانون الروماني ببعض التصرفات غير الشكلية، ولكنها ليست رضائية تماماً، ويطلق عليها اسم التصرفات العينية .

وكانت بداية هذه التصرفات منذ أواخر عهد القانون القديم، إذ ظهر في أواخره عقد القرض العيني<sup>146</sup>، ومع حلول العصر العلمي ظهرت مجموعة من العقود العينية وهي الوديعة والعارية والرهن في تاريخ لاحق أو سابق للعقود الرضائية على خلاف بين العلماء<sup>147</sup> وعقد الثقة<sup>148</sup> .

واستمر مبدأ الشكلية هو السائد في هذا العصر وظهر بجانبه مبدأ الرضائية على سبيل الاستثناء ، إذ ظهرت العقود الرضائية ، وكان التراضي فيها كافياً لنشأة الالتزام دونما حاجة إلى إفراغه في شكل معين<sup>149</sup> وهي عقد البيع، وعقد الإيجار، وعقد الشركة، وعقد الوكالة<sup>150</sup>، وتسمى أيضاً باسم عقود قانون الشعوب لأنها ظهرت في بادئ الأمر في قانون الشعوب ثم انتقلت منه إلى القانون المدني ، وكان البريتور يحميها بدعاوى واقعية ثم تبناها القانون المدني وحماها بدعاوى مدنية<sup>151</sup>

كما ظهرت كذلك بعض الاتفاقات مجردة من الشكل ولا تدخل ضمن عقود قانون الشعوب، أطلق عليها اسم الاتفاقات البريتورية لأن القانون البريتوري هو الذي كان يعترف بها.

وفي العصر الإمبراطوري أعترف القانون المدني بصحة بعض الاتفاقات التي لا تدخل في إحدى المجموعة السابقة "شكلية، عينية، رضائية، بريتورية" وأطلق

<sup>146</sup> وهو العقد الذي يقوم بمقتضاه أحد الأطراف بنقل ملكية قدر من الأشياء المثلية أو مبلغ من المال إلى الطرف الآخر على أن يرد الطرف المستلم قدرًا مماثلًا من الشيء أو مبلغًا مماثلًا بعد مدة معينة ، وهذا العقد ليس شكلياً إذ لم يتطلب فيه القانون طقوس أو الفاظ معينة ، كما أنه ليس رضائياً تماماً إذ لا يكفي الرضا وحده لإنعقاد العقد بل لابد أن يقوم الدائن بتسليم الشيء محل الالتزام إلى المدين بالرد فمصدر إلتزام المدين هو قبضه للشيء محل الإلتزام. د.صوفي ابوطالب : تاريخ القانون في مصر ج1 ، المرجع السابق ص132

<sup>147</sup> نفس المرجع السابق ص132

<sup>148</sup> د. عمر ممدوح مصطفى ؛ القانون الروماني ، المرجع السابق ، ص470

<sup>149</sup> - أ.ببيبة بن حافظ : العمل التجاري بين الرضائية والشكلية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2006-2007 ، ص160

<sup>150</sup> د. عمر ممدوح مصطفى ، المرجع السابق ، ص470

<sup>151</sup> - أ.د.صوفي ابوطالب ، المرجع السابق ، ص131

عليها اسم العقود غير المسماة، وهي لا تصبح ملزمة إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه<sup>152</sup>

ومع ذلك يرى الكثير من الفقهاء أن القانون الروماني في هذه المرحلة لم يعترف بالرضائية كاملة غير منقوصة، وآية ذلك أن الشخص لا يستطيع اختيار نموذج غير معروف في القانون ، وإن اختار أحد النماذج فإنه لا يستطيع أن يعدل في آثاره التي رتبها القانون .

وأما إذا انتقلنا إلى عصر الإمبراطورية السفلى سنجد أن دور الشكلية في هذه الحقبة تدهور الى حد بعيد ، وازدهر دور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية ، وفي تحديد آثارها كذلك ، فلم يتبق من العقود الشكلية في هذا العصر سوى عقد الاشتراط الشفهي ، وحتى في هذا العقد فقد خفت فيه حدة الشكلية وبشكل ملحوظ فيما يخص اللغة التي يتم بها هذا العقد، إلا أنه مع ذلك يظل شكلياً؛ وذلك لاستحالة انعقاده بين غائبين، أو بين الصم والبكم إذ لا بد من النطق بألفاظ العقد في مجلس العقد<sup>153</sup> وهذا ما سنعود إليه في موضع لاحق.

والتصرفات الشكلية واردة في (القانون القديم) على سبيل الحصر ، وأهمها في مجال الأسرة والملكية والحقوق العينية: الإسهاد MANCIPIATIO، والدعوى الصورية IN JURE CASSIO.

أما في مجال الالتزامات فإن الإتفاق ليس له أي أثر مالم يأخذ أحد الأشكال التي حددها القانون وهي القرض الرسمي NEXUM، العقد الكتابي LITTERIS، الإشتراط الشفهي STIPULATIO، وكلها عقود شكلية، حرفية التنفيذ، لذا تدخل في عداد القانون الضيق؛ ذلك لأن القاضي يلتزم بحرفية النص في تحديد حقوق الدائن والتزامات المدين ولا يبحث في إرادة المتعاقدين الحقيقية أو تفسيرها وفقاً للعرف الجاري.

ونحاول في السطور التالية ان نسلط الضوء على كل تصرف من هذه التصرفات

## البند الأول: في مجال الملكية

<sup>152</sup> - أ.د. صوفي ابو طالب : الوجيز في القانون الروماني ص 192  
<sup>153</sup> أ.د. صوفي ابوطالب: تاريخ القانون في مصر ص 136

**أولاً: الإشهاد:** وهو تصرف رسمي منصوص عليه في قانون الألواح الإثنى عشر، وقيل أنه كان معروفاً لدى الرومان واستعمل لديهم من قبل أن يتضمنه هذا القانون.<sup>154</sup>

والإشهاد تصرف شكلي لنقل الملكية يتم باستخدام السبيكة والميزان ، ولفظة MANCIPIO معناها الاكتساب أو القبض باليد ، وقد سُمي بالإشهاد لأن من أهم إجراءاته أن يشهد مكتسب الملكية خمسة من الشهود على إكتساب الملكية .

وقد كانت الوظيفة الأصلية للإشهاد نقل الملكية الرومانية على الأموال النفيسة ، ولكنه استعمل في وقت لاحق في الروابط العائلية واكتساب السيادة على الزوجة في حالة انعقاد الزواج بالشراء.<sup>155</sup>

### 1- إجراءات الإشهاد:

كلمة الإشهاد جاءت من ضرورة حضور الشهود ، فالإشهاد يستلزم حضور خمسة شهود على الأقل من الذكور البالغين ، وحضور حامل للميزان وسبيكة البرونز ، والمال المراد نقل ملكيته أو مايرمز إليه إن كان عقاراً.

وتتم المراسم في الإشهاد بأن يقبض المكتسب المال المراد نقل ملكيته ، ثم يعلن في عبارة رسمية أنه قد تملكه طبقاً لقانون الرومان ، وأنه اشتراه بالثمن المقدر في هذا الميزان ، ثم يضرب الميزان بقطعة البرونز إشارةً الى وزن الثمن ويسلمها للناقل كثمن للمبيع ، وتتم هذه الإجراءات بيد المكتسب ونطقه دون أن ينطق الناقل بأي لفظ<sup>156</sup>

وقد كانت إجراءات الإشهاد إجراءات دقيقة ، يحرص المتعاقدان على أدائها لنقل الملكية ، وكانت عملية وزن السبيكة عملية وزن حقيقية؛ لأن السبيكة كانت تمثل الثمن الحقيقي للمال المنقولة ملكيته في وقت كانت فيه هذه السبائك تمثل النقود التي تُقيم بها السلع- وقد أجمع الفقهاء على أن الرومان منذ أقدم عصورهم استعملوا سبائك النحاس التي كانت كميتها تحدد بالوزن aes rude وذلك قبل استعمال النقود بأمد طويل

<sup>154</sup>-د. أحمد إبراهيم حسن :تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي مع دراسة في القانون ،دار المطبوعات الجامعية ،اسكندرية ص257- ، د. زهدي يكن: تاريخ القانون ص205،-أ.د. صوفي ابوطالب، مبادئ تاريخ القانون ،المرجع السابق، ص303 ،د. عمر ممدوح مصطفى ،القانون الروماني ص332

<sup>155</sup>-د. عباس العبودي : تاريخ القانون ص217 ،عمر ممدوح مصطفى ، المرجع السابق ،ص333  
<sup>156</sup>-د. عباس العبودي ،المرجع السابق ص217

157، أما البرونز فهي العملة أو النقود التي ضربها الرومان خلال القرن الرابع قبل الميلاد- وقد تحول الإشهاد بعد ذلك الى مجرد عمل صوري وذلك بعد أن أصبح من الصعب تحقق شرط القبض الحقيقي إذا كان المبيع عقاراً، فيقع القبض على ما يرمز الى العقار المبيع .

كما أن عملية وزن السبائك أصبحت مجرد عملية وزن صورية عديمة القيمة، ويؤديها حامل الميزان دون تركيز على مقدار ووزن السبيكة، وذلك بعد أن تم سك العملة (نقود معدنية)، فأصبحت قيمة المال المنقولة ملكيته محددة بالنقود، ولا يحتاج الاطراف الى وزن السبيكة، وبذا أصبح الإشهاد عملية مجردة لنقل الملكية أيضاً كان سبب نقل الملكية، فقد يتم الإشهاد تنفيذاً لعقد معاوضة كالبيع والشراء، أو تبرع كهبة أو تنفيذاً لوصية... وبالتالي أستخدم الإشهاد لتحقيق أغراض قانونية مختلفة.<sup>158</sup>

## 2- آثار الإشهاد:

ويترتب على الإشهاد أمرين: أولهما أنتقال الملكية من الناقل الى المكتسب، وثانيهما بعض الضمانات لصالح المكتسب .

ففيما يتعلق بانتقال الملكية، فإنه بمجرد اتمام إجراءات الإشهاد تنتقل ملكية المال من الناقل الى المكتسب ولو لم يتم دفع الثمن الحقيقي، ذلك لأن الإشهاد - كسائر التصرفات الشكلية- مجرد عن سببه ينتج أثره بمجرد اتمام إجراءاته، وهذا خلافاً للرأي الذي ذهب إليه البعض، والذي يعلق فيه انتقال الملكية على دفع الثمن الحقيقي استناداً الى ما ورد في كتاب النظم لجستينيان، فما ورد به يتعلق بالتسليم في عهد جستينيان وليس هناك ما يفيد أنه كان يسري على الإشهاد قبل إبطاله<sup>159</sup>

أما عن الضمانات التي يوفرها الإشهاد فهي ضمان الاستحقاق، وضمن عجز أو نقص المساحة، فالناقل لا ينقل للمكتسب إلا ما يملك، وإذا نازع شخص آخر المكتسب

<sup>157</sup> -فلترا،نظم القانون الروماني ص570 وما بعدها

<sup>158</sup> -د. أحمد أبراهيم حسن، القانون الروماني، ص258-د. زهدي يكن، المرجع السابق ص205 – وانظر أيضاً أ.د. صوفي ابوطالب، مبادئ تاريخ القانون المرجع السابق ص303، د. صبيح مسكوني: القانون الروماني ص163، د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون، منشأة المعارف بالأسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص126 عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، المرجع السابق ص334

- عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابل ما أعطاه، كالبيع فهو معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن، وبالنسبة للمشتري لأنه يأخذ المنيع في مقابل الثمن  
-عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابل ما أعطاه، ولا يعطي مقابلاً لما أخذه كالهبة، السهوري، الوسيط ج1 ص135  
<sup>159</sup> -د، عمر ممدوح القانون الروماني، المرجع السابق ص336

في ملكية المال واسترده منه جاز للمكتسب أن يرجع على الناقل بدعوى الضمان، وبموجب هذه الدعوى يرد الناقل ضعف الثمن المذكور في الإشهاد، أما إذا تبين أن هناك نقصاً في مقدار الأرض المباعة فللمكتسب كذلك أن يعود بدعوى الضمان على الناقل ليدفع له ضعف ثمن المقدار الناقص<sup>160</sup>

### 3- مصير الإشهاد:

توضح بعض المؤلفات أنه في أواخر العصر العلمي قسم الرومان الأموال إلى أموال نفيسة وهي الأموال التي تنتقل ملكيتها بالإشهاد، وتشمل على سبيل الحصر العقارات الإيطالية من أراضٍ، ومبانٍ، وحقوق الارتفاق الزراعية المقررة لصالحها، والأرقاء ودواب الحمل والجر، أما الأموال غير النفيسة فهي ما عدا ذلك من أموال وبالتالي لا تقع تحت حصر وتشمل على سبيل المثال الأراضي الإقليمية الواقعة خارج إيطاليا، وحقوق الارتفاق المقررة لها، والمنقولات بوجه عام، والحيوانات الأخرى غير حيوانات الجر<sup>161</sup>.

والإشهاد كان الطريقة الرسمية الأساسية لنقل الملكية الرومانية على الأموال النفيسة، وإن كانت هناك طرق أخرى لنقل ملكية هذه الأموال وهي الدعوى الصورية، كما لم يكن هناك ما يمنع في عصر القانون القديم من نقل ملكية الأموال غير النفيسة بطريق الإشهاد، ولكن يعتبر في هذه الحالة تسليماً لا يرتب أية ضمانات، وفضل مستعملاً رغم وجود التسليم وهو طريقة خالية من الإجراءات الرسمية - ذلك لأن الإشهاد لا يستلزم أن يكون الناقل واضحاً يده على العقار المراد نقل ملكيته كما في التسليم، إلا أنه في عصر الإمبراطورية السفلى اشترط فيه تسليم العين المبيعة للمشتري، وهو ما يقتضي أن يكون الناقل واضحاً يده على الشيء المبيع، ففقد الإشهاد بذلك قيمته العملية وأخذ يترك مكانه لغيره من أنواع التصرفات الناقلة للملكية إلى أن اختفى تماماً قبيل عهد جستنيان،<sup>162</sup> في حين يضيف البعض القول بأن ذلك كان تحت تأثير الشرائع الشرقية، حيث حاول القانون الروماني أن يتخلى عن الشكالية العتيقة التي لم تعد تتلاءم مع ظروف المجتمع، ففقد الإشهاد بذلك الكثير من مقوماته، وحل محله العقد الكتابي، ولكن حفاظاً على الشكل الروماني القديم حرص

<sup>160</sup> - د. عباس العبودي، تاريخ القانون، المرجع السابق، ص 218، عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، المرجع السابق

ص 336

<sup>161</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص 272

<sup>162</sup> - نفس المرجع السابق ص 337

المتعاقدون دائماً على النص في العقد أن إجراءات الإشهاد قد تمت على خلاف الواقع.<sup>163</sup>

### ثانياً: الدعوى الصورية

وهي شكل آخر من الأشكال التي عرفها الرومان، فالدعوى الصورية عبارة عن طريقة رسمية لنقل الملكية الرومانية ، وقد ورد النص على هذه الطريقة في قانون الألواح الاثني عشر.<sup>164</sup>

ولهذه الدعوى إجراءاتها الخاصة، فهي كما يبدو لأول وهلة من اسمها أنها دعوى ، فهي ترفع في صورة دعوى استرداد الملكية، وتتم إجراءاتها بحضور الناقل والمكتسب امام القاضي المدني (البريتور) ، مع وجود الشيء المراد نقل ملكيته في مجلس القضاء ان كان من المنقولات، او ما يرمز اليه ان كان عقاراً، وتتم الاجراءات بأن ينطق المكتسب بعبارات رسمية بأنه مالك لهذا المال - الذي قبضه بيده - طبقاً لقانون الرومان ، وبعدها يسأل القاضي الناقل للملكية - وهو المدعي عليه - إن كان لديه اي اعتراض ، فاذا سكت المدعي عليه ولم ينطق بأي شيء ، اعلن الحاكم تصديقه على هذا الاقرار والحاق المال بالمكتسب<sup>165</sup>

فمثلاً اذا تعلق الامر بنقل ملكية عبد ، فان المكتسب والناقل يصورا الامر في صورة دعوى استرداد امام الحاكم القضائي ، حيث يقوم المكتسب بدور المدعي ويؤكد ان العبد مملوك له طبقاً لقانون الرومان ، فيصمت الناقل دون اعتراض ، ويعتبر القاضي هذا السكوت بمثابة قبول لما أعلنه المدعي ، ويقرر ان العبد مملوك للمكتسب<sup>166</sup> ، ذلك لأن دعاوى القانون القديم كانت تستخدم كوسيلة لنقل الحقوق العينية أمام الحاكم القضائي، إذ كان الخصم لا يعترض أمام البريتور على إدعاء المدعي بملكية مال معين ، فيصدق البريتور على الإقرار ويأمر بالحاق المال بالمدعي ، وتنتهي الإجراءات دون إحالة الطرفين إلى القضاء ، وهذا ما قصد به في القانون الروماني أنه عمل ذو طبيعة توثيقية<sup>167</sup>

<sup>163</sup> - د. أحمد إبراهيم حسني، تاريخ القانون المصري مع دراسة في القانون الروماني ، المرجع السابق ص262

<sup>164</sup> - د. عاشور شوايل: تاريخ النظم ، دار الفضيل للنشر والتوزيع ،بنغازي ، الطبعة الثالثة 2009 ، ص198

<sup>165</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، ص338

<sup>166</sup> - د. عبد المجيد الحفناوي: تاريخ القانون، ص204

<sup>167</sup> - د. وجدي راغب فهمي : النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف ص115، 116

## 1- طبيعة الدعوى الصورية :

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة هذا الاجراء الشكلي الى رأيين ، فذهب بعضهم الى القول بانها دعوى صورية لا حقيقية ؛حيث يقوم الاطراف في تصوير الامر في صورة منازعة ، وهي منازعة وهمية ، اذ يقوم المكتسب بدور المدعى ، والناقل بدور المدعي عليه في دعوى استرداد .

ويوافق المدعي عليه على ادعاء المدعي ، ويصدر القاضي حكمه بناءً على ذلك، فالأمر لا يتعلق بمنازعة جديّة بل مجرد اتفاق على نقل الملكية ويصف بعضهم الدعوى الصورية بأنها من قبيل الحيلة لأنها تدبير يراد به تصوير امر من الامور بأنفاق الطرفين في صورة نزاع خلافا للواقع.<sup>168</sup>

أما البعض الآخر فيذهب الى ان الدعوى الصورية ليست اجراء صورياً ،وانما وسيلة ادارية لنقل الملكية فهي تنازل من الناقل الى المكتسب في الملكية وتصديق من جانب القاضي على هذا التنازل بماله من سلطة ادارية<sup>169</sup> أو ولائية ، لأن القضاء الولائي مصطلح أول من استعمله هم الرومان ، ثم انتقل بعد ذلك هذا التعبير إلى القانون الكنسي.

## 2- آثار الدعوى الصورية :

والدعوى الصورية وسيلة شكائية لنقل ملكية الاموال النفسية وغير النفسية على السواء ، ولكن لا يترتب عليها الضمانات المترتبة على الاشهاد ، فهي لاتضمن استحقاق الغير ، ولا النقص في قدر المال ، إضافة إلى أن هذه الدعوى كانت قاصرة على الرومان وحدهم دون الأجانب ، كما انها لم تكن شائعة الإستعمال .

ذلك لان الشخص التابع لغيره لا يستطيع استعمالها في حين انه يستطيع ان يكتسب لصالح رب الأسرة عن طريق الإشهاد ، كما ان الأفراد يفضلون استعمال الإشهاد لنقل ملكية الاموال النفسية لما يوفره من ضمانات ،ويستخدمون التسليم لنقل الاموال غير النفسية لخلوه من الشكليات والرسميات ، ولهذه الأسباب زالت الدعوى

<sup>168</sup>- د. زهدي يكن ، المرجع السابق ،ص206،

<sup>169</sup> - د. احمد ابراهيم حسن ، تاريخ القانون المصري، ص263 - د. عمر ممدوح مصطفى القانون الروماني ص338

الصورية من الحياة العملية قبل الإشهاد، ويضيف البعض بأنها اختفت ولا أثر لها منذ بداية العصر البيزنطي أي منذ عهد دقلديانوس<sup>170</sup>.

وهناك طريقة لنقل الملكية غير الدعوى الصورية والإشهاد، وهو التسليم، والتسليم طريق غير رسمي ظهر في العصر العلمي؛ ورغم أنه طريق يخلو من الشكليات إلا أننا سنتناوله نظراً لأهميته ودوره في نقل الملكية في المجتمع الروماني.

### ثالثاً: التسليم

**تعريف التسليم:** وهو طريقة من طرق قانون الشعوب، وهو طريق غير رسمي لنقل الملكية بنقل وضع اليد، وينحصر في مناولة الشيء المراد نقل ملكيته يداً بيد<sup>171</sup>.

**شروط التسليم:** ينبني التسليم على نقل وضع اليد من الناقل إلى المكتسب، وبناءً على ذلك لا يمكن نقل ملكية المال بالتسليم إلا إذا كان المتصرف في المال واضعاً يده عليه، وذلك بخلاف الإشهاد، فهو لا يشترط فيه أن يكون المال المراد نقل ملكيته في حيازة الناقل فعلاً، وفيما عدا ذلك لا يشترط في التسليم أي شرط شكلي، فهو يتم بمناولة المال من المسلم إلى المستلم، وأن يكون ذلك مصحوباً باتفاق الأطراف على نقل الملكية، وبالتالي التسليم يقوم على عنصرين، عنصر مادي وهو نقل وضع اليد، وآخر معنوي وهو وجود نية التملك والتملك عند الطرفين<sup>172</sup>.

**العنصر المادي:** ويتمثل في عملية وضع المال المراد نقل ملكيته تحت يد المكتسب، ويكون ذلك مادياً في المنقولات، أي بتسليمه في يد المكتسب، أما في العقارات فقد كان الناقل يصحب المكتسب إلى العقار، ويدور به في مختلف أجزائه وبهذا الإجراء يكون قد مكنه من الاستلام الفعلي للعقار.

ثم بمرور الوقت تطور التسليم بعض الشيء وصار بالإمكان أن يكتفي الطرفان بالتسليم الرمزي، كأن يسلم الناقل للمكتسب مفتاح الدار التي نقل له ملكيتها

<sup>170</sup> -د. احمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص264

<sup>171</sup> -د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص339

<sup>172</sup> -انظر د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق ص204-205

بهذا التسليم دون حاجة لأن يدخل جميع أجزائها، أو أن يسلمه مفتاح المخزن الذي يحتوي على الغلال المبيعه<sup>173</sup>.

كما أنه لا حاجة للتسليم إذا كان المال أصلاً موجود تحت يد المكتسب، كما لو اشترى المستأجر العين المؤجرة، كما لا توجد حاجة للتسليم أيضاً إذا احتفظ الشخص بحيازة المال عند تنازله عن الملك لشخص آخر، وهي الصورة العكسية للصورة السابقة<sup>174</sup>.

**العنصر المعنوي:** ويعني أن يكون وراء نقل وضع اليد عملاً قانونياً يتضمن النية المتبادلة لدى الناقل والمكتسب بالتملك والتملك، ويستند إليه نقل وضع اليد، ويسمى بالسبب الصحيح، ذلك لأن التسليم في ذاته عمل مادي لا يدل على الغرض المقصود منه، فهو قد ينقل مجرد الحيازة المادية دون أن ينقل الملكية، كما لو تم التسليم بحكم عقد إيجار، أو الوديعة والعارية، ففي مثل هذه الحالات لا يترتب على التسليم نقل الملكية إذ لا يوجد سبب لنقل الملكية يحوي نية التملك والتملك لدى الأطراف، وهو ما حدى ببعض الفقهاء الرومان إلى القول بأن التسليم المجرد لا يترتب عليه نقل الملكية مالم يكن هناك عقد بيع أو أي سبب صحيح آخر يسبق التسليم، ويقع التسليم بعد ذلك تنفيذاً له<sup>175</sup>.

وينبغي أن يكون العمل القانوني الذي يستند إليه التسليم عملاً قانونياً صحيحاً؛ إلا أن الرومان لم يراعوا هذا الشرط في جميع الأحوال، ومثال ذلك:

- إن السبب يكون صحيحاً ومتوافق متى صدرت نية التملك والتملك من الطرفين وإن لم تستند إلى عقد صحيح، سواءً ترتب ذلك على غلط في وجود السبب، كمن سلم لشخص آخر مالاً وفاءً لالتزام لا وجود له، أو ترتب على غلط في صحة السبب، كأن يسلم لشخص ما مالاً بناءً على عمل قانوني يعتقد صحته فإذا هو باطل، كوصية باطلة مثلاً، والراجح عند فقهاء الرومان في هذه الحالة أن المال تنتقل ملكيته بالتسليم لوجود نية نقل الملكية ونية إكتسابها لدى الطرفين، وليس للناقل استرداد المال، وإنما له فقط أن يطالب بالتعويض بدعوى شخصية وهي دعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق.

<sup>173</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص 341

<sup>174</sup> - د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص 207

<sup>175</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص 343

- كما أنه وعلى العكس من الحالة الأولى لا تنتقل الملكية بالرغم من وجود نية التملك والتملك إذا كان القصد من التسليم تحقيق غرض غير مشروع.

- وكذلك لا تنتقل الملكية إذا لم تتوافر النية المتبادلة بين الأطراف على نقلها، كأن يسلم شخص لآخر المال على أنه وديعة أو إجارة، ويتسلمه الآخر على أنه هبة أو بيع، ففي مثل هذه الحالة لا تنتقل الملكية للمستلم لعدم وجود نية نقل لدى المسلم، ويكون للأخير الحق في استرداد ما سلمه في أي وقت<sup>176</sup>.

### آثار التسليم:

ينتج عن التسليم انتقال الملكية الرومانية على الأموال غير النفيسة، والملكية البريتورية على الأموال النفيسة، كما أنه يعد أوسع نطاقاً من الإشهاد والدعوى السورية؛ لأنه يمكن أن يستخدم في نقل الملكية لصالح الرومان فقط وإنما لصالح الأجانب أيضاً، وبعد مرور زمن على التعامل بالتسليم تطور هذا النظام فأصبح في عهد جستينيان هو الطريقة الوحيدة لنقل الملكية، وذلك بعد اختفاء الإشهاد والدعوى السورية، وزوال التفرقة بين المال النفيس وغير النفيس، كما أنه لم يعد للركن المادي في التسليم تلك الأهمية، إذ أصبح انتقال الحيازة المادية مفروضاً في بعض الأحوال التي يتم فيها وضع اليد بمجرد النية وحدها، كما أصبح السبب الذي هو الركن المعنوي يوجد بمجرد وجود نية التملك والتملك دون حاجة إلى وجود العمل القانوني الذي تستند إليه هذه النية، وبذلك أصبح التسليم في عهد جستينيان عملاً مجرداً عن سببه، أي أنه ينقل الملكية بذاته ولو لم يستند إلى عقد صحيح أو موجود بالفعل بمجرد توافر النية المتبادلة للتملك والتملك لدى الطرفين<sup>177</sup>.

### البند الثاني: في مجال الالتزامات:

إن الاتفاق الذي يكون بين الأفراد لا يترتب أي اثر يُعترف به مالم يأخذ شكلاً من الأشكال التي حددها القانون، لذلك لم يستعمل الفقهاء في عهد القانون القديم تعبيراً جامعاً يضم كل انواع الاتفاقات التي يترتب عليها نشوء التزام، وإنما اكتفوا بإطلاق تعبير معين على كل عمل قانوني ينشئ التزاماً وإشتقوا له اسماً من الطريقة التي ينعقد بها، وهذه الأشكال القانونية هي: الفرض الرسمي (nexum)، والعقد الكتابي

<sup>176</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص 343

<sup>177</sup> - د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص 209، وانظر د. عمر ممدوح، المرجع السابق، ص 345

(litteris)، والاشترط الشفهي (stipulation)، وكلها عقود شكلية حرفية التنفيذ، ولذلك تدخل في عداد القانون الضيق حيث يلتزم القاضي عند نظرها بالوقوف عند حرفية الاتفاق ولا يتجاوزها إلى محاولة الوصول إلى إرادة المتعاقدين الحقيقية ولا التفسير في ضوء العرف .

### أولاً: عقد القرض (nexum):

وهو عقد شكلي ينعقد بعبارات تصدر من الدائن وحده في حضور المدين وخمسة من الشهود الرومان الذكور البالغين وحامل الميزان ، ويقوم هذا الأخير بوزن السبائك ، وذلك كله قبل ظهور العملة المضروبة<sup>178</sup> ، وكان محله دائماً مبلغاً معين من النقود ، أو من الأشياء المثالية يسلمه الدائن للمدين ، وعند التسليم ينطق الدائن بعبارات محددة ، ويترتب على القيام بهذه الإجراءات، والنطق بالعبارات المحددة أن ينشأ التزام على المدين، محله الوفاء بالمال الذي اقترضه في الموعد المحدد ، وينشأ للدائن الحق في القبض على شخص المدين واسترقاقه إذا لم يتم بالوفاء، ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك ، فمصدر التزام المدين بالوفاء ومصدر استرقاقه هو ما نطق به الدائن من عبارات .

ومنذ القرن الرابع قبل الميلاد خفت قليلاً حدة التنفيذ على شخص المدين واقتصر الأمر على حبسه ، كما أصبح من اللازم أن يكون الحبس بأمر قضائي للتنفيذ على المدين ، ومع مرور الوقت أخذ هذا القرض يفقد مزاياه ، وقل استعماله بالتدريج، وحلت محله وسائل أخرى أقل تعقيداً، وأشهرها عقد الإشرط الشفهي ، ثم عقد القرض العيني ، وبذلك مضى عقد القرض (nexum) نحو الإندثار منذ أوائل العصر الإمبراطوري<sup>179</sup> .

و أما عن طبيعة هذا القرض فهو عقد شكلي ، من عقود القانون الضيق التي لا يملك القاضي أن يتوسع في تفسيرها أو أن يبحث عن قصد المتعاقدين، كما أنه عقد ملزم لجانب واحد فقط وهو المدين المقترض .

<sup>178</sup> -د. عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق، ص125-124

<sup>179</sup> -أ.د. صوفي أبوطالب، تاريخ القانون في مصر في العصورين البطلمي والروماني، المرجع السابق، ص128

## ثانياً: العقد الكتابي litteris:

وهو عقد شكلي ينشأ فيه الالتزام على عاتق المدين عن طريق الكتابة ، فقد جرت عادة الرومان أن رب الأسرة يمسك دفاتر يقيدها إيراداته ومصروفاته التي تتعلق بدمته الماليه ، وعن طريق هذا القيد تنشأ التزامات على عاتق المدينين الذين ترد أسماؤهم في هذه الدفاتر ، أو تتجدد التزامات سابقة في ذمة هؤلاء.<sup>180</sup>

ويتحدث جستنيان في المدونة عن العقد الكتابي فيقول (في العهد القديم كانت كتابة الدائن بطريقة مخصوصة تنشئ له التزاماً على الغير ، وكانوا يطلقون على هذه الكتابة المنشأة "ثبت المطلوبات" أما في العهد الحاضر فقد بطل استعمالها)<sup>181</sup> .

والأصل في أن الالتزام ينشأ على عاتق المدين بقيد هذا الدين في دفاتر الدائن، وذلك يتم بموافقة المدين الصريحة أو الضمنية ، والتي يحق للدائن أن يثبتها-أي الموافقة- بكافة طرق الإثبات ، وبالتالي فإن قيد الدين في دفتر المدين فقط لا ينشئ هذا الالتزام .

والقيد في دفاتر الدائن ليست وسيلة لإثبات الدين ، وإنما هو الوسيلة التي ينشأ بها الالتزام، وهذا العقد كسائر العقود الشكلية يعد من عقود القانون الضيق التي يلتزم فيها القاضي بحرفية النص ، ولا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كما أنه يُنشئ التزاماً على عاتق المدين وحده لا على عاتق الطرفين<sup>182</sup> .

أما عن مصير هذا العقد فقد بدأ هو أيضاً في الاندثار منذ العصر العلمي<sup>183</sup>، وقد يعود ذلك لتخلي الرومان عن عادة مسك الدفاتر، واقتصارها فقط فيما بين أصحاب المصارف في العصر الإمبراطوري وما تؤكد مدونة جستنيان أن هذا العقد قد بطل العمل به في عهد جستنيان<sup>184</sup> .

## ثالثاً: الاشتراط الشفهي :

180 - د.صوفي أبوطالب، المرجع السابق، ص129

181 - د.عبد العزيز فهمي مدونة جستنيان ، دار الكاتب المصري، القاهرة، الطبعة الأولى، ص223

182 - أ.د.صوفي أبوطالب، المرجع السابق ص129

183 - د.عباس العبودي، المرجع السابق ص239

184 - د.عبد العزيز فهمي، المرجع السابق ص223 ، د.عبد المجيد احفناوي ، تاريخ القانون المصري، المرجع السابق، ص282

ويعد الاشتراط الشفهي من أهم العقود الشكلية التي عرفها القانون الروماني ، وهو عقدٌ لفظي ، ينعقد بألفاظ معينة ومقررة لا يستطيع المتعاقدان استعمال ألفاظ أخرى للتعبير عن إرادتهما غير هذه الألفاظ والتعابير، فهو إذاً عقد شكلي، كما أنه من عقود القانون الضيق<sup>185</sup>.

والاشتراط عبارة عن تعهد أو وعد تعاقدية، يتم في صورة سؤال (الإيجاب) بصيغة مقررة، وجواب (القبول) في صيغة مقررة أيضاً، فطالب التعهد يصدر عنه السؤال هل تعد spondes أو هل تعطي كلمة promittis أو أفستعطي dabis، وعلى المتعهد أن يجيب على السؤال، على أن تتضمن عباراته الفعل الذي استعمله طالب التعهد في سؤاله ، فيقول على الترتيب : نعم أعد spondeo ، أو نعم أعطي promitto ، أو نعم سأعطي dabo<sup>186</sup>، وبما أن الحديث يدور حول الاشتراط الشفهي فينبغي توضيح شروطه وطبيعته.

### 1- شروط الاشتراط الشفهي:

هذا النوع من الاشتراط له شروط خاصة به لكي ينعقد صحيحاً وينتج آثاره ، وهي شروط شكلية ، ويضاف إليها شرط موضوعي.

فأما عن الشروط الشكلية فهي تتمثل في ضرورة مطابقة القبول للإيجاب ، فقد عرفنا أن هذا الاشتراط يتكون من شقين ، أولهما سؤال من طالب التعهد وهو الإيجاب ، ويكون هذا السؤال - أي الإيجاب - باستخدام لفظ معين ومحدد قانوناً ، ويليه جواب المتعهد أي القبول ، وينبغي أن يكون قبول المتعهد بذات الصيغة ، أو اللفظ المستخدم في السؤال ، ومن أقدم الصيغ التي ذكرها المؤرخون أن يسأل طالب التعهد "هل تعد" ، فيجيب المتعهد "نعم أعد" ، وهذا التطابق في الصيغة ينبغي أن يكون تطابقاً تاماً ، فالعبء هنا يقع على عاتق القابل ، إذ يجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب ، فلا يصح أن يكون القبول معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل بالمخالفة للإيجاب الصادر عن طالب التعهد.<sup>187</sup>

<sup>185</sup> - د. محمود السقا : فلسفة وتاريخ النظم القانونية ، المرجع السابق ، ص 475

<sup>186</sup> - د. عبد العزيز فهمي ، المرجع السابق ، ص 207 - عبد المجيد الحفلوي ، تاريخ القانون ، المرجع السابق ، ص 129

<sup>187</sup> - د. محمود السقا ، المرجع السابق ص 476-477

كما يجب أن تتصل الإجابة بالسؤال ، فلا يمضي وقت بين السؤال والإجابة، ونتيجة لهذا الشرط يجب حضور الدائن والمدين معاً في مكان واحد ، ومن ثم لا ينعقد العقد الشفهي بين غائبين ، كما لا ينعقد إذا كان أحد الطرفين أبكماً أصماً لا يستطيع أن ينطق باللفظ المحدد قانوناً لوجوب إنعقاده صحيحاً<sup>188</sup>

إلا أنه مع مرور الزمن حدث تطور في القانون الروماني بالنسبة لهذه الشروط الشكلية ، وبالأخص ما أصدره الإمبراطور ليون عام 472م إذ ورد في مدونة جستنيان مايلي:

(ويستوي أن يكون الاستيعاد مصوغاً باللغة اللاتينية أو اليونانية أو بأي لغة أخرى، مادام المتعاقدان يفهمان اللغة المصوغ هو بها ، بل ليس محتوماً أن يستعمل المتعاقدان لغة واحدة ..... على أن تلك الصيغ اللفظية الإرتسامية إنما كانت مستعملة في العهد السالف ، وقد استمرت مستعملة إلى أن أصدر الإمبراطور ليون مرسوماً ألغى به وجوب استعمالها ، فأصبح يكفي أن يكون هناك إتفاق بين المتعاقدين وأن يكون كلاهما فاهماً ما يقال ...) <sup>189</sup>

وأما عن الشرط الموضوعي فهو مرتبط بطبيعة هذا العقد ، فعقد الاشتراط الشفهي يخلق علاقة قانونية نسبية بين أطرافه وخدمهم دون غيرهم ، لذا يكون الشرط باطلاً إذا كان القصد منه إنشاء التزام على عاتق أول صالح شخص آخر لم يكن طرفاً فيه وفقاً للقاعدة الحديثة نسبية آثار العقد ، والحكمة من ذلك أن الرابطة القانونية لا تنشأ إلا من تبادل العبارات الرسمية ، فيكون من الطبيعي أن يكون الملتزم و المستفيد هم من تفوهوا بهذه العبارات دون سواهم ، لذا لا يجوز بهذه الطريقة التعهد عن الغير أو الاشتراط لمصلحة الغير ، إلا أنه بعد تطور القانون الروماني ، واستجابةً لمتطلبات الحياة التجارية المتطورة ، ورغبةً في تسهيل التصرفات في المجتمع الروماني ، نجد أن الفقيه جستنيان قد منح دعوى للغير قبل المتعهد .<sup>190</sup>

## 2- طبيعة الاشتراط الشفهي:

<sup>188</sup> - د.صوفي أبوطالب، تاريخ القانون في مصر في العصرين البطلمي والروماني، المرجع السابق ص129

<sup>189</sup> - د.عبد العزيز فهمي، مدونة جستنيان ، المرجع السابق ص208

<sup>190</sup> - د.محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم القانونية، ص478

الاشتراط الشفهي عقد شكلي من عقود القانون المدني الضيق، فهو أحد أهم مصادر الالتزام في القانون الروماني القديم ، إلا أنه ينشئ التزاماً على عاتق طرف واحد فقط وهو المتعهد ، أما طالب التعهد فلا ينشأ في ذمته أي التزام لأنه لم يعد بأي شيء حتى يكون ملتزماً.

كما أن الاشتراط من العقود المجردة عن سببها، فلا يذكر فيها السبب، ومن هنا فإن القاضي يحكم بمقتضى العقد اللفظي، ولا يبحث في التعرف على سبب الالتزام ، ويعد الاشتراط الشفهي نموذجاً للعقد الروماني نفسه ، وقالباً لمختلف أنواع الالتزام أياً كان محلها، كأن يكون محلها مبلغاً من النقود ، أو تسليم شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ومن تطبيقاته إبرام البيع والشراء، إذ يشترط البائع على المشتري دفع الثمن، ويجيبه المشتري بالإيجاب ، ويشترط المشتري على البائع تسليم المبيع ، ويجيبه البائع بالإيجاب، كما يستخدم الاشتراط لإبراء المدين أو لتجديد التزام سابق وغيرها من أنماط الالتزام المختلفة.<sup>191</sup>

ولم يكن للتعهد الشفهي قوة تنفيذية مباشرة ، إذ يجب على الدائن أن يستصدر حكماً من القاضي قبل بدء التنفيذ على شخص المدين الذي يمتنع عن الوفاء.<sup>192</sup>

والشكلية في القانون الروماني لم تقتصر على الأنظمة الموضوعية فقط بل كان لها تأثيرها كذلك على النظام الإجرائي، فقد مر هذا النظام عند الرومان بمراحل ثلاث وهي كالآتي:-

- المرحلة الأولى: نظام دعاوى القانون

-المرحلة الثانية: نظام دعاوى البرنامج

- المرحلة الثالثة: نظام الدعاوى الإدارية

ويعتبر نظام دعاوى القانون أقدم نظام إجرائي ظهر عند الرومان، وقد غلبت عليه الشكلية والرمزية كغيره من أنظمة القانون القديم، إذ كانت إجراءات التقاضي معتمدة على صيغ رسمية وأوضاع شكلية معينة وجب القيام بها وإلا كانت الإجراءات باطلة ، فالدعاوى محدودة العدد، ولكل منها صيغة محددة خاصة بها، وبقدر عدد هذه

<sup>191</sup> -أ.د.صوفي أبوطالب، المرجع السابق ص129

<sup>192</sup> -د.عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق ص217

الصيغ تتعدد الحقوق ، لأن الدعوى لم تكن مجرد وسيلة لحماية الحق ، بل كانت هي الحق ذاته ، فلا يوجد الحق إلا من خلال إجراءات الدعوى التي يمكن استعمالها ، فإذا لم توجد دعوى لحكم علاقة معينة ظلت هذه العلاقة غير جديرة بحماية القانون .

الدعوى في هذا العهد ذات طابع قضائي خاص ، فقد كانت الدعوى تمر بمرحلتين :

- مرحلة أولى أمام البريتور "الحاكم القضائي" ، وهو يضيف الطابع الرسمي على الإجراءات ، إذ أن دوره محدود للغاية في عهد القانون القديم ، فهو مقيد مثله مثل الخصوم بأحكام القانون ، فلا يمكنه أن يمنح دعوى لا يقرها القانون فلا يقدم حماية لحق لا توجد له دعوى في القانون ، كما لا يستطيع أن يمنع الأفراد من دعوى ينص عليها القانون .

كما ينحصر دوره في مراقبة الخصوم أثناء قيامهم بالإجراءات والشكليات التي يقتضيها القانون ، فيجوز له الحكم بانقضاء الحق في الدعوى في حالة الخطأ في الإجراءات ، وله أيضاً التصديق على اختيار الأفراد للقاضي ، أو الحكم الذي يتولى متابعة النظر في الدعوى<sup>193</sup> .

-المرحلة الثانية أمام الحاكم ، واختيار الأطراف المتنازعة للحكم أو القاضي بمحض إرادتهم ، ثم تصديق البريتور على اختيارهم لا يعني أن القانون الروماني لا يزال محكوماً بالانتقام الفردي ، فالقانون الروماني عند صدور قانون الألواح الإثنى عشر المنظم لدعوى القانون قد تجاوز مرحلة الانتقام الفردي ، وبلغ التحكيم الإجباري الذي منع الانتقام الفردي ، وألزم الخصوم بعرض نزاعهم على محكم يختارونه للفصل في منازعاتهم<sup>194</sup> .

ونظام الدعوى مبني على شكليات معينة تكفل قانون الألواح ببيانها ، فقد كان يتعين على الأطراف التفوه بعبارة معينة ، وتأدية إشارات شكلية محددة ، يترتب على الخطأ فيها ضياع الحق<sup>195</sup> .

193 - د. أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ القانون المصري مع دراسة في نظرية الإلتزامات في القانون الروماني ، المرجع السابق ، ص 43

194 - د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، ص 51

195 - د. أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق ، ص 42 .

والدعوى في هذا النظام نوعين : دعوى تقريرية ويقصد بها إقرار الحق قضاءً واعتراف الخصم به ، وهي دعوى القسم أو الرهان ، ودعوى طلب تعيين قاض أو حكم ودعوى الإعلان.

دعوى تنفيذية ويرفعها من حصل على حكم على خصمه بقصد تنفيذه، وهما دعوى إلقاء اليد ، ودعوى أخذ رهينة<sup>196</sup>.

وهذه الدعوى مليئة بالشكليات ، ففي دعوى القسم أو الرهان كان كل من الطرفين يؤدي اليمين الدينية على صحة دعواه ، ولهذا سميت بدعوى القسم ، ثم استعيض عنه بالرهان ، ومنه أخذت تسمية الرهان ، ومن إجراءات هذه الدعوى أن يأتي الأطراف بالمال المتنازع عليه أمام البريتور ، ويدعي كل منهما أن المال مملوك له ، ويؤكد ذلك بلمس المال بعصاه، ثم يدور حوار قصير يقرر فيه كل واحد أنه يطالب بالشيء بوجه حق، وفي نهاية هذه الحوارات يختار الطرفان الحكم الذي تُحال إليه الدعوى أو يعينه البريتور لهم ، ويتم ذلك بعبارات رسمية وإشارات خاصة يتعين على كل خصم القيام بها بالتمام ، فإذا أخطأ في لفظ منها سقطت دعواه وإن كان الحق في جانبه ، وتُختتم إجراءات الدعوى بإشهاد الحضور على إتمامها على الوجه المشروع.

وهو نفس الأمر في دعوى طلب تعيين قاض إذ تتم بألفاظ محددة ويتم فيها الإشهاد على الخصومة.<sup>197</sup>

وفي دعوى إلقاء اليد إجراءات تبدو فيها الشكلية ، والقسوة والانتقام الفردي ، فللدائن بعد مضي ثلاثين يوماً من الاعتراف بالدين أن يقبض على المدين ويمضي به إلى البريتور ، ويقرر أمامه أنه وضع يده عليه لأنه لم يفي بدينه ، فإذا لم يعترض أحداً من أهله أو أصدقائه قرر البريتور الحاق المدين بالدائن ، فيأخذه ويحبسه ويقيده لمدة ستين يوماً ، يلتزم خلالها بعرضه في ثلاث أسواق متتالية ، معاناً اسمه ومقدار دينه حتى يستثير أهله فيوفي أحدهم بالدين نيابة عنه، فإن لم يقوموا بالوفاء فله الحق حينئذ في بيعه أو قتله كرقيق ، أو استخدامه كأجير لينتفع بخدماته أو بعمله.

196 - د. عمر ممدوح مصطفى ، المرجع السابق ، ص53

197 - نفس المرجع السابق ، ص56

وهكذا كان وضع القضاء في ظل نظام دعاوى القانون، حيث كانت الدعاوى محدودة في عددها، وموصوفة بدقة في إجراءاتها .

- أما في مرحلة دعاوى البرنامج، فقد كان هذا النظام مرناً، حيث لم يعد البريتور ملتزماً بحرفية وشكلية الطقوس، والإجراءات التي كانت سائدة في عهد دعاوى القانون، حيث يقوم البريتور بمساعدة الخصوم بتحديد موضوع النزاع، ثم يحرر بعد ذلك برنامجاً مكتوباً، ويرسله للقاضي الذي يعرض عليه النزاع، وهذا البرنامج يسمح بإضفاء الحماية على مراكز قانونية جديدة لم تكن محمية من قبل في ظل نظام دعاوى القانون، لأن سلطات البريتور اتسعت بعد صدور قانون أيبوتيا<sup>198</sup>، وأصبح هو المرجع في منح صيغة الدعوى كما أنه صاحب السلطة في قبول الدعاوى أو عدم قبولها دون التقيد بتبادل الأطراف للعبارات الرسمية المعينة<sup>199</sup>.

مرحلة الدعاوى الإدارية، حيث تم إلغاء نظام دعاوى البرنامج نهائياً بصدور دستور قسطنطين في عام 342م، وحل بدلاً منه نظام الدعاوى الإدارية، وبمقتضى هذا النظام لم يعد للبريتور أي دور في الدعاوى، ذلك أن القاضي أصبح موظف عمومي، تعينه الدولة، ويقوم بنظر الدعوى والفصل فيها بنفسه دون أن يتدخل الخصوم في اختياره، وتتميز هذه المرحلة بالتخلص من الشكليات نهائياً، والإعتداد بالإرادة، واختفت صيغ الدعاوى النموذجية، ووجه الفقهاء عنايتهم نحو دراسة الحقوق ذاتها وليس نحو الطقوس والصيغ، وتغليب الإرادة على اللفظ والشكل عند تفسير النصوص والتصرفات القانونية.<sup>200</sup>

## - ظهور الرضائية في القانون الروماني

وبعد هذا العرض لصور الشكلية في القانون الروماني يثور في أذهاننا التساؤل التالي حول الوقت الذي ظهرت فيه الرضائية في العقود عند الرومان؟

تعد الرضائية من الدعائم الأساسية التي تقوم عليها التشريعات الحديثة، ونعتبرها اليوم أمراً مقضياً في التعاقد ولا جدال فيه، إلا أن الأمر لم يكن كذلك في الماضي، فقد كانت العقود تتعقد تحت وطأة الشكلية، فلا يتم العقد إذا لم يرق الأطراف

<sup>198</sup> - د. جميل الشرقاوي : دروس في القانون المدني المقارن، دار النهضة العربية الإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص48  
<sup>199</sup> - د. أحمد إبراهيم حسن : تاريخ القانون المصري مع دراسة في نظرية الإلتزامات في القانون الروماني، المرجع السابق، ص57-

58  
<sup>200</sup> - نفس المرجع السابق، ص64-65-66

بطقوس معينة ، ويتلفظوا بكلمات محددة، إلا أن ثمة مبدأ يحكم الشرائع جميعها، وهو أنه بقدر ما يتقدم المجتمع نحو المدنية والحضارة تتحرر التصرفات من قيود الشكل والرسمية، أما عند الرومان فقد لعب تطور المجتمع بصفة عامة دوره في تطور الفكر القانوني، وبالأخص التطور الفكري والإقتصادي والإجتماعي، فقد تحول المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري، وتوسعت التجارة وأخذت مداها مع الشعوب الأخرى، وابرمت عقود مع أطرافاً اجنبية، واختلطت ثقافات الشعوب الأخرى بالثقافة الرومانية والفكر الروماني، وبالأخص الثقافة الأغريقية، وما تحويه من علوم كالمنطق وقواعد اللغة، ومناهج تفكير كالمنهج الجدلي، وأفكار أثرت إلى حد كبير في معالجة الفقه والقضاء الروماني للعديد من المسائل، وأدت كل هذه الظروف إلى ظهور الرضائية في العصر العلمي، إلا إنها ظهرت كاستثناء على الشكلية التي ظلت سائدة طيلة عصور القانون الروماني.

وقد عمل الفقهاء والبريتور دون كلل أو ملل للتخلص من قيود الشكلية، وقد أسفرت هذه الجهود التي بذلوها عن ظهور مبدأ الرضائية الذي يقضي بأنه في جميع الحالات التي لا يتطلب فيها القانون شكلاً معيناً لإتمام التصرف يكون المتعاقدان أحرار في اختيار الطريقة التي يعبران بها عن إرادتهما.

وبهذا التطور أخذت تتعدد نماذج العقود غير الشكلية في القانون الروماني ، فقد كانت هناك الاتفاقات البريتورية، والعقود الرضائية ، والعقود العينية، والعقود غير المسماة، كما أضيفت في عصر الإمبراطورية السفلى مجموعة جديدة من الاتفاقات في عداد الإتفاقات الملزمة بموجب مراسيم إمبراطورية تمنح دعوى شخصية تسمى الدعوى الناشئة عن التشريع لحماية الإتفاق العاري عن الشكل<sup>201</sup>.

### العقود الرضائية

ظهرت مجموعة من العقود تعرف بالعقود الرضائية، وهي عقد الشركة، وعقد الوكالة ، وعقد البيع ، وعقد الإجارة، وهذا ترتيبها حسب ظهورها فهي لم تنشأ دفعة واحدة، كما أنها ظهرت أولاً في قانون الشعوب، وحماها البريتور بدعوى واقعية أي مستمدة من الواقع ، ثم تبناها بعد ذلك القانون المدني بعد ذلك وحماها بدعوى مدنية، وكان التراضي كافياً لإنعقاد هذه العقود ، ويسلم الفقه بأن الرومان لم يعترفوا

<sup>201</sup> -د.مصطفى سيد أحمد صقر ، المرجع السابق ،ص129

بكفاية التراضي في هذه العقود إلا بعد انخراطهم في التجارة مع الشعوب الأخرى ، وذلك رغبةً منهم في تسهيل المعاملات وعدم التقيد بالشكل الذي فرضه القانون الروماني في الأصل على المواطنين الرومان<sup>202</sup>.

وهذه العقود باستثناء عقد الوكالة هي عقود ملزمة للجانبين، فهي عقود تبادلية وكل طرف يكون دائناً ومديناً فيها، بخلاف العقود الرسمية التي لا تلزم إلا طرفاً واحداً فقط، كما أنها تعد من عقود حسن النية، بمعنى أنها غير حرفية التنفيذ، حيث يكون للقاضي سلطة تقديرية في تفسير إرادة المتعاقدين وتكملتها حسب المألوف بين الناس الشرفاء، ونظراً لكونها عقود تتم بالتراضي فوجب أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من العيوب<sup>203</sup>.

#### العقود العينية:

وأقدمها عقد القرض ، وقد كان عقداً شكلياً، وهو من عقود القانون الضيق الذي لا يملك القاضي إمكانية تفسير الألفاظ أو البحث في إرادة الأطراف المشتركة، ولما كان القرض إنما يكون في المنقولات التي تعد من الأشياء غير النفيسة ، فقد شاعت في انعقاده طريقة التسليم ، وأصبح العقد يتم بتسليم العين، أما الالتزام بالرد فكان يتم بالتعهد الشفهي<sup>204</sup> واعتبارها كذلك كان يتسق مع الوضع السائد في القانون إذ كانت الشكلية هي القاعدة.

وباتساع نطاق التعامل ظهرت مجموعة أخرى من العقود العينية هي العارية والوديعة والرهن، وهي إتفاقات مجردة من الشكل حماها البريتور، كما أنها تعد من عقود حسن النية مثلها مثل العقود الرضائية، ولكنها تختلف عن العقود الرضائية في أن التسليم فيها ركناً لازماً لانعقاد العقد إلى جانب التراضي<sup>205</sup> وكانت كفاية التسليم تخفف من حدة الشكلية السائدة حينذاك.

#### العقود غير المسماة:

وهي عبارة عن إتفاقات غير شكلية، إلا أنها لا تدخل في عداد العقود الرضائية ولا العقود العينية، ولذا تعرف بالعقود غير المسماة فهي ليست من العقود التي يعرفها

202 - أ.د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق ، ص131، د. مصطفى صقر ، المرجع السابق 133

203 - د. عبد السلام الترماني ، المرجع السابق، ص385

204 - د. نفس المرجع السابق، ص382

205 - أ.د. صوفي أبو طالب ، المرجع السابق ، ص132

القانون ، وهي عقود تبادلية، ملزمة للطرفين، ولا تعتبر صحيحة في نظر القانون إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، وبالتالي لا يعد هذا العقد مصدر للالتزام ما لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ولها أربعة صور بحسب ما إذا كان الإتفاق يقضي بإعطاء شيء مقابل شيء مثل عقد المقايضة، أو إعطاء شيء مقابل القيام بعمل كما في الهبة بشرط، أو بأداء عمل مقابل شيء كما في عقد التقدير، أو بأداء عمل مقابل عمل، وهي من عقود حسن النية التي حماها البريتور في بادئ الأمر بدعوى واقعية ثم تبناها القانون بدعوى مدنية.<sup>206</sup>

#### الاتفاقات البريتورية:

فقد أضفى البريتور صفة الالتزام على مجموعة من الاتفاقات عندما أدرجها في منشوره المستديم وقرر أن يمنحها حماية القانون ، وكانت وسيلة الحماية في البداية متمثلة في الدفع التي أنشأها البريتور، فقد تدخل البريتور لحماية الإتفاق المجرد في حالة خاصة، وهي حالة ما اتفق الدائن مع مدينه على أجل معين للوفاء ، حيث وجد البريتور وسيلة ضمان تنفيذ هذا الإتفاق في الدفع بالغش باعتباره الوسيلة التي يمكن اللجوء إليها في مثل هذه الظروف للتخفيف من جمود القانون المدني، ثم أنشأ البريتور دعواً خاصاً بالإتفاق المجرد، وسمي بهذا الإسم (الدفع بالإتفاق المجرد)، وصار بالإمكان الدفع بالغش في كل الحالات التي لا يمكن فيها التمسك بالدفع بالإتفاق المجرد، ثم وصل التطور إلى إمكانية التمسك بالدفع بالغش إلى جانب التمسك بالدفع بالإتفاق المجرد.<sup>207</sup>

وقد وصلت الإتفاقات الرضائية تقدمها وذلك عندما قام البريتور بحماية بعض الإتفاقات المجردة من الشكل بموجب دعوى واقعية أي مبنها الواقع لا القانون، ولم يتبناها القانون المدني، ولم يكتف بمنحها مجرد الدفع، وهذه الإتفاقات الغاية منها تشديد مسؤولية المدين ، وتنقسم إلى ثلاث أنواع، وهي:

1-الإتفاق على حلف اليمين: وهو إتفاق بين المدعي والمدعى عليه، يلتزم بموجبه المدعي بالنزول عن دعواه إذا حلف المدعي عليه اليمين على براءة ذمته، وهي قريبة من اليمين المتممة التي نعرفها اليوم.

<sup>206</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، ص 42-471

<sup>207</sup> - د. مصطفى صقر، المرجع السابق ، ص 130

2- إتفاقات العهدة: وتحميها دعوى العهدة ، وهي عبارة عن ثلاثة إتفاقات متنوعة- وتضم - عهدة الحكم - عهدة ربان السفينة وصاحب الفندق وصاحب الإسطبل - عهدة صاحب المصرف.

3- إتفاق تجديد الالتزام :وهي إتفاق يعقده الدائن مع المدين على منحه أجلاً للوفاء ، وتنشأ عنه دعوى واقعية تعرف بدعوى المطالبة بالنقود.<sup>208</sup>

وبهذه الدفع والدعاوى يكون البريتور قد ضيق إلى حد كبير من المبدأ القديم الذي يقضي بأن "الإتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى"

الاتفاقات الشرعية:

ظهرت هذه الإتفاقات في عصر الإمبراطورية السفلى، وهي تتعقد بمجرد التراضي وتكون صحيحة ومنتجة لأثارها دون حاجة للشكل، حيث عمل الأباطرة تحت تأثير تعاليم الديانة المسيحية، والفلسفة الأغريقية على تضيق نطاق الشكالية فأدخلوا بموجب مراسيم صادرة عنهم مجموعة من الاتفاقات في عداد الاتفاقات الملزمة وهي الهبة، والدوطة، والتحكيم، وتنشأ عن هذه الاتفاقات دعوى لحماية الحقوق المتولدة عنها تعرف بالدعوى الشخصية الناشئة عن التشريع.<sup>209</sup>

وبصفة عامة مع مرور الوقت وبالأخص في عصر الإمبراطورية السفلى أخذت الشكالية عند الرومان تفسح المجال للرضائية، فقد اجتهد الفقهاء الرومان في وضع نظرية عامة للعقود غير المسماة، كما لم يبق من العقود الشكالية إلا الاشتراط الشفهي، والذي جاز من أواخر العصر العلمي استعمال لغةً أجنبية في النطق بصيغة السؤال والجواب كما سبق وذكرنا ، كما جاز ان تكون اللغة المستعملة في الجواب مغايرة لتلك المستعملة في السؤال، والمهم أن تكون اللغة مفهومة للطرفين .

وقد أبرز الفقهاء أهمية التراضي ليس بالنسبة للعقود الرضائية فحسب، بل بالنسبة لجميع أنواع العقود المسماة وغير المسماة ، الشكالية منها والعينية ، حيث يعتبر العقد باطلاً إن لم يركز على التراضي ؛ ورغم انتصار الإرادة في عهد جستنيان، واعتبار الرضى ركناً في كل العقود ؛ إلا أن الرضائية – كما يرى البعض – لم تكن مبدأً عاماً في القانون الروماني ، فهي تظل إستثناءً على المبدأ العام الذي هو الشكالية،

<sup>208</sup> -أ.د.صوفي أبو طالب ، المرجع السابق، ص133

<sup>209</sup> -د.مصطفى صقر، المرجع السابق ص134

فحتى في عهد جستينيان كانت الشكلية هي الأصل العام، فالإرادة لا تستطيع إنشاء تصرفات غير تلك التي حددها لها القانون، كما لا تستطيع أن تعدل من آثارها إلا في الحدود التي رسمها لها القانون، ويقرر البعض أن مبدأ سلطان الإرادة كما عرفته الشرائع الحديثة لم يظهر إلا نتيجة لمجهود شراح القانون الروماني في العصور الوسطى، وعصر النهضة وفقهاء الكنيسة الذين غيروا معاني بعض النصوص بما يدل على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> -أ.د.صوفي أبو طالب ، ابحاث في مبدأ سلطان الإرادة،ص9

## المبحث الثالث

### دور الشكلية في تكريس استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري

لعبت الشكلية دوراً أساسياً في إحداث إنشقاق، أو تصدع بين التزامات كل من البائع والمشتري في الأنظمة القديمة، والشكلية التي نعنيها هنا هي الشكلية اللازمة لصحة التصرف، وهو ما سنعرض له في المطلبين التاليين على التوالي.

## المطلب الأول

### مدى تأثير الشكلية في ترسيخ استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري عند الفراغنة

سبق وأن أشرنا إلى أن القسم "اليمين" كان شكلاً مألوفاً عند الفراغنة في معاملات عديدة حدثت بينهم، وفي مختلف الأطوار الزمنية التي مر بها القانون الفرعوني القديم.

وكانت اليمين تختلف من حقبة زمنية لأخرى، وبحسب تطور ونضوج الفكر القانوني، ففي العصور التي سادت فيها النزعة الفردية، وسيطر فيها مبدأ سلطان الإرادة على المعاملات، انعقدت هذه المعاملات - كما يرى غالبية الفقهاء - (بالتراضي) ولم يستند العقد في انعقاده على شكليات معينة، واقتصر دور اليمين على ضمان تنفيذ الالتزامات المستقبلية، كما هو الحال في العقد الذي يرجعه معظم العلماء

المؤرخون إلى عهد الملك خوفو من الأسرة الرابعة، والذي ورد فيه القسم على لسان البائع ويقول بعده "سأعطي ما هو حق وستكون أنت بذلك مستوفياً كل ماتفيده الدار " وقد اتفق الفقهاء على تفسير هاتين الجملتين على أنهما متعلقتين بضمان الإستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ، وهما من الالتزامات التي توجب الظروف أعمالها في المستقبل لا وقت الانعقاد .

كذلك ورد القسم في عدد غير قليل من عقود إيجار الرقيق لضمان تبعه الهلاك .

ويلاحظ أن دور اليمين كان في مرحلة تالية لانعقاد العقد ، وهي مرحلة التنفيذ، والتي تستلزم ضرورة احترام العقد من قبل الأطراف ، فإذا كان العقد قد انعقد بالتراضي، أي بتلاقي الإيجاب مع القبول – وذلك في أكثر من مرحلة من مراحل القانون الفرعوني- وأنشأ العقد التزامات متبادلة على عاتق أطرافه، فإن مصدر التزاماتهما هو إتفاق الإرادتين ، والالتزامات التي تقع على عاتق كل منهما هو ما أوجبه تلك الإرادتين بالتقائهما ، وما دور اليمين إلا لمجرد إضفاء الإحترام على العقد من قبل أطرافه بحيث يعملون بموجب هذه البنود ولا يتجاوزونها ، وقد عبر البعض عن ذلك بقوله أن دور اليمين في العصور القديمة لمصر كان دوراً هاماً، فهو لم يكن منشأً للالتزام أو مصدره بل دوره يقتصر على مجرد إضفاء نوع من الاحترام على العقد المبرم ، أو إعطائه قوة ملزمة تضمن تنفيذه بواسطة كل من الأطراف<sup>211</sup>.

أما عن دور اليمين في مرحلة الانعقاد ، فإن ذلك يظهر بوضوح في الحقب التي ساد فيها حكم الإقطاعيين ، والذي تظهر انعكاساته على كيفية التعاقد بين أفراد المجتمع ، حيث يُجمع أغلب الفقهاء على سيادة الطابع الشكلي في إبرام العقود ، متمثلاً في الشكل الديني، أي اليمين " القسم بحياة الملك" أمام الكاهن في المعبد ، أو أمام القاضي وأمام الشهود، فكانوا يؤدون القسم وفي هذا القسم ما يحمل الحالف على تنفيذ ما أقسم عليه وإلا تعرض لغضب الآلهة<sup>212</sup>.

<sup>211</sup> - د.فتحي المرصفاوي: دراسة تحليلية في تاريخ القانون المصري ،نقلًا عن مصطفى صقر ، مبدأ الرضائية ،المرجع السابق، بدون تاريخ نشر،ص64 ،هامش رقم 1  
<sup>212</sup> -حول هذا الموضوع ، انظر أ.د.صوفي ابوطالب: تاريخ النظم القانونية ،ص67

واليمين أو القسم هو عبارة هن ربط النفس بالإمتناع عن شيء أو الإقدام عليه بمعنى معظم عند الحالف حقيقةً أو إعتقاداً<sup>213</sup>.

ومما تجدر ملاحظته هو أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى تشبيه العقد الشفهي المصدر بالقسم عند الفراعنة بعقد الإشتراط الشفهي عند الرومان<sup>214</sup>، صحيح أن كليهما يعتبر عملاً شكلياً، فالإشتراط الشفهي هو عقد شكلي نص عليه قانون الروماني، ونظمه ورتب الأثر عليه بمجرد توافره كشكل، وكذلك القسم في الفترة الإقطاعية، إذ يرى معظم الفقهاء أن الفترة الإقطاعية هي فترة سادت فيها الشكلية، ولا يرتب التصرف أثراً إلا إذا اتخذ الشكل الذي يحدده القانون.

وإذا نظرنا إلى الإشتراط الشفهي وجدناه عقداً بين طرفين، فهو يقوم على الإستيعاد من طرف، والوعد من الطرف الآخر، إلى جانب أنه عقد ملزم لجانب واحد وهو الطرف الواعد، أما القسم فمن خلال الإطلاع على نماذج العقود التي تعرضنا لبعض منها وجدنا أنها تتم من جانب مؤد القسم وحده، دون أن يكون هناك طلب أو استيعاد من الطرف الآخر تكتمل به صيغة القسم، أو شكل القسم المطلوب قانوناً، وبالتالي فهو تصرف من جانب واحد، أي أنه تصرف شكلي أحادي الجانب فهو قائم على الإرادة المنفردة.

وقد انتقد البعض من أهل الفقه فكرة "الإرادة المنفردة" -أي التصرف الملزم لجانب واحد- بقولهم أن ذلك يستتبع الفصل بين التزامات الموجب والقابل في العقود الملزمة للجانبين، ويترتب على ذلك أن تنشأ التزامات كل طرف من طرفي العقد في وقت يختلف عن وقت نشأة التزامات الطرف الآخر، وهو ما يؤدي إلى تجزئة العقد الذي هو وحدة واحدة إلى عنصرين متميزين لكل منهما وجود مستقل<sup>215</sup>، مما يعني انتفاء وجود العقد الملزم للجانبين.

غير أن هذا النقد محل نظر- في إطار الفكر القانوني الذي يعمل تحت راية سلطان الإرادة- وفحوى هذا الرد أن إرجاع التزامات كل من المتعاقدين إلى إرادته المنفردة لا يجعل لكل من التزاماتها حياة مستقلة، لأن من عناصر كل إرادة

<sup>213</sup> - د.ناصر عبد الله بو راس: اسلوب القسم في القرآن، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 15، س1998، ص16  
<sup>214</sup> - د.شفيق شحاتة، المرجع السابق، ف45، ص50، هامش رقم 3 - د.عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، المرجع السابق، ص208

<sup>215</sup> - د.عبد الرحمن عياد: أساس الإلتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر، ص256

الغرض الذي تهدف إليه ، وفي هذا الغرض يبدوا اتصالها بالتصرف المقابل ، وارتباط آثارها بآثاره<sup>216</sup> .

والناظر إلى هذا الرد سيرى وبحق أنه ينسجم مع الفكر القانوني المقدر لقيمة الإرادة ودورها في إنشاء التصرف القانوني ، إلا أنه في ظل نظام إقطاعي ، يأخذ بالشكل الذي يكون عليه التصرف لكي ينتج هذا التصرف أثره، فلن يكون لهذا الرد دوراً مجدداً في هدم ذلك النقد الموجه للإرادة المنفردة، وسيظل ذلك الوضع المنتقد - والمتمثل في تجزئة العقد الواحد إلى عنصرين متميزين - هو الأمر الواقع في ظل نظام متزمت بالشكلية ، ولا ينظر إلى بواعث التصرف ، ولا إلى الغرض الذي تهدف إليه الإرادة، وبالتالي لا محل لربط هذا الغرض - الذي هو غير منظور إليه قانوناً - بتصرف مقابل، ولا بآثار هذا التصرف. كما لا نستطيع أن نغفل المبدأ العام الذي يسود تلك المجتمعات، ويحكم المعاملات وهو المبدأ القائل "أن الشكل ينشئ الحق والشكل يحميه"، فإذا اتخذ التصرف الذي يجريه الفرد الشكل المطلوب قانوناً - متمثلاً هنا في اليمين- يكون قد كفل لنفسه الوجود القانوني، والحماية دون حاجة لربطه بأي تصرف آخر خارج دائرته.

ولكن إلى أي مدى وصل تأثير الشكلية في ترسيخ هذا الاستقلال في القانون الروماني وهذا ما سنعرض له في المطلب الثاني

---

<sup>216</sup> - نفس المرجع السابق، ص257

## المطلب الثاني

### مدى تأثير الشكلية في ترسيخ فكرة استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في القانون الروماني

سبق وأن أوضحنا أن القانون الروماني تميز بالطابع الشكلي، وكانت هذه الشكلية في أعلى درجاتها، وفي أوج سيطرتها على التصرفات القانونية في عهد القانون القديم، حيث كان اتباع الشكل أمراً لازماً لقيام التصرف، فقد كان مضمون التصرف يصب في قالب الشكلي لكي يعترف به القانون ويسدل عليه الحماية القانونية المرجوه، فعقد البيع كان ينعقد في عهد القانون القديم في صورة "الإشهاد"، حيث يتفوه المكتسب بعبارة رسمية أمام خمسة شهود رومانيين بالغين من الذكور وحامل للميزان .

وصيغتها - مثلاً على اعتبار أن المراد نقل ملكيته قطعة أرض - "أقر أن هذه الأرض مملوكة لي طبقاً لقانون الرومان، وقد اكتسبتها بالشراء عن طريق هذه السبيكة وهذا الميزان" ثم يضع السبيكة في الميزان، فهي كانت تقوم بدور الثمن النقدي في وقت لم يكن قد تم فيه سك العملة "النقود المضروبة" ولا تعرف قيمة السبيكة إلا إذا قام حامل الميزان بوزنها وزناً حقيقياً لمعرفة قيمتها، وتسلم إلى ناقل الملكية "البائع"<sup>217</sup>.

والإشهاد كان يمثل بيعاً حقيقياً، إذ كانت السبائك هي الثمن الحقيقي للشيء المباع، إلا أن التطور الاقتصادي حدث في المجتمع الروماني، وكان له أثره البين على الإشهاد، وهذا التطور تمثل في سك العملة، أي ظهور النقود المضروبة، والتي أدت إلى ظهور الصورية في عملية الإشهاد، والحقيقة أن الإشهاد ظهرت فية الصورية من ناحيتين :

<sup>217</sup> -د. عبد المجيد الحفناوي : تاريخ القانون، المرجع السابق، ص202

**الأولى** ولا علاقة لها بسك العملة، وهي أن القبض في بيع العقارات لم يكن قبضاً حقيقياً، إذ استُعِيز عن العقار المبيع بشيء رمزي يدل عليه<sup>218</sup>.

**والثانية** الصورية في عملية وزن السبائك المعدنية، فبعد سك العملة المعدنية أصبحت عملية الوزن صورية، وعديمة الجدوى، ومجرد عمل رمزي، حيث توزن قطعة من النحاس لا تمثل في الواقع إلا ثمناً رمزياً، وبذلك صار الإشهاد وسيلة عامة لنقل الملكية، وأصبح نقل الملكية عملاً مستقلاً عن سبب هذا النقل، بمعنى أن الإشهاد أصبح عملاً مجرداً لنقل الملكية تحقيقاً لأعمال وعقود قانونية مختلفة<sup>219</sup>، فقد يستخدم الإشهاد لنقل ملكية شيء مقابل دفع ثمن، كما قد يستخدم الإشهاد لنقل الملكية بدون ثمن.

ولم يكن في الإشهاد ما يجبر الطرف الذي انتقلت إليه الملكية على دفع الثمن الحقيقي، أي الثمن النقدي للطرف الناقل للملكية، وإنما الذي يتم دفعه هو مجرد ثمن رمزي فقط لا يعدو أن يكون قطعة من النحاس.

كما أنه في هذه الفترة لم يكن للإتفاق "التراضي" المجرد عن الشكل أي أثر قانوني، فإذا اتفق البائع مع المشتري على دفع الثمن إتفاقاً عارياً عن الشكل لم يكن باستطاعة البائع أن يطالب المشتري بدفع الثمن "النقد" قضاءً إذا ما نكص عن تنفيذ إتفاقه، فقد تم سك العملة المعدنية والتعامل بها عند الرومان منذ عام 325 ق.م<sup>220</sup>، وكان ذلك قبل سيادة مبدأ سلطان الإرادة الذي لم تظهر بوادره إلا في العصر العلمي.

ومعنى ذلك أنه قد تم التعامل بالنقد في الوقت الذي لا يزال فيه المتعاقدان بحاجة إلى غطاء شكلي لتصرفهم لينتج أثره؛ إلا أن الغطاء الشكلي المتمثل في الإشهاد لم يعد يفي بحاجة المتعاقدين، فكما ذكرنا لم يكن في الإشهاد ما يجبر الطرف الذي انتقلت إليه الملكية على دفع المقابل النقدي، لذا تحول المجتمع الروماني في هذه الفترة إلى إبرام صفقات البيع والشراء في صورة تعهد شفهي من البائع يتعهد فيه للمشتري بنقل الملكية، وتعهد آخر من جانب المشتري يتعهد فيه بدفع الثمن، فالبيع والشراء أصبحا

218 - د.صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص163

219 - د.نفس المرجع السابق، ص163

220 - أ.د.صوفي أبو طالب: تاريخ القانون المصري في العصرين البطلمي والروماني، المرجع السابق، ص44

يتمان في صورة تعهدين شفويين متتاليين<sup>221</sup>، أي بتبادل التعهدات لذا كان يسمى البيع والشراء في آن واحد (Empitio-Venditio)<sup>222</sup> .

كلاً من هذين التعهدين يشكلان في القانون الروماني تصرفاً قانونياً مستقلاً، وقائماً بذاته، ولا يحتاج إلى التعهد الآخر لتمام تكوينه القانوني، وإذا ما حاولنا أن نربط بين هذين التعهدين فإن محاولة الربط بينهما تثير في الذهن موضوعين إثنين يمكن أن نعتبرهما المحورين الأساسيين اللذين تدور حولهما فكرة استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري، وهذين المحورين هما: السبب والرضائية .

## المحاور التي تدور حولها فكرة الإستقلال والربط بين التزامات البائع والمشتري

### أولاً :- السبب

وقد قيل في شأنه الكثير، وتعددت بصدده النظريات<sup>223</sup> وامتلت كتب الفقه بشرحه، وإذا ما حاولنا إسقاط هذه التنظيرات على التعهد الشفهي، فإن الأمر لن يستقيم، ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، وهذا ما لا نراه في التعهد الشفهي، فالتعهد تصرف قانوني ملزم لجانب واحد.

فالتزام البائع كان بموجب تعهده الملزم له وحده فقط دون أن يرتب أي التزام على عاتق الطرف الآخر "المتعهد له"، وتعهد البائع هذا يشكل - في نظر القانون

221 -صوفي أبوطالب، المرجع السابق، ص129

222 - د.صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص264

223 --السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقدان الوصول إليه، وهذا هو السبب القسدي المباشر وفقاً للنظرية التقليدية، أما في النظرية الحديثة فالسبب هو الباعث الدافع على التعاقد.

فالسبب وفقاً للنظريات التي ظهرت في هذه الناحية من القانون إما أن يكون سبب قسدي مباشر، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً وموجوداً، وإما أن يكون المقصود به السبب الباعث على التعاقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً، وقد قام الفقيه "دوما" بصياغة نظرية السبب في القانون الفرنسي، وميز بين أربعة أنواع من العقود، وهي عقود يعطي فيها كل طرف بصورة تبادلية شيئاً للآخر، وعقود يقوم فيها كل طرف بأداء عمل للطرف الآخر، وعقود يقوم فيها أحد الطرفين بتقديم خدمة بينما يقوم الآخر بإعطاء شيء مقابل ذلك، وكذلك أخيراً عقود الهبة.

وقد أشار دوما إلى إنه بالنسبة للعقود الثلاثة الأولى وهي عقود معاوضة، فإن تعهد كل طرف يجد أساسه أو سببه في تعهد الطرف الآخر، بمعنى أنه في عقود المعاوضة سبب إلتزام كل طرف هو إلتزام الطرف الآخر .

أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد كالقرض وهو عقد عيني، فإن سبب إلتزام المقترض هو سبق تسلمه للمال، فإذا لمن هناك تسلم فلا ينشأ إلتزام بالرد، أما عن التصرفات التبرعية، فإن إلتزام المتبرع سببه بواعث داخلية، أو الدافع الذي أقدم المتبرع على التبرع بسببه. للمزيد انظر يزيد أنيس نصير، المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني، مجلة الشريعة والقانون، ع33، يناير 2008، ص212-213 وما بعدها .

الروماني - عملاً قانونياً متكاملأ ، ومستقلاً بذاته ، ومرتبأ لآثاره ، وهو ما عليه الحال بالنسبة لالتزام المشتري فقد كان هو الآخر يتم بموجب تعهد صادر منه مستقل تماماً عن تعهد البائع ، فلا يمكننا القول أن أحدهما كان سببأ لالتزام الآخر .

وفي أول عهد القانون الروماني لم يكن للسبب أي أثر في العقود لأن العقود كلها كانت شكلية، ثم ظهرت بعد ذلك عقود غير شكلية أهمها العقود الرضائية، وعقود التبرع حيث كانت الإرادة تتدخل في تكوينها وبذلك وجدت فكرة السبب بوجود الإرادة في تكوين العقد وكانت العقود الرضائية هي البيع والإيجار والشركة والوكالة .

- ففي عقد البيع مثلاً كان التزام البائع هو سبب التزام المشتري ، فإذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل فإن التزام المشتري لا يقوم لانعدام السبب ، غير أن فكرة السبب لم تتجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة التنفيذ ، فإذا تم تكوين العقد أصبح كل التزام مستقلاً عن الآخر فإذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ما كان يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن ، وإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ما كان يجوز للآخر أن يطلب الفسخ وإذا هلك المبيع بعد العقد وقبل التسليم كانت تبعة الهلاك تقع على المشتري، وفي التبرعات اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير فسبب الالتزام في الهبة هو نية التبرع بحيث إذا تخلفت هذه النية انعدم السبب وبطل العقد ، وإذا اقترنت الهبة بشرط كان هذا الشرط هو السبب إذا كان دافعاً إلى التبرع فإذا لم ينفذ الموهوب له الشرط كان للواهب أن يسترد هبته.

ومن كل هذا يتبين أن الرومان عرفوا السبب كفكرة موضوعية يبحث عنها داخل العقد لا خارجه وتكون واحدة لا تتغير في النوع الواحد من العقود وهذا هو سبب الالتزام .

ولم يكن يوجد في هذه الفترة نموذجاً شكلياً يجمع كلا التعهدين في تصرف قانوني واحد بحيث يصبح التزام كل طرف سبباً لالتزام الطرف الآخر .

ومما لا يتم الحديث في هذا الموضوع إلا بذكره هو أن نشير إلى أن القانون الروماني في عهد القانون القديم لم يحفل بنظرية السبب-، فجميع التصرفات القانونية في هذا العصر هي تصرفات شكلية ، ولم تكن العقود عندهم عقوداً بالذات، بل كانت عبارة عن قوالب وأنماط تصب فيها العقود ، وهذه الأشكال هي التي يسمونها الرومان " السبب المدني" ( CAUSE CIVILIS ) ، وهي ليست سبباً لالتزام العقدي على النحو

المعروف في القوانين الحديثة، إنما هي سبب لانعقاد العقد أو هي الشكل الذي يجعل العقد يتكون<sup>224</sup>، والحقيقة أن فكرة السبب التي تربط بين التزامات الأطراف ترتبط بالإرادة لا بالشكل .

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام هو أنه كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد ، وتراخى التركيز على الشكل ، زادت أهمية السبب ذلك أن الإرادة من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية إذا تحررت من قيود الشكل ، وجب أن تنقيد بالسبب ، وعندما كان الشكل وحده – دون الإرادة- هو الذي يكون العقد، لم يكن للسبب أثراً<sup>225</sup>، وحيثما يظهر دور الإرادة، يظهر معه البحث عن السبب الذي حرك هذه الإرادة.

ويفضل البعض وصف التصرفات الشكلية التي كان يزخر بها القانون الروماني بأنها تصرفات مجردة من السبب، أي لا يظهر فيها السبب ، لذا تعتبر قالباً عاماً تصاغ فيه كافة أنواع التصرفات القانونية أيضاً كان الغرض الذي تهدف إلى تحقيقه ، فهذه التصرفات تنتج آثارها القانونية بصرف النظر عن وجود السبب ومشروعيته من عدمهما ، فهي تصح وتنتج آثارها ولو كان السبب غير موجود أو غير مشروع<sup>226</sup>، ولكن هذا لا يدفعنا إلى الربط بين فكرة التصرف المجرد والشكلية.

فنظرية التصرف المجرد نظرية جرمانية بالدرجة الأولى وليست رومانية النشأة كما يوحي بذلك الحديث عن تجرد التصرف الشكلي من السبب، ففي حقيقة الأمر ليس هناك تلازم بين التصرف المجرد وبين الشكل ، فالشكل ليس هو المعيار الذي يتحدد به التصرف المجرد تحديداً جامعاً مانعاً ، مع التسليم بأن التصرفات الرومانية الشكلية تصرفات تجردت عن سببها.<sup>227</sup>

ويرى جانب آخر من الفقه أنه إذا كان القانون الروماني لم تنشأ فيه نظرية عامة للسبب ، فكلمة السبب ذاتها لم تكن محددة المعنى ، فهي كما كانت تعني السبب المنشئ للإلتزام؛ إلا أنها كانت تشور ولو عرضاً حالات متعلقة بالسبب القصدي ، أو الباعث الذي يجعل العقد غير مشروع ( مخالف للأداب)، وقد كان علاج مثل هذه الحالات يأتي في بادئ الأمر بوسائل برينورية ، وهذه الوسائل لا تدخل في دائرة العقد، غير

224 - د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص341

225 - نفس المرجع السابق، ص339

226 - أ.د. صوفي أبوطالب: الوجيز في القانون الروماني ، المرجع السابق، ص188-189

227 - د. مصطفى صقر ، المرجع السابق ، ص83

أنه وفي وقت متأخر وعندما ظهرت العقود غير المسماة ، وفي سبيل تقرير صفة الالتزام لهذه العقود التي لم تستوف الشكل ، وعن طريق الاستعانة بفكرة العقد العيني ظهرت كلمة *causa* في لغة الفقهاء على أنها مرادفة لكلمة شيء *Res* الذي يتم تقديمه في العقد العيني، ومن ثم بدأت فكرة السبب المنشئ ( وهو تسليم الشيء في العقد العيني ) تختفي لتظهر فكرة السبب القصدي بقدر معين ، وكل ذلك دون أن يقرر الرومان فكرة أو نظرية عامة عن السبب القصدي كما في النظرية التقليدية في العصر الحديث<sup>228</sup>.

أما لو أثرنا موضوع السبب بعد عهد القانون القديم – أي في العصر العلمي وما يليه – نجد أن فريقاً من من أهل الفقه يذهب إلى أن القانون الروماني لم يعرف سوى السبب الإنشائي للالتزام ، أما السبب القصدي لم يعتبره شرطاً لصحة العقد ، وفكرة السببية لم تظهر في العقود غير الرسمية في أية مرحلة من مراحل تطوره، أما في العقود الرسمية فنجد بعض الأثر للسبب القصدي في عقد رسمي واحد وهو عقد الاشتراط<sup>229</sup>. وكان هذا التأثير كما تصفه كتب الفقه غير مباشر من ناحيتين ، ومباشراً من ناحية ثالثة .

فأما بالنسبة للنواحي غير المباشرة التي يظهر فيها تأثير العقد اللفظي بفكرة السبب فتكمن في حالة عدم وجود السبب ، أو أن السبب غير مشروع ، ففي مثل هذا الوضع لم يكن الحل إبطال العقد ، بل يظل العقد صحيحاً ، ولكن المدين يُعطى دعوى استرداد كي يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب، أو لسبب غير مشروع ، وهذه الدعوى من الممكن أن يستخدمها المدين كدعوى يسترد بها ما تم أدائه للدائن وفاءً لهذا الالتزام ، قد يلجأ إليها المدين كدفع يتوقى به مطالبة الدائن بالالتزام الذي لا سبب له أو سببه غير مشروع ، هذا بالنسبة للقانون المدني أما القانون البريتوري فقد جعل للمدين دفعاً بالغش يتوقى به مطالبة الدائن ، ولكن لم يوفر له – أي المدين – وسيلة هجومية ضد الدائن كي يسترد مادفعه<sup>230</sup>.

والناحية التي تأثر فيها العقد اللفظي تأثراً مباشراً بفكرة السبب هي عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، فعادةً ما يتعهد المقرض برد المبلغ بعقد لفظي ، ثم بعقد

228 - د. ثروت حبيب ، المرجع السابق ، ص 264

229 - د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، المرجع السابق ، ص 490

230 - انظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج1، 324 وما بعدها

كتابي يكتب فيه الشرط اللفظي، وكل ذلك قبل أن يتسلم المقترض المبلغ، ويكون التزامه صحيحاً طالما أستوفى الشكل المطلوب، فإذا أراد أن يتحلل من التزامه ويستعين "بدعوى الاسترداد" فإن عليه أن يثبت أنه لم يستلم شيئاً حتى يلتزم برده، أي لا يوجد سبب لالتزامه، ثم ما لبث أن أدخل القانون البريتوري تعديلاً على هذا الحكم يقضي بأنه إذا أراد الدائن المقرض استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقترض قد تسلم القرض، أي أنه مكلف بإثبات وجود سبب للالتزام<sup>231</sup>.

أما بالنسبة للعقود الرضائية فإن الإرادة كان لها دوراً بارزاً في تكوين العقود، ومن ثم ظهرت فكرة السبب في هذه العقود ظهوراً واضحاً - كما يرى البعض -، ففي عقد البيع الرضائي إلتزام البائع سبب التزام المشتري، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع، فامتنع التزام البائع لانعدام المحل، لم يرقم التزام المشتري لانعدام السبب، ويقف دور السبب في الربط بين التزامات المتعاقدين عند هذا الحد - وفقاً لهذا الرأي - أي عند مرحلة الانعقاد، ولكن لا يقوى على الربط بينهما في مرحلة التنفيذ، فتظل التزامات كل طرف تنفذ بشكل مستقل عن التزامات الطرف الآخر<sup>232</sup>.

فإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه لم يكن بإمكان الطرف الآخر أن يطالب بفسخ العقد، وعند مطالبته بالتنفيذ لم يكن له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وعند هلاك المبيع بعد البيع وقبل التنفيذ ينقضي التزام البائع، في حين يظل التزام المشتري بدفع الثمن قائماً، ويتحمل بذلك المشتري تبعه الهلاك، وللحديث في هذا الأمر موضع آخر سنعود إليه لاحقاً.

وقد برر جانب آخر من الفقه وجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الرضائية لكن ذلك لم يكن لإعمال فكرة السبب القسدي، وإنما لإعمال صور الجزاء التي تتقرر بالنظر إلى تخلف الإلتزام المقابل أو عدم تحققه من الوجهة الاقتصادية<sup>233</sup>.

وأياً ما كان الأمر من وراء عدم قيام التزام المشتري فإن ذلك يشير إلى بوادر ظهور فكرة علاقة تربط بين التزامات الطرفين، وفي الحقيقة إن الخلاف بين من يقلل من شأن السبب في القانون الروماني - بعد حقبة القانون القديم، أي بعد ظهور العقود الرضائية - وبين من يرفع من شأنه ويزيد من أهميته ليس إلا وجهاً من أوجه

231 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 324-343

232 - نفس المرجع السابق، ص 345

233 - د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 264

الخلافاً الذي دار بين أنصار ومؤيدي الرضائية في القانون الروماني، الذين يرون أن الرضائية عندما ظهرت في العصر العلمي كانت مبدأً عاماً إلى جانب الشكلية وليست إستثناءً لذا يؤكدون على دور الإرادة وسبب هذه الإرادة، وفريق آخر يرى أن الرضائية أو سلطان الإرادة ماهي إلا إستثناءً على الشكلية، لذا لم يولوا الإرادة وسببها أي إهتمام يذكر، وهو ما عليه الكثير من الفقهاء، فالشكلية هي الأصل والرضائية إستثناءً يرد عليها .

وفي رأيي إن اقتصار دور السبب في العقود الرضائية -خلال مرحلة العصر العلمي -على الربط بين الالتزامات المتقابلة في مرحلة التعاقد فقط، دون مرحلة التنفيذ كان نتيجة طبيعية لتدرج دور الإرادة في الظهور في ساحة التعاقد، وبالتالي دور السبب المحرك لهذه الإرادة.

فمبدأ سلطان الإرادة لم يظهر دفعةً واحدة، حيث ظهر أولاً دور مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرف القانوني، وقد كان ذلك في العصر العلمي<sup>234</sup>، ونظراً لإرتباط الإرادة بالسبب، وتبعاً لذلك ظهر دور السبب في الربط بين الإلتزامات المتقابلة في مرحلة إنشاء التصرف القانوني، ثم بعد ذلك تطور دور الإرادة شيئاً فشيئاً، وبدأ يأخذ مجاله في مرحلة التنفيذ نتيجة للإعتراف للإرادة بقدرتها على التدخل في تعديل آثار التصرف، وبالتالي ظهر دور السبب في مرحلة التنفيذ.

### ثانياً: الرضائية

ومعناها كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية دون التقيد بشكليات معينة للتعبير عن هذه الإرادة، أو أنماط محددة يفترضها القانون على الأفراد، والتراضي غير الإرادة، فالإرادة الواحدة أحد طرفي التراضي، الذي هو عبارة عن تلاقي الإرادات و انتلافها، وتسمى الإرادة الأولى " إيجاباً"، وتسمى الإرادة الأخرى "قبولاً"، وينبغي أن ينطبق الإيجاب على القبول أيضاً كانت الصورة التي عبر بها الأفراد عن إرادتهم<sup>235</sup>.

وعلى أي حال لا يمكن أن نسلم بهذه الكيفية في التعاقد في ظل القانون الروماني القديم الذي أحكمت الشكلية قبضتها عليه، وجعلت من المعاملات فيه تنصهر في

<sup>234</sup> - أ.د.صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق ص8-9  
<sup>235</sup> -د.مصطفى صقر، المرجع السابق، ص83

قوالب شكلية محددة لا محيد عنها ، وهناك من يذهب إلى استبعاد فكرة الإيجاب والقبول من حضيرة القانون الروماني، ويرى أن تبادل السؤال والجواب – الذي يقتضيه قالب الشكلي – اشبه ما يكون بتبادل الإيجاب والقبول ، إلا أن صيغة السؤال لا يمكن أن تكون إيجاباً، لأن من الشروط الأساسية للإيجاب أن يعبر الموجب عن إرادة جازمة، تمثل رغبته في التعاقد على شروط محددة، وهذا ما يتنافى كلياً مع صيغة السؤال... وبالتالي يمكن القول أن فكرة الإيجاب والقبول – كآلية لإبرام العقود في ظل التراضي – لم تكن معروفة في القانون الروماني<sup>236</sup> .

في عصر القانون القديم لم يكن بإمكان الأفراد أن يتراضوا على صيغة عقدية جديدة غير تلك الصيغ التي حددها لهم القانون ، كما لم يكن بإمكانهم أن يضيفوا شيئاً من الشروط الجديدة على الصيغ الموجودة في القانون ، ليربطوا بذلك بين إسهادين أو تعهدين شفهيين .

فقد انعقد الإجماع بين شراح القانون الروماني على أن هذا القانون في عصره القديم لا يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه ، فالإرادة لا تنشئ التصرف القانوني ، وهي أيضاً عاجزة عن تحديد شروطه وآثاره ، ويذكر بعض فقهاء القانون الروماني أن نصوص القانون المدني آنذاك تقضي بأن الالتزام الناشئ عن الاشتراط الشفهي لا يقبل التعليق على شرط ولا حتى إضافته إلى أجل<sup>237</sup>، ولم يحدث هذا التطور المتمثل في قدرة الإرادة على إنشاء التصرف القانوني ، ثم قدرتها على تعديل آثار هذا التصرف إلا في عصور لاحقة بعد تطور هذا القانون.

إلا أنه في العصر العلمي ظهر مبدأ الرضائية على سبيل الإستثناء إلى جانب الشكلية، وعرف الرومان العقود الرضائية الأربعة "الإيجار، والبيع، والوكالة، والشركة" التي يكفي فيها التراضي لنشأة الإلتزام .

ثم في عصر الإمبراطورية السفلى واصل القانون الروماني تطوره ، واعترف للإرادة بقدرتها على تعديل آثار التصرف القانوني ، وذلك بتعليق التعهد على شرط معين ، أو إضافته إلى أجل ، وقد ورد تنظيم هذا الأمر في "مدونة جستينيان"<sup>238</sup>،

<sup>236</sup> - د.يزيد أنيس نصير ، الإيجاب والقبول في القانون الأردني ، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات ، ع16، ص2002، ص95

<sup>237</sup> - أ.د.صوفي أبوطالب : أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص19

<sup>238</sup> - د.عبد العزيز فهمي : المرجع السابق ، ص208

وبالتالي صار بمقدور الإرادة أن تعدل من الآثار الطبيعية للتصرف ، ولكنها لا تستطيع أن تعدل أو تغير من الآثار الجوهرية<sup>239</sup>.

والقاعدة الرومانية الشهيرة ، والتي تحوي مبدأ سلطان الإرادة ، والتي ترجمها الفقهاء العرب مؤثرين استخدام أي القرآن الكريم للتعبير عنها " إن العهد كان مسؤولاً"<sup>240</sup>، ظهرت أول ما ظهرت في منشور أصدره اليريتور ويقول فيه : ( سأعمل على تنفيذ الإتفاقات إذا تمت بدون تدليس ولا تخالف نصوص التشريعات ، أو قرارات المجالس الشعبية أو توصيات الشيوخ ، أو منشور الإمبراطور ، وأحكامه القضائية ، وكانت خالية من الغش نحو القانون)

وقد واجه الفقهاء صعوبة في تحديد تاريخ هذا المنشور على وجه الدقة ، إلا أنه من المؤكد أنه سابق على عهد شيشرون ، والذي أختير قنصلاً عام 63 ق.م والذي أشار إليه في العديد من كتبه، كما أنه لاحق لظهور التقاضي بطريق البرنامج الذي لم يظهر إلا في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد<sup>241</sup>.

ويتضح لنا من السرد السابق أنه خلال الفترة التي أبرم فيها الأفراد صفقاتهم في صورة تعهدات شفوية "خلال عهد القانون القديم" لم يكن بين أيديهم مكنة وضع اشتراطات ، أو إتفاقات ملزمة يربطون بها بين هذه التعهدات أو الالتزامات بموجب قاعدة "الرضائية" ، إذ لم تظهر بعد هذه القاعدة في هذا العصر.

وننتقل الآن للحديث عن اثر استقلال إتزام البائع عن إتزام المشتري في الأنظمة القديمة الفرعونية والرومانية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

<sup>239</sup> - العناصر الجوهرية وهي لا يمكن أن يوجد التصرف بدونها .  
العناصر العرضية وهي لا تدخل بذاتها في التكوين النموذجي للتصرف ، وإنما تدخل في التصرف بناء على إتفاق الأطراف  
العناصر الطبيعية وهي مرتبطة بالتصرف ولا يمكن فصلها عنه إلا بإتفاق الطرفين ، انظر أ.د. صوفي ابوطالب ، ابحاث في مبدأ سلطان الإرادة ص 8-9 ، انظر أيضاً د. عبد المجيد الحفناوي تاريخ القانون ، ص 135

<sup>240</sup> - سورة الإسراء ، آية 34

<sup>241</sup> - أ.د. صوفي ابوطالب ، ، المرجع السابق ، ص 30

## الفصل الثاني

اثر استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في النظم القديمة

(المصرية والرومانية)

## الفصل الثاني

### أثر استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في النظم القديمة

#### (المصرية القديمة والرومانية)

إن استقلال التزامات الأطراف المتعاقدة كما في القانون الروماني (في عهد القانون القديم) ، أو في القانون المصري القديم في عهده الإقطاعية، قد يكون عند التعاقد، أي في مرحلة نشأة الالتزام، ويترتب على استقلال التزامات الأطراف في هذه المرحلة أنه بالإمكان أن يكون هناك خلل في ركن من أركان أحد الالتزامين ، ويبطل ذلك الالتزام لفقده أحد أركانه ، ومع ذلك يظل الالتزام الآخر قائماً صحيحاً، ويظل المدين به ملزماً بتنفيذه ، فبطلان أحد الالتزامين لا يرتب بطلان أو إنقضاء الالتزام الآخر .

أما في مرحلة تنفيذ الالتزام فإن استقلال الالتزامات في هذه المرحلة يعني أن كل التزام سينفذ بشكل مستقل عن تنفيذ الالتزام الآخر، ولن يتأثر بما يطرأ على تنفيذ الالتزام الآخر المقابل - إن صح القول - من عراقيل أو إشكالات ، وبالتالي إذ امتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أن يطالب بفسخ التزامه لكي يتخلص هو كذلك من هذا الالتزام الذي على عاتقه ، كما لا يستطيع عند مطالبته بتنفيذ ما عليه من التزام أن يدفع هذه المطالبة بدفع عدم التنفيذ، كما أنه إذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري لسبب أجنبي فإن تبعة الهلاك تكون على المشتري، إذ رغم إنقضاء التزام البائع بالتسليم يظل المشتري ملزم بدفع الثمن .

وهذا ما سنتناوله في مبحثين، إذ سنخصص الأول لآثار الإستقلال عند الإخلال بالتنفيذ (الفسخ)، وسيكون الثاني عن آثار الإستقلال في حالة الأنفاسخ.

## المبحث الأول

### أثر استقلال الالتزامات عند الإخلال بالتنفيذ "الفسخ"

يعد الفسخ في وقتنا الحاضر من الأنظمة القانونية المسلم بها؛ إلا أن الأمر لم يكن كذلك في السابق إذ لم يتم الأخذ بهذا النظام والعمل به إلا بعد مرور وقت من الجدل والصد والرد في أوساط الفقه والقضاء حول هذا النظام من حيث شروط إعماله وأساسه، ويقصد بالفسخ حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين في أن يطلب حل الرابطة التعاقدية متى لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، لكي يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه<sup>242</sup>.

وقد امتلأت كتب الفقه ببيان الفسخ، وتحديد ماهيته، وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة، وشروطه، وأساسه أو تأصيله القانوني، إلا أنه ما يُهْمنا في هذا المقام هو أن نتطرق لهذه المعاني بالكيفية التي تخدم موضوعنا، ولذلك سنحيل عليها<sup>243</sup>.

#### وفيما يتعلق بشروط الفسخ، فيشترط لكي يُقضى بالفسخ ما يلي:

- أن يكون العقد ملزماً للجانبين، فلا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين<sup>244</sup> أياً كان نوع هذا الفسخ سواء كان فسخاً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً<sup>245</sup>، فالفسخ مبني على فكرة التوازن بين الالتزامات المتقابلة ولا يكون ذلك التقابل إلا في العقود الملزمة للجانبين فهي التي تولد مثل هذا النوع من الالتزامات، والتقابل للجانبيين (interdependence) تترتب عليه نتائج هامة، وأهمها إذا لم يتم إحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد، ومن هنا قيل أن العقود الملزمة

<sup>242</sup> - أ. حسينة حمو: انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري الجزائرية، 2011 ص 7 - أ. إبراهيم أنيس محمد يحي: الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، نابلس، تمت مناقشتها وإجازتها في 2009، ص 44، أ. طارق كاضم: إخلال المقاول بالتزامه، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 1، ص 6

<sup>243</sup> - انظر د. ثروت حبيب: المصادر الإرادية للإلتزام في القانون الليبي، ص 44 وما بعدها د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط

ج 1، ص 473

<sup>244</sup> - د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الالتزامات ج 1، القاهرة المطبعة العالمية 1954-1955، ص 53 ص 627

- د. محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ص 126

<sup>245</sup> - الفسخ إما أن يكون قضائياً أو اتفاقياً أو قانوني، 1- الفسخ الإتفاقي هو أن يتفق المتعاقدان وقت إنشاء العقد على إمكان فسخه بحكم هذا الإتفاق دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، ولا يعفي هذا الإتفاق من الإضرار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته 2- الفسخ القضائي وهو حل الرابطة التعاقدية الصحيحة والملزمة للجانبين بحكم القضاء، والأصل في الفسخ ان يكون قضائياً لأن الفصل في المنازعات من إختصاص القضاء، كما أن للقاضي سلطة تقديرية فله أن يقرر الفسخ أو يعطي المدين مهلة لتنفيذ إلتزامه، 3- الفسخ القانوني الإنفاسخ وهي الحالات التي ينص عليها القانون، انظر د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 300 وما بعدها د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج 1 ص 469 وما بعدها

للجانبيين هي التي تتوفر فيها الحكمة من الفسخ<sup>246</sup>، أما العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والكفالة بغير أجر، والهبة بغير عوض لا يتصور فيها الفسخ، فالدائن من مصلحته المطالبة بالتنفيذ العيني ولا يوجد في ذمته التزام يريد التحلل منه بالفسخ.

- والفسخ لا يتم اللجوء إليه إلا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ويجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي، بأن يكون التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلًا بفعل المدين، أو أنه لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يتم بالتنفيذ، فمناط الفسخ أن يتخلف أحد العاقدين بخطئه عن تنفيذ التزامه.<sup>247</sup>

- ولا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن (المطالب بالفسخ) قد نفذ التزامه أو كان مستعداً للقيام بالتزامه، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها<sup>248</sup>.

إذ ليس من العدل أن يخل الدائن بتنفيذ التزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فالمتعاقدين الذي يتمسك بالفسخ يشترط فيه ألا يكون مقصراً في تنفيذ التزامه، فالفسخ جزاءً لعدم تنفيذ العقد، وبالتالي لا يستفيد منه المتعاقد المتخلف عن الوفاء بما عليه<sup>249</sup>.

## الخلافاً حول أساس الفسخ

هناك العديد من النظريات التي قيلت بشأن أساس الفسخ، فنظرية الفسخ وإن كانت تبدو أمراً عادلاً وطبيعياً في الوقت الحاضر، إلا أن أساسها محل خلاف ومرجع ذلك تداخل بعض الأفكار والأنظمة في نشأتها.

ففي القانون الروماني لم تُعرف قاعدة الفسخ لأن العقد الملزم للجانبين في هذا القانون كان ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض، فم يكن هناك تقابل أو ارتباط

<sup>246</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ج1، المرجع السابق ص572، ويستثنى القانون المدني المصري القديم عقداً واحداً ملزماً للجانبين إذ يمنع فيه الفسخ وهو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة، فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب الفسخ وإنما له فقط المطالبة بالتنفيذ العيني، وقد أستدرك المشرع المصري هذا الحكم الغريب وأعاد هذا العقد للقواعد العامة في القانون الجديد.

- أ. هادي حسين الكعبي و محمد جعفر هادي: الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي، جامعة بابل، ع2، ص5، ص288

<sup>247</sup> - د. أسيل باقر الجاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وآثارها، مجلة المحقق الحلبي، جامعة بابل، ع2، ص165، --د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص298، د. عبد الزاق السنهوري، الوسيط ج1، المرجع السابق ص574

- أ. مليكة مراد، إلغاء التصرف القانوني، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس الجمهورية الجزائرية 2010-2011 ص35

<sup>248</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج1، المرجع السابق، ص575، د. أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص165

<sup>249</sup> د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص454

- أ. مليكة مراد، المرجع السابق، ص36

بين هذه الالتزامات، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فليس أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطلب التنفيذ دون أن يكون له الحق في التحلل من التزامه.

وبعد أن ظهرت الرضائية في العقود، جرى العمل على تضمين العقد شرطاً مقتضاه أن صاحبه يلتزم بما أوجبه عليه العقد بشرط تنفيذ المشتري الآخر لتعهداته، وهذا هو الشرط الفاسخ الصريح، وبعد تطور الوضع أدخل الرومان في عقد البيع شرطاً يجعل للبائع الحق في الفسخ إذا تخلف المشتري عن دفع الثمن واقتصر الأمر حينذاك على هذا النطاق الضيق.

وقد جرى العمل بنظام الشرط الفاسخ الصريح في بداية القرون الوسطى كما كان عليه الحال عند الرومان .

ومصدر قاعدة الفسخ هو القانون الكنسي حيث ظهرت فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين تلك الفكرة التي أملت لها نظرية السبب، إذ أن سبب الالتزام في العقد الملزم للجانبين هو الالتزام الذي يقابله، ومن ثم فإن فكرة السبب هي التي تربط بين الالتزامين المتقابلين في هذا العقد، بحيث إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه حق للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بالفسخ.

كما أسس فقهاء القانون الكنسي نظرية الفسخ على أساس أخلاقي، وهو وجوب إحترام العهد، فالمرء لا يكون ملزماً بعهدته أمام من أخلف وعده، إذ لا عهد لمن لا عهد له<sup>250</sup>، وبالتالي لم يؤسس فقهاء القانون الكنسي نظام الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ، وإنما أقاموه على فكرة حسن النية الواجب أن تسود تنفيذ العقود<sup>251</sup>، فإذا كان فقهاء القانون الكنسي لم يعطوا تبريراً لنظام الفسخ؛ ذلك لأن شغلهم الشاغل كان هو أن تسود مبادئ حسن النية في تنفيذ العقود، إلا أنهم في الوقت ذاته نظروا من جهة أخرى لمصلحة الدائن إذا ما تخلف المدين عن تنفيذ التزامه واعتبروه مخلفاً لوعده، ومنحوه حق اللجوء إلى القضاء ليثبت نكث المدين لعهدته.

أما عن فقهاء القانون الفرنسي القديم فقد اعترفوا بنظام الفسخ لعدم التنفيذ التي تميز بها الكنسيون، إلا أنهم أسسوه على إرادة العاقدين تحت تأثير واضح للقانون الروماني، فأساس الفسخ في نظرهم هو وجود شرط فاسخ ضمني في العقود الملزمة

<sup>250</sup> - د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 449  
<sup>251</sup> - د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 295

للجانبيين ، فالمتعاقدان لم يقصدا بقاء العقد إلا بتنفيذ كل منهما لتعهدده ، وأجازوا بذلك فسخ العقد لعدم التنفيذ ولو لم يتضمن شرطاً صريحاً يقضي بفسخه، وقد لقي هذا التبرير قبولاً حسناً ، فقد أخذ به دوماً ومن بعده بوتيهيه ، ومنه انتقلت هذه الفكرة الى القانون الفرنسي<sup>252</sup>.

والواقع إن إقامة نظرية الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني محل نقد عند بعض من الفقهاء، إذ أن في ذلك غلو من جانب أنصار مبدأ سلطان الإرادة، كما أن الأخذ بهذا الأساس يوجب أن يقع الفسخ بمجرد عدم التنفيذ من المتعاقد الآخر، في حين المسلم به هو أن للقاضي سلطة تقديرية في شأن طلب الفسخ فله قبوله أو رفضه<sup>253</sup>، ومع ذلك يمكن الرد على هذه الحجة بأنه حتى لو كان للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه؛ إلا أنه في حالة ما استبعد القاضي الفسخ ومنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، وانتهى ذلك الأجل دون أن يفي بما التزم به فإن الحكم في هذه الحالة هو اعتبار أن العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وهنا تلتقي هذه الفكرة مع فكرة الشرط الفاسخ الضمني التي نادى بها فقهاء القانون الفرنسي القديم، والتي تجعل من التزام كل متعاقد معلقاً على شرط قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، كما أن الحكم بالفسخ لعدم التنفيذ أمراً توجبه مقتضيات العدالة والإنصاف.

ومن جهة أخرى فقد أسس القضاء الفرنسي نظرية الفسخ على فكرة السبب، وسانداهم في ذلك بعض الفقهاء ، فالسبب في رأيهم عنصر ينظر إليه عند تكوين العقد وعند تنفيذه أيضاً، ففي العقود الملزمة للجانبين يجد إلتزام كل طرف من الأطراف سببه في إلتزام الطرف الآخر ، فإذا لم ينفذ أحد العاقدين إلتزامه غدا إلتزام المتعاقد الآخر بدون سبب ويسقط تبعاً لذلك، فالسبب ليس شرطاً لأنعقاد العقد فحسب وإنما لتنفيذه أيضاً<sup>254</sup>.

وتأسيس الفسخ على فكرة السبب كان محل نقد، فالسبب يعد ركناً من أركان العقد، وبوجوده ينشأ العقد صحيحاً، ولذا فإن حدوث أي أمر لاحق لا يتعين أن يؤدي إلى انعدام قيامه ، فالإلتزام تولد من عقد له سبب وقت نشأته، ولا يمكن أن يكون لأي ظرف لاحق بغير سبب، وإن قلنا بصحة هذا التأسيس لكان جزاء انعدام السبب عند

<sup>252</sup> - م1184 من القانون المدني الفرنسي "الشرط الفاسخ مقدر دائماً في العقود التبادلية في حالة عدم تنفيذ أحد العاقدين لتعهدده"

<sup>253</sup> - د. ثروت حبيب، المرجع السابق ص450

<sup>254</sup> - د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص296

عدم التنفيذ هو البطلان لا الفسخ ، ولتحتم على القاضي أن يقضي به دون أن تكون له سلطة تقديرية إزاء دعوى الفسخ.

كما يرجع البعض فكرة الفسخ إلى الارتباط الذي يحكم العلاقة التعاقدية بعد نشوئها صحيحة مستوفية لجميع أركانها وشروطها، وفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هي عملية فنية في العقود الملزمة للجانبين، إذ تستوجب بقاء الالتزامات المتقابلة مترابطة ارتباطاً فنياً بين الطرفين المتعاقدين ، لأن رضاً كل منهما بالالتزامات التي تقع على عاتقه إنما يقوم على اعتبار أن المتعاقد الآخر قد تحمل بدوره التزاماته، لذلك يترتب على الاخلال بفكرة الترابط بفعل أحد الجانبين الاخلال بالرباط الفني الذي يحكم العلاقة التعاقدية في جميع أجزائها، مما يؤدي إلى سقوط الالتزامات المقابلة لها<sup>255</sup>.

ولعل الأساس الصحيح لنظرية الفسخ هو ما تقضي به طبيعة الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين وما ينبغي أن تكون عليه من توازن، ويعبر جانب آخر من الفقه عن ذات الفكرة ويقول بأن العدالة وحسن النية هي أدق الأسس وأكثرها ثباتاً ، فالعقود الملزمة للجانبين تقوم على التوازن بين الالتزامات ، وهذا التوازن مرغوب فيه ، فإذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أخل التوازن وأصبح القول بوجود الاستمرار في تنفيذ العقد مجافياً للعدالة ، فالفسخ ليس سوى تقرير لتلك القاعدة العادلة التي لا تسمح ببقاء أحد المتعاقدين مقيداً بعلاقة تعاقدية إذا كان العاقد الآخر لم يقيم بتنفيذ التزامه<sup>256</sup>.

وهو ما انتهينا إليه من الطرح السابق من أن الحكم بالفسخ هو أمر توجبه مقتضيات العدالة والإنصاف ذلك لأن تنفيذ الالتزامات التعاقدية تختلف فيها مصالح المتعاقدين بحسب الوقت ، فقد نفوت مصلحة المتعاقد في التنفيذ العيني المتأخر عن وقته بسبب تخلف المتعاقد الآخر أو امتناعه عن التنفيذ في حينه ، ومن هنا كان مباحاً للمتعاقد معه أن يتحلل من الرابطة العقدية إذا وجد مصلحته في ذلك ، ويتضمن ذلك معنى الجزاء بالنسبة للطرف المتخلف عن تنفيذ التزامه، وهو أمر أقرته كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية حيث لا ضرر ولا ضرار.

<sup>255</sup> -أ.حسينة حمو : انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير ،جامعة مولود معمري ، الجزائر 2011،ص17  
<sup>256</sup> -د.ثروت حبيب ، المرجع السابق ،ص451 -فتحي عبد الرحيم ،المرجع السابق،ص296

## المطلب الأول

### الفسخ في القانون المصري القديم

إن أول ما يثور في ذهن في هذا المقام هو مدى معرفة الفراعنة نظام الفسخ المعمول به اليوم في القوانين المعاصرة .

إن الإجابة عن هذا السؤال تتطلب منا أن نعرف أولاً هل يتوافر للعقد عند الفراعنة شروط للفسخ بالمعنى الذي نعرفه اليوم؟ وهل عرف في الفكر القانوني المصري القديم اساس من الأسس التي تقوم عليها نظرية الفسخ في القوانين المعاصرة؟

إن من أهم شروط الفسخ أن يكون العقد ملزماً للجانبين ، فهل ينطبق هذا الوصف على العقد عند الفراعنة مما يجعله عقداً ملزماً لطرفيه، ويرتب التزامات على عاتق كل منهما.

ونرى مع البعض أن العقود في القانون المصري القديم لم يكن يترتب عليها إنشاء التزامات متقابلة، فالعقد في نظرهم تصرف قانوني صادر من جانب واحد، وتنشأ فيه الالتزامات على عاتق كل طرف على حدة ، فمصدر التزام كل متعاقد إرادته المنفردة وليس إتفاق المتعاقدين<sup>257</sup>، وهذا معناه أن العقد لا ينشئ التزامات متقابلة، وأن التزام البائع مستقل عن التزام المشتري لعدم اتحاد المصدر، إلا أننا - وبحق - نؤيد الرأي الذي يقضي بذلك، إلا أن هذا القول يصدق على نظام التعاقد في العهد الإقطاعي ، أي في الوقت الذي كان العقد يقوم على العبارة الشفهية التي يتلفظ بها كل من المتعاقدين<sup>258</sup> .

ففي العهد الإقطاعي وحين سادت الشكلية، وأصبح العقد يعقد بصيغة اليمين - وقد سبق الحديث عن ذلك - نجد أن اليمين إما تصرف بإرادة منفردة، أو عقد ملزم لجانب واحد ، وفي كلتا الحالتين ليس أمامنا عقد ملزم للجانبين يمكن أن نستند إليه للقول بوجود الفسخ، فالشكل الذي أبرم فيه التصرف نتج عنه هذا الوضع، وهو عدم وجود الشرط الأساسي للفسخ المتمثل في (العقد الملزم للجانبين).

<sup>257</sup> - د. أحمد إبراهيم حسن: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، أنظمة القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998 ص 1888

<sup>258</sup> - د. شفيق شحاتة ، المرجع السابق، ص 217

وتذهب بعض المؤلفات إلى القول بأن جزاء الإخلال بالالتزام في العهد الإقطاعي أختلط بالعقوبات الجنائية والتأديبية، فأخلل التعاقد بالتزامه يعد إخلالاً بالنظام الذي يقوم عليه المجتمع ، وقد عُثر على بعض النصوص المنقوشة التي ترجع إلى العهد الإقطاعي توضح كيف أن إخلال الوكيل بالتزامه بتقديم كشف دقيق عن إدارته لأموال موكله كانت كفيلة بأن تعرضه للضرب على يد رجال الموكل ، كما أن هناك من الآثار ما يفيد أن السيد من حقه أن يضرب المزارعين أو العمال إذا ما اخلوا بتنفيذ التزاماتهم<sup>259</sup>.

ومن هنا يتضح أن الفسخ لم يكن معروفاً لديهم في هذه الحقبة، أما حين تظهر الرضائية في التعاقد وتنحسر الشكلية، فإن نظرية الفسخ تجد مجالاً خصباً لها، ذلك أن الرضائية تعطي لإرادة المتعاقدين الفرصة الكافية لترتيب الالتزامات على عاتق الأطراف بشكل تبادلي ومتقابل، وبالتالي يمكن أن يتوفر لدينا الشرط الأساسي للفسخ ، وهو (العقد الملزم للجانبين)، وكذلك السند أو الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الفسخ .

ففي خلال الدورة الأولى للقانون المصري القديم ، وبالأخص في عهد الأسرتين الثالثة والرابعة ، كان عقد البيع رضائياً وملزماً للجانبين، وهو ما حدا ببعض إلى وصفه بأنه عقد أحادي الجانب، إلا أن هذا القول يجانبه الصواب، إذ أنه يعتمد على ورود صيغة القسم على لسان البائع في إحدى العقود<sup>260</sup>، ويرون أن في ذلك ما يفيد أن العقد هنا هو عقد ملزم لجانب واحد وهو البائع، وأن المشتري قد دفع الثمن فوراً فلا التزام عليه بموجب هذا العقد.

وهذا القول مردود عليه ، ففريق كبير من الفقهاء يرون أن شرط الضمان فقط هو الذي اقترن باليمين لأنه يولد التزاماً يجب الوفاء به في المستقبل، والالتزامات المستقبلية وحدها هي التي كانت تقترن بالقسم، أما المشتري قد دفع الثمن فوراً فلا حاجة له لليمين<sup>261</sup> فليس هناك التزام مستقبلي على عاتقه لكي يؤد اليمين، ولم يدفع الثمن إلا لكونه قد التزم بالتراضي مع البائع على ذلك، وبالتالي نصل إلى أن العقد هنا

<sup>259</sup> - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 114

- أ. د. صوفي أبوطالب، تاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص 225

<sup>260</sup> - عقد بيع عقار صادر من الكاتب تنتي، ويرجعه أغلب العلماء إلى عهد الملك خوفو، أ. د. صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية

والاجتماعية، المرجع السابق، ص 348

<sup>261</sup> - د. عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون، المرجع السابق ص 260

يعد عقداً رضائياً وملزماً للجانبين ، وأنه ينقضي بالفسخ إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

وهو ما عليه الحال في عهد الدولتين الوسطى والحديثة، حيث أن عدم الوفاء بالثمن يؤدي إلى فسخ العقد مما يتعين معه القول بأن التزام كل واحد من المتعاقدين يقابله التزام المتعاقد الآخر<sup>262</sup>.

ففي وثيقة إدعاء ترجع إلى عهد الأسرة الثانية عشر، يطالب فيها المدعي - وهو ابن البائع المتوفي- رد وظيفة والده إليه، لأن المشتري لم يدفع الثمن، بمعنى أن العقد في أساسه عقد ملزم للجانبين، والمدعي يطالب بفسخ هذا العقد، كما كان استحقاق بعض الأشياء المعطاة ثمناً للمبيع يؤدي إلى فسخ العقد، فقد أثبتت الوثائق التاريخية وقائع دعوى إستحقاق، حيث ادعى المدعي أن بعض الأشياء التي أخذها البائع من المشتري كانت تملكها امرأة أخرى، وطلب القضاة من المشتري أن تتعهد برد الجارية إذا ما ثبت أن الأشياء لم تكن مملوكة لها، والحكم يجب أن يكون كذلك في حالة ما استُحق المبيع نفسه من الغير.<sup>263</sup>

وهو نفس الأمر في عهد بوكخوريس، فقد عاد البيع عقد كتابياً كما كان، وأصبح ينعقد فقط بمجرد تبادل الإيجاب والقبول ، ويوثق بعد ذلك في السجلات الملكية، فزال بذلك كل أثر للنظام الإقطاعي، وقد تم ذلك كله في عهد بوكخوريس<sup>264</sup>.

كما يوجد في الآثار المتبقية عن العهود التي سادت فيها النزعة الفردية ما يدل على أخذهم بفكرة المقاصة<sup>265</sup>، والتمسك بها أمام القاضي لدفع المطالبة بسداد الدين كما تم في الوفاء بثمن وظيفة محافظ "الكاب" عن طريق المقاصة مع دين للمشتري وهو "مشتري الوظيفة" في ذمة صاحب الوظيفة ، وقد أخذ المشتري هذه الوظيفة ، مما يعني أنه في الالتزامات المتقابلة إذا انقضى أحدهما عن طريق المقاصة لا يستطيع الطرف الآخر أن يرفض هذا الدفع "الدفع بالمقاصة" لأنه يعد قد تلقى المقابل

262 - د. شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 182

263 - نفس المرجع السابق، ص 178

264 - د. عمر ممدوح مصطفى ، المرجع السابق، ص 228-229

265 - "المقاصة سبب لإنقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين بقدر الأقل منهما" انظر جواد بوزيد ، المقاصة على ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث منشور على موقع العلوم القانونية

والمقاصة أداة وفاء وضمنان ، فإذا أصبح المدين دائناً لدائنه، وكان محل كل من الدينين المتقابلين نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاءً ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة . انظر د. محمد علي البوي الأزهرى: النظرية العامة للإلتزام ، ج 2، الطبعة الثانية ، دار الكتب الوطنية بنغازي 2010، ص 228 وما بعدها ، د. مصطفى الجمال : أحكام الإلتزام، 1990، ص 332.

بطريق المقاصة بين هذا المقابل ودين آخر في ذمته للطرف الآخر نفسه ولكن من علاقة أخرى بينهما ، وعدم إستطاعته النكول عن تنفيذ إلتزامه ، أو إنكاره تلقي المقابل دليلاً على الإرتباط بين هذه الإلتزامات ، الإلتزام الذي انقضى بالمقاصة والإلتزام الذي يجب عليه أن يؤديه .

والدفع بالمقاصة يعد أمضى أثراً في الإلتزام من الدفع بعدم التنفيذ ، ذلك أن الدفع بالمقاصة هو دفع بإنقضاء الإلتزام ، وأما الدفع بعدم التنفيذ فهو مجرد توقف عن تنفيذ الإلتزام إلى حين ، والنظام الذي يأخذ بالمقاصة لا بد وأنه من باب أولى يأخذ بفكرة الدفع بعدم التنفيذ .

أما عن العهد الإقطاعي فلا يوجد في الآثار المتبقية عنه ما يفيد أن الإلتزام كان ينقضى بالمقاصة ، أو أن المدين يدفع بعدم التنفيذ، لأن الإخلال بالإلتزام في هذا العهد وكما ذكرنا اختلط بالعقوبات التأديبية والجنائية ولم يكن هذا الجزاء معروفاً لديهم.

## المطلب الثاني

### (نظام الفسخ عند الرومان)

القانون الروماني- كما أوضحنا سابقاً- لم يعرف في عصوره الأولى نظرية الفسخ ، فهذه النظرية لم تظهر في القانون الروماني إلا بعد حين، وكان لهذا الوضع أسبابه النابعة من صميم الفكر القانوني في ذلك العصر.

فما نعرفه اليوم بالعقد الملزم للجانبين القائم على مبدأ الترابط بين الالتزامات المتقابلة لم يكن كذلك عند الرومان ، فقد كانت الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين التزامات مستقلة بعضها عن بعض؛ لأنها تنشأ عن اشتراطين شفهيين ، ذلك لأن التزام البائع ينشأ عن اشتراط، وينشأ التزام المشتري عن اشتراط آخر، وينتج عن ذلك أن تكون التزاماتهما مستقلة عن بعضها البعض ولا ترابط بينها ، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ العيني أو عن طريق التعويض، ولا يسقط التزامه بالفسخ، بل يظل مرتبطاً بهذا الالتزام ولا يستطيع المطالبة بالفسخ<sup>266</sup>.

ومثل هذا الوضع لا يكون إلا في عصر القانون الروماني القديم ، حيث تقع العقود تحت ظل الشكلية الخالصة ، وما فرقته الشكلية في هذه المرحلة لم يكن للإرادة قدرة على جمعه ، فعندما قضت الشكلية بأن يكون التزام البائع ناشئ عن اشتراط ، والتزام المشتري ناشئ عن اشتراط آخر، لم يكن بإمكان الإرادة أن تصنع منهما عقداً واحداً ملزماً للجانبين، وبذا لا يتحقق عندنا الشرط الأساسي في الفسخ وهو العقد الملزم للجانبين.

نتيجةً لما سبق يمكن القول بأنه لم يتوافر في هذه المرحلة الأساس القانوني الذي يمكن أن تقوم عليه نظرية الفسخ، إذ ليس هناك عقد ملزم للجانبين ، ولذا لا يمكن الركون إلى نظرية السبب ونقول أن سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، فالتصرف الشكلي يجد سببه في شكله لا في التزام خارج عن دائرته .

<sup>266</sup> -د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص569- د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص294

كما أنه لا ارتباط بين التزامات العاقدين لأن شراح القانون الكنسي قاموا باستخلاص مبدأ الارتباط على أن يكون ذلك بين الالتزامات المتقابلة، والمتولدة من نفس العلاقة القانونية، مع النتيجة القائلة بأن أحد طرفي العلاقة غير ملزم بالتنفيذ لفائدة الطرف الآخر الذي لم يتم بتنفيذ التزامه<sup>267</sup>.

وهكذا ظهر نقص القانون الروماني في هذه المرحلة، فالمتعاقدين الذي يلتزم بموجب اشتراط شفهي لا يستطيع ان يتحلل من تنفيذ التزامه طالما أن الشكل الذي التزم به كان صحيحاً لا يشوبه البطلان، وإن لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، ولا يملك سوى مطالبته بالتنفيذ، وليس له طلب الفسخ .

إلا أن الرومان وبعد أن أصبح هذا الوضع مجاف للعدالة عملوا على تلافى ذلك بإعطاء فكرة الفسخ نصيبها في مجال التطبيق وفي عقد البيع بالتحديد ليكون من حق البائع أن يضمن العقد شرطاً يقضي بفسخ العقد إذا لم يتم المشتري بالوفاء بالثمن مراعاةً منهم لمصلحة البائع كما سبق وأن ذكرنا.

وفكرة الشرط الفاسخ الصريح لم تظهر إلا مع بزوغ مبدأ سلطان الإرادة، أي في مرحلة متأخرة عن الفترة التي سادت فيها الشكالية (في عهد القانون القديم).

وإذا لم يكن للمتعاقدين المتضرر سبيل للوصول إلى الفسخ في القانون الروماني، فما هي الحلول والوسائل التي قدمها لهذا المتعاقد ؟

### = الوسائل البريتورية

جرت بعض المحاولات لتطوير القانون الروماني وتلافي مواضع الضعف والقصور التي كانت في عهد القانون القديم مجافيةً لمقتضيات العدالة، والتي نتجت من شدة التمسك بالشكليات إذ أنه يمكننا القول أن المتعاقد الذي لا يملك المطالبة بالفسخ يستطيع أن يجد حلاً في أدوات تطوير القانون القديم، ومن ذلك ما يملكه البريتور من سلطات قضائية وولائية، وإن كان معظم الفقهاء يرون أن البريتور لم يستعمل سلطته القضائية في عهد القانون القديم، وإنما كان استعمالها بعد صدور قانون أيبوتيا، أي في العصر العلمي، أما عن سلطته الإدارية أو الولاية فقد استعملها كغيره من الحكام منذ عهد القانون القديم، وبموجبها كانت له سلطة إصدار الأوامر والنواهي إلى

<sup>267</sup> - د. عادل جبريل محمد : وسائل الضغط الخاص الدفاعية وأثرها في تحقيق التوازن العقدي، مقال منشور في مجلة روح القوانين، مطبعة جامعة طنطا، ع8، أغسطس 1992، ص9 هامش رقم 1

الأفراد، وقد استطاع بذلك- منذ العصر القديم - تعديل أحكام القانون المدني بفضل ما ابتكره من وسائل مستنداً إلى سلطته الإدارية، وتمكن بالتالي من استبعاد ما كان يترتب على تطبيق القانون المدني الضيق من نتائج مجحفة.<sup>268</sup>

والوسائل التي لجا إليها البريتور في العهد القديم كانت غايتها حماية حق أو حالة قانونية لا يحميها القانون المدني؛ وليخفف من وطأة الأحكام في بعض الحالات، وهذه الوسائل هي الأوامر<sup>269</sup> والاشتراطات البريتورية<sup>270</sup>، بالإضافة إلى التمكين من الحيابة<sup>271</sup>، ورد الشيء إلى أصله.

- إعادة الحال إلى ما كان عليه (رد الشيء إلى أصله)

وتعتبر من أخطر الوسائل التي استعملها البريتور لأنها لا تقتصر على تفسير القانون وإنما تخالفه، وتلغيه في بعض أحكامه<sup>272</sup>، وقد لجا البريتور إلى هذه الوسيلة ليبطل التصرفات التي كانت تعد صحيحة من وجهة نظر القانون المدني إلا أنها كانت مخالفة لما تقضي به قواعد العدالة، ولكي يتحاشى البريتور هذه النتيجة عمل جاهداً على إبطال هذا التصرف، واعتباره كأن لم يكن، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وإزالة جميع الآثار المترتبة عليه<sup>273</sup>.

ونظراً لخطورة هذه الوسيلة فقد قام البريتور بوضع قيود على استعمالها لكي تعتبر صحيحة، إذ لا يجوز استعمالها إلا في حالة عدم وجود وسيلة أخرى لإبطال

<sup>268</sup> - د. أحمد عبد الحميد عشعوش: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المكتبة الوطنية ببنغازي، الطبعة الأولى، 1977، ص 328 - د. علي محمد جعفر: تاريخ القانون ومراحل التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1989، ص 78-79 - د. عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، المرجع السابق ص 77 - د. محمد نور فرحات، المرجع السابق، ص 278

<sup>269</sup> - الأوامر البريتورية: وتهدف هذه الوسيلة إلى حماية الحقوق، وإقرار السلم بين الأفراد بحملهم على اللجوء إلى القضاء لفض المنازعات التي تثور بينهم، تتمثل هذه الأوامر في تكليف بعمل أو نهي عن عمل معين يصدره البريتور لأحد الخصوم بناء على طلب الخصم الآخر في الدعوى، ويترتب على تنفيذه حماية حق هذا الخصم، ومن أمثلة ذلك، الأوامر التي كان البريتور يصدرها لحماية وضع اليد من تعرض الغير... د. علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 78-79

<sup>270</sup> - الاشتراطات البريتورية هو الإشتراط الذي يتعهد بموجبه شخص بناء على أمر من البريتور، ففي بعض الحالات يكلف البريتور شخص معين بأن يتعهد لآخر بإشتراط شفهي، وبهذه الوسيلة ينشئ البريتور إنتماً على عاتق الفرد في حالة لا يوجب فيها القانون المدني هذا الإلتزام... د. علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 79، د. محمد نور فرحات، المرجع السابق، ص 278

<sup>271</sup> - التمكين من الحيابة: وهي تمكين البريتور لشخص من حيابة مال مملوك للخصم حيابة مادية لا يترتب عليها نقل الملكية. أ. د. صوفي ابو طالب، تاريخ القانون في مصر في العصورين البطلمي والروماني، المرجع السابق، ص 82

<sup>272</sup> - د. علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 80

<sup>273</sup> - د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي، مع دراسة في القانون الروماني، المرجع السابق، ص 150 - وانظر للمؤلف أيضاً الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999، ص 39

التصرف بدعوى من الدعاوى المدنية ، ومن ثم فهي وسيلة احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا وقت الضرورة ، كما يشترط استخدامها خلال مدة معينة أو ميعاد معين حدد في العصر العلمي بمدة سنة واحدة من وقت إكتشاف الغش، أو ارتفاع الإكراه، أو بلوغ القاصر<sup>274</sup>، أما قبل العصر العلمي فلم يصل إلينا تحديد معين لهذه المدة .

ومن أهم الحالات التي استعملت فيه هذه الوسيلة حالة التصرفات المشوبة بالغش أو الإكراه ، إذ أن هذه التصرفات تعد صحيحة وفقاً للقانون المدني طالما تمت وفقاً للشكل الذي حدده القانون ، لذا تدخل البريتور وسمح للمتعاقد أن يتخلص من التزامه بإبطال التصرف المشوب بالغش والإكراه، وإزالة التصرف بجميع آثاره<sup>275</sup> .

ولكن السؤال المطروح والذي يحتاج إلى إجابة هو هل بإمكان المتعاقد أن يستفيد من هذه الوسائل طالما أنه لا يستطيع فسخ العقد؟ هل يستطيع أن يتخلص من التزامه ويعيد الحال إلى ماكان عليه؟

الذي يبدو لي من استعراض هذه الوسائل أن المتعاقد له أن يتخلص من هذا الإلتزام إذا أثبت أنه وقت التعهد كان واقعاً تحت تأثير أحد هذه العيوب إما الغش أو الإكراه ، ومن ثم يبطل تعهده ويزول كل أثر لهذا التصرف.

إلا أن جانباً من الفقه يرى أن حالات الغش أو التدليس والإكراه هي أهم الحالات التي يملك فيها البريتور إعادة الحال إلى ماكان عليه ، ولكنها لم تُذكر كحالات حصرية أو وحيدة يستعمل فيها البريتور هذه السلطات ، فيمكن أن نتصور - بناءً على هذا النظر - أن يستفيد المتعهد من هذه الوسائل بطريقة أو بأخرى، وخاصةً أن هناك من يرى أن المقصود بالغش لم يكن مقصوراً على الغش بالمعنى الدقيق للكلمة أي الطرق الإحتيالية التي يستخدمها أحد الطرفين ليحمل الطرف الآخر على إبرام العقد وهو مايعرف ب"الغش الخاص" بل يشمل كافة الظروف التي تمكن المتعاقد من الإفادة من الأوضاع الشككية (الإجرائية) للوصول إلى نتيجة مضادة للعدالة<sup>276</sup> .

وهذا المعنى الواسع أو الأعم للغش كان مستعملاً في العصر العلمي ، فما بالك في عصر القانون القديم ، حيث لم يظهر بعد مبدأ سلطان الإرادة ، ولا فكرة عيوب الإرادة على النحو الذي كان في العصور التالية لعصر القانون القديم ، فلا بد ، ومن

274 - د. علي محمد جعفر ، المرجع السابق ، ص 80-81  
275 - د. أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق ، ص 150  
276 - د. عادل جبريل محمد ، المرجع السابق ، ص 11

باب أولى أن يكون الغش ذو مفهوم غامض غير محدد الملامح في عصر القانون القديم أيضاً، بحيث يستطيع المتعاقد أن يستند عليه في بعض الحالات لكي يعيد الحال إلى ماكان عليه<sup>277</sup>.

ولكن مما تجدر الإشارة إليه هو أن اللجوء إلى هذه الوسيلة يقوم على النظر الى التصرف في مرحلة تكوينه، وليس في مرحلة التنفيذ، وبالتالي لا يمكن أن نعتبرها فسخاً ولكنها تحمل مسمى آخر.

### - الدفع بعدم التنفيذ وبالمقاصة

مما يجب التنبيه إليه في هذا المقام هو أن المتعهد بتنفيذ إلتزام معين لا يملك عند مطالبته بتنفيذ الإلتزام أن يدفع بعدم التنفيذ ذلك لأن القانون القديم لا يعرف هذا النوع من الدفع ولا أي دفع آخر كالدفع بالمقاصة ويرجع ذلك إلى سيادة مبدأ وحدة الطلب ، أو وحدة المسألة المتنازع فيها، بمعنى أن الدعوى لا تتضمن إلا طلباً واحداً، وبالتالي لا يجوز دفع الدعوى، فالمدعى عليه لا يملك إلا أمرين إما الإعراف بالدين، أو إنكار الدين<sup>278</sup>.

فإذا ما طالب الدائن المدين بالدين الذي له في ذمته فلا يستطيع عندئذ هذا المدين أن يدفع دعوى الدائن (بدفع عدم التنفيذ) أو بالمقاصة في دين له في ذمة المدين، فعليه أولاً أن يجيب الدائن بالدين الذي له، كما لا يستطيع من جهة أخرى أن يضيف طلبات في نفس الخصومة القائمة كما لو ادعى ان له ديناً في ذمة الدائن لكي تقع المقاصة بين الدينين ، وإنما يجب أن يحكم عليه بالدين الذي في ذمته ثم يكون من حقه أن يرفع دعوى مبتدأة يطالب فيها بدينه الذي له في ذمة الدائن على استقلال .

فنظام الدفع لم يعرفه القانون الروماني إلا في العصر العلمي، بعد صدور قانون "أبيوتيا" الذي منح البريتور سلطة تنظيم الخصومة وإنشاء الدفع، وحتى بعد صدور قانون أبيوتيا فإن الرومان لم يعرفوا الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة، فهم وإن

<sup>277</sup> - الغش هو الخديعة التي تقع في تنفيذ العقد بعد تمام انعقاده ، أو تقع في أمر خارج نطاق العقد ، أما التدليس هو الخديعة التي تصاحب تكوين العقد ، انظر فواز صالح : عيوب الإرادة ، بحث منشور على موقع الموسوعة القانونية المتخصصة-arab.ency.com

التدليس هو استعمال الحيلة لإيقاع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد.. والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش لأن التدليس إنما يكون أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد.. انظر د. السنهوري، المرجع لسابق، ص261، د.محمد علي البدوي الأزهرى ، المرجع السابق، ص118.

<sup>278</sup> -د، أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري، مع دراسة في نظرية الإلتزامات في القانون الروماني ، ص46 -د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج3، ص780

أجازوا في هذه المرحلة للمتعاقد في العقود التبادلية رفض تنفيذ التزامه إذا كان الطرف الآخر لم يوف بما تعهد به ، فقد كان ذلك تطبيقاً منهم للدفع بالغش الذي أخذوا به في كافة العقود المبنية على حسن النية<sup>279</sup>، كما أعطى القانون الروماني المدين الذي له دين في ذمة دائنه أن يدفع بالغش دعوى الدائن إذا لم يجر المقاصة بين ما له وما عليه، فيتمكن بذلك من إجباره على المقاصة.

- غير أن معظم الفقهاء يرجعون نشأة هذا الدفع وهو (الدفع بعدم التنفيذ) إلى فقهاء القانون الكنسي في القرون الوسطى ، وإلى المتأخرين من شراح القانون الروماني ، ولا ينتمي بذاتيته الحالية إلى أصول تاريخية رومانية، وأسسها الكنسيون على ذات المبدأ الأخلاقي الذي سبق ذكره فيما يتعلق بأساس الفسخ، وهو وجوب صيانة العهد ، والمرء يجب أن يعفى من عهده في مواجهة الشخص الذي لم يرع العهد "فلا عهد لمن لا عهد له"<sup>280</sup>

- إلا أن الدفع بعدم التنفيذ شأنه شأن الفسخ ، يقتصر على العقود الملزمة للجانبين، ويقوم على إعتبار أن للدائن في العقد الملزم للجانبين (أن يطلب فسخ العقد) إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فمن باب أولى له أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه.

والفكرة التي بُني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي ذاتها الفكرة التي بُني عليها فسخ العقد، وهي تكمن في وجود علاقة رابطة بين الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، سواء اسميناها الإرتباط أو السبب، أو بنيناها على مبدأ فلسفي أخلاقي ، وهذا غير متصور بالنسبة للعقود المبرمة في فترة القانون الروماني القديم حيث لم يكن العقد ملزماً للجانبين وإنما هو ملزم لجانب واحد.

وما يثير الإنتباه أنه بعد ظهور الرضائية في العقود (في العصر العلمي) بدأ يظهر الارتباط أو الصلة بين الإلتزامات المتقابلة ، ويعتبر السبب - بمفهومه كسبب قصدي - عاملاً أساسياً في الربط بين التزامات المتعاقدين؛ إلا أنه لعب دوره في مرحلة التعاقد ، حيث يبطل العقد إذا انعدم السبب ، ويتوقف دوره عند هذا الحد ولا يستمر خلال مرحلة تنفيذ الإلتزام ، فينفذ كل التزام على نحو مستقل عن الإلتزام الآخر ، بحيث إذا لم ينفذ أحدهما التزامه ، ماكان للمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد.

279 - د. عادل محمد جبريل ، المرجع السابق ، ص 9 ، هامش رقم 1

280 - د. ثروت حبيب، المرجع السابق ، ص 464

وإذا ما بادره الدائن وطالبه بالتنفيذ ما كان له أن يتمسك في مواجهته بدفع عدم التنفيذ، في حين له ذلك إذا ما أخذنا بفكرة السبب القصدي ، وهو نفس الأمر في حالة هلاك المبيع بعد انعقاد البيع وقبل التسليم فإن هلاكه يكون على المشتري ، بحيث ينقضي التزام البائع بالتسليم لهلاك المبيع بسبب أجنبي ، في حين يظل المشتري ملزماً بدفع الثمن ، وهو ما يناقض فكرة السبب القصدي التي تقضي بعكس ذلك .

وهنا يُثار تساؤلٌ آخر وهو ما الذي يجعل السبب – عند ظهوره - يربط بين الالتزامات في مرحلة الانعقاد ، في حين يضعف ولا يقوى على الربط بينها في مرحلة التنفيذ ؟

ويمكن الإجابة على ذلك بأن السبب يرتبط بالإرادة إرتباطاً وثيقاً ، ولم يظهر دور السبب ( السبب القصدي والسبب الباعث ) في العقود إلا بعد ظهور العقود الرضائية ، أي بعد الإقرار بدور الإرادة في التعاقد .

والذي أراه أنه كما تدرج دور الإرادة في التعاقد تدرج كذلك دور السبب في الربط بين التزامات المتعاقدين ، والمعنى الذي نقصده هنا أن دور الإرادة ظهر أولاً متمثلاً في قدرة هذه الإرادة على إنشاء التصرف القانوني ، وبالتالي ظهر معه النظر في سبب هذه الإرادة في مرحلة إنشاء التصرف القانوني ، وعندما بدأت الإرادة تأخذ مجالها في تحديد آثار التصرف القانوني- والتي نراها تتعلق بتنفيذ التصرف بين أطرافه- بدأ السبب يلعب دوره في مرحلة التنفيذ<sup>281</sup>، بمعنى أن التأخر في اكتمال دور السبب في الربط بين التزامات الأطراف كان تبعاً لتدرج نضوج دور الإرادة في إبرام التصرفات القانونية<sup>282</sup> .

281 - في عصر الإمبراطورية السفلى لم يقتصر دور الإرادة مجردة من الشكل على إنشاء التصرفات القانونية، بل تعدى إلى تعديل مضمون التصرف القانوني ، فهي أصبحت قادرة على تعديل وتغيير آثار التصرف القانوني ما دامت لم تتجاوز الحد ود التي رسمها القانون ..... مما أدى إلى اشتراط خلوها من العيوب ووجود سبب تهدف إلى تحقيقه وأن تكون مطابقة لحقيقة ما قصده المتعاقدان ...أ.د.صوفي أبو طالب ، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة ، المرجع السابق ، ص9

282 - وبالرغم من التطور الذي أدى إلى الإقرار للإرادة بسلطان كبير سواء من حيث الشكل أو الموضوع فإن الشراح يذكرون أن القانون الروماني – حتى في عهد جستنيان – كان يعتبر الشكلية هي الأصل العام ولا يعترف بمبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الإستثناء .... ، نفس المرجع السابق ، ص9

## المبحث الثاني

### أثر الاستقلال بين الإلتزامات عند الانفساخ

تقضي القواعد العامة في الكثير من القوانين الوضعية بفسخ العقد عند إخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، فما هو الحال إذا كان عدم التنفيذ يعود لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ؟

من البدهي القول أن العقد كما يجوز فسخه عند إخلال أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته، يتقرر كذلك انفساخه عندما يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى السبب الأجنبي، حيث ينقضي الإلتزام المستحيل، إذ لا تكليف بمستحيل، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، و بحكم القانون إذا تأكد أن استحالة تنفيذ هذا الإلتزام ترجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه<sup>283</sup>.

وعدم مؤاخذة المدين - في مثل هذه الحالة - على عدم تنفيذه للإلتزامه يرجعه فريق من الفقهاء إلى انتفاء الخطأ في حين يذهب البعض الآخر إلى إرجاعه إلى انتفاء السببية<sup>284</sup>

تتعلق بمسألة الانفساخ مسألة أخرى في غاية الأهمية، ولا تتفك عنها كما أنها أثر من الآثار التي تنجم عن استحالة تنفيذ الإلتزام<sup>285</sup>، وهي تحمل تبعه الهلاك، فخلال

<sup>283</sup> - يشترط لإنفساخ العقد بحكم القانون أولاً: أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً بعد أن كان ممكناً وقت نشأة الإلتزام، فلو كان الإلتزام ممكناً لا ينقضي الإلتزام حتى لو صار مرهقاً للمدين، وهذه الإستحالة قد تكون فعلية يقدرها قاضي الموضوع في إطار الواقع ولا تعقيب عليه من محكمة القانون، أو إستحالة قانونية تخضع لرقابة القانون  
ثانياً: أن تكون إستحالة التنفيذ راجعة إلى السبب الأجنبي، والسبب الأجنبي هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، خطأ الدائن، وفعل الغير... في هذا الموضوع انظر د. السنهوري، الوسيط ج3، ص376-382، د. محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص226 وما بعدها، موريس نخلة: لكامل في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي 2007، ص237

<sup>284</sup> - إنتفاء الخطأ: النظرية تنطلق من الأركان الأساسية للمسؤولية المدنية المبينة على الفعل الشخصي واجب الإثبات وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فتقف عند الخطأ وحده وتؤسس نظريتها على كون المدين الذي أعفي من تنفيذ إلتزامه العقدي، لا يمكن أن يفسر إغافوه هذا إلا بحجة أنه لم يرتكب خطأ، وبالأخص متى تعامل مع الواقعة المكونة للقوة القاهرة - والسبب الأجنبي على العموم - تعامل الشخص الحريص على شؤون أسرته. - إنتفاء السببية: إن هذا الإتجاه الفقهي كسابقة، يبدأ إنطلاقه من أركان المسؤولية، إلا أنه يجعل تركيزه على ركن السببية، فالسبب الأجنبي يدخل في العلاقة بين الدائن والمدين، فيمنع المدين من تنفيذ إلتزامه، فيكون هو أي السبب الأجنبي محدث الضرر وليس الخطأ الصادر من المدين، وبالتالي تنقطع علاقة السببية بين الضرر الذي أصاب الدائن وأي عمل مباشر صادر عن المدين، وهذا الإتجاه هو السائد والمعتبر عند معظم الفقه المصري اليوم. انظر د. محمد الكبشور، نظام التعاقد ونظرية القوة القاهرة والضرر والطارئة، دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993، ص58 وما بعدها

<sup>285</sup> - يترتب على استحالة تنفيذ الإلتزام للسبب الأجنبي- أن ينقضي هذا الإلتزام المستحيل، كما تنقضي توابعه، فتقضي بذلك التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله، فإذا كان هناك رهن أو حق إمتياز فإن هذه الحقوق تنقضي بانقضاء الإلتزام. - ويترتب على ذلك أيضاً تحمل التبعة في العقد والملك، وقد نظمت التقنينات العربية مسألة تحمل التبعة في العقد، وزاد عليها التقنين العراقي بانفراده بالنص على تحمل التبعة في الملك... للمزيد راجع السنهوري، الوسيط ج3، ص887

الفترة الزمنية الفاصلة بين وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه قد يتعرض المبيع للهلاك دون أن يكون هناك خطأ من جانب البائع أو المشتري، وفي مثل هذه الحالة تثور مسألة المخاطر أو تبعه الهلاك، فمن الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع؟ هل هو البائع، ومن ثم يفقد الشيء المبيع وثمانه في آن واحد، أم تقع هذه التبعه على المشتري الذي قد يلزم بدفع الثمن دون أن يستلم المبيع أو يستلمه تالفاً أو هالكا جزئياً.<sup>286</sup>

في خارج إطار العلاقة التعاقدية مالك الشيء يتحمل تبعه هلاكه، فهو الذي يكسب الغنم منه، وبالتالي يتحمل مغرمه، وهذا ما يعرف بتبعه الشيء أو تبعه الملك، ولا تثور أية مشكلة في مثل هذا الحال؛ لأن مالك الشيء يتحمل تبعه هلاكه ولا يستطيع أن يلقيها على أحد، وشبيه بهذه الحالة كذلك إذا كان المال الهالك محل لالتزام في عقد ملزم لجانب واحد، فما من حل هنا إلا أن يتحمل الدائن الخسارة الناشئة عن الهلاك، فيقال أن تبعه الهلاك على الدائن، لأن الالتزام انقضى دون أن يستوفي الدائن حقه لا عيناً ولا بمقابل.<sup>287</sup>

أما إذا كان المال أو الشيء الهالك محلاً لالتزام في عقد ملزم للجانبين، فإن هلاكه لسبب أجنبي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، وينقضي بذلك هذا الالتزام إذ لا تكليف بمستحيل، ولا يتحمل المدين بهذا الالتزام أية مسؤولية لأنه لم يرتكب أي خطأ.

في مثل هذه الحالة يثار التساؤل عن الالتزام المقابل في العقد الملزم للجانبين، فإذا كان هذا الالتزام لا يزال ممكناً من حيث التنفيذ، فهل يبقى قائماً، ويظل العقد نافذاً، ويلزم صاحبه بالتنفيذ، أم أنه ينقضي هو الآخر وينحل العقد؟

إن الإجابة على هذا السؤال تحدد لنا من يتحمل تبعه الهلاك، فإذا قلنا أن الالتزام المقابل لا ينقضي فمعنى ذلك أن الدائن بالالتزام المنقضي "المستحيل" يظل مسؤولاً عن تنفيذ التزامه وملزماً بالوفاء به، ويتحمل بالتالي تبعه المخاطر، لأنه لا يستطيع الحصول على شيء في مقابل التزامه، أما إذا قلنا بإنقضاء الالتزام المقابل فإن هذا يعني أن تبعه الهلاك تقع على عاتق المدين بالالتزام المستحيل، لأنه فوق فقدانه لماله

<sup>286</sup> - أ. مصطفى عبد الله العالم: انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة القاهرة، 1999، ص3  
<sup>287</sup> - د. السنهوري، الوسيط ج3، ف590، ص886

محل الالتزام ،لا يستطيع المطالبة بالمقابل<sup>288</sup> أو مطالبة الدائن بالالتزام المقابل فتقع الخسارة عليه في النهاية.

إن القاعدة التي تبنتها معظم التشريعات بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين هي أن استحالة الالتزام لسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام المقابل ، وانفساخ العقد بقوة القانون<sup>289</sup> وبناءً على ذلك تكون تبعة الهلاك على المدين بالالتزام الذي أصبح مستحيلاً .

والأساس في هذه القاعدة هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية ،وفي نظر البعض تعود هذه القاعدة إلى فكرة السبب ،حيث يعتبر كل التزام سبب للالتزام الآخر ،فإذا انقضى أحد الالتزامات لسبب أجنبي ترتب على ذلك إنقضاء الالتزام الآخر لزوال سببه<sup>290</sup>.

هذه القاعدة العامة لتحمل تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين وجدت لها مجالاً رحباً للتطبيق في عقد البيع في معظم التشريعات، حيث نجد النص المتكرر في أغلبها أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ العقد واسترد المشتري الثمن<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> - د. رمضان أبو السعود ،المرجع السابق ،ص270

<sup>289</sup> - م 159 مدني مصري وبنفس اللفظ م 161 مدني ليبي "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه --- انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " كذلك م247 مدني أردني .  
م360 "ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه "

<sup>290</sup> - د.مصطفى العالم ،المرجع السابق ،ص6

<sup>291</sup> -نص م 426مدني ليبي ،م437مدني مصري ،للمزيد انظر د. السنهوري ،الوسيط ج4،ف315 ،ص606-607

## المطلب الأول

### تبعة الهلاك في القانون الفرعون

هناك بعض العقود التي تعود إلى عهد الدولتين الوسطى والحديثة، والتي يتضح فيها أنها انعقدت بين الأطراف بالتراضي، كما أنها ملزمة للجانبين، وهذه العقود كانت قد انعقدت في صورة بيع، إذ ينظر إليها المتعاقدان في ذلك الوقت على أنها بيع، رغم ما يراه البعض من أنها عقود إيجار رقيق لا عقود بيع، ولكنها في جميع الأحوال عقود ملزمة للجانبين ويمكن القياس عليها باعتبارها تقوم على التزامات متقابلة إذ لم نجد فيما اطلعنا عليه ما يتعلق بعقود البيع، وقد ورد في نصوص هذه العقود الحديث عن ضمان تبعة الهلاك، ففي العقد الذي أبرمه راعي البقر "مسويا" مع المرأة "بي -إحي" تقول المرأة في هذا العقد:

(قسماً بالملك، لو استحال على الجارية العمل في خلال الأيام الستة، الأيام التي أعطيتها فيها إلى راعي البقر "مسويا"، أيّاً كان السبب في ذلك اليوم، فإنني سأقوم بعمل حساب ذلك يوماً فيوماً - ذلك أنني قد استوفيت حقي كاملاً)

ونلاحظ من صيغة الاتفاق أن الإلتزام بالضمان مقروناً باليمين، ويعلق البعض من أهل الفقه على هذه الصيغة بأنها تجعل الضمان مقصوراً على الحالة التي تتعطل فيها الجارية عن العمل بسبب الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.<sup>292</sup>

والذي يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة - كما نلاحظ من نص هذا العقد - هو الطرف المدين بالإلتزام الذي أصبح مستحيلاً، ويتضح ذلك من عبارة المرأة المؤجرة حين تقول:

"سأقوم بعمل حساب ذلك يوماً فيوماً - ذلك أنني قد استوفيت حقي كاملاً" ومن هذه العبارة نفهم أن المرأة تتعهد بضمان تبعة الهلاك، ذلك بإرجاع أجره الأيام التي استحال فيها العمل "يوماً فيوماً"

<sup>292</sup> شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 209

وهناك العديد من العقود التي وردت بصيغة مشابهة لصيغة هذا العقد ، يتعهد فيها المدين بالالتزام بضمان تبعة الهلاك ، وكذلك ضمان التعرض والإستحقاق<sup>293</sup>.

والذي نستشفه من نماذج العقود في هذا العصر ، وبالأخص النماذج التي تعرضنا لها أنها كانت عقود ملزمة للجانبين ، وأن التزامات الأطراف فيها متقابلة ومرتبطة لأنها نشأت عن مصدر واحد وهو العقد الملزم للجانبين ، ولذا عندما يستحيل تنفيذ التزام أحد الطرفين لسبب أجنبي فإن التزامه ينقضي ، وينقضي معه الالتزام المقابل له ، وهكذا كان المؤجر يرد الأجرة يوماً بيوم ، شعناً بشعناً مقابل الأيام التي استحال فيها على الأجير القيام بالعمل بقوة قاهرة أو حادث فجائي<sup>294</sup> ، ويتحمل المدين بالالتزام "المؤجر" تبعة الهلاك ، أو نقول "البائع" ذلك أنه في أكثر من عقد سُمي الإستئجار شراءً ، وسُميت الأجرة ثمناً<sup>295</sup>.

<sup>293</sup> - عقد يرجع تاريخه إلى عهد الأسرة الثامنة عشر ورد في نصه "إذا تعطلت الجارية عن الخدمة ، سيعمل حساب ذلك شعناً

بشعناً" وفي عقد آخر "إذا حدث عطل يخصم له من ذلك كل يوم بحسابه" .. انظر نفس المرجع، ص203-209

<sup>294</sup> - على الرغم من أن بعض الفقهاء المحدثين يفرقون بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وإن كانوا يختلفون في تحديد الفارق الذي يميز بينهما وأهم ما قيل أنهما يتفقان في أن كلاً منهما يستحيل دفعه ولا يمكن توقعه، ولكنهما يختلفان في أن القوة القاهرة حادث يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط المدين كالزلازل والعواصف ، أما الحادث المفاجئ فهو حادث يأتي من الداخل فيكون متصلاً بنشاط بنشاط المدين بحيث ينجم عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كأنفجار آلة أو احتراق مادة، فتكون القوة القاهرة هي وحدها السبب الأجنبي الذي ترتفع به المسؤولية ، أما الحادث المفاجئ فلا يمنع من تحقق المسؤولية، وإن كان هذا التمييز لم يأخذ به جمهور الفقهاء والقضاء... انظر د. انور سلطان ، الموجز في مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1996، ص356

<sup>295</sup> - د. شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، ص208

## المطلب الثاني

### تبعة الهلاك عند الرومان

إن الناظر في مسئولية المدين عن تلف أو هلاك المال محل الإلتزام عند الرومان يجدها تتعلق أولاً بفكرة الخطأ، فلا يُسأل المدين إلا إذا ارتكب خطأ، وثانياً يجب أن يتعلق الإلتزام بشيء معين بالذات، ويعتبر الرومان الشيء المعين بالنوع قابلاً دائماً للتنفيذ فالمثلثات لا تهلك، والمدين بشيء معين بنوعه ذمته لا تبرأ ويتحمل تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة، بينما إذا كان محل الإلتزام شيء معين بالذات، وهلك لسبب أجنبي، فإن ذمته تبرأ ويعفى من هذا الإلتزام<sup>296</sup>.

وفي الوقت الذي عرف فيه الرومان العقود الملزمة للطرفين، فإنهم طبقوا بشأنها القاعدة التي سبق وأن ذكرناها، وهكذا فإن المدين الذي التزم في عقد ملزم للطرفين بنقل ملكية شيء أو تسليمه، وهلك هذا الشيء لسبب أجنبي، ينقضي التزامه، وينقضي كذلك الإلتزام المقابل له، وبذلك تكون تبعة المخاطر على عاتق المدين بالإلتزام المستحيل<sup>297</sup>.

تطبيقاً لذلك في عقد البيع تكون تبعة الهلاك على البائع الذي هلك المبيع في يده قبل تسليمه، إلا أننا نجد القانون الروماني - واستثناءً على هذه القاعدة - يجعل تبعة الهلاك على المشتري كما سبق وأن أشرنا.

وقد ورد نص هذه القاعدة في مدونة جستنيان، ولكن ما ينبغي التنبيه له أن هذه القاعدة وغيرها من القواعد الواردة بمدونة جستنيان لم تكن من وضعه، بل هي قواعد قديمة في القانون والفقهاء الروماني وكل ما هنالك أن جستنيان وفق لجمعها وتدوينها وحفظها من الضياع<sup>298</sup>، وهذه القاعدة الخاصة بتحمل المشتري تبعة الهلاك نصها كالآتي:

296 - أ.د. أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص22

297 - أ.مصطفى العالم، المرجع السابق، ص10

298 - د.عبد العزيز فهمي، مدونة جستنيان، ص5

"بتمام انعقاد البيع - وقد قلنا إن انعقاده يتم في البيوع غير الكتابية بمجرد الإتفاق على الثمن - يكون هلاك الشيء المبيع على المشتري، وإن كان لما يحصل تسليمه فإذا كان المبيع عبداً فهلك أو أصابه جرح، أو كان داراً فالتهمها الحريق كلها أو بعضها، أو كان عقاراً آخر فجرفته كله أو بعضه شدة تيار النهر، أو طغى عليه ماء الفيضان فأنقصه أو أنفقه، أو هبت عليه عاصفة فاقتلعت مابه من أشجار، فالهلاك في كل هذه الصور يكون على المشتري وهو ملزم بدفع الثمن وإن كان لم يتسلم الشيء المبيع، ذلك بأن البائع غير مسئول البتة عن العوارض التي لا يد له فيها بعمد أو بخطأ" 299

وفقاً لهذا النص فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع<sup>300</sup> فور انعقاد العقد، دون نظر إلى التسليم أو انتقال الملكية، فالملكية لا تنتقل في القانون الروماني إلا باتخاذ إحدى الأوضاع أو الأشكال المنصوص عليها قانوناً كالإشهاد مثلاً وغيره من الأشكال التي تحدثنا عنها بالتفصيل، والعقد لم يكن يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية، بل يقتصر الأمر على نقل حيازة المبيع إلى المشتري ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزم البائع بنقل الملكية<sup>301</sup>.

#### - تبرير هذه القاعدة :

هناك العديد من المحاولات الفقهية لتبرير هذه القاعدة، ونوضحها فيما يلي:

1 - من أهم مبررات هذه القاعدة أن القانون الروماني لم يكن يعرف فكرة السببية في العقود الرضائية التبادلية أو الملزمة للطرفين ومنها عقد البيع، فقد كانت إلتزامات كل من البائع والمشتري مستقلة تماماً عن بعضها البعض، خلافاً لما هو معروف في الفكر القانوني الحديث من أن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، فلم يكن سبب التزام المشتري بدفع الثمن التزام البائع بنقل الملكية ولا العكس بالعكس، حيث كان البيع يتم باشتراكين شفهيين مستقلين عن بعضهما البعض، إذ يتعهد البائع بتسليم المبيع، ويتعهد المشتري بدفع الثمن<sup>302</sup>، ولكل تعهد كيانه الخاص، حيث يظل كل واحد منهما ملزم بالوفاء بالتزامه بصرف النظر عن استحالة الوفاء من جانب المتعهد

299 - د. عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 227

300 - د. علي محمد جعفر، تاريخ القوانين، مرجع سابق، ص 299

301 - د. السنهوري، الوسيط ج 4، ف 229، مصطفى العالم، المرجع السابق، ص 11

302 - د. صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص 264

الأخر ، وعلى ذلك إذا هلك المبيع قبل وفاء البائع بالتزامه بالتسليم ظل التزام المشتري بدفع الثمن قائماً، وتحمل المشتري تبعه الهلاك<sup>303</sup>.

2- وقد حاولت المدونة أن تقدم تبريراً لهذا الحكم بإسناده إلى قاعدة الغرم بالغنم، فطالما أن المشتري يستفيد من أي زيادة تطراً على المبيع اعتباراً من وقت انعقاد العقد، فمن المنطقي أن يتحمل تبعه هلاكه من نفس الوقت وهو وقت انعقاد العقد.

3- في حين برر البعض الآخر هذه القاعدة بأسباب تاريخية، حيث يرون أن عقد البيع في العصور القديمة في روما وفي غيرها، كان معجلاً فورياً ينعقد وينفذ في نفس الوقت، دون أن تنشأ عنه أية التزامات، وبالتالي تنتقل إلى المشتري تبعه هلاك المبيع في نفس الوقت وهو وقت انعقاد العقد وتنفيذه<sup>304</sup>، وبعد أن تطور عقد البيع، وأصبح رضائياً وتنشأ عنه التزامات يختلف وقت تنفيذها عن وقت انعقاد العقد، ساد الاعتقاد أن الوقت الأكثر أهمية هو الوقت الذي يتم فيه الاتفاق، وليس وقت انتقال الملكية، فهو الوقت المناسب لانتقال المخاطر، وبالتالي تنتقل المخاطر إلى ذمة المشتري بمجرد التعاقد، وإن لم يتم التنفيذ بعد، وهكذا استمر العمل بالقاعدة القديمة<sup>305</sup>.

### نقد هذه المبررات :

- فيما يتعلق بقاعدة الغرم والغنم واستنادهم إليها في تبرير تبعه الهلاك فإن هذا التبرير كان محل انتقاد، فاحتمال الهلاك ليس كاحتمال الزيادة، وما قد يلحقه هلاك المبيع بالمشتري من ضرر يزيد كثيراً على ما يمكن أن يفيد من نتائج الشيء<sup>306</sup>.

- أما عن المبرر الذي استندوا فيه إلى أن عقد البيع في العصور القديمة في روما كان من العقود الفورية التي تنعقد وتنفذ في ذات الوقت فلا يمكن الارتكان إلى هذه الحجة لأنه حتى وإن كان مجرد الاتفاق يترتب عليه نقل الملكية وما يستتبع ذلك من تحمل تبعه الهلاك إلا أن الاتفاق وحده غير كافٍ لنقل الملكية من ذمة إلى ذمة، إذ يجب أن

<sup>303</sup> - أ. مصطفى العالم، المرجع السابق، ص13

<sup>304</sup> - البعض يرجع تبعه الهلاك في القانون الروماني على المالك - رغم أن عقد البيع لم يكن يترتب عليه إنتقال الملكية - مما يعني وقوع تبعه الهلاك على البائع، وهذا يتعارض صراحة مع ما ورد في مدونة جستنيان من تحمل المشتري لتبعه هلاك المبيع، وقد وردت الإشارة إلى هذا الرأي عند أ. مالك جابر حميدي الخزاعي، جامعة القادسية، في بحث بعنوان " الأثر القانوني لإتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية"، منتدى قانون الإمارات، منشور بتاريخ 4-29-2010، AM11:32

<sup>305</sup> - أ. مصطفى العالم، المرجع السابق، ص14

<sup>306</sup> د. مسكوني، المرجع السابق، ص275

يضاف إلى العقد عمل مادي يقصد به نقل ملكية الشيء<sup>307</sup>، فالقانون الروماني كان يميز بين سند الملكية، ووسائل نقل الملكية .

فسند الملكية المقصود به هو التصرف القانوني الذي أنشأ الالتزام، أما وسائل نقل الملكية فهي الطرق الشكلية التي تعرضنا لها سابقاً، والتي لا تنتقل الملكية إلا باتباعها كالإشهاد أو التنازل القضائي أو القبض<sup>308</sup> .

فلم يكن صحيحاً أن يكون وقت الانعقاد هو وقت التنفيذ دائماً ، - كما لم يكن البيع - وفي فترة تالية كما نرى - يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية، بل إن كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة، ويضمن له التعرض الصادر منه أو من أي شخص أجنبي - ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية<sup>309</sup> .

فضلاً عن أن هذا التعليل غير صحيح، ويتجافى مع العدالة تماماً، لأن الرومان عرفوا البيع المؤجل إلى جانب البيع المعجل منذ حوالي سنة 450 ق.م<sup>310</sup>

وأما بخصوص التبرير الأول والمتعلق بالسبب فإن هذا المبرر في حقيقته يخلط بين مرحلتين مرت بهما العقود في القانون الروماني من حيث كيفية إنعقادها، بل وصل الخلط إلى المزج بينهما، وهاتان المرحلتان هما المرحلة التي كان يتم فيها التعاقد بتبادل التعهدات الشفهية، ثم المرحلة التي تطور فيها الفكر القانوني، وصار العقد ينعقد بتراضي الأطراف، وينشئ التزامات على عاتق الجانبين .

في الواقع عندما يتحدث هذا المبرر عن عدم الإعتداد بالسبب، حيث لا يعتبر سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، فإن هذا المبرر منطقي ومقبول بالنسبة للعقد الرضائي، الملزم للجانبين، والذي ظهر في العصر العلمي، حيث ظهرت في هذا العصر العقود الرضائية، وتأخرت عنها فكرة السبب، فلم يعتبر السبب شرطاً لصحة العقد<sup>311</sup> .

<sup>307</sup> - د. عبد المنعم البدر اوي: أصول القانون المدني المقارن، الطبعة الثانية، ف110، ص140

<sup>308</sup> - أ. عبد الرحمن بن محمد المكي جابري، المرجع السابق، ص130

<sup>309</sup> - د. السنهوري، الوسيط ج4، ص407

<sup>310</sup> - د. مسكوني، المرجع السابق، ص275

<sup>311</sup> - د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، المرجع السابق، ص490 ولم تظهر هذه الفكرة في العقود الرضائية، وعلى الأخص في عقد البيع، كما أنها لم تظهر أيضاً في العقود غير المسماة، ولو أن شراح القانون الفرنسي القديم، وعلى الأخص دوما قد استندوا إلى إحدى نصوص الموسوعة الخاصة بالعقود غير المسماة لتشبيد نظرية السبب القسدي التي نقلت إلى القانون

أما عندما يتحدث أصحاب هذا التبرير عن استقلال التزامات كلاً من العاقدين وأنهما قد نشئا عن تعهدين أو اشتراطين، فإن هذا التبرير يصدق على كيفية التعاقد في عهد القانون القديم، وما يسوده من شكليات، حيث يتعهد البائع بنقل الملكية، ويتعهد المشتري بدفع الثمن بتعهد آخر مستقل عنه، وإذا استحال على أحدهما تنفيذ تعهده لسبب أجنبي ظل المتعهد الآخر ملزم بتنفيذ تعهده.

وهذا التبرير منطقي وواقعي جداً إذ أنه ينسجم مع الحقائق التي علمناها عن الكيفية التي كان يتم بها التعاقد عند الرومان، وما مرت به هذه الكيفية من تطور.

---

الفرنسي، إلا أن النص الذي استندوا إليه يشترط قيام أحد الطرفين القيام بتنفيذ الإتفاق من جانبه، كتسليم الشيء كما في المقايضة، وهذا هو السبب المصدر أي السبب المنشئ للالتزام، وليس السبب القسدي المباشر الذي يقصد العاقد الوصول إليه من وراء إلتزامه... انظر د. عمر ممدوح، المرجع السابق، ص491 وما بعدها

## المبحث الثالث

### أثر استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في القوانين الحديثة

إن مسألة استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري هي في الحقيقة منبثقة عن الشكليات الصارمة التي كانت تُسيطر على عملية التعاقد في المجتمعات القديمة .

أما في الوقت الحاضر وقد صارت الرضائية هي أساس التعاقد في كل القوانين السارية في جميع البلدان ،فإننا لا نستطيع أن نلمح هذا الانشقاق أو الاستقلال بين التزامات المتعاقدين ؛ إلا أنه بالإمكان أن نلمس في بعض القوانين الغربية على وجه الخصوص بعض الأثر المتبقي، والذي يرجع إلى عهد القانون الروماني، وما كان به من استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري،وقد سبق وأن عالجتنا الأثر الناجم عن هذا الوضع في الأنظمة المصرية القديمة،وفي القانون الروماني،وبالأخص تحمل المشتري لتبعة هلاك المبيع قبل تسلمه ،حيث يظل التزامه بدفع الثمن قائماً لا ينقضي رغم إنقضاء إلتزام البائع بتسليم المال المبيع وذلك لهلاك المال بالسبب الأجنبي .

وقبل أن نناقش هذه المسألة وهي " تحمل التبعة" في تلك القوانين التي لا زالت تحمل أثراً من الأنظمة القديمة ،فإننا سوف نطلع أولاً على النهج الذي انتهجته شريعتنا الإسلامية في علاج هذه المسألة ،ثم ننظر ثانياً لموقف المشرع الليبي والمصري منها ، وكيف أخذ كل منهما بنهج الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، ونعود بعد ذلك لندرس كيف عالجت بعض القوانين المتأثرة بالقانون الروماني هذه المسألة،وسنقصر الحديث على القانونين السويسري والفرنسي كنموذج للقوانين المتأثرة بهذا القانون.

أولاً:القاعدة العامة في تحمل التبعة في الشريعة الإسلامية

قد استخدم فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح الجوائح للتعبير عن الهلاك الذي يصيب الثمار بسبب القوة القاهرة ، كما استخدموا تعبير الأفة السماوية للتعبير عن القوة القاهرة والحادث الفجائي،كما استخدموا تعبير الضمان للدلالة على الإلتزام بالشئ عند هلاكه .

والجائحة لغةً: هي الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة، وهي مأخوذة من الجوح الإهلاك، والاستئصال، ويستأصل المال أي يأتي عليه أخذاً وإنفاقاً<sup>312</sup>.

والجائحة إصطلاحاً: وكما عرفها الشافعي بقوله الجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أم كانت من الأدميين ، وهي في كل ما اشترى من الثمار وتُترك حتى يبلغ أوانه، وعرفها الحنابلة أن الجائحة كل آفة لا صنع للأدميين فيها كالريح والبرد والجراد والعطش، وأضاف المالكية على ذلك الجيش يمر بالنخيل فيأخذ ثمره فذاك جائحةً ، واختلفوا في أمر السرقة<sup>313</sup>.

وتثور هنا مسألة الضمان، وتحديد من يقع عليه ضمان المال التالف، وقد ميز الفقهاء في هذا الصدد بين ضمان العقد، وضمن الإلتاف، وضمن اليد.

فضمن العقد هو ضمان مال تالف بناءً على عقد يقتضي الضمان، أما ضمان الإلتاف فهو أن يضمن المتلف ما أتلفه وقت تعديده، أما ضمان اليد فهو الضمان بتلف مال في يد ضمان وذلك بسبب لا يد لصاحب اليد فيه<sup>314</sup>.

ويد الضمان هي ما كانت عن إعتداء أو ولاية شرعية، ودل دليل على ضمانها، أو كانت لمصلحة صاحبها خاصة .

فقد تكون يد الضمان ناشئة عن إعتداء، ويشمل ذلك كل يد حلت محل اليد المعتدية، وإن كانت في الأصل يد أمانة؛ لأنها تعتبر استمراراً لها ، ومن ذلك يد الشخص المشتري من الغاصب أو المستأجر منه، وكذلك يد المستعير منه، ويضمن هؤلاء ما يتلف من المال تحت يده وإن كان يجهل الغصب لأن جهله يسقط عنه الإثم لا الضمان<sup>315</sup>.

أما اليد التي تكون عن ولاية شرعية ، ودل دليل على ضمان صاحبها، مثل البائع يحبس المبيع إلى أن يُؤدى إليه الثمن، فإن هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري فإن

<sup>312</sup> - لسان العرب ، مادة جوح، طاهر الزاوي، مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، الدار العربية للكتاب، ليبيا 1980، ص120

<sup>313</sup> - أ. نزار أحمد عيسى عويضات : أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإيجار وما يقابلها في القانون المدني، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين، 2003 ، ص46

<sup>314</sup> - أ. مصطفى العالم ، المرجع السابق ، ص17

<sup>315</sup> - د. حارث العيسى ود. محمد الخطيب : يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية ، عمان ، الاردن ، المجلد 18، ع2، يونيو 2010، ص314، محمد فتح الله النشار ، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ص85

يدهُ يُدْ ضمان، ، وكذلك يُدْ المقترض بعد قبض الأعيان التي يقترضها، ونحو ذلك فإن يدهُ عليها يُدْ ضمان.

وإذا ما تلف المال الذي تحت يد الضمان بسبب أجنبي سواءً كان آفة سماوية، أم كان بفعل الغير فإنه يجبُ تضمين صاحب يد الضمان ، ولا يستطيع القول بأنه لا إرادة له في إيقاع التلف، ذلك لأن الضمان يحدث بمجرد وضع اليد على العين ولا عبرة بمحدث التلف ، فالسبب الأجنبي لا ينفي الضمان طالما كانت اليد يد ضمان<sup>316</sup>.

والدليلُ الشرعي على تضمين يد الضمان قوله تعالى (( ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتُدلوا بها إلى الحُكَّام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ))<sup>317</sup> ووجه الاستدلال أن عدم تضمين اليد المتعدية أكلاً لأموال الناس بالباطل، وأيضاً حديث رسول الله - ﷺ - ((على اليد ما أخذت حتى تُؤدى))<sup>318</sup> وفي الحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو على ملك الغير ولا يبرأ منه إلا بإرجاعه لصاحبه هو عينه، أو ما يقوم مقامه لقوله (حتى تؤديه) ولا تتحقق التأدية إلا بذلك<sup>319</sup>.

أما يد الأمانة وهي ما كانت عن ولاية شرعية، ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة، أو كانت عن ولاية شرعية ولم يدل الدليل على ضمان صاحبها، ومن ذلك يد المستأجر، ويد الوديع، ويد الوكيل بالقبض، وحكم يد الأمانة أنه لا يضمن صاحبها لأنه أمين ويصدق فيما يدعيه في الأمانة التي تحت يده، فلا ضمان عليه إلا إذا تعدى أو قصر في حفظها مما يخرج عن طبيعته، وبالتالي إذا هلكت العين المستأجرة بأفة سماوية فلا يضمنها المستأجر ولا يتحمل تبعه هلاكها<sup>320</sup> وقد استدل الفقهاء على عدم تضمين صاحب يد الأمانة بقوله تعالى ((ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله ما على المحسنين من سبيل))<sup>321</sup>

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن كلمة سبيل تذكر في سياق النفي ، فجعل الضمان في عهدة الأمين وهو محسن سبيل منفي بالآية ، فإن الأمين من غير تعد ولا تفريط

<sup>316</sup> - محمد فتح الله النشار ، المرجع السابق، 2002 ، ص85-86

<sup>317</sup> - سورة البقرة الآية188

<sup>318</sup> - ابو داود، سنن أبي داود ، الطبعة الأولى، كتاب البيوع باب في تضمين العارية ص1487

<sup>319</sup> - حارث العيسى وأحمد الخطيب ، المرجع السابق، ص323

<sup>320</sup> - نفس المرجع السابق، ص324

<sup>321</sup> - سورة التوبة آية91

محسن إلى المالك، فإذا هلك المال وهو على هذا الحال من الإحسان فلا سبيل إلى تضمينه.<sup>322</sup>

وعلى وجه العموم - في العقود الملزمة للجانبين - تحمل الشريعة الإسلامية تبعه الهلاك على المدين بالالتزام الذي أصبح مستحيلاً، إذ أن الإستحالة الطارئة تُعفيه من تنفيذ التزامه، وتحرمه من حقه في الأداء المقابل، وعليه أن يُعيد لصاحبه ما استلمه منه، وبالتالي يتحرر الدائن من التزامه وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

وقد اختلف الفقهاء في وضع أساس فقهي لهذه القاعدة التي تحمل المدين تبعه الهلاك، فذهب البعض منهم إلى تبرير انفساخ العقد وتحميل المدين الالتزام بنظرية السبب إلا أنه هناك من يرى أن نظرية السبب لا وجود لها في الفقه الإسلامي، وذهب البعض الآخر إلى إرجاع ذلك إلى ركن الرضاء الذي يجب أن يضل مرتباً بالمحل من حين إنعقاد العقد إلى تمام تنفيذه؛ إلا أنه هناك من يرد هذا القول بحجة أن الرضاء يلزم وجوده حين الإنعقاد فقط ولا أهمية لوجوده بعد ذلك، ولا يصلح كأساس لهذه القاعدة، فلو فقد أحد المتعاقدين أهليته بعد العقد وقبل التنفيذ فإن العقد يضل صحيحاً، وأن الأساس الصحيح لهذه القاعدة هو ما تقتضيه طبيعة العقود الملزمة للجانبين من ارتباط بين الالتزامات المتقابلة والذي يستمر من حين الإنعقاد إلى تمام التنفيذ، فإذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين كله إنقضى، وانقضى الالتزام الذي يقابله، وإن انقضى بعضه للإستحالة، إنقضى البعض الذي يقابله.<sup>323</sup>

#### ثانياً- تبعه هلاك المبيع في الشريعة الإسلامية

ويذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، ورواية عن الحنبلية أن عقد البيع يفسخ بتلف المبيع قبل القبض بأفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، والضمان في هذه الحالة على البائع، فيسقط الثمن عن المشتري، وينفسخ العقد، واحتج أصحاب هذا الرأي بأدلة السنة النبوية مثل قول رسول الله (ﷺ) "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن"<sup>324</sup> ووجه الإستدلال بالحديث أنه نهى عن ربح ما يبيع

<sup>322</sup> - ابن العربي، احكام القرآن ج 2 ص 995، مشار إليه لدى، حارث العيسى وأحمد الخطيب، المرجع السابق ص 325

<sup>323</sup> - مصطفى العالم، المرجع السابق، ص 19

<sup>324</sup> - سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، ج 3، ص 283

قبل القبض ، لأن ربح ما يبيع بعده من ضمان المشتري بالاتفاق<sup>325</sup>. وقد وصف الحديث المال الذي يُباع قبل القبض بأنه غير مضمون من جانب المشتري "مالم يضمن"، فيكون بالتالي ضمانه على البائع.

كما أن أنصار هذا الرأي يستندون إلى العقل كحجة في تدعيم هذا الرأي إذ أن القول بعدم إنفساخ العقد يستوجب مطالبة البائع للمشتري بالثمن، وإذا طالبة بالثمن فالمشتري يطالبه بتسليم المبيع ، وهو عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً، فلم يكن في استمرار وبقاء العقد فائدة فينفسخ ، ويترتب على ذلك سقوط الثمن عن المشتري إن كان في الذمة، وإن كان مقبوضاً وجب على البائع رده<sup>326</sup>.

ففي البيوع بصورة عامة إذا هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي كالأفة السماوية فإن فقهاء الحنفية والشافعية يرون أن ضمان المبيع لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالقبض و التسليم ، والقبض عند الحنفية هو التخلية وهي ان يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يمكن المشتري من التصرف فيه، وبالتالي إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم إنفسخ البيع عند الحنفية والشافعية، لأنه فات تسليم المبيع بالعقد فانفسخ البيع ، ولأن المبيع حينئذ من ضمان البائع، وهو ما عليه الإمام احمد بن حنبل ، حيث اعتبروا ضمان المبيع تابعاً للملك فهو ينتقل للمشتري مع ملك المبيع، وأما فقهاء الحنابلة يرون أن المشتري يثبت له الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لأن التلف حصل في يد البائع وهو ما عليه أيضاً فقهاء المالكية<sup>327</sup>.

وبناءً على ما سبق فإن المبدأ السائد في الفقه الإسلامي هو أن الضمان بعد القبض، أي أن المشتري لا ضمان عليه إلا بعد التسليم ، فإذا هلك المبيع قبل التسليم، واستحال بالتالي على البائع الوفاء بالتزامه، سقط الثمن عن المشتري، وانفسخ البيع ، وتحمل البائع الذي هو المدين بالتزام المستحيل تبعه الهلاك، وهذا يعد تطبيقاً خاصاً بعقد البيع للقاعدة العامة في العقود التبادلية ، والتي ترتبط فيها الالتزامات المتقابلة ببعضها.

<sup>325</sup> - منار عمر الصدر: انفساخ العقد في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين نابلس ، 2003، ص89

<sup>326</sup> - نفس المرجع السابق، ص90

<sup>327</sup> - انظر د. مصطفى الدراجي: الإلتزام الموصوف والقواعد التي تحكم تنفيذه، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة 2004، ص334 والمراجع المشار إليها فيها، منشورات جامعة عمر المختار

كما أنه لا تنتقل التبعة إلى المشتري إلا بالقبض، رغم أنه يعد مالكا للمبيع بمجرد انعقاد العقد، فالشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ الرضائية، ولا تشترط التسليم لإنتقال الملكية.

## المطلب الأول: تبعة الهلاك في القانون الليبي والقانون المصري

إن القانون الليبي- وقد سار على نهج شقيقه القانون المصري - عالج تبعة الهلاك في العقود على وجه العموم، وذلك بوضعه قاعدةً نظم بها مسألة تبعة الهلاك في العقود عموماً، ثم وضع تطبيقاً خاصاً عالج به تبعة هلاك المبيع، وهذا ما سنتناوله على التوالي، وعلى النحو الآتي:

### الفرع الأول: القاعدة العامة في تحمل تبعة الهلاك

وضع المشرع الليبي قاعدةً عامة بهذا الخصوص، وقد ضمنها نص المادة 161 مدني، وهي تقابل نص المادة 159 مدني مصري إذ تنص كل منهما على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب إستحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"

كما تنص المادة 360 مدني ليبي، وكذلك المادة 373 مدني مصري على أنه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه"

ومن هذه النصوص يتبين لنا أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن هذا الالتزام ينقضي، وينفسخ العقد بقوة القانون، أما إذا لم يتمكن المدين من إثبات أن عدم التنفيذ يرجع لسبب أجنبي، فإنه يظل ملتزماً بالعقد ويحكم عليه بالتعويض .

وفي حال أثبت المدين وجود السبب الأجنبي وراء إستحالة التنفيذ، فإن التزامه ينقضي، ويعفى من الوفاء به، وينقضي كذلك الالتزام المقابل له، ويترتب على ذلك أن يتحمل المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه تبعة هذه الاستحالة، ذلك أنه يخسر ماله الذي كان محلاً للالتزام بالسبب الأجنبي ولا يستطيع أن يطالب الدائن بالالتزام المقابل لإنفساخ العقد، وذلك يرجع إلى الإرتباط بين الالتزامات التي يرتبها العقد الملزم للجانبين<sup>328</sup> .

<sup>328</sup> - د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 312-313 .

وهذه القاعدة العامة في تحمل التبعة ليست من النظام العام حيث يجوز للأطراف الإتفاق على خلافها، فيظل المدين مسئولاً عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبي، كما في حالة إتفاقهم على تشديد مسؤولية المدين التعاقدية و تضمينه لتبعة الحادث المفاجئ، والقوة القاهرة كما في نص المادة 220 مدني ليبي<sup>329</sup>.

وإذا كان الانساح يتم تلقائياً بحكم القانون دون حاجة لحكم القضاء إلا أنه في بعض الحالات يستلزم الأمر أن يلجأ الأطراف للقضاء لحسم نزاع يدور بشأن مسألة من المسائل الآتية:

- أن تكون استحالة التنفيذ للسبب الأجنبي ليست أمراً محققاً، فيثور النزاع بشأنها فليجأ الأطراف إلى القضاء، ويكون حكم القضاء في هذه الحالة مُقررراً للفسخ لا مُنشئاً له، والمثال على ذلك النزاع الذي ثار بمناسبة عقد أبرمته الحكومة الليبية لنقل الحجاج الليبيين بحراً مروراً بقناة السويس، وحين أغلقت هذه القناة بسبب الحرب أعتبر الناقل أن العقد مفسوخاً لإستحالة تنفيذه بسبب تعذر المرور عبر القناة، إلا أن الحكومة الليبية آنذاك رأت أن إغلاق القناة لا يجعل التنفيذ مستحيلاً وإنما مرهقاً بسبب اللجوء إلى طرق أخرى بديلة، إلا أن المحكمة العليا حسمت هذه المسألة وقضت بأن إغلاق القناة يجعل التنفيذ مستحيلاً، ومن ثم يتعين القول بإنقضاء الالتزام الذي على عاتق الناقل وبالتالي إنقضاء الالتزام المقابل<sup>330</sup>.

- كما يمكن أن يلجأ الأطراف للقضاء لمعرفة إلى أي حد يترتب على الاستحالة المؤقتة أو الجزئية ضياع الفائدة التي يبرجوها الدائن من العقد.

### الفرع الثاني: تبعة هلاك المبيع

عالج المشرع الليبي مسألة تبعة هلاك المبيع في نص المادة 426 من القانون المدني إذ تنص على "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع

والاستحالة الطارئة بعد نشو الإلتزام قد تكون إستحالة مادية كما لو هلك الشيء محل الإلتزام وهي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وقد تكون الإستحالة قانونية كما في حالة مصادرة السلطات الشيء المبيع بحيث يتعذر تنفيذ الإلتزام بتسليمه أو نقل ملكيته للمشتري وهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ( المحكمة العليا)... للمزيد انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج3، ص385

<sup>329</sup> - د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للإلتزام، ص431  
<sup>330</sup> - أ. مصطفى العالم، المرجع السابق، ص50

واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع" ويقابل هذا النص المادة 437 من القانون المدني المصري.

والمقصود بالهلاك هنا كما عرفت محكمة النقض المصرية هو " زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان<sup>331</sup>" ، وعرفه البعض بأنه تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ بحيث يستحيل تنفيذ ما اشتمل عليه الالتزام<sup>332</sup>.

ويُفترض في المبيع أن يكون مُعيناً بذاته لا بنوعه ، فإن كان معيناً بالنوع فلا يفسخ العقد؛ إذ إن المثليات لا تهلك ، فيلتزم البائع بتسليم شيء من النوع المتفق عليه ، أما إذا تم تحديد المبيع بفرزه مثلاً أصبح في هذه الحالة معيناً بالذات، فإذا هلك قبل تسليمه انفسخ البيع وتحمل البائع تبعه الهلاك<sup>333</sup>.

وفي هذا النص نجد أن المشرع الليبي ، وكذلك شقيقه المصري، قد جعلاً تبعه الهلاك قبل التسليم على البائع الذي هو المدين بالتسليم، وليس على المشتري الدائن بالتسليم ، فيكونا بذلك قد وضعاً تطبيقاً للقاعدة العامة المتعلقة بتبعه الهلاك في العقود الملزمة للجانبين<sup>334</sup>، والتي تجعل التبعه تقع على المدين بالالتزام المستحيل، والتي تستند على فكرة الإرتباط بين الالتزامات المتقابلة، كما ربطاً تبعه الهلاك بالتسليم ، ويبرر بعض الفقهاء ما ورد بهذا النص بقولهم أن الالتزام بالتسليم ليس في حقيقته إلا التزاماً مكماً للالتزام بنقل الملكية، حيث لا تخلص الملكية للمشتري ولا يكتمل معناها إلا بالتسليم ، لذلك يجب أن يظل المدين بالتسليم متحملاً تبعه الهلاك في الفترة ما بين انعقاد العقد وتمام التسليم<sup>335</sup>.

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقاً على نص المادة 437 مدني مصري، والمقابل لنص المادة 426 مدني ليبي، إذ تقول المذكرة أن هذا النص " جعل تبعه الهلاك على البائع قبل التسليم خلافاً للتقنيات اللاتينية ، وأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقاً لقواعد الفسخ في العقد الملزم للجانبين، أما بعد التسليم

<sup>331</sup> نقض مدني مصري، 21-2-1957، المجموعة رقم 20 ، سنة 8 ، ص 158

<sup>332</sup> د. مصطفى الدراجي، الرسالة السابقة، ص 283

<sup>333</sup> - أ. إبراهيم انيس يحي ، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين ، المرجع السابق، ص 54 ، رمضان أبو السعود، المرجع السابق ،

ص 272

<sup>334</sup> أ. مليكة مراد ، المرجع السابق، ص 48

<sup>335</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج 4، ف 316، د. كاظم الشمري : حكم هلاك المبيع أو تعييبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار، بحث منشور على موقع جامعة أهل البيت.

فبديهي أن تكون تبعة الهلاك على المشتري ، وكذلك يكون الأمر إذا أُعذر المشتري بالتسليم فلم يتسلم<sup>336</sup> .

وقد حددت م424 مدني كيفية التسليم إذ تنص على " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق وطبيعة الشيء المبيع .

ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد إستبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية"

وفحوى هذا النص أن التسليم يمكن أن يكون مادياً فعلياً، كما يمكن أن يكون حكماً قانونياً، أي ليس فعلياً ، وتبرأ ذمة البائع من التزامه بالتسليم إذا هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري، حيث يتمكن الأخير من حيازته دون عائق ، أو إخطاره بذلك ، ولا يشترط في هذه الحالة استلام المشتري للمبيع فعلاً، فقد يحدث أن يتعنت المشتري دون مبرر في استلام المبيع فتوقياً لتحمل البائع لتبعة هلاك المبيع في مثل هذه الحالة أجاز المشرع للبائع أن يُعذر المشتري لإستلام المبيع ،ومن هذا الوقت يعد المبيع قد سُلم للمشتري<sup>337</sup> .

كما ينص القانون على أنه إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل المبيع إلى المشتري ما لم يوجد إتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك<sup>338</sup> .

أما إذا كان هلاك المبيع قبل تسليمه هلاكاً جزئياً فد نصت المادة427 مدني ليبي،وتقابلها المادة438مدني مصري على " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن "

ومفاد هذا النص أن الهلاك الجزئي لا ينتج عنه إنفساخ العقد وبالتالي تحمل البائع تبعة الهلاك إلا إذا كان هذا الهلاك جسيماً بحيث ما كان البيع يتم لو وقع هذا

<sup>336</sup> -مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ،ج4 ،ص75، مشار إليها لدى أ.مصطفى العالم ، المرجع السابق ،ص53

<sup>337</sup> -د.رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص273

<sup>338</sup> -د. لطيفة امازوز،إلتزام البائع بالتسليم،رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر،55،2011-ومابعدها

الهلاك قبل العقد، فتسري هنا القاعدة السابقة التي تحمل المدين البائع تبعه الهلاك، أما إذا كان الهلاك جسيم فإن المشتري مخير بين فسخ البيع أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته، وإذا كان الهلاك الجزئي لم يبلغ من الجسامة الحد الذي يمنع من إتمام البيع لو حصل قبله فإن المشتري لا يكون له إلا حق إنقاص الثمن فقط.<sup>339</sup>

### الفرع الثالث: الإستثناء (تحمل المشتري لتبعه الهلاك)

1- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على وقت إنتقال تبعه الهلاك ، ذلك ان القاعدة التي تلقي بتبعه الهلاك قبل التسليم على البائع ليست من النظام العام، إذ يجوز لهما الإتفاق على أن يتحمل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم، كما يجوز لهم أن يتفقوا على تحميل البائع تبعه الهلاك ولو بعد التسليم.<sup>340</sup>

2- إذا أعذر البائع المشتري لتسلم المبيع، وتخلف المشتري عن استلامه انتقلت إليه تبعه الهلاك من تاريخ الإعذار ، حيث يعتبر المبيع قد سلم للمشتري من هذا التاريخ<sup>341</sup>، ويشترط أن يكون هذا الإعذار في الأجل المتفق عليه لتسليمه لأنه من حق المشتري أن يمتنع عن تسليم المبيع قبل الموعد المتفق عليه إلا إذا كان هذا الأجل مقررًا لمصلحة البائع فله أن يتنازل عنه ويطالب المشتري بتسلم المبيع، كما يمكن أن يتضمن عقد البيع موعداً معيناً يلتزم فيه المشتري بتسلم المبيع ، ويُعتبر المشتري معذراً بحلول الموعد المعين، فإذا هلك المبيع بعد هذا الموعد فإن هلاكه يكون على المشتري وإن لم يتسلمه بشكل فعلي<sup>342</sup>.

وفي حقيقة الأمر إن هذه الحالة لا تُعد إستثناءً حقيقياً على القاعدة؛ ذلك لأنه بالإعذار يكون المبيع قد سلم تسليمًا قانونياً أو حكماً، ويكون هلاك المبيع في أغلب الأحيان على مالكة والذي يحوزه ولو حكماً.

3- إذا هلك المبيع وهو في يد البائع أثناء ممارسته لحقه في حبس المبيع لإستيفاء الثمن، وذلك بعد إخطار المشتري بهذا الخصوص ، فإن هلاك المبيع في هذا الوقت

339 - د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ص274

340 - أ. مصطفى العالم، المرجع السابق ، ص55

341 - د. محمد البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، ج2، الطبعة الثانية 2010 ص18

342 - د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص416

يكون على المشتري<sup>343</sup>، وهو ما تقضي به المادة 449 مدني ليبي، والمادة 460 مدني مصري "إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ولم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع "

4- إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن وبدون إذن البائع وهلك المبيع كان هلاكه عليه<sup>344</sup>.

تبعة الهلاك في البيع المعلق على شرط:

- إذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ، فإنه يترتب جميع آثاره من وقت الإنعقاد، وبالتالي يكون الهلاك قبل التسليم على البائع، وبعده على المشتري، وحتى إن تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك فإن تبعة الهلاك ستنزل على عاتق المشتري نظراً لإستحالة إعادة المبيع إلى البائع، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ وانفسخ البيع، ثم هلك المبيع فإن هلاكه يكون على مالكة البائع .

- إذا كان المبيع معلقاً على شرط واقف، وهلك المبيع قبل تحقق الشرط فإن العقد لن ينعقد لإنعدام محله، ويكون هلاك المبيع على مالكة وهو البائع، أما إذا هلك بعد تحقق الشرط وقبل التسليم كان هلاكه على البائع تطبيقاً للقاعدة العامة<sup>345</sup>.

وقد كان الفقهاء يعتبرون أن الحق المعلق على شرط واقف وهو في مرحلة التعليق هو مجرد أمل وليس حقاً، ففي نظرهم لما يعرف بالإستيعاد الشرطي أو المعلق على شرط - والذي يكون فيه قيام الالتزام موقوفاً على حادثة ما أو عدم وقوعها- إن هذا الإستيعاد الشرطي لا يترتب عليه سوى أمل في الإلتزام، ومن أكثر الفقهاء الفرنسيين تشييعاً لنظرية الأمل هو الفقيه الفرنسي "توليه" والذي نادى بأنه إذا لم يتحقق الشرط الواقف فإن الإلتزام لا يكون له أدنى وجود ولا يكون هناك سوى مجرد أمل في هذا الوجود simple experience<sup>346</sup>.

<sup>343</sup> - د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 273

<sup>344</sup> - أ. مصطفى العالم، المرجع السابق، ص 56

<sup>345</sup> - نفس المرجع السابق، ص 57

<sup>346</sup> - د. مصطفى الدراجي، الرسالة السابقة، ص 77

## الفرع الرابع : تبعة هلاك المبيع، تطبيق للقاعدة أم إستثناء عليها

إن القاعدة التي وضعها المشرع الليبي في المادة 426 مدني، وكذلك المشرع المصري في المادة 437 مدني تجعلنا نقف عند مسألة هامة، وقد عبر عنها بعض الفقه بالتساؤل عما إذا كانت القاعدة التي وضعها المشرع الليبي والمصري فيما يخص تبعة هلاك المبيع تعد تطبيق للقواعد العامة في انفساخ العقود الملزمة للجانبين، أم أنها تشكل إستثناءً عليها؟

للقوف على هذه المسألة يجب علينا تحديد نقطتين مهمتين:

أولهما أن هذه القاعدة تؤكد على أن تبعة الهلاك تقع على عاتق المدين بالالتزام، وهذا تطبيق واضح للقاعدة العامة المتعلقة بالعقود الملزمة للجانبين، والتي تلقي تبعة الهلاك على المدين إذ ينقضي التزامه لإستحالة تنفيذه، وينقضي معه الالتزام المقابل له، فيتحمل لمفرده تبعة هلاك المبيع، ويرجع الفقهاء ذلك إلى فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة.

وثانيهما أن هذه القاعدة جعلت تبعة الهلاك تقع على عاتق الطرف المدين بالتسليم، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري قولها: "جعل التبعة على البائع قبل التسلم خلافاً للتقنيات الأوروبية، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقاً لقواعد الفسخ في العقد الملزم للجانبين...."

وهذا الوضع من ناحية يجعل تبعة هلاك المبيع منسجمة مع القاعدة في العقود الملزمة للجانبين، ومن ناحية أخرى، أو في تصور لأحد تطبيقاته، يصل بنا إلى نتيجة مغايرة، حيث تقع تبعة الهلاك على الدائن (المشتري)، وليس على المدين بالالتزام (البائع)، أي أنه ووفقاً لهذا التصور يصبح التزام المدين (البائع) مستحيلاً للسبب الأجنبي فينقضي، ورغم إنقضائه يظل التزام الدائن (المشتري) قائماً وملزماً، وكأنه بذلك يكون التزاماً مستقلاً تماماً عن إلتزام البائع.

كما انه يجعل من تبعة هلاك المبيع تشكل إستثناءً من القاعدة في العقود الملزمة للجانبين، فإذا فرضنا أن نقل الملكية تأجل إلى حين الوفاء بكامل الثمن، وتم التسليم بالفعل، ثم بعد ذلك هلك المبيع لسبب أجنبي، فإن تبعة الهلاك تكون على المشتري لأنه

تسلم المبيع ،ويكون ملزماً بالوفاء بالثمن على الرغم من أن البائع والحالة هذه سيتعذر عليه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع، فالمشتري هنا هو الدائن بنقل الملكية إليه كما انه يتحمل التبعة لأنه استلم الشيء المبيع<sup>347</sup> .

وهذا التصور ناجم عن الأخذ بفكرة انعدام العلاقة بين تبعة الهلاك وانتقال الملكية في القانونين الليبي والمصري ، وربطها فقط بعملية التسليم،وقد ذهب البعض في أخذه بهذا التصور- وبمناسبة الحديث عن تبعة هلاك العقار قبل تسجيل البيع وانتقال الملكية - إلى القول أن الرأي الراجح فقهاً وقضائياً أن تبعة الهلاك في هذه الحالة على المشتري لأنه لا علاقة في القانون المصري بين انتقال الملكية وهلاك المبيع .<sup>348</sup>

وقد قام بعض الفقهاء بالرد على هذا التصور، ووضعوه في مسار التطبيق للقاعدة وليس الإستثناء عليها،محاولين بذلك ربط تبعة الهلاك ليس بمجرد التسليم فقط ، وإنما أيضاً بانتقال الملكية ،حيث يرون أن التسليم الذي بتمامه تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري هو التسليم الذي يتم بعد انتقال الملكية أو يتزامن معها، إذ يكون البائع قد أوفى بكامل التزامه في عقد البيع ،ومتى هلك المبيع بعد ذلك في يد المشتري يكون قد هلك على مالكه لأن الشيء الهالك لم يعد محلاً لأي إلتزام وتطبق هنا القاعدة الخاصة بتبعة الشيء أو (تبعة الملك)وهي الهلاك على المالك،وهذا التأصيل ينسجم مع الأحكام العامة في انفساخ العقد الملزم للجانبين،حيث لا توجد تفرقة في القانونين الليبي والمصري بين التزامي البائع بنقل الملكية والتسليم، فهو مدين بهذين الإلتزامين،ويظل بالتالي متحملاً بتبعة الهلاك<sup>349</sup> .

<sup>347</sup> - يعبر د.عبد الرزاق السنهوري عن ذلك بقوله "ونرى مع ذلك أن المبيع إذا كان معيناً بالذات تنتقل تبعة هلاكه لا مع انتقال الملكية ، بل مع إنتقال الحيازة ، فلو كان المبيع عقاراً وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشتري ، فالعبرة بالتسليم الذي تنتقل به الحيازة لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية" الوسيط ج4 المرجع السابق ،ص613، وانظر أيضاً د.رمضان أبو السعود ،المرجع السابق،ص273

<sup>348</sup> - د.أنور سلطان :العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية1952، مطبعة دار نشر الثقافة ، الإسكندرية، ف220،ص218

<sup>349</sup> - د.عبد الحكيم فودة : إنهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2000 ،ص633، د.مصطفى العالم،المرجع السابق ،ص61

وهناك من الفقه من يتفق مع هذا الرأي في تحميل البائع تبعه الهلاك، ولكن ليس بوصفه مديناً بالالتزام الذي أصبح مستحيلاً، وإنما باعتباره مالكا للمال الذي هلك، فتكون تبعه الهلاك على المالك.<sup>350</sup>

أما عن مسلك القضاء المصري حول هذا الموضوع فإننا نجد أنه قد حسم الأمر في هذه المسألة، وأنهى الخلاف القائم في هذا الشأن فيما يتعلق بالتوفيق بين القاعدة والاستثناء الوارد عليها، وأكد في أكثر من مناسبة تحمل المدين لتبعه الهلاك سواءً كان مديناً بالتسليم أم مديناً بنقل الملكية، ومن ذلك الحكم الذي تقول فيه (يتحمل المدين تبعه استحالة التنفيذ لسبب أجنبي، فإذا استحال على البائع نقل الملكية تحمل تبعه هذه الإستحالة برد الثمن.... ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويتحمل تبعه الإستحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعه في العقد الملزم للجانبين...)<sup>351</sup>، وفي حكم آخر لها تقضي فيه بأنه (إذا أثبت الحكم المطعون فيه أن التزام مورث الطاعنين بنقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلاً بسبب استيلاء الإصلاح الزراعي عليه، فإنه يكون قد أثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، وإذا كان وقوع هذه الاستحالة لهذا السبب لا يعفي البائع مورث الطاعنين من رد الثمن، بل أن الثمن واجب رده في جميع الأحوال التي يفسخ فيها العقد أو يفسخ بقوة القانون...)<sup>352</sup>.

وهو نفس النهج الذي أخذت به محكمتنا العليا حيث قضت في أحد أحكامها بأن "المستفاد من القواعد العامة طبقاً لنصوص المواد 159، 161، 160، 436، 162 من القانون المدني أنه عند استحالة تنفيذ الالتزام فإن المدين هو الذي يتحمل التبعه في العقود التبادلية فإذا كان العقد بيعاً ووفى المشتري بالتزامه الأساسي بدفع الثمن ولم

<sup>350</sup> - ويقول الدكتور سليمان مرقس "غير أن ذلك مراعى فيه أن ملكية المبيع انتقلت إلى المشتري بمجرد العقد، أما إذا حال دون إنتقال الملكية بمجرد العقد حائل كضرورة تسجيل العقد في بيع العقار أو عدم ملكية البائع للمبيع، فإن وقوع وقوع الهلاك بعد التسليم القانوني، ولكن قبل انتقال الملكية إلى المشتري لا يكفي لتحمل هذا الأخير لتبعه الهلاك لأن المبيع يكون بالرغم من وقوع هلاكه بعد تسليمه للمشتري قد وقع هلاكه وهو على ملك البائع فيتحمل هو تبعته" مشار إليه لدى أ. مصطفى العالم، المرجع السابق، ص62

<sup>351</sup> حكم محكمة النقض المصرية في جلسة 11-1-1977، مشار إليه لدى عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص638

<sup>352</sup> - حكم محكمة النقض المصرية جلسة 22-2-1968 مشار إليها لدى المرجع السابق، ص638 639

ينفذ البائع التزامه الأساسي بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري تحمل هو نتيجة القوة القاهرة"353

---

353- طعن مدني رقم 55 لسنة 27 ق، 1983/12/19، مكتب فني 21، ج2، ص37 وقد جاء في حيثيات هذا الحكم " ولما كان المطعون ضده قد باع للطاعن قطعة ارض ، وقام الطاعن بتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، ولم يقم المطعون ضده من جانبه بنقل الملكية للمشتري حتى صدور القانون رقم 4 لسنة 78 المتعلق بتنظيم الملكية العقارية والذي ترتب عليه استحالة اتمام إجراءات نقل الملكية للمشتري ، فإن العقد يفسخ بقوة القانون ويحمل البائع تبعه ذلك وإلزامه رد الثمن إلى المشتري ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف ويرفض الدعوى إنه يكون قد جانب الصواب وخالف مقتضى المادتين 161، 162 مدني المشار إليها"، مع ملاحظة أن هذا ربما يكون الحكم الوحيد في هذا الشأن، إذ لم نجد فيما اطلعنا عليه من احكام المحكمة العليا مبدأ في هذا الخصوص

## المطلب الثاني:تبعة الهلاك في القانون الفرنسي والقانون السويسري

لاحظنا من خلال تناول موضوع تبعة الهلاك في القانونين الليبي والمصري مدى تأثير المشرع في كل منهما بمبادئ الشريعة الإسلامية في وضع الحل لمسألة انتقال المخاطر، متمثلاً في تحمل المدين بلالتزام المستحيل تبعة هذه الاستحالة أو الهلاك ، كما وجدنا أن تبعة هلاك المبيع هي تطبيق لهذا المبدأ وليست إستثناءً عليه.

وسنحاول أن نقوم بدراسة لبعض القوانين الغربية لتتعرف على توجهاتها في معالجة مسألة تبعة الهلاك، وسندرس أولاً : تبعة الهلاك في القانون الفرنسي، ثم نتنقل ثانياً لدراسة هذه المسألة في القانون السويسري كنماذج للقوانين المتأثرة بالقانون الروماني.

### الفرع الأول :تبعة الهلاك في القانون الفرنسي

#### نظرة عامة على تبعة الهلاك في القانون الفرنسي:

لم يضع المشرع الفرنسي نصاً عاماً يعالج به مسألة تبعة الهلاك وانتقال المخاطر في العقود على وجه العموم، بحيث يترسخ كمبدأ عام في هذه المسألة، ولكن اجتهدوا الفقهاء في استخلاص القاعدة العامة في هذا الموضوع من خلال دراسة التطبيقات المنفرقة والخاصة ببعض العقود والواردة في القانون المدني، فالمادة 1722تضع تبعة هلاك الشيء موضوع عقد الإيجار بقوة قاهرة على عاتق المؤجر، كما تضع المادة 1790 تبعة هلاك الشيء المصنع قبل تسليمه على العامل الذي استلم المادة لتصنيعها، فكل من المؤجر والعامل مدينان بالتزامات تعذر تنفيذها بسبب القوة القاهرة، ويعفيان من هذه الالتزامات، والطرف الآخر في العقد سواءً كان رب العمل أو المستأجر يعفيان كذلك من التزاماتهما المقابلة ، ومن ذلك نستخلص القاعدة العامة في هذا الموضوع وهي أن (تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين تقع على عاتق المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه)<sup>354</sup>

<sup>354</sup> - د. لطيفة أمازوز : إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري الجزائر، 2011، ص302

كما تقرر هذه القاعدة بمقتضى أحكام القضاء الفرنسي الذي أكدها في العديد من أحكامه، واستمرت جهود الفقه الفرنسي محاولة إيجاد تبرير لهذه القاعدة، فذهب بعضهم إلى الاستعانة بنظرية السبب باعتبار أن الالتزامات التي تولد من العقود الملزمة للجانبين، مرتبطة ببعضها البعض، وكل منها يشكل سبباً للآخر في وجوده وفي استمراره، فلا يوجد أحدهما دون الآخر ولا أن يستمر في البقاء دون الآخر.<sup>355</sup>

ومع ذلك يوجد من يرفض الأخذ بفكرة السبب ذلك لأن السبب لا علاقة له بالتنفيذ، فهو ركن لإنشاء العقد لا لتنفيذه، ويذهب فقهاء القانون الكنسي إلى الاستناد إلى مبادئ العدالة التي ترفض أن تلزم المتعاقد الذي لن يستلم الأداء المتفق عليه لصالحه أن يستمر في تنفيذ الالتزام الذي عليه.

ويذهب البعض الآخر إلى تبرير هذه القاعدة بفكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، أي بافتراض أن الأطراف قد إتفقوا ضمناً على أنه إذا حالت القوة القاهرة بين أحد المتعاقدين وبين تنفيذ التزامه فإن المتعاقد الآخر يُعفى من تنفيذ التزامه هو أيضاً، ولا نستطيع أن نغض الطرف عما في هذا التبرير من مبالغة في تقدير دور الإرادة لدرجة افتراض أمر قد لا تكون إرادة الأطراف إتجهت إليه.<sup>356</sup>

وأخيراً هناك جانب من الفقه ويؤيده القضاء يبرر قاعدة الهلاك على المدين بفكرة تقابل الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين، فهذا النوع من العقود يتضمن بطبيعته التزامات متبادلة، فهو يعطي الحق للمتعاقد في الإمتناع عن تنفيذ التزامه إذا استحال على الطرف الآخر تنفيذ التزامه<sup>357</sup>، وفيما يتعلق بموضوعنا فإنه يمكن القول بأن **تبعه الهلاك في القانون الفرنسي** يمكن تحديدها فيما يلي:

ففي ظل القانون الفرنسي القديم يتحمل الدائن (المشتري) تبعه الهلاك بمجرد انعقاد العقد، أي تنتقل المخاطر إلى المشتري من انعقاد العقد، وحتى قبل التسليم وانتقال الملكية، واستمر القضاء الفرنسي يطبق هذه القاعدة على الرغم مما وجه إليه من انتقادات<sup>358</sup>.

<sup>355</sup> - د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 450

<sup>356</sup> - نفس المرجع السابق، ص 451

<sup>357</sup> - د. لطيفة امازوز، المرجع السابق، ص 303

<sup>358</sup> - أ. مهدي موجه، الإلتزامات المعاصرة واللاحقة لعقد البيع، بحث منشور على منتدى البحرين القانوني 5 أكتوبر 2008

إذ أن هذه القاعدة كانت محل انتقاد من أنصار القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، لأنهم يرون أنها تتعارض مع قواعد العدالة حيث يتحمل الدائن تبعه هلاك مال لا يملكه ولن يتسلمه ، فالعدالة تقتضي أن يتحمل البائع تبعه الهلاك باعتبارها مالاً للمال ، وبالتالي هم يرون أن هناك تعارضاً بين هذه القاعدة (الهلاك على الدائن) وقاعدة أخرى وهي (الهلاك على المالك).

واستمر هذا التعارض حتى صدور القانون المدني سنة 1804 ، حيث نصت المادة 1138 على أن مجرد الاتفاق يجعل الدائن مالاً ويتحمل مخاطر المبيع وإن لم يتسلمه، وهذا يعني أن المشتري يتحمل مخاطر المبيع بوصفه مالاً طبقاً لقاعدة (الهلاك على المالك) كما أنه يتحمل المخاطر كدائن بالتسليم (الهلاك على الدائن)<sup>359</sup>

وتشكل هذه القاعدة خروجاً عن القاعدة العامة في نقل المخاطر في العقود الملزمة للجانبين، التي تجعل التبعه على المدين، فالمشتري وإن انتقلت إليه الملكية إلا أنه لا يزال دائناً بالتسليم ومع ذلك لا يُعفى من إلتزامه بدفع الثمن، وقد برر البعض هذا الموقف للقانون الفرنسي بقولهم أنه بعد نقل الملكية للمشتري لا يبقى سوى الإلتزام بالتسليم وهو التزم ثانوي، واستحالة تنفيذ الإلتزام الثانوي لا تكون من الخطورة بحيث تؤدي إلى انفساخ العقد وسقوط الإلتزام المقابل<sup>360</sup>.

وقد لقي هذا التبرير النقد الشديد فليس من الصحيح أن يوصف التزم البائع بالتسليم بأنه التزم ثانوي ، بل هو التزم أساسي وجوهري ،فما الفائدة من أن يكون المشتري مالاً للمال إن لم يتمكن من تسلمه ،فلو توقع قبل العقد أنه لن يتسلم ما يشتريه فإنه لن يُقدم على إبرام هذا العقد.

كما يرى البعض أن القانون الفرنسي لم يقض بانتقال المخاطر إلى المشتري تبعاً لانتقال الملكية إلا لتحقيق العدالة بين الأطراف، لأن المشتري يصبح مالاً بمجرد إبرام العقد، وإذا زادت قيمة الشيء في الفترة بين البيع والتسليم فإن هذه الزيادة تكون من نصيب المشتري دون أن يدفع زيادة في الثمن ، وحتماً إذا هلك الشيء أو تلف بقوة قاهرة فإن هلاكه يكون على المشتري، وذلك تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم، أضف إلى أن

<sup>359</sup>- د.فواز صالح ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول مصادر الإلتزام ، منشورات جامعة دمشق، بدون تاريخ

نشر، ص121، أ.مصطفى العالم ، المرجع السابق، ص32

<sup>360</sup>- " عند بلانيول وريبير أن الإلتزام الرئيس للبائع هو نقل الملكية ، أما إستحالة تنفيذ التسليم فإنه لا تكفي لإعفاء المشتري من دفع الثمن لأن الامر لا يتعلق إلا بالإلتزام ثانوي "د.عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص630

المشتري يستطيع أن يتسلم المبيع بمجرد إنعقاد العقد ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك، إلا أنه قد يفضل أن يترك الشيء بعض الوقت في حراسة البائع، فموقف البائع أشبه بحالة المودع عنده.

ومن المعروف أن المودع عنده يعفى من التزامه بالرد بالقوة القاهرة، فلو فرضنا أن المشتري بدلاً من أن يترك المبيع عند البائع يتسلمه ويضعه عند شخص آخر على سبيل الوديعة، ثم هلك هذا الشيء، فإن المشتري سيدفع الثمن للبائع، وفي نفس الوقت لا يستطيع مطالبة المودع عنده برد الشيء، فالحل يجب أن لا يختلف عندما يعهد المشتري بالشيء إلى البائع نفسه<sup>361</sup>.

إلا أن هذا التبرير منتقد في نظرنا فالمبيع لا يزال في حوزة البائع، والمشتري ليس له يد عليه، ولا يستطيع استعماله ولا صيانته والمحافظة عليه، كما أن الأخذ بمبدأ الغرم بالغنم قد لا يستقيم مع الغاية المرجوه منه ولا يحقق نتائج عادلة، فمغانم الشيء قد لا تعادل البتة قيمته عند هلاكه، فهي وإن كانت تزيد عليه في حالات، فهي أقل بكثير من قيمته في حالات أخرى.

وأما عن مدى تأثير تبعة هلاك المبيع في القانون الفرنسي بمبادئ القانون الروماني فقد اختلف الفقه فيما إذا كان القانون الفرنسي يأخذ بتبعة الشيء أو تبعة العقد.

وتبعة الشيء تعني أن الشيء أو الأداء إذا هلك أو استحال تنفيذه ولم يكن محلاً لالتزام عقدي معين فإنه يهلك على مالكة إذ تقع مغبة خسارة قيمته عليه وحده، وهذه هي تبعة الشيء أو تبعة الملك، أما تبعة العقد فهي تعني الخسارة التي تتمثل في إنقضاء الالتزام، والمتعاقد هو الذي يتحملها<sup>362</sup>.

ومن جهة أخرى فإن المادة 1138 تقتضي أن يكون المشتري متحملاً لمخاطر المبيع بوصفه مالكاً، وبوصفه دائناً، ولكن هل يمكن أن نقول أن القانون الفرنسي كنظيره القانون السويسري - كما سنرى - متأثراً بمعالجة القانون الروماني لمسألة انتقال المخاطر؟

أعتبر البعض إن القاعدة في القانون الفرنسي ما هي إلا استمرار للقاعدة التي وجدت في القانون الروماني (الهالك على المشتري)، وفي الواقع أن هذا القول

<sup>361</sup> -د. لطيفة أماوز، المرجع السابق، ص 309  
<sup>362</sup> -د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 473

صحيح ولكن ليس بشكل مطلق ، فالقانون الفرنسي وإن كان كالقانون الروماني في تحميل المشتري التبعة؛ إلا أنه تأثراً بآراء فقهاء القانون الطبيعي في ربط المخاطر بالملكية ، ووفقاً لنص المادة 1138 تنتقل الملكية بمجرد اتفاق المتعاقدين حتى بدون تسليم، وتبعاً لذلك تنتقل مخاطر المبيع إلى المشتري بوصفه مالكاً، فهو يكرس قاعدة الهلاك على المالك ، بينما القانون الروماني يكرس قاعدة الهلاك على المشتري<sup>363</sup>.

ويعبر البعض عن ذلك بقوله أن القانون الفرنسي أخذ بتبعية الشيء تاركاً بذلك الأخذ بتبعية العقد، فالمال يهلك على مالكة المشتري ولو كان التسليم لم يتم بعد<sup>364</sup>. وبسبب ذلك فإن هذه القاعدة كانت محلاً للانتقاد من قبل بعض الفقهاء إذ يرون فيها أخذاً صريحاً من جانب المشرع الفرنسي ومن هذا حذوه بمبدأ الفصل بين الالتزامات المتقابلة<sup>365</sup>، وبعبارة أخرى فإن المشرع الفرنسي يكون بذلك قد أهدر أحكام العقد التبادلي - وما فيه من ترابط بين التزامات المتعاقدين - كما أنه بهذه المادة يكون قد نظر حين تحديد ضمان الهلاك إلى صفة الملكية فقط ، ونسي أنه بصدد عقد تبادلي (ملزم للجانبين) تختلف أحكام الضمان فيها عن نظيرتها في باب الملكية<sup>366</sup>.

## الفرع الثاني: تبعة الهلاك في القانون السويسري

### أولاً : القاعدة العامة في تبعة الهلاك

وضع المشرع السويسري قاعدةً عامةً نظم بها مسألة تبعة الهلاك وانتقال المخاطر ، وقد ربط هذا الموضوع باستحالة التنفيذ ، حيث يلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التنفيذ غير الكامل مالم يثبت أن ذلك لم يكن نتيجةً لخطأ في جانبه ، أي أن المدين يعفى من الالتزام طالما أن عدم التنفيذ كلياً كان أم جزئياً لا يعود لخطأ ارتكبه.

فاستحالة التنفيذ دون خطأ تعد من أسباب انقضاء الالتزام في القانون السويسري ، وهو ما نص عليه المشرع السويسري في المادة 97 والمواد اللاحقة لها

<sup>363</sup> - أ. مصطفى العالم ، المرجع السابق ، ص35

<sup>364</sup> - د. عبد الحكيم فودة ، المرجع السابق ، ص628

<sup>365</sup> - د. محمد حنون جعفر: قاعدة فوروية نقل الملكية وأحكامها في عقد البيع، منشورات كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية، ص21

<sup>366</sup> - د. عبد الحي حجازي ، مشار إليه لدى مصطفى العالم ، المرجع السابق ، ص36

من قانون الالتزامات السويسري، وتنص المادة 119 من قانون الالتزامات السويسري على انه يترتب على انقضاء التزام أحد الأطراف في العقود الملزمة للجانبين انقضاء التزام الطرف الآخر<sup>367</sup>.

ومعني ذلك أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا أعفي أحد الأطراف من التزامه فعليه أن يرد ما سبق له أن استلمه من الطرف الآخر ، كما أنه ليس له أن يطالب بتنفيذ الالتزام المقابل، ويترتب على ذلك أن المدين بالالتزام المستحيل هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، وإذا طبقنا هذه القاعدة على عقد البيع لقنا بانقضاء التزام المشتري بدفع الثمن في حالة انقضاء التزام البائع بتسليم المبيع نظراً لهلاكه بقوة قاهرة ،ويتحمل بذلك البائع تبعه هلاكه؛ إلا أن القاعدة التي تبناها المشرع السويسري في هذه المسألة على وجه الخصوص تخالف هذا النظر.

فما هي وجهة النظر لديهم حول تبعه هلاك المبيع؟

### ثانياً: تبعه هلاك المبيع

يلاحظ أن المشرع السويسري تحدث عن هذه النقطة في المادة 204 من قانون الالتزامات القديم الصادر سنة 1881، وكذلك المادة 185 من قانون الإلتزامات الحالي، والمتأمل في نصوصهما يجد أنهما يحملان المشتري تبعه الهلاك بمجرد انعقاد العقد، إذ جاء نص هذه المادة كالآتي: "تنتقل منافع الشيء ومخاطره إلى المشتري عند انعقاد العقد مع مراعاة الاستثناءات الناجمة عن الظروف والاستثناءات الخاصة..."<sup>368</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن العقد في القانون السويسري عقداً رضائياً، إذ ينعقد بتبادل التراضي بين الأطراف، ووفقاً لأحكام هذا القانون تنتقل تبعه المخاطر بمجرد انعقاد العقد، ويحاول البعض أن يقرب فكرة انتقال المخاطر في القانون السويسري بنظيره القانون اللبناني، إلا أنه هناك فارق ، فرغم إتفاق الاثنین على انعقاد العقد برضا الأطراف ، وانتقال المخاطر كذلك بمجرد انعقاد العقد في الاثنین معاً، إلا أن الملكية في القانون اللبناني تنتقل بمجرد التعاقد وهو ما تنص عليه المادة 394 من

<sup>367</sup> - أ. مصطفى العالم ، المرجع السابق ، ص24

<sup>368</sup> نفس المرجع السابق ، ص25

قانون الموجبات اللبناني " إن المشتري يكتسب حتماً ملكية المبيع إذا كان عيناً معينة عندما يصبح البيع تاماً بإتفاق المتعاقدين ..."<sup>369</sup>

في حين أن الملكية في القانون السويسري تنتقل بالتسليم وليس بانعقاد العقد، فالملاحظ هنا أن المشرع السويسري لم يربط انتقال المخاطر بانتقال الملكية، ولا بالتسليم<sup>370</sup>

وبمجرد انعقاد العقد تنتقل المخاطر إلى المشتري، فما هو مبرر ذلك؟

عند هلاك المبيع قبل تسليمه، يكون هذا المبيع لا زال على ملك البائع الذي هو مدين بأمرين نقل الملكية من ناحية، والتسليم من ناحية أخرى، ومنطق الانسباخ يستوجب أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ولكن وفقاً للقانون السويسري نجد أن العقد لا يفسخ، ولا يعود المتعاقدان إلى ماكانا عليه، وإنما ينقضي فقط التزام البائع لاستحالة تنفيذه فلا يعود مديناً بشيء، في حين يبقى التزام المشتري قائماً ولازماً، معلناً بذلك استقلاله عن التزام البائع الذي انقضى دون أن يؤثر على التزام المشتري .

وفي هذه النقطة على وجه الخصوص يبدو لنا الأثر الذي تركه المبدأ الروماني القديم (التبعية على المشتري)، وعلى الرغم من أن صياغة نص المادة 185 من قانون الالتزامات تكشف عن أن المشرع السويسري كان متأثراً بفكرة الغرم بالغرم؛ إلا أن هذه القاعدة تظل منتقدة عند البعض إذ يرون فيها خروجاً على المبدأ العام في العقود الملزمة للجانبين دون مبرر مقبول، كما يرون أنها من القواعد غير العادلة ذلك بما تتضمنه من فكرة صادمة للحس الإنساني فهي تلزم المشتري بدفع ثمن شيء لم يتسلمه، كما أن فكرة الغرم بالغرم والتي اعتمد عليها المشرع السويسري في تبرير هذه القاعدة - في نظرنا - لا تُعد دائماً طريقة مثلى لتحقيق العدل كما سبق وأن ذكرنا ذلك عند تعليقنا على النص المقابل لهذا النص في القانون الفرنسي.

كما أنها قد تتسبب في مشكلة عملية، وذلك إذا قام أحد الأشخاص ببيع الشيء محل العقد مرتين متتاليتين وهلك هذا الشيء قبل تسليمه، فهل سيأخذ الثمن من الاثنين؟ ومن سيتحمل تبعة المخاطر في هذه الحالة؟

<sup>369</sup> - انظر فيما يخص انتقال الملكية د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج4 عقد البيع والمقايضة ص411-412  
<sup>370</sup> - أ. مصطفى العالم، المرجع السابق ص25

## الإستثناء على تحميل المشتري التبعة

والقاعدة المذكورة في القانون تطبق على البيوع التي يكون محلها مالا معيناً بالذات ، أما البيع المحدد بالنوع فقط فإن القاعدة لا تنطبق عليه باعتبار أن المثليات لا تهلك ، ويلزم لانتقال المخاطر إلى المشتري أن يتم إفراد المبيع وتخصيصه للمشتري، كما أن هناك حالات أخرى لا تنطبق فيها هذه القاعدة وتعد إستثناءً عليها ، وهذه الحالات يمكن إجمالها فيما يلي :

1- يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة، كما لو اتفق المشتري مع البائع على أن يتحمل الأول التبعة من تاريخ تسلمه للمبيع أو من تاريخ تصديره له، ذلك لأن هذه القاعدة مفسرة وليست أمرة ويجوز للأفراد الاتفاق على خلافها<sup>371</sup>.

2- عندما يكون الشيء المبيع يتطلب النقل إلى مكان آخر، وهو ما يعرف بالبائع مع التصدير، فإن المخاطر لا تنتقل إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد بل لا بد أن يتم التصدير أولاً، ومفهوم التصدير في القانون والفقهاء السويسري لا يرتبط بالمعنى الجغرافي، أي غير مرتبط بفكرة جغرافية ، وإنما له مدلول قانوني آخر متمثل في وجود طرف ثالث يتوسط الطرفين يتسلم البضاعة من البائع قبل أن تدخل في حيازة المشتري ، وهذا الطرف الثالث هو الناقل المكلف بنقلها (ناقل بحري أو جوي أو بري) وليس تابعاً للبائع ولا للمشتري، وبالتالي لو كلف المشتري مندوباً عنه لتسلم البضاعة في بلد البائع فلن يكون ذلك بيع مع التصدير ، وكذلك إذا كلف البائع وكيله بتسليم البضاعة للمشتري في بلد المشتري ، أما لو كان هناك ناقل يتسلم البضاعة من البائع ويسلمها للمشتري نكون أمام بيع مع التصدير وأن كان البائع والمشتري في نفس البلد<sup>372</sup>.

3- إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فإن العقد لا ينتج آثاره ولا تنتقل المخاطر إلى المشتري إلا عند تحقق الشرط ، أما لو كان معلقاً على شرط فاسخ فإن المشتري

<sup>371</sup> -أ. مصطفى العالم ، المرجع السابق ، ص 26

<sup>372</sup> -انظر رسالة د. لطيفة اماروز ، المرجع السابق ص 49 فيما يخص تسليم المبيع "وبناء على ذلك إذا اتفق على أن يتولى البائع إرسال المبيع للمشتري ، فإن الأصل طبقاً لأحكام المادة 368 من التقنين المدني الجزائري أن التسليم لا يتم بتسليم المبيع لأمين النقل، وإنما بوصوله إلى المشتري ، إلا إذا وجد إتفاق يقضي بغير ذلك، وهذا ما أخذ به المشرع المصري من خلال المادة 436 من التقنين المدني المصري" ، انظر أيضاً د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج 4، ف 2484، ص 429، وانظر مصطفى العالم ، المرجع السابق، ص 26

يكون ملزماً بدفع الثمن ولو هلك المبيع بقوة قاهرة غير أن له حق استرداد الثمن لو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك<sup>373</sup>

4- إذا تم إعدار البائع نتيجة تخلفه عن تنفيذ العقد فإن هلاك المبيع يكون عليه من وقت الإعدار، إلا إذا أثبت أن الهلاك حاصل حتى وإن تم التنفيذ كما تنص المادة 185 من قانون الالتزامات أنه يجب مراعاة الاستثناءات الناجمة من الظروف ، ولم توضح هذه المادة ما هي هذه الظروف ، ولم تضع تعريفاً لها ، كما لم يضع الفقه تعريفاً أو تحديداً لتلك الظروف التي تؤثر على وقت انتقال المخاطر وإنما قام الفقهاء بذكر بعض البيوع التي يكون انتقال المخاطر فيها رهيناً بظروف الحالة، مثال ذلك البيع بشرط التجربة حيث لا تنتقل المخاطر إلا بإتمام التجربة بما يفيد رضا المشتري<sup>374</sup>.

ويبدو واضحاً مما تناولناه في هذا المطلب ما يخلق الحل الذي أخذ به المشرع الفرنسي في هذه المسألة على وجه الخصوص من تجاهل لفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، وكيف أنه يتعامل مع التزام المشتري وكأنه وجد مستقلاً عن التزام البائع ، وهكذا الحال في القانون السويسري؛ إلا أن المشرع الفرنسي يجد مبرراً لمسلكه هذا يتمثل في أخذه بقاعدة أخرى في هذا الموضوع وهي قاعدة تبعة الشيء، فبالتالي يهلك الشيء على مالكة (الهلاك على المالك) أما المشرع السويسري فالمشتري يتحمل التبعة قبل أن يصبح مالكاً وقبل أن يتسلم المبيع ، مع العلم أن الملكية تنتقل في القانون السويسري بالتسليم، أي أنه أخذ بقاعدة الهلاك على المشتري رغم أن المشتري ليس مديناً ولا مالكاً، وهنا وصل تاثره بالقاعدة الرومانية إلى أعلى مداه.

وبهذا نكون قد وصلنا إلى نهاية البحث ، وبذلك اكتملت فصوله ومباحثه، فإن كنت قد أحسنت فبفضل الله وتوفيقه ثم بجهود ومثابرة شاركني فيها استاذي حيث لم يبخل علي بنصح ، ولم يقصر في توجيهي ، وأسأل الله أن ينفع بهذا العمل من يأتي من بعدي من الباحثين.

<sup>373</sup> -مصطفى العالم ، المرجع السابق ، ص26

<sup>374</sup> - د.إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص93-94 "إذا كان المدين قد أعذر فلم يحم بالتسليم رغم الإعدار بثم هلك الشيء في يديه ذلك بقوة قاهرة كانت تبعة الهلاك عليه ، والأساس في نقل تبعة الهلاك بعد الإعدار إلى المدين قرينة مقتضاها أنه لو كان المدين قام بتنفيذ التزامه بمجرد الإعدار فسلم الشيء إلى الدائن لما هلك الشيء بهذا الحادث المفاجئ، غير أنها قرينة لست قاطعة "

- وانظر أيضاً بحث حول الأعدار القانوني ، مدونة القانون الجديد 2 مارس 2012، وانظر أيضاً مصطفى العالم، المرجع السابق ص26

## الخاتمة

وبعد أن أخذتُ من استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في النظم القانونية القديمة موضوعاً للدراسة وميداناً للبحث، وهو موضوع يدخل تحت إطار علم تاريخ القانون، فقد تناولنا هذا الموضوع في فصلين إثنيين، مسبقاً بفصل تمهيدي ومقدمة، ومتبوعاً بخاتمة لأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

وقد تناولنا في الفصل التمهيدي الالتزامات في النظم المصرية القديمة والرومانية، وذلك في ثلاثة مباحث يتضمن كل منها مطلبين.

وكان المبحث الأول بعنوان النظم القانونية وتاريخ القانون، إذ عرضنا فيه مفهوم النظم القانونية وتاريخ القانون، ثم مراحل التي مر بها القانونين المصري القديم والروماني، أما المبحث الثاني فقد كان عن فكرة الالتزام في النظم القديمة "الفرعونية والرومانية"، حيث تناولنا فيه نشوء وتطور فكرة الالتزام في النظم الفرعونية، ثم في القانون الروماني على التوالي، والمبحث الثالث تناولنا فيه فكرة البيع والشراء في النظم المصرية القديمة والنظام الروماني، وذلك من خلال مطلبين أيضاً، الأول منهما كان عن تعريف عقد البيع وخصائصه، ومدى معرفة هذه الأنظمة لهذه العلاقة التعاقدية، أما الثاني فقد كان عن تمييز البيع عن المقايضة.

والفصل الأول من هذه الدراسة فكان متعلقاً بالشكل والدور الذي لعبه الشكل في تكريس استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري، وقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، يتضمن كل مبحث منها مطلبين، فالمبحث الأول من هذا الفصل كان عن مفهوم الشكلية إذ تناولنا فيه تعريف الشكلية في مطلب أول، ثم عوامل نشأة الشكلية في مطلب ثان، والمبحث الثاني كان عن صور الشكلية في النظم المصرية القديمة أولاً، وفي القانون الروماني ثانياً في مطلبين متتاليين، أما المبحث الثالث فقد خصصناه للحديث عن دور الشكل في تكريس استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري، في النظم المصرية القديمة "الفرعونية"، ثم في القانون الروماني.

أما عن الفصل الثاني من هذه الدراسة فقد كان عن الآثار التي خلفتها فكرة استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري، وهذا الفصل كسابقه قسمته إلى ثلاثة مباحث يحوي كل منها مطلبين، فالمبحث الأول كان عن أثر الاستقلال بين التزامات البائع والمشتري عند الإخلال بالتنفيذ في القانون الفرعوني في المطلب الأول ، ثم في القانون الروماني في المطلب الثاني ، أما فيما يخص المبحث الثاني فقد كان عن أثر هذا الاستقلال بين التزامات البائع والمشتري عند الإنفاسخ، في القانون الفرعوني أولاً ثم في القانون الروماني، والمبحث الثالث خصصته لأثر الاستقلال بين التزامات البائع والمشتري في القوانين الحديثة، إذ تناولنا في المطلب الأول الوضع في القانونين الليبي والمصري، ثم أفردنا المطلب الثاني للحديث عن القانونين الفرنسي والسويسري

واستطعنا بعد هذا البحث أن نصل إلى بعض النتائج:

أولاً: تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الباحثين في تاريخ القانون، يرون في استخدام الأنظمة القانونية القديمة لمصطلحي "البيع والشراء" تأكيد على أنه عقد ملزم للجانبين، وأن هناك ارتباط بين هذه الالتزامات المتقابلة، وقد أثر بعضهم التعبير عن ذلك بقوله أن القانون الروماني قد راعى الأزواجية في هذا العقد ، ونحن – وبعد هذه الدراسة - لا ننكر هذا القول ونسلم بصحته، إلا أننا نراه يصدق على العقد الرضائي، الذي تُلقى فيه الإرادة المشتركة للأطراف الالتزامات على عاتق المتعاقدين معاً، والذي نعتبره عقد بيع من هذه الزاوية ، وعقد شراء من الزاوية الأخرى، أما البيع والشراء الذي كان يتم في عهد تسيطر فيها الشكلية على التصرفات القانونية فلا يصدق عليها هذا القول، فمثلاً عند الرومان – وكما سبق وأن رأينا- لا يوجد في عهد القانون القديم عقد بذاته يسمى عقد بيع، فكل ما هنالك هو قالب شكلي تصب فيه إرادة الأطراف ليُلقي الالتزام على أحدهما بنقل الملكية ، وقالب شكلي آخر ليُلقي الالتزام على الآخر بدفع الثمن.

ثانياً: استبان لنا من خلال هذه الدراسة أن السبب وراء استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري هو الشكلية الصارمة في إبرام التصرفات ، والتي لا تعترف بدور الإرادة في ترتيب الالتزامات، حيث فرض الشكل الذي كان سائداً في الأنظمة القديمة هذا الوضع المجزء حينما جعل الالتزام يقع على طرف واحد، وبالرغم من وجود بيوع

شكالية في بعض التشريعات الحديثة إلا أنها لم تسبب هذا الإستقلال لأن الشكليات في أغلب التشريعات ليست للإنعقاد وإنما هي للإحتجاج بالتصرف وترتيب آثاره .

ثالثاً: توصلنا إلى أن استقلال البيع عن الشراء لم يكن على مستوى واحد ، فقد كان هناك فصل بينهما على مستوى الانعقاد ، أي على مستوى نشأة الالتزامات، حيث تنشأ التزامات كلاً من البائع والمشتري من مصدر مستقل عن الآخر، كما هو الحال في الالتزامات التي كانت ترتبها العقود الرسمية عند الرومان، حيث كان العقد عندهم ملزم لجانب واحد، أو الالتزام الذي يرتبه اليمين عند الفراعنة فقد رأينا أنه تصرف أحادي الجانب، فيلتزم به صاحبه بمفرده .

كما وجدنا أن هناك استقلال على مستوى التنفيذ ، حيث ينفذ كل منهما التزامه على نحو مستقل عن الآخر، والاستقلال على مستوى التنفيذ يكون نتيجة للاستقلال في مرحلة النشأة، والملاحظ لدينا أن الاستقلال في عهوده الأولى عند الفراعنة والرومان – في عهد القانون القديم- كان على المستويين.

أما الاستقلال الذي يمكن أن نلاحظه في بعض القوانين المعاصرة ، فهو استقلال على مستوى التنفيذ فقط وليس على مستوى النشأة، كما هو الحال في القانونين السويسري والفرنسي ومن هذا حذوهن من التشريعات .

وهذا الاستقلال الذي نعنيه كان في ناحية معينه وهي تبعه الهلاك ، إذ وجدنا كليهما يجعل تبعه الهلاك على المشتري قبل التسليم ، على الرغم من أن عقد البيع فيهما عقد رضائي ، ينعقد بتبادل الإيجاب والقبول ، ويلقي الالتزامات على عاتق الطرفين معاً، بمعنى أنه لم يكن هناك استقلالاً بين الالتزامات عند نشأتها، لذا ظلت القاعدة التي تكرر الاستقلال بين الالتزامات على مستوى التنفيذ في هذه القوانين محلاً للنقد ، وبحاجة الى تبرير، وقد كانت أغلب التبريرات لهذه القاعدة هي تلك التبريرات التي تُرجعها إلى سطوة بعض أفكار القانون الروماني على مختلف التشريعات التي يجعل تبعه الهلاك على المشتري.

وبخلاف ذلك نجد التشريع الليبي ، ونظيره التشريع المصري قد أخذوا عن الشريعة الإسلامية حلها لهذه المسألة، وذلك حين جعلوا تبعه الهلاك في العقود الملزمة للجانبين بصفة عامة على المدين بالالتزام المستحيل، وجعلوا من تبعه الهلاك المبيع قبل التسليم في عقد البيع تطبيقاً لهذه القاعدة، والتي يرى معظم الفقهاء انها تستند الى ما بين

الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين من ارتباط، بحيث إذا انقضى أحد هذين الالتزامين لاستحالة تنفيذه ، يسقط الالتزام المقابل له وينفسخ العقد.

رابعاً: استعرض البحث الشكليات عند الفراعنة تارةً، وعند الرومان تارةً أخرى، ويمكن لنا أن نلتمس- عندما ننظر نظرة مقارنة بين نظامين قديمين- الأثر المتبادل بين هذين النظامين ، وأن أحدهما قد أثر في الآخر ، أو أخذ عنه ، وهنا في الموضوع المطروح أمامنا نجد من يقول بأن عقد الاشتراط الشفهي الموجود عند الرومان مأخوذ عن العقد الشفوي المشفوع باليمين الذي عرفته مصر الفرعونية، إلا أننا نرى أن هذا القول محل نظر ، فالمجتمع الروماني في عهودة القديمة وحين كان لا يعرف سوى التصرفات الشكلية ، كان مجتمعاً زراعياً بسيطاً ، محدود العلاقات، ويعتمد على الإكتفاء الذاتي ، ولا يتصور أن تكون العلاقات المصرية الرومانية قد وصلت إلى حد التأثير في النظام الروماني ، ذلك أنه وإن كانت مصر دولة عظمى تمارس التجارة البحرية، إلا أن روما كانت منغلقة على ذاتها، كما أن الرواية التي شاعت عن كيفية وضع قانون الألواح الإثنى عشر وعن إرسال بعثة إلى خارج روما للنظر في الأنظمة القانونية للبلدان الأخرى، هذه الرواية تتحدث عن ذهاب بعثة رومانية إلى اليونان وليس إلى مصر ، كما أنها تقول بتأثر القانون الروماني بقانون صولون وليس بقانون مصر وأنظمتها، - وإن رأى البعض أن قانون صولون قد تأثر بالقانون الفرعوني، وعن طريقه إنتقلت بعض الأنظمة إلى القانون الروماني- وكل ذلك مرهون بمدى صحة هذه الرواية التي قيلت في وضع قانون الألواح الإثنى عشر، فهذه الرواية مشكوك فيها ، ومحل نقد في الكثير من جوانبها.

من ناحية أخرى، إذا حاولنا أن ننسب هذا التأثير إلى التعايش بين هذين النظامين على أرض واحدة ، وذلك بعد غزو الرومان واحتلالهم لمصر ، فإن الأمر كذلك لن يستقيم معنا ، فاحتلال الرومان لمصر كان عام 30 ق.م في حين أن الاشتراط الشفوي كان معروفاً لدى الرومان قبل ذلك بكثير ، منذ عهد قانون الألواح ، أو ربما قبله كما يرى البعض ، فلا يمكن أن نقول أن الرومان لم يعرفوه إلا بتأثير من القانون المصري .

كما أن هناك مسألة أخرى تتكرر في بعض المؤلفات والكتب المتعلقة بتاريخ القانون المصري وهي أن القانون المصري لم يعرف العقد الرضائي الملزم للجانبين

إلا بعد اختلاطه بالقانون الروماني، وذلك بعد إحتلال الرومان لمصر ، وأن العقد الملزم للجانبين في مصر كان من مظاهر تأثر القانون المصري بالإنظمة الرومانية ، في حين أن هناك العديد من الوثائق التي تعود لعهد الدولة الوسطى والحديثة وإلى عهد بوكخوريس تبدو فيها الرضائية وترتيب الالتزامات على عاتق الطرفين.

ويؤيد تعليقنا السابق ما قاله بعض أهل العلم من أن التشابه لا يجوز أن يفسر حكماً بأنه اقتباس أو نقل ، بل أن المسألة لا تعدوا أن تكون تماثلاً في العقلية بين شعوب وجدت على درجة متقاربة من المدنية.

أما على صعيد الأنظمة الإجرائية ، فلا يمكن أن نغض أعيننا عن حقيقة جلية، وهي مدى التقدم في الجانب الإجرائي الفرعوني ، وكيف أن العقلية القانونية عندهم قد تميزت في هذا الجانب بالذات ، وقد فاقت في تميزها نظيرها الروماني ، حتى أن القارئ يكاد ينسى أنه يقرأ عن مسألة في تاريخ القانون، فالقانون الإجرائي الفرعوني كان يعرف السجلات التي توثق فيها التصرفات، كما يعرف قلم الكتاب ، وسجلات خاصة بالمحاكم ، والأجمل من ذلك أنه يعرف القضاء الإداري إلى جانب القضاء المدني ، والقضاة في أغلب العصور كانوا مدنيين، كما يعرف فكرة التقاضي على درجتين، إذ كانت الأحكام في أغلب العصور قابلة للإستئناف أمام المحكمة العليا بالعاصمة ، وهو ما نوهنا إليه من خلال هذه الدراسة.

وبعد فلم أضن على هذا البحث بوقت أو جهد ، وحسبي أنني قد أخلصت النية وبذلت غاية جهدي، وما توفيقى إلا بالله.

## المراجع

### أولاً الكتب:

1. د/ إبراهيم أبو النجا

- عقد البيع في القانون الليبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1997.

2. د/ أحمد إبراهيم حسن،

- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999.

- تاريخ النظم، أنظمة القسم الخاص، دار المطبوعات، الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2001.

- تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي مع دراسة في القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2000.

- تاريخ القانون المصري في العصرين الإسلامي والروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999.

- الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999.

3- د/ أحمد عبد الحميد عشعوش

- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية في الوطن العربي، المكتبة الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، 1977.

4- أرانجو بويز

- البيع في القانون الإيطالي، ج1، بدون تاريخ نشر.

5- د/أسامة حسن

- مصر الفرعونية، مطابع الوادي الجديد دار السلام ، القاهرة، 1998

6- د/إسماعيل غانم

- النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثاني ، مكتبة عد الله وهبه، عابدين مصر ،1967.

7- د/الكوني أعبودة

- المدخل إلى علم القانون، نظرية الحق، ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، الطبعة الثالثة، 1999.

8- د/أنور سلطان

-العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، الطبعة الثانية 1952.

- الموجز في مصادر الإلتزام، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،1996.

9- د/ ثروت حبيب

-المصادر الإرادية للإلتزام في القانون المدني الليبي ، منشورات الجامعة الليبية 1972.

10- د/جاك بيرين

-تاريخ حضارة مصر القديمة، ج1، باريس، 1961.

11- د/جميل الشرقاوي

- دروس القانون المدني المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.

12 - د/ حارث سليمان الفاروقي

- المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، بدون تاريخ نشر.

13- د/حلمي بهجت بدوي

- أصول الالتزامات، بدون

14- رانجو بويز

- البيع في القانون الروماني، ج1، بدون تاريخ نشر

15- د/رمضان أبو السعود

- عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

16- د/ زهدي يكن

- تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1966.

17 - د/ سليم حسن

- موسوعة مصر القديمة ج2، ج6، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1992.

18- د/ شفيق شحاته

- تاريخ القانون الخاص في مصر، الجزء الأول، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1950 .

19- د/صبيح مسكوني

- القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، الطبعة الثانية، 1971.

20- د/ صوفي أبو طالب

- أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

- الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965.

- تاريخ القانون في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2002.

- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية ، القاهرة، الطبعة الأولى، 1984.

- مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1967.

21- د/عاشور سليمان شوايل

- نشأة النظم القانونية وتطورها، دار الفضيل، بنغازي، الطبعة الثالثة، 2009.

22- د/عباس العبودي

- تاريخ القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 1998.

23 - د/عبد الحكيم فودة

- إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000 .

24 - عبد الحي حجازي

- النظرية العامة للإلتزام ، ج1، بدون تاريخ نشر.

25- عبد الرحمن الجزيري

- الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، دار الفكر، بيروت لبنان، 1969.

26 - عبد الرحمن عياد

- أساس الألتزام العقدي ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1971 .

27- عبد الرزاق السنهوري

-الوجيز في القانون المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1966.

-الوسيط ج2، ج3، ج4 ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة، 1960.

28- عبد السلام الترماني

- الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، 1982 .

29- عبد العزيز فهمي

- مدونة جستنيان ،دار الكاتب المصري،القاهرة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.

30- عبد الغني الرويمض

- تاريخ النظم القانونية ، مطابع العدل ، طرابلس ، 1995.

31- عبد المجيد الحفناوي

- تاريخ القانون، منشأة المعارف ،الأسكندرية ، بدون تاريخ نشر.

- تاريخ القانون المصري ،مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1973.

- تاريخ النظم القانونية والإجتماعية ،مؤسسة الثقافة الجامعية ،الإسكندرية 1973.

32- عبد المنعم البدر اوي

- القانون المدنى المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ نشر.

33 - د/ على محمد جعفر

- تاريخ القوانين ومراحل التشريع الإسلامى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، 1989

34- د/عمر ممدوح مصطفى

- أصول تاريخ القانون ،مؤسسة المطبوعات الحديثة ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية، 1960.

- القانون الرومانى ، دار المعارف، مصر الإسكندرية، الطبعة الثانية ، 1959 .

35- د/ فتحي عبد الرحيم

- النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الثانية، 1999.

36- د/ محمد حنون جعفر

- قاعدة فوروية نقل ملكية المبيع وأحكامها، منشورات جامعة السليمانية، بدون تاريخ نشر.

37- د/ محمد علي البدوي الأزهرى

- النظرية العامة للإلتزام، ج 2، كلية القانون جامعة الفاتح، طرابلس، الطبعة الثانية، 2010.

38 - د/ محمد فتح الله نشار

- حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002.

39 - د/ محمد كامل مرسي

- الألتزامات ج1، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الأولى 1954 .

40 - د/ محمد محمد عامر

- ملخص الأحكام الشريعة على المعتمد من مذهب المالكية، الطبعة الثانية، 1972.

41 - د/ محمد معروف الدواليبي

- المدخل الى التاريخ العام للقانون، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1963

42 - د/ محمد نور فرحات

- تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، دار الثقافة للطباعة والنشر، الإسكندرية 1979

43 - د/ محمود السقا

- تاريخ القانون المصرى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

- فلسفة تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1978
- معالم تاريخ القانون المصري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 44 - د/محيي الدين اسماعيل علم الدين
- نظرية العقد ، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر.
- 45- د/ مصطفى الجمال
- أحكام الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثانية، 1990
- 46 - أ/مصطفى العالم
- إنتقال المخاطر في عقد البيع الدولي ، الطبعة الأولى 1999
- 47 - د/مصطفى سيد أحمد صقر
- مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، جامعة المنصورة، المنصورة، بدون تاريخ نشر.
- 48- د/منذر الفضل
- الوسيط في شرح القانون المدني ، ناس للنشر، كوردستان، الطبعة الأولى ، 2006،
- 49- د/موريس نخلة
- الكامل في شرح القانون المدني ، منشورات الحلبي، بيروت، 2007
- 50- د/وجدي راغب فهمي
- نظرية العمل القضائي، منشأة المعارف ، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر
- 51- وول ديورانت
- قصة الحضارة، المجلد الأول ، ترجمة محمد بدران ، دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1961

## ثانياً: الرسائل العلمية

1. إبراهيم أنيس محمد يحيى، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.
2. أحسنية حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، جمهورية الجزائر، 2011.
3. أ/ ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، نابلس، 2007.
4. أ/ عبد الرحمن بن محمد المكي جابري، مناقشة آراء المستشرقين حول التشابه والإختلاف في القواعد والأحكام بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، رسالة ماجستير، كلية الدعوى الإسلامية، الدراسات العليا، قسم الإستشراف، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1994م.
5. د/ لطيفة أمازوز، إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، جمهورية الجزائر، 2011.
6. د/ مصطفى أحمد الدراجي، الإلتزام الموصوف والقواعد التي تحكم تنفيذه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004.
7. أ/ معين شواهنة، حق البائع في فسخ عقد البيع الدولي، رسالة ماجستير، الجامعة العربية الأمريكية، كلية الحقوق، 2010.
8. أ/ مليكة مراد، إلغاء التصرف القانوني، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، الجمهورية الجزائرية، 2010.
9. أ/ منار عمر حامد الصدر، إنفساخ العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، نابلس، 2003.
10. أ/ نزار أحمد عيسى عويضات، أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004.

## ثالثاً : المقالات العلمية

1. د/أسيل باقر جاسم ،أثر المخالفه الجوهريه للعقد، مجلة المحقق الحلي ،جامعة بابل، ع2
  2. د/حارث العيسى ود.أحمد الخطيب،يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية الأردن، المجلد 18، ع2 يونيو 2010
  3. د/صلاح عبد الستار محمد الشهاوي، النقود في التراث العربي والإسلامي،مجلة الداعي الشهرية ، دار العلوم ديوبند، ع4-5، س2011
  4. د/ طارق كاظم ،إخلال المقاول بالتزامه، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بابل، ع1، س6، 2006
  5. د/ عادل جبريل محمد،وسائل الضغط الخاص الدفاعية وأثرها في تحقيق التوازن العقدي،مجلة روح القوانين ،كلية الحقوق ،جامعة طنطا، ع8، اغسطس 1992
  6. د/ علي عبد العالي خشان الأسدي ،النظام القانوني للشكل في قانون المرور، مجلة جامعة بابل ، المجلد 14 ، ع2 ، 2007
  7. د/ ناصر عبد الله بوراس ،أسلوب القسم في القرآن ،مجلة دراسات قانونية،منشورات جامعة قاريونس، المجلد 15، س16، 1998
  8. د/هادي حسين الكعبي ،محمد جعفر هادي ،الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بابل ، ع2، س5، 2005
  9. أ/ هناء عبد الرحمن،التطور التاريخي للنقود، مجلة إقتصاديات ،صادرة عن دائرة الدراسات والبحوث الإقتصادية بمركز الدراسات والبحوث اليمني، ع3 ، س1، يوليو -سبتمبر 2009
  10. د/وسن قاسم غني ،الشكالية الإتفاقيه في العقود ،مجلة المحقق الحلي،جامعة بابل، ع4، س2008
  11. د/ يزيد أنيس نصير
- الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني ، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات ، ع16، يناير 2002

- المقابل في نظرية العقد في النظام الأنجلوسكسوني دراسة مقارنة مع نظرية السبب، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ع33، يناير 2008

### رابعاً: مواقع على الشبكة

1. مالك جابر حميدي الخزاعي، جامعة القادسية، الأثر القانوني لأتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، منتدى قانون الإمارات
2. كاظم الشمري ، هلاك المبيع أو تعييبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار ، بحث منشور على موقع جامعة اهل البيت
3. المهدي موجد، بحث في الإلتزامات اللاحقة والمعاصرة لعقد البيع، منتدى مجتمع البحرين القانوني، قسم القانون الخاص
4. احسان ستار خضير ،نظرية الظروف الطارئة ،وأثر اختلال التوازن الإقتصادي في تنفيذ العقود،مدونة القانوني نت،الثلاثاء ،مايو ،2010
5. [www.droitentreprise.org](http://www.droitentreprise.org) ، مجلة القانون والأعمال

## ملخص البحث

تتلخص فكرة هذا البحث في النظر في مسألة استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري في الأنظمة القانونية القديمة، الفرعونية والرومانية .

والإستقلال الذي نقصده في هذه الدراسة هو أن تنشأ التزامات البائع مستقلة عن مصدر التزامات المشتري، بحيث لا يكون العقد وحده مصدر التزامهما، وهذه الفكرة تبدوا غريبة بعض الشيء وغير مقبولة إلا أنه لا يوجد كتاب في النظرية العامة للالتزامات إلا وجدناه متضمنا لهذه الجملة وهي "في العقود الملزمة للجانبين تكون التزامات المتعاقدين مستقلة بعضها عن بعض " ومن خلال هذا البحث سوف نحاول التعرف على سبب هذا الاستقلال ، وهو يعود في نظرنا إلى ما كان سائداً في الأنظمة القديمة من شكلية، وليست أي شكلية، وإنما الشكلية التي استوجبتها تلك الأنظمة لنشأة التصرف، فهذه الشكليات على ما سنرى هي التي كانت وراء استقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري، وهما ترتبت عليه مجموعة من الآثار تتمثل- في نظرنا- في مخالفة الآثار التي يرتبها الفكر القانوني الحديث من وجود علاقة رابطة بين الالتزامات المتقابلة.

ويجب أن نشير إلى مسألة جوهرية نحرص على أن تكون واضحة منذ البداية وهي أن دراستنا لهذا الموضوع ليس المقصود منها أن نلاحق التطورات التي مرت من خلالها تلك النظم في العقود المتعاقبة ، بل أن دراستنا ستقتصر على بعض الأنظمة فقط وهي التي ستكون محل دراستنا، وهي القانون المصري القديم (الفرعوني)، والقانون الروماني.

وستتناول هذا الموضوع في فصلين، يسبقهما فصل تمهيدي تناولنا فيه مفهوم النظم القانونيه وتاريخ القانون ، وفكرة الإلتزام في الأنظمة القانونية القديمة المصرية والرومانية، وكذلك البيع من حيث مفهومه وظهوره في الحضارات القديمة، وما يميزه عن غيره من العقود.

أما الفصل الأول نتعرض فيه للشكلية كأساس لإستقلال التزامات البائع عن التزامات المشتري، و يتطلب منا ذلك أن نتعرض لمفهوم الشكلية، ولمنشأها، ومدى

تأثرها بمجموعة من العوامل كالعامل الديني، والعامل الاجتماعي وأثار عهد القوة ونصيب كل منها في إبراز دور الشكل في التصرف القانوني، وذلك في مبحث اول، ثم تعرضنا لصور الشكلية التي اعتمدت عليها الأنظمة الفرعونية، والرومانية في المعاملات المالية في مبحث ثاني.

والأهم من كل ذلك هو كيف أن هذه الشكليات ساهمت بشكل كبير في الاستقلال، وذلك من خلال مبحث ثالث يحمل عنوان دور الشكلية في تكريس الإستقلال بين التزامات البائع والتزامات المشتري، عند الفراعنة أولاً، وعند الرومان ثانياً .

والحقيقة أن الحديث عن دور الشكل في خلق الإستقلال لا يخرج عن كونه تحليل للتصرف القانوني في تلك الأنظمة، وإعطائه وصفه القانوني الذي يناسبه، سواء كانت عقداً ملزماً لجانب واحد ، أو أنه تصرف أحادي الجانب، وكيف لعب ذلك الوصف دوره في تكريس فكرة استقلال التزامات كل من البائع والمشتري.

وقد رتب هذا الوضع آثاراً ،وقد كانت هذه الآثار هي موضوعنا في الفصل الثاني، وتتمثل في عدم إمكانية المطالبة بالفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ، لعدم وجود ما يربط بين الالتزامات التي نعتها متقابلة ، كما تتمثل في تحميل المشتري تبعه هلاك المبيع بعد إبرام البيع وقبل التسليم ، إذا ما هلك المبيع بالسبب الأجنبي، وقد حاولنا أن نبحث هذه الآثار في قوانين مصر القديمة، والقانون الروماني، ثم انتقلنا لبحثها في بعض القوانين المعاصرة .

